**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة محمد خيضر بسكرة**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**قسم الحقوق**

# الرقابة القضائية على عقد الإذعان دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم

تخصص: القانون خاص

**تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:**

**حوحو صابر** **إعداد الطالب: حديبي عبد الرحمان**

## لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة | الصفة | الجامعة |
|---|---|---|---|
| عزري الزين | أستاذ | رئيسا | جامعة بسكرة |
| حوحو صابر | محاضر أ | مشرفا ومقررا | جامعة بسكرة |
| دبابش عبد الرؤوف | أستاذ | مناقشا | جامعة بسكرة |
| خالف فاروق | أستاذ | مناقشا | جامعة الوادي |
| وليد ثابتي | أستاذ | مناقشا | جامعة باتنة 1 |
| وليد لعماري | أستاذ محاضر أ | مناقشا | جامعة باتنة 1 |

**السنة الجامعية: 2023/2022**

**Liste des abréviations utilisées:** **دلالة المختصرات المستعملة:**

**Art:**article.

**Cass.Civ:**Cour de cassation chambre civile.

**Cass.crime:**Cour de cassation chambre criminelle.

**CA:**Cour d'appel.

**D:**DALLOZ.

**Ed:**EDITION

**Ed.G:**EditionGeneral**.**

**Ibid:** La même référence.

**IR:** Information rapide.

**JCP:**Jurise classeur périodique ou semaine juridique **.**

**Jur**: jurisprudence.

**N**: Numéro.

**Obs**: Observation.

**Op.Cit**: Ouvrage cité.

**JCPéd**: La semaine juridique édition générale.

**P**: Page.

**PUF**: Presse universitaire de France.

**Rep**: Répertoire civil.

**S**: Suivante.

**Somme**: Sommaire.

**TGI**: Tribunal de grande instance.

**Vol**: Volume.

**L.G.D.J**:Librairie générale de droit de jurisprudence

**مقدمة:**

يعتبرالعقد أهم مصدر لحقوق والتزامات الأطراف والوسيلة القانونية الأكثر استعمالا في تداول الثروات والأموال، وما يزيد من أهميته أنه يتمشى مع التطورات والتغيرات الحاصلة على المستوى الاقتصادي والتجاري، مما يؤدي إلى ضرورة تكيفه بموجب القوانين مع تلك المتغيرات.

ويشكل مبدأ حرية التعاقد أحد المبادئ الأساسية التي تسود العلاقات التعاقدية في مجال القانون الخاص، ويرتد هذا المبدأ إلى فكرة الإرادة الفردية باعتبارها صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وأن الإرادة هي أساس القوة الإلزامية للعقد ويعود لها الدور في تحديد مضمون العقد والالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين وإنشاء ما شاءت من التصرفات ويمنح الحرية لكل متعاقد الحرية في إبرام العقد من عدمه وذلك ابتغاء المصلحة التي يسعى إليها كل متعاقد مع حاجيته الشخصيةلذلك فإن هناك مساوا ة بين هذين الإرادتيين الحرتين ولا يمكن أن يتولد عن تطابقهما وتوافقهما إلا عقد حر وبالتالي عقد عادل[1].

غير أنّ نظرية سلطان الإرادة بدأت تتعارض مع بعض المعطيات المستحدثة التي أثرت على الإرادة السليمة لطرفي التعاقد. فالتطورات الاقتصادية والاجتماعية سمحت بتفرد أحد طرفي العلاقة في إعداد وصياغة شروط العقد سلفا دون أن يكون هناك تفاوض أو مناقشة من قبل الطرف الآخر. حيث يكون على الأخير إما قبول التعاقد أو رفضه[2]، وهذا النوع من العقود يطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان، وهو ما تناولته

[1]–محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، دبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، 1983، ص97.

[2]– أحمد هاشم عبد، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، السنة 2016، المجلد 9، ص227.

المبادئ القانونية التقليدية،أما المبادئ القانونية الحديثة فقد أضافتفي هذا المجال حماية إضافية[1].

فتطور الأوضاع الاقتصادية والتفاوت في المراكز المالية بين هذه الأطراف دفع أحدهم لإملاء شروطه على الطرف ا لآخر دون مناقشة، وهذا النوع من العقود أطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان،فإذا كان الأمر كذلك لا يحق لأي متعاقد أن يتظلم من العقد بدعوى أن ضررا لحقه من وراء إقدامه على التعاقد، حتى وإن كان هناك تفاوت بين الالتزامات المتبادلة، فهذا التفاوت يتلاشى مع وجود إرادة صحيحة تقبل به ومن ثم تقوم المساواة القانونية بين طرفي العقد.

إذا فالتوازن العقدي طبقاً لمبدأ المساواة القانونية، ذو نزعة شخصية ومعياره التراضي بين الطرفين، فما دام التراضي موجود فإن التوازن العقدي يعد متحققا تبعا لذلك، أما الآن نتيجة التطورات الاقتصادية والاجتماعية وتغيير أنماط العقود أثبتت محدودية الحماية التي يوفرها مبدأ المساواة القانونية للتعاقد، أما في ظل التقدم والتطور التكنولوج ي وتعقد الطابع الفني للسلع والخدمات، الأمر الذي لم يعد معه مبدأ المساواة القانونية قادر على أن يحقق التوازن العقدي في ظل عدم المساواة الفعلية بين طرفي العقد، من هنا بدأ الاعتراف بنطاق للشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي، وهذا الاعتراف كان بمثابة الاستثناء على القاعدة العامة، وهي أن العقد يحقق توازنه الذاتي طبقاً لحرية التعاقد والمساواة التي يتمتع بها طرفاه من الناحية القانونية، غالبا ما تتضمن عقود الإذعان شروطاً كثيرة يقبلها الطرف المذعن قبولاً مرده الثقة وغالبا ما يجهل هذه الشروط ومن ثم فليس أمام القاضي إلا القيام بتعديل ذلك الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه،لأن الشرط يكون تعسفياً إن أهدر مصلحة الطرف المذعن أو الحق به ضرراً نتيجة

[1]– عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 116.

لما ترتب علية من اختلال في توازن التزامات الطرفيين، بيد أن هذا الاعتراض لا يعني أن كل شرط يحد من مسؤولية الطرف القوي في عقد إذعان شرط تعسفي فربما كانت الأقساط التأمينية التي يدفعها المؤمن له من القلة بمكان، بحيث تعيد التوازن لالتزامات الطرفين إذا ما اختل التوازن خاصة وأن تقدير كون الشرط تعسفيا أو غير تعسفي من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بالبت فيها دون رقابه عليه، فعلم المذعن أو عدم علمه بالشرط لا يغير من الأمر شيئا ما دام المذعن قد أقدم على التعاقد تحت حاجته الماسة إلى السلعة أو الخدمة محل العقد ومن ثم يمكن القول أن الشروط التعسفية التي ترد خاصة في عقود الإذعان أو العقود النمطية والتي يتولى إعدادها مسبقا مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية تبدو وفقا للقواعد العامة شروطا عادية لاتنال من سلامة الرضا، ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة ترهق المتعاقد وتثقل من التزامه.

ولا شك أن عدم التناسب الظاهر في المراكز الاقتصادية بين أطراف العقد، تعتبر تجسيدا صارخا لتعسف الطرف القوي وفي نفس الوقت إجحافا بمصالح الطرف الضعيف[1]. ويمس بمصلحة أحد أطراف العقد على حساب الطرف الآخر، وفي هذه الحالة يحاول الطرف القوي في العلاقة التعاقدية فرض شروطه على الطرف الآخر، مما يؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الأطراف ولا يحقق العقد في هذه الحالة الهدف من إبرامه وهو تبادل المصالح بين المتعاقدين دون تعسف، وهذا الضعف يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمهما التخوف بحكم ضعف أحدهما، وذلك لأسباب متعددة[2]:

[1]–إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص98.

[2]- محمد الهيني، المرجع السابق، ص04.

- ضعف المؤهلات الجسمية والذهنية.

- ضعف المؤهلات التقنية

- غياب التوازن ما بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية.

وهذا الأخير ينشأ عنانعدام المساواة الفعلية بين أطراف العقد، أي يوجد أحدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة المتعاقد الآخر، وعلى هذا الأساس يميز الفقه بين ثلاثة أنواع من الضعف في العلاقة التعاقدية وهذا في كافة العقود، أولها الضعف الملازم أو الذاتي وهو الضعف الذي يعتري المتعاقد بذاته، ويتحقق عندما تكون حالة النمو العقلي أو مستوى درايته ومعرفته بموضوع العقد لا يكفي لأن يتخذ قرارا صائبا يعبر عن رضا مستنير،فهو ضعف يعتري التعاقد بذاته حيث يكون نابعا منه ويتحقق عندما تكون حالة النمو العقلي للمتعاقد أو مستوى درايته ومعرفته بموضوع العقد مما لا يكفي لأن يتخذ قرارا صائبا يعبر عن رضا مستنير بشأن مضمون الالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد.

أما النوع الثاني فهو الضعف النفسي والذي يتحقق في المتعاقد عندما يضطر إلى قبول شروط يفرضها عليه الطرف الآخر بسبب ما يتمتع به من نفوذ اقتصادي هائل بما يمكنه من إملاء شروطه في العقد دون أن يكون له خبرة في واقع الأمر بين قبول هذه الشروط أو رفضها، فيضطر إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الآخر دون أن يكون له في واقع الأمر الخيرة بين قبول هذه الشروط أو رفضهاوهو ما يعرف بالضعف الاقتصادي، أما النوع الثالث والأخير فهو الضعف المعرفي وهو الناشئ عن انعدام المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة والخبرة بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقدوهو ضعف ناشئ عن جهله بمعلومات وبيانات متعلقة بالعق د يحوزها المتعاقد

الآخر، بينما يتمتع المتعاقد الآخر بخبرة طويلة في هذا الشأن فيكون التفاوت القائم بينهما ليس تفاوتا اقتصاديا وإنما تفاوت في العلم والمعرفة والدراية[1].

ولم يحظ هذا الطرف الضعيف بالحماية إلا في ظل القرن العشرين بظهور اتجاهات تشريعية، فقهية قضائية تنادي بإعادة التوازن العقدي بين الطرفين، طرف مهيمن وهو المهني،وآخر يعوزه التخصص الفني والحاجة وهو المستهلك، خاصة أن المبادئ التقليدية للعقد، وتكريس مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" لم تحقق الحماية المرغوب فيها للمستهلك[2].

ومن أجل ذلك تدخل المشرع لتغليب سلطان القانو ن على سلطان الإرادة لتحقيق العدالة العقدية للحد من تسلط وتحكم الطرف القوي في مضمون العقد وتهذيب إرادته المتحكمة في العقد لحماية الطرف الضعيف فيها كعقد الإذعان وعقد العمل الفردي، وبذلك انكمش مبدأ سلطان الإرادة وضاقت دائرته، ولم يعد كما كان في القرن التاسع عشر وهذا تحت تأثير المذهب الفردي [3]، هذه الحماية ما هي إلا تطور للنظام الحمائي الذي يسبغه التشريع لصالح الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، لإسباغ قدر من الأخلاق على المعاملات وتحقيق العدل التبادلي بين أطرافها، فصارت حمايته الشغل الشاغل ليست للمشرع وحده فحسب، وإنما للقضاء والفقه على حد سواء.

---

[1]- م.م.مها رمزي محمد علي الحاج يونس، وسائل حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الموصل، المجلد 10، العدد37، 2021، ص362 و363.

[2]- زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 9، العدد18، جوان 2008، ص189. وأنظر أيضا في الفقه الفرنسي:

M.Fontaine La protection de la partie faible dans les rapports contractuels ,rapports de synthès , in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparison Franco-belges LGDJ, 1996, p615.

[3]– أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الطبعة الأولى، 1987، ص13.

نتيجة لذلك، ظهرت الحاجة إلى إيجاد الوسائل والآليات التي تستهدف حماية المذعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان وإعادة توازن العقد من خلال استحداث نظام قانوني خاص بحماية المذعن من هذه الشروط التعسفية. خاصة بعد التطور الحديث للنظام العام في الميدان التعاقدي حفاظا على التوازن العقدي ودفعا للآثار السلبية التي تنتج عن اختلال التوازن سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة،خاصة بعد ظهور العلاقات غير المتكافئة للأطراف. بتسلط وتحكم الطرف القوي في موضوع العقد لتخفيف التزاماته وإثقال كاهل المتعاقد الآخر بوضعه شروط تعسفية تعصف بالتوازن الاقتصادي للعقدوتضر بمصلحة الطرف الضعيف خاصة عندما يقل مجال اختياره ويتعلق الأمر بسلعة ضرورية بحاجة إليها وهي محل احتكار فيضطر إلى إبرام عقد يذعن من خلاله لشروط مجحفة بحقه، وتحقق مزايا زائدة للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف دون اللجوء إلى المناقش ة والتفاوض التي تعتبر من أساسيات قيام العلاقات التعاقدية.

وعليه فقد صدر أول قانون في الولايات المتحدة الأمريكية يعالج الشروط التعسفية سنة 1962،في قانون التجارة الموحد الذي يسمح للقاضي بإبطال كل شرط يظهرأنه تعسفي[1]،ثم انتقل الأمر إلى البلدان الأوروبية سنة 1970 بهدف حماية المستهلكين، حيث صدرت عدة تشريعات أبرزها التشريع السويدي سنة 1971، والتشريع البريطاني سنة 1973،[2] ثم صدر في ألماني ا قانون خاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، في 1976/12/09 "عن الشروط العامة في العقود" الذي دخل حيز

[1] –أنظر: راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011/2010، ص6.

[2]–شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، 2009، ص142.

التنفيذ سنة 1977/01/01 [1]، ثم المشرع الفرنسي في قانون 23/78 الصادر بتاريخ 1978/01/10[2]. والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلعوالخدمات ، الذيعرفتعديلات عديدة تمثلت أهملها في القانون 96/95 وكذا قانون 776/2008 المتعلق بعصرنة الاقتصاد، خلافا للمشرع الذي ظل ساكنا أمام ظاهرة الشروط التعسفية واكتفى بالمبدأ العام الموجود في القانون المدني الذي يحمي كل الأشخاص دون تحديد صفاتهم حيث ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان[3].ومن الملاحظ أنّ كل دولة اتخذت القانون الخاص بها لمواجهة الشروط التعسفية[4].

والمشرع الجزائري على غرار تلك التشريعات لم يتوان في وضع نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وكانت أول خطوة واضحة تتمثل في حظر بعض الممارسات التعسفية في التقنين المدني الجزائري ضمن المادة 110 منه[5]، وبقي على هذا الحال إلى أن أصدر القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك[6]. إذ نصت المادة 3/6 منه على ما يلي:"يعتبر لاغيا كل شرط

---

[1]- كان الهدف من هذا القانون هو حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقا بإرادة أحد الطرفين ولمواجهة ما يؤدي إليه سواء استخدام الشروط العامة في العقود من التحايل على مبدأ حرية التعاقد الذي جاء به التقنين المدني الالماني بما يؤدي إلى الاضرار بالمتعاقدين.أنظر: سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، العدد 7، 2001، ص33.

[2]- راضية العطياوي، المرجع السابق، ص7.

[3]- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2012، ص05.

[4]-زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص190.

[5]- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[6]- القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر، العدد 06المؤرخة في 08 فبراير سنة 1989. الملغى بموجب المادة 94 من القانون 09-03 المؤرخ في 25-02-2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، العدد 15.

يقضي بعدم الضمان". تم تلته نصوص أخرى لتجسيد بموجب القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وبالتحديد في نص المادة 29 منه[1]. والمرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

وتبرز أهمية موضوع هذا الدراسة في النقاط التالية:

- تعد عقود الإذعان من أكثر العقود انتشارا في شتى المجالات التجارية اليومية.

- يعتبر عقد الإذعان من العقود المستحدثة التي جاءت وليدة التطورالصناعي والاقتصادي، وذلك من خلال تعاظم دور المؤسسات والشركات الكبرى واختصاصها بإبرام هذه العقود التي تمس السلع والخدمات الضرورية للحياة الحديثة التي لا يمكن الاستغ ناء عنها.

- يعد موضوع مكافحة الشروط التعسفية من أهم ما أولى له المشرع اهتماما كبيرا من خلال القوانين المتعاقبة، وهذا حرصا من المشرع على تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد.

- إن إشكالية توازن التزامات المتعاقدين لها من القيمة ما قد يمس بكيان العقد في حالة الإخلال بتوازنه، لا سيما بسبب الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان،الأمر الذي يظهر لنا بجلاء أهمية التطرق إلى مثل هذه المواضيع، ومنها هذا الموضوع محل الدراسة الذي أصبح يشغل حيزا كبيرا في تفكير الباحثين القانونين.

- يتسم الموضوع بأهمية قانونية وعملية، باعتباره يشكل هاجسا أمام المستهلك، والذي يكون في اغلب الأحوال عرضة للضغوط والإملاءات التعسفية.

---

[1]- القانون 04-02 المؤرخ في 25 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جر، العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر، العدد 46.

أما عن سبب اختيارنا لهذا البحث فيمكن رده إلى عامل ذاتي وعامل موضوعي:

-**العامل الذاتي:**الميل النفسي لمثل هذه الدراسات، إذ تحتل دراسة الرقابة القضائية على عقد الإذعان مرتبة الصدارة بين موضوعات القانون المدني، لما تشكِّله من نقطة ارتكاز، ولما تحمله من مبادئ يجدر بكل باحثٍ الخوض في محتواها، والتطرّق إلى أحكامها ، فكل تطور يصيبها يكون جديراً بالدراسة، ولعل هذه الدراسة تكون إضافة، ولو غاية في البساطة لإثراء المكتبة القانونية، وفتح المجال أمام باحثين آخرين، للانطلاق من حيث انتهينا.وقد يُقدّر لهذه الدراسة أو تلك من مو اضيع التوازن العقدي في عقد الإذعان أن تتبلور في بعضٍ منها بصيغة مبادئ قانونية، يمكن أن تصبح في مصاف القواعد أو النصوص القانونية، إذا ما أسبغ عليها المشرع من فن صياغته وأحاطها بقوة ملزمة من عنده.

- **العامل الموضوعي:** البحث في وسائل الحماية القانونية لتوفير الحماية اللازمة والملائمة لحماية الطرف المذعن عموما والمستهلك خصوصا وسبل تفعيلها، وهذا عند صياغة نصوص تشريعية جديدة، أو عند إعادة النظر بالنصوص القائمة، حتى تخدم مشرعنا وحتى يتدعّم قضاؤنا الموقر في تبنّي اتجاهات قضائية متميّزة، وإرساء المبادئ بشأن هذهالحماية والمساهمة في تطوير الدراسات الفقهية الخاصة بهذا الموضوع.

**والموضوع يثير إشكالية مضمونها :**ماهي الإجراءات القانونية اللازمة لحماية المذعن من الشروط التعسفية؟ ومدى ملائمة الإجراءات المنصوص عليها في القانون الجزائري لحماية المذعن في مواجهة هذه الشروط؟

تتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعيةالتالية: كيف يمارس القاض ي رقابته على الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان؟ وكيف عالج القانون الجزائري إشكالية اختلال توازن التزامات المتعاقدين بسبب الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان؟

إنّ الإجابة عن هذه الإشكالية تكون أساساً في ظل النظام القانونـي الجزائري،حيث اقتضت طبيعة موضوع الدراسة الاعتماد على عدة مناهج مجتمعة، وذلك لغايات الإلمام بالموضوع من كافة جوانبه، بالاعتماد على المنهج المقارن بين التشريع الجزائري، والتشريعات الأجنبية، كالقانون الفرنسي أساساً، بهدف تسليط الضوء على جوانب الاتفاق والاختلاف، وذلك لمعرفة جوانب القصور في التشريع الجزائري، ومحاولة الإفادة من التشريعات الأجنبية. وهذا أمام النقص الحاد في التشريع الجزائري، وفي بعض الأحيان القانون المدني المصري، والذي كان له السبق في هذا الإطار، وذلك على سبيل المقارنة بينها أحياناً، وأحياناً أخرى على سبيل الاستئناس، وتفصيل ما غمض منه في تشريعنا الموقر، بالإضافة إلى الإشارة إلى ما تيسّر من مواقف الفقه الغربي والعربي، وأحكام القضاء المقارن، لا سيما القضاء الفرنسي الذي كان جريئاً في نشر الأحكام القضائية، بل وفي إرساء المبادئ القضائية أيضاً، ومحاولته الدائمة في تطويع النصوص القانونية وتفسيرها بما يساير وينسجم والواقع العملي، وهذا أمام ندرة القرارات القضائية في الجزائر . مع اللّجوء إلى المنهج التحليلي بتحليل مفهوم الرقابة القضائية في عقود الإذعان، كما ورد في النصوص القانونية والدراسات الفقهية والأحكام القضائية التي تعرضت بالشرح إلى هذا الموضوع وبينت أحكامه. واللجوء أحيانا إلى المهج الوصفي،حيث تسل ط الأطروحة الضوء على مسألة تحديد مفهوم عقد الإذعان والمفاهيم المرتبطة به والأحكام القانونية ذات الصلة،وهذا من خلال بابين:

خصصنا الباب الأول الموسوم بالإطار القانوني لعقود الإذعانوالشروط التعسفية، أما الباب الثاني فكان للأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في الأحكام العامة والخاصةوأنهينا بحثنا بخاتمة تتضمن النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال دراسة هذا الموضوع.

الباب الأول

# الإطار القانوني لعقود الإذعان والشروط التعسفية

## الباب الأول:الإطار القانوني لعقود الإذعان والشروط التعسفية

من أهم الظواهر التي صاحبت عصر الصناعة ظاهرة سيطرة الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف نتيجة تركيز أدوات الإنتاج في عدد محدود من المنشآت الصناعية، الأمر الذي ساعد على الإعداد المنفرد لشروط العقد، والتي غالبا ما تتضمن شروط مجحفة، نتيجة لسلطتها الاحتكارية،ثم يتم عرضها على المتعاملين معها دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، والذين تضطرهم الظروف في أغلب الأحيان إلى قبول تلك الصيغة المنفردة لشروط التعاقد، خاصة وأن هذا العقد يتعلق محله بسلع وخدمات ضرورية، فإن الطرف الضعيف لم يكن يستطيع رفض العقد أو المفاوضة على شروطه، وهذا هو جوهر عقد الإذعان.

تعتبر عقود الإذعان المجال الخصب الذي تظهر فيه بجلاء الشروط التعسفية، كما أن ظهور عقود الإذعان كان من أهم أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية [1]. وهذا مع اتساع دائرة النشاط الاقتصادي والصناعي التي حصلت خلال القران التاسع عشر، إضافة إلى عوامل قانونية ساهمت في بروز عقد الإذعان منها تخل المشرع في منع شروط معينة، وإدخال شروط إلزامية وترتيب الآثار على مخالفتها و اعتماد العقود الموجهة، يضاف إلى ذلك ظهور العديد من الحاجات الإنسانية التي فرضتها الحياة المعاصرة، فكل هذه الأمور أدت غلى نشوء تلك العقود التي تتألف من نماذج عقدية تطبع مقدما، وتتضمن شروطا غير قابلة للتعديل أو المناقشة والتي لا يمكن للأفراد مناقشتها حتى وإن أرادوا ذلك.[2]

---

[1]– أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص243.

[2]– هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الاذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، بيروت، لبنان، 2014، ص188.

والواقع أن الارتباط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان يجد سببه في الظروف المحيطة بإبرام عقد الإذعان، فهذا الأخير يتم بإعداد الطرف القوي لشروط العقد بالشكل الذي يخدم مصالحه ويحقق أهدافه مهملا بذلك مصالح الطرف الضعيف [1]، الذي أصبح لا يستطيع حتى مناقشته في هذه الشروط التي قد تعتبر تجسيدا صارخا لتعسف الطرف القوي وفي نفس الوقت إجحافا بمصالح الطرف الضعيف، الذي ما كان يرضى بها، لو لم يكن في مثل هذه الظروف، مما يعني وجود استقلال وتسلط من الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف[2].

ولهذا يوجد عقد الإذعان في الأحوال التي يحتكر فيها الطرف القوي الخدمة التي يقدمها للناس كافة أو السلعة التي تعتبر ضرورية للجمهور، بحيث لا يستطيعون الاستغناء عنها في حياتهم، وهذا نظرا لوجوده في وضعية أقوى اقتصاديا وماليا وفنيا وقانونيا[3] نتيجة وضعه المهيمن في السوق أو احتكار للسلعة أو الخدمة أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بتأثير عوامل الإنتاج والتوزيع وأيضا امتلاكه للمعلومات والمعارف بشأن أساليب أو خصائص الإنتاج أو تداول السلعة أو الخدمة أو معرفته المعمقة والدقيقة بقانون وشروط العقد، ومن أمثلة عقود الإذعان : التعاقد مع شركة الكهرباء والمياه والغاز، وعقد النقل بوسائله المختلفة، والتعاقد مع شركات التامين بأنواعه المتعددة.

---

[1]–محمد خليفة كرفة، ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعليالشلف، العدد الرابع نوفمبر 2017، ص56.

[2]–محمد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دار المعارف، الاسكندرية، 1986، ص27.

[3]- Marcel Fontaine,.cit.p.614.

نقلا عن: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص23.

وفي ضوء ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول الإطار القانوني لعقود الإذعان، ثم نتطرق إلى الشروط التعسفية في عقود الإذعان ضمن الفصل الثاني.

الفصل الأول

# المعاينة القضائية لاختلال التوازن العقدي بفعل الشرط التعسفية في عقد الإذعان

## الفصل الأول:المعاينة القضائية لاختلال التوازن العقدي بفعل الشرط التعسفية في عقد الإذعان

الأصل في العقود هو الحرية في التعاقد، فللفرد مطلق الحرية في الالتزام أو عدمه، كما أن للإرادة الحرية التامة والمطلقة في ترتيب العلاقات الإلزامية، وهذا نتيجة لمبدأ أساسي يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، شرط مراعاة النظام العام والآداب العامة والقواعد القانونية الملزمة، ولكن هناك بعض الظروف قد يضطر معها أشخاص إلى إبرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في إبرامها وفي ترتيب أثارها بشكل أو بأخر، خاصة إذا تعلق العقد بخدمة أو سلعة من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني، أو فعلي لسلعة أو خدمة، الأمر الذي أدى نتيجة سلطتها الاحتكارية أن تملي إرادتها وشروطها الموضوعة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط فلا يكون أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر والموافقة على شروطه، فيكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب. فالقابل لم يصدر قبوله بعد مناقشة و مفاوضة، بل في موقف من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة ماسة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، على أن لا يرفض الموجب القبول الصادر من القابل بدون مبرر وإلا عد متعسفا في استعمال حقه [1]، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان ، أو كما يطلق عليها البعض تسمية العقد المزعوم [2]في إشارة منه لكونه يتم بإرادة أحادية من جهة وغياب التفاوض مما تغيب معه فرصة المتعاقد الآخر في تقدير معرفته بالمنفعة الخاصة.[3]

---

[1]- Jacques Ghestin , « l'utile et le juste dans les contrats ». D.1982.Chr.1, PP.24 et ss.

نقلا: عن لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص23.

[2]- Yves PICOD, Droit de la consommation, Arman colin, Paris, 2005, p.147.

[3]- Jacques Ghestin ,op.cit., p.24 et s..نقلا: عن لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص23

وقد ذهب جانب عن الفقه المصري إلى القول قد يكون القبول مجردة إذعان لما يمليه الموجب، ولا نعني بهذا أن القبول في هذه الحالة لا يعد رضاء ولكن نريد أن نقرر أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادة في العقود الأخرى بل هو في موقفه من الموجب لا ستطيع إلى أن يأخذ أو يدعه ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى الإذعان والقبول فرضاؤه موجود، ولكنه يكاد يكون مكرها عليه، على أن هذا النوع من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الرضاء بل هو إكراه متصل، بعواملاقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية[1]

وعلى هذا الأساس راح الفقه يبحث فيما إذا كان اعتبار عقو د الإذعان ضربا من القبول بالإكراه وبالتالي عيبا من عيوب الرضا الذي يؤدي إلى إبطال العقد إذ يشير إلى أنه لا وجه للقياس بين عقود الإذعان وبين تلك العقود التي يكون الرضا فيها مشوبا بعيب الإكراه، ذلك لأن الإرادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماما لأنها تنعدم تحت وطأة الإكراه في حين أن عقود الإذعان لا تعدم الإرادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق بشروط التعاقد ومن جهة أخرى فإنه ليس هناك إكراه في عقود الإذعان على قبول التعاقد لأن القبول فيها يقع على بينة واختيار بخلاف الوضع في القبول المعيب بالإكراه ولأن الإكراه يتطلب الإجبار والتأثير في الرضا وعدم مشروعية الإكراه وهي العناصر التي نجدها بعيدة عن عقود الإذعان [2].

حيث أن تقدير الطابع التعسفي للبند يفرض على القاضي أن يقدر وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها البند للمحترف، وتحديد المنفعة المبالغ فيها يحصل بالمقارنة بين مضمون العقد الوارد فيه البند ومضمونه، وفي حالة خلوه من هذا البند فالمنفعة تنتج إذن عن ما يمكن

[1]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، مكتبة المحامي، مصر، 2006، ص279.

[2]– محمد فواز صباح الآلوسي، التعسف في عقود الإذعان، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، السنة 2017، ص196 و197.

أن يسبب البند موضوع النزاع من تحسين وضع المحترف في حال تم تنفيذ العقد بالمقارنة مع وضعه عند عدم وجود البند المذكور، وعلى سبيل المثال يمكن أن يعتبر بنودا تعسفية، البنود التي تقلب عبء الإثبات، أو التي تعكس نظرية المخاطر لمصلحة المحترف، أما البنود غير المعتبرة تعسفية، فهي على سبيل المثال البنود التي لا تتناقض مع مبادئ المسؤولية العقدية[1].

بعد أن يتأكد القاضي من أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقد إذعان، يقوم بالبحث عن الشروط التعسفية في العقد التي يمكن اعتبارها مبررا لتدخله، لأن الغاية من تدخل القاضي هو حماية الطرف الضعيف من الشر وط التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي.

وعليه فإن مهمة القاضي تكمن في انتقاء الشروط التعسفية من بين مجمل الشروط الموجودة في العقد، وهو ما يؤدي بنا إلى ضرورة معرفة متى يعتبر الشرط تعسفيا [2]. ويقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد، وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن. [3] الأمر الذي يقتضي البحث في تحديد الأشخا ص الخاضعون للمعاينة القضائية بفعل الشرط التعسفي في عقد الإذعان من خلال المبحث الأول وأيضا مجال الحماية القضائية من الشروط التعسفية من حيث العقود ضمن المبحث الثاني.

[1]– بشيردالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015–2016، ص146.

[2]– محمدبوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، 2011–2012، ص158–159.

[3]– هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 183.

## المبحث الأول: تحديد الأشخاص الخاضعون للمعاينة القضائية بفعل الشرط التعسفي في عقد الإذعان

الأصل أن تمتد الحماية من الشروط التعسفية إلى كل طرف في عقد الإذعان، سواء كان محترفا في مواجهة محترف آخر أو مستهلك في مواجهة محترف. إلا أننا نجد اختلاف التشريعات في مد هذه الحماية [1]. وكذا اختلاف الفقه والقضاء حول تحديد مدلول لفظ المستهلك، كما ساد الاختلاف أيضا حول تعريف المتدخل (المحترف) المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعريف المستهلك (الطرف الضعيف):

بما أن المستهلك هو الطرف الرئيسي في عقود الاستهلاك محل الحماية القانونية من الشروط التعسفية التي تشكل محور الدراسة وحجر الزاوية في هذا البحث ، فإن التطرق إلىمحاولات تعريفه على درجة كبيرة من الأهمي ة، خاصة وأنّ القوانين الخاصة بحماية المستهلك تستهدف أساسا حمايته باعتباره الطرف الضعيف، وإن كان تعريف المستهلك قد حظي بإجماع لدى رجال الاقتصاد فإنه يمثل محل خلاف في الفقه والتشريع، وعلى هذا الأساس سوف يتم التطرق إل ى التعريف بالمستهلك، بحيث تظهر أهمية ذلك من حيث معيار تطبيق النصوص الخاصة من حيث الأشخاص، ومن حيث الموضوع،وبالتالي تحديد الشخص الذي يستفيد من قواعد الحماية المقررة قانونا وأيضا معرفة الشخص المسئول من جهة أخرى في مواجهة المتضرر، وبذلك نشير إلى التعريف الفقهي للمستهلك ضمن الفرع الأول، ثم التعريف التشريعي للمستهلك ضمن الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: التعريف الفقهي للمستهلك

لقد أثار مصطلح المستهلك جدلا فقهيا واسع النطاق حول تحديد مفهومه حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين، أحدهما ضيق، والآخر واسع.

---

[1]– فاطمة الزهراءزيتوني، مبدأ حسن النية في العقود –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2017–2018، ص256.

**أولا: التعريف الضيق للمستهلك**

فالاتجاه الأول يعرف

بالمستهلكبأنه:"ذلكالشخصالطبيعيأوالمعنويالذييحصلأويستعملمنتجاتلأغراضغيرمهنية.[1]"

يلاحظ من خلال التعريف أن المستهلك قد يكون شخص طبيعي أو معنوي يسعى للحصول على السلع والخدمات لاستعماله الشخصي أي أنينتفع بها بدون أن تكون له نية مسبقة للمضاربة أو نية البيع أو غير ذلك، وهو بهذه الصفة لا يتمتع بالقدرة الفنية للحكم على ما يسعى لاقتنائه أو الحصول[2].

ومن هذا يتضح أن المعيار الذي اعتمده أنصار هذا الاتجاه هو معيار الغرض من التصرف، وهو المعيار الأساسي للتمييز بين المستهلكين والمهنيين، ومن خلال ذلك فكل فعل ممارس من قبل المهني ومتعلق بحاجاته المهنية يستفيد من قواعد قانون الاستهلاك.[3]

هذا وقد وصل التشديد في تضييق مفهوم المستهلك حسب هذا الاتجاه إلى استبعاد صفة المستهلك عن المهني الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه لن يكون أعزل من كل سلاح مثل المستهلك وأن المتدخل الاقتصادي الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته سيكون أكثر تحفزا من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص وبالتالي سيحسن الدفاع عن نفسه معتمدين في ذلك على خبرته وحنكته[4].

---

[1]– أحمدمحمدمحمدالرفاعي، الحمايةالمدنيةالمستهلكإزاءالمضمونالعقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون رقم الطبعة، 1994، ص44.

[2]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، (دراسة مقارنة في القانون الجزائري)، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، (دراسة مقارنة في القانون الجزائري) دار الكتاب الحديث، الجزائري، بدون رقم الطبعة بدون سنة الطبع، ص 24.

[3]- Didier Ferrier, La protection des consommateurs, édition Dalloz, 1996, p14.

[4]– محمدبودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، (دراسة مقارنة في القانون الجزائري)، مرجع سابق، ص 24.

**ثانيا: التعريف الموسع للمستهلك**

يقصد بالمستهلك في المفهوم الواسع " كل من يبرم تصرفا قانوني من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية [1]." بحيث يسعى أنصار هذا الاتجاه إلى تمديد قانون الاستهلاك ليشمل بحمايته الأشخاص الذين يتصرفون لغرض مهني ولكن خارج اختصاصهم المهني [2]. ومثال ذلك المهني الذي يقتني منتوج أو خدمة لغرض مزدوج، فمن يشتري سيارة لاستعماله الشخصي والمهني في نفس الوقت يعتبر حسب هذا الاتجاه مستهلكا [3]. لأن السيارة تستهلك في كلتا الحالتين عن طريق الاستعمال، غير أنه لا يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة من أجل إعادة بيعها، فإن السيارة لم تستهلك [4]. لكن ما يؤخر على هذا الاتجاه أنه يبالغ من التوسع في تعريفه للمستهلك وفي ذلك إخلال وعدم استقرار في ضبط مفهوم المستهلك وبالتالي إنقاص من قدر الحماية المحددة له قانوناً[5].

**الفرع الثاني: التعريف التشريعي للمستهلك.**

سيتم من خلال هذه البند الوقوف على تعريف المستهلك بداية من مواقف بعض المشرعين في دول مختلفة وصولا إلى المشرع الجزائري وهذا ضمن الآتي.

---

[1]– محمدبودالي، المرجع نفسه، ص22.

[2]_ محمدبودالي، المرجع نفسه، ص 22.

[3]– نوالبن لحرش، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر –دور وفعالية– مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة1، كلية الحقوق، قسم القانون العام، السنة الجامعية 2012–2013، ص18.

[4]– الياقوت عجرود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق السنة الجامعية 2001–2002، ص23.

[5]– محمدبودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، (دراسة مقارنة في القانون الجزائري)، مرجع سابق، ص22.

**أولا: التعريف التشريعي للمستهلك في القانون المقارن.**

جاء تعريف المشرع الفرنسي للمستهلك بموجب نص المادة 03 من القانون344 -2014 المؤرخ في 17-03-2014 المتعلق بشأن حماية المستهلك والمسمى قانون هامون"[1]كلشخص طبيعي يسعى لتحقيق غايات لا تدخل في إطار نشاطاته التجارية، الصناعي، الحرفي، أو المهن الحرة"، والملاحظ من هذا التعريف أنّ المشرع الفرنسي قد تبنا المفهوم الضيق في تعريفه للمستهلك وهذا على غرار ما ذهبت إليه أغلب التشريعات الوضعية في مختلف الدول.[2]

**ثانيا: التعريف التشريعي للمستهلك في القانون الجزائري.**

يعتبر المشرع الجزائري من بين التشريعات المتأثرة بالموقف الفرنسي في تحديد مفهوم المستهلك، بالرغم من أنه لم يرد تعريف للمستهلك في أول قانون جزائري يخص حماية المستهلك[3].

والمتمثل في القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك [4]،إلا أنه قد تدارك ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بنصه في المادة 2 الفقرة 9 منه على ما يلي: "المستهلك كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجاً أو خدمة معينة للاستعمال الوسيطي النهائي لسد حاجاته الشخصية أو

[1]- La loi n° 2014-344 relative à la consommation dite Loi Hamon a été promulguée le 17 mars 2014 et publiée au journal officiel le 18 mars 2014. https://www.legifrance.gouv.fr.

[2]- محمدبودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون رقم طبعة، 2005، ص 25.

[3]- حنانمناصرية، تأصيل مدلول المستهلك الإلكتروني" تشريعا، قضاء، فقها- دراسة مقارنة"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 22 فبراير 2018، ص98.

[4]- قانون رقم 89-02 (الملغى) المؤرخ في 1989/2/7 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 6 المؤرخة في 1989/02/8.

حاجة شخص أخر أو حيوان يتكفل به[1] ".

وأيضا عرف المشرع الجزائري المستهلك بموجب القانون رقم 04_ 02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه بنصها على الآتي:

"المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة منكل طابع مهني".

أما القانون الجديد المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش رقم 09 . 03 فإنه تطرق لمفهوم المستهلك[2] في المادة 1/03 حيث ورد فيها: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص أخر أو حيوان متكفل به "

وباستعراض التعريفات السابقة يمكن استخلاص أن المشرع الجزائري أضاف من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا المادة الثالثة الفقرة الأولى من القانون 09-03 السالف الذكر عبارة طبيعي أو معنوي لكلمة " شخص" ليرفع اللبس الذي أحاط بالفقرة التاسعة من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-30[3]، ثم ضيق من مفهوم المستهلك حيث استبدل

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخفي 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد05 الصادرة في 1990/01/31، المعدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315المؤرخفي 2001/10/6 الجريدة الرسمية عدد61 الصادرة في 2001/10/21.

[2]- القانون رقم09-03، المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 2009/03/08 المعدل والمتمم بالقانون 18- 09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، الجريدة الرسمية العدد35.

[3]- فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2012-2013، ص38.

عبارة " معدين للاستعمال الوسيطي [1] أو النهائي" لتصبح " موجهة للاستعمال النهائي"، وبالتالي يصبح الغرض من التعاقد غير مهني.

فلا شك أن المشرع قصد بها المتدخل الاقتصادي الذي يقتني سلعا لإعادة تصنيعها أو شراء أدوات مساعدة في أغراضه المهنية وبالتالي فالمتدخل الاقتصادي قد يكون مستهلكاً لكن سرعان ما عاد المشرع واعتمد المفهوم الضيق كمبدأ أساسي وهذا ما أكده من خلال التعريف الوارد في المادة 1/03 من القانون الجديد 09_03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السابق الذكر، ويتضح كذلك إن المشرع لم يفرض شكلا معيينا لقيام الصفة الاستهلاكية بل جعلها تنشأ لمجرد اقتناء المنتج أو الخدمة للأغراض استهلاكية[2].

وفي سبيل مواكبة التطورات الحديثة للمعاملات التجارة الدولية وخاصة ما يتعلق منها بعقود التجارة الالكترونية فقد سن المشرع الجزائري قانون 05/18المؤرخفي 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الذي يعد منطلق تأسيس الإدارة الالكترونية التي تقوم على الحكومة الالكترونية والتجارة الالكترونية[3].

وبموجب القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية فقد عرفه في المادة السادسة الفقرة الثالثة بأنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية

[1]- الوسيط :"هذاالنوعمنالمستهلكينيقومبشراءالسلعلحاجة شخص آخر قد يكون كفيلا له أو قريبه أو لحيوان له، أي ليس لحاجته الشخصية بل مجرد وسيط في عملية الاستهلاك هذه "أنظر: على بولحية بنبوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر، بدون رقم الطبعة، 2000، ص 15.

[2]– على بولحية بنبوخميس، مرجع سابق، ص 16.

[3]– فهيمةقسوري، خصوصية الحرية التعاقدية في العرض التجاري الالكتروني طبقا للقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص183.

سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكتروني من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

وعليه يكون المستهلك الالكتروني هو المستفيد من عقد العرض التجاري الالكتروني وموجه له، ويجب أن تكون إرادة المستهلك الالكتروني الذي يرتضي قبول السلع والخدمة من يجب أن يكون العرض التجاري موضحا لجميع معلومات ومعطيات السلعة أو الخدمة حتى لا تكون إرادته مشوبة بعيوب الرضا من غلط وتدليس، وبعد اطلاع المستهلك على العرض التجاري الالكتروني للمورد وتأكد منها جيدا خلال فترة التفاوض يصادق على قبوله على عقد الالكتروني المتضمن العرض التجاري الالكتروني حتى يتسنى فيما بعد إبرام العقد الالكتروني للمعاملة الالكترونية[1].

ونكون بصدد عقد إذعان متى توفرت عناصره ولا فرق إذا تم العقد بطريقة تقليدية أو بطريقة الكترونية، ومن ثم يمكن أن نتصور إبرام عقود عبر شبكة الانترنت تخضع للنظام القانوني لعقود الإذعان [2]. ولا يمكن القول أن جميع عقود الاستهلاك سواء تمت بطريقة تقليدية أو الكترونية عقود إذعان، إذ أن العديد من السلع المعروضة للبيع لا تكون محتكرة من قبل جهة واحدة، لما لها من نظير مطابق لها لدى جهة أخرى، فيكون للمشتري حرية الخيار، ولا نكون بصدد عقد إذعان[3].

**المطلب الثاني: تعريف المتدخل (المحترف)**

بعد أن قمت بتعريف المستهلك، أتطرق الآن إلى تعريف الطرف الثاني في عملية

[1]– فهيمةقسوري، المرجع السابق، ص190.

[2]– سارةبولقواس، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس المدية، العدد الثاني، سبتمبر 2017، ص51.

[3] – سارةبولقواس، المرجع السابق، ص52.

الاستهلاك، ألا وهو المتدخل[1]، بما أنه هو أحد أهم أطراف العلاقة الاستهلاكية التي تشكل محور الدراسة في هذا البحث ، علما أن المشرع الجزائري كان يطلق على المدين بالالتزام لفظ المحترف، غير أنه بصدور القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جاء بمصطلح جديد جمع من خلاله المصطلحات السابقة وهو مصطلح "المتدخل".

وعلى هذا الأساس سوف يتم التطرق إلى بعض ما أورده الفقهاء بخصوص تعريفه، وكذا بعض التعريفات التي جاءت بها التشريعات الوضعية وعلى وجه الخصوص المشرع الجزائري ويقتضي ذلك الوقوف أولا على تعريف هذا الأخير وبيان مكانته في هذه العلاقة الاقتصادية، وصولا إلى تحديد موقف المشرع الجزائري منه ضمن الآتي.

**الفرع الأول: التعريف الفقهي للمتدخل**

أورد الفقه عدة تعاريف ومسميات للمتدخل ، فقد يصطلح عليه المحترف أو المنتج أو العون الاقتصادي ، لكن الرأي الراجح استقر على مصطلح المنتج أو المتدخل لمشاركته وتدخله في جميع مراحل الإنتاج، وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف المنتج،غير أنه عرّف الإنتاج في المادة 3 الفقرة 9 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقولها:الإنتاج:العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح، والمعالجة والتصنيع، والتحويل والتركيب، وتوضيب المنتوج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول".

وبهذا ليس للمنتج تعريف ثابت ، بل مجموعة من التع اريف، فهناك من يعرّفه بأنه"الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما، سواءً أكان هذا النشاط صناعياً أم تجارياً أم حرفياً أم حراً أم زراعياً أم غير ذلك ،"وهناك تعريف

[1]- الياقوت عجرود، المرجع السابق، ص27.

مشابه له جاء فيه أنّ المتدخلين الاقتصاديين هم " الأشخاص الطبيعية أو المعنوية،عامة أو خاصة، الذين يعرضون أموالاً أو خدمات في إطار ممارستهم لنشاط اعتيادي"[1].

في حين عرفه البعض بأنه" كل من يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح[2]."

يتضح من هذه التعاريف أنّ المعيار المعتمد لتحديد مفهوم المتدخل هو الوظيفة المتمثلة في النشاط الذي يهدف إلى الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمة، لذلك فالعقد الذي يشتري بموجبه شخص معدات لاستعمالها في نشاطه، يعد عقدا مهنيا، حتى وإن كان الهدف ليس إعادة بيع هذه المعدات، إذ يدخل هذا العمل في إطار الأعمال التجارية بالتبعية[3].

و بذلك يتضح لنا أن تعريف المتدخل يشتمل على عنصرين، العنصر الأول هو ممارسة نشاط بصفة اعتيادية، والثاني هو عرض الأموال أو الخدمات في إطار مهني، وفي شكل إيجاب مفتوح موجه للجميع[4].

وهو الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، ويرى بعض الفقه أن المهني هو الشخص الذي يتمتع بثلاثة عناصر من التفوق وهي المقدرة الفنية، حيث يكون قادرا على معرفة العناصر المختلفة لمنتوجاته أو للخدمة التي يقدمها، والمقدرة القانونية من واقع خبرته بهذا

---

[1]– محمد الأمينسي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007 /2008، ص25.

[2]– فتيحة حدوش، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بومرداس، 2009 /2010، ص15.

[3]– زرارة صالحي الواسعة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد5 جوان 2012، ص191.

[4]– العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل إقتصاد السوق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، 2002–2003، ص46.

النوع من التجارة والمقدرة الاقتصادية على أساس أن بعض الأنشطة أو المجالات تكون من الناحية العملية محلا للاحتكار القانوني أو الفعلي، والمقدرة المالية التي تمكنه بفرض إرادته وشروطه على المستهلك[1].

**الفرع الثاني:التعريف التشريعي للمتدخل**

يبدو أن تعدد مسميات المتدخل من وجهة نظر الفقه والقانون قد طرح إشكالية تحديد وضبط تعريفا موحدا لدى المشرعين بخصوصه فقد يقصد بالمتدخل المنتج أو الصانع أو المحترف (المهني) أو المورد.

**أولا-التعريف التشريعي للمتدخل في القانون الجزائري.**

أورد المشرع الجزائري قبل القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عدة مصطلحات للدلالة على وصف" المتدخل"، فلقد كان يعبر عن المدين في مواجهة المستهلك بصفته دائنا بلفظ " المحترف" كما هو الشأن فينص المادة الثانية من الفقرة الأولى،من المرسوم التنفيذي رقم 90 -226 المتعلق بضمانالمنتوجات والخدمات[2].على أنه"كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك".

كما أطلق المشرع الجزائري على المتدخل تسمية عون اقتصاديL'agentéconomique، وذلك بموجب المادة3الفقرة الأولى من القانون رقم 04-02 الصادر في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[1]- بولقواس سارة، المرجع السابق، ص53.

[2]- المرسومالتنفيذيرقم90- 226المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، مرجع سابق.

وجاء نصها كالتالي:" ...عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها ...".وهو نفس المصطلح الذي تبناه في المرسوم التنفيذي رقم 306/06الذي يحدد العناصر للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1].

وبعد صدور القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السابق الذكر،يلاحظ أن المشرع جاء بلفظ المتدخل "L'intervenant"وهو مصطلح جديد في نصوص حماية المستهلك،حيث نص في المادة 7/03 على أن "المتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك "وذلك حسب الفقرة السابعة من المادة 3 من نفس القانون.[2]

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أراد بسط أكثر قدر ممكن من الحماية للمستهلك حيث جعل المتدخل ليس المنتج فحسب، بل يمتد لكل من يتدخل في العملية الاستهلاكية إلى غاية وصول المنتوج إلى المستهلك، وقد تم ذكر سلسلة من المتدخلين ضمن المادة 3/7 من القانون رقم 09-03 والمتمثلين في المنتج والصانع،الوسيط،الحرفي،المستورد، الموزع.وهو نفس المفهوم الذي يعتمده الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في نص المادة 2منه[3].

[1]- الجريدة الرسمية العدد 56 الصادرة في 2006/09/11.

[2]_ القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

[3]- أنظر المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الصادر في 24 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 والقانون 10-05.

حيث يشمل المتدخل في السوق كل من: المنتج أو الموزع [1] أو وسيط أو أي تاجرأو مستورد والجمعيات وحتى الأشخاص العمومية سواء تعلق الأمر بالمتدخل في سوق المنتجات أو الخدمات[2].

إذاً المتدخل من خلال النص السابق هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته كاستئجاره لمحل تجاري لتجارته أو شراءه لسلع بقصد إعادة بيعها، وكلمة محترف أو مهني متأتية من حرفة أو مهنة ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك كل نشاط منظم لغرض الإنتاج، أو التوزيع أو أداء الخدمات فعلى خلاف المستهلك فإن المتدخل أو المهني أو المحترف أو العون الاقتصادي كما جاءت تسميته المختلفة في النصوص التشريعية والتنظيمية التي جاء بها المشرع الجزائري هو الشخص الذي تصرف من أجل حاجات مهنته كاستئجاره لمحل تجاري لمزاولة تجارته أو شراءه لسلع بقصد إعادة بيعها ويشمل كل الأشخاص الذينٌ يتٌدخلون في عملية إيصال المنتوج للمستهلك في طور الإنتاج والتوزيع، وكلمة محترف أو مهني مشتقةٌ من حرفة أو مهنة ومعناها في إطار قانون حماية المستهلك كل نشاط منظم لغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات[3].

**ثانيا- التعريف التشريعي للمتدخل الاقتصادي في القانون المقارن**

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن مصطلح مهني، لم يكن مصطلحا موحدا في جميع القوانين المتعلقة بالاستهلاك،حيث تعددت الألفاظ التي استعملها المشرع، فمرة يطلق عليه

[1]- يقصد بالموزع" الشخص الذي يتولى عملية إدخال السلع حيز التداول والاستهلاك، سواء كانت سلعا ومنتجات ذات صنع محلي، أو ذات صنع أجنبي". أنظر: عبد الرزاق بولنوار، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة على ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلة دورية، جواد، 2009.

[2]- سامي بن حملة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد الخامس، مارس2015، ص94.

[3]- محمدبودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص33.

اسم المحترف كما فعل في المرسوم التنفيذي 266/90المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات[1]. ومرة يستخدم مصطلح المهني وذلك في القرار المتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي 266/90.[2] كما أطلق عليه المشرع اصطلاح المتدخل كما جاء في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش [3].كما أطلق عليه مصطلح المؤسسة من خلال القانون 08-12 المعدل والمتمم لقانون المنافسة[4].

كما تم إطلاق مصطلح العون الاقتصادي ليكون بذلك نفس المصطلح الذي تبناه في المرسوم لتنفيذي المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين العونالاقتصاديين م والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.[5]

---

[1]- المرسومالتنفيذيرقم90- 226المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات المؤرخ في 15-09-1990، الجريدة الرسمية العدد40 المؤرخة في 19-09-1990.

[2]- قرار يتضمن تطبيق المرسوم التنفيذي 90-266 مؤرخ في 10-05-1994، الجريدة الرسمية العدد 35مؤرخة في 5-06-1994.

[3]- قانون09-03 مؤرخ في 25-02-2009 يتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 8-2-2009.

[4]- قانون08-12 مؤرخ في 25يونيو 2008 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 36 مؤرخة في 02-يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر 03-03 المؤرخ في 19يوليو2003 يتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية العدد 43 مؤرخة في 20-07-2003.

[5]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في10-09-2006المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2006.

## المبحث الثاني:مجال الحماية القضائية من الشروط التعسفية من حيث العقود

عند البحث في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية كجزء من النظام التقليدي لحماية المتعاقد يبدوا مقصورا عل عقود الإذعان، وهو ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشرط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة بشأنها[1]، الأمر الذي يدفعنا للبحث في تحديد طبيعة العقد المطلب الأول وتحديد شكل وموضوع عقد الإذعان الذي يقتصر شروط تعسفية المطلب الثاني.

### المطلب الأول:تحديد طبيعة العقد

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد في إطار الحماية ضد الشروط التعسفية عرفت، هي الأخرى، تباينا تشريعيا من حيث التنظيم، ففي حين تقتصر بعض التشريعات هذه الحماية على عقود الإذعان، نجد بعض التشريعات الأخرى تمدها أيضا إلى عقود المساومة[2]، وعلى ذلك يتوجب الأمر الإشارة إلى حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقد الإذعان ضمن الفرع الأول، ثم توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة ضمن الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقد الإذعان

لقد جاء موقف المشرع الجزائري واضحا بخصوص هذه النقطة، فقد حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان دون أن يمدها إلى عقود المساومة، بدليل أنه بادر منذ الوهلة

---

[1]– عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية القاهرة، جامعة الدول العربية، 1958، ص 64. وأنظر أيضا في الفقه الفرنسي:

Stark, Rolande, Bouyer, Droit civl, les obligaion T2, Paris,1998 p52.

[2]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ص158.

الأولى إلى تحديد المقصود بعبارة"عقد"الواردة في قانون 04-02 المحددة للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، ويتبين من خلال المادة الثالثة فقرة الرابعة أن معناها هو عقد الإذعان. وعليه نشير تحديد مفهوم عقود الإذعان أولا ثم موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

**أولا- تحديد مفهوم عقود الإذعان**

إن الصورة التقليدية للتعاقد تتم عن طريق مفاوضات تتم فيها المساومة المتبادلة بين طرفين متساويين يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد مساويا للدور الذي يؤديها الآخر[2].

ومع ذلك فهناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها، منها عقود الإذعان، وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر، يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبل لا بد منه.

ولبيان مفهوم عقود الإذعان يتم التطرق إلى دور الفقه والتشريع في تعريف عقود الإذعان قبل أن نشرع ببحث أحكام هذا العقد نمهد لذلك بالحديث من خلال التعريف به وبيان خصائصه وتمييزه من بعض العقود المشابهة له.

**1-تعريف عقد الإذعان**

إن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية قد فرض حاجة الناس إلى بعض الخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها، كحاجة الناس إلى خدمات الماء والكهرباء والغاز وخدمات السفر بالطائرات والسكك الحديدية، وحيث أن الدولة في معظم الأحيان هي المسيطرة على هذه الخدمات فإن ذلك قد جعل الشخص الذي يود الحصول على إحدى

[1]- شوقي بن ناسي، المرجع نفسه، ص163.

[2]- عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص50.

هذه الخدمات مضطرا للقبول بالشروط التي تفرضها وهي شروط غالبا ما تكون في شكل عقود نموذجية وان معظم تلك الشروط إن لم يكن جميعها قد وضعت لمصلحة الطرف الذي يقدم تلك الخدمة. ويطلق على هذا النوع من العقود بعقود الإذعان.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري لم يعرّف عقد الإذعان ولكن اكتفى ببعض الإشارات التي لا تكفي لأن تعطي مفهوما متكاملا، وهذا من خلال المادة 70 من القانون المدني"يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها" الأمر الذي دفع بالفقه إلى إيجاد محاولة لتعريفه.

وفي ضوء ما تقدم ارتأينا التطرق إلى تعريف عقد الإذعان.

## 1-1- تعريف عقد الإذعان الفقهي والتشريعي

سنتناول تعريف عقد الإذعان في نقطتين:التعريف الفقهي ، ثم التعريف التشريعي الجزائري والتشريعات المقارنة.

### 1-1-1- التعريف الفقهي

تعددت تعاريف عقد الإذعان عند الفقه القانوني نذكر منها ما يلي:

عرفه الفقيه الفرنسي "سالي" الذي يجمع كل الفقهاء على أنه مبتكر لفكرة الإذعان بقوله"عقد الإذعان" هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد، بل على مجموعة غير محددة من الأفراد وتفرضه مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد".[1]

[1]- N Saleilles (De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand), Paris, 1929, Art.133, n°. 89, s., p.229. «Les contrats d'adhésion dans lesquels il ya une seule volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et et s'emparer decet engagement déjà créé sur soi- même. »

نقلا: عن لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص23.

يتضح من هذا التعريفأن الفقيه سالي قد ركز على الإرادة المنفردة لواضع العقد، وانضمام الأفراد إلى هذه الإرادة دون الاعتراض على موضوع العقد ، كما أطلقت أول تسمية لعقد الإذعان من طرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الذي اعتبر أن العقد يكون عقد إذعان عندما يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع،ولما كن في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له فهو ملزم بالقبول فرضاءه موجود لكنه مفروض عليه[1].

كماعرف أيضا" بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة، يضعها الموجب لا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني، أو فعلي، تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها[2].

وعرّف عقد الإذعان أيضا بأنه " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يصنعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق سلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها" [3]. وقد اعتبر عبد المنعم فرج الصدة أنّ تسمية عقد الإذعان بدل عقد الانضمام التي قال بها الفقيه الفرنسي "سالي" هي الأصح،لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة.[4]

---

[1]– السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص279 .

[2]– لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 20.

[3]– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص91.

[4]– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه، ص100.

والحقيقة أن الاضطرار لا يعد عيبا في التعاقد، لأن الطرف المذعن يملك أن يتعاقد أو لبا يتعاقد، أما إذا تعاقد فهو يقبل ما جاء في العقد جملة دون نقاش أو مساومة، كما أن هذا الاضطرار يتعلق بظروف اجتماعية وهي الحاجة الضرورية لهذه الخدمة،وليس بعوامل نفسية التي ينتج عنها عيب في الإرادة[1]

فالفقيه سالي الذي يجمع كل الفقهاء على أنه أول صاحب فكرة للإذعان يرى أن عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة،وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد[2]

وفي هذا السياق يقصد بعقود الإذعان تلك العقود التي يضع شروطها أحد المتعاقدين ولا يكون أمام الآخر إلا التسليم بها والإذعان لها، بحيث لا يقبل منه أي مناقشة لهذه الشروط، فإما أن يقبلها برمتها أو يعرض عنها. وهو في كثير من الأحيان لا يستطيع الإعراض عنها، لأن هذا النوع من العقود كثيرا ما يرد على خدمات أو منافع يحتكرها المتعاقد ولا غنى له عنها، كعقود توريد الكهرباء والغاز والمياه للمنازل[3].

غير هناك اتجاه فقهي معاصر تبنى مفهوما واسعا لعقد الإذعان على نقيض الاتجاه التقليدي، وهو الرأي السائد في فرنسا، وتبناه بعض من الفقه المصري الحديث، حيث عرفه بأنه " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها،وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي

[1]– رمضان وليد صلاح، القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص688.

[2]– محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص19.

[3]– محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص31.

أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها [1]. ومثل هذا التعريف يشتمل على أهم المميزات التي يتميز بها عقد الإذعان ويعطي صورة قانونية مميزة له.

وبمقتضى هذا التعريف يتبين أن الشرط الوحيد لاعتبار العقد إذعان، يتمثل في وضع الطرف القوي في العقد مسبقا الشروط، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا توقيع هذا العقد دون أن يكون له الحق في مناقشتها آو تعديلها.

وبالتالي فان هذا الاتجاه أهمل اشتراط الاحتكار وذلك لاعتبارين:

إن الاحتكار ليس شرطا مستقلا، وإنما هو قرينة على أنّ القبول اقتصر على مجرّد التسليم بالشروط المقررة سلفاً من جانب الموجب دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها.

ومن ناحية أخرى فان الاحتكار ليس مقصودا لذاته، وإنما يترتب عليه من وجود الموجب في مركز قوي يسمح له بوضع شروط التعاقد بصفة مستقلة وسابقة وبدون أن يقبل فيها أي مناقشة أو تعديل[2].

إن الفقه الحديث قد بذل جهدا ملموساً للبحث عن مفهوم واسع لعقد الإذعان قابل لاحتواء وصف عقود الاستهلاك حتى يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية عن طريق تطبيق نظام الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، لذلك يصبح من الملائم تبني الفقه لمعايير واسعة تساعد على التوسع في مفهوم عقد الإذعان ، وفي المقابل يقتضي هذا التخلي على كل معيار يتعارض مع هذا التوجه للفقه. ولهذا السبب استبعد الفقه المعيار الاقتصادي على الرغم من العلاقة الوطيدة القائمة بين الظروف الاقتصادية وعقد الإذعان، ذلك أنّ الإبقاء على معيار التفاوت الاقتصادي من ش أنه أن يساهم بشكل كبير في تضييق مفهوم عقد الإذعان نظرا لكونه غير كاف لتغطية كل

[1]–عبد المنعم فرج الصدة، ، المرجع السابق، ص100.

[2]– عامررحمون، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 23، المجلد1، ص ص 219 و 220.

حالات الضعف التي تعتري الطرف الضعيف في العقد، ناهيك على أنّ هذا المعيار ليس بدليل قاطع ولا يعكس بالضرورة وجود الشروط التعسفية بإلحاق وصف الإذعان بعقد ما.

لذلك لجأ الفقه إلى ضرورة تبني معيار واحد ذو طابع قانوني كفيل في نظره بالعمل على توسيع مفهوم عقد الإذعان ، وهو معيار رفض التفاوض حول بنود العقد أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد[1].

ومما هو جدير بالذكر أنّ الفقه الإسلامي لم يعرف عقود الإذعان، غير أن اتجاهات الفقهاء بشأن عقد الإذعان تباينت في تكييفه، فمنهم من اعتبر عقد الإذعان يشتبه مع عقود المعاطاة التي يتم التعبير فيها بالتعاطي دون صيغة للإيجاب والقبول، ومنهم من كيفه على أساس أنه بيع المضطر من حيث اضطرار المذعن إلى السلعة، ومنهم من قام بتكييفه على معاني الاحتكار، بينما اعتبره بعض الفقهاء عقدا مستقلا مستحدثا[2].

يعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية، هذا وغيرت المبادئ القانونية المعاصرة من مفهوم عقود الإذعان، فالمبادئ التقليدية تشترط ليعتبر العقد إذعانا أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، و أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، و أن تكون شروط العقد تفرض على المستهلك دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها[3].

### 1-1-2- التعريف التشريعي الجزائري والتشريعات المقارنة

عالج القانون المدني "عقد الإذعان" من خلال المادة 70، حيث تنص: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة

[1]- محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص56.

[2]- عامررحمون، المرجع السابق، ص223.

[3]- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 117.

فيها" يفهم من صياغة هذه المادة والألفاظ المستعملة في وصف القبول: "التسليم"، "لشروط مقررة"، "غير قابلة للمناقشة"، إننا بصدد أحكام تنظيمية وليست شروطا عقدية. غير أن هذا الاستنتاج مبالغ فيه، وحجتنا في ذلك أن المشرع لم يتناول عقد الإذعان إلا من خلال هذه المادة الوحيدة، أي بصفة عرضية، الأمر الذي يفيد حتما أن عقد الإذعان بالنسبة للمشرع هو عقد عادي لا يخرج عن النظرية العامة للعقد، ولا يمس بجوهر الحرية العقدية التي هي روح العقد. فالفرق بين عقد المساومة وعقد الإذعان يتمثل في أن الإيجاب في النوع الأول قد يتبع برفض أو بقبول أو بإيجاب ثان (حالة قبول مع إضافة أو إنقاص شرط) مع العلم أن هذا الأخير لا يلزم قانونا إلا صاحبه، أما الإيجاب في عقد الإذعان يتبع بفرضيتين فقط هما: القبول أو الرفض. وبعبارة أخرى يحرم الموجب له من فرضية ثالثة وهي إصدار إيجاب جديد فقط، كأن نكون بصدد تقليص من الحرية العقدية[1].

وبصدد الحديث عن بعض صور القبول في عقد الإذعان أشار جانب عن الفقه المصري بقوله "مع أن الأصل في العقود حرية الإرادةفي اختيار ماتبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصا معينين إلى إبرام نوع معين من العقود، دون أن تكون لهم اختيار في إبرامه أو عدمه أو في ترتيب آثارها بشكل أو آخر ومثل ذلك التعاقد مع شركات الاحتكار سوء كان الاحتكار فعليا أو قانونيا"[2].

وقد تناولت المادة 110 من القانون المدني الجزائري، مفهوم الإذعان. على أنه" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه

[1]– علي فيلالي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص16.

[2]– سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ط4، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون مكان نشر، 1978، ص117.

الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويؤخذ على النص السابق أنه لم يراع ما استجد في مفهوم عقد الإذعان، فلم يعد هذا العقد اليوم محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل احد الطرفين بشكل مسبق، وليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد[1]، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها.

فلا يشترط بحسب المبادئ الحديثة لكي يعتبر العقد من عقود الإذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة، وان تكون هذه السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، فالمفهوم الحديث لعقود الإذعان أتاح التوسع الملحوظ في تعدد العقود التي تصنف من قبيل عقود الإذعان، وبالتالي يحظى فيها المستهلك بحماية خاصة مثل، الشك في أمر العقد يفسر لمصلحته والطرف القوي في العقد يتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه، أضف إلى ذلك أن القاضي يستطيع التدخل في شروط العقد بالتعديل أو الإبقاء بهدف حماية المستهلك[2].

[1]– عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 118.

[2]– الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، تصدر عن المركز الجامعي تمنراست، جوان 2014، ص101. وأنظر أيضا: عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 118.

## 2- خصائص عقد الإذعان

إن تحديد فيما إذا كان عقد الإذعان عقد أم لا يقتضي تحديد الخصائص التي يتميز بها هذا العقد عن غيره من العقود، وعلى هذا الأساس فإن لعقود الإذعان خصائص معينة هي:

أولا- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من ضروريات الحياة بالنسبة لجمهور الناس المستهلكين أو المنتفعين وليس إلى شخص بعينه [1]. بحيث لا يمكن الاستغناء عنها ،كما هو الحال بالنسبة للماء والكهرباء والنقل وغيرها من السلع والخدمات والتي لا يمكن للشخص توفيرها بنفسه. وهذهالميزة تعتبر مكملة لسابقتها، لذلك أن أغلب الشراح يذكرهما معا على أنهما طابع واحد لعقد الإذعان ، وذلك لأن الموجب إذا كان يمكنه أن يفرض شروطه فذلك ليس لسبب قوته الاقتصادية فحسب ، ولكن أيضا لأن الطرف المذعن في حاجة ملحة إلى أن يتعاقد ، ولأن غالب عقود الإذعان ضرورية أو على الأقل كبيرة الفائدة [2]، وهي التي لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة[3].ولا يمكنهم رفض الشروط التي وضعها الموجب ولو كانت جائرة[4].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اتجاه يرى أن مفهوم السلع والخدمات الضرورية يجب التوسع فيه وعدم تفسير الضرورة تفسيرا اقتصاديا بل تفسيرا حضاريا، لأن عقد الإذعان

---

[1]-عبد الفتاح بيوميحجازي، التجارة الالكترونية وحمايته القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 49.

[2]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ط4، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون مكان نشر، 1978، ص117.

[3]- أحمدرباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعيةوالإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013، ص101.

[4]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص117.

هو التسليم لإيجاب موضوع لا يقبل المناقشة،ويستوي في ذلك أن ينصب هذا الإيجاب على سلعة أو مرفق ضروري أو لا ينصب على هذا أو تلك[1].

ثانيا– أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلبا لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحا، مستمرا مع المتعاقد معه، والاحتكار بهذا المعنى هو قدرة الشخص المحترف على فرض شروط العقد، مع التيقن بعدم وجود المنافس [2]، بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحا، الأمر الذي يجعله ينفرد بوضع الشروط [3]. غير أن الفقه والقضاء في مصر يضيفان إلى هذا الاحتكار: أن يتوافر للسلعة أو الخدمة محل التعامل وصف الضرورة الأولية[4]، غير أن تقدير فكرة الضرورة هنا يستقل بها قاضي الموضوع على اعتبار أنها مسألة واقع.[5]

ويتكرس التفوق الاقتصادي في النقاط التالية:

1 – احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا: مثل ما هو الحال في شركات الهاتف والمياه وعقود توريد الكهرباء [6]،فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع

---

[1]– بلخضر شيما مصطفى أمحد الشيخلي، عقد الإذعان، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة صدام بغداد، 2000، ص55.

[2]– أحمدرباحي، المرجع السابق، ص349.

[3]– علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص26.

[4]– حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص104.

[5]– بلخضر مسعودة، الحماية المدنية للعقد الإلكتروني دراسية مقارنة، رسالة ماجيستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ص31.

[6]–أبو الليل سلطان العلماء، عقود الإذعان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، العدد الرابع عشر، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 2004، ص277.

بامتياز قانوني لأنها الوحيدة التي يمكن تقديمها هذه الخدمات دون أي مناقشة [1].غير أنه إذا كان الموجب يفرض شروطه فليس ذلك بسبب قوته الاقتصادية فحسب ولكن أيضا لأن الطرف المذعن في حاجة ملحة لأن يتعاقد وبالتالي لا غنى للناس عنها ومن ثم لا يمكنهم رفض شروط التعاقد ولو كانت جائرة[2]

2-تمتع الموجب باحتكار فعلي من حيث تفرده بالإنتاج: مثل ما هو الحال في منطقة لا توجد فيها إلا شركة تأمين وحيدة. أو مع وجود منافسة بسبب المنتجين واتفاقهم وتوحيد شروطهم، أو على الأقل سيطرته عليها، سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، لا تحول دون سيطرة الموجب أو تحكمه في الشروط، لأن القوة الاقتصادية للموجب هي شيء ضروري لأن الطرف القوي في عقد الإذعان غابا ما يكون محتكرا للسلعة أو الخدمة وغياب مناقشة بنود العقد، مما يعطي القوة الملزمة للإيجاب في عقود الإذعان، وهذا يبرز القوة الاقتصادية للموجب، والتفاوت الصارخ بين مركز القابل المذعن، أما إذا وجدت منافسة حقيقية حرة فتمنع من قيام عقود الإذعان، لأنها تحول دون استغلال الموجب للطرف الآخر لوجود بديل أمامه [3]، غير أن هذا الإذعان للتعاقد ليس إكراها بعيب الرضا لأن رضاؤه موجود ولكنه مضطرا، بل هو نوع من الإكراه الذي تتفاوت فيه المراكز بين المتعاقدين بل غياب مجرد قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد والقوة التفاوضية بين طرفي العلاقة التعاقدية كما هو الحال في العقود الأخرى، لأن معدها هو

[1]- محمد فواز صباح الآلوسي، المرجع السابق، ص192.

[2]- حسني محمود عبد الدايم، العقود الإحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، ط 1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص38. وأنظر أيضا: العربي مياد، العربي مياد، عقود الإذعان دراسة مقارنة، طبعة1، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2004، ص330.

[3]-أبو الليل سلطان العلماء، المرجع السابق، ص277.

الطرف القوي وهو غير مستعد لإحداث أي تغير فيها وأن للقابل في العقد أمام خيارات إما القبول أو الرفض[1].

وهو ما تضمنته أحكام المادة 70 من القانون المدني: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها". والواقع أنه لا مجال للقياس بين عقود الإذعان وبين تلك العقود التي يكون فيها الرضاء مشوبا بعيب الإكراه لأن الإرادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماما لأنها تنعدم تحت وطأة الإكراه، في حين أن عقود الإذعا ن لا تنعدم فيها الإرادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق بشروط التعاقد [2]،ولقد أشارت المادة 88 من القانون المدني الجزائري إلى تعاقد الشخص تحت رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق تهدده هو أو أحد أقاربه في النفس، أو الجسم، أو الشرف،أو المال وعند ا لنظر في هذه الشروط نجدها بعيدة عن عقود الإذعان.

وهو الأمر الذي يؤيده جانب عن الفقه بقوله أن أفكراه في عقد الإذعان غير الإكراه المعروف في عيوب الرضا إذ أن الحاجة الماسة للإنسان تكرهه على التعاقد في عقد الإذعان، ويأتي أفكراه في عيوب الرضاء نتيجة ضغط خارجي أي تأثير الشخص القائم بالإكراه فيولد للإنسان رهبة للدخول في العقد[3]

---

[1]– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 24. وأنظر أيضا: حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد وظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإماراتوالقوانينالأوروبية مع إشارة للقوانين الانجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 269. وعبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بشكل عام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص279.

[2]– محمد فواز صباح الآلوسي، المرجع السابق، ص197.

[3]– أ. منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني ، مجلة الرافدين للحقوق, 2013, المجلد 18, العدد 59, ص46.

ج- صدور الإيجاب إلى كافة الناس وبشروط واحدة لا يجوز المناقشة فيه، وليس إيجابا موجها إلى شخص معين بذاته، ثم إن هذا الإيجاب هو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر، ولذلك يكون ملزما بمدة أطول بكثير مما عليه الحال بعقود المساومة الحرة [1]. وغالبا ما يفرغ ذلك في نموذج مطبوع يحتوي على شروط تفصيلية لا يجوز مناقشتها أو التفاوض بشأنها، ومعظمها لمصلحة الموجب، لأنها تخفف من مسؤوليته التعاقدية أو تشدد من مسؤولية المذعن[2].

ولكن قد تبرز في حالة الإيجاب الموجه إلى كافة الناس، مشكلة نفاد المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من الناس ، مثل ما هو الحال لمستعملي شبكة الانترنت، ولذلك يكون من الأفضل لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون التاجر ملتزما بموجب هذا العرض الذي كان سيكفي مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ بإمكان الرجوع فيه[3].

إن مما لا شك فيه أن من يعد هذه الشروط المسبقة التي تنظم العمليات العقدية (بيع، خدمات، نقل، وغيرها)، سيراعي حتما مصلحته، غير أنه في ظل منافسة من قبل منتجين آخرين، لاسيما عندما يصبح اقتصاد السوق والمنافسة الحرة واقعا ملموسا، تجعله يراعي مصلحة زبائنه أيضا. ويبدو عندئذ أن فكرة الإذعان التي أشار إليها القانون المدني، كأن يكون القبول هو مجرد التسليم لشروط مقررة... مما يفيد سيطرة أو هيمنة المتعاقد القوي على الطرف المذعن قد تراجعت بعض الشيء، إذ أن إعداد شروط مسبقة

---

[1]- سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص180.

[2]-جمال زكي إسماعيل الجريدلي، حماية المستهلك في عقود الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08 العدد 01، السنة 2016، ص31.

[3]- عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية " الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الانترنت)، دار الوراق، دمشق، الطبعة الأولى، 2004، ص171.

مع إذعان الطرف الثاني لا تترجم حتما بسيطرة احد المتعاقدين على الآخر، بل قد يكون مردها السبب العملي[1].

وعلى هذا الأساس فإن الخصائص السابقة هي خصائص ضرورية لاعتبار العقد من عقود الإذعان وأن عدم توافر هذه الخصائص مجتمعة لا يعد العقد من عقود الإذعان وبالتالي لا يأخذ حكمه.[2]

### 3 -الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وصوره

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة ، إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذهالطبيعة [3]. وللوقوف على الطبيعة القانونية لعقد الإذعان فإنه يجب علينا عقد موازنة الآراء الفقهية على الرغم من أن هذه الآراء قد اتفقت بأن عقد الإذعان له مميزات وصفات خاصة، وهو ما سنتناوله من خلال الفرع الأول، ثم نتطرق لصور عقد الإذعان في الفرع الثاني.

### 3 -1 الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

أما بالنسبة لطبيعة عقد الإذعان فقد اختلف فقهاء القانون في ذلك فكانت بذلك محلا للدراسة والنقاش،وهذا بسبب الطريقة التي يتم بها عقد الإذعان[4]، أي من خلال إذعان إرادة الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ومشيئته، فالاتجاه الأول قد ذهب إلى إنكار الصفة التعاقدية لهذه العقود، أما الاتجاه الثاني فيرى أن هذه الصفات الخاصة ليس من شأنها أن تخرج هذا النوع من العقود من الدائرة التعاقدية، وهذا ما سنوضحه.

---

[1]- علي فيلالي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، المرجع السابق، ص15.

[2]- بلخضر شيما مصطفى أمحد الشيخلي، المرجع السابق، ص58.

[3]- لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص33.

[4]- الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص102.وأنظر أيضا: محمد بوكماش، المرجع السابق، ص152. وأنظر أيضا: محمد فواز صباح، المرجع السابق، ص198.

### 1-1-3-إنكار الطابع التعاقدي لعقد الإذعان

وقد نادىبهذهالنظرية فقه القانون العام بوجه خاص، أبرزهم (ديجي، هوريو، جيز). ويدعو هذا النظر إلى وجوب حصر نظرية العقود وتطبيق القواعد الخاصة بها في الأعمال القانونية التي يظهر فيها عنصران أساسيان: أولهما مظهر توافق الإرادتين، وثانيهما إنشاء حالة قانونية (حقوق والتزامات) فردية. ومؤدى هذا النظر إخراج عدة أعمال قانونية من دائرة العقود، منها ما اصطلح على تسميته بالأعمال القانونية الاضطرارية التي عرفت بعقود الإذعان.

وترتيبا على ما سبق، ف إنه حيث يكون أحد المتعاقدين مضطرا لقبول شروط معينة، فإنه لا يسوغ القول بأن الارتباطات بين الجهة المتعاقدة والفرد هي علاقة تعاقدية. لأن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار،أما هنا فالقبول مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة، فالرابطة القانونية قد خلقها في الواقع إرادة المحتكر وحدها، وهذه الإرادة المنفردة هي بمثابة قانون، بل إنها لا تمثل سوى علاقة اقتصادية ومن ثم تخضع لقواعد النظام الاقتصادي الصناعي التي تحدد الحقوق والواجبات بين طرفي هذه العلاقة، وهذا من دون الدخول في تحديد النظام القانوني لها[1].

فوفقا لرأي "ديجي" تكون إرادة المتعاقدين وحريتهم في تحديد جميع شروط العقد هي الأساس والمحور الذي تدور حوله نظرية العقود. وحيث ثبت أن حرية أحد المتعاقدين ليست كاملة وأنه خاضع بحكم الضرورة والظروف لقبول شروط معينة، فلا يمكن القول بان هذه الأعمال تدخل في دائرة العقود[2]. وهي عبارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز

[1]– منهل عبد الغني قلندر، المرجع السابق، ص45.

[2]– عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، الطبعة الأولى، 1993، ص200.

تعاقدية[1].

ترى النظرية غير التعاقدية، أن القبول لا يصدر في هذه العقود عن حرية واختيار وإنما هو مجرد إذعان ورضوخ، فهو ليس عقدا بالمعنى الصحيح وإنما هو اقرب إلى أن يكون عملا انفراديا، لائحيا، مركزا قانونيا منظما، ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة من صاغ العقد وفرضها على الطرف المقابل[2]. فعقد الإذعان عمل من جانب واحد، وإذعان القابل بعيد عن أن يغير من طبيعته ويجعله من الجانبين[3].

### 3-1-2إضفاء الطابع التعاقدي لعقد الإذعان

إن غالبية الشراح وأكثرهم من فقهاء القانون المدني، لم يسلموا بالرأي الذي ينتهي إلى اعتبار عقد الإذعان مركزا قانونيا منظما، بل يرون في عقد الإذعان عقدا بالمعنى القانوني،فهو عقد حقيقي ولا يمنع وجود التفاوت الاقتصادي بين أطراف العقد من تكييفه بأنه عقد وخضوعه للقواعد العامة التي تنظم العقود، لأنه يتم بتوافق إرادتين. لأن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان وإرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها،وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقود والمساواة القانونية وهي المطلوبة في العقد، وبالتالي فإن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بوجود إرادتين في العقد لا بإرادة واحدة، وأنّ كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية،لأن ظاهرة عدم التساوي موجودة في العقود التي يبرمهاناقص الأهلية والتي يقبلها على ما فيها من عيوب.

---

[1]- محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص31.

[2]- أيمن سعيد عبد السلام، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص18.

[3]- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، 2015، ص174.

وإذا كانت إحدى الإرادتين ضعيفة بالنسبة للأخرى فإن هذا الضعف لا يبلغ مرتبة العيب، وإلا لجاز القول بأن عقود الشراء من المحلات التجارية الكبيرة ذات الأسعار المحددة وهي عقود يدخلها البعض في دائرة عقود الإذعان، وهي بدورها عقود معيبة. أما عدم تعادل المراكز الاقتصادية لأطراف عقود الإذعان وما يصحب ذلك من نتائج فمن الممكن علاجه بطريقة اقتصادية وهي تجمع المستهلكين وتعاونهم لمقاومة جشع المحتكرين، وبأخرى قانونية هي تدخل المشرع لإبطال الشروط التعسفية التي درج المحتكرون على وضعها في هذا النوع من العقود[1].

ومهما قيل من أن أحد الطرفين المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه الظاهرة هي ظاهرة اقتصادية وليست ظاهرة قانونية، لأن المساوا ة القانونية محققة فيها،والتراضي موجود فيها والطرف المذعن يدخل فيها برضاه دون إجبار أو إكراه أو إلزام، أما كونها تشتمل على شروط تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب فإن علاج هذه الشروط والتفاوتالاقتصادي لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي،ومن ثم لا يتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الجانب الضعيف،فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها،فالعلاج يكون بتعديلأو إلغاء ما تضمنه العقد من تعسف وجور، بل إن العلاج الناجح لإعادة التوازن في العلاقة العقدية يكمن في تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ويكون ذلك بأن يتولى المشرع لا القاضي تنظيم عقود الإذعان تنظيما تشريعيا كما في عقود النقل وعقود النقل وعقد التأمين وعقود الاشتراك في مصلحة الماء أو الغاز أو الكهرباء[2].

---

[1]– أنور سلطان، المرجع السابق، ص 5 و 52. وأنظر أيضا:عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بشكل عام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص192.

[2]– ذنون يونس، إبراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 5 السنة 2، 2010، ص44. وأنطر أيضا: سلطح حمدي محمد إسماعيل ، المرجع السابق، ص179.

فعقود الإذعان عقود حقيقية وأن التفاوت في مركز الطرفين إنما هو تفوت اقتصاديوليس تفاوت قانونيا وأن ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعدوا أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له على قيام العقد ووجود الرضا [1].وتجدر الإشارة إلى أن معظم الذين أنكروا على عقود الإذعان صفة العقد من فقهاء القانون العام، ولذا أنكر فقهاء القانون الخاص هذا المذهب لأن عقود الإذعان عندهم عقود حقيقية، لأن القانون لا يشترط أن يسبق العقد مفاوضة حرة ومساومة طويلة وأن يستوي الطرفين عند إبرام العقد من الناحية الاقتصادية بل يكفي ذلك التكافؤ القانوني فالهبة عقد باعتراف الجميع ومع ذلك فالموهوب له لا يناقش الواهب عادة في شروطها[2].

وعلى الرغم من أن لكلا الاتجاهين حججهما، إلا أن الطريقة التي تتم بها عقود الإذعان ما هي إلا ثمرة تطور كبير في أساليب التعاقد فرضتها الحياة الاقتصادية الحديثة. وهو ما يجعلنا نحن نميل إلى الاتجاه الثاني الذي يرى بان عقد الإذعان ما هو إلا عقد عادي تسري عليه الأحكام العامة في العقود، ولكنه لا يخلوا من الخطر على المستهلكين (الطرف المذعن)[3].

وعلى ضوء هذه الخلفية فإن عقود الإذعان هي عقود في حقيقتها، وان الطرف المذعن له الذي استقل بوضع شروط العقد هو والمذعن . الذي رضخ لهذه الشروط . طرفان في عقد حقيقي، أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي، والثاني ضعيف أمامه، لا يملك لشدة حاجته إلى التعاقد معه، إلا أن يسلم بشروطه

[1]– حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص38. وأنظر أيضا: العربي مياد، المرجع السابق، ص67.

[2]– صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز الوافي مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربي، عمان، 1984، ص44.

[3]– الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص103.

ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته [1]. ومع ذلك فإن عقد الإذعان حتى ولو فقد صفته أو طبيعته العقدية فإنه يظل عقد يحترم في كل الأحوالكما يشير الأستاذ Berlioz (G).[2]

ومن الثابت فقها وقانونا أن عقد الإذعان هو عقد صحيح يرتب كامل آثاره القانونية شأنه شان سائر العقود الأخرى[3].

وإلاما الداعي بالمشرع إلى أن يتتبع حالات التعسف الناجمة عن اللامساواة الطبيعية بين المتعاقدين، وتدخلالطرف القوي بشروط تجعل من العقد غير متوازن في سبيل مصلحته؟، الأمر الذي يستدعي تدخل السلطاتالعامة، كما هو الحال بالنسبة لحماية فئة المستهلكين، أو القاضي لإعادة إرساء التوازن من جديد، الأمرالذي يؤكد من جديد فكرة ملاءمة المنفعة مع بيئتها، وهذا رجوعا وعودة إلىإعتبارات المنفعة الاجتماعية والعامة[4].

ولقد أنهى المشرعالجزائريهذا الخلاف بين الفقه بنص تشريعي مسايرا بذلك المشرع الاتجاه الثاني معتبرا عقود الإذعان عقود عادية تخضع للإيجاب والقبول التي يخضع لها جميع العقود. وذلكبنص تشريعي في المادة 70 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

---

[1]– محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص32.

[2]- Cornu (G). obs. Rev. Trim. dr. civ. du 1977. P.341.

[3]– خليفة كرفة محمد، المرجع السابق، ص56.

[4]–زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014/2013، ص87.

## 4-صور عقد الإذعان

هناك عدة عقود يمكن أن تكون وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان والمتمثلة في ما يلي:

**أ- العقود النموذجية:**

لقد أصبحت العقود النموذجية المطبوعة مسبقا ، من سمات العصر كونها تشكل وسيلة فعالة لتسهيل عمليات التبادل التجاري، فتعددت المنظمات المهنية والجمعيات التجارية المعنية بإعداد صيغ عقدية تحكم نشاطاتها المتعلقة بتجارة نوع معين من السلع والخدمات، فهي عقود معدة مسبقا توفيرا للوقت والنفقات ، ولا يمكن المتعاقد إلا ملء الفراغ، وغالبا ما تعد هذه العقود من طرف خبراء فنيينأو قانونيين، مع الملاحظة أن هذه العقود قد لا يتوافر فيها إذعان ، إذ ما يميزها هو مناقشة الطرف المتعاقد لشروط العقد ولكن هذا من الناحية النظرية فقط، فغالبا ما يمضي المتعاقد دون استيعاب للشروط الموجودة إذ ما يهمه في الأخير هو السلعة أو الخدمة[1].

ينبغي عدم الخلط بين العقود النموذجية وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة أن يكون من عقود الإذعان، إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان[2]، غير أن طبيعة الإيجاب ذاتها في عقد الإذعان هي التي تبرر الاستعانة بالصيغ النموذجية للعقد مما يجعل العقد النموذجي الانفرادي عقد إذعان لكن على الرغم من اعتبار العقد النموذجي الانفرادي عقد إذعا ن إلا أن عقد الإذعان ليس بالضرورة

[1]- محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص63.

[2]- عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص128.

وحتما عقد نموذجيا والقول بغير ذلك يفتح المجال لاحتمال استبعاد بعض العقود من دائرة عقود الإذعان على الرغم من أنها كذلك فقط لأنه لم يتم إفراغها في قالب عقد نموذجي[1].

ولتحديد المقصود بالعقد النموذجي فإنه ينبغي تحديد المقصود بالمدلول اللفظي لكلمة عقد نموذجي، إذ أنّ اللفظين لا تقل أهمية الواحدة منها عن الأخرى في تحديد مفهوم هذا العقد هما العقد والنموذج.

فالعقد ورد تعريفه في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري بقولها العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، أما النموذج فهو الشكل الذي يصلح كقاعدة لغيره من الأشكال المماثلة التي تشبهه[2].

وقد عرفت العقود النموذجية على أنهاصياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص، تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، وذلك باتفاق أطراف هذا العقد[3]،أوهي مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مهنية أو من قبل الإدارة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلاً ، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد[4].

و العقد النموذجي من العقود التي لم يضع لها المشرع الجزائري تعريفا خاصا بها علي غرار بقية العقود ، كما هو الحال مثلا عقد البيع، عقد الإيجار وعقد التأمين، إلا أن

---

[1]–ليلى حدوم، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص ، رسالة ماجيستير ، جامعة الجزائر–1– 2000، 2001، ص24.

[2]- Ghestin jacues , traité de droit civil, la formation du contrat,3eddition L.G.D.J.2000,p60.

[3]- Neumayer K, les contrat dadhision dans les pays industrialises, librairie ,Droz Genève, 1999, p255.

[4]– ابراهيم خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص208. وأنظر أيضا: سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لإستخدام الشروط النموذجية في العقود الإستهلاكية دراسة مقارنة، رسالة ماجيستير ، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008، ص40.

المشرع الجزائري قد تطرق إلى خصائص العقد النموذجي ضمن تعريف عقد الإذعان ، وهو ما تأكده نص المادة 3 الفقرة 4 من القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على ما يلي"عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ، يمكن أن ينشأ العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المقررة سلفا".

يتبين لنا من خلال المادة السالفة الذكر أن عقد الإذعان يتشابه مع العقد النموذجي في نقطتين، وهما أن كلا العقدين يحرران مسبقا من قبل أحد أطراف العقد، أما النقطة الثانية فتتمثل في أن أحدهما يُذعن للآخر ، فله إما أن يقبل به أو يعرض عنه، مما قد يوحي إلى أذهاننا أن المشرع الجزائري لا يفرق بين العقدين.

وعليه ينبغي عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان، إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان، لاسيما المعاملات الالكترونية عبر الانترنت [1]. فالعقود النموذجية ما هي إلا صياغة ملزمة صادرة من شخص معين يلزم شخصا آخر أن ينسج العقود التي تحمل نفس موضوعها الصادرة في المستقبل على منوال تلك الصياغة النموذجية، أما عقود الإذعان فهي عقود بالمعنى الدقيق، لكونها عبارة عن تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني معين والمميز فيها هو وجود تفاوت اقتصادي كبير بين أطرافها [2]"، وعلى هذا الأساس ليس كل العقود النموذجية عقود إذعان، فالعقود النموذجية أصبحت تستخدم في

[1]– إبراهيم خالد ممدوح، المرجع السابق، ص207.

[2]-TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil(les obligations), 11eme éd., Dalloz, Paris, 2013,P163. et S.

مختلف المعاملات القانونية بغض النظر عن التعادل بين المراكز القانونية لأطرافها، في حين تستخدم عقود الإذعان كوسيلة ضغط في يد الطرف القوي في مواجهة الطرف الضعيف حتى يذعن لشروطه، كما قد تستخدم كوسيلة سلام بين طرفين مصالحهما متعارضة وهما على قدم المساواة، بحيث يكون الغرض منها منع وتجنب الخلافات بينهما عند إبرامهم لعقود تنصب على نفس موضوعها في المستقبل[1].

وعلى الرغم من ذلك التمايز بين العقود النموذجية وعقود الإذعان، إلا أن الأولى شأنها شأن الأخيرة تتعارض مع حرية الطرف الذي ينضم إليها في التعبير عن إرادته، فنظرا لكونها عقودا مطبوعة ومعدة سلفا، فـإن المتعاقد قد يفاجأ بما تتضمنه من شروط في اللحظة التي يبرم فيها العقد ، بما لا يتيح له فرصة للاطلاع على تلك الشروط، ودون أن يترك مجالا للنظر في آثار العقد عليه [2].بل وأكثر من ذلك، فالعقود التي تتضمن شروطاً نموذجية، ما هي –عملياً –إلا نوع من عقودالإذعان، بل وتُعد مصدراً حديثاً لعقود الإذعان؛ ذلك أن الواقع العملي أثبتَ أن هذه العقود بنوعيها تخلّبالتوازن العقدي دائماً وتحابي أحد الأطراف على حساب الآخر، وتعمل على ترجمة الوضع القانونيأو الاقتصادي أو الواقعي لذلك الطرف المسيطر ، ومن ثم فإن الشروط النموذجية تُشّكل جزءاً لا يتجزأ من عقود الإذعان، وإن اختلفت في بعضالخصائص، فهذه الشروط لا تعدو أن تكون أحكاماً عامة لا ترتقي إلى مرتبة عقد حقيقي[3].

وتجدر الإشارة إلى أن العقد النموذجي الانفرادي يعد مصدر لشروط تعسفية، إذ يعد تحرير شروط العقد في نماذج متماثلة وفي ذات الوقت تتماشى مع إعداد أنواع

---

[1]– أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 28 و29.

[2]– حسن عبد الباسط جمعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد وظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإماراتوالقوانينالأوروبية مع إشارة للقوانين الانجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص107–108.

[3]– سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص38 و39.

مختلفة من الروابط العقدية هو دائما السبب في أن تكون تلك النماذج محلا لشروط تعسفية،هذا ما أكده تقرير غرفة التجارة والصناعة لباريس، حيث جاء فيه أنه يمكن أن يحدث في العمل أن محرر العقد الذي سيطبق نموذجه على عدد كبير من المتعاقدين ينتهز الفرصة لإدراج شروط تحمي التزاماته وتثقل بالمقابل التزامات المتعاقد معه.[1]

كما جاء في تقريرها من أنه يمكن لمحرر العقد والمطبق بشكل موحد على عدد كبير من المتعاقدين أن يتمكن من إدخال تخفف من التزاماته وتثقل الجانب الأخر وذلك دون مقابل من هذه الشروط كأن يحدد البائع ثمن المبيع، وتاريخ التسليم على أن يحتفظ لنفسه بإمكانية تعديل خصائص الشيء المطلوب وهذا بدون تخفيض الثمن أو أن يعفي نفسه مكن الضمان القانوني سواء كليات أو جزئيا وأن لا يتحمل تبعة الهلاك ليعفي بذلك نفسه من المسؤولية[2].

ب- **عقود التجارة الالكترونية:**

عقود التجارة الإلكترونية [3]، هي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كون العقد الالكتروني هو أهم وسيلة من وسائل هذه التجارة، لذلك نجد أن العقد الالكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية، ويعتبر الأداة الأساسية لهذه الأخيرة. فهو لا يختلف في أساسياته عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركانه وشرائط

[1]-Ghestin jacues traité de droit civil la formation du contrat,3eddition L.G.D.J.1993 p78.

.il peut se faire des lors que le rédacteur dun contrat uniformément applicable à un grand nombre de contractants en profite pour insérer des clauses qui allègent ses propres obligation et alourdissent sans contrepartie celles de ses cocontractants

[2]-. J. c. AULOY, les clauses abusives en droit français, actes de la table ronde du 12 décembre 1990, L.G.D.J.1991,115

[3]-عرف المشرع الجزائري التجارة الالكترونية من خلال المادة 6 فقرة 1 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنها" النشاط الذي يقوم بموجبه المورد الكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك الكتروني، عن طريق الاتصال الالكتروني".

صحته[1]. ويمكن اعتباره بمثابة القلب النابض للتجارة الالكترونية، حيث أنه يمثل ترجمة شرعية وقانونية لتلاقي الإرادات بين البائع أو مقدم الخدمة من ناحية والمشتري أو المستهلك من ناحية أخرى[2].

ويرى جانب من الفقه الانجليزي والفرنسي الحديث أن العقد الالكتروني من قبيل عقود الإذعان[3]، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن أغلبية العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية [4]. تظهر على الموقع الالكتروني للبائع على شكل استمارة نموذجية الكترونية تتضمن تفاصيل العقد، وتتوجه بشروط متماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام، وتكون ملزمة لفترة طويلة ولا تقبل المناقشة أو التعديل [5] ولا يبقى أمام المتعاقد إما أن يقبلها ككل أو أن لا يقبلها، أي أن ليس له مناقشة بنود هذه العقود[6]. وهذه الشروط تمنح المهني نظرا لإساءة استخدام نفوذه الاقتصادية بعض المزايا

---

[1]– سحر بهجت جرادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص القانون التجاري، ، جامعة اليرموك، كلية القانون، قسم القانون الخاص، الأردن، 2011، ص01.

[2]- محمد فاروق صالح البدري، أشكال التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني بين الشريعة والقانون، –دراسة تأصيلية –، مجلة الانبار للعلوم الإسلامية، المجلد4، الإصدار 13، 2012، ص1530.

[3]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص86.

[4]–العقود النموذجية أو النمطية هي عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحال الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو اقرته سلطات عامة أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية . أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص63.

[5]–آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص82.

[6]– محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص56.

المبالغ فيها، والتي تؤدي في النهاية إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين المهني والمستهلك[1].

**- ج-الإذعان في عقود التأمين:**

يعرف التأمين وفقا لنص المادة 619 من القانون المدني بأنه"عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد،وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى"، فقد التأمين يوصفعموما بأنه عقد إذعان ويقصد بذلك وبالأخص بالنسبة للمؤمن له أنه لا يملك الحرية إلا أن يقبل العقد أو العرض العام والمستمر والجامد الذي تقدمه له شركة التأمين، فلا يستطيع النقاش ويخضع لإرادتها،وهذه الملاحظة صحيحة في جزء كبير منها، الأمر الذي جعل القضاء يتدخل لتفسير العقد والحد من تعسف المؤمن، ويفسره لصالح المؤمن له باعتباره الطرف الضعيف ومناط الحماية القانونية[2].

يعد المؤمن له طرفا ضعيفا وهذا في مواجهة المؤمن الذي يعد طرفا قويا في علاقتهما التعاقدية، كما أن المؤمن له ينظر إليه على أنه مستهلك في مفهوم قانون حماية المستهلك لأنه يستهلك خدمة، وبما أن المؤمن له طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية فقد وفرت له الحماية عن طريق القواعد الخاصة بعقد التأمين ، حيث جعل المشرع بنود عقد التأمين باطلة إذا خالفت مصالح المؤمن له، أما إذا كانت لمصلحته فلا تعد باطلة[3].

---

[1]- أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص254.

[2]- A.PICARD ET M.BESSON,Les assurances terrestres en droitFrançais,Tome1,4ème édition LGDJ, 1975, p70.

[3]-منصفبوعريوة، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي ، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص61.

وبالتالي يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان، حيث أن مبدأ التوازن بين مركزي المؤمن والمؤمن له غير متحقق ، كما أن شركات الت أمين في الواقع تحتكر الخدمة التأمينية خاصة أن التنافس بينها محدود، لأنه لا يمكن لأي شركة أن تتنازل عن بعض الحدود حتى تحقق أعلى عائد من الربح ، وبالتالي لا يستفيد المؤمن لهم من هذا التنافس المزعوم بين شركات التأمين. ومن ثم فإن التوازن العقدي الذي كان يشكل قوام المفهوم لتقليدي لأي عقد قد أصبح أمرا مفقودا في الوقت الراهن في عقد التأمين،لا سيما أن شركة التأمين التي تعتبر قوة اقتصادية ومالية هي الطرف المهيمن على العقد من خلال صيغة عقودنموذجية تحتوي على شروط مدروسة من طرفها ومعدة مسبقة من طرف خبراء متمرسين في هذا المجال يعملون على استغلالالثغرات القانونية وتحرير عقود وفق صيغ تهدف إلى التخفيف منالتزاماتهم من جانب وإثقال كاهل المؤمن له من جانب آخر[1].

فاعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان قد مكن القضاء من إضفاء قدر كبير من الحماية للمؤمن له وذلك من خلال تفسير الشروط الغامضة والتي تكون محلا للشك في صالح المؤمن له باعتباره الطرف المذعن، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا من حيث المبدأ من"أن عقد التأمين هو عقد إذعان وشرط التنازل عن المطالبة بالتعويض يعتبر تعسفيا، يعطي للمؤمن له الحق في طلب التعويض وفقا للمادة 110 من القانون المدني. غير أن التنازل المنفصل عن عقد التأمين يعتبر رضائيا وليس عقد إذعان ، ولا يخضع لأحكام المادة للمادة 110 من القانون المدني.[2] حيث جاء في حيثيات القرار أنّ الطاعن "ب.ر" قد أمّن سيارتهعن كل الأخطار لدى المطعون ضدها وهي الشركة الوطنية

[1]-سارة بوفلكة، مدى إنطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي وإتجاهات الفقه الحديث ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 47، جوان2017، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، ص384.

[2]– قرار الغرفة المدنية، ملف رقم 1012845 قرار مؤرخ في 2015/04/11 المجلة القضائية، عدد 2، لسنة2015، ص37.

للتأمينSAAتنس رمز 1703، ولما غمرتها مياه الأمطار و أصابتها بأضرار ، طالب الطاعن "ب. ر" بندب خبير لمعاينتها ، إلا أن المطعون ضدها دفعت بأن السيارة قدخضعت لخبرة وكيلها الذي حدد الأضرار بقيمة 342.520.81 دج دفعت منه للطاعن مبلغ 281.406،81 دج وقد قبل به، وأنّ شرط التنازل في العقد منفصلا عن عقد التأمين عن أي مطالبة بالتعويض لاحقا يعتبر التزاما رضائيا من الطاعن، وبالتالي لا مجال لتطبيق المادة 110 من القانون المدني التي تتعلق بعقود الإذعان فقط.

وهو ما أكده المشرع الجزائري بنصه في القانون المدني في المادة 1/112 على أ،هـ لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن

من هذا المنطلق تعتبر شركات التأمين هي المسيطرة والمتحكمة في سوق الت أمين حيث أنها تفرض شروطا قاسية تنطوي على جانب كبير من الظلم والتعسف ، حيث أنّ مخالفة هذه الشروط التعسفية يؤدي إلى سقوط حق المؤمن له.

كما أنّ هذا الأخير لا يملك حق مناقشة هذه الشروط التي يضعها المؤمن فإما يقبل بها وإما أن يرفضها، فهو الطرف الضعيف في عقد التأمين لكونه قليل الخبرة والتجارب والكفاءة كون صناعة التأمين تعتمد على أسس فنية معقدة باعتمادها على علم الإحصاء يصعب على المؤمن له فهمها [1]. لذلك كان واجبا على المشرع أن يتدخل لحماية حقوق المتعاقدين مع شركات التأمين من الظلم والتعسف، كما يجب على القاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يراعي مصلحة المؤمن له باعتباره طرفا مذعنا [2]. هذا ويشير البعض إلى أنّ عقد التأمين يعتبر من عقود الاستهلاك وهذا كأصل عام لأنه يجمع بين مقاولات

[1]– م. علي معمر نجم، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة العراق، العدد28، المجلد8، جانفي 2019، ص283.

[2]– لياس بروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، العدد5، المجلد1، جانفي 2017، ص283.

التامين وإعادة التأمين التي تتعاقد لأغراض مهنة التأمين باعتبارها من عقود الخدمات ذات الطبيعة المالية وبين المؤمن لهم باعتبارهم مستهلكي خدمات التأمين الذين يقتنون هذه الخدمةلأغراض شخصية أو عائلية، وهنا تبرز أهمية إضفاء طابع عقد الاستهلاك على عقد التأمين والتي تتجلى في كون أن نظرية العقد الاستهلاكي في إطار التشريعات المقارنة قد أصبحت بمثابة الشريعة العامة لجميع عقود الاستهلاك، بحيث يرجع إليها للاستفادة من نظام الشروط التعسفية أو غيرها من الأنظمة القانونية المقررة لحماية المستهلك والتي تسعى إلى الحد من ظاهرة الاختلال في التوازن العقدي.[1]

وهنا نشير إلى أنّ المشرع لم يكتف بالحماية الواردة في القواعد العامة للمؤمن له في عقد الإذعان باعتباره الطرف المذعن، بل وفر له حماية خاصة من بعض الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد التأمين وهذا بموجب المادة 622 من القانون المدني والمقابلة للمادة 750 من القانون المدني المصري التي نصت: يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

– الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.

– الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

– كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

– شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

[1]- May Hamoud , La Protection du Consommateur des Services Bancaires et des Services d'Assurance,, Thèse de doctorat,Université Panthéon Assas,2012 , p16 .

– كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

وهذا يعني أنّ المشرع منح للقاضي السلطة التقديرية لإبطال أي شرط تعسفي آخر غير وارد في ضمن الفقرات السابقة والذي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أي أثر على وقوع الحادث المؤمن منه.

– الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن بسبب تأخره في القيام بالتزامه بالإبلاغ عن وقوع الكارثة بالغم من وجود عذر مقبول، ومثل هذا البطلان لهذا الشرط في حالة وجوده في وثيقة التأمين لأنه ينطوي على التعسف.

**–د– عقد العمل:**

وفر المشرعالجزائري حماية للعامل في تشريعات العمل، وهذا باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة مع رب العمل، حيث تشكل تشريعات العمل ما يعرف بالنظام العام الاجتماعي، والذي يضمن حد أدني من الحماية عن طريق قواعد لا يمكن مخالفتها إلا من طرف واحد هو العمل وبشرط أن تكون المخالفة لمصلحته، حيث أنّ هناك حدودا أدني من الحقوق لا يمكن مخالفتها إلا بالزيادة وتحقيق النفع للعامل[1].

تتضارب الآراء حول ما إذا كان عقد العمل من عقود الإذعان أو ليس من عقود الإذعان، فنجد أنّ عقد العمل ينقسم إلى قسمين، عقد عمل جماعي وهو ذلك العقد الخاضع لأنظمة وشوط النقابات والأحزاب العمالية، وبالتالي فإن العقد هنا ليس عقد إذعان، لأن العامل يكون في قوة تجعله على درجة مساوية أو قريبة من رب العمل، أما الثاني فهو عقد العمل الفردي الذي يتسم بصفة الإذعان [2]، كون أن رب العمل ينفرد

[1]– منصفبوعريوة، المرجع السابق، ص61.

[2]-أنس بن عبد الله العيسي، عقد الإذعان– دراسة مقارنة– المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ، ص17.

بوضع تفاصيل العقد وشروطه وآثاره، وعرضها في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه ولا مساومة[1].

وما على العامل إلا الرضوخ لها بصفته الطرف الضعيف اقتصاديا [2]، إذ لا غنى له عن التعاقد، فهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يعتاش عليه، فرضاؤه موجود ولكن مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود التي لا يصدره القبول فيها عن مناقشة حرة ولا مفاوضة مطولة بعقود الإذعان[3].

**-و- الإذعان في عقد النقل**

عرفت المادة 36 من القانون التجاري الجزائري، عقد النقل بأنه:" اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين" فعقد النقل له ثلاثة أنواع ( النقل البري والجوي والبحري).

**-النقل البري**

عرف المشرع الجزائري عقد النقل البري من خلال الفقرة الأولى من المادة 02 من القانون رقم 01-13 المتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه[4] على أنه:" كل نشاط يقوم من خلاله شخص طبيعي أو اعتباري بنقل أشخاص أو بضائع من مكان إلى آخر، عبر الطريق أو السكة الحديدية على متن مركبة ملائمة".

---

[1]- محمود صالح جابر وعلي محمد أبو العز، التكييف الفقهي لعقد العمل، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد2، سنة 2011، ص486.

[2]- زهية سي فضيل ، تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود العمل، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع، جوان 2017، ص199.

[3]- محمود صالح جابر وعلي محمد أبو العز، المرجع السابق، ص486.

[4]- قانون رقم 01-13 ممضي في 07 غشت سنة 2001، المتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه ، ج ر، العدد 44، مؤرخة في 8 غشت سنة 2001.

فإذا كان عقد النقل عن طريق السيارات الخاصة فالذي يظهر أن هذه الخدمة لا تعد من عقود الإذعان نظرا للمنافسة المفتوحة أمام الجميع، أما إذا كان النقل عن طريق الحافلات: فالدول تختلف في اعتماد مواطنيها على النقل بالحافلات وإذا كانت خدمة النقل الجماعي ضرورية أو حاجية فإن عقد النقل هنا يعد عقد إذعان وإلا فلا.

أما خدمة النقل عن طريق القطارات، فالأمر فيها أيضا يختلف من دولة إلى أخرى[1].

**- خدمات النقل الجوي:**

يتكون عقد النقل الجوي بتطابق إرادتي كل من الناقل والراكب إلا أن التعارض بين مبدأ الرضائية وصفة الإذعان في عقد النقل الجوي فرضته العوامل الاقتصادية، لأن النقل الجوي هو من المرافق العامة والضرورية التي يحتاجها الجمهور أي مرفق حيوي، لذلك فإن حاجة الجمهور لمثل هذه المرافق يستدعي البحث عن أدوات لتخفيف قسوة تلك الشروط المطبوعة على التذكرة، ولذلك اقترح الأستاذ السنهوري وسيلتين لمحاربة الإذعان في العقود ولتخفيف التعسف اللاحق بالطرف الضعيف فقال:(إن العلاج الناجح هو تقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معا، الأولى وسيلة اقتصادية فيجمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان)[2].

**- النقل البحري:**

اختلف شراح النظام في عقد النقل البحري هل يعد من عقود الإذعان؟ على قولين: ذهب أكثر علماء القانون إلى أن عقد النقل البحري يعد عقد الإذعان، فلا يملك

[1]-أنس بن عبد الله العيسي، المرجع السابق، ص18.

[2]-ياسمينة بشار، مسؤولية الناقل الجوي للركاب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2012، ص33-34.

المسافر أن يناقش شروط العقد المطبوعة والمعدة سلفا، ويلتزم المسافر بقبولها دون تعديل أي كما وردت في تذكرة السفر[1].

بينما يذهب فريق آخر إلى أنه لا يعد عقد الإذعان، والذي أراه أن الدول تختلف فمتى ما كانت المنافسة ظاهرة ومفتوحة أمام الجميع فلا يمكن أن يوصف العقد بأنه عقد الإذعان وإذا كانت المنافسة معدومة أو محدودة فإن العقد يكون عقد الإذعان[2].

– الإذعان في العقود التي بجريها البنوك:

إن العقود البنكية هي عقود إذعان، لتعذر مناقشة الزبون الشروط الجوهرية في العقد، ولكون التعامل مع البنوك أضحى ضرورة حتمية فرضته الحياة المعاصرة، فالزبون بحاجة إلى مختلف الخدمات التي تقدمها البنوك، إذ لا غنى له عن فتح حساب لديها، كما أنه في حاجة إلى الاقتراض منها لسد حاجياته.

غالبا ما تكون العقود البنكية مدرجة ضمن نماذج معدة مسبقا من قبل البنك، تكون مشتملة للشروط الضابطة للعقد، محددة التزامات أطراف العلاقة العقدية، البنك والزبون. بل أنه كثيرا ما يوقع الزبون على تلك العقود، التي يكون من بين بنودها بندا يفيد أنه اطلع على شروط معينة و أنه قبلها، في حين أنه لم يطلع عليها فعلا، أو أنه لم يفهم المراد منها. ومن ثم يعد هذا البند شرطا تعسفيا، لعدم إمكانية الزبون من الناحية الواقعية الاطلاع على شروط العقد، وكذلك لعدم استفادته من وقت كاف قصد قراءة وتفحص هذه الشروط[3].

---

[1]– عبد الرحيمأوسهلة، ماهية عقد الناقل البحري، مجلة المحامي، منشورات دار المحامي سيدي بلعباس، العدد 08، سبتمبر 2017، ص16.

[2]–أنس بن عبد الله العيسي، المرجع السابق، ص18.

[3]– تدريست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2001، ص249، ص243.

**- الإذعان في عقد الفرانشيز**

يعتبر عقد الفرنشيز عقد إذعان، بسبب ما يتمتع به المانح من قوة اقتصادية ومعرفة فنية وقانونية تجعله متميزا عن المتلقي، الذي يسعى إلى اكتساب تكنولوجيا يحتكرها الأول. ويقوم المانح في سعيه إلى الإبقاء على تبعية المتلقي له – بفرض شروط عليه لا يقبل مناقشتها، ويبقى المتلقي في هذا العقد مجرد مذعن لشروط قد تضر بمصالحه، وتخل بالتوازن الاقتصادي لعقد الفرنشير. وحماية للطرف الضعيف في هذا العقد أعطاه المشرع الحق في اللجوء إلى القضاء من اجل تعديل هذه الشروط أو إعفائه منها تماما[1].

وتأتي هذه الشروط عادة لتقييد المتلقي من حيث الجهات التي تمون مشروعه أو النطاق الإقليمي الذي يمكنه استغلال التكنولوجيا فيه، أو لتعفي المانح من ضمان العيوب التي يمكن أن تظهر في المعرفة الفنية المنقولة إلى المتلقي [2]، إلى جانب شروط تعرقل اكتسابه التكنولوجيا اللازمة لاستقلاله لاحقا عن مانحيها، وتمنع كل مسعى للمتلقي في تطوير هذه التكنولوجيا بما يتناسب مع متطلبات السوق الذي يستثمر فيه[3].

عقد الإذعان هو "العقد الذي لا يتم الاتفاق على شروطه والمساومة بين المتعاقد، حيث يكون أحد المتعاقدين قويا من الناحية الاقتصادية، فيفرض إرادته على المتعاقد الآخر، ويفرض عليه شروطا لا يملك مناقشتها، وعليه أن يتقبلها أو يرفضها: فإذا قبلها يكون ذلك تسليما بالشروط إلى مشيئته"[4]. ويتجلى هذا النوع من العقود في شكل مستندات يجب

---

[1]– الطاهر مسلم، حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص180.

[2]– الطاهر مسلم، المرجع نفسه، ص185.

[3]– الطاهر مسلم، المرجع نفسه، ص187.

[4]– فتحي بن زيد، الأهمية الإقتصادية لعقد الفرنشيز: دراسة مقارنة بين (الجزائر–تونس– المغرب)، مجلة تحولات، جامعة ورقلة، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول، يناير 2019، ص435.

الاطلاع عليها، وإما في شكل بطاقات أو على ظهر طلبات البضاعة أو التسليم، بحيث لا يكون في مقدور الطرف الآخر عمليا الأخذ بها كما لا يستطيع دراستها قبل الالتزام.[1]

وتتمثل مكانة الطرف الأقوى وهو المانح في عقد الفرانشيز، باحتكار قانوني، أو فعلي يعطيه سيطرة مستمرة على الطرف الآخر. ومن ثم يستطيع أن يملي ما يشاء من الشروط مستندا إلى احتكاره، والممنوح لا يستطيع أن يجد البديل، إذ يتميز مجال المعرفة الفنية بالطبيعة الاحتكارية، حيث تعتبر المعرفة الفنية ركيزة جوهرية في العقد[2].

**ثانيا– موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان..**

يبدو للوهلة الأولى بأن الشروط التعسفية ترتبط بعقود الإذعان وجودا وعدما مما يعني معه أنه لا يمكن قصور وجود الشروط التعسفية خارج دائرة عقود الإذعان، وما يؤكد هذه الفكرة هو ما يكشفه الواقع العملي من اختلاف المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية الواحدة التي تجمع بين طرف ضعيف وآخر قوي والذي من أبرزه التفاوت الاقتصادي بين الطرفين وما يترتب على ذلك من احتمال تعسف الطرف اقوي في تحريره للعقد بشكل منفرد، ومسبق في تحقيق مصالحه [3]،الأمر الذي جعل الفقه يتجه قديما إلى الاعتقاد بأن عقود الإذعان تمثل التربية الخصبة التي تنموا فيها الشروط التعسفية ويكثر استعمالها من جانب الطرف القوي[4].

---

[1]-J. c. AULOY, rapport de synthèse, dans les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Paris, E.N .A .J., 1978, p.260.

[2]– عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة سطيف 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ، تاريخ المناقشة 2015، ص21.

[3]- محمد خليفة كرمة، المرجع السابق، ص 60 و61.

[4]- شوقي بن ناسي، أثر تشريعات الإستهلاك على نظرية العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2014 –2015، ص397.

فإذا كانت عقود الإذعان هي المجال الخصب لبروز الشروط التعسفية فإنه ليس من الضروري أن يتضمن كل عقد الإذعان شروطا من هذا النوع، فقد توجد عقود إذعان خالية من هذه الشروط هذا من جهة وم ن جهة أخرى إذا تم مد هذه الحماية إلى عقود المساومة أيضا ففي ذلك توفير حماية أكثر للطرف الضعيف كل هذ ا جعل التشريعات الحديثة تختلف في تحديد نطاق الحماية من حيث العقود بين اتجاهين: ضيق والأخر موسع[1].

الأمر الذي دفع الفقه إلى التدخل بوجهة نظر منطقية مفادها أن الصور الحديثة للتعاقد تدخل على أن خضوع المتعاقد لا يتحقق بصدد عقد معين من العقود وإنما يتحقق تقريبا في معظم الصور المعاصرة للتعاقد، [2].أي أن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان لا يؤدي بالضرورة إلى الاعتقاد والجزم بأنهما يرتبطان دائما وجود وعدما، أي أن الشروط التعسفية لا تحتاج غلى علاقات الإذعان لكي يمكن القول بوجودها كما أنها لا تختفي باختفاء وصف الإذعان من العلاقة التعاقدية، كما في حالة توافر عنصر المفاوضة والمناقشة بين الطرفين على بنود العقد وشروطه [3]، لأن الواقع العملي يثبت أن هناك أشخاص لا يتوافر فيها وصف الطرف المذعن، بالرغم من أنهم في أمس الحاجة للحماية، الأمر الذي يعني أن نظرية الإذعان لا توفر الحماية كاملة للأطراف الضعيفة التي تفرض عليها شروط تعسفية لا يعني ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فغنه بغم تماس دوائرهما إلا أنه تظل لكل منهما ذاتيه المستقلة ومجاله الذي يعمل فيه آثاره

[1]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص163.وأنظر أيضا: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارندراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص82.

[2]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص246.

[3]- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 65.

لأن انفراد الطرف القوي بصياغة عقد ووضع شروطه حتى ولو كانت ذات طبيعة تعسفية أمر لا يكفي في حد ذاته للقول بأننا بصدد عقد من عقود الإذعان بالمعنى الحقيقي.[1]

**الفرع الثاني: توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة**

يرى بعض الفقه أنه لا مبرر للحماية من الشروط التعسفية إذا تم العقد عن طريق المساومة " إن الغرض الأساسي من مكافحة الشروط التعسفية هو محاولة إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة نتيجة الاختلال الظاهر بين هذه الحقوق والالتزامات بسبب فرض أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون مناقشة، ومن ثم إذا خضعت شروط العقد لمفاوضة حرة كما هو الشأن في عقود المساومة على الأقل بالنسبة للشرط الذي يظهر أنه تعسفي فلا مبرر للحماية في هذه الحالة"[2].

هذا الاتجاه يمثله التشريع الفرنسي، وهو يمد نطاق الحماية إلى عقود المساومة أيضا، ظهر ذلك في قانون 10 جانفي 1978 وتأكد بصورة واضحة في قانون 1 فبراير 1995، ففي ظل التشريع الأول كان مشروع القانون في مادته 28 المقابلة للمادة 35 تستهدف عقود الإذعان فحسب، حيث كانت الحماية تقتصر على العقود " المبرمة بين مستهلك ومحترف على نموذج معروض عادة من قبل الأخير وأن المستهلك لا يستطيع إدخال تعديل عليه".

ولما كان هذا النص قد ألغي ولم يعتمد في الصياغة النهائية اتجه الفقه الفرنسي إلى القول بمد نطاق الحماية إلى كل العقود ولو لم تكن من عقود الإذعان[3].

---

[1]–عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص311.

[2]- محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص55.

[3]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص162.

أما في ظل قانون 1 فبراير 1995 فإن نطاق الحماية إلى عقود المساومة جاء بشكل واضح لا لبس فيه، حيث نصت المادة L.132-1 في فقرتها الرابعة على أن نصوص هذا القانون تطبق حتى في حالة الاشتراطات التي تم التفاوض فيها بصورة حرة. وبذبك يكون المشرع الفرنسي قد خالف التعليمة الأوربية التي خصت الحماية بالشروط التي لم تكن موضوع مفاوضة فردية[1].

**المطلب الثاني: تحديد شكل وموضوع عقد الإذعان الذي يقتصر شروط تعسفية**

للبحث عن نطاق الشروط التعسفية في عقود الإذعان يكون لزاما علينا البحث في شكل عقد الإذعان الفرع الأول، ومن جهة ثانية البحث في موضوع عقد الإذعان الفرع الثاني.

**الفرع الأول: شكل عقد الإذعان**

جوهر عقد الإذعان هو عدم قابلية شروطه للمفاوضة، وهذه الخاصية كما هي موجودة في عقود الإذعان المكتوبة، يمكن وجودها في عقود الإذعان الشفوية، لكن بالرجوع إلى نص المادة 3 فقرة 04 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، التيعرفت عقد الإذعان نجدها تستعمل عبارة " حرر مسبقا" مما يعني أن المشرع يستهدف عقود الإذعان التي تكون مكتوبة مسبقا، مما يعني أن المشرع استبعد عقود الإذعان الشفوية من الحماية[2].

ويلاحظ أن المشرع لم يشترط شكلا معينا تتخذه هذه الكتابة أو السند الذي ترتكز عليه، حيث نصت المادة 3 فقرة 2 على أنه:" يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان

[1]- شوقي بن ناسي، المرجع نفسه، ص163.

[2]- بن ناسي شوقي، المرجع السابق، ص164.

شكلها أو سندها، تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة مسبقا".

وبهذا الصنيع يكون المشرع الجزائري قد وافق المشرع الفرنسي في عدم اعتداده بمعيار الشكل[1]. حيث قضت المادة 1-132.Lفي فقرتها الرابعة المعدلة بموجب القانون رقم 2008-776والمتعلق بقانون الاستهلاك [2]، بأن نصوص هذا القانون قابلة للتطبيق مهما كان شكل أو سند العقد، وذلك بغض النظر عن الركيزة التي تظهر عليها، فقد تظهر مثلا في: وصلات طلب الشراء، أو الفواتير، ووصلات الضمان، أو وصلات التسليم، أو التذاكر[3].

**الفرع الثاني: موضوع عقد الإذعان**

لقد نص المشرع الجزائري على موضوع العقد بوضوح في إطار القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية من خلال المادة الثالثة فقرة 4 المتعلق بتعريف العقد بنصه:" عقد" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة..."

وبهذا يكون المشرع قد أغفل ذكر عقود الخدمات،حيث بالرجوع إلى المادة 29 من نفس القانون نجدها قد اكتفت بتطبيق الحماية على العقود التي تبرم بين البائع والمستهلك، فلا يعقل أن لا تشمل الخدمة بالحماية كونها محل لعقد الاستهلاك، وهذا

[1]– بن ناسي شوقي، المرجع نفسه، ص164.

[2]-LOIS LOI no 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie5 août 2008 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE.

[3]– أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص227.

على خلاف المشرع الفرنسي الذي حدد محل عقد الاستهلاك ببيع سلع أو تأدية خدمات وهذا بموجب نص المادة 1-212.لفي فقرتها الثالثة من ق.إ.ف رقم 2016-884.[1]

يتضح من خلال نص المادةالسابقة أنّ المشرع الجزائري قد اشترط تعلق موضوع العقد إما بعقود بيع السلع، أو بعقود تأدية الخدمات، والواقع أنه لا وجود لعقد الاستهلاك بدون وجود سلعة أو خدمة معروضتين للاستهلاك،وعلى هذا الأساس أتناول عقد بيع السلع أولا ثم تأدية الخدمات ثانيا.

**أولا عقد بيع السلع:**

لقد ورد تعريف عقد البيع في نص المادة 351 من القانون المدني التي تنص على أنه "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". أما مصطلح السلعةفقداستعمله المشرع الجزائري في القانون رقم -02 - 04 بموجب المادة3-4، وقد عرفت المادة 2-1 من المرسوم التنفيذي 90-39 السلعة على أنها كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضع معاملة تجارية"[2].

في حين يشير البعض الآخر أنّ المنتوج والخدمة مصطلحان مختلفان، ولا يمكن إدخالهما ضمن تسمية واحدة، فالمنتوج يشمل المنقول المادي دون الخدمة[3]وقد عرفالمنتوج في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 31/14 المتعلق برقابة وجودة وقمع

[1]-Décret n°2016-884 du 29 Juin 2016 relative à al partie réglementaire du code de la consommation , V ; http ; // w ww .legifrance.gouv.fr.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخفي 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد05 الصادرة في 1990/01/31، المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 315.01 المؤرخ في 2001/10/16 الجريدة الرسمية عدد61 الصادرة في 2001/10/21.

[3]- ربيعة حليمي، ضمان الإنتاج والخدمات، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر1، 2000-2001، ص54.

الغش[1].بالنص: " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات"، كما عرفته المادة 140 مكرر 2 "كل يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصل بعقار، لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البحري والطاقة الكهربائية"[2].

وبهذا الأمر كانت هنالك تعاريف متعددة ومختلفة للمنتوج في تشريعنا الجزائري، فقد يفسر بعض الفقهاء هذا الأمر بالقول بوجود مفهومين للمنتوج، الأول في إطار تشريعات حماية المستهلك؛ حيث يقصد به المنقول المادي دون الخدمة، بدليل أن المشرع اهتم بوضع تعريف للخدمة ، فلو كانت الخدمة مجرد منتوج لما عرّفها ، أما المفهوم الثاني فهو في إطار مسؤولية المنتج، ويقصد به المال المنقول، ماديا كان أم معنويا[3]

غير أنّ الإشكال قد يقع بالنسبة للعقارات التي لا يمكن إدخالها في نطاق الحماية. إلا أنه بالرجوع للقانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نجد أن عباراته اقتصرت على ذكر المنتوج والسلعة، وكلاهما مال منقول مما يعني أن المشرع حدد نطاق الحماية في الأموال المنقولة دون العقارية، ومثل هذا الرأي محل نظر إذ أن عقد الاستهلاك يمكن أن يكون محله منقولا كما يمكن أن يكون عقارا .[4] وهو ما

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخفي 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد05 الصادرة في 1990/01/31، المعدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 315.01 المؤرخ في 2001/10/16 الجريدة الرسمية عدد61 الصادرة في 2001/10/21.

[2]- أضيفت بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد44.

[3]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص167.

[4]-JacquelineAmielDonat, Contratdeconsommation-formation,, JCP/Conc-conso, n° 6, 1989,p 6..

يمكن تفسيره من أنه لا مانع في نظر المشرع من أن يكون العقار أو المسكن محلاللاستهلاك ويخضع بالتالي للحماية الخاصة التي يقررها قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وهو ما دعا إليه البعض[1].

وذلك بالنظر إلى الأهمية التي يحتلها المسكن في حياة الناس من جهة وبالنظر إلى أن العمليات الواردة على العقار من يبيع وإيجار أصبح يشرف عليهامحترفون متخصصون،مما يبرر حماية المستهلك في هذه المجالات،ضف إلى ذلك أن المشرع لم يشترط عنصر الجدية في السلعة محل الاستهلاك، ومن ثم فهي مشمولة بأحكام القانون 09-03 ويعتبر مستهلكا من يقتني أشياء مستعملة لاستعماله الشخص وهو موقف وجيه خاصة مع الإقبال المتزايد عليها في السوق الجزائرية اليوم[2]

غير أنه بصدور القانون 09-03 فقد زال اللبس الذي كان قائما في المفاهيم، وذلك بوضع تعريفللمنتوج مبينا أنه يدخل تحت هذا المفهوم السلع والخدماتووضع تعريف خاص بالسلعة في إطار المادة 03 فقرة سبعة عشر بالنص: " السلعة كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا". وبهذا التعريف فإن نطاق السلع واسع يشمل كل الأشياء المادية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد استثنى صراحة الالتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة،وأبقى عليه التزاما مستقلا يقع على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائع المحترف في عقد البيع بموجب أحكام المادة 364 من القانون المدني وهذا تحقيقا

[1]- محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارندراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، الجزائر، المرجع السابق، ص29.30.

[2]- محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق حماية المستهلك وقمع الغش، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس بكلية الحقوق بجامعة 20أوت1955 سكيكدة حول حماية المستلك في ظل القانون رقم09-03 أيام 8-9 نوفمبر 2010، ص10.

للتناسق بين التشريعات[1].

لا بد الإشارة هنا إلى أنّ عقد بيع السلع يعتبر من بين العقود المهمة والتي يكثرّ التعامل في إطارها، غير أنه ليس بالعقد الوحيد الذي يبرمهالأشخاص في حياتهم اليومية،وبالتالي فلا معنى لاقتصار المشرع على عقد بيع السلع فقط دون غيره من العقود، خاصة وأنّ الشروط التعسفية لا تقتصر فقط على عقد البيع، لهذا يكون من الضروري حذفعبارة "بيع" واستبدالها بعبارة أخرى جامعة كالاقتناء لتوفير حماية أكبر[2].

**ثانيا: عقود تأدية الخدمات:**

عرف المشرع الجزائري الخدمة بموجب المادة 16/3 من قانون 09-03 بأنها كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

ومثل هذا التعريف يقترب مع التعريف الذي جاء به الفقه الفرنسي الذي يعتبر الخدما ت هي كل أداء لا يتمثل في تسليم منتوج وأنها شي غير مادي"، أو كل أداء أو جهد يمكن تقويمه بالنقود، سواء كان ماديا أو معنويا، باستثناء عملية تسليم المنتوج التي تعتبر من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، ويمكن الإشارة إلى أن بعض الخدمات التي قد تكون طبيعة مادية، كإصلاح الأجهزة الكهرومنزلية صيانتها،أو تركيبها،وقد تكون ذات طبيعة ذهنية كالاستشارات القانونية والعلاج.

لقد جاء تعريف الخدمة في المادة 2 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 بنصها: "الخدمة هي كل مجهود يقَّدم ما عدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له".

---

[1]- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارندراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص30.

[2]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص165.

يمكن الإشارة إلى أن بعض الخدمات قد تكون ذات طبيعة مادية كالإصلاح والتنظيف، وقد تكون ذات طبيعة ذهنية كالاستشارات القانونية والعلاج، كما تكون ذات طبيعة مالية مثل التأمين و الائتمان[1]، والمقصود هنا بالخدمة هي التي تشمل جميع النشاطات التي تقدم كأداءات باستثناء عملية تسليم المنتوج، وبهذا تدخل كل الأداءا ت ضمن الخدمة ولو كانت ملحقة بعقد البيع كما هو الحال بالنسبة للخدمة ما بعد البيع [2]، حيث نصت المادة 16 من القانون 09-03 "في إطار خدمة ما بعد البيع وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق"

وأما بخصوص مدى خضوع المرافق العامة لقواعد حماية المستهلك وقمع الغش فإن القول يصدق على الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، حيث يمكن تطبيق أحكام القانون 09-03 على خدمات المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، وكذا الخدمات التي تقدمها المرافق العامة الإدارية بمقابل دون خدماتها المجانية، وإن كان القانون 09-03 قد نص صراحة بدخول كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا تحت نطاق تطبيقه مما يزيد من احتمالإمكانية دخول الخدمات المجانية للمرفق العام العمومي في نطاقه متى انطبق عليها مفهوم الخدمة في هذا القانون[3]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اهتم بموضوع العقدعلى خلاف ما قام به المشرع الفرنسي الذي لم يهتم بموضوع العقد، فقد يتعلق الأمر بعقد بيع أو أداء خدمة أو

---

[1]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص165

[2]- الياقات جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجيستير، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص76.

[3]- محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص11.

عقد وكالة، الأمر الذي سيفتح المجال الواسع للقضاء للحماية من الشروط التعسفية في مختلف العقود وتوسيع نطاق الحماية من حيث الموضوع.[1]

نشير في الأخير إلى أنّ اشتراط المشرع الجزائري لعقود الاستهلاك بأن تكون مكتوبة يتنافى مع ما هو سائد في الواقع على أساس أن أغلب عقود الخدمات هي عقود غير مكتوبة كما هو الحال في عقود النقل – توصيل السلعة – فتح حساب بمؤسسة مالية إذ لا يعقل أن تكون الخدمة محل لعقد الاستهلاك ولا تحاط بالحماية من مختلف الشروط التعسفية وهو الأمر الذي يتطلب من المشرع الجزائري تلافيه عند التعديل.

[1]-Guy RAYMOND, droit de la consommation, édition LITEC Professionnels,2èm éditionParis, 2011. p235..

## خلاصة الفصل الأول

يعد عقد الإذعان المجال الخصب الذي تتجلى من خلاله الشروط التعسفية وفي الوقت ذاته يعد ظهور عقد الإذعان من بين أهم أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية، حيث سيطرت إرادة القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف وهذا بحكم تركيز أدوات الإنتاج ضمن عدد محدود من المنشآت الصناعية وبالنتيجة الإعداد المنفرد لشروط العقد وعرضها على المتعاملين معها وسيطرة المهيمنين في السوق واحتكار السلع والخدمات سيطرة تجعل المنافسة محدودة النطا ق بتأثير عوامل الإنتاج والتوزيع وهذا دون مناقشة لهذه الشروط وهذا هو جوهر عقود الإذعان، الأمر الذي يؤدي بالقاضي بناء على طلب الطرف المذعن بالبحث عن الشروط التعسفية في عقد الإذعان وتقدير الطابع التعسفي لهذه الشروط وهذا حماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية وتفاديا لاختلال التوازن العقدي، بتوفير الحماية إلى كل طرف في عقد الإذعان سواء كان محترفا في مواجهة محترف آخر أو مستهلك في مواجهة محترف وهذا في ظل اختلاف التشريعات في مد هذه الحماية، الأمر الذي دفع بنا إلى تحديد الطرفين في العلاقة العقدية وهذا لكل من المستهلك بصفته الطرف الضعيف من جهة والمحترف من جهة أخرى بصفته الطرف القوي، وهذا في ظل الخلاف الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد محل الحماية من الشروط التعسفية، وأيضا البحث عن نطاق الشروط التعسفية في عقود الإذعان من خلال البحث في شكل عقد الإذعان وأيضا البحث في موضوع عقد الإذعان.

الفصل االثاني

# تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان

## الفصل الثاني:تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان

لقد امتد نطاق الشروط التعسفية إلى كل العقود رضائية كانت أو نموذجية وبذلك لم يقتصر الأمر على عقد الإذعان فحسب بالمفهوم التقليدي، الأمر الذي نجم عنه اختلال كبير في التوازن العقدي والتفاوت الكبير بين التعاقدين في المراكز القانونية وهذا نتيجة فرض أحد المتعاقدين للشروط التعسفية على المتعاقد الآخر نتيجة حاجة هذا الأخير للرغبة الشديدة في التعاقد واستغلال أغلب المرافق التي تؤدي في أغلب الأحيان خدمات ضرورية لجمهور المستهلكين واحتكارها لهذه الخدمات، ليصبح هؤلاء المنتفعين بحاجة ماسة لهذه الخدمات من خلال قبولهم ومجرد التسليم ودون مناقشة الأمر الذي يجعل هؤلاء في مراكز قانونية ضعيفة عند التعاقد. خاصة مع ازدياد تعقد الحياة الاقتصادية التي أدت إلى اتساع الهوة بين المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى، إذ صارت عقود الإذعان معرضا لكثير من الشروط التعسفية بطريقة تطورت معها نظرة التشريعات لهذه الشروط.

والاختلال العقدي في القانون هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا لذلك يلاحظ وجود تفاوت واضح بين المتعاقد المذعن والمكره، فهما يواجهان ضغطا عند تكوين العقد، ولهذا فإنهما بحاجة إلى حماية لتحقيق العدالة، لكن ومع ذلك يتميز عقد الإذعان بجملة خصائص لا وجود لها في الإكراه[1].

هذا ويشير البعض إلى أن اختلال التوازن في العقد يتحقق من خلال أمرين:

[1]– عبد المجيد بكر عصمت، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، كلية القانون، جامعة بغداد، 1978، ص86.

- **الميزة المفرطة:** إن الميزة المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف وهذا بفضل التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي أو الفني لا تكون نقدية فقط، بل قد تعني انعدام سبب العقد ولو جزئيا ولذا يجب أن يأخذ بعين الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط الوارد بالعقد.

غير أنه وفي الواقع أن هناك صعوبة تظهر في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد الميزة المفرطة، وعلى هذا الأساس تساء ل البعض[1].كيف يتم قياس الاختلال بين الحقوق والالتزامات هل بالنظر إلى الشرط ذاته بحيث ينشأ عدم التواز ن بشكل مباشر عن الشرط التعسفي أم أنه يجب النظر إلى جميع الشروط لتحديد هذا الاختلال.

يذهب البعض إلى ضرورة الرجوع إلى مجموع شروط التعاقد لتحديد هذ ا الاختلال وليس بالنظر إلى كل شرط على حدة [2]، فقد يكون الشرط تعسفيا ولكن يكون مبررا كأن يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين.

- **تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف:**

إن اختلال الالتزاما ت والحقوق الناشئة عن العقد نتجت عن تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف من خلال إساءته لمركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض بذلك على المستهلك شروطا تخل بالتوازن العقدي،والقدرة الاقتصادية هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية، وهذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التقنية من خلال

[1] -موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، النهرين، 2009، ص199.

[2] -حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، 2011، المجلد26، العدد2، ص218.

علمه بالحقوق والالتزامات التي تترتب عن العقد وقت التعاقد من خلال الوسائل التي تمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطع تنفيذها فضلا عن الشروط التي يستطيع فرضها على المتعاقد معه، فالتفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية، فاستعمال القوة الاقتصادية للمحترف وحصول المحترف بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة هما عنصرين متكاملين، وتربطهما علاقة سببية تامة [1]، وعلى هذا الأساس فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير وهكذا فإن أحد العنصرين يعد نتيجة طبيعية للعنصر الآخر.

وفي ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للطرف الضعيف في معظم دول العالم، فإنه يمكن ملاحظة توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في حد ذاتها، في نوع معين من أنماط إعدادها. ومن الملاحظ أن كل دولة استخدمت الأساليب التي وجدت أنها أكثر ملائمة لتحقيق حماية فعالة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية.

لذا ولغرض تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نعالج في الأول ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أما الثاني فنتناول فيهعقود الاستهلاك مجال للشروط التعسفية باعتبارها عقود الإذعان.

[1] -حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع نفسه، ص219.

## المبحثالأول: ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

يعتبر الشرط التعسفي أهم ما يثقل التزام المستهلك، فهي تبدوا شروط اعتيادية وفقا للقواعد العامة لا تنال من سلامة الرضا، لكن في حقيقتها هي شروط يذعن بها الطرف الضعيف في العقد، فالنموذج التقليدي في التعاقد هو أن يتم إجراء تجربة للنقاش والمساومة، بحيث تقتضي هذه الأخيرة أن يناقش كل من طرفي العقد الطرف الآخر لقبول التعاقد بأحسن الشروط، وكذلك أن تكون إرادتهما متساوية، غير أنّ هناك نوعا من العقود يخرج عن هذه القاعد ة بحيث تنعدم فيها المساواة والنقاش حيث يضع أحد المتعاقدين شروطا مسبقة ولا يكون بذلك أمام الطرف الآخر إلا قبولها أو رفضها،وهو ما يطلق عليه بعقود الإذعان.

وللإشارة قد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في بيان تعريف الشروط التعسفية، وفي بيان عناصرها وتأثيرها، والمعايير المعتمدة في تحديدها، والسبب في ذلك يرجع إلى أن كل منهم عرفها بحسب الزاوية التي ينظر إليها وطبيعة كل معاملة تعاقدية وظروف كل حالة[1].

وعليه من المنطق أن نبدأ هذا المبحث تعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه، لأنه حيث يتوافر هذا الوصف في عقد من العقود فإن المتعاقد المذعن يستفيد من الحماية التي قررها القانون، أما حيث ينتفي هذا الوصف، فإن المتعاقد المذعن لا يستفيد من هذه الحماية. وعليه قمنا بتعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فعالجنا فيه:أنواع الشروط التعسفية.

[1] -فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، رسالة ماجيستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2013، ص54.

## المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه

إن استخدام مصطلح الشروط التعسفية سواء على الصعيد التشريعي أو الفقهي أو القضائي لا نجد له تعريف متفقا عليه ولكن مسألة تعريف الشروط التعسفية بدت أكثر أهمية وخاصة بعد ظهور اتجاه تشرعي يركز على حماية المستهلك من الشروط التعسفية وإعادة توازن العقد الذي اختل بواسطة هذه الشروط[1].

لذا ونظرا لما تنطوي عليه فكرة الشروط التعسفية من غموض فإن تعريف الشرط التعسفي يمثل أهمية بارزة،سيما أن هذه الفكرة تعد من الأفكار الحديثة التي لازالت تثير مسائل هامة على صعيد تحديدها وبيان المعيار لها ومن ثم تمييزها عن الشروط، وعليه فإننا سنتناول تعريف الشرط التعسفي في الفرع الأول، ومن ثم نتناول معايير هذه الشروط في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

سأتناول تعريف الشرط التعسفي من خلال التعريف الفقهي (أولا) ثم التعريف التشريعي (ثانيا).

#### أولا: التعريف الفقهي

لقد تعددت تعاريف الفقه للشروط التعسفية واختلفت بتعدد واختلاف زاوية النظر للشرط التعسفي، غير أنه وبالنظر إلى ما تنطوي عليه فكرة الشروط التعسفية من غموض فإن تعريف الشرط التعسفي يمثل أهمية بارزة، سيما وأنّ هذه الفكرة تعد من الأفكار الحديثة التي مازالت تثير مسائل هامة على صعيد تحديدها وبيان معيارها، ومن ثم تمييزها عن الشروط الباطلة، فجاءت التعريف معتمدة على أطراف العلاقة التعاقدية

[1]–محسن منعم عبد الهادي الزبيدي، ضمانات توازن العقد القانونية، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق النهرين، 2007، ص56.

وأخرى مبنية على مصدر الشروط التعسفية، وثالثة ركزت على أثر الشروط التعسفية في العلاقة التعاقدية[1]. وعلى هذا النحو نحاول عرض جملة من التعريفات:

فمن حيث مصدره فعرفه الفقه بالشرط الذي يفرضه المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها، ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبله نظرا لضعف مركزه الاقتصادي، بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها[2].

في حين عرفه البعض بأن الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك عن طريق المهني الذي يستخدم تفوقه الاقتصادي ويخول هذا الأخير ميزة فاحشة[3].

وقد أورد القضاء الفرنسي قرينة قضائية مفادها أنّ شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية يعد شرطا تعسفيا إذا كان البائع محترف والمشتري غير محترف لكون البائع مما لديه من قدرة فنية بأمور التعاقد يكون عالما بالعيب أو مكن السهل عليه أن يعلم به إذا وجد في المبيع [4]. وهذا يعني أن خصوصية العلاقة بين الطرفين تدعوا إلى منع البائع المحترف من اشتراط التبرئة من الضمان لما في ذلك من خرق للتوازن العقدي المبني على تكافؤ الالتزامات بين المتعاقدين[5].

أما من حيث طريقة فرض الشرط التعسفي فهو الشرط المعد سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة على حساب الطرف الآخر [6]، كما

---

[1]– أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، كلية القانون جامعة الشلف، 2011، العدد5، ص346.

[2]– أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 63.

[3]– عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 96.

[4]-Case. civ . 32 juin 0797 , bull . civ., 0 , no 072 , p . 027 , Cass , com . oct

[5]-.Y. Picod, « L’obligation de coopération dans l’exécution du contrat », JCP, 1988, I. 3318, n° 3..

[6]– حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص38. وأنظر أيضا: العربي مياد، المرجع السابق، ص441.

عرّف بأنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر [1]. كما يعرّف بأنه الشرط التعاقدي الذي ينشأ نتيجة اختلال توازن المركز الاقتصادي أو المعــرفي لطرفي العقد مما يؤثر على عدالة شروط العقد على حساب مصالح الطرف الضعيف[2].

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الفقه من أنّ الطرف القوي يفرض مثل هذه الشروط عادة على طرف أقل خبرة ودراية للحصول على ميزة فاحشة.

أما من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها، فقد جاء في تعريفه" كل بند في عقد مبرم بين تاجر محترف ومستهلك يؤدي إلى اختلال توازنه، ويحقق منفعة مفرطة، لمصلحة التاجر المحترف على حساب المستهلك [3]، شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح – ممقوت– بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك تتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك [4]. وقد ذهب بعض الفقه، إلى أنّ الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح ذلك الذي يفرضه على المتعاقد الآخر الذي لا خبرة له، أو ذلك المتعاقد الذي يوجد في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر [5]. في حين يشير البعض بأنه ذلك الشرط المحدد مسبقا من الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفا تطبيقا لذلك شروط

---

[1]– سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص50.

[2]- Judgments in Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-484/08 consulté le 02-12-2021.

[3] -موفق حماد عبد، المرجع السابق، 249.

[4]–عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص406.

[5] -زاهية حورية سي يوسف، ص ص191.192. راجع أيضا: عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص406.

الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها وكذا الشروط الجزائية [1].أي أنه في العقد المبرم بين المستهلك والمهني والمحرر في حقوق والتزامات الأطراف يتم النظر للميزة التي يتوفر عليها المهني[2].

ومثل هذه التعاريف ركزت على أطراف العلاقة التعاقدية بين المهني أو التاجر والمستهلك، في حين أنّ الشروط التعسفية نجدها في سائر العقود، فضلا عن ذلك فإن هذه الشروط كما تضمنته التعريفات المشار إليها تفرض من المهني فرضا وهو ما يدل على عدم الرضا، وربما كان مرد ذلك أنّ القضاء الفرنسي اتخذ من رقابته على ركن الرضا وسيلة لمواجهة الشروط التعسفية، ولكن القضاء كان أقرب إلى الافتراض منه إلى الواقع[3]. خاصة القضاء الفرنسي بحيث افترض قبول الأطراف العقد بكل ما ورد فيه من شروط، وظل يفرض رقابته على العلم الحقيقي لا بالشروط الواردة في العقد وذلك حتى يتمكن القاضي بالقضاء بعدم نفاذ أحد الشروط التي وقع عليها المستهلك وهذ ا لعدم علمه وقبوله بها أي بقاء الرقابة البعدية على إبرام العقود ومن ثم البحث عن حقيقة رضا المستهلك وليس افتراض حصوله فيما يتعلق بشروط العقد[4]".

والجدير بالإشارة إليه أنّ الفقه قد قسم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها وشروط تعسفية بحكم استعمالها، فالأولى تظهر منذ إدراجها في العقد، تسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها، ومن قبيل هذه الشروط الشرط الذي يعفي الموجب من المسؤولية، أو أنه يعطيه الحق في وقف تنفيذه أو الرجوع فيه. أما الثانية وهي الشروط التعسفية بحكم استعمالها فلا تظهر إلا بعد التطبيق، وذلك بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، كما هو الشأن في عقود التأمين الشرط الذي يقضي بإلزام المؤمن له إعلام المؤمن بأمور

[1] -محمد السيد عمران، ، المرجع السابق، ص22.

[2] -أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص212.

[3] –موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص249.

[4]-Stéphane PIEDELIVRE, droit de la consommation, Economica, Paris, 2008, 64.

معينة خلال سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فهو لا يعد شرطا منذ إدراجه في العقد، وإنما منذ تطبيقه، خاصة إذا كان المؤمن له حسن النية، فضلا عن كونه لا يعود على المؤمن بأي فائدة[1].

وعرفه البعض من فقهاء القانون الجزائريين، بأنه" ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي[2]".

وقد جاء هذا التعريف متأثرا بما جاء في المادة 110 من القانون المدني الجزائري[3].

في حين عرفه البعض بأنه الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفا 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 فيها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر دون مقتضى[4].

**ثانيا: التعريف التشريعي**

إن تعريف الشروط التعسفية لم يرد في أغلب تشريعات القانون المدني، إذ أن تعريفها غالبا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك. ومن بين التشريعات الغربية

[1] - الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص106.

[2] -محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر والجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2010، ص13.

[3] - سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص57.

[4]- أحمدرباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص347.

التي عرفت الشرط التعسفي سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، القانون الفرنسي، والقانون البلجيكي، والقانون الألماني.

ففي ألمانيا نصت المادة الأولى من القانون الصادر في 1976/09/09 المتعلق بالشروط العامة للعقود الذي بدأ العمل به في 1977/04/01 بأنه " تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها احد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"[1]."

ومن بين هذه التشريعات التوجيه التشريعي الأوروبي رقم 13 الصادر في 15 أفريل 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، وقد نصت المادة 3 الفقرة الأولى على أنّ الشرط التعسفي هو: "الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على تفاوت جلي خلافا لما يقضي به حسن النية وهو ضد مصلحة المستهلك حيث يبين حقوق طرفيه والتزاماتهما على حساب المستهلك" وهذا هو النص الفرنسي[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا تنطبق أحكام هذا التوجيه التشريعي إلا على العقود التي لا تقبل المساومة والتفاوض.

كما نجد أن المشرع الفرنسي قد عرف الشرط التعسفي بموجب أحكام المادة 35 من القانون 10-78 الصادر في 10جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات حيث عرفها أنها: " تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو

[1]- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر والجزائر، المرجع السابق، ص18.

[2]-Directive Européenne N° 93/13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., N° L95, du 21 avril 1993. L'article 3 de la directive stipule que: «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.» publié sur www.legifrance.gouv.fr

المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة ".

كما نصت المادة 2 من المرسوم الصادر في 24 مارس 1978 بقولها: في عقود البيع المبرمة بيم المهنيين من جهة والمستهلكين من ناحية أخرى تعد محظورة تحت طائلة الشروط التعسفية المشارطات التي تكون محلها وأثرها إلغاء أو تحديد حق المستهلك في التعويض في حالة إخلال المهني بإحدى التزاماته.

وبصدور قانون الاستهلاك رقم95-96 الصادر في 1 فيفري 1995 عدل المشرع نص تلك المادة بموجب الفقرة الأولى من المادة 132 / 1والتي جاء فيها:"في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها وأثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلكين وعدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقدوذلك إضرارا بغير المتدخل أو المستهلك، وهذا النص الفرنسي[1]

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ضمن القانون المتعلق بحماية المستهلكين لسنة 1978 فصلا خاصا متعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية التي قد توجد في بعض العقود، وعرف الشروط التعسفية في نص المادة35 من هذا القانون بأنها تلك الشروط التي تبدو مفروضة من جانب المنتج على المستهلك من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي والتي يمكن أن تمنح المحترف ميزات مبالغ فيها، كما أنشأ المشرع الفرنسي لجنة سماها لجنة مكافحة الشروط التعسفية وهذا بموجب قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993. مكونة من 15 عضوا من بين المستهلكين والمحترفين. وظيفتهادراسة العقود النموذجية المطروحة على المستهلكين والبحث عن الشروط التعسفية فيها، ولها أن تصدر توصيات تتعلق بحذف أو تعديل أي شرط، لكن دورها استشاري فقط

[1]-Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs,sont abusives les clauses qu ont pour objet ou pour effet de créer, auau détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibresignificatif entre les droits et obligations des parties au contrat " www.légifrance.gouv.com.

مما يجعله غير فعال. وكذلك نجد المشرع الفرنسي قد عدل قانون الاستهلاك بالقانون رقم 659-2005 لكي يتمشى مع عقد الاستهلاك الالكتروني، حيث أجاز للمستهلك وبعد تسليم المبيع رده وإرجاعه واسترداد الثمن خلال سبعة أيام محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع[1].

فمنع الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي مقيد ومحدد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع،فقد حددها مرسوم 18 مارس 2009 المتضمن قانون حماية المستهلك، أين تم وضع قائمتين تسمى إحداهما بالقائمة السوداء والأخرى بالقائمة الرمادية.

في حين أنّ بعض التشريعات اكتفت بذكر قوائم الشروط التعسفية من دون إيراد تعريف لها، وهو ما يعرف بالأسلوب اللائحي، وهذه القوائم إما أن ترد فيها شروط تعسفية بذاتها، أو أن تفترض الطبيعة التعسفية للشرط، بأنه من الشروط العادية ولكن الطبيعة التعسفية هي الغالبة عليه.

وقد سار في هذا الاتجاه بعض التشريعات الأوربية، مثل المشرع الألماني من خلال قانون معالجة عدم التوازن في العقود النموذجية الصادر في 09 ديسمبر 1976 من خلال وضع قائمة بالشروط التعسفية التي يفترض فيها التعسف دون ذكر أي تعريف لها. ويتضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء والثانية قائمة رمادية.

والقائمة السوداء: هي قائمة تضمن اثنتي عشر شرطا اعتبر باطلا بقوة القانون وبغض النظر عن السلطة التقديرية وذلك في المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، إذ اعتبرت أنه يقع باطلا وغير مشروع الشروط التي:

[1] - يوسف زروق، حماية المستهلك من الإذعان في عقود الاستهلاك الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 25، المجلد 2، ص346.

– تحقق انضمام المستهلكين أو غير المحترفين إلى شروط غير مكتوبة بالعقد الموقع عليه من المستهلك أو غير المحترف أو التي تكون مدرجة في وثيقة أخرى دون الإشارة إليها صراحة بالعقد، ويفترض في المستهلك عدم العلم بها حتى نفاذ العقد.

– تعطى للمحترف وحده الحق في قصر الالتزام باحترام ما تعهد به أو اتفاقاته المبرمة بواسطة مندوبيه أو وكلائه.

– تعطى للمحترف وحده الحق في تعديل شروط العقد المتعلقة بمدة العقد أو صفات السلعة أو سعر السلعة التي يتم تسليمها أو الخدمة التي تقدم.

– تبيح للمحترف وحده أن يحدد ما إذا كانت السلعة المسلمة أو الخدمات المقدمة للمواصفات العقدية أو أن تقتصر له الحق في تفسير احد شروط العقد بمفرده.

تجبر المستهلك أو غير المحترف على تنفيذ التزاماته العقدية كالثمن أو غيره على الرغم من أن المحترف، من ناحية أخرى لم يوف بالتزاماته المقابلة والخاصة بتسليم الشيء المبيع، أو الخدمة المقدمة، أو التزاماته بالضمان المتعلقة بالشيء المبيع أو الخدمة المقدمة.

– تمنح السلطة للمحترف بفسخ العقد من جانبه ومن طرف واحد دون ان تمنح المستهلك أو غير المحترف ذات السلطة.

– تسمح للمحترف بالحق في حبس ما تم دفعه لسلع تم تسليمها او خدمات تم تقييدها في نفس الوقت الذي يتمتع فيه بسلطة فسخ العقد من جانب واحد.

– تميز في العقود غير المحددة المدة بين المستهلك والمحترف فيما يتعلق بمهلة التروي.

– تلزم المستهلك في نطاق العقود غير المحددة المدة بتعويض المحترف او المهني في حالة فسخ العقد من جانب المستهلك.

– تقلب عبء الإثبات على عاتق المستهلك بالمخالفة للقانون.

أما القائمة الرمادية: فتتضمن قائمة بعشر شروط تعتبر تعسفية بالنظر للسلطة التقديرية للقاضي، فهي شروط يفترض أنها تعسفية. ما لم يثبت العكس، وتضمنتها المادة 2/132 من القانون نفسه وهي:

– الشروط التي جعل التزام المستهلك أو غير المحترف التزاما جامدا في الحالة التي تمنح فيها للمحترف تنفيذ التزامه مع حقه في الفسخ بناء على رغبته المنفردة.

. الشروط التي تمنح المحترف الحق في التعويض إذا ما رفض المستهلك إبرام العقد وتنفيذه وحرمان المستهلك في التعويض في حالة البيع بالعربون إذا أخل المحترف بتنفيذ العقد أو إبرامه.

– الشروط التي تلزم المستهلك بأداء تعويض غير مناسب عند إخلاله بالتزاماته.

– الشروط التي تمنح المحترف الحق في فسخ العقد في مهلة غير معقولة.

– الشروط التي تسمح للمحترف أن يتنازل عن العقد دون موافقة المستهلك والتي ترتب حقوقا لهذا الأخير.

– الشروط التي تمنح المحترف الحق وحده في تعديل شروط العقد المتعلقة بالحقوق والضمان.

– الشروط التي تعطي للمحترف الحق في تحديد يوم لتنفيذ العقد خلافا للقواعد المقررة قانونا.

– إخضاع الحق في تعديل العقد أو الفسخ لشروط قاسية على المستهلك بالمقارنة مع تلك التي يتحملها المحترف.

– التقييد غير المقبول لوسائل الإثبات بالنسبة للمستهلكين.

– الشروط التي تحد أو تقيد من إجراءات التقاضي الخاصة بالمستهلك لاسيما التحكيم لفض المنازعات[1].

أما على صعيد القانون الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري وبالرجوع إلى القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر نجد أن المشرع قد أشار فقط إلى شرط عدم الضمان والذي اعتبره شرطا لا غيا في المادة 13 منه، حيث نصت على حق المستهلك في الضمان ورتبت على ذلك جزاء البطلان على الشرط المخالف لذلك.

كما تطرق للشروط التعسفية ضمن أحكام القانون المدني في إطار عقود الإذعان، مقتصرا بذلك على تبيان الآليات التي يمكن من خلالها التصدي لهذه الشروط [2]،وهذا ما نصت عله المادة 110 منه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ولم يعرف المشرع الجزائري حالة عدم التوازن العقدي ولا المقصود بالشروط التعسفية ضمن القواعد العامة[3].

وعليه يكون المشرع الجزائري قد أشار إلى حالة عدم التوازن العقدي التي قد تحصل في عقود الإذعان المعدة مسبقا أو في إطار العقود النموذجية. حيث أقر حماية عقدية للطرف الضعيف لاسيما إذا تضمن العقد شروطا تعسفية وكان الطرف القوي في وضعية احتكار في السوق.

---

[1] -سفيانفلاح، الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني، مجلة البحوث في الحقوق والعلم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص ص407.409.

[2]- LARROUMET Christian , Les obligations, le contrat, droit civil, éd 03, économisa, paris, 1996, p. 405.

[3] -سامي بن حملة، المرجع السابق، ص91.

ولكن بالرغم من أن هذه الأحكام التي قد تمس بمبدأ حرية التعاقد واستقرار المعاملات المالية، إلا أن ذلك قد يبرر بحالة عدم التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في التعاقد من خلال إعطاء القاضي سلطة تعديل أو إبعاد هذه الشروط.

لقد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في المادة 03/ 4 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، على أنه" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها لإخلا ل الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[1]. وهو نفس التعريف الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة L132-1، ولكنه اختلف عنه من حيث المجال الشخصي، فبينما يحصر المشرع الجزائري الحماية في الطرف المذعن، يحددها المشرع الفرنسي بكلا الطرفين. وقد اختلف المشرع الجزائري أيضا عن المشرع الفرنسي، حيث حدد دائرة العقود التي تشملها الحماية بعقود الإذعان فقط، أما المشرع الفرنسي فلم يحصر الشروط التعسفية بعقود الإذعان فقط، بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو مساومة[2].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار واحد للتعسف ألا وهو الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين، وبالتالي فإنه يكفي أن تكون تلك الشروط التي يضعها المتدخل من شأنها ترجيح كفته على حساب المستهلك من حيث مجموع الحقوق والالتزاماتلاعتباره متعسفا بغض النظر عن أي اعتبارآخر، وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه لمعرفة التعسف نرجع في ذلك إلى البحث عن عدم وجود توازن في العقد المبرم بين المهني والمستهلك والناتج عن ضعف هذا الأخير أمام المهني القوي الذي يفرضعليه شروطا بما يملكه من نفوذ وتفوق في القدرة التقنية والقانونية واستغلاله لحاجة المستهلك لهذه الخدمة، وأمام كل هذا فلا يكون أمامه سوى القبول أو الرفض دون

---

[1]-الجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة في 2005/06/27.

[2] - الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص106.

إمكانية المناقشة فينعدم اختياره، وينتج عن هذا الخضوع عدم تعادل في ميزان حقوق والتزامات الطرفين.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى مكافحة الشروط التعسفية من خلال القواعد الخاصة بحماية المستهلك، بتعريفه لعقد الإذعان والشروط التعسفية وتحديده لقائمة من الشروط التعسفية، وبهذا يكون المشرع قد دمج بين الأسلوبين التشريعي والقضائي بعدما كان يأخذ بالأسلوب القضائي في ظل أحكام القانون المدني قبل صدور قواعد حماية المستهلك.

لقد أورد المشرع الجزائري قائمتين بالشروط التعسفية، الأولى واردة ضمن القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. والثانية في المرسوم التنفيذي 306.06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1]، وكان الهدف الذي توخاه المشرع من وراء إعداد قوائم الشروط التعسفية هو رفع الحرج والتضييق على المستهلك الذي يعجز في بعض الأحيان على إثبات الطالع التعسفي لبعض الشروط التعاقدية المدرجة في عقود الإذعان، ومن هنا تتجلى القيمة القانونية لإعداد قوائم الشروط التعسفية.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في تحديده للشروط التعسفية في المادة 29 من القانون رقم 02/04 [2]، إذ بالرجوع إلى نص المادة 29 من القانون رقم 02/04 نجدها قد حددت الشروط التعسفية والتي قد يمارسها المهني مما ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي ،وهي شروط واردة على سبيل المثال لا الحصر بقولها" تعتبر

---

-[1]الجريدة الرسمية العدد 56 الصادرة في 2006/09/11.

-[2]كراش ليلى، حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، ص ص 113 و114.

بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير".والمتمثلة أساسا في:

1- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2 - فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4 - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5 - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6 - رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7 - التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

8 - تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفضالمستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

كما أضافت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06/306 السالف ذكره البنود التي تعتبر أيضا تعسفية والمتمثلة في:

1 - الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.

2 - عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

3- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

4 –النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

5– فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

6– الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

7 – تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

8– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

9 – الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصارف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد، دون أن يمنحه نفس الحق.

10 – يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

11 – يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد إلى أن هذه الشروط التعسفية السابق ذكرها جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، بحيث يمكن أن يتضمن العقد بندا تعسفيا لم يتم الإشارة إليه في المواد السابقة، ويكون من ش أنه أن يخل بتوازن العلاقة العقدية بين المستهلك والعون الاقتصادي لصالح هذا الأخير[1].

والملاحظ على الحالة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 أنّ المشرع اعتمد المفهوم الواسع لعقد الإذعان، إذ لم يشترط احتكار صاحب السلعة أو مقدم الخدمة

[1]-وليد ثابتي، ميلود بن عبد العزيز، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الأول، ص222.

لها احتكارا قانونيا أو فعليا، وإنما اكتفى بشرطي الإعداد المسبق للعقد من الطرف القوي في العلاقة الاقتصادية، وتسليم الطرف المذعن بشروط العقد دون أن يناقشها، ثم أنه لم يحصر الشكل النموذجي الذي يأتي فيه العقد، فقد يكون في شكل سند أو فاتورة أو جدول أو مناشير، والمهم أن تتضمن شروط العقد ولا يهم بعد ذلك الشكل الذي جاءت فيه. ثم أن المشرع الجزائري لم يحصر الحماية في عقود الإذعان على غير المحترف، فحتى المحترف قد يوجد في وضعية إذعان، بسبب عدم اختصاصه أو قلة خبرته، أو نتيجة القوى غير المتكافئة بينه وبين المتعاقد الآخر. وقد اختار المشرع الجزائري توسيع نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية لكل من المستهلك والعون الاقتصادي، أو المحترف [1].

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن العقد الذي يترك فيه للمدين الحرية التامة في تحديد محله يعد باطل بطلانا مطلقا وهو ما يشير إليه الفقه [2]والهدف من ذلك هو منع استئثار المهني بتحديد محل العقد ، الأمر الذي يعني أن المشرع الجزائري قد حرص على حماية مصالح المستهلك باعتباره دائنا، وهذا بمنع أي بند أو شرط يمنح للبائع سلطة الإنفراد من أجل تحديد مضمون التزامه وبشروط يحققها متى أراد، متيقنا بأن مصلحة الدائن في العقد مرتبطة بهذا المحل، وأن أنانية المدين قد تؤدي به إلى العمل على تحقيق مصالحه دون أن يول أي اهتمام لمصالح الدائن[3].

**الفرع الثاني: معايير الشروط التعسفية.**

إذا كان تحديد الشيء يرتكز أساس على العناصر المكونة له، والمعايي ر التي لا قيام له من دونها،فإن الشرط التعسفي لا يشذ عن هذه القاعدة، غير أن ما يجب التسليم

---

[1]–الطاهرمسلم، المرجع السابق، ص184.

[2]- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, op.cit, p. 304.« ... en revanche, l'obligation est nulle lorsqu'elle abandonne la définition de son objet à la volonté discrétionnaire de l'une des parties ».

[3] -بلال عثماني، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية ، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2018، ص20.

به هو أن عدم الاتفاق على تعريف الشرط التعسفي قد يؤدي إلى عدم الاتفاق على عناصره سيما وأن أغلب التشريعات العربية لم تول ذلك اهتماما.

من خلال التعرض لمفهوم الشرط التعسفي يمكن استخلاص معايير تحديد الشروط التعسفية في ثلاثة أنواع وهي، أولهما المعيار الشخصي يتمثل في تعسف صاحب النفوذ الاقتصادي وثانيهما المعيار الموضوعي والذييتجلى في الميزة المفرطة أو الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني. والمعيار الثالث معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات.

**أولا: المعيار الشخصي (النفوذ الاقتصادي)**

هذا المعيار يقصد به التعسف الاقتصادي الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر. وتتمثل هذه الوسائل والمؤشرات التي يستدل منهاعلى التفوق الاقتصادي لواضع العقد. في وضع المهني المشترط (المؤمن) في السوق وحالة السوق ومحله. وما إذا كان السوق محلي أو على مستوى الدولة ومدى تأثير المهني فيه. كما تتمثل في وضع المتعاقد الآخر (المؤمن له) الذي لا يملك إلا الموافقة والإقدام على التعاقد أو الرفض. ويكون غالبا غير قادر على مناقشة هذه الشروط.

إزاء هذه المؤشرات يمكن القول أن هناك عيب لحق بالمؤمن له لكونه في مركز ضعيف يسمح للطرف الآخر (المؤمن) فرض شروطه من خلال نفوذه وتقنيته. فنتج عنه اختلال في التوازن العقدي.

وبهذا فإن المعيار الشخصي هو ذلك المعيار الذي يستند على أنّ الشروط التعسفية مفروضة من شخص ذي نفوذ اقتصادي ومركز احتكاري يمكنه من فرض شروطه على المستهلك.

ويرى البعض وبحق أن هذا المعيار جد غامض. فالسلطة الاقتصادية ونفوذها ليست مرادفا للقوة وعظم الشأن للمشترط. في الوقت الذي يمكن لتاجر صغير أو حرفي بسيط، أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر. ويفرض ما يشاء من الشروط، الأمر الذي لا يمكن لصاحب مشروع عملاق على المستوى الوطني أن يقوم بذلك. لكونه يخشى فرض هذا النفوذ الاقتصادي للحفاظ على سمعته وتجنب حدوث كارثة تجارية له، لذلك لا يمكن لحجم المشروع وضخامته أن يكون محددا لمعيار التفوق الاقتصادي في فرض الشروط التعسفية[1].

فالنفوذ الاقتصادي لا يعد مرادفا للقوة، فقد يكون مهنيا بسيطا يستطيع أن يستخدم وضعه ونفوذه المسيطر، في حين قد لا يستطيع المهني في مشروع اقتصادي كبير أن يفرض شروطه، لذلك لا يمكننا الاستناد إلى وضع المهني في السوق لتقدير النفوذ الاقتصادي على أساسه.[2]

كما ذهب البعض إلى أنّ معيار التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي غير دقيق ومبهم، لأنه لا يستند إلى مقومات تكشف عن هذا التفوق[3].

وانتقد هذا المعيار على أساس ما آلت إليه التطورات التي شهدتها نظرية العقد، التي شهدت تطورا لنظرية عقد الإذعان الذي كان في الماضي يتطلب احتكار سلعة أو الخدمة، ليصبح له مفهوما جديدا يمكن من خلاله قيامأحد الأطراف من فرض شروطه دون مناقشة فعلية من المتعاقد الآخر، ويشترط أيضا أن تكون السلعة ضرورية يضطر المستهلك إلى شرائها لتلبية حاجياته الضرورية. وعلى هذا الأساس فقد أقر المشرع

[1] - أحمد هاشم عبد، المرجع السابق، ص230.

[2] - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص209 و210.

[3] - أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص، 344 و345.

الفرنسي في نص المادة 6/652 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة إلغاء معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ولم تعد بذلك تتضمن إلا عنصرا واحدا يلزم وجوده لقيام الشرط التعسفي، وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد [1]. وهو ما تبناه المشرع الفرنسي عن المرسوم الأوربي لمعيار عدم التوازن الظاهر بين طرفي العقد في الحقوق والواجبات بصدد تعريف الشروط التعسفية[2]

بناءً على ما تقدم لم يعد عقد الإذعان يقتصر على فكرة الاحتكار لسلعة أو خدمة معينة، ولم تعد حماية الطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية تقتصر على فكرة الاحتكار، وإنما توسعت لتشمل كل العقود النموذجية التي ينفرد الطرف القوي بصياغتها لتحقيق مصالحه، والتي ترتب عنها الإخلال بالموازين التي يرمي المشرع لتحقيقها.[3]

وبالتالي حتى يكون هناك الشرط تعسفيا يكون هذا الشرط مفروضا على المستهلكين أو غير المحترفين وهذا بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي من خلال إساءة مركزه الاقتصاديالمتفوق ليفرض بذلك على المستهلك شروطا تخل بتوازن العقد وهنا يشير البعض أن المقصود من التعسف هنا هو التعسف في استعمال الحق حسب القواعد العامة لكن الإمكانية التي يتمتع بها المهني والتي بمقتضاها يحرر العقد بشكل منفرد ومسبق يضمنه شروطا مجحفة في حق المستهلك ليست نابعة من حقه في إملاء مثل هذه الشروط بقدر ما هي نتيجة لوضعه القوي على المستوى الاقتصادي والتقني الذي يستعمله في توجيه صياغة العقد في خدمة مصالحه على حساب المستهلك، وزهنا تبدوا

[1] - الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشروط التعسفية، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، حماية المستهلك، حمايسة المستهلك: دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون 08.13، القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، العدد الرابع، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص92.

[2]-L.FIN-LANGER, L’équilibre contractuel, LGDJ, 2000,p136.

[3] - كراش ليلى، المرجع السابق، ص110.

صعوبة الاعتماد على المفهوم التقليدي لمبدأ التعسف في استعمال الحق لتبرير إدراج الشروط التعسفية في العقود بين المهنيين والمستهلكين[1].

في حين يذهب من الفقه إلى أن المقدرة هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية الحديثة، أكثر منها القوة الاقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، كالحالة التي يكون فيها المهني ذو خبرة فنية ومعرفة كبيرة بالسلعة على عكس المستهلك الأمر الذي يدفع بهذا ألأخير للخضوع له وذلك بحكم مركزه الضعيف بسبب جهله وعدم خبرته.

فالمحترف وقد تعود إبرام العقود يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد وهو يعرف ما يجري عليه العمل في حرفته، فيمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلا عن الشروط التي فرضها على من تعاقدون معه[2].

كما يرى البعض الآخر أن التقنية الحديثة والقوة الاقتصادية يكمل إحداهما الآخر، لأن من يكون متفوقا اقتصاديا يكون كفؤا فنيا أيضا فهما وجهان لعملة واحدة، فلا يتصور وجود إحداهما دون الآخر، فالتقنية الحديثة يترتب عليها تمييز المنتجات مما يخلق قوة اقتصادية للمنتج وكذلك مركز احتكاري مما يمكنه من تحقيق أرباح عالية،بحيث أن التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية [3]، خاصة والواضح أن معيار إساءة استخدام النفوذ الاقتصادي للمتدخل لم يأت إلى حيز الوجود القانوني إلا كرد فعل طبيعي للاتجاه الفقهي والقضائي الفرنسي فيما يتعلق بأهمية الطرف الضعيف في العقود[4].

---

[1] - محمد الأمينسي طيب، المرجع السابق، ص111.

[2] - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص270.

[3] - محمد مالكي، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه في الطور الثالث ل.م.د ، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص71.

[4] - محمد السيد عمران، ، المرجع السابق، ص33.

**ثانيا: المعيار الموضوعي (الميزة المفرطة)**

ومقتضى هذا المعيار هو ضرورة توفير مزايا مبالغ فيها للمحترف، تؤدي بالضرورة إلى اختلال التوازن العقدي بين الالتزامات الناجمة عن العقد، و الميزة الفاحشة أو المفرطة هي مقابل مغال ى فيه (مفرط) ومفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري. وهذا المعيار يبنى عن عدم توازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد نتيجة لغياب الأداء المقابل لها. وهذا المعيار يعتبر نتيجة للمعيار الأول. فالميزة المفرطة هي النتيجة النهائية لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية. ويعتبر نتيجة مباشرة له، وهذا المعيار هو معيار موضوعي يتمثل بتوافر منافع مفرطة، أو غير مألوفة للمهني، وهذه المنافع المفرطة لا تقتصر فقط على المنافع النقدية، وإنما يشمل أيضا الالتزامات التي تلقى على عاتق المستهلك، أو التي تخفف من التزامات المهني.

وبناءً على هذا المعيار يعتبر الشرط الوارد في عقد الاستهلاك تعسفيا في الحالة التي يكون فيها ناتجا عن استعمال النفوذ والقوة الاقتصادية للمهني[1].

وبذلك لا تكفي المزايا المفرطة التي حصل عليها الطرف القوي التي تؤدي إلى اختلال في الالتزامات ولحقوق الناشئة عن العقد للقول بوجود الشرط التعسفي وإنما يجب أن يكون هذا الاختلال ناشئاً عن استعمال الطرف القوي لنفوذه الاقتصادي، وذلك بأن يسيء مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على الطرف الضعيف شروطا تخل بتوازن العقد، هذا العنصر لا يمكن إثباته حالة بأخرى،وإنما يتم استخلاصه من الصفة الخاصة بأطراف العقد لذلك يوصف هذا بأنه شخصي[2]. فالتفاوت الشديد بين التزامات الطرفين يأتي نتيجة

[1] - أحمد هاشم عبد، المرجع السابق، ص230.

[2] - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص56.

لتعسف المهني في استعمال النفوذ الاقتصادي واستغلال ضعف المركز الاقتصادي للمستهلك[1]

وقد تبنى المشرع المصري هذا المعيار على الرغم من عدم النص عليه صراحة ، حيث أن نص المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري، يعتبر الشرط باطلا إذا كان من شأنه إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته بمقتضى القانون. وهذا النص يفيد أنّ البطلان لم يتقرر إلا لأن الشرط ينشئ تفاوت ظاهر بين التزامات وحقوق الطرفين من خلال إعفاء المهني من التزاماته [2]، كما أخذ المشرع الفرنسي أيضا بمعيار الميزة الفاحشة وذلك بموجب نص المادة 53 من القانون رقم 97-53 المؤرخ في 10-01-1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين.وهو القانون الذي مهد لخلق نظام قانوني متكامل يسعى لتوفير حماية متكاملة للمستهلك.[3]

إلا أن تقدير الميزة أو المنفعة المفرطة للشرط ليست من السهولة، وإنما تواجهه صعوبات، خاصة وأن الشرط التعسفي قد يبدو أحيانا مبررا إذا تم النظر إليه بالنسبة إلى مجمل العقد. وفي ضوء الالتزامات التي ظهر بمناسبتها، فقد يترتب على خفض أو الإمهال في الدفع اشتراط تحويل كافة المخاطر على عاتق المستهلك. ومن ثم يجب عدم التسرع لاعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أن يعطي بعض المزايا لأحد أطراف التعاقد، حيث أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهة لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله.

---

[1]-L.FIN-LANGER,.cit.p136.

[2] - حسينة شرون، حملاوي نجاة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، افريل 2017، ص58.

[3]-D.BERTHIAU , Le principe d'égalité en droit civil des contrat ,LGDJ,1999,p142.

ومن ثم يرى البعض أنّ هذا المعيار لا يصلح منفردا لاعتبار الشرط تعسفيا. وإزاء هذا لا يمكن معه والحال كذلك الاعتماد على المعيار الأول فقط أو الثاني فقط بل لابد من دمج المعيارين والأخذ بهما معا.

ومن هنا يمكن اعتبار معيار النفوذ الاقتصادي ومعيار الميزة المفرطة، مرتبطان بعضهما ارتباط السبب بالنتيجة، ويمكن من خلالها إعادة التوازن للمضمون العقدي، فهما مبدآن رئيسيان متلازمان لا مختلطان، وهذا للدفاع عن التوازن بين القوى غير المتساوية وبين المصالح المتعارضة[1].

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه غامض وغير محدد الكمية ولا يحدد طبيعة الميزة (إذا كانت طابع مالي أو غيره)، إضافة إلى كيفية تقدير الميزة، إذا ما كان ينظر للشرط منعزلا أم بالنظر إلى مجموع شروط العقد؟ لأن تحديد كمية الميزة الفاحشة يشبه فكرة الغبن من خلال ترتيبها لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية واختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في محل التعسف.

والغبن ينصب على الثمن، والميزة الفاحشة تنصب على شروط تعسفية تتعلق بتنفيذ العقد ولا تنصب على الثمن فقط.

أما بخصوص تقدير الشرط منفردا أو متصلا بالعقد ككل فإن البعض يرى بأنه يجب النظر إلى تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشروط العقدية، لأن النظر للشرط منفردا قد يجعله يبدو تعسفا، لكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه مع بقية شروط العقد [2].فالشرط المقيد من مسؤولية الضمان لن يعد تعسفيا إذا كان الثمن الذي يدفعه المشتري في هذا العقد أقل من ثمن المثل المعلن عنه في الأسواق، فالعقد يبدوا ككيان واحد يلزمنا بالنظر إلى

[1]–أحمد هاشم عبد، المرجع السابق، ص231.

[2]– حسينة شرون، حملاوي نجاة، المرجع السابق، ص58.

الالتزامات المتقابلة في مجملها حتى يمكن القول بوجود عدم التوازن في الالتزامات العقدية ناجم عن تمتع أحد الطرفين بمزايا مبالغ فيها[1].

**ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات**

بالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني، يجوز للقاضي الاستعانة بهذه المادة للكشف عن الشروط التعسفية.

نصت المادة الثالثة من قانون 02/04 الفقرة الخامسة على أنه: يقصد في مفهوم هذا القانون بالشرط التعسفي" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

فهذه المادة حددت أيضا معيار من خلاله التعرف على الشرط التعسفي، وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين، وهو نفس المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في القانون رقم 95-96 الصادر في 01 فيفري 1995 المعدل للقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه الأوربي 93-13 المؤرخ في 05 أفريل1993 المتعلق بالشروط التعسفية [2]. والقاضي بموجب تعديل قوانين الدول الأوربية

[1]– سميرة زوبة، الحماية العقدية للمستهلك"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولودمعمري، تيزي وزو، 2007ص6.

[2]– عرف في الفقرة 1 من المادة 3 الشرط التعسفي على أنه: "الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على تفاوت جلي خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية، وضد مصلحة المستهلك بين حقوق والتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك".

الأعضاء لتنسجم معه في مادة الشروط التعسفية [1]، بعدما كان يأخذ بمعيار التفوق الاقتصادي والميزة الفاحشة في قانون 1978[2].

فأصبح تعريف الشرط التعسفية منصوص عليه بموجب الفقرة الأولى من المادة ل-123-1 والتي تنص على أنه: "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

وعلى وفق هذا النص وبتكريس الاجتهاد الفقهي والقضائي فإنه قد تم تحديد الشروط التي يكون بموجبها البند تعسفيا، والسلطة الممنوحة للقاضي لإعادة التوازن إلى العقد،إذ يقصد بهذه البنود هي التي يكون موضوعها اختلال التوازن بين حقوق الطرفين والتزاماتها ، أو ما يعرف بالميزة الفاحشة الناتجة عن استغلال القوة الاقتصادية [3]، ومن ثم يلزم أن يكون الاختلال كبير بين التزامات الطرفين، أما إذا تعلق الأمر بانعدام توازن بسيط فإنه يعتبر من الأمور المتجاوزة حفاظا على استقرارالمعاملات مع ما هو جار به العمل في عالم المال والأعمال.[4]

وعلى أساس ما تقدم،جاءت الفقرة الأولى من المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي متضمنة بحسب التعديل 2009-302 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لائحة من الشروط التعسفية إذا توافرت فيها الشروط يمكن اعتبارها تعسفية [5].وهذه الطريقة في ذكر

---

[1]- قويدر زوبيري، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-02المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006، ص92.

[2]- الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص107.

[3]- عبدالرحيم شوقي، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزائر، 2003، ص111.

[4]- الزبير المعروفي، المرجع السابق، ص93.

[5]-L'article R. 132-1 du code de la consommation est remplacé par les dispositions suivantes:

البنود التعسفية تضمن اعترافا ضمنيا للقضاء الفرنسي وفقا للنصوص أعلاه بسلطة مستقلة في إعلان البند التعسفي، إذ تتضمن هذه اللائحة على قائمة إرشادية غير حصرية لا يفترض فيها أنها تعسفية، فالمستهلك لا يعفى من تقديم الدليل على الطابع التعسفي للشرط[1].

« Art.R. 132-1.-Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de:

« 1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;

« 2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

« 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;

« 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

« 5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

« 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

« 7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

« 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ;

« 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;

« 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

« 11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;

« 12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat. » publiée sur https://www.legifrance.gouv.fr.

[1]– منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي (دراسة مقارنة) . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع السنة السابعة، 2015، ص158.

وهذا يعني أنه ليس لهذه القائمة قيمة قانونية، وما هي إلا وسيلة للكشف عن شروط يثار الشك بشأن طابعها التعسفي، ومن ثم وضعها أمام كل من المستهلك والقاضي لكي يسترشد بها دون التزام منه بإتباعها[1].

وبهذا يكون المشرع قد اعتمد على معيار واحد للتعسف ألا وهو الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين،وبهذا فإنه يكفي أن تكون الشروط التي يضعها المتدخل من شأنها ترجيح كفته على حساب المستهلك من حيث مجموع الحقوق والالتزاماتلاعتباره متعسفا، وهذا بصرفالنظر عن أياعتبار آخر وعليه يمكن القول أنه لمعرفة التعسف نرجع إلى البحث عن عدم وجود توازن في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، الناتج عن ضعف هذاالأخير أمام المهني كطرف قوي بفرض شروط بما يملكه من نفوذ وتفوق في القدرة التقنية والقانونية واستغلاله لحاجة المستهلك لهذه الخدمة، الذي لا يكونأمامه سوى القبول أو الرفض وهذا دون إمكانية المناقشة فينعدم اختياره وينتج عن هذا الخضوع اختلال في التزامات الطرفين.

**المطلب الثاني:أنواع الشروط التعسفية**

يقتضي مبدأ الحرية التعاقديةة بأن طرفي العقد لهما الحرية التامة في إبرام ما يشاءان من العقود. وتضمينها ما يشاءان من الشروط، على أن لا تكون هذه الشروط مخالفة للقانون والنظام العام والآداب العامة، وبالتالي فإن حصر الشروط التعسفية التي قد ترد في العقود بشكل مطلق ونهائي يعد أمر صعب المنال، لأن الحرية التعاقدية تسمح دائما بممارسة المزيد من التحايل لكي يوجه المحترف العقد لمصلحته بغض النظر عن

[1] – أمينة ناعيمي، أحكام الشروط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية القانون والاقتصاد والاجتماعية جامعة الحسن الثاني، عين الشق بالدار البيضاء، نوقشت بتارخ 2007/04/21، ص259.

مصلحة الطرف الآخر الأقل خبرة ومعرفة [1]. هذا من جهة ومن جهة أخرى وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة يجوز للمتعاقدين تحديد آثار العقد، إذ يذهب أنصار هذا المذهب إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية [2]. ومن ثم فللأفراد الحرية التام ة في إبرام العقود، وتضمينها ما يشاءون من الشروط،طالما أنّ هذا التحديد غير مخالف للنظام العام أوالآداب العامة أو النصوص القانونية الآمرة فضلا على أنّ أغلب الأحكام القانونية سواء ما تعلق منها بنظرية العقد أم تعلق منها بالعقود المسماة هي أحكام غير آمرة يمكن استبعادهامن التطبيقوالإنفاق على غير ما جاءت به، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع الشروط التعاقدية ومن ثم الشروط التعسفية.[3]

غير أنّ أحد أطراف العقد قد يضمن العقد شروطا توصف بأنها تعاقدية، وبذلك تتعدد الشروط التعسفية بحسب ما إذا كانت متعلقة بمرحلة إبرام العقد أو بمرحلة تنفيذه وهناك نوعان من الشروط التعسفية، يتمثل النوع الأول في شروط تعسفية بذاتها، وأما الثاني فهي شروط تعسفية بحكم استعمالها.

**الفرع الأول: الشروط التعسفية بذاتها**

الشروط التعسفية بذاتها وهي التي يظهر فيها التعسف منذ إدراج تلك الشروط بالعقد، أي أنها تظهر بمرحلة تكوين العقد وتكشف عنه ألفاظهفتأتي متناقضة مع جوهره[4].

---

[1]– أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص212.

[2]– أمانج رحيم أحمد، المرجع نفسه، ص212.

[3]–عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإتزام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص153.

[4]– عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، ص 239.

فالتعرف على ذلك يكون منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد [1]، فالمشرع في تقنين الاستهلاك نظر إلى هذه الشروط على أنها يمكن أن توجد في جميع أنواع العقود، وليس فقط في عقود الإذعان، ومن هنا بدأ يظهر استقلال الشروط التعسفية عن نظرية عقود الإذعان، ثم بدأ التركيز عليها كظاهرة سلبية تستحق الاهتمام من قبل القضاء والمشرع والفقه[2]، مثال ذلك الشرط الذي يدرجه رب العمل في النظام الداخلي للمؤسسة، أو يفرض بمقتضاه غرامات مالية باهظة على العامل الذي يرتكب خطأ أثناء تأديته للعمل، أو بمناسبة العمل حتى ولو كان الخطأ المرتكب بسيطا فيعد مثل هذا الشرط تعسفيا، لأن هذه الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل، ومبرر التدخل في استعمال الحق وقواعد العرف والعدالة والإنصاف[3].

**الفرع الثاني: الشروط التعسفية بحكم استعمالها**

الشروط التعسفية بحكم الاستعمال هي شروط عادية، لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق أي في مرحلة تنفيذ العقد، عندما يتمسك الطرف القوي بحرفية الشروط وإهمال روح النص [4]، ومثالها الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض[5].

فالشروط التعسفية بالذات هو الشرط الجائر (المجحف) الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة ولا شك أن هذه الصفة نسبية، تختلف من عقد لآخر بحسب ظروف التعاقد

---

[1]– عبد السلام سعيد، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، 1992، ص11.

[2]–إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص153.

[3]– هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص188.

[4]– محمد فواز صباح الآلوسي، المرجع السابق، ص204.

[5]- علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص46.

وموضوعه وحالة طرفيه، ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة وأمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع دون ثمة رقابة من محكمة النقض[1].

## المبحث الثاني: عقود الاستهلاك مجال للشروط التعسفية باعتبارها عقود الإذعان

لا يقتصر الشروط التعسفية على عقد الإذعان بالمفهوم التقليدي بل امتد مجال هذه الشروط إلى عقود الاستهلاك، ومثل هذا الأمر يعد أمرا خطيرا لما فيه من أثر كبير على اختلال التوازن العقدي بين أحد طرفيه مستهلكا أو غير مهني والطرف الآخر متدخل باعتباره الطرف القوي والذي يفرض قانونه على الذي أعد بصورة منفردةبحيث يعتبر مصدر للشروط التعسفية بما يحرره من عقود في مواجهة المستهلك، وعلى هذا الأساس فإن عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أي عقد سواء كان مسمى أو غير مسمى، وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكا أو غير مهني والطرف الآخر متدخل، بمفهوم المخالفة فإنها لا تعتبر عقود الاستهلاك تلك العقود التي يكون كل أطرافها من التجار أو المهنيين لأن مثل هذه العقود والتي يبرمها المهنيون توصف بأنها عقود مهنية، إذ تعد فكرة المهني فكرة واسعة، وهي تشمل أكبر طائفة من الناس الذين ينتمون لعالم الشغل والأعمال، فيدل تعبير المهنة على " كل نشاط منظم هدفه الإنتاج أو التوزيع وتقديم الخدمات[2]

فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان كل متعاقد مع البائع وهو المشتري له صفة المستهلك.[3]

---

[1]- عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص360.

[2]– ليندة عبد الله، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و14 أفريل 2008.

[3]– سلمة بن سعيدي، المرجع السابق، ص34.

فنطاق الاستفادة من التنظيم القانوني للشروط التعسفية لا يقتصر على عقود الإذعان فحسب بل يمتد إلى عقود الاستهلاك أيضا، وهذه التسمية الأخيرة هي تسمية لم يألفها لا القانون المدني ولا القانون التجاري ولا غيره من القوانين الخاصة بل هو مصطلح تزامن ظهوره والمستجدات التي أفرزها التطور الاقتصادي والاجتماعي والتي أسفرت عن تقسيم جديد وهذا بالنظر إلى صفة المتعاقد [1]،وإن كان المشرع الجزائري اعتبر عقود الاستهلاك هي عقود إذعان بصراحة النص، وحيث تجد فكرة المستهلك والاستهلاك أساسهما في علم الاقتصاد، والاستهلاك هو إهلاك الشيء وإفناؤه ويمثل عند الاقتصاديين المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الاقتصادية بعد مرحلتي الإنتاج والتوزيع[2].

ويصدق القول أيضا على عقد القرض بكونه عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك،أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك،وأيضا فإن العقود التي يكون كل من طرفيها مستهلكين لا تعد من عقود الاستهلاك، فمثلا إذا تم إبرام عقد بيع بين مستهلكين بناء على إعلانات صغيرة بين الأفراد فلا يعد هذا العقد عقد استهلاك، لأن مثل هذه الحالة لا يكون فيها احد طرفي العقد قويا والطرف الآخر مستهلكا ضعيفا، إذ أنّ الحماية المقررة في عقود الاستهلاك هي حماية تستوجبها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المهني[3].

[1]– إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص11.

[2]– عامر أحمد قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 1998، ص9.

[3]– خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص21.

## المطلب الأول: ماهية عقود الاستهلاك

لا يعني مصطلح عقود الاستهلاك أنها طائفة من العقود مستقلة بذاتها توجد إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود، والمشرع الجزائري وسع من مفهوم العلاقا تلتعاقدية وطبيعتها وحلها، وهذا ما سنحاول تبيانه بالتطرق إلى تعريف عقود الاستهلاك الفرع الأول ثم لخصائص عقود الاستهلاك الفرع الثاني.

### الفرع الأول:تعريف عقود الاستهلاك

أشار المشرع الجزائري إلى تعريف عقد الاستهلاك ضمن نص المادة 03 من القانون 04-02 والمادة 1 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم بالمرسوم 08-44 العقد الاستهلاكي بأنه" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه". وهذا يعني أن عقد الاستهلاك يعني أن أحد طرفيه مستهلك والطرف الثاني متدخل،كما يوحي هذا التعريفبأن المشرع قد اعتبرها من عقود الإذعان.

### الفرع الثاني: خصائص عقود الاستهلاك

إذا كان عقد الاستهلاك هو العقد الذي يربط المتدخل الذي يتعاقد لأغراض مهنية باعتباره مقدم السلع والخدمات للمستهلك والذي يحصل على هذه السلع تلبية لحاجاته الشخصية، عقد الاستهلاك كغيره من العقود يتميزبجملة من الخصائص منها:

- **أنه من عقود المدة** : بمجرد تبادل الإرادتين يلتزم عارض السلعة بتقييم المنتوج أو الخدمة في محددة وذلك لضمان كل عيب خفي لا يظهر في عملية البيع حسب طبيعة المنتوج أو الخدمة في مدة محددة وذلك لضمان كل عيب خفي لا يظهر في عملية البيع حسب طبيعة المنتوج.

**الأصل أنه من عقود المعاوضة:** غير أنه بالرجوع إلى أحكام القانون 04-02 والقانون 09- 03 نجد أنه قد يكون عقد الاستهلاك بدون عوض.

- **أنه يرد على منتوج أو خدمة:** فلا يتصور وجود عقد الاستهلاك بدون منتوج أو خدمة، فمحل عقد الاستهلاك هو السلع والخدمات إذلا وجود لعقد الاستهلاك بدون وجود سلعة أو خدمة معروضتين للاستهلاك، والمقصود بالسلعة طبقا لنص المادة 03/18 من القانون 09-03 هي كل شيء مادي قابل للتناز ل عنه بمقابل أو مجانا"، أما عن الخدمات فقد عرفها المشرع من خلال نص المادة 3 من نفس القانون بقوله" أنها كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى وإن كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"[1]

## المطلب الثاني:مجالات حماية المستهلك من الشروط التعسفية

إن القواعد التي يتضمنها قانون حماية المستهلك تحاول معالجة اختلال التوازن العقدي بين المستهلك الذي يسعى للحصول على تلك السلعة أو الخدمة محل الاستهلاك والمتدخل الذي يكون في مركز اقتصادي وقانوني ومعرفي قوي، يجعله يستطي ع فرض شروطه على المستهلكين، وإن كان المشرع قد نص على تحريم الشروط التعسفية إلا أن ذلك يستوجب التعامل معها وهذا من خلال مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في العقود الاستهلاكية والتي ظهرت مع عقد الإذعان ونظرية السبب ومبدأ حسن النية وعيوب الإرادة، لأن الواقع العملي قد أسفر عن وجود العديد من العلاقات التي يكون المستهلك طرفا فيها ويصبح بذلك متعرضا للشروط التعسفية، إذ تعتبر عقود الاستهلاك مجالا خصبا لاستغلال المهنيين بوضعيتهم المتميزة للمستهلكين من خلال الشروط التي تتضمنها عقودهم سيما مع التطورات الاقتصادية التي أسفرت عن ظهور العديد من

[1]- القانون رقم09-03، المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 2009/03/08.

العقود، وهذه الشروط لا تخرج عن نوعين من الشروط، وهي الشروط التي تتضمن تعسفا الفرع الأول، وشروطا أخرى تعسفية في ذاتها الفرع الثاني .

## الفرع الأول: حماية المستهلك من الشروط المتضمنة تعسفا

إن الشروط المتضمنة تعسفا في العقد هي شروطا عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند تنفيذ العقد الأمر الذي يدعوا إلى ضرورة استجلاء الأسباب لتفسيرية لهذا الارتباط، إذ أنّ مثل هذه الشروط عادية، غير أنّ الإفراط فيها يؤدي إلى اختلال العقد، وهنا نشير إلى أنه من بين أسباب ظهور وانتشار الشروط التعسفية هو انتشار عقود الإذعان التي تقوم بدورها على التفوق الاقتصادي للمتعاقد على المتعاقد الآخر الذي تقتضيه حياته اليومية من سلع ضرورية وخدمات، وبذلك يستغل هذا الطرف الأول بكونه محتكرا لسلع وخدمات ومتحكما في تحديد الأسعار هذا التفوق لفرض شروطا تعاقدية قد يكون بعضها تعسفي، الأمر الذي يتطلّب من المشرع التدخل من أجل الحد من هذا الإفراط، ومن أهم هذه الشروط الشرط الجزائي أولا، والشرط الإرادي ثانيا.

### أولا: حماية المستهلك من الشرط الجزائي

يُعد الشرط الجزائي في إطار تنفيذ الالتزام طريق من طرق التنفيذ، وهو التنفيذ بمقابل وهذا عند استحالة التنفيذ العيني كطريق أصلي لتنفيذ الالتزام [1]، وهو اتفاق مسبق على تقدير التعويض المستحق للدائن في حالة إخلال المدين بالتزامه سواء كان بسبب عدم التنفيذ أو للتأخير فيه، فهو تقدير اتفاقي ويراد به صورة الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية وتحديدا التخفيف منها [2]، فهو تقدير اتفاقي للتعويض وعلى وجه

[1]– جواد محمد أحمد محرز، الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجيستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2009، ص132.

[2]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص11.

التفصيل مبلغ جزائي يقدّر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهم نتيجة خطأ يقترفه الآخر.[1]

بحيث أنّ الأطراف يتفقان على تحديد مبلغ مالي وهو مقدار التعويض المستحق للدائن وهذا في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخر في تنفيذ التزامه، وذلك للتخلص من عبئ إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض للحد من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تقدير التعويض طالما أنّ الأصل هو الذي يقدر التعويض[2].

والشرط الجزائي كما يشير البعض بأنه ذلك الشرط المحدد مسبقا من الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفا على غرار شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها[3].

وهو يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، وإن كان عادة ما يحصر الفقه نطاق البند الجزائي في موضوع المسؤولية التعاقدية، غير أنّ اتجاها آخر من الفقه يسلّم بأن البند الجزائي قد يمكن اشتراطه لتحقيق تنفيذ التزام تقصيري.[4]

وقد نص عليه المشرع الجزائري ضمن الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض، وهذا في نص المادة 183 وما بعدها من القانون المدني بقوله" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181"، كما منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة

---

[1]– محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1990، ص188. وأنظر أيضا: السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية والتعويض عنها، مجلد 1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، دون سنة نشر، ص135.

[2]– إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانون المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003، ص53.

[3] -محمد السيد عمران، ، المرجع السابق، ص22.

[4]– طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق والإقتصاد والعلوم الإجتماعية، 1984، ص57.

تخفيض الشرط الجزائي وهذا بشرطين وهما: تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الأصلي، وإثبات المدين أنّ تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درج ة كبيرة، كما منح المشرع للقاضي بموجب أحكام المادة 185 من القانون المدني الجزائري الزيادة من قيمة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر، وأثبت الدائن أنّ المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، غير أنّ مثل هذه السلطة وكما يشير الفقه أنّ القانون الجزائري يتوقف عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة المغالاة فيه ،ولم يزد على ذلك ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه، فقد جعل هذه الحماية ناقصة، كما أنّ إعمال نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري يتطلّب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف من أجل ذلك، وهو ما يدفعه إلى التراجع عن المطالبة بمراجعة الشرط الجزائي أمام القضاء[1] .

وهنا نشير إلى أنّ نطاق سلطة القاضي اتجاه الشرط الجزائي تشمل جميع العقود من حيث المبدأ، بحيث لا تقتصر سلطة المراجعة على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان، بل إن الواقع أثبت أنها على وجه الخصوص لحماية المتعاقدين الضعفاء ومن بينهم المستهلكين الذين يتدخل القاضي بسلطة المراجعة لصالحهم.[2]

كما نصت المادة 184 من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة 223 من القانون المدني المصري بقولها"لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطا أو أنّ الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".

[1]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص66.

[2]-J- Calais – Auloy: Droit de la consommation, op.cit, p 136.

ويرتبط تحقق الشرط الجزائي بتحقق وجود خطأ من المدين في صوره، كعدم التنفيذ الكلي أو عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر الذي يترتب عنه حدوث ضرر يصيب الدائن والذي لا بد أن يكون مباشرا ومحققا، وقيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر مع إعذار المدين.[1]

وهنا يشير البعض إلى أنّ سلطة القاضي الجزائري محصورة في التخفيض من قيمة الشرط، في حين أنّ المشرع الفرنسي يمنح للقاضي سلطة تخفيض أو رفع قيمة الشرط الجزائي كما يشير إليه الفقه الفرنسي[2]،

وهذا طبقا لنص المادة 1231-5 التي نصت"على الرغم من ذلك يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه إنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهضا أو تافها بشكل واضح"، وهذا هو النص الفرنسي[3].

وهو ما سار عليه أيضا القضاء الفرنسي برفع قيمة الشرط الجزائي من خلال قضية عرضت عليه، تمثلت وقائعها في اتفاق عامل مع رب العمل على شرط عدم المنافسة والاتفاق على شرط جزائي قدره 11347،41 فرنك فرنسي إذا أخل العامل بهذا الالتزام، وقد أخل العامل بهذا الالتزام فثار نزاع بينهما.

وانتهى بتأييد محكمة النقض لقرار محكمة استئناف والتي قضت بمسؤولية العامل ورفع قيمة الشط الجزائي إلى 15.000فرنك فرنسي، واعتبار المبلغ المتفق عليه بين الطرفين خلال إبرام العقد كونه تافه وأن محكمة الاستئناف قد مارست سلطتها المخولة قانوناً

[1]- بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996، ص76.وأنظر أيضا: إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص59.

[2]- V. PIMONT Sébastien, « clause pénale », Rep. Civ., avril 2010 (actualisation juin 2017).

[3]-L'article1231-5du code civil « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer **ou augmenter**la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou **dérisoire**. »

برفع قيمة الشرط الجزائي إن كان لذلك مقتضى.[1]

غير أنّ سلطة قضاة الموضوع في التعديل من قيمة الشرط الجزائي غير مطلقة [2]، وهو ما يبرّر رقابة محكمة النقض على سلطة القاضي في التعديل من الشرط الجزائي[3].

والشرط الجزائي بهذا المعنى هو من الاشتراطات التي يُراد بها توقي حدوث النزاع، وهو بذلك من الجزاءات العقدية ذات المصدر الإرادي [4]، والتي تمنح المجال للقاضي وبناء على طلب المدين للتخفيض من قيمة الشرط الجزائي متى رأى بأنه مفرطا، أو أنّ المدين قد نفذ جزء من التزاماته. وهذا دون البحث عمّا إذا كانت نية الدائن اتجهت إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر.

غير أنّ المشرع الفرنسي لا حظ التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة فيه خاصة في مجال القروض، فتدخل لبسط لحماية للطرف المتعاقد الضعيف بموجب القانون رقم 579-75 المؤرخ في 09-07-1975 معترفا فيه للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي استثناء من مبدأ سلطان الإرادة[5].

---

[1]-Cass. Soc., 5 juin 1996, N° 92-42.298, Bull. Civ. N°6, 1996, p. 159. « Attendu, ensuite, que l'indemnité
prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé, répondant ainsi aux conclusions invoquées, qu'elle pouvait user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, d'en augmenter le montant si elle l'estimait dérisoire ; »

[2]- Cass. Civ.3eme, 12 janvier 2011, N°09-70.262, Bull. Civ. N° 1, 2011, p.3. « Qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi le montant des indemnités de retard résultant de la clause pénale, était manifestement excessif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».

[3]– بلال عثماني، المرجع السابق، ص148.

[4]- El Hayek (Elias) « De la crise de la notion de Clause pénale dans les contrats, Thèse, Nice, 2001, PP. 10et ss.

[5]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص65.

ولعل الطابع الجديد في الشرط الجزائي الذي ينطوي على مفهوم متناسب ومعيار اللاتوازن الظاهر في الالتزامات والحقوق المادة 5 من القانون 04 -02 والذي يكتنفه حصول أحد المتعاقدين على ميزة مفرطة مما يمثل تعسف في حقوقه[1].

وأمام هذا الوضع يشير البعض إلى أنه يتعين الاعتراف في ظل تطور العلاقات التعاقدية لا سيما في مجال قانون الاستهلاك بأهمية ظهور الصفة التعسفية في الشرط الجزائي حتى ولو لم يتضمن مبالغة في تقدير التعويض الاتفاقي، بحجة أنّ عدم التعادل بين طرفي العقد يؤدي إلى اختلال واضح في اقتصادياته، ويضيف من خلال الشرط مزايا غير مباشرة في يد الطرف الأقوى[2] .

وسنحاول تعريف الشرط الجزائي أولا ثم دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي

## 1- ماهية الشرط الجزائي التعسفي

نتطرق لبعض النصوص القانونية التي من خلالها يمكن تعريف الشرط الجزائي معتبيان بعض التعاريف الفقهية له.

أما المشرع الجزائري فقد نص ضمن المادة 183 من القانون المدني بقوله" يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدماّ قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181". وبالإحالة إلى نص المادة 176 من نفس القانون فإنها تنص على حالة استحالة تنفيذ الالتزام عينا أن يحكم عليه بتعويض الضرر عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، أما نص المادة

[1]- محمد بودالي، المرجع نفسه، ص92 وما بعدها.

[2]- جمعة زمام، المرجع السابق، ص169.

179 من نفس القانون فإنها تنص على شرط الإعذار كشرط شكلي للحصول على التعويض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

كما أنّ استحقاق التعويض الاتفاقي يقتضي وجود ضرر وعلى المدين إثبات أنّ الضرر لم يلحق الدائن حتى يعفى من التعويض، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر ، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 184 من القانون المدني الجزائري بقولها"لا يكون التعويض المحدّد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطاً أو أنّ الالتزام الأصلي قد نفذا في جزء منه.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".والمقابلة للمادة 223 من القانون المدني المصريالتي نصتبقولها" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما التعويض بالنص عليه في العقد أو اتفاق لاحق".

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في نص المادة 1231-5 بقوله عندما" ينص في العقد على أن من يتخلف عن تنفيذه يلتزم على سبيل التعويض بدفع مبلغ معين، لا يجوز أن يُمنح الطرف الآخر مبلغا يزيد أو ينقص عن هذا المبلغ "، وهذا هو النص الفرنسي[1].

والحقيقة أنّ الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي، إذ هو يتمثل في الجزاء الذي يلحق بالداين نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي إلا إذا سقط هذا الأخير سقط معه الشرط الجزائي، ولا يتحقق التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر.[2]

[1]-Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre dedommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

[2]– طلال المهتار، المرجع السابق، ص57.49. وأنظر أيضا:إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص65.

وهنا تجدر الإشارة أنّ نص المادة السابقة ينص على من يتخلف عن تنفيذ الالتزام ولا يتضمن عدم التنفيذ، كما نصت المادة 223 من القانون المدني المصري بقولها" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدّما التعويض بالنص عليه في العقد أو اتفاق لاحق".

أما عن الفقه فقد عرّفه على أنه اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه[1]. كما عرّفه جانب من الفقه بأنه تقدير اتفاقي للتعويض على وجه التفضيل أو هو مبلغ جزائي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر[2]. ومثل هذه التعاريف تكون قد قصرت نطاق الشرط الجزائي، إذ ليس من الضروري أن يكون محله ماليا فقد يكون محله أداء أو امتناعا عن عمل.

غير أنه إذا كان الأصل أن يتم تقدير التعويض باتفاق الأطراف، فإن الأمر في عقود الاستهلاك مختلف، بحيث أنّ المهني ينفرد عادة بتحديده، وفي هذه الحالة لا يقف الأمر عند التحديد من جانب واحد وبصفة انفرادية، إذ يبقى عاديا متى وقع بصورة معقولة، بل يتعدى ذلك بأن يقدر المهني مبلغ التعويض بصورة مفرطة لا تتناسب إطلاقا مع ما أخل به المستهلك من التزام، زيادة عن أنّ التحديد يسري في مواجهة هذا الأخير فقط، ذلك أنّ الشرط الجزائي الذي يورده المهني في العقد لا يسري في الحالة التي يخل بها هو نفسه بالتزامه [3]. وهو ما يتضح من خلال المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث أقرت صراحة بتعسفية هذه الشروط. غير أنه وكما يشير البعض إلى أنه حتى وإن لم يقع الضرر فيجوز للقاضي أن يخفض مبلغ

[1]– أنور سلطان، أحكام الإلتزام، دار النهضة للطباعة، بيروت، 1980، ص71.

[2]– محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق0، ص188.

[3]– إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص87.

الشرط الجزائي وهذا ليس تناقضا من المشرع، فالعبرة ليست في تحقق الضرر الذي يلحق بالدائن، وإنما يتمثل في عدم تنفيذ المتعاقد التزامه أو تأخره في التنفيذ، فالضرر هنا مفترض حتى وإن لم يقع فعلا يستوجب التعويض ويتمتع القاضي هنا بالسلطة التقديرية في تقديره.[1]

وعليه يمكن القول أنّ الشرط الجزائي هو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض، ويكون القصد منه غالبا استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، وهو كذلك إما وسيلة ردع باعتبار أنّ المبلغ المالي يمكن أن يكون أعلى من قيمة الضرر الحاصل، وإما شرط إعفاء من المسؤولية حينما يكون المبلغ المالي المشترط أقل من الضرر.

**2- دور القاضي في مراجعة الشرط الجزائي التعسفي**

تجدر الإشارة بالذكر أن نطاق سلطة القاضي اتجاه الشرط الجزائي تشمل جميع العقود كمبدأ عام، بحيث لا تقتصر سلطة المراجعة على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان غير أنه ومن ناحية الواقع يثبت أنها على وجه الخصوص لحماية المتعاقدين الأكثر ضعفا، ومن بينهم المستهلكين الذين سيباشر القاضي سلطة المراجعة لصالحهم بحيث أن القاضي يتدخل سواء كان هذا الجزاء فاحشا أو تافها وسواء ورد ذلك في أي عقد من عقود الإذعان بما فيها العقود المبرمة بين المستهلكين أو المهنيين.[2]

يعتبر التدخل من أجل تخفيض الشرط الجزائي خروجاً عن مبدأ القوة الإلزامية للعقد أي عدم جواز تخفيضه، إلا أنه واستثناءً أجاز المشرع الجزائري للقاضي تخفيض الشرط الجزائي وذلك بناءً على طلب المدين إذا أثبت أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، وذلك بنص المادة 184-2 والمقابلة للمادة 223 من

[1]- سلمة بن سعيدي، المرجع السابق، ص119.

[2]- Hélène J. Calais-Auloy et F. Steinmetz,Droit de la consommation,Dalloz,4 d,1996,p136.

القانون المدني المصري بقوله "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذا في جزء منه.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".

أما المشرع المصري فقد منح للقاضي سلطة إجراء الرقابة على تطبيق الشرط الجزائي وذلك كوسيلة لمكافحة التعسف الذي يقع على الطرف الضعيف[1]

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ القانون الجزائري وكما يشير إليه البعض يتوقف عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة المغالاة فيه ولم يزد على ذلك ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه وهي حماية ناقصة، كما أنّ تفعيل نص المادة 184 من القانون المدني يتطلب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف من أجل ذلك، وهو ما يدفعه إلى التراجع عن المطالبة بمراجعة الشرط الجزائي أمام القضاء[2] .

أما عن المشرع الفرنسي فهو الآخر لم يسمح للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي، فقد نصت المادة 1231-5 بقوله عندما" ينص في العقد على أن من يتخلف عن تنفيذه يلتزم على سبيل التعويض بدفع مبلغ معين، لا يجوز أن يمنح الطرف الآخر مبلغا يزيد أو ينقص عن هذا المبلغ "، وهذا هو النص الفرنسي [3] أي أن كل من يتخلف عن تنفيذ العقد يدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يمكن مطالبة الطرف الآخر بالأكثر ولا الأقل من المبلغ

[1]– أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص276.

[2]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص66.

[3]- Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

المتفق عليه، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة التي تجعل من الاتفاق المبرم قانونا ذو قوة قانونية.

في حين أنّ المشرع الفرنسي يمنح للقاضي سلطة تخفيض أو رفع قيمة الشرط الجزائي ومن تلقاء نفسه أي دون أن يطلبه المدين إذا كانت العقوبة المشترطة فاحشة إلى حد كبير، أو فاحشة بحسب الظاهر أو تكون العقوبة تافهة،وهذا طبقا لنص المادة 1231-5 التي نصت"على الرغم من ذلك يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه إنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهضا أو تافها بشكل واضح"، و هذا هو النص الفرنسي[1].

غير أنّ التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة فيه وخاصة في مجال القروض دفع بالمشرع الفرنسي إلى حماية المتعاقد الضعيف بموجب القانون رقم 597- 75 المؤرخ في 9-7-1975 مانحا بذلك القاضي سلطة التعديل أو زيادة الشرط الجزائي خروجا واستثناء عن مبدأ سلطان الإرادة[2] .

هذا على عكس المشرع الجزائري حين نص في المادة 184 من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة 223 من القانون المدني المصري بقولها" ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذا في جزء منه.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".

على أنّ منح هذه السلطة للقاضي من أحل تعديل الشرط الجزائي يظهر خطورة تدخل القاضي على اتفاق الطرفين، وفي الوقت ذاته يبرّر فرض رقابة من قبل محكمة

[1]-L'article1231-5du code civil « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer **ou augmenter**la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou **dérisoire**. »

[2]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص65.

النقض على سلطة القضاة، وهو ما ذهبت إليه محكمة الفرنسية في قضية من وجود اتفاق بين مقاول وزوجين حول بناء منزل لصالحهما، وهذا خلال مدة زمنية محددة، وقد اتفق الزوجين على دفع المقاول مبلغ 500 فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير، غير أنّ المقاول قد تجاوز المدة المتفق عليها، فثار نزاع بينهما، فلجأ المقاول للقضاء طالباً تخفيض قيمة الشرط وقوبل طلبه بالاستجابة من طرف محكمة استئناف اكس أون بروفنس Aixenprovence،وقد قضت هذه الأخيرة بتخفيض قيمة الشرط الجزائي إلى 125 فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير، وقد طعن الزوجين بالنقض في قرار محكمة الاستئناف، وقد نقضت القرار بحجة أنّ قضاة الموضوع لم يبرروا تدخلهم بتخفيض مبلغ الشرط الجزائي كما لم يبينوا الأسس التي اعتمدوها لتقدير قيمة الشرط المتفق عليه بين الطرفين، كونها مفرطة، وأن سلطة قضاة الموضوع في تعديل قيمة الشرط غير مطلقة[1].

**ثانيا:حماية المستهلك من الشرط الإرادي**

للشرط الإرادي خطورة على المستهلك إذ قد يلجأ المهنيون عند تقديمهم للسع والخدمات للمستهلك الذي هو في حاجة ماسة إليها، بتضمين عقودهم مثل هذه الشرط وهي شروط معلقة على إرادتهم عند تقيمهم لهذه لسلع أو الخدمات، غير أنه ولدراسة الشرط الإرادي نشير إلى توضيح مفهوم الشرط الإرادي وأنواعه، ثم نوضح صورة بارزة للشرط الإرادي la potestative وهي تحديد الثمن لمحض إرادة المهني أو المحترف.

**1- مفهوم الشرط الإرادي:**

الشرط الإرادي هو ذلك الشرط الذي يجعل التنفيذ للاتفاق متوقف على حدث ما، والذي يكون بوسع أحد الأطراف تحقيق هذا الحدث أو عدم تحقيقه، وهو ما نصت عليه

[1]- Cass. Civ.3eme, 12 janvier 2011, N°09-70.262, Bull. Civ. N° 1, 2011, p.3. « Qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi le montant des indemnités de retard résultant de la clause pénale, était manifestement excessif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».toute obligation est nulle lorsque a été contracté sous une condition potestative de la parte de celui qui s'oblige.

المادة 1170 من القانون المدني الفرنسي وهذا هو النص الفرنسي [1]. وقد عرفه بعض الباحثين الجزائرين على أنه الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، دائنا كان أو مدينا، والذي يمكنه أن يؤدي إلى تحقق الشرط أو منعه[2]، وهو يتعلق بسلطة ممنوحة لأحد الأطراف يستطيع من خلالها التأثير على حادث يتعلق به الالتزام[3] .

ويعود أصل هذا المصطلح إلى اللغة اللاتينيةpotestasوتعني القدرة والامتثال والسيطرة، وصفة الإرادي potestativeتعبر عن فكرة السلطة والسيطرة المتضمنتين في فكرة الحق الإرادي والشرط الإرادي[4].

وقد نص المشرع الجزائري على بطلان الشرط الإرادي المحض، وفي هذا نصت المادة 205 من القانون المدني الجزائري والمقابلة 267 من القانون المدني المصري" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم".

والمقصود بالشرط الإرادي المحض هو الشرط المتعلق بإرادة أحد الطرفين دون أن تقترن بعمل معين [5] . وكذلك أي التزام يكون قد تم التعاقد عليه، تحت شرط إرادي من جانب ذلك يكون باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي، وللإشارة قد تجاذب الشرط الإرادي تصوران، تصور كلاسيكي وهو ما انحاز إليه المشرع

---

[1]-DUCROQ (A) Recherche sur la notion de droit potestative ,mémoire de D.E.A, face des séance politique juridique, et sociales ,université de Lille 2, 2000, p28.

[2]– شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود الجزائري قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي المعدل والفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، 2020، ص197.

[3]– شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود الجزائري قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي المعدل والفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، 2020، ص197.

[4]-"La condition potestative et le droit potestative présentent des similitude ils desservent tous deux intérêt de l’une de parties ".v. ROCHFELD(J) Les droits potestative par le contrat, LGDJ mélange offerts à ghestin(J) , 2001,p756.

[5]– حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص195.

في نص المادة 205 من القانون المدني، وتصور حديث ابتدعه الاجتهاد القضائي الفرنسي، كما نادى بعض الفقه المعاصر بقوة بإلغاء فكرة الشرط الإرادي المحض[1].

بعبارة أخرى لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم، وهو ما نصت عليه المشرع الجزائري في نص المادة 205 من القانون المدني" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"، وتقابله نفس الصياغة الواردة في نص المادة 267 من القانون المدني المصري. وعليه يكون الشرط الإرادي باطلا كما نص عليه المشرع الفرنسي وفق نص المادة1174 من القانون المدني الفرنسي[2].

غير أنّ البطلان يكون مقتصرا على الالتزامات الخاضعة لمحضر إرادة المدين، بينما الالتزامات الخاضعة لإرادة الدائ ن رغم وصفها بأنها إرادية إلا أنها لا تعتبر باطلة[3]،إلا أن الفقه الفرنسي الحديث قد قدم تصورات جديدة للشرط الإرادي المحض من خلال إعادة قراءة لنص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي، بحيث أن هذا الأخير لا يبطل على أساس فني يتمثل في عدم وجود الإرادة الجدية، وإنما على أساس اجتماعي يتمثل في عدم ترك الدائن تحت رحمة المدين، وأساس أخلاقي يتمثل في عدم منع أحد الأطراف من التحكم في التزامه وجعل الطرف الآخر تحت رحمته [4]، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي على إثر تعديل القانون المدني الفرنسي، وذلك بموجب المادة 1304-2

[1]– شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود الجزائري قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي المعدل والفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ص197.

[2]- art 1174. «toute obligation est **nulle lorsque a été contracté sous une condition potestative** de la parte de celui qui s'oblige ».

[3]–أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص286.

[4]- J .Ghestin,Lindetermination du prix de vent et la condition potestative,D.1973,chron.p293.

التي نصت على مايلي: يكون باطلا الالتزام المعقود تحت شرط واقف الذي يتوقف تحققه على إرادة المدين وحدها،" وهذا هو النص الفرنسي[1].

أما الفقه العربي فيرى في الشرط الإداري المحض أن هذا الأخير هو الذي يُبطل على أساس فني، يتمثل في عدم وجود الإرادة الجدية من خلال عدم وجود التراضي في العقد ويقتصر ذلك على الشرط الإرادي المحض الواقف المتعل ق بإرادة المدين، بحيث يكون الشرط صحيحاً ولو ورد في عقد ملزم لجانبين، سواء تعلق بإرادة الدائن أو تعلق بإرادة المدين، ولو كان شرطا فاسخا أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطا واقفا مترتب على عقد ملزم لجانبين، فإنه يكون شرطا صحيحا ولا يبطل الشرط الإداري المحض، إلا إذا تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً غير مترتب على عقد ملزم لجانبين، غير أن مسألة تقدير ما إذا كان الشرط هو هذا أو ذاك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضي الموضوع، أما عن حكم الشرط بعد تعيين نوعه فهي مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض [2]، ومن ثم تصح الاشتراطات التالية:

- الشرط الإرادي المحض الواقف المتعلق بإرادة الدائن.
- الشرط الإرادي المحض الفاسخ المتعلق بإرادة المدين.
- الشرط الإرادي المحض الفاسخ المتعلق بإرادة الدائن.

**2- أنواع الشرط الإرادي:**

في إطار الشرط الإرادي يجري التمييز بين الشرط الإرادي البسيط، وهو الشرط المتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام مقترنة بعمل معين، والشرط الإرادي المحض وهو الشرط

[1]- art 1304-2. Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été provoqué par la partie qui y avait intérêt.

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 3، الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص20.

المتعلق بإرادة أحد الطرفين دون أن يقترن بعمل معين، وإن كان المشرع الجزائري الذي لم يميز بين أنواع الشروط الإرادية من خلال نص المادة 208 من القانون المدني الجزائري.

**أ/ الشرط الإرادي البسيط:**

يعرف بأنه ذلك الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام دون أن تكون هذه الإرادة مطلقة، بل تتقيد بإرادة أخرى غير معينة، أو بظروف اقتصادية أو اجتماعية أو ملابسات أخرى يعتبر باطلا.[1] وهو المدين المحترف الملتزم بتقديم سلعة أو خدمة لصالح المستهلك. وقد انتقد الفقه المعاصر للتصور الحدي ث للشرط الإرادي المحض من ناحيتين: فمن الناحية الأول ى: هو وجود تعارض بين المادتين 1174 و1178 من القانون المدني الفرنسي وهو بطلان الشرط الإرادي المحض الواقف المعلق على إرادة المدين ومن ثم كان يقر بصحة بقية الشروط ومن ثم أعطى الأولوية للمادة 1178 مدني التي تعتبر الشرط متحققا كلما عمل المدين بإرادته المنفردة على منع تحقق الشرط، أما من الناحية الثانية فهو عدم توافق جزاء البطلان المطلق للعقد مع التصور الحديث للشرط الإرادي المحض، ذلك أن المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي قد نصت على بطلان الشرط الإرادي المحض وعلى بطلان العقد، غير أنّ مثل هذا الجزاء لا يتماشى مع التصور الحديث للشرط الإرادي المحض، لأن العبرة في هذا التصور الأخير هي حماية الدائن من السلطة التحكيمية للمدين، ومادام كذلك أي حماية مصلحة الدائن فإن البطلان لن يكون مطلقا، لأن هذا الأخير يخدم مصلحة المدين، وإذا ما أراد التخلص من العقد فما عليه إلا عدم تحقيق الشرط، وفي هذه الحالة يعد البطلان النسبي هو الجزاء الملائم في هذه الحالة [2] .

---

[1]–محمود جمال الدين زكي، دروس النظرية العامة للإلتزام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1997، ، ص437.

[2]– شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود الجزائري قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي المعدل والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص210.

وكمثال عن الشرط الإداري البسيط الذي لا يلحقه البطلان، هو ما قررته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في عقد البيع، عندما يورد البائع شرطاً مفاده أنّ لهذا الأخير الحق في فسخ عقد البيع في حالة تقاعس المشتري عند دفع رسوم الكهرباء والتدفئة ومرور 30 يوما على إعذاره بالتنفيذ، وإذا وجد البائع أنه في مصلحته فالشرط ليس معلقا على محض إرادة البائع، وإنما يتوقف على إرادة البائع وعنصر آخر هو عدم التنفيذ من طرف المشتري فضلا عن عنصر الإعذار[1].

أما في مجال حماية المستهلك فإن الشرط الإرادي المحض يعد باطل بطلانا مطلقا، كأن يرد هذا الشرط في شكل بند تعسفي، فالمادة R212-1 تنص صراحةً على أن البند التعسفي يعتبر كأنه غير مكتوب، كما ورد في القائمة الرمادي ة للبنود التعسفية في المادة R212-2 البند الذي يقضي باعتبار التزام المستهلك التزاما باتا، في حين أن تنفيذ التزام المحترف يكون معلقا على محض إرادته، وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد سار على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وهذا من خلال وضع قائمة سوداء للبنود لتعسفية ضمن المادة 29 منه -2 التي نصت" فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد".

وطالما أنّ البنود التعسفية تتعلق بالنظام العام فإن جزاء الشرط الإرادي المحض الصادر من العون الاقتصادي هو البطلان المطلق.

هذا وقد اعتبرت محكمة استئناف باريس أنّ الشرط الوارد في عقد الإيجار المتعلق بالزياد ة في الإيجار بنسبة 20% من مبلغ الإيجار في حالة تشغيل المصعد لا يعتبر شرطاً إراديا محضا، بل هو شرط إرادي بسيط وهذا لوجود قرار مجموع الشركاء في العقار

[1]- cass . civ.25 nov . 1986 . JCP 1987_ 1 _éd…p .405

إلى جانب إرادة المؤجرين، وبالتالي فإن مثل هذا الشرط مشروع، ولا يقع تحت طائلة نص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي[1].

**ب/ الشرط الإرادي المحض:**

الشرط الإرادي المحض هو الشرط الذي يتوقف بموجبه تحقق الالتزام على محض إرادة المدين أو الدائن، وهو ما نصت عليه المادة 205 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 167 من القانون المدني الجزائي والمادة 1174 من القانو ن المدني الفرنسي بقولها " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم "، فإذا تعلق الشرط بمحض إرادة الدائن كان الشرط صحيحا وكان الالتزام قائما معلقا على إرادة الدائن إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به، وإن شاء أحله منه، أما إذا كان وجود الالتزام معلق على محض إرادة المدين إن شاء تحقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف، ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضا، ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا[2].

فالمشرع الجزائري يرتب على جزاء الشرط الإرادي المحض عدم قيام الالتزام، وبذلك لم يستعمل مصطلح بطلان الالتزام، على أساس أنّ الالتزام قد علق في وجوده على إرادة محضة للمدين، فإن أراد هذا الأخير تحقيقه حققه، ومن ثم يكون الشرط محقق الوقوع بإرادة المدين، وإن أراد ألا يحققه لم يحققه، ومن ثم يكون الشرط مستحيل الوقوع بإرادة المدين وهو شرط باطل، كما ينحصر بطلان الشرط في الشرط الإرادي المحض والمتعلق بإرادة المدين دون الدائن، وبذلك فإن الشرط الإرادي المحض المتعلق بإرادة الدائن يبقى صحيحا، كما أن الشرط لا يقع باطلا إلا إذا كان شرطا إراديا محضا متعلقا بإرادة

[1]- paris 12 mai _ 1989 .D/1989 _2_ somm.commentées .p. 400 Ph .bihr

أشار إليه: محمد الأمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 79.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيد، ج 3، الأوصاف الحوالة، الإنقضاء، المرجع السابق، ص20.

المدين، وكان الشرط واقفا، لأن ما يبرّر البطلان هو أنّ الالتزام الخاضع لإعلان الإرادة من قبل المدين أي حالة الشرط الإرادي المحض يعتبر منعدماً أي غير موجود، فمعيار وصف الشرط، بأنه إرادي محض هو أننا نكون بصدد تسلط من جانب إرادة واضع الشرط[1]، ومن ثم فإن الشرط الإرادي المحض الفاسخ المتعلق بإرادة المدين أو الدائن يقع صحيحا [2] .

وقد قررت محكمة استئناف باريس في قرار لها عبرت عن موقفها من استبعاد شرط إداري محض أدرجه أحد المهنيين ضمن الشروط العامة للبيع والذي أراد به تحديد الاختصاص القضائي، فجاء فيه" أن المشتري يقبل أي محكمة سواء كان ذلك في إنجلترا أم في مكان آخر سوف يحدده البائع وفقا لإرادته، وذلك لحل الخلاف الذي ينجم عن العقد، أي أنه في الحالة التي يكون فيها البائع هو المدعى عليه فإنه سيكون بإمكانه أن يفرض على المدعى الجهة القضائية المختصة سواء في إنجلترا حيث مقر البائع أم في بلد آخر، يسمح هذا الشرط بالخداع والتحايل على قواعد الاختصاص، فقررت محكمة الاستئناف أنه ينبغي استبعاد هذا الشرط، باعتبار أنه يترك للمدعي الاختيار مستقبلا وبدون تحديد الجهة القضائية المختصة[3].

### 3/ خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المتدخلأو المهني:

يعد الثمن شرطا أساسي من شروط صحة عقد البيع، وهو الالتزام الرئيسي للالتزام الذي يقع على عاتق التزام المشتري، والأصل أنّ تحديد الثمن أن لا يكون خاضعا لتحكم أو تسلط إرادة أحد الأطراف، ذلك أنّ توقف تقدير الثمن على إرادة أحد أطراف العقد يعني عدم وجود تطابق الإيجاب والقبول على هذا العنصر الأساسي ومن ثم انعدام

[1]– أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص288 و289.

[2]– شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود الجزائري قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي المعدل والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص199.

[3]- paris 5 juillet 1989 J.D.J .D/1991 _1_¨p.151. note A.hute.

التراضي، إلا أنه يجب على أطراف العقد أن يحددا قيمته، كما يمكن للأطراف أن يضمنا العقد العناصر الأساسيةِ لتحديد الثمن، أو يحتفظ بترك تحديده إلى اتفاق لاحق على أن يتم ذلك فعلا، إذ يكفي لإبرام عقد البيع أن يكون الثمن قابلا للتحديد بمقتضى شروط العقد من خلال علاقته مع عناصر لا تعتمد على إرادة أحد أطراف العلاقة التعاقدية، كما هو الحال لبائع السيارات بإدراجه في عقد البيع شرطا مفاده أن ثمن البيع يجب أن يكون تعريفة المصنع المعمول بها يوم لتسليم، علما أن هناك شرطا آخر مفاده أن يوم التسليم المدون وارد على سبيل الإرشاد وليس قطعا، إلا أن محكمة النقض صرحت أن يوم التوقيع على طلب البضاعة لم يكن محددا ولا قابلا للتحديد استقلالا عن إرادة الأطراف[1].

غير أنّ تحديد الثمن ووفقا للقواعد العامة ألا يكون خاضعا لإرادة أحد الأطراف، بحيث يكون التعيين النهائي للثمن مستقلا عن إرادة طرفي العقد،وبالتالي فإن عدم تحديد الثمن يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا إما على أساس وجود شرط إرادي محض، فيختل بذلك التوازن العقدي في مسألة التفاوض حول الثمن، خاصة إذا ما علمنا أن مقدار الثمن هو الذي يحدد قبول التعاقد من عدمه من طرف المستهلك وذلك وفقا لمقدرته بحيث يتوقف على مقداره قبوله التعاقد، ففي البيع ما بين المهني والمستهلك نجد عدم التوازن واضحا في عملية التفاو ض حول الثمن، بل إن هذا التوازن منعدم لانعدام المفاوضة.[2]

تجدر الإشارة إلى أنّ بطلان الشرط الإرادي المتعلق بتحديد الثمن الوارد في القواعد العامة يساهم في توفير بعض الحماية للمستهلكين خاصة والمتعاقدين الضعفاء بصفة عامة. ذلك أنه وبنظرة واقعية أنّ مصلحة المستهلك تكمن أساسا في بطلان الشرط

---

[1]- cass.civ. 20 mai 1981 .Bull.civ.1981-1-n.179 . p.146.

أشار إليه: محمد الأمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 81.

[2]– أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص288 و289.

الإرادي فقط، مع إبقاء العقد قائما، كون البطلان عادة ما ينقلب ضد المستهلك نفسه ، لأنه يمنعه من الحصول على السلعة أو الخدمة وهو في حاجة إليها وما يرغب فيه المستهلك عموما هو إبقاء العقد وإلغاء الشرط[1].

**الفرع الثاني: حماية المستهلك من الشروط المتضمنة تعسفا بذاتها**

إذا كانت الشروط المتضمنة تعسفا هي شروطا عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد بل تظهر عند تنفيذها، فإن الشروط التعسفية بذاتها يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد إلى غاية تنفيذ العقد ويظهر معها الضعف الاقتصادي للمستهلك نتيجة استغلال النفوذ الاقتصادي من قبل المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك. وللإشارة فإن العقد ينشأ عن الإرادة الحرة للمتعاقدين وهذه الإرادة في الوقت ذاته هي أساس المسؤولية العقدية.

غير أنه ورجوعا إلى قواعد القانون المدني نجدها أنها نصت على عدة شروط تعسفية تدور مجملها إما حول المسؤولية وإما حول الضمان لأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية في إطار نظرية عقود الإذعان أسفر عن عدم الإحاطة بكل المسائل التفصيلية المتعلقة بمظاهر ضعف المستهلك باعتبا ر أن ضعف المستهلك أو زيادة النفوذ الاقتصادي للمهني أو المحترف يؤدي إلى وجود مثل هذه الشروط.

**أولا: شروط تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها**

إن المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية والتقصيرية قد يحدث وأن تكونا موضوعا لاتفاق مسبق بين الدائن والمدين يقضي بتعديل أحكامها إما بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، والمسؤولية العقدية تقوم بمجرد إخلال أحد أطراف العقد بالتزامه العقدي، وقد نص عليها المشرع الجزائري ضمن نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري بقوله

[1]– مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر–1–2015، ص98.

"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة لتنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه". في حين تقوم المسؤولية التقصرية بمجرد الإخلال بالتزام قانوني، وقد نص عليها المشرع في نص المادة 124 من القانون المدني بقوله" كل فعل أيا كان يقوم به المرء ويسبب بخطئه ضررا للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض". غير أنه قد يحدث أنّ المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري قد تكون موضوعا لاتفاق مسبق بين الدائن من جهة والمدين من جهة أخرى وذلك بتعديل أحكامها إما بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، الأمر الذي يثير مثل صحة هذه الاتفاقات؟

والمقصود بالاتفاق على تشديد المسؤولية الاتفاق الذي يقضي باعتبار المدين مسئولا في الحالات من المفروض ألا يفسر ذلك إذ يكون معفى منها[1]. أما المقصود بالشرط المعفى أو المحدد للمسؤولية فهو ذلك الشرط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية وفي تعريف آخر هو الشرط الذي يؤدي إلى رفع المسؤولية عن المدين، حيث لا يعد المدين بموجبه مسئولا في حين أنه يكون مسئولا بموجب القواعد العامة[2].

وترد الشروط المعفية بشكل واسع في العقود النموذجية وعقود الاستهلاك، حيث يلجأ المهنيون للتخلص من التزاماته م أو من دعاوى التعويض التي قد يرفعونها المستهلكون ضدهم[3].

---

[1]– بلقاسم أعراب، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجيستير، جامعة الجزائر، 1987، ص53.

[2]– أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء 1، المسؤولية العقدية، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص256 وما بعدها، علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، التصرفات القانونية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس، 2012، ص394.

[3]– مولودبغدادي، المرجع السابق، ص102.

على أنه يشترط في الاتفاق على شرط التشديد عدم مخالفة النظام العام وحسن النية في العقود وألا يكون شرطا تعسفيا، إذ يجوز استبعاده من قبل القاضي في ضوء المادة 110 من القانون المدني الجزائري لكونه منافي للعدالة، ويشترط أيضا وضوحه صراحة، بأن يكون واضحا وبعيدا عن الإبهام، لأن غموضه يجب أن يفسر عند الشك لمصلحة المدين لكونه شرط يزيد من أعباء المدين لكونه خروجا عن القواعد العامة[1].

ومن ضمن هذه الحالات التي تضمنها القانون الجزائري ما نصت عليه أحكام المادة 178 من القانون المدني الجزائري والمتمثلة في القوة القاهرة السبب المفاجئ، خطأ المضرور، وخطأ الغير، ومثل هذا الاتفاق جائز قانونا ودون تمييز،سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، أما إذا كان محل هذا الاتفاق هو التخفيف من أحكام المسؤولية العقدية فهو اتفاق صحيح قانونا، فاتفاق المتعاقدين على تعديل قواعد المسؤولية سواء كان بالتشديد من المسؤولية أو بالإعفاء منها يكون في حدود القانون، وفي حدود النظام العام والآداب العامة أي لهذا الاتفاق حدود ترد عليه.

أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فهو ذلك الاتفاق المسبق بين الدائن والمدين قبل حدوث الضرر، والذي يقضي بعدم مساءلة المدين في حالة حدوث الضرر[2]. أو الاتفاق على إعفاء المدين من التزامه بالتعويض عن الضرر، ومنع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة [3]. غير أنّ الاتفاق على تخفيف من المسؤولية فإن القضاء قد درج على إبطال هذا الشرط أيضا سواء كان التخفيف بإنقاص مدى

[1]– أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2006، ص207.

[2]– محمددمانة، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإدارة والقانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد 5 جوان، 2011، جامعة ورقلة، الجزائر، ص241.

[3]– أحمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص34.

التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر أو كان بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغت جسامة الضرر[1].

غير أنّ الاتفاق على تخفيف المسؤولية التقصيرية غير جائز وهو مخالف للنظام العام وهو باطل تطبيقا لنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري المقابلة لنص المادة 3/217 من القانون المدني المصري التي نصت صراحة "ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي. وإن كان غير متصور بوقوع اتفاق بين أشخاص يجهل بعضهم البعض الآخر [2]، لأن أحكامها من النظام العام والقانون هو الذي يتكفل بتقريرها فهي على خلاف أحكام المسؤولية العقدية التي هي من وضع المتعاقدين [3]. بينما الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام كالاتفاق على مسؤولية الشخص عن أفعال غيره، أو الاتفاق على تقدير التعويض بأكثر من قيمة التعويض، على الرغم من أن المسؤولية لا تتحقق لانعدام العلاقة السببية بقيام الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، فيتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسؤولية لم تتحقق[4].

إلا أنه ورغم صحة الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون الجزائري في المادة 178 من القانون المدني الجزائري إلا أنّ هذا لا يسري على الأضرار الجسمانية لمخالفة ذلك النظام العام[5].حيث جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها في

---

[1]– مصطفى الجمال رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص389.

[2]– حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، المبسوط في شرح القانون المدني، لرابطة السببية، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص283.

[3]– إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، لفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص240.

[4]– فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ط 3، منشأة المعارف، القاهرة، 2001، ص207.

[5]– مولودبغدادي، المرجع نفسه، ص102.

03-06-1970 على إبطال الشروط المعفية أو، المحددة للمسؤولية في حالة الأضرار الجسدية لارتباطها بالنظام العام وتكريسا لمبدأ الحق في السلامة الجسدية، وبذلك واجهت محكمة لنقض الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية والتي كانت تثار من قبل المهنيين في هذا المجال كدفوع للرفض القاطع[1].

كما أنّ شرط تحديد المسؤولية يقع تحت طائلة المادة 110 من القانون المدني إذا ورد في عقد الإذعان، لذا يجوز للقاضي بموجب هذه المادة أن يعدله أو يلغيه، كما استغنى المشرع عن التفرقة بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء الجسيمة وهذا حماية للمستهلك، وذلك بالنص على أنها شروط تعسفية إذا وردت في عقود الاستهلاك[2].

وقد نصت المادة 178 من القانون المدني الجزائري " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه للمتعادين إلا ما ينشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، إذ أنّ القاعدة هي صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية في النطاق العقدي ولا يمكن أن نجد من تبرير لصحة تلك الاتفاقات في المسؤولية العقدية إلا القول بعدم ارتباط أحكام هذه المسؤولية كأصل عام لفكرة النظام العام واعتبارها صنيعة العقد وتتويجا لمبدأ سلطان الإرادة، لكن هذه القاعدة سرعان ما بدأت تضيق وتستغرقها الاستثناءات حينما ظهر للعيان الأثر السلبي الذي ينتج عن تطبيقها على حماية المستهلك مما أدى الانتقال من مبدأ حرية تعديل أحكام المسؤولية إلى عدم مشروعيتها في عدة حالات[3].

---

[1]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص51.

[2]– محمد الأمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 86.

[3]– قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، ص258 و260.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية في النطاق العقدي، ولا يمكن أن نجد تبرير لصحة تلك الاتفاقات المعدلة في المسؤولية العقدية إلا بالقول بعدم ارتباط تلك أحكام هذه المسؤولية كأصل عام بفكرة النظام العام واعتبارها صنيعة العقد وتتويجا لمبدأ سلطان الإرادة[1].

غير أنّ هذه القاعدة العامة ترد عليها استثناء، حيث أنّ تطبيقها على حماية المستهلك أدى إلى الانتقال من مبدأ حرية تعديل أحكام المسؤولية إلى عد م مشروعيتها وذلك في عدة حالات [2]. كما هو الحال في إبطال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية في حالة الأضرار الجسدية وهذا تكريسا للحق في السلامة الجسدية لارتباطه بالنظام العام. وهذا في الوقت ينعقد فيه شبه إجماع على الصعيد الفقهي والقضائي بل وحتى تشريعي على صحة الإعفاء من المسؤولية العقدية كقاعدة عامة بين حالة صحته وحالة بطلانه نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية التقصيرية، لكونها من النظام العام، وهذا تطبيقا لنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي نصت صراحة" ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي. كما نص المشرع الجزائري على بطلان الشرط المحدد لمسؤولية المهني وذلك عن الضرر الذي يسببه منتوجه المعيب، وهذا بناء على نص المادة 140 مكرر من القانون المدني يكون المنت ج مسئولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه...[3]. نشير في الأخير إلى أن شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية من الظواهر المستخدمة بشكل واسع النطاق وخاصة في إطار العقود النموذجية وعقود الاستهلاك

[1]– قادة شهيدة، المرجع نفسه، ص 264.

[2]– مولودبغدادي، المرجع السابق، ص102.

[3]– أضيفت بموجب القانون 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75–58 المؤرخ في 09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد44.

حيث يستعمل المهنيون هذه الشروط للتملص من التزاماتهم أو التخلص م دعاوى التعويض التي قد ترفع ضدهم[1].

وأمام هذا الاختلاف من حيث أساس كلا المسؤوليتين، فإننا نعالج أثر هذه التفرقة بين من حيث اتفاقات الإعفاء بين المسؤوليتين، فنعالج أحكام بيان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ثم بيان أحكام شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

**1- شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية**

لقد نصت المادة 178 من القانون المدني الجزائري " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه للمتعادين إلا ما ينشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".فالشرط المعفي من المسؤولية هو ذلك الشرط الذي ترفع به بموجبه مسؤولية المدين، وهو الاتفاق على إعفاء المدين من التزامه بالتعويض عن الفعل الضار ومنع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة[2]

ومثل هذا التعريف منتقد رغم أن هذا التعريف جاء مطلقا، بحيث أنه يوحي أنه يشمل المسؤولية العقدية، إذ لو أسقطنا هذا التعريف على الالتزام العقدي نجد يعفى من الالتزام بالتعويض الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي، كما أنه يمنح المطالبة بالتعويض تبعا لذلك، وهذا نتيجة الخلط بين أمرين، التعويض الاتفاقي من جهة والتعدي ل في المسؤولية من جهة ثانية، ذلك أن الإعفاء من التعويض يدخل في نطاق التعويض

[1]- محمد الأمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 85.

[2]- العيساني عبد المجيد المقبل، شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني، دراسة مقارنة، ماجيستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1998، ص25.

الاتفاقي أما الإعفاء من المسؤولية فهو مسألة سابقة حيث إذا ثبت شرط الإعفاء فلن يكون هناك تعويض وبالتالي لا يجوز الإعفاء من التعويض لأنه من النظام العام.[1]

وعلى هذا الأساس فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بين الدائن والمدين يقوم على أساس الحرية التعاقدية التي يقوم عليها العقد استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة المترتب على المذهب الفردي المنصوص عليه في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري والمقابلة لنص المادة 147 من القانون المدني المصري والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، فمنطق الأمر يجعل الإرادة التي أنشأت العقد لها الحق في التعديل لعدم تعارضها مع النظام العام، وهذا بغض النظر عن الضرر الحقيقي الذي يمكن أن يحصل للدائن في حالة عدم تنفيذ التزامه أو ظهر عيب في التنفيذ.[2]

وهذا سواء كان الإعفاء كليا وهو البند الذي يرد في العقد أو في اتفاق لاحق ومنفصل يعفى بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة هذا الأخير إعفاء تاما نتيجة عدم تنفيذ التزامه، وبالتالي استبعاد تحقق المسؤولية بالاتفاق رغم قيام المسؤولية بموجب القواعد العامة [3]. أو كان الاتفاق جزئيا أي بالتخفيف، وهو عبارة عن بند يرد في العقد أو في اتفاق لاحق أي منفصل بموجبه تخفف مسؤولية المدين وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية [4]. كأن يتم الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية بالاتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى

---

[1]– أحمد سليم فريزة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه كلية الدرسات العليا جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2006، ص34.

[2]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص101.

[3]– أحمد سليم فريزة، المرجع السابق، ص35.

[4]– أحمد سليم فريزة، المرجع نفسه، ص35.

بذل عناية[1]. وإن كان نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري لم يتضمن صراحة الإشارة إلى جواز الإعفاء الجزئي أي التخفيف من المسؤولية العقدية في حين أجاز الإعفاء الكلي من مسؤولية المدين نتيجة عدم تنفيذ التزامه العقدي ومن ثم يمكن التخفيف من هذه المسؤولية[2]

وقد قيل في هذا الشأن أنّ الذي يملك الهبوط بالمسؤولية إلى درجة الصفر ملك تخفيفها إلى النصف أو إلى الربع أو إلى الخمس، فمن يملك الأكثر يملك الأقل[3].

وعلى هذا الأساس فإنه لا مانع قانونا من إدراج شرط ينفي كليا أو جزئيا من المسؤولية العقدية إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه [4]. كأن يتفق الناقل مع الشاحن على إعفاء نفسه من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بضائع هذا الأخير، لأن مثل هذا الشرط يعفيه من التزامه بالمحافظ ة على هذه البضاعة، إذا كان سبب التلف أو الفقدان كان من رضاء صاحبها.[5]

غير أن الاستناد إلى الحرية التعاقدية لتبرير شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها لا يمتد إلى باقي العقود، لأن المتعاقدين لا يقفان على قدر من المساواة لمناقشة بنود العقد [6]. على أن العقود التي تحتوي على شرط الإعفاء من المسؤولية ليست بالضرورة أن تكون عقود إذعان، لأن مسألة التكييف هي من المسائل التي يستقل بها

---

[1]– أحمد مفلح خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص127.

[2]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى الجزائر، 2008، ص319.

[3]– حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، المرجع السابق، ص15.

[4]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص95.

[5]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص101.

[6]– سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص136.

القاضي، فهي متروكة لسلطته التقديرية، ومتى تبين للقاضي أنّ الشرط تعسفيا وفقا لأحكام المادة 110 من القانون المدني فإن الشرط يبطل ولا يمكن التذرع استنادا إلى الحرية التعاقدية. غير أن هذه السلطة قد تتعارض مع مبدأ الاستقرار القانوني الذي يمكن التضحية به وهذا عند الرقابة على الشروط التعسفية[1].

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بين الأخطاء الشخصية وأخطاء الغير، فبالنسبة للأخطاء الشخصية المنصوص عليها في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري فإن كل من ارتكب فعل ويسبب بخطئه ضررا للغير يلتزم بتعويض المضرور، حيث يتمثل هذا الفعل في عدم تنفيذ المدين لما التزم به، وهو ما يعرف بالمسؤولية العقدية،والمدين يبقى مسئولا حتى يثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث المفاجئ، القوة القاهرة، خطأ المضرور. وتثير مسألة صحة شرط الإعفاء من المسؤولية وتحديدها عدة إشكاليات منها: هل يكفي مجرد القبول للشرط، أم يجب العلم بكل تفاصيله وبكل ما يمكن أن يترتب عنه[2].

حيث ذهب القضاء الفرنسي في حكم لمحكمة كولمار بشأن مسؤولية الموثقين بأن الشرط الذي يضعه الموثق لكي يكون منتجا لكل أثاره يجب أن يكون الموقع على التصريح أي شرط التصريح بالإعفاء قد أوضحت له الأبعاد الحقيقية لما يمكن أن ينتج عنه من أضرار وقد أرجعت ذلك إلى كون العبارات القانونية غير المألوفة لديه مما يجعله في جهل تام عن كل ما يترتب عن الشرط من آثار.[3] كما يثار التساؤل بخصوص مجرد إعلام المدين بالشرط هل هو كافي أم لابد من ضرورة القبول به فعلا؟.

---

[1]- D.BERTHIAU, op.cit,.,p150.

[2]– سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 137.

[3]– محمددمانة، المرجع السابق، ص244.

يشير الفقه إلى أن مجرد إبلاغ المدين لا يكفي لوحده إلا إذا كان علم به وقد قبله فعلا وأن إثبات علمه بذلك لا بد منه[1].

كما يثار التساؤل أيضا حول جواز الإعفاء من المسؤولية بعد تكوين العقد؟ يشير الفقه إلى أن شرط الإعفاء يكون وقت إبرام العقد وليس بعد الإبرام باعتبار أن الشرط أحد بنود العقد ومن ثمن لا يجوز إبلاغ شرط الإعفاء بعد الإبرام، في حين يشير الفقه الآخر إلى أن مجرد إبلاغ المدين بالشرط بعد تكوين العقد يكون كافيا لترتيب آثاره إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة[2].

حيث يعتبر شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها جائزا متى كان الخطأ يسيرا إلا في حالتين وهي حالة الغش والخطأ الجسيم، والغش هو انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافها إلى إحداث الضرر،كأن يمتنع المدين عمدا عن تنفيذ التزامه أو يتأخر في تنفيذه وذلك بقصد الإضرار بالدائن ومن ثم لا يجوز له الاحتماء بشرط عدم المسؤولية، وإلا أصبح الالتزام إراديا يتوقف على إرادة المدين وحده وهو أمر يتنافى مع طبيعة الالتزام[3]، وهذا بتوفر شروطا ثلاث:

* انصراف الإرادة إلى ارتكاب فعل ضار.

* أن يكون الفعل غير المشروع.

* أن يكون بهدف إلحاق ضرر.

ومن تطبيقات شرط الإعفاء الاتفاق على الإعفاء من ضمان العيوب الخفية فهي ليست من النظام العام إذ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديلها سواء بالإنقاص الضمان

---

[1]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص30.

[2]– بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص31.

[3]– أحمد مفلح خوالده، المرجع السابق، ص135.

كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يضمن له عيبا معينا أو لا يضمن له العيوب التي لا تظهر إل بعد افحص الفني للمبيع، أما عن الاتفاق بإسقاط الضمان كأن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع فإن مثل الشرط يقع صحيحا، ويسقط هذا الشرط متى تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع، لكونه يكون قد اشترط عدم مسؤوليته عن غشه وهذا غير جائز وهو ما قررته أحكام نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري التي نصت: يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقص يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه[1].

وهنا تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات قد سارت على نفس النهج حيث أبطلت الشرط الرامي إلى الإعفاء عن الأخطاء الشخصية الجسيمة كما هو الحال في نص المادة 217 من القانون المدني المصري، أما المشرع الفرنسي فإنه لم يورد نص صريح يبين من خلاله موقفه من هذه المسألة فقد اكتفى بحلول جزئية تاركا ذلك للقضاء ومرد ذلك ما يشير إليه الفقه من أنّ جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش معناه تشجيع المدين عن الإخلال بالتزامه دون خشية الجزاء وهذا مخالف للنظام العام [2].

أما القضاء الفرنسي فقد أسس أحكامه القاضية ببطلان الشرط الرامي للإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الغش استنادا إلى أن الحكم بصحة الشرط يعني تعليق الالتزام على شرط إرادي محض والذي حظرته نص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي إضافة إلى أنه قد يفتح الباب لمخالفة النظام، الأم ر الذي يؤدي إلى

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع والمقايضة، ج4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 758.

[2]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص36.

التشجيع على سوء النية [1]. وهو ما يشير إليه البعض من أن التخفيف من المسؤولية العقدية بسبب الغش والخطأ الجسيم الصادرين من المتعاقد نفسه غير جائز لأن ذلك بمثابة تعليق الالتزام على شرط إرادي من المدين[2].

أما عن مسألة تقدير الخطأ الجسيم فقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بمعيار ذاتي في الاعتداد بالظروف الخفية لمرتكب الخطأ، فالمدين يكون مرتكب لخطأ جسيم إذا خالف عنايته المعتادة غير أن هذا المعيار يصطدم بالمعيار الموضوعي الذي يعتبر ما هو جسيم بالنسبة قد يكون جسيم بالنسبة لشخص قد يكون يسير بالنسبة للمدين والعكس، الأمر الذي دفع إلى ظهور المعيار المجرد وهو معيار الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف[3].

ومن أمثلة الأخطاء الموصوفة بأنها أخطاء جسيمة الأخطاء المهنية والأخطاء المكسبة والأخطاء الجنائية،وبالتالي كل اتفاق يرمي إلى الإعفاء منها باطلا، فلا تصح اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فكلاهما متساوي في عدم صحة هذه الاتفاقات في حالة توافرها في حق مرتكبهما [4]، كمااعتبر الفقه في فرنسا أنّ الغش يعتبر خطأ جسيم وذلك باعتبار أن الغش يفسد كل شيء، والحقيقة أنّ الخطأ الجسيم مهما بلغت درجة جسامته فإنه يبقى دائما مجرد من إرادة إحداث الضرر وبالتالي فكل محاولة بقصد المساواة بينهما هي محاولة فاشلة [5] . بل إن القضاء المصري

---

[1]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص37.

[2]– إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص319.

[3]– محمددمانة، المرجع السابق، ص245.

[4]- Com. 28 juin 2005, no 03-20.744 , Bull. civ. IV, no 147 – Comp. Com. 30 juin 2004, no 02-17.048, Bull. civ. IV, no 143, il n'y a pas de faute lourde dans le fait pour le chauffeur des'être endormi au volant ،en l'absence de tout élément aggravant – pas de consommation d'alcool, temps de conduite respectés, etc ; Cass.Civ . 3e, 29 Mars 2011 n 08 – 12703.

[5]– محمددمانة، المرجع السابق، ص245.

ذهب إلى أبعد من ذلك في مساواة الخطأ الجسيم بالغش، حيث رتب على الخطأ الجسي م تغيير وصف المسؤولية، فإذا ثبت أن لخطأ العقدي كان جسيما أصبح أساس مسؤولية المدين تبعا لذلك مسؤولية تقصيرية حيث أن الفعل المكون لكلا من الغش والخطأ الجسيم تتحقق به أركان المسؤولية التقصيرية على أساس أن المدين قد أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات وسواء كان متعاقد أو غير متعاقد[1] .

غير أنّ القضاء الفرنسي سار خلاف ذلك ولم يعامل الغش معاملة الخطأ الجسيم في مجال الإنفاق على تحديد المسؤولية في عقود النقل بواسطة السكك الحديدية إذ أنه أجاز مثل هذا الشرط في الخطأ الجسيم [2]، أما بالنسبة للخطأ الشخصي اليسير فإن الفقه يشير إلى أنه لا يوجد ما يدعوا إلى إبعاد الشرط في هذه الحالة إن كانت لظروف المحيطة تدل على وجوده على عكس المشرع الجزائري الذي أقره صراحة بإجازة هذا الشرط إلا في حالة الأضرار الجسمانية لأنها تندرج ضمن النظام العام وذلك استنادا إلى نص المادة 65 من القانون التجاري الجزائري[3] التي تبطل كل شرط من شأنه إعفاء الناقل من مسؤوليته عن الأضرار البدنية الحاصل ة للمسافرين، بقولها" يكون باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين"، وأيضا نص المادة 71 من نفس القانون التي تبطل أيضا الشرط إذا كان يرمي إلى إعفاء الوكيل بالعمولة من مسؤوليته عن الأضرار البدنية الحاصل ة للمسافر، ومثل هذين النصين يعتبران استثناء من نص المادة 178-2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن عدم

[1]- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص121.

[2]- محمددمانة، المرجع السابق، ص245.

[3]- الأمر 75-59المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم"، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي لم يورد نص صريح على ذلك وعليه تطبق القواعد العامة التي تجيز الشرط في حالة الخطأ اليسير، أما عن فعل الغير فإنه يجوز للمدين الاشتراط على إعفائه من المسؤولية العقدية دون التقصيرية، عن فعل الغير، وهذا بتوافر شروط هي:

* أن يكون بين المسئول والمضرور عقد صحيح.

* أن يكون المسئول قد عهد إلى الغير بتنفيذ هذا العقد.

* أن يكون هذا الغير مكلف بالتنفيذ قانونا أو اتفاقا.

* أن يصدر الخطأ من الغير غير أن المشرع الفرنسي وتفاديا لعبئ الإثبات العسير الذي يقع على عاتق المدين فقد أقر بإبطال شرط إعفاء الناقل من المسؤولية وهذا سواء ورد الشرط في تذكرة النقل أو التعريفة أو في أي مكان آخر[1].

**2- شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية**

لقد نص المشرع على اعتبار بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية التقصيرية لكونها من النظام العام، وهذا تطبيقا لنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري المقابلة لنص المادة 178-3 من القانون المدني المصري التي نصت صراحة" ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي". وهذا سواء تعلق الأمر بخطأ جسيم أو يسير أو عمدي وسواء كمان الضرر مادي أو جسدي، وسواء كان فعل شخصي أو صادر عن الغير، كما نص المشرع الجزائري على بطلان الشرط المحدد لمسؤولية المنتج وذلك عن الضرر الذي يسببه منتوجه المعيب، وهذا بناء على نص المادة 140 مكرر من القانون المدني التي نصت" يكون المنتج مسئولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه". وهذا على خلاف المشرع اللبناني الذي ميز بين حالتين:

[1]- عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص426.

– **الحالة الأولى:** وهي لتي تترتب فيها المسؤولية التقصيرية عن المتسبب قصدا أو عن خط فادح، فكل اتفاق يرمي إلى الإعفاء منها يكون باطلا وهذا بغض النظر عن نوع سواء أكان الضرر لاحقا بالمضرور في جسده أو ماله.

–**الحالة الثانية:** وهي الحالة التي تترتب فيها المسؤولية عن خطأ بسيط وفي هذه الحالة يميز المشرع اللبناني بين الضرر الواقع على النفس والضرر الواقع على المال، فبالنسبة للضرر الواقع على النفس فإن المسؤولية التقصيريةِ الناشئة عنه فإن كل اتفاق يرمي إلى الإعفاء منها يقع باطلا، حيث نص المشرع في نص المادة 139 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأن حياة الإنسان وسلامة شخصيته هما فوق كل اتفاق، أما عن المسؤولية التقصيريةِ الناشئة عن الضرر الواقع على المال فقد حكم بصحة كل اتفاق يرمي إلى الإعفاء منها وهذا في حدود الخطأ البسيط فقط.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد جاء في جل أحكامه بإبطال الشرط المعفي أو المحدد وهي أحكام آمرة، وأن كل اتفاق يرمي إلى تعديلها يكون باطلا، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بالنقل المجاني قضت فيها ببطلان الاتفاق الذي يرمي إلى الإعفاء من المسؤولية التقصيري ة المترتبة عن النقل المجاني وهذ ا لتعلقها بالنظام العام [1].

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز الإعفاء من المسؤولية حيث قضت بصحة الاتفاق المبرم بين صاحب الامتياز على منجم وأصحاب الأراضي والمباني المجاورة والذي يعفى بمقتضاه صحب المنجم من أية مسؤولية ناتجة عن الأضرار التي ستصيب أرضهم ومبانيهم، وقد بررت ذلك على أساس أنّ الاتفاق المبرم بين الطرفين

[1]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص71.

ليس من النظام العام[1]. سيما وأن مرتكب الفعل الضار معروف سلفا وكذلك نوع الضرر والمضرور معروفان سلفا.

**ثانيا:شرط الإنقاص من الضمان وإسقاطه**

يعد الالتزام بالضمان التزاما لصيقا بعقد البيع يلتزم بموجبه البائع بتسليم المبيع خاليا من العيوب التي قد تنقص من صلاحية الانتفاع به، وهو بذلك وسيلة لصالح المستهلك وقد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 379 من القانون المدني والمقابلة لنص المادة 447 –1 من القانون المدني المصري بقولها" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم أو إذا كان بالمبيع ما ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه بحسب ما هو مذكور بعقد البيع أو ما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها، غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري عالما بها وقت البيع أو أنه أخفاها غشا منه".

وعلى هذا الأساس فإن تخلف الصفة أو الصفات في المبيع والتي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم إلى المشتري تمنح الحق لهذا الأخير حق الرجوع على البائع في هذه الحالة على أساس أحكام الضمان[2].

على أن الاتفاق من المنقص للضمان يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير وهذا طبقا لنص المادة 377 من القانون المدني الجزائري التي نصت" يكون باطلا كل شرط ينقص الضمان أو ينقص إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."

---

[1]– بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص72.

[2]– محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص152.

وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 13 من القانون 09-03 على إبطال كل شرط من شأنه إسقاط الضمان في موجهة المستهلك بكون الطرف الدائن، لأن مثل هذا الاتفاق قائم بقوة القانون ويعد كل شرط مخالف لذلك باطلا [1].وهذا بقوله "يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مدة تجهيزية من الضمان بقوة القانون.

- ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات.

- ويجب على كل تدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج أو استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته.

- يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه دون أعباء إضافية ويعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة وكل ضمان آخر مقدم من طرف المتدخل لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 السابقة".

والمقصود بالضمان الإضافي في نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13-273 كل التزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله القانوني لفائدة المستهلك دون زيادة في التكلفة وقد عرف المشرع الفرنسي العيب ضمن نمص المادة 1641 مكن القانون المدني الفرنسي بقوله أن البائع يلتزم بضمان الخفية في الشيء المبيع لتي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له أو التي تنقص من صلاحياته لهذا الاستعمال لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بهذا العيب وهذا هو النص الفرنسي[2].

وحتى يتقرر حق الرجوع على المسئول عن ضمان العيب الخفي لا بد من توافر مايلي:

[1]- صياد الصديق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، قسنطينة 1، 2014، ص58.

[2]- Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.

-أن يكون العيب قديما فالعيب الذي يلحق المنتوج بعد تسلمه من طرف المستهلك فلا ضمان له من طرف البائع كالعيب الذي مس سلعة لأنه لم يحفظ المستهلك في الأماكن الملائمة فلا ضمان للمستهلك لأن البيع وقع بعد للتسليم.

-ألا يكون المستهلك على علم بالعيب لأن علمه بهذا العيب يعني موافقته على شراء المبيع بحالته المعيبة[1]

-أن يكون مؤثرا وجسيما فهو حسب المادة 379 من القانون المدني هو العيب الذي ينقص مكن قيمة الشيء أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه كيفما هو مذكور في العقد أو لما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له وهو ما يعبر عنه المشرع الفرنسي بقوله يكون العيب مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو قلل من هذا استعمال بدرجة لو علمها المشتري لامتنع عن التعاقد أصلا أو تعاقد بثمن أقل، أما شرط الخفاء في العيب يتجلى في حالة عدم تمكن المستهلك كمن اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو قلل من هذا الاستعمال بدرجة لو علمها المشتري لامتنع عن التعاقد عن أصلا أو تعاقد بثمن أقل، أما شرط الخفاء في العيب يتجلى في حالة عدم تمكن المستهلك من اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

غير أنه يحدث أن يحصل المضرور على التعويض في حالة العيب الظاهر في حالتين:

- حالة ما إذا أثبت المستهلك أن البائع أكد له خلو المبيع من العيب.
- حالة ما إذا أثبت المستهلك أن البائع تتعمد إخفاء العيب غشا منه[2]

[1]- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص72.

[2]- نادية مامش، مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكرة ماجيتير، قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص9.

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي فإنها تجيز للبائع الذي يجهل وجود عيب خفي في الشيء المبيع أن يدرج شرطا في عقده مع المشتري يسقط به أو ينقص من ضمانه لصالح هذا الأخير، وبمفهوم المخالفة لهذا لحكم فإذا كان يعلم بوجود العيب الخفي وقت البيع لأن شرطه الذي يقضي بإسقاط أو إنقاص الضمان يعتبر باطلا ولا ينتج أي أثر[1] .

هذا وقد اعتبر المشرع الفرنسي الشرط الذي يهدف إلى إنقاص أو إسقاط ضمان البائع للمحترف للعيب في الشيء المبيع غير المكتوب باطلا وفقا لنص المدة 1643 من القانون المدني الفرنسي، ومثل هذا البطلان يجد أساسه أيضا ضمن القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك وهذا في عقود البيع المبرمة مع المستهلكين بنص المادة 35-1 منه، هذا وقد سار القضاء الفرنسي ببطلان مثل هذه الشروط التي تقضي بإنقاص الضمان القانوني أو التخفيف منه لصالح البائع المحترف في مواجهة المشتري غير المحترف وهذا من خلال تكريس المبدأ القضائي في عقود البيع التي يتم إبرامها بين المحترفين من جهة وغير المحترفين من جهة أخرى كما حضر القضاء الفرنسي أيضا تضمين هذه العقود أي شرط من الشروط التي من شأنها استبعاد أو انتقاص الحق في التعويض المقرر لمصلحة لمستهلك في حالة تخلف أو امتناع المحترف عن أي من التزاماته التعاقدية لكونها من قبيل الشروط التعسفية بحسب ما جاء في نص المادة 25-1 من القانون 10-10-1978 الخاص بتنظيم المستهلكين بشأن السلع والخدمات [2] حيث طبق القضاء الفرنسي ذلك من خلال اعتبار أن الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من التزام البائع المحترف الخاص بضمان عيوب السيارات المبيعة يكون باطلا في

[1]- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص72.

[2]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص104.

جميع الأحوال [1]. كما أنّ القضاء الفرنسي قد طبق ذلك من خلال اعتبار الشرط الذي ينص على حق المتعاقد غير المهني في التعويض أو فسخ العقد كأنه غير مكتوب وهذا استنادا إلى لقانون 10يناير 1978.[2]

كما عمل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 المؤرخ في 26 جويلية 1993 على تبيان الشروط التعسفية في الفصل الثاني من الجزء الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون مبينا في ذلك في الفرع الأول حماية المستهلك من الشروط التعسفية ضمن المادة 1/132 منه، أما في الفرع الثاني أشار إلى لجنة مواجهة الشروط التعسفية وهذا في نص المادة 2/132 حيث نصت على تحديد نطاق الشروط التعسفية في العقود التي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين مع إبطال الشروط التعسفية، إذ تعد كأنها غير مكتوبة أصلا في العقد، كما يكون لمجلس الدولة الفرنسي حق إصدار مرسوم بعد أخذ رأي لجنة مواجهة الشروط التعسفية الواردة في نص المادة 2/132 مع تحديد الشروط التعسفية عن طريق القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك وهذا على سبيل المثال لا الحصر وهذا هو النص الفرنسي[3].

---

[1]- Cass.Com.27nov.1991.Bull.Civ.4.n.367.

[2]- Cass.Civ.28 avr.1978.D.1978.n.134.

[3]Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative) publié sur www.legifrance.gouv.fr , consulté le 12-02-2020.

Art. L. 132-1. Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article L. 132-2, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions lorsque de 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. de telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précédent, sont réputées non écrites. Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

أما عن موقف المشرع الجزائري فيمكن القول أنه وكمبدأ عام فقد نص على جواز إنقاص الضمان أو إسقاطه وهذا استنادا إلى نص المادة 384 من القانون المدني التي نصت بقولها يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

وهنا تجدر الإشارة أنّ المشرع قد نص على بطلان شرط إنقاص أو إسقاط الضمان إذا كان للبائع علم به وقد تعمد إخفاءه عن المشتري غشا منه، ومثل هذا الشرط غير مشروع لكونه بمثابة اشتراط من البائع عن عدم المسؤولية عن الغش. هذا وقد نص المشرع ضمن القواعد الخاصة على ضمان العيب ولم يشترط أن يكون العيب خفايا وهذا بالاكتفاء ضمن المادة 4 من المرسوم 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ [1]. بقوله: "في إطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع ويكون مسئولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم خدمة|، كما أنه وضع تعريف للضمان ضمن المادة 36 من نفس المرسوم بقوله" الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليمك سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع تغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة وتسري مدة الضمان من يوم تقديم الخدمة أو تسليم السلعة ويتجسد هذا من خلال شهادة الضمان

Section 2La commission des clauses abusivesArt. L. 132-2. - La commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif.

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26-09-2013، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية رقم49 المؤرخة في 2-10-2013.

التي تقدم للمستهلك بقوة القانو ن ولا تقل مدة الضمان عن 06 أشهر أما بالنسيبة للمنتوجات المستعملة فلا تقل المدة عن 3 أشهر[1] .

كما يقع على المتدخل إصلاح العيب ضمن الآجال المتعارف عليها مهنيا وهذا حسب طبيعة السلعة، كما يحق للمستهلك اختيار مهني مؤهل يقوم بإصلاح هذا العيب على حساب المتدخل الذي يقع عليه تحمل جميع المصاريف المتعلقة بخدمات التسليم والنقل والتركيب الضرورة الإصلاح السلعة أو استبدالها، وهو ما قررته نص المادة 19 من نفس المرسوم كما نصت المادة 15 على أنه إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة فيجب عليه استبدالها أو رد ثمنها في أجل 30 يوما من تاريخ الصريح بالعيب.
في الأخير نشير إلى أن الحماية من الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة غير كافية[2] ويشوبها النقصوإن كان تقييم أي وسيلة قانونية حمائية يتوقف على تحديد مدى قدرتها على استيعاب أكبر عدد من الخالات التي تستحق الحماية والت ي يمكن أن تدخل في نطاق تطبيقها، وهذا من خلال عدم منح القاضي دور رقابي على شروط العقد وهذا مقارنة ببعض الدول التي تصدت لهذه الشروط التعسفية وهذا من خلال تحديث الحماية من خلال قواعد معاصرة.

[1]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص72.

[2]– سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص147.

## خلاصة الفصل الثاني

لقد أدى نطاق الشروط التعسفية إل تفاوت كبير بين المتعاقدين نتيجة احتكار الخدمات وإخلاف المراكز القانونية وهذا تحت الحاجة الملحة للتعاقد وحاجة جمهور المستهلكين من خلال مجرد التسليم بشروط التعاقد ازدياد تعقد الحياة الاقتصادية التي أدت إلى اتساع الهوة بين المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى وهذا بفضل التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي أو الفني أو ما يسمى بالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير الأمر الذي دفع بنا إلى تحديد الشروط التعسفية فقها وتشريعا وقضاءً والتيتثقل كاهل التزام المستهلك كسبب لاختلال التوازن العقدي وبيان معاييره وأنواعه وهذا لتحقيق حماية قانونية للطرف المذعن سيما وأنّ عقود الاستهلاك أصبحت مجالا الشروط التعسفية لكونها عقود إذعان أيضا بحيث تعتبر مصدر للشروط التعسفية بما يحرر من عقود في مواجهة المستهلك.

وإن كان المشرع الجزائري اعتبر عقود الاستهلاك هي عقود إذعان بصراحة النص ووسع من مفهوم العلاقا ت التعاقدية وطبيعتها وحلها،إذ تعتبر عقود الاستهلاك مجالا خصبا لاستغلال المهنيين بوضعيتهم المتميزة للمستهلكين من خلال الشروط التي تتضمنها عقودهم.

الباب الثاني

# الأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في الأحكام العامة والخاصة

## الباب الثاني: الأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في الأحكام العامة والخاصة

لا شك أن سلطة القاضي في تعديل العقد تتسم بأهمية بالغة، باعتباره في رأي الفقه والقضاء خروجا على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ لا يجوز لأي كان المساس بقوته الإلزامية كما لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد أو إنهائه، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وتطبيق بنود العقد كقانون.

غير أنه قد يقترن العقد ابتداء بشروط تعسفية جائرة فيها من العنت ما لا يتحمله الطرف المذعن الذي لم يرتض العقد إلا نزولا عند حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة التي يحتكرها من فرض هذه الشروط، أو قد يشوب العقد غبن بأحد أطرافه نتيجة تغرير المتعاقد الآخر واستغلاله لعدم خبرة المغبون.

وقد يطرأ حال تنفيذ العقد ظروف خارجية عن إرادة المتعاقدين تجعل تنفيذ الالتزام العقد مرهقا، أو يتضمن العقد شروطا مجحفة، فبسبب هذه الظروف والشروط التي لا قبل له بتحملها ويكون في إلزامه بالوفاء بما تعهد به وارتضاه رغم هذه الظروف والشروط إضراراً به.

ففي هذه الحالات يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي وتجنب أطرافه أضرارا بالغة ستلحقهم حال إمضاء العقد وتنفيذه رغم ما اقترن به من شروط ابتداء، أو طرأ عليه من ظروف أثناء التنفيذ.

أضفى المشرع الجزائري حماية للمستهلك من خلال سن التشريعات التي تهدف حماية مصلحته التعاقدية. وكذا مصلحته الصحية وسلامته.

ففي القانون المدني أوجد المشرع نصوصا تحمي عملية التعاقد منذ بداية المفاوضات، تتمثل حماية رضا المستهلك من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وجعل قابلا للإبطال لمصلحته، كذلك حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فيجيز للقاضي أن يعدل الشروط أو أن يعفي المستهلك منها باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ويجعل باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ويحميه من العبارات الغامضة في هذه العقود، ويجعل تفسيرها لمصلحة المستهلك[1].

[1]– فاطمة بحري، االمرجع السابق، ص32.

الفصل الأول

# ما مدى فعالية القواعد العامة كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقد الإذعان

## الفصل الأول: ما مدى فعالية القواعد العامة كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقد الإذعان

هناك مبدأ أساسي يحكم تحقيق العدالة التعاقدية في مرحلة إبرام العقد، وهو أن المتعاقدين يجب أن تتعادل التزاماتهما بحيث تتناسب فائدتهما من العقد، فإذا أختل هذا التناسب باستغلال أحدهما الآخر اختلت العدالة التعاقدية ووصف العقد أنه غير عادل، وعندها يجب تدخل القاضي في إصلاح الاختلال والعمل على تحقيق العدالة التعاقدية برفع الغبن عن المتعاقد المستغل أو تعديل شرط في عقد من العقود بإعادة التناسب بين الحقوق والالتزامات[1].

بحيث منح القضاء سلطة منح إعانة الطرف الضعيف من جور الطرف القوي وتسلطه على العقد من خلال تضمينه شروطا جائرة تخفف أو تحد من الالتزامات الأخير وبالمقابل تزيد من التزامات الطرف الضعيف، وبذلك تركزت هذه الحماية في الروابط العقدية التي تقوم بين هذين الطائفتين،فالقانون بقواعده الآمرة هو الذي يحد من تسلط القوي ويمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك بسبب تدني مركزه أن يدافع عن مصلحته عند التعاقد.

وعلى هذا الأساس نعالج في هذا الفصل الأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في مرحلة إبرام العقد ضمن المبحث الأول ثم نعالج الأساس القانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان في مرحلة تنفيذ العقد ضمن المبحث الثاني.

[1]– منصور حاتم حسن، متطلبات العدالة التعاقدية دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 26، العدد3، 2018، ص06.

## المبحث الأول:الأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في مرحلة إبرام العقد

إن إعمال مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه قد أدى إلى وجود تفاوت بين المتعاقدين، نتيجة إعمال الحرية التامة والمطلقة في ترتيب الالتزامات، فبمجرد إبرام العقد يصبح هذا الأخير قانون الطرفين ومن ثم وجود اختلال في التوازن العقدي، مما أدى بالانحراف عن الغاية الاقتصاديةوالاجتماعية التي وجد من أجلها العقد، وهنا ظهر اتجاه فقهي يدعوابالاعتماد على عدة نظريات من شأنها أن تشكل أساس قانونيا يستند إليه القاضي للتدخل في العقد لإعادة التوازن العقدي المفقود وحماية حقوق لمستهلك وحماية الطرف الضعيف في العقد باعتبارها حلا ناجعا لمواجهة الخلل في التوازن الذي يلحق بالعقد[1]، لا سيما في عقد الإذعان، حيث يقر المشرع في مختلف الأنظمة القانونية مجموعة من القواعد القانونية للحفاظ على التوازن العقدي في تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للطرف الضعيف، حيث ترد هذه القواعد عموما في إطار النظرية العامة للالتزام، ويمكن أن تشكل هذه القواعد القانونية في إطارها العام سبيلا لمعالجة مشكلة الشروط التعسفية[2].

من هنا سوف يتم التطرق إلىقصور المبادئ القانونية العامة للرقابة القضائية على عقود الإذعان في مواجهة الشروط التعسفية ضمن المطلب الأول، وأيضا نظرية السبب كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعانضمن المطلب الثاني وأخيرا بالاستناد إلى نظرية عيوب الرضا في المطالبة بإبطال العقد التعسفي، المطلب الثالث.

---

[1]– مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد ، الجزء الأول، منشورات الحلبي القانونية، دون سنة طبع، حلب، ص767.

[2]– فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص93.

## المطلب الأول: قصور المبادئ القانونية العامة للرقابة القضائية على عقود الإذعان في مواجهة الشروط التعسفية

والمقصود بالقواعد العامة في هذا الصدد، هي القواعد الواردة في القانون المدني التي تكافح الشروط التعسفية، باعتباره الشريعة العامة التي تحكم المعاملات الخاصة بين الأفراد.

لقد تساءل الفقهحول إمكانية توسع تلك الحماية لتشمل عقود أخرى لا تنطبق عليها معايير عقود الإذعان والتي استجدتنتيجة للتطور الاقتصادي والتكنولوجي الهائل كما هو الحال في الحماية القانونية للمستهلك في مواجهةالمهنيين وذهب إلى إن هذه الحماية قد وردت في عقود لاذعان وجاءت على سبيل الاستثناء وما ورد علىخلاف الأصل لا يجوز التوسع فيه، أو قياس غيره عليه ، وعليه يتعذر على القاضي أنيمارس هذه السلطات ما لم يكن العقد عقد إذعان وان يتضمن شروطا تعسفية لذا يتعذر توسـ يعنطاق الحماية إلى عقود أخرى[1].

بينما ذهبت الأنظمة القضائية الأوربية إلى توسيع نطاق الحماية المقررة لعقود الإذعان لتشملعقود أخرى لم تكن موصوفة من ضمن عقود الإذعان، سيما وأن المعايير المحددة لنطاقعقود ألاذعان هي معايير فقهية لم يرد بها نص ، فالمشرع لم يستلزم أن يتعلق العقد بمرفق أوبسلعة ضرورية ولم يستلزم أن يكون الطرف القوي في عقد الإذعان متمتعا باحتكار قانونيأو فعلي ، وإنما جاء ذلك بناء على اجتهادات فقهية و أخذ بالغالب الشائع من حالات عقود الإذعان[2].

---

[1]– خوله كاظم محمد راضي، المرجع السابق، ص389.

[2]– علي ماجد صاحب , العقد النموذجي , رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة باب ل، 2009، ص100.

فالمشرع يقر في مختلف الأنظمة القانونية مجموعة من القواعد القانونية للحفاظ على التوازن العقدي وترد هذه القواعد عموما في إطار النظرية العامة للالتزام، ويمكن أن تشكل هذه القواعد القانونية في إطارها العام سبيلا لمعالجة مشكلة الشروط التعسفية.

ولقد تضمن القانون المدني الجزائري في نص المادة 110 منه والمقابلة للمادة 149 من القانون المدني المصري حماية للطرف المذعن، غير أن الإشكالية تدق في مدى كفاية القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في توفير حماية فعالة للمستهلكين باعتبارهم الطرف المذعن في الرابطة العقدية في إطار علاقاتهم مع المهنيين الأمر الذي يتطلب حماية فعالة من المشرع للمستهلك[1].

فيجوز للمستهلك بموجب هذه المادة أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك أو إعفائه منها، ويتمتع القاضي في هذه الحالة بسلطة تقديرية في تعديل هذه الشروط لإزالة عدم التوازن في العلاقة العقدية، أو لإعفاء الطرف المذعن منها لما يتحقق القاضي من عدم تحقق العدل، ويكون هذا عن طريق الحكم بتعطيل الشرط التعسفي ولكن بشرط تقيده بمقتضيات العدالة .إلا أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي تتعارض مع نطاق تطبيق المادة 29من القانون 04-02 التي أوردت قائمة سوداء لا يكون للقاضي إزاءها أية سلطة تقديرية، ونفس الأمر ينطبق على القائمة المحددة بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2].

بينما يتمتع القاضي طبقا للقواعد العامة في ظل المادة 110 بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط،أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع له، مما يؤدي إلى بقاء

[1]- G.VIRASSAMY, Les relation entre professionnelle en droit française, in la protection de la parti faible dans les rapports contractuelle, LGDJ,1996,P497.

[2]– منيرة جربوعة، آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، العدد الثاني، ص205.

العقد قائما في كلتا الحالتين، فيتماشى ذلك مع مصلحة المستهلك فضلا على أن سلطة القاضي وفقا لعبارات المادة 110 هي سلطة جوازية وليست وجوبية، فيستطيع قاضي الموضوع أن يستعمل الرخصة المخولة من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقود الاستهلاك.

إن تطبيق نص المادة 110 من القانون المدني يؤدي إلى خدمة مصالح المستهلك كونه يعدل من هذا الشرط التعسفي بما يخفف من طابعه أو إعفاء الطرف المذعن منه، صراحة مما يؤدي إلى اعتباره كأن لم يكن في مواجهة المستهلك. فالهدف التشريعي من النص على الرقابة على الشروط التعسفية يتمثل في حرص المشرع على إعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان، ولقد استعان المشرع في تحقيق هذه الغاية بالرقابة القضائية كوسيلة لإعادة التوازن العقدي المفقود في عقد الإذعان.

ومما لا شك فيه أن عقود الإذعان نفسها تعتبر تجسيدا لعدم توازن اقتصادي بين طرف قوي يستطيع أن يحدد كل بنود العقد بمفرده وطرف ضعيف لا يملك سوى قبول التعاقد كله أو رفضه كله، لكن ليس معنى ذلك أن يستغل الطرف القوي هذا الموقف ويضمن العقد شروطا تعسفية فقد يتوافر في العقد صفة الإذعان لكن يحرص الطرف القوي على مناقشة الطرف الضعيف لبنود العقد ولا يضمنه أي شروط تعسفية أما إذا حدث العكس فيتوافر عدم التوازن العقدي، الأمر الذي يحرك سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية من أجل إعادة التوازن المفقود، والحقيقة أن توفير حماية فعالة للمستهلكين باعتبارهم الطرف المذعن في الرابطة العقدية في إطار علاقاتهم مع المهنيين يتضح معها وبصورة واضحة مظاهر الاختلال بالتوازن العقدي من وجود طرف ضعيف يستحق الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان بما يتناسب مع ظروف الواقع الاقتصادي الجديد،ومن مظاهر هذا الاختلال هي انفراد احد أطراف العقد بوضع شروط العقد في

ضوء الحرية التعاقدية التي يتمتع بها ومن ثم أيراد تلك الشروط بما تحقق أهدافه ومصلحته.

**الفرع الأول: قصور مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي**

الواقع أن تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد، فبمجرد إبرام العقد يصبح هذا الأخير قانون الطرفين، وفي الحقيقة لا وجود لمبدأ عام لا في القانون المدني ولا المصري يسعى إلى تحقيق توازن عقدي بصفة مباشرة[1]. إلا أن التمسك بهذا المبدأ وإعماله في إبرام العقود أبان عن عدم مقدرته على حماية الطرف الضعيف في العقد، خاصة مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية وتغير أنماط العقود التي أثبتت محدودية الحماية التي يوفرها مبدأ المساواة القانونية للمتعاقد، وهذه الأخيرة أن يتمتع كل متعاقد بإرادة حرة عند إقدامه على التعاقد سواء من حيث اختياره للتعبير عن إرادته أو من حيث اختيار الشخص الذي يرغب في التعاقد معه، وفي القبول بشروط التعاقد التي يتحدد بموجبها مضمون العقد فضلا عن تمتعه بأهلية التصرف وسلامة إرادته من العيوب التي يمكن أن تلحق بها أو لتي تؤثر في إقدامه على التعاقد[2].

الأمر الذي لم يعد معه –مبدأ المساواة القانونية– قادر على تحقيق التوازن العقدي في ظل المساواة الفعلية بين طرفي العقد، مما يستدعي البحث عن آليات من شأنها تحقيق العدالة التعاقدية في ظل المساواة الفعلية بدلا من المساواة المجردة أو في ظل

[1]– حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع السابق، ص244.

[2]– عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1998، ص196.

المساواة الواقعية بدلا من المساواة القانونية [1]وعلى هذا الأساس تم الاعتراف الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن لعقدي.

أضف إلى ذلك أنه قيد كثيرا من دور القاضي لإعادة التوازن العقدي، ليظهر للعيان أن الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ لا تسمح بتحقيق التوازن بين أداءات الأطراف منها[2].

وعليه فإن كل الالتزامات المنشأة بين المتعاقدين تكون على وجه صحيح بحيث تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها لكونها تمت بإرادة المتعاقدين،فطالما أن إرادة الإنسان حرة فإن الالتزامات بدورها تكون عادلة ولا يمكن للقاضي تعديلها أو إلغائها إلا بإرادة المتعاقدين أو في الحالات التي ينص عليها القانون غير أن هذا المبدأ على إطلاقه قد أدى إلى التضحية ببعض المصالح، الأمر الذي دفع أغلب التشريعات إلى الحد من تطبيق المبدأ على إطلاقه ووضعه في حدود معينة لا يجوز تخطيها منها الاتجاه إلى تنظيم العقود ومحتوياتها تنظيما رسميا على نحو لا يترك للأطراف المتعاقدة خيارا كبيرا في تحديد شروطها كما هو الحال مثلا بالنسبة لعقد الإيجار وعقد التأمين فالتمسك بهذا المبدأ وإعماله في إبرام العقود أبان عن عدم مقدرته على حماية الطرف الضعيف في العقد أضف إلى ذلك أنه قيد كثيرا من دور القاضي لإعادة التوازن العقدي.

غير أن هذا لا يعني أن كل شرط يحد من مسؤولية الطرف القوي في عقد إذعان يعد شرطا تعسفيا، فربما كانت الأقساط التأمينية، التي يلتزم المؤمن له بدفعها من القلة بمكان، بحيث تعيد التوازن لالتزامات الطرفين إذا ما اختل التوازن ، خاصة وان مسألة تقدير كون الشرط تعسفيا أو غير تعسفي هي من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بالبت فيها ولا رقابه عليه من المحكمة العليا في ذلك، فعلم المذعن أو عدم

[1]-Ali filali, le droit de la consommation,une adaptation du droit commun des contrats,les Annales de l'université d'Alger, N° 27, Tome: 2, juillet, 2015, p: 34.

[2]– مولودبغدادي، المرجع السابق، ص68.

علمه بالشرط لا يغير من الأمر شيئا ما دام أنّ الطرف المذعن قد أقدم على التعاقد تحت حاجته الماسة والضرورية إلى السلعة أو الخدمة محل التعاقد لأنه يقدم على التعاقد في ضوء إيجاب يصدره الطرف القوي ولا يقوى على مناقشة شروط العقد التي حدّدها الموجب.

وهذا التراجع الكبير لمبدأ سلطان الإرادة فرضته ضرورة مسألة حماية الطرف المذعن، وبروز الحاجة إلى ضرورة تنظيم العقود التي يبرمها هذا الطرف تنظيما قانونيا،خصوصا وأنّ ميزان القوى مختلان وبالتالي فمن غير الممكن أن يترك مجال أوسع لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة لأن الطرف المذعن لا يمكنه أن يقف وقفة الند للند في علاقته مع البائع أو المنتج المحترف، ولذلك كان من الضروري إعادة النظر في النظام القانوني الذي يحكم العقود وفي النظام العام الذي يسيطر على المتعاقد منذ مرحلة التفاوض حتى إتمام التنفيذ.

وعلى هذا الأساس فإن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية جعلن من غير الممكن قبول مبدأ سلطان الإرادة، خصوص وان التجربة قد أوضحت أن هذا المبدأ لا يصلح بسبب سوء تطبيقه، وبالتالي فيبقى عاجزا عن تحقيق التوازن العقدي والعدالة التعاقدية باعتباره جاء ليحافظ على قوة المصالح الاقتصادية الرأسمالية التي كانت سائدة في المجتمعات الغربية. وقد تجسد مبدأ سلطان الإرادة في مظاهر منها مبدأ الحرية التعاقدية أولا وأيضا القوة الملزمة للعقد ثانيا

**أولا: مبدأ الحرية التعاقدية**

إن حرية الفرد في التعاقد تشمل أيضا حريته في عدم التعاقد، فالحرية التعاقدية هي أول قاعدة تستخلص من مبدأ سلطان الإرادة فأطراف العقد أحرار في أن ينشئوا ماشاءوا من العقود وأن يضمنوها الشروط التي يرتضونها وأن يرتبوا عنها ما أرادوا من

آثار دون الالتزام بشكليات معينة ولا يجوز للقانون أن يتدخل إلا في حدود ما يضمن احترام النظام العام والآداب العامة ضمانا منه لحرية الآخرين[1].

إلا أن ماصاحب الثورة الصناعية من تطور في عمليات التصنيع وبروز الرأسمالية الاقتصادية خلال القرن الماضي، أدى بذلك تبعا إلى ظهور الاحتكارات والتحكم في وسائل الإنتاج، تحت الحرية الاقتصادية فانتشرت ظاهرة عقود الإذعان والتعاقد عن طريق نماذج العقود والتي تمكن المهني المحترف من تضمينها شروط تخدم مصالحه بالدرجة الأولى لتصبح بالتالي حرية المستهلك في التعاقد حرية ظاهرية تحت ضغط الحاجة للسلع والخدمات،ليتضح لنا في النهاية من خلال الوقوف على مبدأ الحرية التعاقدية والعناصر التي يقوم عليها عدم فعاليته في توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد ضد الشروط التعسفية، التي تجعله عقدا غير متوازن لمصلحة الطرف القوي فيه

**ثانيا: القوة الملزمة للعقد:**

يقوم العقد على هذا النحو مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين وهو ما يعبر عنه بالعقد شريعة المتعاقدين المجسد في المادة 106 من القانون المدني، إلا أن الواقع العملي قد اثبت أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساسا لقوة الملزمة للعقد يقود بلا شك إلى ترك الطرف الأكثر قدرة وكفاءة يملي شروطه وبنود العقد،دون تدخل الطرف الأقل قدرة مما يحقق عدم توازن ظاهر في العلاقة التعاقدية بين الطرفين، ومع تمسك الطرف القوي بالقوة الملزمة للعقد، يكون الطرف الضعيف ملزما بتنفيذه رغم عدم توازنه

ويتبين لنا بالتالي أن مبدأ سلطان الإرادة وما ينبني عليه من أساس لا يسمح بأي تدخل لإعادة التوازن العقدي، ولو كان عقد إذعان وعليه ف إن المهني مع تمسكه بمبدأ

[1]– محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص20.

حرية التعاقد وكذا القوة الملزمة للعقد يدرج بكل حرية الشروط التعسفية في عقوده مع المستهلكين، فالعقود الاستهلاكية وإن احتوت على شروط مجحفة، تجعلها عقود مختلة غير متوازنة لفائدة المهنيين على حساب المستهلكين فإنها في الأخير تبقى عقودا صحيحة وملزمة ما دام أنها تتحكم في الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة[1].

**الفرع الثاني: تطبيق مبدأ حسن النية في الحد من الشروط التعسفية**

يعد مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات أسمى ما في القواعد الأخلاقية وهو متأثر بالجانب الأخلاقي[2]، بمعنى أنه يجب على كل متعاقد تجنب الإضراربمصلحة المتعاقد الآخر سواء عن طريق إيقاعه في غلط أو استغلاله أو التدليس عليه أوممارسة سلطة الإكراه عليه ،فيقصد بهذا بالمبدأ تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، أو هو القصدالسوي أو الصراحة ، فالنية الحسنة تصد سوء النية، والغش والرغبة في الإضرار بالغير ،فهذاالمبدأ يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير[3].

فحسن النية بوصفه التزاما قانونيا وهو التزام متبادل يقع على عاتق المتعاقدين، وهو في الوقت ذاته يعد التزاما وقائيا يحفظ المصالح المختصة للمتعاقد عن إبرامه للعقد ويجنبه الوقوع في الأضرار[4].

بل يكون مطلوبا أكثر من جانب المحترف أكثر من المستهلك في إطار العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين لأن هذا الأخير لا يملك من المقومات ما يمكنه من إبرام العقد مع المحترف بما يخالف مقتضيات حسن النية، لأن المستهلك عموما يجد

---

[1]– بغدادي مولود، المرجع السابق، ص70.

[2]- CHARPENTIER Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke,N° 2, Vol. 26, 1996, p. 302. voir aussi LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi, notion protéiforme », Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, 1996, p. 323p. 13.

[3]– عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص153 و154.

[4]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص7.

نفسه في مركز ضعيف أمام المحترف، حيث يلمس الأول مدى عجزه أن يحدد بقدراته وإمكاناته الخاصة عناصر وشروط التعاقد فضلا عن طابع السرعة في أكثر تعاملاته وعد توفر الوقت الكافي عنده للفحص والدراسة والتأمل والإلمام بكل النتائج المترتبة على تعاقداته[1].

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن هذه العقود هي منتهى حسن النية وتتطلب من المحترف الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية على نحو متشدد، ومن أهمها التزام المحترف بعد إيراد شروطا تعسفية بحق المستهلك.

أما بالنسبة لهذا المبدأ فقد ضمنه المشرع الجزائري ضمن القانون المدني في نص المادة 107 منه بقوله على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" ، الأمر الذي يعني أن يلتزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية،وحسن النية هنا معيار شخصي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر فيه هل سلك سلوك الرجل العادي أم لا؟

كما أخذ المشرع الفرنسي عند تعديله للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 بالاعتراف بنطاق أوسع للالتزام بحسن النية في العقد، ليشمل بذلك جميع مراحل العقدابتداء من مرحلة المفاوضات إلى التنفيذ بعد أن اقتصر سابقا على مرحلة تنفيذ العقد من خلال نص المادة 3/1134 من التقنين القديم [2]، من خلال إدراج نص المادة 1104 والتي تنص على أنه Les contrats doivent être négociés، formés et exécutés de bonne foi

غير أنّ المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء يترتب عن عدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، ويفسر ذلك بانعدام الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن

[1]– أمين فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها واساليب مكافحة الغش التجاري الإلكتروني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص140.

[2]- L’ancien article 1134 paragraphe 3 du Code civil français stipulait que: «… Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

النية من أجل إعادة التوازن إلى العملية العقدية لصالح الطرفالضعيف، إذ أنّ إدراج شرط تعسفي من طرف المهني في عقد الاستهلاك الذي يربطه بالمستهلك ما هو إلا تصرف ناجم عن سوء نيته ، وهو ما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي في القانون الجزائري [1]،وإن كان هذا المبدأ يتصل اتصالا وثيقا بمبدأ العدالة العقدية.على اعتبارأنّ حسن النية والعدالة العقدية هما مفهومان متّصلان[2].

أما المشرع الفرنسي لم يعرف حسن النية أو سوئها وإن أجاز فرضه من خلال المادة L.111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي [3]، من خلال فرض على المهني الالتزام بإعلام المستهلك حول المنتجات والخدمات المعروضة عليه، قبل تعميم هذا الالتزام في القانون المدني، كما اكتفى بتحديد الحالات التييكون فيها المدين سيئ النية والذي يستبعد من الاستفادة من أحكام معالجة حالةالاستدانة في ثلاثة حالات وهي:

– كل شخص قام عن قصد بإعلان كاذب أو سلممستندات غير صحيحة بقصد الاستفادة من هذه الإجراءات.

–كلشخص بدد أو أخفى أو حاول التبديد أو الإخفاء لكل أو لبعض أمواله بقصد الاستفادة من هذهالإجراءات.

–كل شخص زا دبدون الاتفاق مع دائنيه أو اللجنة أو القاضي من مديونيته بإبرامه قروضا جديدة أو قام بتصرفات تتعلق بذمته أثناء سير الإجراءات معالجة الاستدانة أو التصحيح الشخصي أو أثناء تنفيذ الخطة أو الإجراءات

[1]– محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص126.

[2]- LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 15

[3]- Code français de la consommation, 22 éd., Dalloz, Paris, 2018. L'article L.111-1 du code français de la consommation stipule que: « Avant que le consommateur ne soit lié par uncontrat de vente de biens ou de fourniture de services consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes:… ».:

المنصوص عليها في المادة .7-331 Lوالمادة 71- 331 L[1].

وهكذا يمكن القول أنّ الأساس القانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان يرجع إلى الالتزام العام بحسن النية.

**المطلب الثاني: نظرية السبب كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان .**

في سبيل البحث عن تحقيق التوازن العقدي ظهر في فرنسااتجاهقضائي وهذا في سنوات السبعينات وبدعم من الفقه يستند إلىنظرية السبب وهو ما تشترطه المادة 11-31 من القانون المدني الفرنسي من وجوب وجود السبب في الالتزام من أجل إبطال الشروط المخالفة للالتزام الأساسي في العقد، وبخاصة تلك التي تروم استبعاد أو تحديد مسؤولية أحد المتعاقدين[2]، إلا أ نّ نظرية السبب وإن كانت من المسائل الشائعة المعروفة، ومن أكثرها تعرضا للدراسة والبحث، إلا أنها من أكثر المسائل تعقيدا، ونظرا لصعوبة هذه المسألة، فإن الفقهاء انقسموا إلى قسمين، فهناك من تمسك بالنظرية التقليدية للسبب [3]، وهناك من فضل النظرية الحديثة للسبب، أم أنه قد جمع بينهما [4]، وبين هذه وتلك نجد أن المشرع الجزائري استند في تلازم المادتين 97 و 98 ق إلى المفهومين الذاتي التقليدي والموضوعي الحديث، ولعل الصيغة الازدواجية التي ظهر بها القانون المدني الجزائري في تبني نظرية السبب، من حيث أنه وتحت تأثير إرهاصات القضاء الفرنسي[5].

---

[1]- إبراهيم وجعدان، معالجة صعوبات المستلك المقترض، مجلة القضاء المدني سلسلة دراسات وأبحاث، حماية المستهلك، درسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 08-31 القاضي بتدابير لحماية المستهلك، جمع وتنسيق زكرياء العماري، العدد الرابع، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ص79.

[2]- محمد عمران السيد، المرجع السابق، ص93.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات- نظرية العقد، موفم للنشر، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010، ص202.

[4]- درماش بن عزوز ، نظرية السبب بين الإتجاه التقليدي والإتجاه الحديث ، مذكرة ماجيستير في الحقوق، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2006/2005، ص52.

[5]- زمام جمعة، المرجع السابق، ص405.

انطلاقا من هذه النظرية يمكن القول بأن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يفترض بأن كل التزام له سبب مشروع مالم يثبت خلاف ذلك، إذ تنص المادة 98 من القانون المدني الجزائري بأن كل التزام له سبب مشروع مالم يقم الدليل على خلاف ذلك، فالعقد بدون سبب عقد باطل [1].في حين يشير بعض الباحثين إلىعدم إفصاح المشرع الجزائري عن المفهوم الذي تبناه المشرع للسبب فلم يعرفه من جهة، ومن جهة أخرى تأرجح مدلول نص المادتين 97 و 98 بين الأخذ بسبب العقد فقط، وبين ازدواجية السبب، أي الجمع بين سبب العقد وسبب الالتزام[2].

غير أنه ولتبيان دور سبب الالتزام في عقد الإذعان يجب التمييز في هذا الإطار بين حالة الانعدام الكلي لسبب الالتزام في عقد الإذعان وهذا في الفرع الأول، كما نبين حالة الانعدام الجزئي أيضا لسبب الالتزام في عقد الإذعان ضمن الفرع الثاني.

**الفرع الأول: حالة الانعدام الكلي لسببالالتزام في عقد الإذعان**

يرتب عقد الإذعان التزامات تكون "مبدئيا" متبادلة، فإذا تبين أن سبب الالتزام غير موجود أدى ذلك إلى بطلان الالتزام وبالتالي العقد[3]. وهذا منطقي لأن تخلف السبب يعني تخلف أحد الأركان الأساسية المكونة للعقد وهو مساس جوهري بالعقد.حيث نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري في نصها الفرنسي أن العقد يعتبر باطلا حينما نلتزم دون سبب".

[1]– حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع السابق، ص244.

[2]– درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص56.

[3]- هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص30.

ولكي يعتمد القاضي على السبب من أجل إعادة التوازن العقدي بإبعاد الشروط التعسفية يستدعي التسليم بفكرة انعدام السبب التي تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب[1].

ويقصد بالسبب الذي أخذت به النظرية التقليدية، الهدف المباشر أو السبب القصدي الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود،إذ يعتبر عنصرا لا ينفصل عن العقد، فهو بمعناه التقليدي داخلي في العقد، لأن سبب التزام كل من طرفي العقد هو سبب التزام الطرف الآخر [2]، فالمشرع الجزائري قد اشترط من خلال نص المادة 98 الفقرة 01 من القانون المدني أن يكون السبب موجودا وإلا عد العقد باطلا،كون ترابط الالتزامات المتقابلة طبقا للقواعد العامة، أما بالنسبة للشرط الثاني أن يكون السبب مشروعا أي أن لا يخالف النظام العام والآداب العامةطبقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري [3]. ومنه فالالتزام يفقد سببه إذا غاب المقابل، كما أنه موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم وأهدافه[4].

وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وفي مجال الشروط التعسفية فإن الشرط التعسفي غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي تقرير بطلان ذلك الالتزام لغياب السبب.[5]

---

[1]– منيرة جربوعة، المرجع السابق، ص201.

[2]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص68.

[3]- منيرة جربوعة، المرجع السابق، ص201.

[4]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص68.

[5]- Hélène Bricks, Les clauses abusives, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - rance1982, p 28.

ولقد اتجه القضاء الفرنسي على غياب السبب لإبطال الشروط التعسفية، في القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض والذي أثار جدلا فقهيا [1]، والذي عرف بقرار Chronopost.

ففي هذا القرار، استندت الغرفة التجارية على غياب السبب كأساس لإلغاء الشرط المبالغ فيه. حيث تتلخص وقائع القضية في تكفل شركة النقل السريع Chronopost، بنقل طرود تتضمن عرضا مقدما من شركة Banchereau للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم، وعلى مرتين تصل الطرود متأخرة، الأمر الذي أدى إلى حرمان الشركة من دخول المناقصة.فرفعت هذه الأخيرة دعوى تطالب فيها بالتعويض، فعارضت Chronopost، مشيرة إلى أن هناك شرط في العقد يحدد مبلغ التعويض عن التأخير في حدود مصاريف النقل المدفوعة من الزبون فقط، غير أن محكمة النقض وبمقتضى المادة 1131 من القانون المدني[2]. قررت أن الشرط المحدد للمسؤولية الذي يناقض التزاما أساسيا بإيصال الطرود بسرعة فائقة يعتبر كأنه غير مكتوب، أي اعتبرته شرطا تعسفيا باطلا.

ولكن يعاب على هذه النظرية أنه من الصعب الاستناد عليها لاستبعاد الشروط التعسفية كونها تؤدي إلى بطلان العقد برمته، ومن ثمة لا تعد سلاحا فعالا لمحاربة هذه الشروط، مما لا يحقق التوازن العقدي،وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك الذي يهتم ببقاء العقد وبطلان الشرط وحده[3].

كما أن النظرية الحديثة للسبب لا تخدم مجال الحماية القضائية للمتعاقد من الشروط التعسفية، كونها لا تأخذ بعين الاعتبار إلا فكرة البواعث أو الدوافع التي دفعت بالملتزم للتعاقد، الأمر الذي يجعل من هذه النظرية لا تتماشى مع فكرة غياب أو انعدام

[1]- Cass. com., 22 oct. 1996: Bull. civ. IV, n°.261; GAJC, 11e éd., n°.156: D. 1997, 121, not Sériaux; Defrénois1997, 333, obs. D. Mazeaud.

[2]– تنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أن" الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع".

[3]– منيرة جربوعة، المرجع السابق، ص201.

السبب التي يمكن الاعتماد عليها في حمايته من الشروط التعسفية [1]. وفيما يتعلق بالقانون الجزائري يرى البعض أنه في ظل نص المادة 97 من القانون لمدني فإنه لا يمكن للقضاء الجزائري الاستناد إلى غياب السبب لإقامة التوازن العقدي، على اعتبار أنه تأخذ فقط بالسبب الشخصي، والذي لا يمكن إعماله في هذا الإطار، حيث يستوجب شرطا واحدا، وهو أن يكون مشروعا، في حين أن المادة 2/178 تجيز الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية[2].

**الفرع الثاني: حالة الانعدام الجزئي لسبب الالتزامفي عقد الإذعان:**

يثير معالجة الفقدان الجزئي للسبب، في عقد الإذعان عدة صعوبات [3]، ففي عقد الإيجار فإن هلاك العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار كليا يرتب فسخ الإيجار للفقدان الكلي لسبب الالتزام (وهو الانتفاع)، أما في حالة الهلاك الجزئي، فينتج عنه إما الإنقاص من بدل الإيجار أو الفسخ [4]. فإن كان هذا العقد هو من عقود المعاوضة، التي تقر في جوهرها ضرورة وجود التوازن والتعادل بين والأداءات المتبادلة التي تتم بين المتعاقدين، فإن طبيعة عقد الإذعان، وخلافا لجوهر عقود المعاوضة يحتم عدم المساواة والتكافؤ بين الفريقين، فهناك دوما فريق يتمتع بموقع اقتصادي أقوى من الفريق الآخر، فيملي بنوده وشروطه، الأمر الذي يؤدي لوجود شروط عدة تصب في مصلحة الطرف واضع العقد، يلتزم بها الطرف المذعن، دون أن يكون لها سبب بالمقابل، أي سبب الموجب يكون موجودا فيها، ولكن بشكل جزئي.[5]

---

[1]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص68.

[2]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص241.

[3]–هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص36.

[4]– زمام جمعة، المرجع السابق، ص ص407.

[5]–هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص36.

ولعل تقصي الاتجاه العام للقضاء الجزائري يظهر تلك الصورة الوحيدة التي يراقب بها السبب سواء بمناسبة الأحكام العامة للعقد (المشروعية، أو الفقدان الجزئي أو الكلي للسبب عند حلول إنقاص من قيمة المحل أو فسخ العقد"، إنما كان تماشيا مع الاتجاه الموضوعي والفقه المعاصر وبشكل جد منفعي للعقد ومحاولة تحديثه لما قد يسد الثغرات في القانون المدني.[1]

## المطلب الثالث: مدى إمكانية الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا في المطالبة بإبطال العقد التعسفيفي الرقابة القضائية على عقود الإذعان

لقد حدد المشرع الجزائري عيوب الإرادة على سبيل الحصر في القانون المدني، وذلك في المواد 81 وما بعدها وهي الغلط، التدليس، الإكراه. وبموجب هذه العيوب يجوز للمتعاقد الذي شابت إرادته عيب من العيوب نقض هذا العقد،وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية الاستناد إلى عيوبالإرادة في المطالبة بإبطال العقد نفسه إذا أراد المستهلك ذلك. وهو ما سنبدأ الحديث به على النحو التالي:

### الفرع الأول: دور نظرية عيوب الرضا في الرقابة القضائية على عقود الإذعان

يثور التساؤل حول عيوب الإرادة بقدر ما لها من أهمية في حماية الطرف الضعيف وعن مدى تأثير وجود ضرورة إلى التعاقد على إرادة المذعن؟ حيث يرى جانب من الفقه أن حالة الضرورة لذاتها تؤثر في إرادة العاقد، ولكن هذا التأثير لا يرقى إلى درجة تعيب الرضاء، ومن ثم لا تعتبر سببا في إبطال العقد،وفي ما يلي سيتم عرض الدور الذي يمكن لنظرية عيوب الرضا أن تؤديهفي إطار عقود الإذعان، ومدى أخذ القضاء بها كأساس قانوني لفرض رقابته القضائية على هذا النوع من العقود[2].

[1]– زمام جمعة، المرجع السابق، ص 409.

[2]– هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص92.

## أولا: الغلط المبرر كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان

الغلط باعتباره عيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال العقد، لكونه يستند على عدم الرضا، ولكن تحت طائلة وقوعه على صفة جوهرية في الشيء (محل التعاقد) بموجب المواد 81-83 ق.م.[1] وكان هو الدافع الرئيسي للتعاقد [2]، وإذا وقع في عقود تبادلية فسر بالمساس بتوقعات عقدية لدى الطرفين، مما يشكل سببا جديا لمراقبة العقد، أما إذا كان عقود بغير عوض فإن الغلط واقع على الدوافع بشرط تأثيره المباشر والمتسبب فيه[3].

حاول القضاء في فرنسا [4].تفعيل نظرية الغلط عن طريق فرض الالتزام بالإعلام على عاتق المهني بشكل يؤدي إلى استبعاد احتمال وقوع المستهلك في غلط بشأن الشروط التعسفية، حيث ربط الاجتهاد القضائي بين الالتزام بالإعلام حول الشرط والغلط، فإذا لم يتم إعلام المتعاقد حول الشرط فإن ذلك يؤدي إلى إبطال الشرط، ومن ثم إبطال العقد بسبب الغلط.

## ثانيا:عدم جدوى عيوب الرضي الأخرى في فرض الرقابة القضائية على عقود الإذعان

### أ –التدليس:

التدليس هو "إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية بقصد دفعه إلى إبرام العقد".[5]

---

[1]– زمام جمعة، المرجع السابق، ص409.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، 1998، ص99-100.

[3]– زمام جمعة، المرجع السابق، ص409.

[4]- Hélène J. Calais-Auloy et F. Steinmetz,op.cit.p169.

[5]– أنظر:خالد ممدوح إبراهيم، " إبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة" المرجع سابق، ص139.

وبذلك يتبين من هذا التعريف أن التدليس لا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا تضمن حيلا تدليسية من طرف المتعاقد الآخر ويكون التدليس هو الدافع لقبول العقد[1].

ويعتبر التدليس أحد عيوب الإرادة التي تخول للمتعاقد الذي وقع فيه حق إبطال العقد، إذا كانت عيوب الإرادة التي تخول للمتعاقد الذي وقع فيه حق إبطال العقد، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه قد بلغت في طبيعتها حدا من الجسامة، بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

ويشترط المشرع الجزائري لإبطال العقد بسبب عيب التدليس، أن يكون المدلس قد سكت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة (المادة 02/86 (ق.م).فالقاضي يلجأ إلى تحليل السكوت والظروف المرافقة له، وما إذا كان السكوت الصادر عن أحد الفرقاء، هو السبب الذي حال دون إطلاع المكتوم عنه، على واقعة، لو علم بها لما تعاقد، أو إذا كانت طبيعة العقد تنشئ، بين الفرقاء، علاقات ثقة خاصة متميزة، تفترض عدم التكتم عن بعض الظروف، دون أن يكون هذا التكتم مقرونا بمناورات أو أكاذيب[3].والعنصر الثاني معنوي.

[1]– عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014–2015، ص54.

[2]– زرارة صالحي الواسعة، المرجع السابق، ص194.

[3]– هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص106.

**ب – الإكراه:**

إن الإكراه باعتباره عيب للإرادة تضمنته قواعد القانون المدني [1]. الإكراه، وهو ضغط يقع على الشخص فيبعث في نفسه رهبة، أو خوفا يحمله على التعاقد [2]،فيشترط معه أولا: أن يستعمل وسيلة للإكراه تولد رهبة في نفس المتعاقد، أو تهدده بخطر جسيم محدق (العنصر المادي)، وأن يكون القصد من وسيلة الإكراه الوصول إلى غرض غير مشروع (العنصر المعنوي) ويشترط ثانيا: أن تكون هذه الرهبة هي الدافع إلى التعاقد وفقا للمادة 88 من القانون المدني الجزائري.

تعتبر عقود الإذعان المجال الخصب لتطبيق نظرية الإكراه المعنوي، الذي يكون معه العقد قابلا للإبطال، ولعل عقد العمل هو النموذج الأمثل على الأمثلة على عقود الإذعان، والذي يمكن لهذه النظرية أن تطبق عليه، ومن الأمثلة على الإكراه المعنوي الذي يمكن أن يصيب رضى الأجير، قبول هذا الأخير أجر منخفض يفرضه صاحب العمل عليه، إذا أتى هذا القبول نتيجة وضع الأجير الذي يعاني من بؤس البطالة، ومن الضروري بالنسبة له، أن يحصل على عمل فيقبل بالأجر المفروض عليه مذعنا، خاصة إذا كان رب العمل أو المؤسسة هي الوحيدة التي يمكن أن يعمل فيها الأجير بنفس مجال اختصاصه[3].

**ج – الغبن la lesion:**

إن إطلاق العنان للإرادة في تكوين العقود وفي تحديد آثارها لا يحقق العدالة في كثير من الأحيان، وخصوصا بعد أن أصبحت الحرية والمساواة بين الأفراد من الصعب تحقيقها في أكثر الفروض في الوقت الحاضر بفعل تغير العوامل الاقتصادية والظروف

[1]– حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع السابق، ص248.

[2]– أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص279.

[3]–هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص117–118.

الاجتماعية، فقد أدى مبدأ سلطان الإرادة في الإطار الذي وضعه فيه المشرع الوضعي إلى إساءات ظهرت في التطبيق، وشاع استغلال أحد المتعاقدين للآخر تحت ستار العقد الذي يبرم بحرية قد تكون ظاهرية فقط في كثير من الأحيان[1].

وفيما يخص عدم التعادل بين الأداءات –الغبن– فإن معظم التشريعات قد عالجته بقوانين مختلفة متباينة، أحيانا قد توسع أو تضيق من مفهوم ما يسمى بالحرية الفردية في إبرام التصرفات، فوضعت الجزاءات المختلفة للغبن[2].

والمقصود بالاختلال في الغبن له معنى خاص، لا يدخل في الاعتبار إلا إذا كان غير مألوف وغير عادي، وعلى هذا يلزم وضع الضوابط والشروط وتعيين الأساس الذي يتسبب في هذا الاختلال، ويجوز وفقا له الطعن في العقد بسبب الغبن[3].

تطرق المشرع الجزائري للغبن في نص المادة 90 من القانون المدني [4]. على ما يلي: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر "،وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

ونص المشرع المصري في المادة 129 من القانون المدني على أنه:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد

---

[1]- أحمد محمد عبد الرحيم، الغبن في العقود الاحتمالية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سوف، مصر، 2010، ص ص5-6.

[2]– أحمد محمد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص6.

[3]– أحمد محمد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص7.

[4]- المعدل بموجب المادة 26 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للامر 58/75 المتضمن القانون المدني.

الآخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

فيظهر لنا من خلال نص المادتين أن المشرع الجزائري والمصري قد أخذا بالنظرية المادية للغبن، الذي يقصد به عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة التي يرتبها العقد، فلا ينظر بشأن الغبن إلا إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين[1].

قد يمثل الشرط التعسفي من صورة الغبن، أو حالة من حالاته المادية [2]، فمظهر الحماية التي يضعها القانون للطرف المذعن المغبون تتمثل في رفع هذا الغبن عن طريق رفع الأمر للقضاء طالبا منه تعديل الشروط التعسفية وفقا لما تقضي به العدالة عن طريق رفع الغبن عن الطرف المذعن وإعادة الالتزامات إلى حالتها الطبيعية ، وفي هذه الحالة نكون أمام تصحيح عقد معيب منذ بدايته وسلطة القاضي في تعديل هذا العقد تكون رغما على إرادة المتعاقدين[3].

فالقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان هناك غبنا أم لم يكن من خلال سلطته التقديرية التي منحه لها المشرع، فإذا اكتشف القاضي أن هناك غبنا فله أن يزيله كليا أو ينقص التزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يتم رفع الغبن، طبقا لنص المادة 90 الفقرة ( 1) من القانون المدني الجزائري:" ...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. .."، ولا يجوز للمتعاقدين أن

[1]– منيرة جربوعة، المرجع السابق، ص201–202.

[2]–بوكماش عبد الحميد، المرجع السابق، ص166.

[3]– إيناس مكي عبد نصار، خيار الغبن دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية، ص123.

يسلبا سلطة القاضي هذه باتفاق خاص لأن هذا الاتفاق إذا ما وجد فهو باطل لمخالفة النظام العام[1].

وعليه يمكن القول أن أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال حسب التشريع الجزائري، كان بإمكان أن تمثل آلية فعالة يعتمدها القاضي في مكافحة الشروط التعسفية، لو أن نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري جاء واسعا ولم يحصر الاستغلال على حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح [2]،لأن ذلك يؤدي لتضييق نطاق تطبيق نظرية الغبن الاستغلالي في مجال الشروط التعسفية [3]. حيث كان من الأفضل لو أن المشرع ابتعد عن التعداد واكتفى بالنص على الاستغلال بصفة عامة، بالشكل الذي يكون فيه كل عقد قابلا للإبطال عندما يكون التفاوت في الأداءات التي يرتبها فاحشا وناتجا عن استغلال أحد الأطراف للآخر[4].

ويلاحظ أنّ الغاية التي كان يتوخاها المشرعين الجزائري والمصري من تطبيق نظام الاستغلال لم تتحقق بطريقة فعالة بسبب رغبتهما في التضييق من نطاق إعمال النص وحصره في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، وكان الأحرى بهما أن ينص على الحالات الأخرى التي أغفلها كعدم الخبرة وضعف الإدراك والحاجة، وذلك حتى تتسع لكل حالات الضعف الإنساني التي كان المتعاقد يفتقر فيها إلى العدالة والإنصاف[5].

---

[1]– إيناس مكي عبد نصار، المرجع نفسه، ص124.

[2]– خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 45 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، السنة الجامعية 2015-2016، ص91.

[3]– منيرة جربوعة، المرجع السابق، ص203.

[4]–خالد معاشو، المرجع السابق، ص91.

[5]هائل حزام مهيوب العامري، الغبن الناتج عن الاستغلال دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، مصر، 2008، ص2.

وفي ختام هذه الفقرة يمكن القول أن نظرية عيوب الإرادة لم تسهم في الحد من التفاوت الصارخ في الالتزامات المتقابلة التي تنتجها بنود العقود المشبوهة بعنصر الإذعان، مما يجعل هذه النظرية قاصرة عن حماية المستهلك من الشروط التعسفية، لأن النظرة الفاحصة والدقيقة لهذه النظرية في ضوء ما تقدم من متغيرات ومستجدات في ضرورة حماية الطرف الضعيف توضح لنا عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لتوفير مناخ مناسب لاستبعاد الشروط التعسفية في العقود، ولا سيما إذا عرفنا أن هذه النظرية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة[1].

وبالتالي يبقى دور القضاء حاسما في تفسير العقد ومدى تضمينه لشروط تعسفية مجحفة في حق المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

## الفرع الثاني: حسن النية والتعسف في استعمال الحق كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان

لقد تضمن القانون المدني الجزائري ضمن أحكامه بعض المبادئ التي جاءت لتحقيق حماية للطرف الضعيف تفاديا لاختلال التوازن العقدي الذي كان ولا يزال يطبع العديد من العلاقات التعاقدية ومنها مبدأ حسن النية أولا، وأيضا التعسّف في استعمال الحق ثانيا

### أولاً: دور حسن النية في الرقابة القضائية على عقود الإذعان

يعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات أسمى ما في القواعد الأخلاقية من حيث مضمونه، فتنفيذ الالتزامات كلها يجب أن يكون بحسن النية، بمعنى أنه يجب على كل متعاقد تجنب الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر، سواء عن طريق إيقاعه في غلط أو

[1]–فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص111.

تدليس أو استغلال أو إكراه[1].

ويقصد بالمبدأ تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو هو القصد السوي، أو الصراحة. فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير وهذا المبدأ – بصفة عامة –ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانةواستقامة الضمير[2].

يعتبر مبدأ حسن النية قاعدة أخلاقية تحولت إلى قاعدة قانونية يؤدي إعمالها إلى قيام توازن عقدي ويعتبر آلية لتوفير بعض الحماية من الشروط التعسفية سواء للمستهلك أو غيره من المتعاقدين الضعفاء، وقد تم الاتجاه نحو الاعتراف بحسن النية كمصدر لبعض الالتزامات.[3]وقد عرف هذا المبدأ تبلورا حقيقيا إذ وبعد تهميشه من طرف الفقه والقضاء لعقود من الزمن أصبح اليوم ركيزة أساسية للبناء النظري للعقد ومبدأ توجيهيا للنظرية الحديثة للعقد ضمن فلسفة حديثة بارزة تدعى بالفلسفة التضامنية في العقد [4].ولقد اخذ المشرع الفرنسي منذ صدور القانون المدني سنة 1804 فنص المادة 3/1134 من التقنين المدني القديم[5].

أو من خلال التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي سنة 2016 ضمن نص المادة 1104 أين وسع نطاقه ليشمل بذلك جميع مراحل العقد ابتداء من المفاوضات إلى التنفيذ بعد أن كان مقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد وجعله من النظام العام[6].

---

[1]– أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص123.

[2]– عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص153 و154.

[3]- CHARPENTIER Élise, Op.cit., p. 302.

[4]– بلال عشماني، المرجع السابق، ص 7.

[5]- L’ancien article 1134 paragraphe 3 du Code civil français stipulait que: «… Elles doivent être exécutées de bonne foi »

[6]- L’ancien article 1104 du Code civil français stipulait que: «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.»

كما أوجب المشرع الجزائري على المتعاقد الالتزام بمبد أ حسن النية عند تكوين العقد حتى وإن لم تتضمنه نصوص القانون المدني صراحة إلا أنه يتشف بوضوح كم هو الحال في نص المادة 885 من القانون المدني التي نصت على مبدأ الالتزام بحسن النية عند تكوين عقد الرهن الرسمي إذ أثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، كما حاول استعمال بشكل مباشر لمعاقبة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية، وذلك في نص المادة 1/107 مدني المقابلة لنص المادة 148 من القانون المدني المصري أنه" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وفي ذلك اعترف المشرع للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، فضلا عن استخلاص النية بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد [1]. إلا أنه لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد،فإن ذلك يفسر انعدام الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية من أجل إعادة التوازن العملية العقدية لصالح الطرف الضعيف[2].

وقد كان القضاء ولازال يهتم بحسن نية أو سوء نية الطرف المذعن في العقد، بغية الحكم بسريان أو عدم سريان الشرط التعسفي بحقه. فإذا ما ثبت للقضاء مخالفة الطرف المذعن لشروط العقد، التي وافق عليها عن حسن نية قضى حينئذ بعدم سريانها في حقه.ومن الأحكام القضائية التي اعتمدت حسن النية كمعيار لاستبعاد الشروط التعسفية[3]، ولقد اعتمد القضاء الفرنسي على مبدأ حسن النية لتقرير بطلان الشرط التعسفي من خلال القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 06 ديسمبر 1989، وتتعلق هذه القضية بالسيدة MMEFORILLIÈRE التي جلت ابنتها في المدرسة الدولية للمضيفات الجويات،

[1]– محمد أمينسي طيب، المرجع السابق، ص58.

[2]–محمد بودالي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص66 و67.

[3]- فاطمة الزهراءزيتوني، المرجع السابق، ص283.

وهي مؤسسة تعليم خاصة وسجلت الطالبة لمدة 9 أشهر، وكانت استمارة التسجيل تتضمن شرطا واضحا ودقيقا يقضي بضرورة أداء مبلغ التسجيل السنوي دفعة واحدة، في حين أن العادة في هذا المجال جرت على أن يتم دفع هذا المبلغ بصفة دورية كل 3 أشهر[1].

وحيث أن الطالبة FORILLIÈRE لم تحضر لمتابعة دراستها إلا في حصتين شهر أكتوبر وسبتمبر، فطالبتها المدرسة بأداء مبلغ التسجيل السنوي المتفق عليه، معتمدة على مقتضيات العقد الواضحة فطالبتها المدرسة بأداء مبلغ التسجيل السنوي المتفق عليه، معتمدة على مقتضيات العقد الواضحة التي تلزمها بذلك، في أن السيدة FORILLIÈREتمسكت بأن هذا الشرط تعسفي لأنه يخرج عن العادة المتبعة في هذا المجال والتي تقضي بالأداء الدوري لمبلغ التسجيل أي كل 3 أشهر.

وقد لوحظ بأن العادة هي دفع مبلغ التسجيل كل 3 أشهر وعليه فيعد تعسفيا الشرط الذي يلزم بدفع مبلغ التسجيل سنويا، وعليه فحكمت محكمة باريس لفائدة السيدة FORILLIÈREمعتبرة أن الشرط الذي يخرج عن العادة المعمول بها في هذا المجال يعتبر تعسفيا وباطلا.

وقد اختلف الفقهاء بمدى إمكانية الاعتماد على مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية، حيث أن الفقه التقليدي لم يول اهتماما كبيرا به ويرى البعض أن مبدأ حسن النية يراعى فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة بمكان ترك العقد لمحض تقدير القاضي وهذا بالاستناد إلى المادة 1134 مدني فرنسي.

[1]- Jacques Mestre, le juge ne peut refuser de faire l'application d'un clause claire et précise sans caractériser en quoi elle serait constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet", RTD civ., 1990,p277.

بينما يرى آخرون أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظل العقود جميعها، سواء فيما يتعلق بمرحلة انعقادها وتحديد مضمونها أو بتنفيذها[1].

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد استعا ن بالالتزام بمبد أ حسن النية لمحاربة الشروط التعسفية وذلك بمقتضى نص المادة 30 من القانون -04-02 السالف الذكر.

**ثانياً: دور التعسّف في استعمال الحق في الرقابة القضائية على عقود الإذعان**

يشير البعض أن الاختلال في التوازن العقدي الذي يؤدي إلى تركيز صفة الإذعان في العقود هو ناتج من استغلال الموقف الذي يتيح للطرف القوي التحكم بالشروط وآثارها. وليس هو الحق الخاص الذي يتجاوز فيه المالك لحدوده، وبالتالي فإن الاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق يؤدي إلى تجميد فكرة إعادة التوازن وتحقيق العدالة التبادلية من خلال الحد من الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصر دائرتها وحمايتها في صور محدودة فتنحصر تبعا لذلك الحماية الواجب توفرها للمتعاقد[2].

ولقد أثارت مسألة علاقة نظام الشروط التعسفية بنظرية التعسف في استعمال الحق خلافات عديدة بين رجال الفقه،إذ يشير جانب من الفقه إلى أن الشروط التعسفية ما هي إلا مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، وأن تضمين العقد بالشروط التعسفية هو نتيجة تعسف شخص في استعمال حق التعاقد بإدراج تلك البنود التي تناسبه[3].إذ أن إدراج شرط في العقد وإن كان يعتبر حقا، فإن هذا الشرط يعد تعسفي متى

[1]– محمدبودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص64.

[2]– جاسم م حمد، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية. ( دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي)، جامعة بابل العراق، المجلد 6، العدد2019، 3، ص472.

[3]- Gérard BLANC, l'abus de droit dans les contrats en droit français, in l' abus de droit comparaison Franco-suisses, Actes du séminaire de Genève mai 1998, Publication universitaire de Saint-Etienne, 2001.p126.

انطبقت عليه صورة من صور التعسف في استعمال الحق طبقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني[1].

إن الربط الكلي بين الفكرتين غير مستساغ، ذلك أنّ إرجاع فكرة الشروط التعسفية جملة إلى التعسف في استعمال الحق لا يخلو من النقد، وهذا لعدة اعتبارات نتناولها وفق ما يأتي:

وعلى هذا الأساس يكون من الصعب النظر لمنع الشروط التعسفية على أنه تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، فالشروط التعسفية نظام مستقل ينحصر فقط في التصرفات التعاقدية، نظّم خصيصا لمواجهة أخطر حالات التعسف في مجال العقود،إن تنظيم الشروط التعسفية يمنح للقاضي وسائل يستند عليها في عملية تكييف وتقدير الطابع التعسفي للشروط [2].

والحقيقة أنّترك المجال الواسع للقاضي تكييف أو تقدير وجود الطابعّ التعسفي لشروط أخرى وفق نصوص خاصة لم يتسن للمشرع توقعها ،الأمر الذي من شأنه الحماية من الشروط التعسفية المتعلقة بأي مرحلة من مراحل العقد، والتي من شأنها إعانة القاضي بالاهتداء بها أثناء عملية التقدير الشرط التعسفي من عدمه. وب>لك يتوسع القضاء في تحديد الشروط التعسفية حفاظا على مبدأ الاستقرار القانوني بل إن احترام أحدهم يؤدي دائما إلى التضحية بالأخرى[3].

وهو ما يؤيده بعض الباحثين من أنّ إرجاع فكرة التعسف جملة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لا يخلو من النقد، لأن الربط الكلي بين الفكرتين غير مستساغ، لانحصارالتعسف في استعمال الحق في ثلاث حالات كما تشير إلى ذلك المادة الخامسة

---

[1]–فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجيستير، جامعة الجزائر، 1998، ص85.

[2]– عنتري بوزرار شهيناز، التعسف في العقود، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر –1– 2013، 2012، ص15 و16.

[3]- D.BERTHIAU , op.cit, p 136. p152.

من القانون المدني المصري ، فيه تجميد لفكرة الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصر دائرتها ومجالها في صور محدودة ومعدودة[1].

الأمر الذي يفسر أنّالمشرع الجزائري قد قام بإصدا ر قانون 2004 الخاص بالممارسات التجارية، وقيامه بتعريف الشرط التعسفي، ولا يخفى ما لهذا التعريف من فائدة في تحديد معايير الشرط التعسفي عموما، الأمر الذي يعني أنّ المبادئ العامة التي جاء بها المشرع الجزائري في ظل القانون المدني ومنها التعسف في استعمال الح ق تبقى عاجزة وقاصرة عن توفير حماية للطرف الضعيف في العلاق ة التعاقدية ضد اختلالات التوازن الناتجة عن إدراج شروط تعسفية[2].

[1]– أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، ص، 351

[2]– فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص28.

## المبحث الثاني:الأساس القانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان في مرحلة تنفيذ العقد

يكون للقاضي سلطة رقابية على عقود الإذعان، وذلك من خلال معيار يسترشد به في رقابته لهذا النوع من العقود، وسيتم بيان هذا المعيار الذي يسترشد به القاضي، وكذلك تحديد الطبيعة القانونية لهذه الرقابة، هل هي رقابة إلزامية، أي أنها متعلقة بالنظام العام، أم هي مجرد قواعد تعزيزية، وهل يجوز للقاضي بناء عليها تعديل الشروط التعسفية المدرجة في بنود العقد من عدمه؟ [1]، وعلى هذا الأساس نعالج دور القاضي في الحد من الشروط التعسفية ضمن المطلب الأول، ثم نتطرق لسلط ة القاضي في التعديل والإعفاء في عقد الإذعان في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة ضمن المطلب الثاني.

### المطلب الأول: دور القاضي في الحد من الشروط التعسفية

إن تطور الأوضاع الاقتصادية والتفاوت في المراكز المالية بين أطراف العلاقة العقدية دفع أحدهم لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون مناقشة، وهذا النوع من العقود أطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان، حيث ينفرد أحد الطرفين بصياغته، وينظم اليه الطرف الأخر دون أن يستطيع تعديله[2].

الأمر الذي لم يعد معه مبدأ المساواة القانونية قادر على أن يحقق التوازن العقدي في ظل عدم المساواة الفعلية بين طرفي العقد، من هنا بدأ الاعتراف بنطاق الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي،وهذا الاعتراف كان بمثابة الاستثناء على القاعدة العامة، وهي أن العقد يحقق توازنه الذاتي طبقا لحرية التعاقد والمساواة التي تجمع بين

[1]–محمود علي رحمة ، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، بدون بلد النشر، 2018، ص85.

[2]- Ghestin jacues op.cit, p 136. p77.

طرفاه من الناحية القانونية،وغالبا ما تتضمن عقود الإذعان شروطا كثيرة يقبلها الطرف المذعن، وهذا القبول أحيانا مرده الثقة وغالبا الجهل بهذه الشروط، لذا على المحكمة أن تحتاط للأمر[1].

ومن ثم فليس أمام القاضي إلا القيام بتعديل ذلك الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، لأن الشرط يكون تعسفيا إذا أهدر مصلحة الطرف المذعن أو ألحق به أضرار نتيجة لما يترتب عليه من اختلال في توازن التزامات الطرفين، وهذا في ظل تزايد تصاعد الرغبة التشريعية في توفير وبسط الحماية للطرف الضعيف في معظم دول العالم،من خلال التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في حد ذاتها، ولقد كان هذا الاختلاف بين النظم القانونية في الأساليب المستخدمة لحماية الطرف الضعيف سببا للدعوة إلى التنسيق، أو إلى التوحيد كلما أمكن ذلك في هذا المجال، كما أنه ليس من السهل تحديد الشروط التعسفية عل سبيل الحصر، لذلك اختلفت الأساليب المعتمدة تبعا للنظام القانوني المتبع[2].

فقد يلجأ المشرع إلى إخضاع هذه السلطة إلى السلطة التقديرية للقاضي لحماية الطرف الضعيف، وأحيانا للحماية التشريعية من خلال سن القوانين باشتراط تضمين العقود بعض البنود التي تحمي الطرف الضعيف ،وفي نفس الوقت تخويل القاضي سلطة مراجعة الشروط التعسفية وهذا ما يسمى بالأسلوب التقليدي.

والأصل أن يحجم القضاء عن التدخل في الرابطة العقدية احتراما لمبدأ"القوة الملزمة للعقد"، طالما تمتع طرفا العقدبأهليتهما في التعاقد ،غير أنّ القضاء بدأ يتراجع عن

[1]– خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الاذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية, المجلد 6, العدد 1، 2014، ص387.

[2]–العربي مياد، المرجع السابق، ص224.

التطبيق الدقيق لهذا المبدأ، وذلك مسايرة منه للتطور الحديث الذي طرأ على العلاقة التعاقدية.

وتتميز الرقابة القضائية من خلال[1]:

حرص المشرع على أن تكون الرقابة القضائية من النظام العام، والنظام العام كأحد الأفكار الأخلاقية الحمائية هو مجموعة أو منظومة الأسس التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت أخلاقية أم اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية، وطالما أن الرقابة القضائية متعلقة بالنظام العام فإنه يترتب عليها أن كل اتفاق على استبعادها يكون باطلا وهذا المسلك التشريعي قصد منه استبعاد أي اتفاق أو أية وسيلة قد تؤدي إلى منع القاضي من مباشرة سلطاته في الرقابة على الشروط التعسفية.

– جعل المشرع الرقابة القضائية متصفة بالاتساع والشمولية لكل أنواع الشروط التعسفية، وعلى ذلك تشمل الرقابة كل الشروط، سواء علما بها المذعن أم لم يعلم، ولقد كان المشرع موفقا في هذا التوسيع ذلك أنّ الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط الذي يتضمنه العقد حتى ولو علم به وكان مدركاً لمدى الإجحاف الذي يعرضه إليه[2].

أعطى المشرع للقاضي حرية الاستنادإلى مبادئ العدالة بما تحويه من أفكار أخلاقية،وهذه الأخيرة ما يستقر في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات، وهذه القواعد لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه، وأن يكون هذا الرأي مبنياً على أسس موضوعية عامة، كما أنّ تفويض القاضي في تطبيق قواعد العدالة يعتبر شأنها في ذلك شأن الإذن للقاضي بأن يطبق ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع أو المبادئ العامة في قانون الدولة

[1]- أ. منهل عبد الغني قلندر، المرجع السابق، ص58 وما بعدها.

[2]- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص246.

أو مبادئ القانون العامة فحسب [1]، وعلى هذا الأساس فإن فكرة العدالة يمكن النظر إليها على أنها العدالة العقدية، وهذا يجعلنا نتفق مع كل من يرى أنّ العدالة هي مرادف لفكرة التوازن العقدي بين أطراف العقد، غير أنّ هذا التوازن ينظر إليه من زاوية موضوعية، بمعنى أنه يمثل التكافؤ بين الطرفين في الحقوق والالتزامات [2]. وعلى هذا الأساس فإن الشرط التعسفي في عقد الإذعان يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي بين الطرفين،الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إعادة هذا التوازن العقدي من خلال إعطاء القاضي السلطة في تقدير هذا التوازن في ضوء قواعد العدالة.

فللمشرعتحت تأثير المذهب الاجتماعي [3] أحاط عقود الإذعان بنظام قانوني لمواجهة الشروط التعسفية لتمكين القاضي من التدخل في العقد بقصد تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها.

فهناكوسائل منحها المشرع للقضاء ليتمكن من خلالها من توفير حماية قانونيةللمذعن في إطار عقد الإذعان ، والمقصود بالحماية هنا مجموعة الإجراءات والنصوص القانونية التي يسعى المشرع من خلالها – أو يخول القاضي سلطته التقديرية– في مواجهة الشروط التعسفية في العقد الذي يبرم بين طرف قوي ينتفع من وضع هذه الشروط،وطرف ضعيف يتضرر منها [4]، وهذابالنظر إلى اختلال التوازن في العلاقة العقدية بين الطرفين من حيث الخبرة الفنية والاقتصادية،فإقرار القواعد القانونية الخاصة

---

[1]- محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية القانون ط 4 1998، 1999 ص207 وما بعدها.

[2]- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص40.

[3]– يقصد بالمذهب الإجتماعي مجموعة الأفكار التي تبدأ من المجتمع لا من الفرد، وعلى ذلك فعكس المذهب الفردي الذي ينظر للفرد فقط، فإن المذهب الإجتماعي ينظر للمجتمع على أنه كائن له مقومتاته الذاتية، وإرادته الخاصة، وعلى ذلك يرى أنصار المذهب الإجتمتاعي أن الهدف الأول للقانون هو تحقيق مصلحة الجماعة، وليس مجرد آدة لتحقيق مصالح الأفراد.

[4]–فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص12.

بحماية الطرف الضعيف يمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية لحمية حقوق الإنسان طبقا للفلسفة السياسية والقانونية التي تسود النظم القانونية المعاصرة، وهي الحماية التي أقرتها المواثيقوالاتفاقيات والإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان،وانتقلت بذلك من ميدان المبادئ الأخلاقية والنظريات الفلسفية إلى ميدان الممارسة الواقعية،وأصبح العمل يجري على إنشاء الوسائل والآليات القانونية اللازمة لتقرير هذه الحقوق وحمايتها[1]،فالقانون بقواعده الآمرة هو الذي يحد من تسلط القوي ويمنعه من فرض إرادته على الضعيف الذي لا يملك بسبب تدني مركزه أن يدافع عن مصلحته عند التعاقد.

وعلى هذا الأساسنعالج في الفرع الأول المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته الحمائية وتقدير الحماية القانونية من الشروط التعسفية أما الفرع الثاني فنخصصهلسلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة ضمن الفرع الثاني.

## الفرعالأول: المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته الحمائية وتقدير الحماية القانونية من الشروط التعسفية

أجاز المشرع للقاضي سلطة التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان حماية للطرف المذعن، وترك للقاضي بذلك سلطة تقدير ذلك، فيقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشرط وبيان مقتضيات العدالة فإذا كشف بحسب تقديره شرطا تعسفيا في العقد فله أن يعدله بما يزيل أثر هذا التعسف أو إلغاء الشرط التعسفي وفقا لما تقضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد[2]

[1]–موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص9.

[2]–فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة لموقف القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2004، ص262.

ومثل هذا التدخل من قبل القاضي يعد استثناء من مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه ضمن المادة 106 من القانون المدني الجزائري، ومثل هذا التدخل أملته الظروف الاقتصادية التي أدت إلى اختلال ظاهر بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية بعدما أصبح أحدهما عالما بكل التفاصيل [1]،إذ لم يحدد له أنماط معينة ليتم على أساسها التعديل والإعفاء لتحقيق الحماية أولا، الأمر الذي يثير مسألة تقدير الحماية القانونية من الشروط التعسفية ثانيا.

**أولا:المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته الحمائية**

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية وفقا لما تقضي به العدالة، وهذا استنادا لنص المادة 110 من القانون المدني، التي نصت" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أنّ مثل هذا النص لم يتضمن الوسائل التي يتبعها القاضي في هذا الشأن، واكتفى النص" وفقا لما تقضي به العدالة "، ومثل هذا المعيار مطلق وغامض، لكن وعلى الرغم من ذلك فإنه لا مانع من القول أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، ومثل هذا التدخل كما يشير إليه جانب عن الفقه الجزائري مبرره الإنصاف[2]. على نحو يقيم التوازن فيما بينهم بعيدا عن التعسف، وهذا إحساس طبيعي يحرك القاضي في تعديله أو إلغائه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان[3].

[1]- منيرة جربوعة، المرجع السابق، ص205.

[2]- «Cette solution incontestablement justifiée par l'équité…». Ali Bencheneb, le Droit Algériendes contrats, Edition AJED, 2011, p151.

[3]- سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص17.

ومعيار العدالة يصلح كأساس يستدل به القاضي ويرجع إليه في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها،وانطلاقا من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لبيان مقدار التعسف وبيان مقتضيات العدالة فإن القاضي وبحسب تقديره شرطا تعسفيا في العقد فله أن يعدله بما يزيل هذا أثر هذا التعسف أو إلغاء الشرط التعسفي وفقا لما تقضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1].

والمقصود بالعدالة – فعلى الرغم مما يحيط بهذا المبدأ من غموض وإبهام بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لأخر، وتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة– فإنه يبقى في حقيقته معبرا عن مجموعة من الأسس الثابتة، التي تنشئ القانون للبشرية والنظام المثالي الذي يتعين الوصل إليه .

**ثانيا:تقدير الحماية القانونية من الشروط التعسفية**

لقد أناط المشرع سلطة الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان من خلال السلطات الواسعة في تعديل الشروط التعسفية لإزالة عدم التوازن في العلاقة العقدية أو إلغاء الشروط التعسفية أو تفسير العبارات الغامضة الواردة فيها لمصلحة الطرف المذعن على النحو الذي يحقق الحماية من الشروط التعسفية، وهذا بشرط تقيد القاضي بمقتضيات العدالة،وعلى هذا يثار التساؤل حول إمكانية امتداد الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان إلى غيرها من العقود، وإن كانت لا تحمل وصف الإذعان.

**الاتجاه الأول: يرى عدم امتداد الحماية القضائية وتوسيعها إلى عقود أخرى غير عقود الإذعان**

حيث أن الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان. هي حماية استثنائية وما وردعلى خلاف الأصل لا يمكن التوسع فيه، ومن ثم لا يمكن للقاضي ممارسة السلطة

[1]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص262.

الممنوحة له في مواجهة الشروط التعسفية على عقود أخرى غير عقود الإذعان.

**الاتجاه الثاني: يرى بجواز امتداد الحماية القضائية وتوسيعها إلى عقود أخرى غير عقود الإذعان**

ذلك أن عقود الإذعان يترتب عنها نشوء علاقة تعاقدية غير متوازنة يتسم أحد أطرافها بالضعف في مواجهة الطرف الآخر على النحو الذي يبرر الحاجة إلى تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في هذه العقود [1]. ومن مظاهر اختلال التوازن في هذه العقود إنفراد أحد أطراف العقد بوضع شروط العقد في ضوء مبدأ الحرية التعاقدية التي يتمتع بها، ومن ثم إيراد شروط بما يحقق له مصلحته وفائدته. وفي الأخير نشير إلى أن ظاهرة اختلال التوازن العقدي أضحت واردة في العقود بوجود طرف ضعيف يستحق الحماية القضائية المقررة في عقود الإذعان،لا سيما أن هذه العقود خالية من السند التشريعي الذي يحكم الشروط التعسفية وحماية الطرف الضعيف فيها، وعلى هذا ندعوا المشرع إلى ضرورة توسيع وتفعيل الحماية القضائية على بعض العقود،ويكون ذلك بتدخل تشريعي بوضع نصوص قانونية تعالج موضوع الحماية أو بتساهل القضاء في المعايير المحددة في العقد لكي ينطبق عليها وصف الإذعان ومن ثم تشملها تلك الحماية[2].

وتفعيلا من المشرع الجزائري للحماية من الشروط التعسفية فقد قرر بطلان كل اتفاق يخالف حكم المادة 110 من القانون المدني، وذلك بحرمان الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية وجعله من النظام العام، والهدف من وراء هذا المنع هو لعدم تشجيع الطرف القوي على إدراج مثل هذه الشروط، وعدم تفريغ الحماية من محتواها.

[1]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص324.

[2]- فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص169.

## الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة

إن السلطات الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقضاء بصدد عقود الإذعان غيركافية لحماية الطرف المذعن،وكان عل يه أن يحذو حذو المشرع الأوربي الذي منحللقاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل في الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ومنها ما ينطبق عليها وصف الإذعان، لأن عقود الإذعان تمثل مساحةكبيرة من العلا قات التعاقدية التي يختل ف يها التوازن بين أطراف العقد من الخبرة والإعلام الكافي، إلا أن هذهالعلاقات ليست ك لها عقود إذعان، وبناء على هذا فهي غيركافية لحماية المستهلك[1]. خاصة إذا علمنا أن سلطة القاضي وفقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري هي سلطة جوازية وليست وجوبية، وتتجاوز سلطته العادية والمألوفة لأنها تخوله سلطة تعديل الشروط التعسفي وإهداره كلية متى اقتضت العدالة ذلك.

تأتي مرحلة تفسير العقد بعد مرحلة انعقاده، ولذلك أورد المشرع الجزائري نظرية التفسير عند معالج ته لآثار العقد في المادتين 111 و112 من القانون المدني، إلا أنه استعمل مصطلح التأويل بدلا من التفسير وذلك على غرار التشريعات العربية [2].ويستنتج من ذلك أنّ تقنية التفسير تعتبر منفذا مهما للقاضي المدني إلى العقد قصد تحديد مضمونه، ومحاولة إيجاد توازن بين التزامات طرفيه عن طريق حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

[1]- يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، العدد51، جوان، 2019، ص548.

[2]– عامر رحمون، المرجع السابق، ص74.

فالتفسير إذن الوسيلة القضائية لإظهار إرادة المتعاقدين [1]، ويقصد به تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين،مستندا في ذلك لصلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به [2]،حيث تتيح قواعد التفسير للقاضي سلطات وصلاحيات مهمة لحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، وهذه الحماية تختلف أهميتها ونطاقها حسب ما إذا كانت عبارات العقد واضحة أو غامضة.

وترجع الحاجة إلى التفسير كون القاعدة القانونية توضع بألفاظ وجمل،والألفاظ على حد ما ذهب إليه أحد القضاة الإنجليز تكشف عن نصف المعنى وتخفي النصف الآخر،ومهما حاول المشرع أن يكون واضحا ودقيقا فقد تستجد من الوقائع ما يتطلب البحث عما إذا كانت تلك القواعد المشرعة يمكن أن يصلح تطبيقها على الوقائع الحادثة.[3]

وعليه سنعالج وضوح العبارات الواردة في عقد الإذعان أولا، ثم مسألة غموض العبارات الواردة في عقد الإذعان ثانيا.

**أولا: وضوح العبارات الواردة في عقد الإذعان**

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تأويل العقد من خلال نص المادة 111 التي تقابلها المادة 150 مصري، والمادة 239 من القانون الأردني، بقولها:" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

---

[1]–محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص182.

[2]–عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 11. وأنظر أيضا، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص219.

[3]– عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، ط 2، مطبعة العاني، بغداد، 1958، 2010. أشار إليه: ذنون يونس، إبراهيم عنتر، المرجع السابق، ص48.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداف في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".
والمقصود بالعبارة الواضحة هو وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين، فيجب اعتبار تلك العبارة معبرة تعبيرا صادقا عن إرادتيهما المشتركة، وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لاستقرار المعاملات، إذ يجب على القاضي عند وضوح العبارات الواردة في العقد إلا التطبيق[1]

يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرع قد منع القاضي من تفسير العقد للتعرف على إرادة المتعاقدين، إذا كانت عبارات العقد واضحة، وكانت الألفاظ المستعملة في العقد واضحة الدلالة، فيمتنع القاضي عن تفسيرها على خلاف معناها الظاهر،تحت ستار التفسير للتعرف على إرادة المتعاقدين ،لأن العبارة الواضحة هي الإرادة الظاهرة وأن الخروج عن المعنى الظاهر هو انحراف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[2].

بل إن العبارة الواضحة تفيد التعبيرعن إرادة المتعاقدين، ومن ثم تجنب القاضي عناء البحث عن الإرادة الباطنة أو النية المشتركة للمتعاقدين ومن ثم تنتفي الحاجة إلى التفسير، وهو كرسته المحكمة العليا في قرارها:حيث اعتبرت أنه من المقرر قانونا أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا أيا كانت تلك العبارات ولا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس الذين قرروا أن التنازل وقع من طرف الطاعن دون أن يؤكدوا ما إذا

[1]– أحمد محمد الشريف، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، 1999، ص131.

[2]– محمد الهيني، المرجع السابق، ص205.

كان حق الغلة أو فيما جاء به أثناء إبرام عقد الاشتراك يكونوا قد وسعوا في تفسير عبارات التنازل وخالفوا القانون [1] وفي قرار آخر ذهبت المحكمة العليا إلى عدم السماح للقاضي إلى تفسير العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، حيث جاء أنه من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لتنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد ومتى كان ذلك أستوجب الرفض[2]

إذاكانت عبارات العقد واضحة في دلالتها فلا يوجد هناك حاجة إلى التفسير بل يتعين على القاضي الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارات ولا يجوز له الانحراف عن هذا المعنى تحت ستار تفسير العقد للتعرف على إرادة المتعاقدين[3].

إذ أن أول ما يبدأ القاضي عند تفسيره للعقد هو محاولة تحديد مضمونه في ضوء الإرادة الظاهرة أي التعبير عن الإرادة أو العبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد ومن ثم فإنه إذا كانت عبارات العقد واضحة واستطاع القاضي أن يحدد ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعملاها في التعبير عن إرادتهما ف إن ذلك سيجنبه عناء البحث عن الإرادة الباطنية أو النية المشتركة للمتعاقدين إذ أن عبارات العقد واضحة ومن ثم تنتفي

[1]– قرار مؤرخ في 1989/12/13 ملف رقم 56186. أشارت إليه: حوحو يمينة، المرجع السابق، ص65.

[2]– قرار الغرفة العقارية، ملف رقم 149300 قرار مؤرخ في 1997/07/23 المجلة القضائية، عدد 21، لسنة1997، ص51.

[3]– عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، الطبعة الخامسة، 2016، ص 321.

الحاجة إلى التفسير[1].

**ثانيا: غموض العبارات الواردة في عقد الإذعان وطرق تفسيرها**

بما أن عقود الإذعان تصاغ أحيانا بعبارات غير مفهومة وغامضة يستخدمها الطرف واضع العقد، وأحيانا بقصد جعل هذه العبارات مبهمة وتحمل أكثر من معنى، فيصبح من الطبيعي أن تكون بنود هذا العقد يشوبها الغموض، وذلك لإظهار إرادة الفرقاء من ناحية ولتحديد مضمون العقد من ناحية ثانية[2].

وعليه فقد حدد المشرع الجزائري القاعدة العامة لتفسير العقود ، وهي أنه إذا كانت عبارة عقد الإذعان غامضة يجب على القاضي في هذه الحالة أن يستخدم سلطته في تفسيرالعقد بما يزيل الغموض بالبحث عن الإرادة المشتركة بين الطرفين ولا يتقيد بالمعنى الحرفي للفظ، وهذا من خلال نص المادة 111 التي تقابلها المادة 150 مصري، والمادة 239 من القانون الأردني، والتي تنص على ما يلي:

"إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وعليه فطالما كانت عبارات العقد غامضة في الدلالة على المعنى المقصود فمن البديهي أن يلجأ القاضي إلى تفسير العقد حتى يزيل هذا الغموض غير أنه إذا عجز

[1]– ذنون يونس، إبراهيم عنتر، المرجع السابق، ص49.

[2]– بابا عمي الحاج أحمد، حدود تدخل القاضي في مضمون عقد التأمين –دراسة مقارنة، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد02، 2017، ص338.

القاضي عن استقصاء الإرادة المشتركة للمتعاقدين وفقا لقواعد التفسير فإنه يبقى عليه في هذه الحالة أن يفسر الشك في مصلحة المدين.

## 1-تعريف التفسير:

يقتضي تحديد المقصود بالتفسير الإشارة إليه لغة ثم اصطلاحا.

### 1-1 - التفسير لغة:

هو مصدر الفعل الرباعي فسر بتشديد السين، مضاعف الفعل الثلاثي فسر بالتخفيف يقال: فسرت الشيء فسرا من باب ضرب بينته وأوضحته، والتثقيل مبالغة [1]. الأصل أن التفسير لغة هو البيان والتوضيح لكشف المراد [2]، ومنه قوله تعالى "وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا"[3].

### 1-2- المعنى الاصطلاحي:

لقد تعددت تعاريف التفسير في معناه الاصطلاحي وذلك بالنظر إلى طبيعة الشيء المراد تفسيره، وأهمها:

بأنه:" بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص"[4].

وعرف التفسير على أنه:" بيان الغامض وإيضاح المبهم والكشف عن المراد بنصوص العقد، فتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ، والتفسير هو

---

[1]- أحمد بن محمد بن عليالفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح للرافعي، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص281.

[2]- خالد السيد عبد المجيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية: النظرية العامة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2017، ص143.

[3]- سورة الفرقان، الآية 33.

[4]- عامر رحمون، المرجع السابق، ص157.

العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به"[1].

فالتفسير في نظر بعض الفقهاء هو عملية رسمية يقدمه القضاة عندما ينظرون القضايا المطروحة عليهم[2]. ويضع جانب من الفقه تعريفا مفضلا لتفسير العقد فيقول هو بحث واقعة لمعرفة قيمتها [3]، أما الدكتور عبد الحكيم فودة فوضع تعرفا جامعا للتفسير فيعرفه بقوله: بأنه تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما ارتضى العقد من غموض للوقوف على الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدي ن مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به[4].

ومثل هذا التعريف ذهب البعض – وعلى حق– أنه من أحسن التعاريف وضوحا في تفسير العقد، لكونه جاء شاملا من خلال ربط العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بما جاء به العقد وما يكتنفه من غموض وما يتفرع عنه نتيجة تنفيذ بنوده، ولأنه بهذا التعريف يشمع جميع الحالات التي يمكن أن يرد عليها النص، ولذلك هذه المهمة لا يقوم بها إلا القاضي المتمكن قانونيا في تفسير العقود، ولأن العقود التي تنظم شؤون الحياة، وخصوصا عندما تكون عبارات النص يكتنفها الغموض [5].

إن تحديد ما إذا كان العقد واضحا أم غامضا من المسائل التي أثارت جدلا فقهيا واسعا، ففي الوقت الذي يعد العقد من قبل جانب من الفقه واضح. فقد يعده البعض

---

[1]– عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص545.

[2]–محمود فريد عبد اللطيف ، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2018، ص84.

[3]- رمضان وليد صلاح، المرجع السابق، ص139.

[4]- رمضان وليد صلاح، المرجع السابق، ص140.

[5]- علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص59.

الآخر غامض، الأمر الذي يقتضي تفسير واستجلاء حقيقة ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، أما عن موقف القضاء الجزائري بخصوص غموض عبارات العقد [1]: وقد جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر في 1983/04/13 مفهوم "غموض عبارة العقد" وهو حالة إغفال المتعاقدين بعض المسائل التفصيلية في العقد فجاء في حيثيات القرار من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين وأن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق على التزام معين يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في تفسير العلاقة التعاقدية، ومن ثم فإن التعيير عن القرار المطعون فيه بخرق القانون والخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب الرفض.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي وافق على الحكم القاضي بإبطال دعوى مشتري السيارة الرامية على الحكم على البائع بأداء مبلغ 8000 دج رسم جمركي دفعه في السيارة المباعة يكون قد التزمت صحيح القانون مادام الرسم على استيراد السيارةإجباريا في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك أما بالنسبة لطرفي البيع، فالعبرة بما أتفق عليه، وبما أنّ العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكولا لقاضي الموضوع الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة، مما يجعل النعي بذلك مردود والطعن غير جدير بالقبول[2]،

فالغموض بذلك هو عدم صلاحية العبارات لنقل الإدارة الباطنة إلى العالم الخارجي، رغم وضوحها الذاتي أو عدم كفاءة التعبير، مما يولد اللبس والغموض في الوصول إلى معرفة القصد الحقيقي من العقد، وبالتالي انقطاع الصلة ما بين التعبير والنية، لذا ومن أجل إزالة هذا الغموض والوصول إلى نية المتعاقدين لا بد من استعانة

[1]– حوحو يمينة، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسيير العقد، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة2013، ص61.

[2]– قرار الغرفة المدنية، ملف رقم 31315 قرار مؤرخ في 1983/04/13 المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1990، ص19.

القاضي بقواعد تساعده في عمله[1].

**1-3- التمييز بين التفسير والتأويل:**

إن تفسير العقد يعني تحديد معناه من خلال دلالة الإرادة، فهو استنطاق النص التعاقدي للوقوف على إرادة أطرافه، أما التأويل فهو وسيلة لاستعمال النص لحمله على ما فيه من فائدة حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى معنى معقول مطابق للقانون بغية إنقاذه من البطلان[2].

إذن فإن التفسير والتأويل يشتركان في أنّ النص المراد تفسيره هو نص غامض ويختلفان فيعطيان التأويل المعنى المرجح من النص، أما التفسير المعنى المراد منه[3].

وقد نظم المشرع الجزائري نظرية التفسير عند معالجته آثار العقد في المادتين 112/111 من القانون المدني الجزائري إلا أنه استعمل في المادتين مصطلح التأويل بدلا من التفسير وذلك على غرار التشريعات العربية.

وقد جاء في النص باللغة الفرنسية مصطلح interpretation والذي يعني التفسير والأرجح أن نستعمل التفسير بدلا من التأويل[4].

---

[1]-عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص211.وأنظر أيضا: م . مسهير حسن هادي، القواعد القانونية في تفسير العقد، جامعة بابل، كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد01، العدد2014، 21، ص125.

[2]-كريم بو لعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2015، ص131.

[3]- فطيمةعاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2003-2004، ص12.

[4]- فطيمةعاشور، المرجع السابق، ص11.

## 2- القاعدة العامة في تفسير الشك

في حالة قيام الشك لدى القاضي في حقيقة مدلول عبارات العقد فإن الشك يفسر لمصلحة المدين وهي قاعدة احتياطية في التفسير، بمعنى لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محددة بموجب قواعد التفسير الأصلية، وهذا يعني أنه إذ عجز القاضي عن استقصاء الإرادة المشتركة للمتعاقدين وفقا لقواعد التفسير التي نص عليها القانون وظل الشك يتردد بين وجهتين تحتلهما عبارة العقد، تعين عليه في هذه الحالة أن يفسر الشك لمصلحة المدين، فمثلا لو تم الاتفاق في عقد البيع قيم البائع بعمل إصلاحات معينة على المبيع قبل تسليمه وهذا على خلاف القاعدة المكملة التي تقضي بان البائع يلتزم بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، ثم ثار الشك حول مدى الإصلاحات التي يلتزم بها البائع فسر الشك على أن المعنى الذي يحقق مصلحة البائع وهو المدين[1].

هذا وأن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين تقوم على أصول عامة في القانون، وهي الأصل في الشخص براءة الذمة وأن الالتزام هو الاستثناء والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، وبقاء ما كان على ما كان فيحكم ببقاء الأصل، كما أن الدائن هو المكلف بالإثبات الالتزام وإذا قام الشك في الالتزام من حيث مداه وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع وكان عاجزا عن إثبات ذلك فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة تفسير[2].

وأن الالتزام يمليه الدائن لا المدين، لأن الدائن في الغالب هو الطرف القوي،والمقصود بالمدين هو في إطار هذه القاعدة هو المدين في الالتزام الذي يدعى

---

[1]- أحمد محمد الشريف، المرجع السابق، ص133.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص302.

عليه خلاف الأصل ومن ثم وجب التفسير لمصلحته [1]. وهذا بغض النظر عن وضع الشخص في العقد بجملته حتى وإن كان دائنا، ففي العقود الملزمة لجانبين قد يفسر الشك في بعض الأحيان لمصلحة أحد الطرفين، وفي بعضها يفسر لمصلحة الطرف الأخر، وذاك بحسب ما إذا كان المتعاقد دائنا أم مدينا [2] وهو ما يتفق مع الأساس الذي أقام عليه المشرع قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فالمستفيد من الشروط هو الذي يملي أحكامه، فإذا قصر في ذلك فليتحمل مغبة إهماله[3].

لكن وعلى الرغم من أهمية هذه القاعدة في توفير قدر من الحماية للطرف الضعيف إلا أن هذه القاعدة غير كافية لتحقيق الحماية المرجوة له لأن الأمر لا يتعلق بتقييم العقد في مجمله وإنما يقتصر التفسير على أحد شروط العقد، حتى ولو استطاع القضاء عن طريق التفسيرالتخفيف من أثر الشرط التعسفي لأنه لا يؤدي بذلك إلى إعادة التوازن العقدي إذ لا يستطيع القاضي أن يعطل تطبيق أي شرط من شروط العقد بحجة تحقيق التوازن بين الالتزامات إلا في الحالات المسموح بها قانونا [4]. إضافة إلى ذلك أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين هي قاعدة احتياطية لا يلجأ إليها إلا بعد استخدام القواعد الأصلية في التفسير، غير أنه إذا كان الشك يفسر دائما لمصلحة المدين فإنه في عقود الإذعان يجب أن يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا -2-2- على أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن لها مبررات-2-3-

---

[1]- أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010، ص119 وأنظر أيضا: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، المرجع السابق، ص127.

[2]- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، في مصادر الإلتزام، ط3، الدار الجامعية، لبنان، 1994، ص304.

[3]- خالد أحمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، رسالة ماجيستير، جامعة القدس، فلسطين، 2001، ، ص111.

[4]- أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، 220.

### 2-2- تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

لقد أورد المشرع استثناء على قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين وهذا إذا كان العقد من عقود الإذعان وتضمن عبارات غامضة تعذر إيضاحها عن طريق التفسير، فالشك يجب تفسيره لصالح الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني الجزائري بقولها"غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

ويبدوا أن المشرع على اعتبارات معينة قرر حماية الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا لأنه لا دخل له أو لا علاقة له في وضع عبارات العقد،لأنها في الغالب من إملاء الطرف الآخر ومن ثم يجب أن يتحمل وزر ما فيها من غموض لا تفلح وسائل التفسير في إيضاحه[1].

غير أنّ الإشكال يثار متى يكون الطرف المذعن دائنا ؟ والإجابة على هذا أنه يكون الطرف المذعن دائنا إذا قام بتنفيذ التزامه ولم يقم الموجب الطرف القوي بالمقابل بتنفيذ التزامه أو حالة قيام الموجب بتنفيذ التزاماته أولا.

من أجل مواجهة أي غموض يتعمد الطرف القوي تمريره في صلب العقد لاستعماله لاحقا بما يتناسب ومصالحه، تدخلت التشريعات بتفسير الإبهام واللبس لغير مصلحته، أي لمصلحة الطرف الضعيف وهو المذعن، لاسيما أن الأخير لم يكن في إمكانية مناقشة شروط خصمه أو التفاوض بشأنها،ومن هنا استقرت قاعدة الشك يفسر لمصلحة المذعن.

### 2-3- مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

[1]- خالد محمد سباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة القدس، كلية الحقوق، فلسطين، 2001، ص134.

إن أبرز ما يبرّر هذه القاعدة هي اعتبارات العدالة، إذ أنّ عقد الإذعان على نقيض عقد المساومة يفتقد عنصر المناقشة لشروط العقد، فيقتصر دور القابل فيه على التسليم بما يملى عليه من إيجاب في صورة شروط مكتوبة عادة، ومن ثم ف إن أحد المتعاقدين هو سيد العقد في الواقع، بينما الآخر هو المذعن له، سواء كان هذا الإذعان قانونيا أو فعليا، فليس ثمة إرادة حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي نلمسه في عقود المساومة، بل يكون رضاء القابل بشروط التعاقد أشبه بالتسليم بالأمر الواقع. وبناءً على ذلك فإذا اكتنف شروط العقد أي غموض، ومن ثم قام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، توجب تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف الضعيف، ذلك أن الطرف القوي هو الذي يملي الشروط، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، وكان من الطبيعي أن نجعله مسئولا عنه، خصوصا أن هذا الطرف له من الوسائل ما تمكنه في فرض شروط واضحة على الطرف المذعن.

ومن ثم كان هناك وجه آخر لتفسير مثل هذه العقود، وجه تمليه قواعد العدالة، وحسن النية، بحيث يكفل هذا التفسير حماية الطرف الضعيف،وتحقيق التوازن بين المتعاقدين[1].

كماأنّ القواعد العامة تقضي حماية الطرف الضعيف وإن الطرف المذعن في عقد الإذعان هو دائما الطرف الضعيف بغض النظر عن مركزه، حتى ولو كان الطرف المذعن هو الذي أضاف الشرط الذي سلكه الغموض فإن التفسير يكون لمصلحته لأنالعاقد المحتكر هو الطرف القادر والذي له الوسائل التي تمكنه من تبيين صيغ الشروط

[1]-محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، المجلد3، العدد الثالث، 2011، ص158.

وتوضيحها[1].

فقواعد التفسير هذه استثناء عن الأصل العام، وجاءت لتناسب مع طبيعة عقود الإذعان في حد ذاتها التي يتواجد فيها نوع من عدم التوازن بين أطراف الرابطة العقدية بسبب الإكراه المفروض على الطرف المذعن. ويمكن اعتبار قواعد التفسير هذه مظهرا من مظاهر الحماية المدنية للأطراف المستضعفة في هذه الطائفة من العقود بشكل من شأنه أن يحقق العدالة ويعيد التوازن بين أطراف العقد. ذلك إن قواعد الإذعان تتسم بالإجحاف في شروطها. والقاضي عندما يتدخل لتفسير هذه الشروط التعسفية، فـإنه يتخذ من التفسير وسيلة لتقويم العقد[2].

فإذا تضمن عقدا من عقود الإذعان كعقد التأمين أو عقد العمل شرطا غامضا ولم يستطع القاضي تبديد هذا الغموض بوسائل التفسير المتاحة والممكنة، بل يظل الشك قائما حول ما أراده العاقدان من عبارة هذا الشرط، فهنا يجب على القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن، أي المستأمن أو العامل[3].

وقد أكد القضاء الجزائري والفرنسي على الأخذ بالنظرية التعاقدية لعقد الإذعان، فقضت محكمة Colmarالاستئنافية في فرنسا، بأنه" طبقا لنص المادة 1134 من قانون المدني، فإنه يجب تنفيذ العقود وفقا لمبدأ حسن النية، ونصت المادة 1162 من ذات القانون على أنه في حالة الشك، فإن العقد يفسر ضد الشخص الذي وضع شروط التعاقد ولمصلحة الطرف الآخر، ويجب تطبيق هذه القاعدة الأخيرة بشكل صارم في حالة عقود

[1]- محمد عبد الشوربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997، ص68.

[2]– مقني بن عمار، "قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، العدد 01، ص161.

[3]–علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص69.

الإذعان[1].كماجاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1997/10/08[2]، والذي رأى قضاة الموضوع في تأويلهم للعقد المبرم بين شركة التأمين النادي السياحي، مركز النادي في العقد كونه الطرف المذعن، وفسر الشك لمصلحته.

هذا ونشير إلى أنه وعلى اعتبارات معينة قرر المشرع تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن حماية الطرف المذعن حتى ولو كان دائنا وذلك بشروط.

**-2-4-شروط إعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن**

إن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين لا تستند في تطبيقها إلى نية المتعاقدين فمن الواجب الاحتراز في تطبيقها فلا يمكن ذلك إلا بتوفر عدة شروط:

**-2-4-1- وجود مبرر للتفسير:**

فإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يوجد هناك مبرر لتفسير، ومن ثم تنتفي الحاجة إلى التفسير، بل يتعين على القاضي الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارات ولا يجوز له الانحراف عن هذا المعنى تحت ستار تفسير العقد للتعرف على إرادة المتعاقدين، وتقوم حالة الشك كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة، كأن تكون العبارات ذات دلالات متعددة ولا يمكن ترجيح إحداها فيحدث تردد في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التأويل[3].

**2-4-2-حسن نية المدين:**

لتطبيق القاعدة يجب أن يكون المدين حسن النية بحيث لا ذنب له في غموض عبارات العقد والذي كان على الموجب أن يزيله ،وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع

---

[1]- Colmar, 25 janv,1963, Caz,pal,1963,p227.

[2]- ملف رقم 160673 المؤرخ في 1997/10/08، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 1998.

[3]- فيلالي علي، الالتزامات- نظرية العقد، موفوم للنشر، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010، ص392.

الجزائري لم يستعمل مصطلح حسن النية بصفة صريحة على خلاف ما تضمنته التشريعات العربية صراحة كما هو الحال في التشريع الكويتي إلى ضرورة تفسير العقد بحسن نية وهذا طبقا لنص المادة 2/193 من القانون المدني والتي نصت:" إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه،دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من **حسن النية** وشرف التعامل." كما أن المشرع الفرنسي هو الآخر لم يشر إلى حسن النية كمعيار للتفسير في حالة عدم التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين وهذا في نص المادة 1156 من التقنين المدني قبل التعديل[1].

فسوء النية أو الإهمال من جانب المدين يتنافى مع المبرر والأساس الذي قامت عليه القاعدة، إذ أن جميع القواعد القانونية تنصب على عدم حماية سيئ النية .ذلك أن سوء النية يرفع الحماية عن المدين، ولذلك أشار جانب عن الفقه أنّ مسوغات تفسير الشك في عقود الإذعان واختلافها عن باقي العقود الذي يفسر الشك لمصلحة الطرف المدين هو لاعتبارات العدالة وحسن النية [2].

هذا وقد كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ حسن النية في تفسير العقد وفق ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين وهذا دون الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين ودون الوقف على حرفية العبارات، حيث ذهبت الغرفة التجارية في قضية تتلخص وقائعها من أنّ شركة سلمت لعمالها بطاقات ائتمان على حسابات تم فتحها لدى أحد البنوك، وعند انتهاء علاقة العمل التي تربطها مع أحد العمال،رفض هذا العامل إرجاع بطاقة الائتمانالتي منحته إياها الشركة فطلبت الشركة المانحة من البنك إلغاء البطاقة الممنوحة

[1]- Ancien article 1156 du Code civil français: « On doit dans les conventions recherche quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au senslittéral des termes. ».

[2]- منهل عبد الغني، المرجع السابق، ص52.

للعامل، وتم فعلا هذا المنح لكن بعد أن أصبح رصيد الحساب مدينا، فطالب البنك من شركة التضامن مع العامل بدفع الديون استنادا إلى أن البنود 1 و11 من العقد الذي يربط البنك كانت تنص على أنّ التضامن بين الشركة والعامل بالنسبة للرصيد المدين للبطاقة يظل قائما إلا في حالة السرقة والضياع، وقد استجابت لذلك محكمة استئناف فرساي(Versailles) لطلبات البنك، غير أنه تم إلغاء القرار من قبل محكمة النقض استنادا للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي لا يمكن لمحكمة الاستئناف الوقوف على حرفية البنود في ظل التقيد والالتزام بحسن النية الذي يجب أن يسود خلال مرحلة تنفيذ العقد[1]، كما استند الفقه في فرنسا أمام عدم وجود نص صريح إلى نص المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي والتي تسمح بتفضيل النية المشتركة للمتعاقدين على المعنى الحرفي للألفاظ، وذلك من أجل استبعاد الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وبالتالي يمكن إهمالها خصوصا إذا كانت الشروط المطلوبة تتعارض مع شكل آخر مكتوب باليد.[2]

## المطلب الثاني: سلطة القاضي في التعديل والإعفاء في عقد الإذعان في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة

إن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار الكثير من العقود التي لا يتوافر فيها تفاوض أو مساومة من عقود الإذعان، حيث يكون للطرف الضعيف الحق في تعديل الشروط

[1]- Cass. Com., 20 octobre 1998, N° 96-10.259, Bull. Civ. N° 2, p. 202. « Attendu que pour condamnerla société MAMI à paiement, l'arrêt se réfère aux articles 1 et 11 des conditions générales du contrat selon lesquels, sauf en cas de vol ou de perte, le titulaire de la carte et la personne morale qui a sollicité son établissement demeurent solidairement responsables du règlement de toutes dépenses qui auraient été effectuées avec la carte et retient que la carte n'étant ni perdue, ni volée, mais conservée par un préposé indélicat, son employeur, coobligé,demeurait tenu du règlement des dépenses faites au moyen de la carte;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si l'établissement émetteur de la carte avait, après avoir reçu opposition à son utilisation, mis en œuvre tous les moyens en sa disposition pour éviter que des retraits et ordres de paiement soient effectués, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »

[2]- Rigaux , La nature du contrôle de la cassation , Bruxelles, 1996,p315.

التعسفية أو إبطالها، سيما وأنّ عقد الإذعان بطبيعته يقتضي أن يستغل أحد الطرفين الآخر بوضع شروط العقد، ومن ثم فاحتمال التعسف لا محالة يظل قائما في حق الطرف الضعيف الذي أذعن ورضخ لإرادة الطرف القوي،الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري بالخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، وعليه فـإن الأصل في تدخل القاضي لتحديد مضمون الرابطة العقدية،هو استثناء من المبدأ العام– العقد شريعة المتعاقدين،– لذلك حصر المشرع تدخل القاضي في حالات محددة، الغاية منها ضمان حد أدنى من التوازن، إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. فالحماية التي أولاها المشرع للطرف المذعن باعتبارهالطرف الضعيف تعد الغاية التي استهدفها الفكر القانوني دوما الغاية منها ضمان حد أدنى من التوازن الضروري في العقد الذي يتم بطريق الإذعان لكونه ينشأ ابتداء مختل التوازن. وعدم إتاحة الفرصة للطرف الضعيف كفرصة الاطلاع على عقد الإذعان وما تضمنه من شروط أو بنود والذي يتعاقد من دون الإلمام الكافي أو على الأقل تقدير مداها مما يجعل الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي ومن ثم تنشأ علاقة غير متكافئة على النحو الذي يبرر الحاجة إلى تدخل المشرع لحماية الطرف المذعن في عقد الإذعان.

فعلى القانون في صورة المشرع أن يبذل الجهد في التخفيف من حدة الشروط التعسفية وآثارها المجحفة بالطرف الضعيف، وجعل هذه العقود تحت رقابة القضاء لإعمال ما يلزم من قواعد المواءمة من أجل إقرار ما هو عادل منها وتعديل أو إلغاء ما فيه من ظلم بالطرف المذعن وفاق لما تقضي به قواعد العدالة[1].

[1]– أيمن أحمد محمد الدلوع، مبدأ المواءمة وأثره على تفسير العقود، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص97 و98.

لذلك قدر المشرع ضرورة الخروج على القواعد العامة استجابة لما يتطلبه الطرف الضعيف من الحماية لكونه طرفاضعيفا في إطار علاقته التعاقديةٍ مع الطرفالآخر فليست بذلك الظروف الخارجية هي التي تبرر تدخل القاضي في العقد حماية للطرف الضعيف، وليس ضعف المتعاقد هو ما يجب منعه وتحريمه من لدن القاضي، فضلاعن أنّ عدم المساواة بين المتعاقدين ليست شرا بذاتها، بل إن المبرر الوحيد في تدخل القاضي في حياة العقد هو التعسف الذي ينتج عن التفاوت بين المركزين من جراء استغلال ضعف المتعاقد في العقد، والمسألة مرجعها في كل الأحوال لسلطة القاضي التقديرية[1].

غير أنه يجب على القضاء التشدد في التحقق من الشروط المؤدية إلى إبطال الشروط التعسفية وذلك حرصا على سلامة التعامل واستقراره، فهو مدعو لحفظ التوازن بين متطلبات الاستقرار العقدي وحماية الطرف الضعيف في العقد بحيث لا يحصل تجاوز في استعمال الحقوق، ولا خلل كبير في التوازن العقدي[2].

وقد منح القانون للقاضي سلطة جوازية للتدخل في تعديل بنود عقود الإذعان ولم توجب عليه ذلك،وهنا كان الأولى أن ينظم المشرع في القانون المدني وبنص صريح كيفية رفع هذا الإذعان عن الطرف الضعيف في هذا العقد وذلك بأن يوجب على القاضي تعديل بنود عقد الإذعان، وأن لا يترك الأمر لسلطته الجوازية وهذا ما سنبينه في المطلب الأول، من خلال الحديث عن إمكانية تعديل الشروط التعسفية الفرع الأول وأيضا سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة الفرع الثاني.

**الفرع الأول: إمكانية تعديل الشروط التعسفية**

[1]- راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2000، ص174.

[2]- يمينة بليمان، المرجع السابق، ص548.

خول المشرع للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، إذ تنص المادة 110 من القانون المدني والمقابلة للمادة 240 من القانون المدني الأردني على انه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

والمقصود بالتعديل في اللغة: "يعني التقويم من ناحية، وقد جاء في مختار الصحاح، (...وتعديل الشيء تقويمه، يقال (عدله تعديلا فاعتدل أي قومه، فاستقام). وكل مثقف (معدل) ومن معانيه أيضا (تعديل الشهود) بأن تقول أنهم عدول[1].

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرفه البعض عن الفقه بقوله إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره أو بند من بنوده، وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك، على أن يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزال ة العقد أو نقضه أو القيام بالإنقاص منها أو الزيادة [2]. وبذلك تتركز الحماية في تجنب المذعن أثر إعمال الشروط التعسفية، وبذلك فسلطة التعديل تعني الإبقاء عل الشرط مع رفع أوجه التعسف الذي شابه إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية[3].

إن إعطاء القاضي سلطة التدخل في تعديل الشروط التعسفية من أجل حماية الطرف الضعيف من خلال نص قانوني يعد صمام الأمان بحماية الطرف الضعيف، بل ويخرج عن حدود مهمته العادية، والتي تقتصر على التفسير، وهو قيد في الوقت ذاته على مبدأ سلطان الإرادة وعن القوة الملزمة للعقد، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك بإعفاء

[1]- الرازي الإمام محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986، ص269.

[2]- محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ص1.

[3]- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص269.

الطرف المذعن من الشروط التعسفية بحيث يستطيع إهدارها كليا إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن والعدالة ذلك[1].

إن تعديل الشرط الوارد في عقد الإذعان يعني الإبقاء عليه،مع رفع أوجه التعسف فيه[2]، فعلى سبيل المثال، إذا كان الشرط الوارد في عقد العمل يوقع غرامات مالية مرتفعة على العمال لمجرد أخطاء بسيطة، كان للقاضي وبموجب النص إذ ا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله لتخفيض الغرامة، لتتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل.

و يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل في نص المادة 110 من القانون المدني، "جاز للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وذلك مراعاة لمصلحة الطرف المذعن، فيكون له تعديلها حتى وان كان الشرط التعسفي المعدل يتسم بالدقة والوضوح، إذا رأى أن الإبقاء عليه من ش أنه التأثير على توازن العقد. وهكذا يظهر أن المشرع قد منح للقاضي سلطات في مجال عقود الإذعان تخالف القاعدة المستقر العمل بها في مجال العقود، التي تفيد أن العقد شريعة المتعاقدين، رغبة في توفير حماية للطرف المذعن في مثل هذه العقود[3]. غير أن هذه السلطة قد تبدو جوازية للقاضي ولكن الأمر على خلاف ذلك، لأن الفقرة الأخيرة من هذا النص نصت على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك". لأن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية هي من النظام العام بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة.

وهنا نشير إلى أنه حبذا لو كان النص على سلطة القاضي بكونها إلزامية لتوفير الحماية اللازمة للطرف المذعن والحد من تحكم الطرف القوي في عقود الإذعان لأن هذا

[1]- رمضان وليد صلاح، المرجع السابق، ص691.

[2]–علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص50.

[3]– كريمةتدريست، المرجع السابق، ص249.

أقرب للعدالة. غير أن هذه السلطة لا يجوز للقاضي أن يتصدى لها من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن عملا بمبدأ حياد القاضي.

وهذه السلطة المتمثلة في تعديل الشروط التعسفية تكون بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة والتي تتجلى في:

-قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن، نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد، يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية، ذاتها، فوسيلة التعديل في هذه الحالة تعد هي الأنسب لرفع الظلم عن الطرف المذعن.

-قد يتجلى هذا التعديل في الإنقاص، ويتحقق الأمر كذلك بإزالة المظهر التعسفي، للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات العقدية المتبادلة في العقد[1].

إن القاضي عندما يعدل العقد فإنه لا يفسره ولا يطبقه، ولكنه يخرج عليه ويقومه. والقاضي بهذا تحل إرادته محل إرادة المتعاقدين، وينشئ أثارا جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان. وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه ، ولذلك فإن القاضي لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه، بل لابد أن يكون مفوضا تفويضا صريحا من القانون في القيام بذلك. والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضي. والقانون لا يعطي للقاضي سلطة تقديرية في

[1]- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص120.

تعديل العقد إلا في الحالات التي يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرره في نفس الوقت.[1].

والحقيقة أن تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان يهدف إلى تحقيق غرضين[2]:

– أن الهدف من منح سلطة تعديل العقد للقاضي هو تجنب عدم العدالة والتي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد، وذلك في حالة ارتفاع الأسعار، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنا عن عدم العدالة المتحققة، وقت إبرام العقد.

– أن تعديل العقد يقصد به تحقيق المصلحة العامة، وذلك تحقيقا لمقتضيات السياسة الاقتصادية، إذ قد يتدخل المشرع لخفض الأداءات المالية المتفق عليها، ليس لأن الأسعار قد انخفضت أو إعادة التوازن بين الأداءات، وإنما لأن المشرع يهدف من تخفيض الأسعار تحقيق سياسة محاربة الانكماش[3].

ولعل من أهم التطبيقات القضائية في تعديل الشروط التعسفية ' ما حكمت به محكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم 1518 /ح / 968 في 1970/11/17 [4]بأن:"العقد المبرم بين السكك الحديدية وأحد الأشخاص لنقل بضائعه يعتبر عقد إذعان وبالتالي فإن الشرط الذي يجيز لمصلحة السكك الحديدة مضاعفة أجور الخزن في حالة التأخر في إخراج البضاعة واستلامها من المخزن يعتبر شرطا تعسفيا يجوز للمحكمة تعديل بتخفيض أجور الخزن[5]. ويتضح مما سبق أن الشرط التعسفي يتمثل في المبالغة في ثمن السلعة أو الخدمة، وأجاز المشرع للقاضي تخفيض هذا الثمن أو إلغائه عندما يرفع إليه النزاع من

[1]– عبد السلام علي المزوغي، المرجع السابق، ص99.

[2]–علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص50.

[3]–سلطح حمدي محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص183.

[4]–الحكم منشور في مجلة القضاء، مطبعة العاني، بغداد، العراق، العدد1، سنة 1971، ص95.

[5]– عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ط5، بغداد، د.ت.ن، ص87.

طرف المتعاقد المتضرر[1].

قد يخول المشرع المحكمة سلطة تعديل الالتزامات الواردة في العقد، حيث تدعو مقتضيات العدالة أو الاعتبارات الاقتصادية أو غيرها إلى تخويله تلك السلطة[2].

**الفرع الثاني: سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة**

يلجأ القاضي إلى استخدام سلطته في الإعفاء، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد، ولكن لا يتحقق العدل إلا بإزالة الشر وط التي يتكرر ذكرها بصورة دائمة، فتدرج أحيانا على سبيل المحاكاة والتقليد فقط دون أن تتعلق بها نية الطرفين.

فمتى تبين أن تعديل الشرط الوارد في عقد الإذعان غير مجد في إزالة التعسف فيلجأ القاضي إلى إلغاء الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه، وهذا بسبب أن الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، فالحل بإعادة التوازن العقدي يكمن في إزالة هذا الشرط من العقد فيعفي الطرف المذعن منه لا من تنفيذه [3].لكن وعلى الرغم من أن القانون قد منح القضاء سلطة إعفاء الطرف المذعن في العقد من كل شرط تعسفي نجد في المقابل أن هناك رأيا يعارض مثل هذا التدخل من قبل القضاء في الرقابة على الشرط التعسفية من أجل إلغائها،لأن ذلك سيزيد من الدعاوى ويؤدي إلى عدم الاستقرار في الاجتهاد كما

[1]–زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص209.

[2]– عبد السلام علي المزوغي، المرجع السابق، ص160.

[3]– عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المدني المصري ، المرجع السابق، ص305.وأنظر أيضا: عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص362.

يصعب على محكمة النقض بحكم طبيعتها من بسط وإجراء رقابتها على قضاة الموضوع.[1]

وتمثل سلطة الإعفاء من الشرط لتعسفي سلاح خطير في يد القاضي يستطيع بموجبه إذا ما تبين له الشرط التعسفي أن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه [2].كما لو كان الشرط يتعلق بعد مسؤولية المتعاقد المحتكر للسلعة أو الخدمة،فهنا تدخل القاضي يكون بإعفاء الشرط ككل وإعفاء الطرف الضعيف منه، وذلك بغرض تحقيق الهدف من منح القاضي هذه السلطة المتمثل في إعادة التوازن العقدي تحقيقا للعدالة.

وعلى هذا نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وباستقراء نص المادة 110 من القانون المدني، يتبين أن قاضي الموضوع يتمتع بصلاحية إلغاء الشرط أو الاكتفاء بتعديله، وأن ممارسة هذه الصلاحية هو أمر جوازي له، فله أن يمارسه وله أن لا يمارسه، الأمر الذي يعني أنّ القاضي غير مقيد بوسيلة معينة، إذ يتمتع بسلطة مناسبة في اختيار الوسيلة، فقد يلجأ أحد الخصوم إلى رفع دعوى يطلب فيها إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان، إلا أن القاضي وبد دراسة حيثيات ووقائع الدعوى وكل الظروف المحيطة بها يكتفي بتعديل ذلك الشرط فقط، ولا يستجيب لطلب إلغاءه حفاظا على اعقد في حد ذاته.[3]

---

[1]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص753.

[2]– سعيد عبد السلام، عقود الإذعان في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص305.

[3]- حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص46.

وممارسة هذه السلطة أي سلطة الإلغاء تتمثل في رقابة قاضي الموضوع على إلغاء الشرط التعسفي، فهي سلاح خطير في يد القاضي، إذ يستطيع بموجبه إذا ما تبين له وجود الشرط التعسفي أن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه[1].

وفي هذه الحالة فإن رقابة الإلغاء هي أشد جرأة من رقابة التعديل، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفي الطرف المذعن منه مخالفا بذلك القاعدة العامة في العقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين، كأن يحتوي العقد على بنود غير عادلة، غير أن رقابة الإلغاء وفي حالة التعديل فإن القاضي هو من يقدر كيفية التعديل ومداه ولا رقابة للمحكمة العليا عليه[2].

ترك المشرع من خلال المادة 110 من القانون المدني الذي تصدى للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان الحرية المطلقة للقاضي للنظر في طبيعة الشرط محل النزاع، دون أن يقيده بأي ضابط سوى ضرورة مراعاته لمقتضيات العدالة.

ويتبين من هذا النص أن المشرع لم يعرف الشرط التعسفي، تاركا ذلك للفقه، لكنه اعتمد على روح الحق والعدالة كمعيار لتعسفية الشرط، فمتى توافر كل من روح الحق والعدالة عند التعاقد انتفت الشروط التعسفية وجودا وعدما، وما يمكن قوله هنا أن فكرتي روح الحق والعدالة هما أكثر معنوية ومثالية لا يفترض وجودهما حتى في عقد البيع البسيط والذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحقق فيه العدالة بطريقة كلية في العطاءات المتبادلة[3].

[1]- علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص52.

[2]– بن شنيتي حميد، المرجع السابق، ص46 و47.

[3]- محي دين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، المجلد الرابع، العدد الأول، جانفي، 2018، ص13.

غير أن بعض الفقه يرى بأن الأمر يتوقف على طلب الطرف المذعن، فإذا ما طلب هذا الأخير من محكمة الموضوع ممارسة هذه الصلاحية فلا يمكن أن تغفل عن هذا الطلب. فيجب عليها أن ترد عليه بالإيجاب أو السلب. وإذا رفضت ذلك فعليها تسبيب الرفض[1]. ومن حق المحكمة العليا فرض رقابتها على تسبيب محكمة الموضوع، فإذا تبين لها عدم تسبيبه تسبيبا " كافيا أو عدم صحته، فإن لها أن تنقض القرار المطعون فيه أمامها لهذا السبب[2].

أما مسألة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا فيعود ذلك لمحكمة الموضوع،حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن محكمة الموضع هي التي تملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى في أسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثاني من العقد شرطا تعسفيا وأتى الإعفاء فيه، ومن ثم ما يثيره الطاعن في هذا الشأن جدل موضوعي غير مقبول[3].

كما قررت محكمة النقض المصرية بجلسة 1989/03/26م، إعفاء هيئة المواصلات اللاسلكية من المسؤولية عن تعطل الموضوع متى كان الاستخلاص سائغا،وقررت أنه لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص من العقد المبرم بين الطرفين أن العقد تم بطريق الإذعان وأن الشرط الذي تضمن البند الثاني منه بإعفاء الطاعنة من المسؤولية عن تعطيل التليفون هو من قبيل الشروط التعسفية، وانتهى إلى إعفاء المطعون عليه باعتباره الطرف المذعن منه إعمالا للمادة 149 من القانون المدني، وإذ كان هذا الاستخلاص ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة

---

[1]-الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص109.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص250.

[3]– الطعن رقم 388 لسنة 57 جلسة 1989/02/12 ص288.أشار إليه: علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص52.

الموضوع وقد أقيم على أسباب سائغة ولم يكن محل نعي الطاعنة فإن ما يثيره حول التمسك بهذا الشرط يكن في غير محله[1].

ويرى البعض أنّ القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، ولا معقب للقضاء على تقديره، مادامت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذا بدا له شرطا تعسفيا في عقد الإذعان، فيكون له أن يعدله، إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة[2].

لكن وعلى الرغم من السلطة الممنوحة للقاضي إلا أنه لا يستطيع إبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد ما دام متفقا مع النظام العام والآداب العامة، وإنما تنحصر سلطته في تعديله أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة [3]. غير أن اتفاق الطرفين على خلاف ما ورد في نص المادة 110 من القانون المدني يكون باطل بطلانا مطلقا، كأن يشترط الطرف القوي على الطرف المذعن ألا يلجأ إلى القضاء بسبب الشروط التعسفية، فمثل هذا الاتفاق على عدم اللجوء إلى القضاء رغم وجوده فإنه يعد باطلا بطلانا مطلقا.

وتجدر الإشارة إلى أن المعيار الذي يسترشد به القاضي لإعمال سلطة التعديل أو الإعفاء يتمثل في مراعاة ظروف العدالة،وهو كما يتضح معيار غامض ومطلق لاختلاف الإحساس به من إنسان إلى آخر،بل قد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة وثقافة القاضي، وهو معيار مطلق وغامض، ورغم ذلك لا مانع من القول أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التواز ن فيما بينهم بعيدا عن التعسف، وهذا

---

[1]– الطعن رقم 1556 لسنة 56 ق جلسة 1989/03/26 لسنة 40 ج1، ص840 ق147.

[2]– محمد بودالي، المرجع السابق، ص76.

[3]– سباتين خالد محمد، المرجع السابق، ص138.

إحساس طبيعي يحرك القاضي في تعديله أو إلغائه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان بحسب ما يشير إليه الفقه [1].وبالتالي فإن معيار العدالة يصلح كأساس يستدل به القاضي ويرجع إليه في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة. طالما أن طبيعة عقد الإذعان تقوم على استغلال الموجب للطرف المذعن من خلال وضع شروط العقد تتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، ومن ثم احتمال تحقق التعسف قائما في حق الطرف الضعيف الذي أذعن ورضخ لإرادة الطرف القوي.

ولهذا لن يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض عند إعماله لهذه السلطة، طالما قرر أن الشرط يتعارض مع مقتضيات العدالة كما يراها هو، وعلى هذا الأساس فإن القاضي قد يلجأ إلى معيار العدالة في مجال التعامل مع عقد الإذعان في حالة التباس الأمر عليه بخصوص بيان مدى تعسف الشرط الذي يتعامل معه من عدمه، وذلك بتقدير الشرط في ضوء باقي شروط العقد،إضافة إلى ظروف تكوينه وقد سلك المشرع هذا التوجه لاسترشاد القاضي به خشية أن يتهم القاضي بالنكول عن أداء العدالة [2].وهذا على عكس ما ذهبت إليه قضاء محكمة العدل الأوربية من إلزام القاضي باستبعاد الشروط التعسفية إن وجدت في العلاقة موضوع النزاع.

تجدر الإشارة أخيرا أن سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان مشروطة بمراعاةمقتضى العدالة بما يرفع الضرر عن المتضرر ولا يضر الطرف ا لآخر، وان سلطة القاضيفي تعديل العقد لا يجوز استخدامها مع عدم وجود شروط تعسفية من الطرف الآخر، كما لايجوز الاتفاق على نزعها من القاضي، لأن هذه السلطة من النظام العام، وبالتالي لا يجوز للأطراف أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، لأن مثل هذا

[1]– عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص363.

[2]– سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، المرجع السابق، ص16.

الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام ولو أجيزت لانعدمت الحماية التي يهدف إليها المشرع من هذا الحكم[1]، هذا ونشير إلى أن سلطة القضاء قد تجاوزت الحدود المقررة في القواعد العامة للعقد عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية بل وإعفاء الطرف المذعن دون أي قيد لأن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للمتغيرات والمستجدات التي تقضي بها العقود، بحيث أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم القواعد العامة في عقود الإذعان[2].

هذا ونشير إلى أن إعفا ء الطرف لمذعن من الشرط التعسفي يكون إما لعدم علم المتعاقد بهذا الشرط، أو عدم تمكنه من العلم به، أو لعدم تمكنه من مراعاته بسبب القوة القاهرة ويكون ذلك على النحو التالي:

**- عدم العلم أو إمكانية العلم بالشرط التعسفي:**

والمقصود بحالة عدم العلم بالشرط أو عدم إمكان العلم به هي عدم قدرة الطرف الضعيف معرفة تلك الشروط أو عدم الإلمام بها قبل التعاقد،فتسري بحق الطرف الضعيف تلك الشروط التي يعرفها قبل عملية التعاقد ويقبل بها، أي الشروط التي يعرفها الطرف المذعن أو التي يكون بالإمكان أن يعرفها هي التي تسري عليه فقط [3]، لذا أصبح القضاء خصوصا القضاء الفرنسي يراقب رضاء المتعاقد عديم الخبرة بالشروط التي يفرضا عليه المهني ويتم ذلك من خلال معايير منها وجوب أن يكون الشرط واضحا وفي مكان يسمح بالاطلاع عليه بسهولة ويشترط لنفاذ الشرط أن يكون مقروءا أي مكتوبا بأنماط كبيرة يسهل قراءتها أي أن القضاء أصبح يراقب علم المتعاقد عديم الخبرة بالشروط

[1]- عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص252.

[2]- يمينة بليمان، المرجع السابق، ص548.

[3]- عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، العدد1، كلية شرطة دبي، ص252.

الواردة في وثيقة العقد الموقع منه بهدف توفير الحماية له في العقود التي يكون أحد طرفيها عديم الخبرة رفض شروط شاذة جرى وضعها بعناية لكي تكون غير واضحة وغير مقروءة[1]غير أنّ القضاء في تقديرهلكفاية علم الطرف المذعن بالشروط الواردة في العقد، ينظر إلى ما اتخذه الموجب من الوسائل للفت نظر الطرف الآخر في العقد وتوجيهانتباهه، بدرجة تتناسب مع ما عليه هذه الشروط من شدة وجور، وعلى العكس من ذلك فهو لا يعول كثيرا على موقف الطرف المذعن حتى ولو كان قليل الدراية أو جاهلا[2]. وهذا يعني أن الحكم بسريانها في حق الطرف الضعيف ينبغي أن تكون التعليمات المذكورة مكتوبة ومعلنة. وفي تقدير القضاء للطريقة التي يعلم بها الطرف المذعن بالشروط الواردة في عقد الإذعان ينظر إلى ما أتخذه الطرف القوي من الوسائل لشد انتباه الطرف الآخر في العقد،بدرجة تتناسب مع ما عليه من شدة وجور، وعلى العكس من ذلك فهو لا يعول كثيرا على موقف الطرف الضعيف،حتى ولو كان قليل الخبرة أو جاهلا [3]،وهذا يعني أن جهل الطرف المذعن بالكتابة والقراءة لا يؤخذ به أمام القضاء كعذر ما لم يبين عدم كفاية علمه بالشرط أو عدم قدرته على وزنه وتقديره.

ولهذا يبحث القضاء هذا الشرط على أساس عدم وجود الإرادة لدى الطرف المذعن في العقد،إما لأنه لم يعلم بالشرط الوارد في العقد البتة أو لم يكن باستطاعته العلم به وإما علم به في وقت لاحق لإبرام العقد[4]،ومثل هذا الشرط لا يكون باطلا، وإنما لا يسري بحق

[1]– عامر أحمد قاسم القيسي، المرجع السابق، ص23.

[2]-J.mester R. T. D. civ.22088229-225, R. T. D. civ. 22221591. Obs.

[3]– راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص118.

[4]– راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص117 و118.

الطرف الآخر وهذا تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فالتعديل أو التوسيع من نطاق شروط العقد لا يسري بحق المتعاقد الآخر إلا باتفاق الطرفين وباتفاق جديد بينهما[1]

فإلزام الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في عقد الإذعان بالشروط التي يفرضها الطرف القوي يستوجب علمه بها ،لأنه بغير ذلكلا يمكن القولأن إرادة المتعاقد قد انصرفت إلى الأخذ بها وعدها جزءاً من مضمون العقد ، لأن مسألة العلم بالشروط أحادية التحري لا تكون ميسرة في كل الأحوال ، فإذا كان يفترضعلم المتعاقد بها متى ما كانت هذه الشروط واضحة بمضمونها وغير مسيئة إلى مركزالمتعاقد بآثارها وواردة في وثيقة العقد الأصلية ذاتها فإن هذا العلم لا يفترض متى كانت هذهالشروط مصاغة بطريقة يصعب فهمها وإدراك مضمونها،وهنا ينهض دور القاضي ويتسع فياستخلاص مدى انصراف إرادة المتعاقد إلى الالتزام بها من عدمه، ويكون بوسعه إهمالهالعدمتعلق إرادة المتعاقد بها حتى وان كانت صحيحة بذاتها، أو إبطالها إن كانت مخالفة للقواعدالقانونية الآمرة[2]وهناك عدة أحكام في القضاء الفرنسي اتخذت منموضوع الشرط التعسفي وحد هسندا لعدم رضا عديم الخبرة كأن يكون الشرط مدسوساً فيصفحة من صفحات عقد كبير الحجم ، أو في غير المحل الذي يجب أن يذكر فيه، كأن يرد تالياًلتوقيعات الطرفين، أو أن يكون غير موجود في وثيقة العقد، كأن يوجد في الشروط العامة التيتم الإحالة إليها في وثيقة العقد ، أو أن يكون في وثيقة أو مستند لا يتم التوقيع علي هولا يمكن أنتكونللمستندات المرفقة قو ة عقدية،إلا بشرط أن يعرف الطرف ا لآخر بها، وأن تشكل جزءاًمن العقد و أن يتمكن من العلم بها ، وإن كان المستند الملحق لوحة مكتوبة أو إعلاناً ملصقاً فيمكان إبرام العقد

[1]– عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، المرجع السابق، ص 211 و118.

[2]– أحمد شوقي عبد الرحمن , قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدينومدى تأثيرها على قواعد الإثبات , المطبعة العربية الحديثة، 1977، ص53.

وتنفيذه، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم إعطائها أي فاعليةوعلى من ينتفع إثبات أن الطرف الآخر هو على علم بالشروط وأنه قبلها عند تكوين العقد.[1]

أما عن موقف القضاءالجزائري فإنه وفي ظل عدم وجود قرارات قضائية تخص الموضوع فإنه يمكننا القول أنه ليس هناك ما يبرّر موقفه في شرط العلم أو عدمه لإلغاء الشرط التعسفي، ذلك أنه من خصائص عقود الإذعانوالتي تم الإشارة لها سالفا لا تجعل من واقعة علمه أو عدم علمهبالشرط ذات أثر في انصراف إرادته إلى التعاقد، لأنه يقدم على التعاقد في ضوء إيجابيصدره الطرف القوي ولا يقوى على مناقشة شروط العقد التي حددها الموجب، وبذلك يستوييبالنسبة للطرف المذعن الشروط التي علمه بها أو تلك التي لم يعلم بها ، في حين يرى البعض العكس من هذا بقولهم أنه "وفي الحقيقة أن عدم وضوح الشرط أو غموضه– مما يجعل على المذعن صعوبة في التعرف على مضمونه أو مدى التعسف المترتب عليه– فهي مسألة خاصة تتعلق بقواعد التفسير الخاصة والتي قرر المشرع من خلالها ترجيح جانب الطرف المذعن".[2]

**– عدم مراعاة المذعن للشرط بسبب أجنبي:**

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد أحداث طارئة تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ومثل هذه الحوادث إذا لم يكن المدين قد توقعها ولم يكن له يد في وقوعها من قريب أو بعيد ولم يكن في الوسع دفعها فهي أسباب أجنبية عنه تعفيه من تنفيذ الالتزام [3]، فإعفاء المتعاقد المذعن من سريان هذا الشرط في مواجهته يعود إلى أنه قد حالت قوة قاهرة بينه وبين القيام بالالتزام الواجب عليه بمقتضى هذا الشرط كأن تقرر شركة التأمين وقف تنفيذ العقد

[1]–جاك غستان، المطول في القانون المدني الفرنسي, تكوين العقد, ترجمة منصور القاضي,الطبعة الأولىالمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت, ص419.

[2]–يمينة بليمان، المرجع السابق، ص574.

[3]–صلاح محمد أحمد، مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور محاباة العامل، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء في كل من القانون الفرنسي والمصري والبحريني، بدون مكان طبع، 2007، ص3.

لتخلف المؤمن له عن أداء الأقساط المستحقة في ذمته. [1]، فقد نصت المادة 2/622 من القانون المدني الجزائري "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية..: الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إلا إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول".

ويعد من قبيل القوة القاهرة أن تكون الإصابة في التأمين عن الحوادث البدنية من الجسامة بحيث يترتب عنها منع المؤمن له من الوفاء بالتزامه بالإخطار عن وقوع الخطر،كأن يؤدي الحادث المؤمن ضده إلى فقدان ذاكرة المؤمن له، أو أن يترك عنده صدمة عصبية، أو نفسية تمنعه من الإخطار عن الخطر المؤمن منه[2]،فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن عقود تأجير السيارات المعروضة من قبل الشركة المؤجرة لمستأجرين هي عقود إذعان مفروضة على هؤلاء بالنظر إلى موقع الشركة الاقتصادي، وبالتالي تعتبر المحكمة أن ما ورد في هذه العقود من التزامات ملقاة على عاتق المستأجر شروطا تعسفية فتبطل، حتى ولو تمت في ظروف غير متوقعة أو غير قابلة للتوقع بسبب القوة القاهرة[3].

[1]–راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص119.

[2]–راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص120.

[3]-Cass.civ. 1 janv . 2229. JCP. 2229899910. note . paisant et D.2229. I . (2)R90.

## خلاصة الفصل الأول

منح المشرع للقاضي سلطة منح إعانة الطرف الضعيف من جور الطرف القوي وتسلطه على العقد من خلال تضمينه شروطا تعسفية تخفف أو تحد من التزامات الطرف الضعيف أو تزيد من التزاماته، فالقانون هو الذي يحد من تسلط القوي ويمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك بسبب تدني مركزه أن يدافع عن مصلحته عند التعاقد. هذه القواعد عموما تندرج في إطار النظرية العامة للالتزام، ويمكن أن تشكل هذه القواعد القانونية في إطارها العام سبيلا لمعالجة مشكلة الشروط التعسفية، من ذلك مثلا نظرية السبب كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان وأيضا بالاستناد إلى نظرية عيوب الرضا وهذا للمطالبة بإبطال العقد التعسفي لإعفاء الطرف المذعن منه ، على أنّسلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان مشروطة بمراعاتمقتضى العدالة بما يرفع الضرر عن المذعن ولا يضر الطرف الآخر، وأن سلطة القاضيفي تعديل العقد لا يجوز استخدامها مع عدم وجود شروط تعسفية من الطرف الآخر، كما لايجوز الاتفاق على نزعها من القاضي لمخالفتها النظام العام.

الفصل الثاني

# ما مدى فعالية النصوص الخاصة كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان

## الفصل الثاني:ما مدى فعالية النصوص الخاصة كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان

لقد أدى قصور القواعد العامة عن توفير حماية فعالة للطرف الضعيف من الشّروط التعسّفية[1]، إلى ظهور محاولات تشريعية في بعض الدول ومنها الجزائر ، وهي بذلك تسعى إلى تحديث الحماية تماشيا مع المستجدات الاقتصادية، وذلك عن طريق سد كثير من الثغرات التي عابت القواعد العامة في هذا المجال،فظهر لأول مرة مفهوما دقيقا للشرط التعسّفي مدعما بمعايير حديثة كشفت عن صفته ، وذلك في إطار الآليات الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية، وهو ما كانت تعجز عن تحقيقه القواعد العامة، إذ لم يكن هناك من مفهوم واضح للشّرط التعسّفي ولم يكن هناكمعيار دقيق تحدده.

إذ يشير البعض إلى أنّ هناك ارتباط متبادلا بين القانون المدني من جهة وقانون الاستهلاك من جهة أخرى، فالقانون المدني يسري على العقود التي تبرم بين المستهلكين والمهنيين مثل عقود شراء السلع الغذائية والتأمين والنقل، أما قواعد قانون الاستهلاكفتظل مرتبطة بقواعد القانون المدني في هذا الشأن باعتباره الشريعة العامة المطبق على عقود الاستهلاك شأنها شأن سائر العقود، مما يعني القول أنّقانونالاستهلاك يعد جزء من القانون المدني فتم معالجة التفاوت بين المتعاقدين وفق المبادئ التقليدية للنظرية العامة للعقد وظل المعيار التقليدي لتقدير الطابع التعسفي للشرط.[2]

إذ لم يعد نطاق الشروط التعسفية قاصر على عقد الإذعان بل امتد أثر هذه الشروط إلى كل العقود الرضائية كانت أو النموذجية[3]، الأمر الذي أدى إلى اختلال في

---

[1]– أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011/2010، ص45.

[2]– عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014–2015.ص168.

[3]-Cass.com.21 avr.1959, Bull.civ., 1959-III.N°.178, p192.

التوازن العقدي وهذا نتيجة فرض أحد المتعاقدين للشروط التعسفية على المتعاقد الآخر لا سيما في عقود الاستهلاك، حيث يتجلى عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك بسبب النفوذ الاقتصادي الذي يفرضه المهني على المستهلك، حيث عالج الفقه مسألة الشرط التعسفي من خلال زوايا مختلفة وذلك من حيث المصدر، حيث يعد الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسب ب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف،وأيضا من حيث الطبيعة باعتبار أن الشرط التعسفي يتنافى مع ما يجب أنيسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة [1]، كما أشار الفقه إلى مسألة الشرط التعسفي من حيث الآثار إلى كونه تصرف يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه [2]، وذلك من خلال محاولة قانون الاستهلاك توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية في عقود الإذعان المبحث الأول وأيضا الجزاء المقرر لضمان نظام القائمة المبحث الثاني.

[1]– عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص400.

[2]-CARMET (O) Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi N° 78 -23 du 10 janv.1978R.T.D.Com. 1982 T 1P.19.

## المبحث الأول: محاولة قانون الاستهلاك توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية في عقود الإذعان

تنص المادة الأولى من القانون رقم 04-02 على: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعماله "، ومنه فإن حكم هذه المادة جاءت عام تسري على العلاقات التي تكون بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وبين علاقة هؤلاء بالمستهلك، وقد تم تخصيص هذا الحكم بنص المادة 29 في فقرتها الأولى من نفس القانون، والتي نصت على: " تعتبر بنودا وشروط تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع ولا سيما البنود والشروط التي تمنع هذه الأخيرة .... ".

حيث اكتفى المشرع في نص المادة بالإشارة إلى العقود التي يكون طرفيها المستهلك والبائع، وبهذا يتحدد النطاق الشخصي لتطبيق الشروط التعسفية، ولما كانت المفاهيم المطروحة لكل واحد منها ليست محل إجماع فقهي ولا حتى تشريعي استلزم بحث كل طرفي العلاقة التعاقدية ضمن فرع مستقل.

### المطلب الأول: تضييق سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية في ظل قانون 04-02.

لبسط الرقابة على الشروط التعسفية منح المشرع القاضي هذه السلطة وذلك من خلال الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك والدعاوى الفردية المرفوعة من طرف المستهلك إضافة إلى إمكانية توقيع جزاءات مدنية أو ذات طابع جزائي،حيث جاءت المادة 29 من ق 04-02 لتقرر حكما عاما يخص البنود التعسفية على نحوى أدى إلى تراجع مراقبة القاضي لهذه الأخيرة، ويظهر تراجع دور القاضي في إصرار المشرع على تعريف الشرط التعسفي إذ خلافا ولما دأب عليه في تفويض تقدير الشرط التعسفي للقاضي، إذ تولى الأمر هذه المرة بنفسه وهو ما يتبين من أول وهلة تقليص

سلطة القاضي حيث نصت في هذا الإطار م 03 من القانون 04-02 على تعريف الشرط التعسفي"كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد".

كما تضمنت المادة 29 منه تع شروطا واعتبرتها تعسفية حيث لم يكتف المشرع الجزائري بتكريس هذه الشروط في مجال عقود الإذعان بل امتد إلى كافة العقود ويتضح ذلك من خلال المادة 30 من القانون 04-02 التي نصت على "وكذا منع العمل في مختلف العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

الأمر الذي دفع بالبعض إلى القول أنه لا يمكن الانسياق وراء المبالغة في اعتبار تدخل المشرع بتحديد هذه الشروط ملغيا لدور القاضي، فالتكامل ضروري بين القوانين العامة والخاصة من حيث الحماية، كما يظهر القاضي محورا أساسيا في ذلك[1]

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص ضمن القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ترتيب الجزاء المدني في حالة ما إذا تضمن أي عقد من العقود الاستهلاكية إدراج الشروط التعسفية وهو نقص كبير يجب تلافيه،إذ من غير الجائز والمعقول أن يجد القاضي نفسه أمام نص قانوني لا يقرر جزاء معينا في مسألة معروضة عليه خاصة انه إذا علمنا أنه لا بطلان إلا بنص قانوني، [2]. ومرد هذا النقص كما يشير البعض إلى سهو المشرع وهو نقص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة[3].

[1]- زمام جمعة، المرجع السابق، ص388.

[2]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص100.

[3]- سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص179.

الأمر الذي يعني أنه وفي ظل غموض أحكام القانون 04-02 الاحتكام والرجوع إلى تطبيق أحكام المادة 110من القانون المدني التي نصت على أنه" إذا تم العقد وكان بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"،وذلك من خلال تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان أو إعفاء منها، وبهذا لا يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يتصدى بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي[1].

هذا وقد استحدث المشرع لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم 06-306 المؤرخ في 10-10-2006، حيث تضمنت المادة 5 منه البنود الت ي تعتبر تعسفية، كما تضمنت المادة 6 منه أيضا استحداث لجنة البنود التعسفية التي تنشأ – هذه اللجنة– لدى الوزير المكلف بالتجارة وتحت رئاسته،كما نصت المادة 7 منه: تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي[2].

كما يعود الاختصاص إلى هذه اللجنة بوضع توصيات بشأن بنود تعتبرها تعسفية، من شأنها تسهيل ومساعدة القاضي على سبيل الاستئناس وليس الإلزام، إلا أن هذه الأخيرة لم تر النور إلى حد الساعة.

هذا وقد رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود حيث قرر عقوبات على مخالفة أحكام المادة 29 المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية حيث نصت المادة 39 من قانون 04-02 بأنه تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا

[1]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص102.

[2]– الجريدة الرسمية العدد 56، المؤرخة في 11-09-2006.

القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج )إلى خمسة ملايين دينار(5000.000دج)، غير أن العقوبات المدنية تظل أقوى فعالية من العقوبات الجزائية ذلك أن القاضي إذا اعتبر الشرط الوارد في العقد يحمل الطابع التعسفي، فإنه لا يمكن مواجهة الطرف الضعيف بهذا الشرط، كما أنه يكون بإمكانه المطالبة بالتعويض[1].

**المطلب الثاني:الاعتماد على نظام القائمة لإعادة التوازن العقدي**

يقصد بنظام القائمة هو تدخل المشرع بإعداد قائمة الشروط التعسفية، وقد وضع المشرع الجزائري نظام القائمة وذلك من أجل محاولة تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين مسايرا بذلك القانون الفرنسي لسنة 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك، وكذلك القانون الألماني في تشريعه الخاص بالشروط العامة للأعمال [2]، حيث وضع قائمة من الشروط التعسفية الأولى سوداء وتضم ثمانية أنواع من الشروط التي تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية وهي تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي، ويقع عبئ الإثبات هنا على المحترف بأنها لا تحقق له أية ميزة مفرطة، ولقد تم إقرار المشرع الجزائري نظام القائمة من أجل محاولة تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين مسايرا القانون الفرنسي لسنة 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك وكذلك القانون الألماني في تشريعه الخاص بالشروط العامة للأعمال [3]. وأيضا المشرع الفرنسي الذي أراد استبقاء سلطة القاضي كاملة في تقدير الشروط التعسفية وغن كان بشكل غير مباشر أرادة تقوية وتوسيع سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية[4]

[1]– شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص184.

[2]– على بولحية بنبوخميس، المرجع السابق، ص 50.

[3]– على بولحية بنبوخميس، المرجع نفسه، ص 50.

[4]- N.RZEPECKI contractuel Droit de la consommation et théorie général du contrat, PUMA,2002,p167.

وقد عالج المشرع الجزائري الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهذا ضمن الفصل الأول المتضمن المادتين 29 و 30 منه، وعلى هذا الأساس نتطرق لقائمة الشروط التعسفية الواردة في القانون رقم 04-02ضمن الفرع الأول، كما تعرض المشرع الجزائري للممارسات التعاقدية التعسفية ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية وهو ما نعالجه ضمن الفرع الثاني.

## الفرع الأول: قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون رقم 04-02

لقد اقتدى المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي من خلال قيامه بإيراد قائمة من الشروط التعسفية،وذلك بموجب المادة 29 من القانون 04-02، ويلاحظ على هذه الشروط المذكورة أنها واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهو ما يستشف من نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المذكور سابقا التي فتحت المجال أمام التنظيم لمنع بعض الشروط التي تعتبر التعسفية، وهي قائمة ملزمة منذ صدورها سواء للمتدخلين أو غير المتدخلين في علاقاتهم مع المستهلكين، كما أنها ملزمة للقاضي بحيث ليس له أي سلطة تقديرية بشأن الطابع التعسفي. غير أن القضاء الفرنسي وابتداء من سنة1991 يمنح القاضي سلطة تقديري ة لقاضي الموضوع وهو ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية [1]

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الشروط المعتبرة تعسفية فيالقائمة من شأنه أن يسهل على المستهلك والهيئات الممثلة له كما هو الحال لجمعيات حماية المستهلك من معرفة أنواع الشروط التعسفية والمطالبة بإلغائها، كما يسهل عمل القاضي من حل النزاع القائم بين أطراف العلاقة التعاقدية، إذ يكفي الرجوع في ذلك إلى هذه القائمة للحكم بوجود

[1]-.Civ.1ère, 14 mai 2014,JCP 1991,éd G,II,21763,note.PAISANT.

شرط تعسفي من عدمه، غير أنه قد يقوم المتدخل بتضمين العقود التي يبرمها مع المستهلك بشروط تعسفية أخرى غير تلك الواردة في القائمة، وفي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى القواعد العامة والتي تقضي بأن أي شرط من شأنه الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد يعتبر تعسفيا.

وبناءً على ذلك نعالج الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد أولا شروط تعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد ثانيا الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد ثالثا.

**أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد.**

1- وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة أو استفادة العون الاقتصادي من حقوق ليس للمستهلك مايقابله.

2- فرض التزامات على المستهلك.

**ثانيا: الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد**

1-احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحية تعديل عناصر العقد.

2- انفراد العون الاقتصادي بتفسير العقد.

**ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد.**

1- رفض حق المستهلك في فسخ العقد.

2- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية.

لقد اقتدى المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي من خلال قيامه بإيراد قائمة من الشروط التعسفية وذلك بموجب المادة 29 من القانون04-02، وهي الشروط المذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ويستدل على ذلك بنص المادة 30 من نفس القانون التي فتحت المجال أمام التنظيم لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية بقولها"بهدف حماية

مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقودعن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

بل إن حرية التعاقد تسمح بوجود أنواع لا حصر لها من الشروط التعسفية التي بإمكان المتدخلين اللجوء إلى إدراجها في عقودهم المعروضة على المستهلكين، وذلك قصد توسيع نطاق الحماية القانونية على جميع الشروط التي يتوافر فيها الطابع التعسفي وليس فقط تلك الواردة بالقائمة، وعلى هذا الأساس يمكن للقضاء أن يعتبر أي شرط معين من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكره ضمن القائمة، وهذا استنادا إلى المعيار العام للشرط التعسفي، وبالتالي فسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد ضمن القائمة بكونها تعسفية.

تجدر الإشارة إلى أنّ الهدف من تحديد الشروط المعتبرة تعسفية ف ي القائمة من شأنه تسهيل عمل القاضي على حل النزاع القائم بين أطراف العلاقة التعاقدية وهذا بالاكتفاء بالرجوع إلى هذه القائمة للحكم بوجود ى شرط تعسفي أو عدمه.

ويلاحظ في مجال الحماية من الشروط التعسفية أن المشرع قصر الحماية على عقود البيع فقط وهذا واضح من خلال بداية نص المادة التي جاء فيها تعتبر بنود وشروط تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع.وبالتالي اقتصار الحماية من الشروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، علما أنه بالرجوع إلى نصوص القانون 04-02 الخاصة بالشروط التعسفية تحمي حتى المهني من هذه الشروط،ويتضح ذلك جليا من خلال المادة 3 الحالة 4 فقرة 1 والحالة 5 من نفس القانون.

## الفرع الثاني: الشروط التعسفية الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1]

لمواجهة ظاهرة اختلال التوازن العقدي في العقود مع المستهلكين والتي نتج عنها تضمين المتدخلوهو الطرف القوي في عقد الاستهلاك لشروط مجحفة في مواجهة المستهلك لكونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية اعتمد قانون الاستهلاك طريقة مغايرة لتلك الموجود في القواعد العامة في القانون المدني بعد أن أبانت عن قصورها وهذا انطلاقا من قائمة تم النص عليها من خلال المرسوم المذكور أعلاه ، غير أنه ما يلاحظ في هذا الإطار من خلال عنوان المرسوم التنفيذي رقم 06-306 نجد أن المشرع قد حصر نطاق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين مخالفاًبذلك ما جاء في نص المادة الأولى من القانون 04-02 التي حددت الهدف من هذا القانون وهو تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين".

غير أنّ ما تجب الإشارة إليه أن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكريعتبر من أحدث النصوص القانونية التي اهتمت بحماية المستهلك،وهذه الشروط تم النص عليها في المادة 5 منه وهي شروط واردة على سبيل المثال لا الحصر،وهي بحسب موقعه ا في العقد، وهيشروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد أولا، و شروط تعسفية متعلقة بآثار العقد ثانيا، وشروط تعسفية متعلقة بانحلال العقد ثالثا،وشروط تعسفية متعلقة بممارسة الحقوق القضائية رابعا.

### أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

تضمنالمرسوم التنفيذي رقم 06-306السالف الذكر مجموعة من الشروط التي تتعلق بتكوين العقد وهي قائمة بإثني عشر شرطا تعسفيا وهي شروط متعلقة بتكوين العقد

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في10-09-2006المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2006.

وتتمثل في:

**1- تقليص عناصر العقد الأساسية :** وقد تم النص على هذا الشرط بأنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه وهذا طبقا للمادة 5 البند الأول. إذ تعتبر عناصر أساسية العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتمثل في الإعلام المسبق للمستهلك، وكذلك نزاهة وشفافية العليات التجارية وامن ومطابقة السلع، و/ أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع[1]، وتتمثل هذه العناصر الأساسية أساسا فيما يلي:

-خصوصيات السلع و/ أو الخدمات وطبيعتها.

-الأسعار والتعريفات

-كيفيات الدفع

-شروط التسليم وأجاله

-عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم

-كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/ أو الخدمات

-شروط تعديل البنود التعاقدية

-شروط تسوية النزاعات

-إجراءات فسخ العقد

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم ينص على مثل هذا الشرط.

**2- فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد**

تضمن هذا الشرط نص المادة 5 البند السادس من المرسوم التنفيذي رقم -306

[1]- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306السالف الذكر.

06السالف الذكر. بقولها" **فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد**". ومثل هذا الشرط يعني أن المتدخل يفرض على المستهلك بنودا لم يتضمنها الاتفاق مسبقا، كما أن المستهلك ليس على علم بها قبل إبرام العقد، وهو نفس الحكم الذي تضمنه القانون الفرنسي في الفقرة i من الملحق الفرنسي التي نصتعلى أنهواضح بخضوع المستهلك لشروط لم يكن له علم بها قبل إبرام العقد[1].

**ثانيا: الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد**

عالج المشرع الجزائري الشروط التعسفية المرتبطة بآثار العقد في نص المادة 5 من المرسوم السالف الذكر وهي:

**1- تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته اتجاه المستهلك:**

يعد شرطا تعسفيا التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عد التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، وهذا يعني أن الشرط لا يعتبر تعسفيا إلا إذا تخلى المتدخل عن مسؤوليته، ولم يقم بدفع أي تعويض، ثم أن مسؤولية المتدخل تقوم متى أخل بتنفيذ التزاماته سواء كان امتناعا عن التنفيذ أو كان التنفيذ سيئا جزئيا أو معيبا، أو كان خارج الآجال المتفق عليها كالتأخر في التنفيذ.

تجدر الإشارة إلى أن مثل هذا الشرط يجد ما يقابله وبنفس الحكم تقريبا في الفقرة b ولكن مع تباين طفيف من خلال الصياغة التي جاء فيها" الإعفاء أو التحديد غير المتناسب لحقوق المستهلك القانونية اتجاه المحترف أو طرفغيره في حالة عدم التنفيذ لكلي أوالجزئي أو التنفيذ المعيب من قبل المحترف لأي من التزاماتهالتعاقدية، بما فيها

[1]-« i) De constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu,effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat » ;Loi n° 95-96 du 1février 1995 art. 1, annexe Journal Officiel du 2 février 1995; Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 art. 16 Journal Officiel du 25 août 2001http://lexinter.net/Legislation/clauses_abusives.htm; visualisé le: 25/05/201709:35h.

إمكانية المقاصة بين حقوقه وديونه، وهذا هو النص الفرنسي[1].

وإن كان المشرع الفرنسي قد أقر بالطابع التعسفي لمثل هذا الشرط من خلال المادة 2 من المرسوم 78-476 التي نصت على أنه" الشرط الذي موضوعه أو أثره الإعفاء أو التحديد من حق المستهلك أو غير المحترف في التعويض في حال تخلف المحترف عن تنفيذ أي من التزاماته"[2].

**2- احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك**

يعد شرطا تعسفيا أيضا الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعوي ض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،وقد تضمن هذا الشرط نص المادة 5 البند السابع من المرسوم التنفيذي رقم 06-306السالف الذكر، واعتبار المشرع لمثل هذا الشرط تعسفيا يعود إلى معيار غياب المقابل أي أن الشرط لن يكون تعسفيا في حالة منح المستهلك إمكانية الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المتدخل مقدما، إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ اعقد أو قام بفسخه.

تجدر الإشارة إلى أن مثل هذا الشرط يجد ما يقابله وبنفس الحكم تقريبا في الفقرة d ولكن مع تباين طفيف من خلال الصياغة التي جاء فيها" السماح للمحترف بالحفاظ على الأقساط المدفوعة من قبل المستهلك عندما يقرر هذا الأخير رفض التعاقد أو رفض تنفيذ العقد، دون أن يكون له حق المطالبة بتعويض معادل من المحترف في حال رفض

[1]-« b) D'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du.professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui ».

[2]-Décret N°.78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services ; https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006062874&dateTexte=19970402, visualisé le 20/2/2018, 21:30h.

هذا الأخير رفض هذا الأخير التعاقد أو تنفيذ العقد[1].

غير أنّ هناك اختلاف بين النصين كون أن نطاق تطبيق نص الفقرةdأو سع من نطاق تطبيق الفقرة الثامنة من نص المادة 5 البند السابع من المرسوم التنفيذي رقم 306-06السالف الذكر،إذ أن تطبيق المادة 5 البند السابع يقتصر على حالة الامتناع عن التنفيذ أو حالة الفسخ، في حين أن الفقرةd تمتد من رفض التعاقد إلى رفض التنفيذ.هذا وقد أوصت لجنة الشروط التعسفية بموجب التوصية رقم 91-02[2].بإلغاء الشروط التعسفية التي يكون موضوعها أو غرضها السماح للمتدخل بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك أو غير المحترف عند امتناع هذا الأخير عن تنفيذ العقد ودون أ ن يكون لهذا الأخير نفس الحق عند امتناع المتدخل عن التعاقد أو التنفيذ.

**3- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك**

يعد شرطا تعسفيا أيضا تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ومثل هذا الشرط يعني أن يتم تحديد مبلغ التعويض الذي يدفعه المستهلك في حالة عدم قيامه بتنفيذ واجباته وبالمقابل لا يتم تحديد مبلغ التعويض الذي يدفعه المتدخل عند عدم تنفيذه لواجباته.

[1]-« d) De permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce ».

[2]-Recommandation n°91-02, Contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ;http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/contrats-conclus-entre-professionnels-et-non-professionnels-ou- /consommateurs-dite-de-synthèse; visualisé le 20/11/2020, 09 ;00h.

ومثل هذا الشرط له ما يقابله في نص الفقرةe من الملحق الفرنسي والتي تنصعلى إلزام المستهلك الذي لا يتولى تنفيذ التزاماته دفع تعويض مرتفع تناسبيا.[1]

هذا وقد أصدرت لجنة البنود التعسفية التوصية رقم 85-02[2]. التي قضت بإلغاء الشرط الذي مضمونه إلزام المشتري بدفع تعويض يفوق ذلك الذي يلتزم البائع بدفعه في حال تأخر أحدهما عن تنفيذ التزاماته.

**4-فرض واجبات جديدة غير مبررة للمستهلك**

تضمن هذا الشرط نص المادة 5 البند التاسع من المرسوم التنفيذي رقم 306-06السالف الذكر.بنصها" فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك"، وهذا يعني أن فرض واجبات إضافية على المستهلك وتكون غير مبرّرة، يجعلها تتنافى مع القواع د العامة التي تقضي بعدم تحميل الشخص التزامات لم تتجه إرادته الحرة إلى تحملها. وهذا نتيجة استغلال المهني لقوته الاقتصادية أو وضعية التبعية وقي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار البند الذي يفرض على المستهلك التزامات من شأنها حلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين بمثابة البند غير المكتوب والتعسفي والذي يعد لاغيا وهذا في قضية تتلخص وقائعها أن شركة متخصصة في تأجير الشقق أدرجت في أحد عقود الإيجار بند يلزم المستأجر بتعويضها عن كل مصاريف صيان ة العين المؤجرة مهما كانت طبيعتها، وهو البند الذي اعتبرته محكمة النقض الفرنسية تعسفيا لأنه يخلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات المتعاقدين بتحميل المستأجر التزامات غير مبررة تقع أصلا على ذمة المؤجر .[3]

[1]-« e) D'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ».

[2]-Recommandation n°85-02, Achat de véhicules automobiles de tourisme ; http://www.clauses abusives. fr/ recommandation/achat-de-véhicules-automobiles-de-tourisme/; visualisé le 2/12/2020; 21:00h.

[3]-Cass. Civ. 3eme, 17 décembre 2015, N°14-25.523, Bull. Civ. N 10, 2015, p. 130. « Qu'en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse qui fait peser sur le locataire la quasi-totalité des dépenses

**5- إلزام المستهلك بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ**

نصت على هذا الشرط المادة 5 البند الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر والتي اعتبرته تعسفيا.بنصها"الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة،بدون تعويض للمستهلك"، ومثل هذا الشرط يبدوا للوهلة الأولى أنه مشابه لشرط الذي نص عليه المشرع في نص المادة 5البند الثاني، غير أن ثمة فرق وهو أن نص هذه الأخيرة لم ينص على التعويض مثلما تضمنه نص المادة 5 البند الثاني، إضافة إلى أن نص المادة 29 البند الثالث يجعل الشرط تعسفيا الذي مضمونه احتفاظ حق المتدخل بحق تعديل عناصر العقد مطلقا، بينما نص المادة 5 البند الثاني يعتبر الشرط تعسفيا الشرط الذي مضمونه احتفاظ المتدخل بحق تعديل العقد مقيدا بعدم دفع تعويض،الأمر الذي يعني أن الشرط المتعلق بتعديل العقد لا يعتبر تعسفيا، إذا ما تم دفع تعويض للمستهلك.

هذا ونشير في الأخير إلى أنّ الشروط التي اعتبرها المشرع تعسفية هي نفسها تقريبا الشروط التي نص عليها المشرع الفرنسي في ملحق قانون الاستهلاك، كما أن الشروط الواردة في نص المادة 5 من المرسوم هي شروطا تعسفية بقوة القانون، بمعنى أن لون القائمة المذكورة أعلاه هو اللون الأسود، ومن ثم يكون المدعي معفيا من إثبات طابعها التعسفي[1]، كما أن المشرع الجزائري قد سار على نهج نظيره الفرنسي مقلدا إياه من خلال النص على إنشاء لجنة للشروط التعسفية، وهذا تأسيسا على نص المادة 6 المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، التي نصت تنشأ لدى الوزير المكلف

incombant normalement au bailleur et dispense sans contrepartie le bailleur de toute participation aux charges qui lui incombent normalement en sa qualité de propriétaire, a pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».

[1]- شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص176.

بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري". بينما تضمنت المادة 7 من نفس المرسوم مهام اللجنة بما يلي:

– تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنو د ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، والمؤسسات المعنية.

– يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.

– يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

كما خول المشرع الجزائري في هذا الشأن –على غرار المشرع الفرنسي – السلطة التنفيذية إمكانية إصدار مراسيم

**ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد**

لقد أورد المرسوم السالف الذكر شرطا واحدا يتعلق بانتهاء الرابطة العقدية ويتمثل في عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، وهذا طبقا المادة 5 البند الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06–306السالف الذكر، ويعني هذا الشرط حرمان المستهلك من حق فسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إلا بمقابل تعويض يلتزم بدفعه للمتدخل، ومثل هذا الشرط باطل استنادا إلى القواعد العامة في القانون المدني، التي تقضي بأن القوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، ومتى كان الأمر كذلك فإن ذلك يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون تطبيقا للمادة 307 من القانون المدني الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أنّ مثل هذا الشرط يعد تعسفيا في الحالة التي يحرم فيها المستهلك من حقه في فسخ العقد بسبب القوة القاهرة وجعلت من تنفيذ الالتزام مستحيلا وهو على خلاف الشرط الوارد في المادة 29 البند السادس من القانون 04–02 التي تعتبر

أن البند يعد تعسفيا في الحالة التي يحرم فيها المستهلك من فسخ العقد نتيجة إخلال المتدخل بالتزاماته.

كما أنّ الشرط المذكور في نص المادة 29 من نفس القانون لم يرتب على حرمان المستهلك من حقه في فسخ العقد تعويضا، وهذا على خلاف ما جاء في المادة 5 البند الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06-06السالف الذكر التي تطلبت تعويضا يدفع للمتدخل في حالة فسخ العقد من طرف المستهلك بسبب وجود القوة القاهرة.

**رابعا: الشروط التعسفية المتعلق بممارسة الحقوق القضائية**

وقائمة هذه البنود واردة على سبيل المثال لا الحصر، حيث كلف المرسوم المذكور بموجب المادة 07 منه لجنة البنود التعسفية بالبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، وتصاغ بهذا الصدد توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، ويمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

حيث تنشأ هذه اللجنة طبقا للمادة 06 من ذات المرسوم، لدى الوزير المكلف بالتجارة برئاسة ممثل الوزير المكلف بالتجارة، وتتكون حسب نص المادة 08 المعدلة من المرسوم ذاته[1]. من خمسة (5) أعضاء دائمين وخمسة (5) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية
- ممثلان (2) عن وزير العد حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود.
- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة.

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03-02-2008 المعدل للمرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10-09-2008 ج، ر العدد07 الصادر في 15-02-2008.

– متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

– ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

والملاحظ من هذه التشكيلة أن اللجنة تضم عناصر قضائية وعناصر إدارية ومستشارين في مجال العقود وعناصر من المجتمع المدني ممثلة للمستهلكين والمهنيين فالمشرع قد مثل جميع الأطراف المعنية بحل لمشكلة الشروط التعسفية في هذه اللجنة وذلك للقيام بالمهام الموكلة لها دون تقاعس. هذا وتعد لجنة الشروط التعسفية في الجزائر هيئة إدارية رقابية، إذ حددت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 06-306 بقولها تكلف اللجنة لا سيما بالمهام التالية:

– تبحث في كل العقود المطبقة من طرفي الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.

– يمكن أن يقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.

– يمكن مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها.

وما يؤخذ على هذه اللجنة أن دورها في الكشف عن الشروط التعسفية هواستشاري فقط، إذ يقتصر على إصدار توصيات بشأنها إما بحذفها أو تعديلها دون أن تكون لهاأية قوة إلزامية رغم نشرها [1].على خلاف لجنة مقومة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي التي أصدرت أكثر من خمسين توصية تتعلق بمجالات متعددة ومختلفة تهدف جميعها

[1]– محي دين عواطف، المرجع السابق، ص 17و 18.

إلى توفير الحماية الوقائية من تعسف المهنيين [1] على الرغم من أن هذه التوصيات تفتقر لعنصر الإلزام إلا أنها تحتوي على قواعد قانونية تمتلك أثرا فعالا فيما يتعلق بالنظام العام الذي يحد من الحرية التعاقدية[2]

وأخيرا فإن المشرع الجزائري لم ينص على أيدور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، على غرار المشرع الفرنسي[3].

وخلاصة القول أنه من الأفضل الاكتفاء بذكر قوائم الشروط التعسفية أو الشروط التي يفترض فيها التعسف، على أن تكون هذه الشروط الواردة في تلك القوائم واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وذلك من دون إيراد أي تعريف للشروط التعسفية، غير أنّ المعيار الذي يعتمد عليه لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه ومن ثم إيرده في تلك القوائم يستنتج من نص المادة 35 من القانون 10-78 الصادر في 10جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي عرفت الشروط التعسفيةبأنها:" تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة ". حيث جعلت له عنصرين هما: الميزة الفاحشة، واستغلال النفوذ الاقتصادي، وطبقا لهذين العنصرين يعد شرط صحيح كل شرط يفرضه الطرف القوي سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم من الناحية الفنية على الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة، مما يؤدي إلى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحته وعلى حساب ومصلحة الطرف الآخر يمكن أن ينطبق عليه وصف التعسف ومن ثم إيراده في تلك القوائم[4].

---

[1]- N.RZEPECKI,op.cit, p 136.voir aussiA.SINAY,CITERMANNE, Protection ou surprotection du consommateur ?J.C.P.1994,I,3804,P512.

[2]- Jacques Ghestin ,Les recommandation de la commission in vingt ans de la commission .des clauses abusives, Rev, conc.cons.oct,1998.P22.

[3]– حسينة شرون، نجاةحملاوي، المرجع السابق، ص62.

[4] -فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص52.

## المطلب الثاني:دور جمعيات حماية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية

إن التطور الصناعي الذي عرفته الدول في مجال الصناعة والتجارة، أدى إلى ضرورة وجود أجهزة رقابية متنوعة على المنتجات والخدمات المعروضة في السوق. فمهما كان دور هذه الأجهزة في الحد منالمخالفات والتجاوزات التي يمارسها المحترفون، إلا أنها تبقى غير فعالة لكونها لا تستطيع أن تقوم بدورها لوحدها دون مساعدة من قبل جمعيات حماية المستهلك[1].

وقد ظهرت حركة حماية المستهلك نتيجة الإهمال والتقصير في حصول المستهلكين على حقوقهم واستغلال حاجتهم من المنتجات والخدمات وذلك لحمايتهم من أساليب الغش والتضليل التسويقي[2].

وتعود فكرة إنشاء جمعيات حماية المستهلك إلى سنة 1987 بمقتضى قانون 87-15 مؤرخ في 21 جويلية المتعلق بالجمعيات. بعد ذلك قام المشرع الجزائري بإصدار قانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى محاولا من خلاله إبراز دور جمعيات حماية المستهلك[3].

عرّفالمشرع الجزائري جمعيات حماية المستهلك في المادة 21 من الفصل السابع من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنها"كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله".

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص283.

[2]- بوشناغ صافية، بن ميهوب أمينة، دور جمعيات حماية المستهلك الجزائري في التصدي للممارسات التسويقية المضللة، مجلة ارتقاء للبحوث والدراسات الاقتصادية، جامعة الطارف، المجلد 01، العدد 1، جويلية 2020، ص54.

[3]- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص286.

وعلى هذا الأساس تسعى جمعيات حماية المستهل ك إلى إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، إضافة إلى مهمة الدفاع عنه طبقا لنص المادة 23 من نفس القانون، بحيث منحت لها صلاحية التأسيس كطرف مدني في كل مرة يتعرض فيها المستهلك للضرر.

ومن خلال نص المادة السابقة يتضح جليا في اختلاف دور جمعيات حماية المستهلك عن غيرها من الجمعيات الأخرى، كونها تسعى إلى تحقيق هدفين متميزين، الأول يتعلق أساسا بالجانب الوقائي من خلال مختلف أساليب الرقابة والملاحظة، والثاني يتعلق بالجانب العلاجي من خلال متابعة الشكاوي المقدمة من المستهلكين وإحالتها إلى المصالح المعنية، وأحيانا رفع دعاوى وشكاوى رسمية لدى مختلف الجهات القضائية [1]، وتتدخل في الدعاوى المرفوعة من قبل المستهلكين الذين يطالبون ببطلان الشروط التعسفية في عقد سبق إبرامه ، كما لها حق رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك النموذجية، وهذا ما أقره المشرع الفرنسي في المادة 423 فقرة 6 من قانون الاستهلاك. فطبيعي أن معظم العقود التي تتم بين المهني والمستهلك نجدها غالبا ما تتجسد في عقد إذعان ، وهذا ما يفتح المجال لوجود شروط تعسفية يفرضها المهني على المستهلك.

كما يمكن لهذه اللجنة أن تخطر لجنة البنود التعسفية بأي شرط تعسفي وارد في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، وهذا طبقا للمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الم حدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية التي تنص على مايلي"يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة

[1]– أ حمد اسعد توفيق زيد، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الالكترونية والمنتوجات الذكية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، العدد الثامن، جانفي 2020، ص116.

وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك"[1].

هذا ونشير إلى أن المشرع الفرنسي قد منح لجمعيات حماية المستهلك المعتمدة قانونا الحق في رفع دعوى قضائية وذلك من خلال مباشرة دعوى حقوق الطرف المدني، عن الوقائع والأفعال التي تلحق ضرار مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلك، ليس فقط على المصالح المشتركة للمستهلكين كما تضمنه القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك من خلال نص المادة 2/12 بل حتى على المصالح الفردية للمستهلك، الأمر الذي يعد تدعيما قانونيا للدور العلاجي الذي تقوم به هذه الجمعيات، علاوة على ذلك يمكنها المطالبة بالتعويض في شكل طلب أصلي أو عارض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية لا المصلحة الفردية للمستهلكي ن، أو المطالبة بوقف التصرفات غير المشروعة وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية، إضافة إلى طلب نشر الحكم على نفقة المخالف، وعن مفهوم المصلحة المشتركة فقد عرفها الفقهاء تعريفيا تقديريا حيث عبر عنه vanAuguet بقوله"من الصعب وضع حدود للمصحة المشتركة، فهي تأخذ موقعا وسطا بين المصلحة العامة والتي تدافع عنها النيابة العامة وبين المصلحة الفردية لكل مستهلك، حيث نحصل ببساطة على المصلحة المشتركة بانضمام هذه المصالح الفردية بعضها إلى بعض[2].

[1]– سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص298.

[2]-Cette notion d'intérêt collectif est assez difficile à délimiter, elle se situe à mi-chemin entre l'intérêt général, dont la défense incombe au ministère public, et l'intérêt individuelle chaque consommateur que l'on ne saurait simplement additionner pour obtenir l'intérêt collectif ".Voir: Yvan Auguet: " Droit de la consommation", Ellipses, Paris, 2008, p 370.

وفي حالة عدم وجود جريمة أجاز الفصل السادس من قانون 05 جانفي 1988 لجمعيات المستهلك الحق في اللجوء إلى القضاء المدني وطلب إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد سمح في نص المادة 1/65 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام القضاء ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية [2]. التي نصت صراحة بقولها: لجمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام العدالة ضد عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون.

فضلا عن التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقهم وهذا استنادا إلى المادة 2/65 من نفس القانون، ومن ثم يحق لجمعيات حماية المستهلك رفع أي دعوى بما أن النص وردعاما، ومن بين هذه الدعاوى دعوى إلغاء الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود بصفة عامة وفي عقود الاستهلاك بصفة خاصة، وهو ما يعبر عنه بالحذف المادي للشروط التعسفية [3]وهنا تجدر الإشارة إلى أن دعوى الحذف هي دعوى وقائية عامة تهدف إلى حماية المستهلكين من الشروط التعسفية، وهي متاحة فقط لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا والتي تلج أأمام المحاكم المدنية ليس المطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها،

[1]- محمد الهيني، المرجع السابق، ص 145.

[2]- سي طيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص151.

[3]- الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة آفاق علمية، جامعة بوزريعة، المجلد11، عدد1، جوان 2019، ص50.

ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود والتي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم مستقبلا بين المحترفين والمستهلكين.

وفي نفس الاتجاه نصت المادة 23 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على منح هذا الحق لجمعيات حماية المستهلكين بنصها على أنه عندما" يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية، تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني" وتجدر الإشارة إلى أن الطلب يقدم استنادا إلى أحكام المادة 124 من القانون المدني لأن هذه الأخيرة تطلب التعويض الضرر الناتج عن خطأ المهني للمصلحة الجماعية للمستهلكين، كما يمكن لهذه الجمعيات المعترف لها بالمنفعة العامة أن تستفيد من المساعدة القضائية.[1]

ونشير إلى أنه يجوز في القانون الجزائري لجمعيات حماية المستهلك المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي تأسيسا على نص المادة السابقة كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم، وهنا تجدر الإشارة أيضا إلى أن المادة 2/65 القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد سمحت للجمعيات المذكورة التأسيس كطرف مدني، بمعنى أنها حصرت الأمر في القضاء الجزائي ولم تشر إلى القضاء المدني[2] سيما وأن المستهلك الذي يتضرر نتيجة المساس بحقه عادة لا يقبل على القضاء بمفرده وهذا في مواجهة المتدخل، إذ تحول بينه وبين ذلك عدة أسباب أهمها: المركز الاقتصادي المالي والتقني الذي يجعل المهني في موقع قوي يمكنه من السير في الدعوى القضائية، الأمر الذي يثقل كاهل المستهلك ويجعل المهني في موقع قوي يمكنه من مواصلة السير في الدعوى، الأمر الذي

[1]– صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة1، 2013-2014، ص145.

[2]– شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص185.

يجعل المستهلك يتردد بل وأحيانا يتنازل عن المطالبة بحقه وهذا أمام أعباء الدعوى وتكاليفها من نفقات ومصاريف، والتي تتجاوز قيمة السلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها بسبب طول إجراءات التقاضي،وضياع الوقت قد يتجاوز الكثير من قيمة المصلحة موضوع الحماية، ولهذه الأسباب وأخرى كانت جمعيات حماية المستهل ك خير وسيلة لتمثيل المستهلك من أجل دعاوى إبطال الشروط التعسفية أمام القضاء[1].

هذا وقد وسع المشرع الجزائري من حق التقاضي لجمعيات حماية المستهل ك إلى التأسيس بصفة أصلية أمام مختلف الهيئات القضائية طبقا لمقتضيات نص المادة 24 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،حيث منح هذه الجمعيات حق رفع الدعوى أمام القضاء المدني بصفة أصلية ضد كل متدخل قام بمخالفة أحكام القانون رقم 04-02 والتي من بينها الشروط التعسفية.

[1]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص264. وأنظر أيضا: سي طيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص149.

## المبحث الثاني:الجزاء المقرر لضمان نظام القائمة

من أجل إعطاء دفع قوي لمواجهة الشروط التعسفية أقرت التشريعات الحديثة فرض عقوبات جزائية وعقوبات مدنية بفرض الجزاء المناسب سواء تعلق الأمر بالجزاء المدني المطلب الأول أو تعلق الأمر بجزاء جنائي المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الجزاء المدني المقرر لاحترام نظام القائمة

المشرع الجزائري لم ينص بموجب القانون 04-02 على الجزاء المدني المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية، مما يراه البعض سهوا من المشرع ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان استمرار يتهدون ذلك الشرط[1].

وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي نص على جزاء خاص في حالة توافر أحد الشروط التعسفية مفاده اعتبار الشرط كأن لم يكن مكتوبا وهو جزاء جديد يجسد استخدام فكرة الحيلة كوسيلة تقنية في يد المشرع يهدف من ورائها إلى استبقاء العقد قائما من أجل تفادي وقوع البطلان[2]،وهو يمنع المهني من التخلص من العلاقة التعاقدية[3]

وفي ظل غموض أحكام القانون 04-02 المعدل والمتمم يبقى للقاضي أن يرجع إلى تطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي نصت على انه| إذا تم العقد وكان بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" الأمر الذي يعني أن تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان أو الإعفاء منها لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه وإنما

[1]– محي دين عواطف، المرجع السابق، ص23.

[2]- L.FIN-LANGER, op.cit,p338 et s.

[3]- Ibid,p338.

بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك استنادا إلى مبادئ التقاضي التي تقضي بمبدأ حياد القاضي[1].إلا أنّ الفقه الفرنسي يجيز للقاضي التدخل من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به الطرف المذعن [2]. وهو ما سارت عليه أيضا المحكمة القضائية للاتحاد الأوروبي من خلال توجيه قضاة الموضوع على البحث من تلقاء أنفسهم عن مدى وجود شروط تعسفية في النزاعات المعروضة عليهم[3].

غير أنّ سلطة القاضي التي تجيز له تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن في عقود الاستهلاك تطبيقا لنص المادة 110 لا تتحقق إلا من خلال الرجوع للقائمة السوداء الواردة في نص المادة 29 من القانون 04-02 وكذا القائمة المحددة بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 في المادة 05 منه[4].

وعلى هذا الأساس نشير في الأخير إلى أنّ مجابهة الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك هو نوع من أعمال مبدأ المواءمة على أساس المواءمة القانونية وذلك من أجل خلق نوع من التوازن العقدي في إطار القواعد القانونية المنظمة للعمل وذلك من خلال تمكين القاضي والسماح له بسلطة مطلقة في تحقيق العدال ة القانونية المنشودة وبخاصة في ظل غموض الصياغة وعدم الوضوح دلالتها وهذا لتوفير الحماية للطرف الضعيف ودون أي ممارسة غير مشروعة من جانب المهني المحترف سواء في مرحلة

[1]- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص260.

[2]-CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, Droit de la consommation, 9eme éd, Dalloz, Paris, 2015, p. 178.

[3]-CJUE,04 juin 2009,C-43/08, in http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language =fr&jur= C,T,F&num=C-243/08&td=ALL/ «…Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale. »

[4]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص148.

الإبرام أو التنفيذ[1].

**المطلب الثاني: الجزاء الجزائي المقرر لاحترام نظام القائمة**

يتم معاينة هذه البنود ومراقبتها وتطبيق الجزاءات عليها وفق ما يقرره القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهي جزاءات تتمثل وفقا لنص المادة 38 من القانون 04-02 في فرض غرامة مالية على المخالفين تتراوح بين 50 ألف دينارو 5 ملايين دينار، التي نصت بقولها: تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية مخالفة لأحكام المواد 26،27،28،29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.000دج إلى 5.000.000 دج."

ومتى كان العون الاقتصادي شخصا معنويا فـإن الغرامة المطبقة عليه تساوي من مرة إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للعون الاقتصادي عندما يكون شخصا طبيعيا.وفي حالة العود تطبق أحكام المادة 47 من القانون 04-02، حيث تضاعف العقوبة وتتخذ إجراءات الغلق الإداري للمحل لمدة أقصاها 60 يوما، كما يمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 2 من القانون 04-02، بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن عشر ( 10) سنوات، وتضاف لهذه العقوبات، زيادة على ذلك، عقوبة الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى خمس (5) سنوات.

وفي إقرار المشرع لجزاءات مالية ضد العون الاقتصادي خروج عن القواعد العامة وذلك من أجل ردعه كونها تمس بمصالحه المالية، خلافا لو تم إقرار جزاء البطلان سواء للعقد أو الشرط التعسفي[2].

[1]- أيمن أحمد محمد الدلوع، المرجع السابق، ص141.

[2]- محي دين عواطف، المرجع السابق، ص23.

## خلاصة الفصل الثاني

لقد أدى قصور القواعد العامة عن توفير حماية فعالة للطرف الضعيف من الشّروط التعسّفية، إذ لم يكن هناك من مفهوم واضح للشّرط التعسّفي ولم يكن هناكمعيار دقيق تحدده.إلا أنّ قانون الاستهلاك يعد جزء من القانون المدني فتم معالجة التفاوت بين المتعاقدين وفق المبادئ التقليدية للنظرية العامة للعقد إذ يعد التكامل ضروري بين القوانين العامة والخاصة من حيث الحماية، كما يظهر القاضي محورا أساسيا في ذلكن غير أنه ولبسط الرقابة على الشروط التعسفية منح المشرع القاضي هذه السلطة وذلك من خلال الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك والدعاوى الفردية المرفوعة من طرف المستهلك إضافة إلى إمكانية توقيع جزاءات مدنية أو ذات طابع جزائي، وقد عالج المشرع الجزائري الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهي شروط التعسفية متعلقة بتكوين العقد و شروط تعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد.

# خاتمة

## خاتمة

إن الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ يؤدي بنا إلى القول أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وعليه فـإن الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام، وبناء على ذلك، فللأصل أنه متأبرم العقد عندها لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون استنادا إلى مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين المترتب عن المذهب الفردي والمكرس بنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري ،إذ أن الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني تأخذ قوة القانون بالنسبة لمن أبرموها وأنه لا يمكن العدول عنها إلا برضاء الأطراف المتعاقدة.

إن تطورالحياة الاقتصادية بالإضافة إلى عدم التناسب الظاهر في المراكز الاقتصادية بين أطراف العقد أدى إلى سيطرة الطرف الأقوى اقتصاديا على تحديد بنود العقد، والتحكم في وضع شروطه بالشكل الذي يخدم مصالحه ويحقق أهدافه، مهملا بذلك مصالح الطرف الضعيف الذي أصبح لا يستطيع حتى مناقشته هذه الشروط التي تعتبر تجسيدا صارخا لتعسف الطرف القوي من جهة، وإجحافا بمصالح الطرف الضعيف من جهة أخرى. الأمر الذي يؤدي إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين، ونستعرض بذلك أولاً الاستنتاجات ثم نبّين المقترحات على النحو الآتي:

**أولاً: الاستنتاجات.**

1 -إن الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان تخل بالتوازن العقدي الذي يحكم العقود،.خاصة بعد توسع مساحة عقود الإذعان في ظل التطورات التكنولوجية والحاجة الماسة إلى إبرام هذه العقود،كالعقود الواردة على شركات التأمين بأنواعها المختلفة،وعقود العمل وعقود الهواتف النقالة والانترنت، عقود العمل في الصناعات والنشاطات أو المشروعات الكبرى وغيرها، خاصة وأن هذه العقود هي عقود نمطية جاءت نتيجة للتطور الاقتصادي وتركيز الإنتاج وزيادة الاستهلاك الذي ساد في العالم أجمع خاصة وأن

الطرف القوي اقتصاديا يسعى لمزيد من جلب المكاسب على حساب الطرف الضعيف وهو الطرف لمذعن.

2 -اعتبار المشرع الجزائري عقود الإذعان عقود حقيقية كما جاء في نص المادة 70 من القانون المدني، حيث منح المشرع الجزائري للتخفي ف من إذعان الطرف القوي منح رقابة لقاضي على عقود الإذعان من خلال تعديل الشروط التعسفية بما يتفق والعدالة والقانون،وذلك تطبيقا لنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري كما منح المشرع الجزائري أيضا سلطة تفسير العبارات الغامضة في هذه العقود لمصلحة الطرف المذعن وذلك طبقا للمادة 112 من القانون المدني، ومثل هذين النصين يمثلان رقابة قضائية على عقود الإذعان يحمي بها القانون الطرف الضعيف في عقد الإذعان من أن يذعن لإرادة الطرف القوي الذي يمنح نفسه ميزة فاحشة بوضعه لشروط تخدم مصالحه الخاصة بعيدا عن أي اعتبار للمستهلك الذي يضطر لقبولها، على أن أي اتفاق خلاف ذلك يعد بالطلا وعديم الأثر .

3 -إن المشرع الجزائري لا ينكر الطابع التعاقدي لعقد الإذعان وهذا بصراحة نص المادة 70 من القانون المدني التي اعتبرته عقد بالمعنى الصحيح،إذ يعد عقد الإذعان كسائر العقود يتم بتوافق إرادتين.

4 -إن الرقابة القضائية على عقد الإذعان هي رقابة متعلقة بالنظام العام وهذا الأخير هو أحد الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع وعلى هذا الأساس فإن كل اتفاق على استبعادها يعد عديم الأثر الأمر الذي يعني أن منع القاضي من مباشرة سلطاته في الرقابة على الشروط التعسفية يعد باطلا

5 -إن التطورات المستمرة التي عرفتها البشرية فرضت على هذه الأخيرة أشكال جديدة من التعاقدات بمختلف أنواعها، خاصة مع تعقد سوق السلع والخدمات، وفي المقابل الحاجة الضرورية أو المستعجلة إلى السلعة أو الخدمة، ولعل أهم هذه العقود التي

انتشرت بشكل كبير هي التي يغيب فيها عنصر التداول والنقاش والمساومة المتبادلة ومن ثم غياب الحرية التعاقدية.

6 -الرغبة التشريعية للمشرع الجزائري في توفير الحماية للطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف عامة والطرف المستهلك، خصوصا من خلال التدخل المباشر لحضر بعض الشروط التي تبدوا في حد ذاتها في نوع معين من أنماط إعدادها.

7 -سجلنا أيضا تنوع الأساليب التي يتم الالتجاء إليها لتحديد ما يعد شرطا تعسفيا من الشروط الواردة في بعض أنواع العقود، فقد يعمد المشرع إلى إخضاع هذه المسألة كلها إلى السلطة التقديرية للقاضي لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية،وهذا بين الأسلوب التقديري وأيضا أسلوب القائمة والذي يتمثل في إعداد قوائم تتضمن تعدادا للشروط التعسفية ومن ثم يحظر المشرع إدراجها.

8 -اختلاف الفقه في الطبيعة القانونية لهذه العقود، فقد أنكر البعض على هذه العقود صفتها العقدية لوجود طرف قوي يملي شروطا لا يقبل مناقشتها،لأن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيارقانونا يفرضه الطرف القوي لوجود طرف ضعيف ما عليه إلا القبول بهذه الشروط، لأن القبول لا يصدر عن إرادة حرة لأن الإرادة المنفردة للقوي هي بمثابة قانون، في حين اعتبره البعض قانونا عقدا يخضع للقواعد العامة التي تنظم بقية العقود، والحقيقة أنّ عقد الإذعان هو عقد بالمعنى الصحيح وهو صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد أطراف العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه أو رفضه، ومهما قيل من أن ضعف أحد المتعاقدين أمام الآخر فإن هذا لا يؤثر في طبيعة العقد ولا يمنع تدخل القضائي لحماية الطرف الضعيف مادام لم يستغل، والذي يبرز التدخل هو استغلال الضعف لا الضعف في ذاته.

9 يعد عقد الإذعان ظاهرة الاقتصادية أفرزتها الثورة الصناعية والتطورات التكنولوجية في الحياة المعاصرة بوجود شركات محتكرة لسلعة أو خدمة معينة مما يتيح لها فرض شروطها على القابل، لأن السلع الضرورية هي السلع التي لا غنى للناس عنها التي لا تستقيم مصالحهم بدونها،بحيث يكونوا في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، كما هو الحال في عقود الاشتراك في الخدمات العامة كالتعاقد مع شركات المياه والكهرباء ونحو ذلك التي يعهدها أحد أطراف العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضها على الطرف الآخر الذي يقبلها أو يقبل التعاقد بحيث لا يكون للطرف الضعيف المشترك إلا الإذعان دون الحق في تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط التي يتضمنها، إذ يعرض مقدم الخدمة شروطا سواء كانت شركة عامة أو خاصة، الأمر الذي لا يستطيع معه الإنسان الاستغناء عن هذا الاشتراك، إذا أصبح التعاقد بطريق الإذعان هو الوسيلة الوحيدة والأكثر شيوعا في اللجوء إلى إبرام العقود، مما جعل الاستثناء أي التعاقد بطريق الإذعان يعمل في الواقع أكثر من الأصل أي التعاقد بطريق التراضي، وأمام هذا الوضع وفي ظله تدخل المشرع على نحو يوزان بين المصالح المختلفة لفرقاء العقد وليس فقط مصلحة الطرف الضعيف في العقد، وتحديث القواع د التقليدية التي يتضمنها القانون المدني وجعلها تتلاءم مع الوضعية الجديدة في التعاقد واتخاذ الوسائل الوقائية منها والعلاجية والتي تساهم في إقامة نوع من التوازن العقدي في عقود الإذعان على نحو يتضمن لكل طرف حقوقه والتزاماته وإعطاء كل ذي حق حقه دون تعسف أو استغلال توصلا إلى عقد سليم ومنتج لكافة أثاره القانونية .

10 –إن مسوغات تفسير الشك في عقود الإذعان واختلافها عن باقي العقود الذي يفسر الشك لمصلحة المدين هو لاعتبارات العدالة وحسن النية.

11 –الانتشار الواسع لهذه العقود خصوصا في الوقت الحاضر الأمر الذي سيدفع لمشرع والقضاء إلى تطوير نصوص القانون المدني وقانون حماية المستهلك للتصدي إلى

تلك الاختلالات والتجاوزات والسير على خطى الدول الصناعية المتقدمة في حماية المستهلك وعدم جعل تلك المؤسسات الاحتكارية تتحكم في إرادة الضعفاء واحتكارها للسلع والخدمات ومراجعة تبعات تلك العقود من خلال تطوير التشريعات لمحاولة الوصول للتوازن وتوفير الحماية للطرف المذعن وأن لا يترك تحت رحمة تلك الشركات أو المؤسسات لتصول وتجول في فرض شروطها دون رقابة من الدولة وفيما إذا تم ذلك يؤدي إل الاستقرار اقتصادي ومن ثم الاستقرار السياسي الذي تنشده كافة الشعوب .

12 -إن التعامل مع الشروط التعسفية في ظل نظرية عقد الإذعان لا يعرف إلا أسلوب الحماية العلاجية، أما الحماية الوقائية فهي غير واردة ضمن آليات الحماية في نطاق الحماية في القانون المدني وهذا على خلاف ما هو مقرر في قوانين حماية المستهلك التي قررت الوقائية وطورت الوسائل الوقائية كآلية لحمية المستهلك كطرف ضعيف من مخاطر الشروط التعسفية وهو في الوقت ذاته يعد خطوة هامة في طريق حماية المستهلك في مواجهة هذه الشروط سيما في ظل ظروف عالمية يحكمها الاقتصاد وتسيطر فيها الشركات الكبرى، وهذا يعني أن نظرية عقد الإذعان بمفهومها الوارد في القانون المدني لا تستطيع مواكبة التطورات التي صاحبت العلاقات الاستهلاكية .

13 -لقد استطاع المشرع الجزائري توفير الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة المهني وتفعيلها، وهذا من خلال تبني معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف كمعيار لتحديد مدى توافر العقد على الشروط التعسفية.

**ثانياً:المقترحات**

14 -ضرورة تعديل نص المادة 110 من القانون المدني بجعل سلطة القاضي وجوبية وليست جوازية لتصبح على النحو التالي إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية يجب على المحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

15 –ضرورة تطوير وتجديد مفهوم عقد الإذعان وذلك لاستيعاب التطورات الجديدة المصاحبة للعلاقات الاستهلاكية وإن كان المشرع هو صاحب الحق في تقدير ذلك وفقا للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك،كل هذا قصد الوصول إلى إعطاء مفهوم واسع لعقد الإذعان وهذا المفهوم قادر على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف خاصة المستهلك.وذلك كوسيلة لإعادة التوازن العقدي المفقود.

قائمة المراجع

**قائمة المراجع:**

**أولا: باللغةالعربية:**

**1-المراجع:**

**أ- المعاجم:**

1. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح للرافعي، دار الحديث، القاهرة، 2003.

2. الرازي الإمام محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان،لبنان،1986.

**1-2- المراجع العامة:**

**ب- الكتب :**

1. أحمد محمد الشريف، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،1999.

2. آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

3. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة، بيروت،1980.

4. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الطبعة الأولى، 1987.

5. أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء 1، المسؤولية العقدية، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث،2005.

6. توفيق حسن فرج،النظرية العامة للالتزام،في مصادر الالتزام،ط 3،الدار الجامعية،لبنان،1994.

7. جاك غستان، المطول في القانون المدني الفرنسي ، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي،الطبعة الأولىالمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت.

8. خالد السيد عبد المجيد موسى ، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية: النظرية العامة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،الطبعة الأولى، 2017.

9. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

10. رمضان وليد صلاح،القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية.

11. سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

12. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول،ط 4، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون مكان نشر، 1978.

13. السيد عبد الوهاب عرفة،المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية والتعويض عنها،مجلد1، المكتب الفني للموسوعات القانونية،مصر،دون سنة نشر.

14. شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود الجزائري قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي المعدل والفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر،2020.

15. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز الوافي مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربي، عمان،1984.

16. صلاح محمد أحمد، مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور محاباة العامل، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء في كل من القانون الفرنسي والمصري والبحريني، بدون مكان طبع ،2007.

17. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985.

18. عبد الحميد الشواربي،المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأ ة المعارف، الإسكندرية،1997.

19. عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية " الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الانترنت)، دمشق، سوريا، دار الوراق، الطبعة الأولى، 2004.

20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 3، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.

21. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي،ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

22. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الإلتزام بوجه عام،مصادر الإلتزام،المجلد الأول،مكتبة المحامي،مصر ،2006.

23. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، الطبعة الأولى، 1993.

24. عبد الفتاح بيوميحجازي، التجارة الالكترونية وحمايته القانونية، دار الكتب القانونية، مصر ،2007.

25. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، الطبعة الخامسة، 2016.

26. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ط5، بغداد، د.ت.ن،

27. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية القاهرة، جامعة الدول العربية، 1958.

28. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة،منشورات زين الحقوقية، لبنان،2006.

29. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، 2015.

30. علي فيلالي، الالتزامات–نظرية العقد، موفم للنشر، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010.

31. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، التصرفات القانونية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس،2012.

32. كريم بو لعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى،2015.

33. محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

34. محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية القانون ط4، 1998،1999.

35. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، النسر الذهبي للطباعة،القاهرة،2000.

36. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

37. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري،ط 3،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1990.

38. محمد عبد الشوربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه،منشأة المعارف الإسكندرية،1997.

39. محمود جمال الدين زكي، دروس النظرية العامة للالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر،1997.

40. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية،مطبعة جامعة القاهرة، مصر،1990.

41. محمود فريد عبد اللطيف ، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2018.

42. مصطفى العوجي،القانون المدني،العقد ،الجزء الأول،منشورات الحلبي القانونية، حلب، دون سنة طبع.

43. ياسمينة بشار ،مسؤولية الناقل الجوي للركاب، دار الكتب العلمية،الطبعة الأولى،2012.

**2- 1-المراجع المتخصصة:**

44. إبراهيم خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع،2007.

45. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

46. أحمد شوقي عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدينومدى تأثيرها على قواعد الإثبات، المطبعة العربية الحديثة،1977.

47. أحمد شوقي عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدينومدى تأثيرها على قواعد الإثبات، المطبعة العربية الحديثة،1977.

48. أحمدمحمدمحمدالرفاعي،الحمايةالمدنيةالمستهلكإزاءالمضمونالعقدي،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون رقم الطبعة،1994.

49. أمين فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الإلكتروني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.

50. أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.

51. أنس بن عبد الله العيسي، عقدالإذعان–دراسة مقارنة– المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ.

52. أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

53. أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة،2005.

54. أيمن سعيد عبد السلام، الشروط التعسفية في العقود،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة، 2011.

55. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد وظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة

بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الانجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

56. حسن عبد الباسط جميعي،أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد،دار النهضة العربية، القاهرة،1996.

57. سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة،1998.

58. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة،1996.

59. عبد الدايم حسني محمود، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة،ط1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007.

60. عبد الرحيم شوقي ، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزائر، 2003.

61. عبد السلام سعيد، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، 1992.

62. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

63. العربي مياد ، عقود الإذعان دراسة مقارنة، طبعة 1،مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع،الرباط،2004.

64. على بولحية بنبوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، بدون رقم الطبعة،دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2000.

65. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك،منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

66. لعشب محفوظ بن حام د، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990.

67. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر والجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2010.

68. محمد بودالي،حماية المستهلك في القانون المقارن، (دراسة مقارنة في القانون الجزائري) دار الكتاب الحديث،الجزائري،بدون رقم الطبعة بدون سنة الطبع.

69. محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون رقم طبعة، 2005.

70. محمد علي فقيه هانية، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، بيروت، لبنان، 2014.

71. محمد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دار المعارف، الإسكندرية، 1986.

72. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011.

73. محمود علي رحمة ،الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية،دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، بدون بلد النشر،2018.

**ج-الرسائلالجامعية :**

1. أحمد محمد عبد الرحيم، الغبن في العقود الاحتمالية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سوف، مصر، 2010.

2. أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011/2010.

3. أمينة ناعيمي، أحكام الشروط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية القانون والاقتصاد والاجتماعية جامعة الحسن الثاني، عين الشق بالدار البيضاء، نوقشت بتار يخ 2007/04/21.

4. إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2012.

5. بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016.

6. بلخضر شيما مصطفى أمحد الشيخلي،عقد الإذعان،رسالة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة النهرين بغداد،2000.

7. حسن منعم عبد الهادي الزبيدي،ضمانات توازن العقد القانونية،رسالة ماجستير،كلية الحقوق النهرين،2007.

8. حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996.

9. خالد أحمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ،جامعة القدس،فلسطين،2001.

10. خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 45 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، السنة الجامعية 2015-2016.

11. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه،جامعة بغداد، 2000،.

12. ربيعة حليمي ، ضمان الإنتاج والخدمات، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر 1، 2000-2001.

13. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014/2013.

14. ساسية عروسي، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة سطيف2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 2015.

15. سحر بهجت جرادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة ،مذكرة ماجستير في القانون، تخصص القانون التجاري،،جامعة اليرموك، كلية القانون، قسم القانون الخاص، الأردن،2011.

16. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014.

17. سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية دراسة مقارنة،رسالة ماجستير ،جامعة بيرزيت،فلسطين،2008.

18. صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1،2013-2014.

19. عبد الفتاح حجازي،أزمة العقد، رسالة دكتوراه،كلية القانون، جامعة بغداد،1998.

20. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014-2015.

21. عصمت عبد المجيد بكر ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، كلية القانون، جامعة بغداد، 1978.

22. علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل،2009.

23. علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

24. عنتري بوزرار شهيناز، التعسف في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر - 1- 2012،2013 .

25. العيدحداد،الحمايةالقانونيةللمستهلكفيظل اقتصاد السو ق،رسالة دكتورا هكلية الحقوق بنعكنون، 2002 /2003.

26. العيساني عبد المجيد المقبل، شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني، دراسة مقارنة، ماجيستير، الجامعة الأردنية، عمان،1998.

27. فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2017–2018.

28. فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2012–2013.

29. فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان،رسالة ماجستير ،جامعة الجزائر ،1998 .

30. فراس جبار كريم الروازق ، الحماية القانونية من الشروط التعسفية: دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة كربلاء، كلية القانون،2013.

31. فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2003–2004.

32. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة لموقف القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2004.

33. قويدر زبيري، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04–02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006.

34. ليلى حدوم، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر–1– 2000،2001.

35. محمد الأمين سي الطيب،الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك،دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007 /2008.

36. محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق.

37. محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، المغرب2006/2005.

38. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012.

39. محمد مالكي ، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه في الطور الثالث ل.م.د، جامعة تلمسان،2017-2018.

40. منصور حاتم محسن،العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي (دراسة مقارنة) . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع السنة السابعة،2015.

41. موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، النهرين،2009.

42. مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-2015.

43. نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.

44. نوال بن لحرش، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر –دور وفعالية–، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، قسم القانون العام، السنة الجامعية 2012–2013.

45. هائل حزام مهيوب العامري، الغبن الناتج عن الاستغلال دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2008.

46. الياقوت عجرود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير ،فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق السنة الجامعية 2001–2002.

**د–المقالات:**

1. أ. منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني ، مجلة الرافدين للحقوق، 2013، المجلد 18، العدد 59.

2. إبراهيم وجعدان، معالجة صعوبات المستهلك المقترض،مجلة القضاء المدني سلسلة دراسات وأبحاث، حماية المستهلك، دراسا ت وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 08–31 القاضي بتدابير لحماية المستهلك، جمع وتنسيق زكرياء العماري، العدد الرابع، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة، الرباط،2014.

3. أبو الليل سلطان العلماء، عقود الإذعان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، العدد الرابع عشر، مجمع الفقه الإسلامي، جدة.

4. أحمد اسعد توفيق زيد، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الالكترونية والمنتوجات الذكية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، العدد الثامن، جانفي 2020.

5. أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني،المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013.

6. أوسهلة عبد الرحيم، ماهية عقد الناقل البحري، مجلة المحامي، منشورات دار المحامي سيدي بلعباس، العدد08، سبتمبر 2017.

7. إيناس مكي عبد نصار، خيار الغبن دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية.

8. بابا عمي الحاج أحمد، حدود تدخل القاضي في مضمون عقد التأمين –دراسة مقارنة، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد02، 2017.

9. بوعريوة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

10. جمال زكي إسماعيل الجريدلي، حماية المستهلك في عقود الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08 العدد01، السنة 2016.

11. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية –دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، المجلد 26 العدد02، 2011.

12. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، 2011، المجلد26، العدد2،

13. حسينة شرون،نجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، أفريل 2017.

14. حنان مناصرية، تأصيل مدلول المستهلك الإلكتروني" تشريعا، قضاء، فقها– دراسة مقارنة"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 22 فبراير 2018.

15. خليفة كرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد الرابع نوفمبر 2017.

16. خوله كاظم محمد راضي،الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1،2014.

17. ذنون يونس، إبراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 5 السنة 2010،2.

18. راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011/2010.

19. زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 9، العدد 18، جوان 2008.

20. الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشروط التعسفية، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، حماية المستهلك،حماية المستهلك: دراسات وأبحاث في ضوء

مستجدات القانون 08.13، القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك،العدد الرابع،الطبعة الأولى مطبعة المعارف لجديدة، الرباط.

21. زرارة صالحي الواسعة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد5 جوان2012.

22. سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 47، جوان2017، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر.

23. سارة بولقواس، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس المدية، العدد الثاني، سبتمبر 2017.

24. سامي بن حملة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الخامس، مارس2015.

25. سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد الرابع، جوان 2016.

26. سفيان فلاح، الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني، مجلة البحوث في الحقوق والعلم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 02، 2018.

27. سليمان محمدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

28. سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، العدد 7، 2001.

29. سي فضيل زهية، تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود العمل، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع، جوان 2017.

30. سي يوسف زاهية حورية، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، مجلد 14، العدد 34.

31. الشريف بحماوي،سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، تصدر عن المركز الجامعي تمنراست، جوان2014.

32. شوقي بن ناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، 2009.

33. الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة آفاق علمية، جامعة بوزريعة،،المجلد11، عدد1، جوان 2019.

34. صافية بوشناغ، أمينة بن ميهوب، دور جمعيات حماية المستهلك الجزائري في التصدي للممارسات التسويقية المضللة، مجلة ارتقاء للبحوث والدراسات الاقتصادية، جامعة الطارف، المجلد 01، العدد 1، جويلية 2020.

35. عامر رحمون، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 23، المجلد1.

36. عبد الرزاق بولنوار، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة على ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلة دورية، جواد،2009

37. عبد العزيز زردازي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، عدد38، جوان 2014.

38. علي فيلالي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

39. فتحي بن زيد، الأهمية الاقتصادية لعقد الفرنشيز: دراسة مقارنة بين (الجزائر– تونس– المغرب)، مجلة تحولات، جامعة ورقلة، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول،يناير 2019.

40. فهيمة قسوري،خصوصية الحرية التعاقدية في العرض التجاري الالكتروني طبقا للقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

41. كريمة تدريست، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2001.

42. لياس بروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد5، المجلد1، جانفي 2017.

43. ليلى كراش، حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 31، الجزء الرابع.

44. م . مسهير حسن هادي،القواعد القانونية في تفسير العقد، جامعة بابل، كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد01، العدد21،2014.

45. م. علي معمر نجم ، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة العراق، العدد28، المجلد8، جانفي 2019.

46. م.م.مها رمزي محمد علي الحاج يونس، وسائل حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الموصل، المجلد 10، العدد 37، 2021.

47. محمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، كلية القانون جامعة الشلف،2011، العدد5.

48. محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، المجلد3، العدد الثالث، 2011.

49. محمد فاروق صالح البدري، أشكال التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني بين الشريعة والقانون، –دراسة تأصيلية– ،مجلة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد4، الإصدار 13، 2012.

50. محمد فواز صباح الآلوسي، التعسف في عقود الإذعان، مجلة جامعة ا لأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، السنة 2017.

51. محمود صالح جابر وعلي محمد أبو العز، التكييف الفقهي لعقد العمل، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد2، سنة 2011.

52. محي دين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، المجلد الرابع، العدد الأول، جانفي، 2018.

53. مسلم الطاهر، حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الرابع، ديسمبر 2017.

54. مقني بن عمار، "قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، العدد01.

55. منصور حاتم حسن، متطلبات العدالة التعاقدية دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد3، 2018.

56. منيرة جربوعة، آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، العدد الثاني.

57. وليد ثابتي، ميلود بن عبد العزيز، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الأول.

58. يمينة بليمان،عقود الإذعان وحماية المستهلك ،مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، العدد51، جوان،2019.

59. يمينة حوحو، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة2013.

60. يوسف زروق، حماية المستهلك من الإذعان في عقود الاستهلاك الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 25، المجلد 2.

**هـ-القراراتالقضائية:**

1. قرار الغرفة المدنية ، ملف رقم 31315 قرار مؤرخ في 1983/04/13 المجلة القضائية، عدد 1، لسنة1990.

2. قرار الغرفة العقارية ، ملف رقم 149300 قرار مؤرخ في 1997/07/23 المجلة القضائية، عدد 21، لسنة1997.

3. قرار الغرفة المدنية ، ملف رقم 160673 المؤرخ في 1997/10/08، الغرفة المدنية،المجلة القضائية، المحكمة العليا، لعدد الثاني، لسنة 1998.

4. قرار الغرفة المدنية ، ملف رقم 1012845 قرار مؤرخ في 2015/04/11 المجلة القضائية، عدد 2، لسنة2015.

**و- النصوصالقانونية:**

المرسوم الرئاسي رقم 20-442المؤرخ في 30ديسمبر2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في 01 نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية العدد82 لسنة2020.

**-النصوصالتشريعية:**

1. الأمررقم 66-155 المؤرخفي 8 جوان 1966 المتضمنقانونالإجراءاتالجزائيةالمعدلوالمتممالجريدةالرسميةالعدد48.

2. الأمررقم 66-156المؤرخفي08 يونيو 1966المتضمنقانونالعقوباتالمعدلوالمتمم، الجريدةالرسمية، العدد49.

3. الأمررقم 75-58المؤرخفي 26 /1975/09 المتضمنالقانونالمدني المعدل والمتمم ، الجريدةالرسميةالعدد78.

4. الأمر 75-59المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون ال تجاري،ج.ر، عدد78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

5. القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر،العدد 06 المؤرخة في 08 فبراير سنة 1989.الملغى بالقانون 09-03 المؤرخ في 25-02-2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، العدد 15.

6. المرسوم التنفيذي 276/92 المؤرخ في 6 يوليو1992 المتضمن مدونة أخلاقية مهنة الطب، الجريدة الرسمية العدد52.

7. القانون رقم 02/04 المؤرخ 2004/06/23، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، لسنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون 06/10 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر، عدد 46 لسنة 2010.

8. المرسوم التنفيذي رقم 06-306المؤرخ في10-09-2006يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية عدد 56لسنة2006.

9. القانون 06-22 المؤرخفي 22-12-2006 المعدلوالمتمملقانونالإجراءاتالجزائية، الجريدةالرسمية، العدد84.

10. القانون 06-23 المؤرخفي 22-12-2006المعدلوالمتمملقانونالعقوبات، الجريدةالرسمية، العدد84.

11. المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03-02-2008 المعدل للمرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10-09-2008 ج، ر العدد 07 الصادر في 15-02-2008.

12. قانونالإجراءاتالمدنيةوالإدارية 09/08 المؤرخفي 2008/02/25 الجريدةالرسميةالعدد21لسنة2008.

13. القانون رقم09-03، المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 2009/03/08 المعدل والمتمم بالقانون 18- 09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، الجريدة الرسمية العدد35.

14. القانون 18- 09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المعدل والمتمم لـلقانون رقم09-03، المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد35.

15. القانون 05/ 10 المعدلوالمتمملأمررقم 58/75 المؤرخفي 26 سبتمبر 1975 المتضمنالقانونالمدنيالجريدةالرسمية، العدد 44 لسنة2005.

**ثانيا: باللغةالفرنسية**

**1- الكتب:**

1. A.PICARD ET M.BESSON,Les assurances terrestres en droitFrançais,Tome1,4ème édition LGDJ, 1975.

2. Ali Bencheneb, le Droit Algérien des contrats, Edition AJED, 2011.

3. CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, Droit de la consommation, 9eme éd, Dalloz, Paris, 2015.

4. D.BERTHIAU,Le principe d'égalité en droit civil des contrat,LGDJ,1999.

5. Didier Ferrier, La protection des consommateurs, édition Dalloz, 1996.

6. G.VIRASSAMY, Les relation entre professionnelle en droit française, in la protection de la parti faible dans les rapports contractuelle, LGDJ,1996.

7. Guy RAYMOND, droit de la consommation, édition LITEC Professionnels, 2èm édition Paris, 2011.

8. J. c. AULOY, les clauses abusives en droit français, actes de la table ronde du 12 décembre 1990, L.G.D.J.1991.

9. J. c. AULOY, rapport de synthèse, dans les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Paris, E.N .A .J., 1978.

10. Jacques Ghestin, Traité de droit civil, la formation de contrat, 3è. Ed L.G.D.J.paris2000.

11. L.FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2000.

12. LARROUMET Christian , Les obligations, le contrat, droit civil, éd 03, économisa, paris, 1996.

13. M.Fontaine La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, rapports de synthés, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison Franco- belges LGDJ, 1996.

14. N.RZEPECKI contractuel Droit de la consommation et théorie général du contrat, PUMA,2002.

15. Neumayer K, les contrat d'adhésion dans les pays industrialises, librairie,Droz Genève, 1999.

16. Rigaux, La nature du contrôle de la cassation, Bruxelles, 1996.

17. ROCHFELD(J) Les droits potestative par le contrat, LGDJ mélange offerts à ghestin(J), 2001.

18. Stark, Rolande, Bouyer, Droit civil, les obligation T2, Paris,1998.

19. Stéphane PIEDELIVRE, droit de la consommation, Economica, Paris, 2008.

20. TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil(les obligations), 11ème éd., Dalloz, Paris, 2013.

21. Yvan Auguet: " Droit de la consommation", Ellipses, Paris, 2008.

22. Yves PICOD, Droit de la consommation, Arman colin, Paris, 2005.

**16-Articles:**

1. A.SINAY,CITERMANNE, Protection ou surprotection du consommateur ? J.C.P.1994,I,3804,P512.

2. Ali filali, le droit de la consommation,une adaptation du droit commun des contrats,les Annales de l'université d'Alger, N° 27, Tome: 2, juillet, 2015.

3. BVRE Brigitte, « La bonne foi, notion protéiforme », Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, 1996, pp. 321-354.

4. CARMET (O) Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi N° 78 -23 du 10 janv.1978R.T.D.Com. 1982 .

5. CHARPENTIER Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke,N° 2, Vol. 26, 1996,pp. 299-320.

6. Gérard BLANC, l'abus de droit dans les contrats en droit français, in l' abus de droit comparaison Franco-suisses, Actes du séminaire de Genève mai 1998, Publication universitaire de Saint-Etienne, 2001.

7. Hélène Bricks, Les clauses abusives, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - rance1982, p 28.

8. J .Ghestin,Lindetermination du prix de vent et la condition potestative,D.1973,chron.p293.

9. Jacqueline Amiel Donat, Contrat de consommation-formation,, JCP/Conc-conso, n° 6, 1989.

10. Jacques Mestre, le juge ne peut refuser de faire l'application d'un clause claire et précise sans caractériser en quoi elle serait constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet", RTD civ., 1990.

11. Judgments in Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-484/08 consulté le 02-12-2021.

12. LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi, notion protéiforme », Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, 1996, p. 323.

13. PIMONT Sébastien, « clause pénale », Rep. Civ., avril 2010 (actualisation juin 2017).

14. Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, I. 3318, n° 3.

**2- الرسائل:**

1. Berlioz (G), Le contrat d'adhésion, th. Paris. 1976.

2. DUCROQ (A) Recherche sur la notion de droit potestative,mémoire de D.E.A, face des séance politique juridique, et sociales,université de Lille 2, 2000.

3. El Hayek (Elias) « De la crise de la notion de Clause pénale dans les contrats, Thèse, Nice, 2001.

4. May Hamoud, La Protection du Consommateur des Services Bancaires et des Services d'Assurance,, Thèse de doctorat,Université Panthéon Assas,2012 .

## 3-Textes de loi

### A_ Directive européenne

-Directive Européenne N° 93/13, 05 avril 1993, concernant les clauses-abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., N° L95, du 21 avril 1993.

-Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative) publié sur www.legifrance.gouv.fr,consulté le 12-02-2020

- La loi n° 2014-344 relative à la consommation dite Loi Hamon a été promulguée le 17 mars 2014 et publiée au journal officiel le 18 mars 2014. https://www.legifrance.gouv.fr.

-LOIS LOI no 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie5 août 2008 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE.

- Décret N°.78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services ; https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006062874&dateTexte=19970402, visualisé le 20/2/2018, 21:30h.

- Décret n°2016-884 du 29 Juin 2016 relative à al partie réglementaire du code de la consommation, V ; http ; // w ww .legifrance.gouv.fr.

## الفهرس


| | |
|---|---|
| **مقدمة** ..... | 1 |
| **الباب الأول: الإطار القانوني لعقود الإذعان والشروط التعسفية** ..... | 12 |
| **الفصل الأول: المعاينة القضائية لاختلال التوازن العقدي بفعل الشرط التعسفية في عقد الإذعان** ..... | 16 |
| المبحث الأول: تحديد الأشخاص الخاضعون للمعاينة القضائية بفعل الشرط التعسفي في عقد الإذعان ..... | 19 |
| المطلب الأول: تعريف المستهلك (الطرف الضعيف) ..... | 19 |
| الفرع الأول: التعريف الفقهي للمستهلك ..... | 19 |
| أولا: التعريف الضيق للمستهلك ..... | 20 |
| ثانيا: التعريف الموسع للمستهلك ..... | 21 |
| الفرع الثاني: التعريف التشريعي للمستهلك ..... | 21 |
| أولا: التعريف التشريعي للمستهلك في القانون المقارن ..... | 22 |
| ثانيا: التعريف التشريعي للمستهلك في القانون الجزائري ..... | 22 |
| المطلب الثاني: تعريف المتدخل (المحترف) ..... | 25 |
| الفرع الأول: التعريف الفقهي للمتدخل ..... | 26 |
| الفرع الثاني: التعريف التشريعي للمتدخل ..... | 28 |
| أولا–التعريف التشريعي للمتدخل في القانون الجزائري ..... | 28 |
| ثانيا– التعريف التشريعي للمتدخل الاقتصادي في القانون المقارن ..... | 30 |
| المبحث الثاني: مجال الحماية القضائية من الشروط التعسفية من حيث العقود ..... | 32 |
| المطلب الأول: تحديد طبيعة العقد ..... | 32 |
| الفرع الأول: حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقد الإذعان ..... | 32 |
| أولا– تحديد مفهوم عقود الإذعان ..... | 33 |
| ثانيا– موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان..... | 67 |
| الفرع الثاني: توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة ..... | 69 |
| المطلب الثاني: تحديد شكل وموضوع عقد الإذعان الذي يقتصر شروط تعسفية ..... | 70 |
| الفرع الأول: شكل عقد الإذعان ..... | 70 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثاني: موضوع عقد الإذعان ..... | 71 |
| أولا عقد بيع السلع ..... | 72 |
| ثانيا: عقود تأدية الخدمات ..... | 75 |
| خلاصة الفصل الأول ..... | 78 |
| **الفصل الثاني:تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان** | 80 |
| المبحث الأول: ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان ..... | 83 |
| المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه ..... | 84 |
| الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي ..... | 84 |
| أولا: التعريف الفقهي ..... | 84 |
| ثانيا: التعريف التشريعي ..... | 88 |
| الفرع الثاني: معايير الشروط التعسفية ..... | 99 |
| أولا: المعيار الشخصي (النفوذ الاقتصادي) ..... | 100 |
| ثانيا: المعيار الموضوعي (الميزة المفرطة) ..... | 104 |
| ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات ..... | 107 |
| المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية ..... | 110 |
| الفرع الأول: الشروط التعسفية بذاتها ..... | 111 |
| الفرع الثاني: الشروط التعسفية بحكم استعمالها ..... | 112 |
| المبحث الثاني: عقود الاستهلاك مجال للشروط التعسفية باعتبارها عقود الإذعان ..... | 113 |
| المطلب الأول: ماهية عقود الاستهلاك ..... | 115 |
| الفرع الأول: تعريف عقود الاستهلاك ..... | 115 |
| الفرع الثاني: خصائص عقود الاستهلاك ..... | 115 |
| المطلب الثاني: مجالات حماية المستهلك من الشروط التعسفية ..... | 116 |
| الفرع الأول: حماية المستهلك من الشروط المتضمنة تعسفا ..... | 117 |
| أولا: حماية المستهلك من الشرط الجزائي ..... | 117 |
| ثانيا: حماية المستهلك من الشرط الإرادي ..... | 128 |
| الفرع الثاني: حماية المستهلك من الشروط المتضمنة تعسفا بذاتها ..... | 137 |
| أولا: شروط تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها ..... | 137 |
| ثانيا: شرط الإنقاص من الضمان وإسقاطه ..... | 153 |
| خلاصة الفصل الثاني ..... | 160 |

| | |
|---|---|
| **الباب الثاني: الأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في الأحكام العامة والخاصة** ..... | 162 |
| **الفصل الأول: ما مدى فعالية القواعد العامة كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقد الإذعان** ..... | 163 |
| المبحث الأول: الأساس القانوني الذي تستند إليه الرقابة القضائية على عقود الإذعان في مرحلة إبرام العقد ..... | 165 |
| المطلب الأول: قصور المبادئ القانونية العامة للرقابة القضائية على عقود الإذعان في مواجهة الشروط التعسفية ..... | 167 |
| الفرع الأول: قصور مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي ..... | 170 |
| أولا: مبدأ الحرية التعاقدية ..... | 172 |
| ثانيا: القوة الملزمة للعقد ..... | 173 |
| الفرع الثاني: تطبيق مبدأ حسن النية في الحد من الشروط التعسفية ..... | 174 |
| المطلب الثاني: نظرية السبب كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 177 |
| الفرع الأول: حالة الانعدام الكلي لسبب الالتزام في عقد الإذعان ..... | 178 |
| الفرع الثاني: حالة الانعدام الجزئي لسبب الالتزام في عقد الإذعان ..... | 181 |
| المطلب الثالث: مدى إمكانية الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا في المطالبة بإبطال العقد التعسفي في الرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 182 |
| الفرع الأول: دور نظرية عيوب الرضا في الرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 182 |
| أولا: الغلط المبرر كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 183 |
| ثانيا: عدم جدوى عيوب الرضي الأخرى في فرض الرقابة القضائية على عقود الإذعان ... | 183 |
| الفرع الثاني: حسن النية والتعسف في استعمال الحق كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 189 |
| أولاً: دور حسن النية في الرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 189 |
| ثانياً: دور التعسّف في استعمال الحق في الرقابة القضائية على عقود الإذعان ..... | 193 |
| المبحث الثاني: الأساس القانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان في مرحلة تنفيذ العقد | 196 |
| المطلب الأول: دور القاضي في الحد من الشروط التعسفية ..... | 196 |
| الفرع الأول: المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته الحمائية وتقدير الحماية القانونية من الشروط التعسفية ..... | 200 |
| أولا: المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته الحمائية ..... | 201 |

| | |
|---|---|
| ثانيا: تقدير الحماية القانونية من الشروط التعسفية ..... | 202 |
| الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة ..... | 204 |
| أولا: وضوح العبارات الواردة في عقد الإذعان ..... | 205 |
| ثانيا: غموض العبارات الواردة في عقد الإذعان وطرق تفسيرها ..... | 208 |
| المطلب الثاني: سلطة القاضي في التعديل والإعفاء في عقد الإذعان في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة ..... | 220 |
| الفرع الأول: إمكانية تعديل الشروط التعسفية ..... | 223 |
| الفرع الثاني: سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة ..... | 227 |
| خلاصة الفصل الأول ..... | 238 |
| **الفصل الثاني: ما مدى فعالية النصوص الخاصة كأساس قانوني للرقابة القضائية على عقود الإذعان** ..... | 240 |
| المبحث الأول: محاولة قانون الاستهلاك توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية في عقود الإذعان ..... | 242 |
| المطلب الأول: تضييق سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية في ظل قانون 04-02. | 242 |
| المطلب الثاني: الاعتماد على نظام القائمة لإعادة التوازن العقدي ..... | 245 |
| الفرع الأول: قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون رقم 04-02 ..... | 246 |
| أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد..... | 247 |
| ثانيا: الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد ..... | 247 |
| ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد..... | 247 |
| الفرع الثاني: الشروط التعسفية الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ..... | 249 |
| أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد ..... | 249 |
| ثانيا: الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد..... | 251 |
| ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد ..... | 247 |
| رابعا: الشروط التعسفية المتعلق بممارسة الحقوق القضائية ..... | 257 |
| المطلب الثاني:دور جمعيات حماية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية ..... | 260 |
| المبحث الثاني: الجزاء المقرر لضمان نظام القائمة ..... | 266 |
| المطلب الأول: الجزاء المدني المقرر لاحترام نظام القائمة ..... | 266 |

| | |
|---|---|
| المطلب الثاني: الجزاء الجزائي المقرر لاحترام نظام القائمة ..... | 268 |
| خلاصة الفصل الثاني ..... | 269 |
| **خاتمة** ..... | 271 |
| **قائمة المراجع** ..... | 278 |