الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر للالتزام

The judicial ruling amending the arbitrary conditions in the adhesion contract is a source of obligation

تاريخ الاستلام : 2020/10/17 ؛ تاريخ القبول : 2021/10/11

ملخص

إن وجود الشروط التعسفية في عقود الإذعان يؤثر سلبا على الطرف المذعن مما يجعله في حاجة إلى حماية قانونية، ولهذا تدخل المشرع الجزائري لمعالجة هذا الوضع، وذلك بمنح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الإذعان، ويعتبر هذا التعديل مجددا للالتزام حيث يلغي الالتزام الناتج عن العقد وينشئ التزاما جديدا مصدره الحكم القضائي وعليه جاءت هذه الدراسة للبحث في هذا الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام.

الكلمات المفتاحية: حكم قضائي؛ شروط تعسفية؛ عقد إذعان؛ مصدر؛ التزام

*** خولة بوعروج**

سليم بودليو

مخبر العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر.

Abstract

The presence of arbitrary conditions in adhesion contracts adversely affects the weak party, which makes him in need of legal protection, and for this reason the Algerian legislator has intervened to address this situation, by granting the judge the authority to amend the arbitrary condition contained in the adhesion contract, and this amendment is considered to be a renewal of the obligation as the resulting commitment cancels about the contract and establishes a new commitment from the judicial ruling, and accordingly this study came to search for this judicial ruling as a source of commitment.

Keywords: judicial ruling; arbitrary conditions; adhesion contract; source; commitment.

Résumé

La présence de conditions arbitraires dans les contrats d'adhésion nuit à la partie faible, ce qui lui confère une protection juridique, et c'est pourquoi le législateur algérien est intervenu pour remédier à cette situation, en accordant au juge le pouvoir de modifier la condition arbitraire contenu dans le contrat d'adhésion. A propos du contrat est établie une nouvelle obligation de le jugement, et en conséquence cette étude est venue chercher cet jugement comme une source d'obligation.

Mots clés: jugement; conditions arbitraires; contrat d'adhésion; source ;obligation.

* Corresponding author, e-mail: khaoula.bouaroudj@umc.edu.dz

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2021.

مقدمة

إن التطبيق المطلق لمبدأ سلطان الإرادة قد يؤدي إلى اختلال كبير في التوازن الاقتصادي في كثير من العقود، خاصة عقود الإذعان التي يكون فيها أحد الطرفين أقوى من الطرف الآخر، وهذا ما قد يجعل هذه الفئة من العقود عرضة لتضمينها شروطا تعسفية مجحفة بالطرف المذعن الضعيف.

ولهذا فقد حرصت معظم التشريعات على حماية المتعاقد المذعن من خلال عدة آليات قانونية و قضائية، ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذه التشريعات حيث أقر هو الآخر عدة آليات لمعالجة هذا الوضع من بينها إمكانية تدخل القضاء من أجل إعادة التوازن للعقد من خلال تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، إضافة إلى تفسير الشك في مصلحة المدين.

وعلى الرغم من أن معظم الأحكام القضائية بحسب الأصل هي أحكام كاشفة للحقوق أو الالتزامات، غير أنه وفي بعض الحالات لا يقتصر دور القاضي على حماية الحق أو الالتزام بل يتخطاه لينشئ حقا أو التزاما جديدا.

و من بين تلك الحالات قيام القاضي بتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، فهو بذلك ينشئ التزاما جديدا يختلف عن الالتزام العقدي، وهو الأمر الذي يدعو الى التساؤل حول :

ما مدى اعتبار الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقود الإذعان مصدرا من مصادر الالتزام؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين في كل مبحث مطلبين.

المبحث الأول: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

المبحث الثاني: الحكم القضائي الناتج عن ممارسة القاضي لسلطته في تعديل الشروط التعسفية

المبحث الأول: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه:

"إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

ويستفاد من نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري قد وضع شرطين قانونيين لتدخل القاضي من أجل إعمال سلطته في تعديل العقد، وهذان الشرطان هما:

1-أن يكون هناك عقد إذعان

2- أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن

وهذا ما سنستعرضه في المطلبين التاليين

المطلب الأول: وجود عقد الإذعان

و من أجل توضيح هذا الشرط لا بد من بيان مفهوم عقد الإذعان من خلال تحديد

تعريفه و خصائصه و طبيعته القانونية وهذا ما سنتناوله تباعا

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان

لقد اختلف الفقهاء حول وضع تعريف محدد لعقد الإذعان فتباينت آراؤهم حول ذلك، حيث عرفه سالي الذي يجمع كل الفقهاء على كونه صاحب أول فكرة للإذعان بأنه محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد[1]

ومنهم من عرفه بأنه عقد وضع شروطه الجوهرية مسبقا أحد طرفيه ليتقيد بها كل من يرغب بالتعامل معه[2]

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب[3]. وقد عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها[4]

أما بالنسبة للتشريع فنجد أن القانون الفرنسي قد أطلق على عقود الإذعان تسمية عقود الانضمام contracts adhesion ،بمعنى انضمام أحد الطرفين إلى الإيجاب الصادر عن الطرف الآخر[5].وقد انتقد هذا التعريف حيث أن الانضمام أعم من الإذعان فقد يقع الانضمام دون أن يتوفر فيه معنى الإذعان كما في حالة البيوع بأسعار محددة التي تقوم بها المحلات الكبرى، فهو انضمام لا يجرد من الحرية التعاقدية لأن المشتري إذا لم ترقه شروط البيع أن يتجه إلى محل آخر يجد فيه طلبه[6].

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تناولت عقد الإذعان ولكن من دون التطرق إلى تعريفه، و اكتفت بكيفية حصول القبول فيه، حيث نص عليه المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني بقوله:

"يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها .وهو ما ذهب إليه المشرع لمصري و المشرع السوري[7].

ولعل أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتداد به هو ما توصل إليه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة كونه وصفه وصفا دقيقا، سواء من حيث طريقة انعقاده أو من حيث محله الذي يتمثل في كونه سلعة أو مرفقا ضروريا، و يكون محتكرا بصفة قانونية أو فعلية، وتكون المنافسة محدودة بشأنه .

الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان

بالرجوع إلى التعاريف السابقة لعقد الإذعان، نستنتج أنه يتميز بعدة خصائص هي:

1-أن يكون أحد الطرفين وهو الموجب محتكرا لهذه السلع أو المرافق، احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة حولها محدودة النطاق[8]،وهذا جوهر عقد الإذعان حيث يكون فيه أحد الطرفين في مركز اقتصادي أقوى، يؤثر على مصلحة الطرف الآخر، و بالتالي عدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين. ومن أمثلة ذلك عقد التأمين الذي يجد فيه المؤمن نفسه أمام شركة تأمين تتمتع باحتكار فعلي وتفرض عليه شروطا لا يملك مناقشتها أو تعديلها[9]

2-أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات التي لا يمكن للمتعاقد المذعن صرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها[10]، وهذه الخصيصة مرتبطة

بسابقتها، فالاحتكار إنما يرد على السلع و الخدمات الضرورية، والطرف المذعن يكون في ضرورة تلجئه إلى أن يتعاقد، حيث لا يمكنه أن يرفض الشروط التي تقدم له حتى لو كانت في نظره جائرة و شديدة[11]. وتختلف السلع و الخدمات في مدى الاحتياج إليها، فبالنسبة للعامل في عقد العمل فإن حاجته إلى العمل تعتبر بالنسبة له مسألة حياة، لأن حصوله على الأجر هو قوته و قوت أولاده، وهو بخلاف طالب المياه أو الكهرباء الذي وإن كان في حاجة ضرورية لهذه الخدمات، فإنها لا تصل إلى ضرورة احتياج العامل للعمل[12].

3-أن يصدر الإيجاب إلى الكافة و بشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة و غير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الإيجاب بات و نهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه مسؤولية بناء على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكرا فعليا، أو لتجاوز حدود حقه إذا كان الاحتكار قانونيا[13].

4-أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي يقبل جملة أو يرفض جملة، و يتضمن عادة شروطا كثيرة في صالح الموجب، بعضها يحد من مسؤوليته العقدية و البعض الآخر يجازي بقسوة بالغة التقصير المحتمل من الطرف المذعن[14].

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس كل العقود النموذجية هي عقود إذعان، إنما هي عقود تنظم على أساس عادات استقرت في مهنة معينة، فإذا صدر الإيجاب في قالب نموذجي، فذلك لأن عقود الإذعان قد اتخذت من العقود النموذجية ثوبا تظهر فيه، وهذا إلى جانب كونه نتيجة حتمية لعمومية الإيجاب، وهو يعتبر في نفس الوقت استفادة من الصورة الحديثة للتعاقد[15].

و الجدير بالذكر أن المميزات و الخصائص المذكورة لا تتوفر جميعها حتما في كل عقد من عقود الإذعان، فإحداها قد يضعف و قد لا يوجد، و حينئذ فيتعين البحث عن بقية الخصائص، فإذا توافرت بوضوح كان العقد عقد إذعان، غير أن التفوق الاقتصادي الذي يستند إلى احتكار قانوني أو فعلي يجب أن يتوافر في العقد حتى يكون عقد إذعان، ويعتبر عدم وجوده مزيلا لصفة الإذعان في هذا العقد[16].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

من خلال استقراء تعريف عقد الإذعان و خصائصه، تتضح لنا خصوصية هذا النوع من العقود لاسيما بسبب الطريقة التي ينعقد بها.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية، فمنهم من انكر صفة العقد و اعتبره مركزا قانونيا منظما أنشأته إرادة واحدة، وعليه فلا يخضع للقواعد العامة للعقد، ومنهم من اعتبره عقدا طبيعيا يخضع لأحكام العقود[17].

أولا-رأي الفريق الأول:

ويتمثل هذا الفريق في فقهاء القانون العام، الذين ذهبوا إلى إنكار صفة العقد على عقد الإذعان و اعتبروه مركزا قانونيا منظما، ولا يعدو أن يكون سوى تصرفا قانونيا من جانب واحد[18]، مستندين في ذلك على أن العقد توافق إرادتين عن حرية و اختيار، أما في عقد الإذعان فالقبول مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة، فلا يمكن أن يقال أن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف معها موقف الند للند، بل هو لا يستطيع إلا أن ينزل على حكم هذه الشركات، فالرابطة القانونية التي بينهما خلقتها في الواقع إرادة المحتكر وحدها، وهذه الإرادة المنفردة هي بمثابة قانون يجبر المذعن على اتباعه[19].

وقد أراد أنصار هذا الرأي أن يصلو إلى عدم إخضاع عقود الإذعان في تنفيذها و تفسيرها لما تخضع له العقود من قواعد، وإنما تخضع إلى ذلك القانون الذي وضعه المحتكر. فتفسير عقود الإذعان و تحديد الالتزامات التي يولدها يكون وفق مقتضيات الصالح العام و العدالة و حسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، فلا يفسر كما يقسر العقد بالبحث عن نية المحتكر الذي وضع شروط العقد[20].

ومن خلال ما سبق فإن مفاد هذا الرأي ان عقد الإذعان إهدارا لمبدأ حرية التعاقد كأحد أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد، وبالتالي تكون علاقة الإذعان مجرد مركز قانوني تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية و تطبيقاتها.[21]

ثانيا- رأي الفريق الثاني:

يرى هذا الاتجاه وأغلبية فقهاء القانون الخاص أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق ارادتين ويخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود، ويردون على وجهة نظر الرأي السابق بأن ارادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج إلا بعد اقتران ارادة القابل لها وبذلك تساهم الارادتان في عمل العقد، كما أن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليس المساواة الاقتصادية، أما عن التباين في المراكز بين المتعاقدين في عقد الاذعان فهو لا يزيد عن كونه نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي وبالتالي على صحة العقد، كما أن جميع العقود الأخرى يتعرض فيها الطرفان لقدر قليل أو كثير من الضغط الاقتصادي لأن اتفاق الارادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل منهما دور معادل.[22]

وبالنظر إلى حجج هذا الفريق فلا مناص من اعتبار عقد الاذعان عقدا حقيقيا، وأن ما يرد على حرية القابل في عقد الاذعان ما هو الا نوع من التباين الاقتصادي الذي لا يؤثر على قيام الرضا وانعقاد العقد. [23]

وقد حسم المشرع الجزائري رأيه في نص المادة 70 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:

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

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد تبنى رأي الفريق الثاني الذي يعتبر عقود الإذعان عقودا حقيقية تنعقد باقتران القبول بالإيجاب مثلها مثل سائر العقود، وهو الرأي الراجح حسب رأيينا أيضا فطريقة انعقاد عقد الإذعان انما دعت إليها الحياة الاقتصادية الحديثة، وهي أسلوب تعاقد لا يؤثر بشيء في وجود العقد وقيامه بين الطرفين.

المطلب الثاني: وجود الشروط التعسفية المرهقة للطرف المذعن

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقود الإذعان فإنه يبحث في ما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية تبرر تدخله، وذلك أن الهدف من اعطاء القاضي هذه السلطة هو حماية الطرف الضعيف المذعن.[24]

ويتطلب التحقق من هذه الشرط تحديد مفهوم الشروط التعسفية والمسار الذي يستطيع القاضي من خلاله تمييزها وبالتالي إعمال سلطته في التعديل، وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى تعريف الشروط التعسفية في فرع أول، ثم البحث في معيار الشروط التعسفية في فرع ثان، وفي الفرع الثالث سيتم دراسة أنواع هذه الشروط.

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية

لقد تعددت التعاريف الواردة بشأن الشروط التعسفية واختلفت باختلاف المعايير التي اعتمدها الفقهاء، فمنهم من عرفها اعتمادا على مصدرها ومنهم من عرفها اعتمادا على طبيعة الشرط التعسفي ومنهم من عرفها بالتركيز على ما يحدثه من أثر على العلاقة العقدية وتوازنها.

فالفقهاء الذين اعتمدوا على المصدر عرفوا الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف.[25]

أما الفقهاء الذين اعتمدوا على طبيعة الشرط التعسفي فعرفوه بأنه ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل به من حسن نية ونزاهة.[26]

كما عرفه الفقهاء المعتمدين على ما يحدثه من أثر على توازن العلاقة العقدية، بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهنيين أو على المستهلك من قبل المهنيين نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة.[27]

وفي فرنسا اعتبر الفقه أنه من قبيل التعسف الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة والذي يمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، أو هو ذلك الذي يترتب عليه إفراغ الالتزام الأساسي للعقد من أي محتوى أو مضمون.[28]

ويرى جانب من الفقه بأن تعريف الشروط التعسفية يجب أن يتم عن طريق عنصرين، أحدهما موضوعي ويتمثل في التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمهني، والثاني شخصي ويتمثل في حصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة للمستهلك ويجب أن يرتبط هذان العنصران بعلاقة السببية، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني تكون نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها.[29]

ويعتبر شرطا تعسفيا ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المتدخل، والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية لمواجهة الطرف الآخر[30].

أما بالنسبة للتشريعات، فمن أهم التشريعات الأوربية التي حددت تعريف الشرط التعسفي هو المشرع الفرنسي الذي عرفه في قانون الاستهلاك لسنة 1995 بموجب الفقرة 1 من المادة 132 و التي تنص على :"تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق و التزامات أطراف العقد[31].

وخلافا للقانون الفرنسي ذهب المشرع الألماني إلى أبعد من ذلك، حيث أصدر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، و التي نصت في المادة 01 على تعريف الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود و التي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد و قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد كما قد تكون مندمجة في نصوصه، ولا اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه[32]

والملاحظ أن تعريف المشرع الألماني جاء واسعا ليشمل كل عقود الإذعان بخلاف تعريف المشرع الفرنسي الذي اقتصر على بيان الشروط التعسفية بعقد الاستهلاك فقط.

على عكس التشريعات العربية التي على الرغم من كونها السباقة في مواجهة الشروط التعسفية، إلا أن معظمها أغفل وضع تعريف محدد للشروط التعسفية لإزالة اللبس و حسم الخلاف بشأنها[33]

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف للشروط التعسفية في القانون المدني و اقتصر على بيان آليات حماية الطرف الضعيف من هذه الشروط، إلا أنه خصص للشروط التعسفية تعريفا من خلال القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرف الشرط التعسفي في الفقرة 05 من المادة 03 منه كما يلي:

"شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "[34]

والملاحظ في هذا التعريف أن المشرع الجزائري و إن كان قد اعتمد على معيار التوازن العقدي كما ذهب المشرع الفرنسي –كما سنبين لاحقا- إلا أنه ساير المشرع الألماني في مفهوم الشرط التعسفي، حيث أورده بصيغة عامة تندرج تحتها كل العقود وليس عقد الاستهلاك فحسب، وهو بذلك يقرر حماية لكل عقد تتوافر فيه شروط تعسفية من شأنها الاخلال بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد.

الفرع الثاني: معيار الشرط التعسفي

من الواضح من خلال التعريفات السابقة للشرط التعسفي صعوبة تحديده وضبطه بصفة دقيقة، ولذلك كان لا بد من بيان المعايير التي يتحدد من خلالها الشرط التعسفي والتي سندرسها تباعا

أولا-معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية:

و يطلق عليه أيضا المعيار الشخصي، وقد مثل معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، إذ يفترض أن يتمتع المهني نفسه بوضعية اقتصادية معينة حينما يتعاقد مع المستهلكين و يستغلها للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي يريد، لتمتعه بمركز قوي من الناحية الاقتصادية، و هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 35 من القانون 23/78 [35].

و القوة الاقتصادية هي تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق، والتي تخول له أن يكون ذا تفوق و هيبة مما يجعله معروفا في السوق، ما يترتب عليه وضعية الهيمنة ، الأمر الذي سيخرج طائفة كبيرة من المهنيين الذين يفرضون شروطا تعسفية على المستهلكين كونهم لا يتمتعون بتلك القوة الاقتصادية من إطار نظام الحماية من الشروط التعسفية[36]. وهذا ما جعل هذا المعيار غير فعال كونه غامضا و يحتاج إلى ضبط[37].

ثانيا-معيار الميزة المفرطة:

إن الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المهنيون، هي نتيجة للتعسف في استخدام القوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وبالتالي فإن معيار الميزة المفرطة مرتبط ارتباطا وثيقا بمعيار القوة الاقتصادية[38].

ثالثا- معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات:

وهذا هو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في تعريفه للشروط التعسفية من

خلال الفقرة 05 من المادة 03 من القانون 02/04 والتي تنص على:

"شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "

وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95 لسنة 1995، وهو نفس المعيار الذي جاء في التوجيه الأوربي رقم 31/93 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث كان لصدور هذا التوجيه أثر بالغ على النظام القانوني الفرنسي، تجلى في تخلي المشرع الفرنسي عن معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرطة لصالح معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد[39].

وهو حسب رأينا أنسب معيار، إذ يوسع من نطاق الحماية القانونية لتشمل المتعاقدين في كافة العقود بما فيها عقود الإذعان، وبالتالي تسمح للقاضي بالتدخل من أجل إعادة التوازن للعقد بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها كما سنوضح من خلال البحث.

و يطرح معيار الاخلال الظاهر بين حقوق و التزامات كل من المهني و المتعاقد مسألة تقنية مهمة، تتعلق بكيفية تقديره والتي اكتفى المشرع الجزائري من خلال الفقرة 05 من المادة 03 من القانون 02/04 بالقول أنها تتم بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، ولكن الإشكالية تتمثل في كيفية تقدير الطابع التعسفي[40] .

وبالرغم من أن البعض قد اعتبر أن اغفال المشرع ذلك هو ترك التقدير لسلطة القاضي كما هو الحال بالنسبة لجميع العقود[41]،غير أن البعض الآخر أعاب على المشرع سكوته عن ضبط كيفية تقدير الشرط التعسفي، فترك الأمر للقضاء يفتح المجال لتناقض الأحكام خاصة في ظل حداثة الظاهرة التي تتطلب اهتماما قانونيا أكثر جدية[42]

الفرع الثالث: أنواع الشروط التعسفية

يرى بعض الفقهاء ضرورة التمييز بين نوعين من الشروط التعسفية، شروط تعسفية بذاتها و شروط تعسفية بحكم استعمالها[43]

أولا-الشروط التعسفية بذاتها:

يظهر التعسف في هذه الشروط في مرحلة تكوين العقد أي منذ إدراجها، و تكشف عنه ذات الألفاظ فتأتي متناقضة مع الجوهر[44]، ومثال ذلك الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية[45].

ثانيا- الشروط التعسفية بحكم استعمالها:

الشروط التعسفية بحكم استعمالها هي شروط لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد وإنما تظهر في مرحلة تنفيذه عند التمسك بحرفتيه و إهمال روح النص، ومثال ذلك الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فالملاحظ على هذا الشرط أنه شرط طبيعي لا تعسف فيه، ولكن التعسف يظهر عند التنفيذ، حين يتمسك المؤمن بحرفتيه من أجل إسقاط حق المؤمن له رغم حسن نية هذا الأخير، خاصة وأن البيانات التي أغفل إخطار المؤمن بها ليس من شأنها زيادة جسامة الخطر[46]

ويرى الدكتور عبد الحكم فوذة أن نص المادة 149 من القانون المدني المصري، والتي يقابلها نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري إنما يتعلق بالنوع الأول من الشروط، وهي الشروط التعسفية بذاتها لأن هذا النص يتحدث عن عقد إذعان قد تم وكان متضمنا شروطا تعسفية، أي أن وصف التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، وقد كان المشرع منطقيا في هذه الصياغة، ذلك أن نص المشرع على وجوب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه و بحسن نية يعطي للقاضي السلطة لرد الموجب إلى صوابه إذا ما تمسك بمثل هذه الشروط[47] .

من خلال كل ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 110 من القانون المدني على وجوب توافر شرطين حتى يتمكن القاضي من التدخل لتعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، وهو أن يوجد عقد إذعان، و أن يتضمن شروطا تعسفية .كما أن المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي لم يربطه بأي عقد من العقود حتى بعقد الإذعان التي غالبا ما تحتوي شروطا تعسفية، حيث يتعين علينا التفريق بين الشروط التعسفية و عقد الإذعان، فليس كل عقد من عقود الإذعان يتضمن حتما شروطا تعسفية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشروط التعسفية يمكن أن تكون في عقد آخر غير عقود الإذعان، وإن كانت دراستنا هذه مركزة على الشروط التعسفية في عقود الإذعان دون غيرها.

المبحث الثاني: الحكم القضائي الناتج عن ممارسة القاضي لسلطته في تعديل الشرط التعسفي

تنص المادة 110 من القانون المدني على أنه:

"إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي سلطة واسعة في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، من خلال تعديلها أو إعفاء الطرف المطعن منها-أي إلغائها- وذلك طبقا لسلطته التقديرية ووفقا لمقتضيات العدالة[48].

فبعد أن يتحقق القاضي من أن النزاع المعروض عليه يتعلق بعقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية -كما حددنا سابقا- يجوز له أن يمارس سلطته التي خولها له المشرع في مواجهة تلك الشروط التعسفية، إما بتعديل هذه الأخيرة أو إعفاء المتعاقد المذعن منها.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع بحثنا يقتصر على سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية فقط، دون التطرق إلى الإعفاء، وذلك لأن قيام القاضي بتعديل الشرط التعسفي هو بمثابة تعطيل للالتزامات العقدية وإنشاء لالتزامات جديدة مصدرها حكم القاضي وليس العقد. وبالتالي ما يدخل ضمن موضوع دراستنا هو الحكم المنشئ للالتزام وهذا لا ينطبق على حالات الإعفاء من الشروط التعسفية بالقدر الذي يمس حالات التعديل. وهذا ما سنوضحه من خلال بيان ماهية التعديل القضائي المنشئ للالتزام، وتطبيقات الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية.

المطلب الأول: ماهية التعديل القضائي المنشئ للالتزام

عندما تتوافر الشروط القانونية التي تخول للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، يجوز له تعديل هذه الشروط بالوسيلة التي يراها ملائمة. إما بتخفيض مضمونه أو الزيادة فيه، وذلك حينما يتعلق الشرط الذي بدت تعسفيته بحجم الأداء في العقد، فقد يكون هذا الشرط متصلا بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن

نظير الخمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، مما يجعله شرطا جوهريا في العقد يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف و الضرر عن المتعاقد المذعن[49].

كما قد يتعلق الشرط بوسيلة التنفيذ، وقد يتعلق بمدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو بالنقصان، بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو إعادة التوازن بين الآداءات المتبادلة في العقد[50].

وبالتالي فإن صور تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان تتمثل في[51]:

1-إذا تعلق الشرط التعسفي بحجم الآداءات المتقابلة في العقد

2-إذا تعلق الشرط التعسفي بوسائل تنفيذ العقد

الفرع الأول: تدخل القاضي بتعديل الشرط التعسفي المتعلق بحجم الآداءات المتقابلة بالعقد

يبقي القاضي في هذه الصورة من التدخل على الشرط قائما، إلا أنه يتناوله بالتعديل بالوسيلة التي يراها مناسبة و عادلة، فيكون التعديل إما بتخفيض مضمونه أو بالزيادة فيه مما يحقق رفع الظلم عن الطرف المذعن و إعادة التوازن بين الآداءات المتبادلة في العقد[52]، ومثال ذلك الشرط التعسفي الذي يرد في لائحة المصنع الذي يتضمن فرض غرامات مالية فاحشة على العمال كعقوبة على مخالفة قواعد العمل، هذه العقوبات تستنفذ جزءا من أجرهم لأخطاء ارتكبوها لا تتناسب البتة مع الجزاء الذي يتضمنه، فمثل هذا الشرط يعد شرطا تعسفيا جائرا يبرر تدخل القاضي لتخفيض الغرامة إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي ارتكبه العامل[53].

وفي هذه الحالة نكون أمام تعديل قضائي للالتزام مفاده إلغاء الالتزام العقدي الأصلي الموسوم بالتعسف و قيام التزام جديد مصدره الحكم القضائي، أي أن القاضي بسلطته التقديرية يحل محل الالتزام العقدي التزاما قضائيا[54]

و الجدير بالذكر أن القاضي أثناء تعديله للشروط التعسفية في عقد الإذعان يستند إلى سلطته التقديرية، و يتعلق الأمر بمسألة من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض[55].

الفرع الثاني: تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي المتعلق بوسائل تنفيذ العقد

عندما يتعلق الشرط التعسفي بوسيلة تنفيذ العقد، أو وسائله، أو مدته، فإن تدخل القاضي يكون إما بالزيادة أو بالنقصان، حيث يحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط محل التدخل[56]

ومثال ذلك عقد المقاولة، فقد يشترط الطرف القوي وهو شركة المقاولات على الطرف المذعن وهو المقاول، تنفيذ المشروع بمواصفات و مقاييس و إمكانيات حسب ماتحدده الشركة نفسها، كما تشترط أن يتم إنجاز المشروع في فترة زمنية محددة، ثم يتضح للمقاول أثناء تنفيذ العمل في المشروع عدم كفاية الإمكانيات المتاحة، أو عدم صلاحية المواد المقدمة من طرف الشركة، أو أن الوسائل المستخدمة من شأنها أن تلحق ضررا جسيما بالمقاول، فإذا ما عرض النزاع على القضاء و توافرت كل الشروط القانونية جاز للقاضي تعديل الالتزام إما باستبدال المواد الضارة، أو بتمديد فترة التنفيذ بما يتناسب مع الامكانيات المتاحة[57]

والجدير بالذكر أن هذه الأحكام التي يصدرها القاضي بصدد تعديل الشروط التعسفية المتعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، هي أحكام منشئة لالتزامات جديدة تختلف كليا عن الالتزامات التي تعاقد حولها الطرفان، فمصدر هذه الأخيرة هو العقد المبرم بين الطرفين، أما مصدر الالتزامات المعدلة بسبب الشروط التعسفية هو حكم القاضي الذي أصدره وفقا لسلطته التقديرية.

المطلب الثاني: تطبيقات الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان

يعد عقد التأمين و عقد العمل من أقوى نماذج عقود الإذعان، و الجدير بالذكر-كما وضحنا سابقا- أن ليس كل عقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية حتما، فقد نكون أمام عقد إذعان يخلو من أي شرط تعسفي و هذا أمر عادي. أما إذا تضمن عقد التأمين مثلا أو عقد العمل شروطا تعسفية، فمن الممكن حينئذ أن يتدخل القاضي لتعديلها ورفع التعسف بإقرار التزام جديد مصدره الحطم القضائي لا عقد التأمين أو عقد العمل. و سنعرض بعض الأمثلة من التعديلات المنشئة لالتزام قضائي و التي يمكن أن ترد على بعض عقود الإذعان وهي عقد التأمين و عقد العمل .

الفرع الأول: في عقد التأمين

يعد عقد التأمين نموذجا مثاليا عن عقود الإذعان، حيث أن مبدأ التوازن بين مركزي المؤمن و المؤمن له غير متحقق، كما أن شركات التأمين في الواقع تحتكر الخدمة التأمينية، خاصة وأن التنافس بينها محدود لأنه لا يمكن لأي شركة أن تتنازل عن بعض الحدود حتى تحقق أعلى عائد من الربح، و بالتالي لا يستفيد المؤمن لهم من هذا التنافس المزعوم بين شركات التامين[58].

وهذا ما يجعل عقد التأمين عرضة لتوافر شروط تعسفية تبرر تدخل القضاء من أجل حماية الطرف المذعن منها، و بالإضافة إلى المادة 622 من القانون المدني الجزائري، والتي أعطت للقاضي صلاحية إبطال بعض الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين وهي:

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

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

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

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

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

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

و إذا كانت سلطة القاضي في هذه الحالة هي إلغاء هذه الشروط من عقد التأمين، فهناك بعض الحالات التي يتدخل القاضي لتعديل العقد كما هو الحال بالنسبة لتأخر المؤمن له في إخطار شركة التأمين بالأضرار التي وقعت له عن الميعاد المحدد في العقد والمحددة في الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات و

المعدل و المتمم بالقانون رقم 04/06 بسبعة أيام، وكان هناك شرط في عقد التأمين يقضي بإنقاص مبلغ التعويض الذي تدفعه شركة التأمين ففي هذه الحالة لا نكون أمام واحد من الشروط التعسفية المذكورة في المادة 622 من القانون المدني ولكنه لا يزال شرطا تعسفيا مادام المؤمن له كان حسن النية ولم تنجم أي خسارة للمؤمن بسبب هذا التأخير. وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يعدل في هذا الشرط و يزيد من مبلغ التعويض و يرفعه إلى الحد الذي يزيل به التعسف عن المؤمن له. و حكم القاضي هنا هو حكم يلغي الالتزام العقدي الذي يقضي بتخفيض مبلغ التعويض، و ينشئ التزاما جديدا بمبلغ الالتزام الجديد.

الفرع الثاني: في عقد العمل

يعرف عقد العمل بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل و تحت إدارته و إشرافه لقاء أجر[59]، وهو من عقود الإذعان، وقد نظمه المشرع الجزائري بالقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

وغالبا ما يتضمن عقد العمل شروطا تعسفية توضع من طرف صاحب العمل كونه الطرف القوي في العلاقة العقدية، ومثال ذلك تخفيض المدة القانونية للعمل بالنسبة للأشخاص الذين يقومون بأشغال شاقة وخطيرة أو يترتب عليها متاعب بدنية أو عصبية .

فبحسب المادة 23 من القانون 11/90 فإنها تستثني هذه الحالة من المدة القانونية الأسبوعية للعمل و المحددة ب 44 ساعة أثناء ظروف العمل العادية طبقا للمادة 22 من القانون نفسه.

غير أنه إذا تعلق الأمر بفئة الأشخاص الذين يقومون بأشغال شاقة فإن المادة 23 تجيز تخفيض المدة، كما تجيز رفعها لمناصب العمل المتضمنة فترات توقف عن النشاط، وقد أحالت نفس المادة أمر تحديد مقدار التخفيض أو الرفع إلى الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية.

و الجدير بالذكر أنه في حالة عدم نص الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية على مقدار التخفيض أو الرفع، وعرض النزاع على القضاء، فإن القاضي يتدخل بسلطته التقديرية لرفع التعسف الواقع على العامل الذي يقوم بأشغال شاقة و خطيرة، و المتمثل في اشتراط صاحب العمل عليه العمل بساعات عمل عادية، و بالتالي فإن حكم القاضي بتخفيض مدة ساعات العمل إلى الحد الذي يرفع التعسف هو حكم منشئ للالتزام .

كما يجوز للقاضي طبقا للقواعد العامة، التدخل في حالة تسليط صاحب العمل عقوبة على العامل لا تتناسب مع حجم الخطأ المرتكب لاسيما إذا افتقر النظام الداخلي للمؤسسة من مثل هذه التفاصيل الدقيقة، خاصة في حالات الإنهاء التعسفي لعقود العمل.

من خلال ما سبق، نخلص إلى أنه إذا كنا أمام عقد إذعان متضمن لروط تعسفية، فإن القاضي و بتدخله لتعديل تلك الشروط المجحفة يكون قد ألغى الالتزامات العقدية أي تلك التي كان مصدرها العقد، و أقر التزامات جديدة مصدرها حكمه المنشئ، والذي خوله ذلك هي سلطته التقديرية الممنوحة له قانونا، وحتى لو لم يرد حكم خاص في القوانين الخاصة ببعض عقود الإذعان في القانون الجزائري إلا أن تدخل القاضي بأحكام منشئة للالتزام يجد لأساسه بالرجوع إلى القواعد العامة.

الخاتمة:

إن توفر شروط تعسفية في عقود الإذعان، يجيز للقاضي التدخل من أجل إعادة التوازن للعقد، إما بتعديل تلك الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها.

و الملاحظ أن ليس كل عقود الإذعان تتضمن شروطا تعسفية حتما، وفي الحالة التي يتوافر فيها الشرطان معا فإن من أهم آليات تدخل القاضي لرفع التعسف و الاجحاف هو تعديل الشرط التعسفي تعديلا ينشأ عنه التزام جديد يختلف كليا عن الالتزام العقدي.

وقد أظهرت الدراسة أن الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، وإن كانت لا تؤثر في طبيعته العقدية، ولكنها تسمح باكتشاف التعسف وبالتالي تبرر تدخل القاضي تدخلا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات الناشئة عن العقد و ينشئ التزامات قضائية.

و السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما يتعلق بطريقة تعديل العقد، هي مسألة من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، وبذلك فإن القاضي يحل التزاما قضائيا محل الالتزام العقدي.

وإن كانت بعض العقود التي نظمها المشرع الجزائري بقوانين خاصة قد وسع فيها من سلطة القاضي في التدخل لتطال إعفاء المتعاقد المذعن من الشرط التعسفي، أي إسقاطه و بالتالي يكون حكمه كاشفا لا ينشئ التزامات جديدة، غير أن فكرة التعديل المنشئ للالتزامات القضائية تجد أساسها من خلال القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

وفي هذا المقام نوصي بضرورة اعتماد الحكم القضائي كمصدر من مصادر الالتزام في الحالات التي يكون فيها منشئا.

كما نوصي بضرورة توعية القضاة بدورهم الفعال في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفقا لمقتضيات العدالة .

الهوامش:

1 محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990 ، ص23 .
2 أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، 2013 ، ص 19 .
3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ، ص 279 .
4 عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري دراسة فقهية و قضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، 1946 ، ص 64 .
5 الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جوان، 2014 ، ص 100 .
6 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 65 .
7 محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 29 .
8 نزيه كمال حداد، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل السعودية، العدد 24 ، شوال 1425، ص 54.
9 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص50.
10 محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان،عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة،2007، ص48.
11 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص53.
12 محمد حسن عبد الرحمان، عقود الإذعان دراسة مقارنة، د ن، 1999، ص 22، ص23.
13 محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص61.
14 محمد حسن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 25.

15 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص57.
16 المرجع نفسه، ص54.
17 الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص102.
18 أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص57.
19 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص283.
20 الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص102.
21 ابراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان و عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2014، ص30.
22 محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2012/2011، ص155.
23 المرجع نفسه، ص 156.
24 منير سعد خليفة، سلطة القاضي في تعديل العقد في إطار القانون المدني دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و الليبي، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2017، ص100.
25 عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف،ط2، الاسكندرية، 2008، ص401.
26 المرجع نفسه، ص40.
27 محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر 2018، ص191.
28 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص402 و ص403.
29 أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص94.
30 الواسعة زرارة صالحي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري،مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد05، جوان 2012، ص200.
31 محمود علي رحمه، المرجع السابق، ص196.
32 نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب ة العلوم الاجتماعية، العدد01 المجلد 17، 2020،ص155.
33 محمود علي رحمه، المرجع السابق، ص197.
34 القانون 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 الصادرة في 27 جوان 2004 ، معدل و متمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر عدد 46 ، الصادرة في 18 أوت 2010.
35 إيمان بوشارب،حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2018 ، ص 80.
36 المرجع نفسه، ص 80 .
37 محمود علي رحمه، المرجع السابق، ص214.
38 إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 82.
39 المرجع نفسه، ص 83.
40 المرجع نفسه، ص84.
41 أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد 05، ص361 .
42 شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، العدد04 ،المجلد 47،ص 148.
43 محمد بوكماش، المرجع السابق، ص160.
44 عاطف مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تقسير و تعديل العقد دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،2018/2017 ، ص327.
45 محمد بوكماش، المرجع السابق، ص160 .
46 عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص328.
47 محمد بوكماش، المرجع السابق، ص160.
48 نسير رفيق،سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد01، المجلد2018،17، ص521.
49 عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص330.

50 محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني و المصري و الفقه الاسلامي، جامعة عين شمس،1992، ص 220.
51 عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص332..
52 منير سعد خليفة، المرجع السابق، ص104، ص105.
53 عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص332، ص333...
54 سمير تناغو، الالتزام القضائي ،مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط2014،1، ص138.
55 المرجع نفسه، ص 138
56 محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 219.
57 عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص333.
58 لياس مبروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، العدد05، المجلد01،جانفي 2017، ص283.
59 محمد مصطفى غازي زيدان، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2016، ص283.