ضبط مفهوم الشروط التعسفية في عقد التأمين

Determine the concept of abusive clauses in the insurance contract

قورش قورش ليلى *
طالبة دكتوراه
جامعة الجزائر1 يوسف بن خدة-كلية الحقوق-سعيد حمدين
leilagourchgourch@gmail.com

تاريخ الارسال: 2019/10/15	تاريخ القبول: 2022/11/24	تاريخ النشر: 2023/01/15

ملخص:

يعتبر عقد التأمين من العقود النموذجية التي يتولى فيها المؤمن إعداد هذا النموذج بصفة منفردة دون أن يكون للطرف الآخر أي المؤمن له الحق في المشاركة بوضع بنود هذا العقد، حيث تقتضي النموذجية أن يفرض المؤمن شروطًا على المؤمن له، الذي لا يملك سوى خيار قبول هذه الشروط أو رفضها دون إمكانية تعديلها أو مناقشتها، وفي كثير من الأحيان يفرِض المؤمن شروطًا قد تنطوي بعضها على قدرٍ كبيرٍ من الظلم والتعسف في حق المؤمن له، الأمر الذي يثير مسألة ضبط مفهوم الشروط التعسفية من الناحية القانونية بما في ذلك العناصر المكونة للشرط التعسفي وصوره، ليتسنى فيما بعد تحديد الحماية المناسبة للحد منها.

الكلمات المفتاحية: عقد التأمين؛ الشروط التعسفية؛ إختلال التوازن العقدي؛ الإذعان؛ التفوق الإقتصادي.

Abstract:

The insurance contract is a typical contract, in which the insurer prepares this form individually without the other party having any insured's right to participate in setting out the terms of this contract. The model requires that the insurer impose conditions on the insured, so that the latter has only the option of accepting or rejecting these conditions without the possibility of modification or discussion, as it often imposes conditions some of which may involve a great deal of injustice and arbitrariness against the insured, which raises the question of defining the concept of abusive clauses from a

legal point of view, including the constituent elements and forms of the arbitrary clause, so that appropriate protection can be identified to reduce them.

Key words: Insurance contract; abusive clauses; contractual imbalance; acquiescence; economic superiority.

مقدمة

ساهم التفاوت بين الطرفين المتعاقدين من الناحية المادية في ظهور ما يسمى بعقود الإذعان، بحيث يتحقق هذا النوع من العقود حين يكون أحد طرفي العقد مستأثر بخدمة أو محتكرًا لسلعة، الأمر الذي يجعل الطرف الثاني يذعن لشروطه، ومما لاشك فيه أنَّ التطور الصناعي والتكنولوجي الهائل وما نشأ عنه من تنوع في الخدمات والسلع والمنتجات، الأثر الفعَّال في تطور صيغ العقود وتقوية النزعة الإستهلاكية لدى الأفراد وحثهم على التعاقد دون مناقشة بنود العقد، ذلك بالتحديد ماساهم في إتساع نطاق التعاقد وفق شروط موحدة، عامة، مجردة، معدة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين، حيث أنَّ واضع هذه الشروط في الأغلب هو الطرف المتمتع بالقوة التعاقدية.

يُعرِّف الفقه[1]عقد الإذعان بأنَّه: "العقد الذي يضطر فيه أحد طرفيه قبوله جملة دون مفاوضة أو تغيير في شروطه"، فهو عقد ينفرد فيه المتعاقد القوي بصياغة شروطه وبنوده بحيث لا يكون أمام المتعاقد الآخر إلَّا قبوله جملة أو رفضه جملة وعادة ما يخضع هذا الأخير لشروط العقد نظراً لحاجته الملحة والضرورية له.

يتميز عقد الإذعان بمجموعة من الخصائص أهمها، إحتكار السلعة أو الخدمة، إحتكاراً فعلياً أو قانونياً، بالإضافة إلى إنفراد أحد طرفي العقد بصياغة العقد وتحديد شروطه مع عدم جواز المفاوضة في الشروط الواردة بالعقد، وكذا إرتباط موضوع العقد بسلع أو خدمات أو مرافق من الضروريات بالنسبة لجمهور المستهلكين بحيث لا يكون بمقدورهم الإستغناء عنها، إذْ تعتبر هذه السلع أو الخدمات أساسية بالنسبة للمستهلك.

يُعدُ عقد الإستهلاك عقد إذعان بإمتياز، بحيث يُعتبرُ مجالًا رحبًا لإستغلال المهنيين لوضعيتهم المتميزة من خلال الشروط التي تتضمنها عقودهم، إذْ لا يملك المستهلك في هذه الحالة إلَّا الخضوع لهذه الشروط التي تغلب فيها بشكل غير معقول مصالح المهنيين على مصالح المستهلكين، مثلما هو الحال في عقد التأمين.

يعتبر عقد التأمين من عقود الإستهلاك من جهة، ومن جهة أخرى، يُبرم بطريقة الإذعان، حيث أنَّ المؤمن هو المسيطر والمتحكم في سوق التأمين، وهو الطرف الواضع لشروط العقد، دون أن يكون للمؤمن له الحق في مفاوضة هذه الشروط وتعديلها.

إنَّ شروط عقد التأمين عادةً ما تكون غامضة وغير واضحة، الأمر الذي قد يساهم في أن يُدرج المؤمن شروطًا تعسفية من شأنها الإضرار بمصلحة المؤمن له، ومن هنا جاءت ضرورة ضبط مفهوم هذه الشروط من أجل أن يتسنى فيما بعد تحديد الحماية المناسبة للحد منها، وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ماهي الضوابط التي تُميّزالشروط التعسفية عن باقي الشروط في عقد التأمين؟

يثير موضوع ضبط مفهوم الشرط التعسفي في عقد التأمين مجموعة من التساؤلات منها ما يتعلق بالتدقيق في مدلوله وذلك بموجب مختلف النصوص القانونية والمعايير التي اعتمدت عليها هذه النصوص لتعريف الشرط التعسفي في عقد التأمين، ومنها ما يتعلق أيضا بتشكيلة هذا الشرط وذلك من خلال تحديد عناصره بالإضافة إلى تعداد صوره.

وبغرض الإجابة عن هذه الإشكالية تم الاعتماد على خطة ثنائية مقسمة إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأوَّل: مضمون الشروط التعسفية في عقد التأمين.

المبحث الثاني: صور الشروط التعسفية في عقد التأمين.

المبحث الأوَّل: مضمون الشروط التعسفية في عقد التأمين

لا يمكن الحديث عن الشرط التعسفي المدرج في العقد بصفة عامة إلَّا بإفتراض وجود عدم توازن بين مراكز أطراف العلاقة العقدية، وفي مجال التأمين، الطرف القوي في العقد والذي من المفترض أن يكون الطرف الواضع للشروط التعسفية هو المؤمن، أمَّا الطرف الضعيف والذي ليس من شأنه سوى قبول بنود العقد بما فيها البنود التعسفية أو رفضها دون أن يملك الحق في تعديلها أو تغيّرها، هو المؤمن له، وبالتالي فإنَّه وحسب ما سبق قوله، يعد التعسف في اِستعمال التفوق الاِقتصادي لشركة التأمين معيار لتحديد معنى الشرط التعسفي المدرج في عقود التأمين، وفيما يلي سيتم التحقق ما إذا كان هذا هو المعيار الذي اِعْتَمَدَ عليه المشرع الجزائري لتحديد معنى الشرط التعسفي في عقد التأمين بالإضافة إلى العناصر المكونة له وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: المدلول القانوني للشروط التعسفية في عقد التأمين

تقتصر حرية الراغبين في التأمين على اِختيار المؤمَن أي شركة التأمين فحسب أمَّا الخيارات الأخرى تتضاءل إلى مجرد القبول أو الرفض دون أن تلعب الإرادة أي دور في تحديد محتوى العلاقة التأمينية،[2] هذه الميزة التي يتمتع بها المؤمن تخوّل له إدراج شروط قد تكون تعسفية ومجحفة في حق المؤمن له، وفي أغلب الأحيان يصعب تحديد ما إذا كانت هذه الشروط تعسفية أم لا، هذا ما يستدعي

توضيح معنى الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد التأمين ليَسْهُل تميزها عن باقي شروط العقد العادية، وهو ما عمد إليه المشرع الجزائري في مختلف نصوصه القانونية.

الفرع الأول: الشروط التعسفية في القانون المدني

المشرع الجزائري في القانون المدني[3] لم يورد تعريفًا صريحا للشروط التعسفية عكس قانون الممارسات التجارية الذي أورد فيه المشرع كما سيأتي بيانه مادة خاصة لتعريف هذه الشروط، ولكن بالرغم من عدم وجود نص واضح يعرف الشروط التعسفية في القانون المدني إلَّا أنَّ هذا لا يمنع من استخلاص مفهومها من خلال بعض النصوص القانونية التي نظمتها.

اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه للشروط التعسفية من خلال نص المادة 41 من القانون المدني قبل إلغائه بموجب الأمر رقم 05-10 الصادر في 26 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، على فكرة التعسف في استعمال الحق،[4] وهي نفس الفكرة التي احتفظ بها في القانون المدني الجديد بموجب المادة 124 مكرر. وعليه يكون الشرط في العقد تعسفيًا إذا لم يقصد منه صاحبه سوى الإضرار بالطرف الآخر كأن تشترط شركة التأمين على المؤمن له أن يقدم في عقد التأمين ضد العجز عن العمل شهادة تثبت عجزه عن العمل صادرة عن طبيب شرعي بالعاصمة في الوقت الذي يمكن الإكتفاء بشهادة أي طبيب شرعي في المكان الذي يقيم به المؤمن له، أو إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجه في العقد غير مشروعة كالشرط الذي يحرم المؤمن له في عقد التأمين ضد المرض، الزواج مدى الحياة،[5] أو إذا كان صاحب العقد يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ كالشرط الذي تجبر فيه شركة التأمين المؤمن له التدخل جسديًا لمنع وقوع الخطر أو التقليل من حدته بهدف التقليل من نسبة الخسائر، الأمر الذي قد يؤدي إلى إلحاق ضرر جسيم بالمؤمن له نتيجة هذا التدخل.

يُلاحظُ فيما يخص هذه المسألة أنَّ القانون لا يحمي الحق ومستعمله إلَّا إذا اِستُعمِل هذا الحق في الأُطُر الشرعية ولم يصل استعماله حد الإضرار بالغير، أو أنَّ مصلحة صاحب الحق تخلفت حال اِستعماله، إذْ يدخل التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية، حيث يعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق هذا متى انحرف عن سلوك الرجل العادي سواء كان الخطأ جسيمًا أو يسيرًا.

يرى بعض الفقهاء[6] أن نطاق التعسف في استعمال الحق أوسع، حيث بالنظر للفقرتين الثانية (02) والثالثة (03) من المادة 41 نجد أنَّهما تخرجان عن مجال الخطأ تماما وهذا ما يراه الأستاذ علي علِي سليمان، إذ يقول: "التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلًا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها

نظرة موضوعية"، وهو بذلك يعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلًا عن نظام المسئولية التقصيرية.

رغم أنَّ المشرع الجزائري من خلال المادة 41 الملغاة والمادة 124 مكرر المستحدثة أورد بطريقة غير مباشرة تعريفًا للشروط التعسفية وذلك من خلال تعداد الحالات التي يتعسف فيها أحد المتعاقدين في استعمال حقه والذي في الغالب يكون الطرف القوي، إلَّا أنّه لا يمكن اعتبار الشروط التعسفية مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في إستعمال الحق.

يمكن ملاحظة أيضًا أنَّ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري، إعتمد على أسلوب القائمة في تحديده لمفهوم الشروط التعسفية الواردة في عقد التأمين والتي جاء فيها ما يلي: "يكون باطلًا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، إلَّا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف أنَّ التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقًا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكيم، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

تبنى المشرع الجزائري بموجب هذه المادة فكرة القائمة لتحديد معنى الشرط التعسفي في عقد التأمين، وهذا لا يعني أن يُؤخَذ مفهوم الشروط التعسفية في عقد التأمين على سبيل الحصر، بمعنى أنَّ المشرع عن طريق هذه المادة عدد مجموعة من الشروط التي من المحتمل أن ترد في عقد التأمين وتكون باطلة دون أن يحصرها وإنَّما خصصها فقط لعقد التأمين دون باقي العقود، حيث جاءت هذه المادة على سبيل التخصيص لا على سبيل الحصر، ذلك أنَّها متعلقة بعقد التأمين دون سواه، إلَّا أنَّه كان من الأجدر أن ترد هذه المادة في قانون التأمينات[7] بدلًا من القانون المدني باعتبار أنَّ عقد التأمين عقد من نوع خاص من جهة، ومن جهة أخرى القانون المدني يعالج العقود والمعاملات بصفة عامة، لذا فإنَّ المكان المناسب لهذه المادة هو قانون التأمينات، إذْ أنَّ هذا الأخير لا يشهد أي إشارة للمادة 622 من القانون المدني، لا من حيث مضمون المادة ولا حتى من حيث وجود مادة في قانون التأمينات تحيلنا إلى القانون المدني فيما يخص هذه الشروط.

ربط المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري الشروط التعسفية بعقد الإذعان، حيث طبقًا لهذه المادة، حتى يستفيد الطرف المذعن من الحماية لابد من توفر ثلاثة شروط وهي: وجود عقد قائم صحيح، تضمن العقد شرطًا أو عدَّة شروط تعسفية بالإضافة إلى الضعف الإرادي للطرف المذعن.

إنَّ ما سبق قوله يؤكد أنَّ تحديد كل الشروط التعسفية التي قد تتضمنها بنود عقد التأمين صعب، من منطلق أنَّ الحرية التعاقدية المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني، تسمح للمؤمن (الطرف القوي) بممارسة المزيد من التحايل من أجل توجيه العقد لمصلحته بغض النظر عن مصلحة المؤمن له (الطرف الضعيف)، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ معظم الأحكام القانونية التشريعية المتعلقة بنظرية العقد أو المتعلقة بالعقود المسماة في القانون المدني هي أحكام غير آمرة يمكن إستبعادها من التطبيق والإتفاق على خلافها الأمر الذي يؤدي إلى إتساع نطاق الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: الشروط التعسفية في قانون الممارسات التجارية

إنَّ القانون رقم 04-02[8] هو القانون الذي يُعنَى بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويقصد بهذه الأخيرة كل الأنشطة التي تحتويها التجارة بشتى أنواعها وفروعها من بيع السلع وتخزينها وكذا عملية الترويج وتنظيم السوق وغيرها من الأنشطة، حيث يعمل هذا القانون على تنظيم كل الممارسات التجارية ومحاربة كل ما هو غير قانوني من غش وتدليس ... إلخ، ومن بين الأمور التي عالجها هذا القانون، مسألة الشروط التعسفية التي أولى لها إهتمامًا ملحوظًا مقارنةً بباقي القوانين الأخرى.

عرَّف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في الفقرة الخامسة (05) من المادة الثالثة (03) من هذا القانون على أنَّها: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدَّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

لم يعتمد المشرع الجزائري في تعريفه للشروط التعسفية من خلال هذه المادة على أسلوب القوائم أي تعداد الشروط في قوائم يتم تحديدها عل سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وذلك حتى لا يقع في فخ عدم إمكانية تحديد المعيار الذي من شأنه أن يميّز شرط تعسفي عن غيره ويُنسِب له ميزة التعسف، وحتى لا يترك مفهوم هذه الشروط مُبهمًا، لذا نجده انتهج نهج المشرع الفرنسي في تعريفه.*

يُلاحظ من خلال هذه المادة أيضا أنَّ المشرع الجزائري ربط تعريف الشرط التعسفي بالتفاوت في القدرة الفنية والإقتصادية بين أطراف العقد، حيث يُستنتج ذلك من العبارة التالية "الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، إذ تتسم العلاقة التعاقدية بأنَّها علاقة غير متكافئة للتفاوت الواضح في القدرة الفنية والإقتصادية لصالح المحترف فهي علاقة بين قوي

وضعيف، وفي هذا الصدد عرَّف الأستاذ عبد الموفق حماد الشرط التعسفي بأنَّه[9] "شرط يترتب عليه اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين".

يتمثل التفاوت في مكافأة المحترف بميزة، وذلك نتيجة استخدامه لقدرته الإقتصادية في مواجهة المتعاقد معه، حيث يرى البعض فيما يخص هذه النقطة بأنَّه لا يجب حصر التفوق في فرض الشرط التعسفي على التفوق الاقتصادي لقصوره منفردًا عن تحقيق الحماية ضد الشروط التعسفية في أحوال كثيرة نظرًا لكثرة وتعدد أنواع الشروط التعسفية بكثرة وتعدد أسبابها، بل إنَّ الأمر قد يتعدى ذلك إلى التفوق التقني وإلَّا كيف يسلم بضرورة حماية غير المحترف من المحترف، وكذلك التفوق القانوني والتفوق الثقافي وغير تلك الأسباب التي تؤدي إلى إحداث تفاوت في المراكز التعاقدية.[10]

إنَّ المشرع الجزائري في المادة أعلاه ترك المجال مفتوحًا فيما يتعلق بطبيعة التفاوت فيما بين الأطراف ولم يحصره في التفاوت الإقتصادي فقط، فضلا عن ذلك لابد من تثمين موقف المشرع الجزائري الذي اتخذه في تعريفه للشرط التعسفي ضمن هذه المادة لأنَّه أزال الكثير من التساؤلات التي أبديت بشأن تحديد طبيعة الشروط التعسفية التي تستوجب الحماية والمعايير اللازم توافرها كي يوصف الشرط بأنَّه تعسفي.

لم يحصر المشرع الجزائري طبقًا للمادة الثالثة (03)، وجود الشرط التعسفي في عقود الِاستهلاك وعقود الإذعان فقط، بل قد يرد في كل عقد يختل توازنه وتُفتقد العدالة بين طرفيه، على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي تحدد نطاق الحماية من الشروط التعسفية التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك، وهي عبارة عن قائمة بيانية غير حصرية، يمكن إستنتاج ذلك من مصطلح "لاسيما" مما يعني أن القائمة وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهذا التوجه الذي انتهجه المشرع الجزائري سليم، إذ أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يوفر حماية أفضل للمستهلك، وذلك بفسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية استنادًا إلى نص المادة الثالثة (03) الفقرة الخامسة (05) من نفس القانون.

يُستنتج مما سبق، أنَّ الشرط التعسفي هو الشرط الزائد عن مقتضى العقد، الذي يغيِّر من آثاره، وليس الشرط الذي يرتب التزامًا هو في الأصل من مقتضى العقد، لأنَّ مثل هذا الالتزام لا يحتاج إلى شرط لذلك فوروده في العقد من عدمه سيان،[11] فالشرط التعسفي من وضع أحد المتعاقدين فقط، أمَّا الآخر ليس له سوى الخضوع لهذا الشرط كما هو الحال في عقد التأمين، سواءً كانت المفاوضة غير متاحة، أو أنَّها تكون متاحة لكنَّها مجرد فرض نظري، وهمي، لا تتحقق، لأنَّ المؤمن له يكون مجبرًا على عدم الالتفات إلى الشروط التي فُرِضَت عليه، حيث يعود سبب فرض الشروط

التعسفية إلى تعسف المؤمن في استعمال تفوقه الإقتصادي والفني، أين يترك أثر على العلاقة التعاقدية، وهو حدوث إختلال ظاهر في التوازن العقدي.

الفرع الثالث: الشروط التعسفية في قانون المنافسة

لازمت المنافسة النشاط الاقتصادي حتى إتصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه، فهي تحقق الكفاءة الإقتصادية، بحيث أُجْمِعَ على أنَّها تعني بأبسط صورها توفير السلع والخدمات بأقل الأسعار وبأفضل نوعية، والبحث الدائم عن فرص للتَميُّز والتفوق على المنافسين الآخرين.

إذا كانت المنافسة في حد ذاتها أمرًا ضروريًا ومشروعًا فإنَّ هذه المنافسة لها حدود وقيود ينبغي على المتعاملين الإقتصاديين إحترامها وذلك لتفادي كل ما من شأنه المساس بها، ذلك أنَّ الهدف من هذه الأخيرة هو تحقيق أقصى الأرباح الأمر الذي قد يؤدي إلى إرتكاب مخالفات حَظَرَهَا الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.[12]

أقر المشرع الجزائري بحظر التعسف في وضعية الهيمنة بموجب الأمر رقم 95-06 الملغى[13] وقبله القانون المتعلق بالأسعار لسنة 1989 الذي تضمنته المادة 27 والتي جاء فيها:" يعتبر لا شرعيًا كل تعسف عن هيمنة على السوق أو جزء منه"،[14] وبموجب المادة السابعة (07) في فقرتها الأولى (01) من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي نص فيها المشرع على ما يلي: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكارها أو على جزء منه".

إنَّ وضعية الهيمنة في سوق التأمين هي حق لكل شركة تأمين، ذلك أنَّ إمتياز شركة تأمين عن أخرى بسبب ما توصلت إليه من خدمة تأمينية وتفوقها في التسيير والإبتكار الفني وغيرهما من العوامل التي أدت إلى الهيمنة في السوق، والتي تؤدي إلى تفعيل المنافسة وتوفير أحسن الخدمات بأحسن الامتيازات، غير أنَّه إذا تم التسليم بأنَّ الهيمنة حق لكل شركة تأمين فإنَّ التعسف في استعمال وضعية الهيمنة هو الذي يعد من الممارسات المقيِّدة والمنافية للمنافسة، إذْ يتمثل التعسف في إستخدام وضعية الهيمنة من طرف شركة التأمين حينما تقوم بعمل من الأعمال المؤدية لإعاقة المسار الطبيعي للنشاط في سوق التأمين.

من خلال استقراء مختلف هذه النصوص يمكن ملاحظة أنَّ المشرع قام بحضر التعسف في وضعية الهيمنة التي تمارسها المؤسسات الكبرى بصفة عامة، وشركات التأمين بصفة خاصة، وذلك فيما بينها، مما يؤدي إلى بسط نفوذها على السوق ومن ثم القضاء على المؤسسات المنافسة لها، هذه الهيمنة التي تتمتع بها هذه المؤسسات قد يخوّل لها إستغلال هذه الوضعية[15] وبالتالي سن شروط من شأنها أن تكون تعسفية في حق الطرف الضعيف وهو المستهلك للسلعة بصفة عامة والمؤمن له لخدمة التأمين بصفة خاصة وهو ما يسمى بوقوع "استغلال تعسفي لوضعية الهيمنة".

يُلاحَظ أنَّ المشرع الجزائري في قانون المنافسة ومن خلال المواد السابقة الذكر، لم يشر إلى الشروط التعسفية ولكن لمح لها من خلال نصه على اِستغلال المؤسسات الكبرى لوضعية الهيمنة، مما يؤدي إلى القضاء على المؤسسات المنافسة الأخرى، وهذا يؤثر على مسار السوق، ما يخول لها الاِستغلال التعسفي لهذه الهيمنة، وهو ما يعرف في قانون الممارسات التجارية وكذا القانون المدني السابق تناولهما بمعيار التفوق الاِقتصادي أو التقني أو الثقافي ... إلخ.

إنَّ الهيمنة في السوق تعني بالضرورة تفوق الطرف القوي على الطرف الضعيف، هذه الوضعية تسمح بفتح المجال لاحتواء العقد على ما يسمى بشروط تعسفية، إذْ أنَّ تفوق شركة تأمين على شركة تأمين أخرى التي تعد ندًا لها تمنح الشركة الأقوى وضعية الهيمنة على الشركة الأقل قوة، فما بالك بتفوق شركة التأمين المهيمنة على المؤمن له كمستهلك لخدمة التأمين، الأمر الذي يخلق عدم التوازن العقدي.

ينطبق هذا القول في حالة ما إذا كانت مؤسسة مهيمنة على السوق، إذْ تشجع هذه الوضعية المؤسسة المهيمنة على بسط نفوذها، وبالتالي إمكانية أن يحتوي العقد المبرم بينها وبين مستهلك خدمة التأمين أي المؤمن له شروطًا تعسفية، ولكن قد لا تنفرد مؤسسة واحدة بهذه الهيمنة حيث تشاركها في ذلك عدة مؤسسات أو شركات يمكن أن تتفق مع بعضها على أن تورد في عقودها شروطًا تعسفية، كاتفاق شركات التأمين على عرقلة تحديد الأسعار بحسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع سعر خدمة التأمين وهذا ما تضمنته المادة السادسة (06) في فقرتها الرابعة (04) من قانون المنافسة رقم 03-03.

يمنع قانون المنافسة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، ولعل الحكمة من هذا الحظر هو أن المشرع أراد من خلال ذلك تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، وذلك عن طريق منع إساءة استعمال السلطة والقوة الاقتصادية التي يحوزها الطرف القوي من خلال سيطرته واحتكاره لجميع أو معظم حصص السوق، وبالتالي حماية الطرف الضعيف عما ينجر من شروط تعسفية عن هذه الهيمنة أو السيطرة على السوق.

إنَّ منطلق قانون المنافسة في تعريفه للشروط التعسفية وإن كان بصورة ضمنية لا يختلف عن المفهوم الوارد في قانون الممارسات التجارية وكذا القانون المدني، اللذان اِعتمدا على فكرة التعسف وكذا فكرة عدم التوازن العقدي، ولكن كل من هذه القوانين عالج مفهوم الشروط التعسفية من منظوره الخاص وحسب طبيعة المجال الذي يبث فيه كل قانون، في حين قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03[16] بالرغم من أنَّه من أكثر القوانين التي عملت إلى حماية المستهلك أي الطرف الضعيف في العقد، إلاَّ أنَّه لا توجد أي مادة صريحة تناولت مفهوم الشروط التعسفية التي تعد من أهم ما يهدد المستهلك، عكس قانون الاستهلاك الفرنسي وغيره من القوانين الأجنبية التي

تولت مهمة تعريف هذه الشروط، ناهيك عن قانون التأمينات الذي سكت فيه المشرع الجزائري عن إعطاء تعريف لهذه الشروط.

المطلب الثاني: العناصر المكونة للشروط التعسفية بعقد التأمين

لابد أن يحتوي الشرط في عقد التأمين على مجموعة من العناصر لكي يصنف على أنَّه شرط تعسفي، وهذه العناصر لا تقتصر على عقد التأمين فحسب وإنَّما تُعنَى بها كل العقود التي ينفرد أحد أطرافها بصياغة بنود العقد دون أن يشاركه في ذلك الطرف الآخر من العلاقة العقدية، فمن التعريف السابق للشرط التعسفي الذي أورده المشرع الجزائري في المادة الثالثة (03) من القانون رقم 04-02 المتعلق بقانون الممارسات التجارية السابق الذكر يمكن استنباط عناصر الشرط التعسفي، وعليه سيتم من خلال الفروع الموالية التعرف على هذه العناصر كالآتي:

الفرع الأول: العنصر الموضوعي للشرط التعسفي

يقصد بالعنصر الموضوعي عنصر إدراج الشرط التعسفي ضمن عقد إذعان، فالأصل أنَّ إرادة الإنسان لا يمكن أن توّجه إلَّا لما فيه مصلحته، ومن ثَمَ فالالتزامات التي تعبر عن تلك الإرادة أيًّا كانت ومهمًا كان أثرها لا يمكن إلَّا أن تكون عادلةً.[17]

يختلف الإذعان في عقد التأمين عن باقي العقود الأخرى لأنه غالبًا ما يعتمد فيه المؤمن إلى إملاء شروطه على المؤمن له حيث لا يخضع هذا الأخير في مثل هذه العقود إلى مساومات كما يحدث في عقود أخرى، فالمؤمن له في عقد التأمين يكون دوره سلبيًا إذْ يخضع للالتزامات ويتحمل النتائج أي يقبل العقد بدون مساومة ودون نقاش، فيكون مضطرًا لإبرام العقد نظرا لأهمية التأمين وعدم إمكانية الإستغناء عنه رغم الشروط القاسية التي يضعها المؤمن.

يميز الفقه [18]اليوم بين مفهومين لعقد الإذعان، مفهوم تقليدي، يسير الفقه نحو هجره، ومفهوم حديث ناتج عن التطورات الإقتصادية المعاصرة.

إنَّ المفهوم التقليدي مفاده أنَّ عقد الإذعان هو الذي يخضع أحد أطرافه للشروط التي ينفرد بوضعها الطرف الآخر، ويستطيع الطرف القوي بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على الآخر شروط العقد في مجملها، دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها.

والمفهوم الحديث مفاده أنَّ الواقع يفرض أن يكون هناك متعاقد محترف ومتخصص، يتمتع بخبرة نتيجة قيامه في السوق بعمليات متكررة ومتشابهة، ما يمكنه من وضع الشروط التي تتفق مع مصلحته ومقتضيات المنافسة في السوق، ولا يكون بوسع الطرف الضعيف بالعقد سوى قبول تلك الشروط دون مناقشتها.

تبنى المشرع الجزائري المفهوم الحديث لعقد الإذعان بموجب المادة الثالثة (03)، الحالة الرابعة (04)، الفقرة الأولى (01) من القانون رقم 04-02 السابق الذكر، حيث جاء فيها حول مفهوم عقد الإذعان أنه: "كل اِتفاق أو اِتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقًا من قِبَلْ أحد أطراف الاِتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

قام المشرع الجزائري بتكرار هذا التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306،[19] الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاِقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية وذلك في المادة الأولى (01) الفقرة الثانية (02)، حيث جاء مضمون هذه المادة منقولًا نقلًا حرفيا عن المادة الثالثة (03) في حالتها الرابعة (04) من القانون المطبق على الممارسات التجارية المذكورة أعلاه.

إنَّ المفهوم الحديث لعقد الإذعان ينطبق بالخصوص على عقود التأمين التي يكون المؤمن له طرفًا فيها، حيث تتمثل في نماذج معدَّة مسبقًا دون أي مفاوضة أو مناقشة، إذْ تفرضها شركات التأمين أي المؤمن على المؤمن لهم، وهذا كافٍ لتوفر علاقة الإذعان، فلا محل لاشتراط توافر الاْحتكار القانوني أو الفعلي لخدمة التأمين الضرورية كمعيار للعلاقة بين طرف قوي اِقتصاديًا وطرف ضعيف، بل يكفي مجرد اِستقلال شركة التأمين بإعداد العقد مسبقًا وفرض شروطها على عملائها، لأنَّ تلك الشروط تتفق غالبًا مع شروط منافسيها في السوق ولا يكون أمام المؤمن له سوى قبول هذه الشروط التي قد تتسم بالتعسف.[20]

الفرع الثاني: العنصر الشكلي للشرط التعسفي

يقصد بالعنصر الشكلي للشرط التعسفي هو أن يرد هذا الأخير في عقد مكتوب، إذْ لا مجال للقول بوجود شرط تعسفي بعقد شفهي.

سبق ذكر تعريف عقد الإذعان الذي تبناه المشرّع الجزائري في المادة الثالثة (03) من القانون رقم 04-02، والتي اِعتَبَر فيها المشرّع أنّ عقد الإذعان الذي يكون مجالاً للشّروط التعسّفية يجب أن يكون محرّراً مسبقاً، فمن عبارة "محررًا مسبقًا،" يُستخلص أنّ الشروط التي تعتبر تعسفية والتي تكون محل حماية المؤمن له منها هي تلك التي يتم تحريرها أي كتابتها مسبقًا.

فإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهةً، فإنّ المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقاً، ممّا يجعلها تتعلق بعملية مستمرة وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهةً.[21]

نصت المادة الثالثة (03)، الحالة الرابعة (04)، الفقرة الثانية (02) من القانون رقم 04-02 على أنَّه: "يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم

أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقرّرة سلفا".*

وعليه، فإنَّ هذا العنصر يستخلص صراحةً من قول المشرع الجزائري " محررًا مسبقا"، فإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فان المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك المكتوبة مسبقا.

يعتبر عقد التأمين بدون منازع، العقد الذي ينظم العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، باعتبارهما الطرفين اللذين تنصرف لهما أثاره، فهو لا يخرج عما تقضي به القواعد العامة مثله في ذلك كسائر العقود، إذ يتطلب لانعقاده وجود التراضي والأهلية وسلامة الإرادة من العيوب فضلا عن المحل والسبب،[22] ويترتب عن ذلك، أن عقد التأمين لا يعتبر من العقود الشكلية التي يستلزم القانون شكلا معينًا لانعقادها، بل يعد من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول.

لكن لما كان عقد التأمين يحتل أهمية سواء من الناحية القانونية أو العملية، فقد نص المشرع على ضرورة إبرامه كتابة غير أن هذه الأخيرة وإن كانت لازمة، فإنها متطلبة للإثبات وليست للانعقاد لأن عقد التأمين يكون رضائيًا كما سبق قوله.

إنَّ المشرع الجزائري ما كان لينص على هذه الكتابة لولا الأهمية التي تكون لها عند إثبات عقد التأمين، فهذا الأخير يعتبر من العقود الشديدة التعقيد الذي تنصهر فيه مجموعة من الشروط المتنوعة وعدة بيانات جوهرية وشخصية، وربما يتعدى نطاق أطرافه كالمستفيد من التأمين على الحياة أو المضرور في التأمين من المسؤولية، وهذا كله لا يمكن إثباته بالبينة أو القرائن بل لابد من الكتابة.

اِعتاد المؤمن على إفراغ هذه الكتابة في وثيقة تسمى وثيقة التأمين، والتي تعتبر الوثيقة الأصلية في إثبات عقد التأمين،[23] غير أن ذلك لا يمنع من إثبات هذا العقد بواسطة مذكرة التغطية عندما يكون المؤمن له في حالة مستعجلة لتغطية خطر ما، يريد تأمينه.[24]

إنَّ المشرع الجزائري اشترط الكتابة في عقد التأمين حتى وإنْ لم يحدد إفراغها في قالب رسمي أو عرفي، حيث ترك كتابة العقد إلى اتفاق الأطراف، مما أدى إلى إعداد نماذج من طرف المؤمن مُسبقًا، والشكلية في عقد التأمين كما سبق بيانه، مطلوبة لإثبات العقد وليس لانعقاده، وعليه لا يمكن إثبات عقد التأمين بوسائل أخرى غير الكتابة.

الكتابة هنا قد تكون بوسائل تقليدية كما هو الحال بالنسبة للخطابات المتبادلة بين المؤمن والمؤمن له، أو بوسائل إلكترونية كالبريد الإلكتروني والفاكس والتلكس والتلغراف، إلى غيرها من الوسائل الحديثة الأخرى، هذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة، ولكن يمكن استنتاجه من تطورات الحياة وضرورة السرعة والإحترافية في مجال التأمين خاصة، وكما هو معلوم فإنَّ المشرع الجزائري

أصبح يساوي بين الكتابة المحررة على الدعامة الورقية والكتابة المحررة على دعامة بشكل إلكتروني بموجب المادة 323 مكرر من القانون المدني.[***]

إنَّ وثيقة التأمين هي المحرر الذي يدون فيه عقد التأمين، وقد جرت العادة إمَّا على جعلها نماذج مطبوعة أو على كتابتها باليد أو بالآلة الكاتبة، وحسب المادة الثامنة (08) من قانون التأمينات فهي تتضمن إلى جانب توقيع الطرفين والكتابة بأحرف واضحة ما يلي:[25]

- اِسم الطرفين المتعاقدين مع العنوان.
- نوع الأخطار المرهونة.
- تاريخ الإكتتاب.
- تاريخ سريان العقد ومدته.
- مبلغ الضمان ومبلغ القسط.

وما يجب الإشارة إليه هو أنَّ مسألة شكل وثيقة التأمين أثارت ولا زالت تثير العديد من الإشكالات أمام طغيان المؤمن في فرض سيطرته على الوعاء الذي يفرغ فيه هذه الوثيقة، لكن تَدخُل المشرع الجزائري كما سبق بيانه أعلاه من خلال المادة الثامنة (08) من قانون التأمينات، وإنْ كان بشكل محتشم، أدى إلى التقليل من هذه الإشكالات، حيث نص من خلال هذه المادة على وجوب تحرير عقد التأمين كتابة، وبحروف بارزة.

وإذا كان المشرع لم يحدد الكتابة في شكل خاص، فإنَّ ذلك معناه أنَّ هذه الأخيرة يمكن أنْ ترد في جميع الأشكال، سواء كانت مطبوعة أو مكتوبة على الألة الكاتبة، أو محررة بخط اليد.

إنَّ المشرع الجزائري لم يشر من خلال قانون التأمينات إلى أي مقتضيات تلزم بضرورة كتابة عقد التأمين بلغةٍ ما، الشيء الذي يعني أن أي لغة كُتِبَ بها عقد التأمين فهي تعد صحيحة من الناحية القانونية، ولو كان المؤمن له لا يفهمها.

جرت العادة أن تحرر هذه الوثيقة باللغة الفرنسية، التي لا تعتبر اللغة الرسمية، كما أنَّها لا تعتبر لغة تخاطب المواطن الجزائري لوحده، مما يجعل رضاء المؤمن له معرضًا لخطر كبير،[26] خاصة أمام تفشي الأمية في أوساط معينة من المجتمع الجزائري، الأمر الذي يتوجب من خلاله على المؤمن أن يقوم بترجمة جميع العقود والوثائق التي تحررها إلى اللغة العربية، غير أنَّه وإنْ كان هذا مجرد إشارة إلى ما ورد في القانون بخصوص هذه المسألة، إلَّا أنَّنا نأمل أن يتدخل المشرع لكي ينص في القانون المنظم لنشاط التأمين على وجوب تحرير عقود التأمين باللغة العربية.

خلاصة القول، لاعتبار شرط ما في عقد التأمين تعسفيًا طبقًا لقانون الممارسات التجارية لابد من أن يكون مكتوبًا، أي اشتراط الشكلية في عقد التأمين، وبالرغم من أنَّ الشكلية ليست ضرورية

لانعقاد العقد باعتبار أنه رضائي يستلزم لإبرامه الإيجاب والقبول، إلَّا أنَّ خصوصية هذا العقد وكذا بنوده التي تتميز بنوع من التعقيد تفرض الشكلية في العقد.

الفرع الثالث: العنصر الشخصي للشرط التعسفي

يقصد بالعنصر الشخصي ما يسمى بالإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات في العقد، فبالرجوع إلى نص المادة الثالثة (03) الفقرة الخامسة (05) من قانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، يُلاحظ أنَّ المشرع الجزائري اعتمد على معيار واحد للتعسف، وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين.

إنَّ غياب التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التأمينية يعود إلى حكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما، إذ أنَّ وجود الطرف القوي في وضعية أقوى اِقتصاديًا وماليًا وفنيًا[27] وقانونيًا ناتج عن وضعية المهيمن في سوق التأمين أو اِحتكار خدمة التأمين أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بتأثير عوامل الإنتاج والتوزيع، وكذا بامتلاكه للمعلومات والمعارف بشأن أساليب أو خصائص إنتاج أو تداول خدمة التأمين أو معرفته المعمقة والدقيقة بقانون وشروط عقد التأمين.

يعدُ معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات كل من المؤمن له والمؤمن مسألة تقنية هامة، تتعلق بكيفية تقديره، والتي اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة (03) في الفقرة الخامسة (05) بالقول أنَّها تتم إمَّا بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، وتتحقق تعسفية الشرط في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة، مما يجعل الاخلال ظاهرا على اعتبارها تعسفية في القانون، إلَّا أنَّ هذه الحالة تمثل الاستثناء، فالقاضي في غير هذه الحالات يتمعن في البنود بأكملها للتحقق من الاخلال الظاهر، وهو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي فيما سكت عن باقي الاعتبارات الأخرى، والتي أهمها ما يتعلق بوقت تقدير الطابع التعسفي للشرط.[28]

إنَّ المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة (03) في فقرتها الخامسة (05) السابقة الذكر ذهب هو الآخر إلى القول بأنَّ أن الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده، أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، وبالتالي ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد. إذا كان هذا التحليل يبدو منسجما من الناحية النظرية فإنه يطرح مشكلا على المستوى العملي، يتجلى في صعوبة قياس التوازن أو التعادل بين الأداءات من طبيعة مختلفة، فهذا الأمر يتوقف حتما على حكمة وتقدير القاضي، مما يبين غموض أو عدم دقة هذا المعيار[29].

وعليه فإنَّ المشرع الجزائري قد تبنى معيار عدم التوازن الظاهر لتحديد الشرط التعسفي، ونبذ كلاً من معيار التفوق الاقتصادي، ومعيار الميزة الفاحشة، نظرًا للطبيعة الخاصة للعقود

الاستهلاكية، والمستمدة من خصوصية مراكز الأطراف المتعاقدة والتي تتسم بالتفاوت من جهة، ومن نوعية هذه العقود التي تعتبر أغلبها عقود إذعان من جهةٍ أخرى، وبين هذا وذاك فان الحلقة التي يراد وصلها في عقد التأمين هي عدم التوازن بين الالتزامات والحقوق، الذي يخلق اختلال في التوازن العقدي، ما قد يؤدي إلى اِحتواء العقد على شروط تعسفية.

المبحث الثاني: صور الشروط التعسفية في عقد التأمين

يصعب تحديد كل الشروط التعسفية التي قد تتضمنها بنود عقد التأمين بصفة نهائية من منطلق أنَّ الحرية التعاقدية المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني، تسمح لشركة التأمين (الطرف القوي) بممارسة المزيد من التحايل من أجل توجيه العقد لمصلحتها بغض النظر عن مصلحة المؤمن له (الطرف الضعيف)، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ معظم الأحكام القانونية التشريعية المتعلقة بنظرية العقد أو المتعلقة بالعقود المسماة هي أحكام غير آمرة يمكن اِستبعادها من التطبيق والإتفاق على خلافها الأمر الذي يؤدي إلى اِتساع نطاق الشروط التعسفية.

المطلب الأول: التقسيم التقليدي للشروط التعسفية في عقد التأمين

لقد تضمنت مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية قوائم تحددها، والتي تعتبر مجحفة في حق الطرف الضعيف بالعقد، فهناك نظام القوائم السوداء والقوائم الرمادية للشروط التعسفية، والتي ابتدعها المشرع الألماني في البداية، وبعده المشرع الفرنسي الذي أورد قائمتين من الشروط التعسفية، وهو ما فعله المشرع الجزائري أيضا في كثير من النصوص القانونية.

الفرع الأول: القائمة السوداء

إنَّ المشرع الجزائري اقتدى بالمشرع الفرنسي، وقام بإيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، تضمنت ثمانية (08) أصناف منها، لكن هذه المادة قصرت الحماية من الشروط التعسفية التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، ويتضح ذلك من عبارة: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع "، علما أن نصوص القانون رقم 04-02 الخاصة بالشروط التعسفية تحمي حتى المهني من هذه الشروط، ويتضح ذلك من المادة الثالثة (03) الحالة الرابعة (04) والخامسة (05) في فقرتها الأولى (01) من نفس القانون.[30]

يُلاحَظ أيضًا من عبارة "لاسيما" الواردة في المادة 29، أن هذه القائمة مجرد قائمة بيانية غير حصرية، وهو توجه سليم من طرف المشرع الجزائري، إذ أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يوفر حماية أفضل للمستهلك بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة، بحيث يفسح المجال أمام

القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية استنادًا إلى نص المادة الثالثة (03) في حالتها الخامسة (05) من القانون رقم 04-02.[31]

إنَّ المادة 29 من نفس القانون جاءت عامة خصت الحماية للمستهلك والذي يشمل مستهلك خدمة التأمين أي المؤمن له وذلك ضد تعسف البائع وهو وصف يمكن أن يشمله بائع خدمة التأمين أي شركة التأمين، حيث يمكن تعداد هذه الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 بالإسقاط على عقد التأمين كما يلي:

تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المؤمن له وشركة التأمين لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمؤمن له.

2-فرض التزامات فورية ونهائية على المؤمن له في العقد، في حين أنَّ المؤمن يعقد شروطًا حققه متى أراد.

3-اِمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات خدمة التأمين المقدمة دون موافقة المؤمن له.

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5-إلزام المؤمن له بتنفيذ التزاماته دون أن يلتزم المؤمن بها.

6-رفض حق المؤمن له في فسخ العقد إذا أخل المؤمن بالإلتزامات التي في ذمته.

7-التفرد بتغيير آجال تنفيذ خدمة التأمين بمعنى أجل التعويض عن الخطر المؤمن منه في حالة وقوعه أو في حالة حلوله.

8-تهديد المؤمن له بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفضه الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة.

إنَّ المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أورد ثمانية (08) شروط اعتبرها تعسفية بمجرد ورودها في العقد بمعنى أنها ضمن القائمة السوداء والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر،[32] متبعًا بذلك نفس أسلوب المشرع الفرنسي الذي جاء بقائمة بيانية لا حصرية للشروط التعسفية في نص المادة 35 من القانون الفرنسي، ما يوحي بأنَّ المشرع الجزائري في خطابه العام في النصوص السابقة من نفس القانون والتي كان يذهب فيها إلى بسط الحماية من الشروط التعسفية على جميع أنواع العقود بينما قصرها هنا على العقود التي يكون أطرافها المستهلك والبائع.

أخذ المشرع الجزائري بنظام حصر الشروط التعسفية بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة فقط، وفي هذا الصدد نصت المادة 30 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم على أنَّه:

"بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

جاء في المادة الخامسة (05) من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم،[33] وبالإسقاط دائما على عقد التأمين بما أنَّ هذا النص جاء عاما يشمل كل أنواع العقود التي يكون فيها المستهلك طرفا في العقد، فإنَّه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بمعنى المؤمن بما يأتي:

1-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة الثانية (02) والثالثة (03) من نفس المرسوم.

2-الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك أي المؤمن له.

3-عدم السماح لمستهلك خدمة التأمين في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلَّا بمقابل دفع تعويض.

4-تخلي المؤمن عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المؤمن له في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح.

5-النص في حالة الخلاف مع المؤمن له على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.

6-فرض بنود لم يكن المؤمن له على علم بها قبل إبرام العقد.

7-الإحتفاظ بالأقساط المدفوعة من طرف المؤمن له في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطاء الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى المؤمن هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

8-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المؤمن له الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

9-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المؤمن له.

10-الاحتفاظ بحق إجبار المؤمن له على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

11-يعفي المؤمن نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

12-تحميل المؤمِن المؤمن له عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته.

جاءت المادة الخامسة (05) من خلال الفقرة الأولى (01) من المرسوم السابق الذكر على سبيل الحصر لا على سبيل المثال،[34] ويظهر ذلك من عبارة: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي"، إذْ أنَّ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال. إلَّا أنه وبالعودة إلى نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، يمكن القول بأنَّه، حتى وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة الخامسة (05) من المرسوم رقم 06-306 المعدل والمتمم تبدو في ظاهرها حصرية، إلَّا أن المادة 30 من القانون رقم 04-02 تعطي

الحكومة حق إصدار مراسيم تحدد قوائم جديدة للشروط التعسفية، وبالتالي فإنَّ القائمة المذكورة في المادة الخامسة (05) من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر[35].

إنَّ المشرع الجزائري من خلال المادتين 29 من القانون رقم 04-02 والمادة الخامسة (05) من الرسوم رقم 06-306، عدد مجموعة من الشروط واعتبرها تعسفية بمجرد ورودها في العقد، حيث صنفها ضمن القائمة السوداء ولم يُخِص بهما نوع معين من العقود وإنَّما جعل نص المادتين عامًا، شمل جميع أنواع العقود بما فيها عقد التأمين، إلَّا أنه وبالرجوع إلى المادة 622 السابقة الذكر من القانون المدني الجزائري[36] والتي نصت على مجموعة من الشروط التعسفية خصَّ بها عقد التأمين دون سواه، والذي اعتبره البعض من أبرز عقود الإذعان كون شركات التأمين تضع بنود العقد دون مفاوضات مع الزبون،[37] بحيث أنَّ الشروط التي نصت عليها المادة 622 من القانون المدني تعد باطلةً في جميع الحالات لأنَّها تنطوي على التعسف، فإذا اشترطت شركة التأمين في التأمين من السرقة مثلا أن يبلغ المؤمن له الشرطة أو النيابة فور وقوع الحادث وإلَّا تعرَّض حقه في مبلغ التامين للسقوط، فإنَّ هذا الشرط يعد شرطا تعسفيا، وقد أبطله المشرع لأنه ينطوي على التعسف ويؤدي إلى إهدار حقوق المؤمن له دون مبرر.[38]

بإختصار، المادة 622 من القانون المدني الجزائري تعتبر بمثابة قائمة سوداء محددة لبعض الشروط التعسفية في عقد التأمين، والتي إفترض القانون فيها الطابع التعسفي إفتراضًا لا يقبل إثبات العكس.[39]

الفرع الثاني: القائمة الرمادية

إنَّ القائمة السوداء تَعتبِر الشروط الواردة فيها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، في حين القائمة الرمادية يخول فيها للقاضي السلطة التقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها بالنظر إذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي يحددها القانون للشرط التعسفي.

إنَّ الحديث عن إنشاء قوائم محددة للشروط التعسفية يرجع إلى أوَّل تشريع عمل بهذا الشكل وهو القانون الألماني،[40] مُصدرًا بذلك نوعين من القوائم (القائمة السوداء والقائمة الرمادية)، وقد اتبعه في هذا النهج كما سبق بيانه المشرع الفرنسي، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري أيضًا.

شملت القائمة الرمادية طبقًا للقانون الألماني، عشرة (10) أصناف من الشروط التعسفية، نصت عليها المادة 11 منه وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلّم أو يوفى بثمنها في خلال مدّة أربعة أشهر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللّجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإهمال الجسيم الصادر

من نائبه أو تابعيه واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.[41]

ولعلّ أهم هذه الشّروط التعسّفية هو ذلك الشّرط المتعلق بالضمان، حيث نصت المادة 11 السابقة، على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيوعة الجديدة بموجب الشّروط العامة، إذْ يعتبر باطلاً الشّرط الذي يستبعد كلياً أو جزئياً الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيوعة مورّدة من قبل الغير، ويجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولاً على الغير، خاصة إذا كان حاصلاً على ضمان من المنتج، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية.

إنَّ مستهلك خدمة التأمين أي المؤمن له، في أغلب الأحيان يكون غير قادر على إقناع القاضي الخاصية المخالفة لهذه البنود وإنَّما يدفع للمختصين (الخبير) من أجل اتباث البنود التعسفية، وبالتالي يضمن لنفسه الحماية.

وعليه حاول المشرع الألماني باعتباره السباق في مجال اعداد القوائم الخاصة بالبنود التعسفية، التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون والتي عبر عنها بالشروط السوداء وما بين سلطة رقابة القاضي على الشروط الواردة ضمن القائمة الرمادية، والتي جاز له استبعادها إذا كانت تتلاءم مع المعيار المحدد طبقًا للقانون.

إنَّ المشرع الجزائري انتهج نهج المشرع الألماني وبعده المشرع الفرنسي كما سبق ذكره، لكن انتُقِد هذا الأسلوب على أساس أنَّه أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه لمنح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي تصنف على أنَّها تعسفية، كون القاضي لا يملك أية سلطة تقديرية بشأن الشروط الواردة ضمن القائمة، كما أنه يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوما على إتمام قائمة بالشروط التعسفية من وقت لآخر، وهو أمر صعب تحقيقه من الناحية العملية.[42]

المطلب الثاني: التقسيم الحديث للشروط التعسفية

إنَّ الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد التأمين والتي من شأنها أنْ تأتي في شكل تحقيق منفعة للمؤمن على حساب المؤمن له بإعتباره الطرف القوي في العقد، تكون في صورتين: إمَّا بتخفيف اِلتزامات المؤمن تجاه المؤمن له، أو بزيادة الحقوق الممنوحة ل للمؤمن، وقد تأتي في شكل ضرر يلحق بالمؤمن له نتيجة الإنقاص من حقوقه وزيادة أعبائه.

الفرع الأول: شروط تعسفية تحقق منفعة للمؤمن

إنَّ المؤمن يلتزم بموجب عقد التأمين في حالة وقوع الخطر المؤمن منه بدفع مبلغ التأمين، سواءً للمؤمن له أو المستفيد، حسب ما نصت عليه المادة 117 من القانون رقم 06-04 المتعلق

بالتأمينات، وهو المبلغ التعويضي الذي عليه دفعه للمؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن عليه، مع العلم أنَّ هناك عدَّة التزامات أخرى تقع على عاتق المؤمن مثل توضيح شروط التغطية وكذا تقديم الضمانات ولعلَّ أهمها دفع مبلغ التأمين.

قد يؤدي المؤمن مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد من التأمين نقدًا بمعنى مبلغ من النقود، وقد يؤديه عينًا عن طريق اِلتزامه بإصلاح الضرر[43] أو تقديم خدمة ما، لا سيما في مجال التأمين على الأشخاص، لذا لابد من التميز بين اِلتزامات المؤمن في حالة التأمين على الأشخاص وفي حالة التأمين على الأضرار، ذلك أنَّ ما يميّز عقد التأمين على الأشخاص هو اِنعدام الصفة التعويضية وهذا عكس التأمين على الأضرار، فالمؤمن له في عقود التأمين على الأشخاص لا ينتظر أي تعويض من إبرامه لعقد التأمين، ففي التأمين على الحياة مثلا، لا يَلحَق بالمؤمن له أي ضرر وإنْ كان هناك وجهةُ نظرٍ فقهيةٍ[44] حاولت إضفاء الصفة التعويضية على عقود التأمين على الأشخاص، ولكنْ في الحقيقة أنَّ المؤمن لا يلتزم بالتعويض مادام ليس هناك ضرر نجم عن إبرام العقد، فالمؤمن يلتزم أساسا في عقود التأمين على الأشخاص بدفع مبلغ مالي يتم تعيّنه بصفة جزافية مقابل ما دفعه المؤمن له من أقساط طيلة المدَّة المتفق عليها.

وعليه يمكن القول أنَّه في عقود التأمين على الأشخاص ليس للمبلغ المالي أية علاقة بوجود ضرر خلافًا لعقد التأمين على الأضرار الذي يعتبر فيه الضرر عنصرًا جوهريًا في العمليات التأمينية.

وبالتالي فإنَّ العملية التأمينية في التأمين على الأضرار تكتسي الطابع التعويضي ومفاد هذا المبدأ أنَّه لا يمكن أن يزيد هذا التعويض على المبلغ المتفق عليه في العقد وهو ما أكدت عليه المادة 623 من القانون المدني الجزائري.

أمَّا التأمين على الأشخاص فكما سبق بيانه، ما يميزه هو انعدام الصفة التعويضية بحيث تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ محدد في شكل رأسمال أو ريع، إذْ منح المشرع الجزائري لعقد التأمين على الأشخاص من خلال المادة 60 من القانون رقم 06-04 المتعلق بالتأمينات، طابع الرسملة،[45] والتي عرَّفها على أنَّها: "عملية إدخار تلتزم شركة التأمين من خلالها دفعَ مبلغٍ محددٍ للمؤمن له أو المستفيد من التأمين المعيَّن في شكل رأسمال أو ريع عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد مقابل دفع قسط التأمين. [46]

إنَّ الاِلتزام الرئيسي للمؤمن تجاه المؤمن له هو تغطية الخطر المؤمن منه عن طريق دفع مبلغ التأمين سواءً أكان ذلك نقدا أو عينًا كما سبق بيانه، و بما أنَّ عقد التأمين من عقود الإذعان، فإنَّه من المحتمل أنْ ترد شروطًا تعسفية بالعقد من شأنها أنْ تخفف من أعباء المؤمن تجاه المؤمن له في شكل الإعفاء من بعض اِلتزاماته المتمثلة في تغطية الخطر أو الحدث كأن يشترط المؤمن إذا كان التعويض عن الضرر عينا في عقد التأمين إصلاح الشيء المتضرر، أو أن يتضمن العقد شرط يقضي

بدفع جزء من مبلغ التأمين في حالة عدم إخطار المؤمن له المؤمن بوقوع الخطر المؤمن له في الآجال المحددة شخصيًا.

وقد يصل الأمر إلى حرمان المؤمن له من مبلغ التأمين نهائيًا وهو ما يسمى بسقوط الحق في الضمان،[47] والذي يعتبر من الشروط الأكثر تضمينًا في عقد التأمين، وهو بمثابة دفع يسمح للمؤمن أن يرفض تنفيذ تعهده بالضمان رغم تحقق الخطر المؤمن منه، وسببه إخلال المؤمن له بالتزاماته المفروضة عليه اتفاقًا في حالة وقوع الحادث وتحقق الضرر المؤمن منه، أي أنَّه بمثابة فقدان المؤمن له للضمان إذا أخل بالتزامات المفروضة عليه بعد وقوع الكارثة.[48]

إنَّ الأصل في هذا الشرط هو أنَّه اتفاقي رضائي يكون بين طرفي عقد التأمين عند إبرامه، وهو متفرع عن كون عقد التأمين أساسًا من العقود الرضائية التي أصلها الاتفاق بين الطرفين، وأنَّه شريعة المتعاقدين ومن تم فإنَّ شرط السقوط ليس شرطًا قهريًا يخرج عن اختيار المؤمن له وإنَّما هو شرط جعلي رضائي اتفاقي، بمعنى أنَّه يمكن لأي من الطرفين طلب تعديله أو تضيقه أو توسيعه أو حتى إلغائه من بنود العقد وذلك دون الإخلال بالأحكام التي نص عليها القانون بشأن الجوانب الشكلية والموضوعية الأخرى كما أنَّ سقوط الحق في التعويض ليس إلَّا جزاءً عقابيًا تم الِاتفاق عليه بين الطرفين.[49]

وعليه فإنَّ سقوط الحق في الضمان هو أثرٌ جزائي يوقعه المؤمن نتيجة الإخلال بالتزام شرط عقدي اِتفق عليه طرفا العقد، ومن تم فهو ليس شرطًا قانونيًا، بمعنى أنَّ إنشاء هذا الجزاء لم يرد بنص القانون وإنَّما هو شرط جزائي يتفق عليه الطرفان على سبيل العقاب نتيجة عدم الوفاء بالتزام معين. وكما هو معلوم فإنَّ وثيقة التأمين تمنح للمؤمن له الحق في التعويض سواءً عينًا أو نقدًا وذلك بذل القسط الذي يدفعه المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه، في حين أنَّ سقوط الحق في التعويض منشؤه عدم اِلتزام المؤمن له بواجبه المتفق عليه عند وقوع الحادث وتحقق الضرر وهو المتفق عليه بنص العقد.

إنَّ جهل المؤمن له بوجوب الالتزام بشرط الإبلاغ الفوري عن الحادث والمنصوص عليه في وثيقة التأمين فضلًا على اشتغاله في العادة بترميم أضرار الحادث على المستوى الشخصي، قد يجعل المؤمن يستغل غفلة المؤمن له واِنشغاله بترميم أضراره نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه فيقوم بتنفيذ الشرط المتفق عليه، هذا الاستغلال يعزز من احتمالية تعسفه في استخدامه لهذا الشرط.

ومع التسليم بأنَّ سقوط الحق في التعويض حقٌ للمؤمن جزاءً لإخلال المؤمن له بالتزامه إلَّا أنَّه قد يتم التعسف والمبالغة في استعمال هذا الحق وذلك من أجل التخفيف أو حتى تنصل المؤمن من التزاماته والأعباء الواقعة على عاتقه على حساب المؤمن له، مما يجعله في هذه الحالة شرطًا تعسفيًا وجب حماية المؤمن له منه.

الفرع الثاني: شروط تؤدي إلى إحداث ضرر بالمؤمن له

إنَّ عقدُ التأمين عقدٌ مُلزمٌ للجانبين، ويُقصد بذلك أنَّ كُلًّا من الطرفين يلتزم تجاه الآخر، فالمُؤمَّن لهُ يلتزم بأن يدفع القسط مُقابل اِلتزام المؤمن بِتغطية المخاطر المُتفق عليها عن طريق دفع مبلغ التأمين عندما تتحقق الكارثة كما سبق بيانه، وهذا واضح من تعريف التشريعات القانونيَّة المُختلفة لِعقد التأمين حيثُ تُبيّنُ أنَّ شركة التأمين تلتزم بأن تؤدي إلى المُؤمَّن لهُ أو المُستفيد مبلغًا من المال أو إيرادًا مُرتبًا أو أي عوضٍ ماليٍّ آخر في حالة وُقوع الحادث أو تحقق الخطر، وذلك مُقابل قسط أو أيَّة دفعة ماليَّة أُخرى يُؤديها المُؤمَّن لهُ إلى المُؤمِّن أي إلى شركة التأمين.

يعدُ التزام المُؤمَّن لهُ بالإدلاء بالبيانات المُتعلِّقة بالخطر من بين أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه بعد اِلتزام دفع الأقساط، بحيث يمر إدلاء المؤمن له بالبيانات اللازمة للمؤمن بِمرحلتين: المرحلة الأولى هي مرحلة إبرام العقد، حيثُ يلتزم المُؤمَّن لهُ بالإدلاء ببيانات الخطر المُزمع التأمين منه حتَّى يتمكن المُؤمِّن من تحديد موقفه من مسألة قُبول التأمين، أمَّا المرحلة الثانية فهي مرحلة سريان عقد التأمين، حيثُ يلتزم المُؤمَّن لهُ خلال هذه المرحلة بِإخطار شركة التأمين بكُل ما من شأنه زيادة الخطر الذي قُبِل تأمينه.

وبالتالي فإن المؤمن له يلتزم بأن يُقدِّم للمؤمن بياناتٍ كاملة صحيحة عن الخطر المُراد التأمين عليه وقت إبرام عقد التأمين،[50] حتَّى يتمكن من تقدير جسامة هذا الخطر والبت عن بينة في قُبول التأمين ومقدار القسط.

فإذا كان البيان ليس من شأنه أن يُغيِّر من محل الخطر ولا أن ينتقص من تقدير المؤمن لِجسامة الخطر، فإنَّ المُؤمَّن لهُ لا يكون مُلتزمًا بِتقديمه ولو طلبهُ المؤمن،[51] لكن قد يحدث وأن تشترط هذه الأخيرة على المؤمن له بأن يعلمها بجميع المستجدات حتى وإن لم يكن من شأن هذه المستجدات أن تغيِّر من محل الخطر، وهذا ما يعتبر بمثابة زيادة لأعباء المؤمن له، فيصنفُ بذلك على أنَّه شرطٌ تعسفيٌ

يتحدد اِلتزام المُؤمَّن لهُ بالإدلاء بالبيانات المُؤثرة في الخطر بِتلك التي تكون معلومة لهُ أو باستطاعته أن يعلم بها، أمَّا البيانات التي لا يعلمها، ولم يكن في استطاعته العلم بها، فلا يُتصوَّر إلزامه بالإدلاء بها، إذ لا تكليف بِمُستحيل، وإذا تم اِشتراطها في عقد التأمين اِعتبرت بمثابة شروط تعسفية، غير أنَّ ذلك لا يمنع المؤمن من المُطالبة بإبطال عقد التأمين استنادًا لِأحكام نظريَّة الغلط إذا كان البيان الذي لم يذكره المُؤمَّن لهُ لِجهله به قد بلغ حدًا من الجسامة بحيثُ لم يكن المؤمن لتُبرم العقد لو لم يقع في هذا الغلط.[52]

يجب التمييز في هذا الصدد بين الجهل وحُسن النيَّة، فالمُؤمَّن لهُ لا يتعرَّض للجزاء المُقرر إذا كانت الواقعة التي سكت عن الإدلاء بها غير معلومة لهُ، أمَّا إذا كان يعلمها ولم يُدلِ بها فإنَّهُ يتعرَّض للجزاء المُقرر ولو كان حسن النيَّة، أي لم يتعمَّد أن يغش المؤمن أو أن يضلله.[53]

إنَّ المُؤمَّن لهُ يلتزم أيضًا أثناء سريان عقد التأمين بِإخطار المُؤمِّن بِكُل الظُروف التي تحدث بعد إبرام عقد التأمين ويكون من شأنها تفاقم الخطر، ويُقصد بِتفاقم الخطر في هذا الصدد زيادة اِحتمالات حُدوثه أو زيادة درجة جسامته، ويتبيَّن من ذلك أنَّ الظُروف التي يلتزم المُؤمَّن لهُ بِإخطار المؤمن بها هي ظُروفٌ جديدة تطرأ بعد إبرام عقد التأمين، فلا محل للقول بِوُجود هذا الإلتزام إذا كانت هذه الظُروف موجودة أصلًا عند إبرام العقد وأغفل المُؤمَّن لهُ الإدلاء بها -بِحُسن نيَّة منه أو بِسُوء نيَّة - أو أدلى ببيانات غير صحيحة بِشأنها إلى المُؤمِّن، ففي الحالتين يكون المُؤمَّن لهُ مُخلًّا بالتزامه بالإدلاء بالبيانات وقت التعاقد وليس بالتزامه بالإخطار بِتفاقم الخطر، والعبرة هنا هي بكون الظُروف مُستجدَّة بعد إبرام العقد بِصرف النظر عن تاريخ نفاذ العقد، أو المُتسبب في تفاقم الخطر أو مدى دوام التفاقم.[54]

يجب أن تكون الظُروف المُستجدَّة مؤثرة في الخطر المُؤمَّن منه سواء من حيثُ زيادة اِحتمال تحققه أو زيادة جسامته، ومن أمثلة الظُروف التي تزيد احتمال تحقق الخطر أن يُغيِّر المُؤمَّن لهُ في المسؤوليَّة عن حوادث السيَّارات استعمال سيَّارته من سيَّارة لاستعماله الشخصي إلى سيَّارة أُجرة، أو أن يستجد إلى جوار المنزل المُؤمَّن عليه من الحريق مخزن للمواد القابلة للاشتعال.[55]

ومن البديهي أن يقتصر التزام المُؤمَّن لهُ بالإخطار بالظُروف التي تؤدي إلى تفاقم الخطر على تلك التي يعلمها أو يكون باستطاعته أن يعلمها،[56] وإلزام المؤمن له فيما دون ذلك يعد بمثابة تعسف من طرف المؤمن في اِستعمال حقه، ويعتبر شرطًا تعسفيا يزيد من أعباء المؤمن له ويؤدي إلى الإضرار به في حالة حرمانه من حقه في التعويض بسبب ذلك الإلتزام.

إنَّ القاعدة في العلاقة التأمينية أن يكون مكان الوفاء بالقسط هو موطن المدين به، أي موطن المُؤمَّن لهُ، وتبعًا لِذلك يلتزم المؤمن بإرسال مندوبيه إلى المُؤمَّن لهُ لِتحصيل القسط عند استحقاقه، ورُغم ذلك فقد جرى العُرف التأميني على غير ذلك، فعادةً ما تتضمَّن وثائق التأمين شرطًا يقضي بأن يكون القسط محمولًا وليس مطلوبًا، بحيثُ يلتزم المُؤمَّن لهُ بِمُقتضى هذا الشرط بِأن يقوم بالوفاء بِقسط التأمين في المؤمن أو وسيطه المُعيَّن لِذلك. إلَّا أنه قد يشترط المؤمن على المؤمن له أن يؤدي قسط التأمين في موطنه دون أن يكون له الحق في تأدية القسط لدى أحد الوكلاء، ما يشكل عبء على المؤمن له، فيؤدي إلى الإضرار به، وبالتالي يُحتسب كشرط تعسفي وجب حماية المؤمن له منه.

خاتمة:

يُستنتَج من خلال ما سبق بأنَّ ضبط مفهوم الشروط التعسفية في عقد التأمين يلعب دورًا هامًا في تحديد الحماية من هذه الشروط، باعتباره يساعد على معرفة الحماية الواجب توفرها للطرف الضعيف والذي من المفترض أن يكون المؤمن له، فقبل الشروع في الحماية من شيءٍ ما وجب أولًا التعرف على هذا الشيء لأنَّ ذلك سيساعد على إيجاد الحلول المناسبة للحماية منه أو التقليل من أضراره أو حتى القضاء عليه، فمن أجل وصف الدواء لابد من معرفة الداء من مختلف جوانبه، لأنَّ ذلك سيؤدي لا محال إلى وصف الدواء المناسب، وهو الأمر الذي ينطبق على مفهوم الشروط التعسفية في عقد التأمين، ذلك أنَّ التعَّرُف على هذه الشروط جزءٌ لا يتجزأ من الحماية المُقررة للمؤمن له منها، وبالتالي فإنَّ ضبط مفهوم الشروط التعسفية في عقد التأمين يُعدُ جزء من نطاق الحماية منها.

إنَّ القانون المدني لم ينظم الشروط التعسفية الواردة في العقود بصفة عامة وعقد التأمين بصفة خاصة، بما في ذلك تحديد مفهوما، فيما عدا المادة 622 منه، التي جاءت على شكل قائمة سوداء واردة على سبيل المثال لا الحصر، والتي من المفترض أن يتم إدراجها في قانون التأمينات باعتباره القانون الذي يُعنَى بتنظيم العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، إلَّا أنَّ هذا لا يعني أنَّه لا يمكن اِستخلاص مدلولها القانوني من خلال مجموعة من النصوص القانونية التي نظمها هذا القانون، كالمادة 124 مكرر التي اعتمد فيها المشرع على معيار التفاوت بين أطراف العلاقة التعاقدية، بالإضافة إلى المادة 110 التي استند فيها المشرع لتعريف الشرط التعسفي على عنصر الإذعان.

أمَّا بالنسبة لقانون الممارسات التجارية رقم 04-02، فقد أورد فيه المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة (03) في فقرتها الخامسة (05) تعريفًا واضحًا للشروط التعسفية معتمدًا على معيار اختلال التوازن العقدي، في حين اعتمد قانون المنافسة رقم 03-03 على معيار الهيمنة لتحديد مفهوم هذه الشروط.

سكت المشرع الجزائري بموجب قانون التأمينات وحتى بموجب القوانين الأخرى كقانون حماية المستهلك وقمع الغش في تحديد المقصود بالشروط التعسفية موضوع حماية الطرف الضعيف في العقد، الأمر الذي من شأنه التأثير سلبًا على اِستقرار المعاملات، وهو ما جعل سكوت المشرع عرضة للانتقاد، لذا فإنَّ اِتباعه لأسلوب نظام القوائم، من خلال نص المادة 622 من القانون المدني وكذا المادة 29 من القانون رقم 04-02، بالإضافة إلى المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاِقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، يُعَدُ خطوة نحو الحد من تضارب مواقف القضاء، ومن تَمَ العمل على اِستقرار المعاملات.

أمَّا عن التوصيات التي من الممكن إثارتها بمناسبة هذه الدراسة، والمراد اِقتراحها، يمكن إجمالها فيما يلي:

- وجوب تحديد دقيق لمدلول الشروط التعسفية في عقد التأمين وذلك بموجب قواعد خاصة في إطار قانون التأمينات، وعدم الاكتفاء بالمفاهيم المتفرقة لمختلف العقود التي قد تتضمن شروطًا تعسفية، وذلك نظرًا للطبيعة الخاصة لعقد التأمين.

- تحسيس القضاة بدورهم الفعَّال للتدخل من أجل المساهمة في ضبط مفهوم الشروط التعسفية من خلال القضايا المعروضة عليهم والتي تختلف من حالة لأخرى، وذلك بموجب الأحكام والقرارات القضائية النهائية، والتي يمكن الرجوع والاستناد إليها في القضايا المشابهة.

- إعداد قوائم أخرى خاصة بالشروط التعسفية التي من المكن أن ترد في عقد التأمين دون سواه، وعدم الاعتماد الكلي على القوائم التي جاءت بصفة عامة تخُص كل العقود، نظرًا لخصوصية عقد التأمين.

- اشتراط ترجمة وثائق التأمين بالغة العربية ليتسنى لكل شرائح المجتمع فهم ما ورد فيها من بنود، وإن كان ذلك بصورة نسبية، نظرًا لتعقيد وعدم وضوح المصطلحات التي يوظفها المؤمن في بنود وثيقة التأمين، باعتبار أنَّ معظمها مصطلحات تقنية، غامضة.

الهوامش:

[1] BERLIOZ Georges, **le contrat d'adhésion**, 2ème édition, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, page 69.

[2] سعد سليم أيمن، **الشروط التعسفية في العقود-دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2011، صفحة 52.

[3] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

[4] المادة 41 من **القانون المدني قبل إلغائه بموجب الأمر رقم 05-10 الصادر في 26 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني**، الجريدة الرسمية العدد 44، تنص: "يعتبر إستعمال الحق تعسفيًا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[5] رشوان حسن رشوان، **أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 1994، صفحة 288 و289.

[6] سليمان علي علي، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1992، صفحة 89.

[7] أمر رقم 95-07، المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 جانفي 1995، **متعلق بالتأمينات**، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006.

[8] قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان 2004، **يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 18 أوت 2010.

[*] عرَّف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي بالمادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانبي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والتي جاء فيها: "هي تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة".

وما تجدر الإشارة إليه أنَّ التعريف الوارد في المادة 35 المذكورة أعلاه تشير إلى أنَّ الشرط التعسفي لا يظهر إلَّا في العقود التي تتفاوت فيها القدرة الفنية فقد يكون أحد المتعاقدين ملمًا بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد فيضمن عقد شروط يمكن أنَّ ينطبق عليها وصف التعسف.

[9] عبد الموفق حماد، **الحماية القانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، لبنان،2011، صفحة 264.

[10] رباحي أحمد، **أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن**، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة شلف، العدد الخامس (05)، 2008، صفحة 363.

[11] سي طيب محمد أمين، **الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008-2007، صفحة 35.

[12] أمر رقم 03-03 المؤرخ في 16 جويلية 2003 **المتعلق بقانون المنافسة**، الجريدة الرسمية العدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003.

[13] أمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، **المتعلق بالمنافسة**، الجريدة الرسمية، العدد 09، مؤرخة في 22 فيفري 1995، ملغى بموجب الأمر 03-03.

[14] قانون رقم 89-12، مؤرخ في 05 جويلية 1989، **المتعلق بالأسعار**، الجريدة الرسمية، العدد 29، صادرة في 19 جويلية 1989.

[15] بن براهيم مليكة، **القيود الواردة على مبدأ المنافسة في التشريع الجزائري**، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، صفحة 19.

[16] قانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، **المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، الجريدة الرسمية، العدد رقم 12، مؤرخة في 2009/03/08.

[17] كيموش نوال، **حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية**، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، رسالة لنيل شهادة الماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2010-2011، صفحة 74.

[18] دالي بشير، **مبدأ تأويل العقد-دراسة مقارنة**، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقاسم، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، صفحة 37.

[19] مرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006**يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية**، الجريدة الرسمية، العدد 56 لسنة 2006، المعدل والمتمم.

[20] منصور محمد حسين، **النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)**، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006، ص75.

[21] بودالي محمد، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، دار الفجر للنشر والتوزيع، طبعة 2007، صفحة 118.

[**] الجدير بالذكر أنَّ هذا التوجه بخصوص عنصر وجوب أن يكون العقد مكتوبًا في التشريع الجزائري، يتوافق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذا أن هذا الأخير يذهب أيضا إلى وجوب أن يكون الشرط التعسفي مكتوبًا.

[22] فيغو عبد السلام أحمد، **أحكام عقد التأمين في القانون والشرع الإسلامي**، الطبعة الأولى، سنة 1996، صفحة 116.

[23] معلال فؤاد، **الوسيط في قانون التأمين، دراسة تحليلية على ضوء قانون التأمينات المغربية الجديدة**، الطبعة الأولى، مطبعة أبي رقراق، الرباط، المغرب،2011، صفحة 103.

[24] بلوش الحسين، **شرح مدونة التأمينات**، الطبعة الأولى، مطبعة قرطبة، أكادير، المغرب، 2013، صفحة 62.

[***] تنص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " ينتتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية، علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

[25] أمر رقم 95-07، المؤرخ في25 جانفي 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، **المتعلق بالتأمينات**، صفحة 05 و06.

[26] الحطاب أبو مسلم، **رسمية اللغة العربية إلى أين**، مجلة المحاكم المغربية، العدد 11، المغرب، أكتوبر 2003، صفحة 39.

[27] FONTAINE Marcel, **La protection de la partie faible dans les rapports contractuels**, rapports de synthèse - le centre des droits des obligations de l'Université Catholique de LOVAIN (Comparaisons franco- belges, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, page 614.

[28] بوشارب إيمان، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2012، صفحة 68،69.

[29] بغدادي مولود، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجمعية 2014-2015، صفحة 50.

[30] سي طيب محمد أمين، **المرجع السابق**، صفحة 138.

[31] **المرجع نفسه**، صفحة 102.

[32] بن سعيدي سلمة، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، رسالة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة باتنة، الجزائر، 2013-2014، صفحة 44.

[33] سي طيب محمد أمين، **المرجع السابق**، صفحة 149.

[34] بغدادي مولود، **المرجع السابق**، صفحة 135.

[35] سي طيب محمد أمين، **المرجع السابق**، صفحة 152.

[36] **المرجع نفسه**، صفحة 83.

[37] فايز أحمد عبد الرحمان، **الشروط التعسفية في وثائق التأمين في نطاق التأمين البري الخاص**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2006، صفحة 72.

[38] سي طيب محمد أمين، **المرجع السابق**، الصفحة 84.

[39] بغدادي مولود، **المرجع السابق**، صفحة 100.

[40] GHESTIN Jacques - MARCHESSAUX Isabelle, **les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe**, op cité, Page 50.

[41] بودالي محمد، **المرجع السابق**، صفحة 21.

[42] **المرجع نفسه**، صفحة02 .

[43] André BOSSON, **Les assurances terrestres en droit français**, Revue internationale de droit comparé, Volume 23 N°1, Janvier-mars 1971, Page 270.

[44] جميلة حميدة، **الوجيز في عقد التأمين دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية،2012، صفحة 110و111.

[45] **المرجع نفسه**، صفحة 111.

[46] السعيد شرف الدين أحمد، **أحكام التأمين في القانون والقضاء**، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1991، صفحة 230-240.

[47] عمريو جويدة، **سقوط الحق في الضمان في التأمين من المسؤولية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، صفحة 35.

[48] جلال محمد إبراهيم، **التأمين، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1994، صفحة 747.

[49] **المرجع نفسه**، صفحة 756.

[50] فرقد زهير خليل، محمد عدنان بكر، **التزام المؤمن له بالإدلاء بالبيانات اللازمة**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة السابعة، جامعة بابل، العراق، 2015، صفحة 446.

[51] : السنهوري عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، صفحة 1249.

[52] المهدي نزيه محمد الصادق، **عقد التأمين**، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1990، صفحة 256.

[53] السعيد شرف الدين أحمد، **المرجع السابق**، صفحة 303.

[54] محمد حسام لطفي، **الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، صفحة 185.

[55] السنهوري عبد الرزاق، **المرجع السابق**، صفحة 1259.

[56] الجمال مصطفى محمد، **أصول التأمين (عقد الضمان)، دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، صفحة 206.