جامعة إبن خلدون

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

تطور فكرة الإذعان في العقود الإقتصادية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث

تخصص قانون خاص

من إعداد الطالب:

بغدادي خديجة

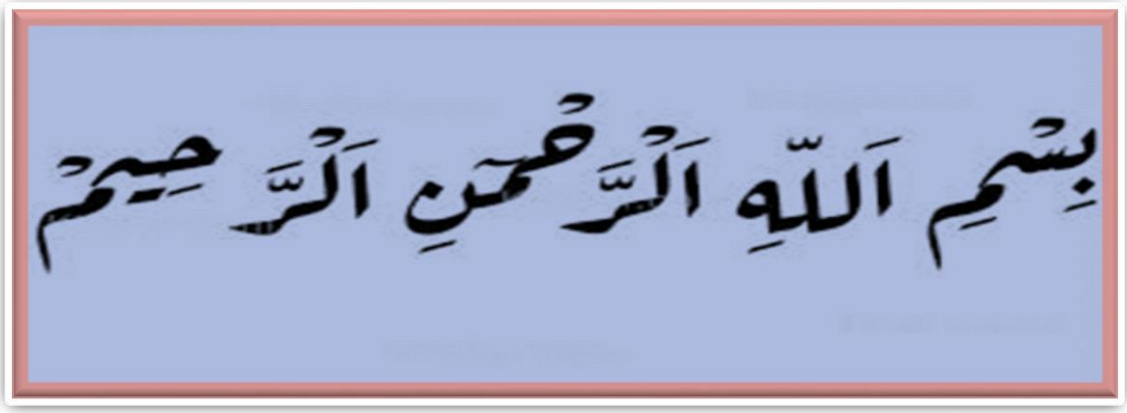
تحت إشراف:

أ.د/ ويس فتحي

أمام لجنة المناقشة:

إسم العضو	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
علي فتاك	أستاذ تعليم عالي	جامعة تيارت	رئيساً
ويس فتحي	أستاذ تعليم عالي	جامعة تيارت	مقرراً
مقني بن عمار	أستاذ تعليم عالي	جامعة تيارت	ممتحناً
بن بعلاش خليدة	أستاذ محاضر أ	جامعة تيارت	ممتحناً
عليان عدة	أستاذ محاضر أ	جامعة غليزان	ممتحناً
سكيل رقية	أستاذ محاضر أ	جامعة شلف	ممتحناً

السنة الجامعية: 2021- 2022


بِسْمِ اَللّٰهِ اَلرَّحْمٰنِ اَلرَّحِيمِ

كلمة شكر

بعد أن وفقني الله سبحانه وتعالى لا يسعني إلا أن أتوجه بالحمد والشكر على ما رزقني من فضل ونعمة لإتمام هذا البحث المتواضع والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد خير الأنام

أتوجه بخالص الشكر إلى أستاذي الدكتور "ويس فتحي" الذي لم يبخل علينا بالنصيحة والتوجيه، ومساعدتي في إتمام هذا العمل بالإشراف عليه وتصويبه من جميع جوانبه، كما أقول له بشراك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن الحوت في البحر، والطير في السماء، ليصّلون على معلم الناس الخير" فجزاه الله عني خير جزاء

كما أوجه شكري وامتناني إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة بحثي وإبداء الملاحظات بشأنه فجزاهم الله كل خير

إهـــداء

إلـى من أذكـرهـم حينمـا أنـسـى الجميـع

من حاكت خيوط نجاحي بخيوط من عمرها وعلمتني معنى النجاح والصبر

من كدّ وجدّ من أجل أن يراني أصل إلى أهدافي

إلــى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

من تحمل انشغالي عنه ومنحني القوة والعزيمة لإتمام هذا العمل

إلــى زوجـــي الـفاضل

من تميزوا بالوفـاء والعطـاء سندي ورفقتي في الحيـاة

إلــى إخوتـــي

من أكرمني الله به ملاكي الـصغير أول معـاني فـرحتي

إلــى ابنـي عبد الرزاق

إلـى كل أستاذ تتلمذت على يده إقرارا بفضله وعرفانا بجميل صنعه

إلـى كل من قدم لي يد العون في كل لحظة أحسست فيها بالفشل

أهدي لكم جميعا ثمرة مجهودي

قـائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

ج	الجزء
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ق.م	القانون المدني
م.ج	المشرع الجزائري
ج.ر	الجريدة الرسمية

2- باللغة الفرنسية

Art	Article
P	Page
n°	Numéro

مقدمـــة

مقدمة

يحتل العقد المكانة الأولى الهامة في ترتيب مصادر الإلتزام فهو الأداة التي يستند إليها في المقام الأول لتسهيل التبادل والتعامل بين الأشخاص، ليس على المستوى الداخلي فحسب بل على المستوى التبادلي الدولي وقد نظمته القوانين المدنية بالتفصيل ومنها القانون المدني الجزائري[1].

وترتبط فكرة العقد بالإرادة بإعتبارها المحرك الذي تدور حوله معاملاته القانونية وعلاقاته مع مختلف أشخاص المجتمع[2] لهذا يقال من قال عقدا فقد قال عدلا[3]، فتتجه إرادة المتعاقدين إلى إحداث أثر قانوني فإن لم تتجه إرادتيهما إلى إنشاء الإلتزام أو نقله أو إنهائه فلن يكون ثمة عقد بالمعنى القانوني، وبعد أن كانت الإرادة محملة بشكليات عدة تكاد لا تدعها تبرز للوجود أخذت تتحرر شيئا فشيئا من تلك الأعباء لتكون هي وحدها منشئة للإلتزام[4].

إن كل من العقد والإرادة يرتبطان بالمبدأ المعروف بمبدأ سلطان الإرادة لذا فإنه يشكل وبدون منازع رمزا لقانون العقود بإعتباره من يحكم العلاقة العقدية في كل مراحلها من حيث التكوين، وإن وجود هذا المبدأ القانوني وسيادته للمنظومة العقدية ماهو إلا نتيجة أكيدة لتأثر القانون بالأفكار الإقتصادية والفلسفية التحررية التي برزت في أوروبا في نهاية القرن السابع عشر.

لقد دافع فلاسفة القرن الثامن عشر عن حرية الأفراد ليس فقط ضد الدولة وإنما إتجاه أي جهة من شأنها التقليص من الحرية الفردية لا سيما ضد الطوائف المهنية، ففي رأي هؤلاء فإن المجتمع يجب أن يتكون من الأفراد بشكل يجعل كل علاقة تربط بينهم مستوحاة من الإرادة وتوافقها مع الإرادة المقابلة، وهو نفس الإتجاه الذي يجب أن يسود المؤسسات السياسية المقتبسة من نظرية العقد الإجتماعي الذي نادى به كل من جان جاك روسو وهوبز وجون لوك.

1- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة ماجستير، كلية حقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014/2013، ص01 .

2- حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة ماجستير، كلية حقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2010، ص01.

3- صافة خيرة، دور القاعدة الجزائية في ضبط النشاط الإقتصادي،–دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير حقوق، تيارت،2013/2012 ص 11.

4- ذنون يونس صالح، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد05، العراق،2000 ص39.

وما يجب التذكير به أن سلطان الإرادة وإن كان لصيقا بنظرية كانط فإن بعض الفقة لا يقر بهذا المبدأ وإنما يعيد دوره الفعال لفقهاء القانون الدولي الخاص، وأن مفهوم سلطان الإرادة لدى كانط لم يتجاوز المفهوم الأخلاقي، ولا سيما أن هذا المبدأ كان حافزا ومؤثرا في مجال المعاملات الإقتصادية.

لذا فإن بعض الفقه يرى فيه ضرورة إجتماعية بل ويستجيب للمصلحة العامة وبالتالي يتحتم إلغاء كل ما من شأنه أن يعرقل الحرية التعاقدية إنسجاما مع مبدأ **دعه يعمل دعه يمر** الذي يكمل ضمنيا دعه يتعاقد، والخلاصة أن العدالة التعاقدية لا يمكن أن تكون نتاج عوامل خارجية بل هي وليدة إرادة المتعاقدين الذين هم أدرى بمصالحهم وسبل تحقيق غاياتهم دون غيرهم[1].

إن النظرة الكلاسيكية للعقد تعتبره بالمطلق عادلا لأنه تم بتراضي الطرفين على مضمونه وعليه فإن أي تذخل لإعادة التوازن من شأنه المساس بحرية الإرادة، والأكيد أن هذه النظرة الضيقة غير الواقعية إن لم نقل المثالية لا تأخذ بعين الإعتبار الظرف النفسي أو الإقتصادي المؤثر في العملية التعاقدية، لاسيما بالنسبة للطرف الضعيف في العقد الشيء الذي تجاهله واضعوا مدونة نابليون التي تعتبر أحد المصادر الأساسية لقانون الإلتزامات والعقود.

إن إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة بسبب إنتشار مبادئ الإشتراكية زعزع الأسس والمعايير التي يقوم عليها مما أدى إلى تراجع قدسيته، حيث أنه لم يعد للإرادة الحرية والدور المطلق الذي كانت تتمتع به من قبل فتم تقييدها إلى الحدود التي يقتضيها إستقرار المعاملات ومراعاة مصالح الجماعة قبل مصالح الفرد، لذا إن العقود التقليدية لم تصبح النموذج المثالي لمسايرة التطور الإقتصادي الشئ الذي تطلب ظهور أشكال جديدة من العقود، سواء من حيث المحتوى أو من حيث طرق إبرامها قادرة على مواكبة إيقاع الحياة الإقتصادية.

والأكيد أن التحكم الإقتصادي من طرف المحتكر جعلته في وضع المستفيد أو القادر على فرض شروطه على من يرغب في إبرام هذه العقود التي في ظاهرها عادلة وباطنها تبدو مبنية على سوء النية، خاصة إذا ما نكل المحترف عن تنفيذ إلتزاماته البديهية فيبادر بمجابهة شروط العقد التي قد تعفيه من المسؤولية أو على الأقل تخفف منها.

1- العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، اكدال الرباط، 2001/2000 ص39.

لذا فإن الطرف المذعن يظل مكتوف الأيدي خاصة وأنه وقع على العقد النموذجي الذي قدمه له المحتكر وهذا ما جعل المبدأ يفقد من قيمته وينحسر امام التطورات الإجتماعية والإقتصادية، وذلك من خلال تذخل المشرع لحماية الطرف الضعيف من الإكراه الإقتصادي الذي يسلطه عليه الطرف القوي.

وعليه فمن الصعب فصل مفهوم العقد عن الواقع الإجتماعي والإقتصادي لأنه حتما يتأثر بالظروف الموضوعية التي تسود المكان الذي ينجز ويبرم فيه، فإذا كانت سياسة مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة على الرغم من الحرية الواسعة إلا أنها تتقيد في إطار لا يخرج عن فكرة النظام العام والأداب العامة.

وعلى العكس إذا كانت النظريات الإقتصادية هي السائدة فإن الإتفاقات التعاقدية ستتأثر بهذا الوضع الشمولي والتدخلي، والوضع لا يعدو أن يكون أحد الأمرين: إما إنتصار لأحد المبادئ التحررية أو التدخلية، وإما السعي إلى إعادة التوازن بين التيارين المتضادين، والبحث عن نظرية متغيرة ومتطورة تأخد بعين الإعتبار الإتجاهات الإجتماعية دون إلغاء الحرية التعاقدية.

ومن خلال إستقراء نصوص القانون المدني يظهر جليا أن المشرع الجزائري تناول الأحكام المتعلقة بالعقد على مرحلتين، المرحلة الأولى تناولت الأحكام العامة التي تسري على جل العقود التي تندرج ضمن مجال القانون الخاص وهذا ما يسمى بالنظرية العامة للعقد.

أما المرحلة الثانية فتناولت الأحكام الخاصة إذ يطلق على هذه الأحكام بقانون العقود الخاصة، وتجدر الإشارة إلى أن العقود الخاصة ليست حكرا على القانون الخاص، إذ قد تتواجد في القانون العام لا سيما بعض العقود الإدارية مثال عقد الإمتياز، عقد التشغيل[1].

وما يستشف من تكريس مبدأ سلطان الإرادة تقريره لمبدأ الرضائية، حرية التعبير، إعتداد بعيوب الرضا والقوة الملزمة للعقد إلا أنه وأمام التحولات الجدرية في بنية العقد، فلاشك أن النظرة التي سادت العقود التقليدية لم تعد ناجحة في ظل عقود يسيطر عليها طابع الإذعان، مما جعل المشرع بعد إستيعابه الظاهرة إلى تعامل بشكل إيجابي مع هذه الأنواع الجديدة من العقود في محاولة لإعادة التوازن بين المتعاقدين.

1- علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، دار الموفم للنشر، الجزائر، 2013، ص55.

وقد تجلى هذا التعامل من خلال إصدار قوانين ذات طابع وقائي أو حمائي بالإضافة إلى تعديل القواعد العامة ولو بشكل محتشم، مثل إستحداث مسؤولية المنتجّ بغية حماية رضا الطرف المذعن من الشروط التعسفية مما قد يؤدي إلى إنصاف المتعاقد.

ولما فرضت هذه التحولات عقودا خاصة تغيرت فيها المفاهيم العامة للعقد بما فيها سلطان الإرادة بموجب واقع التطور الإقتصادي، فإن الأمر يحتاج إلى ضبط أو تنظيم قانوني فالإقتصاد بحاجة لدور القانون في محاولة للوصول إلى سياسة تشريعية أكثر إنضباط وفعالية، بإستخدام آليات التحليل الإقتصادي.

وعلى هذا فالإقتصاد لا يمكن أن يستغني أبدا عن التنظيم والضبط القانوني لحاجة أطراف العلاقة الإقتصادية للإكراه القانوني والرسمي لنفاذ عقودهم وحماية مصالحهم، حرية الملكية الخاصة وحرية الصناعة والتجارة، بإستثناء ما تم تقييده نظرا لمقتضيات النظام العام والأداب العامة.

فقد فرض واقع تطور الحياة الإقتصادية والإجتماعية إلى ظهور الحاجة إلى بعض الخدمات التي لا يمكن الإستغناء عنها، لا بل إن تلك الخدمات قد أصبحت الحاجة ماسة إليها ولا تقوم الحياة إلا على أساس إستفائها، كالحاجة إلى خدمات الكهرباء والغاز، والماء وخدمات السفر بالطائرات السكك الحديدية.

ماجعل الشخص الذي يرغب الحصول على إحدى هذه الخدمات مضطرا للقبول الشروط التي تفرض من قبل المسيطر، والذي غالبا ما يضع شروط مكتوبة في شكل عقود نموذجية يستحيل النقاش حولها مما خلّف تفاوت محسوس في مركز الطرفين الإقتصادي.

وإن معظم تلك الشروط إن لم نقل جميعها تخدم مصلحة المقدم للخدمة فهذا النوع من العقود يطلق عليها – عقود الإذعان- لكون المتعاقد الآخر يذعن لشروط الموضوعة وليس بوسعه مناقشتها، ومن ثم فإنه مجبر على التسليم بالقبول بكافة الشروط دون زيادة أو نقصان وعدم الإذعان لتلك الشروط يعني حرمانه من الإنتفاع بتلك الخدمات.

فقد أدى التقدم الهائل الذي شهده العصر إلى الإزدحام بالعديد من المبتكرات والإختراعات التي لم تكن معروفة من قبل، كالدواء والمجمعات السكنية، ووسائل الإتصال والأغدية وغيرها، ونتج عن ذلك إيجابيات عديدة والتي بدورها أفرزت سلبيات بحجم الإنتاج الإقتصادي أو أكثر، فالتقدم لم يحافظ على الأسلوب التقليدي لتحديد شروط عمليات الإنتاج والتوزيع – المساومة التقليدية- إذ أصبحت بيد شركات كبرى تتحكم في شروط التعامل على نحو تعسفي ومجحف في كثير من الأحيان.

إن إنفصال عملية الإنتاج عن التوزيع قد تجعل هذه الأخيرة بيد شركات إعلانية أو دعائية همها الوحيد الإقناع بالتعاقد من خلال الإعلانات البراقة والخادعة التي لا تعمل بوحي أخلاقي، وإنما تحت تأثير المكاسب المادية السريعة دون الإشارة إلى السلبيات، ففي ظل هذه الوضعية يظهر عدم التوازن بين طرفي العقد واللامساواة الإقتصادية والإختلال والقصور في درجة المعرفة[1].

من جهة أخرى يعتبر التطور الإقتصادي من العوامل التي أثرت في نظرية العقد وجعل المراكز العقدية غير متوازنة وغير متساوية من حيث المعلومات التفصيلية اللازمة لإنعقاد العقد، فعدم وجود التكافؤ بين المراكز الإقتصادية ساهم في إنهيار حرية التعاقد وأصبح المتعاقد القوي يملي شروطه على المتعاقد الضعيف، وهو ما دفع بالمشرع إلى التخفيف من شدة هذه القواعد تجنبا لتعسفات محتملة كإحتكار السلع، التحكم في الأسعار، ضبط السوق من المنافسة الغير المشروعة، وضع عقود نموذجية تحت مسمى النظام العام الإقتصادي التوجيهي الحمائي.

وعليه فقد ساهمت التحولات الإقتصادية في تغيير ملامح النظرية العامة للعقد بحيث أصبحنا في منعرج تشريعي لم تعد فيه القواعد العامة للعقد تواكب التطور الذي عرفه النسيج الإقتصادي بصفة خاصة[2]، وبإعتبار العقد وسيلة قانونية يلجأ إليها بات من الضروري لجوء المشرع إلى مجموعة من التعديلات التي مست بالمبادئ العامة التي سايرت العقد مدة طويلة من الزمن، والتي تعرف نوع من التعقيد ولم تعد تتماشى مع الكثير من المعاملات الخاصة القائمة على السرعة والإئتمان.

فاللجوء إلى التشريعات الخاصة كان الهدف منه حماية الطرف الضعيف حيث أصبحت المساواة المكرسة في القانون المدني لا تتناسب والتحول الإقتصادي والصناعي الذي أدى إلى اللامساواة بين المتعاقدين في العقود، خصوصا الإقتصادية مما دفع بالمشرع إلى البحث عن المساواة الحقيقة وذلك من خلال تطوير التشريع الحمائي الذي يسعى إلى إعادة التوازن في العقود، فاللامساواة الموجودة بين المتعاقدين في العقد تجاوزت المساواة المكرسّة في القانون المدني.

إن تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف إقتصاديا وإجتماعيا ومعرفيا جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى النزعة الإجتماعية، حيث أصبح أداة لتحقيق النفع العام ووسيلة من وسائل الحياة فظهرت

1- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 354.

مصطلحات جديدة تؤكد هذه النزعة كعيممة العقد[1] الأمر الذي ساهم في جعل العقد يحقق المساواة والتوازن كفكرة الإلتزام بالإعلام، وفكرة حسن النية.

وأمام هذا التجاذب الحاصل بين الإذعان كفكرة تقليدية ضيقة النطاق وإتساعها كواقع محتم خصوصا في ظل العقود الإقتصادية، كان موضوع هذه الدراسة كمحاولة لرصد تلك العلاقة بين فكرة الإذعان، وتطوّرها في ظل العقود الإقتصادية.

إن الدراسة في هذا المجال تتطلب في البداية تأصيل فكرة الإذعان وستكون في دائرة القانون الخاص عموما، والقانون المدني على وجه الخصوص والعقود الإقتصادية ذات الطابع المالي على الأخص، حيث سيتمحور التحليل حول الحديث عن بعض العقود الإقتصادية على سبيل المثال فقط والتي لا يتسع المجال لذكرها كلها، وسيكون المنطلق الفكري النظري في دراسة العلاقة بين فكرة الإذعان وتطوره في مجال العقود الإقتصادية، فالمبدأ المتفق عليه هو مبدأ العدل الذي يسعى إليه المشرع .

وفي هذا الإطار فإن الفقهاء يصنفون العدل إلى نوعين عدل تبادلي وعدل توزيعي، فأما العدل التبادلي فيعني المساواة المطلقة[2] والذي يكون مقصورا على علاقات الأفراد التعاقدية بتبادل السلع والمنافع أي ما يجب للفرد على الفرد، وفضلا على ذلك فإنه يشمل كل ما ينشئه الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها وهو يقوم على أساس تساوي الأفراد الذي يقضي إحترام كل منهم فيما لحق الآخر إما بإعطائه له أو بالإمتناع عن الإعتداء عليه.

أما العدل التوزيعي فهو يختلف عن العدل التبادلي في أنه يوجب على الجماعة توزيع المنافع والأعباء عليهم، غير أن المساواة تبقى نسبية لا مطلقة تراعي إختلاف الأفراد حسب حاجاتهم وقدراتهم فالعدالة التبادلية تهدف إلى المساواة إنطلاقا من الحرية، أما العدالة التوزيعية فتأخذ بعين الإعتبار الحرية كشرط للمساواة، لذلك فالعدل التوزيعي يوجد في العدل القانوني بإعتباره الهدف المرجو الذي علاقته تتحدد في دور الفرد إتجاه الجماعة، بحيث يسخر الجزء لخدمة الكل[3].

1- "" تظهر العيممة من خلال تشريعات التي تحمي المستهلك أو العامل.....بهدف إستقرار المجتمع والبحث عن السلم الإجتماعي ""
***فاضل خديجة**، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، حقوق، 2015، الجزائر، ص37.

2- **علي فيلالي**، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2015، ص159.

3- **عليان عدة**،فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016/2015ص08.

وإن لهذه الفكرة الأثر البالغ في ظهور النزعة الذاتية والموضوعية وبالرغم من أنهما تستهدفان العدل والمساواة إلا أن لكل منهما نظرة تختلف عن الأخرى، ففي ظل المذهب الفردي الذي وضعت في ظله النظرية العامة للعقد والتي كان مبدأ حرية التعاقد المبدأ الأساسي لها، والتي تعنى أساسا بالمساواة السياسية في الحقوق والواجبات إذ لا حاجة لحماية القانون بإعتبار أن كل تعاقد عادل.

إلا أنه مع التطور الذي عرفه المجتمع ظهر هناك تفاوت بين الأطراف المتعاقدة من الناحية الإقتصادية والإجتماعية، الأمر الذي أدى إلى ضرورة إعادة النظر في مفهوم العدل والمساواة حيث ركز على الإعتداد بالمساواة الحقيقية، ومن ثم شهدت فكرة الإذعان تحولا وإنتقالا من مفهومها التقليدي ضيّق النطاق إلى مفهوم حديث تهتم بالجانب الإقتصادي.

مما إستدعى تدخلا أكثر للحد من حرية التعاقد إستهدافا لتحقيق العدل التوزيعي فكانت الحاجة الماسة للبحث عن آليات بديلة عن التضحية بالعقد ككل، خصوصا وانه وسيلة لا غنى عنها للتبادل الإقتصادي وتحقيق الرغبات.

وهكذا فإن هذه الدراسة ستحاول الوقوف على التحول والإنتقال الذي آل إليه الوضع التعاقدي من جراء تفشي ظاهرة الإذعان، والتي تتميز ببروز قوى وتكتلات اقتصادية أصبحت تفرض قانونها على من يتعاقد معها وغابت بذلك المرحلة التفاوضية التي تميز تكوين العقد.

فتقلصت بذلك إرادة الطرفين وخاصة إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد والقبول بشروط جائرة يفرضها الطرف القوي لحاجاته الماسة لذلك الشيء محل التعاقد، خلافا للمبدأ العام في العقود وهو ما أدى إلى إختلال التوازن التعاقدي وأصبح لا يوفر التوازن العقدي خصوصا بالعقود الاقتصادية ذات التعقيد والنفوذ الاقتصادي الهام.

لذلك تدخل المشرع بمقتضى قوانين خاصة التي إتضح من خلالها أنه لم يأخذ بعين الاعتبار المبادئ المتفرعة عن نظرية سلطان الإرادة التي تعتبر ان العقد شريعة المتعاقدين، وأن العقد الذي تبرمه إرادتان لا يمكن وضع حدا له، إلا بمقتضى تلك الإرادتين المكونة له لضمان العدالة العقدية[1].

فمن خلال هذه القواعد أرسى من خلالها المشرع نظاما عاما حمائيا عهد له حماية أحد أطراف العقد، والذي يكون عادة الطرف الضعيف اقتصاديا وترتب كنتيجة لتدخل النظام العام الحمائي في تكوين

1- **محفوظ لعشب**، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 122-123 .

العقد تغيير التقنية التعاقدية لفرض حماية الطرف الضعيف في العقد، وكان ذلك من خلال وضع قواعد آمرة يغلب عليها الطابع الحمائي من حماية تشريعية ومؤسساتية وقضائية ضمانا للعدالة العقدية.

عن أهمية الدراسة فإن الحديث سيتركز حول البحث والتتبع لمكانة والدور الذي لعبه الإذعان في مجال العقود الإقتصادية، أي أن التركيز سينصب حول تبيان ماخلفه تغلغل الإذعان في العقود من مراكز قانونية متباينة للأطراف المتعاقدة من خلال التعرض لفكرة الإذعان كإستثناء من المبدأ العام في الشريعة العامة، وصولا إلى ما طرأ عليه من نتاج التطور التطور الإقتصادي خصوصا ثم القانوني.

حيث سنقف عند أهم مظاهر إنعدام التكافؤ بين المتعاقدين إذ أن جل العقود المبرمة تأخذ شكل العقود النموذجية، والتي يضعها المتخصصون في مختلف مجالات المعرفة لا سيما الإقتصاد والقانون والإحصاء، مما تجعل المتعاقد الضعيف في وضعية الجاهل كلية أو نسبيا بخبايا محل العقد، سواء على المستوى التقني أو القانوني مما يجعله في الغالب مستسلما لما يصرح به المحتكر أو من يمثله.

ما يجعل العقود الاقتصادية تسمى بعقود الإذعان لما تضمنه في محتواها إذ تعتبر مرتعا خصبا لتناسل الشروط التعسفية بحكم الموقع المتميز الذي يمثله المحتكر تجاه المذعن، وكذا الحاجة للخدمة والسلعة المعروضة وهو ماجعل موضوع الإذعان والشروط التعسفية يحظي باهتمام كبير تتم معالجته من طرف المشرع بعدة طرق، أولها التنظيم التشريعي وهو أكثر المناهج استخداما تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف من خلال سن نصوص تشريعية لحضرها ومكافحتها، فضلا عن الأسلوب القضائي بحيث يخول القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي مما يقضي بتعديل الشروط أو إلغائها.

ولو اقتضى الأمر المساس بالمبادئ الأساسية المتأصلة والمترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة كالعقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد[1]، فكان لا مناص من الإبقاء على العقود وحرية الأشخاص في إبرامها مع ضرورة توجيهها بالمراقبة والضبط[2] عن طريق فرض تطبيق النظام العام الإقتصادي الذي يحمي خصيصيا الفئات الضعيفة، ويسعى لتوجيه الإقتصاد ككل.

1-مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون، 2015/2014، ص36.

2- تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الإقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص01-02.

على أن الوقوف على هذا التحول ليس بالأمر الهيّن وإنما تعتريه العديد من الصعوبات التي واجهت إعداد هذه الدراسة، وفي مقدمتها إتساع الموضوع وشمول تطبيقاته العملية وهذا الأمر نتج عنه قلة المراجع التي تتحدث عن خصوصية الإذعان الإقتصادي، لذلك تم الإقتصار على القانون المدني وبعض القوانين الخاصة المتفرعة والتي ظهرت فيها فكرة تطور الإذعان بشكل واضح، على أن أمثلة الدراسة ستكون على سبيل المثال فقط، لأن الحياة الاقتصادية تتسم بإتساع وتشعب وظهور أنماط جديدة من العقود بشكل مستمر.

ومن الصعوبات أيضا أن الإذعان من العقود حديثة النشأة التي أفرزها التطور الاقتصادي التي تحققت في القرن العشرين وتميزت ببروز الصناعة التسويقية التي ترمي إلى إقحام الأسواق الداخلية والخارجية بعقود لم تكن معهودة من ذي قبل، الشيء الذي نجم عنه فئتين من المتعاقدين: إحداهما فئة منتجة ومحتكرة ذات قوة اقتصادية، وفئة مستهلكة ومذعنة ضعيفة في جل الأحوال، ماجعل العلاقة الاقتصادية بينهما علاقة غير متكافئة وغير متوازنة، تجعل صاحبها دائما في مركز أقوى ذلك أنها تتميز بالاختصاص ورأس المال.

ومن الدراسات التي كان لها بالغ الأثرفي تكوين التصور الحالي للبحث أطروحة **العربي مياد** حول إشكالية التراضي في عقود الإذعان، إنطلق فيها الباحث من المعايير والأسس المحددة لعقود الإذعان وقد وقف عن كثب عند مظاهر إستغلال المركز المتميز الذي ينعم به المحتكر تجاه الطرف الضعيف، لا سيما في ظل وضع يتحكم فيه القطب الوحيد الذي يستمد جبروته من إحتكار الأنشطة الإقتصادية وتشجيع الشركات الإحتكارية دون أدنى إعتبار للقيود الأخلاقية.

وأطروحة **حليس لخضر** تحت عنوان مكانة الإرادة في ظل تطور العقود حيث عالج فيها التحولات التي عرفتها الحياة القانونية عموما والتي مست بالمبادئ العامة للعقود، وتحديدا التقلبات الإقتصادية وما إستحدثته من عقود مما فرض على المشرع والقاضي التدخل لإعادة التوازن الإقتصادي للعقود، متوصلا إلا أنه بالرغم من أن الكلام أمام هذه المعطيات الصعبة يتلخص في إختفاء وزوال الإرادة في مجال العقود إلا أن دورها لم يضمحل ويختفي بل تطور، وكان تطوره إستجابة لتطويع وملائمة التصرفات القانونية لظروف الحياة الحديثة وفق ماعبر عنه ببعث وإعادة الإعتبار للإرادة ودورها الجديد في مجال التعاقدي وإن كان على غير الصورة المعروفة من قبل.

من هنا فإن الإشكالية الرئيسية لهذ الدراسة تتمثل في:

كيف تطور مفهوم الإذعان في العقود الإقتصادية وماهي الآليات القانونية التي وضعها المشرع لإعادة التوازن العقدي الإقتصادي؟

يتفرع عن هذه الإشكالية عدة إشكاليات فرعيـة:

- **فيما تتمثل خصوصية الإذعان في العقود الإقتصادية؟**
- **هل كان لظهور العقود النموذجية أثر في تغيير مفهوم الإذعان؟**
- **ما مدى نجاعة الآليات القانونية المتبعة لإعادة التوازن العقدي الإقتصادي وكفايتها؟**

وللإجابة على هذه الإشكاليات ارتأينا تقسيم الدراسة إلى بابين ويتم الإعتماد في ذلك على منهج إستقرائي تحليلي من خلال إستقراء لمختلف النصوص القانونية وتحليلها بغية تحديد موقف المشرع من تطور وإتساع مجالات العقود الإقتصادية، تم عقد مقارنة بينهما وبين نصوص بعض التشريعات المقارنة خصوصا القانون الفرنسي.

جاء الباب الأول بعنوان التأصيل النظري لفكرة الإذعان والذي تمت دراسته من خلال فصلين هما: أولا نشأة فكرة الإذعان في العقود حيث سنتناول بالدراسة كيف ساهم قصور التصور الكلاسيكي للعقود في ظهور الإذعان، ثم إن الإذعان كفكرة يظهر في جل العقود ولكن يبرز بشكل خاص في العقود الاقتصادية **إذن فيما تتمثل خصوصية هذا العقد؟** وهو موضوع الفصل الثاني بعنوان علاقة العقد الاقتصادي بفكرة الإذعان.

أما الباب الثاني فضمنّاه وسائل مواجهة اختلال التوازن في عقود الإذعان الاقتصادية، خصصنا الفصل الأول للحديث عن الآليات القانونية لتحقيق الحماية المرجوة في العقود الاقتصادية في ظل القواعد العامة والخاصة، في حين خصصنا الفصل الثاني للحديث عن الأجهزة الإدارية باعتبارها الآليات الرقابية على العقود الاقتصادية من جهة والإشارة إلى الدور الخاص للمجتمع المدني في تفعيل هذه الحماية من جهة أخرى.

الباب الأول

التـأصيل النظـري لفكرة الإذعـان

الباب الأول

التأصيل النظري لفكرة الإذعان

تكمن أهمية دراسة تاريخ الإذعان في الحصول على وجهة نظر صحيحة ذلك أن معرفة جذور فكرة الإذعان هي مجرد مدخل إلى إثراء المعرفة التي يشتمل عليها التاريخ، لأن معرفة المزيد عن الماضي تمكن الباحث والقارئ على السواء من فهم الحاضر وحسن تقدير المستقبل.

بداية لا يخفى أن واضعي مدونة نابليون سنة 1804 أخذو بعين الاعتبار عند إعداد القانون المدني الفرنسي فلسفة عصر الأنوار التي تعتبر كل إنسان حر في أفكاره وأفعاله، لذا فإن أي التزام من طرف الإنسان لا يقوم ولا يستقيم إلا إذا كان نابعا من إرادته الحرة التي ستصبح أساس القوة الملزمة في العقد ومن تم يتحدد مضمونه.

فمبدأ حرية التعاقد يجد سنده في فكرة سلطان الإرادة بحيث أن القاعدة العامة هي حرية التصرف ومن ثمة ما ليس بممنوع فهو جائز فالإرادة أساس العقد وجوهره، وإن أساس التعاقد هو حرية المتعاقدين فطبقا للمادة[1] 106 من القانون المدني الجزائري العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، وعلى ذلك فحرية التعاقد تملي على الطرفين قانون العقد.

ومن هذا المنطلق يتفرع مبدأين يتمثل الأول في أنه لا يمكن إلزام شخص بما لا يرغب فيه وثانيا إذا التزم أي شخص طواعية يجب عليه أن ينفذ تعهداته دون أن يربطها بشكليات معينة، ومؤدى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يقدس حرية الأفراد بحيث تظل إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن تقييدها إلا بما قيدت به هذه نفسها بتضمين التزاماتهم بما يشاؤون وكيفما يشاؤون[2].

وآية ذلك أن العقد يضحى هو القانون الذي يحكم علاقة المتعاقدين ومن ثم كان من غير المقبول من أي كان سواء كان طرفا في العقد أو لم يكن أن يقوم بتعديل شروط العقد من جانب واحد، فالأفراد بإرادتهم المشتركة يستطيعون خلق القانون الذي ينظم علاقاتهم وهذه الفلسفة مقتبسة من مدونة جستنيان بحيث تظل إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن تقييدها إلا بما تقيدت به الإرادة نفسها.

1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية، العدد78 المؤرخة في 1975/09/30 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، ج.ر عدد 07، المنشورة بتاريخ 14 فيفري 2014.

2- طبقا لهذا الحديث فإنه بمقدور أطراف العقد الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيض منها أو أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو أن يقترن العقد بشروط واقفة أو فاسخة أو جزائية إلى غير ذلك من الإتفاقات النابعة من الحرية التعاقدية.

إن أنصار مبدأ سلطان الإرادة يرون أن النظام الاجتماعي لا يقوم إلا على أساس الفرد ومدى حريته في إبرام التصرفات القنونية وتحديد مضمونها، وبالتالي يستمر الجميع لخدمة الفرد فالفرد هو غاية القانون وهو الذي يجب حمايته لا العكس[1]، وهو ما أكدته نظرية العقد الاجتماعي التي حرصت على اعتناق فكرة القانون الطبيعي ونظرية الحقوق الطبيعية للإنسان باعتبارها قيد يرد على سيادة الدولة[2].

لذا فإن مبدأ سلطان الإرادة يشكل ودون منازع رمزا لقانون العقود باعتباره من يحكم العلاقة العقدية في كل مراحلها من حيث التكوين أو التنفيذ، وإن وجود هذا المبدأ القانوني وسيادته للمنظومة العقدية ما هو إلا نتيجة صارخة لتأثر القانون بالأفكار الاقتصادية والفلسفية التحررية التي برزت في أوروبا في نهاية القرن السابع عشر.

ولقد جاء القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مستجيبا لهذه الأفكار الفردية بشكل واضح لاسيما ما يتعلق منها بمبدأ سلطان الإرادة، وكذا مبدأ حرية التعاقد والذي يمنح العديد من الضمانات الإيجابية للأطراف المتعاقدة في مرحلة تكوين العقد، وبهذا ظل مبدأ الحرية العقدية مسيطر على المجال العقدي في مرحلة تكوين العقد ومقدما العديد من النتائج والتطبيقات التي أوردتها مختلف المدونات المدنية في العالم ومنها القانون الجزائري .

غير أنه مع تشعب الحياة الاقتصادية اتسم ميدان العقود بظهور تقنيات تعاقدية جديدة تبتعد في مفهومها وشروطها وخصائصها عن تلك الواقع تنظيمها صلب النظرية العامة للالتزامات، وأهم هذه التقنيات التي تسيطر على العلاقات التعاقدية الحديثة ما اصطلح على تسميته بعقود الإذعان، وعلى الرغم من محاولة الحد منه والكشف عن نقائصه إلا أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية الحديثة فرضت واقعه، وأثبتت قصور النظرية القانونية الكلاسيكية المبنية على سلطان الإرادة وحرية التعاقد والمساواة بين الأطراف المتعاقدة في تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية. -**الفصل الأول** -

إن عقود الإذعان تحققت نتيجة التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي تسعى جاهدة للجري وراء الكسب السريع من طرف المحترفين، عن طريق قيام شركات الأموال وماتبذله من جهود مضاعفة

1- صافة خيرة، المرجع السابق، ص11.

2- عليان بوزيان، دور فكرة النظام العام الإقتصادي في حماية المستهلك – دراسة مقارنة بمبادئ الفقه الإسلامي، مجلة الخلدونية، العدد04، تيارت، 2010، ص52.

نحو المزيد من الإحتكار والضغط على تكاليف الإنتاج، والذي أضحى فيه الطرف القوي يملي شروطه دون أن يملك الطرف الآخر إلا الإمضاء أو الامتناع عنه، وهو ما أفقده صفة المتعاقد وأصبح يسمى مكتتبا فغابت بذلك المرحلة التفاوضية التي تميز تكوين العقد .

حيث برزت في ظل اقتصاد السوق وما ترتب عنه من التجارة الحرة طائفة من العقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني، فأضحى التصور البسيط لمرحلة التعاقد والتي لطالما سيطر عليها مبدأ حرية التعاقد دون منازع لا يتناسب مع مستجدات هذه العقود، ولا يحقق العدل والمساواة العقدية فيها، مما أوجبت قيد حرية التعاقد وضبطها وطنيا ودوليا بما يتماشى مع هذه العقود ويحقق العدل والأمن القانوني هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أدى التطور الهائل الذي مس وسائل الإنتاج والتوزيع والاستهلاك والاتصال إلى خلق عدم توازن ظاهر بين طرفي العقد، فأصبح الطرف القوي والمسيطر يملي شروطه على الطرف الضعيف والتي من غير الممكن إبرامها عن طريق تبادل الإيجاب والقبول.

وهكذا أصبح عقد الإذعان هو القاعدة بينما أصبح العقد التفاوضي هو الاستثناء فإذا فقد أحد أطراف العقد قدرته على التفاوض مع هذه المؤسسات القوية لضرورة ملحة، فلا يكون أمامه إلا الخضوع والقبول بنماذج العقود التي تعرضها عليه – **الفصل الثاني**-

الـفصل الأول

نـشـأة فكـرة الإذعـان في العقـود

لقد راهنت الفلسفة التحررية على مبدأ سلطان الإرادة وذلك لتحقيق العدالة التعاقدية فالعقد وليد الإرادة الحرة للفرد، لا يمكن بالتالي إلا أن يكون عادلا مهما كان محتواه بحكم أن الإنسان لا يمكن أن يتصرف ضد مصلحته، إضافة إلى أن ما يميز العقود هو تلك المرحلة التفاوضية التي تسبق إبرامها والتي تمكن كل طرف من دراسة كافة الجوانب بروية وتبصر، فلا يعبر عن رضاه إلا بعد أن يتأكد أن موضوع العقد من حيث صفاته وخصائصه والظروف المتعاقد فيها كلها تستجيب لمصالحه ولا تحمله التزامات مجحفة بحقه.

إلا أن ما آل إليه الوضع التعاقدي من جراء إطلاق سلطان الإرادة بأن أصبح لا يوفر التوازن العقدي خصوصا بالعقود الاقتصادية ذات التعقيد والنفوذ الاقتصادي الهام، وهو ما أدى إلى انخرام التوازن التعاقدي.

فتشعب الحياة الاقتصادية وظهور أنماط جديدة من العقود وكذلك الجري وراء الكسب السريع من طرف المهني، وظهور وسائل الإعلام المكتوبة والسمعية والمرئية، جعلت الطرف الضعيف

ينساق بسهولة ويكاد يجد نفسه مجبرا على التعاقد مع متعاقد قوي لا يعرفه في أغلب الأحيان، ويفوقه معرفة ودراية ولا يخفى أن وسائل الإشهار الحديثة تتفنن في عرض مزايا منتوجاتهم.

كل هذه العوامل أثبتت قصور النظرية العامة للالتزامات في توفير الحماية الناجعة للمتعاقد الذي يجد نفسه في وضعية أدنى من الطرف المقابل، باعتبار أنها قد وضعت خصيصا للعملية التعاقدية التي تربط بين أشخاص ذات قوى متوازنة.

كل هذه التطورات الحاصلة أدت إلى ظهور صور جديدة من العقود تتميز بالمرونة الاقتصادية والتطور السريع وهي تصطدم مع المبادئ التقليدية للعقد، تتميز ببروز قوى وتكتلات اقتصادية أصبحت تفرض قانونها على من يتعاقد معها وغابت بذلك المرحلة التفاوضية التي تميز تكوين العقد، فتقلصت بذلك إرادة الطرفين وخاصة إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، والقبول بشروط جائرة يفرضها الطرف القوي لحاجاته الماسة لذلك الشيء محل التعاقد، خلافا للمبدأ العام في العقود والذي يقضي بأن يدخل الإنسان برضا وإرادة حرة وعلى علم تام وانتفاء جهالة.

وهكذا تفشت ظاهرة الإذعان في العقود فإذا فقد أحد الأطراف وهو الطرف الضعيف لضرورة ملحة قدرته على التفاوض مع هذه المؤسسات القوية، فلا يكون أمامه إلا الخضوع والقبول بنماذج العقود التي تعرضها عليه، لذا اعتبر الإذعان بأنه عقد يفرضه الطرف القوي بأن يملي شروطه بإرادته المحضة، ولا يكون أمام الطرف الآخر الذي ليس له سوى الخضوع والإذعان والموافقة إلى حد أن أفقده صفة المتعاقد وأصبح يسمى مكتتبا.

إلا أن عقود الإذعان لما صممت على أساس القبول أو الرفض دون وجود مساومة حقيقية بين طرفيها في الشروط كانت مظلة للفساد لاحتمال أن تكون حقيقتها عقود إكراه لا تتوفر على الرضا أو ربما تضمنت شروطا منافية لمقتضيات العدالة، وأصبح بذلك عقد الإذعان يستخدم من طرف القوى الاقتصادية الخاصة لفرض هيمنتها وسيطرتها وفرض قواعدها عوض القواعد القانونية المكملة، وأصبح لها بموجب ذلك سلطة خاصة بها تضاهي القانون **المبحث الثاني**

غير أنه في البداية لابد من الإشارة إلى أن كل محاولة لمقاربة التطورات التي عرفتها فكرة الإذعان تفرض الرجوع للماضي، لاسيما وأن المحور الأساسي الذي كانت تنبني عليه هو نظرية سلطان الإرادة باعتباره الأصل العام، والإذعان ما هو إلا استثناء على المبادئ العامة في مجال التعاقد وخروج على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ومن أجل فهم نشأة صفة الإذعان وبروز العقود التي اتسمت بتلك الصفة لابد من تسليط الضوء على مراحل التطور التاريخي للمبادئ التعاقدية التي أنتجت صفة الإذعان بدءا من القانون

الروماني وحتى نشوء المذاهب الاجتماعية إلى المناداة بحماية الأطراف المتعاقدة، لذا كان لزاما تخصيص **المبحث الأول** للحديث عن مبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الأول

مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الوضعية

لقد ارتبط مفهوم الإرادة والدور الذي تؤديه في الحياة القانونية بالأفكار الفلسفية والأخلاقية والاقتصادية التي كانت سائدة في المجتمع، فالعقد هو الأداة المثالية للفلسفة الفردية والاقتصاد الليبرالي، وكل القوانين تعترف للإرادة بالقدرة على إحداث أثار قانونية بمجرد التراضي بتطابق الإيجاب والقبول بإرادة أخرى دون الحاجة لأي إجراء خاص أو شكل معين .

ومقتضى هذا المبدأ أن عرفت الإرادة إفراط في الحرية بأن أن لا يكره الأفراد على إبرام العقود ولا على اشتراط الشروط، ولا يجبر المتعاقدون على الامتثال في إفراغ عقودهم في قوالب شكلية معينة تخضع لأي قيد أو شكل خاص أو على التعبير عن إرادتهم بطرق خاصة، وعلى كل متعاقد حماية نفسه ومصالحه فحين يتعاقد فلا يختار إلا ما يخدم ويتماشى مع مصلحته استنادا للحرية والإرادة الواعية التي يتمتع بها الأفراد.

وهذا المفهوم العام لم يكن وليد الصدفة أو عارض وإنما هو نتاج مخاض زمني طويل عايشه فهو نتيجة حتمية للتطورات التي عرفتها الأنظمة القانونية، فمن نظام الرق إلى الإقطاع وصولا إلى عصر تقديس إطلاقا الحريات، وإنتهاءا إلى تنظيم الحريات وضبط ممارستها.

فلم تعرف الشرائع القديمة كالقانون الروماني أو القانون الكنسي مبدأ سلطان الإرادة ولم يصل هذا المبدأ إلا بعد تطور زمني طويل، خاصة فيما يتعلق بالإرادة في حد ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل أو في آخر، وبعد سقوط الدولة الرومانية وخلال العصور الوسطى كانت الكنيسة أكبر عون له إذ تنادي باحترام العهود والمواثيق، إذ قررت أن كل اتفاق يكون ملزما ولو تجرد من الشكلية.

ففي القرن السابع عشر أوضحه المذهب الليبرالي فكان سبب ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، وذلك من خلال تبجيله واحترامه للفرد واعتباره محور القانون وأساسه، ليبلغ ذروته في القرن التاسع عشر، كما كان لظهور المذهب الاجتماعي والاشتراكي توجيه انتقادات للمذهب الفردي والذي أظهر فيه هشاشة مبدأ سلطان الإرادة.

وبهذا فالحرية التعاقدية وليدة هذا المبدأ إذ أن إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان، فاستلهمت العقود الكثير

من المذهب الفردي[1] من تكريس حرية الفرد المطلقة في التفاوض والتعاقد والاستمرار فيها أو قطعها من دون أن يرتب القانون عليها أي أثر، ويترتب على ذلك العقد شريعة المتعاقدين فلا يمكن لأي طرف تعديل العقد بإرادته المنفردة ويمنع القاضي من التدخل لتعديل العقد.

ولما كان القانون وليد المجتمع فهو الذي يرتبط بتطور المجتمعات وارتقائها على المستويين الاقتصادي والاجتماعي، مما يؤثر على التصرفات القانونية للأفراد اللذين لهم كامل الحرية في إنشاء العقود تبعا لحاجاتهم المتجددة تحت مسمى الحرية التعاقدية المسيطرة على قانون العقد، مما يجعل لشخص كامل الحرية في إبرام العقود أو عدم إبرامها وتحديد مضمون وشكل العقد.

وبهذا فإن تحديد حرية الإرادة وكفايتها لإنشاء العقد مجردا عن أي إجراء أو شكل معين كسلطان أساسي للتعامل هو الأصل، يحتم بداية رصد تطور هذا المبدأ في **المطلب الأول** على أن الأخذ بالمبدأ وتطبيقه على إطلاقه له تأثير مباشر بالغ الأثر على العقود كالحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد في **المطلب الثاني.**

المطلب الأول

نظرية سلطان الإرادة

يزعم أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن مبدأهم القانون الطبيعي والواقع غير ذلك فهو لم يكن المبدأ الذي سارت عليه الإنسانية في العصور الأولى، بل لم يعرف هذا المبدأ إلا منذ بضعة قرون وكان القانون في بدء تطوره يسير على سنة مناقضة له، فلم تكن الإرادة مصدرا للعلاقات القانونية ولم يكن العقل البشري بإرادته إدراك أن مجرد توافق إرادتين يولد التزاما، فالظاهر أن المجتمع البشري كان يقوم على أسس ثلاثة : الدين، والنظام الداخلي للقبيلة والقانون[2].

فالتعاقد كصورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية أهم ظاهرة سيكولوجية كامنة في ذات صاحبها تستدعي نشاط ذهنيا معينا، فهي محصلة لعملية فكرية تصدر من وحي العقل والفكر وتفيد انعقاد العزم على أمر معين يتخذ من خلاله موقف أو قرار، فتبدأ في تصور ما يتوق إليه صاحبها من

1-محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، العدد02، جامعة الجزائر، 2010، ص63.

2- **مرزوقي قدار**، إتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، 2013/2012، ص11.

إجراء عقد بينه وبين شخص آخر، فوجب أن يعي أمر التعاقد المقدم عليه بما يرتبه من حقوق والتزامات[1].

لذا اعتبر من أقدم التصرفات التي عرفتها البشرية ووجوده كان نتاج مراحل تاريخية وشاقة وفقا للتطور الاقتصادي والاجتماعي والروحي الذي مرت به الشعوب، والذي استغرق أكثر من ثمانية وعشرين قرنا بدءا من القانون الروماني والكنسي، قبل انتهائه بالشكل الحديث المعروف حاليا **الفرع الأول**

ثم نعرج على موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ سلطان الإرادة إذ مازالت أكثر الشرائع السماوية والقوانين الوضعية تنظيما للحياة[2]، باعتبارها قصب السبق في إرساء القواعد العامة في المعاملات والتي تقوم على الإرادة وعنصر الرضا **الفرع الثاني**

وعلى عكس ما كان سائد في القانون الروماني إذ لم تعرف الإرادة الحرية نظرا لطغيان الشكلية في العقود، فإن فقهاء القانون والتشريعات المدنية في العصر الحديث لم تقف على مبدأ موحد بالنسبة للدور الذي تقوم به الإرادة في إنشاء العقد، ويمكن حصره ذلك في اتجاهين رئيسين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي **الفرع الثالث**

الـفـرع الأول

تطور مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات القديمة

إن الفكر القانوني ليس وليد صدفة مارة ولا نزعة عارضة بل هو عصارة المبادئ التي تسود كل عصر، لذا فالحديث عن سلطان الإرادة لم يكن نتاج فكر حديث بل هو نتاج مخاض زمني طويل وشاق، بدءا بالقوانين القديمة كالقانون الروماني الذي تنازعت فيه الشكلية مع الرضائية **أولا**، والكنسي وهو العهد الذي سادت فيه القواعد الدينية وطغت على سلطان العقود **ثانيا**، إذ يعتبر القانونان من أهم القوانين الوضعية القديمة التي كان لها بالغ الأثر في تطوير وإقرار هذا المبدأ.

أولا: الـقـانون الرومانـي

ارتبط نظام التعاقد في القوانين الرومانية بطبيعة حياة الرومان الاجتماعية وتفكيرهم الديني فقد كان هذا المجتمع في طوره الأول مجتمعا محصورا في نطاق ضيق، فالتعاقد البسيط اليوم هو حدث هام وكبير عندهم يحتاج إلى الاحتفال به فكان ينظر إلى العلاقة بين المتعاقدين بوصفها علاقة

1- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان،2016/2015، الهامش رقم 01، ص22.

2- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، الجزائر، ص05.

دينية وليست قانونية، وعليه فالسائد هو طابع الشكلية ولم تكن الإرادة كافية بمفردها لإبرام العقد فالعقود كانت قديما شكلية وكان ينظر فيها إلى الشكل و اللفظ دون النية والقصد[1].

لم يعرف القانون الروماني في عصوره الأولى سوى الشكلية التامة في جميع المجالات سواء في نطاق الأشخاص أو الأموال أو الالتزامات، ولذلك لم يكن يترتب على الإرادة ذاتها أي أثر قانوني بل كان الأثر يترتب على الألفاظ والطقوس والشكليات التي يقررها القانون.

فقد سادت فكرة الشكلية كمظهر شائع في العالم القديم[2] في بداية العهد الروماني وكانت آنذاك تعيش حياة بدائية، فلم يكن بالوسع تصور المجردات والمعنويات عن طريق التراضي الأمر الذي جعله يستعين بطقوس شكلية تعبيرا عن ما يتصوره في طابع مادي محسوس[3]، فاعتبر العقد اللفظي نموذجا للعقود الرومانية، بل القاعدة العامة سادت فيها ألفاظ المشارطة كطقوس الشكلية لإبرام تلك العقود وفي أوضاع معينة من حركات وإشارات أو ألفاظ وكتابات[4].

فارتبط نظام التعاقد في القوانين الرومانية بطبيعة حياة الرومان الاجتماعية إذ كان المجتمع الروماني مجتمعا زراعيا يخضع لتقاليد وطقوس في تصرفاته ومعاملاته، فلم يستطع فيه الفرد أن يستقل بإرادته ويقوم بما يريد بحرية، فالإرادة هنا لا تكفي بذاتها لإنشاء تصرف قانوني وتحديد أثاره لأن كل تصرف مربوط بشكلية معينة وترتبط أثارها بشكليات المنصوص عليها قانونا[5].

وقد أبرز القانون الروماني دور الشكلية في اعتباره أن مجرد الاتفاق لا يولد التزاما[6] وهذه حالة القانون الروماني في مرحلته الأولى، فالسائد بين المتعاقدين هو طابع الشكلية ولم تكن إرادة المتعاقدين كافية بمفردها لإبرام العقد وترتيب أثارها في ذمة طرفيها، بل كان ضروريا إفراغ التراضي في قالب شكلي وبذلك طغت القاعدة الرومانية التي مفادها أن مجرد الاتفاق لا يولد التزام.

ومن هنا كان أي خطا في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف بصرف النظر عما اتجهت إليه الإرادة، وبخلاف ذلك فإن استفاء الإجراءات الشكلية كان يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني بصرف

1- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص 22.

2- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 119.

3- علاق عبد القادر، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2008/2007، ص 29.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص، 121.

5- لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص120.

6- خليفاتي عبد الرحمان، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة الجزائر، 1987، ص 06.

النظر عن الإرادة ذاتها، فلا ضير أن تكون سليمة أو معيبة أو كانت مطابقة لحقيقة ما قصد إليه المتعاقدان أو غير مطابقة.

وبالنتيجة فليس للإرادة أي أثر في إنشاء التصرفات القانونية ولا تستطيع تحديد أثار التصرف القانوني، فكان القانون وحده من يتولى التكفل بتحديد الشكل الذي يتم به التصرف القانوني ووحده الذي يحدد أثار كل تصرف.

بحلول القرن الثاني قبل الميلاد عرف المجتمع الروماني تطور ملحوظ يشمل مختلف نواحي المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وذلك بعد سلسلة من الحروب أدت إلى انتصار الرومان وسيطرتهم على جزء كبير من العالم مما سهل الاحتكاك بثقافات الشعوب، فضلا على أن المجتمع لم يعد زراعيا كما كان وإنما أصبح لتجارة دورا بارزا مما أدى إلى تعدد المعاملات وتنوعها.

غير أن إجراءات الشكلية الطويلة والمعقدة لطالما شكلت عقبة أمام ازدهار التجارة لكن تشبع الرومان بالثقافة الإغريقية منحتهم أفكار جديدة كالثقة والأمانة والعدالة، فبنوا عليها الكثير من الأحكام القانونية المستحدثة منها الأحكام التي توجب على الشخص الوفاء بما تعهد به.

وبعد تطور المجتمع الروماني واقتران ذلك بتقدم التفكير القانوني فصار هنالك تمييز ما بين الشكل المطلوب والإرادة في العقد، فظهرت عقود ابتعدت عن الشكلية البحثة في الحركات والألفاظ عند التعاقد، وفي الوقت نفسه اقترنت بشرط تسليم العين محل التعاقد ليتم إبرام العقد فاعتبرت شرط للانعقاد وليس للتنفيذ، وهو الأمر الذي لم يساعد المتعاقدين على التخلص من الشكلية التي تقيدهم.

وعليه فالتراضي لا يكفي للانعقاد مالم تصحبه واقعة مادية هي التسليم ومن هذه العقود عقد القرض والمعروف عندهم باسم ""**الموتيوم**"" الذي يعتبر أول عقد شكلي ظهر عند الرومان وأساس قوته الملزمة تظهر في الركن المادي وهو تسليم الشيء، ثم ظهر العقد الكتابي الذي يتم بكتابة مضمونه في دفتر الدائن، والعقد الشخصي الذي ينعقد بإتباع أسلوب سؤال وجواب يتبادلهما طرفا العقد على نحو معين وتظهر صورته الرئيسية في الاشتراط، كما لم يكن يعتد في بادئ الأمر بالتعاقد ما بين غائبين ويقوم مجلس العقد على وحدة المكان والزمان وأي اختلاف عن ما هو مقرر يجعل المجلس منفضا.

وفي مرحلة لاحقة أصبحت العلاقة العقدية محمية على أساس اعتبار كل من التدليس والإكراه جرائم الغرض منها حماية توافق الإرادتين، ومن ثم ظهور الإرادة باعتبارها جوهر العقد والاكتفاء بالتراضي كسبب كافي للالتزام في أربعة عقود، كعقد الشركة وهو الأسبق في الظهور ثم عقد الوكالة ونشأ في الأصل بين الأقارب والأصدقاء، ثم ظهر عقد البيع كعقد رضائي ثم عقد الإجازة.

وهذه العقود الرضائية لم تنشأ دفعة واحدة بل نشأت على فترات متباعدة فالرومان وعلى مر العصور لم يجعلوا الرضائية وحرية التعاقد مبدأ عاما وإن كان في أواخر عهده[1] اعترف ببعض التصرفات الرضائية، إلا أن الشكلية باعتبارها الأصل ظلت هي السائدة وحرية الإرادة في إبرام التصرفات القانونية عرفت في إطار ضيق، وكاستثناء من قاعدة الشكلية وهو الأمر الذي لم يخلص المتعاقدين من الشكلية التي تقيدهم.

فعلى الرغم من الاعتراف للإرادة بدور في مجال التصرفات القانونية والتخفيف من حدة الشكليات في العقود لم يبلغ التطور إلى الحد الذي يعترف فيه بالمبدأ بوجه عام، ورغم الانتصار الذي حققه المبدأ إلا أن القانون الروماني لم يعترف بهذا المبدأ بوجه عام[2]، فظل العقد الشكلي هو الأصل ولا يعترف بمبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الاستثناء.

ثانيا: القانون الكنسي

بالرغم من سعي فقهاء القانون الروماني لأجل التحرر من الشكلية والانتقال إلى الرضائية إلا أنه لم تنقطع الشكلية في تكوين العقود، ولم يعترف القانون بالإرادة فقد ظل القانون الروماني لفترة طويلة هو عماد الثقافة القانونية للعالم الغربي فكان لا بد من تدخل مبادئ جديدة تقوي مبدأ سلطان الإرادة تدريجيا.

إذ أن مبادئ الكنيسة التي تقوم في تعاليم الديانة المسيحية كان لها الدور الأول في تحطيم النظام الشكلي، غير أن الشكلية لم تنقطع ولم تستقل الإرادة بتكوين العقد في النظام الكنسي القديم إلا تدرجا، حيث بقيت أوضاع الشكلية المعروفة في القانون الروماني إلى نهاية القرن الثاني عشر ثم أخذ أثر الإرادة يظهر في تكوين العقد شيئا فشيئا[3].

وذلك من خلال مساهمة كتابات آباء الكنيسة والمجامع الكنيسة والخطابات ويرجع ذلك إلى أصلين من الأصول الخلقية، الأصل الأول هو الاعتداد بالوعد المجرد لإلزام الواعد دون الحاجة لأن يصحب الوعد طقوسا أو يؤكد بحلف ويمين، والأصل الثاني هو أن الوفاء بالعهد أمر واجب ومن ثم أعتبر نكث الوعد إثما لأن الإخلال به يعد كذبا، والكذب في تعاليم الديانة المسيحية خطيئة دينية[4] حيث

1- خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 08.

2- مرزوقي قدار، المرجع السابق، ص 12.

3- حليس لخضر،مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص24.

4- نفس المرجع السابق، ص 93.

أعتبر عدم الوفاء بالوعد جريمة دينية فيلتزم المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ولو لم يفرغه في شكل خاص.

وعلى الرغم من إقرار الكنيسة لهذين المبدأين إلا أنهما حصر القوة الملزمة للاتفاق المجرد في دائرة الأخلاق واعتبروا التجارة عمل مرذول خصوصا وأنها ارتبطت بمشكلة الربا، وهو خطيئة كبيرة في نظر الكنيسة حيث توقع محاكمها أشد العقوبات على من اقترف الربا.

مع مطلع القرن الثاني عشر الميلادي قام فقهاء الكنسيون بعدة محاولات لنقل التعهدات من نطاق الأخلاق إلى نطاق القانون، وببزوغ القرن الثالث عشر دخل مبدأ سلطان الإرادة مرحلة جديدة تتسم بالوضوح، حيث تبين أن الكنيسة وفقهاء الكنيسة ساهموا في الابتعاد عن الشكلية التي طبع بها القانون الروماني وكرس مبدأ الإرادة كأساس للالتزام[1].

وذلك من خلال حماية الاتفاق المجرد ورتبوا عليه أثار قانونية، بحيث أصبح الاتفاق المجرد يولد الدعوى وأصبحت الدعوى تجبر المتعهد على التنفيذ، وهكذا تم الانتقال من فكرة العقوبة الدينية عند عدم الوفاء إلى الإلزام المدني بمجرد الاتفاق ويكون ذلك برفع دعوى أمام المحاكم الكنيسية.

وباستقراء هذه الحقبة فإن مجرد الاتفاق يكون ملزما كقاعدة عامة إلا أن الإرادة لا تستند إلى اعتبارها أساس العقد وجوهره كمبدأ قانوني، مما يعنى به اعتبار الإرادة الفردية أساسا للالتزام بالعقد والقوة المنشئة له، بل تقوم على فكرة دينية محضة قوامها أن من قطع على نفسه عهدا التزم بتنفيذه وإلا كان آثما[2] وكل إخلال بالعهود يولد خطيئة.

الـفرع الثـانـي

موقف الفقـه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة

بداية تجدر الإشارة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن إدراجها ضمن منظور تاريخي محدود فقد سبقت القوانين بإرسائها قواعد عامة في المعاملات تقوم على الإرادة وعنصر الرضا، وعليه فإن ما توصل إليه الفقه الحديث لا يعدو عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام، واللذين استنبطوا أحكامها من مصادر التشريع كحسن النية الذي تقوم عليه العديد من الحلول القضائية والمبادئ القانونية[3].

1- **حليس لخضر**، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص 24.

2- **عليان عدة**، المرجع السابق، ص94.

3- **محفوظ لعشب**، المرجع السابق، ص 122-123.

أولا: مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي

سبق القول أن القانون الروماني لم يعترف في أي عصر من عصوره بحرية التعاقد كمبدأ عام كما أن القانون الكنسي وإن اعترف في آخر مراحله بأن مجرد الاتفاق يكون ملزما دون حاجة لإتباع شكل خاص، إلا أنه لم ينظر إلى الإرادة على أنها أساس العقد وجوهره كمبدأ قانوني عام بل يقيمها على أساس فكرة دينية محضة قوامها أن من يقطع على نفسه عهدا التزم بتنفيذه وإلا كان آثما.

ولكن **بمجيء الإسلام**[1] منحت للإرادة أرض جديدة وتحررت تحريرا تاما وجعلها طليقة ومنح للمسلمين حرية الاشتراط إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، وكان في مقدمة المذاهب مذهب أبي حنيفة الذي أبى تقييد الإرادة فيرجع مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية إلى أعماق التاريخ الإسلامي منذ فجر الدعوة الإسلامية وأصبح أصلا من أصول الشريعة في نطاق المعاملات.

فالتراضي[2] هو الأساس المعول عليه في إنشاء العقود وإلا كان أكلا لأموال الناس بالباطل إذا تخلف الرضا، كما حضت على الوفاء بالعقود وعدم التحلل مما عقده المرء على نفسه ومنها انتقل هذا المبدأ إلى القوانين الغربية بما فيها القانون الكنسي، وقد كان الممر الرئيسي لعبور هذا المبدأ أو غيره من الأفكار الإسلامية إلى القانون الكنسي الغربي عبر الأندلس التي استقر فيها المسلمون ثمانية قرون وتعلم في مدارسها الكثير من الأوربيون.

كما نشطت حركة الترجمة حيث ترجمت الكثير من كتب العلماء المسلمين إلى اللاتينية ولما ذهب المسلمون من الأندلس بقيت الكثير من هذه الأعراف والمبادئ بين أهلها، ولما عاد المسيحيون لحكم

1- تجدر الإشارة إلى أن التعاقد عرف عند العرب قبل الإسلام، وتمثلت الفترة الزمنية التي تقارب القوانين قبيل ظهور الإسلام والتي لم يكن للعرب فيها تشريع أو قانون بالمعنى الصحيح، فسادت الأعراف والعادات والتقاليد المستمدة من مجتمعهم البسيط، وساهمت الأخلاق والمعتقدات في تكوين تشريع خاص بهم، فكانت العقود المنتشرة بينهم بسيطة وإقتصرت على بعض العقود المنتشرة، والتي تتم بالمقايضة ومع إزدياد المعاملات وإختلاط العرب بغيرهم أخذ التعامل بالنقود والذهب والفضة، ما أدى إلى ظهور أنواع أخرى من العقود والتي تقوم على عنصر التراضي مع بعض مظاهر الشكلية، فقد عرف العرب أنواع من البيوع الشكلية والتي منها: عقد بيع الملامسة والذي ينعقد البيع بلمس المبيع دون النظر إليه، وعقد المنابذة والذي يسمى بيع الإلقاء وهو أن يلقي أحد المتابيعين إلى الآخر متاعا، ويلقي إليه الآخر مثله ويجعلا هذا النبذ أو الإلقاء موجبا للبيع قاطعا للخيار، وهناك نوع آخر من البيوع هو عقد بيع الحصاة والذي فيه يقوم أحد المتابيعين للآخر برمي هذه الحصاة، وعلى أي ثوب وقعت له بدرهم.

***حليس لخضر**، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، الهامش رقم 01، ص 25.

2- إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة التصرف لا تقيد إلا بما حرمه الله تعالى ونهى عنه، وهو مايجب الإبتعاد عنه بالإضافة إلى منع الإعتداء على حقوق الآخرين، وعند تصادم الإرادات يحفظ التوازن بينهما بحكمة الشرع، وهو العدل الإلاهي، فحاربت الشريعة الإسلامية كل إستغلال وحكمت بقمع ومنع كل ربح أو فائدة تقوم على إستغلال ضعف الطرف الآخر.

***عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جزء الأول، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص02.

الأندلس وبدأو بتقنين التشريعات لم يغفلوا هذه الأعراف والمبادئ والتي منها حرية التعاقد والرضائية والغبن الفاحش، والغش والتدليس وعقود المضاربة والمزارعة، والرهن.

كما كان لحركة التجارة داخل حوض البحر الأبيض المتوسط الأثر البالغ في انتقال لهذه المبادئ نتيجة تأثر التجار الغربيين، ولا سيما الإيطاليين بها ثم نقلوها إلى بلدانهم ثم تسربت إلى القانون الكنسي والتشريعات الغربية الحديثة[1].

ثانيا: انعكاسات مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي

لقد عرف العرب في جاهليتهم قبل الإسلام قدرا من المعاملات كان أكثرها يتم عن طريق المقايضة لقلة تداول النقود، ولكن بمجيء الإسلام أعاد الأمور إلى نصابها وأقام العقود على أصلح المبادئ رعاية لمصلحة العباد، فقرر الملكية على أساس من العدل وإلى انتقالها بسند من الحق وبسبب من الشرع لا من الغصب والغلبة والقهر، فحرم صور البيوع والمعاملات السابقة لما فيها من قمار أو تغرير أو شكليات أو عيوب في التراضي، سواء إكراها أو غشا أو تدليسا وغبنا أو لما في تلك البيوع من ضياع للمال وأكلها بالباطل أو للجهالة وانعدام محل التعاقد، أو للنجاسات أو إفساد العقيدة والعقول.

وقد حرر الإسلام منذ البداية العقود من القيود والتعسفات وربطها بالإيجاب والقبول المبني على التراضي والاختيار والأهلية، وجعل التراضي هو جوهر التعاقد في المعاوضات وطيب الخاطر في التبرعات كما جاء في **قوله تعالى ﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾**[2] **وقوله تعالى ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾**[3].

ولم يشترط الإسلام الشكليات في العقود إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد كاشتراط الشهود في الزواج، واشتراط القبض في عقود الرهن والتبرع، أما باقي العقود الأخرى فقد اتفقت الاتجاهات الفقهية على أن الرضا هو أساسها **لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾**[4]، فالإرادة حرة في إبرام العقد دون الخضوع لأي نوع من أنواع الإكراه إلا بما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة.

وهكذا فقد أقر الإسلام منذ البداية حرية التعاقد التي يقصد منها إطلاق حرية الناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل

1- عليان عدة، المرجع السابق، ص107-108.

2- سورة النساء، الآية29.

3- سورة النساء، الآية 04.

4- سورة النساء، الآية 29 .

عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع وحرمها كأن يشتمل العقد على ربا أو نحوه، فما لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين، فإن الوفاء بها لازم والعاقد مأخوذ بما تعهد به.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن الفقه الإسلامي من طبيعته وشانه التطور والمرونة وذلك سر خلوده وبقائه وصلاحيته لكل زمان ومكان، ولوكان في الأصل في مجال العبادات أن لا يشرع فيها شيء إلا بنص آمر، فإن الأصل في أبواب المعاملات المالية وصنوف الأدوات الاستثمارية الإباحة.

وقد أكد الكثير من الفقهاء المتقدمين ذلك ومنها ابن تيمية فيقول "" **تصرفات العباد من أفعال والأقوال نوعان، عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله، لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه والأصل فيه عدم الحظر منه إلا ما حظرها الله سبحانه وتعالى ""**[1].

وهكذا ومادامت العقود تدخل في دائرة المعاملات المالية فإن الاختلاف فيها وارد وهو ما يمنحها صفة التطور والتجديد، وفي الوقت الذي لم تتبلور فيه معالم هذه النظرية في القوانين الوضعية إلا منذ بضعة قرون فقد أرست الشريعة قواعد هذا المبدأ من ما يزيد على ألف وأربعمائة عام، وعرفت في الفقه الإسلامي باسم الحرية العقدية.

الفرع الثالث

دور الفقه القانوني في تطوير مبدأ سلطان الإرادة

باستقراء القانون الروماني والقانون الكنسي السابق الذكر نلحظ عجز كلا من القانونين عن الاعتراف صراحة بمبدأ حرية الفرد في إبرام العقود بعيدا عن الشكليات والطقوس الرومانية، وبعيدا عن الفكرة الدينية التي توجب إلزامية الوفاء بالعهد وعدم نكثه.

فما بين الرأيين اجتهد الفقه في إبراز ضرورة التخلي عن هذه الشكليات والطقوس وإعادة الاعتبار إلى حرية الفرد والتسليم له بمجموعة من الحقوق يولد متمتعا بها، ولا يمكن لدولة المساس بها وهو ما نادى به أصحاب القانون الطبيعي[2].

1- إبن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، ط1، 1987، لبنان، ص12-13.

2- القانون الطبيعي مجموعة القواعد العامة الأبدية التي تتضمن المثل والقيم العليا التي يكتشفها الإنسان بعقله وتفكيره وهي تعبر عن أصل الأشياء بحسب قانونها المنشئ لها، دون تدخل أو تزييف من خارجها مضمون ذلك أن الإنسان حر بطبعه ولا يمكن إلزامه بشيء = = إلا إذا ارتضاه، ويضفي أنصار القانون الطبيعي طابع القانون الآمر فجعلوا من صفاته العلو فهو يسمو على الإرادة فليس لها ان تخالفه

ولقد أثرت أفكار هذه المدرسة تأثيرا كبيرا فظهر المذهب الفردي الذي قدس وأطلق العنان لحرية التعاقد **أولا**، غير أن مغالاة أنصار الفكر الفردي عجل بظهور المذاهب الاجتماعية التي نادت بضرورة تقييد حرية الفرد في التعاقد حماية لمصلحة الجماعة **ثانيا**.

أولا: إطلاق الحرية في ظل المذهب الفردي

غني عن القول أن مبدأ سلطان الإرادة هو وليد الفلسفة الفردية التي تميزت بازدهار حرية الإنسان الطبيعية واتساع نشاط الحرية الاقتصادية، وإن أفكار الفلسفة الفردية للمذهب الاقتصادي الليبيرالي تستمد قوتها من أساس إرادي محض مناطه الحرية المطلقة للإرادة.

يرجع أنصار المذهب الفردي أساس القانون إلى الإرادة وقوة العلاقة العقدية إلى مبدأ سلطان الإرادة بل أعتبر المبدأ جوهرا لنظرية العقد ككل، فالفرد هو محور العلاقة القانونية الرابطة بينه وبين غيره وله من حرية الإرادة ما يجعلها كفيلة بإنشاء الروابط العقدية وما تنتجه من أثار لأن شخصية الفرد لا تكتمل إلا بحريته، وهو أساس يتماشى مع القانون الطبيعي الذي يقوم على الحرية ولا يمكنه قبول التزامات أخرى إلا إذا ارتضاها طواعية.

يقوم المذهب الفردي على اعتبار الفرد غاية في ذاته ذلك أن الفرد أساس المجتمع وغاياته وقد أثر على هذا المذهب الفلسفات المختلفة، فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية وهي ترى أن أساس الالتزام هو الرضا والاختيار، ولذلك يقوم الالتزام على الحرية الشخصية ووجوب احترامها فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها.

كذلك ظهرت فكرة العقد الاجتماعي في مجال الفلسفة الاجتماعية على اعتبار أن العقد الاجتماعي ما هو إلا اتفاق الإرادات الحرة، كما انتشرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية حيث قاموا بالمناداة بالحرية الاقتصادية في جل النشاطات الاقتصادية مما يفتح باب المنافسة أمامهم، وبالنتيجة تحديد الأسعار عن طريق العرض والطلب والمنافسة لا عن طريق تحكمي

بل يجب عليها طاعته، فالإرادة الإنسانية هي التي تنشئ العقد وتحدد مضمونه بحرية وعلى الدولة احترام حقوق الفرد وتمكينه من التمتع بها وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها، فالمبدأ هو الحرية والاستثناء مقصورا على قدر ضئيل من القيود يعد ضروريا لتمكين الفرد من التمتع بهذه الحرية، فالطبيعة البشرية هي مصدر القانون الطبيعي لأن ما يميز الإنسان حاجته للمجتمع فالقانون الوضعي السليم هو الذي يستلهم قواعده من قواعد القانون الطبيعي فهو أساسه وأصله، ويقوم هذا المذهب على فكرة أولية وهيا أنه توجد في الطبيعة قواعد قانونية أو مبادئ أساسية تعتبر مقياسا لصلاحية القانون الوضعي وعدالته، وما يميز هذا القانون أنه لا يعود لإرادة المشرع كما أنه مستقل عن القانون الوضعي، ويرون أنه يعلو عليه فوجود الفرد سابق على وجود المجتمع إلا أن هذه المدرسة تصورت وجود الدولة قبل تصور وجود الفرد، فالدولة كما يقول أرسطو أول شيء اقترحته الطبيعة والكل بالضرورة يسبق الجزء.

* حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص30-31.

يمليه المشرع، ومعنى ذلك أن الإرادة هي المسيطرة وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار المترتبة عنها إلا لإرادة المتعاقدين[1].

فأساس المذهب يقوم على تقديس الفرد على حساب الجماعة ويعرف بالمذهب الاقتصادي الحر، حيث تم إقرار تقديس الحرية الاقتصادية الكاملة أمام النشاط الفردي ليكون له حرية الإنتاج والتبادل والاستهلاك والخدمات والتوزيع وهو ما يسهم في ظهور الاختراع والتجديد، فضلا على تفعيل المنافسة التي تؤدي إلى زيادة الكفاءة الإنتاجية والرفاهية الاجتماعية[2].

وهذه الحرية تؤدي إلى تصورين الأول يتمثل في الحرية المطلقة لممارسة مختلف النشاطات والمهن، وأما التصور الثاني فمفاده أن الدولة لا تتدخل إلا استثنائيا لتراقب هذه النشاطات بصفتها الدولة الضابطة والمنظمة، وفي حدود التوجيه والتنسيق لضبط تحقيق المنفعة العامة[3].

لذا فإن الإرادة هي وحدها التي تنشئ العقد استنادا لسلطان ذاتي الذي يقوم على أن الإنسان غاية في ذاته ولا يجوز اعتباره وسيلة وأن الإنسان كائن ذو إرادة حرة، فالإرادة هي قانون صاحبها إذ لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها ولا يلتزم بإرادة غيره باعتبارها الأصل، ومن ثم كانت الإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات [4].

تكرس هذا المبدأ في مجال العقود بصفة مطلقة منذ سيطرة النظام الرأسمالي فلا حدود للإرادة وحرية الأفراد، إذ كان لها الأثر المباشر على القواعد القانونية بواسطة مبدأ سلطان الإرادة التي ترى أن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تسهيلا للمبادلات الضرورية للمصلحة العامة، لأن تحقيق حرية المبادرات الفردية يضمن تلقائيا وعفويا ازدهار التوازن الاقتصادي فالعقد نشأ لتحقيق مصالح إرادات الأطراف المتعاقدة خضوعا لمبدأ دعه يعمل ، دعه يمر ، دعه يتعاقد .

إن سيادة مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ عام في العقود بالمفهوم الكلاسيكي نقطة فلسفية واقتصادية محورية تدور حولها جميع المعاملات المدنية، تفرع عنها قاعدتين أساسيتين هما: العقد

1- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 124-125.

2- **أشرف عبد الفتاح أبو المجد**، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الإقتصادية، دراسة تطبيقية على النظام الدستوري التعديلات الأخيرة وآفات التنمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2009، ص97.

3- صافة خيرة، المرجع السابق، ص13.

4- علي فيلالي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر، ط2، 2005، ص38.

شريعة المتعاقدين، لا يمكن تعديل بنود العقد إلا برضى المتعاقدين معا أو في بعض الحالات المنصوص عليها في القانون.

فالالتزام يجد سنده في الإرادة باعتبار أن لها قيمة ذاتية لا تستمدها من إقرار القانون لها وإنما السلطة المخولة لها في أن تلتزم أو لا تلتزم، وأن العقد لا يقوم إلا بتوافق إرادتين حرتين وهو ما أدى بالقول أن العقد أسمى من القانون وباستطاعة المتعاقدين أن يلتزموا دون النظر إلى ما يقرره القانون.

لقد كانت الحياة القانونية خالية من أدوات حماية الطرف الضعيف حيث ظل يتصدر موادها مبادئ وقواعد هي وليدة الفكر الفردي والتي نتج عنها تكريس عدم المساواة، ولعل أهم مبدأ أسهم في تعميق هده النتيجة السابقة هو مبدأ سلطان الإرادة، والذي تلازم في نشأته مع النظام الرأسمالي وفقا للمبدأ القائل دعه يعمل، دعه يمر= دعه يتعاقد.

وقبل صيرورته **مبدأ قانونيا** فقد تشكل مبدأ سلطان الإرادة كنظرية قائمة بذاتها ساهم في بناء أفكارها فلاسفة كبار دافعو على حرية الأفراد ليس فقط ضد الدولة، وإنما اتجاه أي تجمع من شأنه التقليص من الحرية الفردية أمثال جان جاك روسو وهوبز وكانط بورتاليس، واللذين رأوا من الناحية الفلسفية أن حرية الإرادة مطلقة من كل قيد، وأنه لا قيام للالتزام إلا إذا ارتضاه الفرد وأراده.[1].

وأن ذلك يؤدي من الناحية الأخلاقية إلى القول بأن العقد هو من خلق إرادة المتعاقدين وبالتالي فهو يمثل مصالح أطرافه، وأنه لا يمكن أن تنصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة لهم فيه مما يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالح المتعاقدين، وهو ما أكده الفقيه fouillée بقوله أن كل عدالة هي تعاقدية وأن كل ما هو تعاقدي فهو عادل.

أما من الناحية القانونية فهو يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد لهم الحرية في إبرام الاتفاقيات والعقود على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، مما يرتب التسليم بمبدأ الرضائية الأمر الذي يشجع التجارة وتيسير إبرام العقود.

وقد أثبتت السنين أنه وإن صح وجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية فإنه غير موجود اقتصاديا واجتماعيا لوجود متعاقد على قدر من القوة ليست الاقتصادية فحسب، وإنما توفره على عدد من الأدوات والآليات القانونية التي تسهم في تحقيق عدم المساواة بين أطراف العقد ذلك أن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وقانونه على الطرف الضعيف، وعلى هذا الأخير أن يذعن تحت

1- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي- ،دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 227.

ضغط الحاجة ويقبل مكرها ما قام الطرف القوي بفرضه بحرية وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط[1].

فيستفاد أن مبدأ سلطان الإرادة بني على تحليل فلسفي مؤداه أن الناس ولدوا أحرار ومتساوين والإنسان في جوهره لا يخضع لإرادة غيره، لأن إرادته حرة وهي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي، وبالتالي فهو ملزم بالوفاء بكل تعهداته فليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة حسب رأيهم، وبهذا فإن حرية الأفراد وفي ظل مبدأ سلطان الإرادة هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم طبقا لقول caro أن الإنسان هو إرادة حرة [2].

ومن القوانين المتأثرة بالمبدأ القانون المدني الفرنسي "" **تقنين نابليون**"" الصادر 1804 فالمادة 1134 تمثل عنوانا لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، إذ نصت على أن الاتفاق لمن تعاقد يقوم مقام القانون.

كما سلك هذا الاتجاه معظم القوانين العربية كالقانون المصري لعام 1949 إذ نصت المادة 152 مايلي لا يرتب العقد التزامات في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا، كما نصت المادة 1/147 في القانون المدني العراقي العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وقد استقى المشرع الجزائري هذا المبدأ ونص في المادة 106 من القانون المدني على نص مطابق لنص المادة 147 من القانون المدني العراقي السالفة الذكر.

إن ما قررته التشريعات المدنية الوضعية من إبراز لقوة الرابطة العقدية وإلزامها بفعل الإرادة يعود لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، إذ تأثرت بصورة مباشرة بمبدأ سلطان الإرادة وما لها من دور في تكوين أو إنهاء او تعديل التصرفات القانونية على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين وقانونهم الذي يؤذي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالحهم[3].

تجدر الإشارة إلى أن الإرادة ليست الأساس الوحيد للقوة الملزمة للعقد لأن المبدأ ينهل من منابع خارجة عن إرادة، فقد يجد العقد قوته في أسس دينية وأخلاقية لأن العقود تبنى على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع.

فأصل العقد شريعة المتعاقدين يعود للشريعة الإسلامية التي تعنى بالأخلاق الحميدة ومنها الوفاء بالعهد حيث استبقت القوانين الوضعية في التأكيد على الوفاء بالالتزامات والعهود، ما يعني وجوب

1- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص 228.

2- **علاق عبد القادر**، المرجع السابق، ص 23.

3 -**منذر الفضل**، الوسيط في شرح القانون المدني –مصادر الإلتزامات وأحكامها- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 44.

احترام العهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه بمناسبة دخوله في علاقات قانونية مع غيره[1] حرصا في ذلك على مصالح المتعاقدين، فقواعد الدين الإسلامي جاءت صريحة في عدد من الآيات القرآنية الآمرة لقوله تعالى ﴿ وَبِعَهدِ اللَّهِ أَوفوا ذلِكُم وَصّاكُم بِهِ لَعَلَّكُم تَذَكَّرونَ﴾ [2].

ثانيا: تقييد الحرية في ظل المذهب الاجتماعي

إن المذهب الاشتراكي استلهم فكره من فلسفة كارل ماركس التي طبقت في الاتحاد السوفياتي عقب الثورة البلشفية1917، وهو مذهب يصيغ كل مظاهر الحياة بشكل يختلف عن ما هو سائد في الديمقراطيات الغربية التي يرى فيها أنصار المذهب الاشتراكي نظاما لا يتفق والتطور التاريخي، وعلى ذلك فالديمقراطية الغربية في نظرهم غير مكتملة لأنها ديمقراطية سياسية فقط وكان يجب أن تكون ديمقراطية اقتصادية واجتماعية.

فبين المذهب الفردي الذي يؤمن بالفرد ويقدس حقوقه وحرياته ويجعل من حمايته وحمايتها غاية للجماعة والسلطة فيها، وبين المذهب الاشتراكي الذي لا يعترف بفكرة وجود حقوق وحريات فردية ثابتة وسابقة عن الجماعة، بل قد يصل الحد إلى انه لا يعترف بالفرد نفسه إلا كعضو في جماعة يعمل ويتعاون مع غيره لتحقيق أغراض الجماعة وأهدافها ، بين المذهبين ظهر اتجاه وسط أطلق عليه المذهب الاجتماعي[3].

ومن خلال الانتقادات الموجهة إلى فكرة حقوق الإنسان في ظل المذهب الفردي نشأ المذهب الاشتراكي حيث بدأ مجموعة من المفكرين بالبحث عن تصور آخر لمجتمع جديد، ينعم فيه الفرد بحقوقه وحرياته الأساسية، ونفس الوقت تتحقق فيه منفعة الغالبية العظمى من الناس.

لذا فقد أنكر أنصار المذهب الاجتماعي المغالاة لدور الإرادة الذي نادى به أصحاب المذهب الفردي حيث برز في أجلى صوره استنادا لفلسفة أن الناس ولدوا أحرارا ومتساويين في الحقوق، ولهم مطلق الحرية في إبرام التصرفات القانونية لأن الفرد وجد قبل المجتمع[4].

وعلى العكس من رأيهم فإنهم يعتقدون بأن التوازن المزعوم بين مصالح المتعاقدين لاوجود له إلا على المستوى النظري، ذلك أن للإرادة دور متواضع في إنشاء التصرفات القانونية وأن الإرادة ليست

1- **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة لإلتزامات مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، ط 04، الجزائر، 2007، ص314.

2- **سورة الأنعام**، الآية 152.

3- **رشيدة العام**، الحرية الفردية في المذهب الإشتراكي والإجتماعي، مجلة العلوم الإنسانية، العدد10، بسكرة، 2006،ص 14.

4- **رشيدة العام**، المرجع السابق، ص16.

المصدر الوحيد للالتزام، كما أن الإرادة ليست إلا وسيلة لتحقيق غاية تخضع لقيود ترتبط بمصلحة المجتمع لا سيما بعد تدخل الدولة في مختلف الحالات، إذ يفرض إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية[1].

وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجد أساسها في الفكر الليبيرالي والرأسمالي، وكذا التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وإبطال ما يخالف ذلك، وجواز تعديل العقد من قبل القضاء وورود استثناءات على الرضائية وفرض الشكلية، واعتبارها ركن للانعقاد كالتصرفات الواردة على العقار وبعض المنقولات كالسيارات.

والحرص على تغليب العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عند حكم القانون في دائرة العقود، وبهذا لم يكن لتوافق الإرادتين أية قيمة قانونية ولا تولد التزاما في ظل القانون، بل إن العقد يتولد مباشرة من جراء أداء بعض الأشكال المرسومة مهما كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ومهما احتوت على التعسف فصحة العقد تستمد من شكله لا من موضوعه.

ولكن بمجرد تطور الحضارة الرومانية والتقدم في الفكر القانون أدى إلى التمييز بين الشكل والمضمون، فظهرت العقود العينية والرضائية نتيجة تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة وازدياد النشاط التجاري وقوة حركة التعامل التي اقتضت إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال.

فالمذهب الاجتماعي لا يعترف بفكرة وجود حقوق وحريات فردية ثابتة وسابقة على الجماعة ولصيقة بالفرد بصفته كإنسان، ولكنه يجعل منها مجرد وظائف اجتماعية يمنحها القانون وينظم ممارستها وله أن يفرض قيود معينة أو يعدلها أو حتى يسحبها حسب ما تقتضيه مصلحة المجتمع[2].

وفي نفس الوقت لا ينكر استقلالية الفرد وذاتيته بل حقوقه وحرياته فهو لا يصل إلى حد إلغاء هذه الحريات والحقوق، وإنما فقط الحرص على تنظيمها لتحقيق الحيز المشترك بينه وبين مصلحة الجماعة، فالفرد مضطر إلى الاعتماد على غيره لسد الحاجات التي لا يستطيع سدها بنفسه في مقابل أن يقوم هو بإشباع ما يستطيع إشباعه من حاجات الغير، لأن الواقع أن الفرد ليس بمقدوره الاعتماد على نفسه وقدراته وإمكاناته الذاتية، فذلك يتجاوز استطاعته لذا فالتعاون ضروري بل وحتمي بين الأفراد لتحقيق الخير للجميع.

1- منذر الفضل، المرجع السابق، ص52.

2- جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص137-139.

وعليه فالاتجاه الاجتماعي لا ينكر دور الفرد ولا يلغي حقوقه وحرياته ولكنه يعترف به كعضو عامل في الجماعة يتعاون مع غيره لتحقيق مصلحة المجتمع، ويعترف بها له في حدود ما ينظمه القانون وما يقر من حدود وقيود على ممارستها، وإلى جانب هذا فإنه يلقي على عاتق الدولة أعباء والتزامات، فيوسع من اختصاصاتها ويفتح المجالات والميادين المختلفة لتدخلاتها ويمد من سلطاتها ليمنع الاستغلال، ولتحقيق العدالة الاقتصادية وضمان إشباع حاجات الجماعة [1].

ولذلك فالاتجاه الاجتماعي على عكس المذهب الفردي يفترض التكامل بين الفرد والدولة ولا يرى تعارضا بينهما فكل منهما يكمل الآخر وتتلاقى مصالح المذهبين، ويتحدد دورهما فيكون كل منهما وسيلة وغاية في نفس الوقت[2].

فأصبحت القوانين المدنية الحديثة تقر بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية ولكن في حدودها المعقولة لتفادي الهوة الواسعة بين الأطراف المتعاقدة أرباب العمل والعمال، المحترفين والمستهلكين، على نحو تتوازن فيه الإرادة مع العدالة والصالح العام بما يحقق التوازن تحقيقا العدالة، ومنعا للتحكم الطاغي لسلطان الإرادة في العلاقات العقدية حماية للطرف الضعيف[3].

وإن كان الأصل في الإرادة الحرية إلا أنه لغايات مبررة تراجعت هذه الحرية لمراعاة مقتضيات الصالح العام فحل محلها القواعد القانونية الآمرة، فلم تعد غاية القانون حماية الفرد وإنما حماية الجماعة ذلك أن مغالاة أصحاب المذهب الحر في تطبيق الحرية الاقتصادية أدى إلى ظهور المذاهب الاشتراكية غايتها تحقيق التكافل والتضامن الاجتماعي، بالإضافة إلى أن العوامل الاقتصادية والسياسية التي دفعت بالمبدأ إلى الازدهار هي نفسها التي أدت إلى تراجعه تدريجيا نتيجة تعرضه لانتقادات شديدة أفرزتها التطورات الحاصلة في المجتمع كالثورة الصناعية[4].

انتكس مبدأ سلطان الإرادة وتراجعت قدسيته بسبب انتشار المبادئ الاشتراكية التي تنبني على تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وانتهاج السياسة التذخلية للدولة في مجمل المجالات الحيوية اقتصادية وسياسية واجتماعية وثقافية.

1- **رشيدة العام**، المرجع السابق، ص 14.

2- **نفس** المرجع السابق، ص 15.

3- **منذر الفضل**، المرجع السابق،ص 47.

4- **صافة خيرة**، المرجع السابق،ص 15.

إن التطورات الحاصلة أدت إلى الكشف عن زيف الأساس الذي ينادي به المذهب الفردي لانعدام الحرية المطلقة والمساواة الحقيقة التامة بين الأفراد، لأن ممارسة الحرية تتطلب تكافؤ الفرص وهو ما لا توفره لتبقى مجرد حرية نظرية فقط تتجسد في الواقع[1].

فكل التزام من جانب أو جانبين لا يحميه القانون يبقى مجرد وعد أو التزام أخلاقي لا يرقى إلى التزام قانوني ومن ثم يمكن التراجع عنه طالما لا تلازمه أي مؤيدات شرعية.

وعليه لا يكفي التعاقد بأن تتجه نية الأطراف إلى إبرام العقد كقاعدة ولكن لابد أن توجد أدوات قانونية لهذا التعاقد مع الحرص على الابتعاد عما يتعارض منها مع المنفعة والنظام العام من أحكام وقواعد أمرة والآداب العامة، إذ أن هذه النصوص الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب العامة في المجتمع ومن ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة.

وبهذا يبرم العقد على وجه صحيح بإتاحة لكل من طرفيه التعبير بحرية فلا يمكن إلا أن يكون متوازنا[2]، ذلك أن القانون هو الذي يضفي على الالتزامات المتقابلة الحماية والضمان عند الحاجة مراعاة للعدالة وتحقيقا للمساواة القانونية.

ويتفرع عن هذه القاعدة ركن أساسي وهو التراضي الذي يترجم على شكل إيجاب وقبول وتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، والذي يتحتم ان ينجم عن إرادة صحيحة غير معيبة خالية من عيوب الرضي متوفرة على الشروط المعتبرة قانونا، فضلا عن محل وسبب مستوفيين للشروط، والمقتضيات القانونية المنظمة لأركان العقد للقول بصحة العقد[3].

وهكذا فإننا نستنتج مما نعيناه آنفا أن العقد محور مصطلح سلطان الإرادة يستند إلى أساسين أحدهما يظهر في فكرة تقديس الإرادة الإنسانية عن طريق اعتبارها لوحدها كافية لقيام التزام متى توافقت مع إرادة أخرى، وهو ما يؤدي بالقاضي إلى السهر على تنفيذ العقد وتأويله على نحو يأخذ فيه بعين الاعتبار نية الأطراف، وهذا هو الأساس الأخلاقي والذي يتلخص في ضرورة تنفيذ العهود بحسن نية طالما أن أصل العلاقة بينهم مستوحى من توافقهم، وأما الأساس الثاني فهو اقتصادي يستمد حتميته من مقتضيات ضرورة حماية الائتمان[4].

1- **عليان بوزيان**، المرجع السابق، ص53.

2- **صافة خيرة**، المرجع السابق، ص10 .

3- **العربي مياد**، المرجع السابق،ص41.

4- **نفس المرجع السابق**، ص37.

المطلب الثاني

مضمون سلطان الإرادة

لقد أخذ مصطلح سلطان[1] الإرادة العقدية من مفردات اللغة القانونية الألمانية ومن منطلق قاعدة الرضائية، فللإرادة سلطان ذاتي وهي تعني سلطة الإرادة وحدها لإنشاء التصرف القانوني وتحدد الآثار التي تترتب عليه، وذلك من خلال خلق الحقوق والالتزامات وتعديلها وانتهائها مما يجعل العقد يستمد قوته من الإرادة وليس من إقرار القانون لها.

فالتسليم بمبدأ الرضائية يجعل الأطراف أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وتضمين ما أرادو من شروط التي تحقق مصالحهم، دون مبالاة بمصالح الطرف الآخر على نحو يتسم بالإجحاف باعتبار العقد شريعتهم وقانونهم.

فسلطان الإرادة تتولد عنه حرية إبرام العقود الذي يعني تحرير التعبير والإفصاح عن الإرادة من كل قيد، فلا يكون للقاضي ولا للقانون مجال في الحياة التعاقدية للأفراد لأن هذا المبدأ يحكم تكوين العقد وتنفيذه معا.

غير أن الحرية والمساواة في مجال العقود أصبحت مجرد فروض نظرية مما أدى إلى خلق مناخ غير ملائم لإبرام العقود والتصرفات[2]، وبالتالي فالتمسك بالمبدأ وإعماله أظهر عدم قدرته على حماية الطرف الضعيف في العقد من جهة، وعلى تقييد دور القاضي من جهة أخرى ليظهر بأن الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ ليست كفيلة بتحقيق التوازن بين الآداءات[3].

وعليه فإن سلطان الإرادة يقوم على محورين **أولهما** كفاية الرضا **وثانيهما** قدرة الإرادة على ترتيب أثار يعبر عنها القوة الملزمة للعقد[4].

1- يستند القانون إلى مفهوم السلطان، فالسلطان هو الذي يضع القانون وهو الذي يأخذ الناس بطاعته، والسلطان في طبيعته هو القوة التي لا تعلو عليها قوة، وتدين لها كل القوات بالخضوع.

* **عبد الرزاق السنهوري**، علم أصول القانون، خلاصة محاضرات ملقاة على طلبة سنة أولى بكلية الحقوق، بدون سنة نشر، مطبعة فتح إلياس نوري، مصر، ص11.

2- **يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 2، قسنطينة، 2019، ص111.**

3- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص 68.

4- **فؤاد محمود معوض**، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 69.

الفرع الأول

الحرية التعاقدية في إبرام العقود

تعتبر الحرية التعاقدية من أهم المبادئ المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة فهي تضرب بجذورها في أعماق التاريخ باعتبارها نتاج مخاض زمني طويل، ولا يحد من حريتها إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة وتمتد هذه الحرية إلى الحرية في رفض التعاقد أو الرغبة في التعاقد.

ومقتضى ذلك أن لا يكره الأفراد على إبرام العقود ولا على اشتراط الشروط، وألا يجبر المتعاقدون على إفراغ عقودهم في قوالب شكلية أو على التعبير عن إرادتهم بطرق خاصة، وأن لا تسلب قدرتهم على تعديل الالتزامات أو إنهائها إذا ما تراضوا عن ذلك، فيضمنوا ما يشاءوا من الشروط دون الالتزام بشكل خاص والقانون لا يتدخل إلا بما يضمن حريتهم.

أولا: ماهية الحرية التعاقدية

حرية التعاقد من الحريات العامة التي تثبت للإنسان بوصف كونه إنسان ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة وإلا كان في ذلك عدوانا على شخصيته ذاتها، لذا فإن الحديث عن حرية التعاقدية وما تتمتع به من قيمة قانونية أمر لا يتأتى إلا من خلال تحديد مفهوم الحرية إبتداءا، ومادامت هذه الحرية منصبة على أهم عصب في الحياة القانونية ألا وهو التعاقد، فكان لازما إيراد تعريف كل من معنى **الحرية** ثم معنى **العقد.**

1-مفهوم الحرية

الحرية[1] في اللغة ضد العبودية والحر نقيض العبد، وحرره أي أعتقه والحر من الناس أخيرهم وأفضلهم، ويعود استعمال الكلمة إلى بداية القرن الثالث عشر بعد أن ترجمت كتب تاريخ فرنسا وثورتها

1- في عصرنا الحالي أصبح المجتمع مرتبط إرتباط وثيق بمفهوم المساواة. فإحتلت الفكرة برمتها الصدارة وأصبح لها وظيفة حقيقة كبرى في سلم القيم التي تعتبر من المثاليات الفعالة في المجتمع الديمقراطي الحقيقي على النمط الغربي، ومن مظاهر الحرية الحرية الإيجابية والسلبية، فأما **الحرية السلبية** فهي التي تعنى بتنظيم نمط المجتمع بحيث أنه على الرغم من الضوابط والقيود التي فرضت على نشاط الفرد لصالح المجتمع ككل، فقد يظل هناك ميدان واسع للإختيار الفردي والمبادرة بما يتسم والمصلحة العامة، أما **الحرية الإيجابية** فإنها تغلب عليها طبيعة المفهوم الفكري الذي يتضمن إعطاء الفرد الحد الأقصى من الفرصة لتحقيق الذات إلى أقصى طاقاته بإعتباره إنسان، وعلى القانون من حيث كونه قانونا لا بد من أن يعتني بالسلوك الخارجي لا بالحالة الداخلية للتطور الرروحي للمواطن الذي يخضع للقانون، ولهذا فلا عجب من أن يكون التركيز على ضمان أكبر قدر من الحرية السلبية فيما يختص بمسألة الحرية القانونية ذلك أن إهتمام القانون المباشر ليس بكيفية ممارسة الفرد إختيارته، بل بالقدر الذي سمح به القانون.

* **دينيس لويد، ترجمة سليم الصويص**، فكرة القانون، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1981، ص 131.

وعبرت عنها بلفظ من اللغة اللاتينية liberté، وتدل على الفاعل لما يريد إلى حين أن أصبحت كلمة الحرية تعني تصرف الإنسان على النحو الذي يشاء لا يصرفه عن ذلك أمر غيره، حتى غدت الحرية التي يفترض أن يكون فيها حل للمشكلات الإنسانية هي أعقد المشكلات.

وفي الفقه القانوني الوضعي فهي تعني قدرة الإنسان على فعل ما يشاء ويقتضي ذلك أن يكون له من القدرات والإمكانيات ما يمكنه من فعل ما يشاء[1]، ويؤكد على ذلك قول أحد الفلاسفة " عندما أقدر على ما أريد فهذه حريتي" .

بينما في إطار الجانب الديني فلا يشكل مفهوم الحرية أي مشكلة من منظوره لأن حقيقة الإسلام تكمن في إخلاص الدين لله، فلا معبود بحق سوى الله وبموجب هذا الإخلاص تحرر النفس البشرية من العبودية والخضوع لغير الله، وبذلك يسمو الإنسان بإرادته بموجب عقيدة التوحيد "**لا إله إلا الله**" التي تمثل شعار الحرية والكرامة في إطار مشروعية الإسلامية، وأن من أول عناصر الحرية عدم التنصل من المسؤولية، أو التهرب من نتائجها أو بإلقاء حملها على من لا دخل له **لقوله تعالى﴿ وَلا تَكسِبُ كُلُّ نَفسٍ إِلّا عَلَيها وَلا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزرَ أُخرى ﴾**[2].

وهكذا فالحرية صفة فطرية وهبة ربانية لا يتوقف منحها على القانون فهو يمنحها ويؤكدها ولكن لا يتفضل بها بل يحميها ويضمنها، ويستسقى ذلك من **قوله تعالى﴿ وَلَقَد كَرَّمنا بَني آدَمَ ﴾**[3]، كما أثبتها الله عز وجل بنفي الإكراه **لقوله تعالى﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾**[4]، وأكدها سبحانه وتعالى برفع الإلزام بشيء دون رضا حر واختيار في **قوله تعالى ﴿ أَنُلزِمُكُموها وَأَنتُم لَها كارِهونَ ﴾**[5].

وهذا هو مفهوم الحرية بوجه عام ومنها حرية التعاقد الذي ينصب على أهم وسيلة تعرف بعصب الحياة وتحقق الرخاء الاقتصادي للفرد والدولة معا ألا وهي العقد[6].

1- **عليان عدة**، المرجع السابق، ص 111-115.

2- **سورة الأنعام**، الآية رقم 164.

3- **سورة الإسراء**، الآية 70.

4- **سورة البقرة**، الآية .256

5- **سورة هود**، الآية 28.

6- **عليان عدة**، المرجع السابق، ص 116- 118.

2- مفهوم العقد

يعتبر العقد الذي اشتمل على كافة مقوماته[1] الوعاء الذي تمارس من خلاله حرية التعاقد، فالعقد في اللغة يعني الجمع بين أطراف الشيء وربطها وشدها كالحبل وضده الحل.

وأما في القوانين الوضعية فإن المشرع الجزائري قد أورد تعريف العقد في المادة 54 من القانون المدني بأن " **العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما**"، على ان المشرع قد أضاف عبارة " **نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين**" بموجب تعديل القانون المدني 10/05.

وتجدر الإشارة إلى أن لمفهوم العقد نزعة ذاتية والأخرى موضوعية فتهتم النزعة الأولى في تعريف العقد بعناصر تكوينه كتطابق إرادة المتعاقدين وأما النزعة الموضوعية فتهتم بآثار العقد، غير أن المشرع الجزائري وتأثرا منه بالمشرع الفرنسي اهتم بتعريف العقد من حيث كونه منشئا لالتزامات في ذمة المتعاقدين، بحيث اهتم بمرحلة الانعقاد أكثر من اهتمامه بمرحلة تنفيذ العقد[2] وهذا هو المعنى العام للعقد.

أما المعنى الخاص فهو الالتزام الصادر عن طرفين متقابلين عن طريق تطابق الإيجاب والقبول إذ أن أنسب تعريف عند الفقهاء هو التعريف الذي أورده صاحب مرشد الحيران في المادة 262 بأنه" **ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه**" .

وتظهر للعقد مجموعة عناصر تتمثل فـي:

- إلزامية وجود طرفين أحدها موجب والآخر قابل، وإلا كانت الإرادة الصادرة من شخص واحد تسمى إرادة منفردة.
- صدور ما يدل على الرضا بين العاقدين، ويتحقق ذلك بصدور ما يدل عليه من كلام أو مايقوم مقامه من إشارة أو كتابة أو فعل.
- إرتباط القبول بالإيجاب وظهور أثر هذا الإرتباط في المعقود عليه، بخروجه من حالته الأولى إلى حالته الجديدة، كأن يخرج المبيع من مللك البائع إلى ملك المشتري.
- أن ينصب تطابق الإرادة على محل مشروع، وإذا كان غير ذلك فلا يسمى عقدا[3].

1- محمود عبد الرحيم الديب، أحكام التأمين – دراسة لعقد التأمين-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص99.

2- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، هامش رقم 03، ص 43.

3- **عليان عدةّ**، المرجع السابق،127.

وعليه فالعقد أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين تقوم على ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية في ذمة المتعاقدين، وإنما من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة[1].

ثانيا: مبدأ الحرية التعاقدية في التشريع الجزائري

لقد كانت الجزائر قبل العهد الاستعماري ولاية من ولايات الدولة العثمانية ومن تم خضعت المعاملات المدنية والتجارية لأحكام الشريعة الإسلامية، من قرآن كريم والسنة النبوية، القياس والإجماع، وإن لم يجد اجتهد برأيه وقد تنوعت المذاهب بين مختلف المناطق في حين المذهب الغالب هو المذهب المالكي.

لذلك فحرية التعاقد كانت هي الأصل مع إحاطتها بضوابط لتوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، وإبان الاستعمار الفرنسي فقد عملت فرنسا على تطبيق القوانين الفرنسية: القانون المدني لسنة 1804 والقانون التجاري1807 محل الشريعة الإسلامية مع استثناء المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للجزائريين كالزواج، الطلاق والهبات والوصايا بحيث بقيت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية[2].

وبعد الاستقلال ونظرا للفراغ التشريعي وصعوبة وضع قوانين جديدة تحل محل القوانين الفرنسية، فقد أصدر المشرع قانون مؤرخ في 1962/12/31 يمدد سريان القوانين عن المستعمر الفرنسي لضمان السير العادي للحياة اليومية للمواطنين، إلا ما كان فيها ماسا بالسيادة الوطنية وثوابت الأمة الجزائرية واستمر الحال كذلك لحين صدور أول قانون مدني جزائري 1975 بموجب الأمر 58/75[3].

انتهج المشرع في إطار هذا التسيير الازدواجية بين تطبيق الاشتراكية كخيار اقتصادي بما يفرضه من تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وذلك بتقييد حرية وإنكارها أحيانا، في حين أن جل المبادئ المأخوذة من القانون الفرنسي تتميز بالنزعة الليبرالية.

وهكذا تبنى المشرع الجزائري مبدأ حرية التعاقد صراحة من خلال المادة 106 " **أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**"،

1- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص77.

2- عليان عدة، المرجع السابق، ص102.

3- **الأمر 75-58** السابق الذكر.

وترجع سبب الازدواجية إلى أنه تم تحضير القانون المدني من قبل لجنة مكونة من قضاة متأثرين بالقانون فرنسي[1].

إن النزعة الفردية للقانون المدني الجزائري 1975 وما رتبته من إقرار لمبدأ حرية التعاقد لا يعني أخذ بالمبدأ على إطلاقه، وإنما عرف العديد من القيود تماشيا مع النهج الاشتراكي للدولة منها:

- منع الأشخاص من ممارسة بعض الأنشطة التجارية كما هو الحال بالنسبة لإحتكار الدولة للتجارة الخارجية بموجب المرسوم رقم 02/78 الذي أخضع عملية تصدير وإستراد السلع لهيئات الدولة دون الأفراد.
- إجبار الأشخاص على إبرام بعض العقود كعقد التأمين طبقا لما جاء في المادة 01 الأمر 74-15 كما قد يتمثل التقيد في فرض شكل معين لبعض العقود المنصبة على العقارات[2].
- قد يصل التقييد إلى تحديد مضمون العقد كعقد العمل الذي تحدد فيه الدولة سن العمل، مدة ساعات العمل، أيام الراحة والعطل السنوية وأجر الأدنى....إلخ[3].
- قد يصل التقييد إلى فرض إلتزامات على عاتق المتعاقد الذي يتمتع بقوة إقتصادية لصالح المتعاقد الضعيف كما هو الحال في عقود الإستهلاك[4].

غير أن التوجهات الاشتراكية المنتهجة في الدولة قد استدعت الحد من حرية التعاقد وفرض العديد من القيود خدمة لمخططات توجيهية تارة وحماية لبعض الفئات الضعيفة تارة أخرى، غير أنه مع مطلع التسعينات القرن الماضي وبداية القرن الحالي تبنت الجزائر نظام يقوم على اقتصاد السوق تأثرا بالعولمة الاقتصادية.

1- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 18.

2- من بين التصرفات القانونية الواجب إفراغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان نذكر المادة 324 ق. م مكرر 01 " العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي".

3- نظم المشرع علاقة العمل من خلال القانون 90-11 المؤرخ في 1990/04/12 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 97-02 المؤرخ في 1997/01/11.

4- يفرض القانون الجزائري بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 المؤرخ في 08-03-2009 ج.ر.ع 15 المنشورة في 08-03-2009 والمعدل بموجب القانون رقم 09/18 المؤرخ في 25 رمضان 1439 الموافق ل 10 يونيو 2018 والذي ألغى القانون رقم 02/89 بحيث ألقى على عاتق كل متذخل في عملية الإنتاج مجموعة من الإلتزامات أهمها الإلتزام بالمطابقة، والإلتزام بالإعلام الإلتزام بالضمان والإلتزام بالأمن والسلامة.

وبدت معالم هذا التحول تتضح من خلال العديد من القوانين والمراسيم نذكر منها قانون 88-29 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية[1]، وكذا حرية تحديد الأسعار طبقا لقانون 89-12[2]، وبعدها تجسد هذا التحول من خلال إصدار نصوص تشريعية وتنظيمية تهدف إلى تحرير الاقتصاد.

ونتيجة لهذا التحول بدأت حرية التعاقد تنتعش من جديد وتستعيد مجدها من خلال فتح المجال لحرية التجارة والصناعة وتحرير السوق العقارية، من خلال سلسلة من القوانين والمراسيم أهمها المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري الذي أفسح المجال لحرية التعاقد في العلاقات بين المؤجر والمستأجر ملغيا بذلك الحق في البقاء، وبالتالي اتسع الدور الخاص بحرية التعاقد في ظل النظام الجديد من خلال إعمال قواعد المنافسة من خلال الأمر 03/03[3].

من خلال ما تقدم فإن مجال حرية التعاقد يتسع ويضيق بين الإطلاق والتقييد بحسب التوجهات الاقتصادية التي تنتهجها الدولة، فكلما كان الاقتصاد موجه كلما كثرت القيود على حرية التعاقد خدمة لصالح الجماعة، وحيثما كان الاقتصاد حر ثم فسح المجال أمام حرية التعاقد التي أعيد لها الاعتبار فوجدت في التوجه الجديد تربة خصبة لاستعادة ريادتها، إلا أن مفهومها لم يعد مطلق وإنما صار مضبوط بقواعد النظام العام الاقتصادي.

وبالتالي فإن أول قاعدة تستخلص من مبدأ سلطان الإرادة ألا وهي الحرية التعاقدية فالأصل الحرية واستقلال الإرادة مادامت الأهلية كاملة خالية من عيوب الغلط، الإكراه، التدليس، وبهذا فالالتزامات لا يمكن أن تكون إلا عادلة فمن قال عقدا قال عدلا، إلا أن التطور الذي صاحب الثورة أدى إلى ظهور عمليات جديدة للتصنيع وبروز الرأسمالية الاقتصادية فظهرت الاحتكارات، والتحكم في وسائل الإنتاج تحت مسمى الحرية الاقتصادية .

1- القانون رقم 88-29 المؤرخ في 1988/07/19 المتعلق بممارسة إحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج ر عدد 29، 1988، والملغى بموجب الأمر 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات الإستيراد البضائع وتصديرها ، ج.ر.ع 43 المنشورة بتاريخ 30يوليو 2003 وتبعه فيما بعد المرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 1991/02/13 المتعلق بشروط التذخل في مجال التجارة الخارجية، ج ر عدد 12، 1991، ص 418 والذي ألغى فعلا إحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

2- القانون 89-12 المتعلق بالأسعار المؤرخ في 1989/07/05، ج ر عدد 29، 1989، الذي حرر الأسعار بعدما إنتهجت الجزائر إقتصاد السوق، ج.ر.ع 29 لسنة 1989 والذي ألغى بموجب الأمر 06/95 المؤرخ في22 رمضان 1415 الموافق ل 22 فيفري 1995.

3- الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، 2003، ص21 والمعدل بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 2008 والقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشنت لسنة 2010.

فانتشرت ظاهرة الإذعان والتعاقد عن طريق نماذج العقود[1] والتي تمكن المعني من تضمين شروط تخدم مصالحه بالدرجة الأولى لتصبح حرية الطرف الضعيف في التعاقد حرية ظاهرية تحت ضغط الحاجة للسلع والخدمات.

فيتضح عدم فعالية مبدأ الحرية التعاقدية في توفير الحماية للطرف الضعيف[2] ما يجعل العقد غير متوازن لمصلحة الطرف القوي[3] فظهرت هذه القاعدة نتيجة سيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود الكلاسيكي.

الفرع الثاني

القوة الملزمة للعقد

إن العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة يرتب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فهو مبدأ عالمي فبمجرد انعقاده وجب أن ينفذوه كما لو كان قانونا، بحيث يمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد وإن وجد فيكون بالإرادة المشتركة لهما، وكل ما يتفق عليه من شروط وبنود تأخذ مكانة القانون من حيث القوة ولهذا تتميز العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار[4].

والإلزامية صفة لصيقة بالعلاقة العقدية متى نشأت صحيحة تأخذ قوتها بعد تطابق الإرادات الحرة، وبموجب ذلك تمنع التحلل من هذه الرابطة إلا بالتقاء إرادات حرة مماثلة أو وفقا للأحوال التي يقررها القانون.

وظلت صفة الإلزامية مقترنة بهذه العلاقات التعاقدية وأثرا مباشرا لها فالإرادة ليست السلطان الأكبر في تكوين العقد فقط، بل هي التي تنشئ العقد وهي التي ترتب أثاره وحتى باقي الروابط القانونية الأخرى وإن كانت غير تعاقدية[5].

1- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، الهامش رقم 02، ص 60.

2- **محمد حسين عبد العال**، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 05.

3- **بغدادي مولود**، المرجع السابق،ص 69.

4- **علاق عبد القادر**، المرجع السابق، ص 08.

5- **عبد الرزاق السنهوري**، علم أصول القانون، المرجع السابق،ص 120.

أولا: مضمون القوة الإلزامية للعقد

إن فكرة الالتزامات العقدية نابعة من التصور الإرادي للعقد الذي يفرض وجوب احترام وتنفيذ ما اتفق عليه دون الحاجة لأي إجراء أو شكل يفرضه القانون، وهذا عكس ما كان سائد في القانون الروماني إذ لا تبيح الإرادة أثارها إلا بعد إفراغها في شكل معين وإلا أبطل التصرف[1].

فكل القوانين الوضعية تتفق على عدم المساس بقداسة العلاقة التعاقدية لأن الالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم، وكأنه مصدر تشريعي تماما لأن الإرادة حرة تحدث ما تشاء إعمالا وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي هيمن على العلاقات التعاقدية[2] واعتبر مصدرا لقوة الالتزامات الناشئة عنها.

وقد ذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الفرد هو الغاية ومن تم وجب تسخير الجميع لخدمته واحترام حريته وإرادته ولا يخضع لأي التزامات إلا إذا ارتضاها مختارا لا مجبرا [3]،ويترتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني على أن هذا الالتزام لا يلزم المتعاقدين فحسب، بل يلزم القاضي والمشرع إذ يحظر عنها التدخل والمساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين[4].

فبالنسبة للأطراف المتعاقدة فلا يجوز لهما الانفراد بوقف أثره أو إنهائه إلا بالاتفاق والتراضي إذ لابد من الاستمرار بالتقييد بمضمون العقد، إلى أن ينفذ أو يزول بسبب من الأسباب القانونية فلا يمكن للمدين التحلل من التزامه بإرادته المنفردة إلا برضا الدائن أو الجماعة فلا يستطيع التنصل مما التزم به، لذا يقال العقد شريعة المتعاقدين ولوكان العقد يخالف نصا تشريعيا طالما كان ذلك النص لا يتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

كما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله فكما يملكان إنشاء العقد وتحديد نطاقه يمكنهما أيضا الخروج عنه أو تعديله فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل، كما أن للمتعاقدين أن يتفقا على إعطاء هذا الحق لأحدهما لأنه من يملك الكل يملك الجزء، وفي بعض الحالات

1- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 18.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، المرجع السابق، ص.70

3- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص24.

4- نفس المرجع السابق، ص 13.

يتكفل القانون بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة كما هو الحال في الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة[1].

وتمتد قداسة العلاقة العقدية من عند طرفيها إلى القاضي والمشرع معا فالقاضي لا يستطيع نقض أو تعديل ما قرره طرفا العقد ولو كان منافيا للعدالة، فهو ملزم باحترام شروطها كيفما جاءت كما تلزمه أحكام القانون تماما فالقاضي ليس له سلطة الحلول محل الإرادة الفردية .

وأما بالنسبة للمشرع فإنه كذلك ملزم باحترام العقود المبرمة حتى وإن صدر قانون جديد فيظل القانون القديم ساري المفعول على تلك العلاقات التعاقدية مالم تكن قواعد القانون الجديد متعلقة بالنظام العام ""**.... المشرع لا يمكنه التعدي على الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي...**""

كما أن القاضي في إطار تنفيذ ما حدده له المشرع لا يملك التعديل أو التغير في العقد كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون، فلا يصح للقاضي أن يعد العقد صحيحا بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكنها لا تنسخها إلا بناءا على أحكام القانون ولا يمكن للقاضي تعديل العقد إذا كانت إرادة الأطراف واضحة، فالقاضي لا يمكن له إبعادها عن التطبيق ولا يمكن له إبعاد أسباب العقد ولا يمكن له تعديلها إلا في حالة العدل والإنصاف[2].

فالعقد الذي يتم تكوينه على نحو صحيح تكون له القوم الملزمة يستمدها من الإرادة فمن يرتبط بعقد التزم بتنفيذ جميع تعهداته، وعلى هذا النحو يقوم العقد مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين، ذلك أن الالتزام الناشئ عن العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ عن القانون.

إلا أن الواقع العملي قد أتبث أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساس القوة الملزمة للعقد يؤدي بلا شك إلى فسح مجال للطرف الأقوى، بإملاء شروطه وبنود العقد دون تدخل الطرف الضعيف مما يحقق عدم التوازن الظاهر في العلاقة التعاقدية بين الطرفين.

إن سلطان الإرادة بما له من سلطان ذاتي وما ينبني عليه من أسس لا يسمح بأي تدخل لإعادة التوازن العقدي، لذا طالما حرص المحترف على التمسك بمبدأ حرية التعاقد والقوة الملزمة لإدراج كل ما

1- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص73.

2- دالي بشير، المرجع السابق، ص 72.

يرغب به من شروط تعسفية ومجحفة في عقود مع الأطراف الضعيفة[1]، وهو ما يجعلها عقود مختلة تمدد المحترف بمزايا على حساب المستهلكين.

ورغم ذلك تبقى عقود صحيحة وملزمة استنادا للأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي ساهم في ترسيخ قانون الأقوى اقتصاديا وتقنيا ولا يوفر الحماية اللازمة للطرف الضعيف[2]، مما يجعل من هذا المبدأ قاصرا عن تحقيق التوازن العقديّ كما يساهم في انتشار الشروط التعسفية في العقود .

لذا سعت أغلب التشريعات إلى الحد من تطبيق المبدأ على إطلاقه ورسم حدود لا يمكن تجاوزها، فدفع إلى التقليص من مبدأ سلطان الإرادة وتنظيم العقود ومحتواها تنظيما رسميا لا يترك للأطراف خيار، وهو ما استدعى إعادة النظر في النظام القانوني الذي يحكم العقود والنظام العام الذي سيطر على التعاقد من مرحلة التفاوض إلى غاية إبرام العقد[3].

إن ميلاد الالتزام العقدي يبقى العنصر الأكثر أهمية بالنسبة للعقد المبرم مما يرتب جملة حقوق والتزامات، تجعل في تحديدها أمر ضروري لإبراز مضمون ما اتجهت إليه إرادة الأطراف عن طريق قيام القاضي تفسير ثم تكييف العقد لإعطائه الوصف القانوني[4]، وعليه يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأ عالميا يترتب عنه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون، فبمجرد انعقاد العقد صحيحا وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا.

وبالتالي فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو ننقضه فما أنشأته إرادتان لا تستطيعا إحداهما منفردة أن تعدل فيها أو تلغيه، والإلزامية المقترنة بالعقد تستمر معه وتعني أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، لذا فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك لذا تتميز العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار.

1- أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان – دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي- ، دار الكتب القانونية، مصر،2013، ص25.

2- محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 34.

3- بغدادي مولود، المرجع السابق، 71.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 287 .

ثانيا: أثر القوة الإلزامية في العقود

يعتبر العقد المصدر الرئيسي للالتزامات ومصدر العلاقات الملزمة بين الأفراد فانطلاقا من تحقيق العدالة العقدية والمساواة بين المتعاقدين، فإن سلطان الإرادة لا ينكر دور القواعد الآمرة في المسائل التعاقدية لأن الغرض منها ضمان حرية المتعاقدين وسلامة إرادتهم من العيوب، والطابع التكميلي للقوانين في المسائل التعاقدية تجعل للأطراف الحق في تفسير وشرح إرادتهم ولهم حرية استبعادها[1].

لذا فالقاعدة القانونية تعتبر من حيث قوتها الإلزامية قواعد آمرة وأخرى مكملة، فأما القاعدة الآمرة تطبق دونما الحاجة إلى البحث في مدى وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيقها من عدمه لأنها قواعد غير خاضعة لإرادة الأطراف، إذ تطبق بقوة القانون فتلزم المتعاقدين ولا يمكنهما الاتفاق على مخالفتها.

واما القاعدة المكملة فتطبق طالما لم يتفق الأطراف على استبعادها إذ تعتبر القواعد التي لا تلزم المتعاقدين ولهما أن يتفق على ما يخالفهما، كما أنها لا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد المسائل التي عالجتها القوانين المكملة فتحل محل إرادة المتعاقدين على افتراض أن إرادتهما انصرفت عند سكوتهما على تطبيق هذه القوانين.

وبهذا فكلا من القواعد الآمرة والمكملة تكمل ما نقص من بنود في العقد وهذه الأخيرة تجعل من المتعاقدين القيام بالاتفاق على تنظيم مسألة معينة، فتصبح القواعد المكملة التنظيم البديل الذي يتراجع معه تطبيق النصوص القانونية[2].

إن فكرة الالتزامات العقدية نابعة أساسا من التصور الإرادي للعقد الذي يفرض وجوب احترام وتنفيذ ما اتفق عليه بمحض تلك الإرادة الحرة دون الحاجة لأي إجراء أو شكل يفرضه القانون، وهذا عكس ما كان سائد في القانون الروماني حيث كانت الإرادة لا تنتج أثرها إلا بعد إفراغها في شكل معين وإلا أبطل التصرف.

وعليه فالإرادة الحرة هيا التي تنشئ العقد وتحدد مضمونه وتكسبها القوة الملزمة فتتولد هذه الإلزامية كصفة مصاحبة للعقد المبرم كأثر رئيسي يستوجب التنفيذ، وما غاية العقد إلا إحداث أثار قانونية مستمدة من إرادة أطرافه، فلا يمكن التحلل من هذه الرابطة بعد تطابق الإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة إلا بالتقاء إرادات حرة مماثلة.

1- حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتعقيد، المرجع السابق، ص 59.

2- **زمام جمعة**، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2014/2013، ص357-358.

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وعليه متى انعقد العقد صحيحا اكتسب قوته الإلزامية من حيث مضمونه ومن حيث أشخاصه وبذلك صارواجب التنفيذ، فيمنع على أحد طرفيه تعديل مضمونه أو نقضه بالإرادة المنفردة، أي أن العقد ملزم لأطرافه فكل ما تضمنه من شروط وبنود تأخذ مكانة القانون من حيث القوة[1].

وعليه فإن الإلزامية صفة لصيقة بالعلاقة العقدية متى تنشأ صحيحة حينها تقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، ولا يمكن التحلل منها إلا بتراضي المتعاقدين ووفقا للأحوال التي يقررها القانون.

المبحث الثاني

بلورة فكرة الإذعان في العقد الاقتصادي

لقد حال التصور البسيط والتقليدي للمرحلة السابقة لتعاقد والمتمثلة في المساومات والحوارات الآنية التي تمهد لتلاقي الإرادتين في تكوين العقود البسيطة لا يتناسب مع الواقع الحالي، فاتسم ميدان العقود بظهور تقنيات تعاقدية جديدة تبتعد في مفهومها وشروطها وخصائصها عن تلك الواقع تنظيمها صلب مجلة الالتزامات والعقود، والذي أفرز طائفة من العقود تتصف بالتعقيد والتركيب الفني والمالي والقانوني التي أفرزها العصر الحديث، والتي من الغير ممكن إبرامها عن طريق التبادل العيني للإيجاب والقبول فقط.

حيث شهد العالم العديد من التطورات الاقتصادية وذلك بتوجه معظم دول العالم نحو اقتصاد السوق والتكنولوجية من حيث التطور الهائل في مجال المعلومات والاتصالات، والتي أدت إلى توسيع دائرة التجارة الوطنية والدولية والتي أثرت بشكل كبير على بنيان العقد وتكوينه[2]، وأهم هذه التقنيات التي تسيطر على العلاقات التعاقدية الحديثة، ما اصطلح على تسميته بعقود الإذعان والذي أفرزته التحولات الاقتصادية والاجتماعية.

لقد أدت كل هذه التطورات الحاصلة إلى ظهور صور جديدة من العقود تتميز ببروز قوى وتكتلات اقتصادية أصبحت تفرض قانونها على من يتعاقد معها، وغابت بذلك المرحلة التفاوضية التي تميز تكوين العقد فتقلصت بذلك إرادة الطرفين وخاصة إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، والقبول

1- الصادق عبد القادر، القوة الملزمة للعقد في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة القانون والتنمية المحلية،العدد01، أدرار، 2019، ص 34.

2- بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد05، قسنطينة، 2018 ، ص.69.

بشروط جائرة يفرضها الطرف القوي لحاجاته الماسة لذلك الشيء محل التعاقد، خلافا للمبدأ العام في العقود والذي يقضي بأن يدخل الإنسان برضا وإرادة حرة وعلى علم تام وانتفاء جهالة.

وهكذا نشأ عقد الإذعان وأصبح هو القاعدة بينما أصبح العقد التفاوضي الاستثناء وإذا فقد أحد الأطراف وهو الطرف الضعيف لضرورة ملحة قدرته على التفاوض مع هذه المؤسسات القوية، فلا يكون أمامه إلا الخضوع والقبول بنماذج العقود التي تعرضها عليه.

لذا اعتبر الإذعان بأنه عقد يفرضه الطرف القوي بأن يملي شروطه بإرادته المحضة ولا يكون أمام الطرف الآخر سوى الخضوع والإذعان، إلا أن عقود الإذعان لما صممت على أساس القبول أو الرفض دون وجود مساومة حقيقية بين طرفيها في الشروط كانت مظلة للفساد لاحتمال أن تكون حقيقتها عقود إكراه لا تتوفر على الرضا، أو ربما تضمنت شروطا منافية لمقتضيات العدالة.

المطلب الأول

نحو فكرة الإذعان كأساس حديث في العقد الاقتصادي

يشكل مبدأ سلطان الإرادة ودون منازع رمزا لقانون العقود إذ أنه يحكم العلاقة العقدية في كل مراحلها تكوينا وتنفيذا، لذا فقد ظل مبدأ سلطان الإرادة مسيطرا على المجال التعاقدي على الرغم من الكشف عن نتائجه الظالمة من قبل أنصار المذهب الاشتراكي، غير أن التسليم بالحرية المطلقة للعقود والشروط على حد قول إهرنج:

لكان ذلك بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم.

ذلك أن الحرية التعاقدية تؤدي إلى مظالم كثيرة لأنها تجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء مما يجعل من الالتزام التعاقدي ليس بالالتزام المشروع والعادل، الأمر الذي يثبت أن التوازن لن يتحقق تلقائيا في ظل انفراد المحترف بتحرير عقد نموذجي يضمنه ما شاء[1]، مما أثبت قصور النظرية الكلاسيكية المبنية على سلطان الإرادة فتراجع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بفعل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي مس مختلف المجالات **الفرع الأول** .

كما كان لظهور المذهب الاجتماعي والاشتراكي توجيه انتقادات عديدة للمذهب الفردي حيث أظهر فيه هشاشة مبدأ سلطان الإرادة سواء كان بتدخل القانون بموجب نصوص صريحة، كاعتبارات النظام العام والآداب العامة **الفرع الثاني**، وضرورة اقتضاء شكلية معينة **الفرع الثالث**

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص251.

لذا فإن تدخل الدولة للحد من الحرية التعاقدية أدى إلى تراجعها إلى درجة أن الفقه ذهب إلى القول بانتهاء مؤسسة العقد، ليحل محلها المراكز القانونية بسبب انعدام المساواة بين المتعاقدين وانتشار صيغ العقود على الطرف الضعيف من دون ترك مجال للمناقشة أو إبداء الملاحظات.

الـفـرع الأول

قـصـور الـتـصـور الـكـلاسـيـكي للعقـد

إن مبدأ حرية التعاقد المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة يمنح العديد من الضمانات الإيجابية للأطراف المتعاقدة في مرحلة تكوين العقد، لذا ظل مبدأ الحرية العقدية مسيطرا على المجال العقدي في مرحلة تكوين العقد، إلا أن التطورات الحاصلة أثبتت قصور النظرية الكلاسيكية المبنية على سلطان الإرادة وحرية التعاقد والمساواة بين الأطراف المتعاقدة في تحقيق التوازن العقدي.

وبهذا الخصوص لطالما كان القانون المدني قانون المساواة في المعاملات لأن إطلاق العنان لحرية الإرادة من شأنه خلق صراع صدامي نتيجة تعارض الإرادات، فضلا عن الاستخدامات التي تهدد التضامن داخل المجتمع، لذا كانت الحاجة لوجود جملة من القواعد والنظريات التي لها الدور في استعمال الحق والسبب والتي تكفل إعادة التوازن العقدي إذا اختل.

لذا سنحاول من خلال هذا الفرع تسليط الضوء على الدور المهم الذي يمكن أن تلعبه المبادئ التقليدية العامة للقانون المدني، والمتمثلة في النظريات العامة والتي تعتبر من أهم التقنيات التي تعمل على عدم السماح لفكرة الإذعان بالولوج إلى العقود بصورة عامة تحقيقا لتوازن العقدي.

ويمكن إجمالها في نظرية عيوب الإرادة، الإثراء بلا سبب، نظرية السبب ونظرية التعسف في استعمال الحق، **بغرض الوصول إلا الإقرار بمدى صحة هذا القول؟ وهل ساهمت تلك النظريات في ضمور فكرة الإذعان أم على العكس من ذلك؟**

أولا: نـظريـة عيـوب الإرادة

لقد أخذ واضعو القانون المدني بعين الاعتبار الحالات التي يكون فيها المتعاقدين في مراكز قانونية غير متكافئة، ذلك أن العقد عمل قانوني قوامه الإرادة فقد تكون معدومة أو قد تكون موجودة ولكنها معيبة بعيوب الرضاء، وهي من العيوب التي تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضاء دون أن تزيله وهي أربعة عيوب.....

1-عيـب الاستغـلال

بداية لابد من الإقرار بأن المساواة التامة بين قيم الآداءات المتقابلة ضرب من الخيال إذ أن متطلبات النشاط الاقتصادي وتحقيق الربح تفترض حصول تباين العقد بين تلك الآداءات التي تنشأ

من لحظة تكوين، غير أن هذا التباين متى كان معقول أو مألوف فلا خلاف على القبول بوجوده في العقد إلا إذا وصل حد فاحش فيختل عندئذ التوازن المالي.

غالبا ما يستعمل لفظ الغبن كتعبير على عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة والتوازن لا يعني التعادل المطلق في القيمة بين الأداءات المتقابلة، ولذلك يقال أن مسألة الوصول إلى التعادل التام بين العوضين أمر يقبل الاستحالة، ذلك أن استمرار تداول السلع ونشاط السوق يقتضي قليل من التفاوت بين القيمتين لذا جرت العادة على التسامح إلا إذا خرج عن تلك الحدود وكان فاحشا.

إن عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد إذا تم النظر إليها من الناحية المادية تسمى غبن، وهو اختلال التوازن الاقتصادي نتيجة عدم تعادل بين ما يأخذه كل عاقد وما يعطيه، وقد ينظر إليها من الناحية النفسية وتسمى استغلال، وهو استغلال ضعف المتعاقد للحصول عل مزايا لا تقابلها منفعة للمتعاقد الأخر[1].

فالمشرع أخذ بفكرة **الاستغلال** مع الإبقاء عل الغبن في بعض الحالات بموجب نصوص متفرقة المادة حيث تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري"" **إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد**"".

ومن خلال استقراء نص المادة 90 من القانون م ج فإن **العنصر المادي** للاستغلال يتحقق إذا ما كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة بشكل مبالغ فيه مقارنة لما حصله المتعاقد الآخر من فائدة، على أن يخضع تقدير عدم التعادل للقضاء الذي يتعين عليه تحديد ظروف والملابسات التي أحاطت بالمتعاقدين في كل حالة على حدة [2].

1- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007،ص 83.

2- مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بخدة الجزائر، 2009/2008، ص63.

بينما **العنصر النفسي** يفترض وجود ضعفا في المتعاقد المغبون فينتهزه المتعاقد الآخر وهذا الضعف متمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح، وهي كذلك مسألة تخضع لتقدير القاضي على أن عبئ إثبات الطيش البين أو الهوى الجامح يقع عل الطرف المغبون[1].

ونشير إلى أن حالتا الطيش البين والهوى الجامح لا تنطبقان على حالة الطرف الضعيف لأن الاستغلال الواقع ليس ناتج عن ضعف نفسي، بل ضعف يتعلق بالخبرة والحاجة إلى المال والخدمة محل التعاقد،

وتجدر الإشارة إلى أن تعميم نظرية الغبن لحماية المتعاقدين الضعفاء اقتصاديا تصطدم بمانع أن الغبن يتعلق بمحل العقد والإذعان يتعلق بالإرادة، فلا يجوز تعميم فكرة تتعلق بالكيف بواسطة فكرة تتعلق بالكم.

ورغم أنه لتطبيق نظرية الاستغلال فضل كبير في حماية الطرف الضعيف من شروط التعسفية ذات الطابع المالي التي قد تخل بتوازن العقد، إلا أنها لا تحميه في جميع الحالات لأسباب الآتي ذكرها[2]:

- **إن السلطة التقدرية في التعادل بين الإلتزامات بيد القاضي، وعليه فلا يستفيد الطرف الضعيف من الحماية المقررة إذا قدر عدم جسامة التفاوت.**
- **ان الغبن يقتصر على بعض الشروط ذات الطابع المالي دون الأنواع الأخرى من الشروط التعسفية.**

أما الغبن فقد أسسه المشرع على مبدأ التضامن الاجتماعي والثقة المشروطة في المعاملات ويكون للقاضي السلطة التقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون الذي عليه أن يثبت العنصر النفسي بشقيه، يتمثل الشق الأول في قيام الضعف النفسي من طيش بين أو هوى جامح، أما الشق الثاني فيظهر من خلال قيام المحترف باستغلال ضعف المستهلك لإبرام عقد مختل التوازن لصالح المحترف[3].

وبهذا الخصوص فالمشرع الجزائري انتهج النظرية المادية في الغبن من جهة والتي تعني في نظرها عدم التعادل في الآداءات المقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال إلى رقم معين يزيد على الخمس، ومن

1- **نفس** المرجع السابق،ص 64.

2- **مصطفى محمد الجمال**، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2002، 101-102.

3- **أنور سلطان**، المرجع السابق، ص 83.

جهة أخرى أخذ بالنظرية الشخصية التي تأتي تأسيسا على فكرة الثقة المشروعة في المعاملات إذ لا تعتد هذه النظرية عند تقدير الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية، بالنظر إلى ظروف المتعاقد الذي يقع في استغلال نتيجة طيش بين أو هوى جامح أو عدم خبرة، ليجعل من ذلك سبب من أسباب بطلان العقد[1].

لذا فإن المشرع الجزائري حاول تقرير الحماية للطرف الضعيف في العقد الذي يحوي شروط غير عادلة بالنظر لعدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يلتزم به نتيجة للاستغلال المتعاقد الآخر له، فهو تفاوت كبير يحقق لأحدهما فائدة معتبرة ورغم توافر العنصر المادي للاستغلال[2] إلا أنه لا يعتد به إلا بإثبات العنصر المعنوي، الذي حصره المشرع وضيق منه حينما حصره في وجود ضعف نفسي للمغبون يتعلق بالطيش البين أو الهوى الجامح فقط[3].

إذن بتحليل هذه النظرية فالغبن لا يؤدي لإبطال العقد بل يؤدي إلى إعادة التوازن التعاقدي، فبالرغم من أن التوازن ليس هو التساوي إلا أن عدم التوازن الفاحش والغير المألوف هو الذي يمنعه المشرع، غير أن هذه الحماية المقررة لا تخص إلا بائع العقار بهدف الحفاظ على قيمة العقارات من دون مراعاة الواقع الاقتصادي والاجتماعي الحالي الذي يكون فيه المتضرر الحقيقي المتعاقد الضعيف بدفعه أثمان مبالغ فيها لاكتساب عقار، فضلا على غلاء بعض المنقولات دون أن يشملها الغبن ما يجعل الحماية ناقصة غير كاملة.

2- عيب الإكـراه:

عرفه فقهاء القانون المدني بأنه ذلك الضغط الذي يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، وهويصيب الإرادة في أحد عناصرها ألا وهو عنصر الحرية والاختيار فالمكروه لا يريد التعاقد ولكن الرهبة التي ولدها الإكراه تدفعه إلى التعاقد، فالإكراه إما مادي يعدم الإرادة أصلا أو إكراه معنوي لا يصل إلى هدم الإرادة، وإنما يعيبها ويشترط لكي يتحقق الإكراه:

- أن يكون المكره قادر على تنفيذ تهديده سواء كان من الحكام أو من غيرهم.
- أن يغلب على ضن المكره إيقاع المكره ما هدد به.

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص253.

2- **بوشارب إيمان**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعوم السياسية، قالمة، 2012/2001، ص164.

3- **العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانونيّ، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،1999، ص131.

- أن يكون التهديد بما يشق على النفس تحمله في القريب العاجل.
- أن يكون الإكراه بغير حق إذ يقصد منه تحقيق غرض غير مشروع[1].

والإكراه نوعان المعنوي هو الشائع إذ لا يعتبر عيبا في الإرادة وإنما يعتبر ظرفا خارجي يمس برضا المتعاقد لما يولده في نفسه من رهبة وخوف تدفعه للتعاقد، على عكس الإكراه المادي الذي يعدم إرادة المكره مطلقا.

كما لا يمكن نفي تحقيق الإكراه خاصة بالنسبة للعقود المفروضة بحكم القانون كالتأمين الإجباري على السيارات مثلا، فرغم بروز الإكراه بشكل واضح إلا أنه لا يدخل ضمن عيوب الرضا لأنه بأمر من المشرع، وبالتالي يسمح به القانون مما يرتب قبول إبرام هذا النوع من العقود طواعية رغم الإكراه كنتيجة طبيعية لسياسة التدخلية خصوصا وأن الغرض تأمين أفراد المجتمع من مختلف الحوادث المحتملة الوقوع[2].

ومن هذا المنطلق فإن مجال العلاقات الاقتصادية في توسع مستمر وبالتالي تزايد ما يتعرض له الطرف الضعيف من ضغوطات واقعية وعملية لا يمكن تكييفها على أنها إكراه من شأنه أن يعيب الإرادة، وبالتالي يسمح بإبطال العقد[3] فلا يمكن الاستناد على الإكراه كعيب لتحقيق الحماية للطرف المذعن ذلك أنه مهما بلغ الضغط الاقتصادي أو الاجتماعي، فإنه لا يؤدي بالضرورة إلى إجبار المذعن على إتيان مالم يرتضيه [4].

وبهذا فإن الإكراه يعتبر عيبا من عيوب الإرادة تضمنته قواعد القانون المدني ولا يمكن أن نتخذه كوسيلة لمواجهة الإذعان، لأن ما يتم العمل به في مجال السلع والخدمات لا يبين أن هذه العقود تتم تحت ضغط الإكراه،

واستنادا لذلك يتضح أن الطرف الضعيف لا يتعاقد تحت تهديد أي رهبة أو تهديد من المحترف، فهو يتعاقد تحث تأثير الضرورة لسد حاجات ماسة له وأحيانا تحت تأثير الرغبة وما إذعانه للمحترف إلا لهذين السببين، وإن اعتبار كل اضطرار إكراه يؤدي حتما إلى عدم استقرار المعاملات

1- بوخاتم أسية، أثار عيوب الإرادة على عقد الزواج – دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربي-،مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2017، ص 49-50.

2- العربي مياد، المرجع السابق،ص 612.

3- مندي أسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 66.

4- العربي مياد، المرجع السابق،ص 611.

وانهيار كافة العقود، بينما الإبقاء عليها يمثل ضرورة اقتصادية تستجيب لاحتياجات التعامل المستمر[1].

3 –عيب الغلط:

الغلط كعيب من عيوب الإرادة تصور كاذب للواقع إما أن يكون غلط مانعا يحول دون تطابق إرادتين أو يكون عيبا يصيب الإرادة فيفسدها[2]، وقد عالج المشرع الجزائري أحكام الغلط آخذا بالنظرية الحديثة من المواد 81 إلى 85 من ق.م.ج، وليعتد بالغلط وجب أن يكون جوهريا بحيث لو علمه وقت التعاقد ما كان ليرتضي العقد وجاز له إبطاله.

والطرف المذعن باعتباره شخص قليل الخبرة والمعرفة عديم الدراية فمن السهل الوقوع في الغلط أمام هذا النوع العقود الذي يتسم بالتعقيد وصعوبة فهم بنوده، والتي يصعب على غير المتخصص الإلمام بها خصوصا من الناحية القانونية[3].

لذلك فإن المشرع رتب على عاتق المحترف التزاما بإعلام الطرف الضعيف[4] كنظام وقائي يقتضي وجوده قبل التعاقد أملا في تنوير إرادة الطرف الضعيف، وجعله يقدم على إقراره بالتعاقد بناءا على المعلومات والبيانات التي تفيده باعتبارها محل هذا الالتزام[5]، لأن كل تقصير من شأنه أن يوقع الطرف الضعيف في الغلط، مما يدفعه حين إثباته إلى إمكانية إبطال العقد.

ومما لا شك فيه أن إثبات وقوع الغلط يعارض مصلحة إبقاء العقد قائم مما تؤدي إلى الحرمان من السلعة أو الخدمة محل التعامل، وهو ما لا يتناسب ويخدم مصلحة الطرف الضعيف وغاياته الملحة.

4- عيب التدليس

التدليس مشتق من الدلسة وتعني الطلخة، وهو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لدفعه إلى التعاقد[6]، وهو إن كان يقترب من الغلط إلا أنه يتميز عنه في كون الغلط ذاتي تلقائي

1- **مولود بغدادي**، المرجع السابق، ص 74.

2- **نفس** المرجع السابق، ص75.

3- **محمد حسن القاسم**، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص55.

4- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص 76.

5- **إبراهيم عبد العزيز داود**، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، طنطا، 2014، ص43.

6- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص78.

أما التدليس فيكون بفعل شخص أخر، لذا فهو تغليط عمدي للمتعاقد من طرف المتعاقد الأخر بتدبيره المستثار[1].

لقد تناول المشرع أحكام التدليس في المادتين 86 و87 من ق.م حيت تضمن التدليس عنصرين، الأول موضوعي يتعلق بمختلف الوسائل المادية لتضليل المتعاقد، والثاني شخصي يتمثل في نية التضليل والخداع عند المدلس بالكذب أو السكوت العمدي.

والمبدأ في هذا العيب أن كل شرط يخفي في حقيقته إعفاء من مسؤولية الضمان أو شروط تعسفية بأسلوب غامض ومخالف للقانون، فالتدليس يقلل من التزامات أحد الأطراف بطرق ملتوية كشركة التأمين مثلا التي تجعل المؤمن له خاصة الذي لا يحسن القراءة أو الكتابة، أو الذي لا يفهم اللغة المحرر بها العقد التوقيع على اقتراح التأمين، ثم وثيقة التأمين المتضمنة الشروط التعسفية الغير مألوفة ضمن مطبوعات الشركة المكتوبة.

والعنصر الواجب إثباته في التدليس هو القصد من عدمه إذ لابد من إثبات سوء نية وعبئ إثباتها يقع على من يدعيه، وليس من مصلحة الطرف المذعن التمسك بالتدليس لأن النتيجة هي إبطال العقد، بينما الأجدى بالنسبة إليه هو التصريح بعدم نفاذ الشرط في العقد المبرم خاصة وأنه من النادر مصادفة عقود الإذعان لا تخلو ولو بنسبة ضئيلة من التدليس إن لم نقل عيب ظاهر موجب للإبطال[2].

فتحت وطأة التدليس بكتمان الحقيقة ويكون بإخفاء عيب فيه تغرير أو خداع للوصول إلى الغاية المرجوة وهي إبرام العقد[3] يتعاقد المتعاقد تحت تأثير الوهم، فإرادته ليست حرة سليمة بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولد تدليس، لذا يعرف بأن التدليس غلط مدبر باستعمال الحيلة والخداع والغش والإخفاء لتأثير على المتعاقد ودفعه لإبرام العقد.

والتدليس إما تدليس فعلي وهو إحداث فعل من قبل أحد المتعاقدين ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، وأما التدليس القولي هو الكذب الصادر من أحد المتعاقدين أو مما يعمل لحسابه حتى يحمل المتعاقد على التعاقد، ولا يعتبر التدليس عيبا في الإرادة فقط وإنما هو عمل غير مشروع لما يستعمل

1- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص166.

2- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص615،616.

3- **بوخاتم أسية**، المرجع السابق، ص54.

فيه من حيل قولية أو فعلية وخداع بقصد التضليل أو حتى بالسكوت عمدا، بكتمان ظرف معين لو علمه المدلس عليه لما قبل إبرام التعاقد[1].

إذ يعتبر إحدى دعائم حسن النية والثقة المشروعة بين المتعاقدين في معاملاتهم المختلفة لما يوفره من أمانة تعاقدية، وإذا اعتبرنا الغلط وهم تلقائي في ذهن المتعاقد فإن التدليس يكون بتدبير شخص أخر وهو ما يعرف بالتغليط.

وباستقراء شروط التدليس فإن إعمال هذه النظرية بالرغم ما تحققه من عدالة يعتريها صعوبات، ذلك أن المحترف نادرا ما يلجأ إلى الوسائل الاحتيالية لغرض إبرام العقد إذ أن احتكاره للسلعة والخدمة من جهة، وحاجة الطرف المذعن الملحة إليها من جهة أخرى كافية لإرغامه على التعاقد، فضلا عن صعوبة إثبات الطرف الضعيف نية التضليل لوقوع تدليس في حقه.

وعلى فرض أن الطرف الضعيف تمكن من تجاوز هذه العقبات إلا أن نتيجة إعمال هذه النظرية، وهي إبطال العقد المبرم لا تتناسب والهدف الذي يبتغيه المتعاقد من الرغبة في استمرار العقد لتلبية احتياجاته الاقتصادية رغم يقينه أنه ضحية عقد غير عادل[2].

ومن خلال تعرضنا لعيوب الإرادة التي جاء بها القانون المدني الجزائري بشروطها الضيقة يتضح عدم فعاليتها في توفير مناخ ملائم لدعم صحة إرادة المتعاقد الضعيف بصفة عامة، ذلك أن المؤثرات الحقيقة التي تدفع هذا المتعاقد إلى العقد في وضع يميل فيه ميزان الالتزامات التعاقدية إلى ما يحقق مصلحة الطرف القوي، مما يجعل هذه النظرية عاجزة عن توفير الحماية للمتعاقد عند إبرام عقد في ظل الظروف التعاقدية المعاصرة التي تتسم بوجود تفاوت[3].

ثانيا: نظرية الإثراء بلا سبب

بحكم الشروط المجحفة لعقود الإذعان فإنه كثيرا ما تجعل المحترف[4] يثرى على حساب الطرف الضعيف خصوصا إذا ما تعلق الأمر بالشروط ذات الطابع المالي، لذا سنتطرق لهذه النظرية للوصول لمدى صحة هذا القول.

1- بوسعيد رويضة،عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري – دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية-، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، تلمسان، 2019، ص 400.

2- مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 79.

3- رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد – دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2017، ص52.

4- **محمد حسن القاسم**، المرجع السابق، ص 56.

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدر مستقل من مصادر الالتزام في ق.م.ج، يجد أساسه في المادة 141/ 142 منه، فهو واقعة قانونية مؤداها أن يثرى الشخص على حساب شخص أخر دون سبب قانوني أو أن يفتقر شخص لحساب شخص أخر دون مبرر مشروع، فإذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها التزام من أثري به إلى من افتقر بسبب هذا الإثراء وفي حدود هذا الافتقار بأن يدفع تعويض يساوي أقل القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار[1].

ولإعمال هذه النظرية يقوم مفهوم الإثراء على جملة من الشروط والتي يجب أن تتوفر مجتمعة والمتمثلة في إثراء المدين، وعلى هذا فهو كل منفعة مادية أو معنوية لها قيمة مالية يجنيها المدين[2] وقد يكون إثراء سلبي يقوم على الإنقاص من ديون المدين بقضاء دين معين له[3].

أما المعنوي يمثل الحالة الشاذة لإثراء بلا سبب وهو تلك المنفعة المتحصل عليها سواء كانت أدبية معنوية مادام يمكن تقويمها بالمال[4].

أما عنصر الافتقار لتطبيقه يجب أن يكون ما يفتقره الدائن سيثرى به المدين والمقصود بالافتقار الخسارة التي يتكبدها الدائن وتلك المنفعة التي تفوته[5] سواء كانت مادية ومعنوية، وعن انعدام السبب فيجب أن لا يرتكز الإثراء على سبب قانوني، وهذا الركن هو ما عبرت عنه المادة 141 من ق.م.ج باستعمال عبارة ليس لها ما يبررها، والسبب هو المصدر القانوني الذي يمكن المثرى من الحفاظ على ثرائه في حالة وجوده فعلا[6].

والملاحظ أنه وبالرغم من أن المحترف غالبا ما يثرى على حساب الطرف الضعيف، إلا أنه يقوم بذلك بسبب وجود السند القانوني الذي يتيح له فرصة الإثراء.

ثالثا: نظرية السبب

تعود فكرة السبب إلى القانون الروماني في مراحله الأخيرة لأن العقود الخاصة بالمراحل الأولى كانت خاضعة للشكل ولم يكن للسبب مجال في نظرية الالتزام، فعندما وجدت العقود الرضائية رأى

1- **العربي بلحاج**، المرجع السابق، ص 443.

2- **خليل أحمد حسن قدادة**، المرجع السابق، ص203.

3- **توفيق حسن فرج**، الإثراء بلا سبب الكسب الغير المشروع كمصدر عام للالتزام، النظرية العامة للإثراء بلا سبب، الدار الجامعية، مصر، 1996، ص160.

4- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص127.

5- **العربي بلحاج**، المرجع السابق، 455.

6- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص163.

القانون الروماني أن تتقيد الإرادة في إبرام تلك العقود بسبب مشروع، إلا أن السبب الذي قصده القانون الروماني هو الغرض القريب المباشر دون مراعاة الأسباب الأخرى البعيدة أو الغير المباشرة[1].

فأساس النظرية هو أن سبب الالتزام هو الغرض المباشر الأول الذي يستهدفه الملتزم من وراء تحمله بالتزامه، وقد لاقت هذه النظرية انتقادات لاذعة فوصفت بأنها غير صحيحة وغير منطقية كما أنها عديمة الفائدة.

والحقيقة أنها نظرية صحيحة لأن الارتباط في العقود الملزمة لجانبين أو لجانب واحد ترجع في سببه للالتزام أصلي يقابله ولولا وجوده لما قام العقد، غير أنها مقيدة لأنها لا تتسع لإبطال التصرفات التي يرمي أصحابها إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، وهذا هو توجه النظرية الحديثة[2].

إن النظرية الحديثة لا تقوم على أساس السبب القصدي بل تمتد لتشمل السبب الباعث والدافع لتعاقد، أي الأخذ بمعنى سبب العقد كلما كان متصلا بالمتعاقد الأخر فهو باعث شخصي وأمر ذاتي ينطوي على غرض خفي خارج عن العقد يختلف من شخص لأخر باختلافهما يريد الشخص المتعاقد تحقيقه بعد الحصول على النتيجة المباشرة للعقد[3].

وهو الرأي الذي تبناه مشرعنا طبقا لنظرية الحديثة التي تشترط شرط واحد وهو أن يكون السبب مشروعا[4]، والأخذ بهذا المعنى يقصد به حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام العام والآداب العامة وبذلك يتحقق صالح الفرد والمجتمع على السواء[5].

وفي ظل هذا المفهوم السابق فإنه لا يمكن الاستناد على النظرية لحماية الطرف الضعيف ولإعادة التوازن العقدي لأنه إذا انعدم وجود السبب فإن العقد باطل بطلان مطلق، وإذا وجد وانعدمت مشروعيته فالعقد كذلك باطل بطلان مطلق، إذ لا يمكن في هذه الحالة إبطال الشرط فقط وهو أمر يناقض مصلحة الطرف الضعيف، الذي يبغي إبطال الشرط وحده والإبقاء على العقد.

1- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ، ص224-225.

2- **محمد صبري السعدي**، المرجع السابق، ص 232.

3- **انور سلطان**، المرجع السابق، ص 128-131.

4- تنص المادة 97 من ق م ج على أنه إذا إلتزم التعاقد لسبب غير مشروعا و لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا.

5- **محمد صبري السعدي**، المرجع السابق، ص 237-238.

رابعا: نظرية التعسف في القانون المدني

إن المنافسة من سنن الله ونزعة تدفع الشخص إلى بذل الجهد في سبيل التفوق فهي وسيلة في مجال قانون الأعمال وقد لازمت خاصة النشاط الاقتصادي[1]، فمن باشر حقه فإنه لا يخالف القانون ولن يكون عمله غير مشروع إلا إذا كان هناك تعدي لهذا الحق والعمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد مطابقا ومنافيا للحق، فالحق ينتهي عندما يبدأ التعسف[2].

إن التعسف في استعمال الحق ليست بالنظرية الحديثة بل فكرة عتيقة تمتد إلى النظم القانونية القديمة كالقانون الروماني الذي اقتصر على إيراد بعض تطبيقات لها، إلا أن نظما أخرى كالشريعة الإسلامية عرفتها كنظرية عامة شملت جميع الحقوق ذلك أن استعمال الأفراد لحقوقهم ليس مطلق، وإنما مقيد بمصلحة الآخرين وعدم الإضرار بهم لقوله صلى الله عليه وسلم **لا ضرر ولا ضرار** فصاحب الحق يستعمل حقه دونما غلو ودونما تجاوز للحد المألوف[3] .

وفي هذا الإطار يقول سليمان مرقس في معرض حديثه عن هذه النظرية أنها وجدت في الشريعة الإسلامية من قبل ظهورها في الشرائع الغربية الحديثة بنحو ستة قرون على الأقل، والقران الكريم قد نهى في أكثر من موضع عن التعسف.

استقرت هذه النظرية في القرن التاسع هجري وتقوم على وجوب استعمال الحق بحسب الغرض منه، ويعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله الإضرار بالغير أو نتج عنه ضرر عام[4]، لم تسلم هذه النظرية من النقد فقديما ناهضها الإمام الشافعي على أساس أن الحقوق مطلقة لصاحبها له أن يسلك في استعمالها أي طريق شاء، ولو لم يكن له نفع ولا محل للرجوع للنية إذ يستحيل معرفة الدوافع التي يخضع لها الإنسان في تصرفاته وأعماله.

وحديثا عارضها بعض شراح القانون الفرنسي كبلانيول على أساس أن الحق ينقضي حيث يبدأ التعسف، فمن يستعمل حقه لا يأتي إلا عملا مشروعا فإذا أتى عملا غير مشروع فمعنى ذلك أنه تعدى حدود حقه، غير أن الإنسان قد يأتي عملا داخلا في الحدود المادية لحقه ومع ذلك تقوم مسؤوليته على أساس تعسفه[5].

1- **مباركي ميلود**، دعوى المنافسة الغير المشروعة في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المركز الجامعي صالحي أحمد نعامة، 2015 ، ص130.

2- **نفس** المرجع السابق، ص140.

3- **أمجد محمد منصور**، النظرية العامة للإلتزامات – مصادر الإلتزام- ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص277-278.

4- **أنور سلطان**، المرجع السابق، ص323.

5- **أنور سلطان**، المرجع السابق، ص324.

فحسب النظرية التقليدية القائمة على أساس المبدأ الفردي لم يكن لحقوق المالك في ملكه أي حدود تحدها، فله أن يستعمل حقه بالطريقة التي يراها وكيفما يشاءها بكافة طرق الاستغلال والتصرف والاستعمال، فالحقوق مطلقة بكل ما في الإطلاق من معنى ولكن فكرة الملكية المطلقة اندثرت اليوم في عالم تسيطر عليه فكرة النسبية وتتوغل فيه المذاهب الاجتماعية.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كانت تسهم في تحديد معايير التعسف التي تؤدي إلى اختلال التوازن، إلا أنها لا تنطبق في حالة توفر صفة عقد الإذعان وذلك لسببين أحدهما قانوني والأخر عملي.

فأما القانوني هو ان نظرية التعسف في استعمال الحق لا تنطبق أصلا في حالة ممارسة صاحب الحق لسلطة يخولها له حق شخصي فقط مالم ينص المشرع على غير ذلك بنص صريح، أما انفراد الطرف القوي بصياغة العقود لا يعدو أن يكون سلطة واقعية لظروف اقتصادية واجتماعية وليس سلطة يخولها حق شخصي ما[1].

وأما العملي فإنه من جهة يصعب في ظل هذه النظرية تحديد شامل لكل حالات التي تصيب الطرف الضعيف، ومن جهة أخرى فقد يتوافر الشرط الذي يخل بالتوازن العقدي بالرغم ان الطرف القوي لم يتعمد الإضرار بالطرف الضعيف، ولم يحقق مصالح غير مشروعة.

فلهذا كان القول مند أقدم الأزمان أن صاحب الحق الذي يغالي في استعمال حقه بحيث يتعمد ضرر فاحش يعد متعسفا، وعلى هذا الأساس عنيت القوانين الحديثة عناية فائقة بهذا المبدأ، فبمراجعة نص القانون المدني العراقي في المادة 07 والقانون المدني المصري المادة 04 والقانون الجزائري، نجد أن القانون لا يرتب أي مسؤولية على صاحب الحقّ طالما كان يستعمل حقه استعمالا مشروعا، ويلتزم بضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر إذا استعمل حقه استعمال غير مشروع[2].

وعليه فإن إطلاق العنان لحرية الإرادة من شأنه خلق صراع صدامي نتيجة تعارض الإرادات فضلا عن الاستخدامات التي تهدد التضامن داخل المجتمع كعقود الإذعان، وهو الأمر الذي شكل ضرورة حتمية إلى السعي إلى الحفاظ على التماسك لضمان حياة يسودها الهدوء والاستقرار يمس كل الجماعة داخل المجتمع.

وبهذا لم تعد الإرادة محور الاهتمام في العلاقات التعاقدية وإن كانت لها دور في إبرام التصرفات القانونية وتحديد أثارها، فعلى الرغم من حريتها الواسعة إلا أنها صارت مقيدة في نطاق الالتزامات

1- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص38.37.

2- ذنون يونس صالح،إبراهيم عنتر، المرجع السابق،52 53.

التعاقدية بالقيود الناشئة عن فكرة النظام العام والآداب العامة، والذي رتب مبدأ البطلان المطلق تلقائيا لكل اتفاق يخالفها[1].

إن هذا التدخل يضع الفكر القانوني أمام تحد حقيقي لأنه يؤدي إلى تضارب الإرادات وتعارض المصالح بين قوى المجتمع المختلفة وهو ما يستوجب التصدي لمنع أي اختلال، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي ذلك أنها تحول دون أي اختلالات اجتماعية وتحافظ على التوازن بين أفراد المجتمع.

الفرع الثاني

تأثير مقتضيات المصلحة العامة على نشأة عقود الإذعان

إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد فللأفراد ترتيب علاقاتهم القانونية كما يشاؤون شرط مراعاة مقتضى النظام العام والآداب العامة، وهو ما يبين أن حرية الإرادة ليست مطلقة بل مقترنة بقيود النظام العام والآداب العامة، وهو المفهوم الأكثر غموضا في القانون الذي يعد من القيود الكلاسيكية التي ترد على مبدأ الحرية العقدية، إذ يتصل اتصال مباشر بالمجتمع لأنه يستمد من اعتبارات المنفعة العامة[2].

فالنظام العام والآداب العامة هو مجموعة القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا المستمدة من الأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ تواثبه، فتصدر في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة[3].

1- عليان بوزيان، المرجع السابق، ص54.

2- إن كل مايتعارض مع هذه المصلحة يكون مخالفا للنظام العام ويظهر تلك النزعة من خلال تطبيقات فكرة النظام العام، ففي نطاق القانون العام فإن جميع العلاقات التي ينظمها القانون العام تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها، فالبنسبة لما يقرره القانون الدستوري من قواعد دستورية وحريات عامة تتعلق بالنظام العام كحق الترشح والإنتخاب والحرية الشخصية وحرية العقيدة...، وبالنسبة للقانون الإداري فتعتبر كل قواعد المنظمة للوظيفة وتنظيم المرافق العامة من المسائل التي ينظمها النظام العام فضلا على القوانين المتعلقة بالضرائب وكذا أحكام القانون الجنائي، ويضاف إلى ذلك النظام القضائي من حيث تحديد الإختصاص النوعي للمحاكم وطرق الطعن في الحكم إلى غير ذلك من الإجراءات، وإذا إنتقلنا إلى روابط القانون الخاص فنجد غالبيتها تتعلق= =بالنظام العام كالحالة المدنية للشخص من إسمه وأهليته وأحكام الجنسية واحكام الأسرة كل إتفاق يخالف تلك الإحكام باطل بطلان مطلق.

* **خليل احمد حسن قدادة**، المرجع السابق، ص 80.

3- عدة عليان، المرجع السابق، ص14.

وتبعا لذلك كلما تغيرت نظرة الدولة إلى الأسس والقيم التي يقوم عليها نظامها تتغير تبعا لذلك وظيفة النظام العام داخلها، فهو من ضمن المفاهيم الغير المحددة ذات المضمون المتغير عبر النطاق الشكلي والزمني والموضوعي وحتى الشكلي.

أولا: أثر النظام العام على المجال التعاقدي

إن الغرض الأساسي من صياغة القواعد القانونية قديما وحديثا تحقيق العدالة ووضع أحسن القواعد لضبط سلوك الفرد داخل المجتمع، فالنظام العام يوصف بصفته القواعد الفوق العادية لأنه يسمو على جميع القواعد الأخرى ويعتبر قيدا تقليديا على مبدأ سلطان الإرادة.

ويتفق الجميع على صعوبة إيراد تعريف له كونه فكرة تأبى التعريف الدقيق[1] إذ تبتعد عن كل تعريف عملا بالمقولة القائلة فكرة النظام العام تستمد عظمتها من ذلك الغموض الذي يحيط بها[2]، فهو يرتبط بقاعدة ""**ما يجب أن يكون عليه** "" تصرف شخص في طابع محدد وتهذيبي، وخصائصها أنها وثيقة متغيرة ويقتضي أن تكون النظرة فيما يتعلق بالنظام العام نظرة موضوعية بعيدة عن الذاتية[3] على حد تعبير الأستاذ غاستن.

كما يجتهد في تعريفه على أنه مجموعة الأسس التي يقوم عليه تنظيم المجتمع والتي لا يتعارض الإخلال بها مع الصالح العام الذي يجب تقديمه على الصالح الخاص، وبالتالي فقد تولى الفقه تعريف النظام العام بأنه ""**مجموع المصالح التي يقوم عليها كيان المجتمع في أسسه السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فيكون المقصود بالنظام العام تحقيق مصلحة من هذه المصالح وهذه المصلحة المرتبطة بالنظام الأساسي للمجتمع، تتقدم على كل مصلحة فردية وتفرض احترامها وإن أدى ذلك إلى التضحية بمصلحة الأفراد، وبالتالي لا يكون للعقد وهو شريعة المتعاقدين أن يتعارض مع قاعدة النظام العام التي تترجح على شرعيته**"".

1- لم يختلف الشراح في أمر كإختلافهم في تعريف النظام العام إذ تعددت التعريفات تعددا يكاد لا ينتهي، وخير ما يقال في شأنها أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم إجتماعية أم إقتصادية أم أدبية، وأنه لما كانت فكرة المصلحة العامة تختلف من دولة إلى دولة ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة فإن فكرة النظام العام تعتبر تبعا لذلك فكرة متغيرة أو فكرة نسبية ينظر إليها في جماعة معينة في زمن معين تبعا للنزعة التي إنبعثت عنها،

*أنور سلطان، المرجع السابق، ص 110.

2- عدة عليان، المرجع السابق، ص12.

3- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقود، المرجع السابق، ص 108.

ففكرة النظام العام تتبدى في سيادة المجتمع على الفرد وذلك من خلال معيار المصلحة العامة[1] وهو معيار موضوعي لا ذاتي، فالنظام العام يستلهم اعتبارات المصلحة العامة بحيث يغدو كل خرق لها بمثابة اعتداء على المصلحة العامة للمجتمع، ويهدف إلى حماية تلك المصلحة بأوجهها المختلفة.

فهو يهدف إلى حماية مؤسسات الدولة ومرافقها وأنظمتها وإلى حسن سير عملها وهو موضوعيا يهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه، وهو تقنيا يهدف في العلاقات الداخلية إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة، وفي العلاقات الدولية[2] الخاصة إما إلى الاستبعاد المسبق لكل قانون أجنبي بالإعمال المباشر للقوانين الوطنية، وإما إلى الاستبعاد اللاحق للقانون الأجنبي عند إعمال قواعد النزاع[3].

ولهذا فإن احترام مقتضيات النظام العام والآداب العامة يستلزم الحد من حرية الأفراد وتقييد دور الإرادة ما ينجم المنع من التعامل في بعض التصرفات، وإلا يتعرض العقد للبطلان المطلق عند مخالفته لمقتضيات النظام العام والآداب العامة، ومن ثم أصبح مفهوم النظام العام ترجمة قانونية عن قيم وأفكار الجماعة[4].

والقضاء هو حامي كيان المجتمع الذي يستند إلى فكرة النظام العام إذا لم تسعفه النصوص في إبطال العقود، ولا يرجع القاضي في القيام بهذه المهمة إلى أفكاره ومبادئه الخاصة بل يرجع إلى الرأي العام السائد في المجتمع[5] الذي ينتمي إليه عن طريق معيار المصلحة العامة، والمنفعة العامة باعتباره الأولى على المصلحة الخاصة[6].

1- **نبيل إسماعيل عمر**، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص80.

2- **صلاح الدين جمال الدين**، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 11.

3- **هانية محمد علي فقيه**، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 45-46.

4- **حليس لخضر**، المرجع السابق، ص109.

5- **نسيغة فيصل، دنش رياض**، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد05، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة بسكرة، 2005، ص 171-172.

6- **أنور سلطان**، المرجع السابق، 141.

تتسع مجالات النظام العام[1] لتشمل النظام العام السياسي والذي يعتبر المجال التقليدي للنظام العام الذي يهدف إلى رعاية وحماية المصالح الأساسية في المجتمع المرتبطة بالدولة والأسرة، وأما النظام العام الاقتصادي وهو مجموعة القواعد القانونية الملزمة في الروابط التعاقدية المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي والاجتماعي لهذه الروابط، إذ يشمل كافة ما يتعلق بحماية الاقتصاد الوطني وتنظيم الثروات واستقرار المعاملات[2].

فبعد أن كانت الحرية ملكية سامية للفرد وتعتبر أفضل وسيلة للقيام بالتبادلات فإنه لا يمكن التخلي عنها ولو بشكل إرادي، غير أنه خلال القرن العشرين تطور مفهوم النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي الذي يعبر عن الأسس التي يقوم عليها المجتمع، بحيث يرمي إلى مسايرة التطورات الحاصلة في المجتمع من خلال تجسيد السياسة الوطنية، بتدخل السلطة في العلاقات التعاقدية بما يتماشى والسياسة العامة[3]، فأصبح تقييد حرية التعاقد حماية لها من خلال فرض بعض العقود أو تقييد حرية اختيار المتعاقد الأخر أو كلاهما في نفس الوقت.

فالعقود المفروضة يجبر المتعاقد على إبرام عقود من هذا النوع كتأمين على السيارات، التامين عل حوادث العمل، على أن تكون له الحرية الكاملة في اختيار المتعاقد الأخر، تحت طائلة عقوبات إدارية أو مهنية[4].

أما **تقييد حرية اختيار المتعاقد الأخر** فتعني أن المتعاقد حر في إبرام العقود ولكن حريته في اختيار المتعاقد الآخر تبقى منعدمة أو مقيدة، تطبيقا لأحكام الدستور الذي ينص على مبدأ التفرقة بحسب الجنس أو لون البشرة، النشاط النقابي، الدين كما انه أحيانا نجد أن القانون يحدد المتعاقد الأخر مثل ما هو الحال في حق الشفعة[5] المنصوص عليه في المواد 794- 807، وبهذا فإن تقييد حرية الاختيار، تصبح مساسا بحرية عدم التعاقد أو التعاقد.

1- بلمهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان" التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 24/23 أفريل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015، ص 381.

2- أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد01، المركز الجامعي تيندوف، 2019، ص 266.

3- حليس لخضر، المرجع السابق، ص111.

4- مندي أسيا يسمينة، المرجع السابق، ص34.

5- تعريف الشفعة: تعتبر الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية العقارية وهي ذلك التصرف الذي يحد من حرية التبايع، فالشفعة تكسب الشفيع عقارا باعه صاحبه لشخص أجنبي مقابل ماتم دفعه من ثمن ومصروفات وهي طبقا للمادة 794 من القانون المدني رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها.

أما **تقييد حرية اختيار المتعاقد الأخر مع فرض العقد** في آن واحد فإن ذلك القيد يقع على الذين يحتكرون خدمات أو مواد أساسية سواء كانوا أفراد أو أشخاص معنوية، فمثلا شركة سونلغاز لا يحق لها التوقف عن توريد الغاز والكهرباء لأحد زبائنها لأغراض شخصية، وكذلك الأمر بالنسبة لباقي الممارسات دون مبرر شرعي مادامت الخدمة متوفرة والسلعة معروضة للبيع[1].

إذ يبرز النظام العام الاقتصادي ليس كحد للحرية التعاقدية بل كآلية لتأطيرها وذلك بحمايتها وتوجيهها، فلما كان المجال الاقتصادي يتصف بالحركية المتواصلة والتطور المطرد أصبحت النظرية العامة للالتزامات قاصرة عن مواكبة التطورات الحاصلة[2]

بينما النظام العام الحمائي فإن المواجهة التعاقدية بين الإرادات نتيجة لاختلال التوازن الاقتصادي وانعدام المساواة الاقتصادية هو ما يبرر التدخل الحمائي، من خلال منظور قواعد النظام العام عن طريق تكفل الدولة بحماية المصالح التي تخص فئات ضعيفة، كمصالح العمال، المستهلكين.

فبعد أن كانت حرية التعاقد دعامة لا يمكن المساس بها فإنه اليوم لم يعد ما كان سائد في المفهوم التقليدي للعقد لتأثير مقتضيات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، وبهذا فهو يهدف إلى بسط الحماية على الأطراف المتواجدة في مركز تعاقدي ضعيف، فالنظام العام تعبير عن حسن سير عمل المؤسسات الضرورية التي لا غنى عنها للجماعة.

فالنظام العام الحمائي يهدف من خلال النصوص التشريعية الآمرة إلى إقامة التوازن التعاقدي في التصرف القانوني بين الإرادات المتقابلة وتحقيق المساواة القانونية والفعلية وحماية إرادة الطرف الضعيف في التصرف القانوني، بمعنى أنه في حين يهدف النظام العام التوجيهي إلى تنظيم تأثير التصرف القانوني على الاقتصاد الوطني.

فإن هذا النظام العام الحمائي يهدف إلى حماية تأثير التصرف القانوني على الوضع الداخلي الخاص بكلا المتعاقدين في نفس هذا التصرف القانوني، وأفضل مثال على ذلك قوانين حماية المستهلك، والتي هدفها حماية المستهلك في مواجهة المتعاقد المحترف إضافة إلى الأمثلة التقليدية التي تتمثل في

---

* **إسمهان فسيو**، شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري، مجلة الشريعة والإقتصاد، العدد03، قسنطينة، 2018، ص 183-185.

1- مندي أسيا يسمينة، المرجع السابق، ص36 .

2- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2015، ص226.

حماية أطراف العقد، كما في حالة حماية المؤمن له في عقد التأمين، وحماية العامل في عقد العمل وحماية المستأجر في عقد الإيجار[1].

فالنظام العام الحديث هو نظام حديث كان نتاجا لتطور النظام العام التقليدي المتمثل في النظام العام الاقتصادي[2]، والذي نجد له أساس في القواعد الخاصة بحماية المستهلك، والقواعد الخاصة بحماية العامل في النظام العام الحمائي الاجتماعي، فضلا على تواجده في القوانين الخاصة بحماية المنافسة، حيث أتاح النظام العام الاقتصادي للمشرع وسائل تمكنه من تطبيق الحظر، باقتراح التنظيم، الرقابة وفرض عقود على الأطراف.

وما نخلص إليه أن المشرع تبنى المفهوم المتغير بسب اتساع قواعد النظام العام، وهو مؤشر على حركية النظام العام في المجال العقدي وأداة لتنظيم العقد إذ يعمل على مراقبة العقد بمقتضى قواعد آمرة، وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد المتعلقة به في ازدياد مستمر مما يسمح للقاضي ببسط سلطته التقديرية الواسعة لتحديد النظام العام[3].

ثانيا: أثر الآداب العامة على المجال التعاقدي

يقصد بالآداب العامة تلك الأفكاروالقيم الخلقية التي تعارف عليها الناس بحيث تكون واجبة الاحترام والتقدير ويتحدد ذلك في ضوء العادات والتقاليد والأعراف وأحكام القضاء، لقد أشار المشرع في بعض المواد ومنها المواد 24، 96، 204 من القانون المدني إلى النظام العام والآداب العامة، بينما اكتفى في نصوص أخرى كالمادتين 161، 344 من القانون المدني إلى استخدام مصطلح النظام العام فقط، مما دفع بطرح إشكالية فيما إذا كانت الفكرتين منفصلتين عن بعضهما أم يؤديان نفس المعنى؟[4].

1- أقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص267.

2- قواعد النظام العام الإقتصادي هي القواعد التي تكون ثمرة لتدخل الدولة في الحقوق الإقتصادية لتحقيق أهداف إقتصادية، تمثل منفعة إجتماعية، فتهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد من ناحية، وإلى توجيه الإقتصاد الوطني من ناحية ثانية.

* **هانية محمد علي فقيه**، المرجع السابق، ص67.

3- منال بوروح، مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد02، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2019، ص292.

4- منال بوروح، المرجع السابق، ص 293.

هناك من يرى بضرورة التمييز بين الفكرتين ذلك أن قواعد النظام العام تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتسمو على مصلحة الأفراد، بينما الآداب العامة هي مجموع القواعد الخلقية والتي تنحصر بما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس[1].

كما ذهب الأستاذ السنهوري إلى أن "" **القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام، هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، بينما الآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية** "".

ويرى محمد صبري السعدي أن ثمة خلاف بين الفكرتين كونهما تختلفان من حيث الأساس ففكرة النظام العام قوامها المصلحة العامة المتضمنة للمصالح الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية، بينما الآداب العامة هو ما يتأثر به من مثل عليا ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد[2].

غير أن هناك شبه إجماع لدى فقهاء القانون المعاصر على عدم التمييز بين الفكرتين كون الآداب العامة تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها النظام العام في جانبه الخلقي مما يؤدي إلى حفظ النظام العام داخل المجتمع.

وعليه يبقى التمييز بينهما أمر سطحي لأن كل منهما له أولوية الفرد على المجتمع وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن ثمة لا يوجد فارق بينهما إذ تسند لكلاهما وظيفة حماية المجتمع والمحافظة على نظامه، وإن كان الاختلاف في مجالات كل منهما فهذا لا يجعل بينهما فرق إنما تكملة للهدف الذي يحققانه[3].

ففكرة الآداب العامة مرتبطة بمفهوم الحضارة وتلحق النظام العام التي وجب احترامها أيضا وهي عبارة عن مجموع المعايير السلوكية المعتمدة في مجتمع وزمن معينين، والتي يعتبرها المجتمع أساسية في حفظ أخلاقية أفراده والتزامهم بها في علاقاتهم وكان الرومان يدينون الاتفاقيات المخالفة للآداب العامة "" **كل فرد مرتبط بهذا المجتمع وهو عضو فيه، يجب أن لا يتخذ شيئا يهز نظامه، الوعود**

1- **حليمة آيت حمودي**، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1986، ص 31.

2- **محمد صبري السعدي**، المرجع السابق،ص 213.

3- **منال بوروح**، المرجع السابق، ص294.

أو الاتفاقيات المخالفة للقوانين غير ملزمة ""[1] فهي تشكل الجانب الخلقي للنظام العام ولا تنفصل عنه لاعتبارها جزء منه.

لذا اعتبرها البعض الصفة الأخلاقية للنظام العام وأنها تتشابه معه في ما يتعلق بتحديدها او تحديد وظيفتها وإن اختلفت معه في الهدف، وهو حماية القواعد المستمدة من أعراف المجتمع وتقاليده السلوكية والتي يعتبر الإخلال بها صدمة تتعارض مع الحس السليم في ذلك المجتمع، فضلا عن كونها فكرة متغيرة لكل مجتمع وزمن معين[2]، فهي هي جملة القواعد المستمدة من أعراف المجتمع وتقاليده وأساس حسن الآداب هو الرأي العام، وما يتأثر به من مثل عليا ومبادئ أخلاقية[3] ودينية.

وعلى هذا هي جملة المعتقدات المتوارثة التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها في مجتمع ما فيتم على أساسه التمييز بين الخير والشر من قبله[4]، ومن تطبيقات الآداب العامة في الفقه الإسلامي الحث على الصدق وتحريم الكذب والأخلاق السيئة، لذا فالآداب هي جملة من الصفات الحميدة والأخلاقية[5].

سندا لما تقدم فإنه ليس للإرادة أن تنشئ تصرفا أو عملا قانونيا يخالف في سببه أو في موضوعه أو بنوده النظام العام والآداب العامة، إذ لا يجوز إبرام عقد يكون موضوعه التهريب أو الاتجار بالمخدرات لتصادمها بالنظام العام، ويترتب عليها بالنتيجة البطلان المطلق لأن وجوده وتنفيذه يخالف المصلحة العامة.

وهو ما يبين أن حرية الإرادة يقف في سبيلها موانع ترجع إلى المصلحة العامة والنظام العام والآداب العامة تماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تتجه إلى قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، واستجابة للمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، حيث اعتبرها المشرع من الضمانات التي تكفل السير الحسن للمجتمع، ولإعطاء للقاضي الدور الرقابي على العقد والموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد.

وبالنتيجة وإن كانت الفكرتين تؤمنان إلى حد كبير حلا للخلل في التوازن الذي يصيب عقد الإذعان، إلا أن ذلك لا يخلو من صعوبة تحديد القواعد القانونية وحتى في حالة تحديدها فإن

1- مندي أسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 126.

2- هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 82-83.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص218.

4- عمارة مسعودة، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية، مداخلة بملتقى دولي بعنوان التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 23-24 أفريل2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 398.

5- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص 113.

مجالات إعمالها ضيقة ومقتصرة على حالات محددة، هذا بالإضافة إلى بروز أنواع جديدة من عقود الإذعان مختلفة عن تلك التي لاحظها المشرع ولم ينظمها المشرع في نصوصه، خاصة أن العمليات الاقتصادية أضحت اليوم تتميز بنوع من المرونة وهو ما لا يتفق وجمود المبادئ التقليدية للعقد مما يجعل هذه المبادئ لا تؤمن الحماية الكافية للأطراف المذعنين.

ضف إلى ذلك ما يظهر من تذبذب في موقف المشرع الوضعي تبعا لتغير موقف الدولة فأحيانا يكون التصرف قانونيا ومشروعا يتعلق بالنظام العام، ليصبح بعد فترة وجيزة سلوكا معرقلا تجب محاربته نظرا لتحول مفهوم المصلحة، مما يدل على أنه ليست هناك أصول ثابتة لسياسة واضحة فكل شئ قابل لتغيير من زمن لآخر والدليل على ذلك التنظيم القانوني للإذعان في واقع الحياة الإقتصادية في صورة العقود النموذجية.

وعليه تبقى الحاجة الماسة لتفعيل وبروز اجتهادات جديدة تتصدى لمختلف أنواع العقود والبنود التي تولد التعسف ومجافاة العدالة والأخلاق، وتتلاءم مع ما استجد من تطور اقتصادي واجتماعي وتقني قد طرأ على العقود توصلا لعقد قانوني بعيد عن كل ما هو غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة[1].

الفرع الثالث

اقتضاء الشكلية في العقود

إلى جانب الرضائية كمبدأ سائد باعتباره أصل عام في العقود تظهر الشكلية في التعاقد كقيد واضح وجلي على حرية التعاقد، وتعد استثناء عن القاعدة العامة للتعبير عن الإرادة

فالرضائية تعتبر تأكيد لسيادة الإرادة إذ ليس على الأفراد إتباع شكلية خاصة في التعبير عن إرادتهم إذ يعتبر التراضي كافي لإنشاء الالتزام، وهذا بخلاف ما كان سائد في القانون الروماني إذ التراضي غير كافي إلا باقترانه بعبارات أو القيام بحركات معينة، والشكلية هي وجوب إفراغ العقد في شكل معين لقيام العقد وإلا اعتبر باطل بطلان مطلق.

وقد جاء المذهب الفردي مدافعا على الحرية الفردية فالإرادة مصدر الحقوق والواجبات ولها أن تفعل وتبرم ما تشاء ولعل أهم نتائجها مبدأ الرضائية، فيؤثر الشكل على دور الإرادة بالرغم من عدم وجودها فلا يقوم التصرف صحيحا إذا لم يراعى الشكل المطلوب وهو ما لا يعد تأكيدا لدور الإرادة بقدر ما هو قيدا وحد من دورها.

1- هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص -88-89.

بينما في الوقت الحاضر لم تعد الشكلية بذات الإطلاق الذي كانت عليه قديما حيث لم يعد الشكل يتجسد في تلك الطقوس المعقدة التي لا غنى عنها، بل أصبحت الشكلية اليوم ذات الهدف يقصد منها تنبيه المتعاقدين لخطورة التصرف المراد إبرامه، أو بغرض حماية الغير فتكون الشكلية بغرض إعلامهم، كما قد تكون لفائدة الدولة من خلال دفع رسوم أو غير ذلك...[1].

وعليه فإن اقتضاء الشكلية لا يخرج عن مسألتين:

أولا: تطلب شرط الكتابة في العقد

إن تطبيق الشكلية بوجه عام مساس وإهدار لدور الإرادة وهو من أقدم القيود التي وردت على مبدأ سلطان الإرادة، إذ يرمي المشرع من وراءها إلى حماية المتعاقد كما قد يفرض أشكالا معينة ترجيحا للمصلحة العامة على المصالح الفردية، وتجدر الإشارة إلى أن الإرادة في عهد القانون الروماني لم يكن لها شأن في تكوين العقد إذ لا يقوم العقد إلا باستفتاء شكليات معينة مقررة قانونا.

فالقاعدة أن التصرفات الرضائية لا تحتاج شكل معين إلا أنه وفي بعض التصرفات ونظرا لاعتبارات متعددة يخضع المشرع العقد لإتباع شكل معين كالكتابة الرسمية، ومثال ما تستوجبه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري في التصرفات الواردة على عقار إذ تنص " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

وهو ما يتيح لنا القول بأن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني ولا علاقة لها بالشكل لأن التصرف سابق على قيام الشكل، وأن هذا الأخير يأتي كمرحلة لاحقة على وجود التراضي وهو ما يسمى باشتراك الشكل والإرادة مما يدعم سلطان الإرادة ولا ينفيه، لأن سمة التصرف الشكلي هي أنها من النظام العام لأنها تحقق المصلحة العامة بقواعد آمرة وإلا تعرض التصرف للإبطال[2].

1- الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص 61.

2- ميريني حنان، النظام العام الإقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2004، ص 09.

ثانيا: تطلب إثبات بيانات معينة في العقد

إن الأصل في مجال إبرام العقود هو الرضائية ما عدا الحالات التي أوجب فيها المشرع ضبط صحة التصرف بضرورة إتباع شكليات محددة، هدفها الغالب إثبات التصرفات والتقليل من حجم النزاعات ومن عيوب الإرادة، كما يعد في بعض الأحيان وسيلة للإشهار إذ لا يسري العقد المبرم بحق الغير إلا باتخاذ شكل معين، فضلا على ان ضبط العقد بشكلية معينة يلفت انتباه المتعاقدين لخطورة التصرف كما في بيع العقارات[1].

فبالإضافة إلى تطلب كتابة العقد فإن القانون قد يستلزم كتابة بيانات معينة وفق شكلية رسمية بهدف توعية المتعاقد الضعيف وتنبيهه من خطورة التصرف أو بغرض إعلام الغير، كما تسهم هذه الشكلية في أغراض اقتصادية لفائدة الدولة من خلال إثراء الخزينة العمومية بما تفرضه على المتعاقدين كتحصيل الضرائب، رسوم وتسمح لدولة بمراقبة المعاملات خاصة المتعلقة بنقل الملكية العقارية[2] ومثال ذلك المادة 324ق م ج، 883، 418 ق م. ج أوقد ينص على الكتابة من دون اشتراط لصبغة الرسمية416- 418ق م ج.

بالإضافة إلى ذلك توجد شكلية أخرى غير متطلبة للانعقاد وهي قيد على إرادة الأطراف مثل ضرورة تسجيل بعض التصرفات القانونية، وشهرها كشهر التصرفات الواردة على عقار طبقا للمادة 793 ق م ج.

أحيانا تعتبر الكتابة شرط للإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 د ج، طبقا لنص المادة333 ق م ج، فلما تعتبر شكلية ركن في العقد فإنه يترتب على تخلفها البطلان المطلق، أما إغفال شكلية الإثبات فلا تؤثر في صحة العقد إذ ينشأ صحيح ولكن عند إنكار احد المتعاقدين فإنه يتعذر إثبات وجود العقد.

لذا فإن الشكلية وسيلة هامة لتجنيب المتعاقدين كل لبس أو غموض في مدلول العقد، فلا يصبح اتفاقهما محل شك ولا يستدعي التدخل لتأويل العقد لأنه يترتب عليها معنى دقيق[3].

كما تعتبر الشكلية ضمانة أساسية في عقود العمل الخاصة كعقد العمل المحدد المدة طبقا للمادة 11 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[4]، فإن اشتراط الكتابة في عقد العمل المحدد

1- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص 115.

2- حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، 2020، ص 162.

3- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص118.

4- قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 1990/04/21، ج.ر العدد 17، المؤرخ في 25 أفريل 1990.

المدة يضمن حماية العامل الأجير ويمكنه من الإثبات، كما لم تشترط الكتابة كشرط لصحة عقد العمل بالتوقيت الجزئي طبقا للمادتين 07،08 من المرسوم التنفيذي رقم 473/97 المتعلق بالتوقيت الجزئي[1].

فغياب الكتابة يفترض أن علاقة العمل بالتوقيت الجزئي تكون لمدة غير محدودة طبقا للمادة 07 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه، وأصبحت الشكلية أولوية لضمان حماية الطرف الضعيف فالحماية عن طريق الشكلية تطبق على كافة العقود كحماية للطرف الضعيف[2].

فرغبة المشرع في توعية المتعاقد الضعيف أدى إلى الاعتراف بأهمية دور الشكلية في العقود فبعض العقود لا تنعقد إلا بتوفر شكل معين سواء كان رسمي أو عرفي، ودليل هذه الرغبة قوة الجزاءات التي يرتبها المشرع على عدم احترام هذه الشكلية كأن يكون العقد باطل وبعضها الآخر لا يمكن إثبات العقد إذا تخلفت، والحقيقة أن في الشكلية حماية لإرادة المتعاقد وسلامة لرضاه وضمان لحقه خاصة إذا كانت رسمية[3].

وبهذا فإن اشتراط المشرع للكتابة يوفر وسيلة تسمح للمتعاقد الضعيف الاطلاع على العقود التي يبرمها مع المحترف، وبهذا فإن إقدام الطرف المذعن على إبرام العقد المعد سابقا وهو على علم بكل الشروط والأوضاع التي يتم التعاقد وفقا لها، وعلى الرغم من ما توفره العقود المكتوبة من مزايا فإن إعدادها بواسطة المحترفين يعني سيطرتهم على مضمونها وتضمينها الشروط التي يريدون مما يصعب فهم تلك الصياغة أو المقصود من الشروط القانونية على الشخص العادي[4].

المطلب الثاني

الإطار المفاهيمي للإذعان

لقد شغلت ظاهرة الإذعان علماء القانون بعد موجة التطورات الإقتصادية الناجمة عن قيام شركات الأموال وماتبذله من جهود مضاعفة نحو المزيد من الإحتكار والضغط على تكاليف الإنتاج، والإستغلال الذي يعمد إليه الطرف القوي إتجاه الطرف المذعن مستغلا حاجاته وإضطراره إلى الخدمات المقدمة.

1- المرسوم التنفيذي رقم 97-473، المؤرخ في 11 يناير 1997، ج.ر العدد03 المؤرخ في 12يناير 1997 والملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 327/13 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، ج.ر.ع 18 المنشورة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

2- **فاضل خديجة**، تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14،الجزائر، 2020،ص 40.

3- **عامر القيسي**، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك، مجلة النهرين، العدد02، العراق، 2018، ص 06.

4- **عامر القيسي**، المرجع السابق، ص 05.

فالإذعان يرجع إلى مفهوم العقد الموروث عن pothier بوتيه والذي يرى أن الإنسان لا تقيده أي رابطة قانونية فهو حر في أن يقدم على تعاقد معين، أو أن يقبل ما شاء من الشروط فالمنظم الوحيد للإرادات هو العقد ومجموع الإتفاقات تكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الإشخاص، وعليه فالعقد أسمى من القانون إلا أنه مع نهاية القرن التاسع عشر ظهرت إتجاهات جديدة حدت من مبدأ سلطان الإرادة[1].

إنتكس هذا المبدأ بتظافر عدة عوامل مما خلق مجال للقاضي المدني بالتدخل بسلطته التقديرية الواسعة في تعديل العقد أو إنهائه، فضلا عن العوامل الإقتصادية نتيجة قيام الثورة الصناعية القرن التاسع عشر، والثورة التكنولوجية في القرن العشرين التي أفرزت صناعات كبيرة وشركات ضخمة وعلى إثر ذلك إختل التوازن الإقتصادي بين القوى الإجتماعية.

إن تراجع قدسية المبدأ نتيجة ظهور مبدأ التضامن الإجتماعي والروح الإشتراكية والتي تسعى لتحقيق التضامن من خلال تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وإنتهاج السياسة التدخلية للدولة في مجمل المجالات الحيوية سواء كانت إقتصادية أو إجتماعية سياسية أو ثقافية مما أدى إلى توجيه سهام قاتلة إلى مبادئ سلطان الإرادة.

و لا سيما من حيث ضرورة إيجاد توافق بين المصالح الفردية والمصالح الجماعية إذ كل خلاف بينهما يحسم بتقديم مصلحة الجماعة في كل الأحوال تماشيا مع المخطط الإقتصادي والإجتماعي الذي يحدد المشروعات الضرورية، والتي تفرض على المتدخلين في العقود الإقتصادية أو غيرها بالتنفيذ في أجل معين تحت طائلة الغرامات التهديدية[2].

وقد نادى الفقه بالحماية الإجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إعادة التوازن العقدي وإستبعاد سلطان الإرادة على عقد الإذعان، إذ العقد من النظم الإجتماعية المراد به تحقيق التضامن الإجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا النسق وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة الفردية من سلطان.

لقد شهد مصطلح عقد الإذعان الذي إقترح في بداية القرن من الأستاذ سالي Saleille تحولا في مستوى العلاقات والروابط التعاقدية، وأثري العقد لا سيما من اللذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة، فتوسع وتضاعف عقد الإذعان بحيث أصبح التفاوض لا يمثل إلا فجوة سابقة على تكوين العقد.

1- **علي مصبح صالح الحيصة**، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 15.

2- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص47.

وإمتدت الفكرة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة البلدان الإشتراكية التي تهدف إلى بناء الإقتصاد الوطني[1] نظرا للقوة الإقتصادية الكبرى التي تتمتع بها نتيجة السلطه الإحتكارية، من خلال تركيز الإحتكار لمنتوج أو خدمة والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها لدى شركات أو مؤسسات عامة، غير أن صفة الإمتياز على الأفراد بواسطة ما يسمى العقود الإدارية فإن ذلك سمح من أن يجعل من العقود المبرمة عقود غير تفاوضية.

وأصبح العقد نموذجيا وموحدا يعده المحترف بنفسه مسبقا حيث يملي بموجبه إرادته وشروطه على كل من يرغب في التعاقد معه، والذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها مما يبقي له سوى خيار رفض التعاقد او الإذعان للعقد[2]، ونظرا لإضطرار المتعاقد القبول فإنه لا يجد مفر من الإذعان لهذه الشروط ولو لم تكن عادلة لذا سميت بالإذعان

الفرع الأول

مفهوم الإذعان

جاء وصف الإذعان في بداية القرن العشرين وتحديدا في سنة 1901 إذ بين الفقيه سالي أن هناك عقود تخلو من التركيب القانوني المعهود من توافق الإرادات والمناقشة الحرة **legstructure** ، نتيجة بروز ظواهر اقتصادية تضمنت سيطرة أصحاب رؤوس الأموال على الأسواق بفضل الإنتاج الكبير والتسويق للسلع والخدمات.

فأنتج هذا الوضع عقود صيغت بـ **Adhésion contacts**، والتي قصد منها الفقيه أن إبرام الأفراد لهذه العقود يعكس قبول انضمامهم لنماذج العقود التي تعدها جهة من القوى الاقتصادية دون إبداء الرأي أو مساومة[3].

غير أن مصطلح **Adhésion** أثار ضجة في الوسط القانوني العربي بفعل غموض المصطلح وبفعل الترجمة الحرفية من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية إذ لا يعبر عن حقيقة العملية التعاقدية، ولذا كان من المهم ترجمتها عقود إذعان وليس انضمام لوجود العديد من الحقائق اللغوية والفوارق الموضوعية بين المصطلحين[4]، ويمكن بيان ذلك على النحو الآتي:

1- علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص 16.

2- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص229.

3- **عبد المنعم فرج الصدة**، في عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946، ص13.

4- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص229.

- أن الإذعان متأتي من حروف ذ- ع- ن التي تفيد الانقياد، والخضوع والرضوخ، بينما الانضمام يعني الانتساب أو الالتحاق إلى جهة معينة.
- أن الإذعان وصف أقرب إلى مفهوم الجميع من حيث التسليم لشروط المعدة دون إمكانية المناقشة أو التعديل وهو ما يجعل القبول إذعان، بينما الانضمام لا يعني بالضرورة وجود رضوخ وهو ما يجعل الانضمام أعم من الإذعان لأنه لا يستلزم انطوائه على تلك المعاني.
- إن الانضمام يجعل من صلاحيات القاضي التدخل في العقد كاستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ما قد يؤدي إلى اصطدام الحرية التعاقدية بخطر التقييد والتوجيه بخلاف ما إذا تم تفسير المصطلح على أنه إذعان.
- إن مصطلح الانضمام يشعر المتلقي بوجود مساحة معتبرة للإرادة في اختيار التعاقد من عدمه، في حين أن الإذعان يضع المتعاقد أمام خيارات محدودة جدا إن لم نقل معدومة لأنها تدور حول قبول الشروط كما هي أو رفض التعاقد.

وبخصوص ما تطرق إليه أساتذة القانون من عدم موافقتهم لما ذهب إليه السنهوري لاعتقادهم بوجود خطأ في الترجمة الانضمام بالإذعان، فإنه يجدر القول أن السنهوري لم يخطأ بالترجمة وإنما تعمد تغيير اللفظ فتبنى الإذعان تبعا لحقيقة الآلية التعاقدية التي تبرم بها تلك العقود.

فضلا على أن غموض المصطلح لم يجد أثاره في البلاد العربية فقط وإنما تمثل في بلدان أخرى إذ يقول الفقيه الأمريكي kessler أن مصطلح الإذعان لم يكن معروفا ضمن منظومة الفقه القانوني الأمريكي، فقد عرف من قبل الفقيه الفرنسي سالي عندما كان يبحث في القانون المدني الألماني وعرفه بأنه العقد التي صيغت وحددت شروطه مسبقا من قبل الطرف الموجب في العقد لعدد غير محدد من الأفراد[1].

ففي المفهوم اللغوي يتساوى المعنى اللغوي والاصطلاحي لهذه الكلمة الذال والعين والنون، أصل يدل على الاصطحاب والانقياد والإقرار والذلة، فالإذعان هو الإسراع مع الطاعة ونقول أذعن له إذا سلس وانقاد وهو مذعن وأذعن فلان بحقي: أقر به، **لقوله تعالى** ﴿**وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ**

1- محمد جاسم محمد، مدى إنطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية – دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، بغداد. 2019. ص 406.

﴿مُذْعِنِينَ﴾[1] أي مقرين خاضعين، ويقال أذعن الرجل أي انقاد وذل وخضع، وناقة مذعان: أي سلسلة الرأس، منقادة لقائدها[2] وتقول العرب رجل مذعان مطواع[3].

أما في الفقه الإسلام فبالرغم من أن الفقه الإسلامي لم يعرف عقود الإذعان بالصورة المعروفة في النظم القانونية المعاصرة لكونها جاءت نتيجة تطورات اقتصادية هائلة، إلا أن العبرة ليست بالتسمية بل بوجود النظير وهو ما يعرف بالتكييف الفقهي.

وقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تكييف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي:

فمنهم من كيفه على أنه بيع المضطر على أساس الضعف فالمضطر محتاج لسلعة ضرورية لاغنى عنها ولابد له من التعاقد للحصول عليها وهو كذلك في الإذعان، فبيع المضطر وعقد الإذعان يتفقان من حيث الخضوع للسعر فكليهما محدد مسبقا ولابد من الانصياع له، لكن يختلفان في عدة أمور أهمها أن احتمال وقوع الغبن الفاحش في الإذعان أقل من احتمال وقوعه في بيع المضطر، نظرا لخضوع عقود الإذعان لرقابة الدولة أو لنظام القانوني المتعامل به.

ومنهم من كيفه على أنه من عقود المعاطاة وأنه لا فرق بينه وبين الإذعان إلا في التسمية بحيث ينحصر دور القابل في الدخول فيها أو عدم الدخول فيها دون إمكانية المناقشة، وثبات الثمن وعدم التلفظ بالإيجاب أو القبول، إلا أن هذا التشابه لا أثر له لأن المتعاقدين لم يتركا الكلام إجبارا بل برضاهما بخلاف عقد الإذعان الذي لا يحق له المساومة في شيء.

وبهذا يعتبر التعاطي ليس إذعان وإنما هو طريق من طرق الإذعان[4]، أما في الفقه الإسلامي فقد كره الفقهاء بمذاهبهم المختلفة مبدأ الاحتكار ووضعوا أسسا عامة لمنعه، وقيل ينهى المحتكر عن الاحتكار مرتين ثم يعزز بالحبس في المرة الثالثة[5].

وبعد توضيح التكييف الفقهي لعقد الإذعان فإننا سنورد النقاط التالية:

- أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وأنه لا مانع شرعا من إستحداث عقود جديدة لا تتعارض مع نصوص الكتاب والسنة والقواعد الشرعية العامة.

1- سورة النور، الآية 49.

2- علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص22.

3- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة الإمارات، 2008، ص28.

4- رحمون عامر، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 23، 2019، ص.222

5- امجد محمد منصور، المرجع السابق، ص277.

- إن الشكل النموذجي الجاهز لمختلف العقود دعت إليه الضرورة الإقتصادية والمتمثلة في توفير الوقت والجهد والمال، لأن التعامل وفق هذا النمط الجاهز يمكن الشركات من التعاقد مع أكثر عدد ممكن من العملاء في أقل وقت مطلوب وبأقل جهد والمصروفات، فضلا على تحقيق المساواة بين كل المستهلكين.[1]

ما جعل الإذعان يتكيف على أنه عقد جديد مستقل مستحدث له أحكامه وشروطه الخاصة ومشابهته لبعض العقود لا يعني أنه يندرج ضمنا في كل شيء، فهو من العقود التي لا تتنافى مع مقاصد الشريعة[2].

أولا: المفهوم الفقهي

لم يجمع الفقهاء على تعريف موحد لعقد الإذعان بل تباينت تعاريفهم بشأنه إذ يعود أصل تسمية عقد الإذعان بهذا الاسم إلى الفقه الغربي بداية في فرنسا، إذ أن عبارة l'adhésion من ابتكار الفقيه سالي صاحب أول فكرة للإذعان والتي أطلق عليها – عقود الانضمام-. بمناسبة دراسته للإعلان عن الإرادة انطلاقا من القانون المدني الألماني.

وقد اقتبسها منه في البدء طائفة من الفقه الغربي أمثال مارتي ورينوند اللذان وضعاها في إطار فلسفي وقانوني متسائلين عن خصائص الإذعان وجوهره، وإن الخوض في مثل هذه الأسئلة لم يعد مجديا في الوقت الراهن بعد أن تغلغل مصطلح الإذعان في القاموس القانوني وأصبح مألوفا لدى رجال القانون[3].

فالفقيه سالي أول من جذب الأنظار نحو هذه العقود من خلال كتابه الإعلان عن الإرادة بقوله " **عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة، تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل العقد**"، إذ بعض العقود يقتصر فيها دور أحد المتعاقدين على الانضمام إلى العقد فقط دون الحق بإبداء مناقشة أو طلب تعديل.

أما في الفكر القانوني العربي فإن السنهوري كان أول من استخدم تعبير عقود الإذعان، حيث يقول **{ ويسمي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وهذه التسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن**

1- **أحمد سمير قرني**، المرجع السابق، ص78.

2- **رحمون عامر**، المرجع السابق، ص 224.

3- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص05-06.

الإرادة، وقد أثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول}[1] .

وقد لاقت هاته التسمية رواجا كبيرا في اللغة القانونية، واستقرت في أغلب التشريعات منها التشريع الجزائري.

ثانيا: المفهوم القانوني

قد أطلق مصطلح عقود الإذعان أول مرة الفقيه العربي السنهوري ليتولى القانون المدني تنظيم هذه العقود ضمن موضوعاته لتصبح بذلك جزء من تقسيمات العقود في القانون المدني[2].

فهو عقد ينحصر فيه قبول أحد الطرفين بالتسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر وضعه الموجب ولا يقبل المناقشة فيه[3]، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي تكون المنافسة محدودة النطاق في شانها[4].

فهو عقد يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر عن طريق فرض شروط دون الحق في مناقشتها[5]، ولم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف عقد الإذعان وإنما تعرض لكيفية حصول القبول فيه من خلال المادة 70 من القانون المدني، وباستقراء نص المادة فعقد الإذعان[6] هو:

- شروط مقررة من طرف الموجب الأمر الذي يوحي بالقوة والسيطرة الفعلية التي يتمتع بها ما تجعله ينفرد بتحديد الشروط والتي غالبا ما تكون على حساب الموجب له.
- غير قابلة للنقاش وهي تكملة للخاصية الأولى فقبول عقد أو رفضه جملة واحدة دون إمكانية المناقشة هي ترجمة لسيطرة وقوة الموجب.
- القبول في عقد الإذعان هو مجرد التسليم لشروط مقررة عن طريق الرد الإيجابي بالكلام أو الكتابة أو الإشارة، وأراد المشرع عن طريق هذه الكلمة إبراز مدى ضعف الطرف المذعن في هذه العملية الذي قبل العقد ليس رغبة منه وإنما كان مضطرا لعدم وجود حل آخر.

1- رحمون عامر، المرجع السابق، ص221.

2- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص11

3- ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر، المرجع السابق، ص05.

4- رحمون عامر، المرجع السابق،ص 220.

5- Didier Thomes : contrat d'adhésion Mémoire de D.E.S Montpellier 1971 p.19

6- علي فيلالي، الإلتزامات – النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 82.

وعليه فالإذعان هو العقد الذي يكون فيه أحد الأطراف في مركز المحتكر القانوني أو الفعلي لسلعة او الخدمة موضوع التعاقد، ما يمكنه من فرض شروطه على الطرف الأخر الذي لا يستطيع أن يناقش تلك الشروط أو يعدلها.

وقد تضمنت التعديلات الجديدة في قانون العقود الفرنسي تعريفا لعقد الإذعان واعتبرت كل شرط في عقد الإذعان يكون من أثره عدم التوازن الواضح بين الحقوق والتزامات أطراف العقد كأن لم يكن حيث نصت المادة 110 على أن "" **عقد المساومة هو العقد الذي يتم مناقشة شروطه بحرية بين الأطراف وعقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل احد الأطراف** ""[1].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود من الأمور العسيرة ولا سيما إذا كان العقد المرغوب في تحديد طبيعته من العقود التي ظهرت حديثا[2]، لأن المطلع على مدونة نابليون يستنبط أن الإرادة بتوافقها مع إرادة أخرى تحدث أثر قانوني يدعى الاتفاق أو العقد، فالأكيد أن واضعي المدونة لم يتصوروا وجود عقد غير تلك العقود المسماة والغير المسماة، وهذه حقيقة الوضع طالما العلاقات التعاقدية كانت بسيطة وتتم بين أطرافها مباشرة.

فإذا كانت هذه النتيجة من المسلمات في ظل هذا القانون على اعتبار أن جل المعاملات تبنى على المواجهة أو المفاهمة وكذا المناقشة في مجلس العقد، فما كان لهذا الوضع أن يستمر بعد الطفرة الاقتصادية التي عرفتها المجتمعات المعاصرة على اختلاف أنواعها ورقيها وما لازمها من تمركز لرؤوس الأموال لدى شركات ومقاولات كبرى تسير في دوالب الاقتصاد، وساد الاحتكار والمنافسة الحادة بين الشركات الاحتكارية التي تستخدم أطر إدارية وفنية متخصصة.

والنتيجة أن التعامل لم يعد يتم بالطريقة التقليدية التي صاغتها مدونة نابليون وإنما بحكم السرعة في المعاملات وحجمها المتزايد، هذه العوامل وغيرها دفعت بالتفكير في أن تضع بين يدي الزبائن مجموعة من العقود النموذجية[3] تبرم بالإذعان محررة مسبقا، تتضمن العديد من الشروط الأساسية بشكل غير قابل للمراجعة حيث أصبح لزاما على المستهلك أن يتعامل مع مستخدم أو عدة مستخدمين

1- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص32.

2- العربي مياد، المرجع السابق، ص 11.

3- Francois Terré, philippe simler, yves Lequette,Droit civil ,les obligations Dalloz 5éme édition 1993 p ;152

عوض تعامل صاحب الشركة، والنتيجة أن مجال الحوار أو المفاوضة بين المتعاقدين غير مسموح لأسباب التالية:

- أن شخصية المستهلك ليست محل اعتبار لدى مالك المحل.
- أن المستهلك ماهو إلا أحد الزبناء الكثر.
- أن يستحيل على صاحب المحل، أو من يقوم مقامه أن يناقش شروط العقد مع كل مستهلك على حدة.
- إن لعامل الزمن أهمية بالغة في العلاقة التعاقدية.

إن العقود من هذا القبيل اختلف الفقه حول تسميتها فمنهم من يرى أن ما يصطلح على تسميته بعقود الإذعان ليس لها من العقود شيء، بينما يرى فريق آخر من فقهاء القانون الخاص بأن عقد الإذعان عقد حقيقي ينعقد برضا الطرفين.

أولا: أنصار النظرية اللاتعاقدية لعقود الإذعان

يرى المنكرون لصفة التعاقدية - أنصار هذا الرأي: ريمون سالي، ديجي، هوريو - أن الحرية والاختيار هما أهم ما يتسم به أي عقد، وأن إرادة المذعن لا تصدر عن طواعية[1] لذا فهو مركزا قانونيا منظما أكثر منه مركزا تعاقديا.

وتعتبر فيه الإرادة المنفردة هي مصدر الرابطة أو العلاقة القانونية فمنها تتولد وبها تحدد وتضبط[2]، إذ تملي إرادتها لا على فرد معين وإنما على عدد غير محدد من الأفراد تلتزم من جانب واحد لذا وجب عدم إخضاع تفسيره وتنفيذه إلى ما تخضع له العقود من قواعد، بل إخضاعه للقواعد الخاصة بتفسير القانون وتطبيقه على أن التفسير لا يقصد به البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل تفسير إرادة من وضع شروط العقد باعتباره الطرف الأقوى الذي يذعن له الطرف الضعيف[3].

وهذا ما جعل أنصار النظرية اللاتعاقدية لعقود الإذعان ينعتون هذه الأخيرة بعدم وجود إرادة مشتركة لدى المتعاقدين أثناء تكوين العقد، حيث تهيمن إرادة واحدة في تحديد شروط العقد في غياب أية مساواة اقتصادية أو تقنية وغياب أية مناقشة أو مفاوضات، فهو من التصرفات التنظيمية التي توضع بشكل انفرادي لتفرض على الأشخاص الخاضعين لها[4].

1- **ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر**، المرجع السابق، ص 06.

2- **محفوظ لعشب، المرجع السابق**، ص44.

3- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص 232.

4- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص17-18.

فموقف ريمون سالي من عقود الإذعان

يعتبر ريمون سالي من فقهاء القانون المدني اللذين تأثروا بالقانون الألماني وتشبع بفكرة إعلان الإرادة بشكل انفرادي، والنسبة إليه فإن عقود الإذعان ليس لها من الصبغة التعاقدية إلا الاسم[1] انطلاقا من فرضية أن هذه العقود أحادية الجانب لا تأخذ مصدرها من توافق الإرادتين، وإنما ناتجة عن إرادة الموجب وحده، وهي الإرادة الغالبة في حين أن إرادة القابل لا تستطيع تغيير طبيعة العقد لأنها لا ترقى لأن تكون عنصر تأسيسيا في تكوين العقد، وإنما بيانا تكميليا لتنفيذ العقد من طرف من قام بإعداده[2].

فالواقع أن سالي أول من تعمق في فهم روح هذه الاتفاقات وأطلق عليها اسم عقود الإذعان بحيث انطلق من فرضية أن هذه العقود مجرد تصرفات أحادية الجانب وليس لها من الطابع التعاقدي أي شيء، وفي معرض تحليله لعقد الإذعان ارتأى تقسيمه إلى مؤسستين قانونيتين، الإعلان عن الإرادة والإعلان بإرادة منفردة، ومجمل القول أن إرادة الموجب هي الإرادة الغالبة في حين إرادة القابل لا تسطيع تغيير طبيعة العقد ومن ثم فإن الصبغة التعاقدية لعقود الإذعان غير ثابتة عنده.

وموقف ديجي من عقود الإذعان

يعتبر الفقيه ديجي من فقهاء القانون العام على عكس الفقيه سالي ويتفقان على نفي الصبغة التعاقدية على عقود الإذعان، إلا ان ديجي لا يعتبر إرادة الفرد قادرة لوحدها على خلق قانون لاعتماد هذا الأخير على الضرورات الاجتماعية[3] أو ما يعرف بالمصلحة العامة.

وعليه فإن تأسيس شركة تضع الضرورات الاجتماعي كأولويات في أنشطتها وتخلق الآليات العملية لتنظيم أنشطتها وتنميتها في شكل قواعد أساسية، فإن هذه القواعد تأخذ الصبغة القانونية وبالتالي فإن إذعان الطرف الآخر إنما هو عملية لا تخرج عن إطار التطبيق العادي لقانون موضوعي.

ومن ثم فإن الإرادة لا يمكنها أن تأخذ القيمة القانونية إلا بعد أن تأخذ بعين الاعتبار عند تصرفها الضرورات الاجتماعية، لذا فهو يقر بضرورة منح القضاء اختصاصات صريحة وسلطة لمراقبة الشروط التعسفية والحد من إجحافها.

1- **محمد شاكر محمود**، الوسائل القانونية لحماية المستهلك في عقود الإذعان دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القلم، كركوك، 2019، ص138.

2- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص20.

3- **لعشب محفوظ**، المرجع السابق، ص45.

أما موقف هوريو من عقود الإذعان

يرى هوريو أن عقد الإذعان تصرفا قانونيا تعرضه جماعة وتحصل على صيغته التنظيمية من المؤسسة المكونة مسبقا تحت طائلة العقوبات الزجرية، فالمؤسسة هي المصدر لعقد الإذعان الذي يعتبر تصرفا قانونيا ذلك أن المؤسسة موجودة قبل إبرام التصرف مثل عقود الاشتراك في الغاز والكهرباء.

والنتيجة أن الطريقة المتبعة في إبرام هذا النوع من التصرفات هي الانضمام إلى شروط مهيأة بشكل مسبق من طرف أحد المتعاقدين، ولا يبقى من حق الراغب في هذا الانضمام إلا الخضوع المطلق لتلك الشروط أو رفض التعاقد، ويترتب على ذلك أن القبول بمعناه الكلاسيكي لا وجود له.

وعليه يتحتم تفسير النظام الداخلي للمؤسسة بنفس الأسلوب الذي يفسر به القانون وتراعى في تطبيقه العدالة وحسن النية[1].

ثانيا: أنصار النظرية التعاقدية

إن عقود الإذعان تولد بواسطة إرادة الموجب وإرادة المذعن فهو نتاج إرادتين ويتلخص الأمر في إشكالية تحديد مصطلحات لا أكثر لأن الإذعان ما هو إلا تعبير عن القبول، وإذا كانت الطريقة التي يطرح بها الموجب إيجابه توحي بأن حريته في المساومة والمناقشة منعدمة إلا أن الحقيقة أن للمذعن دور في إبرام هذا النوع من العقود من عدة نواحي:

- أن العقد بطريق الإذعان لا يفرض كالقانون، والنتيجة أن المذعن غير مجبر على التعاقد لأن إرادة الموجب ثابتة ومستقرة والفرد هو الذي يتوجه نحوه.
- أن الإرادة لا تنمحي بصفة مطلقة لمجرد أنها تظهر محتشمة أحيانا لأنه يمكنه مناقشة جزء من شروط العقد، مثلا في عقد التأمين مدة ونوع التأمين والمستفيد، وفي بعض العقود الأخرى تقبل كما أملاها الموجب أو ترفض جملة واحدة.
- أن القبول لا يعني بالضرورة الضغط والإكراه ذلك أن التظاهر بالضعف قد يخفي أحيانا الرغبة في الحصول على بعض الامتيازات.
- أن الاجتهاد القضائي خلص إلى أنه طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإن الطرف المذعن متى قبل الشروط المعروضة عليه من الطرف الأخر ووقع عليها، فالتوقيع يفسر ذلك بالقبول هذا القبول هو الذي يكون العلاقة القانونية[2].

1- لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 46.

2- العربي مياد، المرجع السابق، ص23-24-25-26.

- أن عقد الإذعان ليس بالعقد الوحيد الذي يحوي هذه الظاهرة ذلك أنها موجودة في العقود التي يعقدها ناقص الأهلية، ويضطر أحد طرفيها لقبولها على كل مافيها من غبن أو سعر محدد[1].

ففي نظر أصحاب هذه المدرسة وهم الكثرة يفترض أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده.

وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، ولا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع مما أدى إلى وضع قواعد ذو طبيعة خاصة به تراعي عند انعقاده وتنفيذه وتفسيره بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة، من حيث اعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ومن حيث تفسير الشك الذي يكتنف عبارته لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أم مدين[2].

وقد وقف الفقه العربي موقفا مناصرا للصفة التعاقدية[3] **يقول السنهوري:** أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أحد المتعاقدين ضعيف أمام الأخر، فإن هذه الظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها[4].

بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ويكون ذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معا: الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة تعسف والجشع من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان، وذلك بإبطال الشروط التعسفية التي درج المحتكرون على وضعها في هذا النوع من العقود[5].

وهو نفس رأي أصحاب المدرسة التوفيقية في عقود الإذعان التي لم تأتي برأي موحد وإنما بعدة آراء متنوعة بحسب تعدد أقطاب هذه المدرسة أمثال ديموج وجونو ولويس لوكاس وديرو، لكن الخلاصة

1- **عبد المنعم البدراوي**، النظرية العامة للإلتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبنانية والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص119.

2- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص232.

3- **سليمان مرقس**، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، 1998، بيروت، ص 124.

4- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 153.

5- **أنور سلطان**، المرجع السابق، ص52.

العامة التي تصل إليها هذه النظريات التي عالجت الطبيعة القانونية لعقود الإذعان أنها لم تستطع نفي الطابع التعاقدي لهذه العقود، إلا أنها ركزت على جانب القبول في هذه العقود الذي قد يتخذ شكل الإذعان والتسليم دون أن يصل إلى حد الإكراه أو الاستغلال.

ففي اعتقادهم أن الإذعان لا يمحو الإرادة من جذورها بل قد يؤثر عليها ولكن في مقابل الإصلاحات التي يدخلها المشرع للحد وإلغاء الشروط التعسفية، تكون الحلقة المنقوصة في القبول قد اكتملت وجعلت الضعف الذي يوجد فيه الطرف المذعن محمي من طرف الدولة [1].

الفرع الثالث

خصائص عقد الإذعان

لقد كان للتطور الصناعي والإجتماعي اثرا بالغا على مصير العلاقات التعاقدية والتي أبرزت بالملموس عجز مدونة نابليون ومن خلالها مختلف القوانين المدنية المتأثرة بها على التصدي لتنظيم ما فرضه هذا التقدم ومجابهة الواقع المعاش، والنتيجة الحتمية أن مفاتيح العقد لم تبقى ذاتها.

فبالرغم من الجدل حول تحديد تعريف دقيق وموحد لفكرة الإذعان إلا أن تحديد ما إذاكان العقد المقرر دراسته من عقود الإذعان أم لا، يتطلب تحديد الخصائص المميزة لهذا النوع من العقود، حيث إعترف المشرع الجزائري بعقود الإذعان، إذ قضت المادة 70 من ق. م بكيفية حصول القبول فيه.

أولا: الخصائص المشتركة لعقد الإذعان بالعقود عامة

يتميز عقد الإذعان بخصائص عامة قد يشترك فيها مع بقية العقود ولها دور مهم في رسم ملامح تكوين العقد، ويمكن بيانها وفق الشكل الآتي:

1-عقد الإذعان من العقود الرضائية

من المعلوم أن الأصل في أغلب العقود هو مبدأ الرضائية ولا يشذ عن هذا الأصل عقد الإذعان، وعلى الرغم من أن الشروط التي يتضمنها العقد هي شروط تعسفية ولا تقبل المناقشة أو التفاوض، إلا أن صفة الرضائية حاضرة في هذا العقد بغض النظر عن تفاصيلها وجزئياتها وعلى الرغم من أن عقد الإذعان غالبا ما يكون معد سلفا أي مكتوب، إلا ان اساس الإلتزام التعاقدي فيه هو رضائي.

وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء ضرورة عدم الخلط بين الشكل الذي يفرضه القانون لإثبات العقد والشكل الذي يفرضه نشوئه، فمن أجل أن يكون العقد رضائيا إشترط القانون شكلا معينا

1- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص27-34.

لإثباته مادام التراضي وحده يكفي لإنعقاده، وهو ما عليه الحال في عقود الإذعان الذي يكفي لإنعقاده إرتباط الإيجاب العام مع قبول الأفراد بعقد معد سلفا ليكون وسيلة إثبات[1].

2-عقود الإذعان من عقود المعاوضة

إن عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي ويعطي مقابلا لما يأخذ كالبيع وبخلافه الهبة حيث لا يأخذ المتعاقد مقابلا لما يعطي، وعلى الرغم من أن التفوق الإقتصادي الذي يتمتع به الموجب يجعله بموقع مؤثر مما يفرض إلتزامات على الطرف الضعيف أكبر من التي يلتزم بها أو يحصل على حقوق ومصالح أكبر، إلا أن هذا الإختلال بالتوازن العقدي لا يزيل صفة المعوضية من العقد فلا يمكن تصور عقد الإذعان بأنه من عقود التبرع[2].

3- عقود الإذعان من العقود الملزمة للجانبين

عقد الإذعان عقدا تبادليا كما بينا فهو من عقود المعاوضة وبالتالي يكون من المنطقي أن يكون من العقود الملزمة لجانبيه، ويمكن القول إن خاصية التبادل الموجودة في عقد الإذعان تعتبر دافعا للمشرع للمحافظة على توازن الإلتزامات العقدية بين طرفيه[3].

وبالتالي إذا أصاب هذا الميزان خللا ما بدافع التفوق الإقتصادي أو الفني الذي يمتلكه الطرف القوي يكون ذلك مبررا لتصحيح المسار، وتصحيح ذلك الإختلال بإرجاع صفة العقد إلى مسارها الصحيح فيكون هذا عقدا تبادليا.

4- عقود الإذعان من عقود المدة

يقسم الفقهاء العقود من حيث إستمراريتها إلى عقود فورية التنفيذ كالبيع وعقود مستمرة كالإيجار أو دورية كعقد الوديعة، وعند تفحص عقود الإذعان يمكن القول إن أغلب صوره من عقود المدة.

ففي مجال العمليات المصرفية فإن عقد الحساب الجاري والذي تستمر العمليات القانونية بموجبه بين المصرف والعميل فترة من الزمن ولا يشرعان بالتنفيذ في إلا بعد إقفال الحساب، وكذلك العقد المصرفي المتعلق ببطاقة الإئتمان، حيث يعتبر كذلك من عقود المدة المستمرة التنفيذ.

1- **محمد صبري سعدي**، المرجع السابق، ص123.

2- **عبد المنعم البدراوي**، المرجع السابق، ص53.

3- **يمينة بليمان**، المرجع السابق، ص111.

وإن إعتبار عقود الإذعان من عقود المدة عنصرا مهما في حماية الطرف الضعيف خلال فترة العقد المستمرة، فتذخل المشرع لتصحيح إختلال التوازن يجد أثره البالغ إن كان العقد من العقود مستمرة التنفيذ.

ثانيا: الخصائص الذاتية لعقد الإذعان

إن كثرة عقود الإذعان وتشعبها وإرتباطها بعدة أنواع من المعرفة يجعلنا نقول انه لا بد من الحديث عن قانون العقد وليس قانون العقود إذ لكل عقد خصوصياته ومميزاته، وبالنظر لتغلغل فكرة الإذعان في العقود فإن عناصر الإذعان تكمن في معرفة أجزائه المكونة منه.

وعقد الإذعان حتى يسمى إذعانا لابد أن ينطوي العقد على شروط تفرض من طرف المحتكر ولمصلحته، فلا يمكن مناقشة شروط العقد الأساسية، والأهم أنه ليس من السهل على الطرف الضعيف صرف النظر عن الخدمة أو السلعة المفروضة من طرف المحكتر.

وعليه فإن الخصائص الذاتية المميزة لعقد الإذعان يمكن إجمالها في: إيجاب موجه للعموم، التفوق الإقتصادي والتقني، حالة الضرورة

1- إيجاب موجه للعموم

لقد جاء في موسوعة دالوز أنه توجد إلى جانب العقود العادية عقود أعدت مسبقا موجهة للجمهور بإبرام إقتراح عقد[1] حسب شكل موحد، ولا يمكن قبولها إلا جملة واحدة مع إستحالة التفاوض حول أي من شروطها العامة[2].

فالإيجاب في عقد الإذعان إيجاب بالعقد لا يعوزه لقيام العقد إلا الإذعان إليه وقبوله دون إمكانية المناقشة أو المساومة أو المفاوضة بشأن عناصره وشروطه على أساس أن تحديد محتوى العقد يدخل في إختصاص المحتكر، وهو الطرف القوي فعلي كان أو قانوني يتوفر على إمكانيات مادية وبشرية قادرة على دراسة السوق بشكل يجعله قادر على التحكم في العرض والطلب ولو بطريقة نسبية، بشرط أن سريان هذه الشروط بإعتبارها جزءا من الإيجاب يالعقد تتطلب إعلانها للعموم دون تمييز بينهم وبشروط موحدة للجميع حتى يتمكن المذعن المحتمل من العلم بها[3].

1- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 83.

[2].l'offre doit enfin être identique pour tous les destinataires, avec les mêmes conditions et d'une manière constante. Ainsi l'acceptation ne peut être qu'une adhésion à ce que dicte l'auteur et que l'acceptant n'a d'autre choix que de prendre ou = =de laisse **Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion,. Etude comparée des droits français et koweïtien, Thèse** Ecole doctorale Droit, science politique et histoire, **université de Strasbourg, 2017, p**270

3- العربي مياد، المرجع السابق، ص253-256

وعلى ذلك فالإيجاب هو عرض أو تصرف قانوني بوجهين، الوجه الأول من أنه موجه إلى شخص آخر أو إلى العموم وهذا هو المظهر الخارجي به بحيث لاتكون له قيمة قانونية مالم يحظى بالقبول، أما الوجه الثاني فيتمثل في تحقيق هدف معين يتمثل في إبرام العقد بحيث يتضمن العناصر الأساسية للإلتزام وكذا الشروط المشروعة الأخرى التي سيبرم على ضوئها العقد، وهذا هو المظهر الداخلي للإيجاب وغالبا ما تكون معدة مسبقا في صيغة قالب نموذجي مطبوع كثير البنود تخدم وتفيد أغلبها مصالح الموجب[1] والتي قلما تخدم مصالح المستهلكين[2].

2- التفـوق الإقتصـادي والتقنـي لأحد الأطراف

عقد الإذعان نتاج محض لإرادة منفردة[3] لأحد الأطراف ومن أهم مميزاته أنه يتم إعداده من طرف الموجب الذي يوجد في وضعيه إقتصادية وتقنية متفوقة بصفة إنفرادية، أو من خلال إتحاد مع مؤسسات تجارية وإقتصاية فيخوله إحتكارا قانونيا أو فعليا الذي يستفيد منه[4].

فالإحتكار يعني القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم إنصراف المتعاقد الآخر عند التعاقد، نظرا لأنه لن يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر ولكن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة، كما يفرضه عليه إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون له سيطرة عليها مما تجعل المنافسة ضيقة ومحدودة.

إن الإحتكار نجم عنه عقود نموذجية[5] متضمنة لمقتضيات وشروط جاهزة ونهائية تتميز بتغليب مصلحة الموجب، خصوصا وأنه يتم عهد إعداد الشروط إلى أشخاص أكفاء متخصصين في مجالات علمية متنوعة كالقانون والإحصاء والإقتصاد في مواجهة الطرف الضعيف الذي يجهل كل الجهل بشروط العقد أو تقنيته المعقدة، فهذا التفوق يجعل محل التعاقد ذو طبيعة إقتصادية تجارية بصفة عامة مثل مرافق النقل الجوي، البحري، مرافق التوريد، العقود البنكي.

والحاصل أن الحرية الإقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية فكان من نتائجها عقد الإذعان الذي أصبح العمل به واسعا في المجتمع المعاصر، ومن الطبيعي أن يقود ذلك التطور الصناعي

1- **شريف الطباخ**، التعويض عن الإخلال بالعقد – التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء- طبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005، ص134.

2- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص230.

3- **لعشب محفوظ**، المرجع السابق، ص65.

4- **عبد المنعم فرج الصده**، المرجع السابق، ص58.

5-**Adrian popovici** : les contrrats d'adhésion un probléme dépassé in Melange Louis Boudain p.162.

والتقني إلى جعل المتفوق إقتصاديا والزبون في وضعيه غير متكافئة ومتناقضة بفضل خبرته وحنكته في التعامل من التحايل على المستهلك الذي يلجأ إليه بدافع الثقة أو جودة الخدمات من جهة.

أو الحاجة الملحة للخدمة محل التعاقد في غالب الأحيان بوضع شروط ومقتضيات على درجة من الوضوح والتعقيد في ذات الوقت من جهة أخرى ، على أنه قد يترك له مجالا من الحرية لإضافة بعض الشروط الخاصة من دون أن يفيده ذلك في تجنب بعض الشروط التعسفية أو شروط الإعفاء من المسؤولية ما يجعله يتعاقد وهو عاجز عن مناقشة شروط العقد.

3- حالة الضرورة

لقد ترجم المصطلح الفرنسي Contrat d adhésion أنها عبارة يقصد بها الإضطرار في القبول[1] بفضل الغلبة الإقتصادية، وهو ما يفيد الإنقياد والموافقة الطوعية أو الرضا بالعقد من الجانب القانوني[2]، فلا غرو أن الرضوخ لتعاقد بهذا النوع من العقود تفرضها طبيعة المعاملة وأطرافها على إعتبار أن المهم بالعقد ليس الشخص العارض، وإنما محل التعاقد المتعلق بسلعة أو مرفق أو خدمة مطلوبة بإلحاح من الجمهور، وتعتبر من الضروريات الأساسية للمستهلكين أو المنتفعين بحيث لا يكون لهم غنى عنها ولا تستقيم مصالحهم بدونها[3]. مما يجعله محرك عجلة الإقتصاد الوطني أو الدولي.

فخصوصية عقد الإذعان تتلخص في حالة الضرورة[4] مما مكن الطرف الآخر أن يملي شروطه وهو في وضعية مريحة، هذه الضرورة جعلت من الطرف المذعن في حالة قبول متجدد في مقابل ايجاب الدائم الذي يوجد به المحتكر المحترف، لذا فإن التصرف الإرادي في هذه الوضعية يكون إضطراريا يأخذ شكل إذعان الذي قد يقرب الرضا وإن كان لا يماثله، مما يجعل القبول جملة واحدة بمحتوى العقد دون إمكانية المناقشة، التحديد الأحادي لمحتوى العقد، وأن يكون الطرف الأقوى محتكرا للسلعة[5] والخدمة[6].

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص245 .

2- محمد شيلح، تأويل العقود في قانون الإلتزامات والعقود، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبدالله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، فاس، 1995-،1996، ص 287.

3- شريف الطباخ، المرجع السابق، ص135.

4- Francois Collant Dutulluel, philippe Delebeque : Contrats civils et commerciaux 2é éd précis Dalloz 1991 p.585.

5- السلعة هي كل شئ مادي وملموس قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا.

[6]- **الخدمة** تتلخص في أي نشاط أو منفعة معروضة وهي في الأساس غير ملموسة ولا ينتج عنها أي ملكية يمكن أن تكون مرتبطة أو غير مرتبطة بمنتج مادي .

الفصل الثـاني

علاقـة العقـد الاقتصادي بفكـرة الإذعـان

من المفاهيم شائعة الاعتقاد أن العقد الاقتصادي هو دراسة المال فقط والواقع أن أحد أغراض الأساسية للعقد الاقتصادي هو تفسير اختلاف كافة السلع والخدمات والتي تقدر بوحدات من المال لكن على عكس هذا المفهوم الشائع فإن العقد الاقتصادي أشمل من مجرد دراسة المال، إذ يمكن تعريفه في أوسع نطاقاته بالمقارنة مع التطور الاقتصادي في العصر الحديث، بأنه دراسة عمليات التبادل[1] التي لها أثر كبير في ولادة الكثير من العقود التي يحتاجها الأفراد في حياتهم اليومية بهدف اللحاق بركب عجلة التطور التكنولوجي.

إن هذا النوع من العقود في الحقيقة لا تعدو أن تكون كسائر العقود المعروفة تتميز بعدة خصائص إضافية جاءت وليدة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها منتصف القرن 19 والقرن 20، ذلك أنه امام التطور التكنولوجي والتحولات الإيديولوجية طغى على السطح وبصفة بارزة ضرورة إعادة النظر في النظرية الكلاسيكية للعقد، قصد جعلها مسايرة بصفة إيجابية للطفرة التي عرفها عالم المعلومات والحاسوب وغزو الفضاء والأقمار الصناعية وبصفة عامة العولمة.

إذ كيف يعقل أن تتم المعاملات الحديثة عن طريق الأنترنيت والفاكس ويبقى العمل على مستوى المعاملات المدنية والعقارية حبيس ما تضمنه قانون نابليون، أو حتى الفقه التقليدي المعتمد أساسا على ما راج بمجلس العقد والمفاوضات المباشرة على شروط العقد وملحقاته.

فلا شك إن إعداد عقود قادرة على مواكبة الإقلاع الاقتصادي والاجتماعي وكذا هيكلة المقاولات الوطنية والدولية يتطلب بالضرورة مهنية واحترافية لا محل للاعتبار الشخصي فيها، وهو ما جعلنا نستشف السمة البارزة لفكرة الإذعان في العقود الاقتصادية، وكذا خطورتها في ذات الوقت على اعتبار أن أطرافها غير متكافئين من حيث القوة الاقتصادية أو التقنية، إذ من جهة نجد محتكرا قويا ومن جهة ثانية مستهلكا ضعيفا في جل الأحوال .

ولا غرو أن هذا المنحى فرضه التطور المضطرد الذي عرفته مؤسسات العقود انسجاما مع ما عرفه العالم المعاصر من قفزة نوعية في مجال الاتصال والعولمة، يعد تراجعا للسياسة الحمائية التي كانت سائدة قبل الثورة الإعلامية وما نجم عنها من سقوط للمفهوم الجامد للسيادة والحدود، وبزوغ العقود الحديثة التي تجاوزت المفاهيم التقليدية في مدونة نابليون.

1-روبرت ميرفي، دروس مبسطة في الاقتصاد، ترجمة، رحاب صلاح الدين، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، 2013، مصر، ص14.

وتعتبر عقود النقل والتأمين والبنوك على أنواعها من النماذج البارزة التي نتحدث عنها بالإضافة لبعض العقود الخاصة كعقود المعلومات من الحاسب الآلي، البرامج الخدمات وعقود الاستهلاك وغيرها من العقود التي تبرمها شركات كبرى او شركات متعددة الجنسيات والتي لا تخلو من الشروط التعسفية والتي يصعب معالجتها بالاعتماد على مقتضيات الشريعة العامة .

إن هذا التفوق خول الطرف المحتكر إمكانية فرض شروطه على الطرف الأخر حتى ولو كانت مجحفة، لاسيما وأن من مميزات العقد الاقتصادي الصياغة المنفردة من جانب الموجب بالعقد مما يبرز اختلال التوازن بين طرفي العقد بحكم الوضعية الاقتصادية والتقنية لكلاهما، وكذا الاحتكار الذي يستفيد منه الموجب بالعقد.

فأصبحت الحاجة إلى السلع والخدمات من الأساسيات والأولويات التي لا غنى عنها ولا يمكن تجاهلها، وإن هذه السلع والخدمات التي تقدم للمتعاقد الضعيف في العلاقة التعاقدية ذات قيمة اقتصادية كبيرة وتحتاج إلى رؤوس أموال وشركات ضخمة، فضلا على ما تمتاز به من تفوق علمي وذات موضع احتكار قانوني أو فعلي ولا تقبل المنافسة، مما أتاح فرص فرض شروط على الطرف المذعن ولم يمنح للمتعاقد الضعيف فرصة الاستغناء عنها واللجوء إلى التعاقد مع شركات أخرى لكون المنافسة في تقديم الخدمات محدودة النطاق هذا من ناحية. **المبحث الأول**

ومن ناحية أخرى حاجة المتعاقد الضعيف الاضطرارية إلى هذه الخدمات مما يجعله يقبل الشروط المجحفة[1] بدون مناقشة، كل ذلك جعل من إبرام العقد الاقتصادي واقع محتم يؤدي إلى تثبيط همم الأطراف الضعيفة بإقدامهم على إبرام تلك العقود تلبية لاحتياجات اقتصادية رغم يقينهم أنهم ضحية عقد غير عادل.

وللإشارة فإنه بمجيء الإسلام أعاد الأمور إلى نصابها وأقام العقود على أصلح المبادئ رعاية لمصلحة العباد، فقرر الملكية على أساس من العدل وإلى انتقالها بسند من الحق، وبسبب من الشرع لا من الغصب والغلبة والقهر، وبتحليل هذه القاعدة تتضح المفارقة بين العقد الاقتصادي والعقد في مفهوم الشريعة الإسلامية في المبادئ الأساسية التالية:

1- بورصاص أمينة، نطاق الحرية التعاقدية في عقد البيع بالإيجار، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 05، قسنطينة، 2018، ص350.

1-حرية التعاقد

من خلال الحرية في أصل التعاقد فقد جعل الشرع الرضا الأساس الذي تبنى عليه العقد واعتبر الإكراه من صور العقد الباطلة، وبالنظر للعقود الاقتصادية الحديثة فالحرية مكفولة إلا أن اشتمالها على الاحتكار وحاجة المستهلك إلى السلعة قد يقدح في كمال هذه الحرية

2- حرية العاقد في إتمام العقد أو رفض إبرامه:

وهذه الحرية ثابتة لكلا العاقدين مادام في مجلس العقد لقوله صلى الله عليه وسلم " البيعان بالخيار مالم يتفرقا ...."" فإن تفرقا لزم العقد إلا أن يشترط أحد العاقدين الخيار بعد تمام العقد وانقضاء المجلس، وفي العقود الاقتصادية يتبين أن الحرية غير محققة لأن الطرف القوي عليه الالتزام بتقديم الخدمة أو السلعة لكل من تتوفر على الشروط وهو التزام قانوني اقتضته الطبيعة الاحتكارية.

3-إختيار الشخص المتعاقد:

لقوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1] فللعاقد الحرية في إبرام عقوده مع من يرتضي من الناس، وعكس الصورة نجدها في عقود الاقتصادية الحديثة لأن المستهلك مضطر إلى التعاقد مع محتكر السلعة أو الخدمة لانعدام المنافسة، وبالتالي تنعدم لديه الخيارات في السلعة أو الخدمة لانعدام المنافسة، وبالتالي تنعدم لديه الخيارات في اختيار من يتعاقد معه.

4- الرضائية:

أي أن تكون الإرادة وحدها قادرة على إنشاء التصرف مجردة عن أي شكلية **لقوله تعالى﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾** [2] **وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾**،على عكس عقود الإذعان إذ يقدح فيها مبدأ الرضائية من وجهين الأول فيما يتعلق بأصل التراضي إذ يظهر فيه الإكراه الاقتصادي، والثاني يتعلق بالشكلية فإن التعاقد يجري وفق شكل نمطي في شكل نماذج معدة مسبقا.

1- سورة النساء، الآية 29.

2- سورة النساء، الآية 04.

5- حرية الإرادة في إنشاء عقود واشتراط ما يلاءمها:

إن الشرع جعل من إرادة المتعاقد قوة ملزمة إلا مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل لها أثار **لقوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾**[1] **وقوله تعالى﴿ وَأَوفوا بِالعَهدِ إِنَّ العَهدَ كانَ مَسئولًا ﴾**[2]، ما يعني أنه لا يمكن للمتعاقدين اشتراط ما يخالف مقاصد الشرع والإبقاء على كل عمل مباح، بينما عقود الإذعان ينفرد فيها الموجب بفرض ما يشاء من شروط، وغالبا ماتكون تعسفية وتخل بالتوازن العقدي لأنها تعطي نفعا مفرطا لأحد المتعاقدين.

لذا وصفت بأنها من الشرائع المتطورة تطورا بالغا لأن طريقة معالجتها لشؤون الحياة تعتمد على منطق العقوبة ورصد الجزاءات الأخروية، فضلا على دعوة الإنسان للتمسك بالفضائل الرفيعة ومكارم الأخلاق.

وأمام هذه المفارقة فإن العقود الاقتصادية لما تتصف به من الحركية المتواصلة والتطور المطرد أضحت واقع محتم على إثرها تحكمت القوة الاقتصادية القوية في القوى الضعيفة، وخضعت هذه الأخيرة للهيمنة فأصبحت النظرية العامة للالتزامات قاصرة عن مواكبة التطورات الحاصلة[3]، مما أثر على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، فأختل ميزان العدل التبادلي وظهر الاحتكار والميل إلى تركيز الملكية بكافة صورها في يد فئة قليلة.

مما أدى إلى تفاوت اقتصادي واجتماعي خطير وضعف ظاهر من ناحية الحرية التعاقدية فبدلا من أن تتحقق الحرية للطرفين أصبح أحدهما يعرض شروط العقد على الآخر، ومن ثم جاء العقد تعبير عن إرادة واحدة وليس إرادتين متساويتين، واختفى بذلك مبدأ المساواة بين الأفراد الذي كان إلى وقت غير بعيد سمة من سمات المذهب الفردي. **المبحث الثاني**

المبحث الأول

مجال ارتباط العقود الاقتصادية بفكرة الإذعان

يعتبر العقد من الناحية الاقتصادية أداة لتبادل القيم فلا يمكن لأي طرف خارجي عنه البحث عما إذا كان العقد أبرم على نحو يضمن الربح لكلا الطرفين، لأن هذه الغاية كامنة في نفس المتعاقد وتضمنها حرية التعاقد.

1- سورة المائدة، الآية01.

2- سورة الإسراء،الآية 34 .

3- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص226.

إذ تقوم النظرة الاقتصادية للعقد على تكريس صريح لهذه الحرية كمصدر للقوة الملزمة للعقد على اعتبار أن التوازن الاقتصادي للعقد هو التوازن الذي أراده كلا الطرفين، إلا أن صفة هذا التوجه تنحصر في حالة تكافؤ المراكز القانونية لأطراف العقد كشرط أساسي يكفل الحرية الفعلية للمتعاقد في إبرام العقد، وتحديد مضمونه مما يجعل هذه النظرية من دون أثر في جميع الحالات التي تكون فيها المراكز القانونية للمتعاقدين متباينة[1].

فنظرا للتطور التكنولوجي والاقتصادي الحاصل وتطور المجتمع بهدف اللحاق بركب المجتمعات المتقدمة تكنولوجيا[2] برزت فئات متفاوتة في المراكز التعاقدية، فأصبحنا أمام معاملات تشمل فئة قوية متمثلة في المحترفين من جهة وفئة ضعيفة متمثلة في المستهلكين من جهة أخرى.

فاختل التوازن العقدي بشكل ملحوظ بحيث ترك بصمته على النظام القانوني التقليدي للعقود في مقابل زيادة حركة العقود من الخاص إلى التخصص، مما جعل من العقود الاقتصادية تنطوي على لا تكافؤ قانوني وعلى لا تكافؤ اقتصادي يرجح لصالح الطرف القوي اقتصاديا الذي يملك التكنولوجيا ورأس المال وخبرات تقنية وإدارية وتكنولوجية تخلق صراع قانوني[3].

فبرغم من أن العقد الاقتصادي يعتبر وليد الحاجة الماسة لتمويل الاستثمارات لدى المتعاملين الاقتصاديين في تحقيق مشاريعهم سواء لتمويل العقارات أو المنقولات[4]، إلا أن ما يفرضه الطرف القوي من التزامات وشروط على المستفيدين تثقل كاهلهم، وهو ما يجعل لهذا النوع من العقود خصوصية تفتقد لمبدأ المساواة بين المتعاقدين تميزه عن سائر العقود المبرمة في نطاق العلاقات الاقتصادية[5].

1- عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 ، ص 35.

2- محمد السويدي، مقدمة في دراسة المجتمع الجزائري: تحليل سوسيولوجي لأهم مظاهر التغير في المجتمع الجزائري المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 1990، ص97.

3- فارح وليد، بن أحمد الحاج، عقود الدولة الإقتصادية بين التوطين والتدويل، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد1، جامعة سعيدة، 2021، ص333.

4- قحموص نوال، خصوصية العلاقة العقدية في التشريعات الخاصة – دراسة حالة-، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، الجزائر، 2020، ص 216.

5- قحموص نوال، المرجع السابق، ص227.

المطلب الأول

النطاق الشخصي للعقد الاقتصادي

لقد تطورت العلاقة بين الدائن والمدين في نظرية العقود حيث كانت العلاقة العقدية تتصف بأنها عقود مساومة تبرم بعد مناقشة الشروط والبنود بين الطرفين، ثم تحولت هذه العلاقة في ظل العقد الاقتصادي على أنها عقود تقوم بين **محترفين ومستهلكين**، يجد المستهلك نفسه ملزما بالانضمام إلى العقد الذي أعده المحترف سابقا.

ويكون بذلك العقد الاقتصادي وإن لم يخرج عن كونه اتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني شأنه في ذلك شأن باقي العقود الأخرى، إلا أنه ينفرد عنها من حيث طبيعته الخاصة لأطرافه المتعاقدة إذ يدخل **المستهلك** كطرف ضعيف في علاقة قانونية مع **محترف** انطلاقا من إبرام العقد بيد أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة.

وعليه فإن التشريعات الحديثة قد حددت الأشخاص اللذين تربطهم علاقة في إطار إبرام العقود الاقتصادية والمتمثلة في **المحترفين والمستهلكين**، وانقسم رأي التشريعات الحديثة بخصوص هذا الرأي إلى اتجاه الواسع واتجاه الضيق.

يتزعم الاتجاه الواسع القانون الألماني المؤرخ في 1976/12/09 المتعلق بالشروط العامة للعقد، وهو يقرر الحماية لكل من كان طرفا في عقد الإذعان مستهلك كان أو محترف، لأنه لم يكن بمقدوره مناقشة شروط العقد.

فلا يولي أهمية لأطراف العقد إذ توجب الحماية للطرف الذي لم يتمكن من مناقشة مضمون العقد بشكل حر ولا يهم بعد ذلك مركزه القانوني، وعليه فإن الحماية من الشروط التعسفية وفقا لمنظور هذا الاتجاه لا تقتصر على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، بل تشمل العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم.

وعليه وبحسب هذا الاتجاه فإن المستهلك يشمل كل شخص يبرم تصرفا قانونا من أجل استخدام سلعة أو خدمة لأغراضه الشخصية، أو في أغراضه المهنية خارج نطاق تخصصه لكن لخدمة مشروعه الاحترافي أو الإنتاجي، وهذا بهدف بسط الحماية القانونية الخاصة بالمستهلك إلى المحترف الذي يبرم تصرفات قانونية خارج مجال تخصصه ولكن تخدم مهنته.

وأما الاتجاه الضيق فيرى أن المستهلك كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة، بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية فالمعيار الذي

تقوم عليه الفكرة، هو تخصيص السلعة أو الخدمة للاستعمال الشخصي[1] بحيث لا يعد مستهلكا كل من يتعاقد لإشباع حاجات مهنته[2].

وبهذا فإن مواجهة الشروط التعسفية طبقا لهذا الاتجاه تقتصر على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وأيده في ذلك المشرع الفرنسي بموجب قانون 01 فبراير 1995 بعبارة تصب في نفس السياق " **العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين**"[3].

غير أنه باستقراء نصوص القانون رقم 04-02 فإن موقف المشرع لم يأتي واضحا فمن خلال المادة 01 من القانون يتضح أن المشرع أخذ بالاتجاه الواسع الذي أخذ به القانون الألماني، حيث جاء في نص المادة " **تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه**".

ثم المادة 3 الفقرة 4 التي تحدد المقصود بالعقد فعرفته بأنه" **كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**".

فيظهر هنا أن كل من كان طرفا في عقد الإذعان يستفيد من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية كانت العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، أو العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، غير أن المادة 29 من قانون 02/04 المحدد للممارسات التعاقدية التعسفية تنص على أنه " **تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع.....**".

وهذه المادة تقتصر على تقرير الحماية القانونية في إطار مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف، ولم تشر إلى العقود المبرمة فيما بين المحترفين أنفسهم، وفي هذا إشارة واضحة على تخصيص الحماية على العقود المبرمة بين المستهلكين[4].

كما تجدر الإشارة إلى أن اهتمام المشرع بوضع تعريف دقيق للمستهلك[5] دلالة على التقنين الواضح للاتجاه الضيق، لأن التشريعات التي تأخذ بالاتجاه الواسع لا حاجة لها في وضع مثل هذا

1- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسةمقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص23.

2- محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص99.

3- شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، العدد02، الجزائر، 2017، ص 154.

4- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 155.

5- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص25.

التعريف على أساس تخصيص الحماية لكل من كان طرف في عقد الإذعان، بصرف النظر عن المركز القانوني - مستهلك/محترف-.

وبهذا فإن **موقف المشرع** جاء مضطربا حيث جمع بين الاتجاهين الضيق والواسع في آن واحد، وفي هذا الإطار نشير إلى أنه وباستقراء جل العقود الاقتصادية فإنها تتمحور حول طرفين أحدهما محتكرا ذو المركز القوي يسمى المحترف، وآخر يسمى بالمستهلك كطرف ضعيف قليل الخبرة في جل الأحوال يقابل طائفة المحترفين.

غير أن تسمية محترف ومستهلك قد تتباين من عقد لآخر فنجد في عقد التأمين مثلا المؤمن والمؤمن له، في عقد العمل العامل والمستخدم، في عقد النقل الشاحن والناقل، في عقود التجارة الإلكترونية المستهلك الإلكتروني والمورد الإلكتروني ....إلخ.

الفرع الأول

خصوصية الطرف القوي في إطار العقد الاقتصادي

إن طرفي العقد الاقتصادي هما المحترف والمستهلك اللذان يمثلان أهم الأشخاص الفاعلة في الحياة الاقتصادية لذلك فإن أحكامه تخاطب عدد كبير من الأشخاص، فكل المواطنين مستهلكين وبالمقابل معظمهم من المحترفين.

هذه العقود تزامن ظهورها مع مستجدات التي أفرزها التطور الاقتصادي والاجتماعي مما أسفرت عن تقسيمات جديدة للعقود بالنظر إلى صفة المتعاقد[1]، فأعتبرها المشرع عقود إذعان بصراحة[2].

فالمحترف هو ذلك الطرف ذو المركز القوي الذي يفرض قانونه الذي أعده بصورة منفردة بشكل لا يتصف بالتوازن في أغلب الأحوال، لأنه في مقابل الحفاظ على مصالحه أصبح مصدرا لإدراج شروط التعسفية، وهو ما يبرر إخضاعه لقانون حماية المستهلك باعتباره القانون الذي يعبر عن عدم توازن العلاقات التعاقدية.

ومصطلح المحترف متداول ومعروف منذ القدم انطلاقا من أهمية المهنة في المجتمع حيث اعتبرتها الشريعة الإسلامية أساس العبادة، إذ لطالما دعت بالسعي إلى الرزق وكسب القوت الحلال بالعمل الجاد وهو ما يجعل العلاقة التعاقدية تتسم بنوع من المساواة والعدل من المحترفين والمستهلكين[3].

1- محمد حسن قاسم، القانون المدني الإلتزامات – العقد- ج1،منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 311.

2- **بوشارب إيمان، المرجع السابق**، ص 11.

3- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص 12

غير أن التطور الذي شهده العالم بمطلع القرن العشرين بدأ المحترف يتجسد بمفاهيم اقتصادية تفوق الفكرة العادية لكسب الرزق، وقد تعددت مفاهيم هذا المصطلح بين الفقهاء **أولا** كما أن المشرع أبدى نظرته بخصوص هذا الموضوع. **ثانيا**

أولا: مفهوم المحترف فقها

فكرة المحترف فكرة واسعة تشمل أكبر طائفة من الناس اللذين ينتمون لعالم التجارة والأعمال والمهنةّ، والتي تعني كل نشاط منظم يهدف إلى الإنتاج أو التوزيع أو تقديم خدمات، حيث تتصف هذه الطائفة بمعايير تميزها عن غيرها تتمثل في الاعتياد على ممارسة نشاط ذو طابع اقتصادي دائم ومستمر يمتاز بالتنظيم والاستقلالية والتخصص، لذا يراه الفقه بأنه شخص محترف لا يعني أن سيئ النية دائما[1] ذو مركز قوي اقتصاديا ومعرفيا وقانونيا[2].

ورغم اختلاف تعريفات المحترف عند الفقهاء إلا أنهم يجمعون على أن تحديد فكرة المحترف تقوم على جملة من المعايير:

1- **مزاولة نشاط دائم:**

إذ يجب أن يزاول المحترف نشاطه بشكل دائم فيتخذه مصدر رزقه الأساسي ولا يهم الهدف من النشاط، فالتجارة مثلا تقوم على هدف واضح وهو تحقيق الربح كما لا تهم الطبيعة القانونية أو المستوى الاقتصادي لذلك النشاط.

2- **التمتع بالاستقلالية وممارسة السلطة التامة:**

يشترط أن يكون المحترف هو رب عمله والمسؤول عنه مسؤولية كلية يزاول النشاط لحسابه الخاص، بأن يكون مستقلا عن أية علاقة تبعية تجعله خاضعا لشخص آخر وإذا كان في علاقة تبعية فبوصفه متبوعا لا تابعا، كما لا بد من أن تتوفر له كامل السلطة على الأشخاص اللذين يستخدمهم من أجل تنفيذ مهنته[3].

1- نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية – عقد البيع نموذجا- أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد خامس، الرباط، 2004-2005، ص09.

2- **صليحة بن علي، خالدية مكي**، إستحداث آليات لحماية رضا المستهلك الإلكتروني، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، الجزائر، 2020، ص113.

3- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 13.

3- **وجوب الإعلان عن طبيعة المهنة:**

يتوجب على المحترف أن يتمتع بصفة المهنية أو على الأقل يظهر باعتباره كذلك للغير، لأن الإعلان يترجم قيام فعلي حالي لقيامه لعمليات التبادل الاقتصادي بصورة ملموسة.

4- **وجوب إتباع شكل منظم للمهنة:**

على المحترف الممارس للمهنة أن يتخذ شكلا منظما بأن يوفر كل ما من شأنه أن يسهل من آداءه لها من معدات وأجهزة وأشخاص مساعدين بحسب طبيعة النشاط، على ان يرفق ذلك بوصف التفوق إذ يعتبر عنصر ملازم للتنظيم إذ أن كل محترف يفترض تفوقه في مجال تخصصه، فيدرك حدود نشاطه ومركزه القانوني، لذا يظهر المحترف عموما بمظهر الخبير الذي يتقن كل فنيات مهنته[1].

وبهذا فالمحترف هو شخص يتمتع بالتفوق الاقتصادي والعلمي في مجال تخصص فهو يمتلك الخبرة والدراية مما يجعله في حركة أقوى من الطرف الضعيف، وهذا التفوق الاقتصادي يتجسد بامتلاكه الأموال اللازمة بممارسة نشاطه والمتمثلة بالأجهزة والمعدات والسيولة النقدية التي يواجه بها متطلبات مهنته، أما تفوقه العلمي فيتمثل بالمعرفة الفنية التي تمكنه من وضع تصور لإنجاز الأعمال التي يوكل إليه تنفيذها ويتخذها وفق هذا التصور[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إن مصطلح المحترف لم يأتي موحدا في جميع القوانين حيث تعددت الألفاظ المستعملة من قبل المشرع فقد أسماه بـ **"المحترف"** في المرسوم التنفيذي**13-327** [3] المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان للسلع والخدمات حيز التنفيذ، كما أنه استخدم لفظ **"المهني"** وذلك عند صدور القرار المتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي 266/90 الملغى، كما قد أطلق عليه وصف **"المتدخل" في قانون 03/09** المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[4].

أما في قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد أطلق عليه المشرع الجزائري مصطلح **""العون الاقتصادي""** وهو نفس المصطلح المستعمل في المرسوم التنفيذي

1- نفس المرجع السابق، ص14.

2- أكرم محمد حسين، ملاحظات في قانون حماية المستهلك العراقي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية،العدد10، كلية القانون بغداد، 2015، ص06.

3- المرسوم التنفيذي 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان للسلع والخدمات حيز التنفيذ، عدد 49، ج.ر المنشورة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

4- **القانون 09-03**المؤرخ في 2009/02/25 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 المنشورة في 2009/02/08 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل10 يونيو سنة 2018، ج.ر.ع 35 المنشورة في 13 جوان 2018.

306[1]/06، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

لقد استخدم المشرع مصطلح العون الاقتصادي حيث عرفه في نص المادة 03 " **عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي، أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها**"،

ونلاحظ أن المشرع قد قلص من نطاق المهني ليشتمل أشخاص محددين لا يمثلون كل أصناف المهنيين مقارنة مع ما أورده المشرع من تعريف لكل من المتدخل والمحترف.

فقد أورد تعريف للمحترف **بأنه منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي او تاجر أو مستورد أو موزع أو على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك.....**

بينما عرف المتدخل في المادة 03 الفقرة 07 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه "" **كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك**""

من خلال ما تقدم فإنه من جملة المفاهيم التي أوردها المشرع الخاصة بالمحترف نحدد أصناف المحترفين الخواص، والمؤسسات العمومية المعتبرة من المحترفين.

1-المحترفين الخواص:

قد حدد المشرع الجزائري أصناف المحترفين بكل دقة في المادة 02 من القانون رقم 10-06 المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي جاء فيها "**....يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، وعلى نشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء، ووسطاء بيع المواشي، وبائعو اللحوم بالجملة، وكذا على نشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري التي يمارسها اي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية**"".

وعليه فالمحترفون طبقا لما حدده المشرع الجزائري هم إما منتجون أو موزعون مقدمو خدمـــات أو حرفيون:

1- **المرسوم التنفيذي رقم 06-306** المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، ج.ر.ع 07 المنشورة بتاريخ 10 فيفري 2008 والتي تم تنصيبها بتاريخ 27 نوفمبر 2017.

- **المنتج:**

لم يرد تعريف للمنتج غير أن المشرع الجزائري عرف الإنتاج في المادة 03 الفقرة 09 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"" **الإنتاج: العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح، والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتوج بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه قبل تسويقه الأول** "".

فالمنتج هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بعملية الإنتاج طبيعيا كان كتربية المواشي والصيد البحري، أو صناعيا[1].

- **الموزع:**

هو ذلك الشخص الذي يتولى عملية التوزيع بإدخال السلع حيز التداول والاستهلاك وهذا النوع يعرف بالمنتجات المحلية، بينما منتجات أجنبية الصنع يطلق عليها لفظ المستورد قد يعرف الموزع بالبائع الوسيط وهو البائع الذي يكون بين المنتج والبائعين النهائيين، كما قد يأخذ الموزع صورة البائع النهائي الذي يتعامل مباشرة مع المستهلك[2].

2- الحرفيون ومقدمو الخدمات:

- **الحرفي:**

هو الشخص الذي يمارس نشاطات الأعمال اليدوية حيث عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 10 من الأمر 96-01[3] الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف بأنه، ""**حرفي، كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 05 من هذا الأمر....**"".

وتكون مجال أعمال الحرفي في العادة في إطار مشروعات صغيرة لا تصل لمستوى المقاولة التجارية، إلا أنه إذا حدث وأن ارتقى النشاط الحرفي لمستوى المقاولة التجارية، فالحرفي ملزم إلى جانب تسجيله في سجل الصناعة التقليدية والحرف بالتسجيل في السجل التجاري[4].

1- وهو ما يتوافق ومفهوم المنتج في إتفاقية المجلس الأروبي المنعقدة في 1976/09/09 حيث عرفته المادة 02 بأنه "" هو صانع السلعة في شكلها النهائي أو صانع الأجزاء التي تتركب منها كذلك منتجوا السلع الطبيعية"".

* **زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 25.

2- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص17.

3- الأمر 96-01 المؤرخ في 1996/01/10 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج.ر عدد 03، المنشورة في 1996/01/13.

4- المادة 23 من نفس الأمر.

- **مقدمو الخدمات:**

فهم كل من يتخدون من تقديم الخدمات للمستهلك مهنة لهم كأصحاب المهن الحرة من محامي، الطبيب، وكالة السياحة والأسفار، شركة التأمين.

وفي هذا الخصوص إذا كان من المألوف أن يكون المحترف شخص معنوي إلى جانب كونه شخص طبيعي، فهل الأمر سيان عند المشرع الجزائري بالنسبة لاعتبار المؤسسات العمومية من المحترفين[1].

3-المؤسسات العمومية:

لقد حددت أنواع المؤسسة العمومية في الجزائر بموجب الأمر 95-25[2] الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية على نوعين، يتعلق الأول بالمؤسسات العمومية الاقتصادية (E.P.E)، ويرتبط الثاني بالهيئات العمومية والتي تنقسم بدورها إلى هيئات عمومية ذات طابع إداري (S.P.A) وهيئات عمومية ذات الطابع التجاري والصناعي (E.P.I.C).

فالهيئات العمومية الإدارية هي محور نظرية القانون الإداري ولا تنزل إلى مستوى الأفراد إلا في إطار ضيق، وفي حالة النزاع فإن القضاء الإداري هو الجهة القضائية المؤهلة للفصل في منازعاتها وفقا للمادة 800 من قانون رقم 09/08[3] المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبهذا فإنه لا يمكن إخضاع مثل هذه المؤسسات لأحكام القوانين الاقتصادية كقانون الاستهلاك مثلا، إذ يستحيل وضعها موضع المحترفين[4]، بينما المؤسسات العمومية الاقتصادية المحددة من قبل المشرع الجزائري بموجب القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، فإن الطبيعة القانونية للمؤسسة هي شركة تجارية ذات الشخصية المعنوية تأخذ شكل شركة ذات أسهم أو شركة ذات مسؤولية محدودة وتخضع في أحكامها للقانون التجاري.

أما الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تمارس نشاط ذو طابع تجاري وصناعي وبالرغم من ذلك فإنها لا تتمتع بالاستقلالية عن الدولة، إذ تبقى العلاقة بينهما خاضعة لقواعد القانون الإداري، أما في علاقتها مع الغير فإنها تخضع لقواعد القانون التجاري[5].

1- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص18.

2- **الأمر 95-25** المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة بإستثناء البابي 03 و04 منه المتعلق بالهيئات العمومية والتجمعات المؤرخ في 26 أوت 1995، وأصبحت المؤسسات العمومية الإقتصادية خاضعة حاليا إلى الأمر01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها والمؤرخ في 20 أوت2001 المعدل والمتمم، ج ر العدد47، المنشورة بتاريخ 22 أوت 2001.

3- القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21، المنشورة في 2008/04/23.

4- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص19-20.

5- المادة 45 من القانون 88-01.

وعلى أساس أن كل من الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا المؤسسة العمومية الاقتصادية تنتهج أسلوب القانون الخاص سواء تعلق الأمر بطريقة مزاولة النشاط، حيث أنها تمارس نشاط شبيه بنشاط الأفراد على اعتبار لجوؤها للمنافسة والإشهار لكسب الزبائن من جهة.

أو من ناحية طريقة التعامل مع المنتفعين التي تبرم وفق علاقة تعاقدية لائحية تنظيمية، فضلا على أن منازعتها إذا كانتا طرفا في المنازعة تخضعان لاختصاص القضاء العادي من جهة أخرى، فإن توفر صفة العمومية لها يجعلها دائما في مركز أقوى من مركز المتعاقدين معها، لذا وجب اعتبارها من المحترفين لحماية المتعاقدين باعتبارهم مستهلكون، تحقيقا للمصلحة الجماعية المشتركة وحماية لتوازن العقدي، والمساواة والحفاظ على المبادئ الأساسية للعقد لكن بتقنية متطورة وجديدة[1].

ثالثا: تطبيقات القوة التعاقدية في عقد التأمين كعقد اقتصادي

يعد قطاع التأمين من بين أهم القطاعات الاقتصادية في الدولة فهو يعد من جهة ضامنا للحقوق وجابرا للإضرار وبالتالي هو ضمان ضد الأخطار كما أنه آلية للاستثمار، ولم يكن التأمين حديث النشأة بل هو من بين الأفكار والتصرفات التي لها قدم في التاريخ وارتبط ارتباط وثيقا بالتجارة البحرية التي كانت منتشرة آنذاك.

وظل في تطور من فكرة إلى فكرة إلى أن اصبح عقدا قانونيا ونشاطا اقتصاديا[2]، تناوله المشرع مبدئيا في القانون المدني من 619-643 من القانون المدني وبموجب نصوص خاصة 95-07[3] وهو نفس التعريف المنصوص عليه في المادة 619 من القانون المدني، وبهذا فإن التأمين يشمل كل من التأمين على الأشخاص إلى جانب التأمين عن الممتلكات والتأمين من المسؤولية[4].

غير أن الاعتقاد بأن من وقع عقدا مع إحدى شركات التأمين ضد حادث معين مثلا فقد أمن شره ونسي همه إلى الأبد فهو فهم قاصر لحقيقة عقود التأمين، إذ ليس شيء أيسر على شركات التأمين من إيجاد السبب لإبطال عقد من العقود والتحلل من التزاماتها، فقد أعدت عقود تتضمن شروط لا

1- بوراس لطيفة، نظرية العقد في مواجهة التحديات الإقتصادية، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، جامعة الجزائر، 2020، ص08.

2- طعابة حدة، عيسى لحاق، النظام القانوني لإشراف والرقابة على نشاط التأمين في الجزائر، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد 01، 2021، ص231.

3- الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفيري 2006 ج.ر عدد 15 المنشورة في 2006/03/12.

4- بلباي نوال، عقد تسيير المؤسسة العمومية الإقتصادية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، المركز الجامعي نعامة، 2019، ص374.

يأتي بها كاملة إلا قلة من الناس لما فيها من تصيد لثغرات والتحلل من الالتزامات فهي لا تهتم بشيء يضاهي اهتمامها بالربح، لذا نجد أساسها ينصب على الأخذ بكل وسيلة تجلب الربح وتجنب الخسارة[1].

إن جل ما يمكن قوله أن الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية جعلت التوازن العقدي الذي كان يشكل قوام المفهوم التقليدي لأي عقد، قد أصبح أمر مفقودا في الوقت الراهن في عقد التأمين[2] لاسيما أن شركة التأمين التي تعتبر قوة اقتصادية ومالية هي الطرف المهيمن على العقد.

حيث تقوم بصياغة عقود نموذجية تحتوي على شروط مدروسة من طرفها ومعدة مسبقا من طرف خبراء متمرسين في هذا المجال، يعملون على استغلال الثغرات القانونية وتحرير عقود وفق صيغ تهدف إلى التخفيف من التزاماتهم من جانب، وإثقال كاهل المؤمن له[3] من جانب آخر.

هذا الأخير الذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والذي ينجر لتعاقد مدفوعا برغبته في الحصول على الضمانات التأمينية، فضلا على أنه لا تتوفر لديه الخبرة الفنية التي تؤهله لفحصها ولا الخبرة القانونية التي تمكنه من استيعاب شروطها.

فلا يقتصر دوره في معظم الحالات سوى على ملئ الفراغات البيضاء في عقد التأمين دون إمكانية مناقشة الشروط المعدة مسبقا، التي قد تكون مجحفة وتنطوي على كثير من الظلم والتعسف بما تضعه في عقودها من شروط نموذجية تفرض على مجموع المستأمنين بصورة تعسفية، وهو ما يمثل أقصى درجات الاحتكار المشوب بالاستغلال، وليس للمؤمن له كطرف ضعيف سوى الرضوخ والتسليم بالشروط قاسية و جاهزة التي يمليها عليه وقبولها دون مناقشة أو رفضها.

فإرادة المؤمن له في هذه الحالة ليس لها دور في تكوين علاقة التأمين إلا فيما يتعلق بحرية اختيار المؤمن من أجل التأمين، فالتفاوت الصارخ بين الأطراف المتعاقدة من ناحية القوى الاقتصادية وكذلك المعرفة الفنية والقانونية يوحي بعقد إذعان[4].

ومن هنا وجب على المشرع التذخل فالتسليم بشروط العقد وعدم المناقشة فيها لم تبقي المشرع مكتوف الأيدي، إنما تتبدى هذه الحماية التي كفلها المشرع للطرف الضعيف في السلطة التقديرية

1- سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، حقيقة شركات التأمين، مجلة البيان، العدد22، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2012، ص 176.

2- سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 47، قسنطينة، 2017، ص386-387.

3- فايز عبد الرحمان، الشروط التعسفية في وثائق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 72.

4- موهاب سارة، حليس لخضر، علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد01، جامعة شلف، 2021، ص 549.

للقاضي، وهو ما يتيح التدخل لتخفيف من هذه الشروط لإعادة التوازن العقدي بين المؤمن والمؤمن له بخفض قيمة القسط في حالة غلوه إلى درجة لا تتناسب مع جسامة الخطر المؤمن منه، أو إلغاء أية شروط تناقض مقتضى العقد أو تخالفه[1] بتعديل شروط العقد أو إلغائها متى تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروط تعسفية وفقا لما تقضي به قواعد العدالة.

وعلى هذا فإن الكشف عن الشرط التعسفي بإعمال السلطة التقديرية لبيان مقداره في الشرط وبيان مقتضيات العدالة، يجعل القاضي يعدل العقد بما يزيل أثار التعسف أو يلغيه كلية ويعفي الطرف المذعن منه، والاتفاق على عدم تدخل القاضي باطل لمخالفته النظام العام فلو صح إدراجه للجأت كل شركات الاقتصادية الاحتكارية إليه وجعلته شرطا مألوفا في عقودها[2].

ومن أجل ذلك حرص المشرع على وضع قواعد لتوفير الحماية الضرورية للطرف الضعيف ومن بين هذه القواعد العامة ما نصت عليه أحكام المادة 112 من ق م انه كأصل عام يفسر الشك لصالح الطرف الضعيف، إلا أنه في عقود الإذعان يفسر العقد المبرم لصالح المذعن غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن، فحسب أحكام هذه المادة يفسر الشك لصالح المذعن سواء كان دائن أو مدين وأن الطرف المذعن في عقد التأمين هو المؤمن له، وعلى ذلك فإنه إذا تبين في عقد التأمين ما يدعو للشك فإنه يزول لصالح المؤمن له لأنه هو الطرف الجدير بالحماية القانونية .

ومن القواعد العامة ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني بنصها "" **إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لمقتضيات العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك**"".

ويعد هذا من أهم الضمانات التي وضعها المشرع الجزائري لحماية المذعن من تعسفات الشركات الاحتكارية بمختلف أنواعها ومنها شركة التأمين، ومن بين الأمثلة على ذلك الشرط الذي يقضي بسقوط الحق قبل الحصول على التعويض للمؤمن له لأسباب لا علاقة لها بحدوث المخاطر ،وهذا الشرط التعسفي الذي يكتشفه القاض يتصدى إليه بالتعديل أو بالإلغاء نهائيا[3] ولو نص العقد على جوازها [4]،

1- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 275.

2- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 77 .

3- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007، ص35-36.

4- عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقود التأمين حقيقته ومشروعيته، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 269.

وهذا الرادع هو الحماية القانونية التي وفرها المشرع للطرف المذعن من خلال النصوص القانونية المشار إليها آنفا.

وتأكيدا من المشرع على حماية الطرف المذعن في عقد التأمين فقد خصص المشرع الجزائري قواعد أخرى تقضي بحماية المؤمن له، ومن بينها الجزاء بالبطلان لبعض الشروط التي يتضمنها العقد وتظهر بأنها تعسفية حيث حددت في هذا المجال المادة 622 الشروط التي يكون فيها العقد باطلا، فتبطل الشروط التي يضعها المؤمن في وثيقة التأمين، مع بقاء عقد التأمين صحيحا[1].

وهذه الشروط جاءت بها المادة 622 من قانون التأمين وهي:

- 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 وكان متعلق بحال من الأحوال بالشروط التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين والنظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.
- 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[2].

الفرع الثاني

خصوصية الطرف الضعيف في إطار العقد الاقتصادي

لقد تطورت العلاقة بين الدائن والمدين في نظرية العقود حيث كانت تتصف بأنها عقود مساومة تبرم بعد مناقشة الشروط والبنود بين الطرفين، ثم تحولت هذه العلاقة في ظل العقد الاقتصادي المبرم على أنها عقود تقوم بين محترفين ومستهلكين.

فإذا كان العقد في مدلوله الضيق لا يهم إلا أطرافه كقاعدة عامة فإنه في عقود الإذعان تكون المصلحة العامة مرجحة على المصلحة الخاصة، وهذا ما يتطلب من صاحب المحتكر التقيد بالإكراهات الاقتصادية والاجتماعية ولما لا الدينية، ومخالفة هذه الضمانات القانونية تمس النظام العام والقواعد

1- **عبد القادر العطير**، التأمين البري في التشريع- دراسة مقارنة-دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 100-101.

2- **برابح يمينة**، محاضرات في قانون التأمين لطلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، المركز الجامعي غليزان، 2019.

الآمرة، فتصرفات الموجب تنطلق من رواسب ثقافية وعقائدية التي تحيط به وضمن الحدود التي يعلم مسبقا مداها.

ومن هذا المنطلق فإن تطور مجال العلاقات الاقتصادية وتوسعها المستمر بمقتضى الحرية الاقتصادية كان سببا في ظهور علاقات غير متكافئة التي تربط بين طرفين، طرف قوي وطرف ضعيف فأخرج إلى الوجود ما يعرف بفئة المستهلكين كطرف قليل الخبرة يقابل طائفة المحترفين، مما ولد فجوة بين الطرفين.

ويكون بذلك العقد الاقتصادي وإن لم يخرج عن كونه اتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني شأنه في ذلك شأن باقي العقود الأخرى، إلا أنه ينفرد عنها من حيث طبيعته الخاصة لأطرافه المتعاقدة، إذ يدخل المستهلك **ثانيا** كطرف ضعيف **أولا** في علاقة قانونية مع محترف متفوق في كل النواحي انطلاقا من إبرام العقد بيد أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة، وبهذا الخصوص سنعرض نموذج لعقد العمل والذي من خلاله نبرز مدى ضعف كفة الطرف الضعيف **ثالثا.**

أولا: مفهوم الطرف الضعيف

تعتبر مبدأ المساواة القانونية بين الأفراد من أهم المبادئ التي يرتكز عليها القانون المدني وهو ما كان يتبعه المذهب الفردي، إلا أن هذه الفكرة أدت إلى ظهور عدم التوازن وانعدام المساواة الاقتصادية بين الأطراف إذ أن معظم العلاقات التعاقدية باتت تعاني من أزمة اللاتوازن[1] نتيجة لتبني الحرية العقدية، وهو السبب الذي دفع بظهور مذاهب اجتماعية واشتراكية تدعو إلى حماية الأفراد، ومنع الفوضى التي تحدث في إبرام العقود.

وهو ما أدى بضرورة التدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث أن فكرة الطرف الضعيف لاقت اهتماما كبيرا من قبل الفقه والقضاء والتشريع لذلك سنحاول تحديد مفهوم الطرف الضعيف لغة وقانونا.

1-المفهوم اللغوي لطرف الضعيف

لتحديد المقصود بالطرف الضعيف من الناحية اللغوية يتعين البحث في معاني كل من كلمة الطرف والضعيف وفقا للمفهوم اللغوي.

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية – دراسة مقارنة-، الدارالجامعية، الإسكندرية، 2007، ص159.

فالمقصود بالطرف لغة يقال طرف الشيء جعله طرفا، وطرفه: حدد طرفه ورتقه والطرف من كل شيء الناحية او الجانب[1]، **وإن المقصود بكلمة ضعيف** لغويا فهي ضعيف الجسم: نحيل وضعيف البنية وهو خلاف القوي، وضعيف الإرادة من لا قدرة له[2].

أما **المقصود بالطرف الضعيف** من الناحية الاصطلاحية هو الطرف الذي تنقصه القوة وهذا الضعف يتصنع من خلال علاقة تعاقدية ما بين شخصين، بحكم ضعف أحدهما وذلك للأسباب التاليـة:

- ضعف المؤهلات الجسمية والذهنية
- ضعف المؤهلات التقنية
- غياب التوازن مابين أطراف العلاقة التاقدية بحكم الظروف الإقتصادية والإجتماعية.

2-المفهوم القانوني لطرف الضعيف

بطبيعة الحال ينشا الضعف التعاقدي من انعدام المساواة الفعلية بين أطراف العقد فنكون بصدد إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة تنعكس على مضمون العقد وشروطه، أي حقوق والتزامات كل من طرفيه لاسيما الطرف الضعيف الذي تزيد التزاماته ويسوء مركزه القانوني، ويختلف مفهوم الطرف الضعيف باختلاف أسبابه والعوامل التي تؤدي إليه، فاختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلاف موازين القوة أدى إلى استغلال الضعف من لدن القوي.

ولاشك أن فكرة الإذعان تتضمن مفهوما خاصا لمفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وهو مفهوم جرى التعبير عنه وتجسيده في إطار فكرة الطرف المذعن، بمعنى أن الطرف الضعيف في ظل العقود الاقتصادية هو الطرف المذعن[3] إذ يمثل الضعف في هاته العقود الذي نشأت فيه ظاهرة الإذعان.

وبالتالي انعدام المساومة الفعلية بين طرفي الإذعان في العقد الاقتصادي ما يؤدي إلى وجود طرف ضعيف وطرف قوي، يتمتع بالنفوذ الاقتصادي يمكنه من فرض إرادته وإملاء شروطه على طرف ضعيف لا يملك بسبب حاجته الملحة إلى أن يسلم لهذه الشروط رضوخا لمشيئته.

إلا أن الفقه الفرنسي يرى أن المعيار الاقتصادي غير كافي لتحديد فكرة الإذعان وإنما العبرة بالحقيقة القانونية، التي تتمثل في أن أحد طرفي العقد يقبل الشروط جملة واحدة دون القدرة على

1- **إبن منظور**، لسان العرب، جزء 8، دار الحديث، مصر، 2003، ص71.

2- **محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي**، مختار الصحاح، قسم المعاجم والقواميس، مكتبة لبنان، 2017، ص48.

3- **محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص77.

إمكانية التفاوض حول شروط العقد، إذ لا يكون للطرف المذعن سوى القبول أو الرفض إلا أنه يرى اتجاه آخر بضرورة تمييز فكرة الإذعان من خلال النظر إلى العنصرين معا أي العنصر القانوني والعنصر الاقتصادي[1].

وتتعدد مظاهر الضعف التعاقدي تبعا لنوع أسبابه أو العوامل التي تؤدي إليه فهذه عوامل قد تكون خارجية بحيث لا تتصل بشخصيته، ففي الحالة الأولى يكون الضعف ذاتيا وفي الحالة الثانية يكون الضعف نسبيا، إذ نجد المحترف هو الطرف القوي في علاقته العقدية مع المستهلك وهو الطرف الضعيف مما يؤدي إلى وجود علاقات عقدية غير متكافئة اقتصاديا أو معرفيا، ففي الغالب يملي الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف ويكون الغرض من هذا ترتيب التزامات عقدية لغرض تحقيق أكبر قد من الربح دون أن يأخذ في الحسبان مصالح الطرف الآخر[2] .

وقد يكون الضعف نتيجة جهل المتعاقد الضعيف بالقانون أو الواقع نتيجة تعاقده خارج تخصصه، فهو يعني أن يوجد أحدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة العاقد الآخر وهذا الضعف يطال إدارة العاقد ويؤثر فيها بقدر تفاوت من حيث جسامته، فنكون بصدد إدارة ضعيفة يقابلها إدارة قوية[3] بما ينعكس على مضمون العقد وشروطه أي حقوق والتزامات كل من طرفيه.

ثـانيـا: مفهـوم المسـتهلك

صدر قانون حماية المستهلك باعتباره فرعا من فروع القانون المدني فهذا الأخير يسري على العقود المبرمة بين المنتجين والمستهلكين، ولكن في غياب النصوص الخاصة بعقود الاستهلاك صدر هذا القانون ليكمل النقائص الموجودة في القانون المدني، ويتمثل الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك في الشخص المستهلك لذلك سنحاول تحديد وجه العلاقة التي تربطه بفكرة الطرف الضعيف ثم سنحاول تحديد مفهومه.

1- علاقة المستهلك بفكرة الطرف الضعيف

إذا كان قانون الاستهلاك يهدف إلى حماية المستهلك باعتباره طرف ضعيف في العلاقة الإستهلاكية فإن مظاهر الضعف، تتمثل في الضعف المعرفي من حيث المعرفة الذي يكون نتيجة الجهل وعدم الخبرة

1- **شرشاري فاطنة، مجاجي منصور**،حماية الطرف الضعيف بين المساس بالقواعد العامة وتحقيق العدالة العقدية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 02، الجزائر، 2020، ص21.

2- **علي عبد الله عفرين**، حماية الطرف الضعيف في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الإمام الأعظم، جامعة بغداد، 2019، ص 383.

3- **م.م مها رمزي محمد علي الحاج يونس**، وسائل حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد37، العراق،2021، ص360-362.

التي لا يكتسبها المستهلك في مجال التعاقد، وكذا عدم خبرته بالمسائل الفنية المتعلقة بالمهنة بينما جل بيانات ومعلومات العقد يحوزها الطرف الآخر.

فتحديد صفة مستهلك تتم على أساس معيار الخبرة والتخصص والدراية وليس على اساس معيار الهدف من التعاقد، لأن الحماية المتوخاة من قواعد حماية المستهلك ترتكز على الضعف الذي يتميز به هذا الأخير في مواجهة المحترف، وهذا الضعف يرتبط بعدم التخصص وبنقص الدراية الفنية[1] .

إضافة إلى ذلك الضعف الاقتصادي الذي يعتريه وذلك من عدة جوانب إذ أنه في الكثير من الأحيان يحتكر المحترف نشاطه ويقوم بتحديد قوانين تتماشى ومصلحته، فغالبا ما يملي شروط العقد ويفرضها على المتعاقد الآخر بحيث لا يكون للمستهلك سوى القبول أو الرفض دون مناقشة، ضف إلى ذلك أن المحترف يتمتع أيضا بمركز اقتصادي يفوق به المستهلك الضعيف وذلك نتاجا للأرباح التي يجنيها من ممارسته لنشاطه المهني.

وبهذا فإننا نخلص أنه لمفهوم الطرف الضعيف في ضوء النظريتين، التقليدية المتعلقة بالإذعان والنظرية الحديثة المتعلقة بعقود الاستهلاك، ففي ظل الإذعان ينحصر معنى الضعف التعاقدي في الضعف الاقتصادي والحماية المقررة للمتعاقد الضعيف اقتصاديا أي المستهلك اقتصرت حمايته على مرحلة إبرام العقد، أما مع التطور فاتسع مفهوم الطرف الضعيف ليشمل الضعف المعرفي إلى جانب الضعف الاقتصادي والحماية لا تشمل إبرام العقد وإنما مرحلة تنفيذه أيضا[2].

ومن تم فإن مفهوم حماية الطرف الضعيف يقوم على ثلاثة محاور رئيسية، المحور الرقابي إذ تقوم الأجهزة الحكومية بهذا الدور بصفة أساسية فتضمن توازن العقد المبرم وسلامة المعروض، بالإضافة إلى مؤسسات المجتمع المدني الممثلة في الجمعيات المعنية بالحماية والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى الحيلولة دون تعرض للتدليس، والغش والتضليل والخداع بكافة صوره وأشكاله.

أما المحور التشريعي وهو القائم على أساس إعادة النظر في التشريع القائم من أجل إيجاد مظلة حماية لكافة حقوق المستهلكين، بينما المحور التنفيذي والتعليمي والإرشادي للمستهلك فهو الذي يقوم عليه رفع وعي المستهلك وتبصيره بحقوقه وواجباته بما يرشد قراراته ويوجهه إلى ما يحقق له القدر الأكبر من الحماية وخاصة الحماية الوقائية[3].

1- **كراش ليلى**، حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، الجزائر، العدد 31، 2020، ص102.

2- **كراش ليلى**، المرجع السابق، ص112.

3- **أسامة خيري**، خيري الرقابة وحماية المستهلك، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2015. ص36.

وعليه كلما كان المتعاقد طرفا ضعيفا وفي مركز أدنى بسبب نقص التخصص والدراية بالمقارنة مع المحترف يكتسب صفة مستهلك **هذا ما جعلنا نخلص بأن المستهلك هو أحد صور المتعاقد الضعيف.**

2-المفهوم الفقهي والتشريعي للمستهلك

إن المستهلك ترتبط حمايته بفكرة حقوق الإنسان ذلك أن المستهلكين يملكون حقوق متعددة باعتبارهم مستهلكين، كما ترتبط بمنظمات المستهلكين التي تساعد المستهلك على اتخاذ أفضل الخيارات[1] وهو ما يعرف بقانون حماية المستهلك.

وأساس هذه الفكرة توجد بعلم الاقتصاد إذ أن الاستهلاك هو إهلاك الشيء وإفناؤه وهو ثالث مرحلة بعد مرحلتي الإنتاج والتوزيع، وبهذا فإن المحور الرئيسي لهذا القانون الجديد هو المستهلك.، وهو الشخص الطبيعي المقتني لمنتوج معين لتحقيق رغبة الاستهلاك الشخصي أو العائلي أو المستفيدين من الخدمات المعروضة لاستهلاك[2].

- **مفهوم المستهلك في الفقه:**

يتنازع تيارين في مفهوم المستهلك بين الاتجاه الضيق والاتجاه الواسع، فأصحاب الاتجاه الضيق يرى بأن المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي يقتني أموال أو خدمات، فيتعاقد لهدف إشباع حاجاته الشخصية والعائلية دون أن يلحق هذا الوصف لمن يتعاقد لأغراض مهنته.

وبالتالي فلا ينطبق هذا المفهوم على كل مقتني لأموال أو خدمات موجهة لأغراض مهنية[3] حتى ولو كانت خارجة عن مجال تخصصه، فمثلا لا يعتبر مستهلكا المحامي الذي يشتري جهاز حاسوب ليضعه في مكتبه، ولا الطبيب الذي يشتري أثاثا لمكتبه ذلك أن المهني الذي يتعاقد لتلبية احتياجات مهنية يكون أكثر حذر ممن يتعاقد لحاجاته الخاصة[4]، حيث قدم أنصار هذا الرأي عدة حجج اهمها:

- المحترف الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه يكون حذرا أكثر من المستهلك وله سلاح أكثر منه سواء سلاح مادي أو معرفي.
- إن التضييق من مفهوم المستهلك يحقق الهدف المرجة من حماية المستهلك.

كما تعرض هذا المفهوم إلى عدة انتقادات من بينها أن المستهلك في هذه الحالة لا هم له سوى إشباع حاجياته الشخصية وحاجات أسرته، غير أن للمستهلك غايات أخرى لذلك تم اقتراح تعريف ضيقا

1- **نفس** المرجع السابق، ص 11.

2- **علي بولحية بن بوخيس**، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص 15.

3- J.calais-Aulay et f.steiennmetz, droit de la consommation 5eme édition,Dalloz, pparis,2000,p07.

4- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص 23.

للمستهلك وهو " أنهم الأشخاص اللذين يحصلون أو يستعملون السلعة أو الخدمات أو الأموال بغرض غير مهني[1].

أما الاتجاه الواسع فيعتبر مستهلكا كل من يقتني بغرض الاستهلاك - استخدام الأموال أو الخدمات- ،سواء من أجل إشباع[2] حاجات شخصية أو مهنية، فمثلا يعد كل من المحامي والطبيب مستهلكا لأنهما تصرف خارج مجال تخصصهما، فمركزهم كمستهلك عادي ضعيف يقابل مركز المهني كمحترف متخصص.

وبهذا فيظهر أن الفقهاء اتفقوا على أنه من يقتني سلع أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية يعد مستهلك واتفقوا على أنه لا يعد مستهلكا كل من يتصرف في مجال تخصصه، لأن غير المحترف يقف موقف الجاهل وعديم الخبرة والدراية بأسرار المهن الأخرى[3].

فوفقا لهذا الاتجاه فإن أفراد المجتمع تعتبر كلها مستهلكة ولكن بدرجات متفاوتة إلا أن هذا التوسع في مفهوم المستهلك يهدم الخطوط الفاصلة بين المحترف والمستهلك[4].

- **المستهلك في التشريع الجزائري:**

لم يغفل المشرع الجزائري عن إبداء تعريف خاص بالمستهلك حيث جاء في المادة 03 فقرة 01 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن " **المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به** "،

وحسب نص المادة 2/3 فإن المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت مجردة من كل طابع مهني.

وباستقراء التعريف يتضح التقنين الصريح للمفهوم الضيق لاصطلاح المستهلك إذ يعتمد على معيار الغرض من التصرف، فلا يعد مستهلكا إلا من تصرف لسد حاجاته الشخصية أو العائلية وما إليه نهاية المادة " **المجردة من كل طابع مهني**"[5]،

1- شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص20-21.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 149.

3- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص23.

4- شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 24.

5- شوقي بناسي، المرجع السابق، 153.

فيتضح من التعريفين أن المشرع أراد تحديد صفة المستهلك من خلال الغرض من الاقتناء فلإثبات صفة المستهلك لابد من أن يكون الغرض من اقتناء سلعة أو خدمة لأجل سد حاجة شخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به، ما يعني بمفهوم المخالفة نفي صفة المستهلك عمن يقتني سلعة أو خدمة لغرض مهني[1].

كما يؤكد المشرع على أن تكون عملية الاقتناء موجهة للاستعمال النهائي أي بغرض الاستهلاك في نفي صفة المستهلك لمن يقتني أغراض موجهة للاستعمال الوسيط كإعادة التصنيع، الإنتاج والاستثمار.

وبهذا فقد تفادى المآخذ السابقة التي وجهت إليه حينما عرف المستهلك في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برابة الجودة وقمع الغش "" **المستهلك: كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به** "".

إذ لاقى هذا المفهوم انتقاد وجدل واسع كونه تعريف جاء بلغة ركيكة ومفهوم غير دقيق لا يظهر موقف المشرع من مصطلح المستهلك لأنه تبنى المعنى الواسع والضيق، وأمام تناقض المادة وغموضها تمت المطالبة بحذف عبارة "" **معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي**"" لأنها تناقض عبارة "" **لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به**""، إذ لا يمكن التوفيق بين الاستعمال لأغراض استثمارية مهنية، وبين الاستعمال لسد حاجات شخصية وعائلية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع في اشتراطه لعنصر الاقتناء الملازم لسد الحاجات الشخصية لم يقصد فقط المستهلك المتعاقد نفسه، بل كل من يقتني سلعة أو خدمة لسد حاجة شخص آخر ليس طرف في عقد الاستهلاك، وهو ما يطلق عليه بالمستهلك المستفيد.

وكذلك يدخل في مفهوم المستهلك من يقتني سلعة لسد حاجة حيوان يتكفل به كأن يشتري علف والتعاقد مع بيطري لمداوته، وهذا يدل دلالة واضحة على أهمية المكانة التي أصبح يحظى بها

1- إن الغرض الغير المهني مثلا إقتناء المواد الغدائية لتناولها أو سيارة سياحية للتنزه والتنقل وأجهزة منزلية للإستعمال المنزلي ، وكذا الذهاب إلى الطبيب للعلاج أو المحامي للإستشارة، ومثال الغرض المهني إيجار محل تجاري أو شراء سلع قصد إعادة بيعها أو شراء آلات لتجهيز مصنع *بوشارب إيمان، **المرجع** السابق، ص26.

2- **شوقي بناسي**، المرجع السابق، ص 152.

الحيوان[1] الذي يمكن أن يعاشره الإنسان لغرض تربيته والاستئناس به، وفي هذه الالتفاتة نظرة تغيير من المشرع عن موقفه السابق من الحيوان والذي كان يعتبره مجرد شيء من أشياء القانون المدني[2].

تجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أن القانون العراقي قد وسع من مفهوم المستهلك بصورة تتجاوز الغرض الذي من أجله شرعت قوانين الاستهلاك، فهذه القوانين وضعت أساسا لحماية شخص الضعيف من الناحية الاقتصادية والفنية والتقنية في مواجهة شخص آخر يتمتع بالتفوق الاقتصادي والتقني والعلمي الذي يسخرها لخدمة مصالحه الشخصية.

إذ اعتبر كل من يتزود بالخدمة أو السلعة مستهلكا فشمل الجميع حتى من يقوموا بالتزود لأغراض مهنتهم حتى ولو كانت الضعيفة داخلة في نطاق تخصصهم، ومن ثم فالمشرع العراقي لا يدخل ضمن أحد المفهومين ولم يأخذ بأحدهما فكل من يشتري سلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها هو مستهلك[3].

فالعقد الاقتصادي أظهر خطورة موقف الطرف الضعيف الذي يؤدي بطبيعته إلى عدم التوازن في العلاقة بين طرفيه، هذا الاختلال في التوازن مرده استغلال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترف مما يجعله في مركز أدنى، وهكذا أصبح عدم التوازن من الخطورة مما وجب مد يد المساعدة للطرف الضعيف وتوعيته بوسائل فعالة.

فضلا على أن الأسلوب التقليدي أصبح يتعارض مع معطيات التعامل الحديثة إذ لا يمكن تدخل القاضي إلا عندما تكون الإرادة معيبة لأن الضرورات التي تملي حماية إرادة الطرف الضعيف تملي أيضا حماية الأمن الاقتصادي، وبالتالي استقرار العلاقات لأن تطور المجتمعات الحديثة وما صاحب ذلك من التقدم في المجال العلمي والتكنولوجي قد أدى إلى إعادة النظر في الأساليب التي تحكم تكوين وتنفيذ العقد.

ثالثا: تطبيقات الضعف التعاقدي في عقد العمل كعقد اقتصادي

تشكل إرادة الأطراف أساس العقد العادل إلا أنه ترتب عن التطور الحاصل في المجتمع أن أصبح العقد غير عادل إثر تطور الثورة الصناعية الحاصلة، إذ تم انفصال الحرية عن العدالة في العقد فتلاشت فكرة الحقوق المتساوية النابعة من الفكرة العقدية.

إن التطور الحاصل في المجتمعات نتيجة الثورة الصناعية أدى إلى نشأة عقود الإذعان وحرمت هذه التغييرات التي عرفها المجتمع في نهاية القرن التاسع عشر أحد الأطراف سلطته في تحديد مضمون

1- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص 27.

2- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص 32.

3- **أكرم محمد حسين**، المرجع السابق، ص05.

العقد، أي عدم إمكانية أحد المتعاقدين من مناقشة مضمون العقد بكل حرية حيث يكون رب العمل في مركز الطرف القوي الذي يفرض على العامل نموذج عقد دون مناقشة.

ويترتب على عدم المساواة بين المتعاقدين في عقد العمل كعقد إذعان اختلال في التوازن العقدي نتيجة غياب المناقشة من الطرف الضعيف، فعلاقة العمل بين العامل ورب العمل غير متساوية تقوم على اللاعدالة حيث أن العامل في مركز ادني بالنظر إلى رب العمل[1] إذ يتجسد المركز الأدنى من خلال مفهوم التبعية سواء كانت تبعية اقتصادية أو تبعية قانونية، لذا يبقى عقد العمل من العقود الحمائية التي لها تأثير في حماية الطرف الضعيف.

فضلا على أن الإكراه الذي يمس رضا المتعاقد الضعيف خاصة في حريته فلا يمكن للخاضع أن يناقش العقد، لأنه في الحقيقة غير حر في القبول أو في الرفض وهو بحاجة ماسة إلى العقد كما يمتاز عقد العمل بالجهل في ظل التفاصيل التي تتعلق بنقص المعلومات التقنية والقانونية والفنية للطرف الضعيف لتنشئ عقد عمل في صيغة ضعف أين يكون شخص المتعاقد في خطر أثناء تنفيذ العقد[2].

وعليه فإن العامل دائما ما يرضخ تحت نير سلطان أرباب العمل[3] بما يفرضونه عليهم من ظروف عمل لا تحقق أدنى شروط الحماية، فلا ضمان اجتماعي ولا أجر متفق عليه مضمون ولا راحة أو عطل أسبوعية أو سنوية رغم أن العلاقة بين الطرفين علاقة تعاقدية.

إلا أن حرية العامل تقيدها الظروف الاجتماعية فلا خيار أمامه إلا الاستجابة لقبول العمل بأقل أجر وفي أسوأ الحالات والظروف[4]، خاصة الظروف الفيزيقية السيئة لما لها من أثار سلبية سيكولوجية أو فيزيولوجية على العمال بصفة دائمة أو مؤقتة، كسوء الإضاءة كثرة التلوث وانتشار الأبخرة والغازات السامة وسوء التهوية في المصانع[5].....إلخ.

1- فاضل خديجة، تأثير قانون عقدالعمل على جمعية قانون العقود، المرجع السابق، ص 38 .

2- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص275.

3- بن عزوز صابر، النظام العام الإجتماعي في مفهوم قانون العامل، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 23و24 أفريل، 2014، مجلة سداسية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص617.

4- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 10-13.

5- عاشور علوطي، الظروف الفيزيقية كأحد العوامل المؤثرة في أداء وصحة العمال، مجلة أبحاث نفسية وتربوية، العدد 08، قسنطينة، 2016، ص 130.

لذا تدخل المشرع بتنظيم هذه العلاقة في الحياة الاقتصادية نحو إصدار قوانين آمرة من النظام العام وليس فقط مكملة للإرادة، تعمل على توجيهها على الوجه الذي تتحقق فيه حماية العامل حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل نظمها المشرع كالأجر وساعات العمل وشروط السلامة والصحة والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، بل إن هذا العقد أصبح مجرد إقرار للنصوص القانونية والاتفاقيات الجماعية.

لقد فرض قانون 11/90 التزامات على عاتق صاحب العمل والتي هي في نفس الوقت حقوق للعامل، كتحديد مدة العمل وتحديد حد أدنى مضمون الأجر وتحديد أيام الراحة الأسبوعية والسنوية وكذا في المناسبات الدينية والوطنية والحماية الاجتماعية[1].

ولا يكفي أن تحدد هذه الالتزامات بل تم تنصيب مفتشيه العمل التي تعمل على مراقبة تطبيق هذا القانون ومعاينة وتسجيل المخالفات، ويكون عقد العمل دائما قابلا للتعديل بما يحقق مصلحة العامل بناءا على المفاوضات الجماعية التي تتم بين العمال والمستخدم والدولة نقابة العمال وتعرف هذه الاجتماعات بالاجتماعات الثلاثية والتي يتولد عنها اتفاقات جماعية ملزمة للأطراف[2].

وهو ما دفع بالمشرع لضمان سلامة العامل وحمايته سواء أثناء تكوين عقد العمل من خلال حماية رضاه بتقديم المعلومات الضرورية بمحل العقد أو بعملية التعاقد، وتعتبر الشكلية ضمانة أساسية لحماية الطرف الضعيف في عقود العمل الخاصة كعقد العمل المحدد المدة، لأن اشتراط الكتابة يضمن حماية العامل الأجير ويمكنه من الإثبات.

كما أن المشرع يحدد بالتفصيل كل ما يتعلق بالمدة الراحة الأسبوعية والسنوية لضمان التوازن العقدي، وتظهر الحماية أيضا بعد تكوين عقد العمل من خلال منح النقابات حق التمثيل الجماعي والمشاركة في المفاوضات الجماعية، كما اوجب على المستخدم احترام إجراءات التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل لخطأ جسيم، فمن جهة يعترف لصاحب العمل بحماية مصالحه من جهة لكن من دون المساس والإضرار بالعامل ومصالحه من جهة أخرى ضمانا لتوزان بين الأطراف[3].

فأمام هذه التغيرات التي عرفها القانون فإن النظرية العامة للعقد قد تكيفت وأن المبادئ المترتبة عن سلطان الإرادة قد تغيرت نتيجة المساسات التي حملها التطور على العقود، لذا فإن العقد اليوم أصبح محتاج لعدالة عقدية لاستقراره نظرا لاختلال التوازن الذي أصبح يخيم عليه.

1- أحمية سليمان، المرجع السابق، ص278.

2- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 163-164.

3- **فاضل خديجة**، تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود، **المرجع السابق، ص39-40.**

ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام حديث لتحقيق هذه العدالة[1] هذه الحماية ارتكزت على خصوصية عقد العمل في الأخذ بعين الاعتبار كرامة شخص الإنسان ومصلحة الطرف الأكثر ضعف، ونظرا لكون العامل يتصف بالضعف مثله مثل المستهلك ظهر مصطلح النظام العام الاجتماعي الذي يسعى لتحقيق وإعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين بغية حلول المساواة الحقيقية محل المساواة المجردة.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي للعقد الاقتصادي

القوة الاقتصادية تحول العقد من عقد مساومة إلى عقد إذعان هذه الشروط غالبا ما تكون تعسفية محررة مسبقا لذا يعتبر الإذعان نموذج صارخا لاختلال التوازن العقدي، وعقد[2] الإذعان من العقود الحديثة النشأة التي أفرزها التطور الاقتصادي وظهرت في العالم الغربي إبان ظهور الثورة الاقتصادية الحديثة[3].

فقد صاحب عصر الصناعة ظاهرة سيطرت طرف قوي اقتصاديا على طرف ضعيف الأمر الذي يترتب إذعان الأخير لإرادة الأول بفرض شروط مجحفة في العقد دون إمكانية رفض العقد او المفاوضة على شروطه[4]، وسبب هذه الظاهرة يرجع إلى قيام قوى هائلة اقتصادية باتت تتحكم في أرزاق الناس، أو ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو خدمات لازمة، وقد توصلت إلى ذلك من خلال الاحتكار الذي يقضي على المنافسة[5].

فشكلت ظاهرة الربح إحدى السمات المهمة للعقود الاقتصادية ويتحقق هذا الكسب المادي أو العيني في ظل المنافسة التامة وعدم وجود قيود، ونظرا لأن الوحدة الإنتاجية تعمل أصلا من أجل تحقيق التبادل في الساحة الاقتصادية، فإن الهدف النهائي يتمثل في الحصول على أقصى ما يمكن من الأرباح.

1- Denis Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel » , revue des contrats , L.G.D.J paris, 2003 , p 296.

2- تعريف العقد: لغة عقدت الحبل عقدا فانعقد، والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد وعاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته ومعقد الشيء مثل مجلس موضع عقده وعقد النكاح وغيره أحكامه وإبرامه والجمع عقود مثل حمل وحمول، واعتقدت كذا عقدت عليه القلب والضمير حتى قيل العقيدة ما يدين الإنسان به وله عقيدة حسنة سالمة من الشك والعقد ما عقد من البناء والعهد واتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج.

3- سارة بوفلكة، المرجع السابق، ص380.

4- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 18.

5- نفس المرجع السابق، ص 21.

لذلك يحاول دائما صاحب العقد الاقتصادي توسيع حجم أعماله لزيادة سيطرته على المجال الإقتصادي، ففي ظل قانون المنافسة الحرة يسعى أصحاب العقود الاقتصادية إلى التكتل فيما بينهم ضمن احتكارات تخفف من الانعكاسات السلبية التي تسببها عادة المنافسة اتجاه مشاريعهم.

ويبقى الهدف المنشود من تشكيل مثل هذه الاحتكارات مواجهة المنافسة في السوق واحتكار أساليب التقنية الحديثة وبالتالي زيادة الأرباح إلى أقصى الحدود[1].

الفرع الأول

تأثير القوة الاقتصادية على اتساع فكرة الإذعان

إن التمكن من التحكم في تنظيم الأمور يجعل هذا النظام قائم على مبدأ احتكار لمعظم النشاطات الاقتصادية وانعدام روح المبادرة والمنافسة، فقد تغلغل الاحتكار في جل العقود الاقتصادية وأصبح المحتكرون يسيطرون على الميدان الاقتصادي بإبرام عقود اقتصادية بسبب اتفاق شركات أو اندماج شركة واحدة تتحكم وتحتكر النشاطات أو الخدمات لصالحها.

أولا: ماهية الاحتكار

تعتبر النظم الوضعية الاحتكار مباح سواء كان للأفراد أو المؤسسات بينما يعتبره الإسلام محرما شرعا، ومما ساعد على انتشار الاحتكار ظهور أساليب الصناعة الحديثة المعتمدة على التكنولوجيا المتقدمة تتحكم فيها قوى اقتصادية هائلة تتمثل في براءات الاختراع أو بمعرفة فنية حصرية وسرية مما يدفع بالمستهلكين إلى التهافت على هذه التكنولوجيا بشكل يضر بهم، وكذا الرغبة في تحقيق أقصى ربح الأمر الذي يستدعي خلق ميكانيزمات وآليات مناسبة تتولى الضبط والتسيير الجيد للسوق حفاظا على حرية الجميع[2] فالإذعان وليد الممارسات الاحتكارية

1-مفهوم الاحتكار:

إن المشرع الجزائري لم يعرف الاحتكار إنما اكتفى بالإشارة إليه في قانون المنافسة واعتبره ممارسة مقيدة للمنافسة، ولعل الهدف من ذلك رغبة في تحقيق توازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة ولمنع استعمال القوة الاقتصادية من قبل الطرف المحتكر[3].

1- ماهر ملندي، القانون الدولي الإقتصادي، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية، سوريا، 2018، ص39.

2- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الإقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012، ص05.

3- طالب محمد كريم، تدخل الدولة في تحديد الأسعار كإستثناء على مبدأ حرية الأسعار، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016، ص269.

وأما الفقهاء فقد اختلف تعريف للاحتكار تبعا لمفهومه عند كل منهم فالتعريف المختار الذي استقر عن أغلب راي الفقه أنه يشمل كل شيء من طعام أو غيره، حبس الطعام او السلعة بقصد الإغلاء على الناس عندما تشتد الحاجة إلى السلعة[1]، فهو لا يختلف عن المعنى اللغوي والذي يعني الظلم والجمع والحبس للطعام ليتربص به الغلاء والاسم منه الحكرة[2].

فالقاعدة العامة أن المحتكر في عقود الإذعان يكون في وضعية الإيجاب الدائم والمستمر متى نما إلى علمه رغبة الجمهور في التعاقد، وهذا هو الحال بالنسبة للشركات الاحتكارية الكبرى كشركة السكك الحديدة وشركة المياه وشركة الكهرباء، وبصفة عامة كل المشروعات التي تتمتع باحتكار قانوني وهو ما يخول صاحب العقد الاقتصادي في القيام بنشاط ذي منفعة عامة اعتبارا للأهمية الاستراتيجية للسلعة أو الخدمة التي يقدمها[3].

وهو ما يجعله ملزم بممارسة اختصاصات ضمن حدود المنافسة المشروعة ودون تمييز حفاظا على المساواة بين المنتفعين أمام الخدمات المحتكرة [4] إذ يمنع مثلا على الخطوط الجوية أو شركة النقل البحري أو السكك الحديدية رفض إبرام عقد نقل البضائع أو المسافرين بدون مبرر شرعي وهو ما أضفى طابع الضرورة العامة .

إن المحتكر يتخذ كل الاحتياطات اللازمة والضرورية لتلبية طلبات الجمهور انطلاقا من وضعيته كمحترف يستفيد من احتكار قانوني، وملتزم طبقا للنصوص التي منحته الاحتكار القيام بأعمال أو تقديم خدمات ولا يعفيه من هذا الالتزام إلا الدفع بالقوة القاهرة مثلا[5].

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة أن يكون المحتكر في وضعية القوي تجاه الطرف الأخر الذي يكون ضعيفا بالمفهوم الاقتصادي ليست واردة في كل الأحوال، إذ من الممكن أن تتغير المراكز القانونية على الأقل بالنسبة للمحتكر الذي قد يجد نفسه مذعنا بدوره لمن أقوى منه كعقود الامتياز مثلا.

أما اقتصاديا تقابل كلمة احتكار باللغة الفرنسية عبارة Monopole والترجمة الصحيحة هي أحادية القطب، أي أنه يوجد عون اقتصادي واحد يقدم خدمة أو يعرض سلعة لعدد من المستعملين أو المستهلكين فهذه العبارة ترتبط بوضعية السوق وليس بصاحب المركز "المحتكر، أما الوضعية العكسية

1- **اسامة عبد السميع**، الإحتكار في ميزان الشريعة وأثره على الإقتصاد والمجتمع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2013، ص 17.

2- **مسلم الطاهر**، محاربة الإحتكار في الفرنشيز بين الشريعة والقانون، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد01، بجاية،2020،ص205.

3- **بن يطو أمال**، حماية المستهلك من الإحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، 2010، ص45.

4- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص 400.

5- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص 408.

للحالة الأولى هي ثنائية القطب Monopsome والتي تتميز بوجود عدد كبير من الأعوان الاقتصاديين العارضين للسلع والخدمات بينما يوجد زبون أو مستهلك وحيد[1].

فالمحتكر هو كل من يمارس بصفة دائمة نشاط اقتصادي يدخل في هذا الإطار الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين اللذين يخضعون إلى القانون الخاص (تاجر، حرفي، مؤسسة حرفية، شركة، جمعيات)، أو القانون العام (البلدية، الولاية، الدولة والمؤسسات العمومية التي تمارس إلى جانب نشاطها الإداري نشاطا اقتصاديا[2] تحت مسمى المرافق العامة إما إدارية وإما مرافق اقتصادية، هذه الأخيرة التي تتميز بمزاولتها لنشاط شبيه بنشاط الأفراد مثل مرافق النقل بالسكك الحديدية، مرافق تزويد الماء الغاز، الكهرباء.

و بهذا الخصوص فقد رفعت الدولة يدها عن الكثير من الميادين وفتحت المجال لتفعيل ممارسة هذه الأنشطة الاقتصادية أمام المستثمرين[3] المقيمين فيها أو الغير المقيمين كمجال المناجم، السياحة، الفندقة، الصناعات النسيجية والصناعات الزراعية الغدائية والصناعات التحويلية والنقل البري للمسافرين والبضائع والتأمينات والصناعات الصغيرة والمتوسطة[4].

إن المنتفع في علاقته مع هذه المرافق ليس في مركز تنظيمي أو لائحي وإنما في مركز تعاقدي ناشئ عن توافق الإرادتين، غير أن هذا التوافق يبقى صوريا ويخفي في حقيقته صورة إذعان المنتفع لشروط التي تصنعها هذه المرافق خصوصا إذا كانت احتكارية، أو كانت تتمتع بما يسميه البعض بدكتاتورية العرض[5].

2- موقف الفقه الإسلامي من المبدأ:

لم تظهر فكرة الإذعان في القانون الوضعي إلا في عهد قريب وذلك على إثر تطور العقود الاقتصادية وظهور أرباب الأعمال للصناعات الكبيرة وشركات الاحتكار السلع والخدمات الضرورية، ولذلك لا يوجد في الفقه الإسلامي ما هو ساري اليوم في خصوص هذا العقد، لكن الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها عقد الإذعان وهي الاحتكار ظفرت بعناية الفقه الإسلامي، فالاحتكار في الفقه إما محرم وإما مكروه وقد وضع الفقه الأحكام التي تحول دون الاحتكار وتمنع الضرر عن الناس[6].

1- **بن وطاس إيمان**، المرجع السابق، ص13.

2- **نفس** المرجع السابق، ص14.

3- **مسلم الطاهر**، المرجع السابق، ص.198

4- **بن وطاس إيمان**، المرجع السابق، ص43 .

5- **بن وطاس إيمان**، المرجع السابق، ص45.

6- **عبد المنعم فرج الصدة**، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، العدد01، الإمارات، 1996، ص15.

ومن خلال نظرة عامة في المذاهب الفقهية الإسلامية يتضح أن الاحتكار يؤدي إلى اختفاء مبدأ المساواة بين الأفراد [1] وأن المحتكر هو من يغالي فيضيق على الناس، ولم يتفق الفقه الإسلامي على ما يكون محلا للاحتكار، فذهب فريق إلى أن الاحتكار لا يكون إلا في الطعام بينما يرى فريق آخر أن الاحتكار يكون في كل شيء يضر احتكاره بالناس[2].

وهذا المفهوم أقرب ما يتفق مع حكم القانون الوضعي الذي يمد فكرة الاحتكار في عقد الإذعان إلى كل سلعة او مرفق ضروريان لا غنى للناس عنهما تكون محل احتكار قانوني أو فعلي او تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها، فقد كره الفقهاء بمذاهبهم المختلفة مبدأ الاحتكار ووضعوا أسسا عامة لمنعه وقيل ينهى المحتكر عن الاحتكار مرتين ثم يعزز بالحبس في المرة الثالثة[3]، بينما في القانون الوضعي يعدل العقد أو يعفى الطرف المذعن منها [4].

وتجدر الإشارة إلى أنه حينما نهت الشريعة الإسلامية عن الاحتكار بكافة صوره كان غرضها الأساسي هو حماية الأطراف الضعيفة من أفراد أو هيئات أو حتى دول من الضرر الواقع عليهم، ومن أكل أموالهم بالباطل مما يؤثر على المجتمع واقتصاده[5]، فالعقود في ظلها غير واردة على سبيل الحصر ومن ثم يجوز تحث بساطها ممارسة أي عقد مادام في ممارسته نفع للناس[6]، بينما القوانين الوضعية لا يمكنها الإحاطة بجميع نواحي الحياة بالتنظيم الدقيق، وهنا ظهر سمو تفكير الشريعة والفقه الإسلامي. فحرية الإرادة يجب أن تتقيد بشرط عدم مخالفة أصل أساسي من أصول الشرع الحنيف فوضعت الأمور في نصابها حينما أعطت للإرادة مكانتها في تكوين التصرف من غير شكلية تذكر، ثم أحاطتها بقيود عادلة حدت من سلطانها فكانت تشريعا حيا وعمليا[7].

1- حدة تمزور، داود منصور، تراجع حرية التعاقد في مرحلة الإبرام في ظل الدور الاقتصادي لعقود الأعمال، مجلة أنسنه للبحوث والدراسات، العدد01، جامعة زيان عاشورالجلفة، 2021، ص95.

2- ميلود ميهوبي، أحكام الإحتكار في الفقه الإسلامي وأثاره على حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات، 2012العدد 13، جامعة الوادي، ص 55.

3- امجد محمد منصور، المرجع السابق، ص277.

4- عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص26.

5- منصوري محمد، الإحتكار في الأسواق رؤية فقهية إقتصادية، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد02، الأغواط، 2016، ص272.

6- أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 38-47.

7- حليس لخضر، المرجع السابق، ص 29.

وهكذا فالحرية التعاقدية التي نادت بها الشريعة الإسلامية من أكثر من خمسة عشرة قرن سجلت قصب السبق في محاربة شتى أنواع التعسف والعمل على إيجاد التوازن العادل بين الآداءات المتبادلة في المعاوضات، إلا أنها لم تأخذ الأمر على عواهنه لأنها نادت بالتقييد الحرية بما يرجى منه صلاح المجتمع.

وهذا الأمر تماشيا مع القاعدة الأصولية المانع مقدم على المقتضى عند التعارض أو كما يعبر عنه دفع المغارم مقدم على جلب المغانم، وبهذا متى تعارضت مفسدة مع مصلحة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، ومن التطبيقات العملية تقييد حرية المالك في استغلال ملكية بما يصيب الجار من ضرر يفوق ما يقيده المالك [1].

ثانيا: دوافع الهيمنة الاقتصادية

إن الطبيعة المركبة والمعقدة تشكل إحدى السمات المهمة للعقود الاقتصادية التي ترسم بإرادة الطرف القوي، هذه العقود الاقتصادية المبرمة في كل لحظة والتي تنطوي على الكثير من التعقيدات الفنية والقانونية والمالية أصبحت ظاهرة لا غنى عنها في المجال الاقتصادي، فانتشرت بشكل مذهل وملفت للانتباه وبعد التطور الذي مسها فتحت آفاق اقتصادية واسعة وأفرزت أنواع جديدة من العقود لم يكن لنا بها عهد من قبل.

حيث فرضت منطق التأقلم مع الحالة الواقعية الجديدة بالرغم ما أظهرته من خطورة على الطرف الضعيف، ومرد ذلك استغلال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترف والتي تأكد فيها تغلغل العقود الاقتصادية في ادق تفاصيل الحياة بفعل الوسائط الإلكترونية وهيمنة وسائل التواصل الاجتماعي[2]، فلا نغالي إذا قلنا أن الاحتكار الاقتصادي يحجب التفكير بطريقة غير مباشرة مما يجعل الطرف الضعيف يرزخ تحت استعباد مقنع[3].

1-أسباب نشوء الاحتكار:

السيطرة هي التي تؤدي بالشركات العامة باحتكار إنتاج هذه السلع[4] لها أو السيطرة على مصدر من مصادر المواد الأولية فمثلا شركة ILCOA الأمريكية احتكرت إنتاج الألمنيوم لفترة طويلة نتيجة سيطرتها على مصدر المادة الأولية المستعملة في صناعة الألومينيوم، براءة الاختراع والاكتشافات العملية بحيث متى تم اختراع آلة أو طريقة جديدة للعمل، فإنه لا يحق لأي شركة ثانية استعمال نفس الآلة إلا بعد

1- **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص114.

2- **لحاق عيسى، زروق مروان**، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد30، جلفة، 2020، ص 416.

3- **ميلود مهوبي**، المرجع السابق، ص 53.

4- **بن وطاس إيمان**، المرجع السابق، ص65.

مرور فترة زمنية مثل Microsoft، الإجراءات الحكومية الخاصة بحماية الصناعة الوطنية من استيراد سلع معينة أي منع المنافسة الأجنبية للسلع الوطنية.

سواء كان الاحتكار فردي أو جماعيا مما يضر عامة الناس[1] أو احتكار المستهلكين أنفسهم، وذلك بقيامهم في وقت واحد بشراء قدر أكبر من حاجتهم، وحتى الاحتكار العالمي بحيث تحتكر دولة ما أو شركة لسلعة ما مما يضر بباقي الدول، كاحتكار إنتاج الأسلحة أو الطاقة النووية من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وحرمان الدول العربية منها ولو لأغراض سلمية وذلك بغرض فرض سيطرتها عليهم[2].

وينقسم الاحتكار وفق لذلك **إلى احتكار قانوني** وهو الذي يكون مصدره إما التشريع أو التنظيم، إذ يقرر في أحكامه على أن شخصا عموميا محددا يتولى القيام بنشاط معين، ويستأثر به وحده ولا ينازعه أي شخص أخر عموميا كان أو خاص.

وعلى سبيل المثال نذكر بعض الاحتكارات القانونية البارزة على الساحة الاقتصادية:

- الشركة الوطنية للتبغ والكبريت والتي تستأثر باستيراد، إنتاج وتوزيع التبغ والكبريت على المستوى الوطني.
- الشركة الوطنية للكهرباء والغاز والتي تتولى إنتاج، نقل وتوزيع الكهرباء والغاز وإن كان في حقيقة الأمر أن الغاز يتم شراءه من الشركة الوطنية لنقل وتسويق المحروقات سوناطراك، فكل من الشركتين لهما نظام هيئات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري إذ تتمتعان بالشخصية القانونية العمومية، ولهما احتكار قانوني كل منهما في مجالها على المستوى الوطني

وتعود جملة الأسباب المؤدية لذلك :

- لمصلحة جبائية كما هو الحال بالنسبة لاحتكار التبغ والكبريت من طرف الشركة الوطنية للتبغ والكبريت.
- لمصلحة أ/ن عمومي كما هو الحال بالنسبة لاحتكار المؤسسة العسكرية للمواد المتفجرة (ONEX)

1- **اسامة عبد السميع**، المرجع السابق، ص 35.

2- **اسامة عبد السميع**، المرجع السابق، ص 36.

- لمصلحة جبائية وأمنية في نفس الوقت كما هو الحال بالنسبة لاحتكار الغاز والكهرباء من طرف الشركة الوطنية للكهرباء والغاز[1].

فمثلا بالنسبة لعقود **BOT** عادة ما ترتبط شروط الاحتكار التي تلتزم بها الدول إذ تشترط شركة المشروع الاقتصادي على الدولة تأمين الاحتكار حتى تضمن سيطرتها على السوق، وضمان عدم منافستها تحقيقا لاسترداد ما أنفقته من أموال، وإذا لم يرتبط المشروع باحتكار تلتزم الدولة بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع مثل يحصل عادة في إنشاء محطات الكهرباء، كما تضمن الحد الأدنى من التشغيل، مثل ما يحصل في إنشاء المطارات والطرق[2].

أما **الاحتكار الواقعي** فهو ذلك الاحتكار الذي يتميز به المحترف الاقتصادي بسبب ما توصلت سلعته أو خدماته من شهرة تجارية ورواج في السوق[3]، فهو عادة ما يكون من نصيب الأشخاص الخاصة نتيجة تسخيرهم لوسائل مادية وبشرية، والقانون لا يمنع مثل هذا الاحتكار شريطة أن يكون العمل مشروع نزيه وشفاف[4].

وبهذا الخصوص يرى البعض أنه وإن كان لابد من الاحتكار فليكن احتكارا قانونيا بأن يمنح القانون الدولة أو إحدى الشركات تحت إشرافها حق احتكار نقل الركاب أو حق توزيع الكهرباء أو المياه، إذ أن احتكار القلة من الأفراد أو الشركات نشاط معين من العقود الاقتصادية يشكل خطرا على الجمهور[5].

2- آثـار الاحـتكـار:

يقول بعض الاقتصاديين الغربيين إن الإنتاج الاحتكاري سيكون بصفة عامة أقل من الإنتاج التنافسي ويكون ثمنه أغلى من الثمن التنافسي وفي ذلك تبديد لموارد المجتمع لصالح المحتكر، أي عندما ترتبط قلة الإنتاج في ظل الاحتكار بفكرة عدم استغلال الموارد الاستغلال الكافي، فإن الأثمان المرتفعة التي يتقاضاها الاحتكاري تخفض بوضوح من الدخل الحقيقي للعمال والجماهير الفقيرة[6].

1- بن وطاس إيمان، المرجع السابق، ص 66.

2- ياسين ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الـ BOT،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص107 .

3- بن وطاس إيمان، المرجع السابق، ص 70.

4- نفس المرجع السابق، 66.

5-**جهيد سحوت**، حماية المنافسة الحرة والمستهلك من الإحتكار بين الفكر الإقتصادي القانوني وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الصراط، العدد 34، الجزائر،2016، ص437.

6-اسامة عبد السميع، المرجع السابق، ص81 ،

فضلا على أن الاحتكار يؤدي إلى التضخيم في زيادة الأسعار ويؤدي إلى قلة الإنتاج كساد السلعة وعدم رواجها فيؤدي إلى عدم استغلال موارد المجتمع استغلال كافيا، مما يساعد على انتشار البطالة، وإثراء طبقة على حساب طبقة أخرى ذلك أن المحتكر بإغلائه فإنه يأكل أموال الناس بالباطل.

فالاحتكار يؤدي إلى اندلاع حروب كاحتكار الولايات المتحدة الأمريكية وبقية دول مجلس الأمن الدولي ذات العضوية الدائمة للأسلحة والبرامج النووية دون غيرهم لا سيما العربية والإسلامية، ومن ثم إذا قامت أحد الدول بإنتاج الطاقة فإنها تعرض نفسها لاتهامات وانتقادات وإلا سوف تفرض عليها عقوبات اقتصادية وتنشئ هجمات عسكرية، مما ينذر باندلاع حرب بينهما الأمر الذي يوضح كيف أن الاحتكار يؤدي إلى اندلاع الحروب وتدمير الدول[1].

بالإضافة لذلك تمتد آثار الاحتكار إلى الحد من المنافسة المشروعة والسيطرة على النشاطات الاقتصادية، ولا شك ان الشركات متعددة الجنسيات تلعب دورا كبيرا في تكريس الظاهرة الاحتكارية في الدول العربية، فالشركات متعددة الجنسيات تمتلك مقومات رأسمالية عالية تفوق كثيرا الشركات الوطنية مما يجعلها لا يستطيع منافستها وبالتالي تتحكم هذه الشركات في اقتصاديات الدول العاملة بها[2].

وفي سبيل التخلص من الأثار السلبية التي تنتج عن فكرة الاحتكار فإنه من جملة التدابير المتخذة العمل على توفير السلع محل الاحتكار أو بديل لها، وذلك بإجبار أهل الحرفة والصناعات على توجيه اهتمامهم بتشجيع التبادل التجاري لما يحققه من رواج اقتصادي، الوعي الجماهيري والمتمثل في الدور الإعلامي لرجال الدين والصحافة والإعلام من إذاعة وتلفزيون كل في تخصصه وذلك بالتنويه بأضرار الاحتكار الاقتصادية[3].

وللحد من الاحتكار العالمي المطالبة بتخلي الدولة أو شركة المحتكرة عن الاحتكار محاولة إنتاج مثل السلعة المحتكرة بفكر جديد، مما يؤدي إلى الاستغناء عن السلعة المحتكرة وذلك باتفاق الدول على الامتناع عن شراء أو استيراد كافة منتجات الدولة المحتكرة أو التصدير إليها، وبذلك عدم استغلال أسواق هذه الدول لترويج سلع الدولة المحتكرة[4].

1- **نفس** المرجع السابق، ص100.

2- **جهيد سحوت**، المرجع السابق، ص435.

3- **اسامة عبد السميع**، المرجع السابق، ص 10.

4- **نفس** المرجع السابق، ص150، 152 .

ثالثا: تكييف الاحتكار كقوة اقتصادية في مجال النقل البحري

نجد في غالبية الأحوال أن مصدر الإذعان هو المركز الاقتصادي الواقعي للطرف القوي الذي يملي شروطه على الطرف الآخر الأمر الذي يجعل من عقد النقل البحري للبضائع من عقود الإذعان، إذ يبرز الإذعان فيها لوضوح الاستغلال التجاري فيها.

فالتطورات الاقتصادية جعلت من هذا العقد يدخل ضمن طائفة العقود التي تتلاشى فيها الإرادة أحد الأطراف أمام الطرف الآخر، الذي يقبل شروط الطرف الأقوى إذعانا وخضوعا بدون مناقشة لشروط العقد نظرا لاختلاف المركز القانوني لتفاوت بين إرادة طرفي العلاقة التعاقدية المتمثلة في الناقل والشاحن[1].

عقد النقل البحري هو عقد يلتزم بمقتضاه الناقل البحري بنقل البضائع من ميناء لآخر في مقابل أجرة نقل، مما يجعل هذا النوع من العقود الملزمة لجانبين الذي نتج عن مبدأ الحرية التعاقدية والذي تجري المساومة والمناقشة بين طرفيه حول شروطه بحرية تامة[2].

إلا أنه نظرا لاختلاف المراكز القانونية والاقتصادية بين الأطراف على نحو يستطيع أحدهما فرض إرادته التعاقدية على الآخر، إذ لا يستطيع الشاحن مناقشة شروط العقد التي يفرضها الناقل ويحدد مضمونها الاتفاقي، فهو مضطر إلى التعاقد نظرا لما يتمتع به من احتكار فعلي[3].

ومما لاشك فيه أن الناقل البحري هو الطرف الذي يكون في هذا المركز أقوى مقارنة بالشاحن، ففي الوقت الراهن فقد أصبحت شركات كبرى تحتكر عمليات النقل البحري في ظل الخطوط المنتظمة التي تضع في سندات الشحن شروط مطبوعة يكسبها طابعا نمطيا غير قابلة للمناقشة.

بحيث لا يجوز للشاحن كطرف ضعيف أن يرفضها مما يترتب تفوق الناقل على الشاحن خاصة وأنهما ليس على قدم المساواة من حيث القوة الاقتصادية، فبما ان الناقل هو الطرف القوي الذي يستطيع إملاء شروط وبنود العقد، فهو يحقق حماية ذاتية لنفسه أكثر من حماية القانون له، فهو صاحب الشأن الأول والأخير في إدارة شؤونها الخاصة[4].

1- أيمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود –دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص01.

2- وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.

3- مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2007، ص 287.

4- بورطال أمينة، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد03، تلمسان،2020 ص 225-226.

والجدير بالإشارة على الصعيد العملي أن شركات الملاحة البحرية هي التي تعد سندات الشحن وفقا لعقود نموذجية مطبوعة ومهيأة مسبقا مما لا يسمح للشاحن مناقشة الشروط الواردة فيها، فضلا على أن الناقلين في كثير من الأحيان يتم التضامن بينهم للاتفاق حول شروط موحدة في سند الشحن مما يتعذر على أحد الشاحن خرقها والاتفاق على ما يخالفها.

كما أن أخطر الشروط المجحفة التي كان يدرجها الناقلون في سند الشحن هي شروط تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها عن هلاك البضائع وتلفها استنادا إلى المساومة الكبيرة التي يمتازون بها، والتي يأتي في مقدمتها شرط الإهمال الذي يتم إدراجه في سند الشحن بشكل مفرط ليتملص الناقلين بموجبه من المسؤولية مما ينعكس سلبا على مصالح الشاحنين، إضافة إلى شروط تحديد المسؤولية[1] مما أدى إلى انعكاسها على المستويين الداخلي والخارجي.

فضلا عن دور المجتمع الدولي في عقد اتفاقيات دولية متعلقة بعقود النقل البحرية الدولية للبضائع المتضمن الشروط التعسفية، فإنه يقبل الإذعان كأصل عام باعتباره ظاهرة قانونية أما بخصوص الإجحاف اللاحق بالشاحن، فلا يكفي القول أن الشاحن لم يوقع على سند الشحن البحري لكي يعجز الناقل البحري عن الاحتجاج بالشروط التي يحتوي عليها في مواجهة المرسل إليه، وإنما الاحتجاج بهذه الشروط، يتم تحت رقابة القاضي طبقا للقواعد العامة 110-11-112[2]..

فمثلا مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشخاص بمناسبة عقد **النقل البحري**[3] أنه ملزم بتحقيق النتيجة وهي توصيل المسافر سالما، ذلك أن مسؤولية الناقل هي مسؤولية عقدية ويتحقق الإخلال بالالتزام بمجرد عدم تحقيق النتيجة وثبوت وقوع الحادث، والتي لا يمكن دفعها إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، ولا يقبل إثبات الناقل أنه بدل كل ما في وسعه وجهده وتوخي الحيطة

1- عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعي، ط01، مصر،2008، ص349.

2- بورطال أمينة، المرجع السابق،ص 227.

3- عقد نقل الأشخاص بحرا ذو أهمية اقتصادية وتجارية هامة، خاصة وأنه يربط الدول بعضها ببعض ...**ص07** فهو عقد يتعهد فيه الناقل بنقل المسافر بحرا من ميناء لأخر، وفي الموعد المتفق عليه وعلى السفينة المتفق عليها، فيلتزم بإعدادها وتجهيزها بما يستلزم لتكون صالحة للملاحة وتنفيد السفر المتفق عليه، ويلتزم بإبقاء السفينة على هده الحالة طوال مدة السفر ...**ص112** مقابل دفع أجرة النقل، وان كان هدا العقد من العقود الرضائية الا انه لما كان الناقل يحدد شروطه ويحدد أجرة النقل، وما على المسافر إلا الخضوع لهذه الشروط التي يضعها الناقل ومن تم فهو من عقود الإذعان، لذا فإن تفسير هذا النوع من العقود تخضع لتفسير يصب لصالح المسافر لأنه الطرف الضعيف وذلك في كل حالة يرى فيها القاضي توافر عنصر الإذعان **ص 101.**

***عدلي أمير خالد**، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

والحذر في تنفيذ ما التزم به لان التزامه بتحقيق نتيجة وليس بدل عناية، ولكن قد يخفف من المسؤولية إذا أثبت أن الخطأ مثلا ترجع لسبب أجنبي لايدا له فيه [1].

وهذا يرجع لأسلوب الإدارة الذي يملي توحيد نماذج العقود وتوحيد الشروط التي تتضمنها وهذه الشروط التعسفية التي ينفرد الموجب بوضعها تارة تخفف من مسؤوليتها العقدية، وتارة تشدد من مسؤولية الطرف الآخر ، وما كان للقابل أن يرضى بها لو كانت له الحرية الكاملة في المساومة.

وعليه فمن الصعب تخيل حرية تعاقدية حقيقية بموجب القوة الاقتصادية التي يتمتع بها الناقل مقارنة بالشاحن، فبين القوي والضعيف الحرية التي تظلم والقانون الذي يحرر أي أنه دائما ترد قيود على الحرية التعاقدية مما يجعلها محدودة، لذا يقال إذا كان دور المشرع حماية الطرف الضعيف فالحرية لا تعترف إلا بالقوي[2].

الفرع الثاني

تأثير التفاوت المعرفي في العقد الاقتصادي

تتعدد صور وحالات التي تجسد ضعف أحد طرفي العقد فالضعف الشخصي صورة توضح الضعف المرتبط بشخص المتعاقد مثل حالة توفر عيوب الإرادة مما يعكس تفاوت في الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما، فالمتعاقد الضعيف ذاتيا هو الشخص الذي يقوم بالتعاقد دون تمييز لتصرفه ويكون ذلك ناتجا عن انعدام أهليته أو تعيب في إرادته.

أو الضعف الاقتصادي والذي يظهر في السلطات والإمكانيات التي يتمتع بها الطرف القوي وتؤدي إلى تفوقه على الطرف الضعيف بكثير، ويعرف بالضعف النسبي الناتج عن تمتع شخص بالإرادة التامة لإبرام عقد اضطراري لسد احتياجاته مع إمكانية عدم التفاوض سواء كان هذا الضعيف دائنا أو مدينا.

على أن تطور الحياة الاقتصادية جعلت من البعض يمتلك أدواتها دون البعض الآخر مما أدى إلى ظهور نوع جديد من عدم المساواة يطلق عليها اختلال التوازن المعرفي، وهو ما نجده جليا في الأشياء الخطرة والمعقدة والحديثة الأمر الذي يعكس عدم المساواة في الخبرة والمعرفة.

1-حسين بوشينة- نبيل صقر، الدليل العملي للمحامي في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر،2007، ص106.

2- بورطال أمينة، المرجع السابق، ص245.

أولا: مفهوم التفاوت المعرفي

التفاوت المعرفي يظهر من مسماه فهو الاختلال الذي يعكس عدم المساواة في الخبرة والمعرفة بين طرفي العقد الذي طرأ على الحياة الاقتصادية وما صاحبها من طفرات تكنولوجية مما لفت النظر إلى الخدمات المعلوماتية.

والواقع الاقتصادي يؤكد على التنافس الحاد لامتلاك المعرفة الفنية والمعلومات كوسيلة لجذب طبقة المستهلكين، عن طريق الإعلانات البراقة والخادعة التي لا تعمل بوحي أخلاقي وإنما تحت تأثير المكاسب المادية السريعة، وهو ما خلق فجوة معرفية كبيرة بين المحترفين وطبقة المستهلكين[1].

فهذا التفاوت ليس تفاوت اقتصادي وإنما تفاوت في العلم والمعرفة والدراية وهو ما يعرف بالضعف المعرفي، فمن ملكية السلع وبيعها إلى الحصول على الخدمات واقتنائها ثم من خدمات المعلوماتية إلى الخدمات الرقمية وما يصاحبها من شفرات وتعقيدات وتداخلات مع علوم أخرى، أدى إلى ظهور تكنولوجيا المعلومات ذلك العلم الذي يسعى إلى توظيف أجهزة الاتصال في تخزين واسترجاع وفي نقل وتبادل المعلومات بين المستهلك والمحترف وهو ما يعكس مدى التفاوت بشكل يجعل تحديد البسيط من المعقد فيها أمرا من الصعب إدراكه.

ولما كشف الواقع العملي عن قصور في الحماية المفروض تحقيقها للطرف الضعيف عن طريق عيوب الإرادة نتيجة الصعوبات التي يواجهها المتعاقد في إثبات الوقوع في الغلط أو التدليس، ونفس الصعوبة للحماية عن طريق نظرية العيوب الخفية حيث يثبت أن الشيء محل العقد كان خفيا وغير ظاهر، فإنه اعتبر الضعف المعرفي للمستهلك أمر مفترض ولا يحتاج إلى إثبات[2].

فالمحترفين يحتلون مكانة عالية بسبب ما يمتلكونه من معرفة تقنية ومعلوماتية فضلا على قدراتهم المالية، وهو ما جعل الإثبات يتم بشكل تلقائي دون الحاجة إلى إثبات جهل المستهلك بالمعلومات، وترتب على ذلك أن أصبح تطبيق القواعد الحمائية التي سنها المشرع وتكفل بوضعها تعكس الدور المحوري في حماية المستهلك، عن طريق تفعيل نظام وقائي يهدف إلى تحميل الطرف القوي بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

إن الالتزام بالإعلام المفروض على الطرف القوي سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه يمثل أهم مظاهر الحماية وأهم الوسائل الوقائية ضد عدم التوازن المعرفي، فمن الضرورة إحاطة الطرف الضعيف بالمعلومات المتعلقة بالعقد حتى يكون رضاه حر ومستنير لذا وجب إمداده بالمعلومات الجوهرية

1- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص103.

2- عبد المنعم موسى إبراهيم، نفس المرجع السابق، ص 31-55.

التي تمكنه من تحديد موقفه عن وعي ورضا يتيح له القدرة على اتخاذ قرار سليم بإبرام العقد أو العزوف عنه. - **سنتحدث عن هذا النوع من الالتزامات بتفصيل أكثر في الباب الثاني-**

كان لهذه المستجدات الأثر الواضح على مركز الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية نظرا لعدم إلمامه بكل معطيات العقد ونقص خبرته بخصوص المعاملات الاقتصادية التي يتعاقد بشأنها، ونتيجة لهذا الضعف المعرفي أصبح على عاتقه أن يقوم بالاستعلام والتحري عن العقد من أجل اتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه، على الرغم من أنه ولو حتى تم الحصول على المعلومات سيزيده الأمر غموضا وتعقيدا لأنه لن يؤدي إلى معرفة حقيقية مما يزيد من الجهل المعرفي لديه.

كل هذه المعطيات ساهمت في تشكيل مفارقة في علاقات اقتصادية تتجسد بين طرفين متباينين بالنظر إلى المعرفة الفنية، والتي تتضح صورتها من خلال ظهور نوع جديد من عدم التوازن العقدي أطلق عليه اختلال التوازن المعرفي[1] الذي يعد طرف ضعيف بحكم الواقع والمنطق والحاجة بالرغم من أنه المحرك الرئيسي والأساسي للحالة الاقتصادية في أي منظومة[2].

ثانيا: أثر قوة المعلومة على التوازن العقدي

تعد المعلومة في بداية القرن الحادي والعشرين القوة التي تحدد الاستراتيجيات وتفرز التوازنات السياسية والعسكرية والاقتصادية، فلم تعد القوة تتمثل في التكتلات والحشود بل أصبحت القوة تكمن في المعلومة التي هي بمثابة الرأسمال اللامادي في صناعة القرار واتخاذه في كل المجالات.

وما زاد المعلومة مكانة وأهمية هو تزاوجها مع التقنية خاصة التكنولوجيات الحديثة ففي العالم اليوم الأقوى هو من يملك المعلومات والتقنيات، بل وامتد النطاق ليشمل تنافس الشركات أيضا، وبهذا أصبح للمعلومات قيمة مالية تتناسب مع هدفها والفائدة التي تستعود منها[3] ذلك أن الجهل وعدم المعرفة يمثلان أهم أسباب الضعف.

لقد ظهر مصطلح المعلومات منذ فترة طويلة وكان أول ظهوره على شكل مختلف عنه الآن وهو science information وذلك عام 1960 ثم تغير المصطلح إلى information science وأصبح يهتم بخصائص المعلومات ونقلها[4].

1- **عدنان إبراهيم سرحان**، حق المستهلك في الحصول على الحقائق – المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات-، مجلة المفكر، العدد08، جامعة محمد خضير، بسكرة، 2012، ص11.

2- **الهيثم عمر سليم**، حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية المؤدية للإذعان – دراسة مقارنة -، مجلة الحقوق، العدد02، جامعة البحرين،2013، ص 176.

3- **عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص100.

4- السالم سالم بن محمد، صناعة المعلومات، مكتبة الملك الفهد الوطنية، السعودية، ط1، 2005، ص23.

ويعتبر علم المعلومات من العلوم الحديثة المرتبطة بالتطور الاقتصادي وما صاحبه من تكنولوجيا واسعة وهو ما أفرز معيار جديد للقوة يكمن فيمن يمتلك المعلومة، وهي كلمة مشتقة من كلمة علم وترجع إلى كلمة معلم أي الأثر الذي يستدل به إلى الطريق[1]، فهي كل رسالة ذات معنى تنقل للغير وتتوقف قيمتها المالية على نوعية مضمونها الإعلامي مما أدى إلى تسابق الأفراد للحصول عليها واقتنائها.

إن مقياس التطور الاقتصادي يتمثل في حجم المعلومات والمعرفة إذ تعتمد العقود الاقتصادية بشكل تكاملي على التطور التكنولوجي، حيث استطاعت تكنولوجيا المعلومات ان توجد ما يطلق عليه اقتصاد المعلومات والذي أنهى الاقتصاد الذي يقوم على الصناعة فقط، فالمعلومة[2] قد تقلب موازين القوى فهي أساس انقسام العالم إلى فئة متقدمة قوية وفئة ضعيفة لما تحتويه المعلومة من قوة وأداة السيطرة[3].

وبهذا فهي أساس كل عقد اقتصادي والمعرفة من أهم الموارد له إذ تعتبر المعرفة أنها المرحلة الأخيرة من تحول البيانات إلى معلومات وتحول هذه المعلومات إلى معرفة، فالعقد الاقتصادي يقوم على أهمية المعرفة[4] لذا نكاد لا نجد عقد اقتصادي يخلو من طرف يمتلك المعرفة والخبرة، وطرف آخر يفتقر إلى المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد الذي يبرمه.

وانطلاقا من ان الضعف المعرفي يعني جهل أحد المتعاقدين بمعلومات تتعلق بمحل العقد أو بالشخص العاقد جهلا مشروعا[5] مما يؤدي إلى عدم التوازن المعرفي، ونتيجة لهذا الضعف المعرفي يتأثر مضمون العقد فتزيد التزامات الطرف الضعيف ويسوء مركزه، وعلى العكس يستفيد من ذلك الطرف القوي في العقد.

1- زغنوف عبد الغني، المعلومة وأهميتها في المجتمع المعلوماتي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد09، 2014، ص150.

2- المادة 1112 فقرة 1تنص على أنه"" تعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة بمضمون العقد أو صفة الأطراف""، **محمد حسن قاسم**، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص 35.

3- سبخاوي محمد، واقع وتقييم مجتمع المعلومات والإتصالات في الجزائر من خلال الطالب لجامعي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإقتصادية، جامعة الجزائر، 2004، ص26.

4- الصباغ عماد عبد الوهاب، علم المعلومات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص16-17.

5- يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الخير بالمعلومة مشروعا أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه- **محمد حسن قاسم**، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص34.

فأمام هذه المفارقة أصبح على عاتق الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري من أجل الحصول على المعلومات المتعلقة بالعقد، على الرغم من أن الواقع العملي اثبت ان هناك حالات يصعب فيها على الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري من أجل إتخاد قرار التعاقد من عدمه[1]، لأنه ولو حتى تم الحصول على المعلومات فسيزيد الأمر غموضا وتعقيدا لأنه لن يؤدي إلى معرفة حقيقية مما يزيد من الجهل المعرفي.

ثالثا: تطبيقات التفاوت المعرفي في العقد الإلكتروني كعقد اقتصادي

قام المشرع الجزائري بإصدار قانون خاص بالتجارة الإلكترونية من أجل زرع الثقة والشعور بالاطمئنان في المعاملات الإلكترونية والإقبال عليها، فقد أثار التعاقد الإلكتروني العديد من التحديات للنظم القانونية القائمة فإذا كان العقد في مفهومه التقليدي يتم بين إنسان وإنسان آخر، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الإلكترونية التي تتميز بنوع من الخصوصية مقارنة مع التعاقد الكلاسيكي لأن بعض التعاقدات والمعاملات التجارية الإلكترونية قد تتم بدون تدخل أي عنصر بشري[2].

فبعد كان التعاقد يتم ضمن نشاط خارجي ملموس والتزام المشتري بدفع الثمن نقدا أو عن طريق شيكات ورقية، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للتعاقد الإلكتروني إذ يعتبر نشاط اقتصادي يقوم شخص من خلاله بتأكيد تبادل السلع والخدمات عن بعد بطريقة إلكترونية[3] ، حيث أن السلع الرقمية هي في أصلها وطبيعتها سلع مادية متعارف عليها، تباع وتشترى كمنتوج في الأسواق حسب ما تقتضيه العلاقة التعاقدية للأطراف المتعاقدة.

إلا أنه في ظل الثورة المعلوماتية والتكنولوجية ظهرت مصطلحات جديدة خاصة بالمنتوجات والخدمات في ظل الاقتصاد الرقمي وظهور متاجر ومؤسسات قائمة افتراضيا، فمع انتشار استخدام الإعلام الآلي و شبكة الانترنيت تم تحويل المنتوجات من شكلها المادي إلى الشكل لا مادي.

فأصبحت مجرد معلومة رقمية لتكون محلا للتعاقد من المصنف الرقمي، برامج الحاسوب الآلي، قواعد البيانات، النصوص الرقمية، المعلومات الرقمية، ومع تطورها ظهرت عدة خدمات جديدة تسمى

1- عاشور فاطيمة، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 07، جامعة البليدة، 2019، ص 21-22.

2- حزام فتيحة، التعاقد عن طريق الوسيط المؤتمن: خروج عن أحكام نظرية العقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، 2020، ص 98.

3- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري – دراسة مقارنة-،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو ، 2014، ص25.

بخدمات شبكة الإنترنيت الخدمات البنكية والمصرفية خدمات الاستشارة الطبية والقانونية بالإضافة إلى تقديم خدمات تمكن بالعمل عن بعد أعمال الهندسة[1].

وأمام هذه التجاذبات فإن هذا التطور التكنولوجي والتقنيات الحديثة أحدثت انقلاب جذري في المنظومة الاقتصادية، والذي أدى إلى ظهور معاملات إلكترونية على إثرها انتقل المجتمع من مفهوم المستهلك التقليدي إلى المستهلك الإلكتروني من خلال قيام المستهلك بالتعاقد مع المحترف عبر شبكة الأنترنيت لتوفير حاجياته الشخصية دون الحاجة للتنقل[2].

غير أن العلاقة التي تربطهما تمتاز بعدم وجود توازن بينهما كون أن خصوصية التعاقد الإلكتروني تتم بين طرفين غير متكافئين من حيث نقص الخبرة الفنية والقانونية والاقتصادية وعدم احترافه في المعاملات الإلكترونية من جهة، وعدم اتحاد مجلس العقد للتمكن من المعاينة المادية لمحل التعاقد كما هو معمول به في القواعد التقليدية، إذ يعتبر المستهلك الإلكتروني الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية بالمقارنة مع المورد الإلكتروني نظرا إذ يسهل وقوعه ضحية للتحايل عبر بعض المواقع الوهمية أو المغالطات العلمية في حالة وجود غلط في برمجة الوسيط الإلكتروني[3].

بالإضافة إلى أن خصوصية العقد الإلكتروني تؤثر على الاشتراطات القانونية التقليدية للعقود إذ يبرم العقد على الشكل النموذجي ولا يمكن للمستهلك أن يقوم بالتعديل أو التفاوض حول الشروط المحددة في النموذج، فله أن يقبل بها عن طريق الضغط على أيقونة القبول الموجودة على الموقع في آخر الصفحة أو يرفضها[4].

وننوه هنا أن المشرع قام بسد الفراغ التشريعي الذي كان سائدا من قبل وذلك بإصدار قانون التجارة الإلكترونية الجديد 18-05[5] ينظم المعاملات الإلكترونية والمسائل المرتبطة بالمستهلك الإلكتروني، إضافة إلى المواد التي قام بإقحامها في القانون المدني بموجب تعديل سنة 2005 الخاصة بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

1- **ربحي تبوب فاطمة الزهراء**، واقع النظرية العامة للعقد في البيئة الرقمية، بحوث جامعة الجزائر1، العدد14،الجزائر، 2020، ص83.

2- **عدو حسين**، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري- ، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي-أحمد زبانة- ،2018، ص199.

3- **عبد المنعم أحمد خليفة**، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب " دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك لمواجهة القوة الإحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 303.

4- **عدو حسين**، المرجع السابق، ص223-226..

5- قانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، عدد 28 المنشورة في 2018/05/16.

المبحث الثاني

مظاهر ارتباط العقد الاقتصادي بفكرة الإذعان

تعتبر العقود الاقتصادية أخصب مجال لتوفير المتطلبات الأساسية لتلبية حاجات الأفراد في جميع جوانب الحياة[1]، غير أن العقود الاقتصادية أظهرت ان العقود المبرمة غالبا ما تعكس هيمنة طرف على الآخر في سياق علاقات الهيمنة الاقتصادية، وأن المساواة المزعومة في ظل مبدأ سلطان الإرادة تنحصر في مساواة نظرية وذلك ضمن المعاملات الحديثة، إذ تتميز بأن كل طرف يخضع لقيود المتعاقد الآخر.

وما زاد من الأزمة التي لحقت الإرادة هو التوجه نحو توحيد أنماط صياغة العقود التي تعتبر وجه جديد للتعاقد، نتيجة احتكار المجال الذي تستطيع فيه الإرادة إنشاء الالتزامات من احد أطراف العلاقة العقدية في ظل اتساع نطاق التعاقد عن طريق نماذج العقود.

وتجدر الإشارة إلى أن العقود الاقتصادية التي تمنح سلطة التصرف بشكل مستقل بفرض شروط غير مبررة على المتعاقد الضعيف، تكون هذه السلطة بحكم الواقع ناشئة من مصدرها أي القوة الاقتصادية وليس من حق قانوني، فعقد الإذعان هو ما أدى إلى ضمور مبدأ سلطان الإرادة من خلال نقل العقد من مرحلة المساومة والمناقشة لتلاقي الإرادتين إلى عقود نموذجية ترسم بإرادة الطرف القوي[2].

فصياغة هذه العقود تكون حتمية إذ ليس من الواضح أن صياغة الأحادية لهذه العقود النموذجية مشروعة فهو يشكل ممارسة لسلطة الأمر الواقع وليس حقا ذاتيا، وبهذا الخصوص فإن الهيمنة لا تكون في حد ذاتها غير قانونية، وإنما إساءة استخدامها للحصول على ربح مفرط وغير عادل هو الأمر المستهجن[3].

لذا فإن الأنظمة القانونية أصبحت تهتم باستقرار المعاملات القانونية من خلال ترسيخ العدالة الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في العلاقات الاقتصادية، ونظرا لأن الأساليب التي تقوم عليها النظرية العامة تعيق تحقيق العدالة وتتعارض مع إعادة النظر في الالتزامات المترتبة على العقد حماية

1- أحمد مبخوتة، شرماط سيد علي، التطورات الإقتصادية الحديثة وإعادة تنظيم الجانب التعاقدي في العقود الإدارية، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، العدد14، الجزائر، 2020، ص 427.

2- أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 38-47.

3-Omar Kareem Kazem,GawadKazemSemisem,Economic coercion Analytical study in light of the new contract law and the French judiciary, , Faculty of Law,p88.

للمتعاقد الضعيف، كان لزاما التدخل للتخفيف من غلو المبادئ التي تقوم عليها الأساليب التقليدية[1] خاصة في ظل متغيرات سريعة باتجاه تبلور عقود جديدة، بهياكل واسعة جديدة تتضمن أطر تتفاعل سلبا أو إيجابا تبعا لطبيعة العقد المبرم.

المطلب الأول

إبرام وتنفيذ العقود الاقتصادية

تعد مرحلة إبرام العقد مرحلة مهمة تكون نتاج إرادة واعية متبصرة ومدركة تضم عددا هائلا من العمليات، كالقيام بأعمال تحضيرية أو فحوص فنية أو دراسات اقتصادية وإعداد خطط المشروع محل العقد وتوفير وسائل التمويل والتأمين.

فعند تطابق الإرادتين بان تكون كل من الإرادتين صحيحة خالية من كل عيب وتم اتفاق على الأمور كافة في المراحل السابقة للتعاقد، فإن العقد يكون قد استكمل شروطه المطلوبة وأصبح عقد اقتصادي بالمعنى الصحيح، لكن يبقى هذا غير كاف إذ يجب على أطرافه الوفاء بما عليهم من حقوق والتزامات فوجوب تنفيذ العقد يعني وجوب تنفيذ الالتزامات التي أنشأها بكل ما اشتمل عليه العقد.

وعليه فإن للإرادة المشتركة الدور الفعال في إبرام العقود **الفرع الأول** فيعتبر التراضي المنبثق عن سلطان الإرادة الركن الجوهري في إبرام وقيام علاقة عقدية صحيحة ما يجعله في آن واحد ركن جوهري عند تنفيذها[2] **الفرع الثاني**.

الفرع الأول

الإذعان في إبرام العقود الاقتصادية

يمر العقد الاقتصادي بمراحل قبل إبرامه إذ تسبقه مرحلة المفاوضات لغرض التحضير لإبرام العقد النهائي، فتعتبر المفاوضات الركيزة الأساسية تحديد الإطار العام الذي تدور فيه موضوعات العقد من أجل التوصل إلى إبرامه وإن نجاحها خير ضمان لقيام العقد.

1- عامر القيسي، المرجع السابق، ص 21.

2- مراومية صبرينة، تعديل العقد في المرحلة التنفيذية ودوره في تعزيز مراكز المتعاقدين، حوليات جامعة الجزائر01، العدد14، الجزائر، 2020، ص455.

فهي مرحلة تستدعي مناقشة ما يعرضه أطراف العقد من وجهات النظر حول موضوع العقد النهائي[1] ترتكز أساسا على أخلاقيات تولد الشعور بالارتياح والرضا لدى الطرف الآخر[2]، فتعبر عن رغبة كل طرف من أطراف التعاقد في الوصول إلى اتفاق يحقق المصلحة المتبادلة لهم، إذ تلعب دور هام وبارز في مجال العقود بالوقت الحاضر خصوصا العقود الاقتصادية وذلك استجابة للتطور الاقتصادي لما تنطوي عليه تلك العقود من مخاطر.

وعليه فالركن الأساسي في جميع العقود هو التراضي أي الإيجاب والقبول وتطابقهما بإرادة حرة وإذا قمنا بمقارنة بسيطة بينهما في العقود الاقتصادية والعقود أخرى، لوجدنا أن الإيجاب والقبول في العقود العامة يرتكز على الحرية التعاقدية القائمة على التوازن المشروع للأداءات وعلى المساواة بين المتعاقدين من خلال تمتعهم بحق التفاوض والنقاش.

ولكن في العقد الاقتصادي يتميز ببعض الأحكام الخاصة إذ تختلف مراكز أطراف العلاقة التعاقدية، وذلك نتيجة لتراجع إرادة أحد المتعاقدين تراجعا كبيرا نتيجة لعدم التوازن الاقتصادي بين مركز طرفي العقد، إذ أن أحدهما يكون في مركز اقتصادي قوي لاحتكار ما والآخر يكون في مركز ضعيف نظرا لاحتياجه[3].

فيتخلل هذه المرحلة مساومات بين الطرفين حيث يسعى كل طرف إلى إقناع الآخر بما يرد تمهيدا إلى إيجاب نهائي، إذ ينتهي التفاوض قانونا في الوقت الذي يصدر فيه الإيجاب باعتباره الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد[4]، وإذا صادف الإيجاب قبول فنكون أمام خطوة إلى إبرام العقد الاقتصادي وإن بدت هذه النظرة في التراجع بعد انحسار دور المناقشة أمام العقود الاقتصادية النموذجية المبرمة والمتسمة بالسرعة والتعقيد[5].

1- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر تلمسان، 2008/2007، ص16.

2- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية ، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد01 ،جامعة المدية، 2017، ص170.

3- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01، 2013/2012، ص .22

4- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، المرجع السابق، ص166.

5- **مصطفى خضير نشمي**، المرجع السابق، ص 13-23

أولا: الإيجاب في العقود الاقتصادية

إن التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة رتبت طائفة من العقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني، فأضحى التصور البسيط للمرحلة السابقة لتعاقد لا يتناسب مع هذه العقود ولا يحقق العدل والمساواة العقدية، والتي من غير الممكن إبرامها عن طريق التبادل العيني للإيجاب والقبول فقط ، فأصبح من الضروري أن تسبق إبرامها مرحلة الاتفاقيات التمهيدية لتوصل إلى تصور مشترك حول العقد لأجل إبرام عقد مستقبلي.

طبقا للقواعد العامة فإن المرحلة الأولى التي تسبق العقد هي عملية المفاوضات حول جميع الأمور التي يرى المتعاقدان ضرورية للتفاوض حولها، تعمل على توضيح التزامات أطراف العلاقة التعاقدية وتزيل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ، كما أن الصياغة العقد النهائي والتركيز على النقاط المهمة فيه قد يتطلب جوانب فنية خاصة كالتجربة والاستعانة بالخبرة وهذا لا يكون إلا في مرحلة المفاوضات[1].

وتتوج هذه المرحلة بإبرام العقد عن طريق تبادل الإيجاب والقبول عكس التعاقد ضمن العقود الاقتصادية التي تتميز بطابع الإذعان، من خلال ظهور المحترف في مركز أسمى من المتعاقد الضعيف والذي يقوم بوضع شروط مسبقة ولا يحق للمتعاقد الأخر التفاوض حولها كون الإيجاب موجه للجميع وهذا ما يؤدي إلى عدم وجود توازن بين الطرفين[2].

فالإيجاب في العقد الاقتصادي الذي يصدر من طرف المحترف أو من يتمتع بالاحتكار القانوني أو الفعلي، هو تصرف قانوني بوجهين الوجه الأول من أنه موجه إلى شخص آخر أو إلى العموم وهذا هو المظهر الخارجي حيث لا تكون له أية قيمة قانونية مالم يحظ بالقبول، أما الوجه الثاني فيتمثل في تحقيق هدف معين وتتمثل في إبرام العقد

إن لتدبير الزمان الدور الإيجابي والفعال من خلال تشجيع المحتكر على إصدار إيجاب دائم ومستمر ولن يتأتى ذلك إلا إذا أتى الإيجاب بالعقد في قالب نموذجي وهذه الاستراتيجية[3] في إعداد الإيجاب تتطلب وضع شروط مرنة تخدم مصلحة المحتكر والمحترف أكثر من مصلحة العموم[4]، إذ لا

1- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، 2000، ص 53.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنيت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2006، ص 45-47.

3- مصطلح الإستراتيجية كلمة عسكرية دخلت إلى عالم الإقتصاد والقانون ويقصد بها فن تسيير الوسائل المادية والبشرية في زمان ومكان معينين، لذا فإن آثارها يتجاوز حدود مجرد التخطيط مع الظروف الحالية والمستقبلية.

* **العربي مياد** ، المرجع السابق، ص 183.

4- نفسالمرجع السابق، ص 285.

يتصور أن تبرم العقود لكل فرد على حدة في ظل تعدد العقود الاقتصادية اليومية وينظم إليه الطرف الآخر دون إمكانية حقيقية لتعديله[1] إذ يقتصر دوره على التوقيع دون نقاش، ومع هذا فالإيجاب بالعقد ليس مطلقا وبدون قيود وإنما يتقيد باحترام قواعد النظام العام والآداب العامة[2].

وهذا يعني أن أهمية الإيجاب بالعقد الاقتصادي تنبع من كونه صادر عن محترف متمرس بالحياة العملية، ويدرك جيدا الالتزامات التي قد يضعها العقد على عاتقه وعلى الطرف الآخر ويعرف الظروف التي يمكنه من خلالها تنفيذ التزاماته الشيء الذي يجعله على علم مسبق بكل العناصر التي قد تساعده على فهم المدى الصحيح لالتزامات، مما يفيد أن مشاريع العقود الاقتصادية تتنوع بتنوع مضمون العقد أو شكله أو حتى إعداده حيث أن بعضها من نتاج الشخص المحترف، وبعضها من طرف هيئة أو مؤسسة متخصصة والتي في الغالب تأخذ طابع عقود ذات شروط موحدة[3].

ومجمل القول إن الإيجاب بالعقد الاقتصادي إيجاب لا يقوم إلا بالإذعان إليه يأخذ قالب نموذجي يتضمن شروط العقد، وهذا ما يجعل العقد الاقتصادي في غالب الأحيان يأخذ طابع عقود نموذجية موجهة للعموم[4]، والقبول دون إمكانية المناقشة أو المساومة بشأن عناصره وشروطه على أساس أن تحديد محتوى العقد يدخل في اختصاص المحتكر بشرط أن سريان هذه الشروط باعتبارها جزءا من الإيجاب بالعقد تتطلب إعلانها للعموم حتى يتمكن المذعن المحتمل العلم بها .

ثانيا: القبول في العقود الاقتصادية

إن القبول بمضمون العقد الاقتصادي ومحتواه تفرض أن القابل إما يقبل العقد كله أو يرفضه، ولكن هذا الخيار في إبرام العقد وعدم إبرامه يكون من الناحية النظرية فقط التي تجعل في العقود التفاوضية القابل يتعاقد وهو على بينة بشروط العقد[5]، بل وقد يكون مشاركا في وضع الشروط.

أما من الناحية العملية تنعدم هذه الميزة بالنسبة للطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف المحتاج إلى محل العقد الاقتصادي، فلن يستطيع أن يرفض لأنه بجانب حاجته للعقد فإن هذا التنظيم الانفرادي لشروط العقد يكون شاملا لكل المتعاملين مع الطرف القوي، لأن المتعاقد الضعيف لا يعلم

1- العربي مياد، المرجع السابق، ص 503.

2- **صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص28.**

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص84.

4- العربي مياد، المرجع السابق، ص 259.

5- عثماني بلال، القاضي طرف ثالث في العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد1، جامعة بجاية، 2017، ص432.

إلا ما قدم له وحتى ولو علم فإن ذلك لن يغير من موقفه شيئا لأنه لن يتمكن من تعديل العقد وهو في نفس الوقت مضطرا للتعاقد[1].

ومن ثم فإنه لا غنى عن ما يعرضه المتعاقد القوي من منفعة فيجد نفسه مضطرا إلى قبول شروط العقد، وقد نصت المادة 70 من ق. م. ج على أنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 167 من القانون المدني العراقي بأن القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه[2].

كما تنص المادة 100 من القانون المدني المصري على أن القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[3]، وبهذا فالقبول بالإذعان في العقد الاقتصادي لا يعدو أن يكون تسليما أو رضوخا للإيجاب بالعقد، لذا يتحتم على المذعن القبول بالجملة مادام الإيجاب أعلن بنفس الطريقة بحيث لا يمكن تجزئته[4].

وعليه فالعقود الاقتصادية تمتاز باختفاء المفاوضات العقدية وتخويل أحد الأطراف حق إملاء شروط العقد دون منح للمتعاقد الضعيف فرصة التروي والتفكير، الأمر الذي يجعل من كفة المحترف الكفة الراجحة يخوله المعرفة الجيدة خاصة إذا اتخذت شكل عقد نموذجي.

فأصل التعاقد لا يقوم إلا بارتباط الإيجاب بالقبول ولكن في هذا النوع من العقود فإنه ليس لأحد أطراف التعاقد الإرادة الكاملة للتعاقد، فهو يجبر على القبول بالعقد أو الرفض أي انه مجبر على القبول والإيجاب الموجه إليه دون مفاوضة.

ويعتبر رفض التعاقد إحدى العقبات المؤثرة في عدم اكتساب الحق خصوصا في العقود الاقتصادية التي تتمتع باحتكار قانوني نتيجة الامتياز الذي خولها استثمار معين فالأفراد يكونون مرغمين فيه على التعامل.

وهنا تظهر فكرة الإذعان التي تجعل الطرف الضعيف مرغما على التعاقد إذ يرفض الطرف القوي التعاقد بغير الشروط التي وضعها، والتي غالبا ما تصب في مصلحته[5] وهو ما أدى إلى اعتراف

1- عامر رحمون، النرجع السابق، ص22-25

2- العربي مياد، المرجع السابق، ص341.

3- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص35.

4- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص62.

5- مصطفى خضير نشمي، ص71-72.

المشرع بطابع الإذعان في هذا النوع من العقود حتى يتمكن الطرف الضعيف من طلب إعفائه من الشروط التعسفية لكونها تمثل اعتداء على مصلحته[1].

وبهذا يبقى للفرد الحرية في إبرام ما يشاء من العقود الاقتصادية شأنها شأن سائر العقود الأخرى وحريته في عدم إبرامها، فقبل اقتران الإيجاب بالقبول فإنه يمكن العدول كما ان حرية التعاقد تضمن رفض التعاقد مع من قدم إيجابه.

فلا أحد يمكنه إجباره على الدخول في علاقة عقدية فإرادته تتمتع بالحرية الكاملة والقانون يكرس هذه الحماية ويحترمها[2]، غير أن القبول فيها له صورته الخاصة نظرا لما يلحقه من رضوخ وإذعان وتسليم لما يملي على القابل من شروط وتحفظات[3].

وعليه فإن طبيعة وأسلوب الحماية التي تثبت للمتعاقد الضعيف في مرحلة تكوين العقد تنصب الحماية على الرضا الذي قد لا يكون رضا سليم بسبب الجهل وعدم الخبرة، فالحماية التي تتقرر للطرف الضعيف في هذه المرحلة هي الحماية ضد الضعف المعرفي، ومن تم تتحقق بوسائل تكفل دعم رضا الطرف الضعيف بحث يكون رضاه مستنيرا كأن يتم فرض التزام مشدد بالإعلام لمصلحته – كما سنرى في الباب الثاني- .

ثالثا: الإكراه الاقتصادي

لقد ظهرت نظرية الإكراه الاقتصادي نتيجة لسعي القضاء الفرنسي لتوفير الحماية القانونية اللازمة لإرادة المتعاقدين، وتحقيق التوازن المادي للعقد من خلال التوسع في نظرية الإكراه المعنوي حيث تبنى المشرع الفرنسي صراحة هذه النظرية في تعديل القانون المدني الفرنسي 2016 كآلية لتحقيق التوازن العقدي الاقتصادي، وعليه فهو نظرية قديمة النشأة حديثة التطبيق.

إذ يعتبر من قبيل الإكراه الاقتصادي أن يستخدم أحد الأطراف نفوذه الاقتصادي بشكل تعسفي إزاء الحالة الاقتصادية للطرف الآخر، فيكونا في وضع غير متكافئ بشرط أن يرتب هذا الاستخدام اختلال بين الالتزامات المتقابلة، إذ لا يمكن اعتبار القوة الاقتصادية لأحد أطراف العقد سببا للإبطال خاصة وأن عدم التكافؤ في المراكز الاقتصادية هو أمر واقعي ومنطقي في مجال الاقتصاد[4].

1- شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم الساسية، 2016/2015، ص194.

2- بيلامي سارة، المرجع السابق، ص79.

3- عامر رحمون، المرجع السابق، ص26.

[4]عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015/2014،ص 62.

وإن غياب تعريف قانوني للإكراه الاقتصادي في التشريع الجزائري راجع لعدم تبني المشرع لهذه النظرية صراحة لكنه كرسها ضمنيا في المادة 88 من القانون المدني في فكرة الرهبة والخطر المحدق، وقد حاول الفقهاء تعريف الإكراه الاقتصادي بأنه الاستغلال لمفرط أو التهديد المسلط على المصالح الاقتصادية للشخص بغية الحصول منه على رضا ما كان ليعطيه لو لم يكن تحت طائلة الضغط[1].

فالإكراه وفق المفهوم الحديث آلية لتحقيق التوازن العقدي ولقيام الإكراه الاقتصادي كعيب للإرادة يجب أن يستغل المتعاقد الوضع الاقتصادي بشكل تعسفي بغرض الحصول على فائدة من جراء الخوف لا من الضرر الذي يهدد المصالح المشروعة للمتعاقد الآخر، وغالبا ما يؤدي الأزمات الصحية والاقتصادية إلى انتشار الممارسات التعسفية مثلما خلفته جائحة كورونا على المجال الاقتصادي باعتبارها وباء عالمي أوقف العديد من العقود على أساس أنها قوة قاهرة[2] تمنع تنفيذ الالتزام أو تجعله مرهقا.

وأثناء انشغال الأطباء بإيجاد علاج لهذا الفيروس هناك العديد من الأشخاص استغلوا الوضع الاقتصادي والحاجة الاضطرارية للأفراد إلى توفير وسائل الوقاية وتلبية الحاجيات الغذائية، خاصة مع أخذ الدول بالإجراءات الوقائية وفرضها الحجر الصحي الذي أدى إلى تعطيل عجلة الإنتاج وتطبيق التباعد الاجتماعي وغلق العديد من المؤسسات والمصانع، كل هذا وفر بيئة ملائمة للاحتكار وفرض المؤسسات الاقتصادية هيمنتها على السوق.

وبما أن الأثار الاقتصادية للوباء غير موزعة بشكل متكافئ فقد استفادت العديد من المؤسسات من هذه الجائحة مثل شركات إنتاج الأدوية واللقاحات والمضادات الحيوية والكمامات والمحلول المطهر والقفازات، بالإضافة إلى الأقنعة والملابس الطبية المعقمة التي يحتاجها الأطباء لهذا لفيروس ومعالجة المصابين وكل المستلزمات الطبية، مما أدى إلى تضمين العقود لشروط تعسفية ورفع كبير للأسعار خاصة مع ندرة هذه الموارد وفي ظل غياب البديل لا يمكن للمتعاقد رفض إبرام العقد لحاجته الملحة[3] لهذه المواد وهو أحد تطبيقات الإكراه الاقتصادي.

ورغم الجهود المبذولة لمحاربة الاحتكار وحماية الأشخاص من الممارسات التعسفية في ظل كساد السوق نتيجة فرض الحجر الصحي إلا أن العديد من العقود الاقتصادية المبرمة في تلك الفترة لا تشتمل على التوازن العقدي، مما استوجب إضفاء رقابة قضائية لاحقة عليها لإعادة النظر فيها والتأكد من

[1] **اللومي عبد الرؤوف**، الإكراه الإقتصادي، مجلة الدرسات القانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، العدد،22، 2015، ص94.

[2] **أمينة رضوان**، مدى مساهمة فيروس كورونا في إنهاء العلاقة العقدية، مجلة الباحث، العدد17، 2020، ص14.

[3] **السيد عبد الهادي رشدي**، المستهلك بين رهان الحماية وهاجس تلبية الحاجة في ظل فيروس كورونا، مجلة الباحث، العدد 18، ص212.

سلامة إرادة المتعاقدين وذلك عند نهاية هذه الجائحة، خاصة في حالة وجود ضرر جراء الشروط التعسفية أو التعسف في استغلال الهيمنة الاقتصادية من خلال تفعيل دور القاضي في حماية المتعاقد الضعيف مهما كانت الظروف الاقتصادية[1].

الفرع الثاني

الإذعان في تنفيذ العقد الاقتصادي

ينتقل الطرفان المتعاقدان بعد إبرامهما للعقد الاقتصادي إلى مرحلة أخرى وهي مرحلة تنفيذه حيث يلتزم فيها الطرفان بالوفاء بالالتزامات الواقعة على عاتقهما، فهذه المرحلة تعتبر من أهم مراحل العقد لكونها سوف تخرج العقد من قالبه النظري إلى حيز التنفيذ وتكريسه ميدانيا.

وبهذا الخصوص تظهر آثار القوة الاقتصادية في شكل تحكم الطرف القوي في إطار العقد المبرم مستغلا وضعية التبعية الاقتصادية لطرف الثاني عند التنفيذ وهو ما يشكل الهيمنة الاقتصادية **أولا**

تظهر هذه القوة كذلك ليس من خلال التحكم الكلي أو الجزئي حول العقد بل من خلال القوة النسبية التي يتمتع بها القوي اقتصاديا، فتمكنه من التحرير المنفرد للعقد وهو ما أدى من جهة إلى الاستخدام الواسع للعقود النموذجية وغياب المفاوضة[2].

ومن جهة أخرى جعل تنفيذها يبدو للمتعاقد الضعيف عقود لا غنى عنها تدفعه للشعور بالمساواة في المعاملة مع غيره من المنضمين للعقد، مما يجعل عملية الانضمام تختلط بسهولة مع العدالة **ثانيا.**

أولا: أثر التفاوت الاقتصادي على تنفيذ العقد

يرتبط تنفيذ العقد الاقتصادي بفكرة الهيمنة الاقتصادية لما تحققه من قوة اقتصادية وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة، إذ تعتبر العقود بمثابة الآلية المباشرة التي تمكن الطرف الضعيف اقتصاديا من قضاء حاجياته اليومية.

---

[1] **عبد المغيث الحاكمي**، دور القانون والقضاء في الحد من تأثير فيروس كورونا على العلاقات التعاقدية، مجلة الباحث، العدد7، 2020، ص50.

2- Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion,. Etude comparée des droits français et koweïtien, Thèse Ecole doctorale Droit, science politique et histoire, **université de Strasbourg,p141.**

وبالمقابل تعتبر العقود مكان مناسب للمحترف لفرض نفوذه وسيطرته الاقتصادية على المتعاقد المذعن، من خلال اغتنامه فرصة العقد المبرم لتضمين العقد الاقتصادي شروط تعسفية تخدم مصالحه بالدرجة الأولى[1].

لقد شكلت وضعية الهيمنة الاقتصادية التي تحوزها العقود الاقتصادية أمر مفروغ منه لكونها ماهي إلا تعبير عن قوتها، وكل قوة اقتصادية أيا كان شكلها تؤدي إلى الاستغلال والتعسف في استعمال النفوذ[2] ، والذي يظهر عند إبرام العقد وقد لا يكتشف وجوده إلا عند التطبيق، ولا يعاقب القانون على القوة الاقتصادية أو الهيمنة بل يعاقب على الأضرار فقط التي يسببها التعسف.

الهيمنة الاقتصادية تعني سلطة التصرف وهي من أخطر الممارسات التي تؤدي بالتحكم الكلي أو الجزئي فتشكل وضعية قوة فعلية، وإن كانت القوة الاقتصادية ليست في حد ذاتها بالتصرف المحظور، إلا أن الاستغلال التعسفي لهذه القوة هو الذي يشكل التصرف المحظور.

وهي إما هيمنة فردية التي يمارسها شخص طبيعي أو معنوي وحيد أيا كان طبيعته غالبا ما تكون نتيجة الاحتكار الفعلي أو القانوني[3] فلا يوجد لها بدائل[4]، كما يمكن أن يكون نتيجة لحق ملكية فكرية أو نتيجة لمنح الدولة حقوق خاصة أو حق امتياز معين.

وإما هيمنة جماعية وهي تلك الوضعية التي تجعل المحترفين مجموعة واحدة وليس بصفة منفردة، فتكون العلاقة بينهم تعاقدية كأن تبرم الأطراف عقد تموين حصري، وقد تكون هيكلية بالمساهمة برأسمال، وعموما يمكن استنتاج وجود الهيمنة الجماعية من خلال انتهاج نفس الاستراتيجية.

تظهر التبعية الاقتصادية كنتيجة لفرض الهيمنة الاقتصادية في العديد من مجالات الحياة الاقتصادية[5] إذ تمثل ساحة خصبة لنشأة التجاوزات من الطرف القوي، - لا يمكن للطرف الضعيف ادعاء التبعية الاقتصادية مالم يكن الطرف القوي مهمين ومحتكر[6] - مما يخوله فرصة اغتنام حالة

---

1 -معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري،2015/2014، ص118.

2 -مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة دكتوراه قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولودي معمر تيزي وزو، 2015، ص 85.

3- الإحتكار القانوني هو الإحتكار الذي ينشأ عن طريق القانون كحق الإختراع أو الإمتياز، فلا يسمح لأخر من إنتاج السلعة أو الخدمة، ونكون أمام إحتكار فعلي عندما تكون تكاليف الإنتاج باهضة، فتبقى هذه السلع والخدمات حكرا على أصحاب رؤوس الأموال الضخمة

* **مختور دليلة**، المرجع السابق، الهامش رقم 02، ص90.

4- إسماعيل عبد الرحمن وحربي عريقات، مفاهيم ونظم إقتصادية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص193.

5- **نفس المرجع السابق، ص 95.**

6- مختور دليلة، المرجع السابق،ص 128-129.

الضعف المعرفي[1] التي يتواجد فيها المذعن ليقوم بإدراج شروط تخدم مصالحه بالدرجة الأولى وتسمح له بالحصول على مزايا مفرطة.

وقد يفرض على الطرف الضعيف التزامات غير مبررة فيمارس عليه نفوذا وخضوعا مما يجعله في وضعية حرجة تضطره للخضوع للالتزامات لا يكون فيها خيار إلا تقبلها لعدم إمكانية الاستغناء عن المتعاقد معه بسبب تبعيته الاقتصادية.

إن التبعية الاقتصادية التي فرضتها التطورات الاقتصادية والتي تربط العلاقة بين المحترف والطرف الضعيف في إطار تأدية نشاطها، دفعت بالمشرعين إلى الاعتراف بوجود عقود التبعية والتي تعتبر مصيرية للطرف الضعيف في العقد فعليها يتوقف كل عقد اقتصادي.

ثانيا: أثر التحرير الأحادي على تنفيذ العقد الاقتصادي

انطلاقا من الارتباط الوثيق بين فكرة القوة والمجتمع[2] فإن عنصر القوة امتد إلى معاملات الأفراد فيما بينهم، وإن استخدام القوة الاقتصادية مفترض فهي ظاهرة سابقة على نشوء العلاقات العقدية بين الأفراد، والذي يجعل من تنفيذها يؤدي إلى إساءات خطيرة ضد الأطراف الضعيفة المتعاقدة.

فالتنظيم الأحادي الجانب من طرف المحترفين يتيح اينما كان إساءات استعمال بالإضرار بمن ينظم أو يذعن، فيمكن أن يستفيد محرر عقد مطبق بشكل موحد على عدد كبير من المتعاقدين من ذلك لكي يدخل شروط تخفف من التزاماته الخاصة.

ومن بين مظاهر القوة الاقتصادية للمحترف تفرده بتحرير شروط العقد بإدخال شروط تحكمية غالبا ما تكون في صالح المحترفين وحدهم، وليس في وسع المذعن عمليا أخذ العلم بها والذي يتخذ غالبا صورة نماذج، أو مطويات تحتوي على شروط العقد المزمع إبرامه والذي يكون خلاصة لخبرة فنية وقانونية[3].

فمن الشروط ماهي شائعة الاستعمال تهدف إلى تخفيف الالتزامات للأطراف القوية والحد من المخاطر التي يردون تجنبها، وغالبا ما تكون هذه الشروط لاحقة لإبرام العقد مثل التخلص من الدعوى

1- عثماني بلال، القاضي طرف ثالث في العقد، المرجع السابق، ص422.

2- محمد السويدي، المرجع السابق، ص98.

3- رباحي أحمد، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 05، كلية الحقوق ، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، 2008، ص350.

المرفوعة ضدهم عن طريق وضع شروط تحد من مسؤوليتهم[1]، والتي تثقل في ذات الوقت من التزامات المتعاقدين معهم.

وقد تصل السيطرة والقوة [2] إلى تقييد حق المتعاقد الضعيف في طلب الفسخ خلال مدة معينة فقط[3]، او تعرضه لتهديدات متعددة ابرزها قطع العلاقة التعاقدية إلى درجة حرمانه من حقه في اللجوء للقضاء، أو الإعفاء من الضمان القانوني المتعلق بالعيوب الخفية كليا أو جزئيا، والنص على بنود جزائية على المستهلكين المذعنين.

ويظهر أثر التفوق الاقتصادي في التحرير الأحادي من خلال إساءة الاستعمال لشروط العقد الاقتصادي المطبق على الطرف الضعيف، إذ ليس على علم حقيقي بها أو على الأقل معرفة بها بالإضافة لعدم قدرة المتعاقد الضعيف على مناقشة بنود العقد بالرغم من أنه المحرك الأساسي للعملية الاقتصادية، فتنحصر مهمته على مجرد التوقيع بصفته الطرف الضعيف.

وغالبا ما لا يرد التحرير المنفرد في الاتفاقيات إلا في شكل إحالات إلى مستندات لا يمكن طلب الاطلاع عليها أو بطاقيات على ظهر طلبات التسليم، وليس في وسع الطرف الضعيف عمليا الأخذ بها ولا يستطيع دراستها قبل الالتزام فضلا على طول النص وتقديمه المقروء بصعوبة وغموض صياغته المبهمة في الغالب[4] الأمر الذي يزيد من الطابع الوهمي للرضى.

ومجمل القول أن إبرام العقود الاقتصادية يفتح مجال لصدور هذه المساومات فالظروف التي تنشأ فيها العملية الاقتصادية غالبا ما تصب في مصلحة الطرف المحترف الذي يستغل الضعف الاقتصادي للمذعن من اجل فرض تعسفه[5] وقوته بسبب قوته الاقتصادية ، فتؤدي إلى عدم التكافؤ في الالتزامات التعاقدية.

أما تنفيذها فيكون من خلال استخدام وسائل غير أمينة مستغلا الوضع الحرج الذي يكون فيه المتعاقد العادي الضعيف، وبمعنى آخر أنه ممارسة لسلطة واقع وليست ممارسة لحق شخصي وذلك ما يظهر من خلال التحرير الأحادي للعقود[6] والتي أصبحت ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها.

1- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير، قانون خاص، تلمسان، 2008/2007، ص38.

2- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، رسالة دكتواره، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص143.

3- إبراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013، ص151.

4- سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص40.

5- رباحي أحمد، المرجع السابق، ص360.

6- درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص142.

وعليه فالحماية – كما سنرى في الباب الثاني- التي تتقرر في هذه المرحلة تتعلق بمضمون العقد وتفسيره، فالنفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب يمكنه من فرض هذه الشروط بسهولة بينما يضطر الطرف الضعيف تحت ضغط الحاجة إلى الإذعان لها.

المطلب الثاني

الاعتراف القانوني بالإذعان في صورة العقود النموذجية

إن التحولات التي اقتحمت مؤسسة العقود منذ بداية القرن 19 بسبب التدخل المباشر للدولة على وجه الخصوص ترتب عنه تنامي ظاهرة القواعد الآمرة، وكذا بروز العقود الاقتصادية فارتبطت عملية التنمية الاقتصادية بالاستثمار والاستغلال الأمثل للموارد مما أدى إلى الاحترافية في مجال إعداد صيغ العقود.

فالعقد لم يعد يتم بالصورة التقليدية التي تتم بالمناقشة والمساواة وإنما ظهرت عقود حديثة تعتبر وسيلة لإبرام العقود، وطالت بذلك مختلف العلاقات العقدية وخصوصا الاقتصادية منها ، لذا فالعقد النموذجي ليس بعقد وإنما هو مجرد نموذج معد سلفا من طرف شخص محترف يعرض على العموم ليكون شكلا للعقود المحتملة[1].

ونظرا لتطور وحداثة الواقع الاقتصادي فقد دأبت الشركات الاقتصادية على استعمال العقود النموذجية المتضمنة تفاصيل العقد، بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل أو ترفضه بالكامل، ولا تكون في حاجة إلا لإضافة بعض المسائل كتلك المتصلة بأسماء الأطراف ومكان التنفيذ وزمانه وغيرها من المسائل الأخرى[2]، وهي وسيلة وإن كانت متداولة وتضمن المساواة بين جميع المتعاقدين بما تتضمنه من شروط موحدة فإنها لا تخلو من شوائب لاسيما إذا كانت تلك شروط العقود النموذجية غامضة.

1- العربي مياد، المرجع السابق، ص 454.

2- بن أحمد الحاج، عقود الدولة الإقتصادية بين نظرية الكفاية الذاتية ومبدأ سلطان القانون، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد04، المركز الجامعي تيندوف، 2018، ص71.

الفرع الأول

خصوصية العقود النموذجية كأثر للتفوق الاقتصادي

نظرا للتطور السريع في مختلف مجالات الحياة وبالأخص في مجال العلاقات الاقتصادية اقتضى بالضرورة ظهور نوع آخر من العقود وملائما في مجال العقود، فذاعت في الوقت الحاضر الشيء الذي ترتب عنه نشوء علاقات تعاقدية لم تكن معروفة في السابق.

حيث ظهرت أنواع جديدة تتجاوز طبيعة العقود البسيطة التي كانت تتلاءم إلى حد ما مع الأنظمة القانونية والقضائية والوطنية، وأصبحنا أمام عقود مركبة ومن أهم هذه العقود نجد العقود النموذجية التي تنعقد في المعاملات الاقتصادية ،وتظهر خطورة العقد النموذجي في أنه يختلط بمفهوم عقد الإذعان وغالبا ما يكون مجال خصب لشروط التعسفية مما يخل بالتوازن العقدي[1].

أولا: مفهوم العقود النموذجية

تعتبر العقود النموذجية تصرفات معدة بنفس الطريقة وبعبارات موحدة لاتفاقات أو تصرفات قانونية لم يتم إعدادها من أجل علاقة فردية خاصة، والتي بحكم طبيعتها تكون قابلة للتطبيق على علاقات قانونية متعددة لا يمكن تحديدها مسبقا، أو أنها عقود حقيقية بمقتضاها يلتزم طرفان باعتبار مضمونها قاعدة أساسية لاشتراطاتهم التعاقدية المستقبلية والمحتملة.

لم يضع المشرع تعريفا للعقد النموذجي بينما تولى الفقه ذلك فقد عرفه جانب من الفقه من زاوية وجود طرف ثالث أجنبي الذي تولى صياغته، فيرى أنه عبارة عن صياغة بسيطة من قبل منظمة مهنية أو إدارة متخصصة في صياغة نموذج للعقود المستقبلية تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة[2]،وعليه فالعقد النموذجي أو ما يصطلح على تسميته بالإنجليزية Standard fromcontract هو عقد مطبوع مهيأ مسبقا من طرف مؤسسة مهنية أو اقتصادية، بغية التعاقد بموجب مقتضياته بدعوى توفير الوقت والنفقات.

1-درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 144.

2"il est une simple formule préétablie par un organisme professionnel ou par l'administration destinée à service de modèle pour de futurs contrats que des sujets de droit concluront éventuellement plus tard". **Jacques Leaute,** les contrats types,R..D. 1953 p 430.

حيث يقتصر دور الأطراف المتعاقدة فيما بعد على ملئ البيانات الناقصة سواء تعلق الأمر بشخص المتعاقد أو مدة التعاقد أو باقي البيانات التكميلية عند الاقتضاء[1]، على اعتبار ان الأطراف لا تقوم بأكثر من ملئ الفراغ الذي يخوله إظهار المعلومات المتعلقة بالمتعاقدين المذعنين لمقتضياتها.

أما فريق آخر فعرفه من زاوية صياغته من احد الأطراف المتعاقدة على أنه عقد معد من قبل أحد المتعاقدين، يتضمن شروط العقد المعروضة على الطرف الآخر في حالة الرغبة في الدخول في العقد، دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار[2]، فالعقد النموذجي معد سلفا من قبل أحد طرفي العقد بدون مفاوضات مع الطرف الآخر من أجل الاستخدام العام والمتكرر .

كما عرفها الفقيه جنيسيتان بأنها عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص اللذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها، وعرفه جانب آخر بأنه ما يقوم به أحد المتعاقدين **""الطرف القوي""** في العلاقة التعاقدية من إعداد نماذج عقدية موحدة في حدود نشاطه تنطبق على الطرف الآخر بقبوله لها[3].

فالمفهوم الواسع لا يخرج عن كونه صيغة عقدية مكتوبة من قبل هيئات مهنية أو إدارية معتمدة أو من قبل أحد أطراف العقد التي ستعتمد مستقبلا لتعاقد عليها، أما المفهوم الضيق هو أن تتم صياغته من قبل أحد أطراف العقد ليكون نموذجا لتعاقد عليه مستقبل، لذا فإن العقد النموذجي يمتاز برفع من وتيرة وسرعة التبادل بين المتعاقدين بشكل يجعل العقد يبرم بمجرد انضمام الطرف الآخر دون أن يكون له سلطة القرار، إذ أن العقود النموذجية تأتي كثمرة لخبرة فنية وقانونية لمعديها.

فاتسعت هذه العقود لتنظيم مختلف العقود الاقتصادية فأصبح العقد النموذجي شكلا من أشكال العقد الموجه، غير أن المحتكر يستغل إعداد العقود النموذجية بطريقة أحادية كوسيلة ناجعة للكسب وقد تكون نتيجة تشارك بتفاوض جماعي بين ممثلي طرفي العقد .

1- شكل العقود النموذجية

انطلاقا من فرضية اعتبار العقود النموذجية عقودا إذعانيه فإنها تمتاز بما تمتاز به العقود العامة، إلا أن هذا لا يعني أنها متماثلة وإنما لها خصوصيات سواء من حيث الشكل أو المضمون ذلك أنها ولابد أن تصدر في قالب مقبول شكلا وواضح.

1- العربي مياد، المرجع السابق، ص 456.

2- مندي آسيا، المرجع السابق، ص27.

3- حاسي جهاد، علي فتاك، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية بالتطبيق على قواعد اليونيدا روا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد04، جامعة الجزائر،2020، ص 245.

فالشكل هو المظهر الخارجي للعقد لذا فإن الطريقة المطلوبة لقبوله أن تبرز شروطه على شكل مواد تبرز مشروع للعقد، وقد أفرز الواقع العملي شكلين للعقود النموذجية تامة وغير تامة فالعقود النموذجية التامة، يقصد بها تلك العقود التي تتضمن كل الشروط[1] التي سيتم التعاقد بموجبها بشكل واضح ومقروء على سبيل المثال عقود الاشتراك **وضع نموذج لعقد معين كمثال**، ولهذا يجعله ملزما بالخضوع لها دون دفع بعدم التبصير.

أما العقود النموذجية الغير التامة تلك العقود التي تتضمن أهم الشروط الأساسية لمشروع العقد وتحيل في بعضها المتبقي إلى مراجع أخرى كدفتر الشروط، فإذا وضع الطرف المذعن توقيعه على العقد النموذجي فإن التوقيع يفسر على أنه قبول سواء فهم محتواها بوضوح أم لم يفهمه[2].

2-مضمون العقود النموذجية:

غالبا ما يتم إفراغ عقود الإذعان في عقود نموذجية ولا يبقى للأطراف عند إبرام العقد إلا ملئ البياض باليد أو الآلة الكاتبة، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البنكية وخدمات الفنادق وعقود بيع وكراء السيارات.

وبالرغم من سلبياته إلا أنها لا تخلع عن العقد النموذجي قوته الإلزامية خاصة إذا تم التوقيع عليها أو قبولها ضمنيا، لذا فإن التوقيع في ختام العقد النموذجي سواء كان مرفقا بعبارات مخطوطة أم لا يقوم مقام المصادقة، ولا فرق بين ان تكون الشروط المتضمنة فيه مكتوبة باليد أو مطبوعة [3].

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد طرق خاصة للإبرام لأن هذه العقود تعتبر تجسيد للإيجاب الناجز للمحتكر يعرضه على الجمهور قصد التوقيع ليس إلا[4]، وفي أقصى الأحوال ملئ البياض الذي يتركه بمحض إرادته وعليه فإن تطبيق القواعد العامة للإيجاب والقبول قد يؤدي إلى ألا يكون هناك ثمة عقد على الإطلاق[5].

3-خصائص العقود النموذجية:

مما سبق يتضح تميز العقود النموذجية بعدد من الخصائص تتثمل في الآتي:

1- M.E.H. Perreau : Clauses manuscrites et clauses imprimées, R.T.D. civ 1927 p 304.

2- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص 472.

3- **نفس** المرجع السابق، ص473.

4- أحمد **عبد الرحمان الملحم**، نماذج من العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 01، جامعة الكويت، 16 مارس ، 1992، ص246.

5- **حاسي جهاد، علي فتاك**، الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية ، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد02، جامعة سعيدة، 2020، ص253.

- **من عقود حسن النية:** يعد مبدأ حسن النية الجسر الرابط بين الأخلاق والقانون فهو نابع من الأول ويحتاج الإندماج في الثاني ليصبح مبدأ عام يمكن من خلاله معالجة كل إنحراف للسلوك في كل مرحلة من مراحل العقد، حيث أصبح هذا الإندماج ضمن قواعد القانون ضروريا[1] من المبادئ الأساسية في إبرام العقود الإقتصادية حيث نص على هذا المبدأ الكثير من القوانين، إذ يجب على كلا الطرفين إبرام العقود بكل حسن نية لا لوجود نص قانوني ينظمه إنما يطبقه القضاء من خلال مظاهره، ومن خلال النظم القانونية ومنه يستلزم الأمانة والإخلاص والنزاهة في إبرام العقود النموذجية[2].
- **من عقود الإعتبار الشخصي:** لاشك أن العقد النموذجي يمكن أن يحرر مضمونه شخص بذاته حيث يقوم هذا الطرف بفرض شروطه وفق مصالحه ويشكل بنود العقد بحسب أهدافه ومصالحه، والطرف المقابل ما عليه إلا القبول بتلك الشروط التي وضعها الطرف الأول حيث أنه يقبل الدخول في علاقة تعاقدية غير متوازنة، لهذا السبب يعتبر العقد النموذجي من عقود الإعتبار الشخصي[3].
- **عقد ذو هيكل تنظيمي سابق:** لاشك أن العقد النموذجي يصدر إيجابه على شكل صيغ مطبوعة معدة سلفا وبصورة موحدة لكل من يتعاقد معه وبشروط مماثلة، وخير دليل على ذلك بطاقات الإشتراك الشهري في خدمة الهواتف النقالة التي تقدمها شركات الإتصال للمتعاملين معها، والمتضمنة إيجابا مقدمة من قبل تلك الشركات بصورة موحدة.

ولصدور الإيجاب بهذه الطريقة نتيجة طبيعية لمقتضيات التعاقدات الجديدة لما توفره هذه الصورة من توفير للوقت والجهد عند صياغة العقود والاقتصاد في التكاليف، غير أن صدور الإيجاب بهذه الصيغة المطبوعة في العقود النموذجية فيه بعض المحاذير منها مايتعلق بالجمود الذي يحصل في صياغة بنود العقد بهذه الصيغة، وإمكانية تعديل بنودها[4].

1- قورش قورش ليلى، حماية الطرف الضعيف من البنود التعسفية بموجب العنصر المعنوي لتكوين العقد – دراسة حالة عقد التأمين، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، العدد 03، جامعة الجلفة، 2019، ص.368.

2- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 159.

3حاسي جهاد، علي فتاك، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية بالتطبيق على قواعد اليونيدا روا، المرجع السابق، ص246.

4- حاسي جهاد، علي فتاك، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية بالتطبيق على قواعد اليونيدا روا، المرجع السابق، ص246 .

بالإضافة إلى إمكانية إيراد شروط ضارة بمصلحة الطرف الضعيف من قبل الطرف الذي انفرد بصياغة بنود العقد، كما أنه السرعة التي تتم بها تلك العقود وعدم الوضوح في بنودها تؤدي إلى الإيقاع بالطرف الضعيف والتوقيع على هذه الصيغ الجاهزة دون أن يفهم آثارها أو مداها[1].

ثانيا: أنواع العقود النموذجية

لقد أبرز الواقع العملي أن إعداد العقد النموذجي الأحادي يتم إما مباشرة من طرف الإدارة نفسها عندما يتعلق الأمر بعقود إدارية، أو من طرف مستشارين أو خبراء قانونيين عندما يتعلق الأمر بعقود مهنية، فقد استعملت السلطة العمومية منذ القدم العقود النموذجية في كل من فرنسا بريطانيا وإيطاليا في محاولة للبحث عن حلول قانونية لعلاقات نظامية بين المؤسسات العمومية والجماعات أو الخواص، وهذا الأمر كان عاديا على اعتبار أن المقتضيات المعمول بها آنذاك هي قواعد القانون الإداري وفي حالة النزاع يحال الأمر على الجهة القضائية المختصة، التي قد تكون المحاكم الإدارية أو العادية حسب السياسة القضائية التي تتبعها الدولة.

فالعقد النموذجي العام هو من العقود التي تراعي حقيقة النشاط الاقتصادي اليومي وأهم ما يميزه أن الجهة التي نظمته هيئة مستقلة ذات خبرة عالية، هدفها الأساسي هو تعزيز التعامل في مجال الاقتصادي وجعله أكثر استقرار وفق قواعد معروفة للأطراف.

أما في الحاضر فإن دائرة العقد قد اتسعت وأظهرت بالملموس أن مؤسسة العقد الكلاسيكية أصبحت متجاوزة وغير قادرة على استيعاب بعض الحالات الجديدة، وما تولد عنها من فن تعاقدي متطور بسبب تركيز المشروعات الاقتصادية واتساع دائرة معاملاتها، وبالتالي من اللازم على المحترف أن يجد مخرجا لتسريع وتيرة معاملاته بعد تكاثر المتعاملين معه واستحالة مناقشة كل شرط في العقد مع كل زبون على حدة، وبالتالي فضل الاحتكام إلى صيغ نموذجية تتضمن شروط العقد بطريقة مفصلة[2].

ولذلك فإن وضع شكل نموذجي للعقد أصبح يعتبر عند الاتفاق على استعماله قانون استقر أطراف العقد على اختيار شروطه وبنوده لتنظيم علاقاتهم الاقتصادية، فالعقود النموذجية الخاصة أو ما يسمى بالنموذجي الفردي[3] أصبح من العناصر الأساسية في الحياة الاقتصادية، غير أن هذا النوع من

1- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص322.

2- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص 458

3- ظهرت نماذج العقود إبان الثورة الصناعية التي عمت أروربا نتيجة تطور وسائل الإنتاج وما صاحبها من وفرة في كمية السلع المصنعة ودخول الفرد عالم الإستهلاك الكبير ومحاولة الحصول على السلع بكميات واسعة، فحاول المهنيون بيعها بموجب نماذج العقود تفاديا للمساومة التي تستغرق وقتا وجهدا، وفي هذا الإطار فإن نموذج العقد يختلف عن العقد النموذجي في كون هذا الأخير عبارة عن صياغة عادية للعقد محررة من طرف منظمة مهنية أو الإدارة التي أعدت نماذج يعتمد عليها لإبرام العقود مستقبلا، وهي إما إختيارية عند إقتراح

العقود يضمن شروط تتسم بعدم العدالة حيث أن أحدهما محترف ذو خبرة فنية عالية يفرض شروط وقواعد وفق مصالحه، ويشكل بنود العقد بحسب أهدافه الشخصية[1] ومصالحه على حساب الغالبية الصامتة من المستهلكين[2].

إذ أن الدراسة المعمقة لهذا النوع من العقود تؤكد بأن توقيع الطرف المذعن على عبارة قرأ وصدق عليه، هي عبارة يستنتج من مضمونها بأن هذا الأخير يقر باطلاعه على محتويات العقد وكافة شروطه العامة والخاصة الواردة بدفتر الشروط مما يفتح المجال للمحتكر للتملص من كل التزام بالتبصير، وبالتالي يجعل المذعن مدينا بكل الالتزامات الواردة في العقد حتى ولو كانت تعسفية، وهنا تكمن خطورة العقود النموذجية المعدة من طرف واحد[3].

أما العقد النموذجي الثنائي يتضمن نوعين من الشروط، شروط إجبارية واجبة التنفيذ بالنسبة لجميع العقود التي تسردها الهيئة الموقعة على العقد النموذجي باعتباره نتاج التزام نابع من مفاوضات جماعية فيفترض انه ثمرة مفاوضات ثنائية على الأقل بحيث يكون أحد طرفيه نقابة مما يجعله إجباريا.

بالرغم من حداثة هذا النوع من العقود إلا أنه تغلغل بشكل جذري فقد غزت تطبيقاته جل المعاملات وأصبحت منتشرة على المستوى الوطني والدولي، وتظهر خطورة العقد النموذجي في أنه يضع الطرف المذعن اقتصاديا توقيعه بصفة آلية بأنه اطلع عليها حتى ولو الواقع غير ذلك، فيجد نفسه ملزما بجميع المقتضيات التعاقدية وهو يجهل محتواها ومداها[4].

نموذج عقد من دون فرضه، وإما عقود ملزمة فيلتزم بها المتعاقدين كأساس للتعاقد، ولكنه يبقى عقد متوازن صيغ بشكل روعيت فيه المصالح المشتركة للأطراف المتعاقدة، أما نموذج العقد فهو صياغة لعقد مستقبلي يضعها الطرف القوي دون موازنة منه بين مصالح الأطراف المتعاقدة، فهو **عقد إذعان بإمتياز** تظهر فيه سلطة القوي على الطرف الضعيف بشكل واضح.

* **بغدادي مولود**، المرجع السابق، الهامش رقم 02، ص 60.

1- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص324.

2- سامي خليل، الإقتصاد الدولي، دار النهضة العربية، مصر 2001، ص52.

3- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص460.

4- سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لإستخدام الشروط النموذجية في العقود الإستهلاكية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008، ص47.

الفرع الثاني

القيمة القانونية للعقود النموذجية

إن العقود النموذجية لا تعتبر بذاتها عقودا حقيقية، وإنما هي عبارة عن مجرد نماذج يستعملها المتعاقدون لإبرام عقودهم

أولا: مبررات ظهورها

إن لتطور الصناعي والتكنولوجي الهائل وما نشأ عنه من تنوع في الخدمات والسلع والمنتجات وما رافقه من تعدد في أساليب التسويق المعاصرة وطرق الدعاية المختلفة، الأثر الفاعل في تطور صيغ العقود وتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثهما على التعاقد دون مناقشة أو مفاوضة، ومنه كان لابد منم التطرق لمبررات ظهور أسلوب تمذيج العقود الواقعية والقانونية

1-المبررات الواقعية:

من بين المبررات الواقعية التي يلجأ بسببها المتعاملين إلى أسلوب التعاقد عن طريق العقود النموذجية هي توفير الوقت والجهد في صياغة العقود خاصة في ظل تنوع في الخدمات والمنتوجات.

- **توفير الوقت والجهد في صياغة العقود**

إن هدف لجوء المحترفين في مجال المعاملات المالية إلى صياغة النموذجية للعقود هو توفير الوقت والجهد والنفقات المبذولة في إعدادها، فمن خلال الاستخدام لصيغ نموذجية معدة مسبقا تتلاءم مع الظروف العقدية يستفيدون من خبرات من قبلهم عند إبرامهم لعقودهم.

فالعقود النموذجية لا تستقر في مجال المعاملات القانونية إلا بعد وقت طويل وتراكم خبرات متتالية تسمح بالتأكد من فائدتها العملية، وأنها أصلح صياغة قانونية ولغوية تمنع من إثارة مشكلات عند تنفيذها[1]، وفي وقتنا الحالي أصبحت تساير التطور الحديث للمعاملات والذي يتميز بالسرعة والوفرة، فبمجرد ملئ بعض البيانات في الصيغ النموذجية وتوقيع الأطراف ينعقد العقد [2].

2-إنتشار السلع والخدمات المماثلة

لما كان السلوك الإنساني متشابها فإن الحاجات الإنسانية تبعا لذلك تتشابه مما يدفع إلى إنتاج الأشياء المتماثلة لتلبية تلك الحاجات، فذاع بذلك في الوقت الحاضر أسلوب تمذيج العقود حتى صار

1- **أيمن سعد سليم**، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص07.

2- **محمودي مليكة**، إحتكار الإرادة، الحقيقة للوجه الجديد للتعاقد نماذج العقود، بحوث جامعة الجزائر1، 2020، العدد14، الجزائر، ص189.

يشمل أنواعا عديدة من المنتوجات والخدمات وحتى مناطق جغرافية مختلفة من العالم[1]، ومنها اللجوء إلى العقود النموذجية إذ هو الوسيلة المثلى لتحقيق هذه الغاية، ولهذا انتشرت هذه العقود في مختلف دول العالم كونها تشكل وسيلة فعالة لتسهيل عمليات التبادل[2].

2- المبررات القانونية:

قد تظهر مبررات التعامل بأسلوب تمذيج العقود في مختلف العقود الاقتصادية في قصور التشريعات الوضعية على حل كل المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود، بل وقد اعتبرت وسيلة أساسية للتجديد القانوني.

- **قصور التشريع الوضعي على حل المشكلات القانونية**

إن العقود الاقتصادية التي تنصب موضوعاتها على أمور فنية أو تقنية تتطور بسرعة كبيرة وهو مالم تستطع التشريعات لحاقه لعدم كفاية القواعد القانونية التشريعية، ولذا اعتبرت العقود النموذجية وسيلة ناجعة لعلاج مشكلات التي تتعلق بهذه العقود لأن من يقوم بصياغتها عادة أصحاب الخبرة والاحترافية، إذ يحددون الصياغة بما يتفق والحاجة العملية وقد أخذت شروط العقود النموذجية تحل محل القواعد القانونية المكملة[3].

فنجد مثلا أن علاقات الاقتصادية الدولية[4] بدأت تبتعد عن سيطرة القوانين الداخلية لتحكم أو تنظم عن طريق قواعد ذات طابع مهني وقواعد عرفية، ويرجع السبب إلى عجز القوانين الوطنية عن متابعة كل التطورات الحاصلة .

- **الإتجاه نحو توحيد القواعد القانونية**

تتجه دول العالم إلى توحيد القواعد القانونية التي تحكم العقود الاقتصادية ذات المعاملات المالية، ففي ظل التطورات الاقتصادية المتلاحقة تبلورت العقود الإلكترونية وما تتضمنه من قواعد نموذجية متعلقة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[5]..

1- محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 57.

2- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص15.

3- مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص27.

4- نغم حنى رؤوف، العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأروبية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد02، جامعة تكريت، العراق،2007، ص325.

5- **محمودي مليكة**، المرجع السابق، ص.191.

ثانيا: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية

سبق الحديث عن أن العقود النموذجية صيغة معدة مسبقا تتعلق بإفراغ تصرف قانوني في نموذج معين، غير أن الاختلاف يظهر في ما إذا كان لها صفة القاعدة القانونية ومدى تحقيقها لمبدأ الكفاية الذاتية، وبهذا الخصوص ظهر اتجاهان اتجاه ينفي عنها صفة القاعدة القانونية، واتجاه يقر لها بذلك.

1- نفي وصف القاعدة القانونية للعقود النموذجية

لقد أنكر الاتجاه الأول عن العقد النموذجي صفة القاعدة القانونية إذ تعتبر مجرد شروط تعاقدية ومع استخدامها المتكرر تتحول إلى عادة اتفاقية دون أن ترقى إلى مرتبة القاعدة القانونية، فعلى الرغم من المزايا التي تتمتع بها العقود النموذجية من توحيد لصيغ التعاقد، إلا أنها تواجه عدة انتقادات ناجمة عن المشاكل التي تصادف وضع الشروط العامة لهذه العقود[1].

فعلى الرغم من أن الهيئات المعنية تسعى لتضع صيغ للعقود النموذجية تتلاءم واحتياجات ومتطلبات الحياة الاقتصادية، إلا أن هذه الصيغ توضع نماذج مطولة وغامضة لا يتسنى لبعض الاطلاع وإذا اطلعوا عليها يصعب فهمها إلا من قبل المتخصصين[2].

فضلا على أن صياغة تراعي مصالح الجهات[3] المعدة للعقد النموذجي عند وضعها وقد اعتبر جانب من الفقه أن العقود النموذجية عقود مقترحة وليست مفروضة، طالما أن الإرادة هي المصدر الأول والوحيد لسيران أحكامها، إذ من الممكن إدخال تعديلات على أحكام العقود النموذجية أو حتى استبدالها بغيرها لذا فمن غير الممكن أن تتمتع تلك الأحكام بقدسية القواعد القانونية.

وبخصوص مبدأ الكفاية الذاتية[4] فلا يمكن التسليم به لأن الإرادة لا يمكنها خلق روابط اتفاقية إلا إذا منحها القانون السلطة في ذلك، مما يعني أن العقد النموذجي لا غنى له عن القانون كما ان النقص والقصور الذي يعتري أحكام العقد النموذجي أمر مفترض، إذ لا يمكن للأطراف المعدة لبنوده من الإحاطة بكل الجوانب العملية والتعاقدية في صياغتهم مهما كانت خبراتهم وتوقعاتهم، ولا يمكن الجزم بالمسائل التي قد يثور الخلاف نحوها بين الطرفين.

1- **سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص43** .

2- **محمودي مليكة**، المرجع السابق، ص.192

3- **نغم حنى رؤوف**، المرجع السابق، ص 332-333.

4- يقصد بمبدأ الكفاية الذاتية أن العقد النموذجي يكفي بذاته، ولا يتوقف في وجوده على اي نظام قانوني وتستبعد بالنتيجة الحاجة إلى اللجوء إلى أحكام القانون، وهو ما أدركه البعض بخصوص عقد نقل التكنولوجيا.

* **محمودي مليكة**، المرجع السابق، هامش56، ص199.

ولتوليد آثار العقد النموذجي بين الأطراف المعنية بالتصرف يتوقف في النهاية على تلاقي إرادتين واتفاقهما على الارتباط، مما يعني ان الاتفاق هو المبرر لترتيب الالتزامات وليس وجود النموذج ذاته.

وعليه فالعقد النموذجي بما يتضمنه من أحكام يرسم حدود لتعاقد للمتعاقدين فهو يضع لهما القواعد التي تحكم التصرفات والتي يلزم أن لا يتخطاها، وتبقى الغاية المنشودة من الصياغة هي وضع موضوع التعاقد في قوالب تقيم التواصل بين طرفيه بطريقة واضحة وتكفل تنفيذه دون منازعات أو إثارة خلافات[1].

2- تقرير صفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية

يرى الاتجاه الثاني ضرورة تقرير صفة القاعدة القانونية وتحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود النموذجية كون هذه الأخيرة جاءت مجسدة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أحكام العقود النموذجية قواعد قانونية أو أعراف ملزمة.

ذلك ان العقود النموذجية تتمتع بالمرونة اللازمة لمواجهة المشاكل الممكنة الحدوث إذ تعتبر أكثر استجابة للواقع العملي مقارنة بالقاعدة التشريعية التي تتصف بعموميتها، والتي لا يمكن ان تواجه جميع الحالات المتصور وقوعها عمليا[2].

وقد أضحت العقود النموذجية من الوسائل الفعالة لتحقيق مبدأ الكفاية الذاتية في ظل الأحكام التفصيلية التي تحويها الجهة المنظمة للالتزامات التعاقدية، فالعقد النموذجي وفقا لهذا الاتجاه ذو طابع تنظيمي بالنظر للحلول القانونية التي توفرها العقود النموذجية، بخلاف الاتجاه الأول الذي يغلب الطابع التعاقدي، كون العقد النموذجي لا يقصد من وراءه عقد خاص بذاته بل على الرغم من وجود هذه الصيغة النموذجية فإن التصرفات القانونية التي تفرغ فيها تظل خاضعة للأركان العامة للعقد الرضا، المحل، السبب والشكلية، فلا ينعقد التصرف القانوني إلا بتلاقي إرادتي المتعاقدين وبهذا المعنى فلا يستمد العقد النموذجي قوته الملزمة من ذاته، لأنه لا يمثل إلا إرادة واضعها وإنما يستلزم انصراف إرادة المتعاقد الآخر إلى اعتمادها والالتزام بمضمونها[3].

ومن خلال ما تقدم ننتهي إلى القول أن العقد النموذجي يجمع بين الطابع التنظيمي والطابع التعاقدي، فيبقى مجرد نموذج لمشروع عقد يتضمن تفصيل لتنظيم العقد – طابع تنظيمي- وللأطراف المتعاقدة إضافة بيانات أو شروط أخرى – طابع تعاقدي-.

1- **نفس** المرجع السابق، ص192-193.

2- **نغم حنى رؤوف**، المرجع السابق، ص332.

3- **محمودي مليكة**، المرجع السابق، ص**192**.

غير أن الحاجة تظل قائمة لأن العقود النموذجية لا تنظم مسائل قانونية كالظروف الطارئة، البنود التعسفية، حل الإشكالات الناجمة عن عيوب الرضا، مما يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني لما يحمله في طياته من ثغرات متعددة، حتى وإن أعدته هيئات علمية ومهنية متخصصة[1] الأمر الذي يستدعي تعديلها وتنقيحها وتحقيق الحماية منها[2].

خلاصة الباب الأول

نخلص إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في القانون نشأ نتيجة لالتقاء الفلسفات الحرة التي سادت القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت القرن التاسع عشر، وكان المحور الذي تدور حوله هذه الفلسفات هو حرية الفرد وتحريره من أي ضغط واقع عليه خاصة الضغط الصادر من القانون.

ولعل الوسيلة المثلى لحماية حرية الإنسان هي إرادته بحيث لا يلتزم الإنسان إلا بما يرضاه وإن أهم ما يرضي الإنسان هو تعبيره عن حريته، وبهذا فإن الإرادة هي أساس الالتزام بالعقد وأصبح العقد هو التعبير الوحيد عن العدل وعن الحرية، وهذا ما يمنح لمبدأ سلطان الإرادة تفسيره بالالتزام العقدي على أساس أن الإنسان قبل التعاقد كان حر وبعد العقد أصبح مقيدا به.

ومن المتصور أن يكون أساس هذا القيد ناتج عن سلطة عليا هي سلطة الدولة أو سلطة القانون، وهو ما ترفضه نظرية سلطان الإرادة لأن الإنسان حر بطبيعته وإن قيدت إرادته فبقرار منه، ذلك أن أساس الالتزام هو إرادة الفرد وليس إرادة القانون.

فكانت على إثر هذا التفكير أن من أهم نتائجه احترام حرية التعاقد من ناحية واحترام الإرادة العقدية من ناحية أخرى، فأما حرية التعاقد فيكون احترامها من ناحية الموضوع بضرورة ترك للمتعاقدين الحرية في وضع ما شاءوا من شروط يرونها مناسبة لعقودهم، وإذا كان المشرع قد نظم تنظيما نموذجيا لبعض العقود، كالبيع والإيجار والتأمين وغير ذلك فينبغي أن يظل هذا التنظيم اختياريا يجوز للمتعاقدين الخروج عليه طبقا لمصالحهم، ومن ناحية أخرى يترك للمتعاقدين الحرية في خلق عقود واتفاقات لم يرد بشأنها تنظيم لا تقيدهم في ذلك إلا فكرة النظام العام والآداب العامة التي يجب أن تكون محورة في أضيق الحدود.

---

[1] **نفس** المرجع السابق، ص194.

[2] **شافية كتاف، ذهبية لطرش**، عقود المشتقات المالية بين الأهمية الإقتصادية والرؤية الشرعية، مجلة آفاق للعلوم، العدد07، جامعة الجلفة، 2017، ص384.

وأما احترام حرية التعاقد من حيث الشكل يكون عن طريق احترام مبدأ الرضائية في التعاقد، ومقتضاه أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الحاجة إلى إفراغ هذا التعبير في اي شكل خاص.

كما أن الواقع أثبث أنه لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة لا يتفق مع حرية الإنسان أو مع العدالة في المجتمع. لأنه وإن وجد التساوي من الناحية القانونية فينعدم من الناحية الاقتصادية، كما أنه ليس صحيحا أن كل شخص حر في أن يتعاقد او لا يتعاقد لأن الحقيقة أثبتت أن العامل مثلا في القرن التاسع عشر كان مضطرا لقبول العمل بأقل أجر وفي أسوأ الحالات والظروف.

فالتسليم بمبدأ الرضائية يجعل الأطراف أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وتضمين ما أرادو من شروط التي تحقق مصالحهم، دون مبالاة بمصالح الطرف الآخر على نحو يتسم بالإجحاف باعتبار العقد شريعتهم وقانونهم، فسلطان الإرادة تتولد عنه حرية إبرام العقود الذي يعني تحرير التعبير والإفصاح عن الإرادة من كل قيد، فلا يكون للقاضي ولا للقانون مجال في الحياة التعاقدية للأفراد، لأن هذا المبدأ يحكم تكوين العقد وتنفيذه معا.

فتراجع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد والمساواة بين الأطراف المتعاقدة في تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية. وبالتالي فالتمسك بالمبدأ وإعماله أظهر عدم قدرته على حماية الطرف الضعيف في العقد من جهة، وعلى تقييد دور القاضي من جهة أخرى، ليظهر بأن الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ ليست كفيلة بتحقيق التوازن بين الآداءات.

وكان في ذلك لتدبير الزمان الدور الإيجابي والفعال فلا شك إن إعداد عقود قادرة على مواكبة الإقلاع الاقتصادي وكذا هيكلة المقاولات الوطنية والدولية تماشيا مع التطورات الاقتصادية والتكنولوجية من حيث المعلومات والاتصالات يتطلب بالضرورة مهنية واحترافية لا محل للاعتبار الشخصي فيها، وهو ما جعلنا نستشف السمة البارزة لفكرة الإذعان في العقود الاقتصادية وكذا خطورتها في ذات الوقت، على اعتبار أن أطرافها غير متكافئين من حيث القوة الاقتصادية أو التقنية إذ من جهة نجد محتكرا قويا، ومن جهة ثانية مستهلكا ضعيفا في جل الأحوال .

وما زاد الأمر سوءا أن التحولات التي شهدها العقد في شتى مجالاته تبعه تغيير جذري في العلاقات التعاقدية مما أسهم في ظهور أنماط جديدة لصياغة العقود، التي رسمت طريق شرعي للتعامل بنماذج العقود الذي أدى إلى زوال الإرادة من مضمون العقد، من خلال الاستلاء والاستحواذ عليها من أحد أطرافه، ما أدى إلى بروز قوى وتكتلات اقتصادية أصبحت تفرض قانونها على من يتعاقد معها فحال التصور البسيط والتقليدي لمرحلة السابقة للتعاقد إلى اعتبارها تصورات لا تتناسب مع العقود ذات

التعقيد الاقتصادي التي أفرزها العصر الحديث فأصبح هو القاعدة بينما أصبح العقد التفاوضي الاستثناء .

هذا الأمر أثر بشكل كبير على بنيان العقد وتكوينه فغدت عقود الإذعان شائعة وهي اليوم على الأقل تبدو للمتعاقد الضعيف عقود لا غنى عنها تدفعه للشعور بالمساواة في المعاملة مع غيره من المنضمين للعقد، مما يجعل عملية الانضمام تختلط بسهولة مع العدالة، وهنا تظهر فكرة الإذعان التي تجعل الطرف الضعيف مرغما على التعاقد إذ يرفض الطرف القوي التعاقد بغير الشروط التي وضعها، والتي غالبا ما تصب في مصلحته على حساب الغالبية الصامتة من المذعنين مما جعل التعامل بالإذعان فكرة مسلم بها، كل ذلك جعل من إبرام العقد الاقتصادي واقع محتم يؤدي إلى تثبيط همم الأطراف الضعيفة، بإقدامهم على إبرام تلك العقود لتلبية احتياجات اقتصادية رغم يقينهم أنهم ضحية عقد غير عادل.

ولما كان من بين أهداف المنظومة القانونية حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي أفرزتها ظروف الاقتصادية الراهنة في مواجهة إجحاف وتعسف الطرف الثاني الذي سيرضخ لبنود العقد مهما كان الطابع التعسفي الذي تنطوي عليه ودون توفر حرية المناقشة، كان لازما تدخل المشرع في ظل مستجدات العصر لكونها تمثل اعتداء على مصلحته بتوفر الحماية اللازمة تحقيقا لإيجاد توازن بين حماية حرية الإرادة وحماية التوازن العقدي والعدالة أثناء إبرام العقد وتنفيذه وانقضائه وهو موضوع الباب الثاني.

الباب الثاني

وسائل مواجهة اختلال التوازن في عقود الإذعان الاقتصادية

البـــاب الثانـــي

وسائل مواجهة اختلال التوازن في عقود الإذعان الاقتصادية

لما كان العقد أداة المجتمع لدخول في العلاقات الاقتصادية للأفراد باعتبار أن العقد يعتبر في العصر الحديث عملا اجتماعيا، سعى المشرع لتأطير المبادرة التعاقدية وإحكام مراقبة العقود في مرحلة تكوينها، إذ أصبح التعاقد اليوم يتمثل في أن يضع المتعاقد نفسه إراديا في مجال قانوني مضبوط يسيره بحيث لا يملك إلا إتباع شكلياته، وكان لنتيجة التدخل المتزايد للمشرع في العقود بمقتضى قوانين آمرة ظهور النظام العام الاقتصادي.

يعرف هذا النظام على أنه النظام الذي يرتكز عليه مجتمع معين وقد كان من نتائج هذا التنظيم تغير ملامح العملية التعاقدية، فلم تعد النظرية العامة للالتزامات تستجيب إلى المتطلبات التي يهدف إليها هذا النظام العام، ومهما أحكمت السيطرة على العوامل التي تتحكم في التغير الممكن فإن أحدا لا يستطيع أن يتحكم في عوامل التغيير الخارجية الأخرى، واعتمادا على ذلك يمكن أن نعرف التقدم الاقتصادي بأنه القدرة على قبول المخاطر[1].

لذلك سعى المشرع إلى سن العديد من القوانين الخاصة وذلك لمواكبة التطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي باعتبارها مؤشرات على جهود التنمية والتحديث التي حررت الإنسان من قيود الزمان والمكان [2]، والإحاطة بالنشاط التعاقدي وتوجيهه وفقا لمتطلبات السياسة الاقتصادية للدولة وتبعا للأهداف التي يرمي إلى تحقيقها.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن الشروط التعسفية تعتبر من أهم الخصائص المميزة لعقد الإذعان الاقتصادي، باعتبار أن الهدف من التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية هو تدعيم جانب المحترف في العقد على حساب الطرف الضعيف، لذلك حرص المشرع على منعها ووضع آليات للحد منها إلا أنه بالرغم من ذلك فإن الطرف الضعيف أثناء إبرامه للعقد قد لا ينتبه لها ولا يعي صبغتها التعسفية إلا بمناسبة تنفيذه العقد.

وعليه فإن عقد الإذعان يجمع بين محترف وطرف ضعيف حيث يضع وجها لوجه طرفين يقف كل منهما على طرفي النقيض من حيث مراكز القوى الاقتصادية، وأصبح بذلك عقد الإذعان يستخدم

1- سلمان زيدان، إدارة الخطر والتأمين، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص47.

2- **هشام محمد فريد رستم**، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، مصر، 1992، ص1 ومابعدها.

من طرف القوى الاقتصادية الخاصة لفرض هيمنتها وسيطرتها، وفرض قواعدها عوض القواعد القانونية المكملة وأصبح لها بموجب ذلك سلطة خاصة بها تضاهي القانون.

وأمام هذا الوضع لم يكن من المستساغ أن يأخذ المشرع موقفا محايدا باعتبار أن المصلحة العامة معيار النظام العام تدعوه لتدخل للإخلال بالتوازن العقدي وإعادة العدالة التعاقدية المفقودة في عقود الإذعان، مما استوجب تدخل المشرع لإرساء نظام عام حمائي يأخذ بعين الاعتبار عدم توازن المتعاقدين وعدم المساواة[1] التي قد يؤدي إليها تفاوت القوى، ويقرر الوسائل الكفيلة التي تحمي الطرف الضعيف حتى ولو كان ذلك على حساب المبادئ التقليدية التي كرستها النظرية العامة للالتزامات خصوصا وأن تلك المبادئ برهنت قصورها على حماية الطرف الضعيف في العقد[2]، وما تجدر الإشارة إليه هو أن النظام العام الحمائي لا يهدف إلى تغليب فئة عن أخرى بل يهدف إلى حماية مصلحة فئات معينة قد يقع النيل منها إذا تركنا للأطراف مطلق الحرية. **الفصل الأول**

لذلك سعى المشرع إلى تأطير العملية التعاقدية من كل جوانبها ولم يقف عند هدف حماية الطرف الضعيف، وذلك بالحرص على عدم إثقال حالته المادية حتى لا ينساق وراء إغراءات الطرف القوي، وبالطبع من دون الإضرار بمصالح الأخير وازدهار نشاطه الاقتصادي، وترتب كنتيجة لتدخل النظام العام الحمائي في تكوين العقد تغيير التقنية التعاقدية لفرض حماية الطرف الضعيف في العقد وكان ذلك من خلال وضع قواعد آمرة، بالحظر ،باقتراح ،التنظيم ، الرقابة[3].

وعليه كنتيجة لهذا الضبط القانوني المسبق فإن الدولة بفعل دورها الفعال في الضبط والمراقبة تحمي الطرف الضعيف من القوة والهيمنة الاقتصادية، لذا فقد اعتمدت على سياسة أخرى تتميز بطابعها الرقابي وذلك بتفعيل اجهزة إدارية واستحداث لجان متخصصة، بإنشاء عدة أجهزة رقابية مختلفة مركزية أو محلية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تسهر على ضمان حسن تطبيق القانون ومن خلال الدور الفعال للمجتمع المدني، فتتظافر جهودهم لحماية الطرف الضعيف **الفصل الثاني.**

1- قلوش الطيب، الآثار المدنية لإخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016، ص151.

2-BEN CHENEB ALI , le droit Algérien des contrats, donnée fondamentales, édition AJED, 2001 ,pp59-64

3- Florence Canut, «l'ordre public en droit du travail» tome, 14 éditions, , L.G.D.J paris, 2007 , p 05.

الفصل الأول

الحماية التشريعية للطرف المذعن في العقود الاقتصادية

يفترض المجتمع الاقتصادي شيئا فشيئا على المتعاقد المذعن الابتعاد عن المحترف بحكم السرعة في إبرام العقود والتقنية المتبعة من طرف هذا الأخير، والمتمثلة إما في تحرير عقود نموذجية ووضعها رهن إشارة العموم قصد التوقيع، وإما اختزال هذه العملية في إصدار تذاكر – تذكرة سفر عبر الطائرة –القطار مثلا أو منح إيصال الضمان مثلا من دون أن يفسح مجال للجمهور بالاطلاع على محتويات العقد.

والواقع أن هذه الوثائق لا تعدو أن تكون عصارة الشروط العامة لموضوع العقد أو الإطار العام لحقوق والتزامات طرفيه والتي لا تظهر أهميتها إلا عند الرغبة في تنفيذ العقد، غير أن سلبيات هذه الطريقة تتمثل على الخصوص في إقحام المحترف لشروط مجحفة أو مرجحة لكفته.

لذا يعتبر المتعاقد المذعن الطرف الضعيف في أية علاقة تعاقدية سواء كانت علاقة تعاقدية لطلب خدمة أو علاقة استهلاكية، ويعود السبب إلى ان هذه العقود يصعب التفاوض من أجلها فيرى بعض فقهاء القانون أن الشرط التعسفي يفرض على الطرف الضعيف قبل المتعاقد القوي في العلاقة التعاقدية نتيجة استعمال ذلك المحترف لسلطته الاقتصادية بغية الحصول على ميزة مجحفة[1]، فهو ذلك الشرط الذي يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي بين الطرفين في الحقوق والواجبات[2].

ولما كشف الواقع العملي عن قصور في الحماية المفروض تحقيقها للطرف الضعيف عن طريق نظرية عيوب الإرادة نتيجة الصعوبات التي يواجهها المتعاقد في إثبات الوقوع في الغلط أو التدليس، ونفس الصعوبة للحماية عن طريق نظرية العيوب الخفية حيث يثبت أن الشيء محل العقد كان خفيا وغير ظاهر[3]، فإنه اعتبر الضعف المعرفي للمتعاقد الضعيف أمر مفترض ولا يحتاج إلى إثبات، فالمحترفين يحتلون مكانة عالية بسبب ما يمتلكونه من معرفة تقنية ومعلوماتية، فضلا على قدراتهم المالية وهو ما جعل الإثبات يتم بشكل تلقائي دون الحاجة إلى إثبات جهل الطرف الضعيف بالمعلومات.

فهذه الخصوصية لعقد الإذعان فرضت على المشرع التدخل لمراقبة شروط العقد واتخاذ المبادرة من أجل ضمان إحقاق التوازن النسبي للعلاقات التعاقدية وتحقيقا للمصلحة العامة من خلال تشريعات خاصة، وترتب على ذلك أن أي مساس بفكرة الثقة وحسن النية يدعو لتصدي بكل المؤيدات

1- **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 32.

2- **إبراهيم عبد العزيز داود**، المرجع السابق، ص 44.

3- **نفس** المرجع السابق، ص18.

القانونية، إذ أصبح تطبيق القواعد الحمائية التي سنها المشرع وتكفل بوضعها تعكس الدور المحوري في حماية الطرف المذعن بدءا بالدستور.

إذ تحتل المبادئ الدستورية في كافة الدول مكانة الصدارة في السلم التشريعي الوطني وهي بالتالي المصدر الأول للقوانين المنظمة لمختلف النشاطات والحريات والحقوق باعتباره التشريع الأسمى والأساسي في الدولة، والذي يحدد هيئات ومؤسسات الدولة واختصاصاتها إذ تتضمن الدساتير الحديثة بدرجة متفاوتة أحكام تتعلق إما بتكريس مبادئ اقتصادية أو بإحداث مؤسسات اقتصادية.

فقد جاءت ديباجة الدستور الجزائري لسنة **1996** خالية من المبادئ الاقتصادية لكن مواده كرست بعض المبادئ ففي المادة 37 منه كرست مبدأ حرية الصناعة والتجارة الذي يمارس في إطار القانون.

في حين ديباجة دستور **2016** أشارت إلى أهداف اقتصادية يتعين تحقيقها وذلك ما بدا من خلال عبارة يعمل على بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة، هذا إلى جانب تأكيد المبادئ التي وردت في دستور 1996 فالمادة 43 وسعت نطاق حرية الصناعة والتجارة إلى حرية الاستثمار والتجارة من دون تمييز لخدمة التنمية الاقتصادية، كما يجب على الدولة ضبط السوق ووضعها قوانين تحمي الطرف الضعيف وتمنع الاحتكار والمنافسة الغير النزيهة، وذلك عن طريق الرقابة باعتبارها الوسيلة القانونية الفعالة لضمان الالتزام بالحدود الدستورية[1].

المبحث الأول

مواجهة اختلالات التوازن العقدي الاقتصادي وفق القواعد العامة

لقد كان من نتاج الطفرة التكنولوجية التي تحققت في القرن العشرين بروز الصناعة التسويقية التي ترمي إلى إقحام الأسواق الداخلية والخارجية بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من ذي قبل، الشيء الذي نجم عنه فئتين من المتعاقدين: إحداهما فئة منتجة ومحتكرة ذات قوة اقتصادية، وفئة مستهلكة ومذعنة ضعيفة في جل الأحوال ما جعل العلاقة الاقتصادية بينهما علاقة غير متكافئة وغير متوازنة، تجعل صاحبها دائما في مركز أقوى ذلك أنها تتميز بالاختصاص ورأس المال.

لذلك لطالما اعتبر التراضي أهم ركن يقوم عليه العقد أيا كان طبيعته حيث كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني، وجعل المتعاقدان حران في تحديد محتوى العقد

1- سكيل رقية، التعديل الدستوري لسنة 2016، دفع جديد لترقية الحقوق العمالية في الجزائر، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016، ص109.

الالتزامات التعاقدية[1] حيث يتوجب أن يكون صحيح خالي من عيوب الإرادة ليتحقق الهدف من التعاقد شرط عدم تجاوز الأحكام المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة[2].

إلا أن الملاحظ أن سلطان الإرادة يتم تجاوزه في العقود الاقتصادية فيعتري هذا العقد بعض العوارض التي تشوب أركانه فتجعل التنفيذ تعترضه صعوبات وعوائق لا دخل للمتعاقد الضعيف فيها، ومن هذه الصعوبات والعوائق ما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة ومنها ما يجعله مرهقا إرهاق شديد للمدين فتحوله من عقد مساومة إلى عقد إذعان، فالطرف يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجته الماسة إليها مما يؤدي إلى لاختلال التوازن العقدي.

وما يجعل من هذه الشروط شروط تعسفية غير متوازنة باعتبارها توفر ميزة فاحشة للمحترفين على حساب المتعاقد الضعيف في أغلب الأحيان، أنها تحرر بشكل مسبقا ولا يمكن لطرف الضعيف الاعتراض على بعض البنود التي تبدو غير مبررة أو تمنح امتياز مبالغا فيه للمحترف، ما يجعل العقود الاقتصادية تسمى بعقود الإذعان لما تضمنه من شروط تعسفية.

ولما حققت الطفرة التكنولوجية اتساع الهوة في درجة التفاوت بين العمليات السابقة على التعاقد من عدم العلم الكافي بكل التفاصيل والدقائق الفنية، وبين المذعن كطرف ضعيف لا خيار له فكان لزاما على القانون البحث عن وسيلة حديثة تواكب فيها تطور المجال الاقتصادي، وتعيد التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية الذي تمخض عن المخترعات الحديثة والمعقدة والمحملة بمخاطر عند التكوين أو الاستعمال، وذلك من خلال التشديد في الالتزامات الملقاة على عاتقه.

وبالرغم من ذلك لم تغب فكرة حماية الطرف الضعيف في مواجهة الاختلال في التوازن الذي يرتبه العقد الاقتصادي في إطار تنظيم الشروط التعسفية[3]، إذ لا يمكن الحديث عن حماية حقيقية للطرف الضعيف من دون حمايته من المحترف نفسه ومن الشروط التي ينظمها من الناحيتين الاقتصادية والفنية.

1- J. Bendedouch, déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie , revue algérienne des sciences juridique, économiques et politiques,1981, p12.

2-On ne peut déroger par la convention particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs **عليان عدة، المرجع السابق**، ص 21.

3- كهينة قونان، آليات إعادة التوازن في عقود الاستهلاك: إبطال الاتفاقات المخففة والمعفية من مسؤولية المنتج، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، العدد14، جامعة الجزائر، 2020، ص 143.

المطلــب الأول

الرقابة السابقة لفكرة الإذعان في العقود الاقتصادية

إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة فإن التسليم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يجعل من العقد الواضح الغير المخالف للنظام العام والآداب العامة يقوم مقام القانون، مما يحول دون إمكانية التدخل لمراجعة العقد، غير أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المجتمع أثرت على العلاقات التعاقدية ومن ثم أصبح لزاما تطوير القواعد التقليدية التي تحكم العقود، لتساير التحولات الجديدة في المجتمع نظرا للقوة الاقتصادية الكبرى التي أضحى يتمتع بها أحد أطراف التعاقد، نتيجة سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها.

إن السلطة الاحتكارية التي يتمتع بها أطراف العقد سمحت من أن تجعل من العقود التي يبرمونها عقود غير تفاوضية وأصبح العقد نموذجيا وموحد يعده المحترف بنفسه مسبقا، حيث يملي بموجبه إرادته وشروطه على كل من يرغب في التعاقد معه، والذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها مما يبقي له سوى خيار رفض التعاقد او الإذعان للعقد[1].

والحاصل أن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية فكان من نتائجها عقد الإذعان الذي أصبح العمل به واسعا في المجتمع المعاصر، ومن الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف وهو الطرف القوي إلى تضمين هذا العقد من الشروط ما يفيده ويخدم مصلحته[2] والتي قلما تخدم مصالح المستهلكين[3].

وفي إطار مواجهة القوة الاقتصادية التي تكتسح أهم العقود تعد الرقابة من أنجع الأنظمة التي ينجر من ورائها عملية المتابعة المستمرة لمختلف الأنشطة والظروف المحيطة بهدف منع حدوث أو اكتشاف الأخطاء والعمل على تصحيحها تفاديا لتكرارها في المستقبل، فهي مجموعة الأنشطة المحددة والتي تستخدم بهدف التأكد من أن عقود الاقتصادية تتفق وتتطابق مع تلك المواصفات الموضوعة لها سلفا[4].

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص229.

2-Trari-Tani Mostapha « justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial « revue des études juridiques, n06,2009 Faculté de droit Telemcen,p85-86.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص230.

4- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص309.

ذلك ان التطور جعل من عقود الاقتصادية تفقد تدريجيا خصائصها الأساسية نتيجة عدم الالتزام المحترفين بما هو مقرر عليهم قانونا، ما أدى إلى إلحاق أضرار بالغة الخطورة عرضهم لمنتجات معيبة ولا تتوفر أدنى متطلبات الصحة والسلامة مهددة بذلك حياة مستهلكيها[1]، لذا فإن هذا التفاوت الاقتصادي والمعرفي لأطراف العلاقة العقدية أثر سلبا في نتائج العقد حيث يفرض شروطا وبنود قاسية تسمى **بالتعسفية**، مما جعل تدخل المشرع حتمي لمواجهة سلطة المتعاقدين الاقتصادية والقانونية لتتماشى مع هذا التحول الكبير في نوعية المعاملات وتنوعها باتساع المجال الاقتصادي الذي يلعب دورا محوريا في استقرار المجتمع وتحقيق الأمن القانوني.

الفـرع الأول

استبعـاد الـشروط التعسفيـة

تعتبر العقود الاقتصادية مرتعا خصبا لتناسل الشروط التعسفية بحكم الموقع المتميز الذي يمثله المحتكر تجاه المذعن وكذا الحاجة للخدمة والسلعة المعروضة[2]، فقد رصد المشرع ظاهرة الشروط التعسفية من خلال منظور نظرية عقد الإذعان معتبرا الأولى جزء من النسيج القانوني للثانية، فأصبحت الشروط التعسفية تدور وجودا وعدما مع عقود الإذعان[3] فالتعسف والإذعان وصفان متلازمان.

لذا يعتبر المشرع بأن عقود الإذعان هي العلاقة القانونية الوحيدة التي ينشأ في كنفها الشروط التعسفية وذلك للارتباط الواقع بينهما على أساس أن هذه الأخيرة تمثل التربة الخصبة لنمو الأولى، فوجود عقد الإذعان يترتب عليه وجود شروط مجحفة كنتيجة لهذا السبب وهذا لا يعني ان العلاقة السببية تعمل بشكل تلقائي، وإنما هذا الارتباط يتوقف على شرط واقف وهو تعسف الطرف القوي[4] في استعمال سلطاته لتحقيق مكاسب على حساب الطرف الأخر.

وبهذا ليس لضعف الطرف المذعن هو الذي يترتب عليه وصف العقد بالتعسف وإنما يستوجب توفر عنصر الاستغلال الذي يشوب العلاقة التعاقدية بين الطرفين، إذ لاريب أن الأصل هو حرية التعاقد فمن حق كل طرف في العملية التعاقدية أن يناقش شروط العقد الذي يقدم عليه، فإذا أصبح أحد

1- موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، الجزائر، 2015، ص 199.

2- العربي مياد، المرجع السابق، ص515.

3- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص86.

4- نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 23و24 أفريل، 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص417.

الأطراف هو الذي يناط به وضع شروط العقد ولا يسمح للطرف الأخر بالمناقشة فإما يقبلها كاملة أو يرفضها كاملة فنكون أمام عقد إذعان.

أولا: ماهية الشرط التعسفي

لقد حظي موضوع الشرط التعسفي في ظل التحولات والتغير الحقيقي في أنماط الممارسات الاقتصادية مع ارتفاع حجم الطلب من السلع والخدمات باهتمام كبير، إذ يجد الطرف الضعيف نفسه في مواجهة عقود مثقلة في سبيل تلبية احتياجاته بالنظر للحجم المتزايد في الإخلال بالالتزامات التعاقدية للأطراف المتعاقدة.

وعليه تتم معالجة هذه الشروط بطرق ثلاثة الأولى مباشرة بالتنظيم التشريعي وهو أكثر المناهج استخداما من خلال سن نصوص تشريعية لحضرها ومكافحتها، فهي تحدد المقصود بهذه الشروط معاييرها وطرق تحديدها، بخلاف القانون المدني الذي يتعامل مع مصدر وجود هذه الشروط والواقعة المنشأة لها وهي طريقة غير مباشرة بالنظر لضعف المركز الاقتصادي للمستهلك بحكم أنه طرف مذعن.

فضلا عن الأسلوب القضائي بحيث يخول القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي مما يقضي بتعديل الشروط أو إلغائها، ولو اقتضى الأمر المساس بالمبادئ الأساسية المتأصلة والمترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة، كالعقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد[1].

1-المفهوم الفقهي:

يعتبر المستهلك الطرف الضعيف في أية علاقة تعاقدية سواء كانت علاقة تعاقدية لطلب خدمة أو علاقة استهلاكية، ويعود السبب إلى ان هذه العقود يصعب التفاوض من أجلها فيرى بعض فقهاء القانون أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يفرض على الطرف الضعيف قبل المتعاقد الأقوى في العلاقة التعاقدية نتيجة استعمال الطرف الأقوى لسلطته الاقتصادية، بغية الحصول على ميزة مجحفة[2]، فهو ذلك الشرط الذي يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي بين الطرفين في الحقوق والواجبات[3] إذ يقصد به الاستخدام السيئ[4]، أما اصطلاحا الاستخدام الفاحش لميزة مفرطة.

1- **مولود بغدادي**، المرجع السابق، ص36.

2- **السيد محمد السيد عمران**، المرجع السابق، ص 32.

3- **إبراهيم عبد العزيز داود**، المرجع السابق، ص 44.

4- **Petit Robert**, dictionnaire de la langue française, v abus,éd,1990.

إن مجمل التعاريف الفقهية تنحصر في إحدى زوايا الرؤيا للشرط التعسفي فهناك من يعتمد على أطراف العلاقة التعاقدية، ونظرة أخرى تركز على الجهة التي تفرض الشرط التعسفي، ورؤيا ثالثة تركز على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية.

- **من حيث أطراف العلاقة:**

يعرف بأنه كل شرط يفرضه الطرف القوي مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، أو بما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي.

- **من حيث فرض الشرط التعسفي:**

فالشرط التعسفي هو الذي تكون أساس علاقته التي تربط بين المحترف كقوة اقتصادية والطرف الضعيف ذو تفاوت كبير في المراكز القانونية والتقنية للأطراف ويؤدي إلى مكافئة المحترف القوي بميزة في مواجهة المستهلك[1].

- **من حيث أثره على توازن العلاقة العقدية:**

هو ذلك الاشتراط المفروض بواسطة المحترف في المراحل المختلفة للعلاقة التعاقدية بهدف الحصول على وضع مميز، فهو الشرط الغير الملائم للطرف الضعيف والمعد سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة[2]، والتي يقصد منها تطبيق شروط كتلك المتعلقة بالشروط الجزائية أو بالإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها[3].

2-المفهوم القانوني

من بين التشريعات التي كانت سباقة في تحديد تعريف الشرط التعسفي القانون الجزائري وكذا القانون الفرنسي، القانون البلجيكي والكيبكي والقانون الألماني، فمن خلال المادة 03 الفقرة 05 فإن المشرع لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد، ولم يجعل مفهوم الشرط التعسفي يقتصر على عقود معينة دون غيرها بل مده إلى عقود المهنيين موافقا بذلك المشرع الألماني.

وفي إطار ضبط تعريف العقد فإن الفقرة 04 من المادة 03 السالفة الذكر من القانون 04-02 العقد « **كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة، أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه** »

1- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص406.

2- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010-2011، ص 61.

3- مولود بغدادي، المرجع السابق، الهامش رقم 03، ص38.

ونفس التعريف الخاص بالعقد أعاده المشرع في الفقرة 02 من المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 « **كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة، أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه** »

وتجدر الإشارة إلى أنه في النصين السابقين لم يحدد المشرع أطراف العقد وهو ما يشير إلى مد تطبيق نص القانون 04-02 وهو ما تأكده المادة الأولى منه، والتي يفهم منها مد الحماية إلى الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين « **يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية، ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، وبين هؤلاء المستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه**».

أما فيما يخص أطراف العلاقة فلم تستقر على التسمية معينة وهو ما يلاحظ من خلال استقراء نص كل من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي06-306 التي ورد بها مصطلح **العون الاقتصادي** وهو الطرف الذي يتعاقد مع الطرق الضعيف، ونص المادة 29 من القانون 04-02 سماه **بائعتا** وهو كذلك الطرف الذي يكون في مواجهة الطرف الضعيف[1].

لقد حاول المشرع الجزائري تحديد مفهومه ضمن قانون الممارسة التجارية وذلك ضمن المادة 03 منه، الشرط التعسفي لا ينظر إليه بصفة انفرادية بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند آخر او عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد[2]، وبهذا فقد أزال موقف المشرع الجزائري كل الغموض والتكهنات بشأن طبيعة الشرط التعسفي[3]، ومن ثم وجب توفير الاستقرار والتوازن في العلاقات التعاقدية بإبطال الشروط التعسفية التي تتخلل العقود الاقتصادية التي يعدها المحترف[4].

أما من **ناحية القضاء** فإن المشرع الجزائري بتطرقه لتحديد مفهوم الشرط التعسفي فإنه لم يترك مجال أمام القضاء لتحديد المفهوم لكنه أعطى له الحق في تقدير الشرط التعسفي، وذلك من خلال نص المادة 110 من القانون المدني[5] والتي تنص« **إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن**

1- مولود بغدادي، المرجع السابق، ص44.

2- قانون رقم 04-02 المؤرخ في23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشنت 2010، ج.ر. عدد 46.

3- حسينة شرون- حملاوي نجاة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، العدد 04، بسكرة، 2017، ص52.

4- الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص43.

5- المادة 110 من ق.م، السابق الذكر.

شروط تعسفية جاز للقاضي، أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة....» .

فمتى توفر كل من روح الحق والعدالة عند التعاقد انتفى وجود الشروط التعسفية على الرغم من أن الفكرتين أكثر معنوية ومثالية، لأنه يصعب بأي حال من الأحوال أن تتحقق العدالة بطريقة كلية في العطاءات المتبادلة.

ثانيا: معايير تحديد طابع التعسف

إن الأحكام الخاصة المتعلقة بالشروط التعسفية لم تظهر إلا سنة 2004 بصدور القانون 04-02[1] المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وقبل ذلك لم تكن هناك نصوص خاصة بالشروط التعسفية في التشريع الجزائري غير تلك المنصوص عليها في القانون المدني بنص المادة 110، على انه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط او أن يعفي الطرف المذعن منها[2]، ليترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف والإجحاف ليقضي بتعديل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه، وذلك عن طريق الرقابة القضائية التي تتميز بالخصائص التالية:

- حرص المشرع على تعلق الرقابة القضائية بالنظام العام وكل اتفاق على استبعاده يكون باطلا.
- جعل المشرع الرقابة تتسم بالاتساع والشمولية لتشمل كل الشروط سواء علم بها المذعن أم لم يعلم بها[3].
- الاستناد إلى مبادئ العدالة بما تحويه من أفكار أخلاقية وحمائية ينهل منها لتقدير الشروط التعسفية، ففكرة العدالة ينظر إليها على أنها العدالة العقدية فهي مرادفة لفكرة التوازن العقدي[4].

وبظهور الإذعان حاولت جل التشريعات معالجته وسن قوانين لحماية الطرف المذعن وفقا للقواعد العامة، فإن كان دور القاضي يقتصر بالنسبة على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، إلا أنه وخروجا عن هذه القاعدة تم اعتراف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب نص

1- القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر.

2- محي الدين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية المستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد01، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص 13.

3- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص39-41.

4- نفس المرجع السابق، ص44.

المادة 110 من ق م ج الأمر الذي يتيح تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين، فأجاز المشرع بموجب نص المادة اللجوء للقضاء طلبا لتعديل في عقد الإذعان على نحو تقتضي به العدالة[1].

إلا أنه مبدئيا لا يمكن اعتبار أي شرط يرد في العقد شرطا تعسفيا لذا وجب اللجوء إلى معيار دقيق لتحديد الشرط التعسفي.

1- المعايير المحددة لشرط التعسفي

تظهر القوة الاقتصادية في تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المحترف مما يجعله معروفا في السوق والتي تخول له أن يكون ذا هيبة ونفوذ، ذلك أن أساس تفوق المحترف على الطرف الضعيف يكمن في العادة وبصورة أساسية في القوة الاقتصادية التي يتمتع بها لذلك جعل الفقهاء من التعسف في استخدام هذه القوة بشكل يؤدي إلى حصول المحترف على ميزة مفرطة، أما بالنسبة للمعيار الذي تبناه المشرع فهو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات كل من المحترف والطرف الضعيف.

- **معيار التعسف في القوة الاقتصادية:**

يقصد بهذه الميزة معنى الاحتراف والسيطرة والتفوق الذي يستخدمه المحترف لضغط على الطرف الضعيف لحاجته للخدمة المقدمة دون إمكانية المناقشة[2] باعتباره الطرف الأضعف اقتصاديا[3]، وإن اعتبار المحترف طرفا قوي يسهل من مهمته في فرض شروطه لكونه معتاد على مثل هذه الممارسات الجاري بها العمل في مهنته.

ويسمى بالمعيار الشخصي لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية الناجمة عن حجم المشروع الذي يستغله المحترف[4] وينتج هذا التعسف عن استغلال الطرف المحترف لسلطته، وقد أجمع الفقه على أن هذا المعيار جد غامض غير دقيق ومبهم لأنه لا يستند إلى مقومات تحدد هذا التفوق.

فضلا على أن التجربة أثبتت أن قوة المحترف مستمدة من التفوق التقني والفني أكثر من التفوق الاقتصادي، فالمحترف في تعاقد دائم ومستمر في مجال نشاطه الاقتصادي مما يخوله خبرة مسبقة عن الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، مما يجعله على دراية بالتصرفات والاشتراطات وحتى المخاطر

1- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص 60.

2-**Berlioz G**. le contrat d'adhésion, LGDJ , 1973, p69, n:74.

3- حسيبة حوماش، التصدي لشروط التعسفية في عقد القرض بين التعديل والمنع، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 06، جامعة جيجل، 2018، ص411.

4- أميد صباح عثمان، النظام القانوني للاحتراف المدني، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص197.

التي تنجم عنها، وهو ما يفسر امتلاكه لكل الوسائل الممكنة لتحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها والشروط التي يفرضها على المتعاقد، فوفقا لهذا المعيار لابد من اعتبار الشرط تعسفيا توفر عنصر تعسف النفوذ الاقتصادي.

- **معيار الميزة الفاحشة:**

يعتبر هذا المعيار نتيجة النفوذ الاقتصادي فهو ينبني على عدم التوازن بين الالتزامات الناشئة لتفاوت الآداءات بين الأطراف، فالميزة الفاحشة مهما كانت طبيعتها مالية كانت كالسعر أو غير مالية كالالتزامات المتبادلة بين الطرفين، فإنها تأتي نتيجة قوة اقتصادية أو تقنية يتمتع بها المحترف تجعله يحوز مقابل مفرط مغال فيه.

هذه الميزة تؤدي إلى خلق اللّاتوازن بين الطرفين نتيجة الشروط التعسفية المفروضة من طرف المحترف، ولا يختلف في هذا عن معيار السابق إذ تعتبر الميزة الفاحشة نتيجة مباشرة لنفوذ والقوة الاقتصادية مما يؤدي إلى اختلال وعدم توازن في العقد[1].

- **معيار الإخلال بالتـوازن:**

إن المشرع من خلال تحديده لمفهوم الشرط التعسفي ضمن قانون الممارسة التجارية اعتبر أن مجرد الإخلال واللّاتوازن هو معيارا للشرط التعسفي من خلال اجتماع شرط أو شرطين[2] بغض النظر عن أي مسألة أخرى، يعرف بالميزة المجحفة الناتجة عن استغلال القوة الاقتصادية ويلزم أن يكون الاختلال كبير بين التزامات الطرفين، لأنه إذا كان التوازن بسيط فإنه يعتبر من الأمور المتجاوز عنها حفاظا على استقرار المعاملات.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كانت تسهم في تحديد معايير التعسف إلا أنها لا تنطبق في حالة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وانطلاقا من هذا فإنه قد يتوافر في العقد صفة الإذعان لكن يحرص الطرف القوي على مناقشة الطرف الضعيف لبنود العقد ولا يضمنه أي شروط تعسفية، أما إذا حدث العكس فهنا يتوافر عدم التوازن العقدي الأمر الذي يحرك سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية[3] من أجل إعادة التوازن العقدي[4].

1- الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص 44.

2- حسيبة حوماش، المرجع السابق، ص410.

3-**Pichon victor** : des contrats d'adhésion, thèse Lyon 1912 p 138.

4- إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص45.

2-موقف المشرع الجزائـري:

لقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار الإخلال بالتوازن ويظهر ذلك في نص المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، والتي تعتبر الشرط التعسفي بقولها « **شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده او مشتركا مع بند واحد، أو عدة بنود او شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد** » .

وبهذا يكون قصد المشرع من وراء ذلك تبني معيار عدم التوازن الظاهر لتحديد الشرط التعسفي ونبذ كلا من معيار التفوق الاقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة.

إن المشرع لم يتماشى مع ما أورده الفقه من ملاحظات بحيث اعتنق المشرع رأيا آخر إذ ألحق النظرية بباب المسؤولية عن الأعمال الشخصية، بعد استحداثه للمادة 124 مكرر وإلغائه للمادة 41 من القانون المدني ظنا منه أن باب المسؤولية يشمل فكرة التعسف في استعمال الحق.

والذي هو تجسيد لفكرة الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية عن الأعمال الشخصية[1] نظرا لطبيعة الخاصة للعقود الاقتصادية والمستمدة من خصوصية مراكز الأطراف المتعاقدة، والتي تتسم بالتفاوت أولا ومن نوعية هذه العقود التي تعتبر عقود إذعان ثانيا، فبين هذا وذلك فإن الحلقة التي يراد وصلها في العقد هي عدم التوازن بين الالتزامات.

الفـرع الثانـي

التشديـد فـي الالتزامـات التعاقديـة

لقد تحققت منذ منتصف القرن العشرين نتائج للطفرة التكنولوجيا التي اتسمت بازدحام الأنشطة الاقتصادية بأشكال لم تكن معهودة من ذي قبل من سلع استهلاكية، أغدية ومستحضرات التجميل، المنتجات دواء، منتجات التنظيف إلى أجهزة منزلية، وسائل اتصال متعددة الأنواع..... إلى غير ذلك من وسائل الرفاهية.

ولم يقف التطور عند هذا الحد من عمليات الإنتاج بل امتد ليشمل عمليات التسويق إذ صار بيد شركات ضخمة، فترتب عن هذا التطور الزيادة في حجم المخاطر التي يتعرض لها المستهلكون عند تعاطيهم لمختلف المنتوجات الحديثة، فمن جانب قد يترتب على الإنتاج الوفير إفلات السلع من رقابة المنتجين مما يجعلها مشوبة بعيوب محفوفة بمخاطر عند استهلاكها.

1- مولود بغدادي، المرجع السابق، ص.48-53.

ومن جانب آخر فإن عملية تسويق المنتجات عملية تخضع لشركات كبرى ينحصر دورها في استخدام أساليب الدعاية[1] والإشهار لإقناع المستهلك بالإقبال على اقتنائها، وهذا الإقبال قد يكون لسلع لا تحوي البيانات الكافية أو اللغة الغامضة الغير المفهومة، وبالتالي من الطبيعي اتساع حجم الأضرار[2] التي تسببها المنتوجات الصناعية، استهلاك المستحضرات الصيدلانية أو الأجهزة الإلكترونية.

ولما حققت هذه الطفرة التكنولوجية اتساع الهوة في درجة التفاوت بين العمليات السابقة على الاستهلاك من عدم العلم الكافي للطرف الضعيف بكل التفاصيل والدقائق الفنية، فكان لزاما على القانون البحث عن وسيلة حديثة تواكب فيها تطور المجال الاقتصادي، وتعيد التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية خصوصا في ظل قصور الالتزامات التقليدية.

مما دفع بالمشرع لإلقاء على عاتق المحترف جملة من الالتزامات باعتباره الطرف المتخصص الذي تتوفر لديه الخبرة والمعرفة الفنية الكاملة لكل خصائص المنتوج، على عكس الطرف الضعيف، الذي يفتقر للخبرة والمعرفة الفنية بالمبيع.

أولا: فرض الالتزام بالإعلام لإعادة التوازن العقدي

تتعدد صور وحالات التي تجسد ضعف أحد طرفي العقد فالضعف الشخصي صورة توضح الضعف المرتبط بشخص المتعاقد مثل حالة توفر عيوب الإرادة مما يعكس تفاوت في الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما، أو الضعف الاقتصادي والذي يظهر في السلطات والإمكانيات التي يتمتع بها الطرف القوي وتؤدي إلى تفوقه على الطرف الضعيف بكثير، لكن تطور الحياة الاقتصادية جعلت من البعض

1- الدعاية هي النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور إيجابا يجعله يؤمن بفكرة أو مذهب ما.

* **عبوب زهيرة**، حق المستهلك في الإعلام، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد01، جامعة شلف، 2015، ص 136.

2- من بين الحوادث والمخاطر الناجمة عن تعاطي بعض العقاقير الطبية المأساة الشهيرة في فرنسا المسماة ب « Morhange »أودت بحياة 36 طفل بالإضافة إلى تسمم 167 آخرين منهم من أصيبو بعجز دائم مدى الحياة، مادة " واتندين" الكيميائية التي تسوق تجاريا باسم " زانتاك" والذي يستخدم لعلاج قرحة المعدة إلا أن تأثيراته غير محدودة أثناء التكوين الجنيني، من بين الحوادث ماجاء في جريدة الشروق، وطنية إخبارية جزائرية عدد 2469، بتاريخ 2008/11/30 ، ص03 تحت عنوان " البراءة للطبيب وتعويض 300 مليون لكل فاقد للبصر، وتعود وقائع القضية إلى فقدان 10 مرضى للبصر إثر تلقيحهم بدواء يدعى لافيستان حيث ثبت من التحقيق، والخبرة أن هذا الدواء لا علاقة له بفقدان البصر وأن السبب يتمثل في تعطيل جهاز التطهير بقاعة العمليات وقد فصلت في هذ القضية محكمة بئر مراد رايس، حيث استفاد الطبيب من البراءة فيما أدينت طبية أخرى ب 06 أشهر حبس غير نافذة مع منح المرضى تعويض قدره 300 مليون سنتيم لكل مريض تحت ضمان المسؤول المدني لمستشفى بني مسوس، وقد كثرت الدراسات المتعلقة بأخطار الأجهزة الإلكترونية كالهواتف النقالة وما تسببه من أورام سرطانية في الدماغ ومنها من نفت ذلك، إلا أن المؤكد أن الهاتف النقال يتسبب في حوادث مأساوية لدى قيادة السيارات، وفي تصريح صحفي قال عالم الكيمياء الأماني فرايدلهايمفولنهورست مخترع رقائق الهواتف النقالة..... بأن محطات تقوية الهاتف النقال تعادل في قوتها الإشعاعات الناجمة عن مفاعل نووري صغير.

* **عدة عليان**، الهامش 02، 03، ص 230.

يمتلك أدواتها دون البعض الأخر مما أدى إلى ظهور نوع جديد من عدم المساواة، يطلق عليها اختلال التوازن المعرفي الذي يعكس عدم المساواة في الخبرة والمعرفة.

فهذا التفاوت ليس تفاوت اقتصادي وإنما تفاوت في العلم والمعرفة والدراية وهو ما يعرف بالضعف المعرفي، فمن ملكية السلع وبيعها إلى الحصول على الخدمات واقتنائها ثم من خدمات المعلوماتية إلى الخدمات الرقمية، وما يصاحبها من شفرات وتعقيدات وتداخلات مع علوم أخرى، أدى إلى ظهور تكنولوجيا المعلومات ذلك العلم الذي يسعى إلى توظيف أجهزة الاتصال في تخزين واسترجاع وفي نقل وتبادل المعلومات بين المستهلك والمحترف[1].

ونتيجة لهذا الضعف المعرفي أصبح على عاتق الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري عن العقد من أجل اتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه[2]، على الرغم من أنه ولو حتى تم الحصول على المعلومات سيزيد الأمر غموضا وتعقيدا لأنه لن يؤدي إلى معرفة حقيقية مما يزيد من الجهل المعرفي، وهو ما يعكس مدى التفاوت بشكل يجعل تحديد البسيط من المعقد فيها أمرا من الصعب إدراكه.

ولما أصبحت التطورات الحديثة تتسم بظروف عدم التأكد والمخاطرة فإنه يحظر أي تضليل في هذه المعلومات[3] عن طريق الالتزام بالإعلام المفروض على الطرف القوي، سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه.

إذ يمثل أهم مظاهر الحماية وأهم الوسائل الوقائية ضد عدم التوازن المعرفي فمن الضرورة إحاطة الطرف الضعيف بالمعلومات المتعلقة بالعقد، وإمداده بالمعلومات الجوهرية التي تمكنه من تحديد موقفه عن وعي ورضا، فيتيح له القدرة على اتخاذ قرار سليم بإبرام العقد أو العزوف عنه حتى يكون رضاه حر ومستنير ذلك أن الجهل وعدم المعرفة يمثلان أهم أسباب الضعف[4].

1- مفهوم الالتزام بالإعلام

هو مصطلح يمتد لفكرة متأصلة في القانون المدني وهي **مبدأ حسن النية**[5] باعتبارها فكرة أخلاقية خالصة تشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في

1- **إبراهيم عبد العزيز داود**، المرجع السابق، ص33

2- **نفس** المرجع السابق،ص25.

3- **جمام محمود، أميرة دباش**، تأثير جودة المعلومات المحاسبة على اتخاذ القرارات الاستثمارية- دراسة عينة من المؤسسات الاقتصادية بولاية قسنطينة، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد47، العراق، 2016، ص83.

4- **إبراهيم عبد العزيز داود**، المرجع السابق، ص53.

5- مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي قانوني، والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت له مصلحة عكس ذلك، ويظهر المبدأ في مظهرين الأول نزاهة التعاقد والثاني في تعاون وتضامن كل متعاقد مع الطرف الآخر، وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون،

معاملاتهم[1]، فطبقا للمادة 107 من القانون المدني **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بحسن النية**.

ما نستخلصه بمفهوم المخالفة النهي عن الغش في تنفيذ العقود والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد ما يفسر انعدام الاجتهاد القضائي، ويؤدي إلى القول أن هذا المبدأ لا يشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها لتحقيق التوازن العقدي.

فهو مصـــطلح انتقل من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون[2] يعني القصـــد والعزم يرتبط بمعنى نزاهة السلوك، أو ما يطلق عليه بالثقة المشروعة التي يضعها كل طرف في الآخر عند التعبير عن إرادته وهي لا تخص تنفيذ العقد فقط بل هي سلوك متطلب أكثر عند ابرام العقود[3].

وقد تسلل إلى القواعد القانونية ليضيف أثر تهذيبي على العلاقات التعاقدية وأنجع طريقة لإبراز حسن النية هو الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية الرضا، وجعله أكثر تنوير لحماية الطرف الضعيف في العلاقة، بحيث تمده بالعلم الكافي بالعملية محل العقد ويقدم عليها بوعي هذا من جهة ومن جهة أخرى مقاومة مخاطر الدعاية والإعلان عن السلع والخدمات[4].

فضلا على أن حق الحصول على المعلومات هو حق إنساني بالدرجة الأولى كما أنه يعبر عن مدنية المجتمعات وحضاريتها واحترام عقلية الفرد ومنهجية تفكيره فيصفه بعض الكتاب بأكسجين الديموقراطية[5]، وقد شهد العصر الحديث تطور كبير لوسائل الاتصال حيث يمكن الحصول على

فهي فكرة غير محددة يشوبها الغموض وهو ما جعل المشرع في مختلف التشريعات، ومنها التشريع الجزائري يشير إلى تطبيقاته= =صراحة أو ضمنيا وفرضه في كل مراحل العقد خاصة في مرحلة تنفيذه بهدف ضمان تنفيذ العقد بصورة تضمن لأطراف العقد الوصول إلى حقوقهم بطريقة شرعية.

* **إقلولي أولد/ رابح صافية**، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد: عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، جامعة الجزائر،2020، ص131 .

1- زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد04، جامعة النعامة، 2016، ص440.

2- قادة شهيدة، التزام العون الاقتصادي بالإعلام، دراسة في القانون المقارن والجزائري حسب آخر التعديلات، مجلة الراشدية، العدد07، معسكر، 2010، ص285.

3- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2009/2008، ص21.

4- سارة عبد الصمد، التحليل الاقتصادي للعقد – دراسة مقارنة--، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد28، المغرب 2019، ص07-08.

5- أشرف فتحي الراعي، حق الحصول على المعلومات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص37-38.

المعلومات عبر أكثر من أسلوب وطريقةدون اعتبار للحدود سواء على شكل مكتوب او مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها هذا الشخص[1].

وعليه فإن ما طرأ على الحياة الاقتصادية[2] من طفرات تكنولوجية لفت النظر إلى الخدمات المعلوماتية وكانت نتيجة ذلك بروز المعلومة: وهي كل رسالة ذات معنى تنقل للغير وتتوقف قيمتها المالية على نوعية مضمونها الإعلامي، مما أدى إلى تسابق الأفراد للحصول عليها واقتنائها بل وامتد النطاق ليشمل تنافس الشركات أيضا، وبهذا أصبح للمعلومات قيمة مالية تتناسب مع هدفها والفائدة التي تستعود منها[3].

والواقع الاقتصـــادي يؤكد على التنافس الحاد لامتلاك المعرفة الفنية باعتبارها المعرفة التي تتعلق بالخبرة والمعرفة الخاصـــة بالتصـــنيع والإدارة القيمية والمالية، وتتطلب مهارات محددة لامتلاكها واســـتخدامها[4] كوســـيلة لجذب طبقة المســـتهلكين عن طريق الإعلانات البراقة والخادعة[5] التي لا تعمل بوحي أخلاقي، وإنما تحت تأثير المكاســـب المادية الســـريعة بهدف إيصـــال العلم والمعرفة بكل فعل لجلب الزبائن بخصـــوص عقد اقتصـــادي محل التعاقد[6]، وهو ما خلق فجوة معرفية كبيرة بين المحترفين وطبقة المستهلكين[7].

فهو التزام قانوني يقع على عاتق المحترف يتمثل في الإدلاء بكافة المعلومات التي من شـــأنها تنوير وتبصـير إرادة المستهلك[8] عن طريق إحاطته بكل ما يتعلق بالمنتوج وشـروط التعاقد، والواقع أن الالتزام بالإعلام لا يقتصـــر دائما على مجرد الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد والمنتوج إذ قد يتعدى ذلك إلى واجب التحذير أو النصيحة[9] كالتزامين مكملين لالتزام بالإعلام.

1- نفس المرجع السابق، ص 32.

2- **فوزي قدور نعيمي، مظفر جابر الراوي**، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد03، العراق، 2019،ص16.

3- **عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص100

4- موفق نورالدين، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان، مجلة القانون، العدد03، المركز الجامعي غليزان، 2019، ص50.

5- الإعلان هو النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تأثير نفسي على المستهلكين وذلك لتحقيق أهداف تجارية أو أنه مجموعة الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمشروع صناعي أو تجاري لتسويق وترويج منتوج ما.

* **عبوب زهيرة**، المرجع السابق، ص136.

6-ROGER HOUIN , Droit commercial ,8eme éd, Dalloz,paris,1985,p587

7- **عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص103.

8- قرواش رضوان، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2012، ص312.

9- بيلامي سارة، المرجع السابق، ص 72.

فواجب التحذير يقع على بائع الأشياء الخطيرة التي تستلزم عناية خاصة عند استعمالها، أما الالتزام بالنصيحة يقدمه مؤدوا الخدمات في الغالب لارتباط الذمة بمسائل فنية وتقنية غير ملموسة، ومهما تكن صور الالتزام بالإعلام فهو يبقى التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة[1].

وهذا الالتزام بالإعلام الذي يجسد مبدأ النية لا يضمن الشفافية الاقتصادية بل يضمن كذلك تماسك العقود واستقرار المعاملات، فالتشريع الحديث نص على الالتزام بالإعلام في تشريع خاص بحماية المستهلك، في المادة 17-18 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذا في المواد 04 إلى 09 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، ورتب التزام بإعلام المستهلك ببنود العقد سواء المتعلقة بصفة جوهرية للشيء أو بالعناصر المهمة في تكوين العقد.

لذا فإن استعلام المستهلك عن حقيقتها يحول بينه وبين الوقوع في الغلط، وهو ما يعرف بالدور الوقائي للالتزام بالإعلام مما يخوله إمكانية إبطال العقد[2].

2- دور الالتزام بالإعلام

يظهر في المرحلة ما قبل التعاقدية وذلك بتنوير إرادة المستهلك حتى يتحقق علمه الكافي بحدود العقد ومغانمه ومغارمه فيصبح بهذا قادر على اقتناء ما يحتاجه من منتوجات، إن هذا الالتزام بالإعلام ليس معناه خلق جو من التفاوض بين المحترف والطرف الضعيف إذ لا يغير ذلك من طبيعة هذه العقود الاقتصادية المتسمة بالإذعان، بل يساعد في تكوين قناعة الطرف الآخر المذعن واتخاذ القرار الذي يناسبه من رفض العقد كلية أو قبول العقد برمته[3].

فالإدلاء بالمعلومات الكافية والبيانات اللازمة يسمح لطرف الآخر بإبرام العقد على علم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركان العقد وشروطه ومدى ملاءمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد، وفي هذا الالتزام يجدر التفريق بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، والالتزام التعاقدي بالإدلاء بالبيانات.

- **الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:**

ليس بالالتزام العقدي بل هو التزام مستقل عن العقد يحدث قبل تكوين العقد أصلا فهو يهدف إلى تنويه المتعاقد بالشروط والأوصاف وجعل كل معطيات التعاقد واضحة، وهو التزام يمس كل عقود

1- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص 96.

2- **مولود بغدادي**، المرجع السابق، ص77.

3- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص97.

الاقتصادية على نحو يدفعه إلى إبرام العقد أو رفضه، فهو يتميز بذاتية تجعله يستند إلى أهداف خاصة تبرر وجوده من خلال إعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين وإعادة التوازن إلى العقد[1] .

والسبب في انعدام المساواة في المعلومات هو الجهل المشروع والمبرر قانونا وليس الجهل الغير المقبول الذي يتميز به صاحب الحرفة والمهنة والخبرة، الأمر الذي يجعله ملم في تحديد أوصاف محل العقد وبياناتها الأساسية على خلاف الطرف الآخر الذي يفتقر حتما إلى ذلك، ما يجعل هذا المبدأ من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد[2].

- **الالتزام بالإدلاء بالبيانات:**

إن هذا الالتزام المبني على حسن النية يتضمن شقين أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فالشق الإيجابي يقتضي الالتزام بالإعلام تقديم المعلومات الكافية المتعلقة بالوضع القانوني للشيء أو بصفاته المادية مثلا كإعلام البائع بالحقوق المقررة على العقارات، كما تجدر الإعلام عن استخدام الأجهزة الإلكترونية لمن ليس له دراية بها.

أما الشق السلبي فهو عدم كتمان الحقيقة إذ يعتبر من وسائل التدليس وذلك بكتمان المعلومات التي يجهلها الدائن في الالتزام بالإعلام، والتي لو علم بها لما أقدم على التعاقد أو تعاقد بشروط أخرى فيؤدي ذلك إلى تعيب رضا المتعاقد ويحق المطالبة بإبطال العقد أو التعويض[3].

إن السكوت العمدي طبقا للفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني فإنه يتصل اتصال وثيق بفكرة الالتزام بالإعلام، فإخلال المحترف بالالتزام بالإعلام قد يكون إيجابيا أو سلبي، فالإخلال الإيجابي بالالتزام يكون عن طريق تقديم بيانات خاطئة مغلوطة مخالفة للحقيقة حول مضمون بنود العقد وأثارها تجعل المتعاقد يندفع للتعاقد، وأمام قلة الدراية وعدم الفهم الدقيق للمعاني فإن المتعاقد الضعيف يندفع للتعاقد ليجد نفسه تحت شروط تعسفية غير متكافئة وهي حالة يمكنه الاستناد عليها للتحلل من أثار هذه الشروط.

في حين أن الإخلال السلبي يكون عن طريق الكتمان بالامتناع العمدي عن الإفضاء بالبيانات والمعلومات المهمة[4] وذلك بالامتناع قصدا عن الإدلاء ببيانات تهم المتعاقد الضعيف، وبالتالي عدم توفر العلم الكافي. ومن أجل توسيع دائرة حماية الطرف الضعيف من تدليس المحترف ضد الشروط

1-Julien Neveu, les obligation légales de négocier en entreprise, mémoire de master, université de Nantes 2013, p.18.

2- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص -377.373.

3- نفس المرجع السابق، ص376.

4- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص78

التعسفية ولجوء المحترفين إلى العقود النموذجية، فيجعلون أغلبها يحوي شروطا تعسفية يستحيل معها على الشخص العادي إدراك وفهم محتواها[1]، اعتبر القضاء الفرنسي الكتمان تدليسا ضمن المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي رغم عدم النص على ذلك صراحة أمرا مهما لحمايته من الشروط التعسفية.

3-تطبيقات الالتزام بالإعلام

هو إعلام متصل بوثيقة العقد لتعلقه بشروطه حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية طبقا للمادة 17 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش "" **يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة**"".

فيتضح من استقراء نص المادة أن إعلام المتعاقد بخصائص وخصوصيات المنتوج هو حق مكفول بقوة القانون ليتمكن من معرفة المنتوج بشكل الذي يمكنه من الاختيار المناسب، والمشرع في إطار تنفيذ هذا الحق لم يشترط وسيلة محددة للإعلام حيث ترك الحرية في الاختيار، إلا أنه في المقابل نص على أهم وسيلة يتحقق من خلالها إعلام المتعاقد بخصائص المنتوج وهي الوسم.

- **الوسم**

طبقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش يعرف الوسم بأنه "" **جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجار والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتوج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة يرتبط بها**"".

كما ورد تعريفه في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 484/05[2] المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها " **وسم: كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة الذي يرفق بالمنتوج أويوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع**"".

1- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص78.

2- **المرسوم التنفيذي** رقم 13-378 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، المؤرخ في 09/نوفمبر/2013، ج ر عدد58.

فالوسم قد يظهر على غلاف السلع كغلاف العجائن أو قنينات كقارورة المياه المعدنية أو في خلف عبوة، على شكل صورة بيانات مكتوبة أو صورة رسوم وأشكال، وقد يأتي الوسم في شكل وثيقة ترافق المنتوج، كوثائق التعريف بالخدمات الفندقية المتوفرة في فندق معين[1].

إن المشرع الجزائري في ظل القانون رقم 89-02 لم يقر صراحة الالتزام بالإعلام على أنه بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بقواعد حماية المستهلك وقمع الغش أصبح ينص صراحة على الالتزام بالإعلام وذلك بموجب نص المادة 17 يجب على كل متدخل..... فشدد المشرع على ضرورة تنفيذ الالتزام بالإعلام من خلال منح كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج سواء تعلقت بكيفية الاستخدام ومواصفاتها القانونية أو طبيعتها أو مميزاتها، وكذا الاحتياطات اللازمة عند الاستعمال وتاريخ نهاية الصلاحية.

لقد فرض المشرع الجزائري الوسم في العديد من المنتجات فعرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش "" جميع العلامات..... وقد اشترط المشرع أن تكون بينات الوسم واضحة مرئية وسهلة القراءة ومتعذر محوها، كما يمنع كل وسيلة من شأنها أن تحدث لبسا بين المنتوجات كما يحظر استعمال أية إشارة أو علامة تجعل المتعاقد في لبس حول طبيعة السلعة وتركيبها ونوعيتها ومقدار العناصر الضرورية فيها، وطريقة تناولها وتاريخ صناعاتها والأجل الأقصى لصلاحيتها[2].

كما أوجب المشرع أن يحرر الوسم ومختلف البيانات المتعلقة به باللغة العربية على أن لا يحظر إضافة لغة أجنبية أخرى حسب نص المادة 18 من القانون رقم 09-03، وطبقا لما أكدته نصوص أخرى سواء بالنسبة لوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية[3]، أو السلع الغذائية[4] والمواد المضافة إليها[5]، أو مواد التجميل والتنظيف البدني[6]..... إلخ.

ويكون الوسم عبارة عن مستندات أو نشرات ترفق مع المنتوج أو بطاقات تلصق عليه أو بطبع بيانات على الغلاف الخارجي، كما يفضل إضافة المنتج لبيانات مزودة برسومات تدل على معناها كتلك

1- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص99.

2- عليان عدة، المرجع السابق، ص 236.

3- المادة 04 من المرسوم التنفيذي 90-367، السابق الذكر.

4- المادة 05 من المرسوم التنفيذي90-367،السابق الذكر.

5- المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 12-214، المؤرخ في 15 مايو 2012، ج.ر عدد30 المنشورة بتاريخ 16 ماي 2012.

6- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-41 المؤرخ في1992/02/04 المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكييفها وتسويقها في السوق الوطنية وكيفيات ذلك، ج ر،عدد09 سنة 1992 والملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 37/97، ج.ر. ع 04 المنشورة بتاريخ 15 يناير 1997.

الدالة على قابلية المنتوج للاشتعال أو الانفجار أو التسمم، ففاعلية هذه البيانات تيسر فهمها وتنير انتباه المتعاقد[1].

- **دليل الاستعمال**

وفقا لطريقة المألوفة في التعامل فإنه يجمع بين البائع والمشتري مجلس عقد واحد إلا أنه قد يستحيل أحيانا الاتصال المباشر بين البائع والمشتري، مما أسفر عن ظهور نوع آخر لإبرام العقد وهو ما يعرف بالمراسلة والذي أصبح واسع الانتشار بفعل التطورات الحاصلة في المجتمع، فيلجأ البائع في مثل هذه العقود إلى ما يسمى بدليل الاستعمال من أجل عرض منتوجه في هذا الدليل وبيان مواصفاته وخصائصه لحث المستهلك على اقتنائه.

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الوسيلة على أنه يجب أن ترفق المنتوجات المذكورة في الملحق الأول بشهادة ضمان وبدليل استعمال، كما حرص على تحرير دليل الاستعمال باللغة العربية وعند الاقتضاء بلغة آخري يفهمها المستهلك، ويجب أن يحتوي هذا الدليل على وجه الخصوص المعلومات المتعلقة بما يلي الرسم البياني الوظيفي للجهاز، التركيب والتنصيب والاشتغال والاستعمال والصيانة، التعليمات الأمنية، ويجب أن يتضمن الدليل كذلك صورة أو رسما للنموذج المضمون

وتظهر أهمية دليل الاستعمال في البيوع التي تتسم منتجاتها بالتعقيد والتي قد تترتب على الخطأ في استعمالها العديد من المخاطر، منها المنتوجات الكهربائية والكهرومنزلية، أجهزة التسخين، أجهزة تكييف الهواء، أجهزة الترفيه والتسلية والرياضة، مما يتحتم إرفاقها بدليل استعمال يبين الخصائص التقنية للمنتوج، وكذا طريقة استعماله وتوضيح التنبيهات والاحتياطات الواجب اتخاذها لتجنب وقوع الأخطاء وبالتالي تجنب مخاطر المنتوج المستعمل[2].

وبهذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أنه في مقابل الالتزام بإعلام المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، أن المشرع منح له إلى جانب الالتزام بالإعلام لتنوير الرضا مهلة لتفكير وذلك بصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-114 بتاريخ 12 ماي لسنة 2015 والمتعلق بشروط وكيفية العروض في مجال القرض الاستهلاكي ولحمايته من مخاطر الائتمان.

1- عليان عدة، المرجع السابق، ص238.-

2- نفس المرجع السابق، ص 239.

إذ أوجب المشرع أن يسبق كل عقد قرض بعقد مسبق للقرض والغاية من ذلك وهو ما أوضحته المادة 06 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر، وهي السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه من اكتتابه وكذا تنفيذ شروط العقد[1].

وعليه يعد منح مهلة التفكير للطرف الضعيف حماية متميزة ومضاعفة لرضائه فهي تفوق الحماية المكرسة في نظرية عيوب الإرادة كون هذه الأخيرة تحمي المتعاقدين من بعضهم البعض، بينما مهلة التفكير لا تحمي سوى الطرف الضعيف من الضعف الذي يعتريه وعدم الخبرة التي يتصف بها إذ تجعله يسارع لإبرام عقد دون تفكير مسبق.

فتعد مدة التفكير آلية استثنائية للوقاية من الإخلال في التوازن العقدي[2] والذي لا يمكن للطرف الضعيف التنازل عنه، فهي تساهم في الحفاظ على توازن فئة الضعفاء في العقود وعلى ذلك فمهلة التفكير تعزز فكرة الالتزام بالإعلام، فهي من النظام العام تقع على عاتق المحترف لتحقيق التوازن المعرفي والاقتصادي للعقد[3].

ثانيا: الالتزام العام بالسلامة والضمان

لما كان المحترف كثير التحايل فيضمن بنود تقضي بإعفائه الكلي أو الجزئي من الضمان أو تقليص الآجال الممنوحة للطرف الضعيف للمطالبة به وفقا لقواعد العامة، فتدخل المشرع لتشديد في تنظيم الالتزام بالضمان لتعلق هذا الالتزام بصفة مباشرة بمصالح للطرف المذعن، كونه التزام يتعلق بالسلامة الجسدية.

ويعتبر من أهم الالتزامات التي يقوم بها المحترف ولو أن الأمر يتعدى هذه الغاية لأنه فضلا عن ذلك يقع على المحترف ضمان سلامة المنتجات نتيجة التطور الصناعي والتكنولوجي من العيوب، ضمان أمنه عند الاستعمال وذلك لما تسببه من مخاطر من تزايد عدد الضحايا بسبب استعمال هذه المنتجات.

1-الالتزام بضمان العيوب

فالعيوب الخفية هي كل ما تخلو منها الفطرة السليمة للشيء وهي آفة تصيب الشيء المبيع فتنتقص من قيمته الاقتصادية[4]، وهو العيب الذي لا يستطيع اكتشافه بفحص المبيع بعناية الرجل

1- المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/12 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر عدد 24 المنشورة في 2015/05/13، ص10.

2- بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص12.

3-سعاد بوختالة، منال بوروح، تقييد النظام العام الاقتصادي الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف، مجلة بحوث الجزائر1، العدد14، جامعة الجزائر،2020، ص56-57.

4- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 173.

العادي[1] أما الضمان فهو وثيقة تمنح للطرف الضعيف تسمى شهادة الضمان، ويعد الالتزام بضمان العيوب الخفية من أهم الالتزامات المترتبة بذمة المنتج وترجع أهميته في كون السبب الذي تقوم عليه المسؤولية بالإضافة لكون مرتبط بالسلامة، والالتزام بالضمان نوعين: الالتزام بضمان العيوب والالتزام بضمان أمن المنتوج.

إذ بوجود هذا الالتزام يمكن للمتعاقد الانتفاع بالمنتوجات التي اقتناها استعمالا واستخداما على نحو يمكنه من الاستفادة من كل مزاياها، وهو كل ما يعترض المنتج فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي.

فهو العيب الذي يصيب الخدمة والمنتج فيجعلهما غير صالحين للهدف المعدين من اجله، فيؤثر فيهما ويؤدي إلى إتلافهما أو إنقاص قيمتهما أو منفعتهما، فقد أشار المشرع الجزائري لتعريف الضمان وليس لتعريف العيب الخفي وذلك في المادة 03 من قانون 09-03 "" **الضمان: التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته**""

فيتجلى اهتمام المشرع بهذا الجانب الأساسي من الحماية من خلال أنواع الضمان المختلفة التي يمكن للطرف الضعيف التمسك بها، فجانب الضمان القانوني ينحصر بوجود عيب بالمنتوج مما يلزم المحترف بعد انتهاء فترة الضمان أن يوفر الخدمة ما بعد البيع، فضلا على الضمان الاتفاقي الذي يمكن أن يبرم بين الأطراف[2].

ولقد نص المشرع على هذه الشهادة في المادة 14 والمادة 15 من المرسوم التنفيذي 12-203 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات والذي جاء تطبيقا للمادة 10 من قانون حماية المستهلك والذي أعد نموذج عن شهادة الضمان محددا فيه أهم البيانات التي يجب على المحترف ذكرها، وحدد مدة الضمان القانوني تفاديا لتضمين المحترف بنود غير مشروعة تمس الطرف المذعن الذي يفتقر للوعي القانوني إضافة إلى الثقة التي يضعها في المحترف.

وأمام عدم ترك مجال واسع أمام المحترف للإفلات من مسؤوليته فإن المشرع تدخل بموجب نصوص صارمة بخصوص الضمان حيث نص في المادة 13 من الفصل الرابع من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على أحكام لضمان قانوني لا مجال للانتقاص منه " **إلزامية الضمان**

1- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 114.

2- عائشة مزاري، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص 136.

والخدمة ما بعد البيع" على أنه **" يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء جهاز أو أداة أو آلة أو عتـــاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات يجب على كـل متدخل خـــلال فترة الضمان المحددة في حالـــة ظهور عيب بالمنتوج، استبدالـه أو إرجـاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية تعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة....""**.

وبطلان الشرط المخالف للضمان القانوني هو الحكم الذي سبق وأن أورده المشرع الجزائري يبطل كل شرط عدم الضمان يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها ويبطل مفعوله، فبموجب ذلك أضحى الالتزام بضمان العيوب التزاما قانونيا يتعلق بالنظام العام يترتب على الانتقاص منه أو إلغاؤه عن طريق المشارطات التي يضعها المحترف للحد من البطلان، كما أن اعتبار المشرع أن الالتزام القانوني بالضمان من النظام العام لا يلغي الضمانات الاتفاقية التي تبقى ممكنة ومشروعة مادامت لا تنتقص من الضمان القانوني باعتباره الحد الأدنى للضمان[1].

2-الالتزام بالتسليم:

لقد تفطن المشرع لخطورة العقود التي يبرمها المحترف مع الطرف الضعيف والتي لا مجال للاتفاق فيها إذ المحترف هو المسير الوحيد للعقد وكثيرا ما يتحايل المحترف في هذا الالتزام بخصوص التسليم، لذا اعتبر المشرع أن الانفراد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة تعتبر شرطا تعسفيا بنص المادة 29 فقرة 07 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ونظرا لإمكانية تلاعب المحترف بآجال وكيفيات التسليم لم يكتفي المشرع بما ورد في المادة 29 سالفـة الذكـر، بل اعتبر البند المتعلق في العقود كافـة دون تخصيص وفقا للمادة 03 من المرســوم التنفيذي 06-306.

أما فيما يخص ضرورة التسليم[2] المطابق للمنتوج فإنه التزام مألوف يعرف في العلاقات التعاقدية في ظل القانون المدني، فيلتزم المدين بالتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد ويتحمل المسؤولية ما نقص منه في حالة أن ثبت هذا النقص يؤثر في خيار المتعاقد الضعـــيف بحيث لو علمه لما أقدم على التعاقد، فيجوز له فسخ العقد مع إمكانية التعويض.

بالإضافة إلى التزامه بتقديم مبيع مطابق للعينة محل العقد طبقا لنص المادة 353 من ق م، ورغم أن مطابقة المحل في ظل القواعد العامة بالإمكان التحقق منها وتطبيق قواعد المسؤولية العقدية

1- بوشارب إيمان، المرجع السابق، 81-82.

2- تناول القانون المدني الالتزام بالتسليم في المواد 364 إلى 370، والالتزام بالتسليم هو وضع الشيء محل العقد تحت تصرف الدائن.

نتيجة الإخلال بالتسليم، إلا أن العقود التي يبرمها المحترف والمتعاقد الطرف الضعيف تتعلق بمنتوجات جد معقدة تخضع للطلبيات للوفاء بها، وهو ما جعل المحترف يستغل الفرصة ليضمن في العقود شروطا تسمح له بإمكانية تغيير صفات المنتوج بما ورد في العينة دون أن يكون للطرف الضعيف أدنى دراية بالموضوع حين إمضاء العقد.

فلم يغفل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث اعتبرت المادة 03 منه أن بند خصوصيات المنتوج عنصرا أساسيا في العقد من شأن تقليصه إضفاء الطابع التعسفي، وهو ما شكل حماية كافية للطرف المذعن من تلاعب المحترف[1].

وفي هذا الإطار يجدر الحديث عن المطابقة فقد أورد المشرع تعريفها في نص المادة 03 الفقرة 18 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن "" **المطابقة: استجابة كل منتوج موضوع الاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به**"".

والمطابقة وفقا لقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لم تعد تقتصر على ما يتفق عليه المتعاقدان في العقد، بل أصبحت مطابقة لمقاييس المرتبطة بالجودة إذ يجب أن يطابق المنتوج المواصفات القانونية والتنظيمية في حدود فكرة المشروعية، وما يسمح به القانون والسير العادي والطبيعي لكيفيات الاستهلاك[2].

وإن تأكيد المشرع على توسيع نطاق المطابقة يجب أن يتحقق ليس فقط في إطار العقد الرابط بين المحترف والطرف المذعن، بل يجب تحقيقها عبر جملة من مراحل من وضع المنتوج منذ إنتاجه إلى غاية عرضه على المتعاقد الضعيف.

وكل محاولة لخداع الطرف المذعن حول المنتوجات وكذا تسليم منتوجات غير مطابقة، يعرضه لجنحة الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغدائية والطبية طبقا للمادة 68 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مما يحقق ردعا كافيا للمحترف من وضع شروط تعسفية[3].

1- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، 78.

2- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص 283-284.

3- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص 80.

3-الالتزام بضمان السلامة

لم يكن من اهتمامات القانون المدني تنظيم الالتزام بالسلامة لأنه ركز على المال أما الإنسان فينظر إليه باعتباره صاحب حق مالي فقط، ولكن بعد الثورة الصناعية وما ترتب عليها من استخدام الآلات أدى إلى نشوء عقود اقتصادية غير متكافئة وخطيرة ، اصطبحت معه ممارسة الإنسان لخيارات حماية سلامة جسده في إطار القانون المدني محدودة بشكل أدى إلى اختلال التوازن في العلاقات بين الأفراد ما دعى إلى ضرورة الالتزام بضمان السلامة.

إن العيب في مجال السلامة هو الذي لا يقدم السلامة المنتظرة منه أي هو العيب الذي يعرض الأمان والسلامة للخطر والضرر، فالعيب يعتبر قائما لمجرد عدم تحقيق السلامة والأمن المتوقعان فيكفي أن يثبت الطرف الضعيف وجود عيب بالمنتوج فالعيب بالضرورة يؤدي إلى وقوع الخطر[1].

لذا فقد أكد المشرع على ضرورة التزام المتدخل بسلامة المنتوجات فأصبحت السلامة من الحقوق الأساسية لحصول الطرف المذعن على منتوج آمن في جميع مراحل عرضه حسبما كان منتظر ، لأن حماية صحة الأفراد تعد من العناصر الأساسية للنظام العام التقليدي كما أكد عليه المشرع في نطاق السلامة على إلزامية أمن المنتوجات وضبطها بمعايير[2].

فالتقدم العلمي والصناعي وتعقد المنتجات، جعل من العقود التي يبرمها أو ينفذها المحترف من أبرز العقود التي تهدد سلامة المستهلكين الأمر الذي استدعى ضرورة توفر هذه المنتوجات الموضوعة للتعاقد على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، والحفاظ على مصالح وأمن المستهلك وإلا يتم اللجوء إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار، عن طريق الدعوى المباشرة في مواجهة المنتج ولأفراد أسرة الطرف المذعن اللذين يتضررون من جراء هذه السلعة[3].

ففضلا على الالتزام التقليدي المتعلق بضمان العيوب الخفية فإن المشرع من أجل حماية الطرف المذعن فرض التزاما آخر يتعلق بإلزامية أمن المنتوجات الذي نظمه في المادتين 09 و10 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، نص المادة 10 من قانون 09-03 تحت عنوان **" المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين""** على ضرورة أن لا تمس الخدمة المقدمة للمذعن بمصالح المادية والمعنوية له.

1-علي حساني، الالتزام بضمان الضرر في عيوب المنتجات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، جامعة الجزائر، 2011، ص234.

2- سعاد بوختالة، منال بوروح، المرجع السابق، ص57.

3- فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2007، ص82.

ففي مجال الخدمات فإن الالتزام بضمان السلامة أقدم نشأة فقد ظهر في عقود النقل كالتزام الناقل بتوصيل المسافر إلى المكان المحدد في عقد النقل سالما، أما في مجال السلع والمنتجات فقد فرض المشرع على كل محترف يضع منتجه حيز التداول التزاما عاما بالسلامة بما في ذلك الالتزام بالسلامة العقدية، والذي يقوم بين المحترف والطرف الضعيف بعد تزايد عدد ضحايا استعمال المنتجات المعقدة والخطيرة التي فرضها التطور العلمي والتكنولوجي[1].

وعليه فالالتزام بضمان السلامة تؤكد عليه جل الدساتير والقوانين الداخلية وكذا مواثيق حقوق الإنسان[2] لتعلق الأمر بحماية جسد الإنسان، فيتوجب على المحترف أن يمنع إلحاق اي ضرر بالطرف المذعن، فيكلفه إصلاح الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب هذه العيوب، باستبدال هذا المنتوج المعيب أو إصلاحه أو استبداله أو إرجاع الثمن وتحمل جميع المصاريف الإضافية، وبالمقابل يبطل كل شرط من التزامات المفروضة على المحترف أو يستبعدها[3].أو على الأقل تجنب أثاره بتحذيره منه وفقا لقواعد المنصوص عليها في المادة 10 من قانون 09-03.

أما قانون 09-02 فيتوجب على كل منتوج أو خدمة أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنها وتضر بمصالحه المادية، وأن يتوفر على المطابقة للقواعد الخاصة والمقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية أثناء عرضه للاستهلاك، فضمان أمن المنتجات هو التزام متعلق بالضمان العام.

وعليه فقد نتج عن التقدم والتطور التكنولوجي أضرار متعددة أخطرها تلك التي تمس بسلامة الأشخاص وتلحق أجسامهم وحياتهم، فكانت نقطة البداية في تغيير المسؤولية المدنية لذلك يصعب الجزم بأن الإنسان حر في ممارسة نشاطاته المختلفة، من دون أن يكون لسلامة أحد في هذه الحرية التي وجب تقييدها عن طريق إبطال شروط إنقاص الضمان أو إسقاطه متى أصاب الطرف الضعيف أضرار على أساس أن حياة الإنسان وسلامة جسمه لا يمكن أن تكون محلا لاتفاقات[4].

وإذا كانت مثل هذه الاتفاقات تعتبر باطلة في إطار المسؤولية التقصيرية لتعلق موادها بالنظام العام فإنها كذلك تعد باطلة في إطار المسؤولية العقدية عندما يكون محلها جسم الإنسان، باعتبار أن

1- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 83-85.

2- جميلة عزيزي " حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2003، ص 22.

3- علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2012، ص 134.

4- كهينة قونان، المرجع السابق، ص146 .

المسؤولية المستخدمة للمنتج عن منتوجاته المعيبة تترتب عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة هذا الأخير الذي يمثل النظام العام في المسؤولية العقدية، وأي شرط يخالف هذا النظام يعتبر باطل بطلان مطلق[1].

غير أن بطلان الاتفاقات مرتبطة بعدم صدور خطأ من المضرور الضعيف وأبرزها الاستعمال الخاطئ للمنتجات أو عدم التحقق من صلاحيتها قبل الاستعمال أو عدم التقيد بالتحذيرات الخاصة بكيفية الوقاية لتجنب أخطاره، ففي حالة إصابة الطرف الضعيف بأضرار نتيجة الرجوع لا يتأسس على صحة شرط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، لأن أساس الضرر مخالفة تلك التعليمات والذي يعتبر في حد ذاته خطأ يعفي المحترف كليا أو جزئيا إذ يعتبر من قبيل السبب الأجنبي[2].

المطلب الثاني

الرقابة اللاحقة لفكرة الإذعان في العقود الاقتصادية

تنبني فكرة العقد شريعة المتعاقدين على أسس ثلاثة، أول هذه الأسس ذو طابع قانوني يتمثل في احترام مبدأ سلطان الإرادة باعتباره الركيزة الأساسية لمختلف التصرفات القانونية وثاني هذه الأسس ذو طابع أخلاقي وديني يتمثل في احترام العهود والمواثيق، وثالث هذه الأسس ذو طابع اجتماعي واقتصادي يترجمه وجوب استقرار المعاملات التي يتحتم أن يسود في كل مجتمع راقي ومنظم.

وباعتبار المبدأ التزام قانوني فهو لا يفرض على المتعاقدين فحسب وإنما يفرض كذلك على القاضي الذي يجب أن يعمل بنوده وكأنه بصدد إعمال نصوص قانونية، ووجوب احترام مضمون العقد وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد، وانطلاقا من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومن فكرة القوة الملزمة للعقد فإن العقد عند إبرامه بالكيفية القانونية الصحيحة فمصيره يؤول إلى الزوال لأنه مؤقت بطبيعته مهما طال الزمن، حيث أنه في الأحوال العادية يزول عن طريق تنفيذ ما تضمنه[3].

غير أنه إذا احتوى العقد على بنود تخل بالتوازن العقدي بين طرفي العقد فهي دلالة واضحة على عدم التقيد بمبادئ العقد عموما، وعلى تجاوز الطرف القوي الحقوق الممنوحة له وعلى إساءة استعمالها واستئثاره بحقوق الطرف الضعيف، مما يجعل تنفيذ العقد المبرم تعترضه صعوبات وعوائق لا دخل للمدين فيها، ومن هذه الصعوبات والعوائق ما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة

1- **نفس** المرجع السابق، ص147.

2- **جابر محجوب**، المرجع السابق، ص 66.

3- **محمد الكشبور**، نظام التعاقد – القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993،ص19.

ومنها ما يجعله مرهقا إرهاق شديد للمدين مما يلزم القيام بتطويعهما بما يتوافق مع الواقع عن طريق حل إشكالات التنفيذ.

الفـرع الأول

ضبـط الإرادة الـتعاقديـة

لإعادة التوازن بين أطراف العقد عند حدوث الظروف التي تؤدي إلى اختلاله فإن القانون تدخل عن طريق إعطاء القاضي سلطات تعد بمثابة الآلية الرقابية التي تمكنه من حماية الطرف الضعيف من سطوة القوي وإضراره بالمصلحة العامة.

ومسألة حماية الطرف الضعيف ماهي إلا سبيل لحماية المجتمع[1] وبذلك فإن المشرع يضمن العدالة العقدية التي توصل إليها الأطراف، فيضمن احترام الشخص لتعهده إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فضلا على عدالة الإنصاف والتي تعني احترام القاعدة القانونية[2].

أولا: الظروف الطارئة

إن العقد طبقا للقواعد العامة إذا توافرت أركانه وشروط صحته ولم يثبت عيب يفسد إرادة المتعاقدين فقد انعقد العقد صحيح نافذا مرتبا لأثاره، فحسب نص المادة 107 من ق م ج[3] فإن منح المشرع الحرية في إبرام العقد كاف لأن يحقق العدالة والتوازن العقدي بين مصالحهم، وإن حصل أن وقع اختلال أو تفاوت فإنه تطبق نظرية الاستغلال كأصل عام ونظرية الغبن كحل خاص لإعادة التوازن المفقود، أما إذا حصل هذا الاختلال أثناء مرحلة تنفيذه فيتم تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه إلا إذا اصطدم العقد بموانع تجعل تنفيذه مرهقا، فيتدخل القاضي إستثناءا لرفع هذا الاختلال ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لإعادة التوازن المفقود وهو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة[4].

1- ليلى جمعي، ضمان العيوب والتوازن العقدي في قانون حماية المستهلك، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 22 وهران، 2014، ص267.

2- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013/2012، ص 27.

3- **"" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ""**.

4- عليان عدة، المرجع السابق، ص 247.

تفترض نظرية الظروف الطارئة عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال وأن ظروف اقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا حدوثه[1]، وبهذا يكون الهدف من النظرية إعادة التوازن في حالة اختلاله أثناء مرحلة التنفيذ.

وفي هذا الخصوص تتشابه نظرية الظروف الطارئة مع نظرية الاستغلال في إعادة التوازن بين المتعاقدين، غير أنهما يختلفان من حيث أن نظرية الظروف الطارئة تعيد التوازن نتيجة حادث غير متوقع، بينما نظرية الاستغلال تعيد التوازن نتيجة استغلال طرف قوي في العقد لطرف ضعيف[2].

1-شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تنص المادة 107 فقرة 03 "" **غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عامة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**"".

يتضح أن القانون من خلال النص أنه لإعمال نظرية الظروف الطارئة ان يتأكد من توفر ثلاثة شروط:

- **أن يكون العقد متراخي التنفيذ:**

بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على هذا الشرط إلا أن وجوده أمر يقتضيه منطق النظرية فلما قامت على أساس حدوث طارئ مفاجئ أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى جعل الالتزام مرهقا ويتهدد بخسارة فادحة للمدين، فإن هذا يعني أن مجال تطبيق النظرية تكون ضمن العقود التي يتراخى تنفيذها إما لطبيعة العقد ذاته كعقود التوريد لأن تنفيذها يتم بصورة دورية، أو كعقود الإيجار ذات التنفيذ المستمر، وكذلك العقود ذات التنفيذ المؤجل.

غير أنه إذا تراخى تنفيذ العقد بخطأ من المدين فإنه يتحمل تبعة تقصيره ولا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما لا يجوز إعمال هذه النظرية على العقود الاحتمالية لأنها تقوم على احتمال وقوع الكسب والخسارة[3].

1- خلدون عيشة، الملحق بين متطلبات تعديل الصفقة وضرورة ترشيد النفقات، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد02 جامعة شلف، 2020، ص1417.

2- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 108.

3- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 111.

- **حدوث حادث استثنائي ليس في الوسع توقعه:**

هو حادث غير مألوف ويفترض وقوع أمر لم تكن احتمالات وقوعه واردة في تفكير المتعاقدين عند إبرام العقد دون أن يكون للمدين يد في ذلك، فمنها ما هو مادي كمختلف الظواهر الطبيعية التي لا دخل للإنسان في إثارتها كالفيضان، والوباء والزلزال[1]، ومنها ما هو اقتصادي كتقلبات قيمة العملة أو الزيادة المفرطة أو النقصان المفرط في الأسعار كفرض تسعيرة رسمية، ارتفاع باهض للأسعار أو نزول فاحش فيها.

بل وتوسع الفقهاء للحديث عن أنواع أخرى لم تكن معروفة من قبل كانتشار الإشعاع الذري وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة[2]، ومنها ما هو قانوني كصدور تشريع يحرم تصدير أو استيراد سلعة أو الزيادة أو النقصان في رسومها الجمركية، ومنها ما هو إداري كنزع الملكية لأجل المنفعة العامة ومنها ما هو إنساني كسرقة مخزون أو حرب[3]

ويشترط في الحادث الطارئ المفاجئ أن يكون عاما يمس كافة الناس بمعنى لا يقتصر على شخص معين فعلى الأقل يمس فئة منهم، كما يشترط أن يكون غير متوقع ويترتب على ذلك عدم استطاعة دفعه أو تحاشيه، فإذا كان بالإمكان توقع مثل هذا الطارئ فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[4].

- **أن يصبح تنفيذالالتزام مرهقا:**

يشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيل فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن الاستحالة إذا كانت راجعة لقوة قاهرة فإنها تؤدي إلى انقضاء الالتزام طبقا لنص المادة 307 من ق م ج ولا يكفي أن يصاب المدين بخسارة عادية مألوفة من جراء حدوث الحادث الاستثنائي لأن هذا القدر من الخسارة يعتبر ما هو من المألوف في التعامل، وإنما يجب أن تكون الخسارة فادحة ولم يعين المشرع مقدار حسابي للإرهاق، وهنا

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 99.

2- عليان عدة، المرجع السابق، ص248.

3- محمد الكشبور، المرجع السابق، ص20.

4- عليان عدة، المرجع السابق، ص 249.

للقاضي السلطة التقديرية الواسعة لتحديد الخسارة من عدمها من خلال اختيار معيار موضوعي[1] بحيث لا يعتد بالشخص المدين وظروفه الخاصة، وإنما يراعي ما يجاوز المألوف من خسارة في التعامل[2].

2-تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق

إن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مسألة تتعلق بالنظام العام الحمائي ولهذا فإنه لا يجوز للمتعاقدين أن يستبعدوا تطبيق أحكام نظرية ظروف الطارئة وإلا كان الاتفاق المخالف لذلك باطلا، لذا منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في الحد من الإرهاق في الالتزام فله أن يختار الطريقة في تعديل الالتزام، من خلال مراعاة ظروف وملابسات الظرف الطارئ آخذا مصلحة الطرفين بعين الاعتبار، فله أن يزيد من الالتزام المقابل للالتزام المرهق على أن لا يعفي المدين إلا من الخسارة الفادحة وإبقاء الخسارة المألوفة مع توزيع الخسارة الغير المألوفة على الطرفين.

كما يمكن أن يعمد القاضي إلى إزالة الإرهاق بإنقاص الالتزامات كإنقاص الثمن ويجوز للقاضي وقف تنفيذ العقد ريثما ينتهي الحادث الطارئ خصوصا إذا كان سيزول سريعا، وبأن لا يتضرر الدائن من جراء وقف التنفيذ[3]، كما يمكن فسخ العقد إذا افتقد لكل الحلول السابقة باعتباره أنسب وسيلة لرفع الإرهاق[4].

وبهذا الخصوص تعتبر **جائحة كورونا كوفيد 19** المستجد أمرا جديدا على دول العالم كافة إذ لم يسبق لها مواجهة هذه الأحداث من قبل إلا في ظل الحروب ظهرت انعكاساته على مستويات مختلفة اجتماعية واقتصادية وصحية، وبالتالي اتخذت العديد من البلدان إجراءات تكاد تكون مشابهة وموحدة تمثلت في إغلاق الحدود والحجر المنزلي لمواطنيها خوفا من انتشار هذا الوباء الذي حصد أرواحا بشرية بآلاف في دول متقدمة صحيا واقتصاديا.

كما أن هذه العدوى تخطت الجانب الصحي وأترث على الجانب الاقتصادي فقرار الإغلاق الكلي أو الجزئي أدى إلى أزمة اقتصادية في عدد من النشاطات الاقتصادية كقطاع الساحة والنقل والطيران وغيرها من القطاعات التي تأثرت بصورة سلبية، وبالمقابل هناك قطاعات اقتصادية ازداد رواجها واستفادت من الأزمة كقطاعات صناعات المطهرات والمعقمات وشركات الأدوية وطلبات التوصيل.

1- في هذا الصدد هناك معيارين لتقدير الإرهاق، فإما أن يقدر في ظل ثروة المدين، وهذا معيار ذاتي وإما أن يقدر في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين، وهذا معيار موضوعي والذي يبدو أنه المعيار الواجب الأخذ به.....

*** عليان عدة، المرجع السابق، ص 249.**

2- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص112.

3- عليان عدة، المرجع السابق، ص 250.

4- مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص85.

وفي نطاق الأنشطة التي تأثرت سلبا جراء انتشار الجائحة[1] جعلت الوفاء بالالتزامات التعاقدية صعبة أو مستحيلة وأدت لنقص السيولة المالية ومشاكل بتوفير الخدمات، وهذا ما سيؤدي إلى نزاعات قد تنشأ بين الأطراف المتعاقدة[2] وخاصة في عقود النقل بسبب الآثار التي خلفها فيروس كورونا، ومنها التأخير أو صعوبة التسليم من قبل الناقل لشيء في الأجل المتفق عليها أو تعذر التسليم أصلا.

فاعتبرت عدد من الدول فيروس كورونا المستجد بمثابة قوة قاهرة حيث تم وصفها صورة من صور السبب الأجنبي الذي بدوره ينفي علاقة السببية بين الضرر الذي لحق بالمضرور وبين فعل المدين وباعتبارها حادث خارجي لا يمكن توقعه من قبل المدين[3].

ثانيا: الشرط الجزائي

قد تمارس سلطة تشبه سلطة القاضي من خلال اتفاق المتعاقدان في العقد الأصلي أو اتفاق لاحق على تقدير مبلغ التعويض والذي يستحق إذا لم يقم المدين بتنفيذ ما عليه، وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي[4] في شكل تعويض محدد مقدما في العقد بطريقة خرافية كجزاء عن إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدي.

ويكون القصد منه استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبئ إثبات الضرر، فالشرط الجزائي صورة حقيقة لممارسة الحرية التعاقدية باعتباره شرطا ضامنا لتنفيذ العقد، وهو ما يمكن المتعاقد القوي من استغلال قوته الاقتصادية للمغالاة من المبلغ المشروط.

غير أن الحرية التعاقدية لا تحقق حتما العدالة العقدية لذا وجب أن لا تكون هذه الشروط غير مراقبة لاحتمال أن تكون تعسفية، إذا ما هدد المدين بفسخ العقد ولو كان عدم تنفيذه طفيفا أو عدم التناسب بين التعويض وحجم الضرر الواقع.

فلتحقيق التوازن يجب وضع في الميزان المصلحة الفردية للدائن الذي يرغب في التحلل من العلاقة العقدية والمصلحة العامة التي تؤيد بقاء العقد[5]، ولاستحقاق التعويض كجزاء لشرط الجزائي

1- زيد كمال أحمد المومني، آثار جائحة كورونا على عقود العمل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2021، ص01.

2-**Marie caroline vincent-Legoux**, » l'ordre public étude de droit comparé interne,01ere édition, presses universitaires de France,paris,2001,p114.

3- علي شهاب أحمد، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة وأثرها على التزامات الناقل للشيء في عقد نقل ضمن قانون النقل العراقي، مجلة كلية القلم، العدد24، جامعة كركوك، 2020، ص 205.

4- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص203.

[5]**مندي آسيا يسمينة**، المرجع السابق، ص98.

المتفق عليه في العقد ينص القانون الجزائري على شروط استحقاقه، وهي نفس شروط استحقاق التعويض والمتمثلة في الخطأ والضرر والإعذار[1].

1-الخطأ:

إن مصدر الخطأ هو الإخلال بالعقد بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال من المدين، إذ يتمثل في عدم القيام بتنفيذ الالتزام بشكل كلي أو جزئي أو تنفيذ معيب أو حتى التنفيذ المتأخر مما يوجب التعويض الاتفاقي.

2-الضرر:

هو شرط ضروري لاستحقاق التعويض بهدف جبر الضرر الذي لحق المتعاقد من جراء أذى أو خسارة مالية، فلو انعدم الضرر فلا مجال لإعماله حيث تنص المادة 184 القانون المدني على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، وفي حالة وقوعه فإن الدائن يعفى إثباته ويقع على المدين إثبات عكس ذلك إذا ادعي أن الدائن لم يلحقه ضرر على أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بالتنفيذ المتفق عليه في العقد، فإذا انتفت رابطة السببية لقيام السبب الأجنبي لا يقوم التعويض.

3- الإعذار:

يمكن القول أن للشرط الجزائي وظيفة تعويضية إذا كانت قيمته مساوية للضرر الواقع وقد تكون له وظيفة جزائية إذا فاقت قيمته حجم الضرر[2]، فالشرط الجزائي استنادا لما سبق هو تعويض اتفاقي لمواجهة الإخلال بالالتزام التعاقدي يتفق عليه الأطراف كأحد بنود العقد إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

ويلتزم به الشخص الذي أخل بالتزامه قبل المتعاقد الأخر ويكون هذا الإخلال في عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التراخي في تنفيذه على غير النحو المتفق عليه مما يسبب ضررا للمتعاقد الأخر، فهو اتفاق على تعويض عن ضرر محتمل الوقوع[3] لا يستحق إلا بعد إنذار المدين بحيث لابد من توجيه إنذار في حالة الإخلال بالتزامات التعاقدية [4].

ولإعمال الشرط الجزائي لابد من وقوع الخطأ الذي يتسبب في الضرر للطرف الأخر فإذا انتفى الضرر انتفى التعويض مع قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، أي أن يكون الخطأ هو الذي أحدث الضرر والضرر نتيجة الخطأ، فضلا عن إعذار المدين كشرط آخر لاستحقاق الشرط الجزائي.

1- أحالت المادة 183 ق م ج إلى المادتين 176 المتعلقة بالتنفيذ عن طريق التعويض والمادة 181 تتعلق بالإعذار.

2- **حليس لخضر**، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، المرجع السابق، ص203.

3- **فؤاد محمود معوض**، المرجع السابق، ص 307 .

4- **منذر الفضل**، المرجع السابق، ص442- 444.

وقد يصل التعويض المفروض من قبل احد المتعاقدين على آخر درجة من الغلو بشكل لا تتناسب مع الضرر الواقع بحيث يكون تعويض مبالغ فيه، وهنا يتدخل القاضي لإعادة التوازن بين العاقدين برد التعويض للحد المعقول والقدر الملائم[1].

ولما لاحظ المشرع الجزائري التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة فيه تدخل حماية للمتعاقد الضعيف، لتفادي الجزاءات المبالغ فيها والتي لا تتناسب مع حجم الضرر من خلال تقليص المبلغ المحدد في الشرط الجزائي حتى يتناسب مع التنفيذ الجزئي للالتزام، فالمهم من إنقاص الشرط أو زيادته ضرورة تناسبه مع الضرر الناتج عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي[2]، طبقا للمادة 184 من ق م ج ""**.....يجوز للقاضي خفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو إن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه...**"".

فمن جهة يتدخل القاضي في تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب لمقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن إذا كان المدين قد نفذ الالتزام الأصلي في جزء وتخلف عن تنفيذ البعض الأخر[3]، أو إذا اثبت المدين أن كان تقدير التعويض مبالغا فيه، ومن جهة أخرى سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيم[4] طبقا لنص المادة 185 من ق م ج.

ويبقى الحل العادل لتحقيق توازن العلاقة التعاقدية وعدم خرق قانون المتعاقدين أن القاضي لا يبطل الشرط ولكن ينقص فيه بما يتناسب مع الضرر، فيأخذ القاضي في الحسبان عند المراجعة أن الشرط الجزائي هو تهديد مالي لعدم التنفيذ وتعويض كجزاء.

ومن خلال ما سبق فإن اهتمام المشرع بالشروط الجزائية جاء لإصلاح ما أفسدته الحرية العقدية، وعلى هذا الأساس يبقى الشرط الجزائي يحتفظ بالطابع الاتفاقي مالم يؤدي بطبيعة الحال إلى اختلال التوازن التي تستدعي تدخل القاضي بناء على طلب أحد المتعاقدين، عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد[5].

1- **فؤاد محمود معوض**، المرجع السابق، ص325 .

2- **مندي آسيا يسمينة**، المرجع السابق، ص101.

3- **المادة 184** من ق م ج.

4- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص266.

5- **حليس لخضر**، الإرادة بين الحرية والتقييد، المرجع السابق، ص204.

وبخصوص تنفيذ الاتفاق والوفاء به فإنه يتحدد بموجب الاتفاق غير أن القاضي استثناء من ذلك قد ينظر المدين حسن النية إلى أجل للوفاء بدينه، كلما استدعت ظروف المدين كحالة تعذر على بيع عقار أو منقول على أن لا تلحق الدائن خسارة من جراء التأجيل.

وعلى عكس القانون الفرنسي الذي منح للقضاة حق المراجعة التلقائية ومن تم اعتبارها وكأنها غير مكتوبة ما يجعلها كافية لمحو أثار التعسف، بخلاف المشرع الجزائري الذي جعل من تلك الحماية ناقصة[1] لعدم المراجعة التلقائية، ولتخفيض ذلك يتطلب القيام برفع دعوى وما تتطلبه من إجراءات، فضلا على المصاريف القضائية مما يؤدي إلى تثبيط همم المستهلكين وعزوفهم عن اجتياز هذا الطريق[2].

الفرع الثاني

إعادة التوازن العقدي

الأصل أن يكون طرفي التعاقد على قدم المساواة وأن تتحقق لهما الحرية الكاملة في مناقشة بنود العقد لكن قد يحدث وأن ينفرد أحد الطرفين بما له من قوة اقتصادية ويفرض على الطرف الأخر شروط، فلا يكون أمام الأخير إلا قبول التعاقد على هذا النحو أو رفض التعاقد مطلقا لكن ليس له أن يناقش هذا ما يسمى التعاقد بطريق الإذعان، أي خضوع الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية للطرف الأخر القوي

والقبول فيه يتحقق بموافقة الطرف الضعيف على الشروط أو على النماذج التي فرضها الطرف القوي، ونظرا لهذه الخصوصية فقد حاولت التشريعات منها التشريع الجزائري التخفيف من غلوها عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها[3].

فيتدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية وكذا تفسير مضمون العقدغير أنه لا يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه وإنما تتأتى بناء على طلب الطرف الضعيف في طلب تفسير الحكم على ضوء الواقع والقانون [4] فيكون له أن يعدله، وإلا أن يلغيه لتعلق ذلك بالنظام العام وهذا تبناه المشرع في العديد من النصوص[5].

1- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص268.

2- **مولود بغدادي**، المرجع السابق،ص82 .

3- **أمجد محمد منصور**، المرجع السابق، ص76.

4- **حمدي باشا عمر**، إشكالات التنفيذ وفق للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص22.

5- **محمدي فريدة**، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص29.

أولا: تفسير العقد

إن التفسير ضربا من ضروب إعادة التوازن يقوم به القاضي للوقوف على حقيقة العبارات والألفاظ التي صيغت بها العقود، وتؤدي عملية التفسير في كثير من الأحيان إلى تعديل العقد طالما شاب ألفاظ العقد التشويش والغموض باعتباره اهم وسيلة لتنظيم العلاقة القانونية المتفق عليها بين أطرافه، فإذا حصل خلاف حول المقصود من العبارات المدرجة في العقد، وجب على الطرف الذي يطعن في محتوى العقد اللجوء للقضاء لإزالة الغموض عن طريق تفسيره وهو ما يعرف بتأويل العقد[1].

ولتوضيحها يجب تفسير إرادة المتعاقدين من خلال نصوص وشروط العقد القائم بينهما وهذا التفسير له قواعد يجب إتباعها من قبل القاضي، لتقف على حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان، فحسب نص المادة 111 من ق م ج "" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها، عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات**"".

وحسب المادة 112"" **يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن**""،

وباستقراء النصين فإن الأمر لا يخلو من ثلاث فروض:

- **حالة وضوح العبارة**، إذ لا يجوز الانحراف عن عبارات العقد الواضحة عن طريق التفسير او التأويل.
- **حالة غموض العبارة**، وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل وأمانة والثقة وعرف التعامل.
- **حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين**، وهنا يصب تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة، وتجدر الإشارة إلى أن دور القاضي يتقلص في تفسير شروط العقد الواضح وبالمقابل يتسع مجال تدخله في تفسير شروط العقد الغامضة والمبهمة.

فالإرادة التي يتوصل إليها القاضي إرادة مفترضة لأن القاضي يستخلصها في ضوء الظروف والملابسات المحددة قانونا، فتمكنه من تفسير العبارة الغامضة واستعادة الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ويعتبر التفسير بمثابة قيد على الإرادة لأن القاضي لا يأخذ بما يريده صاحب الإرادة

1- معوش رضا، المرجع السابق، ص100.

وإنما بما توصل إليه عن طريق معايير ترشده في تقديراته المختلفة، بغية تحقيق الاستقرار للمعاملات من دون إهدار للعدالة العقدية[1].

1-شروط العقد الواضحة:

حالة وضوح العبارة المستعملة في صياغة العقد المتنازع حول طابعه التعسفي وليس فيها لبس أو غموض أو محل للتأويل هو الأمر الذي يقلص من سلطة القاضي التقديرية بحيث لا يجوز الانحراف عن العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل، وإلا كان القاضي مخالفا لقاعدة قانونية من قواعد تفسير العقد تستوجب نقض الحكم[2].

فحسب نص المادة 111 من ق م ج "" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها.....**""، فيدل النص دلالة واضحة على أنه إذا وردت عبارات العقد بشكل واضح وليس فيها لبس أو غموض أو محل لتأويل فلا يجوز الانحراف عنها، فكلما تضمن العقد مثل هذه شروط فإنه على القاضي الالتزام بمعاني العقد الواضحة دون محاولة تفسيرها، لأن العبارة الواضحة كافية للكشف عن ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين إذ يلتزم القاضي بالحكم الذي ارتضاه الطرفان، وإلا كان القاضي مخالف لقاعدة قانونية من قواعد التفسير تستوجب نقض الحكم.

غير أن الملاحظ أن هناك حالات استثنائية تمكن من الخروج عن القاعدة العامة في منع القاضي من تفسير الشرط الواضح، وهي الحالات التي ينشأ فيها تناقض من العبارات الواضحة في العقد والإرادة الحقيقية، خصوصا عندما يستخدم المتعاقدين ألفاظ وعبارات لا تدل على حقيقة ما قصد إليه الطرفين في هذه الحالة يكون للقاضي ألا يأخذ بالمعنى الواضح ويبحث عن المعنى الحقيقي، وهو الشيء الذي أعاد للقاضي دوره الإيجابي في التفسيرفيقوم بتنفيذ اللفظ الواضح وينحرف عن معناه الظاهر دون تحريف المعنى[3] بتوفر شرطين:

- هو أن يفترض القاضي بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عن غيره من المعاني إلا أذا قام أمامه ما يبرر ذلك.
- إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني وجب عليه تبيين في حكمه أسباب العدول التي تبرر ذلك[4].

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص298.

2- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 137.

3- مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص114.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 602.

2-الشروط الغامضة:

إن مبدأ سلطان الإرادة يفسح مجالا للقاضي بالاضطلاع على العقود اضطلاع اكثر إيجابية لتفسير العبارات الغامضة في العقود، والتي تتضمن شروط تعسفية لا ينتبه إليها المتعاقد الأخر لتحريرها المسبق، فالإرادة المشتركة للمتعاقدين تغيب أحيانا بسبب انفراد أحد المتعاقدين بإملاء إرادته على الطرف الضعيف بإيراد شروط تحتمل أكثر من معنى، فقد يرجع لإيراد شرط خاص غامض وناقص وقد ترجع إلى التناقض بين الشروط المختلفة كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين.

فحالة غموض العبارة وهي الحالة التي تحتاج إلى توضيح ذلك أن الألفاظ التي استخدمت تحتمل التأويل أو أنها لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر، فهنا يوجب على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ [1] مما يسمح بسلطة تقديرية واسعة يتعين فيها اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الإبهام والغموض الذي يكتنف العقود ليس وليد الصدفة أو لرعونة بل هو وضع متعمد من طرف المحترف القوي لتحايل على المتعاقد الأخر، من أجل التعاقد دون تخوف من ردة الطرف الأخر، لأنه يعلم أنه سيذعن ويقبل هذه الشروط في أي صورة كانت الأمر الذي يستدعي تدخل القضاء لتفسير شروط العقد وإظهار النية الحقيقية للطرفين.

3-طرق تدخل القاضي لتوضيح العقد:

حالة وضوح العبارة يتاح فيها للقاضي حلين أولهما إذا كانت عبارة العقد واضحة وتكشف المقصود الحقيقي للمتعاقدين، فلا يجوز الانحراف عنها ويبقى العقد على حاله لأنه في الأصل أن العقد يحوي عبارات واضحة للعاقدين، و بالتالي لا حاجة لاستخدام العناصر المخصصة للكشف عن الإرادة.

أما الحل الثاني فرغم وضوح عبارات العقد الا أن قصد العاقدين ينصرف إلى معنى آخر غير المعنى الوارد في العقد، فهنا يعتد القاضي بالقصد الحقيقي دون الوقوف عند المعنى الحرفي في العقد على أن يتحمل عبئ إثبات هذا القصد مبررا بذلك أسباب انحرافه عن المعنى اللفظي الوارد في العقد مع إيضاح كيفية التوصل إلى استخلاص المعنى الذي قصده الطرفان[3] من خلال تغليب الإرادة الباطنة، لأنها تدل على حقيقة ما قصده المتعاقدين خصوصا عندما تكون عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى.

1- **خليل أحسن قدادة**، المرجع السابق، ص138.

2- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص86.

3- **فؤاد محمود معوض**، المرجع السابق، ص186

وفي هذا الإطار فإن القاضي يستهدي بعدة عوامل لإيجاد التفسير الصحيح والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العبارات الغير الواضحة، وهذه العوامل قد تكون داخلية من العقد وقد تكون خارجية عن العقد [1].

- **العوامل الداخلية:** هي عوامل تنير الطريق للقاضي في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وصولا للتفسير الصحيح:

- **طبيعة التعامل**: في حالة ما تكون عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى فعلى القاضي ترجيح المعنى الذي يتفق وطبيعة التعامل، لأن المتعاقدان في مثل هذه الحالة يكونان قد تركا العقد يخضع للأحكام والقواعد التي تفتضيها طبيعة العقد، مالم يصرحا بخلاف ذلك فعلى سبيل المثال اشتراط رد المعير الشيء المستعير في عارية الاستعمال، فإن ذلك يفسر على أنه في حالة هلاك الشيء يرد مثله لا دفع التعويض.

- **الأمانة والثقة:** يستهدي القاضي على النية المشتركة للمتعاقدين فيما يوجبه القانون من الأمانة والثقة بين المتعاقدين، فإذا وجد خطأ في التعبير أو لبس لكن أحد المتعاقدين استطاع أن يتبين ذلك اللبس فواجب الأمانة يقضي على المتعاقد ألا يستغل ماوقع من إبهام في التعبير مادام قد استطاع أن يتبينذلك ويفهمه على حقيقته[2].

وهناك عوامل تفيد القاضي في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين كأن تفسر عبارات العقد بعضها ببعض فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، كأن تكون إحدى العبارات ذات صياغة مطلقة ولكن توجد عبارة أخرى تخصص المطلق فيؤخذ بالتخصيص، وليس بإطلاق العبارة أو ترد إحدى العبارات أصلا.

- **العوامل الخارجية:** في حالة غموض عبارة العقد فإن أحد أهم العوامل الخارجية في تفسير العقد العرف الجاري في المعاملات، وبهذا يلتزم القاضي بتفسير العقد وصولا للنية المشتركة للمتعاقدين بالعرف الجاري في المعاملات ذلك أن المسائل التي ينظمها العرف تفترض علم ورضا مسبق في تفسير إرادتهما، وإلا كانا قد صرحا بمخالفتها.

3- **حالة الشك:** هي الحالة التي يصعب فيها الترجيح بين الاحتمالات المختلفة للعبارة الغامضة على أن الشك يفسر لمصلحته بوصفه الطرف الضعيف، ويسعى المشرع لحمايته يستفيد المدين عموما من هذه

1- أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 87.

2- **خليل أحمد حسن قدادة**، المرجع السابق، ص .139 .

القاعدة بالنظر لشروط العقد، وقد إستثنى المشرع حالة الطرف المذعن في عقود الإذعان حيث نص على أن التفسير يكون لمصلحته سواء كان دائن أو مدين[1] ذلك أن الأصل في الإنسان البراءة وأن اليقين لا يزول بالشك.

إن قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدين تفترض أن الطرف الأخر من العقد هو يحوز من الوسائل ما يمكنه من فرض شروط على المذعن عند التعاقد، وبما أنه أقوى العاقدين فإن التزام المذعن هو استثناء من الأصل- براءة الذمة- فإذا أملا شروط مبهمة، فإن الشك يحوم حوله ويتحمل تبعة خطأه وتقصيره باعتباره المتسبب في الغموض[2].

تبرر هذه القاعدة أن الأصل براءة ذمة المدين من أي التزام إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك فإذا قام شك في التزام ذمة المدين فوجب الرجوع لهذه القاعدة، والأخذ في الاعتبار مصلحتهم أن القواعد العامة تقضي بأن الدائن يزيل هذا الشك لصالح المدين ويثبت الالتزام[3].

فإذا عجز الدائن عن تقديم ما يثبت التزام المدين أو أن الأدلة المقدمة غير كافية في نظر القاضي فإنه يجب أن يحكم لصالح المدين[4]، إلا أن المادة 1/112 قد أوردت استثناء بأن يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدين لافتراض تحميل المتعاقد الأخر شروط غامضة باعتباره أقوى العاقدين[5] خلافا للأصل أن الشك يفسر لصالح الطرف المدين[6].

وعليه إذا كانت عقود الإذعان تتضمن شروطا مجحفة بأحد الطرفين فإن القاضي يعمل قواعد العدالة ويفسر الشرط لصالح الطرف المذعن أو الضعيف في العلاقة العقدية، وعند قيام القاضي بمهمة التفسير فإنه يحاول الوقوف على الشروط التي تتصف بالإذعان وذلك من طبيعة العقد ذاته، ويبحث عن الالتزامات المتقابلة حتى يصل إلى إسباغ وصف الإذعان على العقد خاصة وأن العقد لا يتضمن عبارة أنه عقد إذعان أو شرط إذعان، فإذا اهتدى القاضي عن طريق التفسير إلى أنه أمام عقد

1- **فؤاد محمود معوض**، المرجع السابق، ص 188

2- **فؤاد محمود معوض**، المرجع السابق، ص 77.

3- **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 103.

4- **خليل أحمد حسن** قدادة، المرجع السابق، ص 140.

5- **مندي آسيا يسمينة**، المرجع السابق، ص117 .

6- **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص264.

إذعان فإنه يفسره لصالح الطرف الضعيف وهو ما يمثل قيدا على الطرف الآخر الذي أملى شروط العقد[1].

ثانيا: تعديل العقد

استنادا للقواعد العامة بالنسبة للعقود فإن القاضي يقتصر دوره على تفسيرها إلا أن المشرع اعترف بسلطة استثنائية للقاضي خروجا على القاعدة العامة، إذ حرص المشرع على معالجة العقد بحكم خاص يعتبر استثناء من الأصل الوارد في المادة 106 من التقنين المدني القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وما تقتضيه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغاؤه وذلك احتراما لإرادة المتعاقدين، إذ بموجب باستقراء نص المادة 110[2]، فإن القاضي يستطيع تعديل شروط العقد إذا تبين أنها تعسفية بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين وتوفير الحماية، غير أن هذا التدخل في تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد لا يتأتى إلا بناء على طلب الطرف الضعيف إذ لا يجوز أن يتصدى لها من تلقاء نفسه[3]عملا بقاعدة حياد القاضي[4]، وتبرير ذلك أن توسع القاضي في حماية الطرف الضعيف يؤدي إلى التحكم واضطراب المعاملات وعدم استقرارها، بالإضافة إلى خروج القضاء بحلول متعددة للمسألة الواحدة لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف.

ولتعديل العقد قد تكون هذه الشروط إما الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض نظير الخدمة المقدمة ما يجعلها شروط جوهرية يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية، فتكون وسيلة التعديل[5] أنسب وسيلة لرفع الضر، أو قد يتعلق التعديل بالإنقاص عن طريق إزالة الشرط التعسفي تحقيقا لتوازن في الآداءات المتبادلة لأن الشرط التعسفي يشكل صورة من صور الغبن، فيقوم القاضي

1- رحمون عامر، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد09، جامعة الجلفة، 2018، ص160-161.

2- المادة 110من ق.م والتي تنص إذا تم العقد بطريق 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،

3- مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 106.

4- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص 89.

5- تجدر الإشارة إلى أن التفسير يؤدي إلى تعديل العقد، ويظهر ذلك جليا في الحالات التي يتم فيها التعديل بطريق التفسير باستخدام القاضي لأدوات معينة يستعين بها للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بحيث يستحيل حمل التفسير على هذه الإرادة المشتركة والقاضي يقرر ذلك من خلال تفسيره لعبارات العقد وشروطه فيلحقه بعقد من العقود المسماه أو العقود القريبة منها دون أن يقف عند تكييف المتعاقدين للعقد، ومن خلال هذه العملية فكثيرا ما يتوصل القاضي إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة التفسير وهو ما يدفعنا للقول بأن التعديل عن طريق التفسير ، يعتبرا قيدا على مبدأ الحرية العقدية طالما أنه لا يتم دائما إعمالا للإرادة المشتركة لهما

* **فؤاد محمود معوض**، المرجع السابق، ص191-195.

بتعديل على أن تعديل لا يتم على أساس الطعن بالغبن والاستغلال، وإنما يستند إلى الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد[1].

المبحث الثاني

مواجهة اختلالات التوازن العقدي الاقتصادي وفق القواعد الخاصة

في ظل قصور مقتضيات القواعد العامة عن توفير الحماية الكافية لمواجهة كل الممارسات ظهرت الحاجة إلى وجود نصوص قانونية خاصة تكفل الحماية القانونية[2]، وتهدف إلى الحفاظ على المضمون العقدي دون المساس بمصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فإن الجزاء هو صمام الأمان لأي نظام قانوني إذ يحفظ للأنظمة القانونية بقاءها وهو الذي يصون ديمومتها واستمراريتها، فجل التشريعات رصدت عقوبات ردع لكل من يضمن في العقود التي يتولى تحريرها شروط تخل بالتوازن العقدي.

وفي هذا السياق قد رتب المشرع الجزائري عن إدراج شروط تعسفية المنصوص عليها سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة بالممارسات التعاقدية، جزاءات من شأنها محاربة الإخلال بالتوازن العقدي، الجزاء المدني **المطلب الأول** فضلا على الاعتماد على نظام القائمة لمحاربة اختلال توازن العقد فيتم ضبط الجزاءات المترتبة عن إدراج هذه الشروط في العقود.

إضافة إلى ذلك قد قرر المشرع عقوبات جزائية على المخالفين للنصوص القانونية بعيدا عن السلطات الجوازية التقليدية الممنوحة للقاضي في نطاق عقود الإذعان **المطلب الثاني.**

المطلب الأول

الجزاء المدني لإعادة التوازن العقدي الاقتصادي

يشترط في العقد أن يكون واضح الشروط ودقيق في معاني الكلمات ليتجنب الغموض في تفسير كلماته، لأن النزاع ينشأ أساسا حول التعويضات وما إذا كان معنى كلمة معينة في الوثيقة يغطي الخسارة أم يستثنيها[3]، ولذلك فإن الجزاء قد يتخذ صورة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، والتعويض إن كان هناك ضرر يبرره.

1-حميد بن شينتي،سلطة القاضي في تعديل العقد،رسالة دكتوراه، كليةالحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1990، ص 46-47.

2- برابح يمينة، مدى صلاحية القواعد التقليدية في قانون العقوبات للتطبيق على جرائم الكمبيوتر (جريمة السرقة نموذجا)، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي أحمد زبانة، 2015، ص 118.

3- نبيل محمد مختار، إعادة التأمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 08.

تدعيما لما ورد سابقا لمحاربة اختلال التوازن العقدي نتيجة الفقدان العنيف للتوازنات الاقتصادية[1]، فقد حدد المشرع قدر الإمكان الوسائل والآليات القانونية التي تمكن القاضي من البث في الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي من خلال الرقابة التشريعية عن طريق وضع قوائم محددة لهذه الشروط، فقد خصص المشرع الجزائري قائمتين الأولى قائمة بالشروط المحظورة بقوة القانون تحت مصطلح القائمة السوداء ،بحيث تعتبر الشروط الواردة فيها باطلة بقوة القانون لا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، ويظهر ذلك من خلال استقراء نص المادة 29 من قانون 04-02، والمادة 05 من قانون 06-306.

وأخرى خاضعة لتقدير القاضي تحت مصطلح القائمة الرمادية يخول فيها للقاضي السلطة التقديرية لإبطالها أو عدم إبطالها بالنظر لتلاءم مع بعض المعايير التي يحددها القانون للشرط التعسفي[2]، محاولا بذلك قدر الإمكان تحديد الوسائل والآليات القانونية التي تمكن القاضي من البث في العقود المتنازع فيها، بين المحترف والطرف المذعن مستهدفا بالأولوية تفادي إبطال العقد من خلال منحه صلاحية التدخل التلقائي في حالة تبوث بطلان شروط العقد بقوة القانون، فضلا عن منحه السلطة التقديرية للتصريح بالطابع التعسفي لشروط متى تبث عدم ورودها في القوائم التي قررها المشرع.

الفـرع الأول

الشروط المحظورة بقوة القانون - القائمة السوداء -

قام المشرع الجزائري بإيراد قائمة من الشروط بموجب القانون 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية من المرسوم التنفيذي وهو ما يسهل عبئ الإثبات فليس أمام الطرف المذعن إلا إثبات أن الشرط ورد ضمن القائمة، فالشروط المدرجة في القائمة السوداء لا يملك القاضي إزاءها أي سلطة تقديرية لتقرير بطلانها إذ ليس له إلا التصريح ببطلانها فيمنع العمل بها دون النظر إلى الشروط الأخرى على أساس أنها شروط تعسفية بقوة القانون.

وعلى ذلك فهذه الشروط من النظام العام يترتب عليها البطلان المطلق وهذا البطلان يلزم القاضي والمحترف على السواء. إضافة إلى حق الغير كجمعيات حماية الطرف الضعيف والقاضي يكون أثناءها

1- عبدالله قادية، الصندوق الوطني للتأمين على البطالة من التأمين إلى التشغيل، مجلة الراشدية،العدد07، معسكر، 2010، ص184.

2- شملت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة والتي تنص عليها المادة 10 من القانون الألماني أما النوع الثاني هو الذي يعبر عنها بالقائمة الرمادية وتمثل عشرة أصناف تم ذكرها في المادة 11 من القانون الألماني.

* **بغدادي مولود**، هامش رقم 04، ص104.

خاضعا لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن الفصل فيها مسألة قانونية بحتة لا تتعلق بالوقائع[1]. لذا فهو ملزم بالتصريح ببطلانها مع بقاء العقد صحيح أو تعديله متى رأى القاضي إمكانية ذلك[2].

لم ينص المشرع على الجزاء المدني الذي يمكن إعماله في حالة إخلال بالتوازن العقدي فمن خلال استقراء نص المادة من قانون 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306، فإن الشروط الواردة في القوائم التشريعية باطلة بقوة القانون من خلال استعمال مصطلح المنع الوارد في المادة 30 من قانون 04-02 "" **بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية**""[3].

فيعتبر هذا الجزاء ضبط قانوني مسبق لشروط التي تضر بمصالح الطرف الضعيف والتي يطلق على تسميتها بالقوائم السوداء، والتي لا يملك القاضي إزاءها أي سلطة تقديرية لتقرير بطلانها فهو نظام موضوعي ينظر إلى الشرط ولا ينظر إلى شخصية أو نفسية المتعاقدين بغض النظر عن حسن أو سوء النية الطرف القوي، فبمجرد أن ترد الشروط الواردة من ضمن القائمتين الواردتين في المادة 29 من قانون 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306، ليس له إلا التصريح ببطلانها باعتبارها شروط محظورة بقوة القانون لأنها من النظام العام.

وماعدا نص المادة 30 من القانون 04-02 لا يوجد ما ينص على الجزاء المدني الذي تقرره القواعد العامة، ويرجع الأمر في نظر البعض إلى إحالة الجزاء المدني للقواعد العامة وخصوصياتها إلى المادة 110 من القانون المدني والتي تنص"" **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 تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**"".

غير أن الملاحظ من استقراء نص المادة 29 من قانون 04-02 والتي أوردت قائمة من الشروط التي لا يملك القاضي إزاءها أي سلطة تقديرية، بينما تنص المادة 110 من القانون المدني فإن القاضي

1- معوش رضا، المرجع السابق، ص111.

2- عنتري بوزار شهيناز، التعسف في العقود، مذكرة ماجستير، ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 72.

3- إن اختلال التوازن الظاهر نص المادة 30 يوحي بالحذف المادي لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية من نماذج العقود، ولا يشمل كل الشروط التعسفية الواردة فيه من خلال لفظ "" بعض الشروط" الواردة ضمن المادة، إلا أن نية المشرع انصرفت إلى أن روابط العقد ليست كلها تعسفية، ويمنع العمل بالشروط ذات الطابع التعسفي فقط مما يوحي بأن صياغة المادة خانت المشرع في التعبير عن مقصوده في طريقة المنع، وكان الأجدر أن تكون الصياغة على النحو التالي "" وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود بالشروط التي تعتبر تعسفية""

* **بغدادي مولود**، المرجع السابق، 116.

يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع له، كما أن سلطته في ذلك حسب نص القانون هي جوازيه وليست وجوبية فيجوز لقاضي الموضوع ألا يستعمل سلطته بالرغم من وجود الشرط التعسفي في عقد الإذعان[1].

أولا: القائمة المنصوص عليها في قانون 04-02

لقد تضمنت المادة 29 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية النص على ثمانية شروط اعتبرتها تعسفية إلا أن هذه الشروط اقترنت بعبارة **لاسيما** وهو ما يفيد وجود شروط أخرى ضمنيا، وهو ما يظهر توسيع مجال حماية الطرف الضعيف تجاه الأشخاص التي يمكن أن يتعاقد معه، كما أن هذه الشروط الواردة في المادة 29 لا تمنح له السلطة التقديرية بشأن طابعها التعسفي[2] وهذه الشروط المذكورة تتوزع حسب موقعها في العلاقة العقدية من حيث تكوين العقد وتنفيذه وأثاره.

1-الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

تعتبر مرحلة تكوين العقد من أخطر المراحل التي يمر بها الطرف الضعيف لأنه بمجرد انضمامه للمحترف يصبح مذعن لكل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد، ويصبح ملزما بصفة نهائية اتجاهه لذا تم النص على شرطين تعسفيين يتعلقان بمرحلة تكوين العقد وهما:

- **استفادة العون الاقتصادي من حقوق للمستهلك**

إذ تنص المادة 29على أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو مماثلة معترف بها للطرف الضعيف، فأراد المشرع من خلال ابطال هذا الشرط القضاء على القانون الذي ينشئ مبدا الحرية التعاقدية وذلك بفرض تماثل الحصول على الحقوق والامتيازات بالنسبة للطرف الضعيف، فهو لا يسمح للمحترف الحصول على مزايا على حساب المتعاقد الأضعف، وفي هذا تظهر رغبة المشرع في اعادة توازن المفقود للعقد الا ان ما يعاب عليه انه لم يحدد معيار لقياس معدل التماثل بين الطرفين[3].

- **استفادة العون الاقتصادي من آجال في التنفيذ**

لقد فرضت المادة 29 من قانون 04-02 التزامات فورية على المتعاقد الضعيف في العقود في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى اراد، وبالتالي كل شرط يتحمل بموجبه المذعن التزامات فورية في حين ان تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المحترف متروكة لمحض تقديره يعتبر شرطا تعسفيا [4].

1- **بغدادي مولود**، المرجع السابق،ص117.

2- **أحمد يحياوي سليمة**، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص44.

3- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص107.

4- **بغدادي مولود**، المرجع السابق، ص108.

2- الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد

لقد أوردت مادة 29 من قانون 04-02 أربعة شروط تعسفية، متعلقة بمرحلة تنفيذ العقد ضمن الفقرات 3،4،5،7 .

- **احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحية تحديد عناصر العقد:**

حسب الفقرة 4 29 "" **امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية، أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك** "" فاعتبر المشرع الشرط الذي مضمونه السماح للمحترف بتعديل عناصر العقد شرطا تعسفيا يعفي المستهلك من إثبات طابعه التعسفي، وهو ما يتوافق والقواعد العامة التي تمنع أي تعديل انفرادي للعقد أو حتى نقضه طبقا لا حكام المادة 106 عن ق م .

- **انفراد العون الاقتصادي بصلاحية تفسير العقد :**

لقد نصت المادة 29 بالتفرد بحق تفسير شرط او عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ القرار المثبت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، ولهذا فكل شرط مضمونه السماح للمحترف بتفسير شروط العقد يعتبر تعسفيا، وهو ما ينطبق ونص المادة 111 من ق م ج والتي لا تجيز تفسير عبارات العقد متى كانت واضحة، وما التفسير إلا استثناء إذا كانت العبارات الغامضة والأمر فيها متروك للقاضي وليس لأحد المتعاقدين ويكون في ذلك ملزما بنص المادة 112 من القانون المدني بحيث لا يكون التفسير ضارا لمصلحة الطرف المذعن.

- **إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته :**

وهو شرط منافي لمبدأ الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وهو ما يجعل كل شرط مضمونه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف والأحوال، مع امتناع المحترف عن تنفيذ ما التزم به فيعتبر شرط تعسفي مخالف للعدالة ومخالف للقوة الملزمة للعقد.

- **انفراد العون الاقتصادي بتفسير الآجال :**

يعتبر التسليم أهم التزام يتحمله البائع فيغتنم فرصة انفراده بتحرير العقد فيضع شروط غير عادلة تسهل له إمكانية تنفيذ التزامه، سواء فيما يتعلق بموعد التسليم أو بمكان التسليم وتكاليفه وطبقا لذلك، فلا يحق للمحترف التفرد بتغيير الآجال الخاصة بتسليم المنتج أو تنفيذ الخدمة [1].

1- تنص المادة 29 الفقرة الثامنة من قانون 02/04 السابق الذكر، ""على التفرد بتغيير آجال تسليم منتج وآجال تنفيذ الخدمة "".

3-الشروط المتعلقة بانحلال العقد:

طبقا لنص المادة 29 من قانون 04-02 فانه يشترط شرطين:

- **حرمان المستهلك من حق الفسخ :**

يعتبر الشرط الذي يحرم المستهلك من حقه في فسخ العقد في حالة إخلال المحترف بالتزاماته شرط تعسفي[1].

- **تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية :**

إن تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية في حالة امتناعه عن الخضوع للشروط التعاقدية الغير المتكافئة هو شرط تعسفي طبقا لنص المادة 29 الفقرة 09 من قانون 04-29 .

ثانيا: الشروط الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306

إلى جانب الشروط المنصوص عليها في قانون 04-02 وبهدف حماية مصالح الطرف المذعن وحقوقه، لقد اصدر المشرع الجزائري مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المتضمن قائمة باثني عشر شرطا تعسفيا سوف نحاول توزيعها حسب موقعها في العقد من تكوين وانعقاد و آثار.

1-الشروط المتعلقة بتكوين العقد

لقد نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 على شرطين بخصوص تكوين العقد ضمن الفقرة الثانية والسابعة.

- **تقليص عناصر العقد الأساسية:**

حسب نص المادة 05 فإنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بتقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة[2] في المادتين 2،3، فيعتبر تعسفا كل شرط مضمونه الإنقاص من العناصر الأساسية التي تتعلق بنص المادة الثالثة من مرسوم 06-306[3] .

- **فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد:**

قد أضفى المشرع الطابع التعسفي لبعض الشروط المدرجة في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، فيعتبر الشرط الرامي إلى إذعان الطرف الضعيف لشروط التعاقدية لم يكن على علم بها لحظة انعقاد العقد.

1- المادة 29 ،الفقرة 7 من قانون 02/04، السابق الذكر.

2- **محمد الهيني**، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التامين البري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، المغرب، 2006، ص145.

3- المديرية الجهوية للتجارة، دليل البنود التعسفية، دليل البنود التعسفية، باتنة، 2019،ص 05.

2- الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد

لقد أشارت المادة 05 ضمن الفقرات الثالثة والخامسة، الثامنة والسابعة، العاشرة والحادية عشر، الثانية عشر والثالثة عشر.

- تنص الفقرة الثالثة في المادة 05 على الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض الطرف الضعيف، حيث يعتبر تعسفيا الشرط الذي مضمونه احتفاظ المحترف بحق تعديل العقد مقيدا بعدم دفع تعويض، وبمفهوم المخالفة فإن الشرط المتعلق بتعديل العقد لا يعتبر تعسفيا إذا تم دفع تعويض[1].
- جاء في الفقرة الخامسة من المادة 05 "" **التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك في حالة عدم تنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الغير الصحيح لواجباته**"" وباستقراء النص فإنه يتضمن أن الشرط لا يعتبر تعسفيا إلا إذا تخلى العون الاقتصادي عن مسؤوليته ولم يقم بدفع أي تعويض، وأن تقوم مسؤولية العون الاقتصادي متى أخل بتنفيذ التزامات وذلك بالامتناع عن التنفيذ كله أو القيام بتنفيذ الجزئي، أو التنفيذ بشكل معيب أو إذا كان في ير الآجال المتفق عليها.
- طبقا للفقرة الثامنة من المادة05 فإن المشرع اعتبر غياب المقابل في التصريح بالطابع التعسفي .
- تنص الفقرة التاسعة من المادة 05 على إلزامية تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل الطرف الضعيف في حالة عدم تنفيذ واجباته التعاقدية شرطا تعسفيا طالما لم يعترف بنفس الحق له في حالة امتناع العون الاقتصادي عن تنفيذ واجباته[2].
- نصت الفقرة العاشرة من المادة 05 على فرض واجبات غير مبررة على المتعاقد الضعيف وهو مايعني زيادة فرض واجبات إضافية على عاتقه، وهو ما يتنافى والقواعد العامة التي تقضي عدم تحميل شخص التزامات لم تتجه إرادته الحرة إلى تحملها، غير أن إضافة المشرع لكلمة غير مبررة يفهم أنه إذا كانت الواجبات مبررة فإن الطابع التعسفي للشرط يزول.
- نصت الفقرة الحادي عشر من المادة 05 على إلزام الطرف الضعيف بدفع تعويض ومصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري دون أن يمنحه نفس الحق "" **لذا أقر المشرع بالطابع التعسفي للشرط**

1- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص120.

2- المادة 05 "" الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة عن طريق المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بنسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بنسخه"".

الذي مضمونه أحقية العون الاقتصادي إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المترتبة عن التنفيذ الجبري من دون أن يملك المستهلك نفس الحق""[1].

- تنص الفقرة الثانية عشر من المادة 05 على إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته أو استفادته من حقوق، حيث جاء في مضمونها "" **يعفي نفسه من الواجبات المترتبة ممارسة نشاطاته""[2].**
- وحسب الفقرة الثالثة عشر فإن المستهلك يتحمل عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته فكل من الفقرة 12-13 وجهان لعملة واحدة إذ يتضمن أحدهما الآخر، ذلك أن إعفاء العون الاقتصادي من التزاماته المترتبة عن ممارسة نشاطه، فإن هذا يعني بالضرورة تحمل الطرف الضعيف لتلك الالتزامات، وبعكس الفقرة الثالثة عشر فإن تحمل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعتبر من صميم مسؤولية العون الاقتصادي تعني بالضرورة إعفاء العون الاقتصادي منها.

3- الشرط التعسفي المتعلق بانحلال العقد:

نص المادة 05 في الفقرة الرابعة على عدم السماح للطرف الضعيف في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع التعويض، ومضمون هذا الشرط حرمان المتعاقد الضعيف من حقه في الفسخ بسبب قوة قاهرة إلا بعد تعويض يلتزم بدفعه للعون الاقتصادي.

و بالتالي فهو شرط باطل طبقا للقواعد العامة التي تجعل العقد منفسخا متى وقعت قوة قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيل[3].

5-الشروط المتعلقة بممارسة الحقوق القضائية:

حسب نص الفقرة 06 من المادة 05 فإنه يبطل كل شرط يتجلى مضمونه في تخلي الطرف الضعيف عن لجوء لأي وسيلة طعن، أو حرمانه من استعمال حقه المشروع في التقاضي في حالة خلافه مع العون الاقتصادي ولو باتفاق الأطراف.

1- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص114.

2- **أحمد يحياوي سليمة**، المرجع السابق ، ص45.

3- **المادة 121** من قانون المدني 58/75 المتضمن القانون المدني السابق الذكر.

الفرع الثاني

الشروط الخاضعة لتقدير القاضي - القائمة الرمادية -

إن الشروط المدرجة في القائمة الرمادية هي حالة لا تجيز للقاضي إثارة الطابع التعسفي للشرط إلا إذا دفع بذلك الطرف المذعن صاحب المصلحة باعتباره الطرف المضرور لأن الشروط مذكورة على سبيل المثال لا الحصر.

وبهذا الخصوص يستعين القاضي لتقدير الطابع التعسفي بالعديد من المعايير كالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ومعيار الاختلال الظاهر بتوازن العقد وهو ما يتطلب من القاضي مراعاة بنود العقد في شموليتها، والظروف المحيطة بزمن إبرام العقد والشروط التي يتطلبها عقد آخر مرتبط بالعقد محل النزاع.

وبهذا فحق الإلغاء أو التعديل يبقى خالصا للقاضي وللطرف المذعن المضرور فهو بطلان نسبي يتماشى ومصلحته، لكونه يبقي العقد قائما وبالتالي يحقق استفادة الطرف الضعيف من السلعة أو الخدمة محل التعاقد، بعكس البطلان المطلق الذي يؤدي إلى الحرمان من السلعة أو الخدمة محل العقد الباطل[1].

فإذا ورد شرط واحد أو أكثر من شروط العقد التي لم يأتي ذكرها ضمن القوائم القانونية الواردة في المادتين 29 من قانون 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 في هذه الحالة لا يمكن للقاضي إثارة الطابع التعسفي للشرط، إلا إذا دفع بذلك المذعن باعتباره الطرف المضرور صاحب المصلحة.

إن تقييد سلطة القاضي في إثارة الطابع التعسفي للشروط التي لم يرد ذكرها في القوائم القانونية ترجع إلى المصطلحات التي استخدمها المشرع الجزائري في صياغة المواد المتعلقة بقوائم الشروط التعسفية أين استعمل مصطلح ""**لاسيما**""، مما يدل دلالة قاطعة على أن الشروط التي آتى ذكرها مسبقا في القوائم كانت على سبيل المثال لا الحصر ولتقدير الطابع التعسفي يستعين القاضي بجملة من المعايير والتي تم الحديث عنها مسبقا.

إن التمييز بين الشروط الباطلة بقوة القانون وتلك التي يخضع تقديرها لسلطة، أمر في غاية الأهمية ذلك أن الأولى باطلة بطلان مطلق بقوة القانون، وهو ما يلزم أطراف العقد على حد السواء كما أن حق المطالبة بالبطلان مقرر لأطراف العقد إضافة إلى الغير.

1- معوش رضا، المرجع السابق، ص112.

فهذا البطلان بطلان نسبي يتماشى ومصلحة الطرف الضعيف نظرا لكونه يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما مما يحقق استفادة المستهلك من السلعة أو الخدمة محل التعاقد، بخلاف البطلان المطلق الذي تنعكس آثاره سلبا على هذا الأخير، فيؤدي إلى حرمانه من السلعة أو الخدمة محل العقد الباطل.

وعليه فإن أهم مايميز قواعد النظام العام الحمائي هو الجزاء الصارم الذي تفرضه على كل من يخالف أحكامها، وإنما يصل إلى حد توقيع عقوبات جزائية على الطرف المخالف، فقد حدد القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي06-306 قائمة للشروط التي يجب اعتبارها تعسفية[1].

ولقد نص المشرع على إمكانية الأشخاص المضرورين أو كل من له مصلحة في التأسيس كطرف مدني لأجل المطالبة بالتعويض، عن الضرر الذي يرتبه الشرط التعسفي بموجب نص المادة 65 من القانون 04-02 التي تنص ""..... **كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوي للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم**""[2]،

إن المشرع من خلال القانون رقم 04-02 لم يحدد الجزاء المدني للشروط التعسفية ومن تم فإن تطبيق القاعدة العامة الواردة في نص المادة 110 من ق.م تحتمل رأيين:

- **رأى الجانب الأول:**

عدم جواز تطبيق نص المادة 110 ذلك أن سكوت المشرع في قانون 04-02 لم يقصد به تطبيق المادة 110 كجزاء للشروط التعسفية ذلك أن القائمة الواردة بموجب قانون 04-02 لا يملك القاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 ق.م بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي أو الإبقاء عليه أو الإعفاء منه.

فضلا على أن تدخل القاضي وفق هذا النص مسألة جوازية لا وجوبية بالإضافة إلى أن النقص الوارد في قانون 04-02، هو نقص يكتمل بالنص على بطلان الشروط التعسفية وبقاء العقد صحيحا[3].

- **الجانب الثاني فيرى:**

أنه يصح تطبيق المادة 110 ق.م باعتبارها قاعدة عامة على العقود المبرمة بين الطرف الضعيف والعون الاقتصادي إذا تم بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية كجزاء على الشروط التعسفية، ذلك أن وجود قانون خاص لا يمنع من الرجوع إلى النص العام في حالة السكوت أو الفراغ القانوني.

1- أقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص268.

2- عليان عدة، المرجع السابق، ص 311.

3- عليان عدة، المرجع السابق، ص312.

وعليه فإن معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان يعتبر من صميم النظام العام الحمائي وليس التوجيهي، ذلك أن الأول هو الذي يهدف إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا ويكون البطلان النسبي جزاء له، أما الثاني فيهدف إلى تنظيم الاقتصاد الوطني وحماية المبادئ والمصالح العليا لدولة ويكون البطلان المطلق هو الجزاء المناسب له[1] مما يجعل فكرة النظام العام قيدا على حرية التعاقد[2].

فالبطلان المناسب كجزاء للشروط التعسفية هو البطلان النسبي بحيث يتدخل القاضي بإلغاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن عنه مع الإبقاء على العقد، إلا إذا كان هذا الشرط التعسفي شرطا مؤثرا في بقاء العقد كأن يكون هو الدافع على التعاقد، فهنا يبطل العقد برمته لتخلف الباعث الدافع على التعاقد الذي يعد ركنا في العقد[3].

وعليه وبغرض تحقيق الحماية الفعلية وتدارك النقص الذي شملته نصوص وقواعد القانون المدني، رأى المشرع ضرورة إيجاد وسائل وتقنيات جديدة من شأنها القضاء على الممارسات التي تخل بالتوازن العقدي، فتضمنت قوانين الحماية من الإخلال بالتوازن العقدي قوائم تحدد الشروط التي تعتبر تعسفية كأسلوب تنظيمي يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية التقدير العملي.

المطلب الثاني

الجزاء الجنائي المقرر في إطار العقود الاقتصادية

لا غرو أنه وبعد التطور الاقتصادي[4] مع ما واكبه من انتشار الجرائم الاقتصادية بشكل مطلق أصبح من اللازم التفكير في إيجاد نظرية عامة من شأنها زجر التصرفات الغير المشروعة، التي من شأنها

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص301

2- خراز محمد صالح، المفهوم القانوني لفكرة النظام العام، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، العدد09، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي الجزائر، 2018، ص25.

3- عليان عدة، المرجع السابق، ص 316.

4- عرف **التطور الاقتصادي** الحديث تحولات اقتصادية حديثة كظهور العقود الذكية، تكنولوجيا الاتصال والإعلام، البيع على ارضية افتراضية، مسألة تحديد المسؤولية في السيارة ذاتية القيادة، إخضاع التجارة لقواعد الاقتصاد تحديد الدولة للمنافسة والأسعار، ضبط المنافسة ومنع الاحتكار، رقابة القيم المنقولة مسعرة بالبورصة أي رقابة سوق المال، وفي ذلك تكريس لمبدأ دستوري حرية التجارة والاقتصاد، الذي يكرس تدخل الدولة في ضبط السوق والأسعار، مما سمح لها فرض إرادتها في تنظيم السوق وتعليق ممارسة بعض النشاطات التجارية بترخيص منها مسبق تحت طائلة البطلان، وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلا أن الترخيص يتخذ عدة تسميات كالاعتماد الرخصة، التأشيرة، الإذن وهو مرهون بالمصلحة العامة للمجتمع التي لها مدلول قانوني، سياسي، اقتصادي اجتماعي فالإدارة مكلفة بتكييف النفع العام والصالح العام للمجتمع، فلا يجوز إبرام بعض التصرفات إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة.

* **بوراس لطيفة**، المرجع السابق، ص 06.

تقوية دعائم الاقتصاد والائتمان والثقة المفروضة تواجدها بين أطراف العلاقة الاقتصادية – رجل أعمال، التاجر، العامل، المستهلك، المحترف....[1] .

فإضافة إلى الجزاء المدني المقرر والذي يتخذ صورة تعديل الشروط التعسفية وإعفاء الطرف المذعن منها والتعويض إن كان هناك ما يبرره، فإن هدف المشرع في استرجاع التوازن العقدي يقتضي التوسيع في سلطة القاضي[2] لتمتد إلى تخويله سلطة توقيع الجزاء العقابي من أجل رفع الاختلال الغير المشروع الواقع على الطرف الضعيف من قبل المحترفين[3].

وذلك بتقرير عقوبات ذات طابع عام **الفرع الأول** متى تبث أن الممارسة تشكل جريمة من جرائم الممارسات التجارية الخاصة بإدراج شروط تعسفية بمفهوم قانون 04-02، وذلك إعمالا لمبدأ الشرعية المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون العقوبات[4] **لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون**، وأخرى قررها في حالة العود في صورة عقوبات تبعية **الفرع الثاني.**

الفرع الأول

العقوبات العامة

لقد تولى المشرع الجزائري النص على الجزاء العقابي متى تبث أن الممارسة تشكل جريمة من جرائم الممارسات التجارية الخاصة بإدراج شروط تعسفية بمفهوم قانون 04-02، وذلك إعمالا لمبدأ الشرعية المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون العقوبات **لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون** للشروط المذكورة ضمن القائمة التي جاء بها القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية.

وكذا المرسوم التنفيذي 06-306 وتم النص على الغرامة كعقوبة أصلية ضمن المادة 38 من قانون 04-02 كما تعهد بمتابعة المخالفات الموظفين الإداريين والتي حددت صفتهم المادة 49 من قانون 04-02، لقد جاء في نص المادة 38 من قانون 4-02 على أنه **"" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26،27،28،29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بالغرامة من خمسين ألف دينار(50.000 إلى خمسة ملاين دينار(5.000.000 د.ج""**.

1- العربي مياد، المرجع السابق، ص301.

2- **ربيعة ناصيري**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد1، جامعة مستغانم ،2021، ص130.

3- **صبايحي ربيعة**، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمة للبحث القانوني، العدد04، بجاية، 2015 ص09.

4- **أمر رقم 66-155** المؤرخ في 08جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات ،ج ر، عدد49، الصادرة في 11جوان1966، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-01 ، ج رعدد07، المنشورة بتاريخ 14 فيفري2014.

كما نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي 06-306 على أنه "" **تتم العقوبات المترتبة أحكام المادة 05 من هذا القانون، والتي تتضمن النص على الشروط التعسفية طبقا للقانون 02/04**""

وباستقراء النصوص السابق ذكرها نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بالغرامة كجزاء وحيد على مخالفة أحكام الفصل الرابع المتعلق بالممارسات التجارية الغير النزيهة، والفصل الخامس المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية، إلى جانب مخالفة أحكام الفصل الأول المتعلق بالإعلام بالأسعار والتعريفات.

إن التركيز على الغرامة كجزاء على الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي تعتبر وسيلة ردع فعالة في مواجهة المحترف، ولهذا حدد المشرع الحد الأقصى إلى مبلغ خمسة ملايين دينار وهو مبلغ من شأنه حمل المحترف إلى الإسراع بحذف الشروط التي تخل بالتوازن العقدي على غرار ماتم ذكره في المادة 29 من القانون 04-02، أو التي جاءت في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 أو التي توصي به لجنة البنود التعسفية تطبيقا للفقرة الثانية من المادة07 من المرسوم التنفيذي 06-306.

فضلا على ما سبق ذكره فإن التطور الاقتصادي وما نجم عنه من تركيز الأموال لدى الشركات الاحتكارية أفرز بعض التصرفات من تلاعب بالعملات والعقود الوهمية إذ تظهر بشكل واضح عمليات النصب في المجال العقاري والتأميني، كتكوين شركات وهمية بإيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو إيهام بحصول أرباح أو اتخاذ اسم كاذب وصفة غير صحيحة، فضلا على استعمال الغش والخداع في المعاملات[1].

ويختص الأعوان التابعون لهيئة مراقبين الأسعار لإثبات المخالفات وتعتبر جريمة النصب والاحتيال المجال الخصب لذلك، لما لها من علاقة في استعمال الاحتيال لإيقاع الشخص في الغلط بأساليب خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة فاعتماد عقوبة النصب لحماية المذعن يفيد الرغبة في الإصباغ على العلاقة التعاقدية صبغة النظام العام الاقتصادي[2].

وهو ما يجعل من الغرامة المسلطة تعتبر مبلغ زهيد مقارنة مع حجم النشاط والعائدات التي يتحصل عليها المحترفون، وهو ما يشجعهم على التعمد في تضمين الشروط التعسفية والتي تخل بالعقود المبرمة أمام إدراكهم المسبق أن الجزاء لا يعدو أن يكون عقوبة مالية ضئيلة مقارنة بحجم الأرباح المحصل عليها، ما يعني أنه من الأهمية إدراج عقوبة سالبة للحرية باعتبارها عقوبة أصلية وفقا لقانون العقوبات إلى جانب العقوبة المالية.

1- **ربيعة ناصيري، المرجع السابق، ص 132.**

2- **العربي مياد**، المرجع السابق، ص 626-628.

الفرع الثاني

العقوبات الاستثنائية

إلى جانب الغرامة المالية التي تعتبر كقاعدة عامة عقوبة أصلية بخصوص الجرائم المتعلقة بالشروط التعسفية، فقد حاول المشرع الجزائري إقرار عقوبات تبعية في حالة العود وذلك في الفصل الثاني من القانون رقم 04-02 الذي جاء بعنوان **عقوبات أخرى**، وتعتبر استثنائية لأن المشرع لم يقررها إلا إذا تعلق الأمر بحالة العود عكس الغرامة التي اعتبرناها أصلية لأنها تتقرر في جميع الأحوال وغير مرتبطة بالعود[1].

لقد جاء النص على العقوبات الاستثنائية في القانون رقم 04-02 وذلك بموجب المادة 47 منه التي عالجت مسألة العود أين قررت إجراء الغلق الإداري الذي يمكن اللجوء إليه نظرا لما سببته الشروط المخلة بالتوازن العقدي، فمتى ثبت للمكلفين بمتابعة المخالفات المنصوص عليها رقم 04-02 ظرف العود في جانب المحترف وجب عليهم اتخاذ الإجراءات الوقائية أمام الجهات المختصة إقليميا والمتمثلة في الوالي بصفته سلطة ضبط إداري.

إن صياغة المادة 47 من قانون 0402 جاءت عامة لاستعمال المشرع عبارة **"" حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون""** وهو ما يوحي إلى رغبة المشرع الجزائري من التوسيع من دائرة اللجوء إلى آلية الغلق الإداري، وإلى جانب الغلق الإداري فقد اعتمد المشرع وسائل استثنائية أخرى لمعاقبة المحترفين المعتادين على تضمين في عقودهم المبرمة شروطا مخلة بالتوازن العقدي، فتم إقرار المنع المؤقت والشطب حيث نص المشرع على أنه في حالة العود تضاعف العقوبة مع إمكانية المنع من مزاولة أي نشاط اقتصادي لمدة تصل إلى عشرة سنوات[2].

الفصل الثاني

الآليات الهيكلية للرقابة على عقود الإذعان الاقتصادية

إن التطور الاقتصادي والتكنولوجي قد ألقيا بظلالهما على الفكر القانوني لاسيما في مجال العقود والتقدم الصناعي والتكنولوجي، هذا التطور قد أثر في المبادئ التعاقدية التي استقر عليها الفقه والقانون والتي تبلورت في ظل مبدأ سلطان الإرادة فتعرضت لعدة تغيرات لاسيما في مجال الحرية التعاقدية، والمفاوضات والمنافسة بين أطراف العقد.

1- صبايحي ربيعة، المرجع السابق، ص12.

2- معوش رضا، المرجع السابق، ص 116-117.

مما قاد إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية الذي انعكس على ظهور الشروط التعسفية وحالات الإذعان في العقود الاقتصادية باعتبارها عقود نموذجية محررة مسبقا وبصفة انفرادية، والتي تخضع لإذعان الطرف الضعيف ورضوخه دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها.

إن هذا الخلل أدى إلى توافر صفة الإذعان غير أن هذه التحديات الاقتصادية أصبحت ظاهرة لا يمكن غض الطرف عن معالجتها فاستلزمت توافر الحماية القانونية للأطراف الضعيفة بشكل ينسجم مع المنهجية السائدة، والتي تسلب مختلف اوجه اختلال التوازن العقدي إذ تعتبر الحماية صمام أمان كبير لتحقيق التوازن بين هيمنة وسطوة الأقوياء وبين حاجة وضعف المذعنين.

ففي مقابل ما يحظى به المحترف من خبرة ونفوذ اقتصادي تؤهله بأن يكون على دراية وإطلاع بمزايا التقدم العلمي مما يجعله في مركز قوة كان لابد من إحاطة الطرف الضعيف بضمانات قانونية تتفق مع طبيعة العقد الاقتصادي وتضمن الحفاظ على توازنه[1].

إن هذه الحماية التي قررها المشرع تنبع من حرص المشرع على مراعاة مصالح الأطراف الضعيفة ويمكن أن تصاغ هذه الحماية للطرف المذعن من خلال الحد من الاختلالات العقدية وهي لا تقف عند رقابة القضاء بل قد أضاف القانون تدبير آخر من خلال تعاظم الدور النقابي والاتحادات والجمعيات المدافعة عن حقوق أفرادها، والتي ساهمت بشكل أو بآخر بالحد من نفوذ الأقوياء اقتصاديا. ، ذلك أن خضوع الطرف الضعيف وعدم القدرة على المنافسة يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة السابق ذكرها في العقود الاقتصادية المنطوية على الإذعان[2].

المبحث الأول

الأجهزة الإدارية المخولة بالرقابة في العقود الاقتصادية

لحق مفهوم العقد وتكوينه مجموعة من التغيرات الجذرية فأصبحت المصلحة الاقتصادية المؤشر والموجه للمعاملة القانونية، وبالرغم من تنظيم المشرع لنصوص الحامية لمصلحة الطرف الضعيف إلا أننا نجد أن هذه النصوص يطبعها البساطة وعدم القدرة على مواكبة ما استجد.

---

[1] **جامع مليكة**، حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد1، جامعة غرداية،2020، ص451.

2- **الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية دراسة مقارنة-،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد02،جامعة باتنة، 2014، ص101.

فالطرف الضعيف بحاجة ماسة إلى نص قانوني يجمع بين الفعالية القانونية وتحقيق النتيجة الواقعية التي من اجلها أبرم العقد[1]، وكان هذا التدخل لتحقيق أغراض تتعلق بالنظام العام الحمائي الاقتصادي أمام تنوع الأنشطة الاقتصادية مع ارتفاع عدد المتعاملين الاقتصاديين.

مما فرضت الضرورة إلى وضع نظام رقابي فعال دقيق ودائم على العقود الاقتصادية باعتبارها المحرك الأساسي تحقيقا للمساواة الفعلية في المراكز العقدية، وإضفاء الشفافية وتجنب المعاملات التعسفية إذ أصبح مفهوم الرقابة لا يقتصر على الجزاء والعقاب، وإنما يسعى إلى التوجيه والإرشاد بغرض حماية الاقتصاد الوطني.

المطلب الأول

لجنــة الــبنــود الــتعسفيــة

ارتأى المشرع بحرص شديد وعلى وجه الخصوص بتفويض مراقبة البنود وحماية الطرف المذعن للجنة خاصة تعرف بلجنة البنود التعسفية[2]، وهي عبارة عن تنظيم قانوني لدعم حماية مصالحه من اعتداء المحترفين كتقنية جديدة تشكل ضغط معنويا على المحترفين فضلا عن دورها في حماية المتعاقد الضعيف تعمل اللجنة في مجال خاص في التعرف على العقود التي تعتبر تعسفية[3] والمتمثلة في عقود الإذعان بجميع أشكالها التي يتعامل معها المتعاقدون الاقتصاديون في علاقاتهم مع الأطراف الضعيفة.

الــفــرع الأول

مفهوم لجنـة البنود التعسفيـة

لجنة البنود التعسفية جهاز استشاري مختص بإصدار توصيات بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يدرجها المحترفون في عقودهم الاقتصادية، تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، والتي تنص على "" **تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري، وتدعى في صلب النص لجنة** "".

تقوم لجنة البنود التعسفية بمهمة البحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود الاقتصادية طبقا لنص المادة 07 من المرسوم السابق الذكر"" **تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية:**

1- **سارة عبد الصمد**، المرجع السابق، ص07.

2- تم إنشاء اللجنة بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، ج.ر.ع 07 المنشورة بتاريخ 10 فيفري 2008 والتي تم تنصيبها بتاريخ 27 نوفمبر 2017.

3- المديرية **الجهوية للتجارة**، المرجع السابق، ص09.

تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود باتجاه المستهلكين، يمكن مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها"".

فلجنة الشروط التعسفية[1]. هي جهاز إداري استشاري تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة لا يتمتع بالاستقلالية إلا أن هذه التبعية تنفي اعتبارها سلطة من سلطات الإدارية المستقلة[2]، أما في فرنسا فقد تأسست هذه اللجنة بتاريخ 10-01-1978 وثم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات، من الشروط التعسفية حيث تجنب فيه المشرع تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التي يراها تعسفية وجعلها من مهام اللجنة.

الفرع الثاني

تكوين لجنة البنود التعسفية لمباشرة اختصاصاتها

تعتبر رقابة لجنة البنود التعسفية بجانب الرقابة الإدارية أسلوب تنظيمي قانوني لمواجهة الإخلال العقدي أوجده المشرع لدعم الحماية المرجوة لمصالح الطرف الضعيف المعرضة للاعتداء من جانب المحترف، والذي يرتبطون معه بعقود اقتصادية يغلب عليها طابع الإذعان.

أولا: شروط تكوين لجنة البنود التعسفية

يتم تشكيل لجنة البنود التعسفية حسب ما تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، على تكوين لجنة البنود التعسفية **والتي** تم تعديلها تشكيلتها طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 08/44[3] فإن المادة 08 منه تنص على **"" تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كمايلي:**

- **ممثلان (2) عن الوزيرالمكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية**
- **ممثلان (2) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود**
- **ممثلان (2)عن مجلس المنافسة**

1- نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السابق الذكر.

2- **بوشارب إيمان**، المرجع السابق، ص114.

3- **المرسوم التنفيذي** رقم 08/44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 03 فبراير 2008، ج.ر.ع 07 المنشورة بتاريخ 10 فيفري 2008 والتي تم تنصيبها بتاريخ 27 نوفمبر 2017.

- **متعاملان اقتصاديان(2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود**[1]
- **ممثلان (2)عن جمعيات حماية المستهلك مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود**
- **يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أنهيفيدها في أعمالها""**

فتشكيلة اللجنة تشتمل كل أصناف المتعاملين وهو ما يظهر الدور الذي يمكن أن تلعبه اللجنة، وحسب نص المادة 09 من نفس المرسوم على أنه "" **تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية، يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاثة سنوات قابلة لتجديد تنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها**"".

ولكي تؤدي اللجنة مهامها بدون معوقات من المحتم تسييرها من الناحية الإدارية حيث خول المرسوم التنفيذي رقم 06-306 من خلال المادة 06 فقرة 3،4 للجنة الشروط التعسفية، إعداد نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، وهي الصلاحية التي تمنحه إياها المادة 09 فقرة 01 من نفس المرسوم أو من خلال الاجتماعات التي يقوم بها.

تجتمع لجنة البنود التعسفية بصورة دورية فطبقا للمادة 14/13 فإن إدارة الاجتماعات الخاصة باللجنة، تجتمع بدورة عادية مرة كل ثلاثة أشهر باستدعاء من رئيسها، وتجتمع بدورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو نصف أعضائها على الأقل.

ولصحة الانعقاد يشترط حضور نصف الأعضاء على الأقل غير أنه بالرغم من عدم اكتمال النصاب وبعد 08 أيام من استدعاء فردي ثاني لكل أعضاء اللجنة، والمتضمن لتاريخ الاجتماع ومكانه وتوقيت وتحديد جدول أعمال الاجتماع على عكس الدورة العادية فإن آجال الاستدعاءات تكون في أجل 15يوم[2].

ثانيا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية

تقوم لجنة البنود التعسفية بالبحث والتحري لتفسير الشروط التي يجبر المتعاقد الضعيف على قبولها، فإذا ما كان نتاج البحث أن الشروط تحمل صفة التعسف تقوم بإصدار توصية بتعديل الشروط أو إلغائها، فهي تهدف لتحقيق التوازن في العقود الاقتصادية طبقا لنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306 .

1- عليان عدة، المرجع السابق، ص 307.

2- **بغدادي مولود**، المرجع السابق ص 123.

كما قد تصوغ توصيات حول نماذج العقود والعقود المعروضة للإبرام والمحملة بشروط تعسفية تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وكذا المؤسسات المعنية طبقا للمادة 12 من نفس المرسوم بإعداد تقرير نشاط لكل سنة، والمتضمن الدراسات والخبرات والتوصيات التي قامت بها وحسب المادة 11 من المرسوم التنفيذي أنه"" **يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من قبل وزير مكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين، أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك**""[1].

وطبقا للمادة 16 يحضر على أي عضو المشاركة في المداولة عن مسألة تكون له فيها مصلحة أو يكون بين أطرافها درجة قرابة، ويمثل الدور الذي تؤديه لحماية الطرف المذعن هو بمثابة حصن منيع لصالح المتعاقد الضعيف بالضغط على المحترفين، مما يجعلهم يعزفون عن تضمين تلك الشروط في العقود الاقتصادية، وبهذا فقد أسهمت آراءها بدور كبير في الفصل في المنازعات المتعلقة ببحث مدى توفر الشروط التعسفية في العقود[2].

تجدر الإشارة إلى أن توصيات اللجنة ليس لها أي قوة إلزامية فهي ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية فلا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في مجال معالجة الشروط التعسفية وتوقع جزاءات على المخالفين، فبموجب المادة 12 من المرسوم اعتبرها المشرع مجرد لجنة ذات طابع استشاري تصدر قرارات في شكل توصيات وآراء ترفع في شكل تقارير إلى الوزير المكلف بالتجارة.

ومن ثم فهذه اللجنة لا تدخل ضمن الهيئات الإدارية المستقلة التي أنشئها المشرع لغرض ضبط السوق والمعاملات التجارية فيه، ومع ذلك فلها دور إيجابي وفعال في دراسة نماذج العقود المعروضة من خلال دراسة نظام الشروط وطريقة صياغتها وطباعتها تنويرا لرضا الطرف الضعيف.

فضلا على ما تشكله من ضغط على المحترفين بتوسيع قائمة الشروط التعسفية إذ يمكن اعتبار دورها دور تحريضيا خاصة إذا وجدت له دعاية واسعة[3]، خصوصا وأن النشاطات الاقتصادية في تطور مستمر مما يشهد مجموعة من الشروط لم تكن مألوفة من قبل فلجنة البنود التعسفية تعتبر وسيلة تمكن المشرع من مراقبة ما يجري على مستوى النشاط الاقتصادي من تعاقدات واشتراطات، وترشد تقاريرها القاضي في تقدير الطابع التعسفي.

1- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص122.

2- **إبراهيم عبد العزيز داود**، المرجع السابق، ص148.

3- **سي الطيب محمد أمين**، المرجع السابق، ص 129.

المطلب الثاني

أجهزة الدولة المكلفة بالرقابة على العقود

ان التطور الحاصل[1] جعل الرقابة الوسيلة القانونية الفعالة لضمان الالتزام بالحدود في مواجهة القوة الاقتصادية التي تكتسح أهم العقود إذ تعتبر من أنجع الأنظمة التي ينجر من ورائها عملية المتابعة المستمرة لمختلف الأنشطة، والظروف المحيطة بهدف منع حدوث أو اكتشاف الأخطاء والعمل على تصحيحها تفاديا لتكرارها في المستقبل، فهي مجموعة الأنشطة المحددة والتي تستخدم بهدف التأكد من أن العقود الاقتصادية تتفق وتتطابق مع تلك المواصفات الموضوعة لها سلفا[2].

إن الدولة بفعل دورها الفعال في الضبط والمراقبة فإنها تحمي الطرف المذعن من والقوة والهيمنة الاقتصادية، من خلال سن نصوص تشريعية بموجب نصوص عامة وخاصة عن طريق تفعيل أجهزة إدارية مختلفة مركزية أو محلية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تتظافر جهودهم لحماية الطرف الضعيف من خلال تقديم الاستشارة، وإبداء الرأي واقتراح توصيات للسلطات العامة وتقييم مدى مطابقة المنتوجات للمقاييس الوطنية المعمول بها.

الفرع الأول

الهيئات المركزية المكلفة بالرقابة

نتيجة لاهتمام المحترفين بالإنتاج السريع لتحقيق الأرباح عمد المشرع على إنشاء عدة أجهزة رقابية، تسهر على ضمان حسن تطبيق القانون والمتمثلة أساسا في الهياكل المركزية لوزارة التجارة والمديريات التابعة لها والهيئات أخرى مكلفة بالرقابة.

أولا: فيما يخص وزارة التجارة والمديريات التابعة لها

يلقى موضوع الرقابة اهتمام العديد من القطاعات في الدولة كالصحة والفلاحة والصناعة إلا أن الدولة فضلا على ذلك جعلت من وزارة التجارة الجهاز الأول والمختص المكلف بحماية المستهلك كطرف ضعيف ومذعن، ولقد تعرض القانون الجزائري لصلاحيات وزير التجارة في المرسوم التنفيذي رقم 02-453[3]، حيث بالرجوع للمادة 05 منه نجد أن صلاحياته في مجال الرقابة وقمع الغش، تتجسد

1- Alexandre Brand, contribution a l'étude de la socialisation du droit des contrats, thèse de doctorat, Lille2 2001,cité par Rodolphe Hubert,ibid,p24.

2 - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص309.

3- المرسوم التنفيذي 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، تحدد صلاحيات وزير التجارة، ج.ر عدد 85 المنشورة في 22 ديسمبر 2002.

في مكافحة الممارسات التجارية الغير الشرعية، والممارسات المضادة للمنافسة والغش المرتبط بالجودة والتقليد، كما يساهم في توجيه وتنسيق برامج الرقابة الاقتصادية وقمع الغش ما بين القطاعات.

ولتنفيذ هذه الصلاحيات يبادر وزير التجارة باقتراح كل الهيئات الضرورية لدعم الرقابة والتي تصنف إلى هيئات على المستوى المركزي، تضم كل من المديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها والتي تتفرع عنها المديرية الفرعية لترقية الجودة وحماية المستهلك المكلفة على الخصوص بالمبادرة بالأعمال الإعلامية، التحسيسية والوقائية والمديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش، وكذا شبكة الإنذار السريع المكلفة بمتابعة ذلك من خلال ربط العلاقات وتبادل المعلومات مع هذه الشبكة التي تسهر على ضمان البث الفوري لكل معلومة من شأنها أن تؤدي إلى السحب الفوري لكل ما من شانه ان يشكل خطر على المستهلكين وأمنهم.

وأما على المستوى الخارجي فإن المصالح الخارجية تنظم في شكل مديريات ولائية للتجارة ومديريات جهوية للتجارة[1] ممثلة في المكتب المكلف بترقية الجودة والعلاقات مع الجمعيات التابعة لمصلحة الجودة وقمع الغش

أما **مجلس المنافسة** فيعد مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة كلفه المشرع بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة [2]، حيث عرفت المادة 23 من هذا الأخير مجلس المنافسة على أنه " **سلطة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة** "، ويعتبر مجلس المنافسة هيئة إدارية مزودة بسلطات قضائية وله وظيفتان ، وظيفة استشارية وأخرى ردعية، فقد أوجد المشرع الجزائري مجلس المنافسة معتبرا إياه سلطة ضابطة معترفا له بالشخصية القانونية والسلطة الإدارية المستقلة وخوله سلطة إصدار القرارات واتخاذ التدابير[3] أو الاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال بأي وسيلة ملائمة.

1- صادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2014، ص.103.

2- الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يونيو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، الصادرة في 20 /07 2003. المعدل بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في سنة 2008 والقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشت لسنة 2010.

3- براشمي مفتاح، الطعون في قرارات مجلس المنافسة والإشكالات الناجمة عنها، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2018، ص54-55.

كما يمكن لمجلس المنافسة أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لا سيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة بإجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه كما يمكن أن يقوم بهذه التحقيقات أو الدراسات بنفسه[1].

ثانيا: فيما يخص الهيئات المتخصصة التابعة لها

تعتبر الهيئات المتخصصة بمثابة أجهزة استشارية وتتمثل في المجلس الوطني لحماية المستهلك، المركز الوطني لمراقبة النوعية والرزم، شبكة مخابر التجارب والتحاليل النوعية

فالمجلس الوطني لحماية المستهلكين:

أنشئ بموجب المرسوم التنفيذي12-355[2] وحسب نص المادة 24 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فإن مهمته جمع المعلومات المتعلقة بمخاطر المنتوجات وإبداء الرأي واقتراح التدابير التي تساهم في تطوير وترقية سياسات حماية المستهلك، وعلى ذلك فهو هيئة تتمتع بالصفة الاستشارية يبدي أراء تتعلق بصحة المستهلك وأمنه ووقايته من مخاطر النابعة من السلع والخدمات، البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش، إعداد برامج المساعدة المقررة لصالح جمعيات المستهلكين، وتنفيذه.

أما المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم

أنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-318 الذي يبين تنظيمه وعمله[3]، وحسب نص المادة الأولى منه فإنه يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع تنفيذي يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ويعمل تحت وصاية وزير التجارة، يعمل المركز في إطار السياسة الوطنية للنوعية على المساهمة في حماية صفة وأمن المستهلكين ومصالحهم المادية والمعنوية.

وكذا المشاركة في البحث عن أعمال الغش أو التزوير والمخالفات للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا تقديم الدعم التقني والعلمي للمصالح المكلفة بمراقبة النوعية وقمع الغش ووضع برامج الاتصال

1- بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلكين في لجزائر- دور وفعالية-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2013، ص99.

2- المرسوم التنفيذي رقم 12-355 والمحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج ر عدد56 المنشورة في 02أكتوبر/2012.

3- المرسوم التنفيذي رقم 89-147 المؤرخ في 08 أوت 1989، المتضمن إنشاء مركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم وتنظيمه وعمله، ج.ر عدد 33 الصادرة في 09 أوت 1989، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 318/03 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر2003، ج.ر.ع 59 المنشورة بتاريخ 05 أكتوبر 2003.

لفائدة المحترفين والمستهلكين، تنظيم الندوات والملتقيات والأيام الدراسية والمعارض والملتقيات العلمية والتقنية والاقتصادية لصالح جمعيات المستهلكين والمحترفين[1].

أما مخابر تحليل النوعية

تم إنشائها بموجب 21-422[2]وهي أجهزة استشارية تقنية تقوم بكل أعمال الدراسة والبحث والاستشارة والخبرة والتجارب والرقابة، عن طريق تقديم المساعدات التقنية اللازمة للحماية كما تقوم بتوحيد الطرق والإجراءات الرسمية لتحليل الجودة وتطبيقها بشكل واسع تساعد الإدارة في ممارسة الرقابة التي تهدف إلى حماية المتعاقد من مخاطر المنتوجات والخدمات المعروضة فيما يخص المعاينة التقنية للمنتوجات باعتماد تحاليل وتجارب علمية فضلا على مساعدتها للمخابر الأخرى المنشأة لغرض تحليل الجودة وقمع الغش إضافة للجان الضبط الاقتصادي وسلطة ضبط الاتصالات السلكية.

الفرع الثاني

الهيئات المحلية المكلفة بالرقابة

تعتبر الجماعات الإقليمية الحيز الحقيقي الذي يمارس فيه الوظيفة الإدارية باعتبارها الهيئة الأقرب لانشغالات المواطنين والمجسدة لطموحاتهم هذا من جهة ومن جهة أخرى هي المؤسسة القاعدية التي تكمل عمل الحكومة وتجسد خطابات الدولة[3]، إذ تعتبر مصالح الولاية والبلدية الفاعل المحوري في الرقابة على أعمال الأجهزة والمؤسسات الاقتصادية التي تساهم في تنفيذ المهام الإدارية والاقتصادية.

أولا: مصالح الولاية

ففي إطار تسيير الإدارة المحلية فإن الوالي يمثل سلطة الضبط العامة وكذا سلطة متخصصة على إقليم الولاية، فالوالي يمارس رقابة على المجالس الشعبية البلدية على أعضاء المجلس الشعبي البلدي

1- صادق صياد، المرجع السابق، ص 106.

2- المرسوم التنفيذي رقم 21-422 المؤرخ في 04نوفمبر 2021 المتضمن إنشاء شبكة مخابر وتحاليل النوعية وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد، ج.ر.ع 84.

3- بلول فهيمة، عن فعالية الإجراءات المتخذة لإصلاح الخدمة العمومية داخل مرفق البلدية، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2018، ص175.

وأعماله عليه كهيئة"[1].بمراجعة الأعمال للتأكد من مطابقة تنفيذها على المقاييس الموضوعة من اجل اكتشاف الأخطاء أو نقاط الضعف، والعمل على تصحيحها في حينها"[2].

وعلى هذا الأساس فهو مسؤول عن المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية، على وجه خاص فإنه في المجال الاقتصادي يتمثل دور الوالي بصفته سلطة ضبط إداري في اتخاذ جل الإجراءات الوقائية التي تؤدي إلى درء الخطر المحدق بالمتعاقد الضعيف، كسحب المنتوج مؤقتا أو بصفة نهائية أو اتخاذ قرار الغلق[3] أو سحب الرخص بصفة نهائية أو مؤقتة.

تهدف الوصاية الإدارية إلى ضمان وحدة النظام القانوني في الدولة والحفاظ على قدر معين من الانسجام بين السلطة المركزية والمجالس الشعبية البلدية دون المساس باستقلال البلديات عنها، هذه الرقابة يضطلع بها الوالي كممثل للسلطة المركزية في الإطار المحلي" [4].

ورغم أن استقلال البلدية هو استقلال أصيل إلا انه نسبي نظرا لخضوعها أثناء ممارستها لاختصاصاتها ووظائفها المخولة لها، إلى رقابة تمارس على أعضائها وهيئاتها وأعمالها من قبل جهات الوصاية التي تعرف بالرقابة الإدارية[5].

فالرقابة الإدارية تعرف على أنها مجموعة السلطات التي يمنحها المشرع للسلطة المركزية لتمكينها من الرقابة على المجالس المحلية بقصد حماية المصلحة العامة، ويطلق عليها الوصاية الإدارية تعبيرا عن تبعية الشخص اللامركزية إلى السلطة المركزية، فهي رقابة إدارية محضة تقوم بها السلطة المركزية في مواجهة الهيئة المحلية لضمان مبدأ التوازن بين الاستقلالية من جهة، وضرورة قيامها بواجباتها من جهة أخرى.

1- بوشامي نجلاء، المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 08/90:أداة للديمقراطية: المبدأ والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قسنطينة، 2006-2007 ، ص 202 .

2- احمد سويقات، الرقابة على أعمال الإدارة العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة بسكرة، 2014-2015، ص 10.

3-علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 64.

4- عزيز محمد الطاهر، آليات تفعيل دور البلدية في إدارة التنمية المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة ورقلة، 2011/01/26، ص 77 .

5- خديجة لعريبي، الرقابة الإدارية على البلدية في ظل قانون البلدية الجديد، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أم البواقي،2015، ص09.

فهو يحتل مكانة هامة في الدولة إذ يعتبر من الموظفين السامين في الدولة ولقد تم تكريس وصاية الوالي على المجالس الشعبية البلدية في القانون البلدي الحالي من خلال المواد 98-99-100 منه أين يراقب أعمال المجلس الشعبي البلدي، فهو من يصادق عليها أو يبطلها"[1].

كما أن الولاية هي الأخرى تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للبلديات عن طريق المخططات القطاعية للتنمية التي تقوم بإعدادها، فالمخطط القطاعي هو مخطط ذو طابع وطني، حيث تدخل ضمنه كل استثمارات الولاية والمؤسسات العمومية التي تكون وصية عليها، ويتم تسجيل هذا المخطط باسم الوالي الذي سهر على تنفيذه، وهو مخطط توضع فيه الوسائل والأهداف والبرامج التي تندرج ضمن إطار التنمية المحلية"[2].

ثانيا: مصالح البلدية

يعد نظام البلدية في النظام الإداري الجزائري صورة فريدة للامركزية الإدارية المطلقة حيث أن جميع أعضائها وأعضاء هيئاتها ولجان تسييرها وإدارتها يتم اختيارهم بواسطة الانتخاب العام المباشر[3]، هذا ما يجسد فكرة الديمقراطية التشاركية في الحكم وتفعيل مشاركة المواطنين من خلال أعضاء المجلس الشعبي البلدي لإدارة مختلف الشؤون المحلية.

هذه المقاربة التشاركية في الحكم قد تضمنها قانون البلدية 11-10 من خلال المادة 11، المادة 12، يتضح جليا أن البلدية تكتسي دورا هاما وبارزا في بلوغ أهداف التنمية الاقتصادية المحلية[4]، المتمثلة أساسا في ترقية وتحسين مستوى معيشة الأفراد وتلبية احتياجاتهم من خلال مشاركتهم في تسيير الشؤون المحلية.

إن إبراز الأهمية المعرفية لدور البلدية على المستوى المحلي خاصة في المجال الاقتصادي من خلال دراسة الجانب القانوني المتعلق بدور البلدية للنهوض بالتنمية الاقتصادية، خاصة وان الظرف الراهن

1- شوقي بوتهلولة، الرقابة الإدارية على المنتخبين في قانون البلدية 11-10، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة الوادي، 2013-2014، ص 78.

2- محمد بن صوشة، إشكالية تمويل التنمية المحلية الواقع والأفاق، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع،، عمان 2017، ط 1.ص 139.

3- شويح بن عثمان، دور الجماعات المحلية في التنمية المحلية-دراسة حالة البلدية-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2010-2011، ص 61.

4- إن جوهر التنمية يؤكد على تقدير الاحتياجات الإنسانية الحالية والمستقبلية وكيفية الإيفاء بها، فهي مصطلح اقتصادي اجتماعي وبيئي يعني تطور وسائل الإنتاج بطرق لا تؤدي بالمحترفين في هذا المجال القيام بممارسات اقتصادية من شأنها استنزاف الموارد لضمان استمراريتها للأجيال القادمة – تلبية احتياجات الجيل الحالي دون إهدار حقوق الأجيال القادمة.

* **أحمد لكحل**، دور الجماعات المحلية في حماية البيئة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2016،، ص 35.

حتم على الدولة في الجزائر إعطاء الأهمية البالغة لأدوار المجالس الشعبية البلدية القيام بتنفيذ السياسات التنموية المحلية، من خلال أهم الأنشطة التي يمارسها المجلس الشعبي البلدي في مجال التنمية الاقتصادية والمتمثلة في وضع البرامج الخاصة، بالتجهيز والتخطيط المحلي في حدود الإمكانيات المتاحة وفقا للمخطط الوطني للتنمية الاقتصادية[1].

فإذا كانت التنمية الاقتصادية هي عملية تهدف إلى وضع برامج ومخططات يكون الغرض منها تطوير الوضعية الاقتصادية للمجموعة المحلية، سواء في الجانب الاقتصادي وحتى المنشئات القاعدية، بما يسمح خلق توازن يمكنها من توفير منتجات اقتصادية تلبي حاجات أفرادها.

ففي هذه النقطة ورجوعا إلى المادة 31 من قانون البلدية 11-10 التي نصت على أن المجلس الشعبي البلدي يشكل من بين أعضائه لجانا دائمة، للمسائل التابعة لمجال اختصاصه ولا سيما المتعلقة بالاقتصاد والمالية، الصحة والنظافة وحماية البيئة، تهيئة الإقليم والتعمير والسياحة والصناعات التقليدية، الشؤون الاجتماعية والثقافية والرياضية والشباب، وتنتخب كل لجنة رئيسا لها من أعضائها[2].

فإن العلاقة التي تربط المشاركة بالتنمية الاقتصادية هي علاقة متبادلة التأثير فالمشاركة تمكن المواطنين من إبداء آراءهم وتطلعاتهم واقتراحاتهم حول برامج ومشروعات التنمية الاقتصادية ذات العلاقة بالقضايا التي تهمهم، كما أن التنمية الاقتصادية تخلق روح المبادرة والمشاركة وهي تتيح فرصا اكبرلتوسيع مشاركة المواطنين، كونهم الهدف الأساسي للتنمية الاقتصادية وأداة تنفيذها على المستوى المحلي.

إن تحقيق التنمية الاقتصادية المحلية أصبح يفرض على البلدية تفعيل واستخدام جميع الصلاحيات المخولة لها قانونا، فهي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية على المستوى المحلي، إذ يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بعدة سلطات وصلاحيات لتحقيق المصلحة العامة، فهو يتمتع بوظيفة مزدوجة بصفته ممثل البلدية وفي نفس الوقت ممثل الدولة بسلطة التنظيم العامة لممارسة دور الضبط الإداري على قطر البلدية تحت رقابة الوالي لا سيما مجال الحفاظ على صحة والأماكن، والمؤسسات المستقبلة للجمهور، وهذا ما نصت عليه المادة 23 من قانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية[3]

1- فريجة حسين، شرح القانون الإداري" دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2009، ص196.

2- المادة 31، 32 من **قانون البلدية 11-10** المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو سنة 2011 المتعلق بالبلدية.

3- بن لحرش نوال، المرجع السابق، ص 99.

وتطبقا لذلك يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ضابط الشرطة القضائية دورا في مجال الرقابة الإدارية على النشاطات التي تمارس في دائرة البلدية[1]، وعلى أعمال الأجهزة والمؤسسات الاقتصادية التي تساهم في تنفيذ المهام الإدارية والاقتصادية، فضلا عن دوره في مجال البحث ومعاينة المخالفات المتعلقة بنوعية المنتجات والخدمات في حدود قطر بلديته والتأكد من مدى مطابقتها للمواصفات واتخاذ القرارات المناسبة في ذلك.

المبحث الثاني

دور المجتمع المدني في الرقابة على العقود الاقتصادية

إن تحقيق أهداف عملية الرقابة على العقود الاقتصادية أصبح يفرض تضافر ومشاركة منظمات المجتمع المدني في جميع مراحلها، خاصة بعد التأكد من الدور الذي أصبحت تقوم به هذه المنظمات من تحسيس وتوعية للمواطنين من خلال احتكاكهم المباشر بهم.

فالمجتمع المدني يمثل " **تلك المنظمات والجمعيات الطوعية التي يمكن من خلالها للأفراد والجماعات غير الحكومية المشاركة في حل مشاكلهم المحلية وإبداء تصوراتهم وآرائهم حولها، وهو احد وسائل ممارسة حرية الرأي والتعبير إلى جانب المشاركة السياسية غير المباشرة في إدارة الشؤون العامة للمجتمع، ليشكل بذلك حلقة من الربط بين مختلف شرائح المجتمع والسلطات الرسمية**"[2].

فهي همزة وصل بين المجالس المحلية المنتخبة والمواطنين من خلال توعية المواطنين حول أهمية البرامج والمشاريع التنموية الاقتصادية من جهة، ورفع مطالب وحاجياتهم إلى المجالس المحلية المنتخبة من جهة ثانية، كما انها قد تمنح أعضاءها الكثير من المهارات وشبكات واسعة من الاتصال وتتيح لهم فرصا عديدة لبدء مشروعات اقتصادية من مختلف الأحجام.، لذا فان مشاركة المجتمع المدني في تدبير الشأن العام المحلي تكون أثناء صياغة القرار أو في التنفيذ أو هما معا[3].

1- فريجة حسين، المرجع السابق، ص 200.

2- سلطان بلغيث، مراد دريم، تمثيلات المجتمع المدني لدور المجالس البلدية في التنمية المحلية، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، العدد07، جامعة تبسة،2018، ص 142.

3- بوحنية قوي، الديمقراطية التشاركية في ظل الإصلاحات السياسية والإدارية في الدول العربية دراسة حالة "تونس، الجزائر، المغرب"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ط1،ص72.

وهذا ما يحقق فرصا كثيرة للعمل[1] مما يفرض على البلديات ضرورة الاستفادة من مؤسسات المجتمع المدني والجمعيات، وإشراكهم إلى جانب عمل المجالس المحلية المنتخبة قصد تحقيق التنمية، فهناك علاقة تكامل بين الدور الذي تقوم به البلدية في المجال الاقتصادي، والدور الذي تقوم به مؤسسات المجتمع المدني.

كما تتميز منظمات المجتمع المدني بأنها منظمات لا تسعى للوصول إلى السلطة أو تحقيق أهداف ربحية، وإنما تشير إلى الأعمال والأنشطة التطوعية، التي تمارسها الجماعة وتنظمها قيم ومصالح مشتركة يسعى من خلالها إلى تشبيك المجتمع .

فهي تسعى إلى توحيد وتوجيه الأطراف إلى الصالح العام إذ لا يمكن إهمال دور مؤسسات المجتمع المدني ومشاركته إلى جانب البلدية في تحقيق الأهداف المسطرة والحماية من الاختلالات والممارسات الغير المشروعة الواقعة على الأطراف الضعيفة قبل اتخاذ القرارات المتعلقة في حد ذاتها.

المطلب الأول

الحق في إنشاء الجمعيات

أولت مختلف التشريعات أهمية بالغة للجمعيات كونها حلقة لا يمكن إغفالها من أجل تحقيق حماية متكاملة مع باقي الأجهزة والهيئات الأخرى، وبحكم انها تمثل المجتمع باعتبارها هيئة مدنية غير حكومية واحتكاكها المباشر مع الفئة الضعيفة، فهي تملك من الخبرة والميزة ما لا تتوفر عليه باقي الهيئات الأخرى من خلال التحسيس والتوعية والاعلام واشراك مختلف الشرائح في المجتمع، من أجل نشر الوعي لدي المستهلك بل أكثر من ذلك منح القانون هذه الجمعية الحق في اللجوء الي القضاء لحماية المستهلكين نيابة عنهم في مواجهة المحترفين.

لذا فإن الأساس القانوني للنشاط الجمعوي في الجزائر منصوص عليه في الدستور وذلك في الفصل الرابع منه بعنوان الحقوق والحريات، وبالتحديد في نصوص المواد 33، 34[2]، كما تجدر الإشارة إلى أن الجمعيات في ظل قانون 89-02 تمت الإشارة إليها من طرف المشرع مكتفيا بإبراز دورها فقط،

1- فؤاد بن غضبان، التنمية المحلية ممارسات وفاعلون، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ط1.، ص152.

2- لقد نصت المادة 39 من القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، جر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري مايلي"" الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون"" كما نصت المادة 54 منه على "" حق إنشاء الجمعيات مضمون، يشجع الدولة وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون"" كما نصت المادة 54 منه على "" حق إنشاء الجمعيات مضمون، يشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية "".

وفي سنة 1990 صدر القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات[1]، وأصبحت جمعيات حماية المستهلك وقمع الغش.

إذ خصص المشرع للجمعيات فصلا مستقلا لها في الفصل السابع من الباب الثاني تعتبر هذه النصوص القانونية التي أقرت النشاط الجمعوي في الجزائر من أهم النصوص القانونية، ونظرا لأهمية هذه الآلية في مواجهة الشروط التعسفية لا بد تحديد إطارها القانوني **الفرع الأول** ثم إن اكتساب الجمعية لصبغة الشرعية يتطلب الحديث عن إجراءات تأسيسها **الفرع الثاني.**

الـفـرع الأول

الإطـار القانـوني للجمعيـات

نظرا لتزايد الاهتمام بالطرف الضعيف على المستوى الدولي أصبحت حماية هذ الأخير ورعايته تأتي في مقدمة الواجبات الأساسية للدول من خلال تحدد سياستها لحماية المتعاقد الضعيف، وترتكز هده الأخيرة على عدة محاور أهمها وجود تشريع متكامل يضمن تحقيق حماية فعالة للحقوق وإجراءات مبسطة للحصول على هذه الحقوق.

غير أنه لا يجوز أن تلقى المسؤولية كاملة على الدولة لأنه يستحيل أن يغطي دورها شتى المجالات كما قد لا تتحقق فعالية هذا الإنجاز، لذا فإن دور الدولة لا يعفي المتعاقد الضعيف من مسؤولية القيام بدوره في هذه الحماية إذ لابد أن تنبع من ذاته، وهذا الأمر لا يمكن أن يتم إلا من خلال تكتل المستهلكين لتشكيل قوة فتتكاثف المجهودات قصد الدفاع عنه ورفع اهتماماته وتطلعاته وشكواه إلى الهيئات المعنية، فمن هذا المنطلق برزت جمعيات الحماية والدفاع .

أولا: تعريف الجمعيات

لقد تعددت التعاريف[2] في شأن الجمعيات باختلاف النصوص القانونية وباستقراء النصوص، نجد أن أول قانون تناول تعريف الجمعية هو القانون رقم90-31 المتعلق بالجمعيات، وذلك في المادة 02

1- قانون 90-31 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات عدد 53، المنشورة في 05 ديسمبر 1990 الملغى بموجب القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات الصادرة بتاريخ 12 يناير 2012، ج.ر.ع 02 المنشورة بتاريخ 15 يناير 2012.

2- نشير إلى أن الفقهاء تناولوا تعريف جمعيات حماية المستهلك في مختلف كتاباتهم، و ترتكز معظمها على الغرض الذي أنشأت من أجله فتعرف على أنها حركة منظمة من المواطنين و الهيئات الحكومية، تهدف إلى زيادة حقوق المشتركين ونفوذهم و تأثيرهم على بائعي المنتجات، كما ركز جانب أخر على المجال العقدي للاتفاق الذي يجمع الأعضاء المؤسسين للجمعي، وذلك بالقول بأنها الاتفاق الذي= =يضع أكثر من اثنين من الأفراد بصفة دائمة معرفتهم أو نشاطهم في خدمة هدف محدد غير تحقيق الربح، أو بأنها تشكيلات اجتماعية فاعلة و منظمة، تسعى على أسس تطوعية غير ربحية لتحقيق أهداف عامة لمجموعة تعتمد أساليب الحكم الرشيد، ضمن أطر قانونية تضمن الشفافية وحرية التشكيل.

منه والتي نصت على أنها "" **تمتل الجمعية اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها، ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على اساس تعاقدي ولغرض غير مربح، كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة، من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والعلمي والديني والتربوي والرياضي على الخصوص ويجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة وأن تكون تسميتها مطابق لها**"".

فتشترط المادة 02 أن يكون الغرض من الجمعية غير نفعي أي غير تجاري لا يهدف إلى تحقيق الربح، فضلا على ضرورة تطابق الجمعية مع التسمية التي أطلقت عليها، كما تعتبر جمعية حماية المستهلك بمفهوم المادة 21 من القانون 09-03 " **كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله**"".

وبصدور قانون رقم 12-06 عرف المشرع الجزائري الجمعية، بموجب المادة الثانية على أنها"" **تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم، تطوعا لغرض غير مربح من أجل مراقبة الانشطة وتشجيعها لاسيما في المجال المهني و الاجتماعي و العلمي و الديني و التربوي و الثقافي و الرياضي و البيئي و الخيري ....**"".

نلاحظ عن هذا التعريف رغبة المشرع في التوسيع من مجال نشاط الجمعيات ليمتد إلى العمل الخيري، و المحافظة على البيئة و النشاطات المرتبطة بحقوق الإنسان، و النشاطات التربوية و العلمية و الدينية، ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستنتج مجموعة من العناصر المميزة للجمعية والمتمثلة فـي:

1-الجمعية عبارة عن عقد:

لقد عبر المشرع الجزائري عن الجمعية بالاتفاقية كما استعمل مصطلح الاتفاق والعقد واعتبرهما لفظتين مترادفتين، وذلك بخلاف القانون رقم 12-06 الذي اعتبر المشرع من خلاله الجمعية أنها تجمع أشخاص تربطهم علاقة تعاقدية، وبما أن الجمعية هي عبارة عن عقد فإن إنشاؤها يخضع

---

* **بن ناصر بوطيب، قاصدي مرباح**، النظام القانوني للجمعيات في الجزائر قراءة نقدية في ضوء القانون 12-06، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2014، ص 254.

كما أنه هناك من يعتبر الجمعية بمثابة الفضاء المناسب الذي يمكن الأفراد من طرح قضاياهم وانشغالاتهم، فهي تلعب دور الوسيط الذي يملأ المجال العام بين الافراد و مؤسسات السلطة العامة. ولعل كل هذه التعاريف لا تختلف كثيرا من حيث المبدأ الذي تقوم عليه الجمعيات ألا وهو تحقيق منفعة عامة.

* **بلحرش نوال**، المرجع السابق،ص48.

لمبدأ حرية التعاقد والذي تنشأ عنه القوة الملزمة للعقد أساسها مبدأ سلطان الإرادة، وهذا الأمر يتأكد من خلال نص المادة 06 من القانون رقم 12-06.

2- تكوين الجمعية: أشخاص طبيعيين/ معنويين:

إن التشريعات السابقة المتعلقة بالجمعيات لم تحدد طبيعة أشخاص عقد الجمعية فيما إذا كانو أشخاص طبيعيين أو معنويين إذ تعتبر أن الجمعية تتكون[1] من أشخاص طبيعيين أو معنويين على حد السواء، ولما كانت الجمعية الفضاء الأساسي لطرح الانشغالات والقضايا فإن وجود شخص معنوي ضمن أعضاء الجمعية يكون له تأثير سلبي على حسن إدارة وتسيير الجمعية وفقا لحرية وإرادة أعضائها نتيجة شعورهم بالضغط المستمر باعتباره ممثل السلطة العامة.

إلا أن المشرع من خلال القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات حتى وإن كان لم يحدد طبيعة الشخص المعنوي بموجب تعريف الجمعية الوارد في المادة الثانية، فقد حدد وبمقتضى المادة 05 منه مجموع الشروط الواجب توفرها في الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، وهذا الأمر دليل على أن الشخص المعنوي الذي ممكن أن تتكون منه الجمعية هو الشخص المعنوي الخاص دون العام.

3-الغرض غير المربح:

وهي السمة الأساسية البارزة للجمعية التي تميزها عن باقي التنظيمات الاقتصادية ذلك أن الجمعية عبارة عن مؤسسة اجتماعية خارج عن مجال النشاطات الاقتصادية، فهي لا تسعى إلى الربح المادي كغرض أساسي لوجودها إلا ان المشرع بموجب المادة 29 من قانون 12-06 فإن الجمعية لا تمنع قانونا من إقامة نشاطات تهدف من خلالها توفير بعض الأرباح لاستخدامها في الأهداف المسطرة.

غير أن الممنوع والمحظور هو اقتسام الأرباح المترتبة عن هذه النشاطات بين أعضاءها أو استخدامها لأغراض أخرى غير تلك المحددة قانونا، فالجمعيات ذات طابع اجتماعي تهتم بتثقيف أوساط المجتمع وتتكفل بالدفاع عن المصالح المادية والمعنوية، ترفع اهتماماتهم ورغباتهم كما تسعى إلى خلق حوار دائم بين المحترفين من أجل تبيان حقوق وواجبات كل طرف[2].

1- محمد عبد الله مغازي، الحق في تكوين الجمعيات والمؤسسات الأهلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص47 .

2- **بلحرش نوال**، المرجع السابق، ص 47-48-49.

ثانيا: صفة المنفعة العمومية للجمعيات

إن للجمعية صفة ذات المنفعة العمومية هي عبارة عن هيئات يتمخض غرضها للصالح أو النفع العام[1]، وصفة المنفعة العمومية هي صفة قانونية تمنحها السلطة المختصة للجمعية بناءا على طلب منها إذا توفرت شروط معينة، حيث أنه هنالك بعض المجالات التي لا يمكن للسلطات العمومية أن تتكفل بها صفة منفردة على أكمل وجه إلا إذا استعانت بالمجتمع المدني، كما توجد حاجيات أساسية للمجتمع تستطيع الجمعيات تغطيتها بفعالية إذا تم تدعيمها بمجموعة من الإمكانيات والجمعية ذات النفع العام.

وبتوفر الشروط المنصوص عليهم في المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 176/72 فضلا على أن تكون جمعية ذات طابع وطني أي يهم مجالها كامل التراب الوطني مثل الهلال الأحمر الجزائري، الكشافة الإسلامية الجزائرية حينها يمكن للجمعية أن تطالب بالاعتراف لها بصفة المنفعة العمومية ويتم ذلك بناءا على طلب يودع بالولاية التي يوجد بها مقر الجمعية.

وجل ما يمكن قوله أن تمكين الجمعية من حق الحصول على صفة المنفعة العمومية يعد دليلا على اعتراف الدولة بالدور الكبير الذي تضطلع به هذه الجمعيات، وبالتالي فعمل هذه الجمعيات يمكن أن يصنف ضمن مجموع الأعمال والنشاطات التي تهدف إلى تحقيق منفعة عامة وأبعاد واسعة ونشر الرقابة على مختلف المجالات لتحافظ على سلامة أكبر فئة من فئات المجتمع وهي المستهلكين.

الفرع الثاني

الإجراءات القانونية لتأسيس الجمعيات

إن إضفاء الطابع الشرعي لنشاط الجمعيات واكتسابها لصفتي التقاضي والتمثيل لا يتأتى دون حصولها على الاعتماد الرسمي للقانون، وذلك بعد خضوع الجمعية إلى مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الأعضاء المكونين لها، كما لابد من احترام إجراءات التأسيس التي أوجبها القانون فضلا على الشروط السابق ذكرها فإن تأسيس الجمعية يخضع لجملة من الشروط الموضوعية والإجرائية الواردة في قانون 12-06 والتي نذكرها فيما يلي.

1-جليد الشريف، دور الحركة الجمعوية بين المواطنين والدولة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير في الإدارة العامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 42.

أولا: الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في أن لا يكون إنشاء الجمعية من حيث الهدف مخالفا للثوابت والقيم الوطنية والتي تمس بالنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعول بها، إن قانون 06/12 أغفل ذكر جزاءات المترتبة عن تخلف هذه الشروط وهو ما يحيلنا للقواعد العامة المتعلقة بالعقد ، أما بالنسبة للأعضاء المكونين لها فاكتفى المشرع بشرط بلوغ سن 18 سنة فقط في كل شخص يؤسس أو يدير أو يسير جمعية، أما عن الشرط المتعلق بعدم مخالفة السلوك لمصالح كفاح التحرير الوطني فقد تم إلغائه لكونه لم يعد يتلاءم مع الوقت الحالي، وقد تم استبداله بأن لا يكون محكوم عليه بجناية أو جنحة تتنافى مع نشاط الجمعية[1].

ثانيا: الشروط الإجرائية

إضافة إلى الشروط الموضوعية يخضع تأسيس الجمعية إلى ضرورة إتباع مجموعة من الإجراءات يمكن حصرها فيما يلي:

- عقد الجمعية التأسيسية من طرف الأعضاء المؤسسين[2] والتي ينبثق عنها مصادقة القانون الأساسي للجمعية، وتعيين الأعضاء القياديين المسيرين لها ويختتم ذلك بمحضر يحرره المحضر القضائي ضمن الاختصاصات المخولة له قانونا .
- إيداع التصريح التأسيس للجمعية وفقا للمادة 07 من قانون 12-06 أمام المصالح المختصة، مرفقا بملف إداري كامل يتكون من الوثائق المذكورة في المادة 12 من قانون 12-06 مقابل وصل الاستلام، تقدمها الإدارة المعنية مباشرة إلى رئيس الجمعية أو ممثلها القانوني.
- تقوم الإدارة المختصة مباشرة بعد تلقيها تصريح التأسيسي للجمعية لدراسة الملف للتأكد من مدى مطابقته للقانون، وحددت المادة 08 الفقرة 02 من قانون 12-06 أجالا لذلك يتعين على

1- بلحرش نوال، المرجع السابق، ص 59.

2- طبقا للمادة 06 من قانون 12-06 فإن عدد الأعضاء المؤسسين للجمعية بحسب طبيعة ونوع الجمعية وهم كالاتي: عشرة (10) أعضاء بالنسبة للجمعيات، البلدية خمسة عشر(15) عضو بالنسبة للجمعيات الولائية ، منبثقين عن بلديتين على الأقل واحد وعشرون (21) عضو بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقين عن ثلاثة (03)ولايات، خمسة وعشرون (25) عضو بالنسبة للجمعيات الوطنية منبثقين عن اثني عشر(12) ولاية على الأقل، أما بالنسبة للموارد المالية التي تعتمد عليها الجمعيات في نشاطها فهي مجموع اشتراكات الأعضاء أو عوائد نشاطات الجمعية أو أملاكها، وكذا الهبات النقدية والعينية والوصايا، مداخيل التبرعات والاعلانات التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية، اما فيما يخص الهبات الأجنبية فلا يتم قبولها إلا بعد موافقة السلطات العمومية المختصة وكذلك فيما يخص جمع التبرعات علانية من طرف الجمعية، على ان تبقى المساعدات المالية المقدمة من طرف الدولة احتمالية تخضع لسلطتها التقديرية المادة 29 ، 30 من قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات .

الإدارة خلالها البث في قرارها، إما بتمكين الجمعية بوصل التسجيل بقيمة اعتماد أو باتخاذ قرار بالرفض، وهو ما يسمح للجمعية باللجوء للقضاء الإداري المختص إقليميا وبالتحديد إلى المحكمة الإدارية للفصل في المسألة[1].

المطلب الثانـي

تكريس إرادة الجمعيات في مواجهة العقود الاقتصادية

قد تكون أجهزة الدولة الرسمية عاجزة بمفردها عن القيام بدورها من الحماية فواقع الحال يكشف الكثير من التجاوزات والمخالفات من دون مراقب ولا رادع، ليدفع الثمن الطرف الضعيف الذي لم يجد سوى الخضوع، فالحركة الجمعوية هي الإطار الذي تسعى من خلاله الجمعيات لدفاع عن حقوق الأطراف الضعيفة بحكم وضعيتهم المتدنية في العقود الاقتصادية كطرف ضعيف ومذعن بإجراءات إحداها غير قضائية، تتمثل في الأساليب والطرق العامة من خلال تحسيسه وتوعيته بالمخاطر التي تهدد أمنه وصحته وماله، إذ لها دور وقائي وهذا قبل حدوث الضرر.

أما إذا تعرض الطرف الضعيف بمناسبة إبرامه لعقد اقتصادي وأحدث له ضرر فإن لجمعية دور دفاعي، يمنح لها الحق في الدفاع عن الحقوق والمصالح المشتركة للمستهلكين عن طريق رفع دعاوي أمام القضاء[2]. **الفرع الأول** غير أن تفعيل حمايتها تصطدم بعراقيل تقف حاجزا أمام تقدم الجمعيات وتحول دون تحقيق الأهداف التي تسعى إليها **الفرع الثاني**.

الفرع الأول

تقييم فعاليـة جهود الجمعيـات

إن الجمعيات أصبحت تشكل قوة اجتماعية قائمة بذاتها دافعة بنفسها إلى الحركة والنشاط فهي حلقة ربط لتوعية الراي العام بالأخطار التي تواجه الطرف الضعيف، والأضرار المترتبة عنها فهي تهدف أساسا حمايته والدفاع عنه ضد كل ما يضر بمصالحه المادية والمعنوية ويكون نشاطها مكملا لعمل الجهات الرسمية من خلال تنشيط جهودها وتفعيل دورها في الحماية وهو ما يبرز دور المجتمع المدني في التخفيف من وطأة هذه التحديات.

1- بلحرش نوال، المرجع السابق،ص67 .

2- علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص66.

أولا: الدور الوقائي

هو جملة الإجراءات التي تتخذها الجمعيات للحفاظ على كل الممارسات التي تشكل خطرا في ظل غياب الوعي الإستهلاكي، بما يتناسب مع مقتضيات الحياة لتعريفهم كأطراف ضعيفة بجل حقوقهم، كما لها حق الضغط على المحترفين لمنعهم من إدراج بنود تعسفية في ممارستهم التعاقدية مع المستهلكين، ولها في ذلك أسلوب التوعية والدعاية المضادة وكذا أسلوب المقاطعة[1].

1- الدور التحسيسي والإعلامي

من الواجبات الأساسية للجمعيات تحسيس المواطن بالمخاطر التي تهدد أمنه وصحته وماله ، وفي هذا الإطار تقوم هذه الجمعيات في سبيل تحقيق هذا الدور التحسيسي والإعلامي، بطبع الدوريات من الصحف والمجلات أو النشريات الأسبوعية أو الشهرية، وتوزيعها على المستهلكين أو عن طريق الإذاعة والتلفيزيون والإنترنيت[2]، وهو ما تنص المادة 24 من قانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات .

ولم يقتصر دورها على ذلك بل تعداه لتوعية وتحسيس أصحاب القرار حول أهمية الإجراءات الوقائية التي يجب عليهم إتخادها لحماية المستهلك، فتخطر مجلس المنافسة عن كل ماله صلة بصحة ومصلحة المستهلك، حيث يمكن إستشارته في مواضيع الجماعات المحلية والهيئات الإقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلك[3]، بل يمتد دورهم في المشاركة في إعداد سياسة الإستهلاك، بحضور ممثلي الجمعيات في الهيئات الإستشارية، كالمجلس الوطني لحماية المستهلك[4].

فتتمكن من المتابعة المستمرة وملاحظة مدى الإلتزام بمتطلبات الحماية ، فيما يخص الأسعار على الرغم من أنه ليس من مهامها تحديد الأسعار، ولا تمتلك السلطة التي تخول لها ذلك ولكنها قادرة على التأثير في إتجاهات الأسعار بشكل غير مباشر من خلال الضغط على محتكري السلع والخدمات عبر وسائل الضغط المختلفة، وكذا دراسة الشكاوي المقدمة من طرف المستهلكين والتحقيق فيها وإيجاد حلول لها.

1- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص 125.

2- **بن لحرش نوال**، المرجع السابق، ص 80.

3- **علي بولحية بن بوخميس**، المرجع السابق، ص 66.

4- تنص المادة 24 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك على "" ينشأ مجلس وطني لحماية المستهلكين ويقوم بإبداء الرأي واقتراح التدابير التي تساهم في تطوير وترقية سياسات حماية المستهلك ، تحديد تشكيلة المجلس واختصاصاته عن طريق التنظيم "".

وبالرغم من المخالفات التي تعاينها جمعيات حماية المستهلك إلا أن القانون لم يمنحها أي سلطة رقابية ولم يخول لها القيام بإجراءات كتلك الممنوحة للأعوان مصالح مراقبة الأسعار، وضباط أعوان الشرطة القضائية، كالبحث عن المخالفات، تفحص المستندات التجارية والمحاسبة، حرية الدخول للمحلات التجارية وأماكن الإنتاج والتخزين والقيام بتحقيقات وتحرير محاضر[1].

فقد إعترف لها المشرع الجزائري بالمنفعة العامة بمجرد تأسيسها[2] إلا أن الواقع الذي تشهده الجمعيات مبدئيا يظهر عدم كفاية وفعالية هذه الوسيلة للضغط على المحترفين لأن الجمعيات ليست غنية بما فيه الكفاية، لتتحمل مصاريف النشر لبرامجها بالشكل الذي يمكن أن ينافس الإشهار التجاري الذي يقوم به المحترفون، مما يدفع بالجمعيات إلى الإستنجاد بوسائل أخرى أكثر جرأة في الدفاع عن حقوق، ومصالح المستهلك كالدعاية المضادة والمقاطعة.

2- الدعاية المضادة

يفترض في الإعلان أن يقوم الطرف القوي به قصد التأثير على نفسية الجمهور لدفعه لاقتناء المعروضات، ويستعمل في ذلك المحترف الوسائل المشروعة لإبراز محاسن المنتوج أو الخدمة باعتبارها كل تصرف من شأنه الترويج أفكار أو منتوجات، وعليه فإن جميع الأساليب المستعملة من طرف المحترف لتعريف بمنتوجاته تعتبر إعلانا عن طريق منشورات أو إشهارات سمعي أو بصري بطريقة فنية يلعب فيها الخداع البصري دورا في استماله الطرف لآخر ودفعه إلى الإذعان [3] .

إن المنفعة الإقتصادية للإشهار التجاري لا تقارن بحجم المخاطر التي تقع على المستهلك ليس فقط لأنها تشجع على الإفراط في الإستهلاك وخلق حاجيات مصطنعة وغير ضرورية لديه، وإنما أيضا يقوم بخداعه[4] بجعله يعتقد أن المنتوج محل الإشهار يمده بمزايا وإمتيازات بشأن المنتوج وخصائصه.

لذلك فالمستهلك يكون عرضة للدعاية الخادعة[5]خاصة مع تقدم فن الدعاية إذ يتم جلب المتعاقد الضعيف إلى إقتناء منتوج معين، بعد ماتم الترويج له على أنه أحسن منتوج من حيث النوعية

1- بن لحرش نوال، المرجع السابق،ص82.

2- علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 67.

3-عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1991، ص 05-22-24-28-40.

4- Le fébre –T-. L'expertise face a' la production d'information financières des sociétés, institut de droit des affaire, Aix Marseille, 2004,p.87.

5- تعريف الدعاية أصبحت تلعب في الوقت الراهن دورا بارزا في تنشيط الحركة الاقتصادية التي يلجأ إليها المحترف لما لها من اهمية جلب الجمهور وتبصيره بالمنتجات والخدمات المعروضة عليه كما يساهم في رفع وتيرة المبادلات بين المنتجين بعضهم البعض وكذا تجاه الجمهور

والجودة، فإذا تسببت هذه المنتوجات بضرر بعد الإقتناء فيكون المفهوم العادل أن يتحمل المحترف مسؤولية منتجاته عن ماتخلفه من أضرار[1]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع جعل من واقعة الإشهار التضليلي ممارسة إقتصادية غير نزيهة في المادتين 28،38 من القانون 04-02[2].

لذا تلجأ الجمعيات لوسيلة فعالة المتمثلة في الدعاية المضادة بإستعمال وسائل الإعلام[3] المرئية أو المسموعة لتمرير رسالتها، وذلك نظرا لقدرة هذه الرسائل على الوصول لأعداد كبيرة وغير محدودة من الجمهور وهي تمثل أحد وسائل حرية التعبير عن الرأي، ولا تعتبر الإنتقادات التي تتضمنها الدعاية المضادة، عملا من أعمال المنافسة الغير المشروعة لأنها تصدر من غير منافسة ولأن الجمعية ذات طابع موضوعي وليس لغرض تجاري[4] فغرضها حماية المستهلكين، وليس تحقيق ربح فتسعى لتحذيرهم ومنعهم عبر وسائل الإعلام المختلفة .

لكن في الحقيقة استغلال هذه الوسائل أمرا نادر نوعا ما إذ لا تبرمج حصة تلفزيونية تعنى بقضية المستهلك فما بالك بمشاركات الجمعيات، بينما الحصص الإذاعية فالمشاركة فيها أمر نسبي يرتبط بالمناسبات، ولا يقف الدور عند هذا الحد، بل قد يمتد إلى درجة أن تدفع بالمستهلكين إلى الإمتناع عن إقتناء منتوج معين وهو ما يعرف بالمقاطعة.

على وجه الخصوص فلدعاية أهمية بالغة في الترويج للسلع والخدمات ومن تم استلاب إرادة المستهلك وجعله مشدودا إلى منتوج دون غيره فينصرف ذهن المتلقي إلى ما قد يستمع إليه أو يشاهده ومن ثم استيلاب إرادة المستهلك وجعله مشدودا إلى منتوج دون غيره وجلبه مذعنا، لذا فإن سياسة التسويق تعتمد في نسبة مهمة على الإعلان للتعريف بالمنتوج والمنتج والحاصل أن المحترف مطلوب بصرف أموال طائلة على هذه العملية بل وتوظيف أطر متخصصة في شتى أنواع المعرفة لكي يضمن الحضور القوي لمنتوجاته واستمالة أكبر عدد من المستهلكين لدفعهم إلى التعاقد عن طريق إصدار منشورات أو الإشهار عن طريق الوسائل السمعية البصرية، حيث يعرض المحترف سلعته أو خدماته بطريقة فنية يلعب فيها الخداع البصري دورا مؤثرا لاستمالة المتعاقد الضعيف ودفعه للإذعان * **العربي مياد**، ص284-287.

1- بشاطة زهية، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار التي تسببها المنتوجات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد07، جامعة الوادي،2013، ص107.

2- براشمي مفتاح، الركن المادي لصفة الإشهار التضليلي في التشريع الجزائري، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016، ص219.

3- كثيرا ما توصف وسائل الإعلام بأنها سلطة ثنائية الأبعاد تختص بتقديم المعلومات للناس وتزويدهم بقاعدة للمعلومات أو لإضافة المزيد عليها وهي أيضا وسيلة للإقناع والتأثير وتشكيل الاتجاهات أو تغييرها أحيانا.

* **لقوي بوخميس، مالك شعباني**، وسائل الإعلام والوعي السياسي في المجتمع الجزائري، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد35، جامعة ورقلة،، 2018، ص 1172.

4- أحمد يحياوي سليمة، المرجع السابق، ص72.

3- المقاطعة

بعد فشل كل من أسلوب التوعية والدعاية للضغط على المحترفين تلجا جمعيات حماية المستهلك إلى أقوى وسيلة للدفاع، وهو أسلوب الدعوة إلى المقاطعة عن طريق التوقف أو الإمتناع عن الشراء وهي وسيلة ردعية تؤثر بشكل فعال على الجانب الإقتصادي والمالي للمحترفين.

ولأسلوب المقاطعة إنعكاسات وخيمة على المحترف الموجه ضده إجراء المقاطعة لأنها تعرضه للإفلاس بسهولة، لذلك يجب عدم اللجوء إلى المقاطعة إلا بعد إنذار المحترف بحذف الشروط التعسفية، ونظرا لتخوف الشركات وكذا معظم المحترفين من هذا الأسلوبّ وما يرتبه من مخاطر على مشاريعهم، نادى العديد بضرورة حرمان الجمعيات حماية المستهلك من مطالبة المستهلكين بتنفيذ المقاطعات للسلع لأنها تعرض مشاريعهم لخسارة جسيمة[1].

ثانيا: الدور الدفاعي

عندما يصبح الدور الوقائي لهذه الجمعيات عديم الجدوى وبدون فاعلية وذلك بفشل كل من أساليب التوعية وتحسيس المستهلك بتفادي المخاطر التي قد تلحقه من جراء انضمامه لعلاقة تعاقدية غير متوازنة، فإن الجمعيات تلجأ إلى وسائل ردعية دفاعية ضد المخالفين لدفاع عن مصالح المستهلكين والممثلة في اللجوء إلى القضاء ورفع دعاوي قضائية كحق استثنائي مخول لها في رفع الدعاوي أمام القضاء طالما تتصف هذه الأخيرة بالمنفعة العامة والطابع الرسمي بالتدخل سواء عن طريق دعوى أصلية أو عن طريق التدخل الإنضمامي[2] في دعوى سبق رفعها بواسطة واحد أو أكثر من المستهلكين، طبقا لنص المادة 65 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3].

فيتم تمثيل المستهلكين أمام كل من السلطات العمومية مثل رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي، ووزارة التجارة إذ لهذه الهيئات دور بارز لتحقيق الحماية اللازمة وذلك من خلال تطبيق إجراءات صارمة من سحب المنتوج أو غلق المحل[4]، وكذا التمثيل أمام الهيئات المختصة كالتمثيل أمام مجلس المنافسة، أو الهيئات الإستشارية كالمجلس الوطني لحماية المستهلكين، واللجنة الوطنية للمدونة الغدائية والمجلس الوطني للتقييس.

1- بغدادي مولود، المرجع السابق، ص 130.

2- أحمد يحياوي سليمة، المرجع السابق، ص 78.

3- القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية السابق الذكر.

4- علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 64.

فضلا على التمثيل أمام القضاء يمكنهم التأسيس كطرف مدني للحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة بهم والتي تصيب المستهلك[1] عن طريق الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلك، والإنضمام إلى الدعاوى المرفوعة مسبقا من قبل المستهلك، رفع دعاوى من طرف جمعيات حماية المستهلك للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين.

الفرع الثاني

المعوقات التي تحول دون مرونة التدابير المتخذة

إن الإصلاح وتقييم الأداء بكل موضوعية ينطلق من وصف الواقع بحقائقه[2] فبالرغم مما حظيت به الجمعيات من مساعدات وتحفيزات ذات اهمية معتبرة مكنتها من تكوين إطاراتها في الجانب الإداري والمالي، فقد وفرت لها وزارة التجارة فرصة المشاركة بإبداء آراءها واقتراحاتها في إطار الاجتماعات التي تجمع وزير التجارة بممثلي هذه الجمعيات، فضلا على فرصة التكوين من خلال انعقاد لقاءات مع متخصصين وخبراء في كل ما يتعلق بالمجالات التي تمس المستهلك عموما.

أولا: العراقيل الإدارية

يمكن تحديد أهم العراقيل الإدارية التي تعترض عمل الجمعيات على المستوى الداخلي وتعوق أداءها فيما يخص:

1- تأسيس الجمعية

الأصل أنه يكفي مجرد الحصول على وصل تسجيل تصريح التأسيس الذي يسلم من قبل السلطات العمومية في أجل ستون يوم على الأكثر من تاريخ الإيداع، لكي تكون الجمعية مؤسسة قانونا إلا أنه واقعيا نجد بعض الجمعيات تشتكي من صعوبة التأسيس بالرغم من إتمام إجرءات القانونية اللازمة، فهذا التعطيل عرقل قيام الجمعية بالعديد من النشاطات والتدخل في الكثير من الحالات[3].

1- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير حقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص219.

2- رفاع شريفة، نظرية الإدارة العامة الحديثة ودورها في معالجة إشكالية إدماج مفهوم الأداء في الخدمة العمومية، مجلة الباحث، العدد 06، جامعة ورقلة، 2008، ص114.

3- محمود بوسنة، الحركة الجمعوية في الجزائر- نشأتها وطبيعة تطورها ومدى مساهمتها في تحقيق الأمن والتنمية -، مجلة العلوم الإنسانية، العدد17، جامعة قسنطينة، 2002، ص 110.

2- مقر الجمعية

يفترض في أي عمل جماعي ضرورة التفكير والتشاور بين جميع الأطراف المشاركة فيه وهذا الأمر لا يتأتى إلا من خلال وجود مكان الاجتماع، ولهذا أجمع العديد من ممثلي الجمعيات على أن السبب الرئيسي في خمول جمعياتهم وعدم الإبداع والتنويع في نشاطاتها يعود إلى غياب مقر رئيسي اين يمكنها الاجتماع بأعضائها قصد تبادل الآراء والاقتراحات، فأغلب الجمعيات تفتقر لهذه الوسيلة الأساسية التي تعد الحد الأدنى من وسائل عملها، أمام هذه الحاجة تلجأ الجمعيات للإيجار أو الانسحاب أو الركود وإلا انتظار المناسبات حيث يتم دعوتها للمشاركة في الحملات التحسيسية أو الملتقيات[1].

3- أعضاء الجمعية:

إن من أهم العوائق التي تواجه الجمعيات في ممارسة دورها وفق الصلاحيات الممنوحة لها قانونا ضعف الخبرة نقص احترافية أعضائها، وعدم القدرة على فهم أبعاد ومغزى هذه الممارسات وعدم الثقة وعدم التأكد من توافر الخطأ المطابق للمخالفة، لأنه قد نجد الأشخاص المسيرة لسيو على دراية وإلمام كافي بالنصوص القانونية سواء تعلقت بالقانون الخاص أو وتلك التي تصب لصالح حماية الأطراف الضعيفة وما تتضمنه من تمثيل ودفاع أمام الجهات القضائية، وهو ما يؤثر سلبا على أداء الجمعيات ويحول دون مطالبتها بحقوقها وحقوق المستهلكين، فأغلب الجمعيات تفتقر لمشاركة المجتمع العلمي أو لكفاءات العلمية والنخب المتخصصة في عدة مجالات.

4-الموارد المالية:

إن العمل الميداني يشكل الدور البارز للجمعيات من خلال القيام بالحملات التحسيسية والإعلامية إجراء دراسات إعداد مجلات ونشرها، وغيرها من المهام التي تحتاج إلى وسائل مادية معتبرة وهو ما يخدم مصالح المحترفين إذ يعتبرون في ممارسة الجمعيات لمهامهم خسارة لهم ولهذا يعملون على الحد من أعمالهم عن طريق عدم تزويدهم بالمقرات ولا بالتمويل، وإن وجد فالتمويل لا يكون مجاني بل في مقابل قيام الجمعية بإشهار لمنتوجات الممول، وهو إجراء يتنافى مع طبيعة عمل الجمعية التطوعي[2] .

ثانيا: الصعوبات الميدانية

بالإضافة إلى العراقيل الإدارية تعاني الجمعيات من صعوبات ميدانية ينعكس على المستوى الخارجي لأنها تتعلق مباشرة بعلاقات الجمعيات وسط الجمهور ويمكن تحديد أبرزها **فيما يلي:**

1- بوبكر جميلي، خصائص الحركة الجمعوية في الجزائر من خلال النصوص التشريعية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسنطينة، 2001، ص 93.

2- بلحرش نوال، المرجع السابق، ص146.

1- يفترض ان تعمل الجمعية بشيء من التنسيق وتوحيد الجهود فيما بينها ليستفيد الجميع من نشاطاتها التحسيسية إلا أن الحقيقة تثبت الغياب التام لروح التعاون وتنسيق العمل، بل بالعكس يوجد نوع من التنافر والعدوانية بين ممثليها الأمر الذي يفوت فرصة تبادل الخبرات فيما بينها.

2- لقد سبق وذكرنا أن اعتماد الجمعيات على وسائل الإعلام لتوصيل رسالتها من أكثر الوسائل التي تساهم في خلق الوعي والتثقيف إذ تزود الجمهور أو لفئة منه[1] بمجمل أوجه النشاطات الاقتصادية بكافة المعلومات والحقائق الواقعية قصد خلق أكبر درجة من المعرفة.

3-أكثر الصعوبات التي تعاني منها الجمعيات حجم المخاطر التي قد يتعرض لها الأعضاء في علاقاتهم مع الأعوان الاقتصاديين نتيجة لنشاطهم الميداني فالحملات التحسيسية والمراقبة الميدانية لا تخلو من المتاعب، ففي غالب الأحيان ما يكون أداءهم عملهم التوعوي والتحسيسي محل اعتداء وعدوانية وضغط من قبل المتعاملين الاقتصاديين اللذين لا يشغل بالهم إلا الربح وقد يصل من الخطورة لدرجة التهديد الشخصي بسبب محاولات الكشف عن الغش والاحتيال المستعمل.

4-عادة ما تقوم الجمعيات في إطار مراقبتها الدورية والمستمرة ببعث شكاوي ومراسلات للجهات العمومية بقصد الإخطار بالممارسات الغير المشروعة لكي تقوم باتخاذ التدابير المناسبة، غير أن عدم أخذ المراسلات بعين الاعتبار جعل عمل الجمعية بدون فائدة وأصبح يقتصر الأمر على جمع الشكاوي من المواطنين ورصدها في أدراج مكاتبهم من دون تحريك ساكن .

خلاصة الباب الثاني

لاشك أن الحق وضعت له تعريفات عديدة لكن أرجح هذه التعريفات هو ذلك الذي يضع لعناصر الحق عنصرا لا يتجزأ منه وهو عنصر الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد الذي يسبغ على استثمار بالمال أو بالملكية طابعا قانونيا، وهذه الحماية تكفل لصاحب الحق ممارسة حقه على أفضل وجه والرجوع للقانون لحمايته إذا ما تعرض لمضايقات في هذه الممارسة.

لذا فإن إقرار القواعد القانونية الخاصة لحماية الطرف الضعيف يمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية لحماية حقوق الإنسان طبقا للفلسفة السياسية والقانونية التي تسود النظم القانونية المعاصرة، وهي الحماية التي اقرتها المواثيق والاتفاقات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان.

ويمكن القول ان العقد شريعة المتعاقدين أي قانونهما يلزمهما معا فيحتكمان إليه ويخضعان لقواعده على قدم المساواة دون ثمة تفرقة ما بين الطرفين، لهذا كان الأصل عدم التدخل في نطاق

1- لبنى سويقات، الإعلام المحلي وأبعاده التنموية في المجتمع دراسة تحليلية وصفية للخطاب الإعلامي، إذاعة ورقلة الجهوية نموذجا، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، وهران، 2010، ص127.

العقد لمناصرة أحد طرفيه ضد الآخر، إلا أنه لاعتبارات هامة دفعت المشرع والقضاء بعدم التقيد بهذه المساواة القانونية كونها لا تستند إلى مساواة فعلية بين الأشخاص، ومن ثم تزايد التدخل التشريعي والقضائي لحماية احد العاقدين بوصفه طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية.

فأمام ظاهرة تزايد العقود الخاصة بسبب السياسة الاقتصادية ترتب تراجع مكانة النظرية العامة للعقد بشكل كبير لحساب هذه الفئة الجديدة من العقود الأمر الذي أظهر ضرورة تخطي المبادئ الكلاسيكية لمواجهة التحدي الاقتصادي الجديد.

وبالتالي أضحت الحرية الاقتصادية هي أعلى مرتبة وأقوى أثرا من الحرية التعاقدية فالعروض التي تعلن عنها المعارض والعقود التي تنظمها وتحدد شروطها وآثارها، إنما غايتها تحقيق مصالحها الاقتصادية بغض النظر عن تحقيق الالتزامات التبادلية العادلة بين طرفي العقد، وهو ما جعل العقود الاقتصادية تتمتع بطبيعة خاصة تكمن في عدم التكافؤ الاقتصادي بين الطرفين.

مما دفع بالمشرع لاستعمال قواعد النظام العام الحمائي لتحقيق التوازن والقضاء على اللامساواة ومنح لها حماية قانونية من خلال اقترانها بجزاءات، ذلك أن التنمية الاقتصادية التي قادتها الشركات الكبرى بأفكار وخطوات رأسمالية قد سيطرت على الأفراد وجعلتهم يقبلون التعاقد بشروط مجحفة، هذه الآلية في التعاقد قد حولت طبيعة العقد من وسيلة للتفاوض والمساومة إلى نظام قانوني تتحكم به إرادة منفردة.

بالإضافة لذلك فقد تجاوز المشرع حماية الطرف الضعيف من فكرة الحماية الفردية إلى الحماية الجماعية بجعل الحماية وفق عمل جماعي منظم، يوكل أمره إلى الجمعيات لما تملكه من الخبرة والميزة ما لا تتوفر عليه باقي الهيئات الأخرى من خلال التحسيس والتوعية والاعلام واشراك مختلف الشرائح في المجتمع، من أجل نشر الوعي لدي المستهلك بل أكثر من ذلك منح القانون هذه الجمعية الحق في اللجوء الي القضاء لحماية المستهلكين نيابة عنهم في مواجهة المحترفين.

إلا أن هذا غير كافي لتحقيق النتائج المرجوة لأنها من جهة تفتقر إلى الدعم المادي وفيها من الثغرات ما يؤدي إلى قصورها، ومن جهة أخرى فإن الدور الذي تلعبه الجمعيات في الميدان العملي قليل بالرغم من الصلاحيات الممنوحة وهذا يرجع لنقص الوعي لدى الفرد أو عدم درايته بالجمعية والانخراط فيها.

وعليه فلا غنى للمشرع في التدخل لحماية الطرف المذعن وهذا التدخل له ما يبرره عن الخروج عن القواعد العامة، فالمشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الحق في الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للتغيرات والظروف المستجدة، يسعى من خلال هذه الإجراءات إلى حماية المصالح الحيوية

والضرورية في المجتمع، وتجدر الإشارة إلى أن المتغيرات الاقتصادية العالمية أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في آلياتها، وهذا من شأنه مساعدة الدولة على خلق قواعد قانونية كي لا يكون الطرف الضعيف ضحية هيمنة وسيطرة الطرف القوي.

خـــاتمـــة

خـاتـمــة

في ظل التطورات التي مست مجالات الحياة المختلفة وظهور عدة تشريعات خاصة فإن القواعد القانونية الكلاسيكية في إطار المفهوم الجديد للقاعدة القانونية التي تتجه للوظيفة الحمائية، لم تساير التطور الذي عرفته العلاقات فقد كشف التطور الهائل عن ظهور علاقات اقتصادية غير متكافئة أهم ما يميزها الخضوع من الناحية الاقتصادية يكون فيها الطرف المذعن غالبا المتعاقد الضعيف.

لقد رسخت القوة الاقتصادية بشكل واضح سيطرة الطرف القوي على الضعيف مما نتج عنه بروز جدلية التوفيق بين المصالح المتبادلة داخل العلاقات الاقتصادية، فقد بدأت الإرادة تحاط بشيء من القيود تحت مسمى السلطان الجزئي للإرادة، من خلال تعطيل دورها دون إعدامه في وجوب مراعاة النظام العام واحترام الشكلية وشيئا فشيئا ازدادت مظاهر تعطيل الإرادة والحد من دورها.

فكلما زاد مضمون العقد إلا وزادت التعديات والتدخلات في هذه التصرفات وزاد التقيد والحد من دورها مثل عقود الإذعان وما تحويه من شروط تعسفية، ووصولا إلى حد إلغاء هذا الدور تماما من المشرع تارة من خلال ازدياد النصوص الآمرة الموجهة والمنظمة، وعن طريق تدخل القاضي كما هو الحال في العقود الإجبارية تارة أخرى.

والأكيد أن التحكم في هذه المعاملات الاقتصادية من طرف المحتكر جعلته في وضع المستفيد أو القادر على فرض شروط في ظاهرها عادلة وباطنها تبدو مبنية على سوء النية، خاصة إذا ما نكل المحترف عن تنفيذ التزاماته العادية التي قد تعفيه من المسؤولية أو على الأقل تخفف منها، لذا فإن الطرف المذعن يظل مكتوف الأيدي خاصة وأنه وقع على العقد النموذجي الذي قدمه له المحتكر.

أمام التحولات الجدرية في بنية العقد فإن العقود التقليدية لم تصبح النموذج المثالي لمسايرة التطور الاقتصادي في ظل عقود يسيطر عليها طابع الإذعان، لذا شكلت حماية الطرف المذعن موضع اهتمام كل التشريعات فقد بادر المشرع الجزائري إلى إصدار قوانين ذات طابع وقائي أو حمائي قصد إعادة التوازن.

ولم يكتف في هذا المجال بالقواعد العامة للقانون المدني التي أصبحت قاصرة عن تحقيق هذا التوازن، بل تدخل بإصدار قوانين خاصة بنصوص آمرة في مضمون العقد مراعاة الضوابط القانونية التي تأخذ بعين الاعتبار ضعف أحد الأطراف في العقد الاقتصادي بما يواكب التطورات الاقتصادية تحقيقا للعدالة.

فمن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى أنه بالنظر للتطور الاقتصادي الذي يشهده العالم لم يعد مفهوم فكرة الإذعان تقليديا فقد كثر التطبيق الحديث له، وأصبح ينطوي إبرامه على أخطار تتمثل في

التفاوت في المقدرة الاقتصادية التي تجعل الطرف الضعيف عرضة للإضرار به نتيجة جهله بدروب التعاقد المعقدة.

وبهذا كان لابد لهذه الفكرة أن تخرج من إطارها الضيق الذي تواجدت فيه من قبل وأن يلحقها تطور عميق، فالعقود الاقتصادية ماهي عمليا إلا نوع من عقود الإذعان، بل وتعد مصدر حديثا لعقود الإذعان فالواقع أثبت أنها تخل بالتوازن العقدي دائما وتحابي أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، وتعمل على ترجمة الوضع القانوني والاقتصادي لذلك الطرف المسيطر.

لقد بينت هذه الدراسة ان تنفيذ العقد من جملة ما يفيده إعمال أثره على أرض الواقع، غير أن التقلبات الاقتصادية وما شهدته من تغلغل لفكرة الإذعان لا تعني تدهور نظرية العقد واضمحلال أهميته، فأدوات العقد لم تتغير وإنما كيفية استعمالها هو الذي تغير ذلك أن القوانين الاقتصادية مازالت تستخدم نفس أدوات القانون المدني حيث لم يعد سلطان الإرادة وحده من يحتكم إليه العقد، بل وجد إلى جانبه سلطان القانون في إطار تفكير قانوني متطور مما أنصف الطرف الضعيف في تلك العلاقة التعاقدية وأعاد للعقد التوازن المفقود.

ومن ثم يستخلص من هـذه الدراسـة:

- إن مبدأ سلطان الإرادة يشكل دون منازع رمزا لقانون العقود باعتباره من يحكم العلاقة العقدية في كل مراحلها، إلى أن أثبتت التطورات الاقتصادية الحديثة قصور النظرية القانونية الكلاسيكية في تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية.
- لم يعد في الإمكان القول بأن كل ما هو تعاقدي هو عادل لذا فقد قيدت الحرية الفردية إلى الحد الذي تحقق فيه مصالح الفرد والمصلحة العامة للمجتمع، فقد تدخل المشرع للحد من قوة الإرادة وفرديتها بتوجيه هذه العلاقة بما يستهدف الصالح العام والتوازن الإقتصادي .
- إن تطور المجتمعات أثر على المبادئ الكلاسيكية التي أصبحت لا تخدم العقد بصورته الحديثة وهذا راجع للتطورات الاقتصادية، وأيضا لحداثة بعض الوسائل والمستجدات القانونية ولهذا السبب أصبحت فكرة تعديل الأحكام العامة أو حتى إلغائها ضرورة حتمية.
- إن تشعب الحياة الاقتصادية اتسم بظهور تقنيات تعاقدية جديدة تبتعد في مفهومها وشروطها وخصائصها عن تلك الواقع تنظيمها صلب النظرية العامة للالتزامات، وأهم هذه التقنيات التي تسيطر على العلاقات التعاقدية الحديثة، ما اصطلح على تسميته بعقود الإذعان.

- إن العقود الاقتصادية تتعلق بدراسة عمليات التبادل بهدف اللحاق بركب عجلة التطور وأن فكرة الإذعان فيها تحققت نتيجة التحولات الاقتصادية التي تسعى جاهدة وراء الكسب السريع من طرف المحترفين، مما أتاح فرص فرض شروط على الطرف المذعن ولم يمنح للمتعاقد الضعيف فرصة الاستغناء عنها، واللجوء إلى التعاقد مع شركات أخرى لكون المنافسة في تقديم الخدمات محدودة النطاق .
- إن حاجة المتعاقد الضعيف الاضطرارية إلى هذه العقود الاقتصادية واقع محتم يؤدي إلى تثبيط همم الأطراف الضعيفة، بإقدامهم على إبرام تلك العقود تلبية لاحتياجات اقتصادية رغم يقينهم أنهم ضحية عقد غير عادل.
- أدى التطور الاقتصادي الحاصل إلى بروز فئات متفاوتة في المراكز فاختل التوازن العقدي بشكل ملحوظ بحيث ترك بصمته على النظام القانوني التقليدي للعقود في مقابل زيادة حركة العقود من الخاص إلى التخصص، مما جعل من العقود الاقتصادية تنطوي على لا تكافؤ قانوني وعلى لا تكافؤ اقتصادي يرجح لصالح الطرف القوي اقتصاديا .
- ترتب على التطور الاقتصادي تغلغل فكرة الإذعان في العقود فأصبحت تنعقد دون مناقشة أو مساومة بين الطرفين، بحيث يستطيع أحدهما بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على الطرف الآخ صيغة العقد وشروطه دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها.
- ترتب عن التحولات الاقتصادية منذ بداية القرن 19 بروز العقود الاقتصادية وتنامي ظاهرة القواعد الآمرة مما أدى إلى الاحترافية في مجال إعداد صيغ العقود وتعتبر ظاهرة تمذيج العقود حديثة العهد نسبيا، لذا فالعقد النموذجي ليس بعقد وإنما هو مجرد نموذج معد سلفا من طرف شخص محترف يعرض على العموم ليكون شكلا للعقود المحتملة.
- إن التحولات الاقتصادية أدت إلى ظهور ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الذي غير الصورة التقليدية لمبادئ العقد وفق لنظام العام التقليدي السائد وذلك من خلال اتساع المصلحة العامة وتوظيف الجانب الحمائي، فلم يعد النظام العام آداة الدولة لحماية المصالح العليا للمجتمع وإنما أصبح مجاله يتسع ليشمل العلاقات ما بين الأفراد باعتبارها جزء من مصلحة العامة.
- أمام تنوع العقود الاقتصادية فالطرف الضعيف بحاجة ماسة إلى نص قانوني يجمع بين الفعالية القانونية، وتحقيق النتيجة الواقعية التي من اجلها أبرم العقد وكان هذا التدخل

لإصلاح ما أفسدته الحرية العقدية، من خلال وضع قواعد آمرة لتحقيق أغراض تتعلق بالنظام العام الحمائي الاقتصادي، إذ أصبح مفهوم الرقابة لا يقتصر على الجزاء والعقاب، وإنما يسعى إلى التوجيه والإرشاد بغرض حماية الاقتصاد الوطني.

- أن النزعة المقررة لا تقف عند رقابة المشرع والقضاء بل قد أضاف القانون تدبير آخر عن طريق تفعيل اجهزة إدارية مختلفة مركزية أو محلية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ومن خلال تعاظم الدور النقابي والاتحادات والجمعيات المدافعة عن حقوق أفرادها، والتي ساهمت بشكل أو بآخر بالحد من نفوذ الأقوياء اقتصاديا.

ولعل أهم التوصيات المقترحة في الموضوع هي:

- تعديل نص المادة 90 من ق.م والمتعلقة بعيب الاستغلال وذلك بتوسيع أسباب الحماية وعدم حصرها على حالتي الطيش البين والهوى الجامح ليشمل وجود الشخص في حاجة ماسة إلى الشيء محل التعاقد أو قلة الخبرة الفنية والمعرفية.
- تعديل نصوص القانون المدني بما يضيف تنظيم مرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة مهمة يتقرر على أساسها وجود العقد من عدمه
- تفعيل المادة الأولى من القانون المدني التي تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا ويقصد بالمبادئ تلك التي لم تقنن بعد في شكل نصوص قانونية سدا للنقص التشريعي، والذي يكون القاضي ملزما بالرجوع إليها وجوبا والتي تبقى من القطعيات الثابتة مهما استطال الزمن ومهما تبدلت الأحوال ومهما تغيرت الأمكنة الأمر الذي تفتقر إليه القوانين الوضعية.
- إن غياب الرقابة الإدارية والقانونية هو اكتمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تعد من أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة طالما كان هناك محل معين وسبب مشروع، لذا من الضروري إخضاع العقود الاقتصادية المبرمة بين المحترفين والأطراف الضعيفة إلى **الرقابة القضائية** المسبقة من جهة، فضلا على تفعيل **الرقابة الإدارية** واقعيا – **الأعوان المكلفون بالرقابة** - من أجل حماية الطرف الضعيف من جهة أخرى.
- التدخل لتنصيص على **الجزاء المدني** المترتب في حالة تضمين العقد شروط تعسفية وعدم الاكتفاء فقط بالجزاء الجنائي وما ينشأ عنه من تعويض بالتبعية، مع ضرورة إعادة صياغة **الجزاءات** المقررة على المحترف بإدراج عقوبات سالبة للحرية فضلا على الغرامات المالية على

المخالفات المرتكبة، مع ضرورة إعادة النظر فيها نظرا لعدم كفايتها مقارنة مع حجم عائدات الممارسات الاقتصادية.

- ضرورة تبني المشرع لنظرية الإكراه الاقتصادي لتدارك غياب النص القانوني الذي يضمن التوازن العقدي من جهة وتعزيز الحماية القانونية لطرف الضعيف من جهة أخرى.
- إن حيوية موضوع الجمعيات لحماية الطرف الضعيف تقتضي تعزيز الصلاحيات القانونية لهذه الأخيرة لضمان فعالية نشاطها، وتخصيص ميزانيات معتبرة لها من أجل درء عجزها المالي لتتمكن من أداء دورها الحمائي بشكل إيجابي وفعال..
- نظرا لأثر فكرة الإذعان في تراجع مبدأ سلطان الإرادة وقلب موازين العقد أقترح على المشرع أن يتبنى فكرة الإذعان باعتبارها ترجمة فعلية للعلاقة الوطيدة بين القانون والاقتصاد من جهة وبين القانون ومبادئ الأخلاق من جهة أخرى، ضمن القواعد العامة للقانون المدني كمحور مستقل لما لها من أثر على العقود عموما والعقود الاقتصادية خصوصا، وذلك بجمع شتات التطبيقات المختلفة التي أوردها في مواد مختلفة من القوانين، وتنظيمها تحت عنوان نظرية الإذعان ليصبح للإذعان نظرية قائمة بذاتها لا تقل شأنا عن باقي النظريات الأخرى كنظرية السبب- الظروف الطارئة- التعسف في استعمال الحق.

قـائمـــــة

المصـــادر والـــمراجـــع

- **المراجع باللغة العربيـة**

1/ المصـادر:

أ- القرآن الكريم

ب- المعاجـم

- إبن منظور، لسان العرب، جزء 8، دار الحديث، مصر، 2003.
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، قسم المعاجم والقواميس، مكتبة لبنان، 2017.

ج- المصادر والمراجع في الشريعة وعلومها

- إبن تيمية،الفتاوى الكبرى، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، ط1، 1987، لبنان.

2/ الكتب العـامـة

1- أحمد لكحل، دور الجماعات المحلية في حماية البيئة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2016.

2- أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

3- أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الإقتصادية، دراسة تطبيقية على النظام الدستوري التعديلات الأخيرة وآفات التنمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2009.

4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات – مصادر الإلتزام- ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

5- أميد صباح عثمان، النظام القانوني للاحتراف المدني، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية،لبنان، 2012.

6- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

7- بوحنية قوي، الديمقراطية التشاركية في ظل الإصلاحات السياسية والإدارية في الدول العربية دراسة حالة "تونس، الجزائر، المغرب"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2015.

8- توفيق حسن فرج، الإثراء بلا سبب الكسب الغير المشروع كمصدر عام للالتزام، النظرية العامة للإثراء بلا سبب، الدار الجامعية، مصر، 1996.

9- جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

10- حسين بوشينة- نبيل صقر،بالدليل العملي للمحامي في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر،2007.

11- حليمة آيت حمودي ، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1986.

12- حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ وفق للقانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.

13- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.

14- دينيس لويد، ترجمة سليم الصويص، فكرة القانون، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1981.

15- رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد – دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2017.

16- روبرت ميرفي، دروس مبسطة في الاقتصاد، ترجمة، رحاب صلاح الدين، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2013 .

17- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009.

18- سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، بيروت. 1998،

19- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية، 2009.

20- شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد – التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء- طبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.

21- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004.

22- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جزء الأول، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

23- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2002.

24- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبنانية والقانون المدني المصري، جزء 1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

25- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانونيّ،العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعي، 1999.

26- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

27- علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد،الطبعة الثالثة،دار الموفم للنشر، الجزائر،2013

28- علي فيلالي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر،الطبعة الثانية، 2005.

29- علي فيلالي، الإلتزامات،النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008.

30- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر،2015.

31- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2009.

32- فريجة حسين، شرح القانون الإداري"دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

33- فؤاد بن غضبان، التنمية المحلية ممارسات وفاعلون، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ط1. 2015.

34- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007.

35- محمد السويدي، مقدمة في دراسة المجتمع الجزائري: تحليل سوسيولوجي لأهم مظاهر التغير في المجتمع الجزائري المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 1990.

36- محمد الكشبور، نظام التعاقد – القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة-، مطبعة النجاح الجديدة، الدر البيضاء، 1993.

37- محمد حسن قاسم، القانون المدني الإلتزامات – العقد- ج1،منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2018.

38-محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، 2000.

39- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة لإلتزامات مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، ط 04، الجزائر، 2007.

40- محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998.

41- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني –مصادر الإلتزامات وأحكامها- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

3/ الكتب المتخصصة

1- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، طنطا، 2014.

2- أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب " دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك لمواجهة القوة الإحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

3- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

4- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

5- أسامة خيري الرقابة وحماية المستهلك، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

6- أسامة عبد السميع، الإحتكار في ميزان الشريعة وأثره على الإقتصاد والمجتمع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2013.

7- إسماعيل عبد الرحمن وحربي عريقات، مفاهيم ونظم إقتصادية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان،2004.

8- أشرف فتحي الراعي، حق الحصول على المعلومات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

9- أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان – دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي- ، دار الكتب القانونية، مصر،2013.

10- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

11- أيمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود –دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

12- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الإقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

13- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، القاهرة،1995.

14-جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007.

15- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية – دراسة مقارنة-، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.

16- السالم سالم بن محمد، صناعة المعلومات، مكتبة الملك الفهد الوطنية، السعودية، ط1، 2005.

17- سامي خليل، الإقتصاد الدولي، دار النهضة العربية، مصر 2001.

18- سلمان زيدان، إدارة الخطر والتأمين، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

19- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986.

20- الصباغ عماد عبد الوهاب، علم المعلومات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

21- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، 2004.

22- عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعي، ط01، مصر،2008.

23- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنيت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.

24-عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1991.

25- عبد القادر العطير التأمين البري في التشريع دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

26- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

27- عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقود التأمين حقيقته ومشروعيته، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

28- عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية، 2006.

29- علي بولحية بن بوخيس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.

30- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة، بين الشريعة والقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2008.

31- فايز عبد الرحمان، الشروط التعسفية في وثائق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

32- فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2007.

33- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

34- ماهر ملندي، القانون الدولي الإقتصادي، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية، سوريا، 2018.

35- محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

36- محمد بن صوشة، إشكالية تمويل التنمية المحلية الواقع والأفاق، عمان، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع،2017.

37- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي- ،دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

38- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2015.

39- محمد حسن القاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

40- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.

41- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

42- محمد عبد الله مغازي، الحق في تكوين الجمعيات والمؤسسات الأهلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

43- محمود عبد الرحيم الديب، أحكام التأمين – دراسة لعقد التأمين-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

44- مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2007.

45- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت،2002.

46- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.

47- نبيل محمد مختار، إعادة التأمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

48- هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

49- هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، مصر، 1992.

50- وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.

51- ياسين ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الـ BOT،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.

4/ المطبوعات الجامعية

1- برابح يمينة، محاضرات في قانون التأمين لطلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، المركز الجامعي غليزان، 2019.

2- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، خلاصة محاضرات ملقاة على طلبة سنة أولى بكلية الحقوق، بدون سنة نشر، مطبعة فتح إلياس نوري، مصر.

5/ الأطروحات والرسائل الجامعية

أ/ الأطروحات:

1- احمد سويقات، الرقابة على أعمال الإدارة العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014-2015.

2- تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الإقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.

3- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان،2016/2015.

4- حميد بن شينتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، 1990،

5- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، رسالة دكتواره، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

6- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2013.

7- شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، رسالة الدكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم الساسية، 2016/2015.

8- عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، 1946.

9- عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، رسالة دكتوراه، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2018.

10- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري – دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، تيزي وزو ، 2014.

11- العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، اكدال الرباط، 2001/2000.

12-عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015/2014.

13- علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تلمسان، 2012.

14- عليان عدة فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016/2015.

15- فاضل خديجة، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، ، كلية الحقوق، الجزائر، 2015 .

16- قرواش رضوان، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2012.

17- محمد الهيني الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، المغرب،2005-2006.

18- محمد شيلح، تأويل العقود في قانون الإلتزامات والعقود، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي محمد بن عبدالله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، فاس. 1995-1996.

19- مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولودي معمر تيزي وزو، 2015.

20- نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية – عقد البيع نموذجا- رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد خامس، الرباط، 2004-2005.

ب/ رسائل الماجستير:

1- إبراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013.

2- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الشارقة الإمارات، 2008.

3- أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2011.

4- بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلكين في لجزائر- دور وفعالية-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2013.

5- بن يطو أمال، حماية المستهلك من الإحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010.

6- بوبكر جميلي، خصائص الحركة الجمعوية في الجزائر من خلال النصوص التشريعية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسنطينة، 2001.

7- بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير، قالمة، 2012/2011.

8- بوشامي نجلاء، المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 08/90:أداة للديمقراطية: المبدأ والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2006-2007.

9- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر تلمسان، 2008/2007.

10- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2002/2001.

11- جليد الشريف، دور الحركة الجمعوية بين المواطنين والدولة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002 .

12- جميلة عزيزي " حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2003.

13- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013/2012.

14- حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة ماجستير، كلية حقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2010 .

15- خديجة لعريبي، الرقابة الإدارية على البلدية في ظل قانون البلدية الجديد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2015.

16- خليفاتي عبد الرحمان، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير، ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

17- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مذكرة ماجستيرفي القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007..

18- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير حقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

19- زيد كمال أحمد المومني، آثار جائحة كورونا على عقود العمل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2021.

20- سبخاوي محمد، واقع وتقييم مجتمع المعلومات والإتصالات في الجزائر من خلال الطالب لجامعي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإقتصادية، جامعة الجزائر.

21- سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لإستخدام الشروط النموذجية في العقود الإستهلاكية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008.

22- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2008/2007.

23- شوقي بوتهلولة، الرقابة الإدارية على المنتخبين في قانون البلدية 10/11، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2013-2014.

24- شويح بن عثمان، دور الجماعات المحلية في التنمية المحلية-دراسة حالة البلدية-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011.

25- صادق صياد،حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير حقوق، جامعة قسنطينة1، 2014.

26- صافة خيرة، دور القاعدة الجزائية في ضبط النشاط الإقتصادي،–دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيارت،2013/2012.

27- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 2013/2012.

28- عائشة مزاري، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013.

29- عزيز محمد الطاهر، آليات تفعيل دور البلدية في إدارة التنمية المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2011/01/26.

30- علاق عبد القادر، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، تلمسان، 2008/2007.

31- علي عبد الله عفرين، حماية الطرف الضعيف في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الإمام الأعظم، جامعة بغداد، 2019.

32- علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، مذكرة ماجستير،كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

33- عنتري بوزار شهيناز، التعسف في العقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013.

34- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010-2011.

35- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2009/2008.

36- لبنى سويقات، الإعلام المحلي وأبعاده التنموية في المجتمع دراسة تحليلية وصفية للخطاب الإعلامي، إذاعة ورقلة الجهوية نموذجا، مذكرة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية، وهران، 2010.

37- مرزوقي قدار، إتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، 2013/2012.

38- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة ماجستير، كلية حقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014/2013.

39- معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014.

40- مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بخدة، 2009/2008.

41- مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2015/2014.

42- ميريني حنان، النظام العام الإقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2004.

6/ المقـالات.

1- . مزغيش عبير، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية لإختلال التوازن العقدي في عقود الإستهلاك التعسفية،مجلة الحقوق والحريات، العدد04، جامعة بسكرة، 2017.

2- أحمد عبد الرحمان الملحم، نماذج من العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 01، جامعة الكويت، 16 مارس ، 1992.

3- أحمد مبخوتة، شرماط سيد علي، التطورات الإقتصادية الحديثة وإعادة تنظيم الجانب التعاقدي في العقود الإدارية، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، العدد01،الجزائر، 2020.

4- إسمهان فسيو، شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري، مجلة الشريعة والإقتصاد،العدد03، قسنطينة،، 2018.

5- أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد01، المركز الجامعي تيندوف ، 2019 .

6- إقلولي أولد/ رابح صافية، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد: عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر1،العدد14، جامعة الجزائر،2020،

7- أكرم محمد حسين، ملاحظات في قانون حماية المستهلك العراقي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية،العدد10، كلية القانون بغداد، 2015.

8- أمينة رضوان، مدى مساهمة فيروس كورونا في إنهاء العلاقة العقدية، مجلة الباحث، العدد17، 2020.

9- برابح يمينة، مدى صلاحية القواعد التقليدية في قانون العقوبات للتطبيق على جرائم الكمبيوتر (جريمة السرقة نموذجا)، مجلة القانون،العدد01، المركز الجامعي أحمد زبانة، ديسمبر2015.

10-براشمي مفتاح، الركن المادي لصفة الإشهار التضليلي في التشريع الجزائري، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016،

11- براشمي مفتاح، الطعون في قرارات مجلس المنافسة والإشكالات الناجمة عنها، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2018.

12- بشاطة زهية، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار التي تسببها المنتوجات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد07، جامعة الوادي ،2013 .

13-بلباي نوال، عقد تسيير المؤسسة العمومية الإقتصادية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، المركز الجامعي نعامة،2019 .

14- بلول فهيمة، عن فعالية الإجراءات المتخذة لإصلاح الخدمة العمومية داخل مرفق البلدية، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2018.

15- بن أحمد الحاج، عقود الدولة الإقتصادية بين نظرية الكفاية الذاتية ومبدأ سلطان القانون، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد04، المركز الجامعي تيندوف، 2018 .

16- بن ناصر بوطيب، قاصدي مرباح، النظام القانوني للجمعيات في الجزائر قراءة نقدية في ضوء القانون 12-06، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، جامعة ورقلة، 2014.

17- بوخاتم أسية، أثار عيوب الإرادة على عقد الزواج – دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربي-، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة ،2017 .

18- بوراس لطيفة، نظرية العقد في مواجهة التحديات الإقتصادية، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، الجزائر، 2020.

19- بورصاص أمينة، نطاق الحرية التعاقدية في عقد البيع بالإيجار، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد05، قسنطينة. 2018.

20- بورطال أمينة، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 03، تلمسان، 2020 .

21- بوسعيد رويضة،عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري – دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية-، مجلة القانون والعلوم السياسية،العدد01، تلمسان، 2019.

22- بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 05، قسنطينة، 2018.

23-جامع مليكة، حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد1، جامعة غرداية، 2020.

24- جمام محمود، أميرة دباش، تأثير جودة المعلومات المحاسبة على اتخاذ القرارات الاستثمارية- دراسة عينة من المؤسسات الاقتصادية بولاية قسنطينة، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية ،العدد47، العراق، 2016.

25- جهيد سحوت، حماية المنافسة الحرة والمستهلك من الإحتكار بين الفكر الإقتصادي القانوني وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الصراط، العدد34، الجزائر ،2016.

26- حاسي جهاد، علي فتاك، الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد02، جامعة سعيدة،2020 .

27- حاسي جهاد، علي فتاك، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية بالتطبيق على قواعد اليونيداروا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد04، جامعة الجزائر، 2020.

28- حدة تمزور، داود منصور، تراجع حرية التعاقد في مرحلة الإبرام في ظل الدور الاقتصادي لعقود الأعمال، مجلة أنسنه للبحوث والدراسات، العدد01، جامعة زيان عاشورالجلفة ، 2021.

29- حزام فتيحة، التعاقد عن طريق الوسيط المؤتمت: خروج عن أحكام نظرية العقد، مجلةبحوث جامعة الجزائر1، العدد14،الجزائر، 2020.

30- حسيبة حوماش، التصدي لشروط التعسفية في عقد القرض بين التعديل والمنع، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد06، جامعة جيجل، 2018.

31- حسينة شرون- حملاوي نجاة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، العدد 04، بسكرة، 2017.

32- حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، 2020.

33- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوت والدراسات القانونية والسياسية، العدد01 ،جامعة المدية، 2017.

34- خراز محمد صالح، المفهوم القانوني لفكرة النظام العام، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، العدد09، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي الجزائر، 2018

35- خلدون عيشة، الملحق بين متطلبات تعديل الصفقة وضرورة ترشيد النفقات، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد02، جامعة شلف،2020.

36- ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد05، العراق،2000.

37- رباحي أحمد، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 05 ،جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، 2008.

38- ربحي تبوب فاطمة الزهراء، واقع النظرية العامة للعقد في البيئة الرقمية، مجلةبحوث جامعة الجزائر1، العدد2020،14.

39-ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد1، جامعة مستغانم ،2021.

40-رحمون عامر، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد09، جامعة الجلفة، 2018.

41- رحمون عامر، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية العدد23، جامعة الجلفة، 2019.

42- رشيدة العام، الحرية الفردية في المذهب الإشتراكي والإجتماعي، مجلة العلوم الإنسانية، العدد10، بسكرة، 2006.

43- رفاع شريفة، نظرية الإدارة العامة الحديثة ودورها في معالجة إشكالية إدماج مفهوم الأداء في الخدمة العمومية، مجلة الباحث، العدد 06، جامعة ورقلة، 2008

44- زغنوف عبد الغني، المعلومة وأهميتها في المجتمع المعلوماتي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد09، 2014

45- زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد04، جامعة النعامة، 2016.

46- سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، العدد47، قسنطينة، 2017 .

47- سارة عبد الصمد، التحليل الاقتصادي للعقد – دراسة مقارنة--، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد28، المغرب 2019.

48- سعاد بوختالة، منال بوروح، تقييد النظام العام الاقتصادي الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف،مجلة بحوث الجزائر1، العدد14، 2020 .

49- سكيل رقية، التعديل الدستوري لسنة 2016، دفع جديد لترقية الحقوق العمالية في الجزائر، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016.

50- سلطان بلغيث، مراد دريم، تمثيلات المجتمع المدني لدور المجالس البلدية في التنمية المحلية، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة تبسة، العدد07، 2018.

51- سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، حقيقة شركات التأمين، مجلة البيان،العدد22، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2012.

52-السيد عبد الهادي رشدي، المستهلك بين رهان الحماية وهاجس تلبية الحاجة في ظل فيروس كورونا، مجلة الباحث، العدد 18، 2021.

53- شافية كتاف، ذهبية لطرش، عقود المشتقات المالية بين الأهمية الإقتصادية والرؤية الشرعية، مجلة آفاق للعلوم، العدد07، جامعة الجلفة 2017.

54- شرشاري فاطنة، مجاجي منصور،حماية الطرف الضعيف بين المساس بالقواعد العامة وتحقيق العدالة العقدية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 02، الجزائر، 2020

55- الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة-، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد02،جامعة باتنة، 2014.

56- شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، العدد02،الجزائر، 2017

57- الصادق عبد القادر، القوة الملزمة للعقد في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة القانون والتنمية المحلية، العدد1، أدرار، 2019.

58- صبايحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمة للبحث القانوني، العدد04، بجاية، 2015 .

59- صليحة بن علي، خالدية مكي، إستحداث آليات لحماية رضا المستهلك الإلكتروني، مجلة بحوث جامعة الجزائر1،العدد14، 2020.

60-طالب محمد كريم، تدخل الدولة في تحديد الأسعار كإستثناء على مبدأ حرية الأسعار، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016.

61- طعابة حدة، عيسى لحاق، النظام القانوني لإشراف والرقابة على نشاط التأمين في الجزائر، مجلة صوت القانون، العدد 01، جامعة خميس مليانة، ، 2021.

62-عاشور علوطي، الظروف الفيزيقية كأحد العوامل المؤثرة في أداء وصحة العمال، مجلة أبحاث نفسية وتربوية، العدد 08، قسنطينة، 2016.

63- عاشور فاطيمة، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 07، جامعة البليدة، 2019.

64-عامر القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك، مجلة النهرين، العدد02، العراق، 2018

65-عبد المغيث الحاكمي، دور القانون والقضاء في الحد من تأثير فيروس كورونا على العلاقات التعاقدية، مجلة الباحث، العدد7، 2020

66- عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، العدد01، الإمارات ، 1966 .

67-عبدالله قادية، الصندوق الوطني للتأمين على البطالة من التأمين إلى التشغيل، مجلة الراشدية العدد07، معسكر،2010،

68- عبوب زهيرة، حق المستهلك في الإعلام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد01، جامعة شلف، 2015.

69- عثماني بلال، القاضي طرف ثالث في العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد1، جامعة بجاية، 2017.

70- عدنان إبراهيم سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق – المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات-، مجلة المفكر، العدد08، جامعة محمد خضير،بسكرة، 2012.

71- عدو حسين، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري- ، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي-أحمد زبانة- ،2018.

72- علي حساني، الالتزام بضمان الضرر في عيوب المنتجات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 04، جامعة الجزائر،2011.

73- علي شهاب أحمد، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة وأثرها على التزامات الناقل للشيء في عقد نقل ضمن قانون النقل العراقي، مجلة كلية القلم، العدد24، جامعة كركوك،.2020

74- عليان بوزيان، دور فكرة النظام العام الإقتصادي في حماية المستهلك – دراسة مقارنة بمبادئ الفقه الإسلامي، مجلة الخلدونية، العدد04، تيارت، 2010.

75- فارح وليد، بن أحمد الحاج، عقود الدولة الإقتصادية بين التوطين والتدويل، مجلة الدراسات الحقوقية،العدد01، جامعة سعيدة، 2021.

76- فاضل خديجة، تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود، مجلة بحوث جامعة الجزائر1،العدد14، 2020.

77- فوزي قدور نعيمي، مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد03، العراق، 2019.

78- قادة شهيدة، التزام العون الاقتصادي بالإعلام، دراسة في القانون المقارن والجزائري حسب آخر التعديلات، مجلة الراشدية، العدد07، معسكر، 2010.

79- قادة شهيدة، إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام، دراسة في القانون المقارن والجزائري حسب آخر التعديلات، مجلة الراشدية،العدد07، معسكر، 2010.

80- قحموص نوال، خصوصية العلاقة العقدية في التشريعات الخاصة – دراسة حالة-، مجلة بحوث جامعة الجزائر1،العدد14، 2020.

81- قلوش الطيب، الآثار المدنية لإخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام، مجلة القانون، العدد01، المركز الجامعي غليزان، 2016.

82- قورش قورش ليلى، حماية الطرف الضعيف من البنود التعسفية بموجب العنصر المعنوي لتكوين العقد – دراسة حالة عقد التأمين، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، العدد 03، جامعة الجلفة، 2019.

83- كراش ليلى، حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 14،الجزائر، 2020.

84- كهينة قونان، آليات إعادة التوازن في عقود الاستهلاك: إبطال الاتفاقات المخففة والمعفية من مسؤولية المنتج،مجلة حوليات جامعة الجزائر1، العدد14،. 2020.

85- لحاق عيسى، زروق مروان، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية العدد30، جلفة، 2020.

86- لقوي بوخميس، مالك شعباني، وسائل الإعلام والوعي السياسي في المجتمع الجزائري، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد35، جامعة ورقلة،، 2018.

87-اللومي عبد الرؤوف، الإكراه الإقتصادي، مجلة الدرسات القانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، العدد،22، 2015.

88- ليلى جمعي، ضمان العيوب والتوازن العقدي في قانون حماية المستهلك، والحضارة الإسلامية، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 22، وهران، 2014.

89- م.م مها رمزي محمد علي الحاج يونس، وسائل حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد37، العراق،2021.

90- مباركي ميلود،دعوى المنافسة الغير المشروعة في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المركز الجامعي صالحي أحمد نعامة، 2015.

91- محمد جاسم محمد، مدى إنطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية – دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، بغداد. 2019.

92- محمد شاكر محمود، الوسائل القانونية لحماية المستهلك في عقود الإذعان دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القلم،كركوك، 2019.

93- محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، العدد02، جامعة الجزائر، 2010.

94- محمود بوسنة، الحركة الجمعوية في الجزائر- نشأتها وطبيعة تطورها ومدى مساهمتها في تحقيق الأمن والتنمية -، مجلة العلوم الإنسانية،العدد17، جامعة قسنطينة، 2002.

95- محمودي مليكة، إحتكار الإرادة، الحقيقة للوجه الجديد للتعاقد – نماذج العقود، بحوث جامعة الجزائر1، العدد14، 2020.

96- محي الدين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية المستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد01، جامعة سيدي بلعباس، 2018.

97- المديرية الجهوية للتجارة، دليل البنود التعسفية، باتنة، 2019.

98- مراومية صبرينة، تعديل العقد في المرحلة التنفيذية ودوره في تعزيز مراكز المتعاقدين، حوليات جامعة الجزائر01، العدد2020،14.

99- مسلم الطاهر، محاربة الإحتكار في الفرنشيز بين الشريعة والقانون، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد01،بجاية، 2020.

100- منال بوروح، مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد02،جامعة عمار ثليجي الأغواط،2019.

101- منصوري محمد، الإحتكار في الأسواق رؤية فقهية إقتصادية، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد02، الأغواط، 2016.

102- موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 02، الجزائر، 2015.

103- موفق نورالدين، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان، مجلة القانون، العدد03،المركز الجامعي غليزان، 2019.

104- موهاب سارة، حليس لخضر، علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد01، جامعة شلف،2021.

105- ميلود ميهوبي، أحكام الإحتكار في الفقه الإسلامي وأثاره على حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات، العدد 13، جامعة الوادي، 2012.

106-نسيغة فيصل، دنش رياض، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد05،جامعة بسكرة،2005.

107- نغم حنى رؤوف، العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأروبية، مجلة العلوم الإنسانية، . العدد02، جامعة تكريت، العراق،2007.

108- الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية المؤدية للإذعان – دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق، العدد02، جامعة البحرين،2013.

109-يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 2، قسنطينة ،2019.

7/ المداخلات

1- عمارة مسعودة، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية، مداخلة بملتقى دولي بعنوان التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 23-24 أفريل2014، مجلة سداسية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

2- بلمهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان" التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 24/23 أفريل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015.

3- نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 23و24 أفريل، 2014، مجلة سداسية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

8/ **النصوص القانونية :**

أ/ النصوص التشريعية

- **الدستور:**

1- القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر. للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، عدد 14، المنشورة في 07 مارس 2016 .

2- دستور 1996 المعدل سنة 2020، ج.ر.للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 ، عدد 82، المنشورة في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق لـ30 ديسمبر 2020.

- **القوانين:**

1- القانون رقم 88-01 ، المؤرخ في 1988/01/12، المتضمن للقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج ر عدد30 المنشورة في 1988/01/13.

2- القانون 90-11 المؤرخ في 1990/04/12 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 97-02 المؤرخ في 1997/01/11.

3- القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشنت 2010، ج.ر عدد46.

4- القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21،المنشورة في 2008/04/23.

5- القانون 09-03 المؤرخ في 2009/03/08 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 15 المنشورة بتاريخ 2009/03/08

6- القانون 11-10 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 20رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو سنة 2011

7- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02 المنشورة في 15 جانفي 2012.

8- القانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 المؤرخة في 2009/02/08 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل10يونيو سنة 2018، ج.ر.ع 35 المنشورة في 13 جوان 2018..

9- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، عدد 28 المنشورة في 2018/05/16.

- **الأوامر**

1- الأمر89-12 المتعلق بالأسعار المؤرخ في 1989/07/05، ج ر عدد 29، 1989، ج.ر.عدد 29 لسنة 1989 والذي ألغي بموجب الأمر06/95 المؤرخ في 22 رمضان 1415 الموافق ل 22 فيفري 1995.

2- الأمر 96-01 المؤرخ في 1996/01/10 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج ر عدد03، المنشورة في 1996/01/13.

3- الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها والمؤرخ في 20 أوت2001 المعدل والمتمم، ج ر العدد47، المنشورة بتاريخ 22 أوت 2001.

4- الأمر 04/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات الإستيراد البضائع وتصديرها، ج.ر.ع 43، المنشورة بتاريخ 30 يوليو 2003.
5- الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر.ع 15 المنشورة في 2006/03/12 .
6- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ر، العدد78 المؤرخة في 1975/09/30 والمعدل بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13ماي 2007، ج.ر، عدد 31 المنشورة سنة 2007.
7- الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، 2003 المعدل بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في سنة 2008 والقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشت لسنة 2010.
8- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات،ج ر، عدد49، االمنشورة في 11جوان1966، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، ج ر عدد07، المنشورة بتاريخ 14 فيفري2014.

ب/ النصوص التنظيمية

- **المراسيم**

1- المرسوم التنفيذي رقم 92-41 المؤرخ في1992/02/04 المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكييفها وتسويقها في السوق الوطنية وكيفيات ذلك، ج ر،عدد09 سنة 1992 والملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 37/97 المؤرخ في 14 يناير 1997، ج.ر.ع 04 المنشورة بتاريخ 15 يناير 1997 .
2- المرسوم التنفيذي 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، تحدد صلاحيات وزير التجارة، ج.ر عدد 85 المنشورة في 22 ديسمبر 2002.
3- المرسوم التنفيذي رقم 89-147 المؤرخ في 08 أوت 1989، المتضمن إنشاء مركز الجزائري لمراقبة - النوعية والرزم وتنظيمه وعمله، ج.ر عدد 33 الصادرة في 09 أوت 1989والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 318/03 الصادر بتاريخ 30سبتمبر 2003، ج.ر.ع 59 المنشورة بتاريخ 05 أكتوبر 2003.

4- المرسوم التنفيذي رقم 92-25 المؤرخ في 1992/01/13 المتعلق بشروط استعمال المواد المضافة إلى المنتوجات الغدائية وكيفيات ذلك، ج ر، عدد1992،05 والملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 214/12، المؤرخ في 15 مايو 2012، ج.ر.ع 30 المنشورة بتاريخ 16ماي 2012.

5- المرسوم التنفيذي رقم 12-355 والمحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين وإختصاصاته، ج رعدد56 المنشورة في 02أكتوبر/2012.

6- المرسوم التنفيذي رقم 97-473، المؤرخ في 11 يناير 1997، ج.ر العدد03 المؤرخ في 12يناير 1997والملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم327/13 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، ج.ر.ع 49 المنشورة بتاريخ 02 أكتوبر2013.

7- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ج ر عدد58.، المنشورة في 09/نوفمبر/2013.

8- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/12 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.رعدد 24المنشورة في 2015/05/13.

9- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، ج.ر.ع 07المنشورة بتاريخ 10 فيفري 2008 والتي تم تنصيبها بتاريخ 27 نوفمبر2017.

10-المرسوم التنفيذي رقم 21-422 المؤرخ في 04نوفمبر2021 المتضمن إنشاء شبكة مخابر وتحاليل النوعية وتنظيمها وسيرها، ج.رعدد، 84.المنشورة في 04نوفمبر 2021.

- **المراجع باللغة الأجنبية:**

Les Ouvrages :

A/ Les Livres

1- ROGER HOUIN , Droit commercial ,8eme éd, Dalloz,paris,1985,

2- Petit Robert, dictionnaire de la langue française, v abus,éd,1990

3- Francois Collant Dutulluel, philippe Delebeque : Contrats civils et commerciaux 2é éd précis Dalloz 1991.

4- Francois Terré, philippe simler,yves Lequette,Droit civil ,les obligations Dalloz 5éme édition 1993
5- J.calais-Aulay et f.steiennmetz, droit de la consommation 5eme édition,Dalloz, paris,2000.
6- BEN CHENEB ALI , le droit Algérien des contrats, donnée fondamentales, édition AJED, 2001.
7- Marie caroline vincent-Legoux, » l'ordre public étude de droit comparé interne,01ere édition, presses universitaires de France,paris,2001
8- Florence Canut, «l'ordre public en droit du travail» tome, 14 éditions, , L.G.D.J paris, 2007 .

B/ Les thèses

1- Didier Thomes : contrat d'adhésion Mémoire de D.E.S Montpellier 1971
2- Alexandre Brand, contribution a l'étude de la socialisation du droit des contrats, thèse de doctorat, Lille2 2001.
3- Julien Neveu, les obligation légales de mégocier en entreprise, mémoire de master, université de Nantes 2013.
4- Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion,. Etude comparée des droits français et koweïtien, Thèse Ecole doctorale Droit, science politique et histoire, université de Strasbourg, 2017

C/ Les Articles

1- Pichon Victor : des contrats d'adhésion, thèse Lyon 1912.
2- M.E.H. Perreau : Clauses manuscrites et clauses imprimées, R.T.D. civ 1927
3- Jacques Leaute, les contrats types,R..D. 1953
4- Berlioz G. le contrat d'adhésion, LGDJ , 1973
5- Bendedouch, déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie , revue algérienne des sciences juridique, économiques et politiques,1981,.
6- Adrian popovici : les contrrats d'adhésion un probléme dépassé in Melange Louis Boudain,2000.

7- Denis Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel » , revue des contrats , L.G.D.J paris, 2003.

8- Denis Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel » , revue des contrats , L.G.D.J paris, 2003.

9- Le fébre –T-. L'expertise face a' la production d'information financiéres des sociétés, institut de droit des affaire, Aix Marseille, 2004.

10- Trari-Tani Mostapha « justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial , » revue des études juridiques, n06,2009 Faculté de droit Telemcen

11- Omar Kareem Kazem,GawadKazemSemisem,Economic coercion Analytical study in light of the new contract law and the French judiciary, Faculté de droit 2019 .

الـــفهرس

المقدمـــة	1
الباب الأول: التأصيل النظري لفكرة الإذعان	11
الفصل الأول: نشأة فكرة الإذعان في العقود	13
المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الوضعية	15
المطلب الأول: نظرية سلطان الإرادة	16
الفرع الأول: تطور مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات القديمة	17
أولا: القانون الروماني	17
ثانيا: القانون الكنسي	20
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة	21
أولا: مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي	22
ثانيا: انعكاسات مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي	23
الفرع الثالث: دور الفقه القانوني في تطوير مبدأ سلطان الإرادة	24
أولا: إطلاق الحرية في ظل المذهب الفردي	25
ثانيا: تقييد الحرية في ظل المذهب الاجتماعي	29
المطلب الثاني: مضمون سلطان الإرادة	33
الفرع الأول: الحرية التعاقدية في إبرام العقود	34
أولا: ماهية الحرية التعاقدية	34
ثانيا: مبدأ الحرية التعاقدية في التشريع الجزائري	37
الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد	40
أولا: مضمون القوة الإلزامية	41
ثانيا: أثر القوة الإلزامية في العقود	44
المبحث الثاني: بلورة فكرة الإذعان في العقد الاقتصادي	45
المطلب الأول: نحو فكرة الإذعان كأساس حديث في العقد الاقتصادي	46
الفرع الأول: قصور التصور الكلاسيكي للعقد	47
أولا: نظرية عيوب الإرادة	47
1-عيب الاستغلال	47
2-عيب الإكراه	50
3-عيب الغلط	52
4-عيب التدليس	52

ثانيا: نظرية الإثراء بلا سبب	55
ثالثا: نظرية السبب	55
رابعا: نظرية التعسف في القانون المدني	57
الفرع الثاني: تأثير مقتضيات المصلحة العامة على نشأة عقود الإذعان	59
أولا: أثر النظام العام على المجال التعاقدي	60
ثانيا: أثر الآداب العامة على المجال التعاقدي	64
الفرع الثالث: اقتضاء الشكلية في العقود	67
أولا: تطلب شرط الكتابة في العقد	68
ثانيا: تطلب إثبات بيانات معينة في العقد	69
المطلب الثاني: الإطار المفاهيمي للإذعان	70
الفرع الأول: مفهوم الإذعان	72
أولا: المفهوم الفقهي	75
ثانيا: المفهوم القانوني	76
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإذعان	77
أولا: أنصار النظرية اللاتعاقدية لعقود الإذعان	78
ثانيا: أنصار النظرية التعاقدية	80
الفرع الثالث: خصائص عقد الإذعان	82
أولا: الخصائص المشتركة لعقد الإذعان بالعقود عامة	82
1عقد الإذعان من العقود الرضائية	82
2- عقود الإذعان من العقود المعاوضة	83
3- عقود الإذعان ملزمة لجانبين	83
4- عقود الإذعان من عقود المدة	83
ثانيا: الخصائص الذاتية لعقد الإذعان	84
1-إيجاب موجه للعموم	84
2-التفوق الاقتصادي والتقني	85
3-حالة الضرورة	86
الفصل الثاني: علاقة العقد الاقتصادي بفكرة الإذعان	87
المبحث الأول: مجال ارتباط العقود الاقتصادية بفكرة الإذعان	90
المطلب الأول: النطاق الشخصي للعقد الاقتصادي	92

الفرع الأول: خصوصية الطرف القوي في إطار العقد الاقتصادي	94
أولا: مفهوم المحترف فقها	95
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	96
ثالثا: تطبيقات القوة التعاقدية في عقد التأمين كعقد اقتصادي	100
الفرع الثاني: خصوصية الطرف الضعيف في إطار العقد الاقتصادي	103
أولا: مفهوم الطرف الضعيف	104
1-المفهوم اللغوي لطرف الضعيف	104
2-المفهوم القانوني لطرف الضعيف	105
ثانيا: مفهوم المستهلك	106
1- علاقة المستهلك بفكرة الطرف الضعيف	106
2-المفهوم الفقهي والتشريعي للمستهلك	108
ثالثا: تطبيقات الضعف التعاقدي في عقد العمل كعقد اقتصادي	111
المطلب الثاني: النطاق الموضوعي للعقد الاقتصادي	114
الفرع الأول: تأثير القوة الاقتصادية على اتساع فكرة الإذعان	115
أولا: ماهية الاحتكار	115
ثانيا: دوافع الهيمنة الاقتصادية	119
ثالثا: تكييف الاحتكار كقوة اقتصادية في مجال النقل البحري	123
الفرع الثاني تأثير التفاوت المعرفي في العقد الاقتصادي	125
أولا: مفهوم التفاوت المعرفي	126
ثانيا: أثر قوة المعلومة على التوازن العقدي	127
ثالثا: تطبيقات التفاوت المعرفي في العقد الإلكتروني كعقد اقتصادي	129
المبحث الثاني: مظاهر ارتباط العقد الاقتصادي بفكرة الإذعان	131
المطلب الأول: إبرام وتنفيذ العقود الاقتصادية	132
الفرع الأول: الإذعان في إبرام العقود الاقتصادية	132
أولا: الإيجاب في العقود الاقتصادية	134
ثانيا: القبول في العقود الاقتصادية	135
ثالثا: الإكراه الاقتصادي	137
الفرع الثاني: الإذعان في تنفيذ العقد الاقتصادي	139
أولا: أثر التفاوت الاقتصادي على تنفيذ العقد	139

ثانيا: أثـر التحريـر الأحـادي على تنفيـذ العقـد الاقتصـادي	140
المطلب الثاني: الاعتراف القانوني بالإذعـان في صورة العقـود النموذجيـة	143
الفرع الأول: خصوصية العقود النموذجية كأثر للتفوق الاقتصادي	144
أولا: مفهـوم العقـود النموذجيـة	144
ثانيا: أنواع العقود النموذجية	148
الفرع الثاني: القيمة القانونية للعقـود النموذجيـة	150
أولا: مبررات ظهور ها	150
ثانيا: الطبيعـة القانونيـة للعقـود النموذجيـة	152
خلاصة الباب الأول	154
الباب الثاني: وسائل مواجهة اختلال التوازن في عقود الإذعان الاقتصادية	157
الفصل الأول: الحماية التشريعية للطرف المذعن في العقود الاقتصادية	159
المبحث الأول: مواجهة اختلالات التوازن العقدي الاقتصادي وفق القواعد العامة	160
المطلب الأول: الرقابة السابقة لفكرة الإذعان في العقود الاقتصادية	162
الفرع الأول: استبعاد الشروط التعسفية	163
أولا: ماهية الشرط التعسفي	164
ثانيا: معايير تحديد طابع التعسف	167
الفرع الثاني: التشديد في الالتزامات التعاقدية	170
أولا: فرض الالتزام بالإعلام لإعادة التوازن العقدي	171
1-مفهوم الالتزام بالإعلام	172
2- دور الالتزام بالإعلام	175
3-تطبيقات الالتزام بالإعلام	177
• الوسم	177
• دليل الاستعمال	179
ثانيا: الالتزام العام بالسلامة والضمان	180
1-الالتزام بضمان العيوب	180
2-الالتزام بالتسليم	182
1- الالتزام بضمان السلامة	184
المطلب الثاني: الرقابة اللاحقة لفكرة الإذعان في العقود الاقتصادية	186
الفرع الأول: ضبط الإرادة التعاقدية	187

أولا:الظروف الطارئة	187
ثانيا: الشرط الجزائي	191
الفرع الثاني: إعادة التوازن العقدي	194
أولا: تفسير العقد	195
ثانيا: تعديل العقد	200
المبحث الثاني: مواجهة اختلالات التوازن العقدي الاقتصادي وفق القواعد الخاصة	201
المطلب الأول: الجزاء المدني لإعادة التوازن العقدي الاقتصادي	201
الفرع الأول: الشروط المحظورة بقوة القانون – القائمة السوداء-	202
أولا: القائمة المنصوص عليها في قانون 04-02	204
1-الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد	204
2- الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد	205
3-الشروط المتعلقة بانحلال العقد	206
ثانيا: الشروط الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306	206
1-الشروط المتعلقة بتكوين العقد	206
2-الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد	207
3- الشرط التعسفي المتعلقة بانحلال العقد	208
4-الشروط المتعلقة بممارسة الحقوق القضائية	208
الفرع الثاني: الشروط الخاضعة لتقدير القاضي – القائمة الرمادية-	209
المطلب الثاني: الجزاء الجنائي المقرر في إطار العقود الاقتصادية	211
الفرع الأول: العقوبات العامة	212
الفرع الثاني: العقوبات الاستثنائية	214
الفصل الثاني: الآليات الهيكلية للرقابة على عقود الإذعان الاقتصادية	214
المبحث الأول: الأجهزة الإدارية المخولة بالرقابة في العقود الاقتصادية	215
المطلب الأول: لجنة البنود التعسفية	216
الفرع الأول: مفهوم لجنة البنود التعسفية	216
الفرع الثاني: تكوين لجنة البنود التعسفية لمباشرة اختصاصاتها	217
أولا: شروط تكوين لجنة البنود التعسفية	217
ثانيا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية	218
المطلب الثاني: أجهزة الدولة المكلفة بالرقابة على العقود	220

الفرع الأول: الهيئات المركزية المكلفة بالرقابة	220
أولا: فيما يخص وزارة التجارة والمديريات التابعة لها	220
ثانيا: فيما يخص الهيئات المتخصصة التابعة لها	222
الفرع الثاني: الهيئات المحلية المكلفة بالرقابة	223
أولا: مصالح الولاية	223
ثانيا: مصالح البلدية	225
المبحث الثاني: دور المجتمع المدني في الرقابة على العقود الاقتصادية	227
المطلب الأول: الحق في إنشاء الجمعيات	228
الفرع الأول: الإطار القانوني للجمعيات	229
أولا: تعريف الجمعيات	229
ثانيا: صفة المنفعة العمومية للجمعيات	232
الفرع الثاني: الإجراءات القانونية لتأسيس الجمعيات	232
أولا: الشروط الموضوعية	233
ثانيا: الشروط الإجرائية	233
المطلب الثاني: تكريس إرادة الجمعيات في مواجهة العقود الاقتصادية	234
الفرع الأول: تقييم فعالية جهود الجمعيات	234
أولا: الدور الوقائي	235
ثانيا: الدور الدفاعي	238
الفرع الثاني: المعوقات التي تحول دون مرونة التدبير المتخذة	239
أولا: العراقيل الإدارية	239
ثانيا: الصعوبات الميدانية	240
خلاصة الباب الثاني	241
خاتمة	244
قائمة المصادر والمراجع	249
الفهرس	277

ملخص

أظهرت خصوصية العقد الاقتصادي كعقد إذعان يتسم باختلال التوازن العقدي عجز القواعد التقليدية للعقد في القانون المدني وعدم كفايتها لتحقيق المساواة العقدية ومواكبة التطور الحاصل بسبب التفوق التفاوضي والتنافس الحاد، فضلا على فائق الاحترافية والاحتكار للطرف القوي اقتصاديا في مواجهة طرف ضعيف لا يعلم عن العقد الاقتصادي إلا ما قدمه المتعاقد المحترف، الأمر الذي دفع بالتفكير في صياغة عقود نموذجية أدت إلى بلورة فكرة الإذعان التي توجه للطرف الضعيف محملة بشروط أغلبها تعسفية، كل هذا عكس توجها تشريعيا ذو طابع حمائي تدخل فيه المشرع في العقد الاقتصادي بهدف إعادة التوازن العقدي وحماية الطرف المذعن اقتصاديا من خلال التدخل القضائي تفعيل الأجهزة الإدارية والدور الفعال للمجتمع المدني.

الكلمات الدالة: قوة اقتصادية، عقد إذعان، اختلال التوازن العقدي، الشروط التعسفية.

Résumé :

La spécificité du contrat économique, en tant que contrat d'adhésion caractérisé par un déséquilibre contractuelle ; a montré l'incapacité des règles traditionnelles du contrat en droit civil et leur insuffisance à réaliser l'égalité des contrats et à suivre l'évolution en cours du fait de la supériorité de négociation et une concurrence intense et déloyale, ainsi que l'ultra-professionnalisme et le monopole de la partie économiquement forte face à une partie faible qui ne connaît pas le contrat économique sauf quoi Présenté par le contractant professionnel, ce qui a incité à réfléchir à la rédaction de contrat type; qui a conduit à la cristallisation de l'idée d'adhésion dirigée vers la partie faible chargée de conditions, dont la plupart sont arbitraires. Ingérence judiciaire, activation de l'appareil administratif et du rôle effectif de la société civil

.

Mots clés

le contrat d'adhésion,La force économique,Les conditions abusifs,le déséquilibre contractuelle

Summary:

The specificity of the economic contract, as a contract of submission characterized by a nodal imbalance, showed the inability of the traditional rules of the contract in civil law and their inadequacy to achieve contract equality and keep pace with the development taking place due to negotiating superiority and intense competition, as well as the ultra-professionalism and monopoly of the economically strong party in the face of a weak party who does not know about the economic contract except what It was presented by the professional contractor, which prompted the thought of drafting model contracts that led to the crystallization of the idea of submission directed to the weak party loaded with conditions, most of which are arbitrary. Judicial meddling, activating the administrative apparatus and the effective role of civil society.

Key words: economic power, contract acquiescence, nodal imbalance, arbitrary conditions