



جامعة - عمار ثليجي - الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## عقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العقود والمسؤولية

إشراف الدكتورة:

إعداد الطالبة:

قوق أم الخير

دهقان مليكة

لجنة المناقشة

رئيسا

الدكتور: زبييري بن قويدر

مشرفا ومقررا

الدكتورة: قوق أم الخير

مناقشا

الدكتور: غربي عطاء الله

السنة الجامعية : 2018/2017

مقدمة

إن تطور العقود بمختلف العصور هو نتيجة تطور الإقتصادي والإجتماعي والثقافي والمادي، إذ نلاحظ أن النمو السريع في شتى المجالات لاسيما الإقتصادي منها الذي أصبح له تأثير كبير هذا الأخير دفعنا إلى مناقشة موضوع يعد من أهم المواضيع التي تقرها الأوضاع الحالية و هو عقد الإذعان.

إذ نجد أن عقد الإذعان إتسع وانتشر بإتساع النشاط الإقتصادي وظهرت معه المشروعات الضخمة والإحتكارية التي بدورها تتمتع بنفوذ إقتصادي فاتصفت بإستغلال احد أطراف العقد بما معناه أن احد الأطراف المتعاقدين يستغل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر وبالتالي نجد الاخير إما قبول الصفقة برمتها أو رفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها.

وغالبا ما ينتهي بالقبول لتعلق موضوع التعاقد المرفق أساسي لا غنى عنه مثل عقود النقل، والتأمين وتأمين الكهرباء وماشابه ذلك، إذ ان الفقه عرف عقد الإذعان (هو عقد يسلم فيه القابل لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ويتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل إحتكارها قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها. إضافة فإن العوامل السياسية والإقتصادية التي ادت إلى إزدهار مبدأ سلطان الإرادة اخذت تتقلص شيئا فشيئا وأصبحت تحل محل عوامل إقتصادية وسياسية أخرى تناهض المبدأ أو تهاجم نتائجه فبحلول القرن العشرين سيطرت الشركات الكبرى وإستخدمت العديد من العمال وأخذ الإختلاف في توازن القوى الإقتصادية يبرز فظهرت الأفكار الإشتراكية التي بدورها نقدت مبدأ سلطان الإدارة ولهذا ليس للإرادة الفردية أن تنشأ إلتزامات إلا في الحدود و بالشروط التي يحددها المجتمع.

ونجد أن عقد الإذعان برهنة واضحة عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة وعدم وجود ممارسة فعلية للحقوق المخولة لكل فرد، لكل يظل لعقد الإذعان وظيفة تختلف من نظام إلى آخر دون الإختلاف في أن الإذعان يصاحب نشأة العقد، وهذا المفهوم يؤثر في طبيعته ومن إنعكاسات العوامل الإقتصادية إنهيار حرية التعاقد بسبب الإقتصاد الحر إذ أصبح القوي يملئ شروطه على الضعيف وهذا ما جعل المشرع يتدخل لتنظيم بعض العلاقات العقدية ليتجنب التعسفات المحتملة.

كما أثارت طبيعة عقود الإذعان إشكالا في الفقه فذهب البعض منهم إلى إنكار صفة العقد عليها وغالبيتهم من فقهاء القانون العام (منهم هو ريرديجي) غير أن أكثر فقهاء القانون المدني ومنهم (جونو) لم يسلموا لهذا الرأي الذي ينتهي بإعتبار عقد الإذعان مركزا قانونيا منظما.

وقد وجدت عدة عوامل أدت إلى إيجاد دور إيجابي للقاضي في مجال العقود بحيث أصبح من سلطته التدخل في معاملات الأفراد ومراجعتها وتعديلها وهذا الدور يقوم به القاضي المدني في تعديل العقد وهذا نظرا للتجاوزات التعسفية التي تضر بمصلحة الطرف المدعن لذلك لا بد من سلطة قضائية تهتم بالتعديل الغرض منها حماية الطرف الضعيف.

## 1- أهمية الموضوع:

مما يثير الموضوع من خلال عنوان مذكرتنا عقد الإذعان وساطة القاضي في تعديله تظهر أهمية وهي حماية الطرف المدعن من الشروط التعسفية التي يملئها عليه الطرف القوي في العقد.

كذلك أن هذه الدراسة من شأنها تثقيف المجتمع والعامّة بضرورة مواجهة تلك الشروط بالطرق القانونية المتاحة.

من أهمية هذه الدراسة إلقاء الضوء على توفير، مظلة قانونية لحماية الطرف المدعن من إستغلال وفرض الشروط من قبل الموجه فلا بد من حمايته من الشروط المجحفة.

الإستفادة المتوخاة من هذه الدراسة من شأنها تثقيف المجتمع والعامّة بضرورة مواجهة تلك الشروط بالطرق القانونية المتاحة.

## 2- صعوبات الموضوع:

ولقد تعرضنا في بحثنا في هذا الموضوع لعدة صعوبات أهمها:

سلطة القاضي في تعديل العقد: هو موضوع متشعب تتدرج منه العديد من المواضيع الهامة نذكر منها:

- عقد الإذعان، الغبن، والإستغلال.

- قلة المراجع العربية المتخصصة وغياب رؤية دقيقة وواضحة للفقهاء والقضاء الجزائريين حول موضوع عقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله.

- قلة الإجتهدات القضائية الخاصة لغياب ثقافة التقاضي عند المواطن.

### 3- الإشكالية

كذلك عدم وجود ترسانة قانونية واضحة تحدد الحماية الفعلية للطرف المذعن في إطار عقود الإذعان بإستثناء ما نجده من خلال مواد معدودة في القانون المدني ومنه فإن الإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

ورغم هذه العقبات حاولنا مناقشة الإشكالية التي يثيرها عقد الإذعان؟ و ما مدى سلطة القاضي في تعديله؟

### 4- المنهج المتبع:

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي منا الإعتماد على المنهج التحليلي لإبراز وفهم الأحكام للنصوص القانونية والقضائية ذات صلة بالموضوع كذلك المنهج التاريخي فجاء توظيفه عرضا لتوضيح مراحل عقد الإذعان

### 5- خطة البحث:

ولما يتطلبه الموضوع من أجل مناقشة الإشكالية التي طرحناها يجب التطرق لعقد الإذعان في إطار الأحكام العامة، وأيضا مدى سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أليات الحماية لمواجهتها، ومنه فإن الموضوع يتطلب دراسته من زاويتين.

- عقد الإذعان في إطار الأحكام العامة (الفصل الأول)
- وسلطة القاضي في تعديله (الفصل الثاني).
- و اخيرا أنهينا بحثنا بخاتمة لخصنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة مع بعض التوصيات والإقتراحات.

# الفصل الأول

## الأحكام العامة لعقد

### الإذعان

إن العقد لغة: هو كلمة تفيد" الربط بين أطراف الشيء وجمعها"، وأما بين الكلامين يراد به "العهد".  
والعقد كمصطلح قانوني عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني على النحو التالي: " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما ".

ويتضح من هذا التعريف القانوني أن العقد هو إتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية.<sup>1</sup>

وقد قسم المشرع العقود معتمدا على التقنين المدني الفرنسي الذي ميز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، والعقد المحدد، والعقد الإحتمالي، وعقد المعاوضة وعقد التبرع، كما قسم الفقه في ضوء الأحكام المختلفة التي إهتدي إليها المشرع العقود من زوايا مختلفة فنجد من حيث تكوين العقود ثلاثة أنواع: العقد الرضائي و العقد الشكلي و العقد العيني.

ومن حيث تنفيذ العقود: العقد الفوري والعقد الزمني. ومن حيث الأحكام التي تدير العقود: العقد المسمى والعقد غير المسمى. ومن حيث إنصراف آثار العقود: العقد الجماعي والعقد الفردي<sup>2</sup>

ومن حيث مساواة المتعاقدين: عقد المساومة وعقد الإذعان، وإن هذا الأخير ما يهنا حيث سنتناول من خلال هذا الفصل مفهوم عقد الإذعان في مبحث أول، ونعالج حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان في مبحث ثاني.

### المبحث الأول: مفهوم عقد الإذعان

إن تعريف عقد الإذعان كان محل إختلاف الفقه بحيث تمت المحاولة لإعطاء تعريف دقيق له، كما ظهرت النظريات التي إختلفت حول الطبيعة القانونية لهذا العقد ولذلك سنتناول في هذا المبحث مفهوم عقد الإذعان من خلال التطرق لتعريف عقد الإذعان في المطلب الأول، ثم لظهور عقد الإذعان في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان

إن تسمية عقد الإذعان كان صاحبها الدكتور عبد الرزاق السنهوري" حيث يذكر "عبد المنعم فرج الصده أن:"صاحب هذه التسمية هو أستاذنا السنهوري"، وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها

<sup>1</sup> علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص33.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص34

الأستاذ "سالي": إعلان الإرادة، التي معناها عقد الإنضمام "Contrat d'adhésion" لأن الإذعان يدل على معنى الإضطرار في القبول بينما الإنضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان و غيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة<sup>1</sup>

وفيما يتعلق بتعريف عقد الإذعان فنجد الفقه قد اختلف بشأن إعطائه تعريف موحد و دقيق ولذلك حاول المشرع تدقيق تعريف عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي، ولكن قبل ذلك نتطرق إلى تعريف عقد الإذعان من خلال الإتجاه التقليدي و الإتجاه الحديث و هذا كالاتي:

### الفقرة الأولى: تعريف عقد الإذعان من خلال الإتجاهين التقليدي والحديث

أ/ الإتجاه التقليدي: إتجه جانب من الفقه إلى تعريف عقد الإذعان بأنه هو 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<sup>2</sup> وتبعاً للتعريف يجب توافر ثلاثة شروط في العقد حتى يعتبر عقد إذعان وهي:

❖ أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنفعين.  
❖ إحتكار هذه السلع أو المرافق إحتكاراً قانونياً أو فعلياً، وأعلى الأقل عدم تعرض الطرف المذعن إلا لمنافسة محدودة النطاق.

❖ أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط مماثلة ولمدة غير محدودة.

على أن ما يؤخذ على هذا الإتجاه هو حصره لعقود الإذعان في نطاق ضيق من العقود التقليدية كعقود الكهرباء والغاز، باعتبار أن هذه المنافع هي التي قد تعد ضرورية إلى حد ما، وأن من يتولى تقديمها يحتكرها إحتكاراً قانونياً، والعقود المبرمة بشأن هذه المنافع يضعها المحتكر أو المرفق العام الذي أستندت له مهمة توريدها، عادة ما تكون في نموذج موحد لا يقبل التعديل، وليس أمام المشترك إلا القبول بدون نقاش أو رفض التعاقد.

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني والمقارن، رسالة ماجستير، الجزائر، 1984، ص 18.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 37

ونظرا لظهور بعض العقود التي تتم بطريق الإذعان، ولو لم يكن المحترف محتكرا لسلعة أو خدمة أدى هذا الأمر إلى بروز اتجاه حديث الحماية الطرف الضعيف.

ب/ الإتجاه الحديث: وسع هذا الإتجاه من دائرة عقود الإذعان من خلال تعريفها على النحو الآتي:

عقودا محررة إنفراديا من أحد أطراف العقد، 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 التوقيع عليها فقط، وقد تأتي في صورة شروط عامة، أو في شكل مطويات أو ملحقات تعرض على واجهة المحلات، فهذا التعريف يوسع من نطاق عقود الإذعان بحيث لا يشترط أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية وكذلك لا يشترط في الطرف الضعيف المذعن أن يكون محتكرا للسلعة أو الخدمة إحتكارا قانونيا أو فعليا ولا يشترط أن يوجه الإيجاب لفرد أو لجماعة، كما لا يشترط أن يكون لأجل أو بدونه<sup>1</sup>

ونرى اليوم الكثير من العقود التي تتم بطريق الإذعان، رغم أنها لاتتعلق بسلع أو خدمات ضرورية، ولا يحتكر فيها طرف هذه السلعة أو الخدمة، ومن ذلك عقود البيع بثمن محدد في المحلات مثل السوبر ماركت، وبيوت الأزياء، ومحلات بيع الكتب والأجهزة الكهربائية وغيرها، ووكالات بيع السيارات، وكذلك فيما يخص العقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق، والمطاعم والمقاهي، ودور السينما والمسارح إلى غيرها من العقود غير القابلة للتفاوض.<sup>2</sup>

ونتيجة لذلك لما نتكلم عن الفقه المقارن فإننا نجد الفقيه "سالي" والفقيه "جورج برليوز" اللذين تعرضا لتعريف عقد الإذعان، بالفقيه "سالي Saleills 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 ولاينقصها سوى إذعان من قبل"

<sup>1</sup> راضية العطيوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04/02 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، الجزائر، 2010-2011، ص 95.

<sup>2</sup> عبد الإله رجب كريم، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، القاهرة (مصر)، 2000، 173.

قانون العقد"، فلاحظ أن "سالي" إعتبر عقد الإذعان مجرد إرادة تملّي شروطها على إرادة أخرى دون أن يذكر محتوى العقد.<sup>1</sup>

وفيما يخص الفقيه "جورج برليوز" عرفه: "بأنه العقد الذي يتم تحديد محتواه التعاقدّي كلياً أو جزئياً، بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية"

وفي تعريف للأستاذ محمد علي البدوي" يقول: "بأن هذه العقود تتضمن شروط معدة مسبقاً من طرف واحد ( وهو القوي)، في شكل قائمة شروط تكون مطبوعة في العادة ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها، موجهة إلى جمهور من الناس، هم في الغالب من المستهلكين. الذين لا يكون لهم خيار سوى في قبولها أو عدم التعاقد، وكيف لهم أن يرفضوا التعاقد وهي تتعلق بسلع أو خدمات ضرورية". ومما سبق يتضح أن عقود الإذعان تتميز بخصائص معينة أولها:تعلق العقد بسلع أوخدمات تعتبر من الضروريات الأولى للمستهلكين أو المنتفعين.

وثانيها: إحتكار هذه السلع أو الخدمات إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. ثالثها: توجيه عرض الإنتفاع بها بشروط متشابهة على وجه الدوام وفي صالح الموجب وتكون في صورة نموذج مطبوع.

ومن الأمثلة على ذلك العقود التي تبرم مع شركات النقل الجوي والبحري، أو الكهرباء أو البريد، أو التأمين، أو تسويق الوقود والغاز والأسمنت.<sup>2</sup>

أما الدكتور "عبد المنعم فرج الصده" عرفه بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها".<sup>3</sup>

ويذكر في هذا الصدد الأستاذ "عامر قاسم أحمد القيسي" بأن هذه: "العقود لا تكون على ما يظهر إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد قد يحتكر إحتكاراً فعلياً، أو قانونياً شيئاً يعد ضرورياً للمستهلك،

<sup>1</sup> سليمة أحمد يحيوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدّي، رسالة ماجستير، الجزائر، 2010/ 2011، ص30

<sup>2</sup> محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 59.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصده، العقد في قوانين البلاد العربية، بدون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت لبنان، 1974، ص 134.

ويصدر الإيجاب عادة إلى كافة الناس، وبشكل مستمر ويكون واحدا بالنسبة للجميع، ويغلب أن يكون مطبوعا والشروط التي يملئها الموجب في هذا الإطار شروطا لاتناقش وأكثرها لمصلحته.<sup>1</sup>

وعن الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري" فيرى: " أن القبول مجرد إذعان لما يملئيه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لايمك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لاغنا عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان".<sup>2</sup>

وفيما يخص الفقه الجزائري فنجد مجموعة من الفقهاء قد عرفوا عقد الإذعان، فحسب تعريف الأستاذ "علي فيلاي" فإن: "عقد الإذعان هو عقد يملئ فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها.

وترجع هذه السيطرة عادة إلى إحتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي"<sup>3</sup>

ويراد بعقد الإذعان وفقا لما جاء به الأستاذ "علي علي سليمان" هو " :العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية إحتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه إحتكار والطرف الآخر مضطر إلى هذه السلعة أو إلى هذه الخدمة، فيملئ عليه الطرف القوي شروطه، وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر إلى قبولها، ومثال هذه العقود، عقود شركات المياه وشركات النور والغاز وشركات النقل وشركات التأمين"<sup>4</sup>

ويقول "محمد صبري السعدي" بأن: "الأصل في التعاقد كل طرف في المناقشة والمساومة ولكن هناك نوع من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد للطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني و المقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان (الأردن)، 2002، ص32.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، بدون طبعة، منشورات الحلبي، بيروت (لبنان )، 1998، ص244.

<sup>3</sup> علي فلاي، المرجع السابق، ص60.

<sup>4</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص38.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص130.

ويعرفه الدكتور "بودالي محمد" بأنه عقد ومن هنا يكون قبوله أقرب إلى التسليم والإذعان منه إلى الرضا السليم "الإذعان": "عقد يتضمن شروطا عامة ترد قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمنا كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات إستقبال الجمهور، كما هو الحال فيما تضعه شركات التأمين بين يدي الزبائن من نشرات وكتيبات أو مطبوعات تتضمن الشروط العامة للتعاقد وقد ترد هذه الشروط في وصل التسليم، أو فاتورة، أو وصل الضمان، أو في التذكرة.

وهكذا يتجلى أن القاسم المشترك بينها هو وجود نص مكتوب مسبقا من قبل محترف يتوجه بفرضه ليس على فرد معين ولكن على مجموعة من الأفراد<sup>1</sup>

ومن خلال التعاريف الفقهية السابق ذكرها فيما يخص عقد الإذعان فإننا نرى بأنها وإن اختلفت إلا أنها تصب في نقاط معينة، قد يكون القاسم المشترك بينها أو تجتمع على تعريف واحد لعقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر وألا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها.

### الفقرة الثانية: تدقيق تعريف عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي

في ظل نصوص القانون المدني نجد بأن المشرع الجزائري لم يحدد تعريف عقد الإذعان واكتفى بالنص على كيفية حصول القبول في هذا النوع من العقود على غرار التشريعات العربية، وهذا بالنص عليه في المادة "70 من القانون المدني: "القبول يحصل في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا مناقشة فيها" فيتضح من خلال المادة تعريف غير مباشر لعقد الإذعان وهذا من خلال توافر شروط يضعها الموجب في العقد دون قبول مناقشة الطرف الآخر. وبهذا الصدد يقول الأستاذ علي فيلالي<sup>2</sup> بأن: "القبول في عقد الإذعان هو مجرد التسليم الشروط مقررة" والحقيقة إن مجرد التسليم في القانون لا يميز عن القبول في عقود المساومة، حيث أن التسليم يكون عن طريق الرد الإيجابي كلاما أو كتابة أو

<sup>1</sup> محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، بدون طبعة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 11

<sup>2</sup> خيربي سعاد، غول أحلام، عقد إذعان في القانون الجزائري وقانون حماية المستهلك، جامعة عمار تليجي، 2013، 2014.

إشارة ويبدو أن المشرع أراد بهذا التعبير أي " التسليم " إبراز ضعف الطرف المذعن، والتفاوت الإقتصادي والإجتماعي بين طرفي عقد الإذعان، ويمكننا القول بأن التسليم يفيد رضا نسبيا للطرف المذعن، لكونه قبل العقد وليس له حل آخر.<sup>1</sup>

ولكننا نجد أن المشرع قد عرف عقد الإذعان من خلال القانون رقم 02/04 الصادر في 2014/06/23 والمحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، ليضع تعريف لهذا العقد في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة" بأنه: " 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"، مما يعني أن المشرع إعتبر عقود الإستهلاك بمثابة عقود إذعان وهذا ما ستراه لاحقا.

وفي هذه العقود تعطى لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عليها إحتكار بعض المرافق الهامة إحتكارا قانونيا أو فعليا، لا يمكن للمشتري سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقدا.<sup>2</sup>

ولذلك يمكن القول بأن المشرع الجزائري إنطلق في تعريف لعقد الإذعان من خاصيتين أساسيتين: الأولى تتمثل في التحرير المسبق المحتوى العقد من أحد أطرافه. والثانية عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في محتوى العقد.

**الخاصية الأولى:** التحرير المسبق لمحتوى العقد يقصد منه أن العقود تكون معدة سلفا وهي حتما عقود وفي الغالب عقود يطبعها عدم التوازن. ففي هذه العقود أصبح الموجب يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذها جملة أو يدعه، وهو بذلك يرضخ ويذعن لمشينة الطرف القوي

**الخاصية الثانية:** يقصد بعدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد أن بنود العقد لم تكن موضوع مناقشة، فالموجب هو الذي يقوم بإعداد العقد وتضمينه شروطا لا يقبل التفاوض بشأنها وعادة ما تكون هذه الشروط تعسفية.

<sup>1</sup> علي فلالي، المرجع السابق، ص 61.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 62.

فالإذعان هو " وليد إنتفاء المناقشة الم، وهذا ما أكده المشرع من خلال نص المادة "70" من القانون المدني التي نصت على أن القبول في عقود الإذعان يحصل بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد المناقشة والمفاوضة بل هو موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع.

فيتضح بأن عقد الإذعان هو عقد يتصف بعدم التوازن العقدي، فهو يفسح المجال أمام الطرف القوي لإدراج الشروط التعسفية في العلاقة التعاقدية دون قبول أية مناقشة من الطرف الآخر الذي يعد الطرف الضعيف.

ونذكر بأن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وانقسموا إلى إتجاهات وتباينت الآراء حول إعتبار عقد الإذعان ذا طبيعة تعاقدية أو طبيعة لائحية ونتطرق لذلك من خلال المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: نشأة عقد الإذعان وتأثير عوامل التنمية عليه

إن عقد الإذعان نشأ نتيجة للتطور الإقتصادي وساعد على ظهوره تأثير عوامل التنمية المختلفة وهذا ما سنراه من خلال الفقرتين التاليتين:

#### الفقرة الأولى: نشأة عقد الإذعان

- لقد ظهر للعيان أن العقد في القانون المدني ظل يتلاءم مع صناعة الوحدة أو المقاس ومع عقد المساومة أو المفاوضة، أما وأن التطور الإقتصادي الحديث إتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم، فإنه من الطبيعي أن يحل أسلوب التوزيع الواسع محل المساومة، ومثله مثل المنتج أصبح العقد ذاته صناعيا وموحدا، بحيث أن نفس النص الذي يكرر نفس الشروط، يستعمل لبيع مئات الآلاف من السلع المتشابهة، مما أدى إلى ميلاد العقود النموذجية أو عقود الجمهور *contrat type ou contrat de masse*، ونظرا للقوة الإقتصادية الكبرى التي يتمتع بها أحد أطراف التعاقد، نتيجة سلطته الإحتكارية لمنتج أو خدمة<sup>1</sup> 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 مشتر يرغب في التعاقد معه والذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها، والذي لم

<sup>1</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص12.

يبقى له سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان للعقد، وهو سيذعن لامحالة لما للمحترف من إحتكار على السلعة أو الخدمة والحاصل أنه يبدو أن الحرية الإقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية فكان من بين نتائجها عقد الإذعان<sup>1</sup>

ولذلك فقد 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 لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولوية للمستهلك، بحيث إستطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الإحتكارية أن تملئ إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر والإستسلام لشروطه. هذا وإن مشكلة عقد الإذعان ترجع في الواقع إلى مفهوم العقد الموروث عن بوتييه "pothier" شارح القانون الفرنسي القديم، الذي إستوحاه القانون المدني على أن الإنسان في الأصل الاتقيده أي رابطة قانونية، فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما شاء من الشروط التي يتضمنها العقد، وبالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادات هو العقد، وإتفاق إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الإرادة العامة.

وهذه المقابلة بين العقد المتبني في المذهب الفردي والقانون الذي تبناه الفكر الإجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة<sup>2</sup>، غير أن إجتهاد الفقه خلال النصف الأول من القرن العشرين، ومن أجل إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف وتوجيه القضاء إلى تلك الحلول قد إنعكس على التشريع، وعندئذ تحول الضعف التعاقدية الذي يعانیه الفرد إلى ضعف تعاقدية متولد عن التدخلات التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف.

ولقد خصص الفقه دراسات طويلة لعقد الإذعان، كما أن القضاء إهتم بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد

وكذلك نجد بأن المشرع ظل يدافع عن مفهوم الفكرة التعاقدية، وكذلك الفقه المدني إهتم بمضمونها، وهذا بالإضافة إلى تقوية جانب الإرادة المنفردة التي يرى فيها البعض أساس مشروع هذا العقد يعد إنتصارا وإرتقاء للعقد، وأن ما وصل إليه الأفراد من قوى إقتصادية قد جعلتهم في مركز المفاوض تجاه

<sup>1</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، الجزائر، 1984، ص 03

الدولة نفسها. كما أن ظهور الجماعات الضاغطة كالإتحادات المهنية والنقابات بقواها التنظيمية الواعية قد جعلتها تقف موقفا معادلا سواء لأرباب الأعمال أو للدولة، إذ أضحت بقراراتها تتقاسم معها قوتها الإقتصادية، وتستطيع أن تفرض هذه النقابات عقودا نموذجية يتم على أساسها التعاقد وإن هذا التصور يبدو أكثر إنطباقا على البلدان الرأسمالية، أما البلدان الإشتراكية فإن الإذعان فيها أكثر إنتشارا إذ يكاد يمس كل العقود، وهذا مرجعه إلى تركيز الإحتكار لدى الشركات أو المؤسسات العامة التابعة للدولة، والتي يمكنها أن تفرض شروط دون أن تعترضها أية مناقشة من الطرف المنضم (المذعن).<sup>1</sup>

وفي المجتمع المعاصر أصبح العمل واسعا بعقد الإذعان تماشيا مع التطور الإقتصادي وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من إحتكار وسلطة على السلع والخدمات، والتي لاغنى لجمهور المستهلكين عنها.<sup>2</sup>

### الفقرة الثانية: تأثير عوامل التنمية على عقد الإذعان

- إن عوامل التنمية قد أثرت على تطور عقد الإذعان فنجد العوامل الإقتصادية والقانونية بالإضافة إلى العوامل الإجتماعية والمادية وهي كالآتي:

أ/ **العوامل الإقتصادية والقانونية:** نجد بأن الرأسمالية الصناعية قد ساعدت على ظهور عقد الإذعان بتوسيع الفارق الإقتصادي إعتادا على نظرية الحرية الإقتصادية والفردية التي جعلت من العقد مصدرا للحق دون منازع. ويقول الأستاذ "برليوز": " إن عدم المساواة بين المتعاقدين قد حولت طبيعة دور العقد، فبدل أن يكون وسيلة للتفاوض والتشاور الذي يحقق مصلحة المتعاقدين أضحي نظاما قانونيا تمليه إرادة منفردة ترغب في تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح وسيلة لتسيير المنشآت الإقتصادية بإنشاء إلتزامات تعاقدية متنوعة، ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل إقتصادية "

ونجد أن عقود الإذعان هي عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الإقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيع عنها غناء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 6

<sup>2</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص 14

<sup>3</sup> عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الإسلامي، موسوعة القانون المدني المصري، بدون طبعة، مصر، بدون سنة نشر، ص 51.

وكذلك فإن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الظواهر خاصة في التقنين المدني والتجاري كان سببا في أن يخلق الطرف القوي شروطا تخرج عن نطاق هذين القانونين وكان ذلك عاملا من العوامل التي أدت إلى نشوء عقد الإذعان.

وإن تنمية الحركة القانونية "Mecanisme juridique"، التي تؤدي إلى تطوير أسلوبها قد كان من نتائجها الخضوع إلى بعض الشروط الموحدة التي لا غنى عنها في طبيعة بعض العقود كذلك نشوء بعض المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساسا إلى تفادي التفرقة ما بين القوي، قد جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة.

فعقود الإذعان تتميز بكونها عامة، ومجردة، ودائمة أشبه إلى حد كبير بالنظام القانوني "institution وبالتالي فإن آثارها أكثر توسعا إذ أنها تكاد تمس الكافة لذا فهي عملية موضوعية تدوب فيها الإرادة الفردية وتفقد أهميتها في حين تتجه التدخلات التشريعية إلى حماية المصلحة العامة<sup>1</sup>

ب/ العوامل الاجتماعية والمادية: إن المجتمع ووحدة النمط في الحياة المعاصرة قد جعلنا من عقد الإذعان النوع المقنن والمنظم لهذه الحياة الاجتماعية، والمثال النموذجي في هذا المجال هو نظام الملكية المشتركة "Co - propriete" الذي ينظم التعايش داخل هذا التنظيم الأفقي، فالشريك المذعن ليس له من الناحية التطبيقية أية مناقشة لذلك القانون المركب المعد من طرف المؤسسين خاصة إذا كان وصوله متأخرا عن هذا البناء. وغني عن البيان أن موقف الإنسان إزاء الأخطار التي تواجهه، سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته أو أخطار المسؤولية المدنية لم يكن أبدا سلبيا، فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفادها ويمنع وقوعها باستحداث الوسائل المختلفة، خاصة بتعاونه مع الآخرين الذين يتعرضون مثله لخطر معين على توزيع الخسارة المالية الكبيرة التي تصيب واحدا منهم نتيجة إمكانية تحقق الخطر عليهم جميعا، وبذلك يتحمل كل منهم جزءا بسيطا من هذه الخسارة، فيقل بذلك عبء الخطر عليهم جميعا.

وهكذا يطبق الإنسان مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي بأوسع معانيه، فيجري عقودا مع شركات معينة كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين الذي يعتبر من أبرز عقود الإذعان<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 14

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 17

ومن الناحية المادية فإننا نجد أن العناصر المادية في إعداد الوثائق التعاقدية قد جعلت من العقد عقد إذعان.

فالوثيقة التعاقدية تطبع مقدما وتتضمن شروطا عديدة لمختلف العمليات، وذلك مرجعه إلى ما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة خاصة في المجال التجاري إذ أصبح الفرد لا يمكنه قراءة ما يورد من شروط مطبوعة نظرا لكثرة إنشغالاته، ناهيك عن تفحصها والمناقشة في شروطها.

وفي حالات أخرى قد تضاف إلى الشروط المطبوعة شروط مكتوبة أو مرقنة غير أن الوجه الغالب هو دائما ذلك الوجه النموذجي المطبوع، الذي لا يمكن للفرد مناقشة هذه الشروط فهي غير قابلة للتعديل أو المناقشة.

وانطلاقا من هنا فإننا سنتطرق لتعريف عقد الإذعان من خلال تعريف الفقه وفقا للإتجاه التقليدي والإتجاه الحديث، وكذلك من خلال التعريف التشريعي وهذا في الفرع الثاني.

المبحث الثاني: النظام القانوني لعقد الإذعان

المطلب الأول: خصائص عقد الإذعان

مادامت هذه العقود تنحصر في دائرة معينة وأنها تتصل لسلع أو مرافق ضرورية لا يمكن الإستغناء عنها فهي تحدد بالخصائص التالية:

إنها تتعلق بسلع أو مرافق تعد من الضروريات للمستهلكين والمنتفعين أمثال التعاقد مع شركات أو مؤسسات الكهرباء والغاز ومصالح البريد والهاتف والفاكس وعقد النقل بوسائطه المختلفة من سكك حديد وطائرات وسيارات وبواخ والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه.

صدور الإيجاب من محتكر هذه السلع أو المرافق إحتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل مسيطر عليها من طرق تجعل هذه المناقشة فيها محدودة النطاق.

توعية الإيجاب إلى الناس لكافة على نمط واحد ولشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمد غير محدودة ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب فهي تحقق تارة من مسؤولية التعاقدية وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر وهي على درجة من التعقيد تجعل فهمها صعبا.

ففي محل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه في صيغة نهائية لا تقبل المناقشة فيه ولا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ولكن هذا الإذعان للتعاقد ليس إلخاها يعيب الرضا بل هو نوع من الإكراه الإقتصادي لا أثر له في صحة التراضي.<sup>1</sup>

إذا كان من حق الموجب كقاعدة عامة أن يرفض التعاقد إلا أنه بالنسبة إلى من يتمتع بإحتكار قانوني أو فعلي يرفض التعاقد لسبب مشروع فإنه يقع تحت طائلة البطلان نص المادة 41 مدني جزائري يعتبر إستعمال الحق تعسفا محل الأحوال التالية:

إذا وقع بصد الإضرار بالغير.

إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

<sup>1</sup> بلخضر مسعودة، الحماية المدنية للعقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2006، ص31

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غي مشروعة وتقابل هذه المادة 05 في القانون المصري.

أما في البلدان الإشتراكية فإن إحتكار معظم المرافق الحيوية في يد الدولة و مع ذلك فإن الحماية التشريعية التي توليها الدولة للفرد في الواقع تحميه من التعسف، و إستعمال للشروط وتضمينها في العقود فبدون شك حين توجد الرغبة في تأمين عقار ضد الحريق فإن المالك و من ذلك لدة شركة تأمين يختارها وقد نصت المادة 63 من القانون لمدني الجزائري على أنه: "إذا عين أجل للقبول إلترزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال.

أو من طبيعة المعاملة" وذلك هو الإيجاب الملزم.

إذا إشتراط القانون لتمام العقد إستيفاء لشكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد و من آثار الوعد بالتعاقد ما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني الجزائري" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه التعاقد الأخر طالبا تنفيذ الوعد، وبجانب الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

إذ نستخلص أن عقد الإذعان يختلف في خصائصه مثال ذلك: أن مفهوم العقد النموذجي الإلزامي يرتبط فيا لواقع لشروط محددة بصورة نموذجية لمحتوى العقد الذي سيوجد في المستقبل وعلى العكس من عقد الإذعان فإنه يعتد أو بعين الإعتبار الطريقة التي تلتقي لها الإرادات العقود الفردية و يوازي القوى الإقتصادية ولذلك فإن عقود الإذعان ليس كلها عقود نموذجية.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد كانت الطريقة التي يتم بها إتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في إختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد، فذهب الرأي الأول: إلى إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان وذهب الرأي الثاني: إلى أن تصرفات الإذعان تعتبر عقد بالمفهوم القانوني ومن ثم تخضع لما يخضع له من أحكام، وفيما يلي توضيح للرأيين:

<sup>1</sup> بلخضر مسعودة، مرجع سابق، ص 32

الفرع الأول: النظرية التعاقدية لعقد الإذعان

وفقا للنظرية فإن أي تصرف يتم بإرادتين فهو عقد بغض النظر عن تفاوت إلتزامات الطرفين وهذا ما نورده من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: آراء الفقهاء

إن أغلبية فقهاء القانون المدني رفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من "سالي" و"ديجيه" ومن تبعهم وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان<sup>1</sup>، ونجد الدكتور سليمان مرقس "يقول: " وقد ثار الشك أول الأمر حول إعتبار الإذعان قبولاً ينعقد به عقد حقيقي أو إعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الإحتكار قانونياً، والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا حتى الذي يفسده وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد بإقترانته بالإيجاب عقد حقيقي".

ويقول الدكتور "عبد الفتاح عبد الباقي": " إنه إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الضغط الإقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها، ولا يعتبر حتى سببا من شأنه أن يفسدها"<sup>2</sup>

الفقرة الثانية: الإعتبارات التي تدافع عن النظرية

نجد الإعتبارات الآتية:

1- أنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرة ومتساوية بالنسبة للطرفين لأن مفهوم العقد يفترض الإتفاق أي رضا مزدوجا، ولكنه لا يفترض أن تكون قبل " الإذعان " قد نوقشت الشروط من الطرفين.

إن الإعتراف بعقدية الإذعان يظهر ضروريا عند هؤلاء الفقهاء لأنهم يؤسسونه على واقع الإرادة المشتركة للطرف القوي والضعيف المستخلص من القصد المشترك للطرفين.

2- لا يشترط لإتفاق الإرادتين إنفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أنه يكون من عمل الطرفين، وكل مايرد على حرية التعاقد في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الإقتصادي الذي لا يؤثر على صحة التراضي، وجميع العقود مقيدة بدرجة أو بأخرى قليلا أو كثيرا،

<sup>1</sup> سليمة أحمد يحيوي، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 244

بضرورات النظام الإقتصادي والسلطة اللائحية التي يراد إعطاؤها للموجب وهي سلطة خطيرة لأنها تؤدي إلى الإضرار بمصالح الطرف المذعن.<sup>1</sup>

فالتصرف بالإذعان هو عقد، ومن أجل التدليل على ذلك مباشرة فإننا نعتمد على الكيفية التي يتولد بها عقد الإذعان وعلى آثاره القانونية. إن تكوين عقد الإذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة للطرفين أو للعديد من الأطراف وبدون وجود هذين الإرادتين وإتجاههما لإحداث أثر قانوني معين نستطيع في الواقع القول بأننا بصدد عقد. فلا المنطق القانوني السليم، ولا القانون المدني نفسه يسمح بذلك، فالحق أو الإلتزام هما علاقة بين شخصين أو أكثر، ولا يوجد معنى للفهم بأن إرادة واحدة يمكن أن تظهر هذه العلاقة أو الرابطة كما تقول القاعدة الأصولية "cres inter alios acta aliis necnocetnecprodest" ومعناها أن العقد لايسري على من لم يكن طرفا فيه.

والحقائق التي تبرزها أيضا هو أن الشخص نفسه.<sup>2</sup>

لايستطيع أن يلزم غيره ولا للغير أن يلزمه تجاه

فلا يوجد تصرف قانوني صحيح لاينتج أثره، وعليه فإن آثار التصرف بالإذعان يلزم فيه المذعن في حدود ما قبله، وهذا طبيعي ولا يخرج عن نطاق النظرية العامة للعقد فالسلطة العامة هي وحدها التي يحق لها أن تملي قواعد وتفرضها على الغير دون رضاه وأن إغفال هذا المبدأ الأساسي قد أدى بالفقهاء الذين ناقشوه إلى منح السلطة التنظيمية إلى الأفراد، والفقهاء "هوريو" ( وهو من فقهاء القانون الإداري )، قد اعترف بذلك على الأقل في تعبيره: " أن عقود الإذعان هي عقود ذات طابع تنظيمي ". ويضيف "جورج ديرو" قائلا: " الحقيقة أن كل عقود الإذعان من القانون الخاص ومن القانون الإداري، وكذا كل العقود الواردة على التسيير التي تقابل تصرفات السلطة العامة محكومة بمبادئ القانون المدني فيما يخص الإلتزامات الإتفاقية ( التعاقدية)". وإن القضاء مستقر على هذا المفهوم، ولذلك إذا رجعنا إلى أحكام القضاء المدني فإننا نجد سلسلة من الأحكام المتعلقة بالعقد، سواء كان عقد تأمين أو نقل بواسطة السكة الحديدية فإننا نجدها مؤسسة على الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة ". 2 ويبدو أن هذا الإتجاه هو الذي إنتصر على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد العشب، المرجع السابق، ص 31

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 37-38

الإقتصادية، وأنه مهما بلغ الضغط الذي يميله الطرف القوي على الطرف المذعن فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده.

وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد بإقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح إستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.<sup>1</sup>

وفي ذلك يقول الدكتور "عبد الرزاق السنهوري" أن: "عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين

ضعيف أمام الآخر، فإن هذه الظاهرة إقتصادية لظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد إستقرارها، بل أن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا:

الأولى: وسيلة إقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.

والثانية: وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الإذعان<sup>2</sup>

فالمشرع الجزائري لا ينازع في الطبيعة العقدية لعملية الإذعان ويضفي عليها الخصائص التالية: - إنها " شروط مقررة " من طرف الموجب وبإستعماله لهذا التعبير - شروط مقررة في المادة "70 من القانون المدني يذكرنا المشرع بالسلطة الإدارية، وطرق تعاملها، حيث تقرر دون حاجة إلى رأي المعنيين بالأمر، ويظهر أن المشرع إختار هذا التعبير لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه، وقد يتعسف في ذلك<sup>3</sup>

- وأن هذه الشروط غير قابلة للنقاش، أي أنه لا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل كان فله أن يقبل أو يرفض الإيجاب جملة واحدة، وهذه الخاصية الثانية هي تكملة للخاصية الأولى إذ تترجم كذلك سيطرة وقوة الموجب بالنسبة للطرف المذعن.

وهكذا إستخلص أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدا، وكذا خطورتها إذا كانت تهدف إلى الوصول إلى إعطاء فعالية قانونية للإرادة

<sup>1</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 153

<sup>3</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 60.

المنفردة، وإعطاء سلطة تنظيمية للمؤسسات الخاصة وذلك خلافا للإدارة العامة ( administration publique فإن لها سلطة عامة، ويمكن إعطاؤها سلطة تنظيمية على هذا الأساس.<sup>1</sup>

ولكن لا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع، مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به، تراعي عند إنعقاده وتنفيذه وتفسيره بوصفه عقدا ذو طبيعة خاصة، من حيث إعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ومن حيث تفسير الشك الذي يكتنف عباراته لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أم مدينا<sup>2</sup>

أما الإتجاه الثاني فيرى أن عقد الإذعان ذا طبيعة لائحية و هذا ما سنورده في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: النظرية غير التعاقدية أو اللائحية

أصحاب النظرية يرون بأن عقد الإذعان هو تصرف يتم بإرادة منفردة ومنه نورد رأي أصحاب هذه النظرية من خلال الفقرتين التاليتين:

#### الفقرة الأولى: آراء الفقهاء

هذا الإتجاه ينكر وصف العقد على الإذعان حيث يرى فيه مركزا قانونيا منظما "institution" تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها، وينكرون وجود عقد الإذعان إنطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف، وحرية المفاوضة بينما في عقد الإذعان يوجد من جهة عدم المساواة بين المتعاقدين، ولا توجد مشاركة للطرفين في وضع الشروط التي تنطبق عليها الإرادة من جهة أخرى.

وقد ذهب فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد على عقد الإذعان ومن بينهم نجد: "ديجي"، "هوريو"، "سالي".

بحيث يرى "ديجي auguit": "أنه عبارة عن مركز قانوني منظم، تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضرورات الإجتماعية تبرز أحيانا منح بعض أشخاص القانون

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد العشب، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص 16.

الخاص سلطة التنظيم فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة<sup>1</sup>.

وقد ذهب الفقيه "سالي saleills" إلى: "أن عقد الإذعان يبرز الإعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب "سالي" بأن "عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض الإرادة واحدة، تملّي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا إنضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد ونجد رأي الفقيه "هوريو hauriou" بأن: "عقد الإذعان ليس سوى مركز قانوني يتميز بإستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها، بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه.

إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان وخضوع "عقد الإذعان" أقرب إلى أن يكون نظاما أخذت شركات الإحتكار الناس بإتباعه ولذا يجب أن يفسر كما يفسر القانون، ويراعي في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الإقتصادية التي وضع لتنظيمها<sup>2</sup>

ويرى مناصروا النظرية غير العقدية التي هي الإتجاه لدى فقهاء القانون العام، أن عقد الإذعان هو في الحقيقة تصرف بإرادة منفردة، وأن الإنضمام إليه بعيد كل البعد عن أن يغير من طبيعته ويجعله تصرفا من الجانبين. كذلك يرون أن عقد الإذعان نتاج محض لإرادة الموجب الذي قدمه إلى الجمهور ولكي يكون قابلا للتنفيذ لا بد أن يكون محلا للإذعان، إذعان حر وواع، كما هو الشأن بالنسبة للمصادقة على القانون فصحة الإذعان لم تستبعد إلا أنها تحولت من ضرورة إلى فرعية وآثار العقد تحددها إرادة الشخص الحقيقي لمعد العقد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 43.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 44.

## الفقرة الثانية: الحجج التي تستند عليها النظرية

ونورد بعض الحجج التي تستند عليها هذه النظرية فيما يلي:

حيث يرى "ديجي" أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال ما 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 تنص المادة 426 " من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا وقع الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا ويجوز الإتفاق 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. - وفي دعوى تكملة الثمن في القانون المدني الجزائري تنص المادة 358 من القانون المدني الجزائري، على أنه: " إذا بيع عقار بغبن يزيد على الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"، وإن القانون المدني في نظر الفقهاء وأصحاب النظرية غير العقديّة قد وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافها متساوية وهذه النتيجة واردة في الأوضاع التي يعتبرونها عقد إذعان ويقول الفقيه " Hubert valeroux" في أحد مقالاته: " أنه محرر من طرف رئيس المصنع وفي بعض الأحيان وتلقائيا يستشار عماله ويلصق المطبوعات في المصنع ويفترض أن كل عامل دخل المصنع يعتبر قد قبل ضمنا، أي أن العقد يشكل بالقبول الضمني.<sup>1</sup>

فالعامل قد دخل المصنع ولم يقرأ بعد النظام الأساسي المعلق بداخله، ولم يخطر حتى بوجوده فعند دخوله لأول مرة لا يجد نفسا في قراءة كل المطبوعات ( الملصقات )، ولكي تستقيم النظرية العقدية لابد أن يكون قد قرأ كل الملصقات بإرادة واعية وحرّة، وقد يخالف العامل في تلك اللحظات حكما من أحكام تلك الملصقات فيبادره رب العمل بتسليط غرامات قد تعادل خدمة 15 أو 20 عاما، حتى ولو كان الخطأ بسيطا أو بتأخير دفع أجرته .. ويقول الفقيه" ديرو" بشأن تطبيق نظام المصنع على العامل: " أن العامل الذي لم يحس بوجود هذه الملصقات لا يمكن إعتبار جهله بأحكامها إرادة منه وبالتالي فإنه لا يمكن إفتراض قبوله بها، إذ من الغرابة أن توجد إرادة تجهل نفسها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 43

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 47-48

وبجيب أصحاب النظرية العقدية بأنهم قد إعترفوا لقاضي الموضوع بسلطة إبعاد نظام المصنع عند اللزوم، أي عند عدم علم العامل به إلا أن "ديرو" يعلق على ذلك بأن هذا الدور التصحيحي غير كاف لأنه حتى وإن تمت مراعاة ذلك فإنه يحكم بعدم إستجابة العامل إلى حاجيات عملية، لأن العامل عند دخوله في أغلب الأحيان لا يقرأ النظام وحتى لو إتخذ رب العمل الإحتياطات اللازمة، كأن يجعل العامل يوقع على نسخة من نظام المصنع في الوقت الذي يقبل العمل، فإن هذه النسخة الموقعة تكون في ظروف لا تتيح للعامل ماديا أن يقرأها في البداية أمل أنه يستطيع قراءتها بعد ذلك، ولكن يكون الأمر قد إنتهى فالعقد قد إنعقد ويستحيل عليه عندئذ إضافة شروط جديدة إلا بمقتضى عقد آخر، وإلا إستطعنا القول بأن المرور المتكرر للعامل على ملصقات ليس ملزما بقراءتها كاف بأن يكون هذا العقد الجديد، وهذا التبادل الجديد في الرضا؟ لذا يذهب أنصار النظرية غير العقدية إلى أن ذلك التصور غير معقول، وإذا لم تقبله فإن صحة نظام المصنع لا تتركز على إرادة رب العمل وإرادة العامل، وبعبارة أخرى فإن النظرية القائلة بأنه عقد تدفعنا إلى الإعتراف بوجود عقد وهمي أو إلى إنكار الإحتياجات العملية.<sup>1</sup>

ونستطيع أن نحقق ذلك في مختلف عقود الإذعان، فنتساءل مثلا عن آثار الشروط المطبوعة على تذاكر النقل البحري فنجد أن المحاكم تحت تأثير الفقه التقليدي، قد قبلت بأن هذه الشروط لا يحتج بها على المسافرين الذين لم تتح لهم إمكانية قراءتها أثناء أخذهم التذاكر.

غير أن الإحتياجات العملية يجب حتما أن تؤدي إلى تغيير موقف القضاء الذي قبل هذا الوضع فيما عدا حالتي الغش والتدليس، إذ يعتبر أخذ المسافر للتذكرة وهو على هذا الوضع قبولا للشروط المطبوعة".

فهذا القضاء سليم، ولكن كيف يمكن ربطه بالنظرية غير العقدية؟

كيف نفرض كما تقتضي النظرية العقدية بأن المسافر قد قبل تلك الشروط المطبوعة بإرادة حرة وواعية، إننا لا يمكن أن نجعل الواقع ونتناسى كيف تحدث فيه هذه الأشياء فعندما يرغب شخص في السفر فإنه يتقدم إلى شباك التذاكر ويجد نفسه أمام إستحالة مادية إجراء مناقشات مع بائع التذكرة لأنه بمجرد أن يحدد المكان الذي يتجه إليه ينطبق عليه ثمنا محددًا وتكون التذكرة أمامه، إذا لم يقبل بعد ذلك بعض الشروط فإن العقد يكون قد إنعقد، إن هذا المثال الذي أورده "ديرو" رغم تحمسه للإرادة المنفردة إلا أننا نجد ونفس التعبير رد في قوله: " إذا لم يقبل بعض الشروط فإن العقد يكون قد إنعقد".

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 48

وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن مجرد تقدم المواطن للإذعان إلى الإيجاب يعتبر قبولاً ينعقد به عقد حقيقي، ونستخلص من ذلك على العكس من "ديرو" أن المسافر قد قيل حقيقة شروط التعاقد<sup>1</sup> ومن خلال الرأيين السابقين فإنه توجد بينهما آراء وسطى تختلف بحسب مايري أصحابها في عقد الإذعان من عقد تعاقدى أو غير تعاقدى، فمنها ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وإن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك "ديموج".<sup>2</sup> وقد ذهب الأستاذ "جونو" إلى إعتبار أن: "عقد الإذعان خليطاً بين جزئين أحدهما تعاقدى والجزء الآخر لائحي".

وفيما يخص الأستاذ "ديرو" فقد إتبع الفكرة التعاقدية لعقد الإذعان ولكن يفرق بين الشروط الجوهرية في العقد والشروط التبعية، فيرى أن: "الشروط الجوهرية هي التي غالباً ما يتفق عليها الطرفان وتكون مشافهة أو بالكتابة وغالباً ما يقبلها المتعاقد بحرية، أما الشروط التبعية فهي الشروط المطبوعة التي إذا ما أخذناها بحرفيتها فإننا نعتبرها مكملة للإلتزامات الأساسية الناتجة عن الشروط الجوهرية المقدمة و لا نجعلها ترقى إلى مستوى يغير أو يعدل من طبيعة وجوهر العقد. ولكن شروط العقد الجوهرية في أغلب عقود الإذعان مطبوعة وهذا لا يعني عدم إضافة شروط جوهرية مكتوبة، ولكنها غالباً ما تكون على سبيل الإضافة أو التعديل.

هذا وإن التساؤل المطروح عن طبيعة عقد الإذعان، وإن كان قد إنصبوفاً للآراء السابقة على عقدية الإذعان أو عدم عقديته؟ إلا أنه يمكن كذلك التساؤل عن مدى طبيعة العقد ونوعه أهو عقد خاص أم عقد اداري؟

فنقول إن عقود الإذعان لاتختلف عن سائر العقود، فقد تكون عقود إدارية أحياناً وأحياناً أخرى تكون عقوداً خاصة مدنية أو تجارية.

ويعرف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي، من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 48

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 83

<sup>3</sup> سعاد الشراوي، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ( مصر) بدون سنة النشر، ص5.

إلا مع أن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر إختلفا في معيار تحديد العقد الإداري أنه يمكن إجمالا القول بنوعين من العقود الإدارية:

1- المعيار القانوني للعقود الإدارية: وهي التي أدرجها المشرع في إختصاص القضاء الإداري وهذا ما نجده في فرنسا حيث العقود الإدارية مثل: عقد الأشغال العامة تخضع للإختصاص المحاكم الإدارية.

وبالنسبة للجزائر فنجد طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة "804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه:" في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها تكون المنازعات من إختصاص المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"<sup>1</sup>

وكذا تنص الفقرة السادسة من نفس المادة السابقة: " وفي مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام الإتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به ."

2- المعيار القضائي للعقود الإدارية: نجد بأن مجلس الدولة الفرنسي قد عرف العقد الإداري بأنه:" الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، أي أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام". فيقوم المعيار وفقا للتعريف على الأسس التالية:

- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

- أن يتصل العقد بالمرفق العام.

- وسائل القانون العام بمعنى إتجاه نية الإدارة إلى أسلوب القانون العام وتطبيقه.

وعليه فإن عقود الإذعان طبقا للمعايير السابقة فإنه من الصعب القول عنها بأنها عقود إدارية أو عقود خاصة، هذا وإن كانت ملكية الدولة قد توسعت في إطار التطبيق الإشتراكي بواسطة تأمين أغلب المؤسسات الخاصة الحيوية، إلا أنها قد وضعت في صورة شركات أو مؤسسات تحت وصاية الدولة، غير أن نظامها القانوني غالبا ما يخضع للقانون الخاص على الرغم من أنها تعتبر مرافق عامة إلا أن روابطها

<sup>1</sup> القانون رقم 09 / 08، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية،

عدد21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المادة . " 804 "

بالمنتفعين يجعلها مرتبطة أكثر بالقانون الخاص، خاصة الشركات ذات الطابع الإقتصادي، كشركات الغاز والكهرباء والسكك الحديدية و التأمين.<sup>1</sup>

ولهذا فإن تدخل الدولة في توجيه الحياة العامة أدى إلى إنشاء ما يسمى بالعقود المبرمجة أو الموجهة التي تعتبر أغلبها عقود إذعان، التي تدعن فيها المؤسسات العامة بواسطة إجراءات تفرضها القوانين والتنظيمات التي تنشأ من طرف السلطات العامة.

ف نجد مثلا: المرسوم الرئاسي رقم 02 / 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ينص في مادته " الثالثة " على تعريف الصفقات العمومية

بأنها: " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال، واقتناء المواد والخدمات والدراسات الحساب المصلحة المتعاقدة " .

ومن خلال ما سبق ذكره فإنه لا يوجد تعارض بين النظريتين، فبالنسبة للنظرية اللائحية التي تعتبر عقد الإذعان مركز منظما فإنها تخص العقد الإداري الذي له أحكامه التنظيمية الخاصة به، وعقد الإذعان يفسر طبقا للأحكام التي تضبطه ويراعي في ذلك ما يخوله التشريع الإدارات العامة من إمتياز، أما النظرية العقدية فتتعلق بعقود الإذعان الخاصة فنجد أن العقد المدني تحكمه القواعد العامة بإستثناء ما ورد بشأنه نص خاص مثل: المسألة تفسير العقد لصالح الطرف المذعن سواء كان مدينة أو دائنا " ، ولذلك فإن طبيعة عقد الإذعان تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري أو عقد مدني.

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 55.

# الفصل الثاني

عقد الإذعان في القانون

المدني وسلطة القاضي

في تعديله

## المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة

يقتصر دور القاضي على تطبيق ما إتجهت إليه إرادة المتعاقدين إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لظهور فكر قانوني يسعى لجعل القانون إجتماعيا ويهدف إلى حماية الطرف الضعيف حيث تدخل المشرع بإدخال عدة إستثناءات كان من أهمها إطلاق سلطة القاضي التقديرية في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

## المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

تستند وتقوم نظرية العقد في القانون على مبدأ هام هو مبدأ سلطان الإرادة، وهو نتاج الفلسفة الفردية التي ظهرت في القرن الثامن عشر مع تنامي الحرية في المجتمع وازدهار الاقتصاد بواسطة رواج الرأسمالية وهيمنة مصلحة الفرد وبلغت هذه الفلسفة أوجها في القرن التاسع عشر الميلادي، وتعتبر حرية التعاقد حرية من الحريات التي تثبت للإنسان ببلوغه السن القانونية لإبرام العقود على أن لا يمنعه من ذلك مانع من موانع الأهلية ولا تعترضها عارض من العوارض مع وجوب خلو إرادته من أي عيب من العيوب.

وإذا توافرت كل هذه الشروط ومنع الفرد من إبرام عقد أو القيام بأي تصرف قانوني كان ذلك عدوانا على حريته وشخصيته، ويتضح تعريف الإرادة من خلال التعريف السائد للتصرف القانوني والمعروف في الفقه القانوني بأنه «اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني...» وكذلك من تعريف العقد بأنه «توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين.....»

## المطلب الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة وجود في القوانين المستمدة من القانون الروماني، - باعتباره من أعرق وأقدم الشرائع- إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق باقتصار التصرف على الإرادة فحسب.

حيث كانت العقود أنداك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها، ومتى تمت هذه الإجراءات تترتب عليها الآثار التي يحددها القانون. فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعودي، المرجع السابق، ص. 45

لذلك جاءت القاعدة الرومانية " إن الإتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى " والسبب في ذلك يرجع إلى تلك المرحلة من مراحل تطور الإنسان، إذ أن الشعوب البدائية كان يصعب عليها إدراك المعنويات ولذلك حاولت تجسيد هذه المعنويات في صور مادية، وإعطائها شكلا ملموسا ومحسوسا فكان من بين التصرفات الشكلية الناقلة للملكية الإسهاد، وطريقة إنعقاده أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان، ثم يقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه للملكية، ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية<sup>1</sup>

ومن النتائج التي كان يفرضها أنه لا أثر لعدم جديته أو نفاذه، ولا مجال الأعمال نظرية عيوب الإرادة<sup>2</sup>

وباعتبار أن العقد يعيش حياة المجتمع الذي يعيش فيه ويتطور بتطور الأوضاع، فإنه بعد تطور الحضارة واتساع الرقعة الرومانية<sup>3</sup> والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، وكنتيجة للتقدم الإجتماعي وتعدّد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني، الذي أظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع عندئذ بدأ التخلص التدريجي والتميز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، حيث أنه إلى جانب العقود الشكلية ظهرت عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة، فاقتصر مبدأ سلطان الإرادة على العقود الرضائية، وبالتحديد في أربعة عقود وهي البيع والإجارة والشركة والوكالة، ليظهر فيما بعد في بعض العقود الأخرى عرفت بالعقود البريثورية والعقود الشرعية

لكن بالرغم من ذلك لم يصل القانون الروماني إلى حد الإعتراف بمبدأ سلطان الإرادة بل ظل العقد الشكلي هو المبدأ العام<sup>4</sup>

ونفس الشيء يقال عن القانون الفرنسي القديم، الذي لم يتقبل هو الآخر فكرة مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد دون المراسيم الشكلية، إلا أنه في القرن السادس عشر (16م) والذي عاش فيه العالم لوا زيل

1 عبيد نجاه، سلطة القاضي في تعديل العقد (القانون المدني الجزائري) مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة تلمسان، ابو بكر بلقايد، 2012/2013. ص111.

2 محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة طبعة، ص.86

3 محفوظ لعشب المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط1992، ص94

4 إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد (الطبعة الثانية، دار النهضة العربية مصر خط 1997م، ص50

(loisel) وترك القول المأثور " إن الثيران تربط بقرونها والناس بكلامهم " عندئذ بدأ التخلي عن شكلية العقود، ويعود الفضل في ذلك إلى القانون الكنسي والمبادئ الدينية التي قامت على التعاليم المسيحية، والتي توجب الوفاء بالعهد وتعتبر أن عدم الوفاء بالعهد خطيئة دينية، بصرف النظر عن المراسيم الشكلية إضافة إلى هذا كان لانتشار عدة عوامل دينية واقتصادية وسياسية خلال هذا القرن دور كبير في هذا التحول<sup>1</sup>

ولقد اعتمدت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة، ويرجع ذلك إلى أن القوة الملزمة للعقد في الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن الكريم.

ويظهر ذلك في قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "

وعليه فإنه لا يمكن إنكار أن ما وصل إليه التشريع الحديث، لا يعدوا عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام الذين استنبطوا أحكامها من مصادر التشريع الكتاب والسنة والقياس). والدليل على ذلك مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العديد من الحلول القضائية والمبادئ القانونية و احترام العهد على مستوى الأفراد أو على مستوى المؤسسات والدول في المعاهدات الدولية وفي القرن السابع عشر (17م) أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً ومقرراً، حيث وجد الظروف الملائمة لذلك وخاصة ازدهار المذهب الفردي الذي يقيم فلسفته على تكريس سعادة الفرد باعتباره الغاية التي يسخر لها المجتمع كل إمكانياته، فالخير العام - حسب هذه الفلسفة - يتكون من مجموع الأفراد<sup>2</sup>

إضافة إلى ذلك فإن العوامل السياسية ساعدت بنصيب وافر في ترسيخ دعائم هذا المبدأ، وذلك بسبب بسط سلطة الدولة وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية للأفراد، و حمايتها للعقود التي تتم بمجرد الإتفاق.

ولقد آزر الدولة في حمايتها للإتفاقيات نظريات إقتصادية وسياسية وفلسفية، حيث برزت وهي مشبعة بروح الفردية فساعدت على توطيد المبدأ، و بلغت هذه النظريات أوجها في القرن الثامن عشر (18م) إذ كانت تنادي بضرورة وجود قانون طبيعي يقوم على أساس حرية الفرد، واستغلال إرادته في الإتجاهات السياسية والإقتصادية والإجتماعية كافة ولذلك يقال أن القاعدة القانونية هي أبرز تعبير عن الفكر السياسي

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 51

<sup>2</sup> لعشب محفوظ، المرجع السابق ، ص 96

والإقتصادي والإجتماعي، وذلك لما تحتوي عليه من تنظيم القطاعات مختلفة اقتصادية واجتماعية ثقافية وفنية.

ورافق النظريات الإقتصادية نظريات أخرى فلسفية وسياسية، حيث أجمعت الآراء التي سادت في ذلك العصر يلح حرية الإنسان واحترام إرادته، لأن ذلك يحقق مصلحة الفرد وبالتالي مصلحة الجماعة.

ما يجب الإشارة إليه في هذا هو أن هذه النظريات قد مهدت للثورة الفرنسية فجاء قانون نابليون مكرسة لمبدأ سلطان الإرادة في القرن الثامن عشر (18م) خلص الفقهاء إلى أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه والقانون لا يتدخل في حرية الأفراد، فعند إنعقاد العقد تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية - أي الحرية في التعاقد أو الإمتناع - وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين إذ لا يصوغ تعديل مضمونه إلا باتفاق الأطراف

وهكذا كانت مسيرة مبدأ سلطان الإرادة في تدرج حيث انطلق من عدم الإعتراف به إلى أن وصل إلى أن لإرساء قواعده كمبدأ في مجال العلاقات التعاقدية، ليصبح في الأخير الشريعة العامة التي تؤسس وتبنى عليها العقود.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: ماهية السلطة التقديرية:

يرى جانب من الفقه إلى أن القاضي يمارس هملة القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم بعد الحديث عن السلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير وعلى ذلك يمكن القول، بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته القضاء ليست سلطة تقديرية، الذي يباشر من خلاله نشاطه القضائي.

السلطة التقديرية توجد جنبا إلى جنب مع السلطة القضائية التي يملكها القاضي، ويتعين على القاضي التقدير قبل القضاء.

فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة كي يباشرها على هواه ولكنها تمنح له لكي يباشر وفق ضوابط معينة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 52

<sup>2</sup> علي الحصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011. ص52.

إن الإعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي جاء نتيجة إستبدال الشرعية الموضوعية بالشرعية الشكلية، مع تأمين العدالة عن طريق تدرج المحاكم وجعل احكامها ليست نهائية من مبدئها بحسب التدرج القضائي الذي توجد على قمته المحكمة العليا بإعتباره المرجع الأخير.

#### المطلب الرابع: تقييد مبدأ سلطان الإرادة:

- إن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا إنعكاسا لسياسة الحرية الإقتصادية في نطاق القانون الخاص، وهذه السياسة توضحت خلال القرن الثامن عشر والتي تضمنتها تشريعات الثورة الفرنسية تقوم على مبدأ أساسه هو "دعه يعمل دعه يمر"

الحرية الإقتصادية تسمح للأشخاص لعقد الصفقات التجارية والخدمات لرغبتهم ومن ثم يكون تعاقد الأشخاص بإرادتهم دون ضغوط ولكن غياب التوازن في العلاقات التعاقدية الذي ظهر جليا في عقود الإذعان بسبب إنفراد الطرف القوي الموجب بإملاء شروطه على الطرف المذعن فليس هناك من الطرف المذعن إلا قبول تلك الشروط التي لا يستطيع الإستغناء عنها لتسيير أمور حياته مثل: التنقل.

- سلطان الإرادة يعني أن للإرادة السلطة في إنشاء الإلتزام في إبرام العقد وهي الشريعة والمنهج للإلزام أطرافه فهو مبدأ قانوني تقوم على أساسه الإلتزامات الإرادية والعقد يتم بتوافق إرادتين أو أكثر (إيجاب وقبول).

- وطبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الإنهاء لأن هذا حق مخول لأصحاب العملية التعاقدية و نزولا على إعتبارات العدالة ومع ذلك فقد رأى المشرع أن يعطي للقاضي الحق في أن يتدخل في العقد فيذهب أو يعدل بنوده وذلك كإستثناء على القاعدة العامة وهذا حماية للطرف الضعيف، فإذا كشف القاضي بحس تقديره شرطا تعسفيا في عقد الإذعان فله أن يعدله أو يزيل أثر التعسف أو يلغيه ويتضح لنا مدى تأثير التقدير الذي يقوم به القاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص91

أما بالنسبة للمشرع الجزائرية فقد أقر بوسيلة التعديل في المادة 106 قانون مدني التي تنص على أن العقد: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

يفهم من نص المادة 106 أعلاه ان تعديل العقد يعتبر وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلا و للمشرع إستثناء لإعادة تنظيم العقد وضمان توازنه فيمكن لأطراف العقد التدخل لحماية مصالحهم المشتركة من خلال عملية التعديل أثناء إبرام عملية التعديل أثناء إبرام العقد في صورة إتفاق متقل او هي صورة يضمناه ذلك العقد.

حيث كرست المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 1997/06/18 حيث إتجهت إلى إلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 07 نوفمبر 1994 الذي أيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي 14 أبريل 1993 والقاضي يدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي مادام قد إتفقا على ذلك، عليه في المادة 561 قانون مدني، كما نصت المادة 106 السابقة الذكر على حق المشرع في التدخل لتعديل العقد يقولها: "أو للأسباب التي يقرها القانون"، إذ يتدخل المشرع في حالات معينة لتعديل العقد رغم إرادة المتعاقدين وأي بقوة القانون فتحل إرادة المشرع محل إرادة الأطراف تكريسا للعدالة العقدية وهو ما يعرف بالتعديل التشريعي، ومن أمثلة عن ذلك تدخل المشرع الجزائري في عقد الإيجار لتحديد أجرته أو تمديد مدته بموجب المواد 471، 474، 509 قانون مدني، وتدخله أيضا في عقد العمل حماية للعمال ولاسيما بخصوص اجرة العامل فقد تدخل عدة مرات لتعديل الأجر الوطني الأدنى المضمون، كما تدخل لتقنين بعض المجالات كحماية فئة المستهلكين وذلك يوضع سقف الأسعار بعض السلع و غالبا ما يكون التعديل التشريعي في الأزمات والتقلبات الإقتصادية، كما أجاز المشرع إستثناء للقاضي التدخل لتعديل العقد إذا إختل توازنه الإقتصادي وهو ما يعرف بالتعديل القضائي الذي يجريه القاضي بمناسبة نزاع مطروح أمامة بطلب من أحد طرفي العقد وهو الطرف المضروب، هذا التعرف يقوم به القاضي بناء على سلطته التقدير لا يكون إلا بتفويض صريح من المشرع و في حالات محددة على سبيل الحصر في نصوص القانون.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 92-93

## المبحث الثاني: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري

إن النموذج التقليدي في التعاقد هو أن يتم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة، وتقتضي هذه الأخيرة أن يناقش كل من طرفي العقد الطرف الآخر لقبول التعاقد بأحسن الشروط إلا أن هناك نوع من العقود تتعدم فيه المساومة والنقاش، حيث يضع أحد المتعاقدين شروطا مسبقة، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا قبولها أو رفضها كاملة، وهذا مايسمى بعقود الإذعان، ولحماية المستهلك الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية أو في هذا النوع من العقود فإن المشرع قد وضع أحكام تمنع التعاقد المتضمن الشروط تعسفية وكذا إلزامية الضمان حماية للمستهلك، ومنه سنتناول من خلال هذا المبحث مفهوم الشرط التعسفي في مطلب أول، وضمانات حماية المستهلك في مطلب ثاني.

## المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

إن وجود الشرط التعسفي في العقد نتيجة لوجود إختلال في توازن الإلتزامات العقدية و بذلك فالطرف الضعيف يتعرض لممارسات تعسفية ومنه نتعرض في هذا المطلب التعريف الشرط التعسفي في فرع أول، وصور الممارسات التعسفية في فرع ثاني.

## الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

من خلال هذا الفرع نتناول تعريف للشرط التعسفي لغة و اصطلاحا، وكذلك ما جاء به المشرع الجزائري من تعريف له بالإضافة إلى تحديد معيار التعسف وكذلك مجال التعسف و سنعالج ذلك كالاتي:

## الفقرة الأولى: المقصود بالشرط التعسفي

تعني كلمة تعسف لغة: "الإستخدام السيء "

والإصطلاح القانوني " الإستخدام الفاحش لميزة قانونية ".<sup>1</sup>

بحيث يري الفقه بأنه يعتبر تعسفيا: " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة وبمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر "، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، وكذا الشروط الجزائية، أو أنه في العقد المبرم بين مستهلك ومهني والمحرر

<sup>1</sup> أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، 1994، ص 212.

مسبقا من طرف هذا الأخير، يعتبر الشرط، بالنظر للميزة القاصرة تعسفا عندما يؤدي إلى عدم التوازن في حقوق والتزامات الأطراف على المهني.<sup>1</sup>

ونجد المشرع الجزائري في إطار القانون رقم 09 / 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش قد ذكر فقط شرط عدم الضمان، الذي إعتبره شرطا لاغيا في المادة " 13 " منه<sup>2</sup>

حيث نصت على حق المستهلك في الضمان ورتبت البطلان على الشرط المخالف لذلك وبمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 04 / 02 المتعلق بالممارسات التجارية.<sup>3</sup>

فإنه قد جاء بهذا التعريف في الفقرة الخامسة منها بنصها على أنه: " 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".

- ومن خلال التعريفات التي جاء بها المشرع الجزائري فإننا نورد بعضا من النقص والتناقض وعدم الدقة وبالتالي نجد: أولا: المشرع لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد على خلاف كل التشريعات التي عالجت موضوع الشروط التعسفية، فإنها جعلت لتطبيقها نطاقا شخويا يسري عليه، ومنها المشرع الفرنسي الذي حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف وبين غير المحترف أو المستهلك.

وهو موقف غير محبذ ذلك الذي سلكه المشرع الجزائري إذ أنه يترك المجال مفتوحا للكثير من التساؤلات منها: هل يقتصر تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المحترف والذي سماه المشرع الجزائري (بالعون الإقتصادي) والمستهلك فقط ؟ أم أنه يمتد ليشمل حتى العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين؟<sup>4</sup>

لقد عرفت المادة الثالثة" الفقرة الرابعة من القانون رقم 04 / 02 العقد بأنه: " كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لايمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 213

<sup>2</sup> لقانون رقم 09 / 03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009

<sup>3</sup> القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004، المادة الثالثة "أنظر للملحق رقم (01)

<sup>4</sup> راضية العطيوي، معالجة الشروط التعة في إطار القانون رقم 04/02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010 / 2011، ص 20

<sup>5</sup> القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المرجع السابق، المادة "الثالثة "أنظر للملحق رقم (01)

وأعدت هذا التعريف الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06 /306 تنص: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة الثالثة "الحالة الرابعة من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه، 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 تغيير حقيقي فيه ". من خلال هذين النصين اللذين غابت فيهما الإشارة إلى أطراف العقد يمكن القول بإمكانية مد نطاق تطبيق نص القانون رقم 02/04 إلى العقود المبرمة حتى بين الأعوان الإقتصاديين فيما بينهم طالما أن أحد المتعاقدين لا يملك سلطة إحداث تغييرات حقيقية على العقد تبعا للمنطق النص، ولعل ما قد يؤكد هذا الإستنتاج هو نص المادة الأولى " من القانون رقم 04/02 والتي تنص: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا اراضية العطاوي، معالجة الشروط المتعلقة في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، حماية المستهلك وإعلامه " وهو نص صريح يقضي بمد الحماية حتى إلى العلاقات التي قد تنشأ بين الأعوان الإقتصاديين فيما بينهم.<sup>1</sup>

ثانيا: عدم دقة المصطلحات وإضطرابها في بعض الأحيان، ومن ذلك أن المشرع أشار ضمن الفقرة الأولى من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06 /306 إلى أن الهدف من هذا الأخير هو تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية".

فسمي بموجب هذه الفقرة المتعاقد مع المستهلك "بالعون الإقتصادي"، في حين سماه "بائعا" بموجب الفقرة الأولى من المادة 29 من القانون رقم 04 /02 والتي تنص على: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..... " والتي قضت صراحة على أن المتعاقد مع المستهلك لا بد أن يكون بائعا، ومن شأن هذا اللفظ الإصطلاحي أن يؤثر على حكم موضوعي، كما من شأنه أن يؤدي إلى إثارة التساؤل الآتي: هل يقتصر تطبيق الشروط التعسفية على عقد البيع فقط، مادام أن المشرع قد إشتراط صفة البائع في المتعاقد مع المستهلك ؟ أم أن حكم الشروط التعسفية يتجاوز عقود البيع؟<sup>2</sup>

إذ بالرجوع إلى نص المرسوم التنفيذي نجده يستعمل لفظ " العون الإقتصادي في الكثير من المواضيع ومنها نص الفقرة الأولى من المادة الأولى " السابق ذكرها، والفقرة الأولى من المادة الثانية "،

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 06 /306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56 السنة 2006، المادة الأولى .أنظر للملحق رقم (02)

<sup>2</sup> القانون رقم 02/04، المؤرخ في 25 يونيو 2004، المرجع السابق، المادة الأولى "، والمادة "29" أنظر للملحق رقم

والمادة الرابعة"، والفقرة الأولى من المادة الخامسة " التي جاء فيها: " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي....." في حين جرى إستخدام مصطلح " البائع " ضمن نص المادة "29" من القانون رقم 04/02 وكذا ضمن المواد 04 /05 /07 ..... من نفس القانون وكان الأجر توحيد المصطلح بدل التذبذب والإضطراب والتنويع فيه بما لا يخدم الهدف المقصود منه.

ثالثا: عدم وضوح الرؤية، ذلك أن الناظر للقانون رقم 04 /02 قد لا يدرك ما الذي يريده المشرع من وراء إصداره، خصوصا فيما يتعلق بالشروط التعسفية، إذ بالرغم من أنه أورد قائمة بالشروط التعسفية ضمن نص المادة "29" من ذات القانون، وأتبعها بقائمة ثانية ضمن نص المادة "05" من المرسوم التنفيذي رقم 06 /306<sup>1</sup>.

إلا أنه لم يحدد الجزاء الذي قد يترتب على وجود مثل تلك الشروط ضمن العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلك بإستثناء نص واحد شاحب الصياغة وهو نص المادة "30" والتي جاء فيها: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية "، وهو نص لا يفهم منه بوضوح الجزاء الذي قد يصيب إدراج شرط تعسفي ضمن عقد من العقود وإن كان الجزاء العقابي لا إشكال فيه بدلالة نص المادة "38" التي جاء فيها: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف (50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)"<sup>2</sup>.

رابعا: قصر زاوية النظر إذ أن الهدف من إصدار القانون رقم 04 /02 هو حماية المستهلك من جميع الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود الإستهلاكية، وتوفير نوع من الطمأنينة الطائفة قد لا تملك من الخبرة والقدرة ما يؤهلها لمواجهة الأعوان الإقتصاديين

غير أن المشرع وكأن به سار عكس هذا التوجه حين نص ضمن المادة "30" على ما يأتي<sup>3</sup>: "... وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". | فبدل أن يمتد المنع لجميع الشروط التي ثبت طابعها التعسفي نجد أن المشرع قصر ذلك على بعض الشروط فقط دون سواها، فما المقصود بكل ذلك؟ وما غاية المشرع من وراء إيراد مثل هذا النص؟

فالأصل أنه متى ثبت تعسفية شرط من الشروط فإن البطلان مصيره مهما كان الظرف أو المبرر الذي إستدعي وجوده، ويصبح لهذا الشرط كيان مستقل عن حسن أو سوء نية من أدرجه، فصار لزاما إذا

<sup>1</sup> محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة باتنة،

<sup>2</sup> راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 27.

<sup>3</sup> القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المرجع السابق، المادة "30".

تعديل صياغة هذا الشق من نص المادة "30" بجعل المنع عاما لكل الشروط التعسفية وليس ببعضها فقط.<sup>1</sup>

وإلى جانب كل هذه الملاحظات على التعريف مع ذلك الذي أورده المشرع الفرنسي الشروط التعسفية نذكر:

أولاً: أن المشرع الجزائري سار على نهج المشرع الفرنسي من خلال إستبعاده الشرط حسن النية الذي جاءت على ذكره الفقرة الأولى من المادة "03" من التوجيه الأوروبي رقم 13/93 وفي ذلك دلالة واضحة على جعل حماية المستهلك من الشروط التعسفية، حماية تقوم على أسس موضوعية أكثر منها شخصية، وحسنا فعل المشرع الجزائري لأن إشتراط حسن النية في هذا المقام وإن كان لا يضيف شيئاً جديداً في الحماية القانونية من جهة ويؤدي إلى نوع من الغموض غير المحبذ في مثل هذه المجالات التي تتطلب تعريفاً واضحاً يقوم على مبادئ واضحة المعالم، سهلة التحديد نظرياً<sup>2</sup>، وعملياً من جهة ثانية فإنه من جهة ثالثة قد يربط مفهوم الشرط التعسفي بمسائل ذاتية قد يتعذر إثباتها بالنظر إلى المركز الذي يوجد فيه طرفي العلاقة التعاقدية.

ثانياً: أن المشرع الجزائري أخذ عن المشرع الفرنسي آخر ما وصل إليه، وذلك أن المشرع الفرنسي لم يعرف فكرة " الإختلال الظاهر بين الحقوق والإلتزامات إلا منذ 1995 وذلك بموجب القانون رقم 96/95 الذي أسس لمعيار جديد خلفاً للمعيار الذي إعتمده مشرع قانون 1978 والقائم على شقين: الأول: إقتصادي وهو التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية.

الثاني: قانون فحواه حصول المحترف على مزايا فاحشة تحت مبرر القوة الإقتصادية. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد إختصر الطريق على نفسه من خلال إعتماده على معيار " الإختلال الظاهر " الذي جاءت به المادة الثالثة في فقرتها السابعة، وهذا ما سنتطرق له في الفقرة الثانية.

### الفقرة الثانية: معيار التعسف

بالرجوع إلى التعريف القانوني الذي تضمنته المادة الثالثة " سالفه الذكر، نلاحظ أن المشرع قد إعتمد على معيار واحد للتعسف، وهو " الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين"، وهنا يستشف أنه أخذ بالمعيار الذي إعتمده المشرع الفرنسي في المادة " 132" من قانون الإستهلاك الحالي، بعد أن كان

<sup>1</sup> راضية العطيوي، المرجع نفسه، ص 22

<sup>2</sup> بناسي شوقي، مواجهة الشروط التعسفية العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية، والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 02، الجزائر، 2009، ص 145.

يعتمد في القانون الصادر في 01 / 01 / 1978 على معيار النفوذ الإقتصادي والميزة الفاحشة "، وهذا ما تضمنته المادة "35" منه.

إلا أنها قد إعتبرت معايير ذات طابع عام، لذلك قد تمت عملية إصلاح، قادت إلى إجراء تعديل على هذا التعريف، والمتضمن في المادة "132" الفقرة الأولى من قانون الإستهلاك الفرنسي، وأصبحت الشروط التعسفية هي تلك التي تهدف إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد<sup>1</sup>

وعليه يمكن القول أنه لمعرفة التعسف، نرجع إلى البحث عن عدم وجود توازن في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، والنتائج عن ضعف هذا الأخير أمام المهني القوي الذي يفرض عليه شروط بما يملكه من نفوذ وتفوق في القدرة التعسفية، وبإستغلاله لحاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، وإزاء كل ذلك، فلا يكون أمامه إلا القبول أو الرفض الكامل للتعاقد، دون إمكانية المناقشة، فينعدم إختياره، وينتج عن هذا الخضوع عدم تعادل في ميزان حقوق والتزامات الطرفين.

ومنه يمكن تحديد معيارين للشرط التعسفي ويتمثلان في معيار إقتصادي، ومعيار قانوني.

أولاً: معيار تعسف النفوذ الإقتصادي: (Abus de puissance économique)

يثور التساؤل حول هذا التعسف وهل يقصد به تعسف الموقف أم تعسف الحق؟

بداية فإن الشرط يجب أن يفرض بواسطة تعسف السلطة الإقتصادية، لهذا فإن أول ما ينصرف للذهن هو الخشية مما قد يلحق الإرادة بمعنى أوضح، أن المقصود هو تعسف الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية وهو ما يتيح لأحد الأطراف فرض شروطه على الطرف الآخر مستقلاً وضعفه ومستخدماً وسائل غير أمنية كي يحصل على ميزة فاحشة وهو ما يقترب من التدليس.

لكن هناك من يرى أن المقصود من التعسف هو التعسف في إستخدام الحق المعروف في القواعد العامة، ما يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا؟

يعتبر البعض أن في هذا ممارسة السلطة واقع وليس تعسفاً في حق يملكه الشخص مما يؤدي إلى إستبعاد تكيف منع الشروط التعسفية على أنها مجرد تطبيق التعسف في إستعمال الحق، فضلاً على أنه يتعذر على القاضي مراقبة العلاقات التجارية بإعادة تصحيح عقد في العلاقات التجارية نظراً لوجوب إستقرار المعاملات.

<sup>1</sup> محمد شريف أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، 2006، ص 77-78

وقد تعرض هذا المعيار للنقد بحيث أن السلطة والنفوذ ليس بالضرورة مرادفا للقوة أو عظم الشأن، فثمة حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه استخدام وضعه أو النفوذ المحلي المسيطر، بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك خشية على سمعته<sup>1</sup>

وقد إقترح الفقه بعض المؤشرات لتذليل الغموض الذي يشوب هذا المعيار، منها أن التعسف في النفوذ الإقتصادي يبدأ من اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيمومؤشر آخر يفيد أن النفوذ الإقتصادي يقاس من منطلق حصة المهني في السوق لكن يصعب تحديد مفهوم السوق.

ومن المؤشرات لتحديد تعسف النفوذ الإقتصادي هو الوضع الإقتصادي للمهني المهيم ولم تعرف التشريعات (لا الجزائري ولا الفرنسي) الهيمنة، لكن حسب السلطات القضائية للإتحاد الأوروبي فالهيمنة هي:

"القوة الإقتصادية المحوزة من طرف مؤسسة والتي بموجبها يستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق وإنتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الإستقلال إزاء منافسيها، وعملائها وأخيرا إزاء المستهلكين". ويثور كذلك بشأن هذا المعيار مسألة على من يقع عبء إثبات التعسف؟

فلكي يعد شرطا تعسفيا فإنه يلزم إثبات ذلك، ولم يصدر القضاء الفرنسي بصدد هذه المسألة ما يفيد الإجابة، ولعل الأفضل عدم تحميل المستهلك أبي عبء إضافي في الإثبات، بل يقيم في هذه الحالة قرينة على أنه قد تعسف في إستعمال قوته الإقتصادية، فإن أراد المهني إبقاء الشرط فعليه إثبات أنه قد تعسف في إستعمال مقدرته وأنه منح المستهلك فرصة كافية للإختيار، ويمكن حل مشكلة الإثبات هذه بسهولة عندما يتمسك المستهلك بما تصدره لوائح الشروط التعسفية، وعلى كل حال فلا يمكن إدانة العون الإقتصادي بمجرد أنه يحوز على الهيمنة في السوق بل لا بد أن يستخدم هذه الهيمنة إستخداما تعسفيا.

ثانيا: معيار الميزة الفاحشة (Avantage excessif)<sup>2</sup>

يعرف " (G) Glaume " الميزة الفاحشة أنها: " مقابلا مغالى في (contrepartiedemesuree) مفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري.

وهذا المعيار يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي هو المحصلة لإستخدام النفوذ الإقتصادي بطريقة تعسفية. وبالنظر لغموض هذا المعيار إقترح في البداية على الحكومة الفرنسية إستعمال عبارة "عدم التوازن الظاهر"، ثم إستبعد ذلك لأنه يثير مسألة الغبن طريقة فاحشة.

<sup>1</sup> زيبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02 / 04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006/2005، ص 94-95

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 96

فرغم الفرق ما بين الغبن، الذي ينصب على الثمن، والتعسف الذي ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد والتي هي ليست ذات طبيعة مالية. لكن هل صفة التعسف للشروط تحدد بالنظر للشروط منعزلا عن غيره من الشروط أم أنه يجب النظر لمجموع العقد؟<sup>1</sup>

المشرع الجزائري لم يورد جوابا، لكن المشرع الفرنسي، يعتبر بكل العقد في تحديد صفة التعسف أي الأخذ بالاعتبار كامل العقد وكذا الملابس المحيطة به.

وهو ما أكدته الفقرة السابعة من المادة "132" من قانون الإستهلاك الفرنسي أن صفة التعسف لا تتوقف عند الإلتزام الرئيسي في العقد ولا عند زيادة الثمن للشيء المباع أو الخدمة المؤداة، وبداية لا يدخل ما هو متوقع من إختلال توازن بين الأداءات الإقتصادية تحت الحماية، فالشروط المحدد للمسؤولية مثلا لا يمكن إعتباره يعطي ميزة فاحشة إذا كان الثمن المدفوع من جانب المستهلك تافها.

هذا ويخرج من نطاق تطبيق نظام الحماية من الشروط التعسفية بعض الشروط ذات الطبيعة التشريعية أو التنظيمية (مثلما هو الحال بالنسبة لعقود توزيع الماء والكهرباء) التي تخلق أحيانا عدم التوازن البين على حساب المستهلك.

ومهما كان المعيار المعتمد فإنه متى إعتبر المشرع أن شرطا ما يعتبر تعسفيا فإنه يجب على القاضي الحكم بذلك وهو ما يدعونا إلى معرفة مجال الشروط التعسفية.

### الفقرة الثالثة: مجال تطبيق الشرط التعسفي

إن تحديد مفهوم الشرط التعسفي يقتضي أيضا تحديد مجال تطبيقه، فهل أن منع الشروط التعسفية، يسري فقط على عقود الإذعان، أم تمتد إلى باقي العقود الأخرى؟ من ناحية طبيعة العقد، فإن المادة "29" من القانون رقم 04 / 02 نصت على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع".

وعليه يمكن القول أن المشرع قد قصد عقود البيع المبرمة بين المستهلك والبائع، يعني أنه إستبعد العقود المبرمة بين المهنيين، وفي هذا حماية واضحة للمستهلك، وهو نفس الموقف الذي إتجه إليه المشرع الفرنسي، الذي يشترط لإعتبار الشرط تعسفيا أن يظهر في عقد مبرم نهائيا بين مهني ومستهلك. وبهذا الصدد، فقد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 / 10 / 1996 والذي لفت نظر القضاء، حيث أن مؤسسة "chrom post" لم تقم بتقديم الطرد المرسل عن طريقها في الوقت المناسب، وقد أدرجت هذه الأخيرة في عقودها النموذجية شرطا محددًا للمسؤولية، وبما أن الزبون كان مؤسسة لم يكن لها نفس الإختصاص، فإن محكمة النقض لم تعتبر هذا الشرط تعسفيا وإنما إعتبرته شرطا محددًا للمسؤولية.

ولكن ومن جهة أخرى نجد بأن المشرع الجزائري قد حصر تطبيق المادة 29 من القانون رقم 02/04 على عقود البيع فقط دون العقود الأخرى، على خلاف المشرع الفرنسي الذي عمم تطبيق نص

<sup>1</sup> زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص 96.

المادة "132" من قانون الإستهلاك على كل العقود، سواء كانت بيعا إيجارا، تأمينا، قرضا... إلخ، وأيا كان محلها عقارا أو منقولا، بل وأكثر من ذلك فإنه لم يشترط شكلا معينا للعقد، حيث يمكن أن تكون طلبات بضاعة، فواتير تذاكر.<sup>1</sup>

ولذلك فإن هذا التحديد من طرف المشرع يقصر من حماية المستهلك، بإعتبار أن هذا | الأخير قد يبرم مع المهني عقودا بكل أشكالها، وليس عقود بيع فقط، كما أن هذا التحديد يعني إستبعاده لعقود تقديم الخدمات، في حين أن المستهلك قد يتعرض لتعسف المهني في هذا المجال.

فالنزاع في فندق مثلا قد يواجه شروطا معلقة في قاعات الإستقبال تتعلق بعدم المسؤولية وعليه كان من الأحسن مواكبة المشرع الفرنسي الذي يكفل حماية أكبر للمستهلك في هذا المجال.

وبعد تحديد مجال تطبيق الشروط التعسفية كان لابد من التطرق لصور الممارسات التعسفية في الفرع الثاني، وهذا لما لها من آثار تظهر المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية.

### الفرع الثاني: صور الممارسات التعسفية

نصت المادة "29" من القانون رقم 04 /02 على بعض الصور التي قد يمارسها المهني والتي ينتج عنها إختلال في التوازن العقدي، ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف ليس بيده إلا الخضوع أو الرفض الكامل للتعاقد، ويمكن إجمال هذه الصور فيما يلي:<sup>2</sup>

#### الفقرة الأولى: وجود إختلال في الإلتزامات المتقابلة

ويتجسد هذا الإختلال من خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى، حيث يأخذ البائع حقوق و/ أو إمتيازات، لا تقابلها حقوقا و/أو إلتزامات مماثلة للمستهلك، حيث أن هذا الأخير يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع الذي يستقل وحده بصياغة بنود العقد.

ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته، ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لا يملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل ما بها من شروط مجحفة.<sup>3</sup>

وهو ما يدل عليه مضمون الفقرة الثانية من المادة "29"، ويفرض على المستهلك تنفيذ هذه الإلتزامات دون أن يلتزم بها هو، وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة "29" السالفة الذكر، الأمر الذي يجعل البائع يحصل بذلك على إمتيازات وحقوق يحرم منها المستهلك.

<sup>1</sup> أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 227.

<sup>2</sup> لقانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المرجع السابق، المادة "29".

<sup>3</sup> شنب، (محمد لبيب)، موجز في مصادر الإلتزام. المصادر الإرادية : العقد - الإرادة المنفردة. بيروت : دار النهضة

## الفقرة الثانية: التفرد بتعديل العقد، شروطه وآثاره

وهذه الممارسات تتجسد في الفقرات الثالثة، الرابعة، والسابعة من المادة " 29 " من القانون رقم 02/04، بحيث أنه إضافة إلى فرض إلتزامات على المستهلك، ووضع الشروط المتوافقة مع مصلحته، فقد يعمد المهني أيضا إلى إستخدام سلطته ونفوذه عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد، كتعديل الثمن مثلا أو تعديل محل العقد، سواء كان عقد بيع أو تقديم خدمة، دون أن يوافق المستهلك على ذلك، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة "29"، كما قد يقدم على التفرد بتعديل شروط العقد، ومثال ذلك جعل العقد يتضمن شرط عدم المسؤولية، أو جعل عبء مصاريف النقل على عاتق المشتري، وقد يصل هذا التعديل ليمس أجل تسليم المنتج أو تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر بشكل واضح على المستهلك، مما يظهر الطابع التسلطي والتحكمي الذي يمارسه المهني في هذه الحالة

## الفقرة الثالثة: رفض حق المستهلك في فسخ العقد

نجد أن حق فسخ العقد هو حق مشروع، ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزامه طبقا للقواعد العامة، حيث نصت المادة "119" الفقرة الأولى من القانون المدني<sup>1</sup> على ما يلي:

"في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك "

بإعتبار أن كل من عقد بيع السلع أو تقديم الخدمات، هي عقود ملزمة للجانبين، لكن وبما أن معظم العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تكون عقود إذعان فإن البائع أو مقدم الخدمة قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته، وهو ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة " 29 " من القانون رقم 02/04، وهنا ينبغي للقاضي التدخل لمنع الشرط التعسفي والمتمثل في إلغاء حق مقرر قانونا.<sup>2</sup>

1 القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، المرجع السابق، المادة 119"

2 سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي والحديث، كلية الحقوق، جامعة

قسنطينة، ص44

## المطلب الثاني: الرقابة على الشروط التعسفية

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية المستهلك من الشروط التعسفية كما رأينا، ولهذا خول لهيئات مختلفة ممارسة الرقابة على هذه الشروط إذا ما تضمنها عقد الإذعان. وسنرى هذا من خلال الرقابة الإدارية التي تمارسها أهم المراكز التي خول لها القانون ممارسة حماية المستهلك من خلال نظام الرقابة، وكذلك نجد دور القضاء من خلال الرقابة القضائية، والجزاء العقابي، وهذا ما سنحاول عرضه كالاتي :

## الفرع الأول: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

نجد بأن المشرع الجزائري قد خول لهيئات إدارية و مراكز إمكانية التدخل لحماية المستهلك ومنه سنورد ذلك فيما يلي:

## الفقرة الأولى: دور أهم المراكز التي خولت لها مهام حماية المستهلك من الشروط التعسفية

إن المشرع الجزائري قد مكن بعض المراكز بصلاحيات ووسائل لتدعيم حماية المستهلك وهي كما يلي :

## أولا : مجلس المنافسة ودوره في محاربة الشروط التعسفية

أصدر المشرع الجزائري الأمر 06/95، المؤرخ في 25 جانفي 1995 لتنظيم المنافسة وترقيتها وتحديد قواعد حمايتها<sup>1</sup> ثم صدر الأمر رقم 03 /03 المعدل و المتمم بالقانون رقم 12/08.

وقد نص الأمر رقم 06/95 على إنشاء مجلس وطني للمنافسة بحيث أسند لهذا الأخير عدة مهام تتجلى أساسا في حماية المنافسة ومحاربة كل تعسف في الهيمنة على السوق أو الممارسات التجارية الغير مشروعة.

ولم يعرف الأمر " مجلس المنافسة في حين أشارت المادة "16" منه على تمتع هذا المجلس بالإستقلالية الإدارية والمالية، كما أن مقره يكون في مدينة الجزائر " .

وقد نصت المادة "29" من الأمر على تشكيلة هذا المجلس بحيث يتشكل من "12" عضو يتم تعيينهم من طرف رئيس الدولة وبعد إقتراح مشترك بين الوزير المكلف بالعدل والوزير المكلف بالتجارة، إلى

<sup>1</sup> محمد كامل مرسي، دروس في مصادر الإلتزام، مكتبة النهضة، مصر، القاهرة، ص 123.

جانبا ذلك فإن الرئيس هذا المجلس سلطة واسعة في تعيين أمين عام والأعضاء المقررون الذين لهم مهام واسعة في حماية المنافسة.

وتتجسد صلاحية المجلس ودوره في محاربة الشروط التعسفية من خلال بعض النصوص القانونية التي يتضمنها الأمر 06/95 لحماية المستهلك من بعض أنواع التعسفات التي قد يلجأ إليها المحترفين إثر علاقاتهم مع المستهلك<sup>1</sup>

بحيث نص المشرع في المادة "91" من هذا الأمر: "... على أن كل مخالفة لأحكام المواد من "55" إلى "60"، ومن "63" إلى "67" يؤول للوزير المكلف بالتجارة ومدير المنافسة أن يقبل المصالحة وفقا للشروط المحددة عن طريق التنظيم إذا كانت الغرامة تساوي أقل من 500.000 دج وفي حالة عدم المصالحة يحال الملف إلى وكيل الجمهورية...."

وبعد التمعن في النصوص التي تضمنها الأمر 95 /06 المتعلق بحماية المنافسة يتضح أن المجلس المنافسة دورا هاما في تجسيد حماية المستهلك من تعسفات المحترفين، حتى ولو كان الأمر لم يمكنه من التدخل مباشرة، ويظهر لنا ذلك من خلال الصلاحيات المخولة بحيث ألقى على عاتق المقررون التابعون له والمتمتعين بصفة الضبطية القضائية طبقا للمادتين "39" و"78" من الأمر 06/95، تسجيل كافة المخالفات المنصوص عليها في المواد "53"، "58"، "59"، "60"، تحرير المحاضر وإخطار الجهة القضائية المختصة لإتخاذ الإجراء المناسب.

كما للمجلس دور كبير في توعية المستهلكين واعلامهم حول حقوقهم وذلك بإشعاع ثقافة المنافسة النزيهة والمشروعة، وإلى جانب ذلك فإن للمجلس دور جد هام في تأكيد مبدأ الشفافية الذي يعد من المبادئ الأساسية لتحقيق المنافسة المشروعة، ومحاربة تعسفات المحترفين وذلك بنشر المقررات النهائية الصادرة عنه أو عن المجلس القضائي لمدينة الجزائر وذلك في النشرة الرسمية للمنافسة<sup>2</sup>. "Le bulletin concurrence officiel de la" وهذا ما نصت عليه المادة "26" الفقرة الأخيرة من الأمر 95 /06 : " تنشر في المقررات النهائية الصادرة عن مجلس المنافسة أو المجلس القضائي لمدينة الجزائر من طرف الوزير المكلف بالتجارة في النشرة الرسمية التي تحدد كيفية إعدادها وتوزيعها عن طريق التنظيم "

<sup>1</sup> محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 124

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 126.

ولكن مازال مجلس المنافسة لا يقوم بالدور المنوط قانونا لمحاربة الإحتكار والتدليس والإستغلال... وعليه فإن دوره من الناحية الفعلية جد محدود، فحمايته للمستهلك من الشروط التعسفية هي حماية نسبية<sup>1</sup>.

### ثانيا : المجلس الوطني لحماية المستهلكين

يعتبر هذا المجلس أحد الأجهزة المركزية المنوطة لها تدعيم حماية المستهلك، بحيث نجد القانون رقم 89/02 المتعلق بحماية المستهلكين ثم تبعد ذلك صدر القانون رقم 09 /03 المتعلق بحماية المستهلك، ومنه نجد نص المادة 24" من القانون رقم 89/02 المتعلق بحماية المستهلكين على أنه :

"ينشأ المجلس الوطني لحماية المستهلكين ويقوم بإبداء الرأي واقتراح الترتيبات التي تساهم في تحسين الوقاية من المخاطر في مجال سلامة المنتجات والخدمات المقدمة للمستهلكين ويحدد تنظيمه واختصاصه عن طريق التنظيم".

وفعلا فقد صدر مرسوم تنفيذي يحدد تكوين هذا المجلس واختصاصه، وذلك بتاريخ 1992/07/06 وهو المرسوم التنفيذي رقم 279/92 المحدد لتكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 355/12 يحدد تشكيلة واختصاصات المجلس الوطني لحماية المستهلك . ولم يعرف المشرع المجلس في القانون رقم 02/89، وكذلك لم يورد تعريف في المرسوم التنفيذي رقم 279/92. ولكن نجد نص المادة "02" من المرسوم التنفيذي رقم 279/92 تنص على أن: "هذا المجلس هو جهاز تشاور".

ونصت المادة 04 " منه على تشكيلة المجلس بحيث<sup>2</sup>:

"يتشكل من "13" عضو تمثل مختلف الوزارات، و"3" مديرين وهم مدير المركز الجزائري المراقبة النوعية والزرع، مدير المعهد الوطني لضبط المقاييس والملكية الصناعية والغرفة الوطنية للتجارة، و"10" ممثلين لجمعيات حماية المستهلكين و"07" أشخاص ممثلين للجمعيات المهنية ونفس العدد من الخبراء مؤهلين في ميدان نوعية المنتجات والخدمات، وأغلب أعضائه تابعين للسلطة التنفيذية "

<sup>1</sup> العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإدارية (العقد والإدارة المنفردة، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015، ص85

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 272 / 92 ، المؤرخ في 06 جويلية 1992 ، يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين وإختصاصاته، الجريدة الرسمية ، عدد 52 ، الصادرة في 08 جويلية 1992 ، المادة "02" ، المادة "04" ، المادة "03"

ومنه نجد نص المادة "03" من المرسوم رقم 92 /272 تنص على صلاحيات وأهداف المجلس بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

بحيث تنص على أن: "للمجلس إبداء رأيه في مختلف المسائل المتعلقة بنوعية المنتجات والخدمات المقدمة للمستهلك، وتوعية وإعلام هذا الأخير فيما يخص المواد والخدمات المعروضة للإستهلاك".<sup>1</sup>

بحيث يبدي المجلس بفضل لجنة توعية المنتجات والخدمات مستعينا برأي الأعضاء ورأي الخبراء إقتراحاته حول كل السلع والخدمات المعروضة في السوق، وذلك من أجل وقاية المستهلكين من خطورتها سواء كان المنتج مستورد أو محلي، خطير بطبعه أو بإستعماله، وإن رأي المجلس لا يقتصر فقط حول مدى تلبية المنتج أو الخدمة للطلبات للمشروع للمستهلك بل يمكن له إبداء أي إقتراح يهدف إلى تدعيم حماية المصالح المادية والمعنوية للمستهلك، كما لهذا الأخير أن يبدي رأيه حول التقرير السنوي للمركز الوطني المراقبة الجودة والرزم وللمجلس الحق في إبداء برأيه في كل مسألة متعلقة بالنوعية وجودة الخدمات والمنتجات، وذلك كلما عرض عليه ذلك الوزير المكلف بالنوعية أو المؤسسة المنتجة أو بطلب من ستة (06) أعضاء .

والى جانب ذلك خول له القانون صلاحية إعلام المستهلك وتوعيته، وهذا طبقا لنص المادة "03" من المرسوم رقم 92 /272 المشار إليه أعلاه.

وبذلك فإن للمجلس إبداء إقتراحات من شأنها إستبعاد ومحاربة كافة الشروط التعسفية ولكن في مقابل ذلك يبقى رأيه مجرد رأي إستشاري خاليا من أي إلزام . الفقرة الثانية : دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

لقد رأى المشرع ضرورة وجود رقابة إدارية لإتخاذ إجراء وقائي لمنع ظهور الشروط التعسفية وإنتشارها، دون الإنتظار لوجود نص قانوني يقضي ببطانها أو صدور حكم قضائي بذلك

وتتجسد هذه الرقابة الإدارية في إنشاء لجنة البنود التعسفية وهذا وفقا لنص

المادة "06" من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 التي تنص على أنه:

" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية " .

<sup>1</sup> محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 29.

إلا أنه لم يتم تجسيدها على أرض الواقع إلى يومنا هذا، وجاء المرسوم خاليا من تعريف لهذه اللجنة، لذلك يمكن تعريفها بأنها : عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي يدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للإعتداء من جانب المهنيين والذين يرتبطون معهم بعقود إستهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان.<sup>1</sup>

والتي نقلها المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي حيث تم إنشاؤها بموجب المادة "36 من قانون 10 جانفي 1978، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995، وقد كان المشروع المقدم في الحكومة ينص في البداية على إسناد مهمة إستبعاد الشروط التعسفية التي تحتويها عقود الإستهلاك إلى المحاكم، لكن بعد الإنتقادات عهدت إلى الحكومة على أن تعاونها لجنة الشروط التعسفية التي تتبع وزير شؤون الإستهلاك . وذلك لأن المشرع تجنب تكليف القضاء بمهمة إستبعاد الشروط التعسفية مفضلا أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه 2. وبالنسبة للمشرع الجزائري من البداية إعتترف لهذه اللجنة بمهمة البحث في الطابع التعسفي الشروط المدرجة في العقود ما بين المهنيين والمستهلكين .

وقد نص في المادة "08 " من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 أن لجنة البنود التعسفية ( commission des clauses ) تتشكل من "07 أعضاء وهم :

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيساء
- ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو عن مجلس المنافسة.
- متعاملين إقتصاديين، عضوين في الغرفة الجزائئية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود .
- ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود . ونجد نص المادة "09 " من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 تنص على أنه :
- " يتم تعيين أعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة بإقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية وذلك لمدة "03 سنوات قابلة للتجديد " .

<sup>1</sup> محمد بودالي، المرجع السابق ، ص 30.

ويتمثل دور لجنة البنود التعسفية في عدة مهام تم النص عليها في المادة 07 "من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 وهي : "

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية .

- يمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين .

- يمكنها مباشرة كل عمل يدخل في مجال إختصاصها " وقد أضافت المادة "12 " من نفس المرسوم أن : " لجنة البنود التعسفية تقوم بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وذلك كل سنة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة"<sup>1</sup>

ومنه فإن لجنة البنود التعسفية تقوم بالأساس بالبحث أو التحري عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين، وكذا العقود التي تم إبرامها تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي .

وإذا تبين لها ذلك تصيغ توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا المؤسسات المعنية لكن ما نلاحظه هو أن المشرع لم ينص على ما يجب أن توصي به اللجنة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص على أنه:<sup>2</sup>

في حالة وجود شروط تعسفية تقوم لجنة الشروط التعسفية بإصدار توصيات، تطالب بإستبعادها أو تعديلها، وذلك بمقتضى المادة "132 " الفقرة الرابعة من مدونة الإستهلاك ويرى البعض أن قصر سلطاتها على هذا النحو رأي سديد يتماشى مع تقاليد القانون الفرنسي الذي يأبى نقل سلطة إقرار منع الشروط من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوفر على نفس الضمانات

### الفقرة الثالثة : دور جمعيات حماية المستهلك في تدعيم الحماية ومحاربة الشروط التعسفية

- تخضع جمعيات حماية المستهلك من حيث إنشائها وتنظيمها وتسييرها إلى القانون رقم 31 / 90 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، ونجد أنه صدر القانون رقم 06 / 12 المؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالجمعيات، وتقوم الجمعيات بدورين أساسيين هما :

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 306 /06/المادة" 12 "، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ، المرجع السابق ، المادة " 08 "، المادة " 09"

<sup>2</sup> محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 31.

## أولا : الإعلام وتوعية المستهلك

لقد كانت وسائل الإعلام التقليدية من تلفزة وإذاعة وإشهار، وكذا المحاضرات والملصقات والمطبوعات، هي المتكلفة بدور التحسيس والإعلام، ويظهر نشاط الجمعيات المنشغلة بقضايا الإستهلاك والمستهلك أصبح دورها فعال في هذا المجال نظرا لإحتكاكهم المباشر بالمستهلكين الذين يعبرون فيها عن مشاكلهم وإنشغلتهم.<sup>1</sup>

ومن جانب آخر فإن جمعيات حماية المستهلكين تعمل على تكميل، وتفعيل الجهود التي تبذلها السلطات العمومية، والهيئات العامة في هذا المجال، وهي بذلك تعمل على إيصال صوت المستهلك وتمثيله في وضع سياسة إستهلاكية ناجعة.<sup>2</sup>

وتساهم كذلك في وضع سياسة عامة للمستهلك وتشارك في هذا الإصدار كعضو إستشاري عن طريق ممثليها . فنجد المرسوم التنفيذي رقم 272 / 92 يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين بحيث نص على أن عشرة (10) من أعضاء المجلس هم ممثلين لجمعيات المستهلكين وكذلك نجد المرسوم التنفيذي رقم 192 / 91 المتعلق بمخابر تحليل النوعية، ينص على أن جمعيات المستهلكين ممثلة في مجلس التوجيه العلمي والتقني للمركز الجزائري لمراقبة الجودة والرزم، وهذا عندما تقوم المفتشية الجهوية للمركز بالنظر في وثائق ملفات طلب فتح مخبر لتحليل النوعية.<sup>3</sup>

كما تقوم الجمعية بتوعية المستهلكين من مخاطر بعض السلع، فتخاطب المستهلكين المنضمين إليها، وتقدم لهم النصح مثلا في ما يخص عدم شراء السلع التي تعتقد أنها غير ملائمة للمستهلك، وهذا عن طريق أسلوب " المقاطعة" .

<sup>1</sup> القانون رقم 31 / 90 ، المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات ، الجريدة الرسمية ، عدد 53، الصادرة في 05 ديسمبر 1991.

<sup>2</sup> فهيمة ناصري ، جمعيات حماية المستهلك ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2003-2004، ص05

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 192 / 91 ، المؤرخ في 01 جوان 1991 ، المتعلق بمخابر تحليل النوعية ، الجريدة الرسمية ، عدد 27، الصادرة في 02 جوان 1991.

## ثانيا : الدفاع عن مصالح المستهلك وحقوقه

إن الغرض القانوني لجمعيات حماية المستهلك ليس تحقيق الربح وإنما الدفاع عن مصالحهم ولعل تنظيم المستهلك نفسه في جماعات، تأخذ على عاتقها مهمة الدفاع عن نفسها لدليل قاطع على رفضه العلاقة المتفاوتة التي تربط بينه وبين المهني، ورغبته في الضغط عليه بوسائل عديدة .

ولقد منح القانون رقم 02 / 04 بموجب المادة "65" منه لجمعيات حماية المستهلك الحق في رفع الدعاوى أمام القضاء ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكامه، حيث نصت على أنه :

" دون المساس بأحكام المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية . يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون .

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي الحقههم".

وكذلك نجد نص المادة "23" من القانون رقم 03 / 09، تنص على حق الجمعيات في التأسيس كطرف مدني عندما يتعرض المستهلكون لأضرار حيث نصت على أنه : " عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني " .<sup>1</sup>

كما نجد نص المادة "16" من قانون الجمعيات ينص على أنه:

" تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها طبقا للمادة 07 من القانون ويمكنها حينئذ أن تقوم بما يأتي :

أن تمثل أمام القضاء خصوصا أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني الجمعية وتلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو وتمارس بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجماعية ."

وما نلاحظه بأن المشرع لم يحدد نوع الدعاوى التي تمارسها الجمعية، ولذلك فإنها تمارس عدة أنواع من الدعاوى وتتمثل في ما يلي :

<sup>1</sup> القانون رقم 03 / 09 ، المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، المرجع السابق، المادة "23"

## 1/ دعوى الدفاع عن المصالح الجماعية :

ونجد هذا في الحالات التالية :

## أ/ حالة وجود مخالفة جزائية :

فطبقا لنص المادة "16" من قانون الجمعيات نجد بأن جمعيات حماية المستهلك بإمكانها أن تمارس حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية، وتسبب ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية، وفي هذه الحالة لاتمارس الدعوى المدنية للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين إلا في حالة وجود مخالفة جزائية، والتي تشكل ضررا للجمعية .

فتأسس الدعوى على أساس المادة "124" من القانون المدني، فالجمعية تطلب التعويض عن الضرر الحاصل للمصلحة الجماعية للمستهلكين والناجم عن المخالفة الجزائية التي إقترفها المهني، والتي تشكل خطأ مدني، وهذه الدعوى تمارسها الجمعية بالأصالة عن نفسها أي بإسمها، ولهذا فغياب إحتجاج من المستهلك لايمنعها من ممارسة دعواها<sup>1</sup>

## ب/ دعوى إلغاء الشروط التعسفية :

مادام حق المطالبة بإلغاء الشرط التعسفي يثبت للمستهلك الضحية، فإنه يثبت أيضا للشخص القانوني الذي يمثله، وعليه يمكن لجمعيات حماية المستهلك اللجوء إلى القضاء الرفع دعوى لإلغاء الشروط التعسفية، وتعد هذه الدعوى نوعا آخر من الدعاوى التي تمارسها الجمعيات للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين .

## ج/ تدخل الجمعية في النزاعات الفردية :

لم ينص المشرع على حق الجمعيات في التدخل في الدعاوى التي يرفعها أي مستهلك متضرر بصفة فردية، إلا أنه وتطبيقا للقواعد العامة، خاصة المادة "194" الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> فهيمة ناصري ، المرجع السابق ، ص 103

<sup>2</sup> القانون رقم 09 / 08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية

، عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المادة "194".

" يمكن لجمعيات حماية المستهلكين إذا كانت لها مصلحة مشروعة في النزاع القائم بين المهني والمستهلك أن تتدخل في الدعوى، وذلك للدفاع عن المصلحة الجماعية ."

2/ دعوى جمعيات حماية المستهلك للدفاع عن المصلحة الفردية:

إذا كانت الدعوى المدنية الممارسة في إطار المصلحة الجماعية تمكن الجمعيات من المطالبة بإسماها ولحسابها بالتعويض عن الأضرار التي تصيب المصلحة الجماعية للمستهلكين فإن الدعوى الممارسة في إطار المصلحة الفردية تسمح لها بالدفاع عن المصالح الفردية لمجموعة من المستهلكين، فهي تعمل على تجميع المصالح الفردية إلى دعوى واحدة ممارسة من طرف جمعية تمثل المستهلكين المعنيين وذلك بإسماهم ولحسابهم.

ومنه فإن الرقابة الإدارية عندما تتدخل بموجب التدابير التحفظية أو الوقائية، فإنها تمارس سلطتها في القمع متى كان الهدف منها درأ الخطر الذي قد يشكل مساس بالمستهلك، وعلى الرغم من السلطات التي تتمتع بها الأجهزة الإدارية لإيقاف بعض الممارسات التي تعد تجاوزات يرتكبها المحترف، إلا أنها لا تتمكن من تحقيق وقاية كافية وفعالة لتجسيد الحماية المرجوة للمستهلكين من مخاطر المنتجات والخدمات.

وإذا كانت الإدارة المختصة تتمتع بصلاحيات إيقاف مثل هذه الممارسات فإنها لا تتمتع بسلطة توقيع الجزاء المادي الملموس على المحترف، متى تسبب بسلوكه في المساس بالمستهلك فهنا يتجسد دور القاضي إنطلاقاً من أن السلطة القضائية تمثل السلطة الوحيدة التي لها صلاحية متابعة وقمع المخالفون متى شكلت سلوكياتهم ممارسة تنتمي إلى نوع الجرائم المعاقب عليها جنائياً.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد السعدني، نفس المرجع، ص53.

## المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

## المطلب الأول: تعديل العقد في مرحلة تكوينه

## الفرع الأول: أنقاض العقد رفعا للغبن

الأصل في المعاملات المالية هو التعادل بين التزامات كل من الطرفين وهكذا تسير الحياة كأصل عام إلا أن هذا الأصل ليس هو المتبع دائما في المعاملات المالية وخاصة في عقود المعاوضة.

إن فكرة الغبن والاستغلال وإن كانت من المسائل الشائعة المعروفة ومن أكثرها تعرضا للدراسة والبحث إلا أنها من أكثر المشاكل تعقيدا، ويعرف الغبن بأنه الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين في عقود المعارضات أو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه وهو بهذا يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة أما الاستغلال فهو أن يلجأ أحد المتعاقدين عن عمد إلى الإفادة من ناحية من النواحي الضعف الإنساني في المتعاقد الآخر فيبرم تصرفا قانونيا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب بين ما أخذه منه وما أعطاه له.<sup>1</sup>

## -1- : طرح مسألة الغبن والاستغلال

\* / الغبن المجرد: يؤسس الغبن المجرد على واقعة عدم التعادل أو التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد والغبن هنا عيب في العقد ذاته مستقل وبعيد عن عيوب الرضا ويتمتع القاضي بسلطة محددة في الرعاية على العقود.

وتجدر الإشارة أن من التشريعات التي اعتنقت الغبن المجرد التشريع الفرنسي، وقد أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرد ولكن حصر تأثيره على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر هما<sup>2</sup>:

• حالة بيع عقار بغبن يزيد على الخمس: وذلك من خلال المادة 1/358 ق.م.ج.

• حالة غبن الشريك في القسمة: 1/732 ق.م.ج.

الغبن الاستغلالي : إن الغبن في مثل هذه الحالة لا يتحقق إلا إذا وقع المتعاقد في حالة الاستغلال من المتعاقد الآخر وتجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن الاستغلالي تكون أكثر إطلاقا منها في العين المجرد ويكون الغبن الاستغلالي مجالا من مجالات تدخل القاضي لتعديل العقد. اعتنق

<sup>1</sup> إسماعيل محمد المحارقي، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، بحث مقارن منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2006، ص229

<sup>2</sup> بهجة البدوي، أصول الإلتزامات ، القاهرة، 1943، ص 326

المشرع الجزائري نظرية الاستغلال كعيب عام وذلك من خلال المادة 90 ق.م.ج وهو يؤثر في جميع العقود.

إذا الغبن الاستغلالي وحده الذي يكون السبب في تحريك تلك السلطة لرفع الغبن الحاصل نتيجة لذلك فما هي الشروط الواجب توافرها حتى يستطيع القاضي رفع الغبن؟

هذا ما سنظهره في الفرع الثاني:<sup>1</sup>

## -2- : شروط رفع الغبن والاستغلال

تحدد الشروط من خلال المادة 90 ق.م.ج وهي 4 شروط:

- 1- عدم تعادل بين الالتزامات والمنافع الناتجة عن العقد .
- 2- أن يكون عدم التعادل ناتجا عن استغلال الطرف الآخر طيشا بينا أو هوا جامحا لدى المتعاقد المغبون.

3- أن يكون إبرام العقد قد تم نتيجة ذلك الاستغلال.

4- أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد.

ويجب توفر عنصرين هما:<sup>2</sup>

- عنصر مادي: يتمثل في اختلال التوازن في العقد اختلالا فادحا .
- عنصر نفسي: يتمثل في قيام العاقد باستغلال ضعف في نفس المتعاقد المغبون.

## 3- : مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن

تبدأ سلطة القاضي في تعديل العقد فور تأكده من توافر الشروط أو الضوابط التي تخوله ذلك بالنسبة للحالة المعروضة عليه وهي العنصر المادي أو النفسي وعليه يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أولا أو يعدله ثانيا.

### (1) دعوى إبطال العقد:

الحق في رفع هذه الدعوى<sup>3</sup> يقتصر على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال فهو المتضرر من العقد وصاحب المصلحة في التخلص من آثاره وما يهيم في هذا المجال هو موقف القاضي هل يملك

<sup>1</sup> علي علي سليمان ، المرجع السابق (ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري) ص 88-89.

<sup>2</sup> علي سليمان علي، مرجع سابق، ص 122

<sup>3</sup> نظم المشرع نظرية اثرء بلا سبب بمادتين هما 140-141 من القانون المدني . و أخذ الدفع الغير المستحق و الفضالة

بالواد 150.143 نفس القانون

حق قبول الدعوى المنحصرة في طلب الإبطال؟ وما مدى السلطة الممنوحة للقاضي إزاء قبول الدعوى أو عدم قبولها؟

بالنسبة للشق الأول: هو أن القاضي بموجب نظرية الاستغلال لا يلتزم بقبول الدعوى حتى وإن توافرت الشروط القانونية اللازمة لقيام الاستغلال وذلك لأن سلطته جوازية أما الشق الثاني وهو مدى تقييد القاضي بطلب المغبون إبطال العقد بموجب دعوى الإبطال أو سلطته في العدول عنها إلى التعديل، وذلك بموجب المادة 90 ق.م. ج كما أن الفقه يذهب إلى أن القاضي إذا ما قبل التدخل تطبيقاً للنظرية الاستغلال فإنه لا يجوز له الحكم بإبطال العقد فلا يجوز له أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم.

## (2) دعوى انقاض العقد:

للمغبون حق انقاض التزاماته كوسيلة لرفع الغبن<sup>1</sup> بدلا من طلب الإبطال وعلى القاضي أن يحكم وفقا لطلباته وذلك لأن الإبطال أكثر من الانقاض.

إن سلطة القاضي في تعديل العقد بموجب الاستغلال منحصرة في وسيلة محددة بعينها وهي وسيلة الإنقاص من التزامات الطرف المغبون وإن القاضي عندما يعتمد إلى إنقاص هذه الالتزامات لا يتعين عليه إزالة كامل الغبن وإنما يتعين عليه إزالة الغبن الكثير كما عبرت عنه المادة 90 ق.م. ج إذا يتعين على القاضي أن يزيل الاختلال الخطير القائم بين الأداءات المتقابلة

إذ يجوز للقاضي أن يعالج الغبن عن طريق زيادة التزامات الطرف الذي وقع منه الاستغلال لأن القانون لم يخوله هذه السلطة وقد حددت المادة 90 مدني الجزء الذي يطبقه القاضي في إحدى صورتين هما

إبطال العقد أو تعديله ولكنه لم تمنح له سلطة التعديل على إطلاقها وإنما حصرتها في وسيلة واحدة هي الإنقاص باستخدامه لكلمة ( ينقص )

إن قيام القاضي بممارسة سلطته واختياره لأثره من الآثار القانونية التي حددها المشروع فهو يقوم بهذا النشاط على ضوء ثلاث معايير:

أ. هو أن القاضي مقيد بطلب المتعاقد المغبون.

ب. إذا طلب المتعاقد المغبون إنقاص الالتزامات فإن نشاط القاضي يقتصر على هذا الأثر ولا يتعداه إلى الإبطال.

ج. تبدو سلطة القاضي في تعديل العقد أكثر اتساعا.

<sup>1</sup> محمد بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 45.

## الفرع الثاني: تعديل الشروط التعسفية

عالج المشروع الجزائري عقد الإذعان في ثلاث نصوص قانونية<sup>1</sup>

• المادة 70 من القانون المدني الجزائري ((يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط

مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)) 1

• المادة 110 مدني ((إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ا وان يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)) 2

• المادة 112 فقرة 2 مدني ((غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن))

وقد حرص المشروع على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من الأصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وما تقضيه هذه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغاءه وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين إذا أنه بموجب الحكم الذي تضمنته النصوص الخاصة بعقد الإذعان قد خول للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها والبحث عن مدى سلطة القاضي بموجب النصوص المذكورة وحدود هذه السلطة ومبرراتها وأهميتها فيجب أن نوضح فكرة الإذعان على ضوء ما انتهى إليه الفقه والقضاء بالإضافة إلى إلقاء الضوء على شروطه وأحكامه وطبيعته في حدود ما يهم بحثنا فنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

## -1- : التعريف بعقد الإذعان وشروطه

من المعروف أن التعاقد يتم إجراءه بحرية النقاش والمساومة وهناك من العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها وإنما يضع احد الطرفين هذه الشروط ولا يكون أمام الطرف الثاني إلا أن يذعن لها ويقبلها أو يرفضها كما هي ويكون قبولها أقرب إلى التسليم والإذعان وهو ما عبر عنه المشروع في م. " 70 " بعبارة " ... بمجرد التسليم... "

ولقد سمي هذا النوع من العقود بعقد الإذعان وأول من استعمل هذا المصطلح الفقيه الفرنسي سالي. وقد نشأت عقود الإذعان في الفكر القانوني المعاصر نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قوى هائلة إن التعريف الجامع المانع لعقد الإذعان هو: العقد الذي يسلم فيه احد الطرفين بشرحها مقررة سلفا بصنعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها على أن يكون موضوع العقد محل احتكار أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه.

<sup>1</sup> ابراهيم بن جديد، مرجع سابق، ص70.

ويتميز عقد الإذعان بخصائص أساسية أولها تعلق العقد بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ثانياً أن يكون الطرف الأقوى محتكراً للسلعة أو الخدمة سواء كان هذا الاحتكار قانونياً فعلياً وأخيراً أن يكون العرض في هذه العقود هو عرضاً عاماً موجهاً إلى الجمهور.

أما بالنسبة للشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي وذلك بالنظر إلى المادة 110 ق.م.ج نجد أنه تضمن الشرط التي من شأن توافرها في من العقود السماح للقاضي بالتدخل لتعديل ما تضمنه العقد والشروط هي: أن يكون هناك عقد

- أن يكون هذا العقد قد تم بطريق الإذعان.
- أن يكون قد تضمن شروطاً تعسفية.
- أن تكون هذه الشروط التعسفية مرهقة للطرف المذعن.

## 2- صور تدخل القاضي في عقد الإذعان

حرص المشروع أن يهيئ حماية خاصة للطرف المذعن في عقود الإذعان فجاءت هذه الحماية عن طريق ثلاث صور:

- تعديل الشروط التعسفية
- إلغاء الشروط التعسفية
- تفسير الشك لمصلحة المذعن.

## 3- نطاق وأهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

### 1- نطاق سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

الأمر مسلم به في القضاء والفقهاء أن السلطة الممنوحة ينص القانون للقاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، تقتصر بطبيعتها على العقود المدنية، فلا تسري على العقود الإدارية.<sup>1</sup> وفي هذا الإطار، فإن سلطة القاضي، تمتد لتشمل جميع العقود المدنية التي تتم بطريق الإذعان، فإذا ما توافرت خصائص عقد الإذعان في عقد من العقود، وتوافرت الشروط المطلوبة في ذلك، فإن الشروط الواردة المتصفة بالتعسفية، تصبح عرضة لسلطة القاضي في التعديل، ولا تقتصر هذه السلطة على العقود المعروفة، والتي اعتاد الفقهاء على أن يوردها عند الحديث عن عقود الإذعان كعقد العمل وعقد التأمين وعقد الكهرباء... إلخ، بل تشمل كل العقود المدنية التي تتوافر فيها خصائص وشروط عقد الإذعان.

<sup>1</sup> محمد عبد العال، مفهوم الطرف لضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، 1998، ص 89

## 2- نطاق وأهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

حق القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية<sup>1</sup> في عقود الإذعان لم يعد محلاً للمناقشة والجدل، لا سيما وأن هذه السلطة قد أصبحت مقرة قانوناً بنصوص تشريعية قاطعة في أغلب التشريعات المدنية، ومنها تشريعنا الذي نظمها بثلاثة نصوص قانونية عامة وهي المشار إليها سابقاً، وخاصة المادة 110 مدني التي جاء فيها صراحة "إذا ما تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهكذا فإن سلطة القاضي تستند إلى عموم هذا النص وشموله يشكل أداة قوية في يده، تمكنه من بسط الحماية الفعالة للمستهلك، مما يمكن أن يلقي على عاتقه من التزامات ظالمة جائرة بموجب شروط تعسفية قد يفرضها عليه أصحاب النفوذ الاقتصادي ممن يدخل معهم في عقود.

وخلاصة القول في هذا المجال عقود الإذعان - هي أنه إذا ما توصل القاضي من خلال سلطته التقديرية إلى أن العقد المطروح والمثار بشأنه عقد إذعان وأنه يتضمن شروطاً تعسفية قدرها القاضي، فإنه يتدخل في العقد ويخالف إرادة المتعاقدين، والقانون عندما يقرر القاضي في مثل هذه الحالة بناءً على طلب المذعن أن يعدل الشروط التعسفية بما يرفع عن هذا الأخير إجحافاً أو يعفيه كليةً منها، يلاحظ أن المشرع وهو يقرر ذلك، يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تتجاوز إلى درجة كبيرة المألوف من سلطته، فهو يمنح القاضي هنا سلطة تعديل الشرط التعسفي بل وإهداره كليةً إذا اقتضت ذلك العدالة، وذلك في حين أن مهمته وفقاً للقواعد العامة تقتصر في شأن العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها .

<sup>1</sup> فهيمة ناصري، مرجع سابق، ص 6.

## المطلب الثاني: تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

لم يكتمل المشروع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد أو إعادة التوازن إليه في مرحلة تكوينه بموجب الغبن الاستغلالي والشروط التعسفية فحسب، بل حرص على حماية المتعاقدين من الجور، وتحقيقاً للعدالة مد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد، فمنح للقاضي في هذه المرحلة سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي وبالتالي اختلال العدالة العقدية، ونتناول ذلك في النقاط التالية:

## الفرع الأول: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق

قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد، أن تحل ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع، فيصبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه شاقاً ومرهقاً إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة.

ونظرية الظروف الطارئة لا تهمنا إلا في الحدود التي نبحث فيها مجال سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة نفسها، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين بسبب ظرف الطارئ، ففي هذه الحالة لا شك في أن العدالة تقتضي تعديل العقد على نحو يخفف من خسارة الطرف المهدهد بالخسارة، إذا ما نفذ التزامه، ولكن القوة الملزمة للعقد تبدو حائلاً دون ذلك

لقد واجه القانون المدني هذه المشكلة بنص صريح خول بمقتضاه للقاضي سلطة تعيل العقد في حالة الظروف الطارئة، فنص في المادة 107 في فقرتها الثالثة على أنه " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مصلحة مراعاة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ونص في المادة 3/561 على تطبيق للنظرية العامة للظروف الطارئة بقوله: " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة

تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".<sup>1</sup>

ونظرية الظروف الطارئة هذه، التي أخذ بها المشرع في المادة 107 مدني، حديثة العهد في التقنيات المعاصرة، فلم يأخذ بها الرومان لتمسكهم الشديد بالحرية، وأول من بشر بها، الكنسيون، وقالوا بنظرية الثمن العادل، وفي تقريرهم لمبدأ العدالة لم يقصروها على وقت إبرام العقد بل طالبوا بضرورة مراعاة العدالة عند تنفيذه أيضاً إذا اختل التوازن الاقتصادي للعقد بعد إبرامه وعند التنفيذ، إلا أن هذا الاتجاه عاد إلى التقهقر على أثر ضعف نفوذ الكنيسة من جانب وسيادة النزعة الفردية التي أدت إلى

<sup>1</sup> إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 66-67

ظهر مبدأ سلطان الإرادة من جانب آخر، ولم يأخذ القانون المدني الفرنسي بهذه النظرية إذ نص في المادة

1/1134 على أن " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها "، الأمر الذي يدل على نبذة لهذه النظرية، ومؤدي ذلك أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات التعاقدية، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادة الطرفين، وهذا هو الأصل، بل لا يجوز ذلك للقاضي نفسه لأنه لا يتولى إنشاء العقود نيابة عن عاقديها، وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية العاقدين.

وقد سارت محكمة النقض الفرنسية على هذا النحو، ولم تقر بهذه النظرية، ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي، قد غاير القضاء المدني وطبق نظرية الظروف الطارئة.

وقد أخذ المشرع المصري بنظرية الظروف الطارئة، وأقرها بنص المادة 147 مدني وذلك بعد أن ازدهرت هذه النظرية في القضاء الإداري المصري ازدهارا كبيرا حتى وجدت الأرضية لها لدى الفقه، فاستحدثها مشروع القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة 203 حكما بالغ الأهمية، إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تقضي على عدم جواز تعديل العقود.<sup>1</sup>

من المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة، إنما وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد في الرابطة العقدية ومواجهة ما قد ينشأ عن تغير الظروف التي كانت سائدة أثناء التعاقد من تقلبات اقتصادية، غير متوقعة حينذاك تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، اختلال من شأنه إلحاق الضرر بأحد طرفي هذه العلاقة، وبما يؤدي إلى الإجحاف والظلم المتنافيين مع العدالة التي يجب أن تسود في العلاقات العقدية.

ولأن تحقيق العدالة هو مناط سلطة القاضي ومحور وظيفته، فإن هذه السلطة تجد حدودها عند تحقيق هذا الهدف إجمالاً فهي سلطة لم تمنح للقاضي لفرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف، ومن هنا يتبين لنا مدى السلطة التي منحها المشرع للقاضي للتدخل في مجال العلاقات العقدية.

إن البحث في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بموجب نظرية الظروف الطارئة، يقتضي منا استعراض الشروط القانونية التي تطلبها المشرع لتحقيق الظروف الطارئة بالصورة التي تبرر تدخل القاضي في المجال العقدي، بفرض إعادة توازنه المختل بسبب هذه الظروف، بما يحقق العدالة، وهذه الشروط هي نفسها التي تقوم عليها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

<sup>1</sup> إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 68-69

ونستعرض هذه الشروط بالصورة التي يتسنى لنا من خلالها، تبين المدى الذي تصل إليه سلطة القاضي في التعديل بموجب الظروف الطارئة.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحقيق الشرط الجزائي

#### -1- : التعريف بالشرط الجزائي

يقصد بالشرط الجزائي ذلك الشرط الذي يرد بالعقود المختلفة لكفالة إحترامها و ضمان تنفيذها غالبا ما يكون هذا الشرط عبارة عن مبلغ من المال و قد يكون عملا أو إمتناعا عن عمل أو تشديدا في إستعمال الحق و يعتبر الشرط الجزائي تقدير إتفاقي للتعويض عن الضرر المتوقع حدوثه و من هذه الصفة التعويضية في الشرط الجزائي يظهر دوره الرئيسي و هو إستبعاد القاضي في تقدير التعويض ما هو دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي ؟

القواعد العامة للقوة الملزمة للعقد تضمن حصانة للشرط الجزائي و عدم قابليته للمساس بإعتباره أحد بنود العقد ويجب التقيد به و لكن قد يمكن وجوب تدخل القاضي في بعض الحالات لتقدير الشرط الجزائي الذي يرد في العقود لضمان تنفيذها ويمكن تعديله من القضاء في حالات معينة و بشروط محددة، و تذهب مختلف التشريعات إلى منح سلطة التدخل لتعديل الشرط الجزائي بما يحقق الهدف والقصد منه تعويض الأضرار التي تترتب على الإخلال بالإلتزامات التي يضمنها.

#### أ- حالات المغالاة في الشرط الجزائي :

يجوز للقاضي تخفيف الشرط الجزائي<sup>1</sup> إذا كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة بحيث أصبح للقاضي في حالة التنفيذ الجزائي للإلتزام أن ينقص المبلغ المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي .

ب- حالة ما إذا أثبت المدين أن الإلتزام قد نفذ في جزء منه

ج- حالة ما إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة كيف ينظم الشرط الجزائي في القانون المدني ؟

نظم المشرع الجزائري الشرط الجزائي في القانون المدني في ثلاث مواد 183 و 184 و 185 .

أما عن سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 184 على سلطة القاضي في إنقاص قيمة التعويض « يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ الدين إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه » .

<sup>1</sup> محمد السعدني نفسه المرجع ص 36-40

أما عن المادة 185 فتمثل في سلطة القاضي في زيادة التعويض المتفق عليه حيث جاء بنص المادة « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطئ جسيم » .

## -2- : الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل الشرط الجزائي :

وفقا للقانون المدني يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي أو زيادته ، و الحالات التي يخفض فيها القاضي الشرط الجزائي تتمثل في حالتين هما :

### 1- التنفيذ الجزئي للإلتزام

### 2- عندما يكون الشرط الجزائي مفرطا

أما الحالة التي يزيد فيها القاضي الشرط الجزائي فهي حالة واحدة و هي:

### 1- حالة إرتكاب المدين غشا أو خطئ جسيم

أولا : الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا بدرجة كبيرة :

### 1 - مبررات التعديل : و هي عبارة عن حجج<sup>1</sup>

- روح العدالة تأبى الإذعان

- إرتفاع الشرط الجزائي يكون بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديدية

- الشرط الجزائي ليس سببا في إستحقاق التعويض

- الشرط الجزائي لا يعتبر عقدا مثل العقود الأخرى

- القاضي هو أمين العدالة يحترم الإتفاقات إذا كانت لا تؤسس قيمتها القانونية إلا على مطابقتها على العدالة .

- إن من المبادئ المسلم بها في التعاقد وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق و ما يوجبه حسن النية

سلطة القاضي ليست مطلقة في تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي بل ترتبط بدرجة معينة يجب أن يبلغها هذا الأخير ، و عندما يكون القاضي الضوء الأخضر ليزاول مهمته في التعديل ، يكفي أن نرجع إلى النصوص التشريعية المختلفة<sup>2</sup> .

والسؤال يفرض نفسه : كيف نحدد المرحلة التي يكون فيها الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة ؟

<sup>1</sup> علي علي سليمان ( النظرية العامة للإلتزام) مرجع سابق ص 114

<sup>2</sup> علي علي فيلاي ( دروس في القانون المدني السنة ثمانية حقوق) جامعة الجزائر دفعة 1980-1981

في الحقيقة إن الواقع العلمي يتطلب أن يطبق القاضي التشريع بشيء من المرونة و الوصول إلى هذا يجب أن يتمتع القاضي بسلطة واسعة .

إذا قرر القاضي أن الشرط الجزائي مرتفع أو منخفض بدرجة كبيرة فإن عليه أن يشرح السبب في أن منحة الجزاء المنصوص عليه , تبدو له بهذه الصفة وإن لم يفعل فإن هذا الحكم مؤهل للنقض . كما أن القاضي غير ملزم بالتعديل إذا لم يرى ذلك .

### -3- : ضمانات سلطة القاضي لتعديل الشرط الجزائي

إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي<sup>1</sup> لا يمكن أن تؤدي ثمارها إلا إذا حفت بالضمانات التي تكفل لها السيادة و الأثر .

#### أولاً- سلطة القاضي من النظام العام :

سلطة القاضي في التعديل لها صفة النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها , فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الخصيصة لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما يكفل استبعادها إن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا و هو ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني ((و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه)) .

وسلطة القاضي في التدخل إذا لم يطلبها الطرف الضعيف", لا يمكن أن تعني اعترافا منه بالخطأ ولكنه قد يعمد إلى هذا تقاديا لمصاريف الدعوى التي يتوقع منها القليل خاصة إذا اتضح أن منفذ القاضي إلى السلطة التعديلية عسير .

وعليه يجب أن يمارس القاضي سلطته سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدين في الحدود التي ينحجب بها التعسف و التجاوب .

#### هل يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط الجزائي من تلقائي نفسه ؟

ترفض الكثير من التشريعات هذا الإجراء , و قد نصت صراحة على أن سلطة القاضي في التعديل تتوقف على طلب المدين أو أحد الطرفين .

لقد أجاز المشرع للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي في الحالات التي يتم فيها التنفيذ الجزئي للالتزام . و يتضح أن المشرع الجزائري قد اخذ الأحكام المنظمة للشرط الجزائي من القانون المدني المصري و في ظل هذا التنظيم فإن الدائم لا يستحق التعويض المتفق بموجب الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه , كما أنه يجوز للقاضي أن ينقص التعويض

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ( شرح القانون المدني الجديد ) ، مرجع سابق، ص 400

المتفق عليه إذا كان مغالي فيه و غير مناسب مع ما أصاب الدائن من الضرر , علما بأن هذه الأحكام من النظام العام و كل مخالفة لها تعتبر باطلة .

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع العقد الإذعان" تبين لنا بأنه غالبا ما يحاول الطرف القوي والذي دائما هو المحترف أو المتدخل إستغلال المستهلك الطرف الضعيف النقص خبرته وجهله ليفرض عليه شروطا ظالمة مجحفة لاتخدم إلا مصلحته .

ولهذا وبالرغم من أن القانون المدني" كان قد تضمن ضمن أحكامه عقد الإذعان وبين كيفية معالجة الشروط التعسفية فيه وذلك في المادة "110" منه ، إلا أن المشرع رأى بأن القانون المدني يتضمن كذلك مبدأ هاما هو" مبدأ سلطان الإرادة " ، وحسب هذا المبدأ فإن العقد يراد به العدالة ، ففي اللحظة التي يعطي فيها المتعاقدان رضاهما يلتزمان مهما كان الإختلال في العقد ، وهو مبدأ يكون صحيحا ويمكن الإعتماد عليه في حالة تكافؤ المتعاقدين في القوة الإقتصادية ، لكن في حالة اللامساواة من الناحية الإقتصادية فإننا نكون أمام إرادة مهيمنة على العقد بسبب تفوقها الإقتصادي ، وإرادة مذعنة ضعيفة خاضعة لمشيئة الطرف الآخر وهذا ما دفع المشرع الجزائري لإعادة تنظيم عقد الإذعان" بقوانين حماية المستهلك ".

فبعد الإذعان إذن برهنة واضحة عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة ، وإضمحلاله في أثره " مبدأ الحرية التعاقدية " وهو الأثر الذي أعتمد في البحث ، فنجد حالة إجبار على التعاقد بالتالي يقضي على فكرة أن الفرد له أن يتعاقد أو أن يمتنع ، وفي الجانب الثاني وجود شروط مسبقة ومقررة لاتقبل المناقشة ، وبالتالي يقضي على الفكرة الواردة بعد تكريس مبدأ سلطان الإرادة وهي أن الإرادتان المتعاقدتان يشاركان في تحديد المضمون العقدي ، والنتيجة أن العقد يشترط وجود إرادتان وهذا ما هو متوفر في عقد الإذعان ، ولكن وصف الإرادتين جرى إختلاف في قوتها على العقد فأصبحنا أمام إرادة مهيمنة على العقد ( سواء تتمتع بإحتكار قانوني أو فعلي أو مجرد تفوق إقتصادي لا يصل إلى درجة الإحتكار) وإرادة مذعنة تخضع لمشيئة الطرف الآخر أي أننا أمام إشتراط وإذعان ، وهذا التكييف الجديد للإرادات المتعاقدة في العصر الحديث ، غير من مسار العقد ويختلف الإتجاه حسب صفة المتعاقد المسيطر على العقد ، ومنه ففي توجيه العقد لتحقيق المصالح الضيقة ، جعل معظم الدراسات التي تعرضت لهذه العقود، تركز " فكرة التعسف ، فالخطر في هذه العقود هو تلك الشروط التعسفية التي تدرج مسبقا فمن جهة تشكل خطر على مصلحة المذعن، ومن جهة أخرى تبرز عدم تكافؤ الإرادتان المتعاقدتان إقتصاديا ، وهذا ما يؤدي إلى إختلال التوازن بين المتعاقدين" من حيث تحمل الإلتزامات، ويكرس فكرة الإستغلال ، فنجد المشرع قد عرف الشرط التعسفي على أنه الشرط الذي من شأنه أن يحدث إختلالا ظاهرا في التوازن بين الإلتزامات طرفي العقد ، وهذا التعريف مكننا من معرفة المعيار المعتمد في تحديد الشرط التعسفي وهو معيار " الإختلال الظاهر في التوازن ".

كما أنه لم يكتف بهذا التعريف فقط ، بل جاء أيضا بقائمة الشروط التعسفية والتي تعتبر قائمة سوداء جاءت على سبيل المثال لا الحصر ، والتي قيدت سلطة القاضي التقديرية بشأن طابعها التعسفي

## خاتمة

كما أعفت المتعاقد المضرور أو المستهلك من عبء إثبات الطابع التعسفي لهذه الشروط ، وهي قائمة لا تتماشى مع معيار الإخلال الظاهر بين إلتزامات طرفي العقد ، لأنه معيار يأخذ بعين الإعتبار العقد ككل بالنظر إلى الإلتزامات المتقابلة في مجموعها ، من أجل إعتبار الشرط تعسفيا و التأكد من وجود إختلال في التوازن ، في حين القائمة السوداء تضم العديد من الشروط التي تعد تعسفية بالنظر إليها بصفة منفردة وهذا غير منطقي إذ من الممكن أن يوجد شرط في المقابل يعيد التوازن للعقد .

وبهذا نجد بأن قوانين حماية المستهلك ومن أجل محاربة الشروط التعسفية إتمدت الوسائل التالية :

- السلطة التنظيمية حيث عن طريق المراسيم تحدد و تنظم الشروط التعسفية .

- دعوى إلغاء الشروط التعسفية المعترف بها الجمعيات حماية المستهلكين وإن لم يكن بصفة صريحة ، وذلك ليس فقط في العقود التي تم إبرامها ولكن أيضا من نماذج العقود المعروضة من طرف المهنيين أو المتدخلين على المستهلكين .

ولكننا نجد بأن هذه الوسائل غير فعالة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية وهذا راجع للأسباب التالية:

- النص على شروط تعسفية بمراسيم ولكن نجد بأنه صدر مرسوم تنفيذي واحد الى يومنا هذا وهو المرسوم رقم 306/06 تضمن قائمة للشروط التعسفية و هذا ليس كاف.

- عدم تجسيد لجنة البنود التعسفية على أرض الواقع ليومنا هذا ، وكذلك عدم النص على ما توصي به هذه اللجنة في توصياتها إضافة إلى عدم إلزامية التوصيات التي تصدرها مما يجعلها قليلا ما تتبع من طرف المهنيين أو المتدخلين .

-عدم تقييد القاضي بوسيلة معينة من وسائل التعديل بل منحه سلطة تقديرية واسعة في استعمال أي وسيلة يراها مناسبة لإعادة التوازن الى العقد

وفي مقابل ذلك نجد الجزاء الجزائي المتمثل في الغرامة المالية التي تفرض على المهنيين أو المتدخلين في حالة إدراج أحد الشروط التعسفية المنصوص عليها في عقودهم مع المستهلكين ومنه يعد وسيلة ردعية ناجعة .

بالإضافة إلى دعاوى الإلغاء التي يمكن أن ترفعها جمعيات حماية المستهلك من أجل إلغاء الشروط التعسفية ، تعد وسيلة فعالة بشرط أن تقوم الجمعيات بممارسة هذا الحق المخول لها.

وإضافة إلى ما سبق ذكره ، لا ننسى الدور الفعال للقضاء حيث يساهم في توفير الحماية للمستهلك من خلال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة له إستنادا لنص المادة "110" من القانون المدني ، والتي

## خاتمة

تمنح للقاضي في حالة تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية جواز تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المدعى كما سبق ذكره .

ولا يرجع عدم النص على البطلان إلى سهو من المشرع حسب ما يرى البعض وإنما هذا يرجع إلى تكامل بين أحكام القانون المدني و قوانين حماية المستهلك خاصة فيما يتعلق بمحاربة الشروط التعسفية .

أما عن التعديل الجديد بموجب القانون رقم 06/10 فإنه لم يمس الأحكام الجوهرية للقانون رقم 02/04 ، و إنما أضاف بعض الأحكام و منها توسيع مفهوم النشاطات التي يطبق في إطارها قانون الممارسات التجارية ، وكذا إضافة صور جديدة للممارسات غير الشرعية ، كما غير هذا القانون مفهوم حالة العود وعدل بعض العقوبات ووسع من مجال تطبيقها .

# قائمة المراجع

### القوانين:

- القانون رقم 09 / 03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009
- القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004، المادة الثالثة
- القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المرجع السابق، المادة "الثالثة
- القانون رقم 08 / 09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية،

### المراسيم والأوامر:

- المرسوم التنفيذي رقم 91 / 192 ، المؤرخ في 01 جوان 1991 ، المتعلق بمخابر تحليل النوعية، الجريدة الرسمية ، عدد 27، الصادرة في 02 جوان 1991.
  - المرسوم التنفيذي رقم 06 / 306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56 السنة 2006
- الكتب باللغة العربية:

- 1) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، 1994،
- 2) بهجة البدوي، أصول الإلتزامات ، القاهرة، 1943
- 3) علي علي فيلالي ( دروس في القانون المدني السنة ثانية حقوق) جامعة الجزائر دفعة 1980-1981
- 4) سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ( مصر) بدون سنة النشر
- 5) شنب، (محمد لبيب)، موجز في مصادر الإلتزام. المصادر الإرادية : العقد - الإرادة المنفردة. ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، 1975
- 6) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني و المقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان (الأردن)، 2002
- 7) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، بدون طبعة، منشورات الحلبي، بيروت (لبنان )، 1998
- 8) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الإسلامي، موسوعة القانون المدني المصري.

## قائمة المراجع

- (9) عبد المنعم فرج الصده، العقد في قوانين البلاد العربية، بدون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1974
- (10) العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإدارية (العقد والإدارة المنفردة، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر 2015
- (11) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998
- (12) علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001
- (13) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، بدون طبعة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- (14) محمد شريف أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، 2006،
- (15) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009
- (16) محمد عبد العال، مفهوم الطرف لضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، 1998
- (17) محمد كامل مرسي، دروس في مصادر الإلتزام، مكتبة النهضة، مصر، القاهرة،
- المذكرات:**
- (1) ابراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي، رسالة ماجستير في القانون، معهد الحقوق، الجزائر، 1995.
- (2) بلخضر مسعودة، الحماية المدنية للعقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2006
- (3) خيرى سعاد ، غول أحلام ، عقد إذعان في القانون الجزائري وقانون حماية المستهلك ،جامعة عمار ثليجي ، 2013،2014.
- (4) راضية العطاوي، معالجة الشروط التعة في إطار القانون رقم 04/02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010/2011
- (5) زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04/02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006/2005
- (6) علي حصة ، سلطة القاضي في مضمون العقد الإذعان ، جامعة شرق الأوسط، سنة ،2011.
- (7) سليمة أحمد يحيوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدى، رسالة ماجستير، الجزائر، 2010/ 2011
- (8) عبد الإله رجب كريم، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، القاهرة ( مصر)، 2000

## قائمة المراجع

9) عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد، (القانون المدني الجزائري)، جامعة

تلمسان 2011

10) سارة بوفلحة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي والحديث، كلية

الحقوق، جامعة قسنطينة

11) فهيمة ناصري ، جمعيات حماية المستهلك ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ،

2004-2003

12) محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري وفقه الإسلامي ،

جامعة باتنة ، 2012، 2011.

13) محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير،

الجزائر، 1984

### المجلات:

1) إسماعيل محمد المحارقي، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، بحث مقارن منشور

بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2006

2) بناسي شوقي، مواجهة الشروط التعسفية العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد

المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية العلوم القانونية، الإقتصادية، والسياسية، كلية الحقوق

جامعة الجزائر، العدد 02، الجزائر، 2009

# الفهرس

أ	مقدمة
04	الفصل الأول: الأحكام العامة لعقد الإذعان
05	المبحث الأول: مفهوم عقد الإذعان
05	المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان
12	المطلب الثاني: نشأة عقد الإذعان وتأثير عوامل التنمية عليه
17	المبحث الثاني: النظام القانوني لعقد الإذعان
17	المطلب الأول: خصائص عقد الإذعان
18	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
18	الفرع الأول: النظرية التعاقدية لعقد الإذعان
22	الفرع الثاني: النظرية غير التعاقدية أو اللائحية
29	الفصل الثاني: عقد الإذعان في القانون المدني وسلطة القاضي في تعديله
30	المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة
30	المطلب الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة
30	المطلب الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة
33	المطلب الثالث: ماهية السلطة التقديرية:
34	المطلب الرابع: تقييد مبدأ سلطان الإرادة:
36	المبحث الثاني: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري
36	المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي
36	الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

## المفرد

44	الفرع الثاني: صور الممارسات التعسفية
46	المطلب الثاني: الرقابة على الشروط التعسفية
56	المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
56	المطلب الأول: تعديل العقد في مرحلة تكوينه
56	الفرع الأول: أنقاص العقد رفعا للغبن
59	الفرع الثاني: تعديل الشروط التعسفية
62	المطلب الثاني: تعديل العقد في مرحلة تنفيذه
62	الفرع الأول: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق
64	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحقيق الشرط الجزائي
68	خاتمة
72	قائمة المراجع