مجلة الدراسات القانونية والسياسية

المجلد 08 العدد 02 جوان 2022 | ص ص:482-498

الحماية القضائية كمظهر للإرادة الموضوعية في عقود الإذعان

Judicial protection as a manifestation of the objective will in contracts of submission

موقاف لامية *

جامعة طاهري محمد، بشار

Mogaf. lamia@univ-bechar.dz

خليفي مريم

جامعة طاهري محمد، بشار

khelifi.meriem@univ-bechar.dz

- تاريخ الإرسال: 2021/10/28 - تاريخ القبول: 2022/05/31 - تاريخ النشر: 2022/06/05

ملخص:

يقوم العقد على المساواة بين أطرافه، غير ان التطور الذي عرفته الحياة الاقتصادية نتج عنه ظهور وازدهار عقود الإذعان، التي تتميز بتفاوت مراكز الأطراف اقتصاديا، بحيث أصبحت مناخا خصبا للشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي، ما أدى إلى تهديد العقد واستقرار المعاملات، الأمر الذي دفع المشرع للتدخل من خلال منحه للقاضي سلطة الرقابة على هذه الشروط، تجسيدا للإرادة الموضوعية في التعاقد التي برزت بعد انتكاسة مبدأ سلطان الإرادة.

الكلمات المفتاحية: عقد الإذعان، الشروط التعسفية، سلطة القاضي، الإرادة الموضوعية.

ABSTRACT:

The contract is based on equality between its parties, but the development of economic life resulted in the emergence and prosperity of contracts of submission, which are characterized by the disparity of the parties' economic centers, so that they became a fertile environment for the arbitrary conditions imposed by the strong party, which led to the threat of the contract and the stability of transactions, which prompted The legislator to intervene by granting the judge the authority to control these conditions, embodying the objective will in contracting that emerged after the setback of the principle of the authority of the will.

Keywords contract of submission, arbitrary conditions, the authority of the judge, objective will.

* - المؤلف المرسل:

مقدمة:

يعتبر العقد من أهم التصرفات القانونية التي إعتمدها البشر لتنظيم حياتهم وعلاقاتهم، وعرف إزدهارا كبيرا لدرجة أنه أصبح شريعة المتعاقدين، وإكتسب حرمة بحيث لا مجال للمساس بالارادة والحرية العقدية، غير أن التطور المتسارع الذي عرفه البشر لاسيما في مجال الحياة الإقتصادية خلق فوارق شاسعة بين مراكز أطراف العقد الإقتصادية، بحيث أصبح هناك طرف يتمتع بالقوة والإحتكار والخبرة، بنفرد لوحده بتحديد مضمون العقد وصياغة شروطه، وطرف أخر ضعيف ضئيل الخبرة، لا يملك مناقشة شروط العقد ولا التفاوض حولها، وليس أمامه سوى الخضوع أو التسليم أو الإذن لها، وهذا ما يعرف بعقود الإذعان.

ولقد أصبحت هذه العقود أرضا خصبة ومناخا مناسبا جدا للشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي على الطرف المذعن، وأمام هذا الوضع الجديد الذي بات يهدد حياة العقد باعتار أنها تثقل كاهل المدين المذعن مما قد يرتب انهاء حياة العقد بسبب عدم تنفيذه، وإحقاقا للعدالة وجد المشرع نفسه ملزما للتدخل من أجل المحافظة على حياة العقد واستقرار المعاملات، ففرض نوعا من الرقابة على هذه الشروط ومنح سلطة ممارستها للقاضي الذي زوده بأليات لمحاربتها بغرض حماية الطرف المذعن وبالنتيجة المحافظة على العقد.

وتبرز أهمية الموضوع، في إبراز دور القاضي في بسط رقابته على عقود الإذعان لحماية مصالح الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي قد يفرضها الطرف القوي عليه، وكذا إبراز مجال هذه السلطة وحدودها، وتبرز أهميته أيضا في توضيح وابراز كيف أصبحت موضوعية الإرادة التعاقدية التي يعد تدخل القاضي من أبرز مظاهرها، تفرض نفسها بقوة كحل لا مفر منه لحماية العقد والحفاظ على توازن القوى بين أطرافه من انعكاسات الغلو في مبدأ سلطان الإرادة.

ومن هذا المنطلق ارتأينا معالجة موضوع الحماية القضائية كمظهر للإرادة الموضوعية في عقود الإذعان من خلال الاجابة عن الإشكالية البحثية التالية:

ما هو مجال سلطة القاضي في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، وماهي الأليات المخولة له لممارسة هذه السلطة ؟.

وللإجابة عن هذه الاشكالية البحثية إعتمدنا المنهج الوصفي من خلا إستعراض، أهم النصوص القانونية، والمواقف والأراء الفقهية التي عالجت إشكالية البحث ،وكذا المنهج التحليلي من خلال تحليل تلك النصوص والمواقف الفقهية، بالإضافة للاستعانة بالمنهج المقارن من خلال مقارنة بعض النصوص القانونية ببعضها البعض سواء على صعيد القوانين الداخلية أو الأجنبية.

وموضوع الحماية القضائية كمظاهر للارادة الموضوعية في عقود الإذعان، يتطلب منا بداية تحديد الإطار المفاهيمي لكل من عقود الاذعان والشروط التعسفية ثم التعرض لسلطة القاضي في حماية الطرف المذعن، وهذا من خلال إعتماد خطة ثنائية التقسم تقوم على مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول ماهية عقود الإذعان والشروط التعسفية.

المبحث الثاني سلطة القاضي في حماية الطرف المذعن.

المبحث الأول ماهية عقود الاذعان والشروط التعسفية.

لطالما أثارت عقود الاذعان جدلا كبيرا، وصل حد التشكيك في إعتبارها عقدا أصلا، كما أنها تعد مناخا خصبا للشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي على الطرف المذعن ،مما يتعين تحديد ما هية عقود الاذعان (المطلب الأول)، ثم تحديد ماهية الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : ماهية عقود الاذعان.

من خلال هذا المطلب نتطرق إلى مفهوم عقود الاذعان (الفرع الأول)،ثم لطبيعتها القانونية(الفرع الثاني).

الفرع الأول :مفهوم عقود الاذعان.

إن الوصول لتحديد مفهوم عقود الاذعان لا يتأتى إلا من خلال التعريج على تعريفها وخصائصها.

أولا : تعريف عقود الإذعان.

إن عقد الاذعان مثله مثل العديد من المفاهيم القانونية التي لم يتم الاتفاق حولها، ولطالما شكلت نقطة خلاف بين الفقهاء، هذا أدى إلى تعدد التعاريف في شأنها، ويعتبر الفقيه ساليي (saleilles) أول من تعرض لمسألة الإذعان وهذا من خلال دراسته لمحتوى مجموعة من العقود غير ألنه أطلق عليها تسمية عقود الانضمام (les contr d'adhésion)، أما تسمية الإذعان باللغة العربية، فان الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هو صضاحب هذه التسمية، ولقد برر الأستاذ السنهوري اختياره لهذا المصطلح بقوله :<< لقد أثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الاذعان، وذلك لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول...[1]>>.

وعرفه الأستاذ على علي سليمان بأنه :<< ذلك العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة وخدمة ضرورية إحتكارا فعليا أو شبه إحتكار والطرف الأخر إلى هذه السلعة أو الخدمة،

[1] _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ،الجزء الأول، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،الطبعة 3، 2000 ،ص 245.

فيملي عليه الطرف القوي شروطه، وغالبيا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها[1]. >>.

أما المشرع فالمعروف عنه أنه لا يعرف، وهو فعلا ما سارت عليه التشريعات المقارنة في مسألة تعريف عقود الاذعان على غرار المشرع الفرنسي والمصري ،والمشرع الجزائري هو الاخر لم يعرفه غيرّ ّأنه تطرق إليه في في المادة 70 من القانون المدني بمناسبة تنظيم أحكام القبول [2].

ثانيا : خصائص عقود الاذعان.

لقد حدد الفقه التقليدي خصائص عقود الإذعان التي تتمثل في مايلي :

_ يتميز الايجاب فيها بالعمومية، أي أنه موجه إلى الجمهور وليس إلى شخص بالذات.

_ هي عقود تحرر من طرف واحد، وهو الطرف القوي في العقد مما يجعلها ذات طابع تنظيمي.

_ هي عقود لا تقوم على المساومة والتفاوض، وفالطرف المذعن لا يملك مناقشة مضمون العقد وليس له سوى التسليم والاذعان لها كما هي.

_ هي عقود تتعلق بسلعة أو خدمة أو مرفق ضروري للمنتفعين أو المستهلكين.

_ تتعلق هذه العقود بخدمات أو سلع أومرافق محتكرة من طرف الطرف القوي في العلاقة العقدية[3].

أما التوجه الحديث في الفقه تخلى عن خاصية تعلق عقد الاذعان بسلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة للمذعن ومحل احتكار من الطرف القوي، وهذا بغرض توسيع مجال الحماية بالنسبة للطرف المذعن ،وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 70 من القانون المدني والتي حددت خصائص عقد الاذعان والتي تتمثل في :

_ أن يتضمن شروطا مقررة ومعدة مسبقا من الطرف القوي في العلاقة العقدية.

_ أن تكون الشروط التي يتضمنها العقد غير قابلة للمساومة والمناقشة من طرف المذعن.

أن يكون القبول الصار عن المذعن مجرد تسليم وإذعان دون أدنى مجال للمناقشة والتفاوض وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع من خلال نص المادة الثالثة فقرة الخامسة من قانون 04 02 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4].

---

[1]_ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام لمصادر الالتزام في القانون الجزائري، الطبعة 3، دار النشر، الجزائر، ص38

[2]_ محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007، ص 123.

[3]_ علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص 72،73.

[4]_ المادة 4/3 من قانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، الجريدة، عدد41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27،.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الاذعان.

إنقسم الفقه إلى إتجاهين في مسألة الطبيعة القانونية لعقد الإذعان. أما أنصار الإتجاه الأول فانهم يرون بنفي الصفة العقدية عن عقود الاذعان واعتبروها مجرد مركز قانوني منظم[1]، ولقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي ساليي وكذا فقهاء القانون العام، كالفقيه دوجي وهريو فهم يرون أن عقد الاذعان هو مجرد مركز قانوني منظم ناشئ عن ارادة واحدة منفردة هي إرادة الموجب التي هي بمثابة القانون أو اللائحة، وعليه فانه في تفسيره وتنفيذه لا يخضع للأحكام الخاصة بالعقود، وإنما يخضع لتلك المتعلقة بتفسير وتطبيق القانون' كما أن القاضي عند تفسيره للغموض الوارد في العقد لا يبحث عن االإرادة المشتركة للمتعاقدان وإنما يبحث عن الإرادة المنفردة للموجب، وتحجج أنصار هذا الاتجاه بأن انتفاء الصفة العقدية عن هذه عقود يرجع لانتفاء الارادة الحرة والمبصرة لدى الطرف المذعن والذي لا يملك أن يناقش شروط العقد ولا أن يفاوض فيها فكل ما يملكه هو قبولها كما هي أو يرفضها[2]، وإعتبار عقود الاذعان عقود تنظيم، يجعلها تتميز بثلاث خصائص تتمثل في العمومية، الإكراه،الإذعان.[3].

بينما يرى أنصار الاتجاه الثاني أن عقود الاذعان هي عقود عادية كغيرها من العقود تخضع لنفس أحكامها وترتب نفس أثارها، وهو رأي أغلب فقهاء القانون الخاص[4]، فهي عقود تبرم بتطابق ارادتين ولا تنشأ بموجب إرادة واحدة كما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، لأن إرادة الموجب ولو كان هذا الأخير هو من يضع الشروط بصفة منفردة، لا تستطيع ولا تكفي لوحدها لإنشاء العقد بل تحتاج إلى قبول يتطابق معه يصدر من الطرف المذعن، كما يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقود الاذعان وإن كانت تفتقر للمساواة الاقتصادية فإن ذلك ليس له أثر في قيام التراضي الذي هو العقد، فهذه المساواة ليست ضرورية لنشأة العقد[5].

ويتضح من خلال نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري موقف المشرع الجزائري من الاتجاهين، حيث يبدو أنه قد تبني الاتجاه الثاني، إذ أنه إعترف بصفة العقد بالنسبة لعقود الاذعان، وهذا بمناسبة تناوله لمسألة كيفية

[1] _ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون، كلية العلوم الانسانية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011 _2012، ص 153.

[2] _ الحكيم عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون اليمني في الالتزامات، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993،، ص 187.

[3] _ سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006، ص178.

[4] _ بوكماش محمد، نفس المرجع، ص 154.

[5] _ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع السابق، ص 97.

حصول القبول في عقود الاذعان والتي تكون بحسب المادة السالفة الذكر بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[1].

المطلب الثاني: ماهية الشروط التعسفية.

ولنتمكن من تحديد ماهية الشروط التعسفية لابد لنا من التطرق إلى مفهوم الشرط التعسفي (الفرع الأول)، ثم مجالها(الفرع الثاني): الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.

سوف نعالج خلال هذا الفلرع تعريف الشرط التعسفي، ثم شروطه. **أولا : تعريف الشرط التعسفي :**

لقد تعددت التعاريف الفقهية للشرط التعسفي، نظرا لإهتمام الفقه بهذه المسألة، إذ عرفه بعض من الفقه أنه : << الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، الذي يخوله ميزة فاحشة على الطرف الأخر[2].>>، وبالرجوع للتشريعات المقارنة، نجد أن أغلبها لم تعرف الشرط التعسفي في قوانينها المدنية، وهو حال المشرع الجزائري، الذي لم يعرفه واقتصر على الاشارة إليه في نص المادة 110 من القانون المدني حينما منح للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفيي الطرف أو اعفاء المذعن منه [3].

كما أنه بالرجوع لبعض القوانين الخاصة مثل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 نجد أن الشرع لم يعرفه أيضا، لكن أشار إليه عندما نص على شرط عدم الضمان الذي اعتبره شرطا تعسفيا ويعتبر شرطا لاغيا اذاما تضمنه العقد وهذا من خلال نص المادة 13 منه [16] ،غير أن المشرع الجزائري وعلى غير عادته، عرف الشرط التعسفي من خلال المادة الثالثة الفقرة الخامسةمن قانون 04/02 المتعلق المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تنص على : <<كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد[4].>>

ولقد اقتدى المشرع الجزائري في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي عرفه بدوه من في المادة 321 الفقرة الأولى من قانون الإستهلاك رقم 95- 96[5]، وهذا تماشيا مع ما جاء في التعليمة الأربية الصادرة في05

[1] _ المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

[2] _ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الخامسش، جامعة شلف، الجزائر، ص 346و347.

[3] _ المادة 110 من أمر 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ،االرسمية لجريدة، عدد 78، الصادر في 1975/10/30.

[4] _ المادة3 / من قانون 04/02 المتعلق المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[5] _ رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 345.

أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[1] ويعد المشرع الألماني السباق في النص علي الحماية من الشروط التعسفية في القواعد العامة للعقد[2]. ويجب الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد إعتبر الشرط التعسفي مخالفا للنظام العام، خاصة في العقود المهنية من ذلك الشرط القاضي بالإعفاء الكلي من المسؤو لية [3]

ثانيا :الشروط الواجب توفرها في الشرط التعسفي.

يمكن أن نحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الشروط التعسفية كما يلي:

_ أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد الاذعان :إن مجال للكلام عن الشروط التعسفية إلا اذا تعلق الأمر بعقد الاذعان، بحيث يكون أحد المتعاقدين يتمتع بقوة وتفوق إقتصادي، وهو من يضع الشروط مسبقا ولا يكون أمام الطرف الأخر سوى التسليم لها أو الإذعان[4].

_ أن يكون الشرط سببا في الإختلال الظاهر لتوازن العقد :حتى يمكن اعتبار الشرط المتضمن في عقد الاذعان شرطا تعسفيا، فانه لابد أن يؤدي اختلال فاحش وظاهر في توازن العقد، ولقد ذهب بعض من الفقه الى القول بأن هذا الشرط ماهو الا إسقاط لفكرة الميزة المفرطة التي تشبه كثيرا فكرة الغبن، غير أن هذا الرأي محل نظ، على إعتبار أن الغبن يقوم على معيار مادي وليس شخصي، كما أن مقدار الغبن محدد بنص القانون، والغبن يقتصر فقط على الثمن، ولا يشمل الا طائفة من العقود حصرها المشرع، واهو أيضا يقتصر على المزايا المالية، على خلاف الشرط التعسفي فان الاخلال الفاحش الذي يصيب التوازن المالي للعقد يشمل المزايا المالية وغير المالية[5].

_ أن يرتب الشرط التعسفي إختلال واضح بين الحقوق والالتزامات العقدية : يرى جانب من الفقه أن هذا الشرط ماهو إلا انعكاس لفكرة الميزة الفاحشة المبالغ فيها بشكل ظاهر والتي ترتب عدم توازن وتفاوت فاحش في الحقوق والالتزامات العقدية، فالشرط لا يعتبر تعسفيا إلا اذا كان من شأنه أن يمنح ميزة فاحشة للطرف القوي في العلاقة العقدية[6].

---

[1] _ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

[2] _ رباحي أحمد، نفس المرجع، ص 345.

[3] _ de conseille professionnels en droit privé , Daloz 1972, les contras p138. SATIER.

[4] _ رباحي أحمد، نفس المرجع، ص 79.

[5] _ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 97.

[6] _ نفس المرجع، ص 97.

وهذا الشرط الذي أخذت به التعليمة الأوروبية لسنة 1993 وهو نفسه الشرط الذي إعتمده المشرع الجزائري في المادة الخامسة الفقرة الثالثة من قانون02/04[1].

الفرع الثاني: مجال الشروط التعسفية.

ان المشرع الفرنسي لم يحصر مجال تطبيق الشروط التعسفية في عقود الاذعان فقط وانما وسع من مجالها لتشمل كافة العقود، على خلاف المشرع الجزائري الذي حصر مجالها في عقود الاذعان فقط وهو ما نستشفه من خلال المادة 110 من القانون المدني الجزائري، ونص المادة 29 من قانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كما أن المشرع الفرنسي ومن خلال المادة 132 من قانون الاستهلاك وسع من مجال الشروط التعسفية لتشمل كافة العقود ومهمى كان شكلها، على خلاف المشرع الجزائري الذي حصرها فقط في مجال عقد البيع من خلال المادة 29 السالفة الذكر، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن تطبق على كل العقود وليس عقد البيع فقط وهذا تطبيقا لنص المادة 110 من القانون المدني والتي اشترطت أن يكون العقد عقد اذعان ولم تحدد عقد محدد بذاته.

بعد أن أعطينا لمحة عن الاطار المفاهيمي لعقود الاذعان والشروط التعسفية، سوف نسلط الضوء في المبحث الموالي على سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاذعان.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاذعان

لقد أقرى المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي، وبعض التشريعات العربية سلطة واسعة للقاضي المدني لمواجهة الشروط التعسفية وحماية الطرف المذعن في عقود الاذعان، **وهي أداة قوية في يد القاضي**[2]، ولأن هذه السلطة الممنوحة للقاضي تحمي الطرف الضعيف في العقد وتعد تكريسا لموضوعية الارادة العقدية، فاننا سوف نعالجها من خلال التطرق الى الطبيعة القانونية لسلطة القاضي وشروط تفعيلها (مطلب الأول)، ثم نتطرق الأليات المخولة للقاضي لتكريس سلطته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لسلطة القاضي وشروطها.

من خلال هذا المطب سوف نتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه السلطة (الفرع الأول)،ثم إلى الشروط الفنيةتفعيلها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لسلطة القاضي.

بالرجوع لنص المادة 110 من القانون المدني والتي رتبت البطلان على كل إتفاق يقضي بمخالفة أحكامها، وبالتالي كل إتفاق من شأنه استبعاد سلطة القاضي في التدخل للاعفاء من الشروط التعسفية

[1] _ المادة 5 / 3 من قانون رقم 04 _02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2] _ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 250.

في عقود الاذعان أو تعديلها يتبين أن هذه السلطة الممنوحة له من النظام العام، وإن المنهج الذي تبناه المشرع في هذا الشأن يدعم سلطة القاضي ويمنحها القوة، كما يحمي حق الطرف المذعن في اللجوء للقضاء والمطالبة بالحماية القضائية[1].

كما أنه بالرجوع لنص المادة 110 من القانون المدني يتبين أن المشرع قد أطلق العنان لسلط القاضي في مواجهة الشروط التعسفية كونه لم يقيده سوى بتوخي العدالة، إذ يبدو أنه جعلها جوازية له، وهذا يرتب حرية القاض في تفعيلها من عدمه.

وإن هذا التوجه الذي انتهجه المشرع الجزائري قد يفرغ سلطة القاضي من روحها ومن الهدف الأساسي الذي كرست لأجله وهو حماية الطرف المذعن، ذلك لأنها مرهونة بشرط وحيد ذو طبيعة ذاتية تتمثل في العدالة، وهذه الأخيرة تخضع في تقديرها لشخص القاضي، مما يفتح المجال للاختلاف، فما يراه القاضي من قبيل العدالة لا يراه قاضي أخر كذلك[2]، كما أن هذه المسألة قد ترتب الإختلاف بين الأحكام القضائية، إذ أن نفس النزاع وفي نفس الضروف قد يصدر في شأنه عدة أحكام قضائية تختلف باختلاف وجهة القاضي ونظرته الشخصية لمقتضيات العدالة.

كما أن الملاحظ على نص المادة 110 أن موقف المشرع الجزائري لم يبين طريقة تدخل القاضي لتفعيل سلطته، فهل هو تدخل تلقائي كما فعل مع البطلان المطلق أين نصت المادة من 102 القانون المدني[3] أنه في حال كان العقد يشوبه البطلان المطلق فانه يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أم أنه لا يكون إلا بناءا على طلب أطراف الخصومة كما فعل مع الابطال[4].

كما أن المشرع لم يوضح طريقة المطالبة بالحماية القضائية من الشروط التعسفية، هل تكون بموجب دعوى قضائية أي بموجب طلب قضائي يتمثل موضوعه في المطالبة بتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه أو يمكن أن تكون المطالبة بموجب دفع يثيرة الطرف المذعن عندما يرفع الطرف القوي دعوى قضائية للمطالبة بتنفيذ العقد كما هو الحال في الدفع بعدم تنفيذ العقد، كما أن المادة 110 يكتنفها الغموض

[1] _ عبد الرزاق السنهوري، مرجع السابق، ص 250.

[2] _ إننا نرى أنه يتوجب على المشرع أن يتدخل ويضع ضوابط ذات طبيعة موضوعية تقيد سلطة القاضي وهذا لتكريس الحماية الحقيقية والفعلية للطرف المذعن.

[3] _ ان عدم نص المشرع على الابطال كجزاء عن الشرط التعسفي أمر منطقي لأن الابطال هو جزاء يترتب على وجود أحد عيوب الإرادة بينما الشروط التعسفية في العقد لا ترتبط بعيوب الارادة، فالطرف المذعن إرادته سليمة بينما الشرط التعسفي من شأنه إثقال كاهله وجعل التوازن الاقتصادي للعقد مختل وكفته ترجح لمصلحة الطرف القوي في العقد، كما أن المشرع إعتمد مصطلح الاعفاء من الشرط التعسفي وليس الإبطال، وإننا نرى أنه أصاب في ذلك لأن الابطال هو جزاء يترتب على عدم الصحة، بينما الشرط التعسفي شرط صحيح غير أنه يرهق كاهل الطرف المذعن.

[4] _ إننا نرى أن القاضي لا يستطيع التدخل من تلقاء نفسة ويجب أن يكون تدخلة بناءا على طلب قضائي يتقدم به الطرف المذعن، ذلك أن التدخل التلقائي في حالة البطلان مرده عدم قيام العقد أصلا، فالعقد الباطل هو عقد معدوم، وعليه فإن التدخل التلقائي للقاضي لا يمس بحرمة العقد المكرسة في المادة 106 من القانون المدني، أما في حال الشروط التعسفية في عقود الإذعان فالعقد قد نشأ وهو عقد صحيح، والتدخل التلقائي للقاضي من أجل التعديل أو الإعفاء من الشرط التعسفي هو مساس بحرمة العقد.

كونها لم توضح هل القاضي يتقيد بطلب المدعي طبقا لما تقتضيه القواعد العامة التي تقتضي أن القاضي يتقيد بما يطلبه الخصوم ولا يجوز أن يقضي بأكثر مما يطلبه الخصوم أم أنه يجوز له أن يعمل سلطته التقديرية ويقضي إما بالتعديل أو الالغاء حسب ما يراه هو أفضل للعقد ومصلحة طرفيه إعمالا لقواعد العدالة كما نصت المادة 110، وهذا الموقف الذي انتهجه عندما نظم أحكام الفسخ القضائي في نص المادة 119 من القانون المدني حينما خوله سلطة تقديرية واسعة بين فسخ العقد أو تأجيل تنفيذ الإلتزام [1].

ويجب الاشارة هنا أن رغم ما خوله المشرع من سلطة للقاضي، غير أنها لم تبلغ حد إبطال العقد أو ابطال الشرط ولو كان هذا الشرط هو الدافع على التعاقد[2].

واذا كانت المادة السالفة الذكر قد وضعت العدالة شرطا وحيدا لتفعيل سلطة القاضي، غير أن هناك شروط فنية أخرى على القاضي التقيد بها نتطرق لها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني :الشروط الفنية لتفعيل سلطة القاضي.

ان القاضي المدني وحتى يتمكن من تكريس سلطته المخولة له بموجب نص المادة 110 فلا بد أن يتقيد بمجموعة من الشروط الفنية والتي تتمثل في :

أولا: تكييف العقد :يقصد بتكيف العقد هو اعطاؤه الوصف الصحيح حتى يتسنى طبيق القواعد القانونية التي تلائمه[3]، وقبل أن يفعل القاضي سلطته المخولة له بموجب المادة110 من القانون المدني فان عليه تكيف العقد من خلال التأكد إن كان العقد من عقود الاذعان.

ثالثا: تكييف الشرط: بعد أن يتمكن القاضي من اسقاط الوصف الصحيح للعقد وتكيفه على أنه عقد إذعان، يقوم بعد ذلك بتكيف الشرط محل النزاع على أنه تعسفي، حتي يمكن له تطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني، والمشرع الجزائري لم يضع المعايير التي يعتمدها القاضي لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أولا، مما يفتح المجال واسعا أمام القاضي للاجتهاد الشخصي[4].

---

[1] _ يبدو من خلال صياغة نص المادة 110 من القانون المدني أن القاضي غير مقيد بطلب المدعي فهو من يقرر إما تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، وما يؤكد ذلك ربط سلط القاضي بتوخي العدالة التير تقتضي مراعاة مصلحة طرفي العقد، ذلك أن القاضي إذا ما تبين له أن مجرد تعديل الشرط التعسفي من شأنه يحقق العدالة ومصلحة كلا طرفي العقد فانه يقضي به، أما إذا رأى أن هذا لا يكفي لتحقيقها فانه يقضي بإعفاء الطرف المذعن منه.

[2] _ أصاب المشرع في ذلك لأن عقد الإذعان المتضمن الشرط التعسفي هو عقد صحيح لا يشوبه البطلان، كما أن إرادة الطرفين صحيحة خالية من أي عيب، كل ما في أمر أن الشرط التعسفي يرهق كاهل المذعن ويخل بالتوازن الإقتصادي للعقد، وواجب القاضي يقتصر على المحافظة على هذا التوازن بهدف حماية الطرف المذعن من جهة وضمان استمرار العقد من جهة أخرى، لأن إرهاق كاهل المدين بشرط تعسفي قد يدفع الطرف المذعن إلى الإمتناع عن تنفيذ العقد مما يعرض العقد للفسخ.

[3] _ علي فيلالي ،مرجع سابق، ص 335.

[4] _ كان من الأفضل أن يقوم المشرع الجزائري من تحديد المعاير التي يعتمدها القاضي لتحديد الشرط التعسفي، وهذا تضيقا من السلطة التقديرية للقاضي التي قد تضر بمصلحة الطرف المذعن كون هذه السلطة ذات طابع شخصي وذاتي، تختلف من قاضي إلى أخر.

وإذا كان المشرع أغفل مسألة تحديد معاير ت تحديد التعسف من عدمه في القواعد العامة، فانه إستدرك الأمر ووضع قائمة بالشروط التعسفية وهذا من خلال نص المادة 29 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، وكذا المادة الخامسة المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2]، غير أن هذه القائمة ليست على سبيل الحصر إذ أن المشرع حاول من خلالها تعداد أكثر الشروط التعسفية شيوعا في عقود الاستهلاك بإعتبارها من أكثر عقود الاذعان إنتشارا وهي كذالك المجال الخصب للشروط التعسفية بإمتياز، ونظرا لذلك وضع المشرع معيارا لتحديد التعسف من خلال نص المادة الثالثة فقرة الخامسة من قانون 02/04 السالف الذكر وهو معيار الاخلال الظاهر بين حقوق وواجبات المهني والمستهلك، حتى تعتبر تعسفية، ولقد أوجبت المادة على القاضي أن يتأكد من أن الشرط وحده من يتسبب في الاختلال الظاهر، أم أن هذا الاختلال يرجع لإرتباط الشرط بشروط أخرى، كم أن القاضي يمكن له الاستعانة بما ستنشره لجنة الشروط التعسفية، وسواءا في القواعد العامة أو القواعد الواردة في القوانين الخاصة كالقانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، فان المشرع الجزائري أغفل مسألة وقت تقدير التعسف، هل يكون عند إبرام العقد أو عند تنفيذه، وهي المسألة التي فصل فيها المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 132_1 فقرة 5 من القانون الاستهلاك رقم96/95 الفرنسي بحيث أخذ بوقت تنفيذ العقد كما أنه وضح الأليات التي يعتمدها القاضي في تقدير التعسف والمتمثلة في الضروف المحيطة بالعقد وكذا الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، أو بشروط يتضمنها عقد أخر إذا ارتبط تنفيذ العقدين ببعضهما، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قيد سلطة القاضي بضوابط من شأنها تحقيق حماية حقيقية للطرف المذعن في العقد، على خلاف المشرع الجزائري الذي تعثر في هذه المسألة وكانت مساعيه ناقصة ومحتشمة[3].

بعد أن يتبن للقاضي أن عقد الاذعان الذي يدور حوله النزاع يتضمن شرطا تعسفيا، يقوم بتفعيل سلطته من خلال مجموعة من الأليات القانونية.

[1]_ المادة29 من قانون رقم 04 _02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، الصادرة بتاريخ 06/27/ 2004، المعدل والمتمم.

[2] _ المادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، المؤرخ في 09/11 /2009، المعدل والمتمم.

[3]_ شوقي بناسي، مدى خضوع المرافق العامة ومرتفقيها لقانون حماية المستهلك، مجلة ،إدارة صادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق والبحوث الجزائر، مجلة سداسية، العدد 24 لسنة 2002.ص 144.

المطلب الثاني : الأليات القانونية لتفعيل سلطة القاضي.

لقد خول المشرع الجزائري للقاضي في سبيل مواجهة الشروط التعسفية مجموعة من الأليات القانونية تتمثل في التفسير لمصلحة الطرف المذعن (الفرع الأول)،تعديل الشرط التعسفي والإعفاء منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التفسير لمصلحة الطرف المذعن.

تبنى المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني مصطلح التأويل وقصد به التفسير، وتفسيرالعقد هو عملية ذهنية قانونية يقوم بها القاضي من أجل إزالة الغموض الذي يكتنف العقد، وهذا من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن يترتب عن ذلك إحداث أي تعديل في العقد[1]، وعملية تفسير العقد تخضع لضوابط قانونية، ذلك أن سلطة القاضي في هذا الشأن ليست مطلقة، وهذا من أجل حماية الإرادة العقدية، فالعقد له حرمة كرستها قاعدة العقد شريعة المتعاقدان لا يجوز للقاضي أن يعدله أو أن ينهيه إلا في الحالات التي حددها القانون[2]، ولقد حددت المادة 111 والفقرة الثانية من المادة 112من القانون المدني هذه الضوابط التي تطبق على كافة العقود،غير أنه بالرجوع لنص المادة 112 فقرة [2]، فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جاء بإستثناء عن القاعدة التي تضمنتها ذات المادة في فقرتها الأولى والتي تنص على أن تأويل الشك يصب في مصلحة المدين، بحيث نصت على أن تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن، وهذا الأخير قد يكون دائنا أو مدينا، ومرد هذا الاستثناء يرجع إلى أن الطرف المذعن هو الطرف الضعيف إقتصاديا وهو الأجدر بالحماية، كما أن الطرف القوي في العلاقة العقدية هو من إنفرد لوحده في وضع شروط العقد، مما يجعل من العدل تحميله مسؤولية الغموض الوارد في العقد[3]، ورغم أن عقد الإذعان يتمتع كسائر العقود بحرمة مردها مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته المادة 106 من القانون المدين والتي تمنع القاضي أو أي طرف أجنبي عن العقد أن يمس أو يتدخل في الإرادة العقدية، إلى أن المشرع منح القاضي سلطة التدخل لتفسير الغموض الوارد في عقد الإذعان، وهذا الموقف من المشرع لا يعد مساسا للحرية التعاقدية، بل إن المشرع حرص على عدم المساس بحرمتها، لأنه منع القاضي من ممارسة سلطته في تفسير العقد بالشكل الذي ينتج عنه تعديل العقد، فسلطته تقتصر فقط على مجرد إزالة الغموض لا غ، وعليه فهي سلطة مقيدة وغير مطلقة، ولقد قيد

[1]_ العربي بلحاج ،مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، الجزء الثاني، المصادر الإدارية العقد والإدارة المنفردة ،دار هومة، الجزائر . سنة2015، ص 745- 748.

[2]_ المادة 106 من أمر 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ،ج ر، عدد 78، الصادر في 1975/10/30.

[3]_ لشعب محفوظ،مرجع سابق، ص152.

المشرع القاضي بضرورة مراعاة مصلحة الطرف المذعن[1]، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع في قانون حماية المستهلك وقمع الغش[2]، وإن تحديد معنى الشك هنا هيا مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا[3].

والملاحظ أن المشرع في نص المادة 111 قيد القاضي عند ممارس سلطة التفسير والتأويل، أن يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، غير أنه لم يقيد القاضي بذلك في حالة عقد الإذعان، وموقف المشرع منطقي جدا، ذلك أنه لاوجود للإرادة المشتركة للمتعاقدين، كون أن الطرف القوي قد إنفرد في وضع شروط العقد، ولم يشرك معه الطرف المذعن، هذا الأخير اقتصر دوره على الإذعان والتسليم بها فقط[4].

الفرع االثاني :سلطة القاضي في التعديل والعفاء.

لقد منح المشرع الجزائري بموجب المادة 110 من قانون المدني للقاضي المدني سلطة تعديل الشرط التعسفي الوارد في عقد الاذعان أو إعفاء الطرف المذعن منه.

أولا : تعديل الشرط التعسفي.

يقصد بالتعديل : <<إجراء تغير جزئي في العقد يشمل عنصرا من عناصره أو بندا من بنوده إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك على أن لا يصل هذا التغير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه...[5] >>، وعليه فإن تعديل الشرط التعسفي هو مراجعته من خلال الابقاء عليه مع رفع وجه التعسف عنه وهذه الأليه المخولة للقاضي تكرس تدخل القاضي في الارادة العقدية، ومن شأنها تحقق المصلحة الخاصة من خلال حماية المتعاقد الضعيف وتحقيق العدالة العقدية من جهة ومن جهة أخرى تحقق المصلحة العامة تحقيقا لمقتضياة السياسة الإقتصادية، والقاضي عند ممارسته لسلطته فان عليه أن لا ينتهك حرمة العقد بحث لا يأدي التعديل إلى ازالة العقد أو نقضه، فمجال سلطته ينقصر في اعادة التوازن بين

[1]_ بمقارنة نص المادة 112 فقرة 2 مع نص المادة 110، فان المشرع في تأويل الغموض الوارد في عقد الإذعان قيد القاضي بمراعاة مصلحة الطرف المذعن، أما عندما يبسط رقابته على الشروط التعسفية في عقد الإذعان فإنه يتقيد بمراعاة العدالة وهذا يعني مراعاة مصلحة طرفي العقد.

[2]_ المادة 17-20 من قانون 09_03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08.

[3]_ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 764.

[4]_جاك غشان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 2008، ص 96.

[5]_ الخطيب محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه اللإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس سنة 1992، ص1

الحقوق والالتزامات المترتبة على طرفيه فقط [1]، كما أن المعيار الوحيد الذي يعتمده القاضي هو العدالة، هو معيار ذاتي يختلف من قاضي إلى أخر.

والشروط التعسفية قد تتعلق بوسائل التنفيذ أو مدته، بحيث تتم ازالة التعسف بالزيادة أو الإنقاص، كأن يتضمن عقد التزويد بالكهرباء المبرم بين شركة سونلغاز والزبون بأنه سيتم قطع التزويد بالكهرباء في اليوم الموالي من تسليم الفاتورة للزبون، فيتدخل القاضي ويعدل هذا الشرط التعسفي بحيث يبقي على حق الشركة في قطع الكهرباء لكن بعد 15 يوما من تسلم الزبون للفاتورة، كما قد تكون في شكل شرط جزائي مجحف في حق الطرف المذعن، والشرط الجزائي هو :<< ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان – مسبقا وبطريقة جزافية_ التعويض المستحق في حال إخلال أحدهما بتنفيذ إلتزامه التعاقدي(2).>>، ولقد أجاز المشرع الجزائري اللجوء للشرط الجزائي كضمان للتنفيذ العيني للإلتزامات العقدية في نص المادة 183 من القانون المدني[3]، وفي إطار سلطة القاضي في حماية المذعن من تعسف الطرف القوي في العقد، فان المشرع خوله أن يخفض منه من خلال نص المادة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري[4] ويكون ذلك عندما يكون حجم الضرر الذي أصاب الدائن من بعدم تنفيذ المدين المذعن لإلتزامه أقل من التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي.

والقاضي هنا ليس عليه التخفيض إلى حد التساوي المطلق بين قيمة التعويض وحجم الضرر، وإنما عليه مراعاة العدالة اذ يخفض التعويض بما يتوافق مع الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام، كما خوله أيضا أن يزيد من الشرط الجزائي من خلال نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري[5] غير أن هذا السلطة مرهونة ومقيدة بوجود غش أو خطأ جسيم و، عليه فالأصل أن القاضي لا يجوز له التدخل والزيادة في الشرط الجزائي إذا ما تجاوز الضرر الذي أصاب الدائن قيمة التعويض المحددة فيه، غير أنه وإستثناءا يمكن له ذلك إذا ما أثبت الدائن وهو هنا الطرف المذعن كونه المتضرر من الشرط الجزائي أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما، غير أنه في حال صدر الغش لأو الخطأ الجسيم من غير المدين

[1] _ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، عقود الإذعان في القانون المصري _ دراسة فقهية مقارنة _ رسالة دكتوراه جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946، ص 285.

[2] _ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 64.

[3] _ تنص المادة 183 من القانون المدني على : "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مسبقا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181."

[4] ___ داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية _ دراسة مقارنة _مذكرة ماجيستار في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر ،2011، ص 259.

[5] _ تنص المادة 185 من القانون المدني على "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من القيمة إلا إذا أثبت أن أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما."

أو من الأشخاص الذين يستخدمهم، فإن القاضي لا يجوز له التدخل والزيادة في الشرط التعسفي لأن الخطأ والغش هنا يجب أن يكون شخصيا صادرا من المدين نفسه[1]، وتدعيما من المشرع لسلطة القاضي جعل أي أتفاق في العقد يجرد القاضي من سلطة التدخل لخفض أو زيادة الشرط التعسفي مخافا للنظام العام، وهنا ساير المشرع موقفه الذي تبناه في المادة 110 مكن القانون المدني حينما جعلى سلطة القاضي من النظام العام[2].

ثانيا: الإعفاء من الشرط التعسفي.

بالرجوع لنص المادة 110 من القانون المدني السالف ذكرها، يتبين أن المشرع قد وسع من سلطة القاضي إلى درجة إعفاء المدين المذعن من تنفيذ الشرط التعسفي، والمشرع قد منح للقاضي سلطة الخيار بين التعديل والإعفاء وسلطة الإختيار هذه لا يمارسها القاضي إعتباطيا، فالقاضي عندما يعرض عليه النزاع وبعد أن يتوصل إلى تكيف الشرط بأنه تعسفي، عليه أن يختار الإجراء الأفضل منهما والذي من شأنه يرفع التعسف ويحقق العدالة بين المتعاقدين، وفي حال الإعفاء من الشرط، فإن القاضي يرجوع إلى تطبيق القواعد العامة وإخضاع العقد لها، وهنا تتضح السلطة الإستثائية للقاضي[3]، ومن أمثلة ذالك أن يتضمن العقد شرطا بالإعفاء من المسؤولية العقدية، أو يتضمن تهديد المستهلك بانهاء العلاقة العقدية لمجرد رفض المذعن الخضوع لشروط تجارية جديدة يفرضها الطرف القوي في العقد[4].

وإننا نرى أن موقف المشرع من خلال منحه للقاضي سلطة الإعفاء من الشرط التعسفي هو موقف جريء مرده ثقة المشرع في القاضي بعتباره المكلف بتطبيق القانون وحماية المجتمع وأفراده وحرصا منه على حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان.

الخاتمة :

من خلال ما تم التطرق إليه، تبين لنا أن المشرع الجزائري واكب التطور الحاصل وتبنى الإتجاه الموضوعي من خلال تكريس الإرادة الموضوعية في التعاقد، ولعلى تكريسه للحماية القضائية للطرف المذعن في عقود الإذعان هو حالة تطبيقة مثالية للارادة الموضية في التعاقد، كما أنه من خلال كل ما تم إستعراضه خرجنا بمجموعة النتائج التاية :

1_ إن عقود الإذعان، هي عقود كغيرها من العقود التي يتحقق فيها ركن الرضا رغم إنفراد الطرف القوي في وضع شروطها وتحديد مضمونها.

[1]_ قربة رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض، دراسة في إطار المسؤولية العقدية _ مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 2013، ص 87.

[2]_ المادة 184 من القانون المدني الجزائري :"... ويكون باطلا كل رإتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه."

[3]_ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص250.

[4]_ المادة 29 من قانون 04_02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

2_ فتح المجال لسلطة القاضي لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان هو إعتراف من المشرع الجزائري بعجز مبدأ سلطان الإرادة لحماية الحرية العقدية والمحافضة على المساواة العقدية والتوازن الإقتصادي للعقد، وإقرار منه بتبني الإرادة الموضوعية.

3_ مباشرة القاضي لسلطته في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان لا يعد انتهاكا للحرية العقدية ما دام لا يرتب زوال العقد أو نقضه أو تحويره.

4_ عدم تحديد قائمة بالشروط التعسفية في القواعد العامة المنظمة لعقود الإذعان، وعدم وضع معاير مادية يستشهد بها القاضي، يفتح المجال للإجتهاد الشخصي للقاضي.

5_ عدم تقيد السلطة التقديرة الممنوحة للقاضي إلا بمراعاة العدالة، يفتح المجال نحو إعمال الإجتهاد الشخصي المبني على الرأية الذاتية للقاضي

ثانيا : التوصيات.

1_ تمكين القاضي من معاير مادية يسترشد بها لتحديد الشرط التعسفي.

2_ على المشرع إثراء النصوص القانونية المتعلقة بعقود الإذعان ومحاربة الشروط التعسفية في القواعد العامة من خلال تعديل القانون المدني وإضافة نصوص أخرى.

3_ على المشرع أن يضع قائمة بالشروط التعسفية لغلق باب الإحتهاد الشخصي المبني على النظرة الذاتية التي تؤدي لتناقض الأحكام القضائية.

قائمة المصادر والمراجع

النصوص القانونية:

أمر 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر في 197/10/30. قانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27.

قانون 09_03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08.

المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، المؤرخ في 09/11 /2009، المعدل والمتمم.

الكتب:

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،الطبعة الثالثة، 2000

علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام لمصادر الالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار النشر، الجزائر.

محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007 .

علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د ،ع ط، الجزائر، 2008.

عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدجنيب، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية.

الحكيم عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون اليمنيب في الالتزامات، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993.

سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006.

العربي بلحاج ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، الجزء الثاني، المصادر الإدارية العقد والإدارة المنفردة، دار هومة، الجزائر . سنة2015.

جاك غشان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 2008.

_SATIER .de conseille professionnels en droit privé , Daloz 1972, les contras p138

رسائل الدكتوراه:

بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون، كلية العلوم الانسانية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011 _2012.

عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، عقود الإذعان في القانون المصري _ دراسة فقهية مقارنة _ رسالة دكتوراه جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946.

الخطيب محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه اللإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس سنة 1992.

رسائل ماجستير:

_داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية _ دراسة مقارنة _مذكرة ماجيستار في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر ،2011.

_قربة رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض، دراسة في إطار المسؤولية العقدية _ مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

المقالات:

_رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الخامسش، جامعة شلف، الجزائر.

_محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

شوقي بناسي، مدى خضوع المرافق العامة ومرتفقيها لقانون حماية المستهلك، مجلة إدارة صادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق والبحوث الجزائر، مجلة سداسية، العدد 24 لسنة 2002.