تاريخ الاستلام:2021/05/06.تاريخ القبول:2021/06/17

حماية الطرف الضعيف- المؤمن له-

في عقد التأمين

Weak Party Protection - Insured -

In the insurance contract

عمار جعبوب*

المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة

(الجزائر)

ammardjaboub16@gmail.com

بدر الدين محمدي

المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة

(الجزائر)

maitremohammedi@yahoo.fr

ملخص:

يعتبر المؤمن له طرفا ضعيف في عقد التأمين، و على هذا الأساس سعى المشرع إلى تقرير حماية له، في مواجهة الطرف القوي- المؤمن-، وذلك من خلال إقرار مجموعة من الآليات و التقنيات القانونية التي من شأنها توفير أكبر قدر من الحماية.

و ذلك بموجب الأحكام العامة التي يتضمنها القانون المدني، لاسيما تلك المتعلقة بعقد الإذعان، و بموجب الأحكام الخاصة الواردة في قانون التأمين و قانون الاستهلاك. هذه الحماية تشمل جميع مراحل عقد التأمين من المرحلة السابقة عن العقد إلى غاية مرحلة التنفيذ.

الكلمات المفتاحية:عقد التأمين، المؤمن، المؤمن له، الطرف الضعيف، الإذعان، المستهلك.

Summary:

The insured is considered a weak party in the insurance contract, and on this basis the legislator sought to determine protection for him, in the face of the strong party - the insurer - by adopting a set of legal mechanisms and techniques that would provide the greatest amount of protection.

And according to the general provisions contained in the civil law, especially those related to the contract of compliance, and in accordance with the special provisions contained in the insurance law and the consumption law. This protection includes all stages of the insurance contract from the previous stage of the contract to the stage of implementation.

key words:

Insurance contract, insured, insured, weak party, acquiescence, consumer.

*المؤلف المرسل.

مقدمة:

سعى المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات إلى الاهتمام بالفئات الضعيفة في العلاقات التعاقدية، و ذلك من خلال إقراره العديد من النصوص القانونية، التي تهدف بالأساس إلى حماية المتعاقد الضعيف في العقد، و تحقيق مبدأ التكافؤ و التساوي فيما بين المتعاقدين، و هذا خلال جميع مراحل العقد-مرحلة التكوين، و مرحلة التنفيذ-، سواء بموجب الأحكام العامة الواردة في القانون المدني أو تلك الواردة بموجب تشريعات خاصة، كقانون العمل الموجهة لحماية فئة العمال، و قانون الاستهلاك الموجة لحماية المستهلكين، و قانون التأمين الموجه لحماية المؤمن لهم.

هذا الأخير- قانون التأمين- الذي يوصف بأنه من التشريعات الحمائية ، يتضمن مجموعة من المبادئ و الأحكام التي تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف المؤمن له في عقد التأمين، في مواجهة المؤمن باعتباره الطرف القوي في العقد اقتصاديا و معرفيا.

هذه الحماية الخاصة، تعتبر حماية تكميلية للحماية المقررة بموجب القواعد العامة في القانون المدني، لا سيما تلك الأحكام المتعلقة بعقد الإذعان، و تكميلية كذلك للحماية الواردة بتشريعات الاستهلاك، ذلك أن الطرف الضعيف في عقد التأمين، قد يأخذ وصف المؤمن له، و قد يأخذ وصف الطرف المذعن، و قد يوصف بأنه مستهلك.

وعليه وبالرجوع إلى هذه النصوص الحمائية نجد أن المشرع قد نص على مجموعة من الوسائل و الآليات الجدير بتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للطرف الضعف في عقد التأمين خلال جميع مراحل العقد. و هذا ما دفعنا إلى التساؤل عن دور و فعالية هذه الوسائل و الآليات في حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا؟.

إذن مما تقدم و للإجابة على هذا التساؤل سنحاول و بالاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي وصف و تحليل كيفية حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين- المؤمن له- خلال مرحلة تكوين العقد(**المبحث الأول**)، و مرحلة تنفيذه(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف- المؤمن له- مرحلة تكوين العقد

اهتم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة، بحماية الطرف الضعيف – المؤمن له- في عقد التأمين أثناء مرحلة تكوين العقد، و ذلك من خلال إقرار العديد من الالتزامات في جانب الطرف القوي، و التي تهدف بالأساس إلى حماية رضا المؤمن له، و لعل أهم هذه الالتزامات الالتزام بالإعلام (**المطلب الأول**)، و الالتزام بالشكلية الإعلامية كآلية لتدعيم إعلام المؤمن له (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الالتزام بإعلام المؤمن له

يهدف الالتزام بالإعلام الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، و ذلك من خلال تحقيق التوازن المعرفي، ففي حالة وقوع أحد أطراف العلاقة العقدية الاستهلاكية – المؤمن له- في ضعف معرفي ، يؤثر على رضاه. الذي يعتبر صورة من صور الضعف الذاتي (الملازم) ، و الذي ينشأ- الضعف المعرفي- عند انعدام المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة و الخبرة، فكثيرا ما يعتري العاقد

ضعفا ناشئا عن جهله بمعلومات و بيانات متعلقة بالعقد يحوزها العاقد الآخر، فالتفاوت القائم بينهما ليس تفاوتا اقتصاديا، و إنما هو تفاوت في العلم أو المعرفة و الدراية. فالضعف المعرفي يرجع إذن إلى استحالة العلم بالبيانات العقدية و هذه الاستحالة قد تكون استحالة موضوعية تتعلق بالشيء محل العقد المراد إبرامه، و قد تكون استحالة شخصية ترجع إلى العاقد ذاته من حيث كونه شخصا بسيطا قليل الخبرة والمعرفة بموضوع العقد.

و عليه فإذا كان المتعاقد جاهلا بظروف و وقائع موضوع العقد، أو بالنظام المطبق عليه، و كان غير قادر على الاستعلام بنفسه عن ذلك، فإنه ينشأ على عاتق المتعاقد الآخر التزام يعرف ب "الالتزام بالإعلام"، أو بالإخبار أثناء تكوين العقد . فيكون الالتزام بالإعلام الوسيلة الفعالة في تحقيق التوازن بين المتعاقدين، حيث يلتزم أحد الطرفين في العقد بأن يقدم كل ما من شأنه ان يساهم في تبصير الطرف الآخر، و ذلك بأن يقدم له ليس فقط مزايا العقد و كفى، بل يقدم له ايضا العيوب التي يؤدي إليها تنفيذ العقد، و أيضا الظروف التي من شأنها تقليل الفوائد التي ينتظرها من هذا العقد .

إذن فالالتزام بالإعلام يعد أهم محور من محاور تشريعات الاستهلاك، كون أن اختلال التوازن العقدي بين المستهلكين و المحترفين، سببه عدم المساواة في الاعلام، ذلك لأن المحترفون لهم معرفة ودراية تامة بالمنتجات و الخدمات المعروضة، في حين نجد المستهلكين – المؤمن لهم- على العكس من ذلك **(الفرع الأول)**، بهذا يكون الالتزام بالإعلام وسيلة لحماية الطرف الضعيف – المؤمن له- في العلاقة العقدية، وذلك قبل وأثناء التعاقد**(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام

يرجع وجود الالتزام بالإعلام المنصوص عليه في قانون حماية المستهلك، إلى القضاء الفرنسي الذي كان له الفضل في إبراز إطاره المفاهيمي، و ذلك برسم معالمه الأولى في العديد من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا[1] .

كما ساهم الفقه الفرنسي [2] أيضا في تحديد مفهوم الالتزام بالإعلام، و دوره في حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا، فالالتزام بالإعلام ما هو إلا آلية أو وسيلة وضع لمواجهة الضعف المعرفي الذي قد يعتري رضا المستهلك، قبل و أثناء مرحلة تكوين العقد- الإستهلاك- .[3]

فالالتزام بالإعلام هو التزام عام يغطي كافة مراحل التعاقد، و ذلك عن طريق التقيد بالإدلاء بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة [4] محل التعاقد، و التي قد يجهلها المتعاقد الآخر و يتعذر حصوله عليها، و ذلك بهدف تكوين رضاء حر و سليم. هذا الالتزام تضمنته جل التشريعات المقارنة، العربية و الغربية، بما فيها التشريع المصري و المغربي، و التشريع الألماني و الفرنسي، و كذلك التشريع الجزائري.

" حيث أنه و بالرجوع إلى هذا الأخير – التشريع الجزائري- نجد هذا الالتزام منصوص عليه عادة في قانون العقود[5] ، بحيث يفترض أن يكون كل متعاقد على علم كاف بما هو مقدم عليه، و يأتي هذا تطبيقا للقواعد العامة خاصة المادة 1/352 ق. م، بنصها:

((يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.....،)).

أما بالنسبة للتشريعات الخاصة بحماية المستهلك- و هذا ما يهمنا- فإن المشرع أكد حق المستهلك في الإعلام بصفة عامة و لم يحدد هل يكون هذا الالتزام في مرحلة ما قبل التعاقد أم أثناء التعاقد، و ذلك من خلال المادة 04 من القانون 02/89 (الملغى) المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، على خلاف المشرع الفرنسي [6] الذي نص على صراحة على حق المستهلك في الحصول على المعلومات قبل إبرام العقد من خلال تقنين الإستهلاك الجديد رقم 93/949 الصادر في 26 يوليو 1993، حيث خصص الفصل الأول من الباب الأول من هذا القانون للالتزام بالإعلام و ذلك بموجب المادة [7] L.111- 1 بقولها: ((يلتزم كل بائع مهني للسلع أو الخدمات قبل إبرام العقد، بأن يضع المستهلك في موقف يمكنه من معرفة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة)).

كما كرس المشرع الحق في الإعلام بموجب القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[8] ، من خلال تولي المنتج أو البائع وجوبا بإعلام المستهلك بالمعلومات الصادقة و النزيهة و المتعلقة بمميزات السلعة أو الخدمة، ثم جاء بعدها بقانون 03/09 مؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش [9] ضمن الفصل الخامس منه تحت عنوان " إلزامية إعلام المستهلك" بمقتضى المادتين 17 و 18 منه"[10].

يظهر من هذا أن الالتزام بالإعلام له أهمية كبيرة في حماية رضا المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا في عقد التأمين، وذلك في المرحلة التي تسبق إبرام العقد من خلال الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، و في المرحلة إبرام العقد من خلال الالتزام التعاقدي بالإعلام.

الفرع الثاني: صور الالتزام بالإعلام

حماية لرضا الطرف الضعيف في عقد التأمين – المؤمن- أقر المشرع الالتزام بالإعلام على عاتق المؤمن و ذلك في المرحلة التي تسبق إبرام العقد من خلال الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام(**أولا**)، و في المرحلة إبرام العقد من خلال الالتزام التعاقدي بالإعلام(**ثانيا**).

أولا: الزام المؤمن بالإعلام قبل التعاقدي

نظرا لاهتمام المشرع بحماية الطرف الضعيف عموما، و المؤمن له خصوصا، فقد أقر الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كآلية حمائية للمؤمن له في عقد التأمين و ذلك خلال المرحلة التي تسبق إبرام العقد حيث يتم بموجب هذا الالتزام تمكين الطرف الضعيف بالعلم الكافي بكافة حقوقه و التزاماته قصد تنوير و تبصير رضاه ، و يظهر ذلك في وثيقة التأمين- أو ما يسمى باقتراح التأمين- التي يتعين على المؤمن أن يسلمها للمؤمن له(1)، و كذا بيان المعلومات المتعلقة بشروط العقد(2).

1 – وثيقة التأمين:

" من أهم الوثائق ما قبل التعاقدية وثيقة اقتراح التأمين المعتمدة لتنوير رضا المؤمن له بشروط العقد، فهو محرر يسلمه المؤمن أو من يمثله إلى المؤمن له و الذي يجب على هذا الأخير أن يدرج فيه المعلومات اللازمة لتمكين المؤمن من تقسيم الخطر المراد تغطيته، و من

ثم تحديد شروط تلك التغطية، و الذي يقع غالبا على طالب التأمين لا يسعى بنفسه إلى المؤمن، بل إن الوسيط هو الذي يسعى إلى طالب التأمين و يحثه على إبرام العقد، بعد أن يبصره بمزايا التأمين و نوع التأمين الذي يناسبه و بأفضل الشروط التي يستطيع الحصول عليها، طبقا للالتزام بالصدق الذي يفرض على المؤمن إعلام المؤمن له بمزايا و مساوئ هذا التأمين أو ذاك انسجاما مع مصالحه من العملية التأمينية فاقتراح من الناحية العملية هو عبارة عن مطبوع يحتوي على استمارة تتضمن مجموعة من الأسئلة يطرحها المؤمن مباشرة أو بواسطة أشخاص مخول لهم القيام بذلك و يدعون وسطاء التأمين على المؤمن له لتمكينه من المعلومات اللازمة حول الخطر المراد تغطيته و جميع الظروف المحيطة به و أقساط التأمين الواجب دفعها وطريقة التسديد و مبلغ التأمين و غير ذلك من البيانات التي تكون أساسية لقيام عقد التأمين، و يعد اقتراح التأمين تقنية قانونية يستعلم من خلالها المؤمن له عن نوع التأمين الذي يناسبه و عن شروط الضمان و نطاقه حتى يتعاقد عن بينة و إرادة حرة و واعية و متبصرة بكافة شروط العقد"[11] .

ومما تجدر إليه الاشارة أن المشرع قد نص على أن الزامية طلب التأمين لا تتحقق إلا بعد قبوله و ذلك من خلال المادة 08 من الأمر رقم 95/ 07 المتعلق بالتأمينات و التي تنص: ((لا يترتب على طلب التأمين التزام المؤمن له و المؤمن إلا بعد قبوله)). و عليه يمكن لمن اقترح التأمين أن يسحبه، فلا يعتبر إيجابا و لا يلزم المؤمن و لا المؤمن له فليس لطلب التأمين أية قوة الزامية ما دام لم يتم قبوله[12] ، فهو يعتبر آلية ما قبل التعاقدية و التي من شأنها تبصير المؤمن له بشروط العقد المراد إبرامه [13]. و اضافة إلى اقتراح التأمين كآلية لتجسيد الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي نجد بيان المعلومات.

2 - بيان المعلومات المتعلقة بشروط العقد:

لم ينظم المشرع الجزائري في عقد التأمين بيان المعلومات كآلية لتجسيد الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي، بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على مجموعة من الوثائق تهدف إلى تحقيق الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي[14] . و تظهر أهمية بيان المعلومات في توضيح إرادة المؤمن له، لذلك يتعين على المؤمن إعلام المؤمن له بالمعلومات الضرورية الحمائية و التي من شأنها تنوير رضا المؤمن له:

إعلام المؤمن له حول سعر الضمانات[15]،

إعلام المؤمن له بالضمانات [16]،

إعلام المؤمن له بشرط الإحالة[17] ،

إعلام المؤمن له بالشروط المتعلقة بكيفية أداء التعويض[18] ،

إعلام المؤمن له بالتزاماته[19] .

ثانيا: الزام المؤمن بالإعلام التعاقدي

اضافة إلى ما أقره المشرع من التزامات على المؤمن لتحقيق الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، نجده- المشرع-، قد نص على الزامية وجود مجموعة من الوثائق لتحقيق الالتزام بالإعلام الواقع على المؤمن مرحلة إبرام العقد، و ذلك قصد تنوير رضا المؤمن خلال هذه

المرحلة و هذا عن طريق البيانات التي تتضمنها مذكرة التغطية المؤقتة (1)، و بيانات وثيقة التأمين (2)، و كذلك المعلومات التي يحتويها ملحق التأمين (3).

1 – مذكرة التغطية المؤقتة:

تعتبر مذكرة التغطية المؤقتة آلية أساسية لإعلام المؤمن له بشروط التعاقد التي تعتبر تمهيدا لتحرير العقد النهائي، ذلك لأنه قد تمر فترة من الوقت بين تقديم طلب التأمين و صدور قرار المؤمن – شركة التأمين- بحيث لا يعلم المؤمن له إذا ما كان المؤمن سيقبل أو يرفض، و خلال هذه الفترة يكون الخطر الذي قدم بشأنه التأمين غير مغطى، و قد يتحقق قبل تحرير وثيقة التأمين مما يؤدي إلى تحمل آثاره فلا يحصل طالب التأمين على أي تعويض. لذلك و في سبيل الرغبة في تغطية الخطر السابقة على قيام العقد بصورتها النهائية، يتفق كل من المؤمن له و المؤمن على تغطية مؤقتة للخطر عند وقوعه، و ذلك عن طريق تدوين و تحرير مذكرة التغطية التي يتعين فيها على الأطراف- المؤمن و المؤمن له- إدراج جميع المعلومات و البيانات المتعلقة بالتأمين، و بهذا تشكل مذكرة التغطية المؤقتة وسيلة إعلامية و حمائية للطرفين و بالخصوص المؤمن له و ذلك خلال مرحلة التعاقد[20] .

2 - وثيقة التأمين:

و هي الوثيقة النهائية التي يحررها المؤمن التي تثبت وجود عقد التأمين، بين المؤمن و المؤمن له- شركة التأمين-، بل هي العقد ذاته و يجب أن تضم مجموعة من البيانات ذكرت في المادة 07 من قانون التأمين الجزائري رقم 07/95، و التي تشترط على المؤمن ذكر جميع البيانات الخاصة و الأساسية – الجوهرية- و المتعلقة بطرفي العقد، الأخطار المضمونة، مبلغ القسط أو الاشتراك، مبلغ التعويض، مدة سريان العقد[21] ، و غيرها من البيانات التي تبين و تسهل إعلام المؤمن بالمسائل التفصيلية المتعلقة بعملية التأمين، و عليه كلما كانت البيانات الالزامية المشترطة بموجب المادة 07 من قانون التأمين واضحة، كلما كان رضا المؤمن له مستنيرا و متبصرا، و هذا ما يشكل حماية له أثناء إبرام العقد باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية التأمينية.

3 – ملحق عقد التأمين:

ملحق عقد التأمين اتفاق إضافي يبرم بين أطراف العقد الأصلي- المؤمن والمؤمن له، يتضمن شروطا جديدة تقضي بتعديل مضمون العقد الأول بالزيادة أو بالنقصان، وذلك نظرا لحدوث ظروف مستجدة بعد إبرام العقد لم تكن في الحسبان [22].

و يترتب على الاتفاق على ملحق الوثيقة اعتباره جزء من الوثيقة الأصلية و يندمج ضمن شروطها، ولا يعدل من شروط الوثيقة الأصلية إلا الشروط التي قصد تعديلها، و يكون هذا التعديل من وقت الاتفاق على الملحق لا قبل ذلك، أما الشروط التي لم يلحقها التعديل فتبقى سارية كما كانت من قبل [23].

و الهدف من اشتراط المشرع[24] إدراج أي تعديل في عقد التأمين ضمن ملحق التأمين هو لضمان الإعلام الموضوعي و الكامل للمؤمن له بشأن تعديلات العقد حتى يتعاقد على بينة و تبصر.

نخلص مما تقدم أن المشرع قد عزز حماية رضا الطرف الضعيف في عقد التأمين، و ذلك بالزام المؤمن بإعلام المؤمن بالمسائل الجوهرية و التفصيلية لعقد التأمين و ذلك خلال المرحلة السابقة و اللاحقة للتعاقد. الا ان السؤال يبقى مطروح عن الآلية او الكيفية التي يتم بها تنفيذ هذا الالتزام؟.

المطلب الثاني: الشكلية الإعلامية كآلية لحماية المؤمن له

لتدعيم الالتزام بالإعلام كآلية حمائية للطرف الضعيف في عقد التأمين، اشترط المشرع من خلال المادة 08 من القانون رقم 95/ 07 أن يكون وفق شكلية إعلامية (الفرع الأول)، تتضمن مجموعة من البيانات الالزامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالشكلية الإعلامية

بعد ظهور الشكلية الحديثة كآلية لحماية الفئات الضعيفة، أصبح للشكلية مفهومين ، مفهوم تقليدي و مفهوم حديث، و عليه فاذا كان المفهوم التقليدي واضح المدلول، فان المفهوم الحديث و نظرا لجديته غير واضح المعالم، مما يتعين علينا تحديد مصدره (أولا)، ثم البحث في مقصود(ثانيا).

أولا – مصدرالشكلية الإعلامية:

بالرجوع الى القوانين المتعلقة بالاستهلاك نجد بأن تنفيذ الالتزام بالإعلام لا يتحقق إلا بوجود قالب أو شكل، و هذا ما دفع المشرع إلى الزام المتعاقدين باحترام شكلية محددة تبرر و تؤكد القيام بالالتزام بالإعلام، من هذا تتضح العلاقة بين الالتزام بالإعلام و الشكلية الإعلامية، حيث يعتبر الأول سبب في وجود الثانية، فكلما زاد الغموض في العلاقة العقدية كلما زادت حدة الشكلية و ضرورة وجودها [25].

إذن فمصدر الشكلية الإعلامية (الاستهلاكية) هو الالتزام بالإعلام، و بالتالي تكون شكلية العقد كوسيلة أو آلية للإعلام. و الشكلية المقصودة في هذا المقام هي الشكلية الحديثة التي أقرتها التشريعات الخاصة لا سيما تشريعات الاستهلاك، و التي تختلف عن الشكلية التقليدية التي يفرضها القانون المدني .

هذه الشكلية – الشكلية الإعلامية- تعتبر مصدرا لتبصير المستهلك، بمعنى أن الهدف من الشكلية هو توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك و لتأكيد رضائه العقدي، فان كانت الرضائية تتناقض مع الشكلية، الا أن الشكلية المقصودة في هذا الصدد ليس الهدف منها اصطناع قوالب جامدة لتكوين العقد، بل التي من شأنها تأكيد توافق إرادتي المتعاقدين، فهي ليست مجردة عن الرضا، و بتعبير آخر الشكلية ليست مقصودة لذاتها، بل هي وسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين طرفين غير متكافئين ، و هذا ما دفع بالمشرع إلى اعتمادها كآلية أو وسيلة لتدعيم إعلام المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام المفروض على المتدخلين و المهنيين.

ثانيا – التعريف بالشكلية [26] الإعلامية:

بعد التطورات الجديدة التي مست نظرية العقد بداية القرن العشرين، أصبح للشكلية مفهومين أو تصورين، مفهوم تقليدي وارد في النظرية العامة للعقد في القانون المدني(1)، و تصور حديث ظهر بمناسبة إصدار تشريعات خاصة لاسيما تلك المتعلقة بحماية المستهلك و المؤمن له(2).

1 - المدلول التقليدي للشكلية:

تأخذ الشكلية التقليدية المنصوص عليها في النظرية العامة للعقد في القانون المدني صورتين أساسيتين: فإما ان تكون للانعقاد(الصورة الاولى)، و إما ان تكون للإثبات(الصورة الثانية).

الصورة الأولى:

و يقصد بها الشكلية المباشرة، و هي تلك التي تكون ركنا في العقد، حيث بوجودها يسمى العقد "عقدا شكليا"، و بتخلفها يصبح العقد كأن لم يكن، فالعقد الشكلي إضافة إلى التراضي و المحل والسبب يستلزم ركنا رابع هو ركن الشكلية، و تدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني [27] .

الصورة الثانية:

و يقصد بها الشكلية غير المباشرة، و هي تلك الشكلية الخاصة بالإثبات[28] ، و التي تتمثل في مختلف الاجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، و سميت بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، فهي لا تؤثر مبدئيا على صحته ولكنها قد تحد من فعاليته و نفاده[29] .

إذن يتضح من خلال مفهوم الشكلية التقليدية أن لشكلية وفقا للنظرية العامة للعقد وظائف متعددة تتلاءم والأوضاع الاجتماعية و الاقتصادية السائدة في تلك الفترة، حيث كانت الغاية من الشكلية عموما تتجسد في كونها وسيلة لتنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف المراد إبرامه، وذلك من خلال تفادي تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأوضاع حق قدرها. و وسيلة أيضا تساهم في استقرار المعاملات و حمايتها من المضاربة و هذا كله في سبيل تحقيق المصالح الخاصة،

كما تستدعي أيضا المصلحة العامة بدورها شكلية في العقود، الأمر الذي دفع بالدولة للتدخل وتتكفل بالميدانين الاجتماعي و الاقتصادي، من خلال فرض شكليات محددة في ابرام العقود.

2 - المدلول الحديث للشكلية:

يعتبر التصور الجديد للشكلية نتيجة أساسية للمعطيات الجديدة المترتبة عن تطور نظرية العقد، فبعد تراجع مبدأ سلطان الارادة و المبادئ المترتبة عنه – الحرية العقدية والرضائية- بسبب اختلالات التوازن في العلاقات العقدية، و ظهور طرف قوي يتعسف و يهمن

على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ظهرت الشكلية بتصور جديد يختلف عن التصور التقليدي كآلية يستخدمها القانون المعاصر لحماية المتعاقد الضعيف.

هذه الشكلية التي عرفت تطورا جديدا لا من حيث مظهرها فحسب بل من حيث وظيفتها [30] ، أصبحت بسبب دورها الوقائي الحمائي، من الأدوات الأساسية للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي ، وآلية فعالة لحماية الطرف الضعيف. كونها تتضمن مجموعة من البيانات الالزامية تتميز بالوضوح والشفافية.

الفرع الثاني: عناصر الشكلية الإعلامية

إذن و نظرا للدور الجد الفعال للشكلية الإعلامية في تحقيق التوازن و المساواة العقدية بين أطراف العلاقة العقدية، من خلال توفير القدر الكافي من الحماية للطرف الضعيف- المؤمن له- و ذلك بتوفير العلم المنافي للجهالة بتفاصيل العقد، ألزم المشرع المؤمن في عقد التأمين بإعلام المؤمن له بكافة مقتضيات العقد و ذلك وفق قالب شكلي معين مكتوب(**أولا**)، يتضمن مجموعة من البيانات الالزامية (**ثانيا**).

أولا: عنصر الكتابة شرط للإعلام

اشترط المشرع من خلال المادة 07 من القانون 95/ 07 أن يكون عقد التأمين مكتوبا(1)، و بحروف واضحة تتميز بالوضوح و الشفافية(2).

1 – شرط الكتابة:

إن فرض المشرع للبيانات الالزامية، يؤدي بالضرورة الى تطلب الكتابة [31] ، هذا و إن كان المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة الا في بعض عقود الاستهلاك، و هذا لا يعني استبعاد الكتابة في حالة عدم اشتراطها صراحة ، ذلك لأنه من البديهي أن اعلام المستهلك لا يكون له أثر الا اذا كان مكتوب [32] ، والكتابة المقصودة هنا ليست للانعقاد أو للإثبات بل هي وسيلة لتنوير رضا الطرف الضعيف، و لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في وضوح البيانات الموجهة للمؤمن له، وإمكانية قدرته على قراءتها، و الادلاء بمدى تمكنه من معرفة شروط و خصائص العقد [33] ، حيث أشار المشرع الجزائري وبشكل صريح إلى وجوب كتابة البيانات الالزامية، و ذلك لإظهار المعلومات الاساسية المتعلقة بعقد التأمين.

إذن يتضح من خلال ما تقدم أن الكتابة هي الوسيلة الوحيدة لإعلام المؤمن له بالبيانات الالزامية أو الاجبارية، التي فرضها المشرع على المؤمن في عقد التأمين.

2 – وضوح و شفافية البيانات:

يقصد بالشفافية: الوضوح بحيث تعطي الانطباع بصدق ما أفصحت عنه الارادة، أي اتفاق ظاهرها مع ما في باطن الشخص، فإذا ما تم ذلك كان للمتعاقد أن يتخذ قراره على بصيرة بكل جوانب العملية المتعاقد بشأنها . كما تشمل الافصاح عن المعلومات الضرورية لبناء إرادة الطرف المقابل أيضا، و هذه من بين الأمور التي يقتضيها حسن النية في العقود، و نظرا لكون الشفافية من أهم العوامل التي

ترصد لمواجهة السلبيات المحتملة في التعاقد، كرسها المشرع صراحة كمبدأ يحكم القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سواء تلك المتعلقة بالأعوان الاقتصاديين بالمستهلكين، أو تلك المتعلقة بعلاقة الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.

و قد جسد المشرع الشفافية في نطاق الممارسات التجارية من خلال مظهرين رئيسيين تضمنهما الباب الثاني من القانون رقم 04-02 المتعلق بشفافية الممارسات التجارية هما الاعلام بالأسعار و التعريفات و كذا الفوترة [34] . و عليه فإنه لا يكفي ادراج البيانات الاساسية عن طريق كتابتها حتى يتم تنفيذ الالتزام بالإعلام، بل يتعين على الملتزم بتنفيذ هذا الالتزام - المحترف ، المهني- التقيد كذلك بواجب عام بالمصارحة و الشفافية في الاعلام[35] ، أي أن يتم وضع البيانات و الخصائص الأساسية المتعلقة بالعقد بشكل واضح، كما يتعين كذلك أن تكون الكتابة واضحة و مفهومة، حتى يكون الطرف الآخر قد رضي بالتعاقد على أكمل وجه.

في المقابل من هذا، نجد بأن التشريعات المقارنة المتعلقة بتنظيم الاستهلاك قد أوجدت لشفافية البيانات الالزامية عدة أوجه و لعل أهمها :

كتابة بعض المواد القانونية حتى يتسنى للمستهلك الانتباه لحقوقه و وسائل حمايته، و كما يمكن أن تظهر الشفافية من خلال كتابة بعض البيانات بخط اليد، حيث تمكن هذه الطريقة في كتابة البيانات، المستهلك من فهم مضمون العقد

مما يوفر له امكانية التريث و عدم التسرع في التعاقد، كما يمكن ان تساهم كتابة البيانات بشكل بارز وواضح يجذب انتباه المستهلك ما يمكنه من قراءة جيدة للمعلومات والبيانات المدونة في ورقة التعاقد، وبالتالي توفر له عنصر اعلام و حماية في الوقت ذاته، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في عقد التأمين.

ثانيا: البيانات الالزامية:

حيث اشترط المشرع بموجب المادة السابعة (07) من قانون التأمينات أن يتضمن عقد التأمين زيادة على توقيع الطرفين، مجموعة من البيانات الالزامية، و التي من شأنها تنوير رضا المؤمن له، هذه البيانات كالآتي:

- اسم كل من الطرفين المتعاقدين و عنوانهما،
- الشيء أو الشخص المؤمن عليه،
- طبيعة المخاطر المؤمنة،
- تاريخ الاكتتاب،
- تاريخ سريان العقد و مدته،
- مبلغ الضمان،
- مبلغ قسط أو اشتراك التأمين.

نخلص من هذا إلى أن الشكلية الاعلامية لا يمكنها تحقيق الحماية الفعالة لطرف الضعيف عموما والمؤمن له خصوصا، إلا إذا كانت في شكل مكتوب يمتاز بالشفافية والوضوح .

المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف- المؤمن له- مرحلة تنفيذ العقد

دعت الضرورة الحتمية إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا في عقد التأمين و باعتباره مستهلكا لخدمة التأمين، المشرع إلى اتباع آليات حمائية حديثة أثناء مرحلة تنفيذ عقد التأمين، قصد تحقيق أكبر قدر من الحماية لهذا الطرف الضعيف، من بين أهم هذه الآليات منحه مهلة التفكير اللاحقة على العقد – حق التراجع(**المطلب الأول**)، و آلية الغاء البنود التي تتميز بالإجحاف و التعسف في حق المؤمن له (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مهلة التفكير اللاحقة على العقد(حق التراجع)

أمام تسرع كثير من المؤمن لهم في التعاقد، تحت تأثير وسائل الدعاية و الإعلان الحديثة، فضلا عن قلة الخبرة أو انعدامها بالكلية أجازت تشريعات الاستهلاك، و من بينها قانون التأمين للمؤمن له- في حالات معينة-، حق الرجوع عن التعاقد بإرادته المنفردة خلال مهلة زمنية محددة. و عليه و نظرا لفعالية هذه الآلية في حماية المؤمن له خلال مرحلة التنفيذ تعين علينا تحديد مفهومه(**الفرع الأول**)، ثم ابراز أهم تطبيقاته(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم حق التراجع عن العقد

لتحديد مفهوم حق التراجع كآلية حمائية للمتعاقد الضعيف في عقد التأمين، يتعين علينا تعريفه(**أولا**)، ثم تحديد طبيعته(**ثانيا**).

أولا: تعريف حق التراجع عن العقد

لم يرد أي تعريف لحق التراجع عن العقد ضمن التشريعات التي منحت المستهلك هذا الحق و إنما تولى الفقه هذه المهمة- تعريف حق التراجع-، حيث عرفه بعض الفقه العربي بأنه: " ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد صحيحا من دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن حق الرجوع أو مسؤولية تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع [36] . في حين يعرفه جانب آخر من الفقه و يرى أن هذا الحق يتمثل في التخلي عن عقد لم يبرم نهائيا و إنما مازال في طور التكوين[37] . كما يعرفه بعض الفقه المصري، تحت مسمى حق العدول، بأنه" قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة و الاختيار بين إمضائه و بين الرجوع عنه "[38] .

أما بالنسبة للفقه الفرنسي، فقد عرفه الأستاذ[39] Pierre Breeze على أنه " الحق المعطى للمتعاقد بأن يلغي من طرف واحد العقد الذي قبله، و الذي يجب أن يكون مبدئيا باتا و نهائيا"،

كما عرفه الفقيه جيران كورني-- G. Cornu على أنه" تعبير عن إرادة معاكسة بمقتضاها يقصد صاحب تصرف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته و سحبها و كأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي و المستقبل "[40] .

يتضح من خلال التعريفات الفقهية السابقة أن حق التراجع يتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له[41] ، حيث يعتبر حق الرجوع:

1 - حق متعلق بالنظام العام:

إن حق المؤمن له في التراجع عن العقد هو حق نظمه المشرع بقواعد قانونية آمرة ، لتعلقه بالنظام العام، و ذلك تحقيق التوازن بيم طرفين غير متكافئين من الناحية المعرفية. و بالتالي فهو حق غير قابل للتنازل عنه أو التصرف فيه و لا حتى مخالفته أو الحرمان من ممارسته، التي ينجر عنها جزاء، و ذلك ذو طابع حمائي للطرف الضعيف.

2 - حق تقديري:

إن حق التراجع عن العقد هو حق تقديري للمؤمن له، أي يخضع لتقدير المؤمن له يستخدمه بحرية، و بإرادة منفردة، و من ثم لا يلتزم المؤمن له بتبرير قراره بالتراجع عن العقد أو بدفع أي تعويض باستثناء مصروفات أو نفقات إرجاع السلعة. و يترتب عن هذه الخاصية- التقديرية- ثلاث نتائج:

- أن ممارسة المؤمن له لحقه في الرجوع في ذاتها لا تعتبر التزاما، و إنما مجرد إمكانية لإنهاء التزام سبق أن التزم به المؤمن له.

- أن ممارسة المؤمن له لحقه في الرجوع يترتب عنها إنهاء العقد بشكل فردي، دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر- المهني أو المحترف أو المتدخل-.

- أن رجوع المؤمن له لا يعتبر إجراء تعسفيا أو متجاوز فيه، حتى و لو كان المستهلك سيء النية.

3 - حق مجاني:

هذه الخاصية تتمثل في كون حق التراجع حقا مجانيا أي يمارسه المؤمن له من دون مقابل باستثناء مصروفات أو نفقات إرجاع السلعة، و هذا ما أقره القانون الجزائري على غرار باقي القوانين المقارنة، حيث نص صراحة في نص المادة 90 مكرر من قانون التأمينات[42] على أنه إذا مارس المؤمن حق التراجع فإنه لا يتعرض لأي جزاء جراء هذا الرجوع، و إنما عليه فقط دفع رسوم فتح الملف.

4 - حق مؤقت:

أي أن ممارسة حق التراجع مقيدة بفترة زمنية محددة تختلف من عقد إلى آخر(البيوع في المنازل أو خارج المؤسسة هو سبعة (07) أيام، عقد خدمات التأمين ثلاثين (30) يوما، عقد القرض الائتماني خمسة عشر (15) يوما، حفاظا على استقرار مراكز الأطراف في العقد و تفاديا من تعسف صاحب الحق، و ينقضي باستعماله أو بفوات المدة المحددة له[43] .

ثانيا: الطبيعة القانونية لحق التراجع

أما عن الطبيعة القانونية لحق التراجع، فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين: أولهما يرى أن العقد لا يتكون من تاريخ إبرامه و إنما من يوم انتهاء مهلة التفكير الممنوحة للمستهلك و في هذا مساس بمبدأ التراضي(1)، و ثانيهما على العكس من ذلك، يرى أن العقد يتكون

من تاريخ توقيع المستهلك، و يظل قائما طوال المهلة الممنوحة لهذا الأخير للرجوع عن العقد و في هذا مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد[44] .(2).

1 – الاتجاه الأول:

يذهب أنصار الاتجاه الأول " أن خيار الرجوع عن العقد يحول دون انعقاد العقد بصفة فورية ونهائية بمجرد تبادل الرضا، أي أن المتعاقد عندما يمارس حق التراجع، لا يتطلب أن تكون الإرادة حاضرة وقت الإبرام بل تبقى الإرادة على حالها، فإذا انقضت مهلة التفكير دون ممارسة حق التراجع يكتمل رضا المتعاقد، أما في فترة التفكير فرضا المتعاقد يتسع لهذه المهلة، و يصير نهائيا بعد انقضاء مهلة التفكير، فيظل العقد محل حق التراجع غير فوري بل تعاقبي، فحق التراجع يعرقل مرحلة تكوين العقد، أما عدم ممارسة حق التراجع، يمكن العقد من تكوينه النهائي بعد انقضاء مهلة التفكير" [45] .

يأخذ بعض الفقه على هذا الاتجاه أنه أخلط بين فكرة التكوين التدريجي التعاقبي للعقد و حق التراجع عن العقد، ذلك لأن فكرة التكوين التعاقبي تتطابق و تتوافق مع مهلة التفكير السابقة على العقد، و ليس مع حق التراجع- مهلة التفكير اللاحقة-، كون أن مهلة التفكير السابقة على العقد هدفها الأساسي هو تنوير رضا المستهلك قبل إبرام العقد، عكس حق التراجع- مهلة التفكير اللاحقة- التي تؤكد رغبة المستهلك في الاستمرار في العقد.

و ما يؤكد صحة هذا النقد هو أن النصوص القانونية المنظمة لهذا الحق غالبا ما تنص عن إبرام العقد و عن توقيعه و عما يجب أن يتضمنه من بيانات، و هذا منذ وقت صدور قبول المستهلك، و هذا ما يثبت أن المشرع يعتبر العقد قائما بمجرد صدور قبول المستهلك، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن النصوص غالبا ما تقضي بفسخ العقد عند تقرير حق التراجع المخول للمستهلك، مما يؤكد أن حق التراجع يتعلق بالمرحلة التي يكون فيه العقد قائما أي بمرحلة تنفيذ العقد[46] .

2 – الاتجاه الثاني:

يذهب أنصار الاتجاه الثاني: " على نقيض الرأي الأول، أن حق التراجع عن العقد هو حق ممنوح للمستهلك بعد إبرامه للعقد و دخوله مرحلة تنفيذ العقد، يمكنه التراجع عنه و لذلك فهو حق متصل بتنفيذ العقد لا بتكوينه، و انقسم أنصار هذا الاتجاه، إلى عدة أراء تبرر استعمال هذا الحق استنادا للقواعد المعروفة في القواعد العامة.

فهناك من اعتبر حق التراجع من قبيل نقض العقد بالإرادة المنفردة، و أرجعه البعض الآخر، إلى أنه شرط فاسخ، فينعقد العقد صحيحا يرتب جميع الآثار، لكن لدى استعمال المستهلك حقه في التراجع ينفسخ، بينما حدد رأى آخر، نوع الشرط الفاسخ، بأنه شرط فاسخ إرادي، بينما رأى البعض الآخر، أن حق التراجع عن العقد لا يمنع من انعقاد العقد بصفة فورية، لكن وجود عقد صحيح ليس بالضرورة أنه يصبح نافذا بصورة مباشرة بل أن حق التراجع عن العقد، يجعل العقد غير نافذ طول مهلة ممارسة حق التراجع، إذن لابد من التمييز بين تمام أو قيام العقد و بين فعاليته، فإذا تطابقت الإرادتين ينعقد العقد صحيحا و مكتملا رضاء طرفيه، لكن الحديث عن فعاليته هي

موقفة من المشرع طيلة مدة التفكير ويمنع المستهلك من تنفيذ الالتزام، أما إذا لم يمارس المستهلك هذا الحق في مدته يكتسب العقد فعاليته اتجاه المستقبل و ينقضي الحق بممارسته" [47] .

حيث أيد بعض الفقه العربي فكرة التمييز بين تمام العقد و فعاليته كتفسير لحق التراجع كونها تتوافق و الفقه الاسلامي، هذا و إن كان البعض يرى غير ذلك باعتبار أن فكرة العقد غير اللازم تعد وصفا حقيقيا للعقد المتضمن حق الرجوع، في حين يرى البعض الآخر أن حق الرجوع يتشابه و خيار الرؤية المعروف في أحكام الشريعة الاسلامية [48] .

رغم التكييف الذي تقدم به الفقه لتحديد الطبيعة القانونية لحق التراجع عن العقد الممنوح للمستهلك، يظهر أن كل التفسيرات التي قدمت بشأن حق التراجع عجزت عن تحديد طبيعته و إعطائه الوصف الدقيق.

هذا ما دفع بالفقه الحديث إلى إعطاء حق التراجع وصف خاص يؤكد إرادة المشرع و رغبته في حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا، و ذلك لمواجهة الطرف القوي- المؤمن-، و بهذا فحق التراجع عن العقد يعتبر آلية قانونية خاصة نص عليها المشرع لحماية المؤمن له أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: تطبيقات حق التراجع في عقد التأمين

لقد نصت التشريعات الحديثة لاسيما تشريعات الاستهلاك، على حق التراجع في مجالات متعددة، و ذلك قصد تأمين و ضمان حماية الطرف الضعيف في العقد، و من بين أهم التطبيقات لحق التراجع كآلية حمائية تلك التي نص عليها المشرع في قانون التأمينات، و هذا على غرار باقي التشريعات العربية و الغربية.

" حيث نصت المادة 64 من القانون رقم 95/ 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، على أن التأمين على الحياة هو: ((عقد يلتزم بموجبه المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له عند تاريخ معين مقابل قسط إذا بقي المؤمن له على قيد الحياة عند هذا التاريخ)). إذن في هذا النوع من التأمين أجازت بعض التشريعات المعاصرة للمؤمن له ممارسة حق التراجع في أجل معين، وفق شكليات معينة، و في هذا المعنى كانت المادة 631 ق. م، قبل إلغائها، بموجب القانون 80/ 07 المؤرخ في9 أوت 1980 و المتعلق بالتأمينات، تنص على ما يلي: ((يجوز للمؤمن له الذي التزم بدف أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية و في هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة)).

و قد جاء القانون رقم 95/ 07 المذكور أعلاه خاليا من مثل هذا النص، و لكن بعد تعديل 2006 جاءت الاشارة إليه في المادة 70 مكرر من نفس القانون، إذ أنها ألزمت المؤمن، في عقد التأمين على الأشخاص و الرسملة، أن يسلم المكتتب كشوف معلومات تحتوي إجباريا على توضيحات إضافية تتعلق بجملة من الأمور منها: أجال و كيفيات التراجع عن العقد. ثم نصت المادة 90 مكرر/ 1 على حق التراجع بكل وضوح في التأمين على الحياة، إذ قضت: ((باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على

الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط)).

في حين أن قانون التأمينات الفرنسي نص في مادته L. 132. 5.1 (قانون رقم 81/ 05 المؤرخ في 7 يناير 1981) على أن ((كل شخص طبيعي وقع اقتراح تأمين أو عقدا له رخصة في الرجوع بواسطة خطاب مسجل بعلم الوصول خلال مدة ثلاثين (3) يوما من تاريخ أول قسط)). و قد بين القانون رقم 94/ 05 المؤرخ في 4 يناير 1994 أن النصوص السابقة لا تطبق على العقود التي تكون مدتها القصوى شهرين" [49].

المطلب الثاني: حماية الطرف الضعيف- المؤمن له- من الشروط التعسفية

تتنوع القواعد القانونية المتعلقة بحماية الطرف الضعف- المؤمن له- بحسب الصفة التي أعطاه له المشرع، حيث يعد المؤمن له طرفا مذعنا في عقد إذعان، و الذي قرر له المشرع حماية عامة وفقا للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني(**الفرع الأول**)، كما يعد أيضا طرفا مستهلكا لخدمة التأمين، و الذي قرر له المشرع حماية خاصة وفقا للقواعد الخاصة الموجودة ضمن تشريعات الاستهلاك(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية باعتباره طرفا مذعنا

نص المشرع الجزائري في القانون المدني على نوعين الأحكام الموجهة لحماية المؤمن باعتباره طرفا ضعيفا، حيث نص على حمايته بموجب أحكام عقد الإذعان(**أولا**)، و بموجب الأحكام الخاصة بعقد التأمين لا سيما المادة 622 من القانون المدني(**ثانيا**).

أولا: حماية المؤمن له بموجب أحكام عقد الإذعان

الأصل -كما قلنا سابقا- أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط التعاقد و تحديد آثاره، و ان تتحقق المساواة بين كلا الطرفين في المحاورة و المساومة و التفاوض التعاقدي الحر- م. 54، 59، 106، 107، من ق. م-، وهذا ما يسمى بعقد المساومة أو التفاوض، و هذا هو الشأن الغالب في جميع العقود المدنية بصفة عامة[50]. غير أنه بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور الشركات التجارية الاحتكارية، أصبح ينظر للعقد نظرة اقتصادية أكثر من أنها قانونية، و ذلك لتغير مفهوم المساواة والتكافؤ العقدي، فبعدما كانت المساواة القانونية الظاهرية هي التي تميز العلاقات العقدية العادلة المتوازنة، أصبحت المساواة الواقعية كذلك تفسر العلاقات التعاقدية و مدى صحتها. فالمساواة بين المتعاقدين، حسب هذا التصور، لا تتحقق إلا إذا كان متماثلين في الذكاء والخبرة و القابلية على التفاوض، و كذا في المركز الاقتصادي و الاجتماعي [51]. من هذا نجد أن التفوق الاقتصادي لأحد المتعاقدين بالنظر إلى المتعاقد الآخر يؤدي إلى خلل في تنفيذ العقد و هو ذاته أي التفوق الاقتصادي، لا يهم المجال القانوني [52] إلا من حيث كونه مصدرا لعدم المساواة بين أطراف العقد، بحيث ينتج عنه نوعان من الآثار تتمثل في الضعف الاقتصادي لأحد المتعاقدين و هو الطرف المذعن، و هيمنة المتعاقد الأخر

باعتباره الطرف القوي، و بالتالي تبعية الطرف الضعيف للطرف القوي الذي يناط به وضع شروط العقد وبنوده، و لا يسمح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط أو المساومة أو تفاوض عليها، و هذا ما يطلق عليه أو ما يسمى بالإذعان في العقود.

فعقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة، فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد محتكر احتكارا فعليا أو قانونيا على شيء يعد ضروريا للمتعاقد الآخر- الضعيف اقتصاديا-، و يصدر الإيجاب إلى الناس عامة و بشكل مستمر، و يكون واحد للجميع، و يطلب أن يكون مطبوعا، و الشروط التي يمليها الموجب لا يمكن المناقشة فيها، فهي شروط لا يمكن للمتعاقد العادي الوقوف عليها.

نظرا لما قد تتضمنه عقود الإذعان من شروط تعسفية مجحفة في حق الطرف الضعيف، نجد أغلب التقنينات و منها التقنين المدني الجزائري، قد أعطى حماية خاصة لطرف المذعن من خلال نظرية الإذعان، مستبقا بذلك المشرع الفرنسي، و منتهجا نفس النهج الذي أخذ به المشرع المصري في مواجهة هذه الشروط التعسفية، حيث خول للقاضي على ضوء القواعد العامة لنظرية العقد وسيلتين أساسيتين لحماية الطرف الضعيف: أولهما أنه يجوز للقاضي، إذا تضمن العقد شروطا تعسفية، أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة و هذا بموجب نص المادة 110 ق. م. و ثانيهما أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في هذه العقود ضارا بمصلحة الطرف المذعن، دائنا أو مدينا طبقا لنص المادة 112 ق. م.

و ما يبرر هذا النوع من الحماية طبيعة الضعف الذي مس أحد المتعاقدين- الطرف المذعن-، وهو الضعف الاقتصادي، و بالتالي فإن تعديل الشرط أو إلغائه، مبرره انفراد المتعاقد القوي اقتصاديا بوضع العقد و تحديد شروطه، و من ثم يتعين عليه تحمل تبعة وضعه لشروط تعسفية مرهقة للمتعاقد الآخر. أما عن تفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف المذعن فأساسه أن المتعاقد القوي هو الذي انفرد كذلك بصياغة العقد ما يستوجب مسؤوليته عن غموض العبارات كون أن الطرف المذعن لم يشارك في صياغة عبارات العقد.

ثانيا: حماية المؤمن له بموجب الأحكام الخاصة بعقد التأمين

" بالإضافة إلى الحماية المقررة ضمن عقود الإذعان، خص المشرع عقد التأمين بحماية إضافية تتكاتف مع الحماية العامة في رفع التعسف و الإجحاف الذي يقع على المؤمن له من طرف المؤمن ذو المركز التعاقدي القوي. تجسد ذلك في المادة 622 من القانون المدني و التي تنص:

((يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة أو جنحة عادية،

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،
- شرط التحكيم، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.)).

حيث يلاحظ من خلال هذا النص ما يلي:

- نصت المادة 622 أعلاه على بطلان شروط بعينها إذا ما وردت في وثيقة التأمين مطلقا دون أن تربط هذا البطلان بنطاق خاص، و بالتالي لو افترضنا إبرام عقد تأمين دونما إذعان فإن ذلك لا يحول دون بطلان تلك الشروط إذا ما وردت في وثيقة التأمين على أن بطلانها لم يقيد بنطاق عقود الإذعان.

- لقد أدى سكوت المشرع عن تحديد المقصود بالشروط التعسفية موضوع حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان إلى تبدل موقف القضاء بشأن اعتبارات التعسف بحسب المؤثرات و الظروف فكل مرة، الأمر الذي من شأنه التأثير سلبا على استقرار المعاملات، و هو ما جعل سكوت المشرع في هذا المقام عرضة للانتقاد. لذا فإن إيراد المشرع لشروط بعينها في المادة 622 أعلاه يعد خطوة نحو الحد من تضارب موقف القضاء و من ثم العمل على استقرار المعاملات.

- إذا كان الجزاء الذي قرره المشرع للشروط التعسفية في عقود الإذعان يتمثل في إمكانية تدخل القضاء لتخفيفها أو إعفاء الطرف المذعن منها وفق ما تقتضيه العدالة، فإن المادة 622 أعلاه قررت جزاء البطلان المطلق لهذه الشروط دون أن يتوقف ذلك على تدخل القضاء، و دونما مراعاة لمقتضيات العدالة التعاقدية، أي حتى و إن أدى بطلانها إلى رجحان كفة التعاقد لصالح المؤمن له و صيرورة العقد مجحفا بالنسبة للمؤمن" [53].

الفرع الثاني: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية باعتباره مستهلك

لم يتطرق قانون 09/ 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش [54] لتكريس حماية من الشروط التعسفية، و يكمن السبب في ذلك كون قانون 04- 02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[55] ، تطرق لتنظيمها قبل صدور قانون حماية المستهلك. و عليه سنبحث عن حماية المؤمن له باعتباره مستهلكا بالاستناد على هذا القانون – قنون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

و بالرجوع إلى القانون أعلاه نجد أن المشرع قد عرف الشرط التعسفي في البند 5 من المادة 3 بأنه: ((كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو مع عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد)).

يتضح من هذا التعريف أن القانون أن معيار التعسف هو معيار مادي بحت، يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد، و بالتالي فإنه يكفي لاعتباره متعسفا أن يضع المؤمن شروطا من شأنها ترجيح كفته بشكل ظاهر على حساب المؤمن له – المستهلك- بالنظر لمجمل حقوق و واجبات الطرفين دون مراعاة لأي اعتبار آخر[56] .

أما عن أنواع و صور الشرط التعسفي الوارد في هذا القانون، فقد تولى المشرع في المادة 29 من القانون 04/ 02 ثمان (8) صور للشرط التعسفي هي:

- الشرط الذي يتيح للبائع أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- الشرط الذي يتيح للبائع فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- الشرط الذي يتيح للبائع امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

الشرط الذي يتيح للبائع التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

- الشرط الذي يتيح للبائع الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه،
- الشرط الذي يتيح للبائع التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة،
- الشرط الذي يتضمن تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

يتضح من استخدام المشرع لعبارة " لا سيما البنود و الشروط" أن هذه الصور وردت على سبيل المثال [57].

أما عن القواعد المقرر لحماية المؤمن له- المستهلك- في عقد التأمين لمواجهة الشروط التعسفية، بموجب القانون رقم 04/ 02 نجد أن المشرع لم ينص على إمكانية تدخل القاضي للحد من الشروط التعسفية و لا على تأويل العقد في حالة وجود عبارات غامضة[58] ، و إنما اكتفى في المادة 30 من هذا القانون على النص : ((..... و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية)). مما يفهم أنه أجاز الحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين و المتدخلين، المؤمن لهم و المؤمنين، مما يظهر أن المشرع يهدف إلى من وراء هذا منع العمل بالشروط ذات الطابع التعسفي فقط و ليس بشروط العقد كلها كونها لا تعد تعسفية، و من ثمة يبقى العقد قائما فيستفيد بذلك المستهلك- المؤمن له- من خدمة التأمين [59].

خاتمة:

نخلص في الأخير إلى أن حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين من الناحية القانونية تعتبر من المسائل الجد مهمة، و التي تسعى مختلف التشريعات إلى تحقيقها. و ذلك من خلال البحث عن التوازن والمساواة فيما بين المتعاقدين، قصد تحقيق استقرار المعاملات في مجال التأمينات.

ذلك لأن المؤمن- شركات التأمين- في الوقت الحالي أصبحت تتمتع بقوة اقتصادية و تقنية كبير، ما جعلها تفرض بنودا و شروطا في عقد التأمين تؤثر على مصلحة المؤمن له، مما نتج عنه عدم التكافؤ، و ظهور الضعف في جانب المؤمن له.

حيث يظهر لنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع- حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين- أن الآليات التي اعتمدها المشرع، سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة- استهلاك، تأمين- أثبتت فعاليتها في تحقيق الحماية، ذلك أن فرض التزام الإعلام و الشكلية الإعلامية على الطرف القوي المؤمن كان من شأنه تعزيز رضا المؤمن له عن طريق تنويره و تبصيره ما يجعله يتعاقد على بينة و دراية، هذا بالنسبة لمرحلة تكوين العقد، أما بالنسبة لمرحلة تنفيذه فنجد أن حق التراجع عن العقد و تقنية مكافحة الشروط التعسفية من الآليات الأساسية المعتمدة في تحقيق التوازن و حماية المؤمن له.

الهوامش

[1] - **بن سالم المختار**، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص. 12. حيث استعملت المحاكم الفرنسية تسميات مختلفة تشير إلى هذا الالتزام، و من هذه التسميات: الإعلام- Renseignement-، النصيحة- Conseil-، التحذير- Mise engarde-، لفت أو حث الانتباه- Attirer l'attention-، و مصطلح الإعلام و الاخبار- Information-، مما أدى إلى حدوث جدل فقهي في فرنسا حول حقيقة هذا الالتزام تبعا لاختلاف التسميات. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنيت، ص. 97.

[2] - حيث يعتبر الفقيه الفرنسي M.DEJUGLART من الأوائل الذين تناولوا هذه المسألة في مقاله المشهور " الالتزام بالإعلام في العقود"

- M. DEJUGLART, L'obligation de renseignement dans les contrats, R. T. D. CIVIL. 1945.

[3] - حيث يميز بعض الفقه بين نوعين من الالتزام بالإعلام: الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، و الالتزام التعاقدي بالإعلام. في حين يرى البعض الآخر بأن هذا التمييز بين الالتزامين يطرح صعوبة، حيث قال الأستاذ جاك جيستان أن: ((الحدود الفاصلة بين هذين الالتزامين لا يمكن رسمها بوضوح، إن لم يكن هذا التحديد مستحيلا)). بن سالم المختار، مرجع سابق، ص. 32- 36.

[4] - المادة 03/ف/ 16 و 17 من القانون 03/09 المتعلق بحماية و قمع الغش: ((يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون ما يأتي: .....، الخدمة: كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى و لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة، السلعة: كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بقابل أو مجانا،.....،)).

[5] - حيث يرجع العديد من الفقه الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في القواعد العامة للقانون المدني إلى الأنظمة القانونية التالية:

-التدليس المادة 86 ق. م. **نويري سعاد**، الالتزام بالإعلام و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي التبسي، عدد08، تبسة، جانفي 2016، ص. 230.

-الغلط المادة 82 ق. م. **دالي البشير**، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص. 195.

- حسن النية المادة 107 ق.م. **عمريو جودية**، حماية مستهلكي التأمين، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص. 59، 60.

[6] - نجد كذلك المشرع في القانون المصري قد نص على هذا الالتزام – الالتزام قبل التعاقدي بإعلام المستهلك- في بعض أنواع العقود (كعقد التأمين على سبيل المثال)، إلا أنه لم يتبناه صراحة كقاعدة عامة في صدد كل التعاملات أو حتى بصدد عقود الإستهلاك، الأمر الذي يجعله يتطابق و التشريع الجزائري. أما الفقه المصري و إن كان لم يصل بعد إلى مرحلة وضع نظرية عامة لهذا الالتزام، إلا أنه يؤكد على أهميته في بعض المواضع و سايرته في ذلك أحكام القضاء.

[7] - Art, L. 111- 1: ((- Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les les caractéristiques essentielles du bien.

- Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat.

- En cas de litige portant sur l'application des 1 et 11, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligation)).

و قد جرى تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 526/2009 في 12 ماي 2009، من أجل توضيح من يقع عليه عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام، و مؤخرا جرى تعديل ذات المادة مرة أخرى بموجب القانون رقم 2010/ 853 المؤرخ في 23 جويلية 2010، من أجل توضيح مضمون الالتزام بالإعلام.

[8] - قانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية، عدد 41.

[9] - جريدة رسمية، عدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009.

[10] - **عبايدي فريحة حفيظة**، الالتزام ما قبل التعاقد الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص. 426.

[11] - **إيمان بغدادي، بلقاسم بوذراع**، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 33، العدد 01، 2019، ص. 11.

[12] - حيث تختلف الطبيعة القانونية لطلب التأمين حسب ما يتضمنه من عناصر:

و عليه فإذا اشتمل على العناصر الأساسية للعقد، القسط، الخطر، مبلغ التأمين، و مدة التأمين، و اقترن بتوقيع من كلا المؤمن له و ممثل المؤمن، فإنه يعتبر إيجابا باتا و ينعقد العقد.

أما إذا لم يتضمن طلب التأمين العناصر الأساسية، و كان مجرد استبيانا لجمع المعلومات المتعلقة بعملية التأمين، ففي هذه الحالة طلب التأمين يعتبر مجرد عرض تمهيدي. **أحمد أبو السعود**، عقد التأمين بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية شاملة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009، ص. 163.

[13] - **محمد الهيني**، الحماية القانونية و القضائية للمؤمن له في عقد التأمين البري، مطبعة الأمنية، ط 2، المغرب، 2010، ص. 47.

[14] - - **عمريو جويدة**، حماية مستهلكي التأمين، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014ص. 69.

[15] - **محمد الهيني**، مرجع سابق، ص. 53- 55

[16] - **محمد الهيني**، نفس المرجع السابق، ص.57،

[17] - **عمريو جويدة**، مرجع سابق، ص. 74،

[18] - **محمد الهيني**، مرجع سابق، ص. 62.

[19] - **عمريو جويدة**، مرجع سابق، ص. 75.

[20] - مذكرة التغطية المؤقتة: عبارة عن وثيقة تأمين مؤقتة دعت إليها حاجة المؤمن له، لتغطية المخاطر التي يتوقع حدوثها من جهة، و من جهة أخرى يكون لدى المؤمن الوقت الكافي لدراسة جميع الجوانب و المعطيات المتعلقة بالمخاطر التي يرغب المؤمن له في التأمين عليها، و لا يشترط فيها شكل خاص و لا تشمل البيانات التفصيلية التي تضمها عادة وثائق التأمين ، و يلاحظ أن مذكرة التغطية المؤتة لا تحمل إلا توقيع المؤمن لتصبح لها قيمة قانونية. **نبيلة بوفولة**، حماية حقوق مستهلكي خدمة التأمين في الجزائر، مجلة البحوث الاقتصادية و المالية، جامعة أم البواقي، المجلد 06، العدد الأول، جوان 2019، ص. 186.

[21] - **نبيلة بوفولة**، المرجع نفسه، ص. 186.

[22] - **معراج جديدي**، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 69.

[23] - **معراج جديدي**، المرجع نفسه، ص. 69.

[24] - حيث تنص المادة 09 من قانون التأمينات الجزائري 95/ 07 على أنه: ((لا يقع أي تعديل في عقد التأمين إلا بملحق يوقعه الطرفان)).

[25] - PH. Malaurie ; L. Ayné et Ph. Stoffel- MUNCK ; les obligations ; Defrenois ; 2éd. 2005.p265-266.

[26] - اختلف الفقهاء في تعريف الشكلية فيرى روبي ((أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد و الإجراءات))، أما جيني فقال : ((ان التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفاعلية القانونية بدرجة ما....))، أما بونكاز فيقول: ((ان الشكلية ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف –عادة- بالتصرفات الشكلية و تلك التي تخضع لشكليات خاصة و التصرفات التي تتطلب تعبيرا صريحا عن الارادة)). راجع، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط 3، 2013، ص 293، تهميش 7. و هناك تعريف آخر للشكلية: بأنها ذلك العنصر الخارجي الذي يشترطه القانون إضافة إلى ارادة المتعاقدين حتى تستطيع هذه الارادة أن تنشئ أو تعدل أو تنقل حقا أو مركزا قانونيا بحيث لا تنتج هذه الارادة الأثر بغير إضافة العنصر الخارجي إليها))،راجع، مجلة الفكر القانوني، مجلة دورية تصدر عن اتحاد الموثقين الجزائريين، العدد 4، سنة 1987، ص 166-.

[27] - **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 294.

[28] - **عصام نجاح، الزهرة الرزايقية**، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019،ص 94- 115، ص 95.

[29] - **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 310.

[30] - **علي فيلالي**، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، ط 1، 2018، ص 172.

[31] - **راجع تعريف الكتابة و أنواعها**، علي فيلالي، الالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 294- 309.

[32] - **راجع، شوقي بناسي**، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016، ص 64.

[33]- Cass. 1re civ ; 30 mai 1979: D. 1980 ; inf. rap. P. 262

[34] - **معاشي سميرة**، زكرياء جرفي، مبدأ الشفافية لحماية المستهلك في ظل قانون الممارسات التجارية 04- 02 ، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، أفريل 2017، ، ص 661.

[35] - **العربي بلحاج**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 2017، ص 101.

[36] - **أكرم محمد حسين التميمي**، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان، 2010، ص. 85.

[37] - **إبراهيم الدسوقي أبو اليل**، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، جامعت الكويت، 1994، ص. 131.

[38] - **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2004، ص. 767.

39 - Pierre Breeze, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Edition Vuibert, Paris, p. 215

40 - G. Cornu, Vocabulaire, Association H. Capitant, Point, Delta, 2011, p. 729

[41] - **أنظر، شوقي بناسي**، أثر تشريعات الاستهلاك على النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص. 324- 333، وكنزة عراج، حق التراجع كوسيلة لحماية رضا الطرف الضعيف، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص. 47- 54.

[42] - المادة 22 من القانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 95/ 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 و المتعلق بالتأمينات، ورد فيها: ((تتمم أحكام الأمر رقم 95- 07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 و المذكور أعلاه، بمادة 90 مكرر تحرر ما يأتي:

المادة 90 مكرر: باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع .

يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقاضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين، خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتتب إلى مؤمنه، و التي موضوعها التراجع عن العقد))

[43] - **كنزة عراج**، مرجع سابق، ص. 45.

[44] - **مكي فلة**، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، مرجع سابق، ص. 226.

[45] - **بعجي أحمد**، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص. 122.

[46] - **مكي فلة**، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، مرجع سابق، ص. 230.

[47] - **بعجي أحمد**، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص. 123.

[48] - **أنظر، شوقي بناسي**، أثر تشريعات الاستهلاك على النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص. 363، 364. بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص. 123.

[49] - **شوقي بناسي**، مرجع سابق، ص. 336- 338.

[50] - **العربي بلحاج**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص. 74.

[51] - **سعاد بوختالة**، مرجع سابق، ص. 114

[52] - على أساس أن التفاوت في مركز الطرفين في عقود الإذعان إنما هو تفاوت اقتصادي لا قانوني، لا أثر له في قيام التراضي و صحته و وجود العقد، لأن المساواة الاقتصادية ليست لازمة لقيام العقد، كما ان التفاوض ليس شرطا قانونيا لوجود التراضي أو لصحته. العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق ص. 77.

[53] - **عياض محمد عماد الدين**، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، المجلد الثاني، العدد الثامن، ديسمبر 2017، ص. 545، 546.

[54] - قانون رقم 09/ 03، المؤرخ في 25/ 02/ 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جريدة رسمية رقم 15، المؤرخة في 08/ 03/ 2009.

- قانون رقم 04/ 02، المؤرخ في 23/ 06/ 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية رقم 41، المؤرخة في 27/ 06/ 2004، المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 10/ 06، المؤرخ في 18/ 08/ 2010، الجريدة الرسمية رقم 46، المؤرخة في 18/ 08/ 2010.

[55] - قانون رقم 04/ 02، المؤرخ في 23/ 06/ 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية رقم 41، المؤرخة في 27/ 06/ 2004، المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 10/ 06، المؤرخ في 18/ 08/ 2010، الجريدة الرسمية رقم 46، المؤرخة في 18/ 08/ 2010.

[56] - - منيرة جربوعة، آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، العدد الثاني، ص. 194.

[57] - **عياض محمد عماد الدين**، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، 554- 555.

[58] - **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 102.

[59] - **عياض محمد عماد الدين**، مرجع سابق، ص. 208.