جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الأحكام القانونية للعقود النموذجية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث
تخصص عقود مدنية وتجارية

إعداد الطالبة:
حاسي جهـاد

تحت إشراف:
أ.د/ فتاك علي

أعضاء لجنة المناقشة:

عليان بوزيان	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	رئيسا
فتاك علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مشرفا ومقررا
مقني بن عمار	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا
عجالي خالد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا
بوبكر مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة 2	ممتحنا
شيعاوي وفاء	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجزائر 1	ممتحنا

السنة الجامعية 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكـر

الحمد لله لذي ليس لقضائه دافع، ولا لعطائه مانع، ولا كصنعه صانع، وهو الجواد الواسع، الحمد لله حمدا طيبا مباركا حتى يبلغ الحمد منتهاه على توفيقي في هذا البحث وتيسير أمري والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن ولاه.

أما بعد..

تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات لتنظم عقد الشكر لوالدي الذي رعاني في هذا البحث على مجريات إنجاز هذه الأطروحة مشرفي الأستاذ الدكتور علي فتاك، الذي كان من دواعي فخري واعتزازي أن أكون تحت إشرافه، فرغم أعبائه العلمية الكثيرة أفسح لي الكثير من وقته الثمين وجهده وعونه الصادق وعلمه الوافر حتى تم بعون الله إخراج البحث على هذه الصورة. وأتاح لي شرف طلب العلم على يديه الكريمتين حيث كان مرشدا وأبا ناصحا لا يبخل بعلمه ولايضن بنصحه وإرشاده. أطال الله في عمره و بارك في علمه.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى صاحب القلب الطيب و النفس الأبيّة إلى من ساهم في الكثير من أجلي الأستاذ الدكتور بوسماحة الشيخ، فالمعنى أكبر من أن توفيه وتكفيه كلمة شكرا بحقك، فجزاك الله عني أفضل ما جزى العاملين المخلصين وبارك الله لك وأسعدك أينما حطت بك الرّحال.

كما يسعدني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى السادة أعضاء اللجنة لتفضلهم قبول مناقشة هذه الأطروحة وبذل عناء قراءتها. لكم مني كل التبجيل والتوقير..

بدءا بالسيد العميد الأستاذ الدكتور عليان بوزيان الذي كان من دواعي سروري أن يكون عضوا في لجنة المناقشة.إن قلت شكرا فشكري لن يوفيكم،حقا سعيتم فكان السعي مشكورا.

ثم الشكر الجزيل للأستاذ الدكتور مقني بن عمار الذي فتح لنا آفاق البحث في مجال القانون الخاص، والذي لم يبخل عليّ بمد يد العون، أقدر جهودك المضنية وحسن استقبالك لي في كل مرة ألجأ إليك، أنت أهلا للشكر والتقدير ، فجزاك الله خيرا وسدد خطاك.

وإلى صاحب التميز والأسلوب الأنيق اللبق والأفكار النيّرة الأستاذ الدكتور عجالي خالد أتقدم بأزكى كلمات الشكر وأجملها و أنداها وأطيبها على عطاءك وسخاءك في العلم.

وبكل حب ووفاء وبأرق كلمات الشكر والثناء إلى الأستاذة الدكتورة شيعاوي وفاء التي طالما كان فخرا و اعتزازا لي أني كنت طالبتها يوما ما وها هو يتضاعف فخري واعتزازي بتواجدها ضمن لجنة مناقشة رسالتي، فجهدك ووقتك و إخلاصك المفعم بالوفاء ومساندتك لي في أصعب الظروف سيبقى فضلا لن أنساه أبد الدهر.

والشكر موصول للأستاذ الدكتور بوبكر مصطفى لتفضله قبول مناقشة هذه الرسالة وبذل عناء قراءتها.

ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان لكل من قدم لي يد العون خلال إنجاز هذا البحث من أساتذة أفاضل وزملاء وأصدقاء. جزاكم الله عني خير الجزاء.

وما كانت كلمات الشكر التي أسطرها لتعطي كل ذي حق حقه، ولا تفي لصاحب الفضل بفضله، إنما هي غيض من فيض، وقليل من كثير.

إهــداء

إلى من ساندتني يوم ضعفي، إلى حبيبتي التي شاركتني همي وحزني، وقاسمتني خلفيات إعداد هذا البحث لحظة بلحظة، إلى من ذرفت الدموع من أجلي، إني مدينة لكي بكل ما وصلت إليه.

فبرضاك أمتلء نورا وبطاعتك أزداد قدرا. إلى أمي العظيمة أدامك الله لي يا نجوى القلب.

إلى أول أشيائي الثمينة التي رحلت، عشت في كنفك قليلا ولكن تعلمت منك كثيرا. إلى روح أبي الفذ.

إلى مصدر قوتي وأماني إخواني وأخواتي الأحبة، دمنا رضائا لوالدينا ، دمنا سندا لبعضنا، دمنا فخرا واعتزازا.

إلى ساعدي الأيمن ملجئي وملاذي، أدامك الله لي نعمة وحفظها من الزوال.

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

1-ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
2- ج.ر: الجريدة الرسمية.
3- ص: الصفحة.
4- م: المادة.
5- ف: الفقرة.
6- ج: الجزء.
7- ع: العدد.
8- مج: المجلد.
9- ط: الطبعة
10- د.س.ط: دون سنة طبع.
11- د.س.ن: دون سنة نشر.
12- د.ن: دون ناشر.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1-ED : édition : الطبعة

2-op. cit :œuvre précédente citée : مرجع سبق ذكره.

3- p : page : الصفحة.

4- L.G.D.J : librairie générale de droit et de jurisprudence :المكتبة العامة للقانون و الفقه.

5- N° : numéro : الرقم.

6- RTD : Revue Trimestrielle de Droit :المجلة الفصلية للقانون

مُقَدِّمَةٌ

توسع النشاط التجاري في القرن التاسع عشر- مع الثورة الصناعية- كما ظهرت التجمعات المهنية علي المستوى الإقليمي والدولي وأيضا الجمعيات التي تضم المتعاملين في نفس البضاعة أو نفس النشاط التجاري، ومن ثم ظهر الاستخدام الأوسع للعقود النموذجية في البيع والذي يعد من أحد الأساليب المهمة لتحقيق هدف وتوحيد وانسجام القوانين المتعلقة بالتجارة.

ومن أبرز العقود النموذجية التي كانت شائعة آنذاك ما وضعته جمعية تجارة الحبوب اللندنية، التي وضعت نموذجاً لعقد بيع الحبوب والذي انتشر استخدامه في معظم أرجاء العالم بالنسبة لهذا النوع من التجارة.

وقد كان لذلك عظيم الأثر علي علاقة أصحاب العمل مع العمال أو المنتجين مع المستهلكين فلم يعد التفاوض مع كل حالة على حدة وإنما أصبح التعامل عن طريق عقد مفروض من أصحاب الأعمال أو المصنعين يضع صيغته بإرادته وبالشروط التي يرغبها وذلك لجميع العمال فلم يبق أمام العامل إلا أن يقبل العقد كما هو أو يرفضه ويبقى بلا عمل، وهكذا الحال في توزيع السلع والخدمات وتحديد الثمن، فصار العقد الجاهز يخل بمبدأ حرية الإرادة في التعاقدات المختلفة.

إلا أن الاهتمام بالعقود النموذجية وما تتضمنه من شروط تعسفية، لم يظهر إلا بعد الحرب العالمية الثانية؛ إذ أخذت الدول تتدخل في الشؤون الاقتصادية، بسنها قوانين متعددة لتقييد الحرية التعاقدية، بإخضاع عدة عقود لقوانين أو شروط إلزامية، و ذلك لأن هذه الحرية لا تحمي الطرف الضعيف (المستهلك) من القوي (المحترف). وكان على رأس هذه الدول فرنسا وكان تدخلها يمضي في اتجاهين: الاتجاه الأول له طابع الحماية والاتجاه الآخر له طابع التوجيه. فالاتجاه الحمائي يهدف إلى حماية الطبقات الضعيفة والمستضعفة وذلك بالتدخل بجملة من قواعد آمرة لتنظيم بعض العقود التي يطغى فيها الأقوياء على الضعفاء مثل عقود العمل، والإيجار، والتأمين، والعقود المصرفية، وبعض عقود البيع والنقل... الخ. أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه ذاتي تهدف به الدولة إلى توجيه الاقتصاد نحو أهداف تحقيق الصالح العام كتنظيم المنافسة والائتمان والأسعار وجملة من الوسائل والإجراءات الأخرى التي تسعي لتحقيق هذا الهدف.

وعلى الصعيد الدولي فقد أصدرت اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة[1] أهم وأشهر العقود النموذجية، حيث وضعت العديد من العقود النموذجية التي تتماشى مع السلع المختلفة وكان ذلك عام 1947 عندما أنشأت اللجنة بناء على توصية من الجمعية العمومية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي[2] التابع للأم المتحدة.

وفي الوقت الحالي اتسع دور الدولة وتدخلت أكثر فأكثر في العلاقات الاقتصادية لتوجيه الاقتصاد أو لحماية المستهلك مع فكرة النظام العام.

والجدير بالذكر أنه قد يختلط الأمر على البعض فيظن أن العقود النموذجية تختلف عن عقود الإذعان التي لا تجرى المساومة ولا المناقشة حول شروطها، لكن من حيث الواقع فإن تلك الحرية مقيدة باعتبار أنها تتأثر بما تفرضه المعاملات التجارية، والتي لا تتردد حين صياغتها للعقود النموذجية، من تفضيل مصالح أعضائها بالدرجة الأولى سواء كانوا مصدرين أو مستوردين. وغالبا ما يوافق الطرف الآخر على شروط العقد نظرا لحاجته إلى السلعة إن كان مستوردا أو إلى تصريفها إن كان مصدرا، وبالتالي توجد في وضعية لا تضمن التوازن بين التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة، نظرا لاختلاف القوة الاقتصادية لأحد الأطراف على الآخر، مما يخل بالقوة التفاوضية بين المتعاقدين لصالح أحدهم دون الآخر، ومن ثم تؤثر في استقلاليته. وبغية إصلاح هذا الوضع تدخلت اللجنة الاقتصادية الأوروبية بمالها من أهمية بإنشاء شروط عامة تقوم أساسا على التوازن العادل بين مصالح البائعين والمشترين، بحيث صاغت مجموعة من العقود النموذجية لبعض السلع الأساسية التي كثيرا ما يتم التعامل بها في نطاق دولي. واستطاعت بذلك إيجاد عقود نموذجية تقوم على أساس التوازن العادل بين البائعين والمشترين ونجحت بالفعل في هذا السبيل بتنظيمها أحكام تفصيلية لتعطي للعقد مجالا للمنازعات، بل تجعل المحكم قادرا على أن يؤسس حكمه الصحيح على بينة ووضوح.

[1] - تأسست عام 1947 لتشجيع التعاون الاقتصادي بين الدول الأعضاء فيها تحت إشراف إداري من مر الأمم المتحدة لديها 56 دولة عضو وتضم تقاريرها للأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي وكذلك البلدان في أوروبا فإنه يشمل كندا وجمهوريات آسيا الوسطى، مقرها جنيف في سويسرا ولديها ميزانية تقارب 50 مليون دولار.

[2] - هو أحد مجالس الأمم المتحدة أنشأه ميثاق الأمم المتحدة كجهاز رئيسي لتنسيق الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية للأمم المتحدة والوكالات المتخصصة. يتألف من 45 عضو من أعضاء الأمم المتحدة، يضم 14 عضو من الدول الإفريقية، 11 من آسيا 10 من أمريكا اللاتينية، 13 م أوروبا الغربية 6 من أوروبا الشرقية. أنشئ عام 1946. انضمت إليه الجزائر سنة 2018 وتنتهي عضويتها 2021.

ولما كانت الحماية القضائية لا تقل أهمية عن ذلك بالنسبة للحرية العقدية، فالشخص العادي لا يمكنه أن يقتضي حقه بنفسه، بل ينبغي عليه أن يرفع الأمر إلى القضاء المختص من أجل حماية حقوقه. فغاية تدخل القضاء هي تحقيق الحماية الفعالة للمتعاقد من خلال المحافظة على حقوقه وضمانها في إطار العقد القائم بينه وبين المهني المحترف. فإذا كان الثابت أنه لا يكون للقاضي أن يتدخل لمراجعته، إلا أنه مع التطور الكبير في كافة قطاعات المجتمع[1]، وفي التجارة الدولية، وفي ظل غياب نصوص تشريعية صريحة تضمن التوازن العقدي، كان لزاما على القاضي التدخل لتحقيق التوازن العقدي من خلال تعديل الشروط التعسفية أو تفسير مضمون العقد وخاصة مضمون الشروط التعسفية، وكذلك تدخله في تعديل الشرط الجزائي التعسفي.

اهتمت الدول عند وضع القواعد الموحدة التي تحكم النشاط التجاري الدولي- وخاصة تلك الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما- بفكرة العقود النموذجية الدولية وما تضمنه من شروط تعسفية.

و تكمن أهمية هذه الدراسة في أهمية موضوعها ألا وهو " التعرف على التنظيم القانوني للعقود النموذجية في القانون الجزائري والمقارن " وبيان المشاكل التي تواجه إعداد هذا العقود والحلول المقترحة لها، وكذلك الآليات القانونية التي تكفل الحماية لإرادة المتعاقد فيها. خاصة مع انتشار العقود النموذجية على المستوى المحلي أو الإقليمي، اختصارا للوقت، وتقليل الإجراءات الإدارية؛ وتلبية حاجة المجتمَع من العقود التي يكون محلُّها السِّلع الإلكترونية والميكانيكيَّة، والخدمات الطبِّية، وعمليات الصيانة والتشغيل والمقاولات، ومثل هذه العقود تتضمَّن تفاصيلَ كثيرةً يصعب أن تكون محلَّ مساومةٍ في كل مرة .كذلك ازداد انتشار العقود المطبوعة مسبقًا؛ لما تَلقاه من عناية المعدِّين المتخصِّصين؛ تكون أوضحَ في الصياغة، وأدقَّ في العبارة، ومن ثم أيسَرَ في الفَهم.

وتسعى هذه الدراسة إلى تحقيق هدف أساسي، يتمثل في التعرف على التنظيم القانوني للعقود النموذجية في القانون الجزائري وعلاقتها بالشروط التعسفية وكيفية مواجهة هذه الشروط.

[1] - حيث تص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا تم العقد بطريقة الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، كما تنص المادة 90 من نفس القانون :"إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاق..."، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

وينبثق من هذا الهدف الأساسي عدة أهداف فرعية، يمكن بلورتها على النحو التالي:

- التعرف على مفهوم كل من العقود النموذجية وأنواعها وكيفية إبرامها وتحريرها.

- التعرف على المشاكل التي تواجه إعداد العقود النموذجية والحلول المقترحة لها.

- تحديد مفهوم الشروط التعسفية وأنواعها وتمييزها.

- معرفة الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية.

نستخدم في إعداد هذه الدراسة المنهج التحليلي للموضوع، والذي يتجلى من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالعقود النموذجية وحماية المستهلك من الشروط التعسفية في القوانين الجزائرية، إلى جانب الاستعانة بالمنهج الوصفي الذي يهتم بالحقائق العلمية ويصفها كما هي، بغية الوصول إلى استنتاجات من شأنها أن تساهم في الإحاطة بالمفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة. وعلاوة عن ذلك من الأهمية بمكان المقارنة بين التنظيم القانوني للعقود النموذجية في القانون الجزائري وبعض الأنظمة القانونية الغربية و العربية قصد الاستفادة من خبرتها في هذا المجال.

وبالنسبة للدراسات السابقة التي تعرضت لهذا النوع من العقود هناك رسالتين ماجستير واحدة موسومة بالعقد النموذجي بجامعة بابل العراق للطالب علي ماجد صاحب تعرض فيها لمفهوم العقد النموذجي والشروط التعسفية بصفة عامة، في حين جاءت رسالة ثانية للأستاذة حدوم ليلى بجامعة بن عكنون الجزائر العاصمة، تعرضت فيها لتطبيقات العقد النموذجي من عقود التأمين وعقود البيع على التصاميم وعرضت مختلف الآراء حول مفهوم العقد النموذجي، وكان هناك كتيب للأستاذ الدكتور أيمن سعد سليم تحدث فيه باختصار عن مفهوم العقد النموذجي وطرق الابرام والتكييف والتفسير بالتطبيق على القواعد العامة، وجاءت هذه الدراسات بشكل مختصر ولم تلم بالأحكام القانونية للعقود النموذجية.

وتتمثل مشكلة الدراسة في التعرف على النظام القانوني للعقود النموذجية وأحكامها وكيفية مواجهة الشروط التعسفية التي تتضمنها؛ وذلك من خلال بحث الإطار المفاهيمي للعقود النموذجية، أي ماهية العقود النموذجية، وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، وأطرافها، ومضمونها، وطبيعتها القانونية، والأنماط الدولية في العقود النموذجية، باستعراض تنظيم العقود وفق قواعد اليونيدروا، ويمكن تلخيص هذه المشكلة في السؤالين الرئيسيين كالآتي: ما هو الإطار القانوني المنظم للعقود

النموذجية ؟ وكيف تعامل المشرع الجزائري مع فكرة العقود النموذجية ؟ ويتفرع من هذا التساؤل الأسئلة التالية:

- ما هو مفهوم العقود النموذجية ؟ وما هي طبيعتها القانونية؟

- ما هو مفهوم الشروط التعسفية؟ وما هي علاقتها بالعقود النموذجية؟

- ما هي طرق إبرام وتحرير العقود النموذجية؟

- ما هي معايير وصف الشرط التعسفي وتفسير الشروط التعسفية في العقود النموذجية؟

- ما هي الآليات القانونية التي تكفل مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية؟

بناء على ذلك قسمنا خطة دراستنا إلى بابين تناولنا في الباب الأول الإطار المفاهيمي للعقود النموذجية خصصنا الفصل الأول منه إلى ماهية العقود النموذجية والفصل الثاني إلى مضمون العقود النموذجية، في حين خصصنا الباب الثاني للعقود النموذجية كمأوى للشروط التعسفية تطرقنا فيه إلى طرق إبرام وتحرير العقود النموذجية وعلاقتها بالشروط التعسفية في فصل أول وإلى الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية في فصل ثاني.

الباب الأول

الإطار المفاهيمي للعقود النموذجية

إن العقود النموذجية تضمن للمتعاقد حرية واستقلالية التقاضي إعمالا لإرادته، مما يؤكد بأنها وبالرغم من كونها معدة سلفا فإنها لا تسري إلا باتفاق الأطراف.

وهذا الأمر قدي يوحي بأن هذه العقود تختلف عن عقود الإذعان التي لا تجري المساومة ولا المناقشة حول شروطها، وللحديث عن ذلك ارتأينا تقسيم الدراسة إلى فصلين كالآتي :

الفصل الأول: ماهية العقود النموذجية،

الفصل الثاني: مضمون العقود النموذجي

الفصل الأول

ماهية العقود النموذجية

العقد ببساطة هو اتفاقية ملزمة قانوناً، ومن المعروف أن العقد المكتوب باحترافية ومهارة يحمي جميع أطرافه من الوقوع في الالتباس في الفهم، حتى لو ادعى أحد الأطراف -لوجود غرض ما في نفسه - على وجود التباس في أحد فقرات العقد، فإنه لن يمكنه أبداً أن يقدم شكواه إلى المحكمة لأنه ببساطة يعلم مقدماً بان موقفه بات ضعيفاً طالماً أنه ملتزم بشروط العقد، وطالما أن العقد قد تمت كتابته بالمهارة والطريقة التي معها لا يحتمل المعنى معنيان وإنما هو معنى واحد وبالرغم من أن معظم الناس تعلم أهمية صياغة وكتابة العقود القانونية بطريقة احترافية يمتنع معها الالتباس في فهم أي فقرة، إلا أن بعض هؤلاء الناس يعتقدون أنهم قد لا يحتاجون محامياً عند التوقيع على عقد ما. وبالطبع فإن ذلك وبكل تأكيد ليس صحيحاً أبداً وذلك لأن كتابة العقود القانونية يحتاج إلى فن وعلم وإبداع، وليس الأمر هو مجرد البحث عن نموذج عقد إيجار أو نموذج عقد شراكة أو عقد صيانة أو أياً ما كان نوع العقد المراد كتابته، ثم التعديل في فقرات هذا العقد حسب ما يتوافق علية الطرفين، ومن المعروف أن الاتفاقيات والعقود القانونية تحتوي على الكثير من العبارات والاصطلاحات الخاصة، لكن العقود النموذجية لها نظام خاص يحكمها تناوله بعض المشرعين في كثير من الدول وتجاهله البعض في تشريعات بلاده، ولم يحظى المشرع الجزائري في تشريعاته بالعقود النموذجية مثل الكثير من المشرعين العرب والأجانب وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل وفق مبحثين حيث نخصص المبحث الأول لمفهوم العقود النموذجية في حين نتطرق في المبحث الثاني إلى أطراف العقود النموذجية و سلطة إرادتها.

المبحث الأول:

مفهوم العقود النموذجية

العقود النموذجية لا تخرج عن كونها مجموعة شروط عقدية معدة سلفاً بمعرفة جهات متخصصة في هذا المجال وغالباً ما تكون قابلة للتعديل أو الإضافة وفقا لاحتياجات كل مشروع وتستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين إلا أن العقود النموذجية تتميز عن غيرها من العقود بما تتضمنه من العديد من مسؤوليات والتزامات كل من طرفيه بما فيها التزامات الوثائق والملحقات التي تتضمن تفاصيل عمل المقاول بمواصفات العمل والتزامات رب العمل بدفع التكاليف وما قد ينتج عن ذلك من منازعات أو حتى عدم السداد، نتيجة إضافة بعض المواصفات أو التأخير في التنفيذ، ولمعالجة ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تعريف العقود النموذجية

اختلف الشراح في تعريف العقود النموذجية فمنهم من عرفه بأنه العقد المطبوع مسبقاً، ومنهم من عرفه على أنه "مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة[1]، ولتعريف العقود النموذجية لغة واصطلاحاً وقانوناً نعرض الآتي:

الفرع الأول: العقد المطبوع مسبقاً لغة واصطلاحا، الفرع الثاني: تعريف الفقهاء للعقود النموذجية.

[1]- رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979، ص4.

الفرع الأول: العقد النموذجي "العقد المطبوع مسبقاً" لغة واصطلاحا

أولا: العقد النموذجي لغة:

يتكون لفظ "عقد نموذجي" من عبارتين لا تقل أهمية الواحدة نهما عن الأخرى في تحديد مفهوم هذا العقد هما، العقد والنموذج،[1] أما العقد فهو كما جاء في المادة 54 من القانون المدني الجزائري، حيث يتضمن القواعد الخاصة بإرادة الطرفين، أما النموذج فيعرف بأنه الشكل الذي يصلح كقاعدة لغيره من الأشكال المماثلة التي تشبهه[2]

أ-العقد المطبوع مسبقاً لغة:

تفيد قواعد اللغة العربية، أن العقد بفتح العين يعني الربط بين أطراف الشيء حسياً فيقال عقد الحبل أي ربط بين طرفيه، ويطلق أيضاً على الإحكام بقصر الهمزة، أي التقوية المعنوية أو الربط المعنوي وذلك فضلاً عن التقوية المادية التي ترى بالعين وبذلك تكون التقوية محسوسة ومرئية ولذا يقال تعاقد القوم أي تعاهدوا[3].

قال ابن فارس " العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، يقول الله تعالى:" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ....** "[4] والعقد عقد اليمين ومنه قوله تعالى " **وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ**"[5]

أما معنى المطبوع، فيعني طبع الشيء طبعا وطباعة أي صاغه وصوره في صورة ما، ويقال طبع الكتاب أي نقل كلماته المؤلفة الموجودة على الورق بأي وسيلة كانت[6].

---

[1]- ليلي حدوم، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير مقدمة لمعهد الحقوق والعلوم الإدارية، 2000-2001، ص4.

[2]- نفس المرجع، ص5.

[3]- لسان العرب ،للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظورالإفريقي المصري، المطبعة الميرية، دار صادر، د.س.ط، ص296.

[4] - الآية 1 من سورة المائدة

[5] - الآية 89 من سورة المائدة

[6]- لسان العرب ج8،دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999، ص212، 233،383 .

ب- العقد المطبوع مسبقًا اصطلاحا:

العقد المطبوع هو نموذج مكتوب ليتم العاقد بموجبه في الظروف الموحدة يحتوي على التزامات بين أطرافه وما يكون لهم من حقوق ويقتصر دور القابل في الغالب على ملء الفراغات التي فيه لمعرفة بياناته الخاصة أي اقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد ويكون لاحقا لعقد معد ومصاغ بطريقة نظامية ومدروسة في الغالب لحفظ مصالح الطرف الأقوى وما على الطرف الضعيف إلا التوقيع وعلى هذا لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي[1].

إذن يمكن القول أن المقصود بالعقود النموذجية الأحكام المعدة سلفا للاستخدام العام والمتكرر من قبل طرف ما والمستخدمة بالفعل دون مفاوضة مع الطرف الآخر ، بحيث يقبل الطرف الآخر العقد كما هو على هيئته وصورته والتي تم إعداده عليها.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي والفقهي للعقود النموذجية

أولا: التعريف التشريعي للعقود النموذجية

يتكون العقد النموذجي من كلمتين كلمة عقد وتم تعريفها في نص المادة 54من القانون المدني الجزائري على أن "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو بفعل أو عدم فعل شيء ما" وكلمة نموذجي وهي بمثابة النهج أو الخطة التي يتبعها المتعاقدان في صياغة عقدهما، واكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما (المادة 59 من القانون المدني الجزائري)، وانه لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد (المادتين 65و71 من ق.م.ج). كما نصت المادة 107من القانون المدني الجزائري على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[2].

و عليه فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تعريف للعقد النموذجي، مثله مثل أغلب التشريعات. إلا أننا نجد القانون الكويتي أشار إليها في المادة 51 منه بنصه: " إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام ما لم يثبت أي منهما

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط شرح القانون المدني المصري ج1، ص236، والنظرية العامة للالتزام، ص326، مشار إليه لدى حدوم ليلى، مرجع سابق، ص6

[2]- حدوم ليلى، مرجع سابق، ص5.

أنه ، عند حصول الاتفاق بينهما ، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، و لم تتح له الفرصة في أن يعلم بها. و إذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد، فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة."[1]

أما على سبيل التخصص فإن التراث الفكري حول هذه العقود ينتابه الضعف والقلة فلا يوجد تعريف موحد يمكن الاستدلال به و إنما تعددت التعاريف حسب وجهات النظر المختلفة التي ينظر بها الفقهاء .

غير أن القضاء الفرنسي تعرض في عدة أحكام له، بمناسبة الفصل في بعض النزاعات المتعلقة بالعقود المبرمة وفق صيغ نموذجية إلى عبارة العقد النموذجي، حيث ورد عنه في الحكم الصادر في 07/05 1951 عن محكمة النزاعات: "إن الأمر يتعلق بعقود نموذجية لإيجار الأراضي الزراعية ...ومجلس الدولة يعترف لها بالطبيعة التنظيمية." و ورد في قرار صادر في 1972/10/10: " أن القضاء الفرنسي يحكم بتطبيق شروط العقد النموذجي باعتبار أنها تقنين للأعراف التجارية."[2]

أما في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، تطرق المشرع الفرنسي إلى تعريف عقود الإطار[3] حيث نص في المادة 1111 منه أن: " عقد الإطار هو اتفاق يحدد الأطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلة. وتحدد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذا الاتفاق."[4]

[1] - المادة 51 من المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي ، صدر بقصر السيف في 1980/10/1، تم العمل به ابتداء من 1981/02/25.

[2] - حدوم ليلى، المرجع السابق، ص 7

[3] - عقد الإطار هو مجموعة عقدية تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدما كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد، و هو يشكل مع العقود التي تبرم تطبيقا له مجموعة عقدية مستقبلية فهو ليس عقدا واحدا ، بل يتضمن مجموعة عقدية تتألف من اتفاق أساسي وعقود لاحقة يجري إبرامها تطبيقا لهذا الاتفاق. ويعتبر عقد الإطار عقدا نهائيا وليس تمهيديا فلا يتسم بطابع وقتي وهذا يعني أن كل عقد يبرم تطبيقا له فإنه يعتبر مكملا لعقد الإطار فهما يكونان معا مجموعة عقدية مترابطة بالأصل. جعفر محمد جواد الفضلي ، عقد الإطار – دراسة تحليلية – مجلة الرافدين للحقوق ، مج 8 / السنة 11، ع 28 ،سنة 2006، كلية القانون ، جامعة الموصل، ص 1- 2- 13.

[4] - محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (تعديل 2016) – المواد من 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي- ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان- ، الطبعة الأولى ،2018، ص 32-33.

ثانيا: التعريف الفقهي للعقود النموذجية

انقسم الفقه في تعريفهم للعقود النموذجية إلى اتجاهين[1]: الأول تحدد بأنها مجرد صيغ بسيطة توضع لكي تكون نموذجا لعقود ستبرم في المستقبل، والثاني تعرف بأنها عقود يتم إعدادها من قبل أحد أطرافها.

أ-تعريف الاتجاه الأول:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تعريف العقود النموذجية بأنها عقود مسبقة تم إعدادها بصورة واضحة وصريحة وتعد نموذج جاهز لإبرام أي اتفاق مستقبلي ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي الفقيه Ghestin الذي عرف العقود النموذجية بأنها "عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجه على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها " وكذلك الأستاذ الفرنسي (Leauté) بقوله " صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية "[2]:

ومنهم من عرف العقود النموذجية بأنها نموذج لمشروع عقد يتضمن كافة المسائل إذ يشتمل على مقدمة يتناول فيها التعريفات للتعبير أو المصطلحات الواردة فيه ثم بيان موضوع العقد وبيان صفات ومصطلحات عنه وما يشترط لضمان النوع والمواصفات المطلوبة وكذلك القانون الواجب التطبيق واللغة التي يحرر بها العقد علاوة على الملاحق الخاصة بالمواصفات الفنية للأجهزة والمعدات والتدريب والنقل التجريبي[3].

- كما عرّف أنه (عقد يعتمد صيغة مطبوعة يقدمه أحد الطرفين للآخر، ويقتصر دوره على ملء الفراغات المتروكة فيه بالبيانات الخاصة والتوقيع عليه، فيصير العقد مبرماً بهذا التوقيع)[4].

في حين عرفه 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)[5].

---

[1] - علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، دراسة مقارنة، دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009، ص3

[2] - أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص12

[3] - علي نوري، العقود التجارية للطاقة الكهربائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2001، ص130.

[4] - مصطفى محمد الجمال – السعي إلى التعاقد في القانون المقارن – منشورات الحلبي الحقوقية – د.س.ن – 1987 – ص94.

[5] -أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، ع 3، 2001–ص193.

وبهذا الاتجاه نفسه ذهب الفقيه (Schmidt) إلى تسميتها بالصيغ النموذجية للعقد وليس العقد النموذجي[1]، وعرفها بعضهم بأنها (صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها. وذلك باتفاق أطراف هذا العقد).[2].

ب- تعريف الاتجاه الثاني:

يتبنى هذا الاتجاه كثير من الفقهاء في تعريفهم للعقود النموذجية فيرى الدكتور أحمد السعيد الزقرد بأنها (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] . وكما عرفت بأنها (عقود تعتمد صيغ مطبوعة يقدمها أحد الطرفين للأخر ويقتصر دوره على ملْ الفراغات المتروكة فيها البيانات الخاصة والتوقيع عليها فيصير العقد مبرما بهذا التوقيع)[4].

كما عرفها الأستاذ السنهوري بقوله (العقد الذي تضعه سلطة عامة أو أي هيئة نظامية أخرى كعقود الإيجار النموذجية التي تنظمها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات)[5].

ويعرف الأستاذ (شميتهوف) العقد النموذجي بأنه مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة، وضعتها مسبقا هيئة دولية بصورة تتفق مع العادات والتطبيقات التجارية الدولية، بحيث قبلها أطراف العقد بعد تهيئتها (تعديلها) وفق لمتطلبات الصفقة محل الاعتبار[6].

و يرى البعض أن العقود النموذجية لا تعتبر عقودا بالمعنى القانوني الدقيق، و إنما هي صياغة عقدية معدة سلفًا في صورة عادة ما تكون مطبوعة، بحيث تكون جاهزة للاستخدام من أطراف

---

[1] Schmidt (j.) le prix du contrat de fourniture ، 1985 ، p176.

أشار إليه محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، 2001 – 2002، ص12، هامش رقم (1) .

[2]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص12.

ويقول بأن الأدق يطلق على هذه العقود اصطلاح الصياغة النموذجية للعقود بدلا من العقود النموذجية، لكن شيوع استخدام هذا المصطلح هو الذي دفعنا إلى استخدام هذا التعبير.

[3]- أحمد سعيد الزقرد، نفس المرجع أعلاه، ص193

[4]- مصطفى محمد الجمال، المرجع االسابق، ص94.

[5]- د . عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ف119، ص236 .

[6]- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، 293/1العقود النموذجية، مرجع سابق، ص557

العقد، ولا تكون حجة إلا على الأشخاص الذين ارتضوا بها كأن يقوموا بالتوقيع عليها[1]،وقد يختار الأطراف الاكتفاء باستعمال الصيغة المطبوعة من العقود النموذجية، دون حاجة إلى إفراغ اتفاقهم في صيغة كتابية غيرها، ويقتصر الأمر على مجرد ملء الفراغات الموجودة بها بما يتصل بموضوع التعاقد ثم وضع توقيعهما على الصيغة المطبوعة، وفي هذه الحالة تعتبر هذه الصيغة عقدا مستقلا قائما بذاته[2].

أو قد يختار الأطراف الارتباط بعقد خاص بهم مع تضمينه بندا يحيل الي الأحكام الواردة في العقد النموذجي مما يضم الشروط العامة، وفي هذه الحالة لا تعتبر هذه الشروط عقدا قائما بذاته وإنما تكون تابعة ومكملة للعقد الأصلي[3].

ومن هنا اتجه رأي إلى تسميتها بالصيغة النموذجية وليس بالعقد النموذجي لعدم احتوائه على تبادل إرادات بين طرفيه فالعقد النموذجي هو مجرد صيغة بسيطة توضع لكي تكون نموذجاً لعقود تبرم في المستقبل، مما يوحي بالشك في وصفها بأنها عقد [4].

-وقد وضع القضاء الفرنسي عدة ضوابط يجب توافرها حتى تنتج هذه الإحالة أثرها أثناء العقد وهي أن تكون الإحالة صريحة وواضحة وظاهرة، كما يجب أن تذكر الإحالة في صلب العقد وأن يعلم المتعاقد بما تم الإحالة إليه أثناء العقد علماً بأنه تصح الإحالة إلى شروط مستقبلية [5].

-وبذلك تنطبق القواعد العامة عادة في شأن تكوين العقد بغض النظر عما إذا كان الطرفين أو كليهما يستخدم شروطا نموذجية ويترتب على ذلك أن الشروط النموذجية التي يقترحها أحد الطرفين لا تلزم الطرف الآخر إلا إذا قبلها، وأن مسألة ما إذا كان يجب على الطرفين أن يحيلا صراحة إلى الشروط النموذجية أو ما إذا كان يجوز استنتاج الإحالة إلى تلك الشروط ضمنا، تتوقف على ظروف كل حالة. ومن ثم، عادة، تكون الشروط النموذجية المدرجة في مستند العقد ذاته ملزمة بمجرد التوقيع على مستند العقد في مجموعه وذلك على الأقل ما دامت [الشروط النموذجية] قد نسخت في

[1]- أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، ط2، مطبعة أولاد وهبه حسان، الناشر. دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1993، ص126.

[2]- نفس المرجع ، ص127

[3]- أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، نفس المرجع أعلاه، ص128.

[4]- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص58.

[5]- أيمن سعد سليم، المرجع سابق، ص56-57.

مكان يسبق التوقيع وليس مثلا في خلف صفحة المستن وفي المقابل، يتعين عادة الإحالة صراحة إلى الشروط النموذجية الواردة في مستند منفصل إذا رغب أحد الطرفين في استخدامها ولا يقبل أن تعتبر الشروط النموذجية قد أدرجت ضمنا في العقد إلا إذا كان التعامل قد استقر على ذلك بين الطرفين أو جرت به عادة مرعية[1]، وعلية فأن ماهية العقود النموذجية تستنبط من السلطة الممنوحة لجهة الإدارية أو المؤسسات الإدارية الخاصة وكذلك الجمعيات أو النقابات في إعداد عقود من شأنها تقييد إرادة السلطات العمومية وإعطاء تعويض شامل لأحد المتعاقدين لكي يقرر الطريقة التي سيتم التعاقد على ضوئها[2]

إن العقد يتم بتوافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني أو شرعي معين، قد يكون بمقابل أو بغير مقابل ويتم القبول والإيجاب في نموذج معد لذلك يعده الطرف المنتج أو تعده جهة متخصصة[(3)]، ولذا يتبين من هذا التعريف أنه يلزم لقيام العقد توافر العناصر الآتية:

1- توافق إرادتين متطابقتين، مثل توافق شخصين على أن يبيع أحدهما شيئا معينا للآخر مقابل ثمن محدد

2-وجوب اتجاه إرادة أطراف العقد إلى إحداث أثر قانوني أو شرعي، بمعنى أن ما تم الاتفاق عليه يفرض المشرع والنظام احترامه[(4)].

3- تكون الموافقة على إنشاء العقد بتمام إمضاء الطرفين على النموذج المعد لذلك.

المطلب الثاني: تمييز العقود النموذجية عن الأنظمة المشابهة

تتشابه العقود النموذجية إلى حد كبير مع ما يشابهها من نظم سواء كانت عقود أو قوانين تنظم هذه العقود ولتوضيح ذلك سنحاول في هذا المطلب عرض ما يميز العقود النموذجية عن أهم المفاهيم المشابهة كالآتي :

---

[1]- وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود BOT"وهو اتفاق بين الدولة وشركة متخصّصة من شركات القطاع للخاص، توكل بموجبه الدولة إلى الشركة مهمة القيام بأعمال تدخل في نشاطات القطاع العام، " وما يماثلها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، 2008، ص33.

[2]- العربي محمد مياد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة محينة، طبعة 2018، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص357.

[3]- علي ماجد صاحب، المرجع السابق،ص6.

[4]- د محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2009، ص21.

الفرع الأول: التمييز بين العقود النموذجية والشروط العامة.

الفرع الثاني: التمييز بين العقود النموذجية والقوانين النموذجية.

الفرع الثالث: التمييز بين العقود النموذجية وعقود الإذعان.

الفرع الرابع: التمييز بين العقود النموذجية وعقد المعاوضة.

الفرع الأول: التمييز بين العقود النموذجية والشروط العامة

يمثل العقد النموذجي نموذجاً لمشروع عقد يتضمن كافة المسائل التفصيلية للعقد وأما الشروط العامة فتكتفي بطرق تنفيذ مثل هذا العقد وتكون هذه الشروط ملزمة للمتعاقدين عندما يثبت علمهما بها، ويقبل القضاء بسهولة إثبات هذا العلم وتتبنى العقود الدولية عادة شروطاً عامة لبيع البضائع محل العقد بحيث أن هذه الشروط أصبحت توصف بأنها عقود نموذجية، لذا يثار التساؤل عما هو التمييز بين العقود النموذجية والشروط العامة[1].

-العقد النموذجي هو مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن بضاعة معينة وتتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة لأن تتبنى شكل العقد بالكامل ولا تكون في حاجة إلى إضافة أسماء الأطراف وكمية السلع وزمان تسليمها ومكانه ووسيلة النقل وهي بذلك وثائق مطبوعة يمكن أن تستخدم على أنها العقد ذاته، بعد بيان أسماء الأطراف وكمية البضاعة ووقت تسليمها ووسيلة نقلها وغير ذلك على أنه سواء تعلق الأمر بعقود نموذجية أو بشروط عامة فأنها لا تلزم أطراف التعامل إلا في حالة إشارة الأطراف الصريحة إليها في حين تضم الشروط العامة التي يشير إليها العقد الدولي بشأن التعامل على بضاعة معينة مجموعة من البنود أو القواعد العامة التي يستعين بها المتعاملون في إتمام تعاقدهم فيشيرون إليها و يضمنونها عقدهم ثم يكملونها بعد ذلك بما يتفقون عليه من كمية وثمن وميعاد ومكان التسليم وغير ذلك من المسائل التفصيلية للعقد، وهي بذلك

[1]- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع الاهتمام بالبيوع الدولية، ط 1، مطبوعات جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، 1975، ص10.

ليست عقداً متكاملاً وإنما مجموعة أحكام يستعين بها المتعاقدون ويدرجونها ضمن عقودهم التي يستكملونها بعد ذلك بالشروط الخاصة المتفق عليها بين الأطراف[1].

-والجدير بالذكر أن العقود النموذجية والشروط العامة ليست لها أي صفة إلزامية حيث أن نفاذها عملياً يتطلب إحالة المتعاقدين إليها أو تبنيها صراحة في العقد حتى تكون ملزمة لهما[2]، إذ ليس للعقود النموذجية قوة إلزامية تلقائية بل يتوقف نفاذها على اختيار وإرادة المتعاقدين وتبنيهم لها بوضوح في تعاقداتهم أو الإحالة إليها صراحة ضمن نصوص العقد ولهم مطلق الحرية في الحق بالتعديل في بعض أحكامها والحذف والإضافة إليها طبقاً لما يناسب ظروف التعاقد كما أن لهم الحق بإبرام عقدهما بأية صيغة يتفقا عليها الطرفان في ظل حدود النظام العام والآداب العامة[3].

من خلال العرض السابق فإننا نميل إلى الرأي الذي يرى أن العقود النموذجية تختلف عن الشروط العامة، وهو رأي الدكتور "السنهوري"، و"شيمتهوف"، والدكتور "مصطفى محمد جمال" والذي يرى أنها (عقود تعتمد صيغ مطبوعة يقدمها أحد الطرفين للآخر ويقتصر دوره على ملء الفراغات المتروكة فيها البيانات الخاصة والتوقيع عليها فيصير العقد مبرما بهذا التوقيع).

-أما الشروط العامة فهي تمثل مجموعة من النصوص أو الأحكام التي يستعين بها المتعاملون في إعداد عقدهم بحيث يدخلونها ضمن أحكام ونصوص العقد أو يكتفون بالإحالة إليها في العقد

واستنادا لما تقدم فان الفرق بين صيغتي العقود النموذجية وبين الشروط العامة كما وضحه منهاج عمل اللجنة الاقتصادية الأوروبية يكمن في أن وثيقة العقد النموذجي المطبوع يمكن لطرفي العقد استخدامها على أنها هي وثيقة العقد ذاته، ويكون ذلك بملء الفراغات المتعلقة بالطرفين وبالشيء محل العقد وباقي الشروط التي تنظم العملية كماً وكيفاً وزمنا،أما الشروط العامة هي

[1]-Andre Guyomer; Etienne Morin, commerce international ، Paris ، Dolloz ، 1992 ، p 100. sur le site : https://www.eyrolles.com/entreprise/livre/commerce- international-97822470319214/ ; visitée le 30/03/2017 a 22.00

[2]-Pierre Malinverni ، Les conditions générales de vente et les contrats types des chambers syndicales ، L.G.D.J ، Paris ، 1978 ، p 277 أشار إليه: نغم حنا رؤوف، العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المج 14، ع6 ،جوان 2007، جامعة الموصل،ص337، الهامش 56.

[3]- طالب حسن مرسي، الموجز في قانون التجارة الدولية ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،1997، ص49.

مجموعة من الأحكام يهتم المتعاقدون بإبرام عقدهم و تنفيذه على أساسها، فهي بذلك تعد جزءا من العقد الذي يقوم بينهم [1].

الفرع الثاني: تمييز العقود النموذجية عن القوانين النموذجية

-العقود النموذجية من عمل نقابات وجمعيات مهنية وتعد ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية وذلك للاستهداء بها عند وضع العقد المراد إبرامه، أما القوانين النموذجية فهي أصلاً من عمل لجنة الأمم المتحدة ويتم الإحالة إليها في العقد وذلك بافتراض توافر الشروط الأخرى، ولا تكون ملزمة إلا إذا دخلت هذه القوانين ضمن التشريعات الوطنية ،ومن أمثلة القوانين النموذجية، القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996[2].

-وقد انشغلت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بالعمل علي توحيد صياغة العقود الدولية لخطورة ما يترتب علي سوء الصياغة من نتائج خصوصاً بالنسبة للأطراف التي ينتمي إليها العالم الثالث، فوضعت مثلا الدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية 1989، وهو يحدد المسائل القانونية التي تثيرها هذه العقود، ويعاون البلدان النامية على التفاوض، ويعالج مشكلات تكوين العقد وتنفيذه.

وقد أنشئت لجنة الأمم المتحدة قانون التجارة الدولي "الأونسيترال" [3] بهدف التوفيق بين قواعد التجارة الدولية وتوحيدها. ومنذ إنشائها، أصبحت الأونسيترال الجهاز القانوني الرئيسي للأمم المتحدة في مجال قانون التجارة الدولية.

إذا كانت الشروط النموذجية أحكاما عامة مطبوعة سلفاً فأن من يقوم على إعدادها أحد طرفي العقد المتمتع بقدرة تفاوضية فائقة دون الحاجة إلى تدخل الجمعيات التجارية والمنظمات المهنية الدولية كما هو الحال في العقود النموذجية .

---

[1]- Clive schmittoff ، Export Trade, the law and practice of international trade, 8 edition, Stevens and sons, London, 1980, p أشار إليه: نغم رؤوف حنا، المرجع السابق، ص 336، الهامش 193,53

[2]- أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص179.

[3]- وهي جهاز فرعي لجمعية العامة للأمم المتحدة(UNGA)، أنشئت بمقتضى قرار الجمعية العامة 2205 المؤرخ في ديسمبر 1966 بفيينا النمسا، من أجل تعزيز المواءمة والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي من خلال الاتفاقيات والقوانين النموذجية وغيرها من الصكوك التي تتناول مجالات التجارة الرئيسية، من تسوية المنازعات إلى شراء وبيع البضائع

-إن الطابع العام للشروط النموذجية يؤكد إخلاله بمبدأ الحرية التعاقدية، فالأطراف المتعاقدة لا تلجأ غالى تطبيق الشروط النموذجية على العقد المراد إبرامه، بل تفرض من قبل الطرف الأقوى اقتصادياً، ما يدفع الطرف الأقل قوة إلى قبول تلك الشروط دون الاعتراض عليها نظراً لحاجته إلى التعاقد بينما تستمد العقود النموذجية قوتها الملزمة من إرادة أطرافها ومشيئتهم وإن ثبت عكس ذلك ففي جميع الأحوال لهم الحق في تعديل أحكامها بالإضافة أو الاستبعاد[1].

لا يمكن الاعتماد على الشروط النموذجية بوصفها عقداً قائماً بذاته، وإنما تدرج ضمن العقد المراد إبرامه وتصبح ملزمة للطرف المتعاقد دون حاجة إلى اتفاق صريح أو ضمني كما هو الأمر بالنسبة للعقود النموذجية ذات الصفة الاختيارية وبالتالي فمن الممكن إيراد الشروط النموذجية في عقد نموذجي بحيث يستعين بها طرف العقد بما يلائم مصالحهما العقدية ويترتب على ذلك أن تصبح تلك الشروط جزءاً لا يتجزأ من العقد المراد إبرامه، بل ويعد استخدامها في التعاقد صورة من صور العقد النموذجي.[2]

الفرع الثالث: تمييز العقود النموذجية عن عقود الإذعان

لتمييز العقود النموذجية عن عقود الإذعان سوف نعطي نبذة عن مفهوم عقد الإذعان و من ثم تحديد أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين العقود النموذجية

أولا: مفهوم عقد الإذعان

عقود الإذعان من العقود القليلة التي أثارت نقاشا حقيقيا بين رجال القانون بشقيه العام والخاص، لدرجة أن البعض أنكر عليها الصبغة التعاقدية نظرا لما تتميز به من خصائص وطبيعة قد لا تتوفر في باقي العقود العادية.

غير أن المثير للانتباه أنه أمام تشعب هذه العقود وانتشارها داخل عالم المعاملات المدنية والتجارية، لم تستطع كل الانتقادات التي وجهت إليها أن تزيحها من مكانتها و إطارها القانوني الذي

[1]- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المهندس الاستشاري وفقا لقواعد عقد الفديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (مركزه القانوني، مسؤوليته المدنية) مجلة الحقوق، ع1س24، 2000، ص306.

[2]- حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة. 1975، ص17.

صيغت فيه. حيث أن معظم فقهاء القانون المدني صنفوها ضمن تقسيمات العقود مع الاعتراف لها ببعض الخصائص المميزة.[1] وهذا ما سنوضحه كالآتي:

أ- تعريف عقود الإذعان:

عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام ألنموذج النمطي للعقد ويعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه[2]دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد، ومن هذا وصفت هذه العقود "بالإذعان". وقيل أن أول من سماها كذلك القانوني الفرنسي سالي[3] في مطلع القرن العشرين[4].

وأهم عنصر في هذه العقود، وهو الذي جعلها مظنة الإذعان، هو طريقة عرض العقد من قبل معدة على الطرف الآخر إذ لسان حالة يقول : "أقبله كما هو أو اتركه كما هو" وهو ما يقال عنه باللغة الإنجليزية "Take it-or Leave it". إن هذا النوع من العقود هو مظنة الإذعان، لأنها لا تكون من عقود الإذعان إلا إذا تضمنت شروطاً ما كان للطرف الآخر أن يقبل بها لو أعطي حرية المساومة ومن ثم يمكن القول بتعيب الرضا فيها. فإذا تُحقق من حصول الرضا فيها لم تعد من الإذعان بأي وصفٍ كانت، كما عرف هذا العقد بأنه" العقود التي يكون القبول فيها مقتصراً على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها "[5]

---

[1] - العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص 15.

[2] - علي ماجد صاحب، المرجع السابق،ص7.

[3] - يمثل الهيكل الرئيسي لقانون الفرنجة الذي يحكم إمبراطورية الفرنجة في ظل حكم ملوكهم، وقد كانت القوانين في صورة مكتوبة باللغة اللاتينية دونتها لجنة بتفويض من الملك وتم نقحها في القرن السادس وعدلت ثلاث مرات في أواخر القرن التاسع.
لقد قدم القانون سالي تنظيما مكتوبا لكل من القانون المدني، والخاص بالجرائم. وكان لهذا القانون تأثيرا على تقليد قانون التشريعات الذي امتد إلى العصور الحديثة في وسط أوروبا. الموسوعة الحرة ويكيبيديا، تاريخ الزيارة: 2018/1/20 على الساعة 18:30

[4] - عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر 1983م، ص 68.

[5] - ، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت ،لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية 1998، المجلد الأول، ج2، ص74، مشار إليه لدى ،احمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، 2008، ص30

كما عرفها الأستاذ دي باج بأنها " عقود معينة تتكون دون نقاش سابق بين الطرفين لشروطها وفحواها، وفيها يقنع القابل بإعطاء موافقته، بالانضمام لمشروع معين وعلى الدوام تقريباً غير متغير لعقد نموذجي يقدمه الطرف الآخر.[1]

و يعرف عقد الإذعان بأنه (عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، ويكون ذلك متعلقاً بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني ي او فعلي وموضع منافسة محددة النطاق[2]

-وقد انتشرت العقود النمطية في المعاملات التي تجري بين الناس وبخاصة في مجالات الاستهلاك. وقد قدر بعض الباحثين[3] عام 1971 إن الصيغ النمطية الجاهزة للعقود تغطي نحو 99% من العقود التي تجري في البلاد الغربية. أما العقود التي تنعقد بالطريقة التي نتصورها نظرياً أو تلك التي تعدها كتب الفقه الصيغ الأساس فإنها تكاد تكون قد اختفت تماماً من حياة الناس المعاصرة. فالعقود التي تقع بين الناس سواء وقع الإيجاب والقبول بين طرفيها مكتوباً أو ملفوظاً أو كانت بالمعاطاة، تجري على نمط معد مسبقاً ونظام مرتب اقتضته معطيات التطور الاقتصادي والتكنولوجي. ولم يعد يقع بين الناس اليوم تلك المساومة والمجاذبة على شروط العقد التي يفترض أن تكون دليلاً على تحقق الرضا.

ب- الخصائص المميزة لعقد الإذعان:[4]

لعقود الإذعان خصائص معينه تتميز بها عن باقي العقود من أهم خصائصها:

1-أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلباً لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحاً[5].

ويكون التفوق الاقتصادي واضحاً في أمرين:

---

[1]-Henri Depage، Traite elementaire، p471 أشارت إليه شيماء مصطفى الشيخلي، عقد الإذعان، رسالة ماجيستير كلية الحقوق، جامعة النهرين،2000، ص 24.

[2]- عبد الودود يحي – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – 1994-ص46.

[3] - W. David Slawson Standard Form Contracts & democratic Control of Lawmaking Power Harvard Law Review 84 (1971).أشارت إليه شيماء مصطفى الشيخلي، مرجع سابق، ص29.

[4]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق،ص8

[5]- عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان في التقنيات المدنية العربية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، مرجع سابق، ص224.

1-1 تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الحياة اليومية :

أن غالبية عقود الإذعان متعلقة بسلع أو مرافق تعد من الضروريات أو ذات فائدة كبيرة للأشخاص الطبيعيين وبالتالي لا يستطيعون هؤلاء الاستغناء عن هذه العقود والخدمات المقدمة إليهم كعقود الهاتف والكهرباء والماء ....الخ ،وعليه يكون هؤلاء الأشخاص بوضع لا يسمح لهم برفض التعاقد بل عليهم القبول بها وبكافة شروطها وان كانت شديدة أو جائرة لحاجتهم الماسة إليها[1].

2-1 احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها:

تمتع الموجب باحتكار قانوني، مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف فأغلب الشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني فهي الوحيدة التي يمكن تقديمها دون أي مناقشة.

هذه الخاصية تجعل الموجب بوضع اقتصادي متفوق لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي وبالتالي يسمح له هذا التفوق بفرض شروطه على حساب ومصلحة الطرف الآخر دون أن يكون للأخير سوى القبول فيها ودون أن يكون له الحق في المناقشة ذلك أو المساومة عليها ومن أمثلة ذلك عقد التامين فنلاحظ شركات التامين وان كانت لا تتمتع باحتكار قانوني ألا أنها في الواقع تتمتع باحتكار فعلي إذ تتفق شركات التامين فيما بينا على تعريفه القسط وعلى شروط عامة تكون متماثلة إلى حد كبير، بحيث أنه إذا وجه طالب التأمين إلى أي وجهة فانه سوف يواجه نفس التعريفة وبنفس الشروط تقريباً مما يضطر للتعاقد مع أول شركة تقابله راضياً بما تمليه عليه من شروط دون أدنى مناقشة[2]،ولما تقدم فان هذه الخاصية نجدها مكملة لسابقتها وأنهما طابع واحد لعقد الإذعان وذلك لأن الموجب إذا كان يمكنه فرض شروطه لا لتفوقه الاقتصادي فحسب بل لأن الطرف الضعيف بحاجة ماسة للسلع المقدمة إليه .

[1]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،ج2 في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، 1987، ص183. و عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة) دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص207.

[2] محمد شكري سرور، دروس في الأحكام العامة في عقد التأمين ،دار الفكر العربي،د.س.ط، ص36 .

ويتمتع الموجب باحتكار فعلي مثل ما هو الحال في منطقة لا توجد بها إلا شركة تأمين وحيدة[1]-

2- الإيجاب عام ودائم[2]:

أن يكون الإيجاب عاما" ودائما"، أي انه لا يكون موجه لشخص بعينه أو طلب في وقت محدد، بل يكون إيجاب عام دائم موجود بشكل مستمر[3].

ويتميز إيجاب عقد الإذعان بأنه إيجاب يوجه لأشخاص غير محدودين ويحتفظ به لمدة غير محدودة وقد يكون لزمن معين ، فإنه إيجاب موجه للجمهور أو إلى فريق من الجمهور تتوفر فيه صفات معينة لأنه شخصية المذعن ليست محل اعتبار فشركة السكك الحديد لا تهتم بصفة من يدفع تذكرة من المسافرين وكذلك الإيجاب الصادر من شركات الكهرباء أو الهاتف مثلاً أي منهما يكون إلى كل الناس ولا تهتم بصفة الشخص الراغب في الاشتراك أو المهنة[4] هذه هي صفة العمومية في عقد الإذعان، أما صفة الاستمرارية والديمومة في عقد الإذعان فإن ذلك يتفق مع أسلوب التعاقد لكونها تتم لعدد كبير من الأفراد لذا يكون إيجابه لمدة طويلة، ومع ذلك فإنه يمكن أن يكون إيجابه لزمن معين . ويكون للطرف المحتكر فرض الشروط التي يراها لتيقنه من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد لأنه لا يجد بديلاً عن هذا المتعاقد المحتكر، ولن يتمكن من الحصول علي عقد يتضمن محل هذا العقد وبنفس الشروط التي فرضها الطرف المحتكر[5]

3- الفقه والقضاء لا يسمحان بالمساواة بين التفوق الاقتصادي أو حتى الاحتكار وبين وصف العقد بأنه من عقود الإذعان وإنما يجب أن يكون محل العقد تواجد سلعة ضرورية من الضرورات الأولية[6]وتقدير فكرة الضرورة أمر متروك لقاضي الموضوع على اعتبار أنها مسألة واقع[7]

---

[1] مسعودة بلخضر، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية،2006، ص31.

[2] علي ماجد صاحب ،المرجع سابق ،ص9

[3] - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص108.

[4] - حلمي بهجت البدوي، أصول الالتزامات ،نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943، فقرة 141 ص223 وأنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ج1، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962، فقرة 57 ص51 .

[5] - حسن جميعي، المرجع السابق، ص104

[6] - المرجع نفسه، ص106

[7] - مسعودة بلخضر، الحماية المدنية للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص31.

4- أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي ويعرض الشروط ككل فإمّا أن ينبذها العاقد الآخر برمتها وإمّا أن يقبلها[1]

ثانيا: الاتجاهات المخالفة لوصف العقد على العقود النموذجية وعقود الإذعان

أ- الاتجاهات المخالفة لوصف العقد على العقود النموذجية:

ذهب الفقيه (**Schmidt**) إلى تسميت العقود النموذجية بالصيغ النموذجية للعقد وليس العقد النموذجي[2]، وعرفها بعضهم بأنها (صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها. وذلك باتفاق أطراف هذا العقد)[3].

وقال الفقيه **جاك لوتيه (jaques leauté)** أن العقد النموذجي ليس بعقد وإنما هو مجرد نموذج **une « simple formule**، معد سلفا من طرف شخص مهني يعرضه على العموم ليكون صيغة للعقود المحتملة.[4] وذهب إلى أن الأدق أن يطلق على هذه العقود اصطلاح الصياغة النموذجية للعقود **formule type de contrat** بدلا من العقود النموذجية، ولكن شيوع استخدام اصطلاح العقود النموذجية هو الذي دفعنا إلى استخدامه للتعبير عن الموضوع.[5]

ب- الاتجاهات المخالفة لوصف العقد على عقود الإذعان(أو ما يعرف بالطابع المؤسساتي لعقد الإذعان):

ذهب أنصار الطابع المؤسساتي لعقود الإذعان إلى أن الآراء التي تدافع عن الصبغة التعاقدية لما يسمى بعقود الإذعان غير مبنية على حجج قوية ومقنعة، كما أنها غير واقعية.

---

[1]- وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة كلية الحقوق، الجامعة الأردنية،1977-1978.ص81.

[2)]Schmidt (j.) le prix du contract de fourniture :1985، p176

أشار إليه محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، 2001 – 2002، ص12، هامش رقم (1) .

[3]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص12.

[4] - العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص 354.

[5] - . jaques leauté ,les contrats types, R.T.D , 1953,N 01 ,P 430 ، أشار إليه أيمن سعد سليم، نفس المرجع أعلاه، ص12، الهامش رقم (4)

في رأيهم أن عقود الإذعان ليست عقود حقيقة وينكرون عليها صفة العقد، فيرون فيه مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها"[1].

ذلك أن هذا النوع من التصرفات لا يعدو أن يكون نتاج إرادة منفردة، ويضربون أمثلة على ذلك بعلاقة الصفارة بالقطار، فعندما يطلق عون السكك الحديدية صفيرا ثم ينطلق القطار فهل يعني أن هذه الصفارة حركت القطار، أم أنها مجرد إشارة؟ ويخلصون إلى أن الإذعان لا يزيد أهمية عن الصفير. و نفس الأمر يطبق على مصادقة رئيس الدولة ذات النظام البرلماني على القوانين التي صوت عليها أعضاء البرلمان بالإيجاب، فهل يمكن اعتبار هذه المصادقة بمثابة مساهمة في إصدار القوانين أم أنها فقط شرط شكلي مكمل لإرادة الأمة؟

ويتضح الأمر أكثر في عقود النقل حيث لا يجد المسافر متسعا من الوقت للاطلاع على الشروط المطبوعة على ظهر التذكرة رغم صبغتها التعسفية، حيث أن الظرف الزمني الذي يقضيه المسافر أمام شباك التذاكر، والحالة النفسية والواقعية التي يوجد عليها لا تترك له المجال للتقصي والاستعلام عن شروط العقد.[2]

وأيضا فيما يخص عقد الاشتراك في الهاتف، حيث أن الشركة التي تمثل الطرف القوي فنيا واقتصاديا في العلاقة التعاقدية هي التي تقوم بإعداد صيغ مطبوعة تتضمن بنودا تضعها الشركة بمفردها دون الرجوع إلى الطرف الآخر المتمثل في المشترك، وبالتالي المورد هو الذي ينفرد بوضع شروط العقد، بحيث يظهر أمامها المشترك طرفا ضعيفا يقبل بالشروط التي تفرض عليه من قبل هذه الشركات .

ذلك أن خدمات الاتصالات هي من الخدمات الضرورية، والتي لا يمكن الاستغناء عنها باعتبارها وسيلة تواصل بالدرجة الأولى.[3]

---

[1]- عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ،الجزء الأول، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية،1958، ص96.

[2] - العربي محمد مياد، المرجع السابق ، ص 21-22

[3] - أسيل باقر جاسم، كاظم فخري علي، المفهوم القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، ع 2، السنة السادسة، كلية القانون، جامعة بابل، ص7-8

وتأسيسا على ذلك تأكد لأنصار النظرية المؤسساتية لعقود الإذعان انعدام الإرادة المشتركة لدى المتعاقدين أثناء تكوين العقد، حيث تهيمن إرادة منفردة في تحديد شروط العقد .[1]

و أنكر "سالي" ومن بعده "**ديجي**" و" **هوريو**"، على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية وحججهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية ، ولا توجد فيها المساواة التي تفرضها صيغة العقد والنقاش فيه معدوم وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة، كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية، كما أن الاعتراف للقوى الخاصة التي تقوم بدور الموجب في عقد الإذعان بالسلطة اللائحية له ما يبرره، إلا أنه يمكن لها في التصرف بحرية ودون تردد فيساعدها بذلك على أن تؤدي خدمات جليلة للاقتصاد الوطني[2].

1- موقف ريمون سالي من عقود الإذعان:

يعتبر ريمون سالي من فقهاء القانون المدني الذين تأثروا بالقانون الألماني، حيث تشبع بفكرة إعلان الإرادة بشكل انفرادي، وبالنسبة إليه فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في توافق إرادتين وإنما فقط في إرادة منفردة. وأن إذعان الطرف الآخر لا يرقى لكي يعتبر عنصرا تأسيسيا في تكوين العقد ، وإنما بينا تكميليا لتنفيذ العقد من طرف من قام بإعداده، ومن ثم فإن عقود الإذعان ليس لها من الصبغة التعاقدية إلا الاسم.

وصفوة القول ، أن الفقيه **سالي** يرى أن عقود الإذعان مجرد تصرفات من جانب واحد وأن إرادة الموجب هي الإرادة الغالبة في حين أن إرادة القابل لا تستطيع تغيير طبيعة العقد ، لذا فإن الصبغة التعاقدية لهذه العقود غير ثابتة.[3]

2- موقف "ديجي" من عقود الإذعان:

يعتبر الفقيه "**ديجي**" من فقهاء القانون العام واتفق مع الفقيه "**سالي**" في نفي الصبغة التعاقدية على عقود الإذعان واعتبارها تصرفات بإرادة منفردة، ويختلف ديجي عن سالي في أن الأول لا يجعل الأساس القانوني لهذه التصرفات الإرادة المنفردة لمحرر العقد، مبررا رأيه بأن إرادة الفرد سواء

[1] - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص 42-43

[2] - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص97.

[3] - العربي محمد مياد ، المرجع السابق، ص 23

على مستوى القانون العام أو القانون الخاص لا يمكنها لوحدها خلق القانون. ذلك أن الدافع الرئيسي لإصدار القانون يتمثل في تحقيق المصلحة العامة.[1]

3- موقف هوريو من عقود الإذعان:

اعتبر الفقيه "**هوريو**" عقد الإذعان تصرفا قانونيا تعرضه جماعة وتحصل على صيغته التنظيمية من المؤسسة المكونة مسبقا أو قيد التأسيس.

يرى أنصار هذا الاتجاه الذين ينفون عن عقود الإذعان صفة العقد، أن عقود الإذعان تقوم وتميز باجتماع عناصر ثلاثة تخرجها من النطاق العقدي وهي:

1-عنصر العمومية، وهذا يعني أن هذه البنود أو الشروط الموضوعة هي دائماً عامة غير موجهه لشخص معين أو محدد بعينه فهي توجهه إلى الجمهور بوجه عام وإما إلى طائفة من هذا الجمهور ذو ميزات خاصة.

2-الإكراه، يجب أن نفرق بين الإكراه الذي يبطل العقد والإكراه الذي لا يبطله، فالإكراه الذي يبطل المعاملة هو الفعل الفاقد للرضا وطيب النفس بالمعاملة، أما الإكراه المقصود في عقود الإذعان هو الإكراه الاقتصادي.

3-عنصر الإذعان: يقبل فيه أحد الطرفين كامل شروط وبنود العقد دون أن يكون له الحق في تعديلها أو الإضافة عليها وليس له غير الخضوع الكامل لإرادة الطرف الثاني[2]

ثالثا: الطابع التعاقدي للعقود النموذجية وعقود الإذعان:

أ- الطابع التعاقدي للعقود النموذجية:

كما ذكرنا آنفاً فإن الغالب الأعم من الفقهاء والواقع الفعلي يفرض ويقر أن العقود النموذجية تعد عقوداً حقيقية صحيحة، ومنهم الدكتور **أحمد السعيد الزقرد** الذي يرى أن العقود النموذجية هي (ما يقوم به أحد المتعاقدين الطرف القوي في العلاقة التعاقدية من إعداد نماذج عقدية موحدة

[1] - Diguit : l'etat ,le droit objectif et la loi positive, transformations 1901,p 55 et p432. أشار إليه :العربي محمد مياد، المرجع السابق ،ص 24، الهامش رقم (16)

[2] - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006، ص178

في حدود نشاطه تنطبق على الطرف الآخر بقبوله لها)[1]. وكما عرفت بأنها (عقود تعتمد صيغ مطبوعة يقدمها أحد الطرفين للأخر ويقتصر دوره على ملْ الفراغات المتروكة فيها البيانات الخاصة والتوقيع عليها فيصير العقد مبرما بهذا التوقيع)[2].

وأيضا الأستاذ **السنهوري** الذي عبر بقوله (العقد الذي تضعه سلطة عامة أو أي هيئة نظامية أخرى كعقود الإيجار النموذجية التي تنظمها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات)[3].

والأستاذ **شميتهوف** الذي وصف العقد النموذجي بأنه مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة، وضعتها مسبقا هيئة دولية بصورة تتفق مع العادات والتطبيقات التجارية الدولية، بحيث قبلها أطراف العقد بعد تهيئتها (تعديلها) وفق لمتطلبات الصفقة محل الاعتبار.[4]

ب- الطابع التعاقدي لعقود الإذعان:

لم يكن للطابع التعاقدي لعقد الإذعان أن يثير أي شك أو تساؤل لولا الموقف الذي سجله بعض الفقه – من أمثال ما سبق ذكرهم- من هذه العقود.

والواقع أن العقود التي نحن بصددها هي نتاج إرادتين و لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار دور الطرف المذعن في إبرامها لأن الإذعان في حد ذاته قبولا، وأن هذه العقود تولد بواسطة إرادتين: إرادة الموجب بالعقد و إرادة المذعن. والأكيد أن الطريقة التي يطرح بها الموجب إيجابه قد تولد لدى المتلقي أو الغير قناعة مفادها أن حرية المذعن في المساومة منعدمة.[5]

وعليه إن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان، لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثراً إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقود والمساواة القانونية وهي المطلوبة في العقد، أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يفي بالضرورة

[1]- أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق تصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، ع 3، 2001، ص193

[2]- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص94 .

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ف119، ص236 .

[4]- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، 1/ 293 العقود النموذجية، مرجع سابق، ص557

[5] - العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص28

أن يكون لكلاً من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى، ولا يشترط قانوناً لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين[1].

وبناء على ذلك فقد وجهت بعض الانتقادات إلى الآراء التي تنفي الصبغة التعاقدية على عقد الإذعان وأبرزها:

1- إن دور إرادة المذعن في هذا العقد موجودة وغير منقوصة، ولا يجوز الادّعاء بانعدامها لمجرد أن ظهورها قد يبدو محتشما.

2- ليس صحيحا أن الإيجاب الموجه من المحتكر يفرض على الطرف المذعن كالقانون، لأن المذعن هو الذي يتوجه نحو إرادة الموجب وليس العكس، ذلك أن إرادة هذا الأخير ساكنة وإرادة المذعن متحركة.

3- إن قيام العقد لا يفترض وجود المساواة بين الأطراف المتعاقدة بالضرورة، كما أن غياب هذه المساواة لا ينفي عن العقود الصبغة التعاقدية.

4- ليس صحيحا كذلك الفكرة التي تنادي بأن العقد لا يقوم إلا إذا كانت شروطه نتاج المناقشة الحرة والمتساوية بين طرفي العقد.

و على ضوء ما سبق فإن تكوين عقد الإذعان في نظر هذه المدرسة يفترض بالضرورة إرادة مشتركة لطرفين أو أكثر واتجاهها نحو إحداث أثر قانوني ، وفي غياب أحدهما فإننا لا نكون أمام عقد إذعان فحسب، وإنما أمام أي اتفاق بشكل عام.[2]

رابعا: أوجه الشبه و الاختلاف بين عقد الإذعان والعقد النموذجي.

أ-أوجه الشبه:

1-عدم قدرة الطرف الضعيف في كلا العقدين على مناقشة شروط العقد، لأن المذعن طرف ضعيف في عقود الإذعان يقبل عادةً ببنود العقد المفروضة عليه من جانب الطرف الآخر دون أن

[1]- عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص97.

[2] - العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص 29

تكون له الحق في مناقشة ذلك والمساومة عليها[1]و ذلك لضعفه من جهة وحاجته الماسة للسلعة المقدمة إليه من جهة أخرى، وهذا الحال يتحقق تماماً في العقود النموذجية التي نجد فيها تفوق احد أطرافها سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم الفنية واستغلال هذا التفوق بفرض شروطه على حساب ومصلحة الطرف الآخر وما على الأخير سوى القبول بالشروط الواردة من قبل الطرف القوي أو رفضها دون أن تكون له القدرة الحقيقية على مناقشة بنود ذلك العقد أو المساومة عليها[2] .

وإن عدم قدرة الطرف الضعيف بمناقشة بنود وشروط العقد النموذجي يتحقق من الناحية الواقعية، إلا أنه من الناحية النظرية المجردة فللطرف الضعيف الحق في مناقشة بنود العقد والمساومة عليها، وأنه يملك كافة مقومات المناقشة الحقيقية غير أنه في ظل ضعف خبرته وحاجته الماسة للسلع المقدمة إليه لا يمكن لنا أن نتصور أن يكون بأي حال من الأحوال نداً قوياً للطرف الآخر.

2-تفوق أحد طرفيهما مع ضعف من جانب الطرف الآخر

إن تميز أحد طرفيهما بتفوقه وخبرته في مجال المعاملة التي اكتسبها لقيامه بعمليات متكررة ومتشابهة في مجال تخصصه، يقابله ضعف من جانب الطرف الآخر لكونه يقوم بتلك العملية بصورة منفردة ودون أن يفكر فيها ملياً للحصول على تلك السلع أو الخدمة[3].

وهذا التفوق الحاصل من جانب أحد الأطراف و الضعف الذي يقابله من جانب الطرف الآخر يؤدي في كلا العقدين إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي و ظهور الشروط التعسفية المفروضة من الجانب الطرف القوي على الطرف الآخر التي سوف نتناولها وكيفية مواجهتها في الباب الثاني .

3-تماثل ظروف التعاقد في كلا العقدين

إن كل من عقد الإذعان والعقد النموذجي يشتركان بمظهر خارجي واحد ألا وهو أسلوب تنظيمها بصدورهما بصيغ مطبوعة[4].

[1]-حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، 1991-1992، ص158.

[2]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004-2005، ص465 .

[3] حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 659 .

[2] سعدون ناجي القشطيني، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية، مطبعة المعارف، بغداد، 1975، ص4 .

4-تماثل ظروف نشأتهما

نشأت عقود الإذعان كأثر للتكتلات الاقتصادية والتطورات الحاصلة التي شهدها العالم في أواخر القرن الماضي لتركيز آلة الإنتاج في عدد من المنشآت الصناعية الكبيرة، الأمر الذي ساعدها على الإعداد المنفرد لشروط العقد، وكذا الحال نشأة العقود النموذجية التي انتشرت وزاد استعمالها بعد التطورات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية التي شهدها العالم في الآونة الأخيرة وزيادة أعداد المستهلكين و السلع المصنعة، وبالتالي أصبحت الحاجة ملحة لهذه العقود نظرا لما توفره من سرعة في إعداد العقود بما يتناسب مع هذا التطور .

ب-أوجه الاختلاف

1-من حيث الجهة التي تنظم العقد

تنظم عقود الإذعان عادة من قبل جهات محتكرة لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، أما العقود النموذجية تنظم من قبل هيئات مستقلة ذات خبرة في مجال التعامل أو من قبل أشخاص طبيعيين يهدفون من خلالها إلى تحقيق غاية أساسية ألا وهي تعزيز التعامل وجعله مستقرا وفق القواعد المعروفة والمتفق عليها في ميدان معين[1] وعليه فالعقد النموذجي لم يكن بالضرورة منظما من قبل جهات محتكرة لسلع على خلاف عقود الإذعان .

2-من ناحية التفسير

هناك قواعد خاصة في التفسير[2] لا يمكن تطبيقها إلا على عقود الإذعان ولا يمكن تطبيقها على العقود النموذجية إلا إذا كانت هذه العقود عقود إذعان نموذجية، ومن هذه القواعد قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً التي تطبق على عقود الإذعان ،على خلاف القاعدة

[1]- عصمت عبد الحميد، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسية، جامعة بغداد، 1978، ص100 .

[2] - التفسير: يعني به العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، سبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به. عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1985، ص10-11

العامة في التفسير التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين[1] والتي تطبق على العقود بشكل عام ومن ضمنها العقود النموذجية.

3- من حيث الشروط التعسفية

ليست بالضرورة أن تتضمن العقود النموذجية شروطاً تعسفية أو شروطاً ضارة بمصلحة الطرف الضعيف والسبب في ذلك هو إمكانية إعدادها من قبل جماعات مهنية أو جمعيات تهدف إلى حماية الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة من خلال إعداد بنود العقد وصياغة شروطها بما يحقق التوازن المطلوب بين الأطراف المتعاقدة[2] كما يمكن للدولة إن تتدخل بوضع بنود في تلك العقود و بإيعاز من قبل المشرع لتحسين أوضاع الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة[3] حيث يكون للأطراف المتعاقدة الحق في مناقشة ومساومة بنود العقد ومن ثم القبول أو الرفض لتلك البنود، وهذا لا يتوفر في عقود الإذعان لأنه من أهم أثارها هو نشوء علاقة غير متوازنة بين الأطراف المتعاقدة، وبذلك يستطيع الطرف القوي فرض شروطه على الطرف الآخر دون أن يكون للأخير الحق في المناقشة أو المساومة لبنود العقد وعليه أن يخضع لتلك الشروط لحاجته الماسة إليها وإن كانت تعسفية وضارة بمصلحته .[4]

وبعد أن انتهينا من دراسة التمييز بين العقد النموذجي وعقد الإذعان نستخلص بأنه لا مجال للتمييز ما بين هذين العقدين إذ كنا أمام عقد إذعان نموذجي، إلا أن هذا التمييز يظهر بوضوح إذا كنا أمام عقد مساومة نموذجي وهذا ما سوف نوضحه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

و من خلال ما سبق وتبيان موقف المؤيدين لطبيعية عقود الإذعان والنموذجية وحجج كلا منهم، يتبين أن كلا العقدين من العقود الحقيقية الصحيحة استنادا في ذلك إلى ما يأتي:

---

[1]- هذا ما جاء في المادة 112 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه : " يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

1- نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، دار زهرات للنشر والتوزيع، عمان، 1991، ص37.

2- حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1996، ص 107

[4] - وفي هذا الوضع يتدخل القاضي من أجل حماية الطرف الضعيف بحسب ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري بقولها: إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

1-إن التطبيق العملي الفعلي كافي للحكم أن هذه العقود حقيقية وصحيحة فقد جرت العادة عند أغلب الناس في استعمال العقد النموذجي وقد انتقلت ملكيات كثيرة عن طريق هذا العقد إلى مستحقيها سواء كان بالإيجار أو البيع[1]

2- إن الشروط الذي تحتويها عقود الإذعان لم يجبر عليها الطرف الآخر ولولا أن العقد سيربحه ما كان لينفذه.

3-أنه بإمكان الطرف الآخر رفض العقد كلياً وعدم السير قدماً في إكماله.

الفرع الرابع: تمييز العقد النموذجي عن عقد المعاوضة

يقصد بعقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي[2]أي هو الأداء الذي سيقوم به مقابل غرما ماليا (وهو الأداء الذي سيتلقاه)[3] إن هذا الوصف ينطبق على كل العقود الملزمة لجانبين، مثل عقود الاتصالات أو الخدمات التي تقدمها شركة الاتصالات (مقدم الخدمة) بأنها تأخذ مقابلا للخدمة التي تقدّمها، وفي عقود تجهيز خدمة الهاتف النقّال نرى بأنها تحتوي على أداءين يكون كل منهما مقابلا للآخر، فالشركة تأخذ المقابل المادي كبديل للخدمة المقدمة للمشترك[4] وهذا الأخير يحصل على خدمات الاتصال واستخدام الرسائل وغيرها من خدمات الهاتف النقال[(5)]، إذا فإن تمكين المشترك من الانتفاع من خدمة الاتصال هو العنصر الجوهري الأول، والعوض أو المقابل المادي هو العنصر الجوهري الثاني.

عقد المعاوضة هو النموذج التقليدي للعقد والذي يكون فيه إرادات أطرافه متوافقة ومتساوية، ولذلك يكون لكل طرف من أطراف العقد الحق في المناقشة والمساومة على بنود العقد وبحرية متكافئة

---

[1]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص14.

[2]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1، مصادر الالتزام الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الأول، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982، ص488.

3- سعد جاد الله الحيدر، النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة (الهاتف النقال)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012، ص83

4- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص83

[5]- هالة صلاح الحديثي، النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، المجلد الثاني، العدد الأول، 2009، ص108.

للتوصل إلى اتفاق تام على جميع بنود و شروط العقد المراد إبرامه ومن أمثلة هذا العقد عقود البيع والإيجار... الخ[1].

أما في العقود النموذجية فإنها تتشابه مع عقود المعاوضة عندما نكون أمام عقود معاوضة نموذجية كعقود البيع والإيجار النموذجية ،حيث تكون الأطراف المتعاقدة في تلك العقود متساوية من الناحية الاقتصادية والفنية، ويكون لكلا الطرفين الحق في مناقشة البنود والمساومة عليها الواردة في العقد النموذجي وهذا ما يحصل في عقود المساومة[2].

إلا أنها ومن جانب آخر تختلف العقود النموذجية عن عقود المعاوضة عندما نكون أمام عقود إذعان نموذجية، وهذا هو الوضع الغالب بسبب الفارق الكبير ما بين أطرافها سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم الفنية، حيث يستطيع الطرف القوي صياغة بنود العقد وفرضها على الطرف الآخر دون أن يكون للأخير الحق في المناقشة والمساومة على بنود العقد، مما يترتب عليه غياب القدرة الحقيقية عن مناقشة بنود العقد الذي تعكس بصورة مباشر على عدم تحقق أي عنصر من عناصر المساومة بين أطراف العقد النموذجي[3].

المطلب الثالث: التطور التاريخي للعقود النموذجية

يساهم النمو الاقتصادي في دعم اقتصاد الدول، والزيادة من نسبة تحقيقها للاكتفاء الذاتي من خلال توفير كافة الوسائل المتاحة التي تدعم المؤسسات والشركات في تقديم أعمالها الإنتاجيّة، والخدمية في الأسواق، ثم العمل على قياس مدى نجاحها في الوصول إلى تحقيق قيمة الدخل المطلوبة خلال الفترة الماليّة المحددة، وينتج عن ذلك زيادة في قيم السوق للسلع والخدمات والمعاملات الداخلية والخارجية، والتي تؤدّي إلى زيادة النمو الاقتصادي بشكل مستمر، فكان لا بد من وجود مستند سريع يلزم الطرفين ويحفظ لكل طرف حقه، فظهر ما يسمى بالعقد النموذجي الذي ساهم بنسبة كبيرة في سرعة حركة التجارة الداخلية والخارجية، ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: نشأة و تطور العقود النموذجية.

[1]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص117.

[2]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص14-16.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص398 .

الفرع الثاني: أسباب انتشار العقود النموذجية.

الفرع الأول: نشأة وتطور العقود النموذجية

توسع النشاط التجاري في القرن التاسع عشر وبدأت المعاملات المختلفة تتجمع حسب طبيعة كل عمل أو مهنة، فظهرت التجمعات المهنية على المستوى الإقليمي والدولي وأيضا الجمعيات التي تضم المتعاملين في نفس البضاعة أو نفس النشاط التجاري، وذلك لأن تعزيز الاستخدام الأوسع للعقود النموذجية في البيع يعد من أحد الأساليب المهمة لتحقيق هدف توحيد وانسجام القوانين المتعلقة بالتجارة[1] ،ويطلق على العقود النموذجية باللغة الفرنسية **Types** Contrats.

أولاً: العقود في مرحلة الرأسمالية الاحتكارية

في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ظهرت الثورة الصناعية على مسرح الأحداث، وأثر تدخل الدول في تغيير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع الرأسمالي[2]، وكان للتقدم الصناعي أثره في محاولة إنشاء مراكز صناعية كبيرة تحتكر سلعة معينة عن طريق تجميع رؤوس الأموال الكبيرة وظهور شركات كبرى ذات مركز اقتصادي تكون له قوى تسيطر على قطاعات مهمة من النشاط الاقتصادي سيطرة قانونيةً أو فعلية، اختفت على إثر ذلك الصناعات التقليدية والحرفية وظهرت المصانع الكبيرة التي تستخدم أعدادا هائلة من العمال، مستخدمين أحدث الطرق والمعدات مما ساعد على زيادة الإنتاج بكمية كبيرة وتقنية عالية، وكان من نتائج ذلك اتساع الفوارق الاجتماعية بين الأفراد مما أثر على علاقة أرباب العمل مع العمال أو المنتجين مع المستهلكين .

و ظهرت العقود الجاهزة المذعنة نتيجة الرأسمالية الاحتكارية، وعكست نتائج التغيرات الاجتماعية والاقتصادية في هذه المرحلة، فالعقود لم تعد تبرم بحرية ومساواة بين المتعاقدين، وإنما هي بإرادة واحدة هي إرادة الطرف القوي.

[1]- نغم حنا رؤوف ، العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 6، جوان 2006، ص328.

[2]-العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص 355.

ثانياً: العقود في مرحلة الاقتصاد الموجه

إن تركز رأس المال في أيد مجموعة من الأشخاص الخاصة المعنوية أو الطبيعية[1] جعل قطاعات كبيرة من الاقتصاد تحت هيمنة القلة التي تحتكر السوق وتفرض سلطاتها علية، لذا ارتفعت الأصوات من الطرف الضعيف الذي لم يعد بإمكانه التدخل في تنظيم مهام عمله أو مستهلكاته بأن تتراجع الدولة عن موقفها السلبي وتتدخل لحمايته من تسلط الأقوياء، وقد تجمع للدفاع عن مصالحه في شكل نقابات واتحادات وجمعيات

استجابت الدول لطلبات الطرف الضعيف وكان على رأسها فرنسا وكان تدخلها في اتجاهين:

الاتجاه الأول له طابع الحماية والاتجاه الآخر له طابع التوجيه[2] .

أ- الاتجاه الأول(ذو طابع الحماية):

يهدف إلى حماية الطبقات الضعيفة والمستضعفة وذلك بالتدخل بجملة قواعد آمرة لتنظيم بعض العقود التي يضعها الأقوياء مثل عقود العمل، والإيجار، والتأمين، والعقود المصرفية، وبعض عقود البيع والنقل... الخ[3].

ب-الاتجاه الثاني (ذو طابع التوجيه):

فهو اتجاه ذاتي تهدف به الدولة إلى توجيه الاقتصاد نحو أهداف تحقيق الصالح العام كتنظيم المنافسة والائتمان والأسعار وجملة من الوسائل والإجراءات الأخرى التي تسعى لتحقيق هذا الهدف ولما كان الاقتصاد الرأسمالي هو اقتصاد تعاقدي، يكون العقد أحد أدوات هذه الإجراءات والوسائل وبذلك ظهر ما يسمى بالعقد الموجه[4]، تتدخل الدولة بموجبه بفرض بعض الشروط والالتزامات والتقيد بالقواعد التي تضعها السلطات العامة بهذا الخصوص وتخضع هذه العقود لرقابتها.

---

[1]- فارجا، القانون الاقتصادي الخاص، الجزء الثاني، نظرية الالتزامات، المنشورات الجامعية لفرنسا، 1975، ص60.

[2]- فارجا، النظام العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه باريس1963، المكتبة العامة للقانون والقضاء. أشار إليها فارجا، المرجع السابق، ص305.

[3]- فارجا، نفس المرجع أعلاه، ص90.

[4]- جاك جستان، مطول القانون المدني الالتزامات والعقد، المكتبة العامة للقانون والقضاء، باريس 1980، ص80.

ثالثاً: العقود في مرحلة الاقتصاد العالمي الحر و السعي لتوحيد معايير التجارة العالمية

ظهرت العقود النموذجية إلى حيز الوجود إثر قيام تجمعات مهنية تنظم تجارة معينة، ومن الأمثلة على هذه العقود جمعية لندن لتجارة الكاكاو وجمعية ليفربول للقطن وإيجاد تجارة الأخشاب في المملكة المتحدة وجمعية لندن لتجارة زيوت البذرة، وجمعية لندن لتجارة المطاط وغيرها

ومن أبرز العقود النموذجية الشائعة ما وضعته جمعية تجارة الحبوب اللندنية، التي وضعت نموذجاً لعقد بيع الحبوب، والذي انتشر استخدامه في معظم أرجاء العالم بالنسبة لهذا النوع من التجارة[1].

لقد تعددت العقود الإقليمية لسلع تخضع لجمعيات مثل جمعية لندن لتجارة الحبوب[2].

وعلى الصعيد الدولي أصدرت اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة أهم وأشهر العقود النموذجية، حيث وضعت العديد من العقود النموذجية التي تتماشى مع السلع المختلفة وذلك عام 1947 بناء على توصية من الجمعية العمومية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة[3]. ومن أمثلة هذه العقود العقد النموذجي لتصدير المصانع و الآلات ،والعقد النموذجي لتصدير الآلات مع تركيبها ، والعقود النموذجية لتصدير الحبوب. ومن هذه المؤسسات أيضا ما بذلته غرفة التجارة الدولية بباريس من جهود عندما قامت بإعداد القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالأوراق التجارية، والقواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية[4] (المعروفة بقواعد الانكوترمز).[5]

[1]- نغم حنا رؤوف، المرجع السابق، ص329-330-331

[2]- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي،ط الأولى، دار الفكر العربي، 1998، ص55.

[3]- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، إعادة للطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995، ص30.

[4] - كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، بغداد، المجلد 32، العدد الثاني،2017،ص 235.

[5] - شروط التجارة الدولية incoterms هي اختصار international commercial terms ، تم نشرها من قبل منظمة التجارة الدولية في فرنسا ، وقد ظهر الإصدار الأول عام 1936 ومنذ ذلك الحين و المنظمة تجدد الشروط كل عشر سنوات تقريبا وذلك استجابة للمستجدات التي تطرأ على معاملات التجارة الدولية ، وظهر الإصدار الأخير من هذه الشروط عام 2010 ودخل حيز النفاذ في 2011.

الفرع الثاني: أسباب انتشار العقود النموذجية

نتيجة لاتساع التجارة الدولية والمحلية على المستويين الجماعي الفردي وعدم تخصص أحد الطرفين إن لم يكن كليهما في كتابة العقد وتضمين بنوده والأجواء المحيطة بالتجار كل هذا ساعد على انتشار العقود النموذجية .

أولاً: أفضلية العقود النموذجية على المستوى الدولي:

أ-العقود النموذجية هي خير وسيلة للتوحيد في الأعمال الدولية:

أظهر العمل أن العقود النموذجية هي خير وسيلة للتوحيد ، وهي أفضل من الاتفاقيات الدولية لأن هذه الأخيرة لا يمكنها دائماً أن تحقق التوحيد المنشود ولا تتلاءم مع سرعة الحياة التجارية إذ يحتاج وضع مشروع الاتفاقية إلى زمن طويل، ثم يعرض هذا المشروع على مؤتمر يضم عدة دول وتستغرق المناقشات فترة طويلة حتى يصل المؤتمرون إلى صيغة مقبولة من أغلبية الأطراف، ويتم التوقيع على الاتفاقية ولا تعتبر نافذة في أية دولة إلا بعد التصديق عليها، وتستغرق إجراءات التصديق وقتاً ليس بالقصير وقد لا تعتبر الاتفاقية نافذة إلا بتصديق عدد من الدول يتوافر فيها صفات معينة تشير إليها الاتفاقية وتختلف بحسب الموضوع الذي تعالجه[1].

ب-العقود النموذجية تراعي حقائق الحياة العملية :

إن وضع العقود النموذجية يراعي حقائق الحياة العملية ويحاول رجال الأعمال عادة البحث عن حلول للمشاكل العملية التي تصادفهم ومراعاة مطابقة هذه الحلول لاحتياجات التجارة الدولية ، والدخول بالتالي في التفاصيل العملية التي يصعب على المشرع الدولي أو الوطني أن يوجهها أو يضع يده عليها، كما أن طبيعة القاعدة التشريعية بما تتصف به من عمومية لا يمكنها أن تواجه جميع الحالات المتصور وقوعها ، لذلك كانت العقود الدولية أكثر استجابة للواقع العملي وتتمتع بالمرونة اللازمة لمواجهة معظم المشاكل التي يمكن أن تحدث ، ويقبل رجال الأعمال عادة الوصول إلى صيغة مناسبة

[1]- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المهندس الاستشاري وفقا لقواعد عقد الفيدك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (مركزه القانوني، مسؤوليته المدنية)،مجلة الحقوق، العدد الأول ، س 24، 2000، ص306.

للتعاقد تراعى مصالح مختلف الأطراف ،دون البحث عما إذا كانت تتفق مع قاعدة تشريعية دولية أو وطنية، بحيث يصبح العقد الدولي في النهاية فعلا قانون المتعاقدين.[1]

ج- العقود النموذجية توضع بطريقة تضمن حماية مختلف المصالح المعنية

العقود النموذجية توضع بطريقة تضمن حماية مختلف المصالح المعنية، ويمكن ضمان هذه الحماية إذا تم وضع الشروط العامة أو العقود النموذجية على أسس معينة أهمها – كما حدث في صيغ العقود التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية – مناقشة المشاكل المتعلقة بالتجارة الدولية بواسطة مندوبين أو مؤهلين فنيا لذلك، ويمثلون جميع الدوائر المعنية بهذه العقود، فيجب مثلا تمثيل تجار السلعة سواء كانوا مصدرين أو مستوردين ، وتمثيل الناقلين والمؤمنين والمصارف، على أن يكون لدى الجميع الرغبة في إيجاد قواعد تحكم علاقاتهم التجارية و تتسم بالعدالة بالنسبة لجميع الأطراف، دون أن تسيطر على أحدهم الرغبة في الإفادة من قوة مركزه الاقتصادي بالنسبة للطرف الآخر.[2]

د- تمتع العقود النموذجية بقدر كبير من المرونة:

يجب أن يراعى عند وضع العقود النموذجية المرونة، بحيث يمكن دائما ملاءمة هذه الشروط أو العقود مع الظروف المتغيرة للتجارة الدولية وذلك حتى تتمتع هذه الوسيلة لتوحيد قانون التجارة الدولية، بتوحيد شروط التعاقد بأهمية عملية تفوق الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية[3].

ثانياً: أسباب انتشار العقود النموذجية على المستوى المحلي أو الإقليمي:

نظرا لما تقدمه العقود النموذجية من شروط قانونية معدة سلفا بمعرفة هيئات ومؤسسات متخصصة تتمتع بالخبرة الكافية والسهولة في قراءتها والاطلاع عليها، كل هذا جعل من العامة الاطمئنان إليها والتعامل بها، ويمكن حصر الأسباب في النقاط التالية:

[1]- نغم حنا رؤوف، المرجع السابق، ص333.

[2]- مسعود محمد مادي، المرجع سابق، ص119.

[3]- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المرجع السابق، ص306.

1-الكفاءة في أداء الأعمال والضَّغط على تكاليف الإنتاج، والنفقات الإدارية، بما في ذلك عمليات التعاقد في البيع والشراء والإجارة، وغير ذلك[1].

2-اختصار الوقت، وتقليل الإجراءات الإداريَة؛ إذ إن وجود صيغةٍ جاهزة جرى الموافقة المسبقة عليها من الجهة المعنيَّة في المؤسسة يؤدي إلى زيادة كفاءة العمل، والأهم من ذلك تقديم شروط عادلة توفر الحماية والاستقرار لكل من الطرفين.

3-تلبية حاجة المجتمَع من العقود التي يكون محلُّها السِّلع الإلكترونية والميكانيكيَّة، والخدمات الطبِّية، وعمليات الصيانة والتشغيل والمقاولات، ومثل هذه العقود تتضمَّن تفاصيلَ كثيرة يصعب أن تكون محلَّ مساومة في كل مرة.

4-ملاءمة حاجات استخدام برامج الحاسوب من قِبَل بائعي السِّلع والخدمات في إتمام المعاملات في كافة القطاعات الصناعية والخدمية، ولا يُتصَوَّر ذلك إلا من خلال العقود المطبوعة مسبقًا؛ حتى يَسهُل على الآلة التعاملُ معها.

5-جعل العلاقة بين المؤسسة وعملائها ذاتَ طبيعة موحدة، وعندئذٍ يمكن معاملة جميع العملاء أو الموظَّفين بصورة جماعيَّة، بدلاً من نشوء علاقة مختلفة مع كلِّ واحد منهم، ومِن ثَم تفادي التفريق بين الناس وفقَ قوتهم التفاوضية[2].

6- العقود المطبوعة مسبقًا؛ تلقى عناية المعدِّين المتخصِّصين؛ و تكون أوضحَ في الصياغة، وأدقَّ في العبارة، ومن ثم أيسر في الفَهم[3].

وكل ذلك يسهِّل عمل المحاكم، وجِهات فض المنازعات المتولدة عن هذه العقود؛ لأنَّ هذه الأحكام المتشابهة، واللغة الموحَّدة، والمعاييرَ المعتمَدة تسد الذرائع إلى النزاع، كما أنها تسهل فضَّه إن وقع.

[1]- حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية- دراسة في البيع الدولي- ،رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1975، ص22.

[2]- عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص 236، والنظرية العامة للالتزام، ص 326.

[3]- أحمد شرف الدين، المرجع سابق، ص127

المبحث الثاني

أطراف العقود النموذجية وسلطة إرادتها

تتسم العقود النموذجية عموماً بأنها معدة مسبقاً لكنها تختلف من حيث التكوين أو الأطراف المكونة للعقد من حيث تكوينها بين الأفراد أو من حيث كون الإدارة طرفاً فيها وحقيقة سلطة الإرادة في إنشاء هذه العقود ومدي القدرة على تغيير بنودها ،و بناء على ذلك سنقسم هذا المبحث كالآتي :

المطلب الأول: أطراف العقود النموذجية.

المطلب الثاني: سلطان الإرادة في العقود النموذجية.

المطلب الأول: أطراف العقود النموذجية

الطرف الأول في العقود النموذجية من يكتسب الحق وهو الدائن والطرف الثاني من يتحمل الالتزام وهو المدين ويتضمن العقد طبيعة شروط التعاقد وتحليلها ومعرفة أساسياتها ومصادرها ومعرفة ما يخص الجهات المتعاقدة من حيث الحقوق المالية للمتعاقد وبيان التزامات المتعاقد وتنفيذها والحقوق والالتزامات من الجهة الأخرى المتعاقد معها، وتحديد إجراءات التسليم الابتدائي والنهائي وتبعا لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى أطراف العقود النموذجية الإدارية ثم العقود النموذجية المدنية.

الفرع الأول: أطراف العقود الإدارية النموذجية

من الجائز أن تلتجئ الإدارة إلى الاستعانة بالعقود النموذجية الاختيارية لإجراء بعض المعاملات والتصرفات القانونية، سواء تعلق الأمر بتسيير ممتلكاتها أو تدبيرها، ويدخل في حكمها كراء المقاصف والأملاك الخاصة للدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية وعقود الامتياز والتوريد والأشغال العامة وكذا الاستشارات القانونية والدراسات وغيرها[1]

[1]- العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص363

أولا: تعاقد الإدارة مع الأفراد ضمن إطار العقود النموذجية:

ويشترط في العقد الإداري خدمة مصلحة عامة أو تحقيق هدف يخص ذلك، ولا يمكن أن يكون العقد إدارياً في حال عدم خدمته للمرفق العام، بغض النظر عن توفر العناصر الأخرى من عدمها، ويُشار إلى أنّ اقتران العقد بخدمة للمصلحة العامة وخدمتها ،تعني ارتباط العقد بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام ارتباطاً وثيقاً، حيث أنّ مفهوم المرفق يعتبر عضوياً، ويشير إلى الأجهزة الإدارية، كما يرتبط المفهوم المادي بنشاط المرفق سواء كان ذلك بالتنظيم أم الإدارة أم الاستغلال، أما فيما يتعلق بالمفهوم العضوي فيعني ضرورة توفر العنصر الإداري كطرف في العقد نتيجة ارتباط الفرد بالمرفق العام.

ثانيا: الامتيازات الممنوحة للإدارة كطرف في العقد النموذجي:

يشير هذا العنصر إلى منح أحد أطراف العقد مجموعة من الحقوق والالتزامات غير العادية في طبيعتها، وتختلف عن المتوفرة في العقود تحت نطاق القانون المدني أو التجاري، حيث تعتبر الشروط الاستثنائية في العقود وسيلة فعالة في الكشف عن نية الإدارة في اختيارها لوسائل القانون العام؛ ومن أبرز الشروط الاستثنائية هي منح الإدارة الحق الكامل بالتعديل على العقد دون اللجوء إلى الحصول على موافقة المتعاقد معه، وقد تبلغ الصلاحيات إلى حد فسخ العقد في حال تطلبت المصلحة العامة ذلك[1].

الفرع الثاني: أطراف العقود النموذجية المدنية" المستهلك والمهني"

إن الوضع الغالب في العقود النموذجية وجود أطراف غير متساوية من النواح الفنية والاقتصادية مما يترتب عليه وجود أطراف قوية سواء كانت من الناحية الفنية أو الاقتصادية يطلق عليها لفظ المهني أو المحترف، يقابلها أطراف ضعيفة في تلك العلاقات التعاقدية يطلق عليها لفظ المستهلك.[2]

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الأول، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص212.

[2] - علي ماجد صاحب، المرجع السابق، ص 19

أولا: تعريف الدائن "المهني":

كلمة " المهني" عموما متأتية من كلمة "مهنة"، والتي تعني: " مباشرة نشاط يتخذ وسيلة لعيش صاحبها وإشباع حاجاته"[1] أو أنّها: " توجيه النّشاط الإنساني بصفة منتظمة ومستمرة لمزاولة عمل معين بقصد اتخاذه مهنة لإشباع الحاجة"[2].

فهو ذلك الشخص الذي يشتري السّلع لإعادة بيعها، وهو الذي يقتني مجموعة الآلات والأدوات اللازمة لتسيير مشروعاته على أفضل صورة، وهو الذي يقدّم القروض للمستهلكين، وينظّم لهم الرحلات، وغيرها[3]

وقد عرّفت المادة الثانية من المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 المؤرّخ في 15 سبتمبر 1994المتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 13-327[4] المهني تحت اسم" المحترف" بأنّه كل « منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك كما هو محدّد في المادة الأولى من القانون رقم 89-02 ».

وتنصّ المادة الأولى لاسيما الفقرة الثانية من القانون رقم 89-02 المؤرّخ في 07 فبراير 1989 المتعلّق بالقواعد العامة لحماية المستهلك[5] على أنّ: ... عملية عرض المنتوج و/ أو الخدمة للاستهلاك تشمل جميع المراحل من طور الإنشاء الأولي إلى العرض النهائي للاستهلاك قبل الاقتناء من قبل المستهلك» .

-وبذلك فإن الدائن هو الطرف الأول وصاحب العمل وهو الطرف الذي يؤمّن السلعة أو الخدمة للطرف الآخر والذي يطلق عليه اسم المدين، ومن الممكن أن يكون الدائن فرداً، أو شركةً، أو مؤسّسةً.

---

[1]- نور الدين شادلي، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003، ص 77.

[2]- أمينة بن عامر، حماية المستهلك في عقد البيع، مذكّرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 1998، ص 25.

[3]- خالد عبد الفتاح محمّد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 36.

[4]-المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 المؤرّخ في 15 سبتمبر 1990، يتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرّسمية، العدد 40 لسنة 1990،ص 1246،(الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 2013/09/26 ج.ر 16 العدد 49).

[5]-القانون رقم 89-02 المؤرّخ في 07 فبراير1989، الملغى بموجب القانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي 18-09 المؤرخ في 2018/06/10 المتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش.

والجدير بالذكر أنّ الطرف والأول والطرف الثاني يتفقان مع بعضهما البعض على طريقة إعادة المال، سواءً بمبلغٍ مالي بنفس القدر أو بقدرٍ أكبر أي مع فائدة، أو من خلال خدمة.

وقد أعطى قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 تعريف راجح بحق المهني إذ أورد تعريفه بنصوصه القانونية بقوله (هم الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون العموميون أو الخصوصيون الذين يعرضون الأموال أو الخدمات إثناء مزاولتهم لنشاط اعتيادي). لذا نجد المهني قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً يمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً يهدف من خلالها الحصول على الربح وهذا الأكثر وقوعا في الحياة العملية[1].

-وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري استخدم مصطلحات متعدّدة للتعبير عن المهني، فمرّة يطلق عليه مصطلح " المحترف" كما في المادة 02 من المرسوم التّنفيذي رقم90-266السّالف الذّكر، ومرّة يطلق عليه مصطلح "المهني" كما في المادة 07 والمادة 08 من (القرار المؤرّخ في 10 ماي 1994[2] المتضمّن كيفية تطبيق المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 السّالف الذّكر. كما أطلق عليه مصطلح " عون اقتصادي" في المادة 03 من الأمر رقم 95-06 الملغى بموجب الامر 03-03 المعدل و المتمم المتعلّق بالمنافسة[3]وحلت المؤسسة محل العون الاقتصادي في الأمر 10-05 المتعلق بالمنافسة[4]و في المادة 03 في الفقرة الأولى من القانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية[5]ولو أنّ السّائد من كل هذه المصطلحات هو مصطلحي" المحترف" و" المهني"، وإن كان يفضّل استخدام مصطلح "المهني" لأنّه أدّق من النّاحية القانونية، على أساس أنّ لفظ "المحترف" قد يفهم البعض منه درجة ومستوى التأهيل والإنجاز الذي يمتاز به شخص ما، في حين أنّه لا يعتد بدرجة الكفاءة أو التأهيل حتى يتحمّل الشخص المسئولية المهنية، بالقدر الذي يعتد فيه بمجرد امتهانه لتلك الوظيفة أو ذاك العمل، سواء بوصفه منتجا أو بائعا. وبالتالي فلفظ " المحترف" أقرب إلى المعيار

[1]- أحمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون الفرنسي و المصري و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 57-58 .

[2]- المادتين 7 و 8 من القرار المؤرخ في 10 ماي 1994، يتضمّن كيفية تطبيق المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 المؤرّخ في 15 سبتمبر 1990، والمتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرّسمية، العدد 35 لسنة 1994، ص 26 الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 13- 327.

[3]-الأمر رقم 95-06 المؤرّخ في 25 يناير 1995، يتعلّق بالمنافسة، الجريدة الرّسمية، العدد 09لسنة 1995، ص 13.الملغى بموجب الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المعدل و المتمم بالأمر 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 ج.ر.ع 36 المعدل و المتمم بالأمر 10-05.

[4]-الأمر 10-05 المؤرخ في 15/ 8/ 2010 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم للأمر 03/03 الجريدة الرسمية 10 العدد 46

[5]-القانون رقم 04-02 المؤرّخ في 23 جوان 2004، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرّسمية، العدد 41 لسنة 2004، ص 03

الشخصي بالنسبة لصاحب المهنة أو الصّنعة، في حين أنّ مصطلح" المهني" هو مصطلح موضوعي مجرّد يعتد فيه بالمركز القانوني الذي يتواجد به ذلك الشخص[1].

ثانيا: تعريف المدين "المستهلك":

إذا كان مفهوم المشتري يبدو واضحا في القواعد العامة، ولا يثير أي صعوبات ، إذ هو الطرف الثاني في عقد البيع والذي سوف ينتقل إليه المبيع، فإنّ مفهوم المستهلك في القواعد الخاصة في مجال الاستهلاك قد كان مثار جدل واسع على الصعيد القانوني بوجه خاص[2].

فكلمة " المستهلك" متأتية من "استهلك" وتعني الإنفاق والنفاذ، والاستهلاك عند الاقتصاديين هو " ما يتناوله الإنسان من سلع مباشرة بهدف إشباع رغبة لديه". أو أنه " تدمير أو إهلاك السلع والخدمات المنتجة وذلك عن طريق الاستعمال"، فهو يعد المرحلة النهائية في الدورة الاقتصادية بعد كل من مرحلة الإنتاج و مرحلة التوزيع، فالمستهلك هو" الشخص الذي يحتل المركز الأخير في العملية الاقتصادية أو الشخص الذي تنتهي عملية التداول عنده"[3]

وإذا كان هذا حال مفهوم المستهلك لدى الاقتصاديين، والذي يبدو أنّه في منأى عن أي خلاف، فإنّ الحال غير ذلك عند فقهاء القانون الذين لم يجمعوا على إعطاء مفهوم موحد للمستهلك، ذلك أنّ تحديد مفهوم هذا الأخير يكتسي أهمية بالغة في تطبيق قواعد حماية المستهلك، خصوصا عند تحديد المستفيد من تطبيق تلك الحماية[4].

-لم يحظ مفهوم المستهلك باهتمام الفقه القانوني حتى بداية النصف الثاني من القرن العشرين، حيث كان هذا المفهوم مستعملا فقط من قبل علماء الاقتصاد، لكن تزايد استعمال المصطلح في اللغة القانونية خاصة مع بداية حركة الدفاع عن المستهلكين، وبتبلور فكرة حماية المستهلكين التي انطلقت مع الولايات المتحدة، وانتقلت بعد ذلك إلى الدول الأوروبية لتصبح اليوم ظاهرة منتشرة في الكثير من الدول مما أثار جدلا فقهيا وقضائيا حادا حول مفهومه القانوني.

---

[1] - بولنوار عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية (دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي) ، المركز الجامعي بشار، منشور على موقع revues.univ-ouargla.dz، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/06/6.

[2] - علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص16.

[3] - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة و الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمّان، 2002، ص9.

[4] - بودالي محمد ، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، الطّبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 55 - 56.

-وقد عرف المستهلك بأنه : " كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من اجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية "[1]، وبتعبير آخر هو كل شخص يقوم بإبرام عقود مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية لإشباع حاجاته الكمالية الحالية والمستقبلية، دون أن تكون لديه المضاربة بهذه الأشياء عن طريق تسويقها كما هو الحال بالنسبة للمنتج والموزع ، ودون أن تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة الأشياء وإصلاحها.[2] .

وقد تم تبني تعريف واسع للفظ المستهلك فقد تكون كلمة المستهلك هي كلمة مرادفة لكلمة المواطن، وذلك بالنظر إلى المصلحة، بمعنى أن تكون مصلحة المستهلك عندما تنشأ علاقات متبادلة مع غيره من المواطنين ومع المستشفيات والمكتبات وأجهزة الدولة الحكومية وكذلك مع مختلف أنواع الإعمال الأخرى داخل المجتمع[3]. وفي هذا الاتجاه ذهب" رالف نادر" بأن حماية المستهلك مرتبطة بحماية المواطن، كما يرى أنه لا يمكن أن تكون هناك ديمقراطية يومية بدون مواطنة يومية[4].

وقد نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش على تعريف المستهلك في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية على أنه: " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة، معدّين للاستعمال الوسطي والنهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به." [5]

كما عرفته المادة الثالثة في فقرتها الثانية من القانون 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من

[1]- حسن عبد الباسط الجميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص10.

[2] - جمال فاخر نكاس، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكوتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، 1989، ص 47-48.

[3]- أحمد محمد محمود خلف، المرجع السابق، ص51 .

[4]- رالف نادر فقيه وسناتور أمريكي من أصل لبناني مهتم بحقوق المستهلك .أشار إليه: علي ماجد صاحب، المرجع السابق، ص 20، الهامش رقم 3.

[5] - المرسوم التنفيذي 90-39، المؤرخ في 3 رجب 1410 الموافق ل 30 يناير1990 ،المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 05- 1990، الصادرة في 1990/01/30.

خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني.» وبموجب هذا النص أضاف المشرع الأشخاص المعنوية، وشملها بالحماية المقررة للأشخاص الطبيعية متى تجردت من الطابع المهني.[1]

هذا وتم تعريفه في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة الثالثة منه الفقرة الثانية أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجّه للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به."[2] وعليه جاء هذا التعريف بعناصر أساسية كالآتي:

أ- أن يكون الشخص طبيعيا أو معنويا.

تم إضافة الأشخاص المعنوية متى تصرفت تصرف الأشخاص الطبيعية، بحيث تتجرّد من قوتها الاقتصادية أو الفنية، ممّا يجعلهم في حاجة ماسة لإحاطتهم بالحماية.[3]

ب- شخص يقتني بمقابل أو مجانا.

يظهر من نص المادة أن المشرع حصر مصطلح المستهلك على المقتني للخدمة فقط، وقد يكون بذلك أقصى المستعمل من صفة المستهلك وبالتالي لا تشمله قواعد الحماية الخاصة بالمستهلك. فالذي يقتني هو غالبا من يستعمل المال أو الخدمة من قبل الغير، كأفراد أسرة المقتني أو الجماعة التي ينتمي إليها، و الذين هم من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المقتني والمحترف.[4]

ج- لتلبية حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به.

يتعدّ مفهوم المستهلك من الذي يقتني خدمة لتلبية حاجة شخصية إلى الأشخاص الموجودين تحت كفالته أو استفادوا من هذا الاقتناء، وتنصرف أيضا إلى الحيوان المتكفل به.[5]

---

[1] - القانون 04-02 يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.

[2] - قانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 8 مارس 2009.

[3] - بوسماحة الشيخ، حماية المستهلك الناتجة عن عروض المتدخل في أحكام القانون الجزائري، مجلة الخلدونية، العدد 03، ماي 2009، ص 76.

[4] - بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 28.

[5] - المرجع نفسه، ص 30.

لما تقدم إن الفارق بين المهني والمستهلك يكمن في النشاط الذي يزاوله كل منهما والغاية من التعاقد، فمن حيث النشاط الذي يمارسه المستهلك يكون ضمن نشاطه الشخصي أو العائلي بينما المهني يمارس نشاطه المهني أو التجاري، أما الغاية من التعاقد لدى المستهلك هو إشباع حاجاته الشخصية والعائلية على خلاف المهني الذي يتعاقد لغرض إشباع حاجاته المهنية أو التجارية[1] لذا فإن المهني هو (الشخص الذي يتصرف من أجل احتياجاته المهنية).

وعليه فإن التمييز بين المهني والمستهلك يبدو جليّا وواضح المعالم ، إذ أنّ المهني خلاف المستهلك يتصرف لتلبية حاجات مهنته أو حرفته، فهو يستأجر الأمكنة لأغراض تجارية، ويشتري السلع والبضائع في سبيل إعادة بيعها، ويشتري الأدوات والمعدّات ليستعملها في ممارسة مهنته وحرفته، ويقترض النقود من أجل تمويل مشروعه. فهو بالطبع خلاف المستهلك الذي يقدم على اقتناء هذه الأشياء لسد حاجاته الشخصية والعائلية.

وبناء على ما سبق يمكن القول أنّ تحديد مفهوم كل من المهني والمستهلك يعد الحجر الأساس في تطبيق القواعد الخاصة بحماية المستهلك، ذلك نظرا للمركز القوي الذي يتمتع به المهني في مواجهة المستهلك، بما لديه من معارف ومعلومات تقنية بالمنتجات التي يعرضها أو يقتنيها. فالهدف إذن من حماية المستهلك هو إعادة التوازن في العلاقة بين المهني والمستهلك، وليست الغاية من وراء ذلك وضع قواعد تمكن المستهلك من إعاقة النشاط الاقتصادي. كما يجب أن يوضع في الحسبان أنّ المستهلك والمهني ليسا من طبقتين مختلفتين في المجتمع، فكل شخص يمكن وصفه بالمستهلك متى كان اقتناؤه في سبيل معيشته وإدامة حياته، وإن كان يكتسب وصف المهني من جانب آخر، فالتاجر الذي يشتري غذاءه وحاجاته اليومية يتصرف هنا كمستهلك ويصح وصفه كذلك، فالعبرة إذن تبقى دائما بالوظيفة الاستهلاكية لا بالمركز أو الطبقة التي ينتمي إليها الشخص. ذلك أن هذا التاجر أو المهني عموما عندما يتعاقد خارج اختصاصه، يوجد في نفس الحالة - حالة الجهل-ه التي يوجد فيها المستهلك، ومن ثم يستوجب حمايته من قوة الطرف الآخر، ولكن شريطة أن يكون المنتوج أو السلعة التي اقتناها مخصّصة للاستعمال الخاص أو للاستهلاك.

[1]- حسن عبد الباسط الجميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك، المرجع السابق، ص9.

المطلب الثاني: سلطان الإرادة في العقود النموذجية

يعد العقد أهم وسيلة ابتكرها الفكر القانوني لتنظيم المعاملات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وعليه فالعقد أصبح في الحياة المعاصرة يتطلب مسايرة التحولات الاقتصادية، التي تفرض على المتعاقدين الثقة في تنفيذ التزاماتها في جو يطبعه الصدق والتعاون، لأن العقد يقوم على فكرة التعاون، وبذلك يكون عهدا من جانب المدين الملزم بوفائه وتضحية من جانب الدائن، يجب أن يبذلها إذا دعت الضرورة إلى ذلك، فلا يجب أن ينظر إلى الالتزام العقدي من جانب أحد المتعاقدين دون الآخر.[1]

لكل شخص حرية التعاقد من عدمه، وعليه فإن الدخول في مفاوضات لا يلزم الشخص في أن يتعاقد في نهاية المفاوضات، بل له أن يرفض التعاقد دون أن تترتب مسؤوليته ، كما يترتب على هذا المبدأ أن للشخص حرية كاملة في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه، اعتمدت الأنظمة القانونية على مبدأ سلطان الإرادة منذ القرن الثامن عشر وخاصة مع التوسع في العمليات التجارية مع مختلف ألوانها، ويعتبر سلطان الإرادة هو الأساس الذي يبني علية التعاقد والآثار المترتبة علية[2] ولذلك كان لا بد من تدخل القانون لتنظيم المعاملات في المجتمع ،ولتوضيح مدى سلطان الإرادة في العقود النموذجية سنفصل دراسة هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: أثر العقود النموذجية على إرادة طرفي العقد

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعني مبدأ سلطان الإرادة بأن لكل فرد الحق في التعبير عن رغبته من تلقاء نفسه ودون ضغوط أو إكراه، سواء كان هذا العمل إقليمي أو دولي فيتحول العقد المراد إبرامه إلى قانون للأطراف المتعاقدة

[1] - عليان بوزيان، نحو نظرية لإعادة التوازن العقدي في القانون المدني – دراسة مقارنة من منظور إسلامي- ،كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون – تيارت- ، ص 3.

[2] - عبد الرحمن أحمد ملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها- دراسة مقارنة بين الفقه والقضاء الأنجلو الأمريكي، مجلة الحقوق الكويتية ،السنة 16، العدد (2.1) ، 1992، ص242.

نابع عن الحرية التعاقدية[1] طالما تتوفر المقدرة على إيجاد قواعد اتفاقية نتاج إرادة المتعاقدين تضبط وتحكم العلاقة التعاقدية بينهم بما لا يخل بتوقعاتهم ومصالحهم.

و من هنا وجب التمييز بين مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ الرضائية، و يتلخص هذا الأخير في أن العقد ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزامات، ولا يكتمل معنى المبدأ إلا إذا فسر بأن توافق الإرادتين يلزم و يكفي للانعقاد.

إن كفاية هذا التوافق هو الذي جعل أساس المبدأ لا يتطلب أوضاعاً خاصة لانعقاد العقد، وجعل العقد بإرادة الطرفين، فأصبحت العبرة بهذه الإرادة بغض النظر عن طريقة التعبير عنها.

إلا أنه يجب القول بأن مبدأ الرضائية لم يبقى مطلقاً أو بمعنى أخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين.

وعليه نخلص من هذا التمييز أن مبدأ سلطان الإرادة يتعلق بقدرة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد، لا بمجرد كفاية الإرادة كما في مبدأ الرضائية ،"فالرضائية هي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف"، أو بتعبير أخر، يؤدي المبدأ الأول إلى إطلاق سراح الإرادة وفك قيودها، أما المبدأ الثاني فهو يؤدي إلى إظهار جوانب النشاط التي تتسع لتلك الإرادة الطليقة.

فتقدير مسألة حرية الشخص بالدخول في تعاقدات مع أشخاص آخرين أو تقييده بعدم السماح له بالدخول في هذه التعاقدات يتحدد بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي.[2]

يعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس حرية الفرد، والذي يَعتبر أن الهدف من تنظيم المجتمع هو حماية حرية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة، ويرى أنه طالما كان الفرد حراً في تحقيق مصلحته الخاصة فإن إرادته يجب أن تكون كذلك، وأن هذه الإرادة الحرة هي وحدها التي تملك إنشاء العقد وتحديد آثاره، فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته[3]. وسارت قوانين وأنظمة الدول نحو الاشتراكية التي تعتد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد، فظهر

[1]- سلامة أحمد عبد الكريم، المرجع سابق، ص150

[2] - بسام سليمان وأكرم حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء ادارة المخاطر والتشريعات القانونية)،بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة الموصل،العراق، ص 7. متاح على موقع http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2010

[3]- منصور أمجد، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص112.

المذهب الجماعي، وهو الذي يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، ومنع الأفراد من الاتفاق أو التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة، أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع، وذلك من منطلق أن الصالح العام يعلو المصلحة الفردية.

وقد أقر كل من الفقه والقانون المدني مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، ولكن ضمن حدود معقولة؛ لغايات تحقيق التوازن ما بين الإرادة والعدالة والصالح العام؛ أي أنه تم إقرار حرية الإرادة في التعاقد وعدم التعاقد، وفي تحديد مضمون العقد وآثاره، وفقاً للحدود التي يرسمها القانون استناداً إلى معايير المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة[1].

وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد ثابتا في غالبية النظم القانونية وخاصة ذات النزعة الفردية، ولم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنية، بل تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية، حيث عرف على مستوى العقود الدولية رواجاً أكثر بالمقارنة مع العقود الوطنية، إلى جانب الاعتراف للأطراف بحرية إبرام مختلف العقود وتنظيمها في كافة مراحل التفاوض و انعقاد العقد وتنفيذه، فإنه اعترف لهم في إطار العقود الدولية باختبار القانون الذي يحكم العقد، سواء بإخضاعه إلى حكم قانون وطني معين أو لأكثر من قانون، أو استبعاد أي قانون وطني وإخضاع العقد لحكم المبادئ العامة أو العادات والأعراف التجارية الدولية، كما اعترف للأطراف بحرية الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة.

حيث أقرت اتفاقية روما الصادرة في 1980/06/19 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، في مادتها الثالثة في فقرتيها الأولى والثانية: مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم العقد إما اختيارا صريحا، وفي حالة سكوت الأطراف يطبق قانون الدولة التي انعقد فيها العقد.

[1]- جهاد العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني العقد، ج2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص316.

كما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يجوز للطرفين الاتفاق في أي وقت، على أن يحكم العقد قانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا، إما بموجب اختيار سابق في هذه المادة أو بموجب أحكام أخرى من هذه الاتفاقية. [1] و كذلك الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية لاهاي التي تنص على أن: لأطراف عقد البيع الدولي حرية اختيار قانون يطبق على جزء من العقد ، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ناشئ بوضوح عن شروط العقد وسلوك الأطراف.[2]وكرسته الجهات التحكيمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية، حيث نجد في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 ديسمبر 1910 بخصوص القضية الشهيرة المعروفة باسم(American trading company) وتتلخص أحداثها في عقد مشارطة إيجار سفينة أبرم في نيويورك بين شاحن أمريكي و ناقل كندي، موضوعه نقل بضاعة من أمريكا إلى فرنسا. وقد تضمن المشارطة شرطا يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية، وعند وصول البضاعة إلى ميناء الوصول (كوادلوب .Guadeloupe) في فرنسا، تبين وجود تلف فيها. وعندما عرض النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية دفع الناقل بشرط عدم المسؤولية الوارد في مشارطة الإيجار، بينما دفع الشاحن بأن العقد يخضع صراحة للقانون الأمريكي الصادر من الكونغرس بتاريخ 13 فبراير 1893 والذي يقرر بطلان كل إعفاء من المسؤولية. غير أن محكمة النقض لم تستجب لمثل هذا الدفع وقررت صحة شرط الإعفاء من المسؤولية، حيث جاء بالقرار " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها، أو بآثارها، أو بشروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف.... وإنه من روح وبنود الاتفاق الخصوم، واستنادا إلى قصدهم المشترك، إنهم لم يرتضوا الخضوع للقانون الأمريكي، إلا في المسائل التي لم يتم إدراجها صراحة في مشارطة الإيجار."[3] وأيضا في هذا السياق القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال، فبدلا من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لإتّباعها في التحكيم الحر، سهلت اللجنة المهمة عليهم بوضع تلك القواعد لإتّباعها برغبة وإرادة الأطراف المتعاقدة بذلك.

---

[1] - convention de rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée),journal official n c027 du 26/01/1998 p 0034-0046,eur-lex.europa.eu/legal-41998A0126 (02).

كما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يجوز للطرفين الاتفاق في أي وقت، على أن يحكم العقد قانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا، إما بموجب اختيار سابق في هذه المادة أو بموجب أحكام أخرى من هذه الاتفاقية.

[2] - convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, sur le site hcch.net/fr/instrument/conventions/full-text/?cid=61.

[3] - أشار لهذا الحكم : كريم مزعل شبي و ثامر داوود عبود ، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون ، جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني، 2017،ص 244.

و إذا كان العقد يُبنى أساسا على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها. إن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الفرد تنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني. كما أن للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها، كما يكون لها الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه[1].

ويقوم مبدأ سلطان الإرادة على أساسين، هما: الحرية والمساواة[2].

فالحرية هي أساس النشاط الذي مظهره الإرادة، فإن المصلحة العامة تتحقق عندما يتم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر مصلحة قائمة، على اعتبار أن المصلحة العامة ليست إلا مجموع من المصالح الفردية.

أما الأساس الآخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة القانونية التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة؛ لأن المصلحة الخاصة – وهي أساس المصلحة العامة – لن تتحقق إلا إذا اعتبر الأفراد متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم.

-ويمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة هو روح التعاقد في العقود عامة وهي القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه.

ولقد تبني المشرع الجزائري هذا المبدأ حيث نص في المادة 59من القانون المدني الجزائري على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "[3] فمن خلال هذا النص يتضح أن مبدأ الرضائية في إبرام العقود هو الأصل، أما الشكلية فهي الاستثناء لوجود عبارة "دون الإخلال بالنصوص القانونية " والتي تعني مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة بإبرام العقد، كما أن المادة 60من القانون المدني الجزائري تعد تطبيقاً لمبدأ

[1]- أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004، ص 213.

[2]- بسام سليمان وأكرم حسين، المرجع السابق، ص5.

[3]- نص المادة 59من القانون المدني الجزائري.

الرضائية إذ نصت على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة متداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ."

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"[1]. وقد جعل المشرع الجزائري للإرادة الدور الأساسي في تحديد مضمون الالتزام في التصرفات القانونية المنظمة بموجب صيغ نموذجية وإن كان ورد نص المادة 106 على سبيل العموم للعقود فنص على "العقد شريعة المتعاقدين"[2]

- إن القاعدة العامة هي التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقا للمضمون الذي حدده الطرفان وهذا ما ورد في المادة 106 من قانون المدني الجزائري، إذ تنص على " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وبالتالي متى انعقد العقد صحيحاً التزم كل من طرفية بتنفيذه، فلا يمكن لأي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله بإرادته المنفردة وهذا حفاظا على استقرار المراكز القانونية، كما أن تطبيق أحكام العقد تكون في حكم تطبيق القانون لأن الالتزام الذي ينشأ عنه له نفس قوة الالتزام الناشئ عن القانون[3].

الفرع الثاني: أثر العقود النموذجية على إرادة طرفي العقد

إن التطور المستمر الذي يشهده العالم في شتى المجالات لاسيما المجال الاقتصادي وما صاحبه من تغيير في وسائل الإنتاج والتوزيع والتسويق أدى إلى التأثير على أنماط التعاقد بفعل التوسع في الاستهلاك، فما كان يعتبر وإلى وقت قريب مجرد كماليات لا يقبل عليها سوى فئة محدودة من شرائح المجتمع لتصبح اليوم وفي ظل تلك التغيرات الجديدة من الضروريات الأساسية، وذلك استجابة لمتطلبات الفترة الراهنة من تعدد السلع وتنوع الخدمات.

إلا أنه واستغلالا لهذه المستجدات قد يعمد بعض المتعاملين أو المهنيين بالسلع والخدمات في إطار الممارسات التجارية التي يقومون بها إلى إبرام عقود تكون معدة مسبقا وبشكل منفرد تحمل شروطا لم تتم المناقشة بشأنها من جانب الطرف الآخر الذي يكون في مركز الضعف، وما يكون لهذا

[1]- نص المادة 60من القانون المدني الجزائري.

[2]- حدوم ليلى، مرجع سابق، ص74.

[3]- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، لبنان،1990، ص210

الأخير إلا الإذعان لتلك العقود دون مناقشة بنودها مما يؤدي إلى غياب التوازن العقدي، ولا يبقى للمساواة مركز بين مراكز العلاقات التعاقدية التعسفية إلا مجرد وجود نظري وغطاء شرعي للمتعاقدين خاصة بالنسبة للمهني الذي يجد نفسه في مركز من القوة الاقتصادية باحتكار السلع وفي مركز من القوة القانونية التي تجعله يفرض قانونه على المستهلك بصياغة العقود وفق ما يخدم مصلحته، وفي مقابل هذا المركز بالنسبة للمهني فإنه يكون للطرف الآخر مركز من الضعف الاقتصادي بحكم حاجاته الضرورية السلع والخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها ومركز من الضعف القانوني من خلال جهله وغياب ثقافته ودون وعي منه بمدى ملاءمة السلع والخدمات لاحتياجات .

إن التعاقد بموجب العقود النموذجية قد يشبه عقود الإذعان متى كانت فيه شروط غير قابلة للتفاوض ويكون للطرف الضعيف أن يقبل العقد جملة أو يرفضه، فقد استأثر الطرف القوي بتمكين نفسه بأعداد نموذج يضمن حقه بكل الطرق في مواجهة الأفراد المشمولين في تعاقدهم معه، فأصبح طرف العقد الذي أعد الشروط النموذجية يجلس مجلس المشرع إذ يشكل العقد المتضمن شروطاً نموذجية أو "قانوناً خاصاً" مصاغاً من قبل الأقوى منفرداً كي يطبق على كافة الأفراد الذين يدخلون أطرافاً في ذلك العقد[1] دون السماح لهم بمناقشة بنوده، ونظراً لسرعة التعامل فإن الطرف المقابل يقبل العديد من العقود المتضمنة شروطاً نموذجية دون تمحيص كل عقد على حدة وهكذا يتعاقد دون علمه ببنود العقد وآثاره[2].

وأمام افتقاد المستهلك إلى الخبرة القانونية والفنية التي تمكنه من استيعاب تلك الشروط المدرجة في العقد من جهة، واستغلال هذا الوضع من جهة أخرى أعطى للمحترف قدرة على إدراج عدة شروط في المقدمة العقد تكون مجحفة في مواجهة المستهلك مما يجعل مجال هذه العقود مجالا خصبا لنمو عقود الإذعان وعقود الاستهلاك خاصة .

وإزاء هذا الوضع كان الإيمان بضرورة حماية هذا الطرف الضعيف والالتزام بحماية حقوقه أمرا ضروريا ومؤكدا، وذلك بتدخل المشرع بموجب نصوص قانونية تعمل على تحقيق نوع من التوازن العقدي حتى لا نقول المساواة التعاقدية لأن الوصول إلى هذه الأخيرة أمر قد يتعذر تحقيقه حتى بالنسبة لعقود المساومة .وقد عرفت عديد التشريعات تقنيات قانونية وإن لم تكن ترمي إلى معالجة

[1]- أحمد عبد الرحمن ملحم، المرجع سابق، ص251.

[2] عبد المجيد منير، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص44.

التوازن العقدي صراحة إلا أن إعمالها قد يجدي نفعا في بعض الأحوال وليس في جميعها، ولهذا بادرت أغلب الدول الصناعية التي تنتهج سياسة الاقتصاد المفتوح إلى سن قوانين خاصة تتضمن محاولة حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية من الشروط التعسفية يسري مفعولها على طائفة من الأشخاص دون سواها وطائفة من العقود دون غيرها.

وقد أبدت اتفاقية فيينا للبيوع الدولية سنة 1980اهتماماً كبيراً بمبدأ سلطان الإرادة في العقود والاعتداد بحرية المتعاقدين من خلال المادة 6 التي نصت على أنه " يمكن لأطراف العقد استبعاد تطبيق الاتفاقية ومن الممكن لهم مخالفة أحد نصوصها أو تعديل آثار نص من هذه النصوص مما يعني أن للأطراف المتعاقدة استبعاد تطبيق أحكام الاتفاقية عندما تكون واجبة التطبيق، كما لها تطبيقها أيضاً على عقد بيع لا يخضع لها أصلاً[1].

كما أشارت مبادئ اليونيدروا[2] لسنة 2004بشكل واضح في نصوصها إلى أن الشرط الذي لا يمكن توقعه بشكل معقول من قبل الطرف الضعيف لا يكون فعالاً ما لم يتم قبوله بشكل واضح من قبل الأخير ٬جاء في مبادئ اليونيدروا " إذا تضمنت الشروط النموذجية شرطاً لا يمكن للطرف الآخر نظرا لطبيعة هذا الشرط أن يتوقعه على وجه معقول فإن هذا الشرط لا ينتج أثره إلا إذا قبله ذلك الطرف"[3].

وقد نص القانون الجزائري على أن العقد لا ينعقد الا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما (م59ق.م)، وأنه لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد (المواد 65و71 من ق.م). كما نصت المادة 107ق.م على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[4].

من المعلوم أن سريان العقود النموذجية تعتمد على إرادة الطرفين التي تحدد خضوعهما لهذا الشرط، وعلى الرغم من أن صفة عدم الإلزام من شأنها أن تقلل من أهمية العقود النموذجية، إلا أن

---

[1]- أبو العلا علي النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص85.

[2]- مبادىء اليونيدروا عبارة عن مبادئ أنشأها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص سنة 1926 تحت رعاية عصبة الأمم من أجل توحيد قانون التجارة الدولية، وتعتبر مبادئه الصادرة سنة 1994 من أهم المنجزات القانونية التي حققها هذا الجهاز المصنف في طليعة المنظمات الحكومية، وتم مراجعته وتعديله في عام 2004 و 2010.

[3]- نص المادة 20/102، من اتفاقية اليونيدروا2004.

[4]-المواد 59، 65، 71 و107 من القانون المدني الجزائري.

الواقع العملي يفيد شيوع استخدامها، فقد صادفت هذه العقود نجاحاً كبيراً وانتشاراً واسعاً في أوروبا[1] و مختلف بلاد العالم التي تستعمل هذه الشروط بمحض اختيارها.[2]

و أصبحت العقود النموذجية إحدى الوسائل الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، وتعدّ بمثابة نصوص تشريعية تتضمن كافة أحكام عقد البيع من إيجاب وقبول ومحل وسبب والتزامات الطرفين، وأسباب الانتهاء والضمانات والجزاءات، وأسباب انتفاء المسؤولية.

فإذا قام المتعاقدون بكتابة أسماءهم في العقد والتوقيع عليه وملء البيانات، كالكمية والثمن وميعاد التسليم، عدّ هذا من قبيل العقود النموذجية الذاتية، أما إذا كان بين المتعاقدين عقد طبيعي واكتفوا بالإحالة إلى تطبيق ذلك العقد النموذجي، سمّي التصرف الأخير عندئذ بالشروط العامة للبيع، وفضلا عما تقدم فإنّ العقود النموذجية تشمل على أحكام تفصيلية تتعلق بتحديد التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة وكيفية تنفيذها.[3]

ونخلص ممّا تقدم بيانه أنه لا مانع يرد على حرية أطراف العقد من اللجوء إلى أحد أنواع العقود النموذجية خاصة في العقود الدولية، لاسيما أن هذا النوع من العقود قد سار في الآونة الأخيرة في ظل عقود التجارة الدولية، فالعقود النموذجية تتّسم بسهولة معرفة أطراف العقد لمضامينها، وفيها اختصار للوقت والجهد، فضلا على أنها تحافظ على توقعات الأطراف وتوفر لهم الأمان القانوني.

[1] - ومن أمثلة ذلك ما بذلته غرفة التجارة الدولية بباريس من جهود عندما قامت بإعداد القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية incoterms التي صدرت عام 1936 وهي اختصارا لعبارة international commercial terms– المصطلحات التجارية الدولية- .

[2] - - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الثانية، دار لنهضة العربية، القاهرة، 2002، ص15.

[3] - كريم مزعل شبي و ثامر داوود عبود، المرجع السابق، ص 234-235.

الفصل الثاني

مضمون العقود النموذجية

من المؤكد أن التحولات العميقة التي اقتحمت مؤسسة العقود منذ بداية القرن 19 بسبب التدخل المباشر للدولة على الخصوص، وما ترتب عنه من تنامي ظاهرة القواعد الآمرة، و كذا بروز المؤسسات التجارية و الاقتصادية الحرة أدى إلى الاحترافية في مجال إعداد صيغ العقود و الابتعاد عن الارتجال لحظة إبرامها. ولا غرو أن الطبيعة القانونية للعقود النموذجية ولدت آراء متناقضة لاسيما وأن طريقة إعدادها توحي باستئثار المورد بهذه المهمة. هذا ولا تقع العقود النموذجية تحت الحصر كما أنها ليست موحدة بل تختلف باختلاف الزاوية التي تعالج منها ومرد ذلك تنوع وتشعب مواضيعها. وبغية توضيح ما سلف ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أنواع العقود النموذجية وطبيعتها القانونية.

المبحث الثاني: مشاكل وحلول وضع العقود النموذجية.

المبحث الأول:

التنوع الشكلي والطبيعة القانونية للعقود النموذجية

تعدد وجهات نظر الفقهاء في تمييز أنواع العقود النموذجية وكذلك حول الطبيعة القانونية لها من حيث كون هذا التنظيم عقدا أو مجرد أداة إثبات لا تصلح عقد، وأيضاً مدى تأثر العلاقة بين الأفراد في تجارتهم وعلاقاتهم المختلفة، وسنوضح ذلك في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: أنواع العقود النموذجية

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية

المطلب الثالث: التدخلات الدولية في العقود النموذجية

المطلب الأول: التنوع الشكلي العقود النموذجية

تتعدد أنواع العقود النموذجية حسب وجهات نظر الفقهاء فمنهم من يقسمها حسب الآثار المترتبة عليها ومنهم من يقسمها حسب النطاق الجغرافي التي تجري فيه سواء كان نطاق دولي أو نطاق محلي، فهي لا تقع تحت الحصر كما أنها ليست موحدة بل تختلف باختلاف الزاوية التي تعالج منها ، ومرد ذلك تنوع وتشعب مواضيعها.[1] وسنعتمد عرض هذه التصنيفات من خلال ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول: أنواع العقود النموذجية من حيث صياغتها.

الفرع الثاني: أنواع العقود النموذجية من حيث بنودها.

الفرع الثالث: أنواع العقود النموذجية من حيث صدورها.

[1] - العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص 361.

الفرع الأول: أنواع العقود النموذجية من حيث الصياغة

تقسم العقود النموذجية من حيث الصياغة إلى عقود نموذجية منظمة من أحد طرفي العقد أو من كلاهما معاً، أو إلى عقود نموذجية تنظم من قبل طرف ثالث،[1] لذا نقوم بدراسة هذا الفرع على عنصرين نتناول في الأول العقود النموذجية منظمة بواسطة أطراف هذا العقد والثاني نخصصه لدراسة العقود النموذجية منظمة من الغير وذلك على النحو الآتي:

أولا: العقود النموذجية المبرمة باتفاق الطرفين

قد يقوم أحد أطراف هذا العقد بإبرام العقد النموذجي أو قد يكون العقد ناشئا من خلال اتفاق مشترك ما بين أطرافه،[2] لذا سوف نقوم بتقسيمها إلى:

أ. عقود نموذجية أعدها أحد الطرفين.

من الممكن أن ينفرد أحد أطراف هذا العقد بإبرام العقد النموذجي دون الاشتراك مع الطرف الآخر، وقد يكون هذا الطرف شخصا مهنيا كما قد يكون شخصا عاديا[3] وهذا ما سوف نتناوله:

1. عقود نموذجية محررة من طرف متخصص

عادة ما ينفرد احد أطراف العقد النموذجي (الطرف القوي) في تلك العلاقة التعاقدية بإبرام هذا العقد و صياغة بنوده دون الاشتراك مع الطرف الآخر، وبالتالي نجد الطرف الآخر في مثل هكذا نوع من العقود النموذجية لا سبيل له إلّا القبول بتلك البنود المفروضة عليه من قبل الطرف الآخر أو الرفض ،دون أن تكون لديه القدرة في مناقشة تلك البنود أو المساومة عليها و السبب في ذلك هو تفوق الطرف القوي و تخصصه في مجال المعاملة ،وإن كان الوضع الغالب فيها موافقة الطرف الضعيف على تلك البنود لحاجته الماسة للسلعة أو الخدمة المقدمة إليه محل العقد، ومن أمثلة هذا النوع من العقود النموذجية كثير ومنها عقود الاستهلاك[4].

---

[1] - علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص43.

[2] - حدوم ليلى، المرجع سابق، ص18.

[3] - علي ماجد صاحب، المرجع السابق، ص43.

[4] - أيمن سعد سليم، المرجع سابق، ص34

2-عقود نموذجية محررة من العامة

هناك عقود نموذجية محررة من شخص غير مهني وهذا النوع من العقود النموذجية تكون الكفة متعادلة ما بين أطرافها، وبالتالي للطرف الآخر أن يقبل بنود ذلك العقد أو يرفضها أو يناقشها لكونهما متساويين من الناحية الاقتصادية أو الفنية، و من أمثلة هذا النوع عقود الإيجار النموذجية[1].

ب-عقود نموذجية حررها طرفي العقد

وهذا النوع من العقود النموذجية لا تكون محررة من قبل أحد أطرافه بل يشترك طرفا هذا العقد بتحريره وصياغة بنوده، من خلال الاتفاق المشترك فيما بينهما ووضع نموذج للعقد المراد إبرامه ومعالجة المشكلات التي قد تحدث أثناء إبرام العقد أو تنفيذه. ومن أمثلة هذا النوع من العقود اتفاقيات العمل الجماعية[2].

ثانيا: عقود نموذجية صادرة من الغير.

يمكن أن نكون أمام عقود نموذجية محررة من قبل الغير أي أنه لم يكن طرفاً في العقد، وقد يكون هذا الغير شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ،[3]ولهذا سوف نقسمه إلى:

أ. محرر العقد النموذجي شخصاً طبيعياً من الغير.

قد يقوم شخصا طبيعيا بتحرير العقود النموذجية وهذا الشخص قد يكون مفوضا في تحرير العقود النموذجية من قبل أطراف العقد، وقد لا يكون مفوض في تحريرها من قبل أطراف العقد.

1- شخص موكل من قبل أطراف العقد.

وفي مثل هذه الحالة يلجأ الأطراف إلى شخص آخر غير طرف في العقد بإعداد العقد النموذجي بناء على طلب الطرفين أو أحدهم، ويرجع السبب في ذلك إلى كون هذا الشخص خبير أو فني

[1]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص33- وما بعدها.

[2]- ينظر :اتفاقية العمل الجماعي وهو الاتفاق الذي ينظم شروط وظروف العمل وأحكام التشغيل ويبرم بين منظمة واحدة أو أكثر من المنظمات العمالية وبين أصحاب العمل أو من يمثلهم في مطبعة العمال المركزية لإبرام العقد . عدنان العابد ويوسف اليأس، قانون العمل، ط2، مطبعة العمال المركزية، 1989، ص95 وما بعدها .

[3] - علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص45.

متخصص "قانوني" ،وغالبا ما يكون ذلك في العقود التي يكون موضوعها أشياء ثمينة أو تحتاج لوصف فني دقيق يصعب على العامة إنجازه[1].

2- شخص غير موكل من قبل أطراف العقد

كثيراً ما يقوم بإعداد العقود النموذجية شخصا لم يتم تفويضه من قبل أطراف العقد وإنما يكون قد أعدّه على سبيل الاحتراف نظراً لتخصصه، ويمكن أن تتبع في مختلف العقود، وعادة ما يكون هذا الغير خبيراً في مجال صياغة العقود يحررها بناء على خبرته العملية واضعا أفضل الصياغة للشروط الواردة، وبالتالي يحقق مصلحة كلا الطرفين. وتصدر عادة هذه العقود على شكل مصنفات أو كتب.[2]

ب. محرر العقد النموذجي شخص معنوي من الغير.

قد يكون الشخص الذي قام بإعداد العقد شخصا من غير الطرفين سواء أعدّه تلبية لطلبهم أو على سبيل المهارة والتخصص، ومن أمثلة ذلك العقود النموذجية الصادرة من قبل المنظمات المهنية التي تهدف من وراء إبرام هذه العقود تسهيل العملية التعاقدية للمنتمين إليها، ممن ليس لديهم الدراية الكافية بالقانون، أو ممن ليس لديهم الوقت الكافي لإبرام هذه العقود، وهذا النوع من العقود واسعة الانتشار في الحياة العملية لما تحققه من فوائد عملية من حيث سد النقص في التشريع ومعالجة المشكلات المتوقعة حدوثها في المستقبل[3].

الفرع الثاني: العقود النموذجية من حيث صدورها

يمكن تقسيم العقود النموذجية من حيث مدى تدخل الدولة فيها إلى عقود نموذجية مدنية، وعقود نموذجية إدارية، وعلى ضوء ذلك سنتناولها في عنصرين، الأول ندرس فيه العقود النموذجية المدنية والثاني نخصصه لدراسة العقود النموذجية الإدارية.

---

[1]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص32 وما بعدها.

[2]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص45.

[3]- ليفرني، الشروط العامة والعقود النموذجية للمنظمات المهنية، مكتبة القانون الخاص، 1978. أشار إليها مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المرجع السابق، ص95.

أولا: العقود النموذجية المدنية.

وهي تلك العقود التي ليس للدولة دورا فيها وتكون مشتركة بين فرد أو أكثر حول إحداث واقعة قانونية فيما بينهم وتكون خاضعة لأحكام القانون الخاص وسلطة القضاء المدني للتأكد من مشروعيتها واستعمالها. وتندرج تحت هذا النوع من العقود كافة العقود النموذجية باستثناء العقود التي تعدها الدولة[1].

ثانيا: العقود النموذجية الإدارية:

العقود الإدارية بصفة عامة تتميز باستخدام وسائل وامتيازات السلطة العامة، وأساس ذلك قيام العقد الإداري على فكرة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولذلك تنفرد الإدارة بصياغة العقد قبل إبرام والعقود الإدارية، تتدخل الدولة في إعدادها وصياغة بنودها من خلال الجهات الإدارية المتمثلة بها واستخدام تلك العقود في إنجاز أعمالها، وهذه العقود تكون خاضعة لسلطات القضاء الإداري وخضوع أحكامها للقانون العام.

نصت المادة 55 من القانون المدني الجزائري على أنه يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام مع بعضهما البعض، ويسمى كذلك عقداً تبادلياً. وهو عقد تنشأ بموجبه التزامات متقابلة على كل من طرفيه. فيكون كل منهما دائناً ومديناً في الوقت عينه، مثل عقد الإيجار وعقد البيع[2]، وهو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كلا من المتعاقدين. وعلى هذا يعتبر كل متعاقد دائنا ومدينا في آن واحد كعقود العمل. وهي خارجة عن نطاق بحثنا لكونها تتعلق بالقانون العام ومن أمثلة هذا النوع عقود الأشغال العامة وعقود المرافق العامة[3].

[1]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص46.

[2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص212.

[3]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص48.

الفرع الثالث: أنواع العقود النموذجية من حيث بنودها

يمكن أن نقسم العقود النموذجية من حيث صياغة بنودها إلى عقود نموذجية كاملة وعقود نموذجية جزئية، وبناء على ذلك نتطرق في هذا الفرع إلى العقود النموذجية الكاملة أولا ، ثم العقود النموذجية الجزئية ثانيا.

أولا: العقود النموذجية الكاملة:

وهي تلك العقود التي تصاغ بنودها لتنظم جزء من شروط العقد المراد إبرامه، ولاسيما الشروط المتكرر حدوثها وإحالة الشروط المتعارف عليها إلى القواعد العامة باعتبارها جزء من الشروط العامة ومن أمثلة هذا النوع عقود استئجار الشقق وعقود شراء السلع والخدمات[1].

وقيل أيضا أن العقود النموذجية الكاملة هي التي تصاغ بنودها لتغطي كافة الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق أطرافها في العلاقة التعاقدية من خلال تناولها كافة المسائل المتعلقة بالعقد المراد إبرامه من حيث تكوين العقد المراد إبرامه ومسائل أخرى كعدم المسؤولية، الإبطال، التعويض عن الإخلال العقدي، فهي تستخدم كعقد فعلي و ما على الأطراف المتعاقدة سوى ملء الفراغات الموجودة ،[2]ومن أمثلة هذا النوع العقود الصادرة من هيئات التجارة الدولية والتجمعات والاتحادات التجارية كاتحاد تجارة القطن والحبوب[3].

ثانياً: العقود النموذجية الجزئية

وهي التي تتناول في مضمونها بعض آثار العقد دون التعرض لكافة الأحكام ،بحيث لا تصاغ بنودها لتنظم العقد المراد إبرامه، ولاسيما الشروط المتكرر حدوثها وإحالة الشروط المتعارف عليها إلى القواعد العامة باعتبارها جزء من الشروط العامة، فهي لا تشكل عقداً قائماً بذاته بل يكون للأطراف المتعاقدة عقدهم الخاص بهم يحيلون فيه إلى تطبيق أحكام ذلك العقد النموذجي ويطلق على هذا النوع " الشروط العامة للبيع" كتلك الشروط التي تضعها اللجنة الاقتصادية لبيع الأخشاب

[1]- صالح بن عبدا لله بن عاطف، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1998، ص110 .

[2] - حداد حمزة ، المرجع السابق، ص 15.

[3]- علي نوري، المرجع السابق، ص130

والحمضيات.[1]فيكون العقد بمثابة توضيح لنوع العقد وتحديد طرفي العقد تاركاً كافة الشروط إلى القواعد العامة[2].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية

اختلفت الآراء الفقهية حول الصبغة القانونية التي تنطبق على وصف العقد النموذجي هل يحسب عقد أم تكون مجرد ورقة إثبات أو سند لتدوين الاتفاق،[3] ولتحديد ذلك سنتناول في هذا المطلب الاتجاهات المنكرة و المؤيدة للصفة التعاقدية للعقود النموذجية وفق فرعين، نخصص الأول للاتجاهات المنكرة للصفة العقدية للعقود النموذجية والثاني للمؤيدة لها.

الفرع الأول: الاتجاهات المنكرة لصفه العقدية في العقود النموذجية

إن العقود النموذجية تتسم بصفات تجعلها غير مألوفة في العقود الاعتيادية وهذا ما جعل البعض يخرجها من الدائرة التعاقدية وإنكار الصفة العقدية عليها[4] .

واستدل هؤلاء ببعض الحجج لدعم وتبرير فكرتهم، ومن بينها أن مفهوم العقد النموذجي ينصرف إلى العقد الذي يستقل فيه أحد العاقدين بإعداد شروطه ومضمون اتفاقه وما على الطرف الآخر إلا الانضمام للعقد الذي أعده الطرف الأول، وعليه فإن هذه العقود تجعل أحد العاقدين خاضعا لمركز قانوني معين لا إرادة له في تغييره أو السيطرة عليه، وبالتالي فإن العقد النموذجي يقوم على إرادة احد أطرافه المتمثلة بإرادة الموجب، أما إرادة الطرف الآخر فليس لها دورًا في خلق تلك العقود ولا التغيير من طبيعتها، ومن الأمثلة التي تؤيد فكرتهم هذه، العقود النموذجية التي تفرضها الشركات والمؤسسات الاقتصادية على المتعاملين بها[5]، أما العقد فله مفهوم واحد ألا وهو أن تكون هناك إرادتان تشتركان في إبرامه.

---

[1] - عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص57.

[2] - صالح بن عبدا لله بن عاطف، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1998، ص110 .

[3] - علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص28.

[4] - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ،1965،ص80 .

[5] - فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض و التعاقد، التعاقد عبر الانترنت عقود البيع التجارية،ط1، مطبعة الحكمة، بغداد، 2003، ص39 .

وأيضا القبول في تلك العقود النموذجية لا يكون عن حرية وبيّنة، و إنما يكون مجرد إذعان ورضوخ لانفراد أحد أطرافها بإعداد مضمون العقد، مع غياب المفاوضات والمساومات المسبقة لتبادل الرضا بتلك العقود[1]. كعقد التأمين الذي لا يعتقد فيه أن المؤمن له قد قبل بحرية وبيّنة كل مضمون وثيقة التأمين، مع وجود تلك الصفحات الطويلة من الوثيقة والمطبوعة بأحرف دقيقة وهادئة وبطريقة صعبة الفهم، وعليه من المستحيل على المؤمن له أن يقبلها بحرية وإدراك وإن قبلها فإن قبوله يكون مجرد إذعان ورضوخ لتلك الشروط المفروضة عليه من الطرف الذي أعدها (الطرف القوي).[2]

و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس الذي بني علية التعاقد هو اتحاد الإرادة لدى أطرافه على تذليل العقبات ومعالجة المشكلات التي قد تظهر أثناء تنفيذ العقد، والتوصل إلى وضع الحلول المسبقة للمشاكل التي يمكن أن تطرأ مستقبلا، وهذا يتم من خلال مناقشة شروط العقد بحرية مطلقة وبشكل متكافئ بين أطرافه، و هذا غير متوفر في العقود النموذجية لأنها تتسم بعدم المساواة ما بين أطرافها، ووجود تفاوت فيما بينهم لكونها تفرض عادة من قبل الطرف القوي الذي يتمتع بمقدرة اقتصادية أو فنية.[3]

ويستنتج عدم المساواة بعدم إمكانية الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة مناقشة شروط العقد وقبولها كما هي؛ باعتبار أنه بحاجة إلى السلعة المقدمة إليه من قبل الطرف الآخر؛ لذلك رفض هذا الاتجاه إعطاء الصفة التعاقدية لتلك العقود لأنها لا تحقق التوازن المطلوب في حقوق والتزامات أطرافها[4]، كما أن أصحاب هذا الاتجاه يعززون فكرهم بأن مجموعة من القوانين قد أبطلت العديد

[1]- النسيب، الشروط العامة، دراسة معروضة إلى كلية القانون في اكس مرسيليا، ص 621 أشار إليه فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى الربيعي، المرجع نفسه، ص38.

[2]-عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، 1988، ص18

4- شرط الأسد هو ذلك الشرط الذي يعطي لأحد الشركاء كل الأرباح ويعفيه من مساهمة في الخسارة انظر المزيد : مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص132 .

[4]- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، مرجع سابق، ص18

من الشروط التعاقدية والاتفاقات التي تفترض تفاوتاً كبيراً بين أطرافها، ممّا يؤدي إلى وجود اختلال توازن بين أطرافها، ومن ذلك شرط الأسد[1].

من العيوب الحقيقية التي تهيمن على العقود النموذجية القبول الصريح المتزامن أثناء إبرام العقد على أساس أن غالبية شروطه لا تصل إلى الطرف الآخر إلا بعد التوقيع عليها، و بالتالي يجد الطرف الضعيف في تلك العقود نفسه أمام مجموعة من الشروط التي لم يعلم بها ولا بمضمونها وعليه يرغم على التوقيع لغرض إبرام العقد، ومن ثم يقتصر دوره على ملء تلك الفراغات التي بالرسالة المرسلة والتي تسمح له بإظهار شخصيته فقط، و يمكن القول بأن هذه العقود تطيح بحرية الطرف الذي انضم إليها في التعبير عن إرادته.

الفرع الثاني: الاتجاهات المؤيدة لصفة العقد في العقود النموذجية[2]

تضاربت آراء الفقهاء حول الصفة التعاقدية للعقود النموذجية، حيث يرى الفقيه ليوتي leauté بأنه ليس عقد بمفهوم الفصل 1101 من القانون المدني الفرنسي ولا باتفاق وإنما مجرد نموذج،[3] وسانده في الرأي الدكتور العربي محمد مياد بقوله يبقى العقد النموذجي الشكل النموذجي للعقد، غير أن الخطأ الشائع حوّله إلى ما أصبح يصطلح على تسميته بالعقد النموذجي، وفي الوقت الراهن من الصعب إرجاع الأمور إلى نصابها بعدما تحصّن الخطأ الشائع بمرور الزمان.[4]

في حين يرى البعض الآخر ومنهم الفقيه رومانو Romano بأن العقود النموذجية لا يمكن أن تخرج عن الدائرة التعاقدية فهي عقود حقيقية تتم بتوافق الإرادتين وتخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود، وردوا على الحجج التي استند إليها المنكرون للصفة التعاقدية بما يلي :

أولا :انتفاء الصفة العقدية وذلك بسبب انفراد الإرادة التي تتمثل في الموجب فقط، وهذا يؤدي إلى حدوث نزاع في وصف العقد بالنسبة لكل أنواع الاتفاقات التي يقتصر فيها دور أحد الطرفين على مجرد إعطاء قبول إلى الطرف الآخر كما في البيوع بأسعار محددة، كما أن إرادة الموجب لوحدها لا

[1]- شرط الأسد هو ذلك الشرط الذي يعطي لأحد الشركاء وكل الأرباح ويعفيه من مساهمة في الخسارة . انظر المزيد : مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص132 .

[2]- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص126 .

[3] - leauté, les contrats types , RDCIV , 1953,p 430. مشار إليه لدى العربي محمد مياد ، المرجع السابق، ص 356، الهامش رقم 798.

[4] - المرجع نفسه، ص 356.

تنتج أي أثر قانوني إلا بعد انضمام الطرف الآخر له؛ لذلك توجد إرادتان يشتركان في عمل قانوني لا يقدر له وجود إلا بعد اجتماعهما؛ وبالتالي يوجد عقد ولا يتطلب في العقد أكثر من هذا؛ وعليه لا يكون الغرض من استعمال العقود النموذجية سلب إرادة أحد أطرافها لمصلحة إرادة الطرف الآخر بقدر ما هو التوصل إلى نتائج تضمن تنظيم علاقاتهم التعاقدية، وتسهل عليهم السيطرة على الفعاليات الاقتصادية[1].

ثانيا : يرى أنصار الفريق الأول أن العقود النموذجية ليست عقوداً حقيقية وذلك لغياب المفاوضات والاختلافات التي يتبعها اقتناع وقبول لكلا الطرفين، ويرد عليه أن التوقيع على العقود النموذجية يساوي الرضا؛ لأنه بمجرد عرض شروط العقد النموذجي على المتعاقد الآخر سواء كان ذلك قبل إبرام العقد أو بعده، سيكون العلم بتلك الشروط مفترضًا وقبولها قائمًا؛ لأنه باستطاعة الطرف الذي يروم له الارتباط بعقد معين الاطلاع على تلك الشروط، وطلب تعديلها أو إلغائها، أو التحفظ عليها، وبالتالي لا يمكن له أن يقف موقفاً غير مكترث؛ لأن هذه العقود بطبيعتها تفترض وجود رفعة اقتصادية للطرف الذي تولى إعدادها، وما على الطرف الآخر إلا الالتزام بما وقع عليه وتنفيذ بنوده[2]. كما أنه ليس هناك نصا قانونيا ولا مبدأ يشترط أن يكون هناك اتفاقا صحيحا للإرادتين، وأن يكون موضوع العقد المراد إبرامه موضوع مناقشة أو مساومة، وأن يكون من عمل الطرفين،[3] و هناك بيوع تتم بمجرد انضمام الطرف الآخر وبدون مناقشة مسبقة، كما في البيوع بأسعار محددة، إضافة إلى ذلك ليس هناك مانعا قانونيا في العقود النموذجية أن يقوم الطرف الآخر باستيعاب الشروط وبنود العقد المراد إبرامه وقبولها بحرية واختيار ومن ثم التوقيع على بنودها[4]

ثالثا : " إن عدم المساواة بين المتعاقدين ليست في ذاتها محل شبهه أو اتهام؛ لأن التفاوت حتمي يوجد في كل العقود، فمصدر المساواة هو المساواة القانونية وليست المساواة الاقتصادية؛ لأن الأولى هي التي تثبت في العقود، وهي التي ينبغي توافرها وهذا هو الحال في العقود النموذجية التي تنعدم فيها المساواة الاقتصادية إلا أن المساواة القانونية متوفرة فيها، كما أنه ليس هناك نصًا قانونيًا يستلزم بأن

[1]- علي ماجد صاحب، المرجع السابق، ص 32.

[2]- صالح صالح، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ،2001ص89

[3] - شيماء مصطفى الشيخلي، المرجع السابق، ص 74.

[4]- علي ماجد صاحب، نفس المرجع أعلاه، ص26.

يكون للطرفين دورا متعادلا في العقد، وإنما كل ما هو مطلوب أن يكون هناك اتفاقا يرمي إلى إنشاء التزامات يرضي أصحاب المصلحة به"[1].

وبهذا يذهب العميد جورج ريبر بالقول " إن عدم المساواة بين طرفي العقد في تلك العقود لا يخلق عيباً ذاتياً وإنما العرف السائد في التعامل هو الذي خلق ذلك العيب "[2].

كما أنه ليس هناك مانعًا قانونيًا من تدخل الدولة في ضوء نظرية الاقتصاد الموجه من حيث توجيه الشركات والمؤسسات الاقتصادية التي تقوم بإبرام تلك العقود، بتنظيم علاقتها التعاقدية وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية لمنع انهيار التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد وجعل طرفي العقد بإلمام تام لما لهم من حقوق و ما عليهم من التزامات[3].

ولما كانت العقود هي الأداة القانونية التي تتولى إفراغ إرادة أطراف العقد في قالب قانوني يوضح واجبات والتزامات كل طرف من أطراف العقد، فإن العقد النموذجي هو عقد حقيقي كسائر العقود الأخرى يخضع للقواعد العامة للعقود ولا فرق بينه وبين غيره من العقود لأهميتها واستعمالها في غالبية المعاملات المدنية [4]، لما توفره هذه النماذج من السرعة في انجاز المعاملات واختصارها للتكاليف والجهد في صياغة العقود وأنها أصبحت ظاهرة مألوفة، وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى في حكم لها قضت فيه بأنه "متى استعمل المتعاقدين نموذجاً مطبوعاً للعقد وأضافا إليه بخط اليد أو أية وسيلة أخرى شروطاً تتعارض مع الشروط المطبوعة، وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبر تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين[5].

---

[1] -louis –Josserand-cours-droit-civil-positif-francais ، 32 . أشارت إليه شيماء مصطفى الشيخلي، مصدر السابق، ص73

[2]- مشار إليه لدى: فواد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي ،المرجع السابق، ص44

3- حسن عبدا لباسط الجميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص39

[4]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص27.

5- الطعن رقم 832 لسنة 48 صادر عن محكمة النقض المصرية 34- 355، بتاريخ 31-01-1983.مشار إليه لدى: أيمن سعد سليم، المرجع السابق،ص13، الهامش رقم 1.

المطلب الثالث: خصائص العقود النموذجية

بعد تحديد الطبيعة القانونية للعقود النموذجية وعرض مختلف آراء الفقهاء المؤيدة والمنكرة للصفة التعاقدية بهذه العقود، ننتقل في هذا المطلب إلى بيان الخصائص التي تتميز بها العقود النموذجية من خلال تقسميه إلى أربعة فروع كما يلي:

الفرع الأول: العقود النموذجية من عقود حسن النية.

الفرع الثاني: العقود النموذجية من العقود الموجهة.

الفرع الثالث: العقود النموذجية من عقود الاعتبار الشخصي.

الفرع الرابع: العقود النموذجية ذات بنيان وقالب نموذجي.

الفرع الأول: العقود النموذجية من عقود حسن النية

مبدأ حسن النية في العقود يعتبر ورح العقد التي يجب أن تسود كل مراحله لأنه يحقق أخطر وأجلّ غاية من غايات القانون، وهي منع الشخص الإضرار بالغير، كما أن هذا المبدأ هو أيضاً مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية كغيره من المبادئ العامة للقانون، التي ظهرت الحاجة إليها والاهتمام بها كنتيجة للتطور السريع الذي تمر به المجتمعات بصفة عامة والمجتمع الجزائري بصفة خاصة. ومن أهم القواعد واجبة الإتباع في الصياغة العقدية وجوب مراعاة مبدأ حسن النية الذي يشكل قاعدة للسلوك والالتزام ، يمتد إلى مرحلة المفاوضات في العقد وقد ساد في غالبية النظم القانونية[1].

و يعرف مبدأ حسن النية بأنه: " الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة." [2]

ويعرف أيضاً بأنه : " اعتقاد الموفي له استحقاقه لما يستعمله والأصل هو افتراض حسن النية، فإن ادّعى عكس ذلك وجب عليه إثبات ادعائه، وإن جاز الإثبات بكافة الطرق لأن الأمر يتعلق بواقعة

[1]- علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص33.

[2]- ياسين محمد الجبوري، في شرح القانون المدني، ج2، ط1، دار الثقافة، عمان، 2006، ص36 .

مادية وتقدير حسن أو سوء فيه[1]، هذا ويعرف أنه" كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه"[2].

كما أن مبدأ حسن النية في إطار تنفيذ الالتزام[3] هو أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع وأن تنفذها وفقاً لذلك ، وورد في تعريف آخر له بأن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طوعاً واختياراً وأن يجري التنفيذ على النحو المشروط في العقد أو على النحو الذي يقتضيه العرف أو الثقة المتبادلة بين الناس[4]، فمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام يعني إذن أن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد أو يجعلها أكثر كلفة دون مبرر[5].

-ويعتبر مفهوم مبدأ حسن النية في جوهره قاعدة أخلاقية أكثر من كونه قاعدة قانونية ولكنها تحولت إلى قاعدة قانونية من خلال الأهداف القانونية التي تتوخى تحقيقها والقيم القانونية التي تحاول حمايتها". ويؤكد الفقيه Pothier أن التنفيذ بحسن النية يعني تنفيذا على نحو مفيد[6].

-نصت المادة (107) من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية" ، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة[7] بحسب طبيعة الالتزام غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد

[1]-أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص451 .

[2]- رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالى، العدد 64،2014، ص185 .

[3]- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنه، منشورات بين الحقوقيين، بيروت، لبنان، 2006، ص83 .

[4]- حسن علي الذنون،الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، ج2، ، دار وائل للطباعة والنشر، 2004، ص211 .

[5]-عبد المجيد الحكيم، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص12 .

[6]- أشارت إليه :زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص311

[7]- المرجع نفسه، ص311

مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك"[1] وبذلك أكد المشرع الجزائري على مراعاة حسن النية أثناء تنفيذ العقد[2].

أما المشرع الفرنسي فقد نص في التعديل الجديد لقانون العقود على مبدأ حسن النية في المادة 1104 بقوله أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. ويعتبر هذا الحكم من النظام العام." . وأكد عليه في المادة 1112 التي نصت على أنه: " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرّا. يجب لزاما أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية."[3]

والعقود النموذجية لا يمكن أن يتصور المدين وهو الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة أن ينفذ العقد بما يخالف مقتضيات حسن النية، لأن الطرف الأقوى " الدائن " في هذه العقود انفرد بوضع بنود العقد على وفق هواه ومصالحه مستغلا تفوقه من الناحية الاقتصادية أومن الناحية الفنية، لذا فإن إعمال مبدأ حسن النية مطلوب في جانب الدائن أكثر منه من جانب المدين[4].

و إن كان مبدأ حسن النية مفترض لكل العقود، إلا أنه في العقود النموذجية يعتبر ركيزة أساسية للتعاقد يمتد من وقت إبرام العقد، ويستمر إلى حين تنفيذه.[5]

الفرع الثاني: العقود النموذجية من العقود الموجهة

العقد النموذجي أصبح شكلا من العقد الموجه تتدخل بواسطته الدولة في العلاقات التعاقدية الواقعة في نطاق القانون الخاص، وأداة تلجأ إليها النقابات والمنظمات المهنية والاتحادات بقصد تنظيم وتوحيد وتماثل العقود التي يبرمها أعضاء منهم، أو التي يبرمها هؤلاء مع العملاء أو التي تبرم بين الأشخاص فيما بينهم(العقود الخاصة).[6]

---

[1]- نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

[2]- هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، بحث منشور على شبكة الانترنيت :

- http://www.fichier-pdf.fr/2016/07129/md09/md09.pdf

[3] - قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016، ترجمة محمد حسن قاسم، المواد من 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الأولى ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان- ، 2018، ص29- 34.

[4]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص31.

[5]- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية ،1994 ،ص159

[6] -محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 213.

تعدّ العقود الموجهة من أكثر العقود شيوعاً وتداولاً بين الأفراد في تعاملهم. وقد جرى اصطلاح الفقه المدني على إطلاق اسم العقود الموجهة[1] على كل عقد خصه المشرع باسم معين، ونظم أحكامه بنصوص خاصة بالذات (العقود المسماة)، كعقد البيع والإيجار والمقاولة والوكالة. ويبرر تدخل المشرع في تنظيم هذه العقود تنظيماً مفصلاً بما لها من أهمية بالغة في مختلف ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي وتحديد العمل في نشاط معين، فتنظيم المشرع لهذه العقود يسهل على المتعاقدين إبرامها بتحديد عناصرها الجوهرية والالتزامات المترتبة عليها بقواعد مكملة تنفي عن هذا التدخل الإخلال بمبدأ سلطان الإرادة.

إن ظاهرة التوجيه العقدي للعقود النموذجية لم تقتصر على مرحلة إبرام العقد وحسب، وإنما شملت أيضا تحديد الالتزام بالسلامة في عقد النقل،[2] أو عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها في بعض العقود ،لهذا فإن العقود النموذجية من العقود الموجهة من قبل الدولة أو الجهات أو النقابات ،أومن من قبل الأشخاص لغرض توجيه العاملين فيها للتوصل إلى صياغة معينة عند إبرام عقودهم[3].

ومن مظاهر التوجيه في العقود النموذجية أنه يشتمل على القواعد العامة والقواعد الآمرة بحيث تصبح بنود العقد ملزمة للطرفين ومشتملة على كل الخصائص التي يجب أن يتضمنها مضمون العقد أو آثاره، مثال ذلك تضمين العقد بعض الالتزامات التي لم تنصرف إليها إرادة طرفيها كالالتزام بالإعلام.[4]

[1]- عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1981، ص61.

[2] - حيث تنص المادة الرابعة من قانون رقم 01-13 المؤرخ في 7 /8/ 2001، المتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه في الجزائر، المعدل والمتمم على أنه: " يجب أن ترمي منظومة النقل على وجه الخصوص، إلى التلبية الفعلية لحاجات المواطنين في مجال النقل، وفق شروط أكثر نفعا للجماعة الوطنية والمستعملين من حيث الأمن وتوفر وسائل النقل والتكلفة والسعر وتوعية الخدمة."

[3]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص36.

[4] - علي ماجد صاحب، المرجع نفسه، ص 36

الفرع الثالث: العقد النموذجي من عقود الاعتبار الشخصي

الاعتبار الشخصي أن يكون للشخص المتعاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد[1] ، كما عرف بأنه " العقد الذي كانت شخصية أحد العاقدين أو صفة خاصة فيه قد رعيت في إبرام العقد كعقد العمل مع الفنان أو المقاول أو الجراح"[2]. وكما عرف بأنه "العقد الذي يكون شخصية المتعاقد محل اعتبار أو صفة من صفاته الباعث الدافع إلى إبرام العقد، وأن العقد يتصف بالاعتبار الشخصي عندما يكون الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين أو البعض من صفاته باعثا دائما لرضا الطرف الآخر بالتعاقد"

وعلى هذا فإن الاعتبار الشخصي قد يتعلق بشخصية أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته، وقد يكون هذا الشخص هو المهني، أو قد يتعلق بشخصية المتعاقد الآخر وهو المستهلك، كما أن العقود النموذجية هي من عقود الاعتبار الشخصي لكون أحد الطرفين شخصيته محل اعتبار في العقد والباعث الدافع إلى التعاقد وهذا ما نلمسه في عقود الاستشارات الهندسية وعقود التأمين[3]. ففي عقود الاستشارات الهندسية عندما يختار العميل المهندس الاستشاري فإنه يختاره استنادا إلى خبرته و الثقة الموجودة لديه في عمله، وكذلك المؤمن له عندما يتعاقد مع إحدى شركات التأمين التي تتميز بثقتها العالية في مجال عملها وبالتالي يتعاقد معها دون غيرها من شركات التأمين[4].

الفرع الرابع: العقد النموذجي ذات هيكل تنظيمي سابق

أهم ما يميز العقد النموذجي هو صدور إيجابه على شكل صيغ مطبوعة معدة سلفاً وبصورة موحدة لكل من يتعاقد معه وبشروط متماثلة، وخير دليل على ذلك بطاقات الاشتراك الشهري في خدمة الهواتف النقالة التي تقدمها شركات الاتصالات للمتعاملين معها و المتضمنة إيجاب مقدم من قبل تلك الشركات بصورة موحدة وبشروط مماثلة لكل من يتعاقد معها، ولصدور الإيجاب بهذه الطريقة نتيجة طبيعية لمقتضيات الفن التعاقدي الجديدة ولما توفره هذه الصورة من توفير للوقت

[1]- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، ط2، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، 1976، ص215 .

[2]- السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص115 .

[3]- علي ماجد صاحب، نفس المرجع أعلاه، ص38.

[4]- علي ماجد صاحب، المرجع السابق، ص38 .

والجهد عند صياغة العقود و الاقتصاد في تكاليف العقد.[1] إلا أن صدور الإيجاب بهذه الصيغة المطبوعة في العقود النموذجية قد تثير بعض المخاوف منها ما يتعلق بالجمود الذي يحصل في صياغة بنود العقد لصدور الإيجاب بهذه الصيغة وعدم إمكانية تعديل بنودها، بالإضافة إلى إمكانية إيراد شروط تمس بمصلحة الطرف الضعيف لانفراد الطرف القوي بصياغة بنود العقد، كما أن السرعة التي تتم بها إبرام تلك العقود وعدم الوضوح في بنودها تؤدي إلى الإيقاع بالطرف الضعيف والتوقيع على هذه الصيغ الجاهزة دون أن يفهم آثارها أو مداها[2].

[1] - علي ماجد صاحب، المرجع السابق، ص 39.

[2] - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص322 .

المبحث الثاني:

التأصيل الواقعي للعقود النموذجية..

بعد ما سبق بيانه لماهية العقود النموذجية و لتقسيماتها و طبيعتها القانونية، سنتطرق في هذا المبحث إلى المشاكل والعوائق التي تعترضها و الحلول المقترحة لهذه المشاكل، و سنبين مزايا وعيوب العقود النموذجية و تقييم دورها في المعاملات وذلك وفق مطلبين:

المطلب الأول: المشاكل التي تواجه إعداد العقود النموذجية والحلول المقترحة لها.

المطلب الثاني: تقدير العقود النموذجية.

المطلب الأول: المشاكل التي تواجهه إعداد العقود النموذجية والحلول المقترحة

قد تواجه العقود النموذجية بعض العوائق والعقبات تعسّر عملية إعدادها والتعامل بها من قبل الأشخاص، وسنحاول في هذا المطلب بيان هذه العوائق و الحلول المقترحة لمواجهتها من خلال فرعين نخصص الأول لمشاكل وضع العقود النموذجية، والثاني للحلول المقترحة لها.

الفرع الأول: المشاكل التي تصادف وضع العقود النموذجية.

على الرغم من أهمية العقود النموذجية ودورها في مختلف المعاملات، لاسيما لإبرام العقود الدولية باعتبارها من أهم وسائل توحيد قانون التجارة الدولية، إلا أن هذه العقود بسبب اتجاهها - كما لاحظنا- إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية في أغلب الأحيان تصادف مشاكل عملية عند محاولة وضع الشروط العامة لهذه العقود .

وعلى الرغم من أن الهيئات المعنية بوضع هذه الشروط تحاول أن تضع صيغاً للعقود الدولية يمكن أن تلاءم احتياجات ومتطلبات الحياة التجارية[1]، إلا أن تعدد الصيغ واختلافها حتى بالنسبة للموضوع الواحد غالباً ما تؤدي إلى وضع المتعاقدين في مواقف غير متوقعة أو في مراكز غير متكافئة، وتنتج هذه المشاكل عن عدّة الأسباب من بينها أن صيغ العقود النموذجية تحاول أن تواجه التفاصيل دون وجود قواعد عامة، أو مبادئ عامة تحكم العلاقة التعاقدية[2]. نتصور أن هذا القول

1- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 14

[2]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص16-17

يتعارض مع وجود شروط عامة وشروط تفصيلية للتعاقد، [1] لأننا لا نقصد هنا الشروط العامة التي تتعلق بعقد من نوع معين وإنما نشير إلى الأصول القانونية التي تحكم جوهر العلاقة التعاقدية وهو ما تفتقر إليه العقود النموذجية .

و أيضا تبرم هذه العقود بين أطراف تتعارض مصالحها الاقتصادية، ولا نعني بتعارض المصالح هنا مجرد التعارض الناشئ عن طبيعة اختلاف مركز كل متعاقد كالتعارض الناشئ عن وجود بائع ومشتري في عقد البيع أو مقاول ورب عمل في عقد المقاولة، أو مؤمن ومستأمن في عقد التأمين، أو مصرف وعميل في عقد فتح الاعتماد. لأن هذا التعارض حتمي، وإنما نعني بالتعارض هنا عدم التكافء الاقتصادي بين المتعاقدين، فالتبادل التجاري للسلع قد يتم بين دول مستعمرة ومستعمراتها السابقة، أو بين دول متقدمة اقتصادية ودول نامية أو متخلفة أو بين دول اشتراكية ودول رأسمالية[2].

قد ينتمي أطراف العلاقة التعاقدية إلى دول تتباين نظمها القانونية ويترتب على ذلك اختلاف تفسير المقصود ببعض الاصطلاحات القانونية من دولة إلى أخرى. كما قد لا تعرف بعض النظم القانونية مصطلحات تعرفها نظم أخرى. وقد توجد في بعض النظم تنظيمات قانونية لا توجد في غيرها من النظم من ذلك أن النظام الأنجلو أمريكي لا يعرف اصطلاح الخطأ الجسيم المعروف في النظام اللاتيني، كما أن نظام المشاركة [3] Partnershipوالنظام المعروف باسم Trust[4] لا يوجد إلا في النظام الأنجلوأمريكى دون النظام اللاتيني[5].

---

[1] - زمام جمعة، المرجع سابق، ص421.

[2] - المرجع نفسه، ص423.

[3] - نظام المشاركة عبارة عن نشاط اقتصادي ينشأ بفضل تعاون الأشخاص ذوي المصالح المشتركة لإنجاز مشروع معين، ويمكن أن تكون طبيعة التعاون: تجارية ،مالية، تقنية أو تكنولوجية، فهو يتطلب حشد التعاون و التضامن لتحقيق أهداف مجتمعية عامة. و على المستوى الكلي يعرف نظام المشاركة بأنه تعاون دولتان أو أكثر في نشاط إنتاجي أو استخراجي أو خدمي، حيث يقوم كل طرف بالإسهام بنصيب من العناصر اللازمة لقيام هذه الشراكة، وقد يتخذ هذا التعاون المشترك شكل إقامة مشروعات جديدة أو زيادة الكفاءات الإنتاجية لمشروعات قائمة فعلا عن طريق إدماجها في مشروع مشترك يخضع لإدارة جديدة. متاح على موقع

https://ar.m.wikipedia.org/wiki/A7 .

[4] - نظام trust أو الائتمان هو اشتراك عدة مشاريع اقتصادية تفقد كل منها استقلاليتها تحت إدارة واحدة، ويعتبر مشروعا مهما كان الشكل الذي يأخذه، وكذل يفقد كل مشروع مندمج حريته تماما. و نشأ في الولايات المتحدة عام 1880، والكلمة trust مأخوذة من القانون الإنجليزي، وهي نظام يدير بموجبه شخص أملاك شخص آخر ويضع يده عليها.متاح على موقع

https://ar.m.wikipedia.org/wiki/A7.

[5] - محمود سمير الشرقاوي، المرجع سابق، ص18

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لحل هذه المشاكل:

لحل المشاكل المشار إليها سابقا هناك مجموعة من الحلول المقترحة منها :

أولا: الالتزام بأصول قانونية واحدة تعتبر كحد أدنى لمبادئ قانونية عالمية تساعد تدريجيا على إلغاء الحدود بالنسبة لحرية انتقال السلع، ومن أهم هذه الأصول الاعتراف بمبدأ حرية التعاقد في جميع القوانين الوطنية في نطاق التجارة الدولية، و هذا الحل متفق عليه سواء ممن ينتمي إلى الدول الاشتراكية أو إلى دول السوق الحر أي الدول الرأسمالية .

ثانيا: يجب أن يراعى عند وضع الشروط العامة أو العقود النموذجية أن توضع بطريقة تضمن حماية مختلف المصالح المعنية، ويمكن ضمان هذه الحماية إذا تم وضع الشروط العامة أو العقود النموذجية على أسس معينة أهمها كما حدث في صيغ العقود التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية مناقشة المشاكل المتعلقة بالتجارة الدولية بواسطة مندوبين أو مؤهلين فنيا لذلك، ويمثلون جميع الدوائر المعنية بهذه العقود فيجب مثلا تمثيل تجار السلعة سواء كانوا مصدرين أو مستوردين ، وتمثيل الناقلين والمؤمنين والمصارف، على أن يكون لدى الجميع الرغبة في إيجاد قواعد تحكم علاقاتهم التجارية تتسم بالعدالة بالنسبة لجميع الأطراف دون أن تسيطر على أحدهم الرغبة في الإفادة من قوة مركزه الاقتصادي بالنسبة للطرف الآخر[1].

ثالثا: يجب أن يراعى عند وضع هذه الشروط العامة أو العقود النموذجية المرونة، بحيث يمكن دائما ملاءمة هذه الشروط أو العقود مع الظروف المتغيرة للتجارة الدولية، وذلك حتى توصل الوسيلة لتوحيد قانون التجارة الدولية بتوحيد شروط التعاقد لأهمية عملية تفوق الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية.

[1]- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي،الطبعة الأولى،دار الفكر العربي، 1998 ، ص173

رابعا: لابد من قبول التحكيم التجاري كوسيلة وحيدة لتسوية الخلافات الناشئة عن العقود الدولية والاعتراف في جميع الدول بأحكام هيئات التحكيم التجاري، وتلعب اتفاقية نيويورك 1958[1]، دوراً هاماً في هذا المجال[2].

خامسا: يجب أن يكون مضمون الشروط العامة أو العقود النموذجية التي توضع في مختلف فروع التجارة الدولية كاملاً ومفصلاً بقدر الإمكان، إذ أنه برغم خضوع هذا المضمون لمبدأ التفاوض الحر للأطراف، فإن مواجهة الشروط العامة أو العقود النموذجية للحلول اللازمة للمشاكل القانونية الجوهرية التي يمكن أن تثور بين المتعاقدين خلال فترة التعامل موضوع العقد، من شأنه أن يجعل العقد الدولي بمثابة قانون المتعاقدين حيث يحل محل القوانين الوطنية التي يمكن أن تنطبق في مجالات أخرى، وبهذا يتحقق أهم أهداف العقد الدولي، وهو وحدة المعاملة التجارية الدولية.[3]

ونخلص مما تقدم ، أن العقد الدولي يمكن أن يحل محل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ويصبح قانون المتعاقدين في نطاق المعاملة التجارية الدولية، إذا تم مراعاة الاعتبارات واتبعت الأصول الفنية التي تحقق هذا الهدف على النحو الذي بيّناه.

المطلب الثاني: تقدير العقود النموذجية

على الرغم من المزايا التي تتمتع بها هذه العقود إلا أن هناك عيوب تترتب على استخدامها واستعمالها في مجال المعاملات المالية ولأن هذه العيوب تتسبب أحيانا في مشاكل نتيجة عدم ذكر بعض البنود أو عدم وضوح بعضها ولتقدير العقود النموذجية نقسم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مزايا العقود النموذجية.

الفرع الثاني: عيوب العقود النموذجية.

---

[1] - تسمى باتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، تم إبرامها في نيويورك بتاريخ 1958/05/20 و بدأ سريانها في 1959/05/7، وهي تسعى إلى توفير معايير مشتركة بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم وهدفها الرئيسي السعي إلى عدم التمييز اتجاه قرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلية. للمزيد زيارة الموقع:

https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitation/conventions/forgein_arbitral_awards.

[2] - محمود سمير الشرقاوى، لعقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص20.

[3] - محمود سمير الشرقاوي، نفس المرجع أعلاه، ص21

الفرع الأول: مزايا العقود النموذجية

للعقود النموذجية مجموعة من المميزات أدّت إلى انتشارها بشكل واسع وإقبال المتعاقدين عليها أهمها:

أولا: تتميز العقود النموذجية بأنها عقود مطبوعة سلفاً تبرم بين أطراف ذات قوة تفاوضية متساوية دون مواجهة صعوبات عملية، فالأطراف المتعاقدة لها الحق في تعديل تلك العقود بما يلاءم مصالحها ولها أيضا استكمال العقد بشروط أخرى إضافية[1]

ثانيا: تتمتع العقود النموذجية بالمرونة اللازمة لمواجهة معظم المشاكل التي يمكن أن تحدث فعلا ويقبل رجال الأعمال عادة الوصول إلى صيغة مناسبة للتعاقد تراعي مصالح مختلف الأطراف دون البحث عما إذا كانت تتفق مع قاعدة تشريعية دولية أو وطنية[2].

ثالثا: إمكانية إضافة أو حذف بعض الشروط التي يتضمنها العقد، وهي بذلك تكون أولى بالتنفيذ و الإتباع من الشروط الأخرى المضادة، إذ أنها لا تستطيع حصر كافة الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة على حدة، ولذلك دائما في هذه العقود يوجد شطب لبند ما أو إضافة لبند آخر وقد يضاف شرط يعارض شرط مطبوع وفي هذه الحالة يجب تغليب الشروط المضافة[3]. و لا يقتصر دور الطرفين على قبول العقد جملة واحدة أو رفضه، وإنما يحق لهما أن يأخذا من هذا العقد بعض الشروط و تعديل البعض الآخر بما يريانه مناسبا وبما يتماشى مع مصالحهما الخاصة، ومن ثم فهي عقود اختيارية تستمد قوتها الملزمة من اتفاق الأطراف وعلى ذلك يكون لهم كامل الحق في استبعاد ما لا يناسبهم من أحكام تلك العقود[4].

رابعا: تهدف إلى توفير الوقت والنفقات في إعدادها وتحظى بقدر كبير من التفاوض لما تتمتع به من صفه اختيارية فهي قابلة للتغيير والتعديل[5]، و اختصار الوقت وتقليل الإجراءات الإدارية، إذ أن وجود

---

[1]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص37.

[2]- محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام 1964، بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية (دراسة في قانون التجارة الدولية) مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة 43، أيلول، 1974، ص16

[3]- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المهندس الاستشاري وفقا لقواعد عقد الفيدك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (مركزه القانوني، مسؤوليته المدنية) مجلة الحقوق، ع1، س24، 2000، ص306.

[4]- أيمن سعد سليم، المرجع سابق، ص15-17

[5]- حداد حمزة، المرجع سابق، ص22.

صيغة جاهزة جرى الموافقة المسبقة عليها من الجهة المعينة من المؤسسة يؤدي إلى زيادة كفاءة العمل. وخاصة أن التعاقدات التي تجري بين الناس في يومنا هذا لم تعد كما كانت قديماً. فالمبايعات كانت تتم بيسر وسهولة لبساطة محل المعاقدة. أما اليوم فإن السلع الإلكترونية والميكانيكية والخدمات الطبية وعمليات الصيانة والتشغيل والمقاولات جميعاً تتضمن تفاصيل كثيرة يصعب أن تكون محل مساومة في كل مرة. ضف إلى ذلك الحجم العظيم من الأعمال الذي ترتب على التزايد الكبير للسكان في كل بلد.

خامسا: تعتبر العقود النموذجية بين الأطراف الدولية خير وسيلة للتوحيد، لأن الاتفاقات الدولية لا يمكنها دائما أن تحقق التوحيد المنشود ولا تتلاءم مع سرعة الحياة التجارية، إذ يحتاج وضع مشروع الاتفاقية إلى زمن طويل ثم يعرض هذا المشروع على مؤتمر يضم عدة دول، وتستغرق المناقشات فترة طويلة حتى يصل المؤتمرون إلى صيغة مقبولة ترضي جميع الأطراف ثم تنتقل إلى مرحلة التصديق[1].

سادسا: أيضًا من أهم مميزات العقود النموذجية السرعة والتقنية والإنجاز، فقد يختار الأطراف الاكتفاء باستعمال الصيغة المطبوعة من العقود النموذجية،دون حاجة إلى إفراغ اتفاقهم في صيغة كتابية ، ويقتصر الأمر على مجرد ملء الفراغات الموجودة بها بما يتصل بموضوع التعاقد، ثم وضع توقيعهما على الصيغة المطبوعة، وفي هذه الحالة تعتبر هذه الصيغة عقدا مستقلا قائما بذاته[2].

سابعا: الشروط القانونية المعدة سلفا تكون بمعرفة هيئات ومؤسسات متخصصة تتمتع بالخبرة الكافية بما يوفر الوقت والجهد وتكاليف الصياغة، والأهم من ذلك تقديم شروط عادلة توفر الحماية والاستقرار لكل من الطرفين، وخفض تكاليف المعاقدات خاصة في الحالات ذات الطبيعة المعقدة، مثل عقود بيع المعدات والعقارات والآلات الطبية والطائرات التي تمتد سنوات لارتباطها بترتيبات صيانة وتجديد وتدريب ،وهذا يسهل العمل ويغني عن المساومة، كل مرة يقع فيها بيع.

[1]- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المهندس الاستشاري وفقا لقواعد عقد الفيدك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية(مركزه القانوني، مسؤوليته المدنية)، مرجع سابق، ص306.

[2]- احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مرجع سابق، ص127

ثامنا : قصور التشريعات الوطنية عن التصدي للعديد من مشكلات العقود التي تتسم بالطابع التقني أو الفني، نظرا لتطورها بسرعة كبيرة تعجز عن مواكبته تلك التشريعات الوطنية، بما يعزز دور العقود النموذجية فهي سريعة التطور والتعديل بما يكفل محاكاة الواقع العملي لتلك المشكلات الفنية المستحدثة وتقديم أفضل السبل لمعالجتها[1].

تاسعا: يؤدي التنميط إلى جعل العلاقة بين المؤسسة وعملائها ذات طبيعة موحدة، وعندئذٍ يمكن معاملة جميع العملاء أو الموظفين بصورة جماعية بدلاً من نشوء علاقة مختلفة مع كل واحد منهم، ومن ثم تفادي التفريق بين الناس بحسب قوتهم التفاوضية.

الفرع الثاني: انتقادات العقود النموذجية

يقابل المزايا السابق ذكرها وجود انتقادات وجّهت للعقود النموذجية تترتب على استخدامها واستعمالها في مجال المعاملات المالية وهذا ما سنوضحه:

أولا: زيادة حجم الصياغة وصعوبة فهمها.

على الرغم من أن الهيئات المعنية بوضع هذه الشروط تحاول أن تضع صيغاً للعقود النموذجية تلاءم احتياجات ومتطلبات الحياة في المجالات المختلفة، إلا أن هذه الصيغ توضع بنماذج مطولة وغامضة قد لا يتسنى لبعض المتعاقدين الاطلاع عليها، و إذا اطلعوا عليها يصعب فهمها إلا من قبل متخصصين، فضلا عن أنها قد توضع من قبل جهات ذات مركز اقتصادي قوي فحتما تراعي مصالحها عند وضعها[2].

ثانيا: تعدد الصيغ لنوعية العقد الواحد.

مما يزيد من صعوبة استخدامها هو تعدد هذه الصيغ حتى في الموضوع الواحد ،حيث غالبا ما يؤدي إلى إيجاد المتعاقدين في مواقف غير متوقعة، أو في مراكز غير متكافئة، فضلا عن اختلاف الصيغ

[1]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص38.

[2]- حسن النجفي، الإنكوتيرمز، القواعد الدولية لتفسير المصطلحات في عقود التجارة الخارجية،بتخويل خاص من غرفة التجارة الدولية، بغداد، 1977، ص6.

التي كتبت بها تبعا لاختلاف الجهات التي أعدتها والاختلاف في ترجمتها في العقود الدولية لأنها تكتب عادة بلغة واحدة[1].

ثالثا: اقتصار النموذج على نوع معين من البضائع.

تقوم أغلب الصيغ النموذجية في العقود على أساس رأسي بمعنى أنها تخص نوع معين من السلع أو المعاملات، وليس منها إلا القليل الذي يقوم على طابع أفقي أي ينطبق على الكثير من السلع أو الخدمات[2].

رابعا: تعدد الصيغ تؤدي إلى اختلاف الطرفين.

يؤدى تعدد الصيغ إلى عدم اتفاق الطرفين على صيغة معينة، فقد يكون هذا الاختيار متعارض مع الطرف الآخر مما يجعل هناك تصادم في الرأي وعدم الاتفاق[3].

خامسا: الجهل وانعدام حرية الإرادة.

بسبب السرعة التي يتم بها إبرام هذه العقود التي لا تعطي الفرصة الكافية الاطلاع على بنودها[4]، نجد أن المتعاقد يتعاقد دون الإلمام الكافي بمعرفة بنودها أو آثارها، وبالتالي يوقعون عليها ويلتزمون بها، كما أن الصياغة الجاهزة للعقود النموذجية لا تسمح للمتعاقد بالتعبير عن إرادته بالطريقة التي تناسبه فقد يرغب أحد المتعاقدين بالتعبير عن إرادته بألفاظ أو صياغة معينة يمنع استخدامها حينما تعرض عليه صياغة جاهزة. إذن فالعقود النموذجية تعتبر قيداً على حرية المتعاقدين بالتعبير عن إرادتهما[5].

[1]- كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص55.

[2]- طالب حسن موسى، المرجع سابق، ص48.

[3]- تقرير من كتاب الأمين العام للأمم المتحدة، منشور في الكتاب السنوي للجنة القانون التجاري الدولي، الجزء الأول، 1968-1970، ص224، بند رقم 18-19.

[4]- علي ماجد صاحب، المرجع سابق، ص40.

[5]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثالث: تقييم دور العقود النموذجية و أثرها على التجارة الدولية

بعد تقدير العقود النموذجية وبيان مزاياها و الانتقادات الموجهة لها سنتطرق في هذا الفرع إلى تقييم العقود النموذجية في المعاملات و مدى تأثيرها على التجارة الدولية .

أوّلا: تقييم دور العقود النموذجية .

الطبيعة العقدية تقضي بوجود هيئة أو قسم يتبع أيَّة مؤسسة حكومية؛ لاعتماد العقود المطبوعة مسبقًا وتصديقها قبل أن تُطرَح للتداول، وهذا القسم يَستعين بالخبراء المختصِّين؛ لتصويب العقودِ وتحديد مسارها؛ حفاظًا على حقوق المستهلكين والتجار معًا، إلا أن كثير من العقود النموذجية لا تسجل وخاصة العقود الدولية منها.

إن قصر نطاق حماية المستهلك اتجاه الشروط التعسفية على طائفة العقود المطبوعة يجد تبريره من جهة في كون هذه العقود تحرر من طرف البائع الذي ينفرد بصياغتها مسبقا على نحو يتيح له فرض سيطرته وإعلاء مصلحته من خلال ما تضمنته من شروط وبنود، في حين يقتصر دور المستهلك على ملء الفراغات التي تسمح بإظهار شخصيته .ومن جهة أخرى فإن طريقة التعامل بهذا النوع من العقود يكرس هيمنة البائع فيها، فالمستهلك عادة ما يفاجأ بوثيقة العقد في اللحظة التي يبرم فيها العقد دون إتاحة فرصة الاطلاع عليها والتعرف على شروطها .

كما أن شيوع هذا النوع من العقود وسرعة التعامل بها أدى إلى توقيع العملاء عليها دون تمحيص لفحواها، خصوصا في ظل الشعور السائد بأن كل ما هو مطبوع واجب الاحترام كما لو كان قانونا[1]، وهكذا يتعامل المستهلك من غير بحث في بنود العقد أو إدراك لآثارها ومداها. بل إن الواقع أثبت أن العقود النموذجية لا تكاد تقرأ أصلا، وحتى وإن قرأت لا تكاد تفهم في ظل التعقيد المعتمد أحيانا في صياغتها، كل هذه الأسباب برر تتدخل المشرع لحماية المستهلك من خطر الشروط التعسفية في هذا النوع من العقود بالذات .

ومع ذلك فإن العقود المطبوعة والنموذجية وإن اقترنت غالبا بالتعسف واختلال التوازن العقدي إلا أنها صارت ضرورة تفرضها الظروف الاقتصادية الحديثة التي تتميز بالإنتاج الصناعي

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع سابق، ص.110

الكبير واتساع النشاط الاقتصادي والتجاري منه على الخصوص.كما أن طبيعة المعاملات في وقتنا الحاضر وما تتميز به من سرعة ووفرة جعلت العقد النموذجي حلا مجديا من حيث توفير الوقت والجهد، إذ أضحت المسالة آلية فتنساب العمليات التجارية ويرتقي مستوى أداء المؤسسات. كما أن استخدام العقود النموذجية يوفر إحساسا بالأمان والثقة لدى المستهلكين نظرا لقوتها الثبوتية مقارنة مع العقود الشفوية .

إن بيان مزايا وانتقادات العقود النموذجية يقودنا إلى نتيجة هامة وهي أن العقود المطبوعة ليست بالضرورة عقود إذعان، وإنما قد تتخذ تلبية لمتطلبات فنية علمية وواقعية، وطباعتها لا يعني بالضرورة عدم مناقشتها، إذ يمكن في بعضها للمستهلك الحريص أن يفاوض حول شروطها وبنودها كل ما في الأمر أن العمل جري على قبول التعاقد بموجبها دون مناقشتها، وهذا ما يفسر عدم اكتفاء المشرع في تحديده لنطاق حماية المستهلك اتجاه الشروط التعسفية بمجرد أن يكون العقد محررا مسبقا من طرف البائع بل اشترط فوق ذلك إذعان المستهلك[1].

ثانيا: أثر العقود النموذجية على التجارة الدولية.

عقود التجارة الدولية عقود تتجاوز حدود الدولة الواحدة، يكون طرفيها من جنسيات وثقافات مختلفة مما يسمح لتلك العقود أن تحرر بلغات متعددة وتفسر بأساليب وطرق غير متوافقة.

و تحتل نماذج العقود حيزا واسعاً في النشاط التجاري، بحسبان أن معظم الصفقات في الوقت الحاضر تبرم بواسطة تلك العقود، وتذهب مدرسة قانون التجارة الدولية إلى تعظيم دور الإرادة الفردية في إنشاء هذا القانون، ومن هذا المنطلق جعلت للعقد دورا مهما في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي[2]، ونتيجة لذلك اتجهت معظم المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجية الطبع تتضمن عادات تجارية مختلفة، وتواجد العديد من نماذج العقود النمطية التي تبرم بين الموردين والمستخدمين تتناول الكثير من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين، ومن أمثلتها العقود التي أعدتها هيئات مختلفة،[3] مثل قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين علي شروط العقد، مرجع سابق، ص110-111.

[2]- نغم حنا رؤوف، العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد14،العدد6، حزيران2007، ص327

[3] - عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004، ص 155.

باستخدام الإرسال الإلكتروني،[1] أو الاتفاق النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات [2]. واستحدثت هذه الاتفاقات لغرض التغلب على أوجه عدم التقنين الناشئة عن استخدام التشريعات القائمة بخصوص استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات.[3]

ولقد اتسع العمل بالعقود ذات الشكل النموذجي في مجالات شتى، وقامت بعض اللجان المتخصصة للأمم المتحدة، مثل اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة بوضع صيغ الشروط العامة لبعض هذه العقود التي وضعت في التجارة الدولية، مثل عقود التوريد والإنشاءات الصناعية، وعقود توريد الآلات وعقود التجميع ،ولقد تضمنت الشروط العامة لهذه العقود نصوص تخضع بمقتضاه المنازعات لنظم التحكيم وفق لائحة غرفة التجارة الدولية[4].

و يمكن القول العقود النموذجية لا تخرج عن كونها مجموعة شروط عقدية معدة سلفاً بمعرفة جهات متخصصة في هذا المجال، وغالبا ما تكون قابلة للتعديل أو الإضافة وفقا لاحتياجات كل مشروع وتستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين ، و ما يميزها عن غيرها من العقود ما تتضمنه من العديد من مسؤوليات والتزامات كل من طرفيه بما فيها التزامات الوثائق والملحقات التي تتضمن تفاصيل عمل المقاول بمواصفات العمل والتزامات رب العمل بدفع التكاليف وما قد ينتج عن ذلك من منازعات أو حتى عدم السداد، نتيجة إضافة بعض المواصفات أو التأخير في التنفيذ.

[1] - كانت أول محاولة دولية لإحداث التناسق في الممارسات المتعلقة بالتبادل الإلكتروني للبيانات هي إعداد قواعد للسلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد عام 1987 تحت رعاية غرفة التجارة الدولية، وقد أنشئت قواعد سلوك متفق عليها يجوز للأطراف أن تختار تطبيقها في علاقتها القائمة على التبادل الإلكتروني للبيانات.

[2] - أعدّت لجنة الاتحادات الأوروبية الاتفاق النموذجي الأوروبي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للبيانات سنة 1994

[3] - ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، الجهود الدولية في تسوية المنازعات إلكترونيا، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة- النجف- ، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 40، المجلد الأول، 2016، ص 217. منشور على موقع .https://www.iasj.net

[4] - أبو زيد رضوان، المرجع السابق ،ص172

الباب الثاني

العقود النموذجية مأوى الشروط التعسفية

ذكرنا فيما سبق دراسته في الباب الأول أن العقود النموذجية غالبا ما يعدها تجار محترفين، لذا قد تكون صورتها الحقيقية أنها تنطوي على العدالة العقدية، لكنها في الحقيقة تتخللها بعض الشروط التعسفية التي يؤمّن بها المنتج نفسه وبضاعته، بحيث يضمن تنفيذ أعماله بالطريقة وبالمواصفات التي يريدها وليس معني هذا أن كل العقود النموذجية تتضمن شروط تعسفية، ولكن تثير المشكلة عندما تتضمن العقود النموذجية شرطا تعسفيا يصعب على المستهلك العلم به وقت التعاقد، ولمزيد من التوضيح سوف نقوم في هذا الباب بيان طرق إبرام العقود النموذجية وعلاقتها بالشروط التعسفية، هذا إلى جانب الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في هذه العقود، وللخوض في عمق هذه الدراسة نقسم هذا الباب إلي فصلين:

الفصل الأول: طرق إبرام العقود النموذجية وعلاقتها بالشروط التعسفية.

الفصل الثاني: الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية.

الفصل الأول

طرق إبرام العقود النموذجية وعلاقتها بالشروط التعسفية

توضح طرق إبرام وتحرير العقود النموذجية إمكانية احتواء هذه الأخيرة على شروط تعسفية ، تحدث عدم توازن بين أطراف العقد النموذجي ، لذلك نتناول في هذا الفصل، طرق إبرام هذه العقود، وطرق تحريرها. إلى جانب استعراض ماهية الشروط التعسفية ونطاق سريانها وأنواعها وأثرها على التوازن العقد في العقود النموذجية، وذلك في إطار التقسيم التالي:

المبحث الأول: طرق إبرام وتحرير العقود النموذجية وتطبيقاتها.

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية وأثرها على التوازن العقد في العقود النموذجية.

المبحث الأول:

طرق إبرام وتحرير العقود النموذجية وتطبيقاتها

إن اعتماد العقود النموذجية كأرضية للتعاقد، يتطلب طرق إبرام و تحرير تختلف عن تلك المألوفة سابقا في إبرام العقود ، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى طرق إبرام العقود النموذجية في مطلب أول، وطرق تحرير العقود النموذجية وتطبيقاتها في مطلب ثان

المطلب الأول :طرق إبرام العقود النموذجية

لا يكون للأطراف حرية اختيار بنودها وشروط التعاقد في كل العقود سواء تعلق العقد بالعمل أو بالمعاملات عن طريق البيع أو الإيجار أو غير ذلك، وسواء تعلق التعاقد بعقار أو منقول أو سلعة، ولتوضيح ذلك سوف نتناول طرق إبرام العقد النموذجي على النحو التالي:

الفرع الأول: إبرام العقد النموذجي بالاتفاق.

الفرع الثاني: إبرام العقد النموذجي بنص القانون

الفرع الأول: إبرام العقد النموذجي بالاتفاق

الأصل أن يكون العقد النموذجي بالاتفاق كغيره من العقود، سواء أنفرد أحد أطرافه بتحريره أم اشترك كلاهما فيه، وسوف نبين ذلك من خلال إبرام كل من العقود النموذجية الانفرادية وتلك العقود الجماعية.

أولاً :العقود النموذجية الفردية.

على الرغم من أن العقود النموذجية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة والذي يقوم على أساس الحرية والمساواة- على النحو السابق بيانه- إلا أن المهنيين (المحترفين) جرت عاداتهم على أن يحددوا مسبقاً مجموعة من البنود والأحكام تحقق مصالحهم، يطلق عليها تسمية "الشروط العامة للعقد" أو الشروط التعاقدية النموذجية.[1]

و يستوي الأمر بالنسبة لهذه الشروط أن ترد في العقد ذاته أم ترد في مستند منفصل، كما يستوي أن تكون هذه الشروط جاءت بشكل أو في صيغة مطبوعة سلفا؛ كالفاتورة الخاصة بالحساب، أم كتبت وقت العقد.

ولا يختلف الوضع القانوني للعقد النموذجي هنا أن يكون من حرر هذا العقد الطرف نفسه- تاجرا كان أم هيئة مهنية- أم الغير؛ فهذا العقد يتكون من مجموعة متكاملة من الأحكام تغطي تقريبا كل الموضوعات المرتبطة بالعقد، أو متضمنة حكما أو حكمين متعلقين على سبيل المثال باستبعاد المسؤولية والتحكيم[2] ولكن ما يهم هو كونها صيغت مسبقا لتستخدم بشكل عام ومضطرد، وكونها تستخدم فعليا في حالة بعينها من أحد الطرفين دون مفاوضات مع الطرف الآخر. ولا تتعلق الحالة الأخيرة (أي عدم إجراء مفاوضات) بجلاء سوى بالشروط النموذجية التي يتعين على الطرف الآخر قبولها في مجموعها، على حين أن الشروط الأخرى في العقد نفسه قد تكون محلا للتفاوض بين الطرفين وذلك فيما دون الشروط الأخرى ولذلك قيل أنه من آثار تحرير العقود النموذجية بالطريقة الانفرادية أنها جعلت من هذه العقود عقود إذعان، وأيضاً مصدر للشروط التعسفية.[3]

و الجدير بالذكر للطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية قد يستخدم الشروط النموذجية في عقوده بشكل ضمني، وهنا لا تصبح هذه الشروط جزءا من العقد ولا تعتبر ملزمة للطرف الآخر إلا في حالتين:

أ- أن يكون استخدام الشروط النموذجية من ضمن العادات التعاقدين بين الطرفين، أي شروط ضمنية.

---

[1]- حدوم ليلى، المرجع سابق، ص19.

[2]- المرجع نفسه، ص31

1- العربي محمد مياد، المرجع السابق، 366

ب- أن يكون استخدام الشروط النموذجية من ضمن الأعراف التجارية المنتشرة على نطاق واسع، وهذا ما أكدت عليه المادة (9/1) من مبادئ اليونيدروا[1]، والمادة (1/9) من اتفاقية فينا للبيع الدولي، على وجوب مراعاة الأعراف السائدة من قبل طرفي العقد[2]

ثانياً: العقود النموذجية الاتفاقية:

العقود النموذجية الاتفاقية- على النحو الذي سيأتي بيانه عند دراسة طرق تحرير العقد النموذجي- يفترض أنها تتم عن طريق نقابات أو هيئات أو منظمات تحتوي فئة طرف العقد ويكون ذلك بالاتفاق بينهم البعض أي الطرفين أو بين أعضائها مثل الاتحادات والنقابات وغيرها[3]، وذلك في إطار دور النقابات في تطوير وتنمية مهارات وقدرات منتسبيها، من خلال إعداد العقود الخاصة بأعضائها، حتى تحافظ على الريادة والصدارة في مختلف المجالات والقطاعات المهنية، ولتمكين المنتسبين من مواكبة آخر التطورات وأحدث التقنيات التي من شأنها المساهمة في تطوير المهن وتقديم أفضل الرعاية والخدمات لأعضائها [4].

كما قد يتم إبرام هذه العقود بعد إعدادها بطريقة مستقبلية- درءاً للخلاف بين تضارب مصالح أطراف العقود الفردية المستقبلية- وعلى سبيل المثال اتفاق بين أصحاب الأعمال ونقابة العمال داخل إقليم واحد، ولا يشترط أن يكون جميع أصحاب الأعمال حاضرين في هذه الاتفاق، لأنه من المفترض أن تمثل النقابة جميع العمال المنضمون والمستقبلون في الانضمام، أما أصحاب الأعمال فيكفي منهم ما يحضر بحيث يتم الاتفاق على بنود عقود العمل التي ستجري مع العمال على أن تكون هذه البنود نموذجية وتأخذ حكم الإلزام في العقد[5] ومن ثم تعتبر هذه العقود (العمل الجماعية) بمثابة دستور

---

[1] - حيث تنص المادة9/1 من مبادئ اليونيدروا:

أولا: التزام المتعاقدين بالعرف الذي يتفقان عليه

ثانيا: التزام المتعاقدين بالعادة التي استقر عليها التعامل بينهما

ثالثا: إلزام المتعاقدين بالعرف المرعي بانتظام في التجارة الدولي

[2]- تنص المادة 1/9 من اتفاقية فيينا أنه: "يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما."

[3] -العربي محمد مياد، نفس المرجع أعلاه، ص 369

[4]- ولعل أقدم مثال يمكن أن يمثل لهذا النوع من العقود هو العقد النموذجي الذي أعدته الفيدرالية الوطنية لنقابات المفاوضين في البطاطا المنشأة سنة 1908 ،حيث أعدت عقدا نموذجيا لتجارة البطاطا أصبح بعد 29 سنة عبارة عن قانون أو مجمع أعراف يسري على جميع العمليات المتعلقة بهذه المادة، أشارت إليه حدوم ليلى، المرجع سابق، ص34.

[5]- العربي محمد مياد، المرجع سابق، ص 367.

لإنشاء عقد العمل الفردي، فلا يجوز إجراءه دون الالتزام ببنود العقد الجماعي[1]. وكذلك الأمر بالنسبة للعقد النموذجي للوكيل التجاري[2].

و على كل فإن العقود النموذجية تصاغ من قبل خبراء فنيين وقانونيين على دراية تامة بالمشاكل التي يعاني منها أعضاء مؤسساتهم أو نقاباتهم فيحاولون من خلالها تحديد - وعند الضرورة استكمال الالتزامات التي تترتب على عاتقهم.[3] و من الأمثلة العملية قيام جمعية لندن لتجارة القمح بصفتها أحد الجمعيات الدولية المهنية، بطرح أكثر من 40 صيغة نموذجية عقدية للمتعاملين الدوليين فيما بينهم حسب صنف البضاعة ومصدر إنتاجها وجهة وصولها وكيفية نقلها.[4]

الفرع الثاني: إبرام العقد النموذجي بنص القانون

الأصل أن العقود التجارية تخضع للقواعد العامة التي نص عليها القانون المدني، فيما يتعلق بتكوين العقد وآثاره، إلا أن هناك قواعد خاصة تطبق على العقود التجارية وتميزها عن العقود المدنية، استقر عليها العرف أو العادات التجارية أو القضاء وتضمنها القانون، بحيث أصبحت بحكم الإلزام، منها: ما يتصل بالإثبات، ومنها قواعد موضوعية خاصة بإبرام العقود التجارية وتنفيذها.[5]وكذلك الأمر بالنسبة لطريقة إبرام العقد وتدخل المشرع في ذلك الإبرام ويظهر ذلك كالتالي:

أولا: التنظيم القانوني للحرية التعاقدية

إذا كان الأصل فيها أن لإرادة المتعاقدين حرية تامة في إبرامها وتحديد مضمونها ذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، بيد أن الحرية التعاقدية أخذت تتراجع أمام تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد أو لتوجيه الاقتصاد بما يتفق والمصلحة العامة. ومن مظاهر ذلك وضع قواعد تشريعية آمرة يلتزم الأطراف باحترامها وتحميها ووضع جزاءات جنائية متعددة أهمها ما يتعلق بتقرير

[1]- حدوم ليلى، نفس المرجع أعلاه، ص43.

[2]- والذي تم تحريره عقب برتوكول اتفاق في05-06-1957بين عدد من الفيدراليات والنقابات المهنية كطرف أول مع الفيدرالية الوطنية للوكلاء التجاريين من جهة أخري حيث ينص البرتوكول صراحة على أن الهيئات المشاركة تساهم في إعداد عقد نموذجي للوكيل التجاري يكون مقبولاً من الطرفين. لمزيد د ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، 1975، ص31 وما بعدها.

[3]- العربي محمد مياد، مرجع سابق 370.

[4]- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991، ص166.

[5]- العربي محمد مياد، المرجع سابق، ص363.

بطلان بعض الشروط التعسفية في العقد أو تحديد أسعار السلع والخدمات، أو تحديد الأرباح التي يحصل عليها الوسطاء. و بذلك خرجت بعض العقود من دائرة الحرية التعاقدية إلى نطاق التنظيم القانوني الملزم. إضافة إلى بعض القواعد التي يقتصر تطبيقها على العقود التجارية حيث يكون الإيجاب عاما موجها إلى أشخاص غير معينين، كالإيجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق عرض البضائع في المحلات التجارية مع بيان الثمن فيلتزم التاجر بالبيع لكل من يبدي رغبته في الشراء.

ولعل أوضح الأمثلة التي تضرب عن هذه العقود، هو عقد الإيجار وعقد البيع بناء على تصاميم الواردين بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، الذي يقضي صراحة، بأن عقود الإيجار والبيع بناء علي تصاميم، لا بد أن تتم وفقا للنماذج الواردة على التوالي في المرسومين 94-58و 94-69 ،و على هذا فإن عقود المعاملات المدنية مثل البيع والإيجار قد نظمها المشرع فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها حتى يكون العقد ساري ونافذ في حق الطرفين.[1]

ويبدو أن المشرع أراد أن يحكم العقود بالقواعد العامة والقواعد الأولية في الإثبات من خلال اشتراط الكتابة وذلك بموجب المرسوم 93-03، فقد أراد المشرع أن يعين الأفراد في تكوين عقد الإيجار وأن ييسر لهم الأمور التي تساعد على اعتماد العقد وحفظ حقوق الطرفين، فوضع تحت تصرفهم تنظيما يراه نموذجيا له، يكفل لهم صياغة العقد بطريقة تضمن التعبير الدقيق عن إرادتيهما يحول دون قيام أي مشكلة في التنفيذ تنتج عن سوء الصياغة أو عدم دقتها وغموضها ويتمثل هذا التنظيم في عقد الإيجار النموذجي الوارد بموجب المرسوم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994، فهو يقصد التيسير وألا يكلف المتعاقدان أنفسهم عناءً تنظيمياً.[2]

ثانيا: إبرام العقد النموذجي الحكومي:

وفي هذا النوع من العقود لا دخل لإرادة الأطراف في تكوينها فهي تستمد قوتها مباشرة من القانون أو اللائحة التي تفرض الالتزام بشرط العقد النموذجي بموجب قواعد أمرة، ومن ذلك عقود إيجار الأراضي الزراعية وعقود استخدام القوى العاملة الأجنبية، وعقود استخدام المساجين؛ إذ من

[1]- حدوم ليلى، المرجع سابق، ص47

[2]- المرجع نفسه، ص56.

اللازم أن تتفق العقود الفردية التي يبرمها أطرافها مع العقد النموذجي وإلا كانت باطلة لتعلقها بالنظام العام.[1]

فهناك فرق بين العقود الحكومية والعقود الخاصة، فالعقود الحكومية هي التي تكون إحدى الدوائر، أو المؤسسات الحكومية طرفا فيها، إذ تلجأ الحكومة إلى إنشاء بعض أعمالها عن طريق بعض التعاقدات ويكون ذلك أكثر في الأشغال العامة والمقاولات فيتم التعاقد من طرف الحكومة عن طريق الإعلان أو الاتفاق المباشر، ويخضع التعاقد لشروط نموذجية قد وضعها القانون مسبقا ويكون الاتفاق على باقي بنود العقد في النواحي المالية، أما النواحي الفنية فهي تقع ضمن الشروط النموذجية والتي لا مجال للتخفيف منها أو التغير.

وعلى كل فإن جهة الإدارة تتبع أساليب عدة في إبرام عقودها. وفي هذا المجال هناك طرق أساسية لإبرام العقود الإدارية [2]هي:

أ-طلب العروض (المناقصة) :

هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية ، تعد قبل إطلاق الإجراء . ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يكون ضمان تمويل الحاجات.[3]

ب- أسلوب التراضي:

هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل

[1] - مادي مسعود محمد، العقود النموذجية، مجلة دراسات قانونية- جامعة بنغازي - كلية القانون، العدد 1، 1987، ص 5.

[2] - جاء في المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/20، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50. مايلي: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي."

[3] -المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

الوسائل المكتوبة الملائمة.[1] غير أنه و لأسباب موضوعية اعترف لها في حالات محددة و مبينة في النص[2] دون الحاجة لإجراءات الإشهار و النشر لاختبار المتعاقد معها، وهو استثناء عن القاعدة العامة ، و الذي تقوم من خلاله المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها متحررة من القيود الشكلية و الإجرائية المفروضة في إجراء طلب العروض.[3]

وكل هذه العقود تتم بشروط اتفاق إضافة لشروط نموذجية أعدتها المؤسسة الحكومية فلا يكون الاتفاق عن طريق ما سبق عرضه إلا من أجل النظام المالي وغالباً فيغير ذلك يكون باقي الشروط والمواصفات حسب طلبات وشروط المؤسسة.

المطلب الثاني:طرق تحرير العقود النموذجية وتطبيقاتها

يمكن أن تحرر العقود النموذجية بواسطة طرفي العقد أو عن طريق أحدهم، أو عن طريق اتفاق مشترك بينهم والمعتاد أن يكون الغرض من وراء إعداد هذا النموذج هو حكم العلاقات التعاقدية المستقبلية بينهم، ومن الممكن أن يقوم شخص آخر سواء كان طبيعيا أو معنويا بتحرير عقد نموذجي ينطبق على عقود فردية لا يكون هو طرفا فيها. ولذلك تثور المشكلة من جراء هذه العقود حول مدى إلزامها لأطراف العقد الفردي. وسوف نتناول هذه النقاط في هذا الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تحرير العقود النموذجية بواسطة أطراف العق

الفرع الثاني: تحرير العقود النموذجية بواسطة الغير.

الفرع الأول: تحرير العقود النموذجية بواسطة أطراف العقد

قد يقوم أحد أطراف العقد بتحرير العقد النموذجي ويقدمه إلى الطرف الآخر ولهذا الأخير حق الموافقة عليه أو رفضه أو مساومته وقد يقوم أحد أطراف العقد إذا كان ذو نفوذ اقتصادي كبير بتحرير عقد نموذجي. و فرضه على الطرف الآخر، وفي هذه الحالة لا يستطيع هذا الأخير مساومته،

[1] - المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

[2] - حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 : "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم."

[5]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الرابعة ،2011، ص 132.

وليس له إلا أن يرفضه أو يقبله. وقد يكون تحرير العقد النموذجي ثمرة اتفاق مشترك بين أطراف العقد، وبالتبعية تسبقه مرحلة مفاوضات مشتركة أيضا.[1]

أولا: تحرير العقد النموذجي بواسطة شخص غير مهني.

ليس صحيحا دائما أن العقود النموذجية هي ثمرة تفوق اقتصادي لأحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، لأنه في بعض الفروض قد يتعادل المتعاقدين في المراكز القانونية والاقتصادية، ويقوم أحدهما بتحرير عقد نموذجي يقدمه للطرف الآخر. ولهذا الأخير مطلق الحرية في قبول أو رفض أو تعديل بنوده أو الإضافة إليها أو حذفها. والغرض من تحرير العقد النموذجي في هذه الحالة هو تسهيل إبرام العقد الفردي والتقليل من زمن التعاقد وحسم منازعات مستقبلية بين أطراف التعاقد.

وليس من اللازم أن يكون محرر العقد في هذه الحالة شخصاً مهنيا، فقد يقوم بتحريره شخص غير مهني يقدمه إلى شخص آخر على قدم المساواة معه، كما يحدث في عقود الإيجار حينما يقدم المؤجر عقدا نموذجيا إلى المستأجر المقدم على التعاقد معه ولكن هذا العقد ليس إلزاميا لكل منهما.

كما يمكن أن يقدم مؤجر لعقار واحد مكون من عدة طبقات وشقق عقدا نموذجيا لأحد الأشخاص المقدم على استئجار شقة عنده ويقدم عقدا نموذجيا آخر لشخص آخر يقدم على استئجار شقة أخرى أو حتى نفس الشقة الأولى وهذا العقد أو ذاك ليس إلزاميا ويستطيع المستأجر قبوله أو رفضه.

ثانياً: محرر العقد النموذجي شخص مهني

الغالب أن يكون محرر العقد النموذجي الطرف القوي في العقد من الناحية الاقتصادية، والذي عادة ما يكون شخصاً مهنياً أو الإدارة نفسها. و إذا كان هذا الشخص لا يقبل مناقشة حول نموذج العقد الذي يقدمه للمتعاقد معه استنادا لتحكمه في سلعة أساسية يحتاج إليها الجمهور فإن هذا العقد يعتبر من عقود الإذعان. وفي هذه الحالة لا يستطيع الطرف الضعيف في العقد إلا أن يقبل العقد النموذجي برمته، وإما أن يرفضه جملة واحدة، والغالب أنه سيرضخ لإرادة الطرف القوي

[1]- خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة السادسة، 2014، ص 368- 390.

وبالتالي تطبق عليه كافه البنود النموذجية الواردة في العقد لأنه يتحكم في سلع أساسية يحتاج إليها الجمهور. ومن أمثله هذا النوع من العقود عقود التامين و عقود النقل بالسكك الحديدية... الخ.[1]

وقد يحرر العقد النموذجي بواسطة شخص مهني ولا يعتبر مع ذلك عقد من عقود الإذعان لأن محرره لا يحتكر سلع أساسيه يحتاج إليها الجمهور[2]. وأغلب العقود النموذجية تندرج تحت هذا النوع من العقود وقد يكون الطرف الآخر مع المحرر شخصا مهنيا أو شخصا غير مهني. ويحمي قانون الاستهلاك الفرنسي في مادته (1/132) المستهلك عند إبرامه عقدا مع شخص مهني بشرط أن يكون هذا المستهلك غير مهني، وذلك ضد الشروط التعسفية التي يفرضها الشخص المهني على المستهلك، وذلك عن طريق الحكم ببطلان هذا الشرط، أما العقود النموذجية التي تتم بين مهنيين فمن الممكن أن يحكمها قانون المنافسة المشروعة.

وكثيرا ما تستخدم الشركات الكبيرة العالمية التي ينصب نشاطها على سلعة واحدة عقود النموذجية موحدة تقدمها للمتعاملين معها وفي هذه الحالة تلعب العقود النموذجية دورا مهما في توحيد القواعد القانونية على مستوى العالم.

وقد يكون العقد النموذجي نتاج اتفاق مجموعة من الأشخاص المهنيين تجمعهم مهنة واحدة أو منظمة واحدة- كنقابة مثلا- ويتفقون فيما بينهم على وضع نموذج للعقود التي تبرم في إطار نشاطهم مع التزامهم بأخذ هذه النماذج. و لا يمكن اعتبار هذه العقود محررة بواسطة الغير لسببين: الأول أن الشخص المهني قد شارك في تحريرها، والثاني: أنها محررة لتحقيق مصلحته.[2]

---

[1]- طارق عفيفي صادق، المبادئ العامة لعقد التأمين، بالتطبيق على الأخطار التكنولوجية، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص 41.

[1]- الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد، رقم: 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2013- 2014،ص 29.

[2]-J.GHESTIN ، Traité de droit civil – la formation du contrat – 3ème edition ، LGDJ 1993 ، no 84.

متاح على الرابط التالي:.J. GHESTIN note ، p. 355 ،

الزيارة 2018/01/2 على الساعة تاريخ,http://contratsspeciaux.weebly.com/uploads/9/0/2/8/9028148/cass_fr_011995.pdf

18.00

وقد يكون الهدف من وراء هذه هذا النوع من العقود النموذجية هو تنظيم المنافسة المشروعة بين أعضاء المهنة الواحدة،[1] وذلك عن طريق توحيد القواعد القانونية التي تحكم نشاطهم المهني، ووسيلتهم في ذلك هو استخدامهم العقد النموذجي.

أما من جهة مدى إلزامية هذه العقود، فإن الشخص المهني الذي شارك في تحريرها فانه يلتزم أمام نقابته بإتباعها وإذا خالف هذا الالتزام فمن الممكن أن توقع عليه النقابة جزاء تأديبياً أو تطالبه الوفاء بالشرط الجزائي يتفق عليه أثناء تحرير العقد النموذجي. أما من جهة المتعاقد مع الشخص المهني الذي لا يعلم بوجود العقد النموذجي و خالفه فلا توقع عليه أي عقوبة ولا جزاء مدنيا، ويعتبر العقد الفردي المخالف في العقد النموذجي صحيحا منتجا لآثاره. أما إذا كان المتعاقد مع الشخص المهني سيء النية، مثل أن يتعمد مخالفة العقد النموذجي بقصد الإضرار بباقي محرريه فمن الممكن عندئذ أن تثار مسؤوليته التقصيرية، ويظل العقد الفردي المخالف للعقد النموذجي صحيحا منتجا لآثاره[2].

ثانيا: تحرير العقد النموذجي بواسطة اتفاق مشترك

أ-مفهوم تحرير العقد النموذجي بواسطة اتفاق مشترك

يقصد بالاتفاق المشترك كطريقة من طرق تحرير العقود النموذجية اتفاق أطراف عقد من العقود أو من يمثلهم على وضع نموذج مشترك يحكم علاقاتهم التعاقدية المتوقع إبرامها في المستقبل وذلك بقصد معالجه كافة المشكلات المتوقعة أثناء تنفيذ هذه العقود قبل وقوعها[3]. والغالب أن يستعين أطراف هذا الاتفاق بهذه النماذج من العقود عند إبرامهم عقودهم الفردية المستقبلية دون إضافة أو تعديل، ذلك أن هذه النماذج عادة ما توضع بعد مناقشة مستفيضة، ومرحلة تفاوض جماعية تثمر عن وضع نموذج لعقد يحقق مصلحه مشتركه لجميع الأطراف أو معالجة مشاكل متوقع حدوثها في المستقبل- كان قد كثر وقوعها في الماضي حتى لا تتسبب هذه المشكلات في عرقلة تنفيذ

-[3]Georges. BERLIOZ ، Le Contrat d'adhésion ، 2eme edition, paris; L.G.D.J. ، 1976 ، preface de berthold goldman; page 122 ; تاريخ الزيارة 2018/09/22 على الساعة 00.30 ;https://core.ac.uk/download/pdf/59343515.pdf متاح على الرابط التالي:

[2]- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد- الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى 2001،، ص 5 وما بعدها.

3- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 36.

العقود الفردية التي ستبرم مستقبلا[1]. وقد يكون هناك تفاوت اقتصادي بين أطراف الاتفاق المشترك وعدم تعادل في المراكز القانونية، وعندئذ يعتبر الاتفاق المشترك بمثابة عقد من عقود الإذعان يمكن أن يخضع للقواعد الخاصة التي تحكمه. وقد يكون الاتفاق المشترك نتاج علاقة خاصة بين أطراف تتعارض مصالحهم، ويحكم علاقاتهم قانون خاص مثل اتفاق العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابة عمالية وصاحب عمل أو أكثر، ويحكم هذا الاتفاق النصوص الخاصة التي تحكم اتفاق العمل الجماعي في قانون العمل. و قد يكون هذا الاتفاق المشترك بين أطراف على قدم المساواة كل منهما يتمتع بنفس النفوذ الاقتصادي، وبالتالي بينهم تعادل في المراكز القانونية وعندئذ يحكم الاتفاق المشترك القواعد العامة التي تحكم العقود.

والجدير بالذكر أنه لا يمكن حصر أمثلة نماذج العقود المحررة بواسطة اتفاق مشترك، ولكن يظل هناك بعض النماذج تحتل مكانة متميزة نظرا لأهميتها من الناحية العملية ودورها الكبير في إبرام العقود الفردية التي تنسج على منوالها ويعتبر اتفاق العمل الجماعي من أهم هذه الأمثلة- ويليه الاتفاق المبرم بين شركه نشر ونقابات الصحفيين في فرنسا- على إعداد نموذج مشترك ينظم علاقاتهم .وفيما يلي بيانه بهذه الأمثلة:

ب- اتفاق العمل الجماعي كنموذج:

من أهم أمثله نماذج العقود التي تقرر بواسطة الاتفاق المشترك اتفاق العمل الجماعي وهو الاتفاق الذي ينظم شروط وظروف العمل وأحكام التشغيل ويبرم بين منظمة أو أكثر من المنظمات النقابية العمالية وبين صاحب عمل أو أصحاب الأعمال أو منظمة حقوق أكثر من منظماتهم[2] ووفقا لذلك فان نموذج اتفاق العمل الجماعي لا يمكن أن يتم بين عامل واحد أو أكثر وبين صاحب عمل أو أكثر، بل لابد أن يكون طرف هذا الاتفاق منظمة نقابية عمالية، أما من جهة صاحب العمل فمن الممكن أن يكون صاحب عمل واحد هو الطرف الثاني في الاتفاق. فاتفاق العمل الجماعي لا يتطلب لانعقاده تعددا من جانب أصحاب الأعمال فيجوز لصاحب عمل واحد إبرامه، لكنه يتطلب من جهة العامل أن تمثله في الاتفاق نقابته، وذلك حماية للعامل- وهو الطرف الضعيف في العقد- في مواجهة

[1]- كمال مخلوف، الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد4، 2011م، ص87.

[2]- المادة (152) من قانون العمل المصري رقم 12 لسنه 2003.

صاحب العمل.[1] والحقيقة أن اتفاق العمل الجماعي لا يعتبر عقد من عقود العمل، وإنما هو نموذج عقد عمل يعتبر بمثابة الدستور لعقود العمل الفردية المتوقع إبرامها في المستقبل.

فاتفاق العمل الجماعي يعتبر في منزة وسطى بين نصوص القانون وعقود العمل الفردية التي تنسج على منواله؛ فهو من جهة لا يجوز أن يرد فيه حكم يخالف أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب العامة، ومن جهة أخرى لا يجوز لعقد العمل الفردي أن يرد فيه حكم يخالف إحكام اتفاق العمل الجماعي، إلا إذا كان فيه تحقيق فائدة أكثر للعمل دون غيره.[2]

الفرع الثاني: تحرير العقود النموذجية بواسطة الغير

قد يعهد أطراف العقد لشخص من الغير، بأن يخرج لهم نموذج عقد يتبعوه عند إبرام عقد عمل فردي، وقد يقوم شخص من الغير بإعداد نماذج العقود يمكن إتباعها مستقبلا عند إبرام عقود فردية تنصب على نفس موضوعها، ولا يكون هو طرفا فيها. و قد يكون هذا الغير شخص طبيعي أو شخص معنوي وهنا يكون التساؤل عن مدى إلزامية هذه النماذج العقدية بالنسبة لغير محررها؛

و الغير هو كل شخص ليس طرفا في التصرف أو العقد[3]، ويمكن أن يكون الغير محرر العقد النموذجي شخصا غير مفوض في تحريره من أطرافه، ويمكن أن يكون الغير شخص مفوض من أطراف العق كما يمكن أن تكون جهة الإدارة، كما يمكن أن تكون منظمة المهنية تابع لها أحد أطراف العقد وهذا على النحو التالي:

أولا: شخص غير مفوض من أطراف العقد:

كثيرا ما يحدث أن يقوم شخص غير مفوض من أطراف أي عقد من العقود بإعداد نماذج عقديه، يمكن أن تتبع في مختلف أنواع العقود، وغالباً ما يظهر هذا الشخص هذه النماذج مصنفه في كتاب أو غيره، يجمع فيه تلك النماذج. ونرى أن محرر هذه النماذج محمية بقواعد حماية الملكية الفكرية إذا كانت نماذج مبتكرة وظهرت فيها شخصيته بصورة واضحة. والحماية المقصودة في هذا الصدد حماية المصنف نفسه وحقوق المؤلف عليه من الناحية المعنوية. كما أن له حق مالي مقابل نشر وتوزيع هذا المصنف، لكن استخدام هذه النماذج من العقود في الحياة العملية لا يعتبر اعتداء

[1]- عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف ،الإسكندرية، ط 2، 2002، ص 151.

[2]- أحمد حسن البرعي، الطبيعة القانونية لعقد العمل المشترك في مجموعة النظام القانوني للعاملين في مصر مركز البحوث والدراسات القانونية جامعه القاهرة 1993 ص 324 .

3- صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 2 وما بعدها.

على حق المؤلف، لأن الهدف من نشر هذه المصنفات هو مساعدة المتعاملين في صياغة عقودهم على منوال هذه النماذج.[1]

وعادة ما يكون محرر هذه النماذج خبيراً قانونياً في مجال العقود يحررها بناء على خبرته العملية في هذا المجال واضعا أفضل صياغة للبنود التي تثير بعض المشاكل في العمل عند تطبيقها، مستنبطا هذه البنود من العقود السابقة من نصوص التشريع وأحكام القضاء وكتب الفقه.

ثانيا: تفويض أطراف العقد لشخص من الغير

قد يلجأ المتعاقدان عند إبرامهما لعقد من العقود إلى شخص من الغير لإعداد نماذج لهم يسترشدون به. و الغالب أن يكون موضوع هذه العقود أشياء ثمينة أو أعمال كبيرة، وعادة ما يكون الغير الذي سيقوم بصياغة هذه العقود شخصاً خبيراً في مجال القانون، ولاسيما صياغة العقود؛ كموثق العقود في فرنسا أو محامي يعمل في هذا المجال.[2]

وليس معنى تفويض المتعاقدين لشخص من الغير في إعداد نماذج للعقد أن يجعلا هذا النموذج ملزم بالنسبة لهم، فلهم مطلق الحرية في الأخذ به كله أو تعديل أو حذف بعض بنوده أو الإضافة إليه.[3] وقد يكون المفوض شخصاً مهنيا -مثل المنظمات المهنية- يقوم بتحرير عقود نموذجية يستطيع أعضاء هذه المنظمة أو التابعون أو المنتمون لنفس مهنة محرر العقد إتباع هذه النماذج عند إبرامهم لعقود الفردية مع عملائهم أو موردهم

وواقعيا تعتبر هذه العقود منتشرة بشكل كبير، وهي بمثابة خدمة يقدمها محررها إلى الأشخاص التابعين له أو المنتمين لنفس مهنته؛ إذ تتميز- هذه العقود- بقيمتها العملية في تلبية حاجة المعاملات التجارية من السرعة والثقة، وتسمح في سد النقص في التشريع وقصورها عن معالجة المشكلات الفنية العملية التي تظهر بسبب العقود التي تكون العملية القانونية المقصودة منها تقنية أو مهنية.

---

[1]- حسيبة شتيوي، الحماية القانونية لحقوق المؤلف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2015- 2016، ص 115.

2- ونشير هنا إلى المرسوم المغربي رقم 2.03.853 بتاريخ 7 يونيو 2004 أكد في مادته الأولى أنه يؤهل لتحرير عقود البيع الابتدائية والنهائية الخاصة ببيع العقار في طور الإنجاز الموثقون، والعدول والمحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض متاح على الموقع: https:/www.marocdroit.com، تاريخ الزيارة 2018/4/5 على الساعة 14.00.

[3] -V. LECOMTE ، La clause de style ، RTD civ. 1935 ، page. 305..

مشار إليه لدى : أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 45

ثالثا: الغير كجهة إدارة.

يمكن لجهة الإدارة أن تضع نموذجا للعقود التي تبرم بين الأفراد ولا تكون هي طرفا فيها بقصد تسهيل العملية التعاقدية بين أطراف المجتمع. و عادة ما تستشير الإدارة خبراء ممثلين لأطراف تلك العقود عند وضعها لهذه النماذج.

و من أمثلة هذه النماذج في فرنسا العقد النموذجي الخاص بتأجير الأراضي الزراعية الذي صدر بالقرار الوزاري 17 أكتوبر لسنة 1945 المعدل بالقرار الوزاري الذي صدر في 22 ديسمبر سنه 1958.

و قد وضعت الإدارة في هذا النموذج مجموعة من القواعد تنظم عملية تأجير الأراضي الزراعية في فرنسا، ويجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.[1]

رابعا: مدى إلزامية العقود النموذجية المحررة من الغير.

الأصل أن العقود النموذجية الصادرة من الغير غير ملزمة لأطراف العقد الفردي فهم يستطيعون مخالفتها وذلك طبقا لمبدأ نسبية أثر العقود بغض النظر عن محرر هذه العقود ولكن إذا كان محرر هذه العقود منظمة مهنية فقد تفرض على الأعضاء المنتمين لها إتباع هذه النماذج، وذلك لتنظيم المنافسة بينهم أو لتحقيق مصلحة مشتركة بالنسبة لهم. ووسيلتها في إلزامهم هو توقيع جزاء تأديبي على مخالفتهم هذه النماذج أو إلزامهم بدفع شرط جزائي عند مخالفتهم لهذا الاتفاق. ولا يعني هذا بطلان العقود الفردية التي تبرم مخالفة لهذه النماذج. فهذه العقود تبقى صحيحة حماية للطرف المتعاقد غير المنتمي لهذه المنظمة وحماية للحرية التعاقدية.[2]

وقد تصدر الإدارة لائحة تضم نموذجا لعقد من العقود الذي يبرم بين الأفراد العاديين، و تنص في هذه اللائحة على عدم جواز مخالفة بنود هذا النموذج وعندئذ يقع باطلا كل اتفاق يخالف هذه النماذج، كما في النماذج التي تصدر من الجمعية الفرنسية للمعايير(AFNOR) ثم تصبح ملزمه بقرار من الإدارة.[3]

---

[1] -GHESTIN ، Préc ، no. 88.

[2] - أيمن سعد سليم ، المرجع السابق، ص 47.

[3] - يعد لفظ AFNOR مختصر للكلمات التالية Association Française de Normalisation وهي تعني المعهد الفرنسي للتقييس تأسست عام 1926 هي جمعية يحكمها قانون 1901، تضم ما يقارب 2500 شركة من الشركات الأعضاء، وتتمثل مهمتها في قيادة وتنسيق عملية وضع المعايير و تعزيز تطبيقها، وتعتبر نواة مركزية لنظام التوحيد الفرنسي ، كما أنها تعمل على تطوير مجموعة من المعايير التي تلبي الأهداف الإستراتيجية، هذا وتشارك بنشاط في العمل المعياري في الهيئات الدولية و الأوروبية من أجل تعزيز و حماية المصالح الفرنسية. موجود على الرابط : http://bibliotechnoo.blogspot.com/2017/12/anfor_5.html?m=1

المبحث الثاني:

ماهية الشروط التعسفية وأثرها على التوازن العقدي في العقود النموذجية

أصبحت القوانين الاقتصادية تهدف وبشكل واضح إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية، و سنوضح في هذا المبحث ماهية الشروط التعسفية وأنواعها وتمييزها وأثرها على التوازن العقدي في العقود النموذجية، ومعايير وصف الشرط التعسفي وتفسير الشروط التعسفية في العقود النموذجية، كالآتي:

المطلب الأول: التعريف بالشروط التعسفية وأنواعها وتمييزها.

المطلب الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي.

المطلب الثالث: معايير وصف الشرط التعسفي وتفسير الشروط التعسفية في العقود النموذجية.

المطلب الأول: التعريف بالشروط التعسفية وأنواعها وتمييزها

يلزم لدراسة كيفية مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية، أن نتطرق أولا إلى مفهوم الشروط التعسفية وأنواع ونطاق سريانها،و تمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة. وفق الفروع التالية :

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة.

الفرع الثالث: أنواع الشروط التعسفية ونطاق سريانها.

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

ذهب البعض إلى أنه من الصعب تحديد فكرة الشرط التعسفي لكن من الممكن الوقوف عليها عن طريق حصر أنواعها، والمبادئ التي تحكمها في العقود النموذجية المدرجة في نماذج الاتفاقات المقترحة

عادة من قبل المحترفين على المستهلكين.[1] و عليه سنتناول في هذا الفرع مفهوم الشروط التعسفية تشريعيا و فقهيا على النحو التالي:

أولا: مفهوم الشروط التعسفية تشريعيا.

لم تتطرق المادة (**110**) من ق.م.ج [2]- الخاصة بعقود الإذعان - إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية، رغم أن سلطة القاضي في مراجعة شروط عقود الإذعان تقتصر على الشروط التعسفية دون غيرها.[3] لهذا تعددت التعريفات المقترحة من قبل الفقه لهذه الشروط، واختلفت بحسب رؤيتهم لها، وانقسموا في ذلك إلى عدة اتجاهات.

إلا أنه في المادة (03) من القانون رقم 04 - 02 الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عرفت الشرط التعسفي أنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف". [4] و من خلال نص هذه المادة يبدو أن المستهلك الذي يستحق الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك ليس ذلك الذي يستحق الحماية المقررة في قانون الممارسات التجارية، ولاسيما أن قانون حماية المستهلك يكون في مواجهة المتدخل أو المهني.[5] ومع ذلك يجب تثمين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للشرط التعسفي مزيلا كل الغموض و التكهنات التي أبديت بشأن تحديد طبيعة الشروط التعسفية، ومن ثم لزم توفير الاستقرار والتوازن في العلاقات التعاقدية بإبطال الشروط التعسفية التي تتخلل عقود الاستهلاك.[6]

---

[1]- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2002، ص33.

[2]- وهو ذات موقف أغلب غيرهم من القوانين العربية التي أخذت بذات النص؛ والتي تقابلها نص المادة (149)القانون المدني المصري، والمادة (2/173) من القانون المدني العراقي.

[3]- محمد ابراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص 17.

[4] - قانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية العدد 41،المؤرخة 2004/06/27.

[5] - طحطاح علال، التزامات العون الاقتصادي في ظل الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2014/2013، ص 5

[6] - الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية- دراسة مقارنة- ، مجلة آفاق العلمية، المجلد11، العدد1،سنة 2019، ص 43.

وفي هذا الصدد يعتبر الشرط تعسفيا في التشريع المصري كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، ومن ثم يقع باطلا إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 في المادة العاشرة منه، هذا ويعد أيضا شرطا تعسفيا أي شرط ينتقص من حقوق المستهلك الواردة بنفس القانون.[1]

كما تطرقت التشريعات الغربية في مختلف قوانينها إلى تعريف الشرط التعسفي، كالقانون الفرنسي، والقانون الألماني .فعرفها المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة ل1– 132 من قانون الاستهلاك لسنة 1995 رقم 95 – 96 الصادر في 01 فيفري 1995 والتي تنص على أنه : " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد ". وعرفها المشرع الألماني في المادة الأولى من قانون 1976 بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود يفرضها أحد المتعاقدين و هو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، و كما يمكن أن تكون هذه الشروط منفصلة على العقد فإنها تكون مندمجة في نصوص دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه.[2]

ثانيا: مفهوم الشروط التعسفية فقهيا

أورد الفقه تعريفات مختلفة للشرط التعسفي يمكن حصرها في الاتجاهات التالية:

أ- الشرط التعسفي بالنظر لأطراف العلاقة:

وينظر هذا الاتجاه إلى أطراف العلاقة العقدية في الشرط التعسفي ومصدره. فعرف الشرط التعسفي بأنه "هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك عن طريق المهني الذي يستخدم تفوقه الاقتصادي، ويخول هذا الأخير الحصول على ميزة فاحشة".[3]

[1] - محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر ، 2011،ص 49.

[2] - بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة- ، دار هومة، الجزائر، 2007،ص 18.

[3]- عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1996م، ص 96؛ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص48.

كما عرف بأنه "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[1]

ب-الشرط التعسفي بطريقة فرضه:

وينظر هذا الاتجاه إلى طريقة فرض الشرط، فعرفه بأنه: " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر".[2]أي أن "تلك الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية علي المتعاقد الأخر " الضعيف" من الناحية نفسها ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظراً لضعف مركزة الاقتصادي بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها "[3].

و في صياغة أخرى تم تعريفه أنه" الشرط المعد سلفاً من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة على حساب الطرف الآخر".[4]وقد أورد القضاء الفرنسي قرينة قضائية مفادها أن شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية يعد شرطاً تعسفياً إذا كان البائع محترف والمشتري غير محترف[5]، لكون البائع مما لديه من مقدرة فنية بأمور التعاقد يكون عالماً بالعيب أو من السهل عليه أن يعلم به إذا وجد في المبيع [6] ومن ثم يكن البائع شخصاً سيء النية وأراد إلحاق الضرر بالطرف الآخر.

ج-الشرط التعسفي بالنظر إلى أثره على توازن العلاقة التعاقدية.

وينظر هذا الاتجاه إلى أثر الشرط على العلاقة العقدية وتوازنها فيعرفه بأنه " شرط في العقد، يترتب عليه عدم توازن واضح- ممقوت- بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على

[1]- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية،د.س.ن، ص 32 .

[2]- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 50 .

[3]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص63.

[4]- حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص38هامش 66.

[5]- حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون الإمارات العربية والقوانين الأوروبية، القاهرة، 1999، ص79.

[6]-حسن عبد الباسط جميعي، المرجع سابق، ص95.

عقد الاستهلاك، تتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك".[1]

د- الشرط التعسفي بالنظر لتأثيره على مبدأ حسن النية:

يرى هذا الاتجاه الشرط تعسفياً إذا كان مجحفاً، أو في غير مصلحة المستهلك بشرط مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وعلى الأخص إذا كان مخالفاً، أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني"[2]. كما عرفت الشروط التعسفية بأنها " تلك الشروط التي تكون متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية"[3].

ومن أبرز التعريفات التي قدمها الفقه للشروط التعسفية ما قاله الأستاذ محمد بودالي الذي أعطى تعريفاً للشرط التعسفي، بأنّه ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه و حالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة.[4]

ويلاحظ على هذا التعريف على أنّه متأثّر بنص المادة (110) من القانون المدني الجزائري إذ أن هذه المادة قررت أن القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط يقوم بذلك وفقا لما تقتضي به العدالة.

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة

سنحاول في هذا الفرع تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة كالشرط غير المشروع، والشرط النموذجي.

[1]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 402.

[2]- أمانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، عمان، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، 2018، ص205.

[3]- راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلي مجلس كلية القانون، جامعة بغداد،2000، ص115

[4] - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، 2007، ص 77.

أولا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع:

الشروط التعسفي مهما بلغ من الجسامة لا يؤدي إلى بطلان العقد وإنما يبطل الشرط فقط. أما الشرط غير المشروع، هو الشرط التعاقدي المخالف لقواعد القانون الآمرة، التي تكفل احترام النظام والآداب العامين، لذلك فإن جزاء وجود مثل هذا الشرط هو البطلان الذي يأخذ وجهين:إما أن يكون مطلقا وإما نسبياً، ويمثل الأول الأثر الأصلي للبطلان، ذلك أنه يبطل العقد برمته بما في ذلك الشرط غير مشروع، كبطلان عقد الشركة بوجود الشرط الذي مفاده اتفاق الشركاء على أن يساهم أحدهم بالخسارة.[1]

ومن أمثلة الشرط غير المشروع ما يسمى بـ" الشرط الإرادي المحض"، والذي ورد في المادة (205) من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا يكون الالتزام قائما، إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"[2]. فالشرط الإرادي المحض هو الذي يتوقف على محض إرادة الشخص وعلى مجرد مشيئته، فهو الذي يتطلب سوى مجرد تعبير عن الإرادة، فيكون وجود الالتزام، إذا كان الشرط واقفا، أو زواله إذا كان الشرط فاسخا رهينا بمحض إرادة احد الطرفين. ومثاله " أهب لك ألف دينار إذا أردت " (هذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة المدين) أو " أهبك ألف دينار إذا طلبت (وهذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة الدائن) أو أن يتفق في عقد الإيجار على أن يكون للمؤجر أو للمستأجر حق فسخ الإيجار في أي وقت يشاء (وهذا شرط فاسخ متعلق بإرادة الدائن أو المدين على حسب الأحوال"[3]

و في مصر فقد نصت المادة 266من القانون المدني المصري على أنه: "

1-لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

[1]- محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية - ط 2000 م، ص312.

[2]- نص المادة 205من القانون المدني الجزائري.

[3]- جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام- القسم الثاني- أحكام الالتزام- ،دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع، القاهرة 2000، ص142-143.

2- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام".[1]

وعلى ضوء هذا النص يمكن القول بأن المشرع المصري يفرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ في مجال الشرط غير المشروع إذا كان الشرط غير المشروع واقفا فلا يقوم الالتزام وذلك لاختلاط الشرط الواقف بالباعث الدافع إلى قيام الالتزام ومن المعروف أن الباعث غير المشروع يؤدي إلى بطلان التصرف وأما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخا فإن المشرع يقصر البطلان على الشرط فقط ويبقى الالتزام قائما غير مهدد بالزوال إلا إذا ثبت أن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى قيام الالتزام فإن البطلان يمتد ليشمل إلى جانب الشرط التصرف نفسه فيصبح باطلا.[2]

وعلى كل فقد أوضحت الفرق بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي محكمة استئناف grenoble الغرفة المدنية الأولى، في قضية بين ufc بصفتها مستأنفة وassociation clevacances مستأنف عليها في قرارها الصادر في 15جانفي 2008 والذي يتمحور موضوعه حول إلغاء الشروط التعسفية وغير المشروعة جبرا للضرر العام الذي أصاب المستهلكين في عقود تأجير المنازل النموذجية الصادر عن ،association clevacancesحيث جاء في حيثيات القرار أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكما من النظام العام، وعليه فإن البند الذي يقضي بأن مبادرة المالك (المؤجر) بالعدول عن العلاقة العقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك(المستأجر،) هو بند مخالفا للقواعد العامة التي تقضي بأنه، إذا عدل من قبض العربون ومثله وفقا للمادة1590من القانون المدني الفرنسي والمادة 114فقرة 1من قانون الاستهلاك، وهذه الأحكام من النظام العام أما بالنسبة للبند الذي لا يمكن المستأجر من أن يحضر أشخاص إضافية عن العدد المذكور في العقد إلى البيت، إلا بعد أخذ رأي المؤجر فقد اعتبرته المحكمة شرطا تعسفيا، ذلك أن

[1]- نص المادة 266من القانون المدني المصري رقم 131، سنة 1948.

[2]- عبد الرشيد مأمون كلية الحقوق جامعة القاهرة النظرية العامة للالتزامات الكتاب الثاني احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص314؛ ولمزيد عن فكرة قابلية العقد للتجزئة أو للبطلان بأكمله بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة الجزائر- 1، 2014، 55-68.

المألوف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل إيجار المحل ككل بصرف النظر عن ما يسعه من أماكن مقارنة بعدد الأشخاص والذي يبقى عمل الفنادق.[1]

ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي:

أشرنا سلفاً إلي الكثير من التعريفات للشرط التعسفي، أما عن الشرط النموذجي فقد عرفته الفقرة الثانية من المادة (19-1-2) من مبادئ اليونيدروا الشروط النموذجية بأنها: "الشروط المعدة سلفاً للاستخدام العام والمتكرر من قِبل أحد طرفي العقد، والتي تُستخدم بدون تفاوض مع الطرف الآخر"، وهذه هي إحدى حالات استخدام الشروط النموذجية أثناء عملية التعاقد.[2]

كما يعرف أيضا الشرط النموذجي بأنه" مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزورة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد،" كما عرف الشرط النمطي أو الشرط النموذجي بأنه " عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية"[3].

وقد ترد الشروط النموذجية أحادية التحرير في الوثيقة المكونة للعقد سواء كان مكونا من ورقة واحدة أو عدة أوراق وقع عليها المتعاقدان، وقد يوقع المتعاقدان على وثيقة العقد المبرم بينهما، ويشار فيها إلى وثيقة أخرى تتضمن تلك الشروط النموذجية[4].

1- Cour d'appel de Grenoble, chambre civile 1, Audience publique du 15 Janvier 2008, N° de RG: 05/3326. Voir l'arret complet sur le site: www.l'égifrance.gouv.fr. أشارت إليه بوشارب إيمان ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ماجيستير، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-، 2012/2011،ص 60

[2] - الفقرة الثانية من المادة (2.1.19) من مبادئ اليونيدروا، أشار إليه سهى نمر الشنطي، العنوان: التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة بيرزيت، كلية القانون والإدارة العامة، فلسطين، ص5

[3] - نصيرة خلوى عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنيت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص37

[4] - منصور حاتم وإيمان طارق، القوة الملزمة للشروط الحادية والتحرير في العقد، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، مح1، ع1، كلية القانون، جامعة بابل، ص11.

أ- أوجه الشبه بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي:

التداخل بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي كبير وواضح، إذ يعبر الأول عن وصف للثاني، فالشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن، وهنا يكون شرط نموذجي عادي بمفهومه الإيجابي، وقد يظهر باللون التعسفي وهنا يكون شرط نموذجي تعسفي وهو مفهومه السلبي، إلا أن الشرط التعسفي يتميز عن الشرط النموذجي، كونه يصدر في مواجهة مستهلك بصدد عقود الاستهلاك استغلالا لمركزه الضعيف، وأما الشرط النموذجي فمجاله غير محدد، لا من حيث الأشخاص ولا من حيث العقود فقد يمتد لعقود كثيرة، حتى لتلك التي يبرمها المهني حينما يتعامل مع باقي المهنيين، ولتلك العقود التي تحدد أهم بنودها بنصوص قانونية كالشروط النموذجية الملزمة في عقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.[1]

كما يتفق الشرط التعسفي مع الشرط النموذجي، أن كلا الشرطين لا يقبلان التفاوض، لأن المستهلك لا يملك سلطة تعديل أي من الشرطين[2]، ويعتبر الشرط النموذجي شبيها بالعقد النموذجي، حيث يمكن أن يعد هذا الشرط سلفا كالعقد النموذجي، وبالتالي هو صيغة تعد مسبقا من قبل طرف له قدرة نافذة على التعاقد فالطرف الآخر يقبل الإيجاب كما ورد الطرف القوي دون أن يفاوض أو يناقش في هذا الشرط النموذجي، كما أن الشرط النموذجي هو شرط أساسي في العقد لا يمكن تعديله أي يمكن أن يكون هناك صيغ أخرى للعقد النموذجي، إلا أن الشرط النموذجي يبقى ثابتا، كما أن هذا الشرط الذي يعتبر جزء من العقد، يمكن أن يوجه إلى عدد غير محدد من الأشخاص، وليس لشخص محدد بذاته[3]

ب- أوجه الاختلاف بين الشرط النموذجي والشرط التعسفي:

إن الشرط التعسفي لا يشترط أن يعد مسبقا من قبل منظمة أو هيئة على عكس الشرط النموذجي، وأيضا أن العقد الذي يشمل الشرط النموذجي يمكن أن يكون موجها للعامة، وأن الشرط التعسفي قد لا يوجه إلى العموم. كذلك يمكن أن يستنتج أن الشرط النموذجي أخف وطأة على

[1]- المواد 11-12-13-14-15-16من الأمر رقم 96/09المؤرخ في 10جانفي1996المتعلق بالاعتماد الإيجاري، جريدة رسمية عدد3 المؤرخة في 14جانفي1996.

[2]- محمود عبد الله الديب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن،2012، ص131.

[3]- المرجع السابق نفسه، ص132.

المستهلك، بينما الشرط التعسفي يوضع دائما خلافا لمصلحة المستهلك، وخلافا لمبدأ حسن النية، أما الشرط النموذجي فليس بالضرورة أن يوضع خلافا فالمبدأ حسن النية، أضف إلى ذلك أن الشرط التعسفي يعطي لطرف على حساب طرف آخر بغض النظر عن المساواة والتعادل فيما بين الطرف، وان كان في الإطار التطبيقي يظهر أن استخدام الشروط النموذجية يكون من الطرف ذي المركز الاقتصادي القوي[1]

الفرع الثالث: أنواع الشروط التعسفية

تعتبر عقود الاستهلاك مجالا رحبا لاستغلال المهنيين لوضعيتهم المتميزة للمستهلكين من خلال الشروط التي يضمّنوها عقودهم، حيث لا يملك المستهلك إلا الخضوع لهذه الشروط التي تغلب بشكل غير معقول مصالح المهنيين على مصالح المستهلكين. كما هو الحال في عقود بيع وشراء السلع والخدمات والمنتجات وعقود أداء أو تقديم الخدمات وعقود النقل بوجه عام. هذه الوضعية برزت من خلال التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي ازدادت حدتها منذ بداية القرن العشرين الذي ميزته ثورة في إنتاج السلع والخدمات مما أفرز فجوة بين المهنيين والمستهلكين، فظهرت بذلك الحاجة إلى حماية الطرف الضعيف المستهلك[2] وعلي ذلك تنقسم الشروط التعسفية إلى قسمين، أولهما شروط تحقق منفعة أو ميزة للطرف القوي، وثانيهما شروط تؤدي إلي إلحاق الضرر بالطرف الضعيف وهذا ما سنعالجه في هذا الفرع:

أولاً: شروط نفعية للطرف المنتج.

هي تلك الشروط التي تحقق منفعة أو ميزة للطرف المحترف، ويكون ذلك في صورتين، إما أن تخفف من التزامات المنتج أو تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له[3] وهذا ما سوف نوضحه كالآتي:

[1]- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية ،جامعة 8ماي،1945قالمة،2012، ص43-44.

[2]- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، العدد الثالث جوان 2001، ص70.

[3]-علي ماجد صاحب ، المرجع السابق، ص70-71

أ- الصورة الأولى: تخفف التزامات المنتج،

هذه الشروط كثيرة في العقود ولها صور مختلفة، يظهر من خلالها تحرر المنتج من المواصفات التي يجب أن يكون عليها الشيء المنتج دون أن تقع أدنى مسؤولية علي الشخص المنتج، فهو مسؤول عن التوريد وغير ضامن لمواصفات المنتج، فمضمون الشرط إعفاء المحترف من الضمان عند تخلفه عن تنفيذ التزامه، يمكن ألا ينص عليه صراحة في العقد بل إن العقد قد يتضمن شرط علي منتج تسليم منتج معين في زمن قياسي مقابل مبلغ ما، وبهذا يكون العقد غير متضمن لمواصفات تفصيلية للمنتج في العقد[1].

و شروطا لإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح بها، ومثل هذه الشروط تعفي الشخص المنتج من ضمان منتجه الذي أنتجه في حالة سوء التخزين، أو النقل أو تعرض البضاعة للهلاك عندما تطول المدة في النقل أو احتجازها في الموانئ.

و شرط يعفي المحترف من الضمان عند تخلفه عن تنفيذ التزامه، وفيه يكون المحترف غير مرتبط بأي شروط من حيث مواصفات المنتج ومواعيد التسليم، وكأن العقد لصالحه إذا ما أنتج البضاعة المطلوبة وفي غير ذلك لا مسؤولية إن تم العقد أو لم يتم، وعادة ما تصاغ هذه الشروط من لدن المحترف بصيغ إما غامضة و غير واضحة أو بصورة لا تجعل الطرف الآخر ينفر من الإقدام على التعاقد، ومن ثم لا يستطيع قليل الخبرة فهم الشروط وبيان مدلولها ومن ثم الانضمام إليها[2].

وضع المشرع الجزائري معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات في نصت المادة 3فقرة 5من قانون 02/04الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على ما يلي: " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"[3] وطبقا لهذا النص فإن معيار تحقق تعسفية بند أو شرط ما في عقود الاستهلاك يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد

[1]-خالد محمد البساتين، تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، حزيران، 2002، ص26-27.

[2]- خالد محمد البساتين، المرجع السابق، ص30-31.

[3]- نص المادة 3فقرة 5من قانون 02/04 الجزائري.

و قد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة في تقديره للطابع التعسفي للشرط، سواء من حيث وقت هذا التقدير، أو في كيفية ذلك، حيث جاء في المادة 132-1فقرة 5من القانون

الفرنسي رقم 96/95ما يلي: " بدون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156إلى 1161،1163، 1164من القانون المدني، الطابع التعسفي للشرط يقدر عند لحظة إتمام التعاقد، بالنظر لكل الظروف المحيطة بإتمامه، كذلك بكل الشروط في العقد نفسه أو تلك الموجودة في عقد آخر عندما يرتبط إتمام أو تنفيذ هاذين العقدين قانونيا بعضها ببعض"[1].

ب- الصورة الثانية: شروط تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة للمنتج.

ومن أمثلة الشروط التي تزيد الحقوق الممنوحة للمنتج هي:

1- تحديد المنتج تاريخ التسليم بصورة إلزامية أو ترك تحديد ذلك لمحض إرادته .ومن أمثلة ورود هذا الشرط في العقود النموذجية ما يتعلق بعقود السلع الكهربائية المخصصة للخدمة المنزلية في فرنسا التي نصت أحد شروطها على إعفاء البائع من المسؤولية عن التأخير في التسليم ،حيث ورد الشرط كالآتي:

" لا تعد المدة المتفق عليها في التسليم في هذا العقد إلا بمثابة توجيه غير ملزم للبائع، ولا يمكن أن يكون التأخير في التسليم سببا للمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بالتعويض ،والبائع برغم حرصه على احترام المدة المتفق عليها لا يمكن أن يعد مسؤولا في أي حال من الأحوال عن الأضرار الناجمة عن التأخير غير المعتمد في التسليم أو عن نقص البضاعة وينجم عن تقصير الموزع الأصلي."

أما المثال الثاني فقد جاء في أحد عقود بيع السيارات كالآتي:

" ..... بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة وإنما هي مهلة إرشاد خصوصا وأن البائع يفعل ما في وسعه لإتمام التسليم في الموعد المحدد، والبائع يحتفظ مقدما عن إمكانية التسليم لمدة قد تزيد عن ثلاثة أشهر ، ويمكن لهذه المدة أن تمتد

[1]Article 132-1 alinéa 5 : " Sans préjudice des règles d'interprétation, prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat à toute les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'a toute les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre "69 ترجمه أشار اليها بوشارب إيمان، المرجع السابق،ص

لفترة إضافية في حالة القوة القاهرة الناتجة عن توقف الإنتاج أو الحريق أو غير ذلك من حالات القوة القاهرة."[1]

2- تحديد الثمن طبقا للسعر السائد وقت التسليم، الثمن هو الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المستهلك باعتباره المقابل الذي يحصل عليه المهني من أجل تقديم المنتوج. ودفع الثمن هو أكثر ما يهم في العقد بالنسبة للمهني، وهو أمر مقبول بالنظر لطبيعة نشاط المهني التجاري في الغالب و الذي يهدف دائما لتحقيق الربح والمضاربة، لذا فقد بات تحكم هذا الأخير بالبند المتعلق بالثمن أمرا مفروغا منه. وصور هذا التحكم كثيرة و متنوعة، فقد يفرض سعرا جد عال[2] إذا ما تم مقارنته بالأداء المقابل، أو قد يجعل الثمن مفتوحا يتحدد يوم التسليم النهائي[3] مع علمه أنه خلال تلك الفترة سترتفع الأسعار، أو أن يتحكم بكيفيات الدفع بإرادته المنفردة بشكل يهدد العلاقة التعاقدية بصورة مستمرة، و قد يطالب المستهلك بالتسديد دفعة واحدة في حين أن المنتوج المراد الوفاء به يتأخر هو في تنفيذه وبالقدر الذي يشاء.

3- شروط تسمح للمنتج بتعديل العقد، أو إنهائه بالإرادة المنفردة وفقا لمشيئته دون تقديم مبررات لذلك التعديل أو الإنهاء[4]، و قد ذكر المشرع الجزائري في المادة الخامسة من المرسوم06/ 306/الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، صورتين للشرط التعسفي في مجال قواعد المسؤولية العقدية، تتعلق الأولى بالبند الذي لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بعد دفع تعويض، بالرغم من أنه في هذه الحالة ينفسخ العقد بقوة القانون متى أثبت المدين استحالة التنفيذ[5].

ثانياً: شروط تؤدي إلي إلحاق الضرر بالطرف الضعيف:

وهي تلك الشروط التي يتحقق فيها الضرر بصورتين تتمثل إحداهما في زيادة الأعباء والالتزامات علي عاتق الطرف الضعيف في حين تؤدي الأخرى إلي حرمانه من بعض حقوقه.[6] ومن أمثلة هذه

[1] - حسن عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص 41

[2] - محمد السيد عمران: المرجع السابق، ص 175

[3] - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص 255.

[4] - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص255

[5] - المادة 307من القانون المدني المتعلقة باستحالة الوفاء و المادة 121من القانون المدني المتعلقة بالانفساخ .

[6] - موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص255.

الشروط اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتعاقد معه خلال مدة معينة.و الشرط الذي يلزم المستهلك بدفع تعويض باهض نتيجة إخلاله بتنفيذ التزاماته، وأيضاً اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتوقيع انه على علم ومعرفة كافية بكافة بنود العقد وشروطه وبحالة البضائع أو طبيعة الخدمات رغم جهله بذلك، ويأتي الشرط الجزائي في سياق تنفيذ الالتزام، فهو يمثل طريق من طريقي التنفيذ وهو التنفيذ بمقابل عند استحالة التنفيذ العيني كطريق أصلي.[1]

فالتنفيذ غايته الأصلية و التعويض غايته البديلة، وعلى هذا مناط الشرط الجزائي التعويض[2].والتعويض هو جزاء لقيام المسؤولية العقدية، ويعد الشرط الجزائي نوع من أنواع تقدير التعويض، ويعرف على أنه ذلك الاتفاق المسبق على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في الحالة التي يخل بها المدين بالالتزام ،و يعرف كذلك بالتعويض الاتفاقي.[3]

وإن كان الأصل أن يقدر باتفاق الأطراف، فإن الأمر في عقود الإستهلاك مختلف، فالمهني عادة ما ينفرد بتحديده، و لا يتوقف الأمر عند التحديد الانفرادي الذي يبقى عاديا إذا وقع بصورة معقولة، بل يتعدى ذلك بأن يقدر المهني مبلغ التعويض بصورة مفرطة لا تتناسب البتة مع ما أخل به المستهلك من إلتزام، بالإضافة إلى أن التحديد يسري في مواجهة هذا الأخير فقط، فالشرط الجزائي الذي يورده المهني في العقد لا يسري في الحالة التي يخل بها هو نفسه بالتزاماته، و قد جاء النص على هذه الصورة في الفقرة 9 من المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06/306الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث أقرت صراحة بتعسفية هذه الشروط[4].

وإزاء التطور الذي أصاب طرق التعاقد وظهور أنماط جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل، أخذ الشرط الجزائي بعدا أكثر خطورة لاسيما في العقود النموذجية فلا يكاد يخلو عقد من هذه

---

[1]- جواد محمود أحمد محرز: " الشرط الجزائي بين الفقه و القانون "، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين،2009،ص132.

[2] - حيث تنص المادة 176 من القانون المدني في هذا الصدد على مايلي: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبيلا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

[3]- محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 80؛ السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية و التعويض عنها، مجلد1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، د.س.ط، ص135.

[4]- حيث تنص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 06/306 في فقرتها التاسعة على أنه: - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

العقود من الشروط الجزائية، وغالبا ما تكون هذه الشروط مغاليا بها كثيرا على النحو الذي يضمن للمحترف أو المهني في تلك العقود الضمان الكافي ليقدم على التعاقد ، ونظرا لحاجة الطرف الآخر في هذه العقود إلى السلعة أو الخدمة المقدمة إليه محل التعاقد فإنه يقبل هكذا شروط ولا يقدر وقت التعاقد خطورة قبوله لهذا الشرط وذلك لقلة خبرته في مجال التعامل ، أو عدم قدرته على مساومة غريمة ، وبالتالي إذا أخل الطرف الضعيف بتنفيذ التزاماته كان ملزما بدفع تعويض كبير لا يتناسب مع القيمة الاقتصادية التي تعاقد من أجل الحصول عليها، وقد لا تتناسب مع إمكانياته المادية، بل قد يذهب الطرف القوي لأكثر من ذلك ويضمن العقد ما يعفيه من المسؤولية عن تأخره في التنفيذ أو عدم التنفيذ ، ومن هنا يأخذ الشرط الجزائي وصف التعسف و ما يترتب عنه من إخلال في التوازن العقدي.[1]

المطلب الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي

نتناول في هذا المطلب أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي وهذا من خلال بيان أثر هذه الشروط على كل من مبدأ حرية التعاقد، والتوازن العقدي، وصحة العقد، وذلك من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: أثر الشروط التعسفية على مبدأ حرية التعاقد

الفرع الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي

الفرع الثالث: أثر الشروط التعسفية على صحة العقد

الفرع الأول: أثر الشروط التعسفية على مبدأ حرية التعاقد

القاعدة الثابتة أن العقد شريعة المتعاقدان، وأهم ما يميّز مبدأ الحرية التعاقدية، هو الحق في اختيار مضمون العقد وتعيين بنوده وأحكامه بشرط احترام النظام العام والآداب العامة.[2]إلا أن جعل المستهلك في موقف ضعيف ومذعن لشروط المحترف لا يسمح له أبدا بمناقشة بنود العقد وتحديد مضمونه. لذلك حرصت تشريعات الاستهلاك وغيرها على التوسع في قواعد النظام العام الحمائي،

[1] - علي ماجد صاحب ، المرجع السابق، ص 73.

[2] - شوقي بناسي، المرجع سابق، ص 159

بأمرين: الأول سعت إلى تنظيم مضمون عقود الاستهلاك، لاسيما في مجال الائتمان، والثاني عملت على تقوية مضمون هذه العقود، من خلال تقوية التزامات المحترف، بغية تحقيق التوازن العقدي.[1]

فعلى سبيل المثال عقد الائتمان " استهلاكيا كان أم عقاريا" ، حماية للمستهلك عملت تشريعات الاستهلاك في فرنسا على تحديد التزامات المحترف والمستهلك معا، سواء في عقد الائتمان الاستهلاكي أو في عقد الائتمان العقاري؛ فألزمت المقرض المحترف في عقد الائتمان الاستهلاكي بالالتزام بالإعلام. إذ يبرم العقد لمدة سنة كأقصى حد، ولا يمكن أن يجدد ضمنيا، ويتعين على المقرض إعلام المقترض ثلاثة أشهر قبل الاستحقاق، بالشروط التي يتم من خلالها التجديد حسب ما جاء في المادة L. 311-9 ف 2. وحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي يقع عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام المتعلّق بشروط تجديد افتتاح الائتمان على عاتق المقرض.[2] كما أنه على المقرض بأن يوجّه للمقترض، شهريا وفي أجل معقول قبل تاريخ الوفاء، الوضعية الحالية لتنفيذ عقد الائتمان، من ذلك: تاريخ الوفاء، مبلغ الاستحقاق، الفوائد، السعر الإجمالي.

كذلك يجب أن يظهر السعر الفعلي الإجمالي لأسعار الفوائد في الإيجاب وعلى كشف دوري يتلقى من طرف المقترض دون احتجاج أو تحفظ.[3]

الفرع الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي

للأطراف الحرية الكاملة في تحديد بنود اتفاقهم لذلك اتجه الفقه الفرنسي أنه في مرحلة تكوين العقد، تظهر كلمتان هما: الإرادة والحرية. فالحرية التعاقدية مبدأ أو على الأقل قاعدة أساسية تدير قانون العقود[4]

إلا أنه نتج عن ذلك استغلال المحترفين للمنتجين وظهر اختلال التوازن العقدي، لذلك اشترط القانون الفرنسي للاستهلاك أن ينتج عن إعمال الشرط التعسفي اختلال واضح وظاهر لتوازن عقد الاستهلاك على حساب مصالح المستهلك، على أن يقدر ذلك وقت إبرام العقد، إذ أن تقدير ذلك طبقاً

[1]- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك. . دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 475.

[2]Cass. 1er civ ، 19 sept 2007 ، CC. 2008 ، comm. 32 ، obs. G. Raymond. 162 مشار له لدى: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص

[3]- المرجع نفسه، ص 162 وما بعدها.

[4]-أشار إليه شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 158؛

Philippe Dupichot ،*Les principes directeurs du droit français des contrats* ، RDC. 2013. 1. 387.

للمادة 135 – 5/1 قانون الاستهلاك الفرنسي يسند على جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذا مقارنة جميع الشروط الأخرى الواردة فيه كما يقدر ذلك بالنسبة للشروط التي قد يتضمنها آخر إذا كان إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما للآخر قانوناً، كما في حالة القرض المقرن ببيع.

كما أن التعليمية الأوروبية وضعت لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، وليس لضمان التعادل التام بين الأداءات العقدية، وهذا ما أقره المشرع الفرنسي لدى تعديله المادة 132 – 7/1 من قانون الاستهلاك حيث أعتبر أن تقدير الطابع التعسفي لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة.[1]

وقد أكد المشرع الجزائري من خلال تعريفه الشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الحالة 05 من القانون 04 – 02 أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يترتب عن إعماله إخلال ظاهر في التوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد[2]

الفرع الثالث: أثر الشروط التعسفية على صحة العقد

هناك فرق بين العقد الصحيح والعقد الباطل، والأخير هو العقد الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا استجمع أركان انعقاده من رضا ومحل وسبب والشكل في حالة اشترط القانون أو الاتفاق شكلا محددا للانعقاد[3] فالبطلان هو جزاء قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (كالتراضي والمحل والسبب) أو شرط من شروط صحته (كالأهلية وسلامة الإرادة)، وهو (البطلان) نوعان: بطلان المطلق وبطلان النسبي- وحيث لا محل للتوسع في دراستهما لذا تحيل الباحث بشأنهما للقواعد العامة.[4]

وإذا كانت المادة 132 – 6/1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 قد اعتبرت الشرط التعسفي، "كأنه غير مكتوب" "reputes non ecrites" وأعتبرها الفقه أن ذلك يعني أنها باطلة، بطلاناً

[1]- بودالي محمد، المرجع السابق ص 29 وما بعدها.

[2]- إذ نصت هذه المادة على أن: "الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرد أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

[3]- شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي و الفقه الإسلامي والقانون المقارن، الرباط، منشورات عكاظ، 1987، ص51 وما بعدها.

[4]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع سابق، ص 167.

نسبياً لمصلحة المستهلك، كما أنه بطلان متعلق بالنظام العام.[1] إذ أن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم ومصلحة المستهلك، الذي يسعى إلى الاستفادة من السلعة أو الخدمة، ذلك أن إعمال البطلان النسبي، يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائماً مما يتيح للمستهلك إشباع حاجاته، وهذا على خلاف البطلان المطلق الذي يؤدي إلى حرمانه من مثل هذا الهدف. كما أقر القانون الفرنسي إلى جانب الجزاء المدني، جزاء جنائياً، إذ يعاقب المرسوم رقم 78– 464 المؤرخ في 24 مارس 1978، بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاقية تعاقدية على ضمانها.[2]

وفي المقابل لم يتضمن القانون الجزائري 04– 02 السابق ولا المرسوم التنفيذي 06 – 306، نصاً صريحاً بخصوص جزاء مدني للشرط التعسفي و اكتفى بالاستناد إلى القواعد العامة، بالإضافة إلى الجزاء الجنائي المتمثل في الغرامة المالية[3]

والجدير بالذكر أن **بطلان الشرط التعسفي لا يعني بطلان الاتفاق،** وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: " من المقرر – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الحكم برد وبطلان عقد البيع إنما يعنى بطلان الورقة المثبتة له، ولا يعني بطلان الاتفاق ذاته، ومن ثم لا يحول دون إثبات حصوله بأي دليل آخر مقبول قانوناً، كما أنه متى قدم الخصم ورقة في الدعوى فإنه يكون متمسكاً بما لهذه الورقة من قوة في الإثبات، فإذا استبان لمحكمة الموضوع من الورقة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، فلها– إعمالاً للرخصة المخولة لها بالمادة 70 من قانون الإثبات – أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشهود.

وإذ لا يتطلب القانون بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، ويكفي أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها وأن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك بدفاعه أمام محكمة الموضوع بصحة واقعة البيع، ودلل على ذلك بمحافظة المستندات المقدمة منه بالجلسة الختامية وأثناء حجز الاستئناف للحكم والتي طويت على إقرار المطعون ضدها بحصول البيع والمؤرخ 1990/1/20 و تنازل زوجها عن رخصة المخبز و قيد

[1]- بودالي محمد، نفس المرجع أعلاه، ص42.

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص 42.

[3] - حيث نصت المادة 38 من المرسوم التنفيذي 02/04 على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26و 27 و 28 و 29 من هذا القانون ، ويعاقب عليه من 50.000 إلى 5000.000 دج."

المحل باسمه في السجل التجاري و تحرير عقود العمل باسمه، مما يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال، و إذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدعوى على سند من ثبوت بطلان عقد البيع المؤرخ 1989/9/16– المقدم من الطاعن–والمنسوب صدوره من المطعون ضدها و خلو الأوراق من سند آخر لواقعة البيع دون أن يعرض للمستندات سالفة البيان وقوتها التدليلية وهو ما حجبه عن استعمال الرخصة المخولة له بالمادة 70 من قانون الإثبات، وأدى به إلى عدم مواجهة دفاع الطاعن المشار إليه بوجه النعي، كما أنه لا يتضمن ما يسوغ رفضه و الالتفات عنه على الرغم من أنه دفاع جوهري من شأنه –لو ثبت–أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون مشوباً بالقصور والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه".[1]

أما عن تحول العقد النموذجي لعقد آخر صحيح أثر بطلان الشرط التعسفي فإنه لزم توافر ثلاثة شروط- وفقا لنص المادة (105) من القانون المدني الجزائري وهي:

أ –بطلان العقد الأصلي.

ب- أن يتضمن أركان عقد آخر

ج-انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الأخر.[2]

المطلب الثالث: معايير وصف الشرط التعسفي وتفسير الشروط التعسفية في العقود النموذجية

إن الإلمام بكامل أنواع البنود التعسفية، أمر غير ممكن، فالشروط التعسفية كثيرة ومتغيرة، فما يعتبر تعسفيا في عقد ما قد لا يعتبر كذلك في عقد آخر، الأمر الذي يفرض ضرورة الاستناد القانوني إلى معايير تسهل من خلالها عملية الكشف عن الطابع التعسفي للشرط مثل معيار التعسف في استعمال النقود الاقتصادي، معيار الميزة الفاحشة، و العناصر التي تعد شروط تعسفية بموجب القانون رقم 04/02؛ ولتوضيح ذلك نتناول في هذا المطلب هذه المعايير وتقسمه إلى فرعين:

[1]- حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 3941 لسنة 67 ق – جلسة 2010/3/10، غير منشور متاح على الرابط التالي: http://egyptlayer.over-blog.com/2013/09/blog-post_1068-62.html تم الاطلاع في 2019/2/2م.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر، 2009، ص265.

الفرع الأول: معاير التعسف في القواعد العامة

الفرع الثاني: العناصر التي تعد شروط تعسفية بموجب القانون رقم 04/02

الفرع الأول: معاير التعسف في القواعد العامة

هناك ثلاثة معايير يمكن الركون إليها لتحديد الشروط التعسفية وهذه المعايير هى:

أولا: الميزة الفاحشةL'avantage excessif

وفقا لنص المادة (35) من القانون الفرنسي الصادر 10 يناير 1978 فإن معيار الميزة الفاحشة ما هو في الحقيقة إلى محصلة ونتيجة لاستغلال المحترف لنفوذه الاقتصادي، ذلك أن المشرع الفرنسي لدى تناوله للتعسف خصصه بمقدار نتيجته، إلا أن الشرط لا يكون تعسفياً إلا إذا أعطى ميزة فاحشة.[1]

إلا أن هذا المعيار، يطرح تساؤلا عن كيفية تحديد الميزة الفاحشة، وطبيعتها؛ ذلك أنه معيار غير محدد برقم معين تبلغه على غرار الغبن الذي يكون سبباً لإبطال العقود إذا بلغ حدا معينا، مما يدفع إلى الاعتقاد أن نص المادة المشار إليها لا يعدو أن يكون مجرد لغو.[2]ذلك لأن فكرة " الميزة الفاحشة " تقترب من فكرة الغبن بما تحمله الفكرتان من منافاة للعدالة العقدية، إلا أن الميزة الفاحشة تتسم بالطابع الموضوعي، على خلاف فكرة الغبن والاستغلال الذي يشترط فيه إضافة إلى العنصر الموضوعي، العنصر الشخصي.[3]

كما أن الاختلاف بين الفكرتين يتجلى من خلال محل التعسف، إذ أن الغبن يقع على عنصر الثمن في العقد، بينما تنصب الميزة الفاحشة على شرط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، وليس فقط على الثمن.[4]كما أن طبيعة الميزة الفاحشة غير مجمع عليها.[5]

---

[1]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ،ص 220؛

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص 94.

[3]- المرجع نفسه، ص 95.

[4]- زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، ص 220.

[5]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ص 220.

وعلى كل فإن تقدير الميزة الفاحشة يتم بالنظر إلى مجموع الشروط الواردة في العقد، إذ من الممكن أن يحمل شرط آخر غير هذا الشرط، مزايا للمستهلك، مما يعيد لعقد الاستهلاك توازنه بشكل إجمالي.[1]

لذا سعى المشرع الفرنسي لسد هذا النقص بالمادة 35 إذ أقر من خلال المادة 132 – 1 /5 من قانون الاستهلاك، وجوب تقدير الطابع التعسفي للشرط وقت إبرام العقد بالنظر إلى جميع الظروف المحيطة به، مقارنة بالشروط الأخرى للعقد، وبالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر حال اقترانه بعقد الاستهلاك، مما يجعل أحدهما خاضع للآخر كما هو عليه الحال في القرض المقترن ببيع وهذا ما أقره أيضاً المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04 – 02 بنصها .... " أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى.

ثانيا: معيار التعسف في استعمال القوة أو النفوذ الاقتصادية

ويطلق عليه أيضا المعيار الشخصي،[2] وقد مثل معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، إذ يفترض أن يتمتع المهني نفسه بوضعية اقتصادية معينة حينما يتعاقد مع المستهلكين، يستغلها للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي يريد، نظرا لتمتعه بمركز قوي من الناحية الاقتصادية.[3]

والقوة الاقتصادية هي تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق والتي تخول له أن يكون ذا نفوذ وهيبة، مما يجعله معروفا في السوق، وما يترتب عنه من وضعية الهيمنة، ذلك أن القوة الاقتصادية و وضعية الهيمنة وجهان لعملة واحدة، ويمكن الاستناد لتوضيح هذا الارتباط، على المادة 3 فقرة الثالثة من القانون رقم 12/08المتعلق بالمنافسة، والتي جاء فيها: " وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها"،[4] وهذا هو الأمر الذي سيخرج طائفة كبيرة من المهنيين الذين يفرضون شروطا

---

[1]- بودالي محمد، نفس المرجع أعلاه، ص 96.

[2]- بودالي محمد، المرجع السابق ، ص 96.

[3] - عامر قاسم أحمد القيسي: " الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن"، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ،2002ص140.

[4]- نص المادة 3ف 3. من القانون رقم 08/12المتعلق بالمنافسة.

تعسفية على المستهلكين دون أن يمتعوا بقوة اقتصادية بالمفهوم السالف ذكره، من إطار نظام الحماية من الشروط التعسفية، ما يجعل هذا المعيار هو نفسه يحتاج إلى معيار يضبطه، فهل ننظر للقوة الاقتصادية بالنظر لمكانة المهني في السوق و التي لا يمكن تحديدها في الغالب؟ أم بمقارنتها مع مكانة المستهلك ؟

وعلى هذا الأساس، تم اعتبار معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية معيارا غامضا جدا[1] ذلك أنه إذا كان من السهل الكشف عليه في مشروعات معروفة، فالأمر ليس كذلك في المشروعات الصغيرة التي لم تبرز بعد في السوق، و هو ما يجعل منه معيارا مرهقا للمستهلك الذي يتحمل عبء إثبات أن تعسف المهني كان بسبب استعمال قوته الاقتصادية، كذلك فإن التركيز على هذا المعيار لوحده يهمل أو يتجاهل التفوق في الخبرة الفنية و الكفاءة التقنية، التي تمكن المهني من فرض شروط تعسفية لأن هذا الأخير متعود على إبرام العقود والصفقات، ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويعرف ما يرجى به العمل في مهنته ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تقدير حدود إمكانياته الفعلية لتنفيذ العقد، وهو الأمر الذي سيمكنه من التعاقد بالشكل الذي يناسبه.[2]

ونظرا لعدم وضوح هذا المعيار، فقد أعفى القضاء الفرنسي في أغلب القضايا، المستهلك من عبء إثباته، إذ جرى العمل القضائي على أن كشف المستهلك أو غير المهني عن الميزة الفاحشة إضافة لملابسات القضية، يؤدي إلى قيام قرينة عن وجود تعسف في استعمال القوة الاقتصادية.[3]

---

[1]- أحمد محمد الرفاعي: المرجع السابق، ص ،217.

[2]- الحسين بلحساني: " أساس الالتزام بتبصير المستهلك و مظاهره "، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الرابع ديسمبر ،2001ص26.

[3] - ويمكن الاستناد في هذا الشأن على ما جاء في القرار رقم 84-17731الصادر عن محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، بتاريخ 16جويلية 1978و الذي تلخصت وقائعه في أن السيد M. X كان قد أبرم عقد متعلق بأثاث معين مع مؤسسة HOME، SALONSوقام بدفع عربون مقابل وصل مكتوب على وجهه بشكل واضح، تاريخ التسليم: شهرين، وعلى ظهر الوصل مكتوب" شروط البيع" و من بين أحكام عديدة فيالوصل، تظهر تحت مسمى التسليم ما يلي: " تواريخ التسليم التي نجتهد من أجل احترامها، محددة على سبيل الإشارة فقط، و هو ما لا يشكل سببا للفسخ و لا مجالا لطلب التعويض إذا حدث تأخير في التسليم، - ويكمل النص-...غير أن المشتري يمكنه إلغاء طلبيته بدون الفوائد المقررة قانونا، إذا لم يتسلم السلعة في مدة 90يوما من تاريخ إعذاره و الذي لا يمكن أن يتم إلا بعد فوات مدة التسليم المبينة على سبيل الإشارة .

وهو ما حصل، حيث سلم البائع السلعة بعد شهر و8أيام من تاريخ إعذاره، وقد رفض المشتري هذا التسليم باعتباره متأخرا جدا، و لهذا السبب قام هذا الأخير برفع دعوى لإبطال العقد، رفضتها المحكمة على أساس أن الشرط الموضوع من طرف SALONS،HOMEلم يكن

ثالثاً: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي:

لقد سبق للمشرع الفرنسي أن تناول هذا المعيار من خلال المشروع التمهيدي لقانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام المستهلك المقدم من قبل الحكومة، إلا أن هذا المعيار أسقط لدى صدور القانون بصيغته النهائية، إذ تم إحلال معيار الميزة الفاحشة محله[1]، إلى أن عاد المشرع الفرنسي وتبناه استجابة للتعليمة الأوروبية الخاصة بالشروط التعسفية لسنة 1993 وذلك خلال أحكام المادة 132 – 5/4 من قانون الاستهلاك – كما نص عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04 – 02 السابقة الذكر.[2]

غير أن البعض[3] لم ير في المعيار الشيء الجديد سوى ترديده لمضمون معيار الميزة الفاحشة وما الاختلاف حسبهم بين المعيارين إلا في التسمية، وتبعاً لذلك فإن كل ما تم تناوله من إشكالات بخصوص الميزة الفاحشة، ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بتوازن عقد الاستهلاك، إذ أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن في العقد ليس إلا تبني لفكرة الغبن المجرد أو النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة.[4]

إلا أن هذا القول قد حسمه المشرع الفرنسي حيث أقر اختلاف التوازن الظاهر عن فكرة الغبن إذ أكد في الفقرة السابعة للمادة 132 – 1 من قانون الاستهلاك، أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا ينصب لا على تعريف المحل الرئيسي للتعاقد ولا على تعادل الثمن مع قيمة السلعة أو الخدمة المؤداة مما يجعل هدف هذا المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن المنصب على شروط العقد وليس ضمان

=....متعسفا عندما منح المهني البائع ميزة مفرطة، كما رفضت المحكمة كذلك تدخل إتحاد المستهلكين بصفة إرادية في الدعوى ولهذه الأسباب، اعتبرت محكمة النقض مثل هذا الشرط يمس بأحكام المادة (35) من قانون 78/23 بشكل واضح، سواء في تعلقه بالتحكم في تسليم السلعة، أو في الميزة المفرطة التي منحت للمهني أو في افتراض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهو ما جعلها تنقض و تلغي القرار الصادر في 25سبتمبر1984مع إحالة الأطراف لمحكمة أخرى. Cour de cassation, chamber civile 1, audience publique du 16 Juillet 1987, n° de pourvoi: 84-17731. Voir le site: www.légifrance.gouv.fr

[1]- لقد أسقط المشرع الفرنسي معيار الإخلال الظاهر بتوازن عقد الاستهلاك من المشروع التمهيدي لقانون 10 جانفي 1978 لما شاب مفهومه من خلط بمفهوم الغبن، مما فسح المجال أمام معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة.

[2]- إذ ورد فيها "..... شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

3- Jean Calais Auloy – Frank Steinmetz – droit de la consummation, 6éme edition, 2003 , p 192.

[4]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص 97.

التعادل الكلي بين الأداءات العقدية. وإن كان موقف المشرع الفرنسي حاسماً لهذه المسألة فإن المشرع الجزائري تحاشى ذلك بسكوته عنها مما يبقي غموض هذا المعيار بفكرة الغبن في القانون الجزائري.

وخلاصة القول أن مهما قيل عن تحديد عناصر ومعايير الشروط التعسفية فإنها تبقى شروط وغير عادلة، بل أن هذه الشروط بما تنطوي عليه من تعسف يهدد مصالح المتعاقدين وبالتالي مصالح شريحة كبيرة من المجتمع هي شريحة المستهلكين، فإنها كذلك تعتبر شروطاً تخرق اعتبارات النظام العام الاقتصادي بشقيه الحمائي والتوجيهي.[1]

الفرع الثاني: العناصر التي تعد شروط تعسفية بموجب القانون رقم 04/02

حرص المشرع الجزائري في اتجاه محمود على تضمين المادة (29) من القانون رقم 02/04الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تحت إطار الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية التعسفية، وأمثلة للشروط التعسفية ء فيها ما يلي: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

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

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

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

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

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

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

[1] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 98-99.

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة[1].

واكتفى المشرع في مجال الحماية من هذه الشروط التعسفية على عقود البيع فقط، الأمر الذي يتضح في بداية المادة نفسها، التي تحدد أطراف العلاقة التعاقدية في البائع و المستهلك، فقد أستهل مطلع المادة" تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لاسيما البنود والشروط" وهو ما جعل النص ينطبق علي عقود البيع فقط وأن هذه الشروط علي سبيل الاستثناء وليست على سبيل الحصر:وتؤخذ على المشرع، لأن الشرط التعسفي إذا كان مرده بنسبة كبيرة على التفوق الاقتصادي إلا أن التعسف قد يكون في التفوق الإداري أو التنظيمي أو غيره، وهو ما يجعل الأمر التعسفي قد يكون موجودا في أي عقد له مقابل.

وقد تدارك المشرع ما جاء به في نص المادة 29، فنص في المادة 30 من ذات القانون علي ان : "بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية[2]"وبهذا النص قد خرج المشرع على ما قرره في المادة 29 فقد فتح المجال وأوسع دائرته في أنواع العقود وفي الشروط التي يمكن من خلالها وصف الشرط بأنه تعسفي حسب ظروف كل تعاقد على حده.

والجدير بالذكر أنه قد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06/306الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية،حيث نصت المادة(5) على أن" تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2و 3أعلاه،

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

[1]- نص المادة 29من القانون رقم 04/02.

[2]- نص المادة 30من القانون رقم 04/02.

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،

- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،

- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد قام بفسخه،

-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته"[1]

هذه الشروط أيضا علي سبيل المثال ولا خلاف على أن هذه بعض الشروط التعسفية وليست جميعها، لذا فقد نصت المادة (110) من القانون المدني الجزائري على انه: " 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".[2]

والملاحظ أن هذا النص لم يبين المقصود بالشرط التعسفي و ترك سلطة تحديده في عقود الإذعان لقاضي الموضوع دون أن يضع معيار محدد يعين القاضي على تقديره، سوى ضرورة مراعاة مقتضيات العدالة، لهذا يخضع تقدير هذا الشرط للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والذي يملك سلطة واسعة لكن يجب أن يقيم تقديره على أسباب سائغة، وإلا تعرض حكمه للنقض.

[1]- نص المادة 5، المرسوم التنفيذي رقم 06/306.

[2]- نص المادة110من القانون المدني الجزائري.

أما عن المعيار الذي يسترشد به القاضي (مراعاة مقتضيات العدالة) لإعمال سلطة التعديل، أو الإلغاء للشروط التعسفية، فقد رأى الفقه أنه معيار مطلق وغامض، لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر، بل قد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة، لذلك فنن القاضي قد يلجأ إلى العدالة في مجال تفسير العقود الخاصة بالإذعان إذ التبس عليه الأمر في بيان ما إذا كان الشرط المعروض للتفسير تعسفيا أ لا بالنظر إلى العناصر الداخلية أو الخارجية للعقد . وقد وضع المشرع هذا المعيار للاسترشاد به خشية أن يتهم القاضي بالنكول عن أداء العدالة[1].

أما المشرع المصري فقد حسم القضية في قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 حيث نص المشرع المصري في المادة العاشرة من قانون حماية المستهلك على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون"[2]

رغم أن المشرع الجزائري تدخل لمحاولة تقليص دور الشروط التعسفية، إلا أنه ركز وأوضح هذه الشروط في عقود البيع باعتبارها العقود التي تنصب علي المعاملات المالية ويظهر فيها التفوق الاقتصادي للمنتج على ضعف المستهلك، وفي غير هذه العقود فقد تعرض للشروط التعسفية بصفة عامة، إلا أن الحقيقة تفرضها المعاملات الواقعية، ويمكن التغلب عليها عن طريق تدخل القاضي لتكييف الشروط حسب كل واقعة.

[1]- سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، مصر، 1992، ص16 وما بعدها.

[2]- المادة 10من قانون رقم 67 لسنة 2006، بإصدار قانون حماية المستهلك، الصادر 2006/05/19..

الفصل الثاني

الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية

هناك نوعين من الآليات القانونية التي تكفل الحماية لإرادة المتعاقدينفي العقود النموذجية من الشروط التعسفية، الأول ويكفل حماية مباشرة لهذه الإرادة، و الثاني ويكفل حماية غير مباشرة لها. وهو ما نوضحه خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الآليات القانونية التي تكفل الحماية المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية.

المبحث الثاني: الآليات القانونية التي تكفل الحماية غير المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية.

المبحث الأول:

الآليات القانونية التي تكفل الحماية المباشرة لإرادة المتعاقدفي العقود النموذجية من الشروط التعسفية

لدراسة الآليات القانونية التي تكفل الحماية المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية، يلزم أن نستعرض إمكانية تطبيق نظريات الفقه المدني على الشروط التعسفية في العقود النموذجية، ودور التنظيم القانوني للعقود المسماة في حماية إرادة المتعاقد في هذه العقود، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: إمكانية تطبيق نظريات الفقه المدني علي الشروط التعسفية في العقود النموذجية.

المطلب الثاني: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجارب الوطنية والدولية

المطلب الأول: إمكانية تطبيق نظريات الفقه المدني علي الشروط التعسفية في العقود النموذجية

على الرغم من أن الشروط التعسفية كانت معروفة في القواعد العامة للقانون المدني منذ زمن، غير أن المشرع الجزائري لم يضع تشريعا خاصا بحماية المستهلك منها، ويعالج مسألة الشروط التعسفية، إلا منذ سنة 2004من خلال القانون 02/04المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.[1]وهذا لا يلغي أمكانية تطبيق نظريات الفقه المدني على هذه الشروط لذلك نقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط لتعسفية

الفرع الثاني: دور نظرية السبب في مواجهة الشروط التعسفية

الفرع الثالث: دور مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق في مواجهة الشروط التعسفية

[1]- مقارنة مع أول قانون فرنسي خاص بالشروط التعسفية وهو قانون 23- 78 المؤرخ في 11 جانفي 1978المتعلق بحماية والإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية.

الفرع الأول: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط لتعسفية

يجب أن تكون إرادة المتعاقد خالية من عيوب الرضا. فإرادة الفرد، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها؛ فإذا ما شاب العقد أحد عيوب الرضا فإنه يكون قابلاً للإبطال. وكما هو معلوم فنظرية عيوب الرضا تكمن بالخصوص في الغلط والتدليس والإكراه والغبن وحالة المرض والحالات المشابهة، ومن ثم تقترب نظرية عيوب الإرادة اقترابا متفاوتا من فكرة الشروط التعسفية.[1]

فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل.[2] وسوف نتناول عيوب الإرادة على النحو التالي:

أولا: الإكراه في العقود النموذجية في القانون الجزائري.

عرف الإكراه بأنه " الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية، أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك".[3]

والإكراه وفقا للمادة (88) من القانون المدني الجزائري هو " تعاقد الشخص عنوة عنه، غير راغب في ذلك تحت سلطان الرهبة البينة التي يبعثها في نفسه المتعاقد الآخر، دون وجه حق"[4] ومن هذه المادة يتضح للإكراه ثلاثة عناصر هي:

- استعمال وسائل ضغط سواء كانت مادية كالتهديد بالقتل، أو معنوية تمس الشخص في كرامته وشرفه.

- أن يؤدي الضغط إلى التعاقد نتيجة الرهبة التي يولدها الضاغط في نفس المكره.

- أن يقع الضغط دون وجه حق[5]

---

[1]- بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص163.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ،2، مرجع سابق، ص165.

[3]- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، 1418هـ، دار القلم -سوريا، ص452.

[4]- نص المادة 88من القانون المدني الجزائري.

[5]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 267-276.

ولما كان ثبوت إبرام العقد تحت تأثير الإكراه يعطي للمتعاقد الحق في طلب إبطاله في أي وقت شاء ما لم يسقط بالتقادم أو الإجازة، وتختص محكمة الموضوع في تقرير وجود الإكراه من عدمه. إلا أن المستهلك لا يتعاقد تحت أي رهبة أو تهديد من المهني، فهو يتعاقد تحت تأثير الضرورة لسد حاجات ماسة له ولمن يعولهم بالمعنى الواسع، وأحيانا أخرى تحت تأثير الرغبة فقط، وما إذعانه للمهني إلا لهذين السببين، فهو بهذا يقع في إكراه من نوع اقتصادي لا يعرفه الإكراه القانوني، ما يجعل الإكراه قاصرا على تحقيق جزاء مناسب للمستهلك من الشروط التعسفية[1].

ثانيا: التدليس:

التدليس مظهر من مظاهر عدم الأمانة يؤدي إلى تغليط المتعاقد الآخر مما يدفعه إلى التوقيع على العقد تحت تأثير ذلك.[2] ويتميز التدليس عن الغلط ،في كون الغلط ذاتي تلقائي أما التدليس فهو غير ذاتي ينتج عن الوهم الذي يضعه فيه المتعاقد الآخر بتدبيره.[3]

وقد نظم أحكامه المشرع الجزائري في المادتين (86 و87) من القانون المدني الجزائري، ويتضمن التدليس عنصرين:

أ-عنصر موضوعي، يتعلق باستعمال طرق احتيالية، سواء من المدلس نفسه أو باستناد هذا الأخير على الغير.

ب-عنصر شخصي، يرتبط بإيهام الشخص و خداعه لحمله إلى التعاقد[4]

والجدير بالذكر أن المتعاقد في العقود النموذجية لا يستفيد من نظرية التدليس إلا إذا قام المتعاقد الآخر باستعمال أساليب احتيالية من أجل إيقاعه في غلط ودفعه إلى التعاقد، كأن يذكر له أموراً ترغبه في الإقدام على التعاقد أو يقوم بإجراءات فعلية تدفعه إلى التعاقد معه. كأن يغير البائع أرقام عداد سيارته من أجل إيهام المشتري بحداثتها ومن ثم دفعه إلى التعاقد،أو أن يعمل البائع مزايدة

[1]- شوقي بناسي، المرجع سابق، ص511.

[2]- نزهة الخلدي، المرجع سابق، ص 165.

[3]- محمد سعيد جعفور،المرجع السابق، ص.42.

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 177.

وهمية من معارفه على بضاعته بقصد ترغيب الناس فيتقدم أحدهم للمزايدة ويشتري البضاعة وغير ذلك من أساليب احتيالية[1]

ثالثا: نظرية الاستغلال:

تنص المادة (1/90) من القانون المدني الجزائري على أن: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد"[2]

ومن هذه المادة يتضح أنه يلزم لتحقق الاستغلال توافر الآتي:

1- وجود تفاوت بين التزام المتعاقد والعوض الذي يحصل عليه(العنصر المادي) بقول المشرع " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر".

2- استغلال المتعاقد المحترف في العقود النموذجية لطيش بين (اندفاع) أو هوى جامح في المتعاقد المذعن؛ أي وجود ضعف نفسي عند المغبون.[3]

و على كل فإنه يقع عبء إثبات الاستغلال على من يدعيه، بأنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين الذي لحقه أو الهوى الجامح الذي أصابه

كان من حق الطرف المغبون أن يرفع الأمر للقاضي لإبطال العقد، وله أن يتنازل عنه. وهو بطلان نسبي أي أنه لا يجوز للمتعاقد المستغل أن يتمسك ببطلان العقد، و لا يمكن للقاضي أيضا أن

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع سابق ص19.

[2]- نص المادة 90 ف 1 من القانون المدني الجزائري.

[3]- يقصد بالطيش البين " الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر وعدم الاكتراث بالعواقب". أما الهوى الجامح فهو: " الولع أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص، فتدفعه إلى التصرف عاطفيا، و بدون إرادة تحكمية". بلحاج العربي: " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة "، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص131.

يحكم به من تلقاء نفسه، وهذا ما أشارت إليه المادة (90) ق م ج بقولها: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد.. ".

رابعا: الغلط:

يعرف الغلط كعيب من عيوب الإرادة بأنه: " وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته و يدفعه إلى التعاقد"[1] وقد نظمه المشرع الجزائري في المواد من (81 إلى 85) من القانون المدني الجزائري . ويشترط فيه أن يكون جوهرياً،[2] ويكون كذلك إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط[3]وللغلط ثلاث أنواع هي:

أ-الغلط المانع:

وهو غلط يقع في ماهية العقد أو في ذاتية محل العقد أو في سبب الالتزام المترتب على العق هذا النوع من الغلط يعدم الإرادة كليا فيجعل من العقد باطلاً. كأن يعطي شخص لآخر نقوداً على أنها عقد قرض وأخذها الآخر على إنها عقد هبة، ومثال الغلط في ذاتية المحل مثاله أن يملك شخص سيارتين من نوعين مختلفين فباع إحداهما و يعتقد المشتري أنه اشترى الأخرى، أما الغلط فمثاله أن يتعهد شخص بأن يسلم شيئا موصى له إلى شخص آخر ثم يتبين له أن الوصية ملغاة[4].

ب- الغلط المؤثر المسبب للإبطال

وهذا الغلط يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة من وقع فيه كما في حالتي الغلط الواقع على مادة الشيء التي كانت الدافعة للتعاقد و الغلط الواقع على هوية الشخص متى كانت هويته محل اعتبار. ومثال الحالة الأولى أن يشترى شخص قطعة أرضية لاعتقاده أنها صالحة للبناء في حين أنها ليست كذلك، ومثال الحالة الثانية أن يتعاقد مريض مع طبيب لإجراء عملية جراحية معتقدا بأنه الجراح الشهير، فإذا به طبيب آخر لكنه يحمل نفس الاسم[5]

---

[1]- محمد سعيد جعفور: " نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي"، دار هومة، الجزائر، .2009، ص14.

[2]- المادة 81من القانون المدني

[3]- نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

[4]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص17

[5]- المرجع نفسه، ص.41.

ج- الغلط غير المجدي

وهذا النوع من الغلط لا يؤثر على سلامة إرادة المتعاقد ولا في صحة العقد وذلك كالغلط في القيمة والغلط في الباعث الحافز للتعاقد[1]

الفرع الثاني: دور نظرية السبب في مواجهة الشروط التعسفية

تعتبر نظرية السبب من أكثر النظريات جدلًا بين الفقهاء على مدى تطور الفكر القانوني، إذ تباينت آرائهم بشأنها، وكان تأثير الأنظمة القديمة واضحًا في رسم هذه التصورات، خاصة القانون الروماني ، بجانب التوجهات الفلسفية الحديثة. وعموما فإن لكل عقد غرض مباشر يرمي المتعاقد إلى الوصول إليه، وهذا الغرض المباشر هو ما يسمى بالسبب القصدي والغرض البعيد هو ما يسمى بالباعث الدافع[2]

وقد تنازع مفهوم السبب اتجاهين أساسيين:

الأول هو الاتجاه التقليدي، ومصدره الأسس التي وضعها الفقيه DOMAT، الذي كان من جهة متأثرًا بمبادئ القانون الروماني، ومن جهة أخرى معارضًا لرؤية الكنسيين، القائمة على منح القاضي حرية واسعة في تقصي البواعث النفسية الدافعة إلى التعاقد ووفقا لهذا الاتجاه يكون السبب القصدي، أي الغرض المباشر الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقد، والغاية التي أراد تحقيقها من وراء التزامه، من أهم أوصافه أنه متطابق ولا يختلف من متعاقد إلى آخر في النوع الواحد من العقود يعتبره فقهاء النظرية التقليدية بهذا المعنى ركنًا أساسيًا في الالتزام، ويترتب على تخلفه بطلان العق[3]

ويشترط أنصار هذه النظرية (التقليدية) أنه لقيام سبب الالتزام، يجب توفر ثلاثة شروط هي شرط الوجود وشرط الصحة وشرط المشروعية، موافقين في ذلك ما تبناه القانون المدني الفرنسي في

[1]- إسماعيل محمد المحاقري: المرجع السابق، ص290.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع سابق، ص217.

[3]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 155.

مادته (1131) حيث نص على أن: "الالتزام بدون سبب، أو لسبب غير صحيح أو غير مشروع ليس له أي أثر".[1]

والاتجاه الثاني: هو اتجاه النظرية الحديثة "أو نظرية سبب العقد" والتي ظهرت للانتقادات التي تعرضت لها النظرية التقليدية، وعدم كفايتها لمواجهة جميع الحالات التي يتعين فيها إبطال العقد، وقد أخذت هذه النظرية بالمفهوم الثنائي للسبب. جاعلة سبب العقد جنبا إلى جنب مع سبب الالتزام. وقد حظي هذا التوجه بتأييد العديد من الفقهاء في فرنسا[2]

ولنظرية السبب دور في حماية المصلحة الخاصة للمتعاقد في حال الغلط، إذ أنه يبرر الإبطال لمصلحته،[3]كما يستخدم سبب العقد كمبرر للارتباط بين العقود، ففي حال ارتباط عقدين أو أكثر، فإن زوال أحدهما يقتضي زوال العقد الثاني، لأن وجود كل منهما سببًا لوجود الآخر، فمجموع العقدين يمثلان عملية اقتصادية واحدة.[4]

وفي بداية العقد الأخير من القرن الماضي، ظهر في فرنسا تيار قضائي قوي مدعمًا ، طور بشكل كبير وظيفة السبب، بأن وسع مجال سبب الالتزام، بتضمينه الباعث الدافع الداخل في المجال التعاقدي، بقصد الوصول قد الإمكان، إلى تحقيق التكافؤ بين الالتزامات والأداءات العقدية، خصوصًا فيما يتعلق بالشروط التعسفية، حيث تضع على كاهل الطرف الضعيف التزامًا ليس له مقابل حقيقي. كما تزامن هذا التيار مع ظهور التوجيه الأوربي 93- 13 بتاريخ 1993/4/5 الذي استبعد المهنيين الذين لهم علاقة مباشرة بالتصرف العقدي من حماية المستهلك.[5]

---

[1] -Article 1131: « l'obligation sans cause ، ou sur une fausse cause ، ou sur une cause illicite ، ne peut avoir aucun effet » Code Civil français ، 108ed Dalloz ، Paris ، 2009".

أشار إليه نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة 2004 القاهرة، ص 217.

[2]- ومن بينهم BOULANGER- RIPERT JOSSERAND. ينظر:

J.GHESTIN، Traité de droit civil – la formation du contrat – 3ème édition ، LGDJ 1993 ، p. 829 – 830

للمزيد انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني –نظرية الالتزام بوجه عام- الجزء الأول- مصادر الالتزام منشورات الحلاق الحقوقية، بيروت لبنان، 2005،، ص478.

[3] -Ch. LARROUMET ، Droit civil- tome III- les obligations – le contrat - 3ème éd Dalloz 1996 ، p. 457-458

[4] -Ch. LARROUMET ، op. cit. P. 460-461

[5] -R. CABRILLAC ، droit des obligations.4eme éd ، Dalloz 2000 p. 60..

وقد استند القضاء الفرنسي على نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي. تجلّى ذلك من خلال مجموعة من القرارات القضائية، كان أبرزها على الإطلاق القرار الصادر عن محكمة النقض في 1996/10/22 والذي عرف بقرار Chronopost،[1]

وفيما يتعلق بالقانون الجزائري، وفي ظل نص المادة 97من القانون المدني فإنه يمكن للقضاء الجزائري الاستناد عليها لإقامة التوازن العقدي، على اعتبار أنها تأخذ فقط بالسبب الشخصي، والذي لًا يمكن إعماله في هذا الإطار، حيث يستوجب شرطا واحدا، وهو أن يكون مشروعا،في حين أن المادة 4/470تجيز الًاتفاقيات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية[2]

الفرع الثالث: دور مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق في مواجهة الشروط التعسفية

كان لظهور المذاهب الاجتماعية – في نهاية القرن التاسع عشر – تأثيراً عظيماً على المفاهيم القانونية و الفلسفية ، فأصبح تقرير الحق، منوطاً بتحقيق أهداف اجتماعية، وحدد لاستعماله إطاراً لا يجوز قانوناً تجاوزه ، لذا برز مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق. وكان القضاء الفرنسي سباقاً إلى الإقرار بهذا المبدأ وتطبيقه دون نص تشريعي في مجال ممارسة حقوق الملكية، مستنداً إلى مبادئ العدالة ومبادئ القانون الروماني[3]، إلى أن استقر تشريعياً في معظم النظم القانونية الداخلية.[4]

ولما كان لكل حق مضمون معين يتمثل بما يمنحه لصاحبه من سلطات تمكنه من تحقيق المصلحة التي يكفلها هذا الحق. وهذه السلطات يحددها القانون عند تنظيمه لكل حق على حدة،

---

[1]- تتلخص وقائع القضية في تكفل شركة النقل السريع Chronopost بنقل طرود تتضمن عرضًا مقدمًا من شركة Banchereau للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم، على مرتين متتاليتين تصل الطرود متأخرة، الأمر الذي حرم الشركة من دخول المناقصة. رفعت هذه الأخيرة دعوى تطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابها، فدفعت Chronopost بوجود شرط مدرج في العقد، يحدد مبلغ التعويض عن التأخير فقط في مصاريف النقل المدفوعة. لكن محكمة النقض، وبمقتضى المادة 1131 من القانون المدني، قررت أن الشرط المحدد للمسؤولية La clause limitative de responsabilité الذي يناقض التزامًا أساسيًا بإيصال الطرود بسرعة فائقة هو شرط تعسفي، وبالتالي يعتبر كأنه غير مكتوب Clause réputée non écrite. cour de cassation , chambre commerciale, du 22 octobre 1996,93-18.632,sur le site legifrance.gouv.fr

[2]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص241.

3- سعيد سالم جويلي، مبدأ التعسف فى استعمال الحق، 1985، دار الفكر العربي – القاهرة، ص 14 وما بعدها.

4- ومثال ذلك نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة. . وتقابلها المادة 5 من القانون المدني المصري (القانون رقم 131 لسنة 1948).

وطالما أن الشخص قد تقيد في استعماله لحقه بهذه الحدود(حدود مضمون الحق)، فإن استعماله يكون مشروعا ويحظى بحماية قانونية[1]. أما إذا تجاوز الشخص الحدود المرسومة للحق فإنه يكون مخطئا ومتعديا على الغير يلزمه التعويض من أي ضرر ينسب إلى هذا الخطأ، طبقا لقواعد المسؤولية المدنية التي تقضي بأن كل من يرتكب خطأ يسبب ضررا للغير يلتزم بتعويضه.

ويتكامل مع هذه النظرية قاعدة حسن النية، وهي أحد العناصر الأساسية لكل عقد، ومبدأ عام في القانون، وإن كان المشرع الجزائري لم يجعل من هذا المبدأ مبدأ عاما يغطي جميع مراحل العقد بنصوص محددة إلا أن مختلف التطبيقات القانونية توحي بوجوده خلالها، والمشرع الجزائري لم يشترط حسن النية إلا في تنفيذ العقد[2]، حيث نصت المادة 107من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية". ومع ذلك فإن المشرع أشار إلى حسن النية في مرحلة تكوين العقد، حيث أعطاه مكانا هاما في التراضي لاسيما في عيوب الرضاء.[3]

كما أن حسن النّية يصبح دوره حماية القصد المشترك للطرفين والمشّرع الجزائري أخذ بهذا المعيار من خلال نص المادة (111) من القانون المدني الجزائري.[4] لكنه حّذر من الوقوف عند المعنى الحرفي للنص وذلك عند غموض عبارته، فأشار المشّرع الى الرجوع الى النّية المشتركة للمتعاقدين والعبرة فيها هي الإرادة الباطنة الخالية من كل غش.[5]

و إن حسن النية لا يعد أساس المراقبة علي الشروط التعسفية فالبعض قد أرجع عدم التوازن العقدي إلى حسن نية المتعاقد الضعيف كما أشارت المادة 3/1134 ق.م. فرنسي،[6]ذلك أن مفهوم حسن النية لا يتلاءم مع منطق حظر الشروط التعسفية، ذلك أن المادة (1/107) ق.م – المقابلة للمادة (3/1134) ق م فرنسي – تهتم بمعاقبة الخطأ في سلوك المتعاقد، فهو يرتبط بالشرط وليس

[1]- وقد حكم في مصر بأنه "ولا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعا فلا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر على نحو ما تقضي به المادة الرابعة من القانون المدني ... ". محكمة النقض- مدني – الطعن رقم 143 لسنة 52 قضائية، تاريخ الجلسة 28-6-1989، مجموعة المكتب الفني 40، رقم الجزء 2 – رقم الصفحة 692.

[2] - غير أن المادة 1104 من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016 نصت على أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية." ترجمة محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 29.

[3]- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، أطروحة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2009، ص4.

[4] - تقابلها المادة 1188 من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016.

[5]- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، 2001،ص 95، و ص 383.

[6] -J. Calais Auloy،op. cit ، p24

بالمتعاقد وسلوكه،[1] وقد اعتبرت القوانين الشرط التعسفي مستقل عن حسن النية، ، ذلك أن المشرع الفرنسي في المادة L. 132-1 من قانون الاستهلاك، اكتفى بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[2]

هذا إلى جانب أن نصوص القانون المدني الجزائري والفرنسي صريحة في حصر حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، وهذا ما جعل المشرع الفرنسي يحذف عبارة "حسن النية" التي كانت واردة في تعريف الشرط التعسفي في التوجيهات الأوروبية[3].

المطلب الثاني: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجارب الوطنية والدولية

نستعرض في هذا المطلب أبرز التجارب الوطنية والدولية في مقاومة الشروط التعسفية، ونكتفي في ذلك باستعراض التجربة الفرنسية، والتجربة الجزائرية، والتجربة المغربية، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة الفرنسية.

الفرع الثانى: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة الجزائرية.

الفرع الثالث: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة المغربية.

الفرع الأول: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة الفرنسية

سبق أن أشرنا إلى نص المادة L 132 -1 من القانون رقم95- 96 بتاريخ 1 فبراير 1995 التي عرفت الشروط التعسفية بأنه كل الشروط التي محلها أو من آثارها خلق انعدام التوازن الجلي بين حقوق والتزامات أطراف العقد مما يؤثر سلبا على مصالح غير المهني أو المستهلك، فإن الفقه قد استخلص منها أن انعدام التوازن لا يخص فقط الجانب المالي وإنما كل الالتزامات التعاقدية بما فيها شرط عدم المنافسة، وعدم الضمان وشرط تخفيف المسؤولية وغير ذلك، وبذلك هذه المادة جاءت متطورة مقارنة بالفصل 35 من القانون رقم 23 - 78 . وهذه مأخوذة من التوجيه الأوروبي رقم 13 - 93 والاجتهادات القضائية.[4]

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع سابق، ص 458.

[2] - وهذا ما أخذ به أيضا المشرع الجزائري في المادة 3 الفقرة 5 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية.

4- شوقي بناسي، نفس المرجع أعلاه، ص 458

[4] -Voir cass civ du 14 Mars 1991 DALLOZ 1991 p. 449.متاح على الموقع

https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19910314-88427932018/07/22 تاريخ الزيارة

ونرى صحة الرأي الفقهى الذي يرى أن نظام مقاومة الشروط التعسفية (لجنة محاربة الشروط التعسفية والقضاء) قد قام بمجهودات محمودة خاصة بعد الاعتراف للقاضي بإمكانية إثارة الطابع التعسفي للشرط بصفة تلقائية ابتداء من سنة 2000 وكذا تمديد الطابع التعسفي لبعض الشروط الواردة في العقود الإدارية ابتداء من سنة 2001 وتخويل المستهلك إمكانية المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية للعقود الدولية استنادا إلى الفصل 6- 421 L من مدونة الاستهلاك.[1]

أولا: الجزاء المدني:

اعتبر المشرع الفرنسي الجزاء على إدراج الشرط التعسفي في العقد بالمخالفة لنصوصه واعتباره كأنه غير مكتوب- أي باطل- فيبطل الشرط ويبقي التصرف قائماً ذلك أن الحكم ببطلان التصرف سيؤدي إلى نتائج خطيرة تمس سلامة واستقرار التعامل مع المجتمع، وتزعزع المراكز القانونية التي يمكن أن تكون قد انبت على الثقة وحسن النية لذا يحرص المشرع على أن يحدد بوضوح أسباب وحالات البطلان، ليكون ذلك بمثابة إجراء وقائي يحد من إنشاء تصرفات مصيرها الإبطال[2]، فالمشرع في مواجهة الشروط التعسفية لم يتناول بطلان التصرف ما إذا كان البطلان بطلاناً مطلقاً أم بطلاناً نسبياً، والآثار تختلف باختلاف نوع البطلان، فيتوقف على نوع البطلان نتائج منها أنه إذا كان البطلان مطلقاً فإنه يكون بوسع كل شخص له مصلحة طلب بطلان التصرف، بينما يكون بوسع المستهلك فقط أن يطلب إبطال العقد في حالة ما إذا كان البطلان نسبياً[3]

لقد اختلف رأي الفقهاء حول طبيعة الجزاء المقرر في حالة تضمين العقد شرطاً تعسفياً.

و المشرع لم يبين ما إذا كان البطلان هنا بطلاناً مطلقاً أم نسبياً، فيجب أن نميز بين ما إذا كانت القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك بشأن الشروط التعسفية متعلقة بالنظام العام

[1]- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر الطبعة 2005، ص 105 -106.

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق، ص 68

[3]- إن العقد القابل للإبطال ينشئ نوعاً من المراكز غير المستقرة، المعلقة عن العاقدين، إما أن يقبله الطرف الذي تقرر البطلان لصالحه فيستقر وجوده، وأما أن يطلب إبطاله فتمحي أثاره مستندة إلى تاريخ إبرامه وما لم يحصل إبطال تصحيحه، يظل هذا المركز القلق مستمراً حتى تتقادم دعوى الإبطال، وحينئذ يعتبر العقد إنشائه، ويصطحب هذا الحكم بالنسبة للمستقبل. وليس من شك في أن فترة لقلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسة في المجتمع، من أجل ذلك حاولت التشريعات المختلفة إشاعة الطمأنينة بالحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية انظر: محمد جبر الألفي، عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، مجلة الحقوق، العدد الأول، ص12.

التوجيهيL'ordre public de direction أو النظام الحمائي de protection pordreفإذا كانت الطبيعة القانونية للنصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية ذات طابع توجيهي فإن البطلان سيكون مطلقاً، وإذا كانت ذات طابع حمائي فإن البطلان سيكون نسبياً لمصلحة المستهلك فقط، لكن القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك ذات طابع حمائي ولا تبرر سوى دعوى البطلان النسبي، حيث مباشرة الدعوى يجب أن تكون قاصرة على ذلك الطرف الذي أراد المشرع حمايته. لكن البعض الآخر، يرى أن البطلان هنا هو بطلان مطلق فيرون أن البطلان المطلق هو فقط ا لذي يضمن فعالية الجزاء، فلو تركنا الأمر للمستهلكين لوحدهم فمن شأن هذا أن يجعل الدعاوى قليلة في هذا الصدد، وذلك بسبب الجهل (عدم العلم) من قبل غالبية المستهلكين وترددهم في رفع الدعوى.

إن حماية المستهلك تقتضي مراعاة مصلحته في الحصول على السلعة أو الخدمة التي من أجلها قد تعاقد مع المحترف، ولتحقيق تلك المصلحة كان لابد من تقرير البطلان الجزئي للعقد[1]، أي بطلان الشرط دون بطلان العق وهذا البطلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك، فإذا أراد أن يبقي على العقد بدون شروطه التعسفية فله ذلك[2].

مع ضرورة الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يؤدي بطلان الشرط التعسفي إلي بطلان العقد، وهي حالات محددة:

- إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابلية للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه.

- إذا كانت كل شروط العقد محل اعتبار ومؤثره.

- إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي اعتبره تعسفياً كان له تأثير في تحديد رضاه.

---

[1] -CALAIS-AULOY J. STEINMETZ F. ، op.cit ، p210.

[2] -JEAN HAUSER Jacques LEMOULAND ، Ordre public et bonnes mœurs répertoire civil ، DALLOZ ، 2 édition.P. l9. مشار له على الرابط التالي:

https://books.google.com.eg/books?id=NvKBExbnGxkC&pg=PA189&lpg=PA189&dq=HAUSER++MOULAND+ ،
+Ordre+public+et+bonnes+m%C5%93urs+r%C3%A9pertoire+civil&source=bl&ots=I2MnNgVBzt&sig=ACfU3U1nCoR9lK
nKPhTEKUHTzEP_fmBItw&hl=ar&sa=X&ved=2ahUKEwirnM315d7hAhXytHEKHZ4OAdsQ6AEwAHoECAgQAQ#v=onepa
ge&q&f=false

ولتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة لإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله[1].

إن بطلان الشرط يعتبر الحل الأنسب للمستهلك بدلاً من بطلان العقد بأكمله[2]، لكن يجب عدم المغالاة في هذا الحل فمعظم المستهلكين لا يعملون بأن الشرط إذا كان تعسفياً اعتبر كأنه غير مكتوب، فبمجرد أن العقد مطبوع فإنهم يعتقدون بأنه شرط واجب التنفيذ بمجرد إمضائهم للعق لهذا السبب نجد الشروط التعسفية في المجال العلمي تطبق وكأنها صحيحة.

- comme si elles étaient valables-إذا أردنا أن تكون حماية فعالة للمستهلك يجب أن لا يعتبر الشرط كأنه غير مكتوب بل يجب أن لا يدرج في العقد أصلاً.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أعطى لجمعيات حماية المستهلك إمكانية التقاضي دفاعاً عن المصلحة الجماعية للمستهلكين فهذا يدل على أن هذا الحق مقرر للمستهلك بشكل فردي، فمن مظاهر تدخل الجمعيات في حماية المستهلك انضمامها إلى الدعوى الفردية المرفوعة من قبل المستهلك بصفة فردية.[3]إلا أنه تجدر الإشارة أنه إلى حدود سنة 1973 لم يكن لجمعيات حماية المستهلك في فرنسا الحق في الدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين أمام القضاء إلى حين صدور قانون Royer الذي أعطاها الحق في أن تباشر دعوى جماعية.[4]

[1] -GHESTIN0 ،MARCHESSAUX (I).op.cit ، p60.

[2] - HAUSER ، LEMOULAND (T) ، op.cit ، P32.

[3] - (الفصل 6/421) من مدونة الاستهلاك الفرنسية الذي منح الجمعيات الحق في أن تطلب من القضاء المدني استصدار أمر بإلغاء الشروط التعسفية. مشار له تفصيلا لدى نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية ك عقد البيع نموذجاً"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، الرباط، 2004 – 2005، ص 312 وما بعدها.

[4] - نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص 305 وما بعدها؛ محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مقال منشور بالموقع الإلكتروني:

http://adala.justice.gov.ma. تاريخ الزيارة 2018/08/08..

الفرع الثاني: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة الجزائرية

أشرنا سابقا إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد الأسلوب التشريعي والتنظيمي معاً لمواجهة الشروط التعسفية بحيث نجده قد نص في المادة 29 من قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية[1] على الشروط التعسفية التعاقدية التي وردت على سبيل المثال، وجاء كالآتي: تعتبر بنوداً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2- فرض التزامات فورية ونهايته على المستهلك في العقود في حين إنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

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

5- إلزام المستهلك تنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

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

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

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

والملاحظ أن هناك بعضا من الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من قانون 04-02 قد أعيد ذكرها في المرسوم التنفيذي 06-306 في نص المادة 5 منه.

[1]- قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ونص المشرع في المادة 30 من نفس القانون 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.

فنجد المرسوم التنفيذي رقم 06-306 قد حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوام الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ونصت المادة الخامسة من هذا المرسوم على 12 شرطاً اعتبرتها تعسفية[1]، و في نفس اتجاه المشرع الفرنسي سار المشرع الجزائري، فقد نص على لجنة البنود التعسفية وهي ذات طابع استشاري مهامها البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبحث عن البنود ذات الطابع التعسفي، كما تقوم بإعداد توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ويمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[2].

أما عن الأعضاء الذين تتكون منهم اللجنة فعلى خلاف القانون الفرنسي الذي ينص على فئة القضاة كأعضاء في اللجنة، فإن المشرع الجزائري لم يدرجهم في التشكيلة ولقد نصت المادة 8 من مرسوم 06-306[3].

أولا: تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا.

[1]- تنص المادة الخامسة المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية العدد 56. على أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:
.تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين في 2و3 أعلاه، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، التخلي عن مسئوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته. النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلى هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده. فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد للاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

[2]- المادة 7 من الموسم 06-306

[3]- المادة 8 من الموسم 306 -06.

- ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود، عضو من مجلس المنافسة، متعاملين اقتصاديين، عضوين من الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود، ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود

وتم تقليص عدد الأعضاء المكونين للجنة مواجهة الشروط التعسفية، بحيث تم تعديل المادة 306-06المرسوم رقم 44-08[1]

تنص المادة 8 على: تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية.

- ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقوبات.

- ممثلان عن مجلس المنافسة.

- ممثلان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

ولم يحدد المشرع من يتولي رئاسة اللجنة على عكس المادة القديمة المادة (8) من المرسوم 06-306 أين كان ممثل وزارة التجارة هو الرئيس. بالإضافة إلي كون ممثلي جمعيات حماية المستهلكين لم يعد يشترط فيهم أن يكونوا من جمعية ذات طابع وطني فقد يكون مرد هذا التغيير أن المشرع قد تدارك واقع جمعيات حماية المستهلك فلم تبلغ المستوي الذي يؤهلها بأن تكون ذات طابع وطني- الناحية الواقعية - وهو ما كان منصوصاً عليه في المرسوم 06-306 المادة القديمة أين اشترط ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني.

لقد انتقد أسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، على أساس أنها أكثر جموداً من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلي منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية كما

[1]- المادة (8) من المرسوم التنفيذي رقم 44-08 مؤرخ في 3 فبراير 2008 - يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306- 06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. جريدة رسمية، عدد 07.

يؤخذ على الأسلوب السابق أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية، لأنها لم تذكر بالقائمة القانونية الواردة على سبيل الحصر، أو لأن القاضي لم تعط له سلطة التدخل في حالة ما إذا ذكرت الشروط على سبيل المثال كما عيب على هذا الأسلوب أنه يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوماً على إتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت إلى آخر، بعدما يتبين قصورها وفقاً لمستجدات الواقع الاقتصادي[1] لهذا كان من الضروري اللجوء إلى وسيلة أخرى.

والجدير بالذكر أنه يُؤخذ على المشّرع الجزائري عدم نصه صراحة على جزاء مدني للشرط التعّسفي في القانون 04- 02 المتعلق بالممارسات التجارية.[2]

وقد يقول قائل إن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني خاصة نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري. إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط او أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

إلا أن هذا التفسير يتعارض مع إيراد المادة 29 من قانون 02-04 والتي تتضمن شروطاً تعسفية، بحيث لا يكون للقاضي إزاءها أي سلطة تقديرية، بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من القانون المدني الجزائري بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء المذعن من الخضوع للشرط التعسفي، فضلاً عن أن سلطة القاضي وفقاً لعبارات المادة (110) في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها هي سلطة جوازية، وليست وجوبية، فيجوز لقاضي الموضوع أن لا يستعمل الرخصة المخولة من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان. كذلك قد يقول قائل آخر بوجوب تطبيق نظرية انتقاص العقد في هذه الحالة. ويرد على ذلك أن بعض الفقه انتقد النظرية السابقة على أساس أنها تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد، وبالتالي للعقد ذاته، كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزاء غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان.

و بواسطة الجزاء الجنائي قد يتم الوصول إلى حذف الشروط التعسفية، لكن كثيراً ما طرح هذا النوع من الجزاء بعض الإشكالات لأنه سيطبق في المجال العقدي. فهناك من يري في هذا الحل -

[1]- إلا أنه ورغم عيوبه السابقة، فإنه يوصف هذا الأسلوب بأنه يحقق ميزة الأمن القانوني للمحترفين. أنظر: بودالي محمد،المرجع السابق، ص 99.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص .185

أي توقيع جزاء جزائي - يمثل خطورة على علاقات القانون الخاص، فهو بمثابة إدخال جسم غريب بحيث لا يمكن التفاعل معه؛ فالعقد يعبر عن التوازن بين القوي الاقتصادية المتنافسة، لم يوجد لكي يكون عرضه لوسائل القمع.[1]

إن المشرع الجزائري قد كرس الجزاء الجنائي، في حالة ما إذا ورد شرط تعسفي في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك وذلك في نص المادة 38 من قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية:

تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27و 28 و 29 من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دج 50.000 إلى خمسة ملايين 5000.000 دج.

و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نجد المشرع الجزائري بالإضافة إلى المادة 110 السابقة الذكر قد كرس في المادة 622 من نفس القانون الجزاء المدني عن الشرط التعسفي.[2]

الفرع الثالث: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة المغربية

أشاد الفقه بدور المشرع المغربي في حماية المستهلك[3] ومقاومة الشروط التعسفية في العقود، وخاصة في ظل القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.[4] والذي جاء مواكبة

[1]- زوبة سميرة، تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، العدد18 ، 2013، ص 60

[2] - حيث تنص المادة 622 على أنه: " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:
- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية،
- 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 متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه."

[3]- وقد عرف المشرع المغربي المستهلك في القانون 31.08 في المادة الثانية منه بقوله" يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي ....."

[4]- صالح، كردافي، الشروط التعسفية في قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، مجلة منازعات الأعمال، العدد 18، 2016، ص 11.

للتطور الذي طرأ على المجتمع واستدعى الحاجة إلى قانون ينظم العلاقات الاستهلاكية ويحمي مصالح المستهلكين لذلك كان لزاما على المشرع استصدار قانون خاص في هذا الإطار.[1]

وقد قدم المشرع المغربي تعريفا تشريعيا للشرط التعسفي من خلال الفقرة الاولى المادة 15من قانون 08 .31 و الذي ينص على أنه " يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين الموردين والمستهلكين كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

ونلاحظ من المادة المشار إليها أن المشرع المغربي تبني مفهوم واسع للشرط التعسفي اعتمادا على مبدأ حسن النية.[2]

وقد جاء قانون 31-08 لإعطاء سلطة تقديرية للقضاء في تحديد الطابع التعسفي لكل شرط وتكييف الشروط التي يحتمل أنها تعسفية والحكم ببطلانها وذلك طبقا للمادة طبقا للمادتين 16 و 17 منه.[3]

وتتمثل أبرز حالات الشروط التعسفية وفقا للمادة (18) من القانون المغربي رقم 31.08 في الآتي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته ؛

2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتوج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها ؛

---

[1]- ظهير شريف رقم (1.11.03) صادر في 14 من ربيع الأول 1432الموافق ل 2011/2/18 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932، 3 جمادى الأولى- 1432 (7 أبريل 2011).

[2]- المادة 18 من قانون رقم 08. 31 سابق الإشارة إليه.

[3]- إذ تنص المادة (16) المشار إليها على أن: " دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقود قدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية". أما المادة (17) من ذات القانون فتنص على أن: " لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة 16، تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة".

غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه ؛

3. إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد ؛

4. إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد؛

5. التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينا بإرادته وحده ؛

6. فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته ؛

7. تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد ؛

8. الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ما عدا في حالة وجود سبب خطير ؛

9. تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك، عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره أخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد ؛

10. التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد ؛

11. الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك ؛

12. التنصيص على أن سعر أو تعريفة المنتوجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفتها دون أن يكون للمستهلك، في كلتي الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريفة النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريفة المتفق عليها وقت إبرام العقد ؛

13. تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتوج أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد ؛

14. تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص ؛

15. إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته ؛

16. التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد أخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه ؛

17. إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقا للقانون المعمول به.[1]

والجدير بالذكر أنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أعطى لجمعيات حماية المستهلك إمكانية التقاضي دفاعاً عن المصلحة الجماعية للمستهلكين فهذا يدل على أن هذا الحق مقرر للمستهلك بشكل فردي، فمن مظاهر تدخل الجمعيات في حماية المستهلك انضمامها إلى الدعوى الفردية المرفوعة من قبل المستهلك بصفة فردية[2] فلم يكن توجد نظير لهذه الدعوى لكن يمكن الرجوع إلى مقتضيات المادة 99 من قانون حرية الأسعار والمنافسة والمادة 7 من ق.م.ج. وباستقراء بعض مقتضيات مشروع قانون 08.31 نجد أن المشرع المغربي يحاول أن يتدارك هذا الفراغ التشريعي واللحاق بركب التشريعات الأجنبية الأخرى السباقة في هذا المجال من خلال إدراج هذه الدعوى في نصوصه التشريعية. المادة 154 من مشروع قانون 08.31 على أنه: "يمكن لجمعيات المستهلكين والجامعة التي

[1]- صالح، كردافي، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

[2]- ينظر ما سبق دراسته في التجربة الفرنسية.

تعمل وفق الشروط المحددة في المادة 153 أعلاه أن تطلب من المحكمة المدنية التي تنظر في الدعوى المدنية أو من المحكمة الزجرية التي تنظر في الدعوى المدنية أن تأمر المدعى عليه أو الظنين تحت طائلة الغرامة التهديدية إن اقتضي الحال لاتخاذ جميع التدابير الرامية إلى إيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع في العقد أو نموذج العقد المقترح على المستهلكين". كما تنص المادة 158 من المشروع السالف ذكره على أنه :"يمكن لجمعيات المستهلكين والجامعة المشار إليها في المادة 151 أعلاه مطالبة المحكمة المدنية بأن تأمر عند الاقتضاء تحت طائلة الغرامة التهديدية بحذف شرط غير مشروع أو تعسفي في كل عقد أو نموذج عقد مقترح أو موجه إلى المستهلك".

المبحث الثاني:

الآليات القانونية التي تكفل الحماية غير المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية

هناك عدد من الآليات القانونية التي تكفل الحماية غير المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية، هي الالتزام بالإعلام ومهلة التفكير، هذا إلى جانب دور القضاء في تعديلها وإلغائها، وهو ما نبينه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور الالتزامات القانونية في مواجهة الشروط التعسفية

المطلب الثاني: دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية.

المطلب الأول: دور الالتزامات القانونية في مواجهة الشروط التعسفية

يعد الالتزام بالإعلام ومهلة التفكير من أهم الطرق القانونية لمواجهة الشروط التعسفية، لذا سوف نستعرضهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في مواجهة الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: مهلة التفكير كآلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في مواجهة الشروط التعسفية

الالتزام بالإعلام يضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم إليه، إذ أنه يلزم كل من المنتج والمهني بأن يبين كل الأخطار التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم.[1]

وينبني الالتزام بالإعلام على ما يقتضيه مبدأ حسن النية والثقة المشروعة التي تولدت لدى الشخص الذي يرغب في التعاقد مرحلة التفاوض على العقد، وذلك لإضفاء جو من التعاون والتوازن على العلاقة التعاقدية خاصة في العقود النموذجية.[2]

---

[1]- دالي بشير، المرجع سابق، ص 190.

وانظر أيضا مقال بعنوان: obligation de renseignement dans les contrats de vente، متاح على الرابط التالي: https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1997-v38-n2-cd3811/043443ar.pdf، تم الاطلاع عليه في 2019/1/15م.

[2]- بوطبالة، معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي، مجلة العلوم الانسانية، جامعة منتورى قسنطينة، العدد46، ديسمبر 2016، ص 395.

عرف الدكتور عبد العزيز المرسي الالتزام بالإعلام بأنه: " إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين، الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر، بإخطار الطرف الآخر بكافة البيانات عند إبرام العقد، والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير، وتمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على إبرامه أو التحلل منه إنشاء، يتم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل و حماية الثقة المشروعة".[1]

وعرفه حمدي محمود بارود بأنه: " التزام سابق عن التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم وكامل ومتنور، وذلك بإعلامه بكافة التفصيلات المتعلقة بالعقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد الطرفين أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر، يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر".[2]

أولا: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام:

هناك اختلاف فقهي حول الأساس القانوني للالتزام بالإعلام، فذهب جانب منهم أنه التزام مستقل له ذاتيته الخاصة، تفرضه ضرورات التحول الحاصل على مستوى اتساع الفجوة بين الأطراف المتعاملة بين الذي يعلم و بين الذي لا يعلم. وذهب جانب آخر إلى أنه يجد أساسه في الالتزام بالتسليم، ذلك أن الإلتزام بالإعلام يعتبر التزاما تابعا وملحقا للالتزام بالتسليم، فالمشتري لا يستطيع الانتفاع بالمبيع دون عائق، إلا إذا أخبره البائع بالمعلومات والبيانات المتعلقة بكيفية استعمال الشيء المبيع، فضلا عن إعلامه بخطورته وسبل تجنبها.[3]

بينما يذهب جانب ثالث إلى أن الالتزام بالإعلام إنما يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا، ولاسيما عيبي الغلط والتدليس، فعلى المهني ألا يقوم بكتمان المعلومات والبيانات المؤثرة في التعاقد

[1]- عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقدي للإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دون دار نشر- 2005م، ص 77.

[2]- حمدي محمود بارود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 74، جامعة القاهرة، 2004، ص 14.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 224.

واللازمة لتكوين رضا حر وسليم، فكتمان المتعاقد لما كان يجب عليه الإدلاء به من معلومات وبيانات، يعد في حد ذاته نوعا من التدليس، وفقا لنص المادة (86) من القانون المدني الجزائري[1].

ويذهب جانب رابع إلى أن أساسه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، والذي يقتضي أن كل راغب في التعاقد لابد أن يتسم مسلكه بالصدق والأمانة، والابتعاد عن السلوكات الخاطئة التي تلحق الضرر بالطرف الآخر، كالغش والكذب والخداع، والحرص على مصالح الطرف الآخر، فعلى كل طرف أن يدلي بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، حتى يكون رضا الطرف الآخر سليما ومتنورا، بكافة تفصيلات وملابسات العملية التعاقدية المراد إحداثها، وفقا لنص المادة (107) من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أن : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ".[2]

و على كل فإن فالإدلاء بالمعلومات من أحد طرفي التفاوض إلى الطرف الآخر يبدو حاسماً لجلاء الرؤية، والتفكير، واتخاذ القرار الملائم بناء على رضاء مستنير حول الظروف والوقائع المتعلقة بالاتفاق أو الصلح المزمع إبرامه. ويجب أن تكون المعلومات المقدمة كاملة وحقيقية.

وعلى ذلك يعتبر السكوت عن الإدلاء بالمعلومات عن التسوية المراد التعاقد بشأنها، أو الإدلاء بمعلومات غير دقيقة أو منقوصة، بشكل خطأ يستوجب المسئولية. ويراعى أن الالتزام بالتعاون لا يعدو أن يكون تطبيقاً من تطبيقات مبدأ حسن النية في مفاوضات الاتفاقات والعقود[3]

---

[1]- والتي تنص على أن: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما إبرام الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليهما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وفي ذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن عدم القيام بإعلام المشترين لدى التنازل عن المحل التجاري، بأن التصريح اللازم لاستغلال هذا المحل لم يكن قد تم الحصول عليه بعد، وهو يعتبر إخفاءا متعمدا من جانب البائعة، وهذه الواقعة لو كانت معلومة للمشترين ما أقدموا على التعاقد، حيث يشكل ذلك تدليسا معيبا برضا هؤلاء المشترين. لمزيد عن موقف هذه المحكمة سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح بالعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 10.

[2]- أحمد على صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 448.

[3]- والجدير بالذكر أن التزام حسن النية في التفاوض من أهم عناصر الالتزام الأساسى بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض. وإذا كان عقد التفاوض، كسائر العقود يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، إلا أن الالتزام بالتعامل وفق حسن النية وشرف التعامل يعتبر – من وجهة نظرنا– عنصر جوهرى في تفعيل هذين المبدأين. وقد شدد على التزام حسن النية وجعله مبدأ عاماً يجب التزامه في كافة عقود التجارة الدولية، المبادئ العامة المتعلقة بالعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما Unidroit عام 1994، حيث جاء بالمادة 1-7 منها أن: "يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو يضيقوا نطاقه". وتبدو أهمية التأكيد على الالتزام بحسن النية في مجال مفاوضات إبرام أو تسوية منازعات العقود الدولية، حيث يتم إتباع استراتيجيات تفاوضية تقوم على تكتيكات قد تؤثر بالسلب على مبدأ حسن النية، الذي يجب

حسب القانون الفرنسي الصادر عام 1993 يجب أن يتضمن ثلاث نقاط أساسية هي:

- التبصير و التوضيح بالخصائص المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة باعتبارها الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش و التقليد.
- التبصير و التوضيح بثمن السلع و الخدمات.
- التبصير و التوضيح على بعض البيانات الإلزامية من ذلك التزام البائع بضمان العيوب الخفية قبل المستهلك، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذا الشرط حماية للمستهلك الذي لا يعلم بحقيقة العيوب الخفية التي اجتهد المنتج أو التاجر في إخفائها.

وقد عالجت المواد 2/111، 3/113 من القانون الفرنسي الصادر عام 1993 في شأن حماية المستهلك هذه الموضوعات

وما تجدر الإشارة إليه أن العقد النموذجي الفرنسي في شأن التجارة الإليكترونية الصادر عام 1997 قد أوجب تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية التي يتم تلقيها بمناسبة هذا العقد، الهدف من ذلك حماية أسرار المستهلك وخصوصياته[1].

ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام:

يتطلب الالتزام بالإعلام عدد من الشروط هي:

أ- أن يكون الدائن بالالتزام بالإعلام عالما بتلك المعلومات والبيانات الضرورية وأهميتها في التعاقد، أي دورها في اتجاه إرادة الطرف الآخر في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه. وهو ما أكدت عليه محكمة

=...الالتزام به عند بدء المفاوضات، وأثناء سيرها، وفي إنهائها: من دلال انتفاء حسن النية عند بدء التفاوض، الدخول فيها من جانب أحد الأطراف دون أن تكون لديه النية الحقيقية والرغبة الجادة في الوصول إلى حل أو اتفاق. وقد أكد هذا المعنى نص الفقرة الثالثة من المادة (2-1-15) المعنونة التفاوض بسوء نية من المبادئ العامة المتعلقة بالعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما Unidroit إذ تنص على أن: "1- .... 2- .... 3- ويعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر" للمزيد انظر: أحمد أبو الوفا، المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، 2014، ص 65؛ محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه (مصادر الالتزام)، دون ذكر دار للنشر، 2003، ص77.

[1]- مجاهد أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000،ص 109.

النقض الفرنسية بأن الالتزام بالإعلام ينشأ إذا كان لدى أحد الأطراف معلومات على درجة من الأهمية، ويبدو وصولها إلى الطرف الآخر أمرا صعبا وغير معقول[1]

والجدير بالذكر أن المدين بالالتزام لا يلتزم بإعلام الطرف الآخر بكافة المعلومات ولكنه يلتزم فقط بتقديم المعلومات الجوهرية، التي تهدف إلى تمكين الدائن من اتخاذ القرار النهائي بشأن العقد المراد إبرامه.[2]

ب- أن يكون المدين جاهلا بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه.

إذ يشترط لقيام الالتزام بالإعلام في العقد النموذجي، أن يكون المدين بهذا الالتزام جاهلا بالبيانات والمعلومات المتعلقة بموضوع العقد ويتحقق ذلك إذا كان أحد الطرفين على مستوى عال من الخبرة والإحاطة بكل المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد، ويكون الطرف الآخر بمستوى متدني أي يجهل جميع المعلومات، أو معظم المعلومات والبيانات التي لها أهمية في التعاقد، ويكون جهل الدائن بهذا الالتزام مشروعا إذا استحال عليه معرفة تلك المعلومات والبيانات، سواء كان سبب الاستحالة راجع إلى موضوع أو محل التعاقد، وتسمى " الاستحالة المادية والاستحالة الموضوعية"[3]، أو كان سبب الاستحالة راجع إلى شخص الدائن نفسه وتسمى بالاستحالة الذاتية أو الشخصية.[4]

---

[1] -cour de cassation, chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443, publié au bulletin. Sur le site legifrance.gouv.fr. مشار له لدى أحمد علي صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 435

[2]- أحمدعلي صالح، المرجع السابق، ص 435.

[3]- تتحقق هذه الاستحالة إذا تعذر على الدائن العلم بالمعلومات و البيانات بسبب الحيازة المادية للشيء محل العقد من قبل المتفاوض المدين بهذا الالتزام، و يكون ذلك في العقود التي تتضمن الالتزام بإعطاء شيء، كما في عقد البيع حيث يكون المبيع بحيازة وسيطرة البائع غالباً، بحيث يستحيل على المشتري العلم بحقيقة وأوصافه قبل استلامه، وفي ذلك تنص المادة (352)من القانون المدني الجزائري على أن: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، و إذا ذكر في عقد البيع المشتري عالما بالمبيع، سقط هذا الأخير في طلب إبطال العقد بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع ". لمزيد انظر: عبد العزيز مرسي حمود، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام لعقد البيع ذي الطابع التعاقدي، دار النهضة العربية، 2005، ص 78؛ عبد الفتاح بيومي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية- مصر، 2008م، ص 50؛ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، مرجع سابق، ص 84.

[4]- تتحقق لأسباب تتعلق بشخص الدائن بالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، فهي تتحقق مثلا في عقد البيع بسبب حالة المشتري الخاصة، و المتمثلة في عدم خبرته في مجال العقد المزمع إبرامه، ويظهر ذلك بوضوح في المجالات التقنية المعقدة التي تتسم بالدقة، و التي يكون فيها المدين بالالتزام بالإعلام(البائع) خبيرا فيها، وبالتالي يقع على عاتقه إعلام المشتري غير الخبير. للمزيد انظر: عبد العزيز مرسي حمود، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام لعقد البيع، مرجع سابق، ص 94؛ نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، مرجع سابق، ص 160.

ثالثا: أهمية الالتزام بالإعلام في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في العقود النموذجية بالتطبيق على عقد نقل التكنولوجيا

يقع على عاتق المورد للتكنولوجيا الالتزام بالإعلام بالتبصير ودرء المخاطر وهذا الالتزام لا خلاف عليه ،[1] إلا وقد فصل المشرع المصري في هذا الالتزام تحت مسمى الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد (الالتزام بالإعلام والتبصير) في المادة (76) من قانون التجارة المصري والتي تنص على أن:" يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات تسبق إبرامه عما يلي:

أ. الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار. ببراءات الاختراع.

ب. أحكام القانون المحلي

ج. الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتعلقة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا".

يتضح من سياق نص المادة 76 أنه فرض ثلاثة من التزامات تتبلور في الالتزام بالتبصير؛ إذ يقع على عاتق المورد التزام بتبصير المستورد في العقد أو خلال المفاوضات بالوقائع المادية والقانونية المرتبطة باستخدام التكنولوجيا محل النقل. ويتم تناول هذا الالتزام من خلال هذين البندين التاليين:

ج-1-نطاق تطبيق الالتزام:

لا يقتصر الالتزام بالتبصير (الإفصاح) أثناء تنفيذ العقد، بل يشمل كذلك مرحلة التفاوض. والمفاوضات تشمل كل الاتصالات والمحاورات والمستندات والخطابات المتبادلة بين مورد التكنولوجيا ومستوردها في المرحلة قبل التعاقدية.

[1]- بلهوشات خديجة، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي-2017/2016، ص 47.

ج-2-مضمون الالتزام:

طبقاً للمادة 76 –سالفة الذكر– من قانون التجارة يلتزم المورد بأن يفصح للمستورد عن عدة معلومات.

1-الإفصاح عن مخاطر التكنولوجيا محل العقد

أوجب المشرع المصري – طبقاً للمادة 1/76 سالفة الذكر – على المورد أن يكشف للمستورد عن الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا، سواء تعلقت هذه الأخطار بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح والأموال. كما يلتزم المورد في هذا الخصوص بأن يُعلم المستورد وأن يطلعه على كافة الوسائل اللازمة لاتقاء هذه الأخطار. والالتزام بالإفصاح عن الأخطار هو التزام مستقل عن الالتزام بالإدلاء بالعيوب الخفية، والذي يندرج تحت الالتزام بضمان عدم التعرض والعيوب الخفية[1].

ولا يكفى مورد التكنولوجيا لتنفيذ هذا الالتزام مجرد تحذير المستورد أو لفت نظره من استعمال التكنولوجيا، بل يجب أن يتضمن هذا الالتزام إحاطة المستورد بمعلومات تفصيلية كاملة وصريحة تتعلق ببيان كافة أوجه المخاطر المحتملة التي يمكن أن تترتب على هذا الاستخدام للتكنولوجيا[2].

وتجدر الإشارة أن أنواع المخاطر، أي الأضرار المهدد بها، والمشار إليها بالمادة 1/76 كتلك الخاصة بالبيئة والصحة العامة، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر[3].

---

[1]-و لما كانت أحكام الضمان الواردة في المواد المتعلقة بعقد البيع بالقانون المدني تعد من الأحكام العامة في الضمان، فتسرى أحكام ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيوب الخفية على كافة العقود التي تنشئ التزاماً بنقل الملكية أو التمكين من الانتفاع أو الحيازة. وعلى ذلك تسرى على عقد نقل التكنولوجيا. حيث يلتزم مورد التكنولوجيا بضمان التعرض والاستحقاق، أي ضمان أي فعل صادر منه أو من الغير يكون من شأنه حرمان المتلقي من كل أو بعض حقه في الانتفاع بالتكنولوجيا محل العقد فيلتزم المورد بضمان تعرضه الشخصي، سواء في ذلك التعرض المادي أو التعرض القانوني. ولا يجوز الاتفاق على إعفاء مورد التكنولوجيا من التزامه المتمثل في دفع تعرض الغير، وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية. أنظر: جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، 1997، ص 9.

[2]- نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، 1999، ص 12 وما بعدها.

[3]- هاني صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، مجلة القانون والاقتصاد (مجلة دورية تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة)، العدد 72، 2002، ص 386.

وحسناً فعل المشرع المصري بنصه صراحة على إلزام المورد بالكشف عن أخطار التكنولوجيا. حيث أن بعض الشركات الدولية دأبت على نقل التكنولوجيا الملوثة للبيئة إلى الدول النامية واعتبار تلك الأخيرة حقل تجارب للتكنولوجيا المحظورة بموجب قوانين البيئة في الدول التي تتبعها هذه الشركات بجنسيتها.

و المشرع المصري لم يبين جزاء إخلال المورد بهذا الالتزام، وذلك على خلاف مشروع قانون تنظيم نقل التكنولوجيا الذي أعدته أكاديمية البحث العلمي الذي كان ينص على ذات الالتزام وجزاء الإخلال به، حيث كان هذا المشروع – طبقاً للمادة 7/أ منه – يمنع تسجيل عقد نقل التكنولوجيا إذا كان من شأنه إلقاء عبء غير مناسب على الاقتصاد القومي[1].

إن التزام المورد بالإفصاح عن المخاطر وإن كان يعد من الالتزامات ذات الأهمية بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا بصفة عامة، إلا إنه يعد من الالتزامات الجوهرية وذات أهمية قصوى بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا النووية بصفة خاصة. لذا، فإنه في إطار هذا الالتزام يقتضى من المورد إعلام المستورد لتفادى مخاطر التكنولوجيا محل العقد أثناء استخدامها للإنتاج بوضع تحذيرات للإجراءات الواجب إتباعها تفصيلاً بعقد نقل التكنولوجيا أو مرفقات هذا العقد أو الاشتراك في الإشراف أثناء التشغيل بفنيين مدربين لتفادى المخاطر.

ويراعى أنه في حالة عدم إتباع هذا الالتزام يجعل كل من المورد والمستورد مسئولاً عن عيوب الإنتاج والتوزيع. وأشارت المادة 2/67 من قانون التجارة إلى أن المنتج يكون معيباً إذا لم تراع في تصميمه أو صنعه أو تركيبه أو إعداده للاستهلاك أو حفظه أو تعبئته أو طريقة عرضه أو طريقة استعماله الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر أو للتنبيه إلى احتمال وقوعه، كما أن الفقرة رقم 2 من ذات المادة 67 أشارت

[1]- يلاحظ أن نص المادة 8/أ من مشروع قانون الأكاديمية كان يجرى عباراته على النحو الآتي: " يلتزم المورد بما يلي:
(أ) الكشف عن الأخطار التي قد تبدأ عن استخدام التكنولوجيا محل التعاقد خاصة فيما يتعلق منها بالبيئة والصحة العامة، كما يلتزم بتقديم أحدث الوسائل الفنية الكفيلة بتفاديها". هذا من ناحية.
ومن ناحية أخرى، إنه يتضح من نص الشطر الأخير من المادة 8/أ من مشروع قانون الأكاديمية أنه أكثر فعالية من نص قانون التجارة المقابل. ذلك أن قانون التجارة يلزم المورد فقط" أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار". أما نص مشروع القانون فكان يلزم المورد " ... بتقديم أحدث الوسائل الفنية الكفيلة بتفاديها" أي تفادى هذه الأخطار.

إلى مسئولية كل من منتج السلعة وموزعها قبل كل من يلحقه ضرر بدني أو مادي يحدثه المنتج إذا أثبت هذا الشخص أن الضرر نشأ بسبب عيب في المنتج[1].

2-الإفصاح عن المنازعات المتعلقة بالتكنولوجيا محل العقد

يلتزم مورد التكنولوجيا – طبقاً للمادة 2/76 سالفة الذكر – بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عن الدعاوى القضائية وغيرها التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع".

يعنى التزام المورد في هذا الشأن ضمان الانتفاع الهادي بالتكنولوجيا؛ يراعى أنه من أهم الالتزامات التي يلقيها الالتزام بالضمان على عاتق مورد التكنولوجيا هو الالتزام بالإفضاء للمستورد بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالوضع القانوني للتكنولوجيا محل الالتزام بالضمان[2]. و في ذات المعنى إن هذا الالتزام يضمن للمستورد الانتفاع بجميع الحقوق التي يكفلها عقد نقل التكنولوجيا، وأهمها الحق في الاستعمال الهادئ والمستقر للتكنولوجيا موضوع العقد[3].

كما يمثل هذا الالتزام أهمية بالغة للإفادة من التكنولوجيا محل العقد دون منازعات من الغير، سواء كانت هذه المنازعات متعلقة بملكية المورد للتكنولوجيا أو بمدى حقه في منح ترخيص باستغلالها للغير. ويلتزم مورد التكنولوجيا بهذا الإفصاح سواء كانت المنازعات قائمة فعلاً أمام القضاء أم لم تعرض بعد وكان المورد على علم بها[4].

---

[1]- تثير هذه الإشكالية الالتزام بتحمل التبعة وضرورة النص عليه. وترجع أهمية النص على الالتزام بتحمل التبعة وضرورة تنظيمه في عقد نقل التكنولوجيا النووي إلى أن أضرار تلك التكنولوجيا عادة ما تكون أضراراً جسيمة أو شبه مأساوية. وقد تصل إلى حد الكوارث العالمية، فحادث حريق المفاعل النووي تشرنوبل لا يزال عالقاً في الأذهان. للمزيد انظر: كارثة تشرنوبيل - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، https://ar.wikipedia.org/

[2]- نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، 1999، ص 87.

[3]- محمد عز البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثاني (الالتزامات والعقود التجارية)، دار محمود للنشر والتوزيع بالقاهرة، د.س.ن، ص 184.

[4]- سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، 2013، ص 79.

وقد أراد المشرع بموجب هذا الالتزام التغلب على جميع العقبات، أو بمعنى أدق الذرائع، التى يمكن اللجوء إليها لمنع النقل الحقيقي للتكنولوجيا. وخلص إلى أن الهدف من إقرار هذا الالتزام يتمثل في ضمان الانتفاع الكامل والهادئ للتكنولوجيا المستوردة[1].

3-الإفصاح عن أحكام القانون المحلي في شأن التصريح بتصدير التكنولوجيا

التكنولوجيا النووية بحسب كون أحد عناصرها مواد نووية يتم استيرادها من الخارج، فإنها تخضع – بالتالي – للتشريعات والإجراءات النافذة في دولة التصدير أي لأحكام القانون المحلي للدولة الذي تم منه التصدير. لذا، يلتزم المورد – طبقاً لنص الفقرة 3 من المادة 76 سالفة الذكر – بالإفصاح عن قواعد وإجراءات وأحكام قانون الدولة المصدرة للتكنولوجيا، حتى يكون على بينة من هذه الأحكام والإجراءات، ومن ثم، يلتزم المورد إعلام المستورد – على سبيل المثال – عن قيود تصدير الأجهزة والمواد الخام للخارج، وقواعد وإجراءات تحويل العملات الأجنبية، الرسوم والضرائب والإعفاءات وغيرها، كما يلتزم المورد بالإفصاح عن أحكام قانونه الوطني في هذا الخصوص، إذا تضمن هذا القانون أحكاماً من شأنها التأثير على عملية نقل التكنولوجيا لاتحاد العلة في الحالتين:

هذا و يتعين على المورد بموجب هذا الالتزام الإفصاح عن أحكام القانون المحلي في دولة تصدير سواء كانت دولة المورد أم لا، بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا[2].

4-التزام المستورد باطلاع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا

كما ألزم المشرع المصري – في المقابل – مستورد التكنولوجيا بالإفصاح والشفافية عن ظروف تعاقده ومكونات التكنولوجيا الراغب في التعاقد عليها، كما يلتزم بالإفصاح عن اشتراطات المشرع الوطني في شأن المكونات الممنوع استيرادها وأية قيود فنية وصحية يستلزمها القانون في التعاقد كما يلتزم بالإفصاح عن الظروف المناخية التي سيتم استخدام التكنولوجيا خلالها، وعلى الجملة –أيضاً- أية اشتراطات تكون مؤثرة في تحقيق الغايات من التعاقد على التكنولوجيا محل التعاقد مثل مدى

[1]- محمد ابراهيم موسى، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا (دراسة تحليلية انتقادية)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2011، ص 593 – 594.

[2]- هاني صلاح سرى الدين، المرجع سابق، ص 386.

إمكانياته الفنية لاستخدام التكنولوجيا استخداماً يتناسب ومخاطرها ومدى استعداده الفني لتفادي هذه الأخطار[1].

لذا، حرص المشرع المصري على بلورة هذا الالتزام وأن يأخذه بعين الاعتبار لدى صياغته لأحكام عقد نقل التكنولوجيا؛ إذ تنص المادة 80 من قانون التجارة المصري على أن: " يلتزم المستورد بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا".

جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التجارة بخصوص هذا الالتزام، أن " المستورد يلتزم باطلاع المورد على أحكام القانون المصري فيما يخص القواعد المنظمة لنقل التكنولوجيا واستيرادها، وبصفة خاصة، يجب على المستورد تبصير المورد بأنواع التكنولوجيا المحظور استيرادها وبتلك الأنواع التي تحظرها مثلاً قوانين البيئة، وكذلك المواصفات التي يشترط توافرها في التكنولوجيا المستوردة، ونسبة المكون المصري إلى المكون الأجنبي، والمواد الخام المحظور استخدامها واستيرادها، وقوانين الجمارك والقوانين المنظمة لتحويل العملات، وغيرها"[2].

و طبقاً لنص المادة لابد من تبصير المورد بأنواع التكنولوجيا المحظور استيرادها، والمواصفات الواجب توافرها في التكنولوجيا المستوردة، والمواد الخام المحظور استخدامها أو استيرادها، وقوانين الجمارك والقوانين الخاصة بتحويل العملات الأجنبية[3].

الفرع الثاني: مهلة التفكير كآلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن

منح المتعاقد مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه درءاً للأخطار التي قد تلحق به، كأثر لتسرعه في التعاقد، خاصة مع ما تتميز به المعاملات الحالية من جذب و إغراء[4] يؤدي إلى التوازن العقدي ما يحقق المساواة الفعلية بين المتعاقدين[5] لكونها تمنح للمستهلك حماية متميزة في

[1]- سميحة القليوبى، الوسيط في شرح قانون التجارة الجديد، مرجع سابق، ص 80.

[2]- المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري، ص 38.منشورة على موقع .https://www.eastlwas.com

[3]- هاني صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 396.

[4]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008، ص 763.

[5]- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، 2014- 2015، ص 255.

العلاقة التعاقدية، وحماية مضاعفة للرضاء. وهي بذلك آلية لتحقيق توازن معرفي نوعي بين أطراف العلاقة العقدية.[1] ظهر نتيجة الثورة الاستهلاكية في فرنسا في بداية السبعينات.[2]

وتتراوح هذه المهلة في مختلف الدول ما بين يومين إلى 35 يوما.

وقد تعددت تسميات مهلة التفكير في مختلف القوانين منها أجل التأمل، أجل العدول وحق العدول، وأجل التفكير، وأجل الندم. كما يعد أجل التفكير وحق العدول، وجهان لعملة واحدة.

وقيل هي: " أجلا يسمح للمتعاقد بعد إمضاء العقد ليتمكن أثناءه من التراجع عن تعهده". إلا أن هذا التعريف قد جاء منتقدا من الفقه الراجح لكونه تعريف عام لا يحدد مجال تطبيق مهلة التفكير ولا صفة المتعاقد " بائعا أو مشتريا أو مهنيا أو مستهلكا". وانتهى هذا الفقه إلى تعريف مهلة التفكير بأنها: " أجل يمنحه المشرع للمستهلك عند تعاقده مع مهني ليتمكن من التراجع عن التزامه بعد إبرام العقد دون تسبيب ودون تقديم أي تعويض".[3]

أولا: الأهمية العملية لمنح مهلة التفكير.

يعتبر التفكير هو المكمل للإعلام، والقانون لا يجبر المستهلك على التفكير، ولكن يلزم المتعاقد معه- أي المهني حسب التعبير الفرنسي- الذي يترك فرصة للمستهلك أن يفكر قبل الإقدام على التعاقد معه .

والهدف من هذا الإلزام للمتعاقد أو المهني قبل المستهلك هو القضاء على ظاهرة شائعة تتمثل في لجوء بعض المهنيين إلى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها، على نحو يحرم المستهلك بهذه الطريقة من إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه، وبهذا الالتزام يصبح تسليم نماذج العقود إلى المستهلك قبل إبرام العقد أمرا إلزاميا.

وعلى كل فإن مهلة التفكير تحمي المستهلك بوصفه طرفا في وضعية غير متوازنة مع المهني، كما تحمي المستهلك من نفسه بما يقدم عليه من عقد غير متوازن نظرا لضعفه أو عجزه ،فهي تحميه

[1]- عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 257.

[2]- Ali Filali ، le droit de la consommation une adaptation du droit commun des contrats ، Les annales de l'Université d'Alger 1 ، tome2 ، N°27 ، 2015 ، pp 05-45

[3] - عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 256.

(المستهلك) من كل الضغوطات والاختلال في التوازن المعرفي الذي قد يضر بمصالحه الاقتصادية بدون إجهاد المستهلك بإثبات أي عيب. علما بأن الدعوة إلى اعتماد مهلة التفكير- في فرنسا- لم تكن من طرف منظمات المستهلكين فقط بل كانت من اقتراح المهنيين أنفسهم حرصا على ازدهار السلع ونشاط السوق حيث رفعوا شعار[1]" ou rambousé satisfait".

ثانيا: موقف القانون المقارن من مهلة التفكير:

ومن الأمثلة الحية على هذا الالتزام ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 12 جويلية 1971 في شأن التعليم بالمراسلة حيث يشير إلى أنه يجب مضي ستة (06) أيام كاملة على الأقل بين تلقي المستهلك للعرض المقدم إليه، وتوقيع هذا العرض وإلا كان باطلا. و ما نص عليه قانون 13 جويلية 1979 في شأن الإقراض العقاري و قانون حماية المستهلك لعام 1993 من أنه لا بد من توفير مهلة مدتها عشرة أيام من تاريخ تسليم المقترض لمشروع القرض المعروض عليه، ولا يجوز للمقترض تجاوز هذه المدة و الموافقة على العرض خلال هذه المدة، بل يجب عليه التريث حتى انقضاء المدة ثم قبول هذا العرض.

ومن خلال الأمثلة السابقة يتضح أن المشرع يحاول فرض فترة إجبارية يتقيد بها المستهلك للتفكير حتى يضمن القانون رضاءه بناء على رؤية وتدبر و يسرى ذلك بالطبع على عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت.[2]

كما نص الفصل (25) من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية[3] على أنه: " يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومه، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات .....

- إمكانية العدول عن الشراء وأجله .....".

[1]- عسالي عرعارة، المرجع السابق ، ص 257.

[2] - حداد العيد، مداخلة بعنوان الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 30/27 أكتوبر 2009، ص6- 7 .

[3]- القانون التونسي عدد 83 لسنة 2000مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

كما نص الفصل (27) من نفس القانون على أن: "يتعين على البائع، قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه".

و قد حدد الفصل(30) من القانون المشار إليه مدة المهلة وكيفية احتسابها بقولها: " مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك،

- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد، ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد

في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

وقد نظم الفصل (49) من نفس القانون الجزاء المترتب على مخالفة النصوص السابقة بنصها على أن: " يعاقب كل مخالف لأحكام الفصول 25 و27 و29 والفقرة الثانية من الفصل 31 والفصل 34 والفقرة الأولى من الفصل 35 من هذا القانون بخطية تتراوح بين 5.00 و 5.000 دينار".

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإنه أول من تناول حق العدول للمشتري، حيث أسس ذلك على خيار الرؤية، فاشترط للعدول عن التعاقد عدم رؤية محل العقد عند التعاقد أو قبله، وأن يكون محل العقد عينًا، كذلك هناك نظرية أخرى في الشريعة الإسلامية الغراء، وهي نظرية- العقد غير اللازم-وهو عقد يقبل باتفاق الطرفين أو بطبيعته أو بحكم شرعي الرجوع عنه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، دون أن يتوقف ذلك على رضاء المتعاقد الآخر، وهذا ما ينطبق على العقود النموذجية وعقود الاستهلاك وخاصة عقود الإلكترونية التي لا يكون فيها مجال للرؤية الفعلية الحسية. ذلك أن العقد الإلكتروني المتضمن حقا لمستهلك في العدول هو عقد غير لازم، فهو يعتبر في الواقع عقدًا نافذًا

لانعقاده صحيحًا، وبالتالي منتجًا لآثاره القانونية، ولكنه يتضمن حقا لعدول لمصلحة المستهلك فيستطيع العدول عنه وفقً النظرية العقد غير اللازم لأحد طرفيةً.[1]

ثالثا: تطبيقات مهلة التفكير في القانون الجزائري:

صدر القانون الخاص بالقرض والنقد الأمر10/ 04 المعدل ومتمم ، والذي تضمن في المادة (119 مكرر 1 /4) ما يلي: " يمكن لأي شخص اكتتب تعهد أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد".[2]

كما ورد في المادة (32) من قانون 11/04 المتعلق بترقية النشاط العقاري أنه "يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال انجاز المشروع العقاري الفقرة الثانية (2) "يطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشرة بالمائة «15%» من مبلغ التسبيق المدفوع". ومن هذين النصين يتضح أن المشرع الجزائري قد أقر بحق المستهلك في الإعلام بحقه في مهلة التفكير وفي الرجوع عن العقد إذا أراد[3]

وعلى كل فإن مهلة التفكير بعد إبرام العقد- بوصفها إمكانية متاحة للرجوع- خروجا عن التكوين التقليدي للعقد وبذلك فهي تمثل مرحلة من مراحل التكوين التدريجي للعقد، فهذه المهلة تمثل مرحلة في نشأة الإرادة، وانقضاؤها دون ممارسة حق الرجوع يمثل مرحلة جعل الإرادة ملزمة لطرفيها وبالتالي مهلة التفكير تمثل تمام العقد ونجاعته.[4]

رابعا: الشروط اللازم توافرها لقيام حق المتعاقد في العقود النموذجية في الرجوع :

لكي يتمكن المتعاقد في العقود النموذجية من الحق في الرجوع لابد من الالتزام بالمدة القانونية لممارسة حق الرجوع فإذا لم يحدد المشرع هذه المدة فإن الأمر يقتضي أن تكون المدة المحددة حكميا تكون مدة متوسطة لا تفوق عشرة أيام من تاريخ إبرام العق[5]

---

[1]- ابراهيم ممدوح خالد، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، 2007، ص 285

[2]- الأمر رقم 10 - 04،المؤرخ في 26 أوت 2010، المتعلق بالنقد والقرض. الجريدة الرسمية العدد 50،المؤرخة 1 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم.

[3]- عرعارة عسالي، المرجع سابق، ص 258.

[4]Vassili Christianos (art) Délai de réflexion théorie juridique et efficacité de la protectttion des consommateurs، D.1993 ، p. 30 مشار له لدى عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص 259.

[5]-Cass Crim 5 octobre 1987 GAZ ، pal ، 1988 ، II ، p. 307.262 مشار له لدي عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص

والملاحظ أن المشرع الجزائري يمد المدة القانونية لمهلة التفكير إلى 30 يوما لممارسة حق الرجوع وأطلق صراحة مصطلح التراجع عن العقد وذلك ما جاء في نص المادة 90 مكرر من قانون 04/06 المتعلق بالتأمينات " باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط.

يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين خلال 30 يوما التالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتتب إلى مؤمنه، والتي موضوعها التراجع عن العقد".

والجدير بالذكر أنه إذا طلب المستهلك تسلم المبيع فإن ذلك يعد سببا من أسباب انتهاء أجل الرجوع. وكذلك الأمر في البيع الالكتروني فإن المطالبة بتوفير الخدمة تعوق رجوع المستهلك عن الشراء.

و في كل الأحوال فإن الحق في الرجوع يثبت للمتعاقد ولو لم يخِل المتعاقد الأخر بالوفاء بالتزامه المقابل، دون الحاجة إلى إثبات التعرض إلى التأثير والخداع. فهذا حق يتمتع به المتعاقد بموجب القانون، فهو حق تقديري باعتباره لا يستوجب أيّ تبرير، ذلك أن هذه الفكرة في حد ذاتها تتعارض مع أي اشتراط لتقديم مبررات الرجوع.[1]

خامسا: تكييف حق الرجوع عن العقد:

حق الرجوع عن العقد ليس بطلان وليس فسخ بالمفهوم المعروف للفسخ ذلك أنّ الرجوع لم يترتب لإخلال المهني بالتزامه، وإنما المستهلك رجع عن العقد لسبب خاص به وبرضائه النهائي بالتعاقد، الذي لم يكتمل وبالتالي الرجوع ليس فسخا. والراجح أن هذه المهلة تعد تأجيل لتكوين العق وهى من النظام العام.[2]

[1]- عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها.

[2]- المرجع نفسه، ص 271- 274؛ المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص 162 وما بعدها.

Nathalie Rzepecki ، droit de la consommation et théorie générale du contrat ،2002 ، p. 103. ، متاح عبر الرابط:

https://books.openedition.org/puam/479

المطلب الثاني: دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية

العقد شريعة المتعاقدين، أي أنه (العقد) يقوم مقام القانون مادام أرادة الأطراف، ومادامت عباراته واضحة، ولم تكن نصوصه تخالف النظام العام والآداب العامة؛ فلا يكون للقاضي أن يتدخل لمراجعته، إلا أنه مع التطور الكبير في كافة قطاعات المجتمع، وفي التجارة الدولية، وفي ظل غياب نصوص تشريعية صريحة تضمن التوازن العقدي كان لزما على القاضي التدخل في لتحقيق التوازن العقدي من خلال تعديل الشروط التعسفية أو تفسير مضمون العقد وخاصة مضمون الشروط التسعفية، وكذلك تدخله في تعديل الشرط الجزائي التعسفي.[1] فالشرط التعسفي يحدث عد متعادل بين التزامات المتعاقدين وهذا الأخير يستوجب تدخل القاضي.[2]

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي وتعديل الشروط التعسفية

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

الفرع الثالث: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي التعسفي

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي وتعديل الشروط التعسفية

تنص المادة (110) من القانون المدني الجزائري على أن: " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً 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".

ومن هذه المادة يتضح أن للقاضي سلطة استثنائية تتيح له إبطال شروط العقد أو تعديلها إذا ثبت له أنّها شروط تعسفية، متى طلب ذلك الطرف المذعن (المستهلك)؛ فالغالب أن يقوم المتعاقد المحتكر بتحرير العق[3] فالقانون منح للقاضي أداة قوية يحتمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار والمحترفين.[4]

[1]- آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2008-2009، ص 106.

[2]- المرجع نفسه، ص 110

[3]- المرجع نفسه، ص 106- 107

[4]-بودالي محمد، المرجع السابق، ص260

كما يتضح أيضا من هذه المادة أن كل اتفاق يخالفها يكون باطلا بطلانا مطلقا، أي أنه إذا اشترط المتعاقد المحتكر على المذعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة في العقدوقبل المتعاقد المذعن ذلك، فإن قبوله لا يمنعه من مطالبة القاضي بإبطالها لآن هذا الاتفاق باطل بطلانا مطلقا.[1]

وللقاضي سلطة تقديرية في ما إذا كان الشرط تعسفيا أملا، وهي مسألة واقع التي لا رقابة عليه في تقديرها من قبل المحكمة العليا؛ فإذا كشف عن شرط تعسفي في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه والحدود التي رسمها له القانون المدني هي عدم الخروج عن مقتضيات العدالة.[2]

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد وضع في المادة (29) من القانون رقم 04- 02 سرداً للشروط التعسفية في العقود والتي تعطى للبائع بعض الحقوق منها:

1 – أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2 – فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنّه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3 – امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4 – التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرارات البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5 – إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6 – رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7 – التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

[1]- مدي آسيا ياسمينة، نفس المرجع أعلاه، ص 33.

[2]- المرجع نفسه، ص 107.

8 – تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.[1]

وبالتالي سار المشرع الجزائري مسار المشرع الفرنسي الذي حدد قائمة طويلة من الشروط التعسفية بموجب مرسوم رقم 302-2009 من قانون حماية المستهلك الصادر في 18مارس 2009 والمتعلق بتنفيذ المادة1/132 L وفي هذه القائمة توجد شروط تعسفية غير مقبولة وتعتبر باطلة أو قابلة للإبطال لو ضمها العقد ولا يحتج بها في مواجهة المستهلك وباعتبارها خطيرة مؤدية إلى اختلال واضح في التزامات الطرفين فقد حددها المرسوم على سبيل الحصر وقسمها إلى قسمين : شروط سوداء وشروط رمادية إذا ما أدرجت في العقد تعتبر باطلة بطلانا مطلقا les clauses noires فالشروط السوداء باعتبارها مخالفة للعدالة العقدية، ولا يجوز الاتفاق عليها باعتبارها منافية للنظام العام وهي كالتالي:

1- قبول المستهلك شروط لا يضمها العقد أو ترد في ملحق لم يتطلع عليه.

2- الشرط الذي بمقتضاه يعفي المهني نفسه من المسؤولية والتنفيذ إذا ما تقاعس أحد تابعيه أو وكلاءه عن التنفيذ.

3- أن يكون للمهني تغيير شروط العقد المتعلقة بالمدة، خصائصه، ثمن السلع أو المنتج أو الخدمة المقدمة.

4- إعطاء المهني نفسه وحده الحق في تقدير إذا ما كان الشيء المسلم أو الخدمة المقدمة مطابقة لشروط العق

5- إجبار المستهلك على تنفيذ التزاماته بينما المهني لا ينفد الالتزامات الواقعة على عاتقه.

6- يعفي المهني نفسه من التعويض أو ينقص فيه إذا لم يقم بتنفيذ بعض التزاماته.

7- منع المستهلك من طلب فسخ العقد إذا ما تقاعس المهني عن تنفيذ التزاماته.

8 – إعطاء المهني لنفسه الحق في فسخ العقد دون إعطاء هذا الحق للمستهلك.

9– منح المهني الحق في الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة المقابلة لخدمات لم يلتزم بها في حالة فسخ العقد.

[1]- مندي آسيا ياسمينة، المرجع السابق، ص 107- 108

10 – جعل مدة الإخطار المسبق بالفسخ من قبل المهني في عقود المدة أقصر من تلك المفروضة على المستهلك.

11 – جعل فسخ المستهلك للعقد في العقود غير المحددة المدة موقوف على دفع تعويض لصالح المهني.

12 – جعل عبء الإثبات يتحمله دائما المستهلك.

إذا ما أدرجت في العقد تكون مدى صحتها خاضعة les clauses grises أما الشروط الرمادية لسلطة القاضي التقديرية قد يلغيها أو يعدل فيها وحددت على سبيل الحصر كما يلي:

1– جعل التزامات المستهلك لا رجعة فيها، بينما تنفيذ التزامات المهني موقوفة على شرط تحققه خاضع لإرادته الفردية.

2 – إعطاء المهني الحق في الاحتفاظ بمقدم الثمن المدفوع من قبل المستهلك إذا ما تراجع هذا الأخير عن إبرام العقد، ولا يعطي المستهلك الحق في الحصول على تعويض يساوي أو يزيد على ثمن العربون المدفوع إذا ما تراجع المهني عن إبرام العق

3 – إلزام المستهلك الذي لم يوفي بالتزاماته بدفع تعويض غير معقول ماديا.

4 – إعطاء المهني نفسه الحق في فسخ العقد دون إخطار مسبق منه قبل مدة معقولة

5 – منحه لنفسه (المهني) الحق في التنازل عن العقد دون موافقة المستهلك؛ إذا كان هذا التنازل سبب في إنقاص حقوق المستهلك.

6 – إعطاء المهني لنفسه وحده الحق في تغيير شروط العقد انفراديا والتي تحدد حقوق والتزامات الطرفين.

7 – تحديد تاريخ غير ثابت لتنفيذ العقد.

8 – إخضاع فسخ العقد لإجراءات صارمة إذا كان من طرف المستهلك ولا يجعلها كذلك (صارمة) إذا ما قام المهني بفسخ العقد.

9 – تحديد وسائل إثبات المستهلك بغير حق.

10 – منع المستهلك من اللجوء إلى القضاء وعرقلته في حال المنازعة وإجباره على اللجوء إلى هيئة تحكيمية غير قانونية لحل النزاع.

وهذا التحديد المستنبط من الاجتهاد القضائي يساعد القاضي وينير حكمه ويجعله أكثر عدالة. كما أن له وظيفة وقائية، فالمهني سوف يتفادى الشروط الممنوعة (الباطلة) والشروط القابلة للإبطال حتى يضمن لعقده الاستقرار والتنفيذ بالإضافة إلى الدعاوى المرفوعة من قبل جمعيات المستهلكين للمطالبة بحذف الشروط الممنوعة من العقود النموذجية دفاعا على المصلحة العامة (مصلحة جماعة المستهلكين) والمصلحة الخاصة (المتعاقد) في نفس الوقت.[1]

إلا أن المادة (29) من القانون رقم 04- 02 أقر الحماية على العقود التي يكون أطرافها المستهلك والبائع؛ بمعنى أنها أخذت بالمعيار الشخصي لاعتبار الحماية تخص إلاّ المستهلك كما فعل المشرع الفرنسي.[2]

ويعاب على هذا الاتجاه المتبنى من طرف المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري أن عدم تعادل القوى الاقتصادية بين المتعاقدين لا يؤدي حتما إلى عدم توازن العقد؛ فيجب أن لا تقتصر حماية التوازن التعاقدي على المستهلكين. كما نؤيد ما انتهى إليه بعض الفقه من أن اختلاف القوى الاقتصادية بين المتعاقدين لا يعني أن شروط العقد غير عادلة وتعسفية. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في أفريل 1987 الشرط التعسفي باطلا بطلانا مطلقا في العقد المبرم بين مهنيين لأن المهني المتضرر لم تكن له المعرفة التقنية التي كانت للمهني المتعاقد الآخر. وفي حكم آخر قضت بأن المهني (الوكيل العقاري) الذي اشترى جهاز الإنذار لحماية محله من السرقة مستهلك.[3]

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

نظم المشرع الجزائري سلطة القاضي في تفسير العقود ومن ضمنها تفسير العقود النموذجية التي قد تحتوى الشروط التعسفية في المادتين (111، 112) من القانون المدني الجزائري؛ إذ تنص المادة (111) من القانون المدني الجزائري: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق

[1] - مندي آسيا ياسمينة ، المرجع السابق، ص 108.

[2] - فإذا أبرم مهني عقد مع مهني آخر لسد حاجاته المهنية و تضمن العقد شروطا تعسفية فلا تشمله الحماية حتى و لو كان عدم توازن التزامات المتعاقدين المهنيين فائق . فالمشرع يدافع على المستهلكين أو غير المهنيين في مواجهة المهني.

[3] - مندي آسيا ياسمينة، المرجع السابق، ص 111.

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 وثيقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.[1] كما تنص المادة (112) من ذات القانون:" يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".[2]

ومن هذين المادتين يتضح أن دور القاضي في مجال العقود يقتصر على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، إلا أنه لا يجوز له الانحراف عن عبارات العقد متى كانت واضحة، فالتفسير إذن لا يكون إلا إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.

وفي كل الأحوال يفسر الشك ويؤول في مصلحة المدين،[3] ويستثنى من ذلك حالات عقود الإذعان؛ إذ لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.[4]

أولا: مفهوم التفسير:

في اللغة شرح ما هو غامض واصله الكلمة اللاتينية " interpretation"

وقد عرف التفسير في الاصطلاح بأنه: " تحديد مضمون القاعدة أي المعنى المراد منها".[5]

وقد عرف أيضا بأنه: "العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي من أجل الوقوف على الارادة الحقيقية للمتعاقدين والقاضي الحق في ان يستعمل كل الأساليب القانونية التي من شأنها أن تساعده في معرفة قصدها، وتتيح عملية التفسير للقاضي صلاحيات وسلطات مهمة لإعادة التوازن

---

[1]- تقابل المادة (150) القانون المدني المصري والتي تنص على أن: 1) إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. 2) أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". وكذلك المادة (240) القانون المدني الأردني.

[2]- تقابل المادة (151) من القانون المدني المصري والتي تنص على أن: 1) يفسر الشك في مصلحة المدين. 2) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

[3]- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، 2015، ص 550.

[4]- مندي آسيا ياسمينة، المرجع السابق، ص 113.

[5]- جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 84.

العقدي وحماية الطرف الضعيف، إلا أن هذه الصلاحيات تتحدد حسب ما اذا كانت الشروط بالعقد جلية أو غامضة".[1]وعرفه الفقيه الفرنسي(Louis Josserand)أنه : " تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه".[2]

ثانيا: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية بالتطبيق على عقد التأمين.

سبق أن ذكرنا أن القاعدة في التفسير أن "الشك يؤول في مصلحة المدين" لأن الأصل هو براءة الذمة من الالتزام، وأن الاستثناء هو ترتيب التزام في ذمته، وبالتالي لا يجوز التوسع في تفسير هذا الاستثناء، فإذا ثار شك حول التزام المدين وجب الرجوع إلى الأصل العام "براءة الذمة"، كما أن القواعد العامة تلقي على الدائن إثبات وجود الالتزام، فإذا قام شك في التزام المدين كان على الأول (الدائن) أن يزيل هذا الشك ويثبت وجود هذا الالتزام.[3]

إلا أن المادة (112) من القانون المدني الجزائري استثنت حالة الدائن المذعن، إذ نصت هذه المادة على أنه: " ... لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". لأن العاقد الآخر بما يملكه من وسائل من فرض شروطه؛ فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وتحمل تبعته لأنّه يعتبر متسببا في هذا الغموض.[4]

وبتطبيق ما سبق على عقد التأمين كأحد العقود النموذجية والإذعان،[5]نجد أنه قد تتضمن عبارات غامضة ،كما قد تتضمن تعارضا بين أحد الشروط المطبوعة في وثيقة التأمين وبين شرط خاص مضاف إليه فان حكم الشرط المطبوع يعتبر منسوخا بحكم الشرط الخاص المضاف لأن الشرط الخاص يكشف عن نية المتعاقدين في معالجة الأمر المتعلق به مثال ذلك تغطية أخطار الحرب في عقد التأمين البحري بموجب الشروط المتعلقة به، ينسخ حكم الاستثناء لهذه الأخطار الوارد في الوثيقة أو في الشروط الملحقة بها، والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ منها، كذلك الأمر في حالة تغطية حوادث الشغب بموجب تظهيرة تلحق بوثيقة التأمين ضد الحريق، فإن الاستثناء المتعلق بهذه الحوادث يعتبر

[1]- فرج توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة الجامعة،د.س.ن، ص240.

[2] -louis josserand ,cours de droit civil positif français , 3eme édition, paris1938, page 125

[3]- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 103؛آسيا يسمينة مندي، المرجع السابق، ص117

[4]- مندي آسيا ياسمينة، المرجع نفسه، ص 117.

[5]- أحمد، طارق عفيفي صادق، المرجع السابق، ص 41

منسوخة بحكم التظهيرة المرفقة، حتى ولو لم يرد النص على ذلك ضمن شروط التظهيرة، كذلك الحال في إذا وجد تعارض بين الشروط المطبوعة في الوثيقة وبين شرط مطبوع عليها بالآلة الكاتبة، فان الشرط المطبوع بالآلة الكاتبة ينسخ حكم الشرط المطبوع، و إذا وجد غموض في مدلول اي شرط من شروط الوثيقة، سواء كان مطبوعا أو مضافا أو مكتوبا بالآلة الكاتبة فإن هذا الغموض يجب أن يفسر لمصلحة المؤمن له.[1]

الفرع الثالث: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي التعسفي

يحرص الطرف الدائن في العقود النموذجية على وضع جزاءات خاصة فيها هما الشرطين: الجزائي والفاسخ، حتى لا يلجأ المذعن للقاضي في حالة ما إذا أصيب بضرر، أو في حالة عدم تنفيذه الالتزام.[2]هذينالشرطين يخضعا لنفس النظام القانوني، إلا أن المشرع الجزائري أعطى القاضي الحق في تعديل الشرط الجزائي فقط.[3]

وقد عرف الشرط الجزائي بأنه: " اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو عند التأخر فيه سواء ورد هذا الاتفاق في صلب العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق عليه، شريطة أن يتم قبل وقوع الإخلال بالالتزام".[4]

كما عرف بأنه: " اتفاق مقترن بعقد أو لاحق له يحدد بموجبه العاقدان مسبقا مبلغا من المال، أو تعويضا تأخيريا لمن اشترط له عند عدم الوفاء بالدين أو التأخير فيه".[5]

وغالبا ما يكون الشرط الجزائي مبلغًا من النقود، إلا أنه قد يكون التعويض بغير النقود، كما لو كان في صورة قيام بعمل أو امتناع عن عمل.[1]

---

[1]- عبد الباسط حسن جميعي، المرجع سابق، ص 164.

[2]- مندي آسيا ياسمينة، المرجع السابق، ص 98.

[3]- بودالي محمد، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 6.

[4]- جلال إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، أحكام الالتزام،د.ن، 1998 ، ص141.

[5]- أبو سرحان، أحمد شحدة علي، التدابير الشرعية لمعالجة مخاطر التمويل بالسلم في المصارف الإسلامية، مؤتة للبحوث والدراسات – العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 32، العدد 2، 2017، ص 298؛ علي محمد الحسين، الشرط الجزائي في الديون، بحث مطبوع ضمن كتاب الوقائع: دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، مؤتمر نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية_ جامعة الشارقة من 7- 9 مايو 2002 م، الناشر: جامعة الشارقة، 2003 ،الجزء الأول، ص 281.

[1]- فؤاد الدرادكة، الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة- ، رسالة ماجيستير، الجامعة الأردنية، 1994، ص 275.

ويعتبر الشرط الجزائي شرطا مشروعا[1] ويهدف إلى المنازعات والجدل حول تحديد مقدار التعويض المستحق عند قيام الإخلال العقدي، ومن ثم فإن وجود هذا الشرط يختصر الكثير من الوقت ويوفر الكثير من النفقات، كما أنه يحمل بعدًا ردعيًا كوسيلةٍ لتهديد المدين لحمله على الوفاء بالتزامه، كما أنه قد يهدف إلى التخفيف من مسئولية المدين في حال كان مقداره يقل عن الضرر الفعلي، بحيث يعتبر في صورة تحديد للمسئولية وذلك في ظل بعض التشريعات[2].

و الشرط الجزائي لا يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي مادام مبلغ التعويض المتفق عليه لا يتجاوز الضرر الفعلي الحاصل للدائن ولكن إذا استغل أحد طرفي العقد مركزه وخبرته الفنية أو القانونية لفرض شروط جزائية الهدف منها الحصول على مزايا وتحقيق الأرباح على حساب الطرف الآخر فإن الوظيفة الأصلية للشرط الجزائي تتحول من وظيفة تعويضية إلى وظيفة تهديدية ووسيلة للاستغلال والإثراء على حساب التوازن العقدي الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار مثل هذه الشروط شروطا تعسفية يجوز للقاضي التدخل من أجل تعديلها أو إلغائها حسب الأحوال لإعادة التوازن إلى الالتزامات التعاقدية حماية للطرف الضعيف في العقد الاستهلاكي.[3]

إلا أنه عندما يفوق مبلغ التعويض الاتفاقي مقدار الضرر الناتج عن عدم التنفيذ يصبح الشرط الجزائي بمثابة عقوبة خاصة للضغط على المدين من أجل الوفاء بالتزامه.[4]

وعلى كل فإنه يتنازع في موضوع الشرط الجزائي اعتبارين:

الأول: كون الشرط الجزائي اتفاق، وما يستتبع ذلك من ضرورة احترام اتفاق الأطراف باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وخضوعًا لمبدأ القوة الملزمة للعقود،

[1]- عبد الحق صافي، القانون المدني : الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، الطبعة الأولى، 2007م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص. 270.

[2]- حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر) شركة التايمس للطبع والنشر- العراق، 1991، ص 263؛ فؤاد الدرادكة، المرجع سابق، ص 96 وما بعدها.

[3]- إدريس الفاخوري، المرجع سابق، ص 85.

[4]- عبد الحق صافي، المرجع سابق، ص 273؛ دالي بشير،المرجع سابق، ص 72.

والثاني: كون هذا الشرط تعويض، وما يستتبع ذلك من لزوم أن يدور هذا التعويض مع الضرر وجودًا وعدمًا ومقدارًا، وهو الأمر الذي يستلزم أن يعمل القاضي سلطته في تقدير هذا التعويض التزامًا بمقتضيات اتسام هذا الشرط بالصفة التعويضية.[1]

أولا: ضمانات سلطة القاضي في التدخل في مجال الشرط الجزائي:

لا يستطيع القاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الانتهاء- بصفة عامة- وفي الشرط الجزائي- بصفة خاصة- وقوفا عند القوة الملزمة للعقد " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، لمجرد طلب أطراف العقد أو أحدهما منه القيام بذلك، وإنما لابد أن يكون مخولا بسلطة التدخل في العقد من قبل المشرع.

وتخويل المشرع للقاضي سلطه التدخل في الشرط الجزائي تستهدف إجراء مواءمة بين الشرط الجزائي وبين اعتبارات العدالة من خلال إزالة الخلل في التوازن العقدي، حيث قد يرجع هذا الخلل في الشرط الجزائي لظروف وأسباب لا تتضح عدم عدالتها إلا بمناسبة المسؤولية الناشئة عن إخلال المدين في تنفيذ التزاماته.[2]

ومنح القاضي هذه السلطة في التدخل يعد من إحدى صور تدخل المشرع في العلاقة العقدية ولكن بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال تضمين القانون نصوصا تجيز للقاضي التدخل في العقد بناء على طلب المتعاقدين، ومن هذه الصور المتعددة سلطة القاضي في التدخل في الشرط الجزائي وهو ما نصت عليه المواد: المادة (184) من القانون المدني الجزائري، والمادة (224) من القانون المدني المصري، والمادة (364) من القانون المدني الأردني، والمادة (1152) من القانون المدني الفرنسي. وعلى كل تنص المادة (184) من القانون المدني الجزائري، على أن: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

[1]- جلال إبراهيم، المرجع سابق، ص 155.

[2]- حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 215.

والملاحظ على الأنظمة القانونية الحديثة أنها تتفاوت بالنسبة لمدي السلطة الممنوحة للقاضي بالتدخل في الشرط الجزائي سواء بالتخفيض أو الزيادة فيه أو الاستبعاد النهائي.

وطبقا لما ذكر سلطة القاضي في التدخل في الشرط الجزائي تأخذ صفة النظام العام ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على استبعاد هذه السلطة.

وتبدو أهمية هذه الصفة وأثرها في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية؛ إذ أنه إذا لم يعد المشرع هذه السلطة من النظام العام لما تردد الطرف القوي، وهو صاحب النفوذ في إلزام الطرف الضعيف-وهو المستهلك في الغالب- في قبول الاتفاق على استبعاد اللجوء إلى القضاء أو استبعاد سلطة القاضي في التدخل بالشروط العقدية.

ومن البديهي أن المتعاقد الذي يخضع ويقبل الاتفاق على شرط جزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو يقبل بإعفاء الدائن من كامل المسؤولية سوف يرضى في خضم هذا الخضوع والإذعان، باستبعاد سلطة القاضي من التدخل في الشرط الجزائي، فجاء القانون هنا لحماية الطرف المدين في الالتزام، ويعتبر أن رضاؤه يمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول.[1]

وانطلاقا من ذلك فإن المشرع عد أن اتفاق أطراف العقد على استبعاد سلطة القاضي اتفاقا باطلا بنص القانون لمخالفة هذا الاتفاق للنظام العام، وهو ما قرره المشرعين الجزائري والمصري والأردني من خلال النص بأنه " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين (أعلاه) السابقتين".

ويثيره مبرر تدخل القاضي في الشرط الجزائي إشكالية من حيث إن كان يتدخل القاضي في الشرط الجزائي من تلقاء نفسه. و أن طبيعة مهمة القضاء محددة بالفصل في ما يعرض عليه من طلبات، فلا يملك ولاية التدخل في أمور لم تعرض عليه، ولم يطلب منه التدخل فيها، لذا فلو قرر القاضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم؛ فإن ذلك يعد مبررا للطعن في هذا الحكم.[2]

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع سابق، ص 818- 819.

[2]- حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999، ص 163.

أما في القانون الفرنسي فقد صدر في فرنسا قانون 11 أكتوبر سنة 1975 الذي عدل نصوص المادتين(1152 و 1231) من القانون المدني الفرنسي، ونص صراحة على حق القاضي في التدخل بتعديل الشرط الجزائي، ولو تم ذلك من تلقاء نفسه.[1]

أن تدخل القاضي في الشرط الجزائي لأنها استثناء يرد على الأصل: حصانة الشرط الجزائي وعدم قابليتها للتعديل إعمالا لاتفاق الطرفين الذي يقوم مقام القانون ومنح القاضي سلطة التدخل في الشرط الجزائي، رغم ذلك فيعد هذا التدخل استثناء ولا يمثل قاعدة عامة.

كما يتميز تدخل القاضي في الشرط الجزائي أنه اختيارياً يثبت للقاضي نفسه وجوازياً، فهوه ما هو الذي يقرر وفقا للظروف والملابسات التي أحاطت بالدعوة ما إذا كانت العدالة تستوجب التدخل في الشرط الجزائي. كما أن تدخل القاضي في هذا الشرط لا يكون من تلقاء نفسه بل هو موقوف على طلب المتعاقدين أو أحدهما. وهذا يعد قيد على هذه السلطة، حيث إن وظيفة القاضي مهما كانت خطيرة فليس ما يبرر تقييدها، لأن خطر تقييدها أشد من خطر اطلاقها، ولأن تقييدها يمنع القاضي من سلطته في تحري مبادئ العدالة.[2]

ثانيا: حالات استبعاد القاضي للشرط الجزائي:

استبعاد القاضي للشرط الجزائي بصورة نهائية، أي عدم الحكم به يكون في احدى الحالات الآتية:

1- عدم تحقق الضرر.

2- بطلان الشرط الجزائي لعيب في ذاتي أو بالتبعية.

3- اشتراك الدائن بخطئه في إحداث الضرر أو الزيادة فيه.

[1]- شتا أبو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة،2001، ص 280.

[2]- عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 472 وما بعدها؛

ثالثا: عدم تحقق الضرر كسبب لعدم إعمال الشرط الجزائي

نصت الفقرة الأولى من المادة (184) من القانون المدني الجزائري، على أن: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".[1] ويستفاد من نص هذه المادة أن استحقاق الشرط الجزائي مرتبط وجودا وعدما بتحقق ضرر يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه الأصلي.

وحيث أن من خصائص الشرط الجزائي أنه التزام تابع للالتزام الأصلي[2] ما دام قوامه تعويضا اتفاقيا عن إخلال المدين بالتزامه الغاية منه جبر الضرر وإزالته، لذا لا يكفي الحكم بالتعويض مجرد إخلال المدين بالتزامه فلابد أن يترتب نتيجة الإخلال بالالتزام ضرر يصيب الدائن. فالضرر ركن أساسي لقيام المسؤولية وللحكم بالتعويض وهو علّتها، فإذا انعدم الضرر فلا مجال لأعمال الشرط الجزائي ولا مجال للحكم بالتعويض المقصود منه، لاسيما أن تحقق الضرر هو شرط أساسي وضروري لاستحقاقه باعتبار أن الأخير هو جزاء المسؤولية.[3] ولأن العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي والشرط تابع له، ومتعلق به وباقي ببقائه ومنقضي بانقضائه.

رابعا: بطلان الشرط الجزائي كسبب لعدم إعماله

درج الفقه والقضاء على عدم بطلان الشرط الجزائي يكون في حالتين هما:

أ- سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي متى أثبت المدين أن تقديره مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، إذ أن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن ضرر يصيب الدائن، فإن الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود، إذا تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الاتفاق وينقلب وضعه بالتالي إلى تهديد مالي لا يقصده المتعاقدان، وسلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة

[1]- تقابل نص الفقرة الأولى من المادة 224 من القانون المدني المصري على أنه: " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين من الدائن لم يلحقوا أي ضرر".

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 503.

[3]- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، دار النهضة العربية 1996، ص 78 ؛ حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 103 .

التعويض، ليس إلى القدر الذي يجعله متساويا مع الضرر، بحيث يكون التعويض في حدود نسبة الضرر المتوقع.[1]

كذلك الحال إذا كان المدين نفذ في جزء من الالتزام الأصلي، فالنية المشتركة للمتعاقدين تتجه إلى تحديد التعويض عن الإخلال بالالتزام برمته، وعلى ذلك، إذا أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي لالتزامه، فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين، والتخفيض في هذه الحالة جوازي للقاضي، فقد لا يحكم به إذا تبين له أن ما نفذه المدين لا يلبي حاجيات الدائن.[2]

ب-سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

وفقا لنص المادة (185) من القانون المدني الجزائري- التي تقابل المادة (222) من القانون المدني المصري[3]- أنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يحكم بزيادة الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر، فالقاضي ملزم بتطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض الاتفاقي ولا يجوز له مخالفتها.[4]

وقد أقر القضاء الفرنسي لقضاة الموضوع بحرية تحديد مبلغ التعويض، المترتب عن تطبيق الشرط الجزائي.[5]

---

[1]- بودالي محمد، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 66؛ دالي بشير، المرجع سابق، ص 74.

[2]- بودالي محمد، المرجع سابق، ص 66؛ دالي بشير، مرجع سابق، ص 74.

[3]- والتي تنص على أن: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

[4]- دالي بشير، المرجع سابق، ص 75؛ بودالي محمد، المرجع سابق، ص 67.

[5]- Cour de cassation, chambre civile1, du 24 juillet 1978,77-11.170.legifrance.gouv.fr. مشار له لدى، دالي بشير، المرجع سابق، ص75.

خـــاتمـــــة

لما كانت العقود تلعب دورا أساسيا في حياة الأفراد من الناحية الاجتماعية والاقتصادية على حد سواء، فهي بذلك تعد الوسيلة القانونية التي تتولى إفراغ إرادة أطراف العقد في قالب قانوني يحدد الالتزامات التعاقدية لكلا الطرفين. وفي ظل التطورات المتلاحقة ظهرت العقود النموذجية إلى حيز الوجود لتحل محل التنظيم التشريعي لبعض العقود ، وعرفت انتشارا واسعا نظرا للسرعة التي تتطلبها المعاملات اليومية بين الأفراد، لتميزها باختصار الجهد و الوقت باعتبار أنها نماذج مطبوعة مسبقا يتوقف نفاذها على اختيار الأطراف وتبنيهم لها بوضوح في تعاقداتهم .

و بناء على ما سبق دراسته توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات كالتالي:

1- النتائج:

- يمكن تعريف العقود النموذجية أنها عقود يتم صياغتها مقدما من قبل أحد طرفي العلاقة التعاقدية في شكل نماذج مطبوعة تضبط العلاقة القانونية، من خلال تحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة التي ستتبنى التعاقد وفق هذه النماذج في المستقبل.

- أصبح وجود العقود النموذجية ضرورة قانونية في حياة الأفراد نظرا لمواكبتها تطور المعاملات من حيث سرعة الإجراءات واختصار الوقت وتوفير الجهد، وهي تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليها

- رغم إمكانية انفراد أحد طرفي العلاقة التعاقدية في العقود النموذجية في صياغتها وفرض شروطه، إلا أن هذا لا يؤثر على حقيقتها العقدية. و أيضا يمكن أن نكون أمام عقد إذعان نموذجي غير أن ذلك لا يعني أن كل العقود النموذجية هي عقود إذعان.

- نظام مكافحة الشروط التعسفية يعد مساسا بمبادئ العقد في مرحلة تنفيذه، ولا يرقى إلى درجة التجديد، إذ لم يأت بتصور جديد يعيد النظر في مسألة مكافحة الشروط التعسفية، وإنما يشكل إضعافا لمبدأ القوة الملزمة للعقد – مثلما كان عليه الحال في القانون المدني- من خلال السماح للقاضي بالتدخل، ولو من تلقاء نفسه، للحكم ببطلان الشرط التعسفي أو ببطلان العقد كلّه إذا كان في مجموعة لا يقبل الانقسام.

- ظل المشرع الجزائري صامتا أمام ظاهرة الشروط التعسفية واكتفى بالمبدأ العام الموجود في القانون المدني الذي يحمي كل الأشخاص دون تحديد صفاتهم، و المتمثل في منح القاضي سلطة إعادة

النظر في عقود الإذعان متى تضمنت شروطا تعسفية، غير أنه تفطن لضرورة حماية المستهلك من مثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية، حيث أصدر مرسوم يكرس للمستهلك بالذات حماية من الشروط التعسفية، هو القانون رقم 02/04الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

- إن مبدأ حسن النية ليس مجسد للإرادة ولا مقيد لها بل هو تبرير الالتزامات التي لم يكشف عنها الأطراف في العقد وهو بهذا يكون أداة ثنائية الدور من جهة تستعمل للكشف عن المقصد المشترك للأطراف ومن جانب آخر تعتبر معيارا فنّيا يتم من خلال تكملة ما شاب العقد من نقص.

- قد يستخدم المحترف في العلاقة التعاقدية الشروط النموذجية في عقوده بشكل ضمني، وهنا لا تصبح هذه الشروط جزءا من العقد ولا تعتبر ملزمة للطرف الآخر إلا في حالتين: الأولى، أن يكون استخدام الشروط النموذجية من ضمن العادات التعاقدين بين الطرفين، أي شروط ضمنية. والثانية أن يكون استخدام الشروط النموذجية من ضمن الأعراف التجارية المنتشرة على نطاق واسع، وهذا ما أكدت عليه المادة (9/1) من مبادئ اليونيدروا، والمادة (9/1) من اتفاقية فينا للبيع الدولي.

- العقود النموذجية الاتفاقية يفترض أنها تتم عن طريق نقابات أو هيئات أو منظمات تحتوي فئة طرف العقد ويكون ذلك بالاتفاق بينهم البعض أي الطرفين أو بين أعضائها مثل الاتحادات والنقابات وغيرها.

- إذا كان الأصل فيها أن لإرادة المتعاقدين حرية تامة في إبرامها وتحديد مضمونها ذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، بيد أن الحرية التعاقدية أخذت تتراجع أمام تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد أو لتوجيه الاقتصاد بما يتفق والمصلحة العامة.

- اعتمد كل من المشرع الجزائري والمشرع المغربي الأسلوب التشريعي والتنظيمي معاً لمواجهة الشروط التعسفية، وحددا حالات الشروط التعسفية على سبيل المثال، وذلك في المادة (29) من القانون الجزائري رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، والمادة (18) من القانون المغربي رقم 31.08.المتعلق بحماية المستهلك.

- لا يستطيع القاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الانتهاء- بصفة عامة- وفي الشرط الجزائي- بصفة خاصة- وقوفا عند القوة الملزمة للعقد " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، لمجرد طلب أطراف

العقد أو أحدهما منه القيام بذلك، وإنما لابد أن يكون مخولا بسلطة التدخل في العقد من قبل المشرع. وقد منحت المادة (110) من القانون المدني الجزائري للقاضي هذه السلطة.

- تناول الفقه الإسلامي تناول حق العدول للمشتري، حيث أسس ذلك على خيار الرؤية، فاشترط للعدول عن التعاقد عدم رؤية محل العقد عند التعاقد أو قبله، وأن يكون محل العقد عينًا.

2- التوصيات:

- ضرورة توضيح مفهوم العقود النموذجية بموجب نصوص قانونية، و تشريع بعض العقود النموذجية ذات الأهمية.

- يجب أن يمنع المحترفين وغيرهم من المهنيين من المطالبة لإبطال العقد في حالة بطلان الشرط التعسفي، فإذا منح المحترفين هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله.

- من الملائم أن يجري المشرع الجزائري تعديل تشريعي يحدد فيه_الميعاد الذي يجب فيه رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي أو المطالبة بتعديله، لإشاعة الطمأنينة في التعامل والحفاظ على مصالح المتعاقدين بالإضافة إلى تقرير الجزاء المدني المتمثل في بطلان الشرط التعسفي دون العقد.

- إعداد نماذج عقدية، يمكن أن تتبع في مختلف أنواع العقود، وتظهر في كتاب أو غيره، يجمع فيه تلك النماذج، تكون محمية بقواعد حماية الملكية الفكرية إذا كانت نماذج مبتكرة وظهرت فيها شخصيته بصورة واضحة. تساهم في توحيد القواعد القانونية و السرعة في إنجاز المعاملات و إزالة المشاكل المتوقع حدوثها مستقبلا.

- يجب مراجعة كافة القوانين الحمائية للمستهلك في الجزائر حتى تواكب هذه القوانين النظم القانونية العالمية، من أجل تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات عقود الاستهلاك.

- من الملائم أن يكون هناك قضاة متخصصين، بالنظر والفصل في المنازعات العقدية، وخاصة بشأن عقود الاستهلاك، حتى تكون هناك نوع من الشفافية والسرعة في فض هذه المنازعات.

- الاستعانة بمبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية عند إعداد أي قانون حمائي للمستهلك؛ إذ تميّزت الشريعة الإسلامية، عن الشرائع الأخرى، بفكرة الخيارات، أي التخيير بين إمضاء العقد أو فسخه.

قـائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: المصادر

1- لسان العرب، للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدي محمد بن مكرم ابن منظور، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المطبعة الميرية،بيروت ، بدون سنة طبع.

2- لسان العرب، للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدي محمد بن مكرم ابن منظور،الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999.

3-الاتفاقيات:

1. اتفاقية اليونيدروالتوحيد قانون التجارة الدوليةلسنة 1926
2. اتفاقية نيويورك 1958 تم إبرامها بتاريخ 1958/05/20.
3. اتفاقية روما 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التاقدية، الجريدة الرسمية رقم 027 المؤرخة في 1998/1/26.
4. اتفاقية 22 ديسمبر 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.
5. اتفاقية 1987 لإعداد قواعد السلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية تحت رعاية غرفة التجارة الدولية.
6. الاتفاق النموذجي الأوروبي لسنة 1994، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للبيانات، المعد من طرف لجنة الاتحادات الأوروبية.

4-القوانيـن:

- **القوانين الوطنية**

1. القانون رقم 89-02 المؤرّخ في 07 فبراير1989 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك، الملغى بموجب القانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25

2. القانون رقم 01-13 المؤرخ في 2001/8/7، المتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه في الجزائر.

3. القانون رقم 04-02 المؤرّخ في 23 جوان 2004، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرّسمية، العدد 41 لسنة.

4. القانون 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، المتعلق بالمنافسة في الجزائر ، الجريدة الرسمية العدد 36، المؤرخة في 2 يوليو 2008 ص 11.

5. القانون 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15.

- **القوانين الأجنبية:**

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

2. القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 19 أوت 2000المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية.

3. قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003.

4. ظهير شريف رقم 1.11.03 الصادر في 18 فبراير 2011 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك في المغرب، الجريدة الرسمية رقم 5932 المؤرخة في 7 أبريل 2011.

5-الأوامر:

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 95-06 المؤرّخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرّسمية، العدد 09لسنة 1995، ص 13.الملغى بموجب الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19

3- الأمر رقم 03 / 11 المؤرخ في 26 أوت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم،

4- الأمر رقم 96/09المؤرخ في 10جانفي1996المتعلق بالاعتماد الإيجاري، جريدة رسمية عدد3 المؤرخة في 14جانفي1996

5- الأمر 10-05 المؤرخ في 15/8/ 2010 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم للأمر 03/03 الجريدة الرسمية 10 العدد 46

6- قرار مؤرخ في 10 ماي 1994، يتضمّن كيفيّات تطبيق المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 المؤرّخ في 15 سبتمبر 1990، والمتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرّسمية، العدد 35 لسنة 1994، ص 26 الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 13- 327.

6-**المراسيم:**

- **الوطنية:**

1. المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-أفريل-1982،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية 15 المؤرخة في 13-أفريل-1982.المعدل والمتمم.

2. المرسوم التنفيذي 90-39 ،المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش

3. المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 المؤرّخ في 15 سبتمبر 1990، يتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرّسمية، العدد 40 لسنة 1990،ص 1246،(الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 2013/09/26 ج.ر 16 العدد 49).

4. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. جريدة رسمية، عدد 07. المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 3 فبراير 2008

5. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، جريدة رسمية رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر سنة 2010 الملغى

6. المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/20، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50

- **الأجنبية:**

1- المرسوم المغربي رقم 2.03.853 المؤرخ في 7 جوان 2004.

ثانيا: المراجع

أ-المراجع باللغة العربية

1: الكتب

1-1 الكتب المتخصصة:

1. أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقة الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، 2008م.

2. أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.

3. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة علي مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2000

4. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، مصر، 1992

5. العربي محمد مياد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة محينة، ط 2018، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب.

6. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.

7. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر. دار هومة. الجزائر. 2007

محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، كلية الحقوق،جامعة بلعباس، الطبعة الأولى، 2007م، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر

8. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الثانية، دار لنهضة العربية، القاهرة، 2002.

2-1 الكتب العامة:

1. إبراهيم، ممدوح خالد، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، 2007.

2. أبو العلا علي النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999

3. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1998.

4. أحمد أبو الوفا، المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، 2014م.

5. أحمد حسن البرعي، الطبيعة القانونية لعقد العمل المشترك في مجموعة النظام القانوني للعاملين في مصر مركز البحوث والدراسات القانونية جامعه القاهرة 1993.

6. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، ط2، مطبعة أولاد وهبه حسان، الناشر. دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1993

7. أحمد علي صالح -المفاوضات في العقودالتجاريةالدولية، دار هوما، الجزائر، 2011م.

8. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية ،1994.

9. أحمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون الفرنسي و المصري و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

10. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر الطبعة 2005.

11. أمانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، عمان، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، 2018.

12. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

13. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ج1، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004.

14. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998

15. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ج1، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962م.

16. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الرابعة ،2011.

17. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اعادة للطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995.

18. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2004

19. جاك جستان، مطول القانون المدني الالتزامات والعقد، المكتبة العامة للقانون والقضاء، باريس.

20. جلال إبراهيم، النظريةالعامة للالتزام، القسم الثاني،أحكام الالتزام،دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

21. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، 1997.

22. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، 1972.

23. جهاد العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني العقد، ج2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014م.

24. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، 1991-1992

25. حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر) شركة التايمس للطبع والنشر- العراق، 1991.

26. حسن النجفي، الإنكوتيرمز، القواعد الدولية لتفسير المصطلحات في عقود التجارة الخارجية، بتخويل خاص من غرفة التجارة الدولية، بغداد، 1977.

27. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسئولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن 1999م.

28. حسن عبد الباسط الجميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1996م.

29. حسن عبد الباسط الجميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996،.

30. حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون الإمارات العربية والقوانين الاوربية، القاهرة، 1999.

31. حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، ج2، ، دار وائل للطباعة والنشر، 2004.

32. حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

33. حلمي بهجت البدوي، أصول الالتزامات ،نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943.

34. خالد عبد الفتاح محمّد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.

35. خالد محمد البساتين، تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2002.

36. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام- دار المطبوعات الجامعية، 2002م الإسكندرية.

37. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيرت لبنان1990م.

38. سعد جاد الله الحيدر، النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة (الهاتف النقال)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012م.

39. سعدون ناجي القشطيني، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية، مطبعة المعارف، بغداد، 1975.

40. سعيد سالم جويلي، مبدأ التعسف في استعمال الحق، ، دار الفكر العربي – القاهرة.1985

41. سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح بالعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

42. .

43. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،دار الفكر العربي ،1965.

44. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ،ج2 في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة4، 1987م.

45. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، 2013.

46. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية بدون تاريخ.

47. السيد عبد الوهاب عرفة: " المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية و التعويض عنها"، مجلد 1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

48. شتا ابو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة،2001.

49. شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي و الفقه الإسلامي والقانون المقارن، الرباط، منشورات عكاظ، 1987.

50. صالح بن عبد الله بن عاطف، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1998

51. صالح صالح، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2001.

52. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد- الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى 2001.

53. طارق عفيفي صادق، المبادئ العامة لعقد التأمين، بالتطبيق على الأخطار التكنولوجية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016م.

54. طالب حسن مرسي، الموجز في قانون التجارة الدولية ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1997.

55. عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004.

56. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1996م

57. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة و الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمّان، 2002م.

58. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الارادي للالتزامات، ط1، 2007م، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء.

59. عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشاة المعارف الإسكندرية، 1985.

60. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، 1988.

61. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1، مصادر الالتزام الارادية (العقد والارادة المنفردة)، المجلد الاول، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982.

62. عبد الرزاق أحمد السنهورى مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت ،لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية 1998.

63. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر 1983م

64. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1952.

65. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، دار النهضة العربية 1996م.

66. عبد العزيز المرسي حمود، الإلتزام قبل التعاقدي للإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دون دار نشر- 2005م.

67. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة) دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984م.

68. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن،2012

69. عبد المجيد الحكيم، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997،.

70. عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

71. عبد المجيد منير، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

72. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1974م.

73. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1958، الجزء الأول، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية.

74. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنه، منشورات بين الحقوقيين، بيروت، لبنان، 2006

75. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

76. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.

77. عدنان العابد و يوسف اليأس، قانون العمل، ط2، مطبعة العمال المركزية، 1989م.

78. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م.

79. عصام انور سليم قانون العمل، الناشر منشأة المعارف الاسكندرية، ط 2، سنه 2002.

80. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، 2015.

81. علي سليمان، النظرية لعامة للالتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003.

82. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

83. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، 2001.

84. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2008

85. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004-2005.

86. فؤاد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض و التعاقد، التعاقد عبر الانترنت عقود البيع التجارية،ط1، مطبعة الحكمة، بغداد، 2003م.

87. فارجا، القانون الاقتصادي الخاص، الجزء الثاني، نظرية الالتزامات، المنشورات الجامعية لفرنسا، 1975.

88. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003

89. فرج توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة الجامعة، دون سنة نشر.

90. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي،الطبعة1، دار الفكر العربي، 1998.

91. مجاهد أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000.

92. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988م.

93. محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، الطّبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005م.

94. .

95. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (تعديل 2016) – المواد من 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي- ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان- ، الطبعة الأولى ،2018.

96. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

97. محمد حسين منصور، الوجيز فى مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية - ط 2000م.

98. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، الطبعة الثالثة، 2009

99. محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي"، دار هومة، الجزائر، 2009م.

100. محمد شكري سرور،دروس في الأحكام العامة في عقد التامين، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.

101. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، درا الهدى، 2007، عين مليلة، ط 4.

102. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدي، الجزائر 1992.

103. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، 2001 – 2002.

104. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، دار النهضة العربية 2001 – 2002.

105. محمد عز البكرى، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثاني (الالتزامات والعقود التجارية)، دار محمود للنشر والتوزيع بالقاهرة، دون ذكر تاريخ للنشر.

106. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه (مصادر الالتزام)، دون ذكر دار للنشر، 2003.

107. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، ط2، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، 1976م.

108. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر ، 2011،.

109. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر ، 2011.سين محمد الجبوري، في شرح القانون المدني، ج2، ط1، دار الثقافة، عمان، 2006..

110. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، 1418هـ، دار القلم -سورية، 1998.

111. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، 2005.

112. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان نشر، 1987م.

113. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2010.

114. نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، دار زهرات للنشر والتوزيع، عمان، 1991.

115. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة 2004 القاهرة

116. نزيه الصادق المهدى، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، 1999م.

117. نور الدين شادلي، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003م.

118. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مكتبة كلية الحقوق، الجامعة الأردنية ،1977-1978..

2- المقالات و المداخلات

1. أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد 3، 2001.

2. أحمد شحدة علي أبو سرحان، التدابير الشرعية لمعالجة مخاطر التمويل بالسلم في المصارف الإسلامية، مؤتةللبحوثوالدراسات–العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج 32، ع2، 2017م.

3. إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، العدد الثالث جوان 2001

4. أسيل باقر جاسم، كاظم فخري علي، المفهوم القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني، السنة السادسة، كلية القانون، جامعة بابل.

5. بسام سليمان وأكرم حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء ادارة المخاطر والتشريعات القانونية)،بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.

6. بوسماحة الشيخ، حماية المستهلك الناتجة عن عروض المتدخل في أحكام القانون الجزائري، مجلة الخلدونية، العدد 03، ماي 2009.

7. بوطبالة، معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتورى قسنطينة، العدد46، ديسمبر 2016م.

8. بولنوار عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية (دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي) ، المركز الجامعي بشار، منشور على موقع revues.univ-ouargla.dz

9. جعفر محمد جواد الفضلي ، عقد الإطار – دراسة تحليلية – مجلة الرافدين للحقوق ، مجلد 8 / السنة 11، عدد 28 ،سنة 2006، كلية القانون ، جامعة الموصل

10. جمال فاخر نكاس، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكوتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، 1989

11. حداد العيد، مداخلة بعنوان الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 2014.

12. الحسين بلحساني: " أساس الإلتزام بتبصير المستهلك و مظاهره "، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الرابع ديسمبر ، 2001

13. حمدي محمود بارود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، العدد 74، جامعة القاهرة، 2004م.

14. ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، الجهود الدولية في تسوية المنازعات إلكترونيا، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة- النجف- ، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 40، المجلد الأول، 2016.

15. خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة السادسة، 2014.

16. رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالى، 2014، العدد 64

17. زوبة سميرة، تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، العدد18 ،2013.

18. صالح، كردافي، الشروط التعسفية في قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، مجلة منازعات الأعمال، ع 18، 2016م.

19. طحطاح علال، التزامات العون الاقتصادي في ظل الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2014/2013.

20. عبد الرحمن أحمد ملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها- دراسة مقارنة بين الفقه والقضاء الأنجلو الأمريكي، مجلة الحقوق الكويتية ،السنة 16، العدد (2.1) ، 1992

21. علي محمد الحسين، الشرط الجزائي في الديون، بحث مطبوع ضمن كتاب الوقائع: دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، مؤتمر نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية_ جامعة الشارقة من 25 _ 27 صفر 1423 هـ الموافق 7- 9 مايو 2002 م، الناشر: جامعة الشارقة، 2003 ،ج 1.

22. عليان بوزيان، نحو نظرية لإعادة التوازن العقدي في القانون المدني – دراسة مقارنة من منظور إسلامي- ،كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون – تيارت-

23. كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، بغداد، المجلد 32، العدد الثاني،2017.

24. كمال مخلوف، الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد4، 2011م.

25. لصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية- دراسة مقارنة- ، مجلة آفاق العلمية، المجلد11، العدد1،سنة 2019.

26. محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام 1964، بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية (دراسة في قانون التجارة الدولية) مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة الثالثة والاربعون، أيلول، 1974.

27. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998م.

28. محمد إبراهيم موسى، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا (دراسة تحليلية انتقادية)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2011

29. محمد جبر الألفي، عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، مجلة الحقوق، العدد الأول، 2018.

30. مسعود محمد مادي، العقود النموذجية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بنغازي، ليبيا، 1987.

31. مشاعل عبد العزيز الهاجري، المهندس الاستشاري وفقا لقواعد عقد الفديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (مركزه القانوني، مسؤوليته المدنية) مجلة الحقوق، ع1س24، 2000

32. منصور حاتم وإيمان طارق، القوة الملزمة للشروط الحادية والتحرير في العقد، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، مج1، ع1، كلية القانون، جامعة بابل.

33. نغم حنا رؤوف، العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الاوربية،مقال باسم العقود النموذجية والاستثمارات الأجنبية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد14،العدد6، حزيران2007.

34. هالة صلاح الحديثي، النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة، بحث منشورفي مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، المجلدالثاني، العدد الاول، 2009.

35. هاني صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، مجلة القانون والاقتصاد (مجلة دورية تصدرعن كلية الحقوق جامعة القاهرة)، العدد 72، 2002م.

36. هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، بحث منشور على شبكة الانترنيت :

http://www.fichier-pdf.fr/2016/07129/md09/md09.pdf.

3: الرسائل والمذكرات:

- **رسائل الدكتوراه:**

1. حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، القاهرة. 1975م.

2. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان- 2016/2015.

3. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلي مجلس كلية القانون، جامعة بغداد،2000.

4. زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة جامعية 1990.

5. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.

6. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، كليةالحقوق- جامعة الجزائر1، 2015- 2016م.

7. عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015-2016م.

8. عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1998م.

9. عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1981م.

10. عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

11. عرعارةعسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، 2014- 2015.

12. عصمت عبد الحميد، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسية، جامعة بغداد، 1978.

13. فؤاد الدرادكه، الشرط الجزائي، (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة محمد بن عبد الله، فاس – المغرب، 1995م.

14. محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2002- 2003

15. المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.

16. نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية ك عقد البيع نموذجاً"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، الرباط، 2004 – 2005.

17. وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود BOT"وهوإتفاق بين الدولة وشركة متخصّصة من شركات القطاع الخاص، توكل بموجبه الدولة الى الشركة مهمة القيام بأعمال تدخل في نشاطات القطاع العام، " وما يماثلها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، 2008.

- **مذكرات الماجستير:**

1. بلهوشات خديجة، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي-2017/2016.

2. بن عامر أمينة، حماية المستهلك في عقد البيع، مذكّرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 1998م.

3. بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفيةفي عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي– أم البواقي- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011-2012.

4. جواد محمود أحمد محرز: " الشرط الجزائي بين الفقه و القانون "، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين،2009م.

5. حسيبة شتيوي، الحماية القانونية لحقوق المؤلف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2015- 2016.

6. زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر

7. سهي نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة بيرزيت، كلية القانون والإدارة العامة، فلسطين.

8. شيماء مصطفى الشيخلي، عقد الإذعان، رسالة ماجيستير كلية الحقوق، جامعة النهرين،2000.

9. الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد، رقم: 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2013-2014.

10. علي ماجد صاحب، العقد النموذجي،دراسة مقارنة، دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009م.

11. علي نوري، العقود التجارية للطاقة الكهربائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2001م.

12. فريدة لبان، مبدأ حسن النية في الانعقاد، أطروحة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر،2009.

13. ليلي حدوم، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير مقدمة لمعهد الحقوق والعلوم الادرارية، 2000-2001م.

14. مسعودة بلخضر، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية،2006.

15. نصيرة خلوى عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنيت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية

1-Les ouvrages :

1- Alain BENABENT ، Droit civile ، les obligations ، 9e édition ، 2003 ، Montchrestien ،

2- CALAIS – AULOY (J) et STEINMETL (F) ، droit de la consommation 5 eme ed ، dolloz ،2000.

3- R. CABRILLAC ، droit des obligations.4eme éd ، Dalloz 2000.

4- Christian LARROUMET ، Droit Civile ، Tome 3 ، les obligations ، Contrat ، 3° édition, 2018.

5- Ch. LARROUMET ، Droit civil- tome III- les obligations – le contrat - 3ème éd Dalloz 1996.

6- G. BERLIOZ ، Le Contrat d'adhésio ; Paris ، 2° éd., 1976 ، préface

7- Didier Le Masson ، Les Incoterms ، colloque du centre de Droit des obligations de l' universite de paris l. Decembre 1989 (La convention de vienne sur la vente internationale et les Incoterms) ، L.G.D.J.

8- J.GHESTIN ، Traité de droit civil – la formation du contrat – 3ème édition ، LGDJ 1993.

9- Jean-Pierre Pizzio ; La protection des consommateurs par le droit commun des obligations R.TD 1988 ، janv-mars

10- Nathalie Rzepecki ، droit de la consommation et théorie générale du contrat ، paum 2002 ،

11- Pierre Malinverni ، Les conditions generales de vente et les contrats ، types des chambers syndicales ، L.G.D.J ، paris ، 1978.

12- Schmidt (j.) le prix du contract de fourniture :1985

13- W. David Slawson Standard Form Contracts & democratic Control of Law making Power Harvard Law Review 84 (1971).

14- Georges. BERLIOz, Le Contrat d'adhésion ،2eme édition, paris; L.G.D.J. ،1976 ، preface de berthold goldman.

15- Ali Filali ،le droit de la consommation une adaptation du droit commun des contrats ، Les annales de l'Université d'Alger 1 ،tome2 ،N°27 ،2015.

16- louis josserand , cours de droit civil positif français , 3eme édition, paris1938,.

17- JEAN HAUSER, Jacques LEMOULAND, Ordre public et bonnes mœurs répertoire civil ، DALLOZ ،2 édition.

18- Andre Guyomer; Etienne Morin, commerce international ،Paris ،Dolloz ،1992.

فهرس المحتويات

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة..... 2

الباب الأول: الإطار المفاهيمي للعقود النموذجية 7

الفصل الأول: ماهية العقود النموذجية. 9

المبحث الأول: مفهوم العقود النموذجية..... 10

المطلب الأول: تعريف العقود النموذجية..... 10

الفرع الأول: العقد المطبوع مسبقاً لغة واصطلاحا..... 11

الفرع الثاني: تعريف الفقهاء للعقود النموذجية..... 12

المطلب الثاني: تمييز العقود النموذجية عن الأنظمة المشابهة..... 17

الفرع الأول: التمييز بين العقود النموذجية والشروط العامة..... 18

الفرع الثاني: التمييز بين العقود النموذجية والقوانين النموذجية..... 20

الفرع الثالث: التمييز بين العقود النموذجية وعقود الإذعان..... 21

الفرع الرابع: التمييز بين العقود النموذجية وعقد المعاوضة..... 35

المطلب الثالث: التطور التاريخي للعقود النموذجية 36

الفرع الأول: نشأة وتطور العقود النموذجية..... 37

الفرع الثاني: أسباب انتشار العقود النموذجية..... 39

المبحث الثاني: أطراف العقود النموذجية وسلطة أرادتها..... 43

المطلب الأول: أطراف العقود النموذجية..... 43

فهرس المحتويات

الفرع الأول: أطراف العقود النموذجية الإدارية..... 43

الفرع الثاني: أطراف العقود النموذجية المدنية..... 44

المطلب الثاني: سلطان الإرادة في العقود النموذجية. 50

الفرع الأول: ماهية سلطان الإرادة..... 51

الفرع الثاني: أثر العقود النموذجية على إرادة طرفي العقد..... 56

الفصل الثاني: مضمون العقود النموذجية 61

المبحث الأول: التنوع الشكلي والطبيعة القانونية للعقود النموذجية. 62

المطلب الأول: التنوع الشكلي للعقود النموذجية..... 62

الفرع الأول: العقود النموذجية من حيث صياغتها..... 62

الفرع الثاني: العقود النموذجية من حيث صدورها..... 65

الفرع الثالث: أنواع العقود النموذجية من حيث بنودها..... 66

المطلب الثاني الطبيعة القانونية للعقود النموذجية..... 68

الفرع الاول: الاتجاهات المنكرة لصفة العقدية..... 70

الفرع الثاني: الاتجاهات المؤيدة لصفة العقدية..... 73

المطلب الثالث: خصائص العقود النموذجية:..... 73

الفرع الأول: العقود النموذجية من عقود حسن النية..... 75

الفرع الثاني: العقود النموذجية من العقود الموجهه..... 77

الفرع الثالث: العقود النموذجية من عقود الاعتبار الشخصي..... 77

الفرع الرابع: العقود النموذجية ذات هيكل تنظيمي سابق..... 77

المبحث الثاني: التأصيل الواقعي للعقود النموذجية..... 79

المطلب الأول: المشاكل التي تواجهة اعداد العقود النموذجية والحلول المقترحة..... 79

فهرس المحتويات

الفرع الأول: المشاكل التي تصادف وضع العقود النموذجية الدولية: 79

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لحل هذه المشاكل..... 81

المطلب الثاني: تقدير وتقييم العقود النموذجية..... 82

الفرع الأول: مزايا العقود النموذجية..... 83

الفرع الثاني: عيوب العقود النموذجية..... 85

الفرع الثالث: تقييم دور العقود النموذجية..... 87

الباب الثاني: العقود النموذجية مأوى الشروط التعسفية 91

الفصل الأول طرق إبرام العقود النموذجية وعلاقتها بالشروط التعسفية 93

المبحث الأول: طرق إبرام وتحرير العقود النموذجية وتطبيقاتها. 93

المطلب الأول: طرق إبرام العقود النموذجية..... 93

الفرع الأول: إبرام العقد النموذجي بالاتفاق..... 93

الفرع الثاني: إبرام العقد النموذجي بنص القانون..... 96

المطلب الثاني: طرق تحرير العقود النموذجية وتطبيقاتها..... 99

الفرع الأول: تحرير العقود النموذجية بواسطة أطراف العقد..... 99

الفرع الثاني: تحرير العقود النموذجية بواسطة الغير..... 104

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية وأثرها على التوازن العقد في العقود النموذجية..... 107

المطلب الأول: التعريف بالشروط التعسفية وأنواعها وتمييزها..... 107

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية 107

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة..... 111

الفرع الثالث: أنواع الشروط التعسفية ونطاق سريانها..... 116

المطلب الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي..... 121

فهرس المحتويات

الفرع الأول: أثر الشروط التعسفية على مبدأ حرية التعاقد..... 121

الفرع الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن العقدي..... 122

الفرع الثالث: أثر الشروط التعسفية على صحة العقد..... 123

المطلب الثالث: معايير وصف الشرط التعسفي وتفسير الشروط التعسفية في العقود النموذجية... 125

الفرع الأول: معاير التعسف في القواعد العامة..... 125

الفرع الثاني: العناصر التي تعد شروط تعسفية بموجب القانون رقم 04/02..... 130

الفصل الثاني: الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية 135

المبحث الأول: الآليات القانونية التي تكفل الحماية المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية..... 136

المطلب الأول: إمكانية تطبيق نظريات الفقه المدني علي الشروط التعسفية في العقود النموذجية.. 136

الفرع الأول: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط لتعسفية 137

الفرع الثاني: دور نظرية السبب في مواجهة الشروط التعسفية 141

الفرع الثالث: دور مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق في مواجهة الشروط التعسفية..... 143

المطلب الثالث: التجارب الدولية لمقاومة الشروط التعسفية في ظل التجارب الوطنية والدولية145.....

الفرع الأول: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة الفرنسية..... 145

الفرع الثاني: مقاومةالشروط التعسفية في ظل التجربة الجزائرية..... 149

الفرع الثالث: مقاومة الشروط التعسفية في ظل التجربة المغربية..... 153

المبحث الثاني: الآليات القانونية التي تكفل الحماية غير المباشرة لإرادة المتعاقد في العقود النموذجية من الشروط التعسفية..... 158

المطلب الأول: دور الالتزامات القانونية في مواجهة الشروط التعسفية..... 158

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في مواجهة الشروط التعسفية..... 158

الفرع الثاني: مهلة التفكير كآليةاستثنائية للوقايةمن اختلال التوازن..... 168

فهرس المحتويات

المطلب الثاني: دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية..... 174

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي وتعديل الشروط التعسفية 174

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير الشروط التسعفية..... 178

الفرع الثالث: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي التعسفي..... 181

الخاتمة..... 189

المراجع 194

الفهرس

ملخص باللغة العربية:

العقود النموذجية ليست ظاهرة حديثة فحسب، وإنما هي طريقة قديمة درج الناس منذ القدم ان يستخدموها عند إبرام عقود معينة، فقد كانت هذه العقود تنصب على أنواع معينة من المعاملات المالية مثل عقود النقل وعقود التأمين.

أصبحت العقود النموذجية أكثر انتشارا في الآونة الأخيرة نظرا لما يتطلبه العصر الحالي من سرعة في المعاملات في أقصر مدة و أقل جهد مع تحقيق الغاية المراد الوصول اليها، و بالرغم أنها ليست عقودا بالمعنى الفني الدقيق بل مجرد شكل نموذجي يكون بحكم طبيعته قابل للتطبيق على علاقات قانونية غير محددة سلفا إلا أنها أصبحت تغطي جل أنواع المعاملات و لا تقتصر على نوع معين ولعل هذا ما يميزها عن باقي العقود وجعلها ظاهرة تستحق البحث والدراسة لما تثيره من مشكلات كثيرة في الحياة العملية من حيث تكييفها والرقابة عليها ومدى الزاميتها، وتفسيرها هل يكون بالرجوع إلى البنود المطبوعة أو إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وطريقة إدماجها في العقود التي تبرم على منوالها، هذا وتعمل العقود النموذجية على توحيد الأنظمة القانونية التي تحكم العقود و تعتبر وسيلة ناجعة لعلاج جميع المشكلات المتعلقة بالعقود ولاسيما العقود المدنية و التجارية التي تنصب موضوعاتها على أمور فنية أو تقنية تتطور بسرعة كبيرة.

باعتبارها أمر يواكب مقتضيات الوقت الحالي، هذا و تعد العقود النموذجية من الوسائل الفعالة في الرفع من سرعة التبادل وتوفير تكاليف التعاقد واختصار الوقت وتجنب الأخطاء الشائعة في العقود لما تتميز به من دقة ووضوح.

Summary:

The model contracts are not only a recent phenomenon ، but are an old method used to conclude contracts. These contracts focused on certain types of financial transactions such as contracts of transport and insurance contracts.

The model contracts became more prevalent in Recently ، due to the current time required by the speed of transactions in the shortest time and less effort to achieve the goal to be reached ، and although they are not contracts in the strict technical sense ، but only a typical form is by nature applicable to legal relations not specified in advance ، Cover This is what distinguishes it from the rest of the contracts and makes it a phenomenon worthy of research and study of the many problems it raises in the practical life in terms of adaptation ، control and the extent of its obligation ، and its interpretation whether by reference to the printed items or to the real will of the contractors ، The model contracts work to unify the legal systems that govern the contracts and are considered an effective way to remedy all the problems related to contracts ، especially civil and commercial contracts whose subjects focus on technical or technical matters that develop very rapidly.

As it is in line with the requirements of the present time and the typical contracts are effective ways to increase the speed of exchange and save the costs of contracting and shorten the time and avoid mistakes common in the contracts because of its accuracy and clarity.

Résumé:

Les contrats types ne sont pas seulement un phénomène récent ، ils constituent également une méthode ancienne utilisée pour conclure des contrat Ces contrats étaient axés sur certains types d'opérations financières ، tels que les contrats de transport et les contrats d'assurance.

Les contrats types sont devenus plus répandus récemment ، en raison du temps requis par la rapidité des transactions ، de la rapidité d'exécution et de la réduction des efforts nécessaires pour atteindre l'objectif à atteindre. Bien qu'il ne s'agisse pas de contrats au sens technique strict ، forme typique est par nature applicable aux relations juridiques non spécifiées à l'avance ، Couverture C'est ce qui le distingue du reste des contrats et en fait un phénomène digne de la recherche et de l'étude des nombreux problèmes qu'il soulève dans la vie pratique en termes d'adaptation ، le contrôle et l'étendue de son obligation ، et son interprétation ، soit par référence aux éléments imprimés ، soit à la volonté réelle des contractants ، Les contrats types ont pour objectif d'unifier les systèmes juridiques qui régissent les contrats et sont considérés comme un moyen efficace de remédier à tous les problèmes. les problèmes liés aux contrats ، en particulier les contrats civils et commerciaux dont les sujets portent sur des questions techniques ou qui évoluent très rapidement.

Comme il est conforme aux exigences du moment et que les contrats typiques sont des moyens efficaces d'accroître la rapidité des échanges ، d'économiser les coûts de la sous-traitance et de réduire les délais et les erreurs commises dans les contrats du fait de leur précision et de leur clarté.

ملخص باللغة العربية:

العقود النموذجية ليست ظاهرة حديثة فحسب، وإنما هي طريقة قديمة درج الناس منذ القدم ان يستخدموها عند إبرام عقود معينة، فقد كانت هذه العقود تنصب على أنواع معينة من المعاملات المالية مثل عقود النقل وعقود التأمين.

أصبحت العقود النموذجية أكثر انتشارا في الآونة الأخيرة نظرا لما يتطلبه العصر الحالي من سرعة في المعاملات في أقصر مدة و أقل جهد مع تحقيق الغاية المراد الوصول اليها، و بالرغم أنها ليست عقودا بالمعنى الفني الدقيق بل مجرد شكل نموذجي يكون بحكم طبيعته قابل للتطبيق على علاقات قانونية غير محددة سلفا إلا أنها أصبحت تغطي جل أنواع المعاملات و لا تقتصر على نوع معين ولعل هذا ما يميزها عن باقي العقود وجعلها ظاهرة تستحق البحث والدراسة لما تثيره من مشكلات كثيرة في الحياة العملية من حيث تكييفها والرقابة عليها ومدى الزاميتها، وتفسيرها هل يكون بالرجوع إلى البنود المطبوعة أو إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وطريقة إدماجها في العقود التي تبرم على منوالها، هذا وتعمل العقود النموذجية على توحيد الأنظمة القانونية التي تحكم العقود و تعتبر وسيلة ناجعة لعلاج جميع المشكلات المتعلقة بالعقود ولاسيما العقود المدنية و التجارية التي تنصب موضوعاتها على أمور فنية أو تقنية تتطور بسرعة كبيرة.

باعتبارها أمر يواكب مقتضيات الوقت الحالي، هذا و تعد العقود النموذجية من الوسائل الفعالة في الرفع من سرعة التبادل وتوفير تكاليف التعاقد واختصار الوقت وتجنب الأخطاء الشائعة في العقود لما تتميز به من دقة ووضوح.

Summary:

The model contracts are not only a recent phenomenon ، but are an old method used to conclude contracts. These contracts focused on certain types of financial transactions such as contracts of transport and insurance contracts.

The model contracts became more prevalent in Recently ، due to the current time required by the speed of transactions in the shortest time and less effort to achieve the goal to be reached ، and although they are not contracts in the strict technical sense ، but only a typical form is by nature applicable to legal relations not specified in advance ، Cover This is what distinguishes it from the rest of the contracts and makes it a phenomenon worthy of research and study of the many problems it raises in the practical life in terms of adaptation ، control and the extent of its obligation ، and its interpretation whether by reference to the printed items or to the real will of the contractors ، The model contracts work to unify the legal systems that govern the contracts and are considered an effective way to remedy all the problems related to contracts ، especially civil and commercial contracts whose subjects focus on technical or technical matters that develop very rapidly.

As it is in line with the requirements of the present time and the typical contracts are effective ways to increase the speed of exchange and save the costs of contracting and shorten the time and avoid mistakes common in the contracts because of its accuracy and clarity.

Résumé:

Les contrats types ne sont pas seulement un phénomène récent ، ils constituent également une méthode ancienne utilisée pour conclure des contrat Ces contrats étaient axés sur certains types d'opérations financières ، tels que les contrats de transport et les contrats d'assurance.

Les contrats types sont devenus plus répandus récemment ، en raison du temps requis par la rapidité des transactions ، de la rapidité d'exécution et de la réduction des efforts nécessaires pour atteindre l'objectif à atteindre. Bien qu'il ne s'agisse pas de contrats au sens technique strict ، forme typique est par nature applicable aux relations juridiques non spécifiées à l'avance ، Couverture C'est ce qui le distingue du reste des contrats et en fait un phénomène digne de la recherche et de l'étude des nombreux problèmes qu'il soulève dans la vie pratique en termes d'adaptation ، le contrôle et l'étendue de son obligation ، et son interprétation ، soit par référence aux éléments imprimés ، soit à la volonté réelle des contractants ، Les contrats types ont pour objectif d'unifier les systèmes juridiques qui régissent les contrats et sont considérés comme un moyen efficace de remédier à tous les problèmes. les problèmes liés aux contrats ، en particulier les contrats civils et commerciaux dont les sujets portent sur des questions techniques ou qui évoluent très rapidement.

Comme il est conforme aux exigences du moment et que les contrats typiques sont des moyens efficaces d'accroître la rapidité des échange, ، d'économiser les coûts de la sous-traitance et de réduire les délais et les erreurs commises dans les contrats du fait de leur précision et de leur claret.