مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان

The role of the judge in realizing the contractual balance in Adhesion Contracts

بوبكر قارس، مخبر تطبيق التكنولوجيات الحديثة على القانون، جامعة سطيف2، (الجزائر)

karceboubaker@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 21-08-2021 تاريخ قبول المقال: 02-10-2021

الملخص:

تستهدف هذه الدراسة محاولة تقييم الدور الإيجابي الذي خولته القواعد العامة في القانون المدني للقاضي وهو بصدد الفصل في المنازعات التي تنصب على عقود الإذعان، مع ما يشكله ذلك من مساس بمبدأ سلطان الإرادة القائم على منح أطراف العقد الحرية في تحديد مضامين العقود. وهذا لتحقيق نوع من التوازن بين الحقوق والالتزامات بسبب الشروط التي يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف. وهنا يظهر دور القاضي الإيجابي من خلال الصلاحيات التي استمدها من نصوص القانون المدني والمتمثلة في سلطة تعديل الشروط التعسفية، وسلطة إعفاء المدين منها بصفة كلية، وكذا تفسير البنود الغامضة التي يعتريها الشك لمصلحة الطرف المذعن أيا كانت صفته دائنا أو مدينا.

الكلمات المفتاحية: القاضي – التوازن العقدي – الشروط التعسفية – عقود الإذعان.

Abstract:

This study aims to try to assess the positive role that the general rules of civil Law have conferred on the judge while he is in the process of settling disputes relating to contracts of adhesion, which constitutes an infringement of the principle of authority of the will based on granting the parties to the contract a freedom in determining the content of contacts. It is a question of achieving a kind of balance in the financial performances of the parties due to the conditions imposed by the strong party. Here, the positive rôle of the judge appears through the various powers that he draws from the provisions of the Civil Code, which are the power to modify arbitrary conditions, and the power to exempt the debtor in full, as well as the interpretation. ambiguous and dubious clauses in the interest of the debtor, regardless of his status as creditor or debtor.

Key words: The Judge; contractual balance; unfair terms; contracts of adhesion.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

مقدمة:

يُعتبر مبدأ سلطان الإرادة بمثابة الركيزة الأساسية للقانون المدني بصفة عامة وللنظرية العامة للعقد بصفة خاصة، على اعتبار أن العقد يعد أهم مصدر للالتزام. ويترتب عن المبدأ المذكور مبدأ فرعي يشكل الجوهر الذي تبنى عليه التصرفات القانونية وهو مبدأ الحرية التعاقدية، الذي من مظاهره حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد أي حقوق والتزامات الأطراف.

غير أن الحياة العملية ومنذ فترة ليست بالقصيرة قدمت لنا نوعا من العقود يناقض مبدأ سلطان الإرادة وبِالتبعية مبدأ الحريَة التعَاقُديَة في جوهره، وهو عقد الإذْعَان الْذي يختفي فِيْه دور أحَد أطرافِه في تحديد مضمونه بصفة كلية، بينما نجد الطرف الآخر يستأثر ويستقل بوضع البنود التعاقدية (على الأقَل المهمة) لوحده، وهو مَا جعل هَذه العقود غير متوازنَة من نَاحية الحقوق والالتزامات بطريقة تمس بالعدالة التعاقدية التي تعتبر إحدى غايات نظام التعاقد.

لذلك وبغرض إعادة التوان العقدي المفقود ولو بصفة جزئية فقد خوَّل القانون للقاضي التدخل في هذا النوع من العقود لتفسير بنودها بطريقة غير الطريقة المألوفة في التفسير، لتعديلها أو لإلغائها رغم مَا يشكله ذلِك من تعد صارخ على مبدأ القوة الملزمَة للعقد كَأحد المبادئ المتفرعَة عن مبدأ سلطان الإرادة.

ونستهدف من خلال هذه الدراسة محاولة تقييم الدور المنوط بالقاضي المدني القيام به في عقود الإذعان، من خلال التطرق لمختلف السلطات التي خولها إياه القانون المدني الجزائري في المواد 110 و112، والمتمثلة أساسا في سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المدين منها نهائيا، وكذا سلطته في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

إشكالية البحث:

وعليه نطرح إشكالية البحث على النحو التالي: " **إلى أي مدى يمكن أن تسمح مُكنة التدخل القضائي في عقود الإذعان في إعادة التوازن المفقود بين طرفي العقد؟**

في سبيل الإجابة عن الإشكالية المطروحة سوف نتبع كل من **المنهج الوصفي والمنهج التحليلي**، حيث يظهر الأول من خلال وصف مختلف المتغيرات التي يتضمنها البحث مثل عقد الإذعان والشروط التعسفية، أما المنهج التحليلي فيظهر جليا من خلال تحليل نصوص مواد القانون المدني لاسيما تلك التي تنص على السلطات المخولة للقاضي إزاء عقود الإذعان.

المبحث الأول: مفهوم عقود الإذعان

يقتضي تحديد مفهوم دقيق لعقود الإذعان التطرق بداية لتعريفها **(مطلب أول)**، مرورا بخصائصها **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: تعريف عقود الإذعان

يُعتبر مبدأ الرضائية من المبادئ الأساسية التي تحكم العقود المدنية والتجارية على حد سواء، والذي تكفي بمقتضاه إرادة الأطراف لإنشاء العقود بعيدا عن أي شروط شكلية أخرى، فتطابق الإيجاب والقبول بالكيفيات التي حددها المشرع يعتبر بمثابة ميلاد للعقد كأهم مصدر من المصار الإرادية وغير الإرادية للالتزامات المدنية.[1]

غير أن ظهور ما يُعرف بعقود الإذعان قد جعل الكثير يشكك في مبدأ الرضائية الذي يقوم – على الأقل من الناحية النظرية – على مساواة في المراكز القانونية تخول لكل طرف مناقشة ومفاوضة الطرف الآخر في مختلف البنود التعاقدية التي تشكل مضمون العقد أو بالأحرى آثاره التي يلتزم بها الأطراف.

من هنا يمكن تقديم تعاريف عديدة ومتنوعة لعقد الإذْعان، من بينها أَنه " العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد ويسلم الطرف الآخر بقبولها دون أي نقاش"، أو هو " العقد الْذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب[2]"، كما يعرف بِأنه " العقد الْذي يملي شروطه ويرتَّب آثَاره طرف واحد ويُذعن لَه الطرف الثاني"[3].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من عقد الإذعان فنجده اتخذ موقفا سلبيا من خلال عدم تضمينه أحكام القانون المدني لتقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان، رغم تناوله لتقسيمات أخرى (فيها الكثير من الهفوات) مثل تقسيم العقود إلى عقود تبَادلية (ملزمَة لجانبين وعقود ملزمَة لجانب واحد)، وهو ما يعتبر نقصا في المعالجة التشريعية لهذه المسألة، إذ كان الأجدر بالمشرع عدم التصدي للتعريف

1) تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

2) السنهوري عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 245.

3) محمود حمودة صالح، **عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها (أنموذج الهيئة القومية للكهرباء)**، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة إفريقيا العالمية الخرطوم السودان، العدد الثالث، 2004، ص 14.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

والتقسيمات من منطلق أنها اختصاص أصيل للفقه، وفي حالة خروجه عن هذه الفلسفة كان عليه تناول كل التقسيمات أو على الأقل أهمها، ومن بينها عقود الإذعان وعقود المساومة نظرا لانتشارها الواسع وكذا للآثار القانونية المهمة المترتبة على التفرقة بين النوعين المذكورين.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف ولأول مرة عقد الإذعان في إطار سعيه لوضع تصور جديد لنظرية العقد يراعي فيها المستجدات التي مست عملية التعاقد كآلية لتحقق المصالح الاقتصادية للأشخاص الطبيعية والاعتبارية على حد سواء، إذ وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي 2016 بموجب الأمر 16-131 المؤرخ في10 فيفري 2016 نصت المادة 1110 فقرة 2 بأن عقد الإذعان هو "**العقد الذي يفرض فيه أحد العاقدين الشروط العقدية مسبقا دون أن يكون للعاقد الاخر حرية مناقشتها وكل شرط أو بند يرد في عقد الإذعان يعد كأن لم يكن**".[1]

وعليه يمكن القول إن خصوصية عقود الإذعان لا تظهر فقط في كونها تمثل خروجا عن القواعد العامة في التعاقد القائمة على مبدأ الرضائية الذي يخول لكل طرف مساومة ومناقشة ومفاوضة الطرف الآخر، وإنما العبرة بمضمون البنود التي يتضمنها العقد هل هي بنود وشروط تعسفية تمنح الطرف القوي امتيازات وحقوق تفوق التزاماته وبالمقابل تحرم الطرف الضعيف من حقوق تقابل حجم ما التزم به، أم أنها بنود عادلة تضمن حق الطرف الضعيف حتى ولو لم يتفاوض بشأنها.

لذلك فالعلاقة جد وثيقة ومتينة بين الشروط التعسفية وتكييف العقد بأنه عقد إذعان، حيث إن الشروط التعسفية هي بمثابة نتيجة لاستغلال الضعف في المراكز التعاقدية، ونتاج الإذعان كطريقة خاصة من طرق إبرام العقود، يفرض فيها القوي على الضعيف الشروط التي تخدم مصلحته، دون مقابل لذلك، مع التنويه إلى أن الإذعان طريقة تكثر مع استعمالها الشروط التعسفية، ولذلك يكون من الضروري إعادة التوازن العقدي، ومواجهة هذه الشروط في إطار معالجة شمولية للإذعان بعيدا عن التحيز الانتقائي وحصر الحماية في نوع محدد من العقود يُطلق عليها عقود الإذعان[2].

1) L'article 1110 alinéa 2 du code civil français dispose que : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance Par l'une des parties ».

2) سلامة عزت عبد المحسن، **نحو تكييف حديث للإذعان (في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 م والتطبيق على التعاقد الالكتروني)**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 20 ديسمبر 2019، ص 1123.

غير أنه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي قَد عرفَت لنَا – لأول مرة – عقد الإذعان فإن الفقرة التي سبقتها قدمت لنا تعريفا لعقد المساومة بأنه " .... العقد الذي يتضمن شروطا قابلة للتفاوض.."[1].

فالصياغة الجديدة لنص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي هو أنها استهدفت توسيع دائرة عقود المساومة بإضافة نوع جديد من الشروط، وهي تلك البنود القابلة للتفاوض أو المساومة حتى ولو لم يتم التفاوض بشأنها، احتراما لرغبة الطرف الذي أذعن للشروط المقترحة عليه[2].

فالعلاقات بين أشخاص القانون الخاص لم تعد تحتكم بشكل كبير إلى مبدأ الحرية التعاقدية الذي شهد نكوصا وتراجعا كبيرين في الآونة الأخيرة، حيث طرأت على هذه الحرية العديد من القيود الشكلية والموضوعية، مثل ضرورة التأمين على السيارات، وأمام الحرية في تحديد المضمون العقدي أصبحنا أمام ظاهرة العقود المنظمة مثل عقد العمل وعقد الاستهلاك، وأمام مبدأ نسبية العقد أصبحنا أمام ظاهرة الاتفاقيات الجماعية ، وأمام مبدأ القوة الملزمة للعقد أصبحنا أمام التدخل المستمر للمشرع في تنظيم العلاقة العقدية بقواعد آمرة مما يفيد التقييد للإرادة المتعاقدة، هَذا التطور أو التجديد الْذي حدث في قانون العقود غالبا ما كان في خدمة بعض فئات المجتمع مثل جماعة العمال وجماعة المستهلكين والمؤمنين لهم فأصبحنا في إطار العلاقة العقدية نجد مفاهيم اجتماعية مثل مفهوم حماية الطرف الضعيف ، مفهوم آخر تقني أو ما يطلق عليه بالتوازن وذلك بإقصاء الشروط التعسفية[3] ، حيث نص المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1171 ف 1 من القانون المدني على إلغاء كل شرط تعسفي واعتباره كأن لم يكن متى كان هذا الشرط غير قابل للتفاوض، وكان من شأنه إحداث عدم توازن معتبر في حقوق و التزامَات طرفي العقد[4]، علما أنَه وبموجب الفقرة الثانية من نفس المادة فإن تقدير عدم التوازن لا ينصب على

1) L'article 1110 alinéa 1 du code civil français dispose que : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties ».

2) THIERRY REVET, **La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat**, colloque international sou l'intitulé « Le contrat d'adhésion : délimitation et implications » organisé par la faculté de droit, sciences politiques et sociales, l'université de Paris 13, mai 2018, p 3.

3) نساخ بولقان فطيمة، **أخلقة العلاقة العقدية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، العدد 4، المجلد 52، 2015، ص 301.

4) l'article 1171 al 1 du code civil français dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

المحل الرئيسي للعقد ولا على مدى ملاءمة السعر للخدمة المقدمة[1]، وإنما يتقرر بمقتضى النصوص، إذ بمجرد تكييف العقد بأنه من عقود الإذعان يجعل الطرف المذعن في حالة إرهاق مالي في مواجهة الطرف القوي[2]، وبالتالي ينعقد الاختصاص للقاضي لبسط رقابته على الشروط التعسفية التي تتسبب في تباين حقيقي لالتزامات الأطراف وحقوقهم، أما الشروط القابلة للتفاوض والمساومة فلا يملك القاضي سلطة تعديلها أو إلغائها، لأن السكوت عنها يعتبر بمثابة رضا ضمني من الطرف الذي اقترحت عليه حتى ولو كانت جائرة ومجحفة في حقه ولا تخدم مصالحه.

المطلب الثاني: خصائص عقود الإذعان

إن تقسيم العقود إلى عقود اذعان وعقود مساومة لا يعتبر تقسيما اعتباطيا، أو أنه عبارة عن تعبير أدبي للمصطلحات، بل إنه تقسيم مؤسس على معيار مدى مشاركة كلا طرفي العقد في وضع بنوده، فمتى كان العقد يتسم بالطابع التشاركي القائم على وجود إرادة مشتركة مسبوقة بمفاوضات متكافئة اعتبر عقد مساومة، أما غيره من العقود فلا تعدو أن تكون عقود إذعان.

وتظهر خصوصية عقود الإذعان مقارنة بنظيرتها من عقود المساومة في النقاط التالية:

أولا: من حيث طريقة التعاقد: الأصل أن العقد ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب المستوفي للشروط القانونية بالقبول، وفقا لطرق التعبير عن الإرادة المنصوص عليها في المادة 60 وما بعدها من القانون المدني الجزائري[3]، علما وأن هذا التطابق بين الإرادتين غالبا ما يكون مسبوقا بمفاوضات قد تطول أو تقصر بحسب نوعية وأهمية محل التعاقد.

أما بالنسبة لعقود الإذعان فإن أهم ميزة تميزها عن عقود المساومة gré à gré أنها غير مسبوقة بمرحلة تفاوض حول الالتزامات التعاقدية التي يرتبها العقد، لذلك يحدث القبول وينعقد العقد بمجرد التسليم بالشروط المقررة من طرف الموجب والتي لا يقبل المناقشة فيها[4]. وقد استعمل المشرع الجزائري عبارة " مجرد التسليم " لإبراز ضعف الطرف المذعن لكونه قبل بالعقد وليس أمامه حل آخر سوى عدم التعاقد،

1) L'article 1171 al 2 du code civil français dispose que : « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

2) CYRIL GRIMALDI, **La preuve et le contrat d'adhésion**, colloque international organisé par LA FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES POLITIQUES ET SOCIALES, l'université de Paris 13, mai 2018, P 81.

3) الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

4) أنظر المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

كما استعمل عبارة " شروط مقررة " لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه، بحيث لا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل كان، فله إما أن يقبل أو يرفض الإيجاب جملة واحدة[1].

أما بالنسبة للإيجاب في عقود الإذعان فينبغي أن يصدر في شكل عام موجه لكل الجماهير دون تمييز بينهم، وذلك في قالب نموذجي يتضمن شروطا موحدة تسري على الجميع دون استثناء، أي في شكل نماذج عقدية غالبية الشروط التي تتضمنا نخدم مصلحة الطرف الذي وضعها على حساب الطرف الآخر المذعن[2].

ثانيا: من حيث الأطراف: تعتبر الخاصية الأولى بمثابة نتيجة حتمية للخاصية الثانية المتعلقة بطرفي عقد الإذعان أو كما يسمى في فرنسا عقد الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه [3]، ذلك أن الميزة الأساسية في هذا النوع من العقود هي التفاوت في المراكز الواقعية بين أطراف الرابطة العقدية، والذي يخول للطرف الأقوى اقتصاديا أو معرفيا فرض ما يخدمه من بنود تعاقدية لا يمكن للطرف الضعيف إلا أن يرضخ ويذعن لها ولو كانت ضد مصلحته الشخصية، نظرا لحاجته الماسة إليها، فالمساواة القانونية الموجودة من الناحية النظرية تهدمها اللامساواة الفعلية، وحرية الشخص في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد تزول أمام حاجته الملحة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد لأنه مجبر على ذلك التعاقد لمساس حاجته إلى السلعة أو المرفق لان هذه السلعة أو المرفق من ضروريات الحياة التي لا تستقيم حياته بغيرها ومن ثم فانه مجبر على القبول بالشروط التي يحددها الموجب وان كان بعضها ليس في مصلحته ولا يملك إزاء هذه الشروط مناقشتها بل تملى عليه إملاء[4].

ثالثا: من حيث المحل: يستمد الطرف القوي قوته وهيمنته على الطرف الضعيف من نوعية السلعة أو الخدمة التي يتم التعاقد بشأنها، أي أن محل العقد ينبغي أن يكون على درجة من الأهمية والندرة والاحتكار حيث لا يمكن للطرف المذعن الاستغناء عنه، وفي نفس الوقت لا يجد إلا الطرف القوي أو قلة من منافسيه قادر على تلبية هذه الحاجة الملحة.

---

1) عبيدة نجاة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجيستير، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد لطفي تلمسان، 2015–2016، ص 53.

2) بوكماش محمد، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011–2012، ص 151.

3) السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 245.

4) كاظم خولة، محمد راضي لعموري، **الإيجاب في عقد الإذعان**، مجلة المحقق الحلي في العلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل للعلوم القانونية، العدد الأول، السنة السادسة، 2014، ص 377.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

ويتكرس التفوق الاقتصادي في نقطتين أساسيتين:

1-تمتع الطرف القوي باحتكار قانوني: يسمى كذلك الاحتكار المنظّم، وهو ذلك الذي ينشأ بمقتضى القانون، حيث تعطي الدولة لشركة أو كيان ما الحق في تقديم خدمة أو إنتاج سلعة وحدها دون غيرها، وبذلك يجد مصدره في النصوص القانونية التي تقضي بعدم فتح مجال معين لحرية المنافسة وجعله حِكْرا على شخص عمومي معين يستأثر به وحده ولا ينازعه أي شخص آخر سواء كان عموميا أو خاصا[1]، وهو الشأن في عقود الخدمات العامة كاحتكار الشركة الوطنية للتبغ والكبريت إنتاج وتوزيع التبغ والكبريت في التراب الوطني، واحتكار الشركة الوطنية للكهرباء والغاز إنتاج ونقل وتوزيع الكهرباء والغاز في التراب الوطني، والأمر نفسه بالنسبة للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، وغيرها من المؤسسات العمومية التي تستأثر احتكار نشاطات معينة[2].

فالشركات ومؤسسات التزويد بهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني يضعها موضع المحتكر لها، مما يجعلها تفرض ما تراه مناسبا من شروط دون مناقشة من المتعاقد معهم[3]، وفي هذه الحالة (الاحتكار القانوني) فإنه لا يجوز للموجب (الشركة المحتكرة) أن ترفض التعاقد مع أي شخص يتقدم إليها، لأن الإيجاب هنا موجه للجمهور أو لعموم الناس، إلا إذا كان الرفض مستندا إلى أسباب مشروعة [4]، ومثال ذلك أن تمتنع شركة سونلغاز عن ربط منزل مواطن بالكهرباء بسبب عشوائية طريقة البناء أو تواجد المنزل في مكان غير مهيئ بطريقة ملائمة.

---

1) يظهر الاحتكار القانوني حديثا في السلع الأساسية كالمشتقات النفطية التي تفرض الحكومة أسعارها وتحدد أماكن بيعها، كما يفرض هذا النوع من الاحتكار على المنتجات التي ترغب الدولة في السيطرة على انتشارها، فعلى سبيل المثال تعد شركة "مالينكروت إنكوربوريتد" Mallinckrodt Incorporated المورد القانوني الوحيد لمادة الكوكايين المستخدمة لأغراض طبية في الولايات المتحدة الأمريكية.

2) بن يطو أمال، **حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010/2009، ص 31.

3) الحيصة علي صالح مصبح، **سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان**، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 26.

4) بحماوي الشريف، **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد الثاني، 2014، ص 102.

2) تمتع الطرف القوي باحتكار فعلي: هو الاحتكار الذي ينشأ دون تدخل حكومي، أي أنه ينشأ عندما يكون المحتكر فردا أو شركة تسيطر على إنتاج السلعة بحكم الظروف وليس بمقتضى القانون[1]

في هذه الحالة نجد أن النص القانوني لا يمنح امتيازا لشركة معينة لتقديم خدمة أو بيع سلعة بصفة حصرية، وإنما يُستمد الاحتكار من واقع السوق الذي جعلت شركة بعينها أو مجموعة قليلة من الشركات أو الأشخاص تستأثر بتجارة سلعة أو خدمة، بمعنى أن المنافسة منعدمة أو أنها موجودة في نطاق ضيق، فهي لا تتيح للشخص الراغب في اقتناء السلعة أو الاستفادة من الخدمة أي مجال للتفاوض أو المساومة حول سعرها أو كيفيات الحصول عليها وغيرها من البنود التعاقدية التي توضع بطريقة مسبقة من طرف الشخص المحتكر، كما قد تنشأ الوضعية الاحتكارية بسبب التدرج الاقتصادي الذي يكون عائقا فعالا لمنع الدخول إلى السوق، ويقصد به انخفاض نفقات تكاليف الإنتاج كلما زاد حجم هذا الإنتاج، وفيه يكون لحجم الشركة الكبيرة ميزة تكلفة على المنافس الأصغر، حيث تستطيع شركة كبيرة إنتاج كل إنتاج السوق من منتوج معين بتكلفة أقل من شركتين أو أكثر، وهكذا تجعل الشركة الصغيرة تخسر ولا تتمكن من الاستمرار وبالتالي ينشأ الاحتكار طبيعيا[2]

غير أن التوجهات الحديثة لمختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري عبر قانون المنافسة يحظر الاحتكار الممارس بطريقة تعسفية من شأنها الإخلال بتوازن السوق، ويضعه ضمن قائمة الممارسات المقيدة للمنافسة [3]هو ما يجعل من وضع الاحتكار كشرط لاعتبار العقد من عقود الإذعان أمر غير عملي، لتعارضه صراحة مع أحكام القانون. وتكتفي بانفراد أحد الأطراف في وضع شروط التعاقد مسبقا مع تسليم الطرف الآخر بها. هذا التوجه الجديد نحو اعتبار الإذعان عبارة عن طريقة للتعاقد دون ضرورة اجتماع شرط الاحتكار، لأن هذا الأخير وإن كان سببا أو مثالا يترتب عليه التسليم بالشروط التعسفية، فإن ذلك لا يمنع من وجود أسباب أخرى قد يترتب عليها التسليم بالشروط التعسفية ، مما يتوجب معه حماية المتعاقد من هذه الشروط بغض النظر عن أسبابها، ذلك أن الاحتكار يعتبر رمزا

1) محمد سلمان مضحي مرزوق الغريب، **الاحتكار والمنافسة غير المشروعة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 124.

2) أمل محمد شلبي، **التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكارات (دراسة مقارنة)**، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص ص 10-12.

3) تنص المادة 7 من الأمر الرئاسي رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية، عدد 43 لسنة 2003، المعدل والمتمم على ما يلي: " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها ...".

للقوة التي تمكن المتعاقد القوي من فرض ما يريد من شروط، لذلك ينبغي توفير الحماية للمتعاقد الضعيف من أي قوة قد تجعله يُجبر على قبول شروط مرهقة ومجحفة بالنسبة إليه أيا كان مصدر هذه القوة[1]، وأن يكون محل العقد من الخدمات أو السلع الضرورية يعتبر توجها إيجابيا ويخدم فعلا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والمتمثل أساسا في فئة المستهلكين، لأن استبعاد هذه الشروط يوسع من دائرة عقود الإذعان وبالتبعية يوسع من دائرة إعمال الحماية القانونية لمصلحة هذه الفئة.

المبحث الثاني: مظاهر تدخل القاضي إزاء عقود الإذعان

إن العلاقة بين طرفي عقد الإذعان هي علاقة غير متكافئة وغير متوازنة منذ البداية، وإلا لما قبل الطرف الضعيف البنود المفروضة عليه من الطرف القوي رغم اقتناعه بإجحافها وعدم خدمتها لمصلحته. والسبب في ذلك يرجع لمركز السمو الذي يتبوؤه الطرف الأقوى في مواجهة الطرف المذعن نتيجة ما يملكه من احتكار قانوني أو فعلي لنوع معين من السلع أو الخدمات.

لذلك وبغرض إرجاع نوع من التوازن المفقود للعلاقة العقدية فقد خوّل القانون للقاضي من خلال نصوص القانون المدني سلطة أو مُكنة التدخل في عقود الإذعان والمساس بآثارها أي بحقوق والتزامات الأطراف رغم ما يُشَكله ذلك من اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك رغبة في تحقيق العدالة التي تقتضي وجود حد أدنى من التناسب بين الأداءات المالية، مع التنويه إلى " أن النظام القانوني حتى يتسم بأمان والفاعلية يجب أن يكون قادرا على الموازنة بين بين فكرة التطوير والعدالة وبين فكرة استقرار المعاملات"[2].

إذن يظهر دور القاضي المدني في عقود الإذعان من خلال سلطته في تعديل الشروط التعسفية **أو إلغائها (مطلب أول)** وكذا تفسير البنود الغامضة لمصلحة الطرف المذعن **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها

خوّل المشرع الجزائري للقاضي مكنتين أساسيتين لإعادة التوازن لعقد الإذعان، وهما تعديل الشرط أو الشروط التعسفية **(أولا)** أو إلغائها أو كما عبر عنه المشرع إعفاء المدين منها **(ثانيا)**.

1) سلامة عزت عبد المحسن، المرجع السابق، ص 1121.

2) المرجع نفسه، ص 1121.

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

أجاز المشرع الجزائري للقاضي بموجب نص المادة 110 من القانون المدني[1] سلطة تعديل أي شرط أو مجموعة شروط تتسم بطابع التعسف إذا أُدرجت ضمن عقد يُكيف بأنه عقد إذعان.

غير أن التساؤل المطروح هنا: ما هي الشروط التي يمكن أن توصف بأنها تعسفية والتي تتيح للقاضي التدخل لتعديل مضمون العقد مع ما يشكله هذا الأمر من تعد على مبدأ سلطان الإرادة؟

بالنظر لعمومية نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري نجد أنها لم تضع معايير أو ضوابط ينبغي على القاضي التقيد بها لاعتبار الشرط أو الشروط الواردة في عقد الإذعان تعسفية أم لا، فالأمر وفقا للنص سالف الذكر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الحكم دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، فالفيصل في المسألة هو مدى اقتناع القاضي بأن الشرط مناف للأخلاق وأبعد ما يكون عن تحقيق العدالة التعاقدية التي تستهدفها روح القانون كونه يمنح أحد الأطراف امتيازات تفوق بكثير الواجبات الملقاة على عاقه، والأكثر من ذلك أن تدخل القاضي لتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية يعتبر مسألة جوازية بالنسبة له، إذ يمكنه عدم إعمال سلطته التي خولها إياه القانون حتى ولو تبين له وجود سمة التعسف في البند التعاقدي متى وجد مسوغا لذلك، ذلك أن مهمة القاضي في هذه الحالة هي الموازنة بين مصالح طرفي العقد، إذ قد يقتضي الأمر أنه ورغم تضمين العقد لشروط تعسفية أن يمتنع عن مراجعتها أو طرحها كليا، متى رأى أن هذا التدخل قد يعرض المشروع برمته للخطر ويؤثر على حسن سيره فيبقي على الهدف الاقتصادي له مضحيا بذلك بمصلحة الفرد حفاظا على مصلحة الجماعة[2].

فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن النصوص الجوازية مثلما هو الشأن بالنسبة لسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي وكذا المتعلقة بعقود الإذعان " أن كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطي للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، وإنما تعطيه رخصة بشروط معينة، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح الاستعمال"[3].

1) تنص المادة 110 القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

2) عبيدة نجاة، المرجع السابق، ص 86.

3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص 285.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الفقرة 5 من المادة 3 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [1] نجد المشرع قد عرف الشرط التعسفي كما يلي: " 5- **شرط تعسفي:** كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". وعليه فإن المشرع بتعريفه للشرط التعسفي لم يعد هذا الأخير يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الحكم بل إن المسألة أصبحت تتعلق بتطبيق القانون، وذلك بإسقاط التعريف المذكور أعلاه على الشروط المعروضة أمام القاضي، والأساس القانوني للقول بالطابع التعسفي للشرط أو البند التعاقدي هو وجود خلل أو اختلال ظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، والمقصود بالظهور هنا هو البروز أي أن يكون عدم التعادل بين الأداءات المالية بارزا وواضحا باستعمال المعيار الموضوعي المعروف وهو معيار الرجل العادي.

إلا أن العقبة التي يمكن أن تقف في سبيل القاضي المدني وهو بصدد إعمال نص المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02 أن هذا الأخير هو عبارة عن قانون خاص ونطاق تطبيقه يقتصر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية[2]، ولو أن المشرع قد وسع من دائرة الأعوان الاقتصاديين حينما عرفه في المادة 3 فقرة 1 بأنه " **عون اقتصادي:** كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، وهو ما ينسحب على أغلب عقود الإذعان لأن أحد أطرافها عون اقتصادي وفقا للتعريف التشريعي المقدم.

فالقاضي وهو بصدد تكييف الشرط المذكور في العقد لمعرفة هل ينطوي على تعسف أو لا لإعمال سلطته في التدخل بالتعديل أو الإلغاء عليه أن يستأنس بمختلف النصوص القانونية الخاصة أو العامة التي تناولت مسألة التعسف إما صراحة أو ضمنا، إما تصريحا أو تلميحا، كما يجب عليه الرجوع إلى ما سبق من أحكام القضاء، فمن أمثلة النصوص الخاصة نجد نص المادة 29 من القانون 04-02 سالف الذكر[3] والتي ذكرت لنا ثمانية (08) حالات يُعتبر الشرط فيها تعسفيا منها فرض التزامات فورية

1) القانون 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد الواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004 المعدل والمتمم.

2) أنظر: المادة 2 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

3) تنص المادة 29 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: " تُعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و /أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

ونهائية على المستهلك في العقود في حين أن العون الاقتصادي يتعاقد بشروط يحققها متى أراد، كما نذكر ما جاءت به الفقرة السابعة من المادة 29 وهي حالة تفرد العون الاقتصادي بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة، مع الإشارة إلى أن الحالات الثمانية التي جاءت بها المادة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن المشرع استعمل في البداية عبارة " لا سيما ..." التي تفيد إمكانية تكييف شروط تعاقدية أخرى بانها شروط تعسفية ولو لم تكن مذكورة في نص المادة السابقة.

أما بالنسبة للنصوص العامة التي يمكن للقاضي الاستئناس بها أو الاستناد إليها في تكييف الشروط التعسفية، نذكر نص المادة 124 مكرر من القانون المدني التي وضعت ثلاثة (03) حالات أو وضعيات (على سبيل المثال أيضا) يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه وبالتبعية يعتبر مخطئا خطأ تقصيريا يستلزم قيام مسؤوليته، وهي حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، إضافة إلى فرضية الحصول على فائدة غير مشروعة، ولو أن الغالب في الحالات التي جاءت بها المادة 124 مكرر أنها تصلح للتطبيق على العلاقات ذات الطبيعة غير التعاقدية مثل مضار الجوار غير المألوفة والتي تُكيف على انها وقائع مادية تثير المسؤولية التقصيرية بدليل أن المشرع الجزائري قد غير من موقع المادة 41 من بقانون المدني قبل تعديل 2005 [1]وأدرجها بموجب نفس التعديل مباشرة بعد المادة 124 التي جاءت بالقاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية.

غير أن جانبا من الفقه وحتى القضاء ذهب إلى القول بضرورة التمييز بين الشرط التعسفي والتعسف في استعمال الشرط في حد ذاته والذي قد لا يتسم بطابع التعسف، بمعنى أن التعسف قد يكون في الشرط وقد يكون في طريقة استعمال الحق في حد ذاته[2]، علما وأن المسألة معقدة إذ يصعب التمييز

3- امتلاك حق تعيل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

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

5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة،

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

1) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، **الجريدة الرسمية** العدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

2) Natalie CROTEAU**, le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion et la notion de bonne fo**i, revue de droit (*RDUS)*, université de Sherbrooke, 1995-1996, volume 26, numéro 2, p 425.

بين الحالتين لأن الحد الفاصل بينهما دقيق جدا. ومن الحالات العملية التي قدّر فيها القضاء أن الشرط غير تعسفي وإنما استعماله هو الذي تم بطريقة تعسفية، الدعوى التي رفعتها فيدرالية الأطباء المقيمين لدولة Québec ضد إدارة جامعة "مونتيريالي" Montréal، حيث اعتبرت المحكمة أنه رغم وجود شرط ضمني يجيز لإدارة الجامعة الزيادة النسبية في مصاريف التمدرس بسبب تغير الأوضاع الاقتصادية، إلا أن زيادة المصاريف بنسبة 250 % تعتبر تعسفية، مفرطة وغير معقولة، إضافة إلى أن تطبيقها اقتصر على مجموعة من الأطباء المقيمين دون غيرهم وهو ما جعل من قرار الزيادة تعسفيا وتمييزيا، الأمر الذي أقنع القاضي بتعديل قيمة الزيادة وخفضها من 250 % إلى 1.9% التي تتناسب والمستوى المعيشي[1].

فالقاضي إذن متى تبين له أن العقد المعروض أمامه تجتمع فيه عناصر ومقومات عقد الإذعان خاصة ما يتعلق بمحل العقد كونه من الأمور الضرورية التي لا يمكن للمتعاقد الآخر أن يستغني عنها، مع وجود تعسف في شرط أو مجموعة شروط وقدّر أن الظروف تقتضي إعمال سلطته الجوازية فإنه يتدخل عن طريق مُكنة التعديل، والتي مفادها الإبقاء على الشرط ذو الطبيعة التعسفية مع إزالة مظاهر التعسف عنه، ومثال ذلك في عقد العمل كأن يتضمن بندا مفاده التزام الأجير بدفع مبلغ مالي باهض كجزاء عن خطأ بسيط يرتكبه، فإذا ما قدّر القاضي أن هذا الشرط مشوب بسمة التعسف كان له أن يتدخل للتخفيض من مبلغ الغرامة المفروض على العامل وجعلها متناسبة مع بساطة الخطأ المرتكب[2].

ومن بين التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية في الموضوع الحالي نذكر القرار الصادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 1231779 الصادر بتاريخ 2018/04/12 ، والذي اعتبرت بموجبه أن اتفاقية إعادة الجدولة المبرمة بين الطرفين (البنك والمتعاقد معه) بتاريخ 2012/09/27 تدخل ضمن عقود الإذعان، وبالتالي تكون قد تضمنت شروطا تعسفية تجعل من تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين وخاصة ما نصت عليه المادة 13 منها وهو أن تفسخ الاتفاقية ويصبح الدين الإجمالي المعاد جدولته مستحق الأداء فورا وبقوة القانون بمجرد إرسال تبليغ عن طريق رسالة مضمنة وذلك في حالة عدم تنفيذ المدين لأي بند من بنود الاتفاقية الحالية[3].

1) Natalie CROTEAU, op cit, p 426.

2) بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 164.

3) القرار رقم 1231779 الصادر بتاريخ 12/ 04/ 2018، الغرفة المدنية للمحكمة العليا. منشور على الموقع التالي: http://www.coursupreme.dz/. تم الاطلاع بتاريخ: 2021/09/02 على الساعة 22.30.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 435-456

ثانيا: سلطة القاضي في إعفاء المدين من الشروط التعسفية

انطلاقا من فلسفة التدخل القضائي في عقود الإذعان والتي تستهدف إعادة التوازن العقدي تحقيقا لما يُعرف بالعدالة التعاقدية، فإن القاضي إذا ارتأى أن مجرد إدخال تعديلات على الشرط التعسفي الوارد في العقد لا يحقق الهدف المنشود الذي ابتغاه المشرع ولن يعيد للاتفاق التوازن المفقود بين حقوق وواجبات الأطراف ولن يحقق الحماية اللازمة للطرف المُذعن، فإنه يلجأ إلى المكنة الثانية التي منحها إياه نص المادة 110 من القانون المدني والمتمثلة في سلطته في إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام المنصب على الشرط التعسفي أي إلغاء الشرط واعتباره عديم الأثر، لأن انعدام التوازن في العقد مرده وجود الشرط في حد ذاته وأن استرجاع هذا التوازن لن يتجسد عمليا إلا باستبعاد الشرط بالكلية، مع الإشارة إلى أن الإلغاء بحسب تعبير الدكتور عبد الحميد فودة " يعتبر وسيلة أشد جرأة من وسيلة التعديل وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء"[1]، نظرا لكونه يشكل مساسا وانتهاكا كبيرين لمبدأ سلطان الإرادة المبني على احترام بل وتقديس حرية الأفراد في تحديد مضامين الاتفاقات المبرمة بينهم.

إلا أن هناك من الشروط ما لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها ذلك أن إلغائها قد يؤدي إلى هدم العقد وإزالته كليا، كالأجرة في عقد الإيجار أو الثمن في عقد البيع، وإنما يمكن للقاضي متى رأى أن هذه الشروط تشكل تعسفا أن يعدلها طبقا لمتطلبات العدالة، فقد يظهر الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن المادي أو الاستغلال، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي، إما بالانقاص في التزامات الطرف المذعن المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف القوي الغابن لإزالة الغبن الوارد فيه[2].

فالقاضي هنا يتقيد بالشرط والقيود القانونية للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يستند لأساس آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله طبقا للقانون[3]. ومن بين التطبيقات التشريعية للشرط التعسفي يمكن أن نذكر الحالة التي أوردها المشرع في المادة 184 من القانون المدني حينما سمحت للقاضي بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة ما إذا كان التقدير مفرطا أي أنه غير متناسب لدرجة كبيرة مع حجم الضرر، إذ أنه ورغم عمومية وشمولية نص المادة 184 كونها وردت في سياق عام لا يفرق بين عقد مساومة وعقد إذعان، إلا أنه يُفهم منها ضمنيا أن المدين الذي وافق على شرط جزائي مرتفع كثيرا وغير متجانس مع جسامة أو ضآلة الضرر المحقق كان في مركز

1) فودة عبد الحكيم، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 438.

2) بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 108.

3) بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 166.

تعاقدي ضعيف لم يكن ليسمح له بمفاوضة الطرف الآخر حول مبلغ التعويض الاتفاقي، أي أن العقد كان من صنف عقود الإذعان التي يحجر فيها على إرادة أحد المتعاقدين ولا يسمح له بالمساومة أو التفاوض.

غير أن رقابة القاضي ولكي تتسم بالموضوعية وتوفر أكبر قدر من الحماية للطرف المذعن فإنها لا يجب أن تنصب على شرط تعسفي بذاته أو مجموعة شروط بل العبرة بمدى وجود اختلال كبير في الأداءات، بغض النظر عن وجود مثل هذه الشروط أو لا، فالقاضي عندما يبسط رقابته يجب أن ينظر إلى العقد برمته ويقارن بين أداءات طرفيه، فمتى وجد تفاوتا معتبرا في التزامات وحقوق الأطراف حقً له التدخل لتعديل العقد بالقدر الذي يكفل إعادة التوازن له، أما إذا تبين له أن العقد في مجمله متوازن ويتضمن في طياته وجود عدالة تعاقدية بين الطرفين استبعد سلطته في التعديل ولو وجدت بعض الشروط التي تتسم بطابع التعسف لأنها لم تؤثر سلبا على الطرف الضعيف[1].

المطلب الثاني: دور القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن:

نصت المادة 112 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " **يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن**".

وقد وردت هذه المادة عطفا على المادة التي سبقتها أي المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي قدمت لنا القاعدة العامة في تفسير النصوص القانونية، والفرضية في هذه الحالة هي نشوب نزاع بين طرفي العقد حول تفسير أحد بنوده حيث اعتبرت المادة 111 في فقرتها الأولى أنه متى كانت عبارات العقد واضحة وجب على القاضي التقيد بهذا الوضوح وعدم جواز الانحراف عليها أو محاولة تأويلها، ذلك أن مثل هذه النزاعات التي تُطرح أمام القضاء كثيرا ما تتعلق بشروط مُجحفة لا تُحقق مصلحة أحد الأطراف فيلجأ إلى القضاء لمحاولة إعطائها تفسيرا يرفع عنه هذا الإجحاف وقد يجاريه القضاء في هذا الطرح، لذلك جاء موقف المشرع صريحا وواضحا في عدم إمكانية تفسير البنود الواضحة لأنها تفسر نفسها بنفسها، وكل تدخل للقاضي لإعطاء تفسير آخر يتعارض مع وضوح البند يعتبر تدخلا منه في مبدأ سلطان الإرادة سيؤدي بالضرورة إلى تحريف وتحوير النية المشتركة التي قصدها المتعاقدان عند إبرام العقد وعبرا عنها بألفاظ وعبارات باتة قطعية الدلالة.

غير أن عبارات العقد لا تكون دائما واضحة المعاني والمقاصد، إذ كثيرا ما تتضمن العقود ألفاظا مبهمة يحتاج القاضي إلى تفسيرها بطريقة تكفل له الوصول إلى النية المشتركة للأطراف بعيدا عن التقيد

1) Faustine JACOMINO, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des **contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence**, thèse de doctorat en Droit, Université Côte d'Azur, 2018, p 28.

بحرفية الألفاظ المذكورة مثلما كان الأمر بالنسبة للعبارات الواضحة، حيث يستهدي القاضي ويسترشد ويستأنس بكل العوامل التي من شأنها مساعدته في التوصل إلى تلك النية التي لم تتمكن العبارات التي اختارها أطراف العقد من إبرازها، ومن بين العوامل التي ذكرتها المادة 111 طبيعة التعامل إذ أن ما يصلح للتفسير في عقد مدني قد لا يصلح في عقد تجاري، وما ينسحب على عقد البيع قد لا يكون ملائما في عقد الإيجار أو الوديعة ، كما لا ينبغي إهمال ما يسود بين الناس من ثقة أثناء إبرام العقود إذ ينبغي أخذ هذا الفاعل أو المعطى بعين الاعتبار عند محاولة تأويل عبارات العقد، إضافة إلى ما جرت عليه العادات والأعراف في التعامل بين الناس.

بالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة 112 من القانون المدني الجزائري نجد أنها وضعت قاعدة عامة في تفسير البنود التعاقدية الغامضة التي تنطوي على شك في التفسير أي أن تفسيرها لن يخرج عن خدمة أحد طرفي العقد، فإما أن يفسر الشرط الغامض لمصلحة الدائن وهو ما يلحق ضررا بالمدين، وإما أن يفسر لمصلحة المدين فيتضرر الدائن من جراء هذا التفسير. فالفقرة 1 من المادة 112 أعلاه أوجبت على القاضي في مثل هذه الفرضيات أن يفسر الغموض لمصلحة المدين باعتباره الطرف الأضعف، وانطلاقا من قاعدة تقليدية مفادها أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة والاستثناء هو أن تكون الذمة مشغولة بالتزام قانوني واجب التنفيذ على المدين، والاستثناء كما هو معلوم لا يجب أن يُتوسع في تفسيره، كما أن نية الملتزم هي أن يلتزم في أضيق نطاق ممكن أن تتحمله عبارات العقد، والبحث في هذا النطاق الضيق هو الذي يوجد التوافق بين الإرادتين[1].

إن الملاحظ أن لفظ المدين الوارد في النص والذي أوجب القانون تفسير الشك لمصلحته لا يُقصد به المدين بالالتزام، وإنما المتعاقد الذي يقع عليه عبئ الشرط محل التفسير، سواء كان هو المدين بالالتزام أو أنه دائن بالحق فإذا كان الشرط الغامض يُعفي أحد طرف العقد من التزام تفرضه القواعد العامة أو يخفف من مسؤوليته في تنفيذ هذا الالتزام، فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة الطرف الذي يضار منه وهو الدائن بالالتزام، إلا أنه هو المدين في الشرط محل التفسير[2].

إذن فالاستثناء التشريعي الوارد في نص المادة 112 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري يستند إلى عديد الاعتبارات الواقعية والمنطقية، منها أن الطرف المذعن هو الأضعف اقتصاديا وقبوله بالشرط ناجم عن ضعف مركزه في العقد لذا كان الأجدر بالحماية مقارنة بالمتعاقد معه، هذا الأخير هو الذي استقل واستأثر بوضع البند الغامض دون أن يناقش في المسألة فكان الأولى أن يتحمل تبعة هذا

1) أبو السعود رمضان، النظرية **العامة للالتزام مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 210.
2) المرجع نفسه، ص 211.

الغموض، والقاعدة أن المخطئ لا يستفيد من خطئه، فإذا اعتبرنا الشك عبارة عن خطأ خلال مرحلة التعاقد فلا يعقل أن يستفيد منه صاحبه (الطرف القوي) ويتحمله الطرف الأضعف الذي سلَّم به وأذعن له دون مساومة.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، توصلنا إلى جملة من النتائج والتي أرفقناها ببعض التوصيات والملاحظات التي تخدم موضوع البحث، وذلك على النحو التالي:

النتائج:

لقد أظهرت الدراسة الحالية أن التنظيم التشريعي لدور القاضي في إعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان المنصبة أساسا على علاقة غير متوازنة وغير متكافئة من خلال المواد 70، 110 و112 من القانون المدني الجزائري، يبقى قاصرا وغير كاف نظرا للتطورات الحاصلة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي وبالنظر كذلك لظهور علاقات تعاقدية من نوع خاص تخضع في كثير من الأحيان إلى نصوص قانونية خاصة مثل قانون حماية المستهلك وقانون الممارسات التجارية وقانون المنافسة وحتى قانون التجارة الإلكترونية، علما وأن كل نص من النصوص المذكورة وغيرها يُطبق في نطاق معين ويستهدف تحقيق أهداف غير الأهداف التي يبتغيها المشرع من خلال تنظيمه لنصوص القانون المدني، لذلك كثيرا ما يظهر التناقض والتعارض بين النصوص الخاصة وقواعد الشريعة العامة.

كما استنتجنا خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري لم يُساير التطورات العميقة التي مست عقود الإذعان، على الأقل من ناحية تضخم وكثرة عددها بالشكل الذي أخرجها من دائرة الاستثناء إلى مرحلة الندية والتكافؤ مع عقود المساومة، وهو الأمر الذي كان يستدعي مراجعة نصوص القانون المدني الناظمة لعقد الإذعان أو على الأقل إثرائها لإعطائها مكانتها الحقيقية مثلما فعل المشرع الفرنسي غداة تعديله لأحكام القانون المدني سنة 2016.

توصلنا كذلك إلى أن السُلطة التقديرية الجوازية الممنوحة للقاضي تجاه البنود التعسفية أو محل الشك في عقود الإذعان قد حدَّت من فعالية هذه الآلية في تحقيق عدالة تعاقدية، فالطابع الجوازي لتدخل القاضي قد نصل معه إلى نتيجة غير منطقية وهي الإبقاء على الشروط التعسفية رغم تأثيرها البارز في

التوازن الاقتصادي لحقوق والتزامات طرفيه، لأنه لا يوجد ما يُلزم القاضي بوجوب تعديل هذه الشروط أو إلغائها، فالمسألة جُرِدت من الموضوعية المفترض توفرها في الأحكام القضائية وأصبحت ذات طبيعة ذاتية تتعلق بأخلاق وتنشئة وقناعات القضاة وهو ما يجعل الأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة متباينة وقد تصل إلى حد التعارض فيما بينها.

التوصيات:

بناء على النتائج المتوصل إليها أقترح وأوصي المشرع الجزائري بالتعجيل في مراجعة أحكام القانون المدني خاصة المواد الناظمة لعقود الإذعان أسوة بالمشرع الفرنسي، وذلك من خلال إضافة مواد أخرى تُعطينا تصورا جديدا لعقد الإذعان تراعي فيه مختلف التطورات الحاصلة على مستوى الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد، لا سيما مع الانتشار الرهيب للعقود الالكترونية وما تحمله من خصوصيات في مختلف مراحل العقد من المفاوضات إلى الإبرام إلى مرحلة التنفيذ، كما يجب تعديل المواد الحالية بطريقة تجعلها متناغمة ومتجانسة مع النصوص القانونية الخاصة التي تتناول عقد الإذعان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومن بين المبادئ التي يتعين على المشرع إعادة تنظيمها مبدأ حسن النية بإعطائه بعدا وأهمية أكثر من التي أعطاه إياها في التقنين المدني الحالي حينما حصر المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد (المادة 107) لأن تقنين وصياغة المبدأ بطريقة محكمة من شأنه تفعيل دور القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية، لأنه متى لم تتوفر في الشرط خاصية التعسف أو في العقد خاصية الإذعان أمكن للقاضي الاستناد إلى مبدأ حسن النية (الفضفاض والواسع) لحماية الطرف الضعيف.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، **الجريدة الرسمية** العدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.
2. الأمر الرئاسي رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية، عدد 43 لسنة 2003، المعدل والمتمم.

3. القانون 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد الواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004 المعدل والمتمم.

ثانيا: الكتب

4. أبو السعود رمضان، النظرية **العامة للالتزام مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000.
5. أمل محمد شلبي، **التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكارات (دراسة مقارنة)**، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، 2008.
6. السنهوري عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2009.
7. فودة عبد الحكيم، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985.
8. محمد سلمان مضحي مرزوق الغريب، **الاحتكار والمنافسة غير المشروعة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

9. بن يطو أمال، **حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010/2009.
10. بوكماش محمد، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012.
11. الحيصة علي صالح مصبح، **سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان**، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

12. عبيدة نجاة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجيستير، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد لطفي تلمسان، 2015-2016.

13. رابعا: المقالات

14. بحماوي الشريف، **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد الثاني 2014.

15. سلامة عزت عبد المحسن، **نحو تكييف حديث للإذعان (في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 م والتطبيق على التعاقد الالكتروني)**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 20 ديسمبر 2019.

16. كاظم خولة، محمد راضي لعموري، **الإيجاب في عقد الإذعان**، مجلة المحقق الحلي في العلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل للعلوم القانونية، العدد الأول، السنة السادسة، 2014.

17. محمود حمودة صالح، **عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها (أنموذج الهيئة القومية للكهرباء)**، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة إفريقيا العالمية الخرطوم السودان، العدد الثالث، 2004.

18. نساخ بولقان فطيمة، **أخلقة العلاقة العقدية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 4، المجلد 52، 2015.

Sources et références en langues françaises :

A/ thèses et mémoires :

19. Faustine JACOMINO, **Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence**, thèse de doctorat en Droit, Université Côte d'Azur, 2018.

B/ Articles :

20. Natalie CROTEAU**, le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion et la notion de bonne foi**, revue de droit (*RDUS)*, université de Sherbrooke, volume 26, numéro 2, 1995-1996.

C/ Colloques et séminaires :

21. THIERRY REVET, **La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat**, colloque international sous l'intitulé « Le contrat d'adhésion: délimitation et implications » organisé par la faculté de droit, sciences politiques et sociales, l'université de Paris 13, mai 2018.

22. CYRIL GRIMALDI, **La preuve et le contrat d'adhésion**, colloque international sous l'intitulé « Le contrat d'adhésion: délimitation et implications » organisé par la faculté de droit, sciences politiques et sociales, l'université de Paris 13, mai 2018.