إسباغ صفة الإذعان على العقود المختلة معرفيا

Adding compliance to cognitively dysfunctional contracts

*عيساوي رجاء طالبة دكتوراه
جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان.
raja.aissaoui@univ-tlemcen.dz

شيخ سناء، أستاذة محاضرة "أ"
جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان.
chikhsanaa@yahoo.fr

تاريخ الارسال: 2019/12/24	تاريخ القبول: 2021/06/29	تاريخ النشر: 2022/01/25

ملخص:

أوجدت التشريعات أساليب تعالج فيها اختلال التوازن العقدي الذي يؤثر بالمراكز العقدية للأطراف، ولذلك وفي سبيل إعادة التوازن العقدي واجه المشرع الشروط التعسفية في عقود الإذعان بمفهومها التقليدي كاستثناء على القاعدة العامة ثم أسبغ صفة الإذعان على العقود الناتجة من التفاوت المعرفي لتحقيق حماية واسعة للطرف الضعيف وهذا دون الإخلال بالأمن التعاقدي والقانوني.

الكلمات المفتاحية: عقد الإذعان، التوازن العقدي، التفاوت المعرفي، المستهلك، الطرف الضعيف.

***المؤلف المرسل:** عيساوي رجاء

Abstract:

The Legislation has created ways and methods to deals contractual imbalance, which affects the contractual centers of the parties. Therefore, in order to restore the contractual balance, the legislator faced arbitrary terms in adhesion contracts with traditional concept as an exception to the general rule and then bestowed the status of compliance with contracts resulting from knowledge inequality to achieve broad protection for the weak party. All of This Without prejudice to contractual and legal security.

Keywords: contract of adhesion, contract equilibrium, inequalities of knowledge, consumer, weaker party.

مقدمة:

ظهرت فكرة التوازن العقدي كثورة التجديد هبت على النظرية العامة للعقد، وفرضت نفسها كفكرة لها حضور في قانون العقود. فأخذ مبدأ سلطان الإرادة يتراجع أمام التغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية في المجتمعات الحديثة، لأن اختلال التوازن العقدي أفقد العقد وظيفته الاجتماعية[1] وسبب وجوده وبقاءه مما يستتبع اعتباره فاقدا لآثاره الملزمة، والوسيلة الوحيدة لجعله مجددا ملزما للأطراف تكمن في معالجة هذا الخلل.[2]

إلا أن التطور العلمي والتكنولوجي أسفر عن ميلاد علاقات استهلاكية جديدة تتسربل بطابع تقني وفني نظرا للتركيب المعقد للسلع والخدمات، فانصب الاهتمام على التفاوت المعرفي كسبب لعدم التوازن العقدي[3]، مما أدى إلى حدوث ثورة أخرى قادتها قوانين الاستهلاك التي جعلت من عدم التوازن المعرفي في العقود المعيار والمبرر لحماية المستهلك في مواجهة المحترف والوقاية منه تعني تحقيق مفهوم التوازن والتكافؤ في الأداءات.

وأمام اللامساواة في العلم من كون طرف يمتلك معلومات وبيانات حول ما يتعاقد عليه والآخر يفتقدها أوجدت التشريعات أساليب ذات طبيعة وقائية لمعالجة التفاوت الذي يؤثر على المراكز العقدية للأطراف، ففضلا عن فرض إلتزامات قانونية كالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي لتوفير حد أدنى من الحماية، تم تفعيل الوظيفة التفسيرية لفكرة التوازن العقدي من أجل رسم مجال تطبيق بعض القواعد والشروط، وتحديد الحالات المسموح فيها للقاضي بالتدخل في العقد من خلال التوجه إلى التوسيع في مفهوم عقد الإذعان لتصبغ صفة الإذعان على عقود حديثة أضحى الاختلال فيها راجع للتفاوت المعرفي الذي يمكن المتفوق صياغتها بصورة تصعب على الضعيف معرفيا فهمها أو إدراك الآثار المترتبة عليها، فإن التساؤل المثار: ما مدى إسباغ صفة الإذعان على العقود المختلة معرفيا بسبب التحديث في مفهوم عقد الإذعان؟ وما مدى أثرها في تحقيق الحماية للطرف الضعيف؟

للإجابة على هذا التساؤل، سنوضح في هذه الدراسة تحديث مفهوم عقد الإذعان (المبحث الأول)، وأثر إسباغ صفة الإذعان على العقود الحديثة في توسيع الحماية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديث مفهوم عقد الإذعان

إن عقد الإذعان حالة خاصة تتغلب عليه النزعة الاقتصادية ولا يخلوا من الخطر على المستهلكين نتيجة التطور الكبير في أساليب التعاقد التي فرضتها الحياة الاقتصادية الحديثة، ثم إن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا لعقد الإذعان في القانون المدني بل اكتفى بالنص على كيفية حصول القبول في هذا العقد[4]، منتهجا بذلك سياسية تهدف إلى وضع مبادئ عامة ومرنة تستطيع مواكبة الظروف المتجددة من قبل القضاء والفقه، حيث تسند لهذين الأخيرين بمهمة التجديد المستمر لهذه المبادئ والأفكار العامة بالشكل الذي يضمن في النهاية قدرتها على استيعاب المستجدات التي تحدث في المجتمع.[5]

وعلى إثر ذلك، لابد من اللجوء إلى الفقه لتحديد مفهوم عقد الإذعان، فنجد الفقه التقليدي حصر عقود الإذعان في طائفة ضيقة (المطلب الأول)، إلا أن الواقع الحالي دفع بالفقه إلى تطوير مفهوم عقد الإذعان محاولا تكملة ملامحه وتفصيلاته من اجل الوصول إلى مفهوم واسع لعقد الإذعان قادر على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف خاصة المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان

لم يجمع الفقه التقليدي على تعريف واحد، فعرفه أحد الفقهاء[6] على أنه "عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي".

فيظهر من هذا التعريف أنه بيان لضوابط عقد الاذعان ومجمل لكل صفاته حيث ذكر محل العقد الذي يرد عليه والمتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي وكذلك العلاقة بين طرفي العقد أي الموجب والقابل.[7]

فعقود الإذعان لا تكون إلا في حالة احتكار للخدمة، حيث يصدر الإيجاب لجميع المستهلكين وبشكل مستمر، وعادة ما يكون مطبوعا سلفا ومحددا لشروط عادة ما تكون في صالح الموجب، ولا يمكن للشخص العادي فهمها بسهولة.[8] وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الطيران التي تحتكر النقل الجوي، وشركات توريد الغاز الطبيعي التي تحتكر بيع هذه السلعة للمستهلكين، وعقود

إدخال الخدمة التلفونية[9]؛ أما إذا كانت الخدمة مقدمة من طرف عدة متنافسين فإن التعاقد معها لا يعد من قبيل عقود الإذعان.[10]

وعليه نجد الفقه التقليدي حصر عقود الإذعان في طائفة ضيقة حيث قام بوضع شروط ومعايير محددة على سبيل الحصر يجب أن تتوافر في أي عقد حتى يمكن وصفه بأنه عقد من عقود الإذعان.[11] وتمثلت في: 1-احتكار قانوني أو فعلي للسلع والخدمات؛ 2-ضرورية السلعة أو الخدمة[12]؛ 3-عمومية الإيجاب واستمراريته في شكل نموذج معد مسبقا أو في شكل شروط مفصلة لا يجوز فيها المناقشة.

مما يخرج هذا المفهوم الكثير من الشروط النموذجية المسيئة بأحد المتعاقدين التي لا يقبل فيها المتعاقد التعاقد بسبب ضعفه الاقتصادي، وإنما لضعفه المعرفي الذي يتجسد بعدم امتلاكه المعلومات الكافية في فهم ورفض مثل هذه الشروط.[13] كتلك الشروط التي تصاغ بطريقة غامضة ومعقدة يصعب فهمها وإدراك مضمونها إذا لم يكن له المعرفة الكافية مسبقا أو استعمال أساليب ذكية في صياغتها ككتابة شرط جوهري مع ثانوي،[14] وهذا يجعل الاتجاه التقليدي لا يتواءم البتة والتعاملات التعاقدية الحالية.

المطلب الثاني: المفهوم الحديث لعقد الإذعان

غيرت المبادئ المعاصرة -التوازن العقدي، مقتضيات حماية المستهلك-من مفهوم عقد الإذعان،[15] فالاتجاه المعاصر يسير نحو هجر المفهوم الضيق إلى فكرة أكثر اتساعا وهو الرأي السائد في فرنسا والذي تبناه عدد غير قليل من فقه المصري الحديث،[16] حيث يعرف حسب هذا الاتجاه بأنه: "العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية".[17] أو"انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينظم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله".[18]

فالمفهوم الحديث لعقد الإذعان قلص الشروط اللازم توافرها ليصبغ العقد بصفة الإذعان إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ولا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها.[19]

فالاتجاه الحديث هو مفهوم واسع، أهمل اشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية لإسباغ صفة الإذعان على العقد.[20] فضعف المستهلك وعدم التوازن بين مركز المتعاقدين لم ينشأ من احتكار الطرف القوي، بل إن صفة الإذعان تتأتى من عدم قدرة الطرف الضعيف على مناقشة شرط العقد المعد مسبقا من الطرف الآخر، وقله خبراته

في النواحي الفنية والاقتصادية والقانونية وتفوق الطرف القوي وتمكنه من فرض الشروط المختلفة من دون مفاوضة [21]، كالشروط التي تصاغ بطريقة غامضة والتي لا يقبل بها المتعاقد الآخر لولا ضعفه المعرفي.

ليتحدد معنى الإذعان في الانضمام لعقد نمطي أو نموذجي انفرد احد الطرفين بصياغته، وينضم إليه الطرف الآخر من دون أن يستطيع حقيقة تعديله فلا يكفي مجرد قبول العقد جملة دون مناقشة، بل ينبغي أن يستقل الموجب بصياغة العقد وتحديد شروطه، سواء تم ذلك من جانبه مباشرة أو بواسطة جهة أو هيئة تمثل مصالحه وحده.[22]

ثم إن المشرع الجزائري واكب الفكرة الحديثة لعقد الإذعان رغبة منه في توسيع نطاق هذا العقد بهدف حماية المستهلك من الشروط التعسفية الذي يمكن أن تتخلله دون اشتراطه لعنصر الاحتكار لسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك وذلك من خلال نصه في المادة 04 من القانون 04-02[23]: " العقد كل اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

فخصوصية الإذعان لا تظهر في سعي المتعاقد ورغبته في التفاوض أو إحجامه وعزوفه عن ذلك، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر، وذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد؛ ذلك أنه في الواقع يمكن أن يتم العقد بلا مفاوضات سابقة من دون أن ينطوي على إذعان، وهذا هو شان العقود البسيطة محدودة القيمة. وبالتالي اقتضى القول أن الإذعان ليس دائما وليد انعدام المفاوضات، وإنما يتحقق بالأحرى كنتيجة لحظرها.[24]

لذلك يجب حماية المستهلك في هذه العقود الحديثة التي يحظر فيها التفاوض والتي قد نظر إليها على أنها عقود إذعان، فيحق للمستهلك المطالبة بحمايته من الشروط التعسفية فيها، وهذا مرده أن هذه العقود يصعب التفاوض في شروطها.[25]

المبحث الثاني: أثر إسباغ صفة الإذعان على العقود المختلة معرفيا

حظيت فكرة الشرط التعسفي باهتمام المشرع كوسيلة لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية فبعدما أن كانت الحماية تقتصر على عقود الإذعان بمفهومها التقليدي، إن التوسيع في مفهومها كان له الأثر الواضح في تحقيق حماية واسعة للطرف الضعيف معرفيا من خلال إسباغ صفة الإذعان على عقود أخرى لا محل للاحتكار فيها

(المطلب الأول) و ذلك بتبني التوازن العقدي كآلية ومطلب من متطلبات الدولة المعاصرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إسباغ صفة الإذعان على العقود الحديثة يحقق حماية واسعة للمستهلك

إن المفهوم الضيق لعقود الإذعان عبر عن أفكار اتفقت مع النظرية القديمة التي كانت تتحفظ بكل ما يقيد مبدأ سلطان الإرادة ولكنها اليوم أضحت شاذة في وقوفها في وجه حماية المستهلك.[26]

وبطبيعة الحال استخدمت فكرة التوازن العقدي كعامل مساعد في رسم مجال تطبيق بعض القواعد[27] فتم توسعة مفهوم عقد الإذعان بالشكل الذي يضمن قدرتها على استيعاب المستجدات التي تحدث في المجتمع وينسجم مع التطورات الصناعية وكثافة الإنتاج وظهور رؤوس الأموال الضخمة، وتعدد المشروعات، حيث أصبح المستهلك في ظل هذه التطورات، مخيرا في أن يختار أي سلعة أو خدمة معينة، ومن أي محل أو مشروع تجاري، ولكن حظره من التفاوض بشأن شروط العقد هو حد في ذاته صفة الإذعان.

وبرر أصحاب الاتجاه الموسع في تحديث مفهوم عقد الإذعان بأن حماية المستهلك من جور الطرف القوي هي الغاية الأساسية من تنظيم عقود الإذعان[28]، فالمستهلك اليوم بحاجة ماسة للحماية في ضوء التفاوت في الخبرة والعلم في مجال المعاملة بين الطرفين المقبلين على التعاقد، فإذا كان اهتمام المشرع والقضاء بالطرف الضعيف في عقد الإذعان نابع من الرغبة في إعادة التوازن والعمل على وجود علاقات عقدية ذات أداءات متوازنة، فان الغاية تجد لها نطاقا واسعا حاليا في ظل نماذج العقود التي بانت نتيجة حتمية لتنوع الانتاج وكثافة التوزيع.[29]

هذه الحماية التي أقرها المشرع الجزائري للطرف الضعيف معرفيا، أوكل مهمتها للقاضي من خلاله منحه سلطة تكييف[30] طبيعة العقد، من خلال البحث في عناصر العقد وطبيعته القانونية لأجل التأكد ما إذا كان العقد قد تم بطريق الإذعان وبالتالي تشمله الحماية القضائية المقررة له قانونا.

ومع التطور الذي يشهده العصر الحديث ظهرت صور جديدة لعقود الإذعان للمعرفة التعاقدية دور فيها، إلى جانب الصور التقليدية ولذلك فان كل العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة يمكن أن تندرج ضمن عقود الإذعان إذا ما توافرت فيها الشروط اللازمة.[31] إذ لم تعد عقود الإذعان مقصورة على عقود الاستهلاك[32] بل امتدت إلى

معظم صور العقود كعقود خدمات ما بعد بيع العقار[33]، عقود العمل في الصناعات الكبيرة، وعقود النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وشركات السيارات العامة، وشركات البواخر، وشركات الطيران.

فالمستقر عليه فقها وقضاءا[34] أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد لعقود الإذعان أين يكون المؤمن له الطرف الضعيف في العقد لا يملك مناقشة ومفاوضة الشروط التي يمليها المؤمن وكل ما له قبول الشروط النمطية المطبوعة التي يمليها المؤمن أو رفضها.

هذا وحتى وإن كانت بعض الشركات تسمح للمؤمن له بإدخال تعديلات طفيفة على بعض الشروط التي تدرج عادة تحت قائمة الشروط الخاصة، إلا أن هذه التعديلات لا تمس الشروط الجوهرية لعقد التأمين ولا تنال من وصف عقد التأمين كعقد إذعان.[35]

وهذا دليل على الأخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان والقائم على معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده؛ وليس على معيار الاحتكار لوجود الكثير من شركات التأمين والمنافسة موجودة بينها.[36]

وتعد العقود البنكية أيضا المثال الوصفي لصفة الإذعان بحيث تتسم هذه العقود باختلال في التوازن العقدي، لأنها غالبا ما تكون مدرجة ضمن نماذج معدة مسبقا من قبل البنك لكثرة العمليات اليومية التي يقوم بها، حيث ينفرد البنك بوضع شروطها ويتمتع بسلطة تعديلها وإلغائها كونه يتمتع بسيطرة فعلية وقانونية في هذا المجال باحتكاره تقديم الخدمات البنكية، وفي المقابل ليس للزبون المتعاقد سوى القبول أو الرفض، دون إمكانية مناقشة تلك الشروط أو التفاوض بشأنها.[37]

فالعقد البنكي يتسم بصفة الإذعان وفق المفهوم التقليدي لإمتلاكه سيطرة فعلية وقانونية على هذا المجال تمكنه من فرض شروط لا تقبل مفاوضة، ووفقا للمفهوم الحديث لإنفراد البنك بوضع الشروط دون إمكانية مناقشة شروطها حتى ولو لم يكن للبنك تلك السيطرة فهو يملك من المعرفة ما تمكنه من وضع شروط لا يستسيغ للزبون المستهلك فهمها والتوجه نحو التعاقد دون إدراكه لخطورتها.

كما أن الإنسان لا يستطيع الاستغناء عن الاشتراك في عقود الخدمات العامة التي تعتمد على استخدام النماذج النمطية للعقد التي ليس للطرف الآخر إلا قبولها أو رفضها دون الحق في تغييرها أو مناقشتها، كعقد الاشتراك مع شركات المياه والنور والغاز والتيليفون، والتعاقد مع مصلحة البريد والتلغراف، عقود تأجير السيارات،[38] عقود

السياحة والأسفار خصوصا في حالة أداء مناسك الحج،[39] وتعد الدولة الحديثة اكبر متعاقد عن طريق عقود الإذعان.[40]

فالمشرع رغب في التحلل من فكرة الاحتكار القانوني والفعلي للسلعة والخدمة بإقراره العقود النموذجية كوسيلة لإبرام العقود لاسيما العقود الالكترونية[41] التي تشهد نموا متزايدا، والتي تشكل حقيقة عقود إذعان[42]، لأنه يصعب التفاوض بشأنها[43]، ذلك أن المهني (الموجب) في مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي، وأن الإيجاب يكون عاما موجه لجمهور غير محدد، ولوقت غير محدد، وتتم صياغة شروطه في قالب نموذجي تتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل فنية دقيقة تفتقر إلى الوضوح وإن كانت واضحة فلا يتيسر فهمها للمستهلك العادي.[44]

والملاحظ هنا أن المشرع اتجه إلى المفهوم الواسع لعقد الإذعان[45] ووسع من الحماية المقررة للمستهلك إذ أصبح بالإمكان إسباغ صفة الإذعان على العقود التكنولوجية التي تبرم بوجود اختلال التكافؤ المعرفي بين طرفيها والتي ينفرد في تحريرها احد المتعاقدين، ويتجسد موقف الآخر بقبول العقد أو رفضه دون تعديل أو مفاوضة، وبالتالي إمكانية تدخل القاضي في الكثير من العقود من أجل تعديل الشروط التعسفية التي يمكن أن تعد وسيلة فعالة لإزالة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين.

المطلب الثاني: إسباغ صفة الإذعان على العقود المختلة معرفيا يحقق التوازن العقدي

ظهرت فكرة التوازن العقدي بظهور الفكر القانوني كفكرة تتعلق بالعدالة التعاقدية،[46] وتطورت عبر المراحل التاريخية المختلفة، وأحدثت ثورة في النظام القانوني ككل خصوصا في نظرية العقد التي تعرف بالثبات والاستقرار، فبعدما أن كانت منحصرة في إطار ضيق أصبحت أكثر مرونة وتماشيا مع العالم الخارجي.[47]

ذلك أن التوازن العقدي في ظل النظرية التقليدية للعقد أي في ظل مبدأ سلطان الإرادة كان يقدر وفق معيار شخصي ذاتي بحث يرجع إلى أن لكل شخص: الحرية في التعاقد أو رفض التعاقد، حرية اختيار المتعاقد معه والحرية في تحديد مضمون العقد، فكان العقد عادلا مهما كان مضمونه مادام الفرد حر غير مقيد. ولكن بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أصبح للتوازن العقدي مفهوم موضوعي[48] ينشغل بتحقيق التوازن بين الأطراف مستهدفا تحقيق المساواة، العدالة وحماية الطرف الأكثر ضعفا، بالإضافة إلى إضفاء جانب أخلاقي على العقد وبالتالي تحقيق العدالة التعاقدية.

لأنه من الخطأ تجميد العقد على الإرادة المتفق عليها لحظة الإبرام، ومن غير العادل متابعة تنفيذ العقد نظرا لاختلال توازنه، فهنا مبدأ الاستقامة التعاقدية يفرض أن يقبل المتعاقدان بتدخل القاضي وتنفيذ الالتزامات المضافة بحسن نية.[49]

وطالما أن المساس بالعقد يحتاج دائما إلى تبرير، احتج بالتوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف كمبرر لتدخل القاضي كونه إنقاذ للعلاقة التعاقدية بيد يمكن للمتعاقدين الوثوق فيها وهي يد القاضي المدني الذي يقوم بهذه المهمة.[50]

وبالتالي فكرة التوازن العقدي كان لها الفضل في انصراف إرادة المشرع إلى التخفيف من آثار مبدأ الحرية التعاقدية والتعسفات الناجمة عنه عن طريق إيجاد آليات متعددة لمعالجة مختلف التفاوتات الاقتصادية الحاصلة اثناء إبرام العقد بصفة استثنائية[51] تجسدت في تبنيه عقود الإذعان وإعطاء القاضي سلطة التدخل في العقد في حالات محددة قانونا.

ثم اصبحت عقود الاذعان بما تتضمنه من شروط تعسفية تخل بالتوازن العقدي[52] تزداد رويدا رويدا، وأصبح العمل بها واسعا يمتد لكافة مجالات الحياة ولا يقتصر فقط على السلع الضرورية التي هي محل احتكار الطرف القوي في العقد[53]، لأن التطور العلمي أفرز تفاوتا معرفيا[54] بين أطراف العقد، بحيث أصبح هناك طرفا يمتلك معلومات وبيانات عالية عما يتعاقد عليه، والآخر نقيض ذلك يفتقر للمعلومات والبيانات، وهي فرصة أخرى انتهجها القوي لفرض شروطه على الطرف الضعيف.

فاستخدمت نفس الفكرة من أجل التوسيع في مفهوم عقد الإذعان بالشكل الذي يضمن استيعاب المستجدات التي تحدث في المجتمع، وبالتالي إسباغ صفة الإذعان على العقود المختلة معرفيا، خصوصا وأن الانتاج الضخم والتوزيع الكثيف يفرضان استعمال العقود النموذجية بشروطها، فان تنظيمها الأحادي الجانب هو المصدر الفعلي للإساءة بمبدأ التوازن العقدي، ويشكل خطرا حقيقيا على الرضا في العقد وإعطاء الطابع الوهمي له، لان في هذا التنظيم ما يسمح للطرف القوي من وضع ما شاء من شروط تعسفية بحق الطرف الاخر. [55]

ففكرة التوازن العقدي لها بعد وهدف يتمثل في الإبقاء على العقود خير من هدمها فهي بمثابة ضمانة لاستقرار العقود.[56] لأنها تحقق العدالة بمنظور لين يحث على ضرورة وجود ملاءمة بين أحكام القانون واحتياجات المجتمع[57] وفقا لمقتضيات الأمن التعاقدي[58] بصفة خاصة والأمن القانوني[59] بصفة عامة الذي يتحقق إذا لم يكن هناك

مبالغة في الشدة ولم يكن هناك مبالغة في الليونة، لما يتطلبه من اقتضاء الحذر عند توقع المخاطر العقدية والتصدي لها[60].

الخاتمة:

نخلص في الأخير إلى أن حماية الطرف الضعيف أضحت في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة، ومن متطلباتها. فعلى مر الفكر القانوني يعمل كل من الفقه والقضاء والمشرع على إيجاد أساليب تعالج اختلال المراكز العقدية وإعادة الوظيفية الاجتماعية للعقد، من هاته الأساليب اسبغت صفة الإذعان على عقود حديثة أضحى الاختلال فيها راجع للتفاوت المعرفي الذي يمكن المتفوق من صياغة شروطها بأسلوب صعب ودقيق يصعب على المتعاقد الآخر فهمها وإدراك الآثار المترتبة عنها ومن ثم إعادة التوازن العقدي.

هذا التوجه، وسع الحماية للطرف الضعيف وفقا للمستجدات والتطورات الصناعية وكثافة الانتاج ومرده في ذلك أن هذه العقود، عقود إذعان يصعب التفاوض بشأنها.

الهوامش:

[1] ريما فرج مكي، تصحيح العقد ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص.374.

[2] بذلك تدخلت الدولة في العديد من العقود سواء في مرحلة تكوينها أو تنفيذها من أجل إعادة التوازن العقدي إما بتوسيعها للنظام العام التقليدي إلى النظام العام الاقتصادي التوجيهي وإلى النظام العام الإجتماعي والإقتصادي الحمائي وإما بتبنها فكرة الطرف الضعيف من أجل تكريس العدالة العقدية عن طريق تدخل القاضي في العقد في حالات محددة قانونا". مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2009/2008، ص.85.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص.7. وص.8.

[4] المادة 70 الأمر 75-85 المؤرخ في 1975/10/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

[5] ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية: دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص.37.

[6] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص.82.

[7] رحمون عامر، عقود الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد الأول ،العدد23، 2015، ص.220.

[8] الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة-، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد الثاني، جوان 2014، ص.100.

[9] عقد خدمات الهاتف المحمول، في العراق أو الجزائر، يتصف بصفة الإذعان لقلة عدد الشركات الموردة لخدمة الاتصالات وبالتالي تحتكر مجال الاتصالات إضافة الى أن الايجاب فيها عام ومصاغ بطريقة صعبة الفهم من قبل المشترك البسيط، بينما تختفي يكون هذه الصفة –الإذعان- في الدول التي تتواجد فيها شركات عديدة، وبالتالي يؤدي إلى التنافس بين هذه الشركات بشكل حاد، فتطرح كل شركة خدماتها بشروط معقولة لا تثقل كاهل المشترك لانها تهدف الى تحقيق اكبر عدد من الربح، كما ان للمستهلك حرية الاختيار في ان يتعاقد مع المورد الذي يحقق مطالبه وطموحاته.". أسيل باقر جاسم، كاظم فخري علي، المفهوم القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية بحثية متخصصة صادرة عن جامعة بابل العراقية، العدد2، السنة السادسة، ص.335.

[10] معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987، ص.144.

[11] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص.85.

[12] عرفت محكمة النقض المصرية السلع الضرورية بأنها السلع التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها... كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة أو الإتجار فيها لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقد ". نقض مدني 12 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة2، رقم 80، ص.492. مذكور لدى: ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك...، المرجع السابق، ص.50.

[13] صفاء متعب فجة، التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد، دراسة مقارنة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة الكوفة العراق، المجلد 1، العدد28، 2016، ص.331.

[14] إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراق، المجلد1، العدد1، 2009، ص.189.

[15] إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص.200.

[16] رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الالكتروني-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، صفحة 205.

[17] عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، الاردن، ص.117.

[18] « Le contrat d'adhésion peut aussi étre défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre adhére sans possibilité réelle de le modifier. »

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص.97.

[19] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص.85.

[20] رحمون عامر، المرجع السابق، ص.220.

إضمحلت فكرة الاحتكار الفعلي أو القانوني لاعتبارين: 1- إن الاحتكار فكرة غير منضبطة ولا تصلح كمعيار للعلاقة بين طرف قوي وطرف ضعيف إذ ان شرط الاحتكار ليس شرطا مستقلا، وإنما هو قرينة على أن القبول قد اقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة سلفا من جانب الموجب دون امكانية مناقشتها أو تعديلها. 2- إن المذعن قد يلجا للتعاقد مع الطرف القوي بسبب تخصص الطرف القوب وخبرته لا بسبب احتكاره لسلعة او خدمة ضرورية فعدم التوازن هنا راجع اذا ذات العلاقة العقدية كونها بين طرف ضعيف يقوم بعملية منفردة ومحترف او منتج متخصص يقوم بعمليات متكررة". عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر1، 2013/2012، ص.49. رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص.206. إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص.206.

[21] زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية دورية محكمة، المجلد2، السنة5، العدد19، ايلول 2013، ص.427.

[22] فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر،2017، ص.181.

[23] القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج .ر صادرة في 27 يونيو2004، عدد41. المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 08رمضان 1431 الموافق ل 15أوت 2010، ج.ر مؤرخة في 18 أوت 2010،عدد46.

[24] فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص.182.

[25] سليمة لدغش، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت بين الواقع والضرورة، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، العدد الرابع، أفريل 2017، ص.367.

[26] محمد احمد عبد الحميد احمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2015، ص 130.

[27] درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص.117.

[28] دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012/2011، ص.62.

[29] إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص.204.

[30] أمال بوهنتالة، وسلوى قداش، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القاضي، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع عشر، أفريل 2017، ص 249.

[31] علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، 2011، ص.77.

[32] أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011، القاهرة، ص.16.

[33] عقد خدمات ما بعد بيع العقار، هو عقد يلتزم بموجبه مقدم الخدمة (المستثمر) بتقديم الخدمات المتفق عليها في العقد كافة أو التي يقتضيها العرف، لمستفيد (مالك العقار) بفترات دورية أو صورة مستمرة أو عند الحاجة مقابل عوض نقدي يسدد من قبل الاخير لقاء هذه الخدمات.

ويعتبر عقد خدمات ما بعد بيع العقار المبرم من عقود الإذعان. وذلك لأن المستفيد لا يملك التفاوض على بنود هذا العقد فليس أمامه إلا أن يبرم العقد أو يرفضه، كون شروط العقد موجهة للكافة (لكل من يرغب بشراء الوحدة السكنية في هذه المجمعات) دون تمييز بين أي شخص، وكذلك فإن محل العقد يتعلق بتقديم خدمة مهمة بالنسبة للمستفيدين كونها من ضروريات الحياة القاطنين في المجمعات السكنية في الوقت الحاضر". مهند ابراهيم، صهباء نزار ناظم، صفة الإذعان في عقد خدمات ما بعد بيع العقار، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك ، العدد6، 2017، ص.103.

[34] وما يؤكد على ذلك ما قررته محكمة النقض الأردنية:" أن عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم المؤمن لوحده بطباعة نماذج العقد، ويضع في البويصلة شروطا لا يقبل بها نقاشا" . دالي بشير، مبدا تأويل العقد: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص.45.

[35] علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص.77.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2015/10/22 بأن: "عقد التأمين هو عقد إذعان وشرط التنازل عن أي مطالبة بالتعويض يعتبر تعسفيا، يعطي للمؤمن له الحق في طلب التعويض وفقا للمادة 110 من القانون المدني. التنازل المنفصل عن عقد التأمين يعتبر رضائيا وليس عقد إذعان ولا يخضع لأحكام المادة 110 من القانون المدني". قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2015/10/22، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2015، ص.37.

[36] علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص.77.

[37] تدريست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد15، العدد01، 2017، ص.238.

[38] عقود تأجير السيارات من قبل العقود التي تقدم خدمات عامة والتي قضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في 6/كانون الثاني/1994، أن "عقود تاجير السيارات المعروضة من قبل الشركة المؤجرة للمستأجرين هي عقود اذعان مفروضة على هؤلاء بالنظر على موقع الشركة الاقتصادي وبالتالي تعتبر المحكمة أن ما ورد في هذه العقود من التزامات ملقاة على عاتق المستأجر شروطا تعسفية فتبطل، حتى ولو تمت في ظروف غير متوقعة، أو غير قابلة للتوقع (قوة قاهرة)" . مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.758.

Cass.civ.6 janv.1994.J.Gp. 1994.22237.note.paisant et D.1994. I.R27.

[39] إن عقود السياحة والأسفار التي لا غنى عنها في حالة أداء مناسك الحج والعمرة، أكد المشرع الجزائري على طابع الإذعان فيها في نص المادة 16 من القانون رقم 06/99 التي جاء فيها مايلي: "عقد السياحة والأسفار يثبت عن طريق تسليم مستند معد من طرف الوكالة يحدد وواجبات أطراف العقد ويوافق عليه الزبون". قانون رقم 99-06 مؤرخ في 4أبريل 1999، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 7 ابريل 1999م، السنة 36، العدد24، ص.14.

[40] محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المصاحبة لها: انموذج الهيئة القومية للكهرباء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة إفريقيا العالمية السودان، العدد3، 2004، ص.285.

[41] قانون رقم 18-05 مؤرخ في24 شعبان1439 الموافق لـ 10مايو2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد28.

[42] زروق يوسف، حماية المستهلك من الإذعان في عقود الاستهلاك الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد الثاني، العدد 25، ص345. 2015/12/15.

-"عقود التجارة الالكترونية ليس بالضرورة تكون فقط عقود إذعان، وإنما هي تارة عقود إذعان وتارة أخرى عقود تفاوضية، وفقا لظروف كل عقد على حدى". يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس- فلسطين، 2007، ص.21.

[43] عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص.45. عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص.130.

[44] رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص.43.

[45] حابت آمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2015/09/30، ص.54.

[46] جوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه، فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة والمحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع فلا وجود للنظام بدون العدالة"؛ خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص.11.

[47] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.18.

[48] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.46. وص.80.

[49] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص.375.

[50] عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص.14.

[51] خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، العدد5، 2016، ص.309.

[52] فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص.240.: " اهم مظاهر اختلال التوازن العقدي في عقود الاذعان، تكمن في الآتي: 1-قيام مجموعة من الخبراء المتخصصين في مجال العقود، بإعداد نماذج عقدية، ومن ثم تضمينها بالعديد من الشروط التي تحقق الفائدة لمصلحة أحد أطرافها على حساب الطرف الآخر، ومن ثم تنشأ علاقة غير متكافئة شأنها في ذلك كشأن عقود الاذعان، 2-انفراد احد اطراف العقد بوضع شروط العقد في ضوء الحرية التعاقدية التي يتمتع بها، ومن ثم إيراد هذه الشروط بما تحقق له مصلحته وفائدته، 3-السرعة التي تبرم فيها هذه العقود، التي لها الدور الكبير بعدم إتاحة الفرصة للطرف الضعيف، كفرصة الإطلاع عليها وما تتضمنه من شروط أو بنود وعليه فإن هذا الطرف يتعاقد من دون الإلمام الكافي أو في الأقل تقدير مداها وأثارها، ما يجعل الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي."

[53] أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص.16.

[54] "يوصف هذا التفاوت المعرفي بين المتعاقدين، بانه انعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين بالمعرفة المتعلقة بالعقد في مرحلة تكوينه، ويدخل في تكوين فكرة التفاوت في المعرفة عنصران يتمثل اولاهما في عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين مما يؤدي الى اختلال الموازنة في المراكز العقدية بشأن المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد، وثانيهما يتمثل في عنصر التفاوت في الخبرة مما ينجم عنه عدم المساواة في المقدرة التفاوضية بسبب امتلاك احد الاطراف الكفاءة والخبرة، وآخر لا يتمتع بالقدرة التفاوضية لانه لا يمتلك الخبرة الكافية". صفاء متعب فجة، المرجع السابق، ص.317. ومايليها.

[55] جاك غستان، المرجع السابق، ص97. و.98.

[56] سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون: تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص.112.

[57] THOMAS PIAZZON, La sécurité juridique, alpha, 2010, page 309.

[58] "إن هاجس توفير الأمن التعاقدي، ينطلق من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه، ويتجلى من خلال مرتكزات ينبني عليها: مبدأ القوة الملزمة للعقد وإمكانية تأثرها بنظرية الظروف الطارئة، تنفيذ العقد بحسن نية، احترام الأطراف للمراكز القانونية الناشئة عن العقد، الإبقاء على العقد ما أمكن، سواء في حالة كون العقد محل تأويل، أو في حالة وجود ما يهدد صحته أو تنفيذه، إذ تقتضي فعالية العقد الإبقاء عليه، مبدأ استقرار العقد، الذي يؤدي إلى القول بأمن التصرفات والحفاظ عليه من باب الأمن القانوني.". عبد المجيد غميجة، أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي وتحديات التنمية المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات-المغرب، 18 و19 أبريل، 2014، ص.3.

[59] الأمن القانوني هو كل ضمانة، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين ودون مفاجئات حسن تنفيذ الالتزامات، والحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون أو خفضه إلى نسبة معقولة. إذ يقتضي هذا المبدأ أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن تكون مفهومة، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على ذلك الاستقرار، أي أن لا تخضع إلى تغيرات متكررة وأن تكون قابلة للتوقع بشكل يسمح للأفراد تنظيم علاقاتهم من الناحية القانونية بشكل مقبول . عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاء بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء-المغرب، 28 مارس 2008، ص.6.

[60] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص.356. وص.380.