جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون خاص

إعداد الطالب: إيلول الأمين

بعنوان:

التوازن العقدي في نظام عقود الإذعان

أجيزت بتاريخ: .....

الأستاذ : بكرارشوش محمد أستاذ مساعد (أ) جامعة قاصدي مرباح ورقلة رئيسا

الأستاذة : بن أحمد صليحة أستاذ مساعد (أ) جامعة قاصدي مرباح ورقلة مشرفا

الأستاذ : عياض محمد عماد الدين أستاذ مساعد (أ) جامعة قاصدي مرباح ورقلة مناقشا

الموسم الجامعي:2016/2015

الإهـــداء

إلى أبي و أمي حفظهم الله

إلى كل أفراد العائلة والأصدقاء

إلى زملائي في الدفعة

وإليك أخي القارئ

أهدي هذا البحث.

شكر وعرفان

أتجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى الأستاذة الفاضلة التي أشرفت على عملي

" **بن أحمد صليحة** "

والتي تعهدت بالتصويب والمتابعة طيلة إنجازه.

وإلى كل عمال المكاتب وخاصة عمال المكتبة بجامعة ورقلة.

وإلى كل من قدم لي يد المساعدة في إنجاز هذا العمل المتواضع.

قائمة الاختصارات:

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ط: الطبعة.

د.ط: دون طبعة.

ج: الجزء

د.ت.ن: دون تاريخ نشر.

ص: الصفحة.

مقدمـــة

الإنسان بطبعه إجتماعي لا يمكنه العيش بمفرده ولا بمعزل عن المجتمع ما يجعله يقدم على إبرام عدة روابط وعلاقات إنسانية من أجل العيش في هذا المجتمع، ولا شك أن حاجته لهذه العقود أصبح ضروريا وجزءا لا يتجزأ من حياته اليومية، من أكل ولباس وتنقل وعلاج وغير ذلك.

والعقود شرعت في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد وتحقيق غاياتهم ومقاصدهم بإعتبار أن العقد في مفهومه العام هو الوسيلة الفعالة التي يستطيع بها الفرد أن يحقق بعض المصالح الإقتصادية والإجتماعية، وقوام العقود الوفاء، أما أساسها فهو المساواة والتوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين.

ويعرف عالم اليوم تحولا عميقا في شتى مجالاته المتفاعلة، الإقتصادية منها والسياسية والثقافية والقانونية، ومن جملة هذه التحولات زيادة معدل الطلبات على السلع والخدمات، ما أدى بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية، وكان من نتائج ذلك أن برز وتعمق المركز القانوني لإثنين من أهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الإقتصادية، وهما: المحترف الذي يمكن أن يطلق عليه وصف الشخص القوي المتفوق إقتصاديا، والمستهلك الذي يوصف بالشخص الضعيف، وهذا التصوير لأطراف الحياة الإقتصادية عموما، والعلاقات التعاقدية خصوصا ليس بدعا ولا تزيدا، بل إنه تصوير ونتاج واقع أفرزته العلاقات المعاصرة هز بشكل جدي العقود من حيث توازنها وما ينبغي أن يتوافر فيها من عدالة بين أطرافها، إذ أن هذا الأخير أصبح بحاجة إلى الحماية بإعتباره الأضعف في العقد مقارنة بالمحترف الذي يتفوق عليه إقتصاديا وفنيا بل إن الأمر يتعدى ذلك إلى درجة أنه يمكن القول بأن عنصر المفاوضة يكاد ينعدم تماما.

وقد أفرز هذا التفاوت الإقتصادي منتجا قانونيا ونموذجا جديدا للعقود، هو عقد الإذعان، ومن هنا وجب أن يتدخل القانون لوضع قيود على مبدأ الحرية التعاقدية من أجل وضع نوع من العدالة في هذا النوع الجديد من العقود .

أهمية الدراسة والهدف منها:

تكمن أهمية الموضوع في أن عقود الإذعان تختص بالسلع والخدمات الحياتية التي يحتاجها الناس، ولا غنى لهم عنها، بالإضافة إلى جدة عقود الإذعان مقارنة بالعقود المسماة الأخرى، كما أن إنتشار تلك العقود في المجالات المختلفة يستدعي ضرورة بيان موقف الفقه و القانون منها.

وتهدف دراسة عقود الإذعان على إلى محاولة إعادة التوازن العقدي للعقد وحماية المذعن من البنود التي قد ترهق كاهله، كذلك تهدف أيضا للتعمق في مدى فاعلية النصوص القانونية لتوفير هذه الحماية والتعرف على الأجهزة التي أوجدها المشرع الجزائري إن كانت كافية لكبح إستغلال الطرف القوي للمتعاقد الضعيف.

أسباب إختيار الموضوع :

يرجع سبب إختيار الموضوع محل الدراسة إلى إنتشار عقود الإذعان في الحياة اليومية نتيجة لتزايد الإقتصاديين الذين توسعت دائرة إختصاصاتهم ونشاطاتهم، مما فتح الباب أمام الرغبة في فهم الموضوع شخصيا، وكذى تثقيف الغير بمضمونه.

الإشكالية :

ومن خلال ما سبق فإن إشكالية الدراسة في هذا الموضوع هي كما يلي:

- كيف نظم القانون أحكام عقود الإذعان ؟

وتندرج تحتها عدة تساؤلات حول مفهوم عقود الإذعان ؟ وما هي الظروف التي أدت إلى ظهورها ؟ وإذا ما كانت عقود الإذعان فعلا عقودا ذو طبيعة قانونية و خصائص متميزة، أم أنها مجرد صفة أطلقت على مجموعة من التصرفات التي لا ترقى إلى درجة العقد ؟ كما تقتضي الدراسة البحث عن الآليات التي إتخذها المشرع لحماية التوازن العقدي في هذه العقود ؟

الدراسات السابقة :

ومن خلال الدراسات السابقة فإننا وجدنا عددا وافيا من الدراسات التي تطرقت لعقود الإذعان سواء من ناحية القوانين العامة أو القوانين الخاصة، نذكر منها مذكرة الماستر لسميحة غانم تحت عنوان عقد الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، وكذا رسالة الدكتوراء لمحمد بوكماش والمعنونة بسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

المنهج المتبع :

لقد إستندنا في دراستنا إلى المنهج إلى الوصفي التحليلي الذي يعتبر الأنسب للدراسات القانونية وهذا لجمع المعلومات القانونية التي تكون في الموضوع وإخضاعها للدراسة الدقيقة، وكذا المنهج التاريخي لتبيان كيفية ظهور عقود الإذعان على مر القرون.

صعوبات الدراسة :

يمكن القول أننا لم نواجه أية صعوبات خلال هذه الدراسة نظرا لتوفر العديد من المراجع و الدراسات السابقة المفصلة في الموضوع، بإستثناء قلة الكتب الجزائرية المتخصصة مما حتم علينا اللجوء إلى الكتب الأجنبية وخصوصا المصرية منها.

الخطة الإجمالية :

للإجابة على إشكالية الموضوع ومختلف التساؤلات التي طرحناها قسمنا دراستنا إلى فصلين، إذ تعرضنا في الأول إلى ماهية عقود الإذعان وقسمناه إلى مبحثين، حيث جاء في (المبحث الأول) مبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي، و في (المبحث الثاني) أركان وطبيعة عقود الإذعان.

أما في الفصل الثاني فقد تعرضنا إلى أثر عدم التوازن العقدي في عقود الإذعان من خلال مبحثين، حيث جاء في(المبحث الأول) مفهوم الشروط التعسفية و كيفية الوقاية منها، وفي (المبحث الثاني) سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان.

الفصل الأول
ماهية عقود الإذعان

تمهيد:

من الجدير بالذكر أن أي فكرة قانونية يمكن أن توجد بداية ضمن الأفكار العامة التي تفرزها التطورات الإجتماعية أو الإقتصادية لأي مجتمع، ثم بعد ذلك يلتقط المشرع هذه الظاهرة لكي تصبح جزءا من النسيج القانوني.

فالكثير من المفاهيم والأفكار القانونية قد بدأت كظاهرة أفرزتها العلاقات الإجتماعية، ومن أهم الظواهر التي صاحبت عصر الصناعة، ظاهرة سيطرة الطرف القوي إقتصاديا على الطرف الضعيف الأمر الذي يترتب عليه إذعان الأخير لإرادة الأول.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو عقد الإذعان الذي سوف نتناوله في هذا الفصل من خلال مبحثين، حيث نتطرق في المبحث الأول لمبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي، وفي المبحث الثاني لأركان وطبيعة عقود الإذعان.

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي

إنّ التسليم بعدم وجود تكافؤ في العلاقة التعاقدية في العقود التي يتفاوت فيها المركز الإقتصادي للأطراف يحتم علينا البحث عن مسببات هذا التفاوت، قبل البحث عن الوسائل الكفيلة بالحد منه، ويرجع هذا التفاوت أساسا إلى توفر أحد الأطراف على عدد من الأدوات والآليات التي تساعد على تكريس عدم المساواة، ولذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى مبدأ سلطان الإرادة في المطلب الأول وإلى ظهور عقود الإذعان في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المواضيع الفلسفية ذات الطابع القانوني التي أخذت حيزا مُهمًا من الدراسات الفقهية، بحيث يكمن محور هذا الموضوع في الإجابة عما إذا كانت الإرادة قادرة لوحدها على إنشاء التصرفات القانونية، أما أنها في حاجة لمن يساعدها.

ويرجع أنصار المذهب الفردي أساس القانون إلى الإرادة وقوة العلاقة العقدية، وبالتالي فهو مصدر الأثر الملزم المترتب عنها، بل إعتبر هذا المبدأ جوهرا لنظرية العقد ككل، كما يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد هو محور العلاقة القانونية الرابطة بينه وبين غيره بواسطة قاعدة قانونية أو علاقة عقدية، فطالما كانت إرادة الفرد حرة، فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء الروابط العقدية وما تنتجه من آثار.[1]

ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الفرد حر في التعاقد أو عدم التعاقد، وإذا قيد نفسه بالموافقة على العقد فهذا يكون على إقتناع وإختيار تامين، ولقد ظهر هذا المبدأ في المراحل الموالية للقانون الروماني بحيث لم تكن الإرادة عندهم لوحدها كافية لإنشاء التصرفات القانونية، ويرجع ذلك إلى عنصر الشكلية الذي كان يسيطر على ميدان إبرام العقود أما فكرة الرضائية فكان لها ميدان ضيق جدا لا يتعدى العقود الأربعة: البيع، الإيجار، الوكالة والشركة.

أما في العهد الكنسي فقد تم التخلص نسبيا من براثن الشكلية وإختلط بمفاهيم ذات طابع ديني، ويعد القرن الثامن عشر أي منذ سيطرة النظام الرأس المالي بداية لكل التحولات التي طرأت على مبدأ سلطان الإرادة، حيث تم تأصيل هذا المبدأ على يد أقطاب الفكر القانوني وقد إستعانوا بالنتائج التي توصل إليها زعماء المدارس الإقتصادية والإجتماعية والسياسية قبيل اندلاع الثورة الفرنسية، ونتيجة لهذه العوامل أخذ مبدأ سلطان الإرادة مكانه الثابت داخل التقنيات المدنية، وهذا ما يسمى بالعقد شريعة المتعاقدين.[2]

يستفاد من ذلك، أن مبدأ سلطان الإرادة بُني على تحليل فلسفي مؤداه أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوين، فالإنسان جوهره حر لا يركن لإرادة غيره وإرادته مطلقة من كل قيد، يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته، وحسب رأي أنصار هذا المبدأ فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للإلتزام

1- عبد القادر علاق: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008، ص:22.

2- همام محمد محمود زهران: الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، دط، دار الجامعية الجديدة، مصر 2004، ص: 15-16.

التعاقدي، فطالما إلتزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به وقد قيل في هذا الشأن " ليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة".[1]

ولم يكد يمر وقت طويل على بزوغ فجر هذه النظرية، حتى ظهر لأصحابها ولخصومها معا أنه وإن صح وجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية وهو تكافؤ نظري، فإنهم بعيدون عن ذلك إقتصاديا وإجتماعيا، وبعد أن تأكد لديهم أن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف، وعلى هذا الأخير أن يذعن تحت ضغط الحاجة، ويقبل مكرها ما قام القوي بفرضه بحرية، وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط، وقد أثبتت السنين التي تلت العمل بتلك القواعد مدى البؤس و الإستغلال الذي قادت إليه المناداة بالحرية الكاملة للأفراد، وقد تضاعف ذلك البؤس مع ظهور المجمع الصناعي، ثم ميلاد المجمع الإستهلاكي بعد ذلك.[2]

المطلب الثاني: ظهور عقود الإذعان

أدى تمجيد مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود إلى تكريس عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية وأنهم في الواقع ليسوا سوى طرف واحد قوي يفرض ما يريد على طرف ضعيف مما أدى إلى ظهور عقود الإذعان، وسنتطرق في هذا المطلب إلى نشأة عقود الإذعان في الفرع الأول وإلى تعريفها في الفرع الثاني ثم إلى بيان خصائصها وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: نشأة عقود الإذعان

نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الإقتصادي الحديث الذي إتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير وما إستتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع بإحتكار قانوني أو فعلي لسعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية للمستهلك.[3]

وترجع في الواقع فكرة عقد الإذعان إلى الفقيه بوتييه[4] الذي إستوحاه من القانون المدني على أن الإنسان في الأصل لا تقيده أي رابطة قانونية وهو حر في أن يتعاقد وأن يقبل ما يشاء من الشروط التي يتضمنها العقد، وبالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادة هو العقد، إذ هو إتفاق إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد هو مصدر الحقوق بين الأشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل العامة.[5]

1- عبد القادر علاق: المرجع السابق، ص: 22.

2- محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص:11.

3- محفوظ بن حامد لعشب: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990، ص:09.

4-بوتييه: أستاذ في التاريخ وشارح القانون المدني القديم.

5- سميحة غانم: عقد الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص: 09.

وهذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردي والقانوني الذي يتبناه الفكر الإجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة، ومن ناحية أخرى فإن إرتقاء التعاقد يتلائم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون.[1]

ونظرا للقوة الإقتصادية الكبرى التي يتمتع بها أحد أطراف التعاقد، نتيجة سلطته الإحتكارية لمنتج أو خدمة فإن ذلك سمح له من أن يجعل من العقود التي يبرمها عقودا غير تفاوضية وأصبح العقد نموذجيا وموحدا يعده المحترف مسبقا بنفسه، بصفة منفردة، سواء كان منتجا أو موزعا يملي بموجبه إرادته وشروطه المعدة سلفا، على كل مشتري يرغب في التعاقد معه، والذي لم يبق له سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان للعقد، وهو سيذعن لا محالة لما للمحترف من إحتكار للسلعة أو الخدمة.[2] والحاصل أنه يبدو أن الحرية الإقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية فكان من بين نتائجها عقود الإذعان.[3]

ومنذ مطلع القرن العشرين هيمنت عقود الإذعان على أكثر المعاملات التجارية، فعقود النقل البحري والجوي والبري، وخدمات الإتصالات، وأكثر معاملات البنوك وشركات التأمين، وكثير من عقود العمل والإكتتاب في أسهم الشركات العامة، كل هذه العقود قد تشتمل على التعسف والإذعان.

وقد شكلت هذه الضرورة الإقتصادية حاجة ملحة إلى الإهتمام التشريعي بهذا النوع من العقود التي تعوزها المساواة الإقتصادية.[4]

الفرع الثاني: تعريف عقود الإذعان

عقد الإذعان مصطلح غربي حديث جاء نتيجة لإتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة، وتسمى بعقود الانضمام "contrat d'adhésion" في القانون الفرنسي، وأول من إبتدع هذه التسمية هو الأستاذ "ساليي" في كتابه " إعلان الإرادة في العمل القانوني"، ويلاحظ على هذه التسمية أن مصطلح الإنضمام أوسع من الإذعان، إذ يشتمل عقود الإذعان وغيرها من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة، كما هو الحال في البيع بأسعار محددة التي تقوم بها المحلات الكبرى، أما تسمية عقود الإذعان فقد كان صاحبها هو الأستاذ " عبد الرزاق السنهوري" لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار والقبول.[5]

وفيما يتعلق بتعريف عقود الإذعان فسنبين التعريف اللغوي أولا ثم نتطرق إلى التعريف التشريعي ثانيا ويليه التعريف الفقهي ثالثا وأخيرا.

1- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:10.

2-محمد بودالي: المرجع السابق، ص:12.

3- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع نفسه، ص:10.

4- أحمد سمير قرني: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الإمارات، 2008، ص:36.

5- محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في ق.م.ج والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2012، ص:172.

أولا: التعريف اللغوي للإذعان: من ذَعَنَ يذْعَنُ ذعنًا، والإذعانُ الإنقياد، يقال أذعن الرجل إذ إنقاد، ومنه ناقة مذعان أي سلسلة الرأس، منقادة لصاحبها، قال تعالى: ﴿ وَإِن يَكُن لَّهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾، ويعني ذلك الإذعان للحق، والاعتراف به هو الإقرار.[1]

ثانيا: التعريف التشريعي لعقود الإذعان: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقود الإذعان وإنما إكتفى بتقديم وصف للإذعان، وعلى كيفية حصول القبول فيه حيث نص في المادة (70) من القانون المدني الجزائري على أنه: « يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها»[2] وهذه المادة مستوحاة من نص المادة (100) من القانون المدني المصري، ولكن نجد بأن المشرع قد عرّف الإذعان من خلال القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية ليضع تعريفا لهذا العقد في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة أنه: «كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه»[3] مما يعني أن المشرع إعتبر عقود الإذعان تعطي لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عنه إحتكار بعض المرافق إحتكارا قانونيا أو فعليا، ولا يكون للمتعاقد الآخر سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقدا.[4]

ثالثا: التعريف الفقهي لعقود الإذعان

أ/- الإتجاه التقليدي: إتجه جانب من الفقد إلى تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار الفعلي أو القانوني شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة بقصد الإنضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة.

ب/- الإتجاه الحديث: وسّع هذا الإتجاه من دائرة عقود الإذعان من خلال تعريفها على النحو التالي: « عقود محررة إنفراديا من أحد الأطراف، وليس أمام الطرف الآخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها».

وأضاف الفقه على هذا التعريف بعض الشكليات التي قد يتم فيها عقد الإذعان، والتي قد تأتي على صور متعددة، إذ قد يأتي العقد في شكل وثيقة مكتوبة وما على المستهلك إلا الإطلاع عليها وتكون غالبا تعرض على واجهة المحلات، فهذا التعريف يوسع من نطاق عقود الإذعان فيكون فيها الإيجاب لفرد أو الجماعة، كما لا يشترط أن يكون لأجل أو بدونه.[5]

- إبن منظور: لسان العرب، ج13، دار صادر، بيروت لبنان، 1992، ص: 1.172

2- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو2007، المتضمن القانون المدني(ج.ر.07/31).

3- القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج.ر2004/41).

4- علي فيلالي: الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، دط، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص:61.

5- سميحة غانم: المرجع السابق، ص:11-12.

وبالتطرق إلى الفقه المقارن نجد أن الفقهاء لم يجمعوا على تعريف واحد لعقود الإذعان فساليي يرى أن: « عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد». ويلاحظ على هذا التعريف الذي أورده ساليي أنه إهتم بالإرادة المنفردة وبطريقة إنضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد.[1]

وقد عرّف جورج برليوز عقد الإذعان بأنه: « عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا، بصفة مجردة أو عامة قبل فترة من التعاقد»، وبهذا التعريف لا يكون برليوز قد خرج عن تعريف صاحب فكرة الإذعان ساليي إلاّ فيما يخص توضيحه بأن المحتوى التعاقدي قد يتم تحديده جزئيا.

ويعرّف جاك غستيان عقد الإذعان بأنه:« الإنضمام إلى عقد نموذجي حرّر بصورة إنفرادية من أحد الأطراف، وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله»[2]

ونجد أن الأستاذ السنهوري يرى أن: « القبول مجرد إذعان إذا كان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو موقفه من الموجب لا يملك إلاّ أن يدع أو يأخذ، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لاغنا عنه فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقد الإذعان»[3].

أما عبد المنعم فرج الصدة فقد عرّفه بأنه:« العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة ما فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي وتكون المناقشة محدودة النطاق في نشأتها»[4].

وبخصوص هذا التعريف يرى الأستاذ السيد محمد السعيد عمران أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر إحتكارا فعليا أو قانونيا شيئا يعد ضروريا للمستهلك.

ويصدر الإيجاب عادة إلى الناس كافة، وبشكل مستمر ويكون واحدا بالنسبة للجميع ويغلب أن يكون مطبوعا.[5]

وفيما يتعلق بالفقه الجزائري فنجد عدة تعريفات لعقود الإذعان، فقد عرّفه علي فيلالي بأنه: « عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله ويتميز هذا النوع من

1- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:23.

2- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع نفسه، ص:25.

3- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 1990، ص: 244.

4- السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص:27-28.

5- السيد محمد السيد عمران: المرجع نفسه، ص: 27-28.

العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة إلى إحتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي»[1]

ويرى محمد صبري السعدي أنه: « عقد ذو طبيعة خاصة حيث أن الأصل في التعاقد حرية كل طرف في المناقشة والمساومة، ولكن هناك نوع من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد، وللطرف الثاني إما أن يقبلها جملة، أو يرفضها جملة، وهنا يكون قبوله أقرب للتسليم والإذعان منه إلى الرضاء السليم»[2].

ويستنتج من خلال التعريفات السابقة أن عقد الإذعان هو العقد الذي يعد فيه أحد المتعاقدين شروطه مسبقا على المتعاقد الثاني الذي ليس له سوى أن يقبلها أو يرفضها دون مناقشتها.

الفرع الثالث: خصائص عقود الإذعان

من خلال ما تقدم يمكن إستخلاص أن عقود الإذعان تتميز بمجموعة من الخصائص يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

أولا: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصور إ ستغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة.[3]

ثانيا: إحتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق أو الخدمات إحتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، فعقد الإذعان يسود في ظل الإحتكار حيث يحل الكفاح ضد الزبائن والمستهلكين محل الكفاح من أجل الزبائن والمستهلكين[4] ، وهذه الخاصية كغيرها من الخصائص الأخرى تفترض عدم المساواة الإقتصادية والإجتماعية بين المتعاقدين.

ويقول عبد المنعم فرج الصدة: « إذا كان الموجب يتمتع بإحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذن هو ملزم بالإستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الإلتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد وإذا كان يتمتع بإحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفا في هذا الرفض وتترتب مسؤوليته»[5]

1- علي فيلالي: المرجع السابق، ص: 72-73.

2- محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في ق.ج.ج) المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الأول، دار الكتاب والحديث الجزائر، 2003، ص: 134.

3- محمد أمين سي الطيب: الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص:36.

4- محمد بودالي: المرجع السابق، ص:57.

5- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:59.

ثالثا: عمومية الإيجاب، أي أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون إيجابا عاما فلا يكون موجها إلى شخص معين، بل إيجابا موجها إلى الجمهور عامة، أو إلى طائفة من هذا الجمهور تتوافر فيه صفات معينة، بشكل دائم وموحد والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب.[1]

1- محمد أمين سي الطيب: المرجع السابق، ص: 36.

المبحث الثاني: أركان وطبيعة عقود الإذعان

عقود الإذعان تختلف عن غيرها من العقود المعروفة كونها من العقود المسماة الحديثة، ومن أجل ذلك وحتى تتضح ماهيتها بجلاء، كان لابد من إستعراض أركانها، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، ولما كانت عقود الإذعان ذو طبيعة خاصة في معظم الأحوال وتختلف عن عقود المساومة هذا ما أدى إلى إختلاف الفقه حول طبيعتها القانونية وهذا ما سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان عقود الإذعان

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء إلتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه.

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة (54) من القانون المدني على أنه: « العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»، وعقود الإذعان كغيرها من العقود يتطلب لإنعقادها توافر الأركان العامة في العقود والتي تتمثل في الرضا والمحل والسبب وسنتطرق لها فيما يأتي بالترتيب.

الفرع الأول: ركن الرضا في عقود الإذعان

إن أهم ركن في العقد هو الرضا، أي الإيجاب والقبول وإنطباقهما بإرادة حرة وواعية، لإنشاء أثر قانوني، بحيث يتوقف إنعقاد العقد على أن يتحقق للتراضي وجوده، مستوفيا مقوماته من حيث مضمونه وشروط صحته.

أولا: الإيجاب: الإيجاب هو تعبير لازم بات صادر عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير فإذا حصل هذا القبول إنعقد العقد، أو هو العرض الصادر عن شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد فهو الإرادة الأولى للتعاقد.[1]

وفي العقود التي تتم بطريق الممارسة يتم العقد فيها بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية، أما في عقد الإذعان فإن للإيجاب والقبول ميزات واضحة لكل منها طابع خاص، فالإيجاب في عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة، ومن ثم فإن تمام العقد لا يحتاج إلى أكثر من أن ينظم قبول يكون بمثابة إذعان لما صدر من الموجب من شروط ولا يستثني هذا الحكم سوى العرض الذي تكون فيه

1- أحمد سمير قرني: المرجع السابق، ص:113.

شخصية القابل محل إعتبار، وفي هذه الحالة فإن العرض الصادر من الطرف القوي يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب.[1]

ومن خلال ما تقدم ذكره نستخلص أن الإيجاب في عقود الإذعان يتمتع بالخصائص التالية:

– أن يكون الإيجاب موجها إلى الجمهور أو فئة محددة بصفتها لا بذاتها وبشروط موحدة فتكون الشروط مماثلة لا تختلف من شخص لآخر.

– أن يكون متضمنا للشروط والبيانات الجوهرية ويفترض في من يتقدم للتعاقد علمه بشروط الإيجاب، وذلك لأن هذا الإيجاب واجب النشر، إذ ينشر بطريقة يكون في وسع الجمهور الإطلاع عليها، لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن يتقيد من إشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو الباخرة بالشروط الموجودة في التذكرة كذلك بالشروط الواردة في التعريفة الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور والتي تشير إليها تذكرة السفر كمرجع.

– أن يكون مستمرا مدة طويلة فمادام الإيجاب يصدر بصورة قاطعة، وبصورة عامة فإنه يقتضي أيضا أن يكون دائما، أي أن يكون ملزما لمدة تكون أطول من المدة العادية التي تكون عليها العقود الأخرى وطول مدة الإيجاب كما يقول عبد المنعم فرج الصدة آتية من طبيعة الإيجاب وظروفه.

ولا يمنع في بعض الصور أن يكون الإيجاب مصحوبا بتحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون إستعداد الموجب في حدود طاقة المشروع، كما هو الحال بالنسبة إلى مصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت.[2]

ثانيا: القبول في عقود الإذعان: والمبدأ العام في القبول أنه لا إلزام على من وجّه إليه الإيجاب بأن يقبله، إذا وجه الإيجاب فإن الموجب لا يحتم على من وجه إليه الإيجاب القبول، بل يكون الموجه إليه الإيجاب حرا في أن يقبله أو يرفضه، وإذا رفضه يظل الإيجاب مجرد إيجاب وقبوله أو رفضه ليس مطلقا في جميع الأحوال، إذ أن ظروفا قد تجعل الموجب له ملزما بالقبول، ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه.[3]

أما القبول في عقود الإذعان فيكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الإيجاب الذي نصت عليه المادة (70) من القانون المدني الجزائري على أنه: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها»[4]

1– محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:77–78.

2– محفوظ بن حامد لعشب: المرجع نفسه، ص:78.

3– سميحة غانم: المرجع السابق، ص:15–16.

4– محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:77–78.

ويرى عبد الرزاق السنهوري أن:« 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 أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنا عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجد ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان»[1].

وفي واقع الأمر أن القابل قد يكون فردا أو شركة أو جهة حكومية أو أهلية، يسلم بشروط العقد جميعها، فيوافق عليها أو يرفضها جميعها إذ لا تقبل المناقشة أو التجزئة، ولكن في الواقع لا يستطيع أن يرفضها لحاجته الماسة لمحل العقد.[2]

الفرع الثاني: المحل في عقود الإذعان

محل الإلتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني أو بعمل أو الإمتناع عن عمل، والإلتزام بنقل حق عيني إنما هو إلتزام بعمل ولكن لمّا كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوؤه فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الإلتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني بذاته، فإذا كان الحق العيني ملكية إمتزج بالشيء المملوك وأصبحا شيئا واحدا، ويشترط في المحل أن يكون موجودا إذا كان الإلتزام محله نقل حق عيني، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا، ويقصد بالوجود أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الإلتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك.

كما يشترط أن يكون محل الإلتزام معينا أو قابلا للتعيين مهما كانت صورته وأن يكون محل الإلتزام مشروعا أي قابلا للتعامل فيه إذا كان الإلتزام بعطاء شيء.[3]

وكل هذه الأحكام تنطبق على عقد الإذعان، ولا شك أن عقد الإذعان لا ينحصر محله في أشياء معينة، بل إنه من أكثر العقود إتساعا إذا تكاد تغطي قائمة المسائل التي يرد عليها كل مواضيع الحياة اليومية، لكونه فئة من العقود التي لها صور مختلفة، فقد يكون الإلتزام هو القيام بعمل كالنقل البري أو البحري أو الجوي، وقد يكون عقد تأمين على مخاطر مختلفة، فالمحل في عقد الإذعان هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل بها إنضمامه في العلاقة القانونية وتكون غير قابلة للمناقشة، فقواعده عموما تكون محررة بإرادة منفردة من الطرف القوي.[4]

الفرع الثالث: السبب في عقود الإذعان

السبب هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه، والفرق بينه وبين المحل كما يقال عادة هو أن المحل جواب من يسأل بماذا إلتزم المدين؟ أما السبب فجواب من يسأل لمادا إلتزم المدين؟

1- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص:77-78.

2- نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمن الجهيني: أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية ماليزيا، كلية العلوم الإسلامية، 2014، ص:37.

3- عبد الرزاق السنهوري: المرجع نفسه، ص:375.

4- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:92.

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصرا في كل إلتزام بل يقتصر على الإلتزام العقدي، إذ أن الإلتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصبح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء إلتزامه، والسبب كعنصر في الإلتزام العقدي إنما يتصل أوثق إتصال بالإرادة، والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكن هو الغرض الذي إتجهت إليه الإرادة ذاتها، ولذلك فالسبب ركن في العقد غير ركن الإرادة ولكن الركنان متلازمان.[1]

وإعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة مثل القانون المصري إذ نصت المادة (97) من القانون المدني الجزائري على أنه: « إذا إلتزم إلمتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا» وهي تقارب المادة (136) من القانون المدني المصري والمادة (1131) من القانون المدني الفرنسي، وبما أن عقد الإذعان هو عقد نموذجي، كعقد التأمين البحري والبري، وعقود النقل وما يرد عليها، فإن سببه دائما يكون مشروعا إلى أن يثبت العكس.[2]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

إختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة عقود الإذعان فمنهم من يرى بأن عقد الإذعان لا يوصف بالصفة التعاقدية، بل هو مركز قانوني تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة، ويرى فريق آخر أن عقد الإذعان يعتبر عقدا حقيقيا يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود.

الفرع الأول: النظرية اللائحية أو غير العقدية

أنصار هذه النظرية في الفقه الفرنسي وهم فقهاء القانون الخاص والبعض من فقهاء القانون العام، ونقطة البداية في هذه النظرية تبدأ من حيث كون الإذعان الذي لا يعبر عن إرادة واحدة، لا يرتب آثارا لصالح المنتفعين الذين ينضمون بهذا الإذعان، وأنه لا يمكن تحوله إلى عقد وإنما يظل عملا لائحيا.[3]

حيث ذهب ساليي إلى أن عقد الإذعان يبرر الإعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب ساليي بأن عقد الإذعان المزعوم ليس له من العقد سوى الإسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا إنضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد.[4]

وذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن هناك ثلاثة عناصر تخرج عقود الإذعان عن النطاق العقدي وتتمثل هذه العناصر في:

1- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص:413-141.

2- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع نفسه، ص:95.

3- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، دط، 1998، ص:41.

4- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:43-44.

أولا: عنصر العمومية: يرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان، أو بعبارة أدق بصفة المشارطة، فيلزم فيها العموم، بمعنى أن توجه إلى عموم الجمهور أو إلى فئة محددة بصفاتها لا بذاتها، وتكون بنفس العبارات وذات الشروط، وتتصف بالإستمرارية مدة معينة.

ومن أمثلة ذلك: الإيجاب في عقد النقل بوسائله المختلفة، والإيجاب بالتعاقد مع مصلحة البريد أو شركات الغاز والكهرباء، والإيجاب في عقد التأمين بمقتضى عقد نموذجي[1]، وكل هذه الأمثلة وفقا لهذا الرأي تكون بصدد إيجاب موجه إلى أشخاص غير معينين، وقد تم ليستمر لمدة غير محدودة.[2]

ثانيا: عنصر الإكراه: يتمثل هذا العنصر في النفوذ الإقتصادي القوي للمشترط، الذي يؤد إلى الإختلال الواضح في المساواة بين المشترط والمذعن في نطاق التعاقد، ويفسر الفقه هذا التفاوت بين الطرفين على أنه ذو طابع إقتصادي لا يعيب الإرادة، فالمشارطة موجهة لأن يذعن لها في مجملها الطرف الآخر دون مناقشة، هذا بالإضافة إلى أن تخلف إمكانية إقتراح تعديل من الطرف المذعن، فهذا كله يخرج هذا النوع من المعاملة في المجال العقدي.[3]

ثالثا: عنصر الإذعان: إن موقف الطرف المذعن في هذا العقد لا يعدو أن يكون مجرد الإشارة إلى قصده بالخضوع لشروط وتعليمات المشارطة التي تقابل الإيجاب في عقود التراضي، وعليه فإن عنصر الإذعان لا يتعلق بتكوين العقد، وإنما هو مجرد إستيفاء لشرط ضروري لتنفيذ المشارطة من جانب المشترط ذاته، بمعنى أنه ليس لإرادة الطرف المذعن في الواقع إلا دور ثانوي، فالحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة واحدة هي إرادة المذعِن، فهو بذلك لا يعبر عن أي إرادة حرة من جانب المذعَن، وبالتالي لا تعتبر عقدا بالمعنى الفني الدقيق.[4]

ويستند أصحاب هذه النظرية إلى العديد من الحجج حين يرى "ديجي" أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال بين المتعاقدين وهذا هو الإتجاه العام في القانون المدني الذي يعالج العديد من العقود التي تتضمن شروطا تعاقدية ليس فيها مساواة بين أطرافها كما هو الحال بالنسبة لعقود الشركات حيث تنص المادة (426) من القانون المدني الجزائري: « إذا وقع الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا.

ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله»، وتقابلها المادة (1855) من القانون المدني الفرنسي وكذا بالنسبة لحق الفسخ بالنسبة للغبن الزائد بنسبة 07/12 في بيع العقارات في القانون المدني الفرنسي.[5]

1- محمد بوكماش: المرجع السابق، ص:154.
2- سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص:42.
3- سعيد سعد عبد السلام: المرجع نفسه، ص:42.
4- محمد بوكماش: المرجع نفسه، ص:155.
5- سميحة غانم: المرجع السابق، ص:20.

وفي دعوى تكملة الثمن في القانون المدني الجزائري نصت المادة (358) على أنه: « إذا بيع عقار بغبن يزيد على الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل»[1] .

ويقول الفقيه ديرو بشأن تطبيق نظام المصنع أن العامل الذي لم يحس بوجود الملصقات المحررة من طرف رئيس المصنع الذي يلصقها داخل المصنع لا يمكن إعتبار جهله بأحكامها إرادة منه، وبالتالي فلا يمكن إفتراض قبولها، إذ من الغرابة أن توجد إرادة تجهل نفسها.

الفرع الثاني: النظرية العقدية

إن أغلبية فقهاء القانون المدني رفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من " ساليي" و"ديجي" ومن تبعهم وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان،[2] فقد ناصروا فكرة العقدية، وأنه عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود، ويردون على وجهة النظر بالنسبة للرأي السابق بأن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد إنضمام إرادة القابل لها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد وأن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليست المساواة الإقتصادية فهذا التباين في عقد الإذعان لا يعد لأن يكون نوعا من الضغط الإقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي، وجميع العقود حتى التي يتم التفاوض عليها يتعرض فيها الطرفان لقدر قليل أو كثير من الضغط الإقتصادي لأن إتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى.

فالطرف المذعن كان يستطيع ألا يتعاقد بالرغم من أنه سيتعرض للحرمان من السلعة أو الخدمة، ولكن ذلك لا ينفي أن له الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد.[3]

وقد قام أنصار النظرية العقدية بالرد على العناصر الثلاثة الجوهرية التي تخرج عقود الإذعان عن طبيعتها العقدية، ففي عنصر العمومية يرد أنصار هذه النظرية بأن الدعوة إلى الإذعان كما يمكن أن تكون محددة يمكن أن تكون عامة وذات طبيعة إستمرارية، فلا تأثير لعمومية الإيجاب وإستمراريته على نظرية العقد، فالإيجاب صحيح في كل الأحوال كما أن عقود الإذعان لا تفرغ في كل صورها في شكل نموذجي فبعضها يشمل الإيجاب بصفة غير عامة وغير مستمرة وغير تفصيلية، وإنما تأخذ شكل أن يكون للطرف المذعن في أن يأخذ أو يترك.

وبالنسبة لعنصر الإرادة فإن النفوذ القوي من أحد المتعاقدين يفقد التراضي وهذا غير صحيح، فالواقع يؤكد أن العقد لا يفرض بالضرورة المساواة بين أطرافه فعدم التوازن لا يفقد العقد صفته فبعض الأطراف في العقد قد يكون أشد ضررا أو أكثر قوة أو أقل تسرعا للتعاقد فيمكنه أن يفرض بشكل أو آخر إرادته على المذعن.[4]

1- محفوظ بن حامد لعشب: المرجع السابق، ص:48.

2- سميحة غانم: المرجع نفسه، ص:18.

3- محمد بوكماش: المرجع نفسه، ص:155-156.

4- سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص:43-44.

أما بالنسبة لعنصر الإذعان الذي ينفي صفة العقد عن عقود الإذعان، فإن هذا أمر ميسور الرد عليه بسهولة، فشكل التعبير عن إرادة المذعن لا يؤثر من حيث الأصل على جوهر التصرف القانوني فلا يتطلب للقبول في عقد الإذعان شكلا مختلفا عن العقد بصفة عامة فالشروط المطبوعة التي فرضت عن طريق المشترط لها نفس قوة الشروط المدونة والمكتوبة متى ورد عليها القبول وكما عبر البعض أن الإذعان لا يكون سوى طريقة خاصة من طرق القبول فهو يستوحي إما من الثقة أو نتيجة إختلاف المراكز وهذا ليس بلازم ولكن يشترط أن يكون لدى المذعن الضعيف علم وقبول.[1]

1- سعيد سعد عبد السلام: المرجع نفسه، ص:44.

خلاصة الفصل:

من خلال ما قدم نستخلص أن عقود الإذعان هي العقود التي يحدد فيه الموجب شروط العقد مسبقا ولا يكون للطرف الآخر إلا قبولها أو رفضها دون مناقشتها، وقد ظهرت هذه العقود نتيجة التطور الاقتصادي الكبير الذي إتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم، وتكريس مبدأ سلطان الإرادة.

ونظرا لخصوصية الإيجاب والقبول في هذه العقود فقد إختلف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية بين رأي أنكر عليها وصف العقد ويرى أنها عبارة عن مركز قانوني منظم ورأي آخر قائل بعقدية عقود الإذعان وهو الرأي الراجح على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد.

وعقود الإذعان تتميز عن غيرها من العقود بعدم التوازن العقدي لأنها تبرم بين طرف متفوق إقتصاديا وفنيا، وبين طرف ضعيف تنقصه الدراية والخبرة، مما أوجب التدخل لحماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وهذا ما سنعالجه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

أثر عدم التوازن العقدي

في عقود الإذعان

تمهيد:

يدخل الطرف المذعن في علاقة تعاقدية مع المحترف في سبيل الحصول على البضائع والخدمات ويتبين أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة لأن المحترف يتميز بالخبرة والإختصاص والمال، الأمر الذي جعله في مركز قوي يمكنه من إملاء شروطه على الطرف الضعيف، وهذا ما أدى بالطرف القوي إلى إستغلال هذا التميز في كثير من الأحيان بإدخال بعض الشروط التعسفية أو إخفاء بعضها مما يؤدي إلى إختلال التوازن في العلاقة العقدية.

وقد أصبح مركز المتعاقد المذعن من المشاكل الملحة بإزدياد المنافسة الحرة بين المشاريع المختلفة ما وسّع الفجوة بين المحترف والمستهلك، الأمر الذي حتّم على المشرع التدخل لحماية الطرف الضعيف في مواجهة المحترف في إستغلال مركزه الإقتصادي القوي، وإعادة التوازن للعقد، ولهذا إرتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لمفهوم الشروط التعسفية وكيفية الوقاية منها، بينما نتناول سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية وكيفية الوقاية منها

في البداية ننوه إلى أن مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان، هو المجال الأوسع، حيث تحتل المساواة الإقتصادية بين الأطراف، والشروط التعسفية ترتبط بعروة وثقى مع عقود الإذعان، فالمشرع قد رصدهما سويا، ومن ثم نظرا لأهميتها في مجال التطبيق العملي بات لزاما علينا الوقوف على مفهوم الشرط التعسفي في المطلب الأول وإلى الوقاية من هذه الشروط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

إن التعامل مع أي فكرة يتطلب تعريفها وتحديدها حتى يمكن للقاضي الذي يفصل في واقعة معينة أن يتأكد من مدى إنطباق هذا التعريف على هذه الواقعة، الأمر الذي يساعد على أفضل تطبيق ممكن للقانون على الواقع، ولضمان أفضل إرتباط ممكن بين الواقع والقانون، يجب أن يتيسر للقاضي مجموعة من الأدوات القانونية، مادية كانت أم ذهنية، حتى يستطيع القيام بمهمته على أفضل وجه، وهنا يظهر دور المعايير القانونية التي تساعد على تعريف الأفكار تعريفا يضمن سهولة إرتباطها وإنطباقها على الواقعة المراد تطبيق القانون عليها، مما يقتضي تقديم تعريف للشروط التعسفية والمعايير التي يجب أن تتوفر لإعتبار الشرط تعسفيا.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

يقصد بالتعسف في الإصطلاح اللغوي " الإستخدام السيئ" وفي الإصطلاح القانوني " الإستخدام الفاحش لميزة قانونية" ويعرف هذا الشرط أنه: « الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الإقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر »[1]

ويعتبر الشرط التعسفي أنه الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف الأخير في إستعماله لسلطته الإقتصادية، بغرض الحصول على ميزة مجحفة فالشرط يكون تعسفيا عندما تكون الميزة المجحفة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في إستعمال السلطة الإقتصادية للأخير، وهذا ما يعرف في النهاية "بالتعسف في إستعمال السلطة التعاقدية"، ودليل ذلك العوامل المادية التي تصاحب تقديم السند التعاقدي، والتي تعكس عدم المساواة في القوة، مثل الشروط المطبوعة سلفا، والصياغات الموحدة للعقد والمعدة من قبل المهني ومن في حكمه[2]، ويمكن أن يعتبر الشرط تعسفيا، شرط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية وشرط إسناد الإختصاص، فإختلال المساواة بين الأطراف يخلق نوعا من الميزة القاصرة على المحتكر دون المذعن، وهذا يؤدي إلى عدم التوازن في حقوق والتزامات الأطراف، وعرفته محكمة النقض المصرية أنه:« الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد بإعتباره مخالفا للنظام العام...»[3]

1- سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص:50.

2- السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق، ص:32-33.

3- سعيد سعد عبد السلام: المرجع نفسه، ص:51.

وقد أورد المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي من خلال المادة (5/03) من القانون 04-02 التي نصت على أنه: « كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد»[1].

الفرع الثاني: معيار الشرط التعسفي

إحتدم الجدال في أوساط دوائر الفقه حول المعيار الذي يمكن الإستناد إليه للوقوف على ما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه وما المعيار الذي يمكن التعويل عليه في هذا الصدد.

ذهب البعض إلى أنه يمكن الرجوع إلى نص المادة (124) مكرر من ق.م.ج للإجابة على هذا السؤال، فبالرجوع إلى هذا النص نجد أنه يحدد ثلاثة حالات يكون إستعمال الحق فيها تعسفيا، فيعد الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفيا إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالطرف المذعن.

ومثال ذلك إذا تضمن عقد نقل الأشخاص شرطا يلزم المسافر بشراء زجاجة من المواد الكحولية حتى ولو لم يكن يتعاطى هذا النوع من المشروبات، ويعد هذا الشرط تعسفيا أيضا إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها قليلة الأهمية و لا تتناسب مع الأضرار التي تصيب الطرف المذعن بسببها، ومثال ذلك أن يحتوي عقد التأمين على شرط يلزم المؤمن عليه في التأمين على العجز عن العمل بتقديم شهادة بالعجز عن العمل موقعة من كبير أطباء مصلحة الطب الشرعي، في حين تكفي شهادة من طبيب شرعي متخصص.

ويعتبر الشرط تعسفيا إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها صاحب الشأن غير مشروعة، كأن يرد كذلك في عقد التأمين ضد المرض شرط يحرم زواج المؤمن عليه مدى الحياة[2] ، وهذه النظرية وإن كانت تساهم في تحديد معايير التعسف، إلا أنها لا تنطبق على حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، و ذلك لأسباب قانونية وأخرى عملية.

فعن الأسباب القانونية التي تحول دون تطبيق هذه النظرية لتحديد الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فإنه يمكن القول أن نظرية التعسف في إستعمال الحق لا تنطبق إلا في حالة ممارسة صاحب الحق لسلطة يخولها له حق شخصي، وهذا هو نطاق تطبيقها الذي لا يمكن أن يمتد لغيرها إلا بنص صريح من المشرع، وبذلك يتضح عدم إمكانية تطبيق هذه القاعدة على حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان لأن المشرع فوض القاضي في تحديدها على ضوء مبادئ العدالة كما يتضح من نص المادة (110) من القانون المدني الجزائري.

أما عن الأسباب العملية التي تدعوا إلى رفض الإستعانة بمعايير التعسف في إستعمال الحق في تحديد الشروط التعسفية في عقود الإذعان أنها تؤدي في كثير من الأحيان إلى حصر وصف التعسف في

1- سميحة غانم: المرجع السابق، ص:34-35.

2- سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص:54-55.

إطار ضيق، ففي أحيان كثيرة يتوافر الشرط التعسفي بالرغم أن الطرف القوي لم يتعمد الإضرار بالطرف الضعيف ولم يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.[1]

وقد ذهب فريق آخر إلى إعتماد المعيارين اللذان أتى بهما المشرع الفرنسي، وذلك بموجب نص المادة (35) من قانون 10 جانفي1978، الوارد في الفصل IV المتعلق بالشروط التعسفية، وهذان الشرطان هما النفوذ الإقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة.

أولا: معيار النفوذ الاقتصادي: يقصد بالنفوذ الإقتصادي في إختلال التوازن العقدي هو ذلك التعسف الإقتصادي الذي سمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، فقد يلجأ المشترط إلى إستخدام وسائل غير أمينة تؤدي إلى إستغلال الضعف الإقتصادي للمذعن، وقد إنبرى الفقه في إيجاد الوسائل والمؤشرات التي يستدل منها على النفوذ الإقتصادي للمشترط والتي تتمثل في وضع المحترف المشترط في السوق وحالة السوق ومحله، ووضع المستهلك، فإزاء هذه المؤشرات يمكن القول أن هناك عيبا لحق المذعن لكونه في حالة ضعف، فقد أملى عليه المشترط نفوذه وتقنيته، فأصبح عدم التعادل قائما في العقد.[2]

ثانيا: الميزة الفاحشة: لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الإستهلاك تعسفيا فإنه يجب أن يكون مفروضا بواسطة تعسف النفوذ الإقتصادي الذي يملكه المهني من جهة، على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى لصالح المهني، لذلك يبدو من الوهلة الأولى أم المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة أو المحصلة لإستخدام النفوذ الإقتصادي بطريقة تعسفية ، ويعتبر مرتبطا بها بعلاقة سببية أو كما قال البعض فإن المشرع أعطى تعريف للتعسف مخصصا إياه بمقدار نتيجته، حيث أن الشرط لا يكون تعسفيا إلا إذا أعطى ميزة فاحشة.

لكن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية، فتعرض لإنتقادات من قبل الفقه، لأنه معيار غامض وليس محدد الكمية من جهة ذلك لأن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لتعديل بعض العقود إذا بلغ حدا معينا، ومن جهة ثانية هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير هذه الميزة، هل بالنظر إلى الشرط منعزلا أم أنه يجب النظر إلى مجموع العقد.

ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات: بعد تبني المشرع الفرنسي للتعليمة الأوروبية لسنة 1993 هجر المعيارين السابقين، وأخذ بمعيار جديد بموجب المادة (1/312) من قانون الاستهلاك، هذا المعيار هو معيار "الإخلال الظاهر بالتوازن".

وقد عرف التوجيه رقم 13-93 الصادر من المجلس الأوروبي بتاريخ 05أبريل1993 الشرط التعسفي في فصله الثالث على أنه: " كل شرط في عقد لم يكن محل مناقشة فرد والذي رغم ضرورة توفر حسن النية، يخلق على حساب المستهلك عدم توازن شاسع بين حقوق وإلتزامات الأطراف".

---

[1]- إبراهيم عبد العزيز داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص: 37-38.

[2]- سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص:56-57.

فقد تبنى المشرع الفرنسي معيار حسن النية، ومعيار عدم التوازن بين حقوق وإلتزامات الأطراف، وأضاف لهما خاصية ألاّ يكون الشرط موضوع مناقشة فردية، مما يفيد أن الشرط يكسب صفة التعسف سواء كان شرطا في عقود الإذعان أو كان شرطا في غيرها من العقود التي لا تتوفر فيها خاصية الإذعان، فالمستهلك لا يستطيع مناقشة هذا الشرط سواء في عقود الإذعان أو غيرها.[1]

وقد رأى البعض في هذا الصدد أن المعيار الجديد ليس إلا ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، أي أن مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أن الإختلاف يكمن فقط في التسمية.

ولما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بالإلتزامات، إضافة إلى ذلك فإن ما يتعلق بالإشكال الذي طرحه معيار الميزة المفرطة بشأن إقترابه من فكرة الغبن هو نفس الإشكال الذي طُرح بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر، إذ أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون مجرد تبني لفكرة الغبن المجرد أي النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين بالأداءات المتقابلة، ويلاحظ ان المشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار من خلال المادة (5/3) من القانون 02-04.[2]

وتتجلى أهمية تحديد المعايير التي يعتبر بموجبها الشرط تعسفيا من عدمه في التمكن من تقديم حماية أفضل للمستهلك من جهة، ومن جهة ثانية توجيه أحكام القضاء تجنبا للمساس بإستقرار المعاملات.

المطلب الثاني: الوقاية من الشروط التعسفية

لقد لاحظ الباحثون منذ مدة طويلة لجوء المحترفين إلى إيراد الشروط التي تخدم مصالحهم في العقود التي يبرمونها مع المستهلكين والتي عرفت تنوعا وإتساعا في مداها، وإنتشارا مذهلا في مجتمعات الدول الصناعية التي تعرف إنتاجا ضخما وتوزيعا جماهيريا، ومن الطبيعي أن تكتسح هذه الظاهرة أيضا الدول النامية التي تشهد تداولا و توزيعا لنفس السلع والخدمات دون رادع أو رقيب، ورغم ضغط الشركات الكبرى على المشرعين لتلافي سن قوانين تحد من حرية العمل بهذه الشروط، فإن ذلك لم يمنع من وجود أنظمة إختلفت في مكافحتها للشروط التعسفية، وهي تتأرجح بين أسلوبين: الأسلوب التشريعي الذي يتلخص في سن قائمة محددة بالشروط التعسفية غير المشروعة والمحظور العمل بها، و الأسلوب الإداري أو التنظيمي حيث يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية سلطة التقدير العملي للشروط التعسفية حالة بحالة.[3]

1- مولود بغدادي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015، ص 50-51.

2- سلمة بن سعيدي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 74-75.

3- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص: 16-17.

الفرع الأول: إعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية

لقد وضع المشرع الجزائري نظام القائمة وذلك من اجل معادلة التوازن العقدي بين المتعاقدين مسايرا القانون الفرنسي لسنة 1978 المتعلق بحماية المستهلك، وكذلك القانون الألماني في تشريعه الخاص بالشروط العامة للأعمال.

***مضمون نظام القائمة:** لقد تعرض المشرع للممارسات التعاقدية التعسفية من خلال القانون رقم 04-02 وهذا في الفصل الخامس المتضمن المادتين (29) و(30) بحيث نجد نص المادة (29) الذي تضمن ثمانية شروط اعتبرها المشرع تعسفية، وهذه الشروط مذكورة على سبيل المثال لا الحصر وهي قائمة ملزمة منذ صدورها سواء للمحترفين أو غير المحترفين في علاقتهم مع المستهلكين، كما هي أيضا ملزمة للقاضي بحيث ليس له أي سلطة تقديرية بشأن الطابع التعسفي،كذلك نجد المادة(05)من المرسوم التنفيذي06-306[1] بحيث تضمنت 12 شرطا تعسفيا وهي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في المادة (29)[2].

أولا: القائمة السوداء: وتشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة، نصت عليها المادة (11) من قانون الشروط العامة للأعمال الصادر في 09 ديسمبر1976، وتضم 20 شرطا تعسفيا، وهي كذلك التي تم ذكرها في القانون رقم 04-02 وكذلك في المرسوم التنفيذي 06-306، وتتعلق بوجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ضمنها في خلال أربعة أشهر، وبإستبعاد أو تحديد الحق في الحبس.

وكذلك حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له على المحترف، أو الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي، ولعل أهم هذه الشروط التعسفية هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان حيث يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيعة موردة من قبل الغير، ويجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة اللجوء أولا على الغير، خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة إحتياطية.[3]

ثانيا: القائمة الرمادية: وتشمل القائمة الرمادية ثمانية أصناف من الشروط التعسفية الممنوعة، والتي يمكن أن تكون تعسفية ولكن تستلزم تدخل القاضي لتقدير طابعها التعسفي وفق معايير نص عليها القانون، وقد عهدتها المادة (10) من نفس القانون ولكن لم يتم النص عليها من قبل المشرع الجزائري، وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ إلتزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ إلتزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر في تعديله، أخذا في الإعتبار مصالحه دون الإكتراث بعدم قبول

1- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر2006.

2- سميحة غانم: المرجع السابق، ص:40-41.

3 - محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص:20-21.

المستهلك ذلك بإبطال العقد أو فسخه، وبحقه في إختيار القانون الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يبرر هذا الإختيار بوجود مصلحة مشروعة.[1]

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي في تشريع 1978 قد تجاوز الأفكار التقليدية للقانون المدني من خلال الإجراء الذي قبل فيه، ولأول مرة بطريقة عامة أن الخطر بالنسبة للمستهلك يكمن في مركزه الضعيف إقتصاديا وفنيا مقارنة بالمهني الأمر الذي يفسد العلاقات التعاقدية، وقد إستخدم هذا التشريع صياغات واسعة لتحديد الشروط التعسفية، وعلى ذلك يمكن أن تشمل الشروط التعسفية الآتي:

– الشرط المتعلق بالخاصية المحددة للثمن، أو القابلة للتحديد على سبيل المثال الشرط الذي يضعه المورد في العقد ليرفع بمقتضاه السعر، خلال الفترة ما بين الطلبية والتسليم.

– الشروط الخاصة بدفع الثمن، حيث يدرج في هذه العقود شرط مؤداه أن المكتسب (المستهلك) يمكنه الدفع في تواريخ محددة، وعندما يخطئ المستهلك في تنظيم واحد من هذه الدفوع فالعقد سيفسخ وما دفع من أقساط يكتسب كتعويض.

– الشروط المتعلقة بحقيقة الشيء مثل الشرط الذي يسمح للمهني بأن يعدل بإرادته في بعض خصائص الشيء المطلوب، ولما كان الهدف هو حماية رضا المستهلك، لذى يحمل الغلط من جانب الأخير على الصفات الجوهرية للشيء محل التعاقد.

– الشروط المتعلقة بالتسليم و بظروف تنفيذ العقد وكذلك الشروط المتعلقة بعبئ المخاطر.

– الشروط المتعلقة بالمسؤولية والضمان، مثل الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية، والشرط المحددة لضمان الفعل الشخصي وضمان العيوب الخفية.

– فضلا عن ذلك، ما يتعلق بشروط فسخ العقد أو حله، أو تجديده مثل الشرط الجزائي الفاسخ الذي يباشر ضد المستهلك فقط، أو شرط إبطال الطلبية حسب رغبة المهني.[2]

وقد أضاف المشرع الفرنسي قوائم أخرى هي عبارة عن مراسيم صادرة عن مجلس الدولة أو لوائح ملحقة بمدونة الإستهلاك، وإما توصيات صادرة عن لجنة الشروط التعسفية.[3]

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية

مكّن المشرع الجزائري بعض الهيآت الإدارية من صلاحيات ووسائل لتدعيم حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية التي يضعها المحترف، حيث تقوم لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك بدور كبير في بسط رقابتها على الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود.

1– محمد بودالي: المرجع نفسه، ص:21.

2– السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق، ص:33–36.

3– سميحة غانم: المرجع السابق، ص:41.

أولا: لجنة البنود التعسفية: أنشئت هذه اللجنة في فرنسا بقانون 10 جانفي 1978، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، وهو حل تجنب فيه المشرع تكليف القضاء بمهمة إستبعاد الشروط التي يراها تعسفية وجعلها من مهام هذه اللجنة وهي لا تقابل مجلس المنافسة، نظرا لأنها لا تملك ما يملك من صلاحيات فهي بمثابة جهاز إستشاري فقط.[1]

واتبع المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي وأنشأ لجنة البنود التعسفية فنص عليها في المادة (6) من المرسوم 06-306 وعرفها بأنها: " لجنة ذات طابع إستشاري تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة يترأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة وهذه اللجنة تقوم بإعداد نظامها الداخلي الذي يصادق عليه الوزير المكلف بالتجارة".

ويتمثل دور اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الإتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، وأنها مسؤولة عن البحث عما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تحمل في طياتها خاصية تعسفية.

كما أن اللجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل للشروط التي تتمثل فيها خاصية تعسفية، إذن فاللجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين، وتبحث عمّا إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسفا فإنها تصدر توصيات، إما بالإلغاء لتلك الشروط وإما تعديلها، وهي في بحثها ذلك تقوم به وفقا للمعيار الذي وضعته المادة (132/1) من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهو معيار الإختلال الظاهر في التوازن بين إلتزامات المتعاقدين الناتج عن الشرط التعسفي.[2]

أما بالنسبة لإختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري فتحدد من خلال إجتماعها بصفة دورية، حول بحث وتحليل الشروط المجحفة والتي يجبر على قبولها المستهلك كطرف ضعيف، وإذا تيقنت اللجنة أن الشروط تحمل صفة التعسف تقوم بإصدار توصية تعديل أو إلغاء تلك الشروط بالشكل الذي يضمن إعادة التكافؤ بين المستهلك والمهني، وهو ما نصت عليه المادة (7) من المرسوم 06-603.

كما أضافت المادة (12) من نفس المرسوم أن على اللجنة إعداد تقرير نشاطها كل سنة يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة، ويتضمن التقرير كل الدراسات والخبرات التي قامت بها وكذلك كل التوصيات التي أرسلت إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى المؤسسات المعنية حول الطابع التعسفي لبعض العقود.

وفي إطار مهام اللجنة دائما تنص المادة (11) من المرسوم التنفيذي أنه: « يمكن للجنة أن تُخطر من تلقاء نفسها أو تُخطر من قبل الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية، وكل

1- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 36.

2- محمد أمين سي الطيب: المرجع السابق، ص 128.

جمعيات حماية المستهلكين، أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك»، وقد تضمنت كل من المواد (13) و (14) كيفية إدارة الاجتماعات الخاصة باللجنة.[1]

ثانيا: جمعيات حماية المستهلكين: جمعيات حماية المستهلك هي هيآت تطوعية، غير حكومية، يؤسسها نشطاء من أفراد المجتمع المدني بإختلاف ثقافاتهم وإختصاصاتهم، لا تهدف إلى الربح، وإنما تهدف لحماية حقوق المستهلك من الممارسات المخلة بحقوقه وضمان الدفاع عنها عن طريق تنويره وتوعيته بما له و ما عليه من حقوق و واجبات ورفع الدعاوى القضائية نيابة عنه ضد جشع التجار والمحتكرين[2]، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة (9/29) من القانون 09-03 بأنها: « كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله»[3].

وقد خوّل المشرع لجمعيات حماية المستهلكين إضافة إلى الدور التوعوي و التحسيسي رفع دعاوى إبطال الشروط التعسفية، تفاديا لتقاعس المستهلكين عن رفعها بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي، فإن التشريعات ذهبت إلى حل المشكلة عن طريق منح جمعيات حماية المستهلكين حق رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين، والشروط المعنية هنا هي كل شرط ترى المحاكم أنه تعسفي سواء صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهرا.

ويمكن للجمعية أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم، وإن لم يوجد فأمام قاضي التحقيق أو أمام الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين.[4]

1- مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 122.

2- صياد الصادق: حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2014، ص 133.

3- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، العدد15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

4- سلمة بن سعيدي: المرجع السابق، ص 158.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان

رغم محاولة المشرع حماية الطرف الضعيف خلال مرحلة تكوين العقد عن طريق الآليات التي سبق التعرض لها، إلا أن هذا لم يكن كافيا لردع المحترفين عن إستغلال نفوذهم الإقتصادي، وهذا ما أدى بالمشرع إلى تخويل الطرف المذعن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل العقد وإعادة التوازن له وهذا ما يعتبر خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ولتوضيح أكثر سوف نفصل ذلك من خلال مطلبين، نتطرق في الأول إلى سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية، وفي المطلب الثاني إلى سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية

من أجل إعطاء فكرة واضحة عن الحماية المقررة للمتعاقد المذعن نأتي على توضيح شروط إستفادة هذا الأخير من الحماية (الفرع الأول)، مع تبيين الإمكانية الممنوحة للقاضي بأن يعدل الشروط التعسفية أو يستبعدها إذا وجد أنها مدرجة في عقد إذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط إستفادة الطرف المذعن من الحماية

لتطبيق الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، يجب توافر ثلاثة شروط:

أولا: وجود عقد قائم وصحيح: يفترض لسريان الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان أن يكون هناك عقد قائم صحيح، توافر له عنصر التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحا، خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه، إذ أن رقابة التعديل أو الإلغاء تأتي حصيلة تفسير لشروط العقد للوقوف على ما بها من تعسف، وهذا التفسير تسبقه أولويات معينة، وهي قيام العقد صحيحا بين طرفيه.[1]

ثانيا: تضمن العقد شروطا تعسفيا: إن المبرر القانوني لتدخل القاضي هو أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية فرضها الموجب بحكم أنه القوي في العلاقة التعاقدية، إذ أنه هنا يكون للقاضي الحق في تعديل هذا الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه، بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن يكون عليها، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين ويخفف الإرهاق عن الطرف الضعيف في العقد.[2]

ثالثا: الضعف الإرادي: يجب أيضا لسريان الرقابة على الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أن يكون المستهلك المذعن ضعيفا أمام الشروط التي يفرضها المهني، حيث لا يمكنه إلا أن يسلم بها، فبمفهوم المخالفة إذا كنا بصدد قبول صادر بعد مناقشة لشروط العقد، بحيث كانت هذه الشروط حصيلة مفاوضات بين الطرفين، فإننا نطبق بشأنها نص المادة (106) ق.م.ج والمادة (1/147) ق.م.م بإعتبار هذا التعاقد شريعة الطرفين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاقهما، أو للأسباب التي يقررها القانون، حتى ولو كانت

1- محمد أمين سي الطيب: المرجع السابق، ص 40-41.

2- سميحة غانم: المرجع السابق، ص 25-26.

فيه شروط تعسفية، طالما كانت مقبولة بمحض الإختيار الكامل للأطراف الملزمة به، والقول بخلاف ذلك يعني تحريف العقد، ونقض جوهره، وهذا أمر محظور قانونا، فيجب أن ينظر القاضي إلى الطرف الضعيف وموقفه من الشروط التعسفية، فإذا كانت إرادته ضعيفة وكان دورها في العقد مجرد التسليم، فقد قام مبرر تدخله، حتى ولو كان منتبها إليها، عالما بما شابها من تعسف، إذ لن يستطيع رغم هذا العلم أن يفعل شيئا سوى الإذعان لها.[1]

الفرع الثاني: كيفية تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية

إذا تحققت الشروط السابق ذكرها فإنه يحق للقاضي التدخل لتعديل العقد إما بتعديل الشروط التعسفية أو إبطالها.

أولا: تعديل الشروط التعسفية: إن تعديل الشرط التعسفي متعلق بالإنقاص منه إلى غاية إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو تحقيق التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد[2]، وهذا يعني الإبقاء على الشرط مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة، وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يضمنه الطرف المذعِن من بنود وشروط تعسفية في العقد.

فقد تكون هذه الشروط متعلقة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعَن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، أو ما شابه ذلك، مما يجعله شرطا جوهريا في العقد، يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد.

وقد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة وهو التوازن بين الآدات المتقابلة.[3]

ومثال ذلك أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من إستحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، فتخلص المحكمة إلى أن هذا الشرط تعسفي وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حال إنقضت المدة دون دفع.

ثانيا: إلغاء الشروط التعسفية: تعتبر سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية أشد جرأة من سلطته في تعديلها، وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي

1- محمد أمين سي الطيب: المرجع نفسه، ص 41.

2- سميحة غانم: المرجع السابق، ص 26.

3- محمد بوكماش: المرجع السابق، ص 164-165.

أن يعطله، فيعفي الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك القاعدة الشهيرة في قانون العقود التي نصت عليها المادة (106) من ق.م.ج والتي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.[1]

ويكون الشرط تعسفيا وباطلا، إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات، وهو يكون تعسفيا على الأخص إذا كان مخالفا أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني، أو محددا للحقوق والإلتزامات الناشئة عن طبيعة العقد، وتؤدي إلى جعل تحقق موضوع العقد أمرا غير ممكن.[2]

وفيما يخص نطاق هذا البطلان فإن المشرع الفرنسي إهتدى إلى أن هذا البطلان يكون نسبيا ويقتصر على الشروط التي تعتبر تعسفية وهذا ما نصت عليه المادة (8/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي بقولها:« العقد يبقى قائما صحيحا إذا أمكن أن يبقى دون الشروط المعتبرة تعسفية»[3]

ورغم ذلك فقد إنقسم الفقه حول هذا فهناك من يرى أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله حيث أن بطلان الجزء يشمل بطلان الكل، فإستنادا إلى النصوص المتعلقة بالنظام العام فإن بطلان الشرط قد يكون عاملا لبطلان العقد الذي يتضمنه، حيث أن القانون المدني الفرنسي قد تضمن حالات لبطلان العقد بمجرد بطلان الشرط الذي يتضمنه في المادتين (1172) و (1174).

أما الرأي الآخر من الفقه فإنه يرى أن البطلان لا ينصرف إلى العقد برمته وإنما يقتصر على الشرط التعسفي، حيث تنص المادة (1643) ق.م.ف على بطلان الشروط الإلزامية المؤدية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع[4] أما بخصوص المشرع الجزائري وبالإستناد إلى المادة (104) ق.م.ج فإنه يمكن للقاضي أن يعدل الشرط أو يعفي الطرف المذعن منه تطبيقا لنظرية إنتقاص العقد والتي إشترط المشرع لتطبيقها:

- أن يكون العقد باطلا في شق منه فقط، وليس كله.

-قابلية العقد للانقسام.

- أن يكون الشق الباطل غير مؤثر.[5]

ويجدر في الأخير الإشارة إلى أنه طبقا لنص المادة (110) ق.م.ج فإن كل إتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية يعد باطلا بطلانا مطلقا، فإذا إشترط المتعاقد القوي على

1- محمد أمين سي الطيب: المرجع السابق، ص 42.

2- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص:20.

3- أحمد حدي لالة: سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013، ص 115-116.

4- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص:55-56.

5- أحمد حدي لالة: المرجع السابق، ص 116.

المتعاقد المذعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة في العقد، وقبل المتعاقد المذعن ذلك، فإن قبوله لا يمنعه من مطالبة القاضي بإبطالها لأن هذا الإتفاق باطل بطلانا مطلقا.[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان

إذا كان الرأي السائد في الأوساط الفقهية والقضائية أن عقود الإذعان هي في حقيقتها عقود وليست مجرد مراكز قانونية، إلا أن تفسيرها يتميز عن عقود المساومة بخصائص معينة، ويرجع ذلك للطبيعة الخاصة لهذه العقود، وموقف الطرف المذعن منها.

ويقصد بالتفسير تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما إعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به.[2]

إذن فالتفسير هو عملية ذهنية ذات شقين، شق مادي وآخر معنوي، الأول ينحصر في البحث المنصب على التعبيرات المدونة في العقد، في صيغة شرط أو أكثر، حيث يقوم المفسر بتقريب أجزاء الشرط من بعضها، أو بتقريب الشرط من الشرط الذي يسبقه أو يليه، أو حتى تقريب التصرف من تصرف آخر سابق أو لاحق أو معاصر لتحريره، كما يستعين القاضي في ذلك ببعض المعايير الموضوعية كالعرف التجاري في المعاملات، والثقة المتبادلة بين الطرفين، وظروف الواقع الأخرى، كالمكاتبات المتبادلة بينهما، وصفة كل منهما، وطبيعة عمله، وما يستخلص من أقوال الشهود وقرائن الحال.

أما الشق المعنوي فإنه يأتي نتيجة للشق المادي، وبمعنى آخر هو مجموعة الأفكار التي تستقر لدى القاضي، من حصيلة بحثه المادي السابق، فيعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين.[3]

وتفسير العقد من عمل القاضي، وهو الذي يهيمن على هذه العملية الدقيقة، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية، في شأن التفسير العقود بل ألزمه إتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمة التفسير[4] ، وبالرجوع إلى المادتين (111) و (112) ق.م.ج يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين حالات ثلاث هي:

– حالة وضوح عبارات النص وهنا لا يجوز الإنحراف عن هذه العبارات الواضحة عن طريق التفسير والتأويل.

– حالة غموض عبارات النص، وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الإسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل.

1– آسيا ياسمينة مندي: النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009، ص33.

2– سلمة بن سعيدي: المرجع السابق، ص 96.

3– عبد الحكيم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، د.ط، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002، ص 17.

4– سميحة غانم: المرجع السابق، ص 28.

– وأخيرا حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهنا يتعين تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.

والأصل في تفسير الشك في العقد أن يكون لمصلحة المدين وهذا ما نصت عليه المادة (1/112) ق.م.ج أما الفقرة 2 منها فقد جاءت باستثناء وهو: « غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن»، وهي بذلك تشير إلى أن الشك في عبارات عقود الإذعان الغامضة يؤول لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا.[1]

ويجد هذا الموقف تبريره في أن المشرع حسب ما يرى البعض، قد أخذ الطرف القوي بخطئه وحمله مسؤولية تقصيره في صياغة شروط العقد، بإعتباره هو المتسبب في الغموض أو ما يحيط بشروط التعاقد من شك، بل أنه قد ذهب إلى أن مسؤولية الطرف القوي في عقد الإذعان عن صياغة بنوده، تؤدي إلى إعتبار غموض أي بند من هذه البنود خطأ مرتبا لمسؤوليته ومؤديا إلى إلتزامه بتعويض الضرر الذي يصيب الطرف المذعن من جراء هذه الشروط.

ويقصد بالعبارات أو الشروط الغامضة عدم التوافق بين الألفاظ والإرادة الحقيقية للمتعاقدين وقد يقع الغموض في الألفاظ أو في الإرادة أو فيهما معا، كما يقصد بالشروط الغامضة، الشروط التي تحمل أكثر من معنى، ويرجع الغموض فيها لكون الشرط مبهما أو ناقصها كما هو الحال مثلا بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان العقدي هل إصلاح المبيع أم إستبداله أم رده.[2]

وقد يتحمل الشرط أكثر من معنى ليس لغموضه أو نقصه، وإنما إلى التناقض بين الشروط المختلفة في العقد كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين، مما يؤدي إلى التساؤل بأي شرط يعتد.

وتجب الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما، وليس وليد رعونة واضعه وهو المحترف، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمدا، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير إشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد.

وفي حالة النزاع حول غموض شروط العقد فإن القانون قد إعترف للقاضي بسلطة تفسيرها، وتفسير الشروط في عقود الإذعان يكون، في ظل تغيب الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب إنفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد لمصلحة الطرف المذعن، وهذا ما كرسته المادة (2/112) من ق.م.ج وبذلك يتحمل محرر العقد نتيجة تقصيره في إيضاح شروط العقد.[3]

1– أحمد حدي لالة: المرجع السابق، ص 117.

2– سميحة غانم: المرجع السابق، ص 29.

3– محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص:61–62.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل نخلص إلى أن إنفراد أحد أطراف العقد بإملاء شروطه على الطرف الآخر يجعله في كثير من الأحيان يستغل ذلك بإدراج بعض الشروط التعسفية أو الغامضة التي تؤدي إلى إختلال التوازن بين إلتزامات الطرفين مما حتم على المشرع التدخل لحماية الطرف الضعيف، وإعادة التوازن للعقد، سواء بموجب القواعد العامة أو مختلف النصوص القانونية الخاصة.

وقد حاول المشرع حماية المتعاقد المذعن، سواء في مرحلة تكوين العقد عن طريق إعتماد نظام اللائحة، وكذا الرقابة الإدارية، أو في مرحلة تنفيذ العقد، حيث خوّل للطرف المذعن أن يشكو إلى القضاء من شروط عقد الإذعان، وإذا رأى القاضي أن هذه الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة للطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير، بل وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها، فيصبح العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط، إضافة إلى أن تفسير العبارات الغامضة في العقد يكون دائما في مصلحة الطرف المذعن.

خـــاتـمـة

من خلال الدراسة السابقة رأينا الآثار السلبية التي خلقها الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة، وأهمها إنعدام التوازن العقدي بين أطراف العقد، وكيف أدت الحرية الإقتصادية إلى شيوع عقود الإذعان والعمل بها، نتيجة القوة الإقتصادية التي يتمتع بها أحد المتعاقدين دون الآخر، وكيف تصدى الفقه إلى فضح التعسف الكامن في هذه العقود، وإختلافه بعد ذلك حول طبيعتها القانونية بين نظام قانوني و طبيعة عقدية راجحة، تمهيدا لإطلاق يد القضاء فيه بالتعديل.

وما لاحظناه أن عقد الإذعان هو وليد إنتفاء المناقشة، إذ يحدد مشروع العقد مسبقا من طرف المهني أو العون الإقتصادي أو المحترف أو المتدخل ولا يكون على المذعن سوى إعطاء موافقة إجمالية لمضمون العقد دون أن يكون له إمكانية التفاوض بشأن شروط العقد، ومن هنا يكون العقد غالبا غير متوازن لمصلحة المهني على حساب الطرف الضعيف، حيث أن عقود الإذعان، وان لم تخرج عن كونها إتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، شأنها في ذلك شأن باقي العقود الأخرى، إلا أنها تنفرد عنها من حيث الطبيعة الخاصة لأطرافها المتعاقدة، من حيث تحديد إلتزامات كل منهما، والتي غالبا ما تكون غير متكافئة لصالح المهني، وتظهر خصوصية أطراف عقود الإذعان كون المذعَن، بإعتباره الطرف الضعيف في العقد، يختلف عن أي متعاقد آخر عادي، لأنه يتعاقد دائما لأغراضه الشخصية والعائلية، وبعيدا أغراضه المهنية، كما أن وضعيته كطرف ضعيف يفقد من خلالها القدرة على التفاوض فيما يتعلق بمضمون شروط التعاقد، وفي علاقته التعاقدية يكون في مواجهة المهني المحترف الذي يكون في مركزه القوي والمتميز إقتصاديا وتقنيا، والذي غالبا ما يقوم بفرض شروطه الجائرة في العقد المبرم.

فعقود الإذعان عموما، تتضمن العديد من الشروط التعسفية التي تسفر عن عدم التوازن بين الأطراف المتعاقدة غير المتكافئة، فالمهني يحرر العقد ويستفيد منه بشكل مفرط، ويجعل المتعاقد الآخر يذعن للعقد وينظم إليه دون أي مساومة أو مناقشة ومنه تظهر الحاجات الماسة لحماية المستهلك ضد مخاطر هذه الشروط.

وعليه فإننا إستخلصنا بعض النتائج من هذه الدراسة وهي:

- الأصل في عقود الإذعان أنها جائزة، وما يكون غير ذلك فيرجع إلى أمرٍ في العقد لا لكونها من عقود الإذعان.

- محل عقود الإذعان هو السلع والخدمات الضرورية التي لا يستغني عنها الناس، ولا يجدون بديلاً عنها، أما مجالاتها فهي متعددة لا نستطيع حصرها، فهي تدخل في الخدمات، والسلع، وغيرها.

- أن عقد الإذعان قد أخذ مكانة مبدأ سلطان الإرادة وكان دافعا في إضمحاله، أي أنه في الأصل أن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود، وتضمينها ما شاؤوا من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين، ولكن وبظهور عقد الإذعان فإن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد له مكان كبير في العقد.

- الإيجاب في عقود الإذعان يختلف عن الإيجاب في غيرها من العقود من حيث إن الإيجاب فيها موحد للجميع، ومعروض بشكل مستمر، وغالباً ما يكون مطبوعاً، والموجب هو الطرف القوي الذي ينفرد في صياغة العقد، ووضع شروطه، أما القبول في عقود الإذعان فيكون بإذعان القابل للعقد، دون تغيير في الشروط أو مناقشتها.

- تمتع القاضي بسلطة رقابة الشروط التعسفية والحكم بإبطالها، وإعفاء المذعن من آثارها السيئة، فله سلطة تقديرية في ظل القواعد العامة ، فالقاضي له دور فعال يمكن أن يساهم مساهمة بالغة في الحد من الشروط التعسفية طبقا لأحكام المادة 110 ق.م.ج والتي تخوله تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه،والتي تحولت إلى سلطة تحكيمية في ظل القواعد الخاصة من خلال النص صراحة على قائمة من الشروط، كما أن تفسير الشك في عقود الإذعان يكون دائما لمصلحة الطرف المذعَن.

- وضع رقابة إدارية من خلال تشكيل لجنة للشروط التعسفية، والتي تتكون من خبراء ومتخصصين في مجال إبرام العقود وممثلين عن المستهلكين والمهنيين، يمكن لها بأن تساهم بشكل فعال في الحد من الشروط التعسفية.

- دعم وتحقيق الحماية، وذلك بمساهمة المجتمع المدني من خلال تشجيع ودعم إنشاء جمعيات تتولى الدفاع عن حقوق المستهلكين، سواء أمام المهنيين بالتفاوض معهم، أو أمام أجهزة العدالة، بالوقوف إلى جانب المستهلك في أروقة العدالة، لإحتوائها على الصفة والمصلحة لتحقيق ذلك.

قائمة المصادر
والمراجع

I- الكتب:

أ/- الكتب الخاصة:

1. إبراهيم عبد العزيز داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.

2. السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د.ت.ن.

3. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، دط، 1998.

4. محفوظ بن حامد لعشب:عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

5. محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007.

6. محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

ب/- الكتب العامة:

7. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 1990.

8. عبد الحكيم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، د.ط، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002.

9. علي فيلالي: الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، دط، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

10. محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام في ق.م.ج) المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الأول، دار الكتاب والحديث، الجزائر، 2003.

11. همام محمد محمود زهران: الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، دط، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004.

ج/- كتب أخرى:

12. إبن منظور: لسان العرب، ج13، دار صادر، بيروت لبنان، 1992.

II- المقالات والمجلات المنشورة:

III- الرسائل الجامعية:

13. أحمد حدي لالة: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013.

14. أحمد سمير قرني: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الإمارات، 2008.

15. آسيا ياسمينة مندي: النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009.
16. سلمة بن سعيدي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.
17. سميحة غانم: عقد الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.
18. صياد الصادق: حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2014.
19. عبد القادر علاق: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008.
20. محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في ق.م.ج والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2012.
21. مولود بغدادي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015.
22. نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمن الجهيني: أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية ماليزيا، كلية العلوم الإسلامية، 2014.

VI- النصوص القانونية:

23. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13مايو 2007، المتضمن القانون المدني(ج.ر 07/31).
24. القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج.ر 2004/41).
25. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.
26. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، العدد15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة: .....أ

الفصل الأول: ماهية عقود الإذعان

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي 6

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة..... 6

المطلب الثاني: ظهور عقود الإذعان 7

الفرع الأول: نشأة عقود الإذعان 7

الفرع الثاني: تعريف عقود الإذعان 8

الفرع الثالث: خصائص عقود الإذعان 11

المبحث الثاني: أركان وطبيعة عقود الإذعان..... 13

المطلب الأول: أركان عقود الإذعان 13

الفرع الأول: ركن الرضا في عقود الإذعان..... 13

الفرع الثاني: المحل في عقود الإذعان..... 15

الفرع الثالث: السبب في عقود الإذعان 15

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان 16

الفرع الأول: النظرية اللائحية أو غير العقدية 16

الفرع الثاني: النظرية العقدية..... 18

الفصل الثاني: أثر عدم التوازن العقدي في عقود الإذعان

تمهيد: 22

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية وكيفية الوقاية منها..... 23

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية 23

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي..... 23

الفرع الثاني: معيار الشرط التعسفي 24

المطلب الثاني: الوقاية من الشروط التعسفية 26

الفرع الأول: إعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية..... 27

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية 28

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان..... 31

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية 31

الفرع الأول: شروط إستفادة الطرف المذعن من الحماية 31

الفرع الثاني: كيفية تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية 32

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان 34
خلاصة الفصل 36
خاتمة: 38
قائمة المصادر والمراجع:.....41

الملخص:

لقد ظهرت فكرة عقود الإذعان والتشريعات المتعلقة بها في الفقه القانوني الغربي الحديث، ولم تكن معروفة من قبل، ثم أخذت بها التقنينات المدنية العربية المستمدة منها، ويرجع أساسها إلى ضرورة الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية، ولزوم الإستثناء من عموم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في بعض الظروف والأحوال التي يترتب على إعمالها لحاق ظلم وتعسف بأحد طرفي العقد، وذلك بإعطاء السلطة القضائية حق تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية التي تراضى عليها العاقدان، لصالح الطرف الضعيف، وفقا لما تقضي به العدالة، إضافة إلى وجوب تفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المذعن مطلقا، أي سواء كان دائن أو مدينا.

الكلمات الدالة:

عقود الإذعان، سلطان الإرادة، الشروط التعسفية، السلطة القضائية، العدالة، تفسير، المذعن.

Résumé :

L'idée des contrats d'adhésion et ses législations a apparu premièrement dans la juridique occidentale moderne. Par la suite , les rationnement civiles arabes l'adopte. Cette idée est basée sur l'importance de lutter contre le principe de l'autonomie de la volonté, et la nécessité d'élimination de la généralité des règles des contrats, ou dans certains cas et conditions l'un des deux parties subit un abus, cela permet au pouvoir judiciaire d'avoir le droit de modifier ou d'annuler quelques clauses abusives accordées de la part des parties en faveur de la partie faible selon l'exigence de justice, ainsi qu'interpréter les expressions ambiguës du contrat en faveur de partie absolument adhérée, que se soit créancier ou débiteur .

Mots clés :
Contrats d'adhésion, L'autonomie de la volonté, Clauses abusives, Pouvoir judiciaire, La Justice, Interprétation, Adhérer.

Abstracts :

The idea of adhesion contracts and its legislation appeared first in modern Western legal, Then Arab civil rationing adopts it, This idea is based on the need to limit of release the principle of free will, And the exception necessity of the general rule of pacta sunt servanda in some circumstances and conditions that result in the realization of the injustice to one of the parties to the contract, By giving the judiciary the right to modify or cancel some arbitrary clauses in favor of the weaker party, as required by justice, as well as the interpretation of ambiguous terms in the contract for the benefit of acquiescent party, whether any creditor or debtor.

Key words :
Adhesion contracts, Free will, Arbitrary clauses, Judiciary, Justice, Interpretation, Acquiescent.