

عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة

د. خديجة فاضل : أستاذة محاضرة

كلية الحقوق-جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

يجد عقد الإذعان مكانته في القانون المدني بصفة عرضية في المواد 70، 110 و 112، كما تمت معالجة عقود الإذعان في التشريعات الخاصة بالمواد 03، 29 و 30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل وأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06-04 يتعلق بالتأمينات. وإذا كان عقد الإذعان عقد حقيقي كسائر العقود فإن هذا لا يمنع من أن له خصوصية تختلف عن باقي العقود سواء من حيث مكوناته أو تفسيره؛ حيث وضع أو التحرير الانفرادي لشروط العقد من قبل الطرف القوي وعدم امكانية التعديل أو غياب المناقشة لشروط العقد من قبل الطرف المذعن هي عناصر ينفرد بها عقد الإذعان دون سواه. كما يساهم تفسير العقد في حماية الطرف المذعن وذلك من خلال تأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن. ويترتب عن عقد الإذعان اللامساواة بين المتعاقدين والاختلال في التوازن العقدي، فكيف عالج المشرع هذا التفاوت؟

الكلمات المفتاحية: العقد، عقد الإذعان، التوازن العقدي، الشروط التعسفية، تنظيم العقد، تفسير العقد، تعديل العقد، الإعفاء، الالتزامات القانونية، شروط العقد، مضمون العقد، غياب المناقشة، التحرير الانفرادي، عدم امكانية التعديل، الطرف المذعن.

Résumé

Le contrat d'adhésion est un concept qui a trouvé sa place dans le code civil par incidence dans les articles 70, 110 et 112, comme il l'est également dans les textes particuliers tels que : la loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales dans ses articles 03, 29 et 30, la loi n° 90-11 sur les relations de travail et enfin l'ordonnance n° 95-07 modifiée et

complétée par la loi n° 06-04 relative aux assurances. Le contrat d'adhésion présente certaines spécificités dont la rédaction unilatérale du contenu du contrat, l'absence de discussion et l'impossibilité de modifier les clauses du contrat par la partie adhérente, l'interprétation du contrat d'adhésion se faisant au profit de l'adhérent. Comment le législateur a remédié à ces inégalités ?

Mots clés : contrat, contrat d'adhésion, équilibre contractuel, absence de discussion contractuelle, rédaction unilatérale, clauses abusives, réglementation du contrat, élimination des clauses abusives, détermination de contenu du contrat, modification du contrat, clauses contractuelles, interprétation, partie faible adhérente.

كان تبني القانون المدني سنة 1975 نتيجة لتطور المجتمع؛ حيث كان ردّاً على حاجات الأشخاص داخل المجتمع، وذلك تكيّفاً مع المحيط الاجتماعي والاقتصادي، فجاء القانون المدني متأثراً بروح القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مكرساً لمبدأ الرضائية طبقاً للمادة 59 مدني، والقوة الملزمة للعقد وفقاً للمادة 106 مدني. وتتضمن الحرية العقدية التي يتركز عليها العقد أن يتم تحديد كل شروط العقد بكل حرية من قبل الأطراف المتعاقدة.

فمبدأ القوة الملزمة الذي يقتضي عدم امكانية المساس بإرادة الأطراف من قبل المشرع أو القاضي قد تم تقييده طبقاً للمادة 106 مدني سواء باتفاق الأطراف، أو الحالات التي ينص عليها القانون. كما يتضمن القانون المدني بعض النصوص الآمرة التي تشكل قيوداً على مبدأ سلطان الإرادة كالمادة 107-3 مدني المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، حيث جاءت هذه القواعد كاستجابة لحاجات الأفراد داخل المجتمع تكيّفاً مع السياق الاقتصادي والاجتماعي.

فتحولات المجتمع.... قد أنشأت ظواهر جديدة حدثت من مبدأ سلطان الإرادة، وانقصت من إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، وبذلك تولد عقد الاذعان حتماً¹، وبعبارة أخرى فإن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من حرية

¹ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 10.

التعاقد فكان من بين نتائجها عقد الإذعان² فلم يعد للمتعاقدين الحرية في وضع مضمون العقد أو اختيار المتعاقد معهم. وحرمت التغيرات التي عرفها المجتمع في نهاية القرن التاسع عشر أحد الأطراف من سلطته في تحديد مضمون العقد، مما يلاحظ تراجع للإرادة الفردية³ ويفسر كل تغير في العقد كتنقيح لمبدأ سلطان الإرادة، وكظاهرة تشريعية⁴؛ أي عدم امكانية أحد المتعاقدين من مناقشة مضمون العقد بكل حرية هو في الحقيقة مساس بالحرية العقدية.

فخرج المشرع عن المبادئ الليبرالية المقدسة في القانون المدني ما هو إلا نتيجة لتطور المجتمع، وكذا لتحقيق سياسة تشريعية تهتم بالتوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف. فلم يعد العقد قانون الأطراف ولكن في الغالب قانون أحد الأطراف، فالمتعاقد ينضم أو لا ينضم إلى العقد الذي تم عرضه عليه، فهو المجال الوحيد أين تمارس فيه إرادته⁵، ويعتبر العقد عمل الأطراف في التصور التقليدي الليبرالي وذلك من خلال المساواة بين الأطراف، وحرية المناقشة لشروط العقد. وكان العقد في ظل مبدأ الحرية التعاقدية في جوهره عبارة عن إرادتين مستقلتين ومتساويتين تبحثان وتناقشان بحرية في شروط العقد، أما في الواقع ونتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية فإن المساواة ممكنة ولكن حرية المناقشة نادرة، وحرية الشخص في أن يتعاقد مع غيره أو لا يتعاقد قد قيدت كثيرا، لأنه يجد أمامه متاعدا آخر قويا قد أنفرد بوضع جميع شروط العقد وليس له إلا أن يقبل أو يرفض، وهذا ما حصل في عقد الإذعان⁶ وعقد الإذعان كمفهوم قد تم تطويره من قبل الفقيه سالييه⁷ وأظهرت الممارسة الحديثة أن الاتفاق في غالبه عمل حصري لأحد الأطراف القوي اقتصاديا على الآخر وهذا الأخير يكون له فقط الانضمام أو عدم الانضمام للشروط المعروضة عليه، وهذا ما يعرف بعقد الإذعان.⁸ وأول من

² - لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 10.

³ - Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, 1973, p.08.

⁴ - Ibid, p.08.

⁵ - Brigitte Lefebvre, La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition, Etudes Offertes au Professeur Philippe Malinvaud, Litec, Paris, 2007, p.375.

⁶ - عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، آر بيل، 2011، ص 140.

⁷ - Alexandre Braud, Contribution à l'étude de la socialisation du droit des contrats, Thèse de doctorat, Université de Lille 2, 2001, p.87.

⁸ - Alex Weill, Droit civil, Les obligations, Dalloz, Paris, 1971, p.47.

استعمل المصطلح هو الفقيه الفرنسي سالييه في كتابه "إعلان الإرادة" سنة 1901.¹⁰

كما أن النظرية العامة للعقد أصبحت غير كافية لحماية الطرف الضعيف وأحسن مثال على ذلك عيوب الرضا. فعندما يفرض المتعاقد القوي شروطه على المتعاقد الآخر دون امكانية مناقشتها تصبح حماية الطرف الضعيف ضد الطرف القوي أمرا ضروريا. وتبدو للبعض النظرية التقليدية للعقد غير كافية لضمان هذه الحماية؛ حيث بذلوا جهدا لبناء نظام قانوني جديد لإخراج عقود الإذعان من النظرية العامة للعقود¹¹، فالحاجة إلى حماية الطرف الضعيف بوسائل مختلفة تستند على النظام العام الحمائي الذي يسعى في الغالب إلى تحقيق مساواة حقيقية بين أطراف العقد، كما أن تقوية المركز القانوني للطرف الضعيف في العلاقة العقدية عن طريق قواعد أمرة هي في الحقيقة جواب على أن المساواة القانونية التي كرسها مبدأ سلطان الإرادة أصبحت لا تستجيب للواقع التعاقدى مما دفع بالمشرع إلى البحث عن مساواة حقيقية سواء في القواعد العامة أو التشريعات الخاصة. فاكشاف عقود الإذعان أدى إلى ضرورة تجاوز المساواة الناشئة عن القانون المدني، وأدرج في القانون العقدي جرعة من الواقع¹² فحمل عقد الإذعان في طياته اللامساواة بين المتعاقدين متجاوزا بذلك النظرة التقليدية في كون المتعاقدين أحرار ومتساوون. ويبرر اكتشاف عقود الإذعان تبني تشريعات اجتماعية موجهة لإعادة التوازن في هذه العلاقة العقدية¹³؛ حيث أن خصوصية عقود الإذعان وما يترتب عنها من الاختلال في التوازن العقدي اقتضت تدخل المشرع في هذه العقود من أجل إيجاد التوازن العقدي.

فعقد الإذعان هو مفهوم حديث يجد مكانته في القانون المدني بصفة عرضية في المواد 70، 110، 112¹⁴ حيث أدرج المشرع قواعد خاصة بعقد الإذعان

⁹-« contrat d'adhésion ».

¹⁰- بن شنتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص 41.

¹¹-Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Droit civil, Les obligations, Tome 2, 1^{er} volume, Sirey, Paris, 1962, p.101.

¹²-Rodolphe Huber, Droit du contrat de travail et socialisation du droit des contrats, Thèse de doctorat, Université Lille2, 2005, p.96.

¹³-Ibid, p.96.

¹⁴-Antoine Vialard, Droit civil, formation du contrat, OPU, Alger, 1981, p.38.

بغية التخفيف من آثار مبدأ الحرية العقدية والتعسفات الناجمة عنه، وذلك يجعل مكانة لعقد الإذعان في القانون المدني لسنة 1975 باعتباره نتاج التطور الاقتصادي؛ حيث أصبح يتم القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم وفقا للمادة 70 مدني¹⁵؛ أي يبقى عقد الإذعان مجرد مشروع لا يكتسي الصفة العقدية إلا بعد القبول. كما منح المشرع للقاضي سلطة لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو الإعفاء منها وفقا للمادة 110¹⁶ مدني، ويأخذ القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في عقد الإذعان مصلحة الطرف المدعى طبقا للمادة 2/112 مدني¹⁷، وتشكل هذه النصوص القواعد الخاصة بعقد الإذعان والمطبقة عليه. وهنا وجب الإشارة إلى تأثر المشرع في وضعه لهذه النصوص في القانون المدني بالقانون المدني المصري؛ حيث تقابل المادة 70 مدني المادة 100 مدني مصري¹⁸ أما المادة 110 مدني فتقابلها المادة 149 مدني مصري¹⁹ والمادة 112 مدني تقابلها المادة 151 مدني مصري²⁰. كما تمت معالجة عقود الإذعان في التشريعات الخاصة كالمواد 03 و29 و30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية²¹ وكذا التأمينات وعلاقات العمل. وقد كرس هذا التدخل التشريعي الفلسفة العقدية المبنية على فكرة العدالة.

دار الجدل الفقهي حول تكييف عقد الإذعان بين اتجاهين؛ حيث يرى الاتجاه الأول أن عقد الإذعان لا يرقى إلى عقد بالمعنى الصحيح. وإنما هو أقرب إلى أن يكون عملا انفراديا، لأنحيا، مركزا قانونيا منظما، فعقد الإذعان عمل من جانب واحد²²؛ أي أن عقد الإذعان يفتقد إلى الصبغة التعاقدية التي تمتاز بالحرية والاختيار. أما الاتجاه الثاني فيرى أن عقد الإذعان كسائر العقود. «أن عقد

¹⁵ - "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

¹⁶ - "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹⁷ - "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى".

¹⁸ - "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

¹⁹ - "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

²⁰ - " (1) يفسر الشك في مصلحة المدين (2) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى".

²¹ - مؤرخ في 23 جوان 2004، ج 1، العدد 41.

²² - عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 142.

الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود»²³ وهنا يمكن القول أن هذا الجدل الفقهي قد تجاوزه الزمن بالنسبة للمشرع الجزائري على اعتبار أن عقد الإذعان هو عقد طبقا للمادة 70 مدني.

فإذا كان عقد الإذعان عقدا حقيقيا كسائر العقود فإن هذا لا يمنع من أن له خصوصية تختلف عن باقي العقود سواء في تكوينه أو تفسيره؛ حيث أن غياب المناقشة أو عدم امكانية التعديل من المذعن للشروط المقترحة عليه من التعاقد الآخر هي خاصية ينفرد بها عقد الإذعان؛ لأن سائر العقود تمتاز بالتفاوض والمناقشة. كما أن الوضع أو التحرير الانفرادي لشروط العقد قبل التعاقد من قبل الطرف القوي هي ميزة تقتصر على عقد الإذعان دون سواه رغم تشابه بعض العقود كالعقود المنظمة (التأمينات الالزامية) أو العقود النموذجية. وهنا وجبت الإشارة إلى أن تحديد مضمون عقد الإذعان يكون من قبل المتعاقد القوي عكس العقود المنظمة التي يتم تحديد مضمونها من قبل المشرع. كما تظهر أيضا خصوصية عقد الإذعان من خلال تفسيره لمصلحة المتعاقد المذعن خروجاً عن المبدأ العام في تفسير العقود، وهنا تصبح إثارة خصوصية عقد الإذعان أمراً لا مفر منه.

إن الظلم الفاحش الناجم عن عقد الإذعان وما يترتب عنه من اللامساواة بين المتعاقدين، على اعتبار أن اللامساواة العقدية هي مصدر لكل الاختلال في التوازن، فمعالجة هذا الاختلال اقتضت تدخل المشرع بصفة مباشرة في عقد الإذعان أو بصفة غير مباشرة عن طريق القاضي بغية ضمان التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف المذعن باعتباره طرفاً ضعيفاً. وتثار مسألة الفعالية للعلاج المقترح من قبل المشرع لمواجهة الظلم الناشئ عن عقد الإذعان؛ أي هل يمكن القول أن الحلول المقترحة كافية ومنسجمة مع الأهداف المرجوة لحماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي؟

فبعد الإذعان يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود؛ حيث يتجسد ذلك من خلال المادة 70 مدني التي وضع المشرع لها معيارين لتعريف عقد الإذعان وهما: التسليم بالشروط المقررة التي وضعها المشرع من جهة وعدم مناقشة هذه الشروط من جهة أخرى؛ حيث اتجه المشرع نفس الاتجاه

²³ -عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد - العمل غير المشروع - الأثر بلا سبب - القانون، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص 231.

في المادة 4/3 من قانون رقم 02-04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية؛ حيث يشترط التحرير المسبق لشروط العقد من قبل أحد المتعاقدين من جهة وعدم امكانية التغيير أو التعديل من جهة أخرى، على اعتبار أن عقد الاستهلاك عقد حقيقي. وتظهر خصوصية عقد الإذعان من خلال العناصر المكونة له؛ حيث ينفرد الطرف القوي بتحديد مضمون العقد بصفة مسبقة متجاهلا بذلك مصالح الطرف المذعن، كما تنعدم المناقشة لشروط العقد أو عدم امكانية التعديل من قبل الطرف المذعن. وقد يواجه تنفيذ العقد صعوبات مما يفرض اللجوء إلى العدالة لتفسيره، فيكون تفسير القاضي للشروط الغامضة لمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 112-2 مدني (المبحث الأول).

إن الظلم والتعسف الناجم عن عقد الإذعان دفع المشرع إلى التدخل بوضع نصوص لحماية الطرف المذعن؛ حيث تنصب هذه القواعد على الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 مدني التي تمنح للقاضي سلطة التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية، والمادتان 29 و30 من قانون رقم 02-04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وإن اتجاه سياسة الحماية القانونية للطرف الضعيف تشكل ميزة لتطور قانون العقود الخاصة، فتدخل المشرع في عدة مواد مع تنظيمات أمرة من أجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن في الميزان العقدي²⁴ فتدخل المشرع في عقد الإذعان حمل معه تصحيحات ولمواجهتها يمنح المشرع للقاضي سلطة لرقابة عقد الإذعان ومع ذلك فإن خصوصية هذا العقد لها تأثير على النظرية العامة للعقد ويظهر جليا من خلال تخصص العقود؛ أي من خلال بروز تشريعات خاصة تسعى إلى حماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر خصوصية عقد الإذعان

إن القول بأن عقد الإذعان عقد كسائر العقود أصبح مع مرور الزمن أمرا بديهيا نظرا للمكانة التي تحتلها عقود الإذعان داخل المجتمع ومن خلال الدور المهم لهذه العقود سواء في تسهيل المعاملات أو في الخدمات والسلع التي تقدمها المؤسسة للزبائن. وتظهر خصوصية عقد الإذعان من خلال مكوناته (المطلب الأول). كما أن تبني المشرع نصا خاصا بتفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 112/2 مدني هو تكريس لخصوصيته (المطلب الثاني).

²⁴-Rodolphe Huber, op.cit., p.96.

المطلب الأول: مكونات عقد الإذعان

بالرجوع إلى المادتين 70 مدني و 03-4 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإن العناصر المكونة لعقد الإذعان تتمثل في وضع أو التحرير المسبق لشروط العقد من قبل الطرف القوي من جهة وغياب المناقشة أو عدم امكانية التعديل لشروط العقد من قبل الطرف المذعن من جهة أخرى. وتتكون عقود الإذعان دون نقاش حقيقي أو دون امكانية النقاش عن طريق الانضمام الشامل لأحد المتعاقدين للعروض غير المعروفة للطرف الآخر²⁵ فالشروط المقررة من قبل الطرف القوي والمحركة بصفة مسبقة هي في الحقيقة عمل انفرادي لأحد المتعاقدين (الفرع الأول) كما أن إذعان المذعن للشروط المقررة من قبل الطرف الآخر دون امكانية مناقشتها وغياب الحرية والاختيار تؤكد على خصوصية هذا العقد (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التحرير الانفرادي للشروط العقد

إن الخصوصية التي يمتاز بها عقد الإذعان هو انفراد أحد المتعاقدين بإعداد مضمون العقد. فلا يكون مضمون العقد من عمل حرية المناقشة أو المساواة للطرفين، وإنما يتم تحريره بصفة مسبقة من قبل أحد الأطراف الذي يكون قويا اقتصاديا أو اجتماعيا ويعرضه على الإذعان سواء بنعم أو لا²⁶؛ أي ينصب مضمون العقد على العمل الحصري لأحد الأطراف دون مراعاة حرية المناقشة أو المساواة. ففي هذا النمط من العقد يكون المشروع في الحقيقة عملا حصريا لأحد المتعاقدين²⁷؛ أي تكون الشروط المقررة من وضع أحد الأطراف، كما يتم تحديد مضمون العقد بصفة جزئية أو كلية من قبل أحد المتعاقدين، وبالرجوع إلى المادتين 70 مدني و 3-4 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإن الشروط يتم فرضها وتحريرها من أحد المتعاقدين لمصلحته؛ أي يتم فرض وتحديد مضمون العقد من قبل أحد المتعاقدين. فيجب أن يوضع مضمون العقد من أحد أطراف العقد والذي يفرضه على الطرف الآخر؛ حيث أن العقد الجماعي لا يمكن تكييفه بعقد الإذعان لكون مضمونه ينتج عن المفاوضات

²⁵-Antoine Vialard, op.cit., p.38.

²⁶-Alex Weill, op.cit., p.94.

²⁷-Antoine Vialard, op.cit., p.38.

التي يقوم بها ممثليه²⁸؛ حيث ينفرد الموجب بتحرير وفرض شروط العقد لمصلحته على حساب مصلحة المتعاقد معه والتي تؤدي في الغالب إلى مضمون تعسفي؛ أي إدراج شروط تعسفية من المتعاقد القوي التي يترتب عنها ظلم بالمتعاقد المذعن. وهنا وجب الإشارة إلى تبني المشرع نصوص تسعى إلى التعديل أو الإلغاء من الشروط التعسفية طبقاً للمادة 110 مدني أو منع العمل بالشروط التعسفية طبقاً للمادة 30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وينصب هذا المنع على الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 29 من قانون رقم 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية²⁹ وإذا لم يعرف المشرع الشروط التعسفية في المادة 110 مدني فإنه عرفها في المادة 3-5 من قانون رقم 04-02 من القانون المذكور أعلاه " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. " ويراد بالشرط التعسفي كل ما يؤدي إلى الإخلال الظاهر في التوازن ما بين الحقوق والالتزامات ما بين أطراف العقد وهذا هو المعيار الذي أعتمدته المشرع في تعريفه للشرط التعسفي وسوف نعالج الشروط التعسفية بالتفصيل لاحقاً. فالانفراد بفرض وتحرير الشروط يشكل خطورة؛ لأن الموجب يلجأ إلى إدراج شروط تعسفية يترتب عنها إلحاق ظلم بالمتعاقد المذعن.

وبالرجوع إلى المادة 70 مدني فإن القبول في عقد الإذعان يتم بمجرد التسليم بالشروط المقررة التي وضعها الموجب ويستنتج من ذلك أن الشروط التي انفرد الموجب بتحريرها هي في الحقيقة إيجاب. ويكون الإيجاب في عقد الإذعان إيجاباً عاماً فلا يكون إيجاباً موجهاً إلى شخص معين بل إيجاباً موجهاً إلى الجمهور عامة أو إلى فريق من هذا الجمهور تتوافر فيه صفات معينة³⁰؛ فتقتضي عمومية الإيجاب أن يوجه إلى كافة الناس كإيجاب شركة توزيع الكهرباء والغاز. فالإيجاب في

²⁸-Brigitte Lefebvre, op.cit., p.389.

²⁹-مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج ر، 2006، العدد 56، معدل بالمرسوم التنفيذي رقم 88-44 المؤرخ في 3 فيفري 2008، ج ر، 2008، العدد 07.

³⁰- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت - كلية الحقوق. القانون الخاص، 1982، ص 466.

عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة³¹؛ أي يكون الإيجاب في شكل بات لا يقبل المناقشة. ويكون الإيجاب في هذه العقود من عمل الطرف القوي وحده³²؛ أي يقوم الموجب بوضع شروط العقد بصفة انفرادية دون إشراك المتعاقد معه في وضعها. فالإيجاب في عقد الإذعان هو شرط محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشرط غالبا ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضعه³³.

فيتميز الإيجاب في عقد الإذعان بأنه عام وبات كما تتعدم فيه المناقشة عكس سائر العقود. ويبدو واضحا مفهوم الإيجاب في عقود الإذعان، وهو يختلف اختلافا بينا عن الإيجاب في عقود المساومة والذي يمر بمراحل معينة أهمها مرحلة المفاوضة فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجابا باتا³⁴ وينفرد في عقد الإذعان أحد الطرفين بإعداد مشروع العقد وتحديد شروطه بما يتضمن سلفا إيجابا عاما مجردا لا يقبل المفاوضة أو التعديل، فلا يملك الطرف الآخر سوى أن يقبل التعاقد بهذه الشروط أو أن يرفضه برمته³⁵ فالتحرير الانفرادي لشروط العقد بصفة مسبقة يشكل عنصرا أساسيا لقيام عقد الإذعان وخاصة في تكوينه.

الفرع الثاني: غياب المناقشة

إن غياب المناقشة أو عدم امكانية التعديل يعتبر كعنصر ملازم للتحرير الانفرادي من قبل الموجب وهو مهم؛ لأنه يمنح لعقد الإذعان خصوصيته؛ حيث يراد بغياب المناقشة هو استحالة مناقشة شروط العقد من قبل المتعاقد المدعى قبل إبرام العقد. ونص المشرع صراحة على عدم قبول المناقشة في المادة 70 مدني في حين استعمل مصطلح "إذعان" في المادة 3-4 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي يراد به خضوع المستهلك للشروط المحررة

³¹-لعش ب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 77، 78.

³²-عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة، القاهرة، 1946، ص 83 عن عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 466.

³³-لعش ب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 78.

³⁴-المرجع نفسه، ص 80.

³⁵-محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 75، 76.

مسبقا من قبل العون الاقتصادي دون امكانية مناقشتها ؛ حيث ينجر عن غياب المناقشة عدم امكانية إجراء تغيير حقيقي أو تعديل من قبل المستهلك أو الطرف المذعن. فغياب التفاوض يجب أن يركز في استحالة التفاوض لشروط العقد ، وليس فقط في عدم وجود تفاوض ، فمن المهم التذكير بأن التفاوض ليس شرطا للوجود ولا شرطا لصحة العقد³⁶ فالتفاوض في القانون المدني ليس شرطا في تكوين العقد³⁷ فغياب التفاوض الحقيقي يفترض اختلال في التوازن بصورة أولية بين المتعاقدين الذي يفرض مضمون العقد وبالتالي الالتزامات الناجمة عنه والآخر الذي ينضم إليه والذي ليس له سلطة اقتصادية في التفاوض.³⁸ غير أن خصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو في سعى المتعاقدين ورغبته في التفاوض أو إحجامه وعزوفه عن ذلك ، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقدين الآخر ، ذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقدين³⁹ ويترتب عن غياب التفاوض قبل إبرام العقد اختلال في التوازن القوى "مركزي المتعاقدين" ما بين الأطراف؛ حيث أن التحرير الانفرادي لشروط العقد وفرضها على المتعاقدين المذعن وحرمان هذا الأخير من مناقشة الشروط يؤدي إلى التفاوت في مراكز المتعاقدين بين مركز قوي ومركز ضعيف؛ أي بين طرف قوي وطرف ضعيف ، كما يبقى للطرف المذعن الخيار بين التعاقد أو عدم التعاقد. فغياب التفاوض لا يكفي لنزع صفته العقدية ، فيبقى عقد الإذعان كمشروع لا يكتسب صفة العقد إلا بعد⁴⁰ القبول.

ويتم القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم للشروط المقررة في الإيجاب طبقا للمادة 70 مدني، أما في المادة 03-4 من قانون 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فيكون بمجرد إذعان الطرف دون امكانية إحداث تغيير حقيقي. وقد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع ، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه ، فهو مضطر إلى

³⁶-Brigitte Lefebvre, op.cit., p. 386.

³⁷-Ali Bencheneb, Le Droit Algérien des contrats données fondamentales, AJED, Alger, 2011, p.39.

³⁸-Ibid, p.39, 40.

³⁹-محمد حسين عبد العال ، مرجع سابق ، ص 81.

⁴⁰-Rodolphe Huber, op.cit., p.94.

القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه.⁴¹ فالقبول يعني إذعان الموجب له؛ أي لا يكون أمام الموجب له إلا أن يقبل بهذا التعاقد نظرا لحاجته الاقتصادية كالحاجة إلى الماء والكهرباء والغاز. فالقابل للعقد لا يستطيع أن يناقش شروطه، لأنه ضعيف اقتصاديا بل عليه أن يقبله كما هو، لأنه محتاج إليه في حياته اليومية، وإن كان حرا من الناحية النظرية، في التعاقد أو عدمه.⁴² ولا يكون لأحد الأطراف خيارات أخرى إلا القبول بالعقد كما تم عرضه، فيرتكز خياره الوحيد على التعاقد أو عدم التعاقد.⁴³

وتتجسد اللامساواة بين المتعاقدين في حصول أحد المتعاقدين على مزايا ؛ حيث عدم التناسب في مركز الطرفين أين يفرض أحد الأطراف شروطه على الآخر ؛ أي تظهر اللامساواة ما بين الأطراف عندما يكون متعاقد قوي اقتصاديا والذي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي. فيفترض عقد الإذعان لا مساواة اقتصادية واجتماعية بين المتعاقدين⁴⁴ وتعتبر اللامساواة العقدية ميزة ناجمة عن التحرير الإنفرادي للعقد من قبل المهني دون تمكين الطرف الضعيف من مناقشة الشروط⁴⁵؛ أي تعدم المساواة بين أطراف العقد، وينعدم النقاش حول مضمون العقد للمتعاقدين الضعيف. فعدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين لا تمنع من قيام العقد⁴⁶ ويترتب عن اللامساواة اختلال في التوازن العقدي ومع ذلك يلزم المشرع باتخاذ التدابير اللازمة لحماية الطرف المذعن الذي حرم من مناقشة شروط العقد وهنا تظهر خصوصية الحماية للطرف المذعن بوضع قواعد حمائية تهدف إلى تخفيف المخاطر الناجمة عن التحرير الانفرادي للعقد وعدم تمكين المذعن من مناقشة شروط العقد. ويمكن الإشارة إلى أن اللامساواة العقدية دفعت بالمشرع إلى تبني تشريعات خاصة لحماية الطرف الضعيف كالمستهلك في عقد الاستهلاك أو المؤمن له في عقد التأمين، فتأخذ هذه العقود في الحسبان اللامساواة الموجودة

⁴¹-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 229.

⁴²-عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 140.

⁴³ Brigitte Lefebvre, op.cit., p. 387.

⁴⁴ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 7^e éd, Dalloz, 1999, Paris, p.182.

⁴⁵-Alexandre Braud, op.cit., p.87.

⁴⁶-فاضل حبشي، الإمتداد القانوني لعقود الإيجار، شرح أحكام قانون إيجار الأماكن علما وعملا مع مقارنتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، 1982، ص 16.

بين الأطراف. فالخاصية التجديدية لتخصص العقود تركز على الأخذ في الحسبان تصور اللامساواة الموجود بين الأطراف وفي الإرادة المعلنة لهذه القوانين الحديثة لتصحيح الاختلال في التوازن.⁴⁷

يشير غياب المناقشة لشروط العقد من قبل الطرف المذعن مسألة مكانة الحرية العقدية؛ حيث أن بقاء الحرية العقدية أو انعدامها على مستوى تكوين العقد يبرز خصوصية هذا النوع من العقود. حيث تم إنقاص الحرية في عدم التعاقد وهي في غالب الأحيان نظرية في الممارسة أمام الأدعاءات وهي تستجيب لحاجات الحياة اليومية أين أصبح من الصعب تجاهلها كالتوريد بالطاقة⁴⁸، فإن الامكانية المتاحة للمتعاقد المذعن بين القبول ورفض التعاقد تؤدي إلى القول بأن الحرية العقدية في عقد الإذعان لم تنقض وإنما مازالت قائمة لكون المتعاقد حر في التعاقد أو عدم التعاقد؛ لكن في الواقع أن المتعاقد المذعن ليس له الخيار في عدم التعاقد نظرا لحاجته للتعاقد وما تقتضيه ضرورات الحياة اليومية كالتعاقد مع شركات توزيع الكهرباء والماء....الخ. فحرية المتعاقد الضعيف تنحصر في التعاقد أو عدم التعاقد، ويهتم إذن بتأطير هذه المراكز القانونية من أجل حماية الطرف الضعيف⁴⁹، كما أن مصير الحرية العقدية في عقد الإذعان أصبح مجاله محصورا في رفض التعاقد من الناحية النظرية؛ ولكن من الناحية الواقعية هناك حاجات أساسية لا يمكن الاستغناء عنها كالكهرباء والغاز والماء....الخ؛ حيث أن التطور الحاصل حمل إلى الأشخاص امكانية الاختيار بين عدة متعاملين اقتصاديين كخدمات الهاتف النقال. فأصبحت حرية اختيار المتعاقد تأتي للتخفيف من حذف حرية تحديد مضمون العقد⁵⁰ وفي الواقع يأتي اختيار المذعن للتعاقد لشروط أو عدم التعاقد؛ فحتى وإن مارس المذعن خيارا فليس له سلطة على مضمون هذا الخيار⁵¹ ويضفي غياب المناقشة باعتبارها عنصرا جوهريا في عقد الإذعان خصوصية هذا العقد، فبمجرد تسليم الطرف المذعن للشروط المقررة يتم تطابق الإيجاب بالقبول وهنا يتم عقد الإذعان. ويبقى تكوين عقد الإذعان من اتفاق إرادتين رغم

⁴⁷-Rodolphe Huber, op.cit., p.104.

⁴⁸-Jacques Ghestin , Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, Traité de droit civil ,La formation du contrat , Le contrat, tome1, 4^e éd, L.G.D.J, Paris,2013,p.498.

⁴⁹Rodolphe Huber, op.cit., p.96.

⁵⁰ Jacques Ghestin , Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet op.cit.,p.498.

⁵¹ Brigitte Lefebvre, op.cit., p.388.

غياب التفاوض الذي لا يعتبر جوهريا ، فالتحرير الانفرادي للعقد لا يكسبه القوة الملزمة بالنظر للمدعن إلا من وقت أو أثناء صدور رضاه .⁵²

المطلب الثاني : تفسير العقد

تأتي عملية تفسير العقد بعد أن ينشأ صحيحا. ويقصد بتأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة⁵³ ، وقد تحمل عقود الإذعان شروطا غامضة نتيجة انفراد المتعاقد في وضعها وفرضها مما يستلزم تفسيرها . فالقانون المدني الجزائري قد نظر إلى حالات ثلاث في تفسير العقد فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر لها ، أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فيجب البحث عن النية المشتركة أو الإرادة المشتركة التي دفعت المتعاقدين إلى التعاقد فإن كان هناك شك في تبين هذه الإرادة فسر لمصلحة الملتزم في غير عقد الإذعان⁵⁴ وبالرجوع إلى المادتين 111 و112 مدني فقد تضمنتا ثلاث قواعد لتفسير العقد وهي: حالة عندما تكون عبارة العقد واضحة ، وحالة عندما تكون عبارة العقد غير واضحة ، وقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين ، واكتفي بدراسة القاعدة الأخيرة لكونها مرتبطة بعقد الإذعان. فتبنى المشرع نصا خاصا بتفسير عقد الإذعان طبقا للمادة 112-2 مدني مع منح القاضي سلطة في تفسير الشروط العقدية بغية حماية الطرف المدعن؛ أي يعتبر التفسير كتقنية لحماية الطرف المدعن في عقود الإذعان (الفرع الأول) كما أن هناك معيارا موضوعيا يستند عليه القاضي في تفسير العقد لمصلحة الطرف المدعن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التفسير الجمائي

نص المشرع في المادة 112-1 مدني على قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين. وتفيد هذه القاعدة أن ينحاز القاضي في تأويله للشك لمصلحة المدين ، فيأخذ بالمعنى الذي يكون حماية لمصلحة المدين ، وهذا يكون مما لا شك فيه على حساب

⁵²-Jacques Ghestin, Isabelle Marchessaux-Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens ,in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, L.G.D.J, Paris,1996,p.7.

⁵³- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013 ، ص 406 الهامش 4.

⁵⁴- لعشب محفوظ بن حامد ، مرجع سابق، ص 144.

مصلحة الدائن⁵⁵، ويرد استثناء على هذه القاعدة والمتمثل في تأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن طبقاً للمادة 112-2 مدني على اعتبار أن الطرف المذعن هو طرف ضعيف في أمس الحاجة إلى حماية خاصة؛ لأن تفسير الشروط العقدية الغامضة أو العبارات الغامضة التي تم إدراجها وتحريرها بصفة انفرادية ومسبقة من قبل المتعاقد القوي تكون لمصلحة المتعاقد المذعن. وتم تطوير التفسير الحمائي لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان⁵⁶، فقاعدة تأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن تطبق على عقود الإذعان التي تكون فيها رابطة القوة بين المتعاقدين غير متوازنة. وإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن في جميع مشتملاته، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضاً من إملائه، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو هنا الدائن⁵⁷، وإذا تعلق الأمر بعقد الإذعان يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائناً أو مديناً، باعتباره طرفاً ضعيفاً يستحق حماية القانون⁵⁸، وتقتضي الحماية العادلة للمتعاقد الضعيف أن يستمد تفسير العقد من العدالة. ويأخذ مفهوم العدالة معنى جديداً وذلك بأن جعل للتفسير دوراً حمائياً للطرف الضعيف أو عندما تكون المصالح مهددة.⁵⁹

فيشمل عقد الإذعان في غالب الأحيان على العبارات الغامضة أو غموض الشروط العقدية مما يوجب تفسير هذه الشروط؛ أي فرض وإدراج الشروط العقدية بصفة انفرادية من قبل الطرف القوي الذي ساهم في غموض هذه الشروط التي هي محل تفسير، وهنا يكون التفسير لمصلحة الطرف المذعن وضد المتعاقد القوي. ويشترط لتطبيق المادة 112-2 مدني أن تكون العبارات غامضة؛ أي يجب أن تكون الشروط العقدية غامضة حتى يمارس القاضي سلطته في تفسير عقود الإذعان؛ ولكن يتمتع القاضي من تفسير العقد إذا كانت شروطه واضحة. وبمفهوم المخالفة لا يستفيد الطرف المذعن من حماية خاصة إذا كانت عبارات

⁵⁵ - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 418.

⁵⁶ - Brigitte Berlioz-Houin, Georges Berlioz, Le droit des contrats face à l'évolution économique, Etudes offertes à Roger Houin, Dalloz, Paris, 1985, p.20.

⁵⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 615.

⁵⁸ - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 419.

⁵⁹ - Bertrand Gelot, Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques, L.G.D.J, Paris, 2003, p.255.

العقد واضحة، ويشكل تفسير العقد أو أحد شروطه مسألة واقع بالنسبة للقاضي⁶⁰، فإذا كان محل التفسير ينصب على العبارات الغامضة أو الشروط الغامضة فإن وجود شروط واضحة لا يسمح للمتعاقد المذعن من الاستفادة من الحماية الخاصة. ومما هو جدير بالملاحظة أن هذه القاعدة تنطبق في جميع الأحوال سواء أكان الطرف المذعن هو الدائن أم المدين. ولهذا كانت هذه القاعدة استثناء من قاعدة أن تفسير الشك يكون في مصلحة المدين، في الحالة التي يكون الطرف المذعن دائناً.⁶¹ إن المادة 112-2 مدني تعتبر قاعدة أمرة؛ حيث أن قوة الإكراه تشكل قيداً على سلطة القاضي في التفسير، بمعنى أن يتقيد القاضي في تفسيره لعقد الإذعان بعدم الإضرار بمصلحة الطرف المذعن.

ويكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضد من انفرد بوضع شروط العقد⁶²؛ أي لا تفسر العبارات الغامضة لمصلحة من وضع وفرض الشروط العقدية وإنما تفسر لفائدة الطرف المذعن وهنا يختلف الأمر من حيث الصياغة التي استعملها المشرع "ضاراً بمصلحة الطرف المذعن" وهذا ما نصت عليه المادة 112-2 مدني. وإن تفسير عقد الإذعان لا يمكن أن يعامل مثل العقود الأخرى التي ينطبق عليها نص المادة السابقة وذلك لغياب الإرادة المشتركة في عقد الإذعان⁶³ ويكون أساس تلك القاعدة هو إخلال المشتراط بواجب الوضوح في التعبير. والواقع أن أساس تفسير العقد ضد من وضع شروط العقد ليس هو المسؤولية عن الغموض في التعبير بقدر ما هو حماية الطرف الضعيف في العقد وهو الطرف المذعن⁶⁴، "ويتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تلك البنود"⁶⁵؛ أي يكون تفسير الغموض في الشروط المدرجة والمفروضة من قبل المتعاقد القوي لمصلحة المتعاقد المذعن وفقاً للمادة 112-2 مدني؛ حيث وجدت هذه القاعدة لحماية الطرف الضعيف.

⁶⁰-Ali Bencheneb, op.cit., p.230.

⁶¹-عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 560.

⁶²-المرجع نفسه، ص 559، 560.

⁶³-لعشيب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 145.

⁶⁴-عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 560.

⁶⁵-وقد طبقت المحكمة العليا هذه القاعدة في نزاع بين شركة التأمين والنادي السياحي باعتباره طرف مذعن، ففسرت حالة الشك لمصلحته، ملف 160673، بتاريخ 10/08/1997، م ق، 1998، 2، ذكرته عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2005، ص 74 عن فيلالي علي مرجع سابق، ص 419.

الفرع الثاني: معيار التفسير الموضوعي

تتمثل معايير التفسير الموضوعية التي أخذ بها المشرع في القانون المدني : معيار طبيعة التعامل الذي نصت عليه المادة 111-2 مدني ومعيار الثقة والأمانة وفقا للعرف الجاري في المعاملات وفقا للمادة 111-2 مدني، ومعيار تفسير الشك لمصلحة المدين طبقا للمادة 112-1 مدني، ومعيار تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان وفقا للمادة 112-2 مدني وهذا الأخير هو ما يهمنا. والشارع إذ يحض على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقد إنما ينزل عند مقتضى مبدأ سلطان الإرادة إذ لما كان العقد اتفاق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء التزامات وجب الرجوع في تفسيره إلى ما أراه الطرفان بالفعل⁶⁶، إلا أن القانون لم يشأ أن يسير في منطق سلطان الإرادة إلى نهايته فلم يأخذ بمبدأ "الفردية القانونية" على إطلاقه، بل خفف من هذه الفردية القانونية، بما أدلى به من معايير ذات طابع موضوعي لا تستهدف في الحقيقة البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بل تبتغي أساسا تحقيق أسباب العدالة، وحسن النية⁶⁷؛ أي يتم المساس بمبدأ سلطان الإرادة تحقيقا للعدالة التي يسعى المشرع إليها سواء أكان الطرف المذعن دائئا أو مدينا، وأن المشرع أخذ بالمعيار الموضوعي حماية للطرف الضعيف من ظلم الطرف القوي؛ حيث تبرر العدالة كأساس للحماية المقررة للطرف المذعن. فإذا كانت القاعدة في تفسير العبارات الغامضة في عقد المساومة أنه يجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فلا يجوز أن تطبق هذه القاعدة في تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان بل يجب أن تفسر هذه العبارات بمعرفة القضاة وفق ما يقتضيه حسن النية والعلاقات الاقتصادية القائمة، بمعنى أن تفسير هذه العبارات الغامضة في عقد الإذعان يجب أن يكون تفسيرا موضوعيا لا تفسيرا شخصيا فلا يجوز أن يعتد القاضي بإرادة من وضع شروط العقد بل بما تقتضيه العدالة⁶⁸، فلا يستهدف التفسير الموضوعي البحث عن الإرادة المشتركة وإنما إلى تحقيق العدالة وحسن النية؛ حيث تبرر العدالة كأساس للحماية المقررة للطرف المذعن.

⁶⁶- عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 562.

⁶⁷- المرجع نفسه، ص 562.

⁶⁸- عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 474.

وعليه فإذا كان عقد الإذعان كباقي العقود فإن خصوصيته تظهر من خلال مكوناته؛ حيث أن وضع أو التحرير الانفرادي لشروط العقد بصفة مسبقة من الطرف القوي من جهة وعدم امكانية التعديل أو غياب المناقشة الحرة لشروط العقد من قبل الطرف المذعن وإذعانه لهذه الشروط نظرا لحاجته الماسة للتعاقد من جهة أخرى فهي تشكل عناصر عقد الإذعان. كما أن إدراج نص خاص بتفسير عقد الإذعان طبقا للمادة 112 مدني هو إقرار لحماية خاصة للطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا.

المبحث الثاني: مصاحبة عقد الإذعان لمبدأ التوازن العقدي

إن كثرة واتساع عقود الإذعان وما صاحبها من التعسفات الناجمة عن انفراد المتعاقدين القوي بتحرير شروط العقد والتي في الغالب تتناسب مع مصالحه على حساب مصلحة المتعاقد معه. كما أن غياب مناقشة شروط العقد، وما ترتب عنها من اللامساواة بين المتعاقدين وعلى اعتبار أن اللامساواة العقدية هي مصدر لكل الاختلال في التوازن مما دفع بالمشرع إلى التدخل في عقود الإذعان من أجل ضمان التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا. وهنا وجب الإشارة إلى أن تبني المشرع عقد الإذعان بموجب المادة 70 مدني صاحبه تبني مبدأ التوازن العقدي في المادة 110 مدني بالنسبة لعقد الإذعان. كما لا يمكن تجاهل مكانة التوازن العقدي في التشريعات الخاصة؛ حيث لجأ المشرع إلى توسيع مجالات عقود الإذعان في التشريعات الخاصة بهدف تحقيق التوازن العقدي كعقود العمل وعقود التأمين وعقود الاستهلاك، والتي تهدف بالأساس إلى إعادة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف.

والتوازن العقدي في الحقيقة ما هو إلا وسيلة لمواكبة تطور العقد، وهو يساهم في التوازن العادل للحقوق والالتزامات وانسجام العقد. وتسعى مبدئيا النصوص الخاصة بعقد الإذعان إلى رقابة التعسفات أو الممارسات والتي يمكن أن تؤثر على مضمون العقد لغياب التفاوض⁶⁹، فهذه النصوص الأخيرة تمنح للقاضي صراحة سلطة التدخل في مضمون العقد والتي تسمح أن يأخذ في الحسبان غياب المناقشات⁷⁰، وإن فكرة المساواة تؤدي في بعض الأحيان إلى إعادة التوازن، وذلك

⁶⁹-Brigitte Lefebvre, op.cit., p.378.

⁷⁰-Ibid, p.378.

من خلال تسوية مختلف اللامساواة الاقتصادية والقانونية والاجتماعية بين المتعاقدين، وذلك بتنظيم عقود الإذعان⁷¹ وإن الأخذ بالحسبان اللامساواة الفعلية الموجودة بين المتعاقدين تم تحقيقها بظهور تشريعات خاصة حملت في طياتها عقودا خاصة مستقلة عن القانون المدني كعقد العمل وعقد الاستهلاك، وعقد التأمين. فقانون عقد العمل هو موجه لتأطير علاقة غير متساوية⁷²، ويبرر اكتشاف عقود الإذعان تبني تشريعات اجتماعية موجهة لإعادة التوازن في هذه العلاقة العقدية⁷³ كتشريعات العمل، وترجم رد فعل المشرع من خلال ردين: فالأول يتدخل المشرع من خلاله بتنظيم بعض عقود الإذعان، أما الثاني بوضع قواعد عامة لإعداد نظام عقد الإذعان⁷⁴، ولهذا كان تدخل المشرع في عقود الإذعان ضروريا لمواجهة التعسفات الناجمة عن ظلم الطرف القوي عن طريق التنظيم الأمر لعقود الإذعان وهذا من أجل إعادة التوازن العقدي (المطلب الأول). كما أن منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية لرقابة مضمون العقد يشكل في الحقيقة مساسا بمبدأ القوة الملزمة للعقد؛ حيث أن منح القاضي سلطة لرقابة هذه العقود سواء عن طريق التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 مدني يشكل تقنية للتوازن العقدي أو سواء عن طريق محاربة الشروط التعسفية طبقا للمادة 30 من قانون رقم 04-02 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم عقود الإذعان

إن اللامساواة العقدية والتي هي مصدر الاختلال في توازن عقد الإذعان تكون في غالب الأحيان نتيجة انفراد الطرف القوي بتحرير شروط العقد بصفة مسبقة دون السماح للطرف المذعن بمناقشة هذه الشروط. وأمام هذه الوضعية فإن المشرع لم يبق مكتوف الأيدي وتدخل في عقود الإذعان عن طريق تنظيمها بموجب قواعد آمرة من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين وتحقيق التكافؤ في الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين، ويسعى المشرع من خلال تدخله عن طريق التنظيم إلى القضاء على كل التعسفات وإعطاء الضمانات للطرف المتعاقد الضعيف. وللتشريع

⁷¹-Antoine Vialard , op.cit., p.11.

⁷²-Rodolphe Huber, op.cit., p.102.

⁷³-Ibid, p.96.

⁷⁴-Jacques Flour, Jean - Luc Aubert, Eric Savaux, Les obligations, l'acte juridique, le contrat, 10 éd, DALLOZ, Paris, p.122.

وظيفة أساسية وقائية وحمائية للمتعاقد الذي يوجد في مركز أدنى، ومن أجل تصحيح هذا الاختلال في التوازن يقوم التشريع بفرض أو بمنع بعض الشروط⁷⁵، وينصب التنظيم على تحديد مضمون العقد (الفرع الأول)، أو فرض بعض الواجبات على المتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مضمون العقد

إن التنظيم الأمر للعقد يسمح بتفادي التعسفات والظلم الذي يلحق المتعاقد الضعيف. فمضمون بعض العقود أصبح لا يخضع لإرادة الأطراف، كعقد العمل وعقد التأمين؛ حيث يحدد المشرع بالتفصيل في عقد العمل مدة العمل، والراحة الأسبوعية والسنوية. فتحدد مدة العمل القصوى طبقاً للمادة 02 من أمر رقم 97-03⁷⁶ المحدد للمدة القانونية للعمل بـ 40 ساعة في ظروف العمل العادية، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات وذلك بتخفيض مدة العمل إلى أقل من 40 ساعة أسبوعياً بالنسبة للأشخاص الذين يمارسون أشغالا شديدة الإرهاق وخطيرة، أو التي ينجر عنها ضغط على الحالة الجسدية والعصبية طبقاً للمادة 04 من أمر رقم 97-03. كما نظم المشرع الحد الأدنى للأجر المضمون بموجب المادة 87 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁷⁷ ويتم حساب الأجر الوطني الأدنى المضمون⁷⁸ على أساس الأجر الممنوح مقابل عدد الساعات المؤداة، بناء على أربعين ساعة في الأسبوع، ما يعادل 173.33 ساعة في الشهر، بما قيمته 103.84 دج للساعة الواحدة أي 18000 دج في الشهر.

أما في عقد التأمين فإن المشرع قام بتنظيم عقود التأمين الإلزامية وذلك بإدراج البنود النموذجية في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية والمتمثلة في: موضوع الضمان، إمتداد الضمان، سريان المفعول الإعفاء، التزامات المؤمن له، التزامات المؤمن والخبرة المضادة.⁷⁹ ويهدف المشرع من وراء تنظيم عقد التأمين الإلزامي بإدراج بنود نموذجية لحماية المؤمن لهم باعتبارهم طرفاً ضعيفاً.

⁷⁵-Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, op.cit., p.122.

⁷⁶-مؤرخ في 11 يناير 1997، ج ر، 1997، العدد 03.

⁷⁷-المادة 89 تعدل وتتمم المادة 87 بموجب قانون رقم 14-10 يتضمن قانون المالية لسنة 2015.

⁷⁸-المادة 01 من مرسوم رئاسي رقم 11-407 مؤرخ في 29 نوفمبر 2011، المحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج ر، 2011،

العدد 66.

⁷⁹-المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 04-270 مؤرخ في 29 أوت 2004، يحدد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين

على آثار الكوارث الطبيعية، ج ر، 2004، العدد 55.

كما يشترط المشرع في عقد التأمين طبقا للمادة 07 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁸⁰ ذكر بيانات إلزامية كاسم المتعاقدين، وطبيعة المخاطر المضمونة..... إلخ فذكر هذه البيانات يعتبر حماية للمؤمن له، وعدم ذكرها يعتبر مساسا بالحماية التي أقرها المشرع، وأن فرض الكتابة وبحروف واضحة، وتوقيع الطرفين المكتبتين في عقد التأمين هي تكريس لحماية المؤمن له .

الفرع الثاني: فرض واجبات على المتعاقد

قد يضع المشرع على عاتق المتعاقد واجبات بغرض تحقيق المساواة بين الطرفين؛ حيث فرض المشرع في عقد الاستهلاك على عاتق المتدخل طبقا للمادة 17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁸¹ التزام بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج؛ أي يلزم المتدخل بتزويد المستهلك بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالمنتج سواء أكانت سلعة أو خدمة. والالتزام بإعلام الطرف الآخر يفرض على مجموعة من العقود خاصة عقود الإذعان⁸²، والهدف الأساسي للالتزام القانوني للإعلام هو محاولة معالجة ضعف بعض الفئات المتعاقدة وهذا الانشغال أثار تطوراً معتبراً لهذا الالتزام⁸³، ويكرس الالتزام بالإعلام حماية المستهلك بإعتباره طرفاً ضعيفاً أمام المتدخل الذي يبقى في مركز قوة .

ويفرض المشرع على المستخدم في علاقات العمل مجموعة من الالتزامات الهدف منها حماية العامل كالالتزام بالتكوين وتحسين مستوى العمال طبقا للمادة 57 من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل، حيث يسمح هذا الالتزام للمؤسسة المستخدمة من الاستفادة من خدمات عمالها الذين تلقوا تكويناً كما يلتزم المستخدم بتخصيص مناصب عمل للأشخاص المعوقين طبقا للمادة 16 من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل وهذا في إطار ترقية وحماية العمال المعوقين .

المطلب الثاني: محاربة الشروط التعسفية

تدخل المشرع في العقد يتم عن طريق تنظيمه بقواعد أمرة أو بمحاربة الشروط التعسفية. يأخذ المشرع بالحسبان خصوصية ممارسة عقود الإذعان من

⁸⁰ -مؤرخ في 25 جانفي 1995، ج ر، 1995، العدد 13، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر، 2006، العدد 15.

⁸¹ -مؤرخ في 25 فيفري 2009، ج ر، 2009، العدد 15.

⁸² Jacques Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3eme éd, 1993, Paris, p. 597.

⁸³ -Ibid, p.597.

أجل حماية الطرف الضعيف⁸⁴ فمحاربة الشروط التعسفية سواء في القانون المدني؛ حيث منح المشرع للقاضي في المادة 110 مدني سلطة لتعديل العقد أو الإعفاء (الفرع الأول)، أو في قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

بالرجوع إلى المادة 110 مدني يشترط لتدخل القاضي للتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية توفر شرطين قانونيين هما: أن يكون هناك عقد الإذعان، وأن يتضمن العقد شروطاً تعسفية. فبمجرد أن تتحقق هذان الشرطان يتدخل القاضي لممارسة سلطته في التعديل أو الإعفاء بناء على طلب الطرف المذعن سواء أكان عاملاً، أو مؤمناً له، أو مستهلكاً. وقد أراد المشرع من وراء ذلك حماية للطرف المذعن من كل تعسفات الطرف القوي. فالإذعان بطبيعته يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط المفروضة⁸⁵، ومع ذلك فإن المشرع لم يعرف الشروط التعسفية. كما يشكل تدخل القاضي للتعديل والإعفاء من الشروط التعسفية أساساً بمبدأ القوة الملزمة للعقد طبقاً للمادة 106 مدني ويبرر هذا التدخل من أجل تحقيق العدالة العقدية، ورفع الضرر الذي يلحق بالطرف المذعن.

فالقاضي يجد المبرر القانوني لتدخله، فيكون له الحق في تعديل هذا الشرط، أو تلك الشروط، بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون له؛ بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين، ويخفف العبء الملقى على الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في العقد⁸⁶، «فإذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 110 ق م وبناء على طلب الطرف المذعن يمكن حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية سواء عن طريق تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، فالأول يتعلق بتعديل بالإنقاص؛ بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشروط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد»⁸⁷، فيكون

⁸⁴-Alexandre Braud, op.cit., p. 99.

⁸⁵-حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 243.

⁸⁶-بن شنتي حميد، مرجع سابق، ص 45.

⁸⁷-عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 286، هامش 1، عن بن شنتي حميد، مرجع نفسه، ص 47.

التعديل وسيلة فعالة لرفع التعسف عن الطرف المذعن، وذلك عن طريق الإنقاص من الالتزامات.

«أما الثانية فإن هذه الصورة من التدخل تعتبر أشد جراً وسلاحاً بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفى الطرف المذعن منه، مخالفاً بذلك العقد شريعة المتعاقدين»⁸⁸ ويتمثل الإعفاء في تعطيل الشرط التعسفي، ويلاحظ أن المشرع انتهك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بمنح القاضي سلطة التدخل في العقد بالتعديل والإعفاء من الشروط التعسفية بهدف الوصول إلى إعادة التوازن في العقد على أساس العدالة العقدية، وتعتبر سلطة القاضي في التعديل والإعفاء من النظام العام طبقاً للمادة 110 مدني، ومع ذلك تبقى الحماية المدرجة في القواعد العامة غير كافية لحماية المستهلك من حيث القدرة والخبرة، وهذا ما سوف نعالجه في التشريعات الخاصة.

الفرع الثاني: محاربة الشروط التعسفية في ظل الممارسات التجارية

يسعى المشرع إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية طبقاً لقانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، ويظهر تعسف العون الاقتصادي بإدراج شروط في العقد، تكون فيها مزايا مفرطة لصالحه على حساب المستهلك، فتدخل المشرع في عقد الاستهلاك المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك كان بهدف إعادة التوازن للعقد. وإذا كان القانون المدني لم يعرف الشرط التعسفي فإن المشرع طبقاً للمادة 03-5 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية عرف الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، فالنص واضح رغم العيب في صياغته حيث أن الشرط العقدي هو بند⁸⁹، وتسمح قراءة المادة 03-5 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بالقول بأن تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة، وإنما

⁸⁸- بن شنتي حميد، مرجع نفسه، ص 47.

⁸⁹- Bencheneb Ali, op.cit., p.152.

ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها⁹⁰، وتقتضي الحماية من الشروط التعسفية أن يكون أحد المتعاقدين مستهلكاً⁹¹، وينصب العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك على اقتناء سلعة أو خدمة، كما تبني المشرع في المادة 03-5 المذكورة أعلاه معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد في تعريفه للشرط التعسفي. فيجب أن يكون الاختلال في التوازن ظاهرياً، بمعنى أن يكون مفرطاً أو مرهقاً لأن المتعاقد مع المستهلك قد أفرط في وضعية الهيمنة مما أدى إلى استعمال القوة الاقتصادية.⁹²

ومن أجل محاربة الشروط التعسفية وحماية المستهلك تدخل المشرع بصفة مباشرة بوضع قائمة الشروط التعسفية⁹³ التي أوردها على سبيل المثال لا الحصر وتم تقصيرها على العقود التي يكون أطرافها، المستهلك والبائع. وإن قانون رقم 04-02 لم يكتف بإيراد القائمة السوداء السابقة، وإنما أورد تعريفاً للشرط التعسفي، وهو ما يسمح للقضاء ببسط سلطته لتلك الشروط التي لم يرد ذكرها في المادة 29، كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع⁹⁴، أو بصفة غير مباشرة بمنح السلطة التنظيمية طبقاً للمادة 30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية طبقاً للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁹⁵، وأن تتدخل السلطة

⁹⁰-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا، ألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 222.

⁹¹- المادة 03-2 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

⁹²-Bencheneb Ali, op.cit., p.153.

⁹³-المادة 29 " تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير: 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، 4- النقر بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها، 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته، 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة، 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة." من القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

⁹⁴-بودالي محمد، مرجع سابق، ص 99.

⁹⁵- " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: -تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه، -الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك، -عدم السماح للمستهلك في حالة

التنظيمية بتحديد العناصر الأساسية للعقود طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ويلاحظ أن القائمة التي حددها المشرع للشروط التعسفية طبقا للمادة 29 من قانون رقم 04-02 أو القائمة المحددة من قبل السلطة التنظيمية طبقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تستبعد سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية، وهذا ما يتعارض مع المادة 03-5 من قانون رقم 04-02 التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية في التأكد من وجود اختلال في التوازن العقدي بين حقوق وواجبات المتعاقدين.⁹⁶

ومنح لجنة البنود التعسفية طبقا للمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 البحث في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين عن الطابع التعسفي للبنود المدرجة في العقد، وبعد البحث تقدم توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، وهنا يظهر أن للجنة البنود التعسفية دور وقائي، وذلك من خلال تمكين السلطات العامة باتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الشروط التعسفية في الوقت المناسب. وتتكون هذه اللجنة من 10 أعضاء طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44.⁹⁷

وبما أن توصيات لجنة البنود التعسفية غير ملزمة للقاضي وكذا المتعاقدين، وجب توسيع مهامها بإضافة توصيات بحذف الشروط التعسفية، وبما أن توصيات لجنة البنود التعسفية ليست لها أي قوة إلزامية فهي تمارس على المهنيين ضغطا معنويا من خلال نشرها.⁹⁸

القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض، -التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، - النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده، - فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، - الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه، - تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، - فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإيجابي للعقد دون أن يمنحه نفس الحق، - يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته، - يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

⁹⁶ -فاضل خديجة، عيّمة العقد، دكتوراه، الجزائر، 1، 2016، ص 223.

⁹⁷ -مؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر، 2008، العدد 07.

⁹⁸ -Jean Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDciv, n°2,1994, p.247.

كما منحت المادة 65 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية لجمعيات حماية المستهلك الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي الناجم عن شروط تعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين أمام القاضي الجزائي دون القاضي المدني، وذلك لورود " التأسيس كطرف مدني في الدعاوى " طبقاً للمادة 65-2 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ومنحت المادة 23 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لجمعيات حماية المستهلكين الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر، إلا أنه يلاحظ أن المطالبة بالتعويض عن الضرر غير كافية لمحاربة الشروط التعسفية⁹⁹، وكان الأجدر بالمشروع أن ينص صراحة على توسيع صلاحيات جمعيات حماية المستهلك، وذلك للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية، وفي ظل سكوت المشروع عن جزاء مدني لمحاربة الشروط التعسفية. يبقى القول أن هناك حماية غير كافية للمستهلك في غياب النص على البطلان، أما الجزاء الجزائي المترتب عن الشروط التعسفية هو الغرامة طبقاً للمادة 38 من قانون رقم 04-02، لمخالفة المادة 29 من القانون المذكور أعلاه بغرامة محددة بخمسين ألف دينار(50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار(5.000.000دج).

الخاتمة

إن عقد الإذعان هو مرآة عاكسة لتطور العقد نتيجة تفاعل مجموعة من العوامل: اقتصادية، اجتماعية وسياسية، وأن تبنيه من قبل المشروع هو تكريس لمكانته داخل المجتمع؛ حيث أنه في الغالب يستجيب لضرورات السياق الاقتصادي. كما قدم القانون المدني المساعدة للطرف المذعن في عقد الإذعان، وهذا بإقراره مبدأً عاماً يضمن التوازن في العقد وذلك من خلال محاربة الشروط التعسفية طبقاً للمادة 110 مدني، أو حماية الطرف المذعن من خلال تكريسه للتفسير الحماائي طبقاً للمادة 112-2 مدني، دون تجاهل دور التشريعات الخاصة فيما قدمته من حماية للطرف المذعن باعتباره طرفاً ضعيفاً سواء أكان مؤمناً له، أو عاملاً، أو مستهلكاً، وكذا ضمان إعادة التوازن العقدي.

⁹⁹-فاضل خديجة مرجع سابق، ص 224.