

## سلطة القاضي في عقد الإذعان -دراسة مقارنة-

عبد الرحمان حديبي (1)

(1) طالب دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة،  
الجزائر.

البريد الإلكتروني: [abderrahmanehadibi1626@gmail.com](mailto:abderrahmanehadibi1626@gmail.com)

### الملخص:

كفل المشرع الجزائري حماية للطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في عقد الإذعان، وهذا من  
الطرف القوي الذي يتمتع بسلطة احتكارية من خلال فرض إرادته على الراغبين في التعاقد دون التمكن من  
مناقشة هذه الشروط، وعليه سنحاول من خلال هذا المقال البحث في سلطة القاضي التي منحه إياها المشرع  
لتحقيق هذه الحماية، من خلال تقسيم البحث إلى مبحثين.

### الكلمات المفتاحية:

مكافحة الشروط التعسفية، عقود الاستهلاك، عقود الإذعان، الشروط التعسفية.

تاريخ إرسال المقال: 2023/08/13، تاريخ قبول المقال: 2023/10/29، تاريخ نشر المقال: 2023/12/31.

لتهميش المقال: عبد الرحمان حديبي، "سلطة القاضي في عقد الإذعان-دراسة مقارنة-"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14،  
العدد 02، السنة 2023، ص ص 93-104.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: حديبي عبد الرحمان، [abderrahmanehadibi1626@gmail.com](mailto:abderrahmanehadibi1626@gmail.com)

## The Judge Authority of in the Contract of Submission -a Comparative Study -

### Summary:

The Algerian legislature has guaranteed protection for the submissive party, being weak in the compliance contract compared to the dominant that enjoys certain monopoly power by imposing their will on contractors without negotiating conditions. Therefore, the two parts of this research tries to investigate the judge's authority in granting this protection.

### Keywords:

Forecasting unfair terms, consumer contracts, adhesion contracts, unfair terms.

## Le pouvoir du juge dans le contrat d'adhésion - étude comparative-

### Résumé:

Le législateur algérien a garanti la protection de la partie soumise, étant faible dans le contrat d'adhésion par rapport à la dominante qui jouit d'un certain pouvoir de monopole en imposant sa volonté aux entrepreneurs sans négocier les conditions. Par conséquent, les deux parties de cette recherche tentent d'enquêter sur l'autorité du juge dans l'octroi de cette protection.

### Mots clés:

Prévision des clauses abusives, contrats de consommation, contrats d'adhésion, clauses abusives.

## مقدمة

لقد كان للعوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية والذي تبعه القيام باحتكار قانوني أو فعلي تأثير على العلاقة التعاقدية من خلال تزايد النشاط، جزاء اتساع رقعة النزعة الفردية، وانتشار الصناعات الكبيرة التي جاء بها النظام الرأسمالي، حيث ساد الاحتكار بفعل ظهور مؤسسات وشركات تجارية ضخمة تمتلك الإمكانيات المالية والاقتصادية، مما جعلها في مركز قوة وانفرادها بتحديد شروطها وصياغة مضمونها دون مناقشة من الطرف الآخر الذي لا يملك سوى الرضوخ والإذعان لها، وهي العقود التي اصطلح عليها تسمية عقود الإذعان.

أدى ظهور هذه العقود إلى خلق نوع من التفاوت بين الأطراف المتعاقدة، وبالتالي عدم تساوي المراكز القانونية للمتعاقدين، وذلك من خلال تعسف الطرف القوي في شروط العقد، حيث يتمتع فيها الطرف القوي بسلطة احتكارية من خلال فرض إرادته على الراغبين في التعاقد دون التمكن من مناقشة هذه الشروط سوى الإذعان من قبل الطرف الضعيف الذي ما عليه إلا القبول أو الرفض لبند العقد جملة وتفصيلا، وهذه الشروط مجحفة وواسعة الانتشار سيما مع العوامل الاقتصادية.

سمحت التطورات الاقتصادية والاجتماعية بتفرد أحد طرفي العلاقة في إعداد وصياغة شروط العقد سلفا دون أن يكون هناك تفاوض أو مناقشة من قبل الطرف الآخر، وهي شروط تتعلق بتكوين العقد وتنفيذه. نتيجة لذلك، ظهرت الحاجة إلى إيجاد الوسائل والآليات التي تستهدف حماية المذعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان من خلال استحداث نظام قانوني خاص بحماية المذعن من هذه الشروط التعسفية.

أدى الوضع سالف الذكر بالمشعر للبحث عن سبل إيجاد توازن لهذه العلاقة العقدية، لكون هذه العقود تبرم في مناخ يتسم بالتفوق من أحد الطرفين والرضوخ بالنسبة للطرف الآخر، بفرض رقابة قضائية على صحة مرحلة إبرام العقد، وعلى هذا الأساس نطرح إشكالية البحث على النحو التالي: إلى أي مدى تسمح سلطة القاضي في عقد الإذعان بمواجهة الشروط التعسفية التي يتضمنها؟

للإجابة على هذه الإشكالية وانسجاما مع البحث القانوني اتبعنا الخطة التالية متبعين منهجا وصفيا وهذا من خلال استعراض النصوص القانونية والمواقف والآراء الفقهية التي عالجت إشكالية البحث، وفقا لخطة ثنائية مقسمة إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى نشأة عقد الإذعان، في حين تم تخصيص المبحث الثاني لدراسة صور تدخل القاضي في عقد الإذعان.

## المبحث الأول: نشأة عقد الإذعان

لقد أدى التطور الاقتصادي لا سيما بعد الثورة الصناعية إلى احتكار بعض السلع والخدمات من خلال هيمنة الشركات الضخمة، وأضحت بذلك هذه الأخيرة تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة معينة ومن

ثم فرض شروطها المجحفة والمعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها. يضاف إلى هذا وجود عوامل مادية تمثلت في تكلفة إعداد العقود والتي دفعت بالمتعاقدين إلى قبول العقود المطبوعة لسرعتها وهذا نظرا لما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة سيما في المجال التجاري والاستعمال الواسع لوسائل الاتصال الحديثة. يظهر جليا بأن دراسة عقد الإذعان من الناحية القانونية يستوجب التطرق لموضوع عقد الإذعان باعتباره مصدرا لبعض الاختلافات الفقهية التي تؤثر على الحلول القانونية المعتمدة من طرف الجهات القضائية. وعلى هذا الأساس، ارتأينا التطرق إلى ضرورة ضبط تعريف عقد الإذعان ضمن المطلب الأول، ثم إلى الطبيعة القانونية لهذا العقد في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: عن ضرورة ضبط تعريف عقد الإذعان

يعرّف عقد الإذعان بأنه العقد الذي ينفرد فيه الموجب بوضع شروطه مسبقا، ويفرضها بصورة موحدة، بالنسبة للكافة، ولا يكون هناك مجال للمناقشة فيها، بل عليهم إما القبول أو الرفض، كما هو الحال في عقود النقل بالسكك الحديدية وتوريد المياه والكهرباء، والهاتف وغيرها<sup>1</sup>، ويشير جانب من الفقه الجزائري في تعريفه: بأنه ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة<sup>2</sup>. يطلق على عقود الإذعان تسمية عقود الانضمام (contrats d'adhésion) باللغة الفرنسية، وهي أقرب إلى المعنى الفرنسي وأشمل من عقد الإذعان لأن الإذعان لا يعدو أن يكون في حالة خاصة من الانضمام ولا حاجة للعدول عن معنى اللفظ الفرنسي إلى معنى آخر<sup>3</sup>، ويصفها البعض بالعقد المزعوم نظرا لغياب المفاوضة وسياقه بإرادة منفردة<sup>4</sup>. وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن عقد الإذعان هو: العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلقا بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدود النطاق<sup>5</sup>.

مما سبق، تبدو ضرورة التحكم في عناصر تعريف عقد الإذعان من أجل تحديد نطاق تدخل القاضي بدقة، باعتبار ذلك خروجاً عن القواعد العامة للعقد، إذ يمكن التأكيد على أنّ عقد الإذعان يشمل على عنصرين:

<sup>1</sup> عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2008، ص440.

<sup>2</sup> لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص31.

<sup>3</sup> زاهية حورية سي يوسف، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 1، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008، ص1.

<sup>4</sup> GHESTIN Jacques, *Traité de droit Civil, la formation de contrat*, 3<sup>éd</sup>, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 214.

<sup>5</sup> عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص440.

أولهما عنصر الاحتكار الاقتصادي، بحيث يكون الموجب في وضع اقتصادي احتكاري وخضوع المتعاقد لشروط العقد من خلال غياب القدرة على المناقشة فيما يتعلق بشروط العقد، فالنفوذ الاقتصادي يعد سببا في انفراد الموجب بوضع شروط العقد، وأمام هذا الاحتكار يضطر المتعاقد الآخر إلى القبول الاضطراري أي العنصر القانوني، وهذا هو العنصر الثاني في عقد الإذعان وإن كان التفاوض ليس شرطا لصحة العقد<sup>6</sup>، الأمر الذي دفع بالفقه -على حق- بالاعتداد بالعنصرين معا<sup>7</sup>.

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين<sup>8</sup>، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى إنكار الطابع التعاقدى لعقد الإذعان فيرون فيه مركزا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة ويمثل هذا الاتجاه أغلبية فقهاء القانون العام وعلى رأسهم "سالي" و"دوجي" و"هوريو" وهذا بحجة انعدام التفاوض بين المتعاقدين على قدم المساواة وأنها قاصرة على إرادة منفردة تضع شروطها مسبقا ولا تقبل المناقشة فيها، كما أن إرادة المتعاقدين لا تصدر عن إرادة واختيار بحيث يكون فيها القبول اضطراريا.

أما الاتجاه الثاني: فيؤكد على الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان لأن ضعف أحد المتعاقدين أمام الآخر هي ظاهرة اقتصادية لا قانونية وأن المساواة القانونية متحققة في عقد الإذعان ولا يمكن تلافيا<sup>9</sup>، كما أنّ التراضي متحقق، وأنّ الطرف المذعن يتعاقد بدون إجبار أو إكراه، وأن علاج الشروط التعسفية التي يضعها الموجب والتي تؤدي إلى التفاوت الاقتصادي لا تؤدي إلى إنكار صفة العقد على عقد الإذعان، بل يجب تقوية الطرف الضعيف حتى لا يكون محل استغلال من قبل الطرف القوي وذلك عبر وسيلة اقتصادية تتمثل في اجتماع المستهلكين على مقاومة تعسف المحتر، وأخرى تشريعية تتمثل في تدخل المشرع في تنظيم عقود الإذعان<sup>10</sup>، ومن ثم لا يمكن للقاضي تفسير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الجانب الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> BENCHENEB Ali, *Le droit algérien des contrats*, édition AJED, Alger, 2011, p. 39.

<sup>7</sup> محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، 2007، ص 81.

<sup>8</sup> لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 33.

<sup>9</sup> عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 69.

<sup>10</sup> سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006، ص 179.

<sup>11</sup> حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الكتاب الأول، شركة التايمس للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص 143.

يبدو أنّ المشرع الجزائري قد سار مع الاتجاه الثاني الذي يسلم بالطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان، فأشار إلى ذلك في المادة 70 من القانون المدني<sup>12</sup> والمقابلة للمادة 100 من القانون المدني المصري والمادة 104 من القانون المدني الأردني بقوله: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

## المبحث الثاني: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان

أجاز المشرع الجزائري للقاضي تحقيقا للعدالة العقدية التدخل في عقد الإذعان بتوفير الحماية من خلال تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وهو ما نتناوله في المطلب الأول، ثم بيان دور القاضي في تفسير الشروط التعسفية وهو ما نعالجه في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تدخل القاضي في توفير الحماية تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

خروجاً عن القوة الإلزامية للعقد الواردة في المادة 106 من القانون المدني، أجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية وذلك لحماية الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في العقد، على أساس الإنصاف<sup>13</sup>، وهذا بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 149 من القانون المدني المصري التي نصت بقولها: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". هذا النص ورد لإقامة التكافؤ بين التزامات أطراف العقد<sup>14</sup>.

### الفرع الأول: اعتماد المشرع الجزائري على النصوص الخاصة لتعريف الشرط التعسفي

اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى الشروط التعسفية في القواعد العامة من خلال المادة 110 من القانون المدني دون تعريفها، بل جاء هذا التعريف في القواعد الخاصة من خلال القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>15</sup> في المادة 3 منه ضمن الفقرة الخامسة التي نصت على أنه: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". وهذا على غرار المشرع الفرنسي الذي عرّف الشرط التعسفي في القانون الصادر بتاريخ 10/01/1978 والخاص بحماية المستهلك بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهني، أو المستهلك من

<sup>12</sup> أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتعلق بالقانون المدني، ج ر عدد 78.

<sup>13</sup> BENCHENEB Ali, op.cit., p. 151.

<sup>14</sup> LAHLOU-KHIAR Ghenima, "La protection du contractant faible : entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation", *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, volume 50, n° 2, p. 213.

<sup>15</sup> قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج. عدد 21 صادر في 27 يونيو 2004.

خلال التعسف في استخدام سلطته الاقتصادية وتسمح لهذا الأخير بالحصول على ميزات مبالغ فيها قبل المهني". أما عن الفقه فقد أشار إلى أنّ وصف الشرط التعسفي ينبغي أن يشمل على عنصرين أولها: شخصي يتمثل في التعسف في استخدام القوة الاقتصادية انطلاقاً من الخبرة والاحترافية التي يتمتع بها المهني في مجال التعاقد، إذ أنّ المهني يفرض إرادته وشروطه على الطرف الضعيف في العقد باعتباره ضعيف الخبرة والتجربة. أما العنصر الثاني فهو عنصر موضوعي يتعلق بالميزة الفاحشة، ويتم تقدير الميزة الفاحشة أو عدم التوازن بالنظر لمجموع العقد لا لشروط محدد بعينها<sup>16</sup>.

### الفرع الثاني: إشكالية عبء إثبات وصف التعسف في الشرط

يقع عبء إثبات وصف "التعسف" في الشرط على عاتق المستهلك أو غير المهني باعتباره المدعي، ويُعد هذا المعيار نتيجة منطقية للمعيار الأول، فاستعمال النفوذ والقدرة الاقتصادية هي التي أدت إلى الحصول على هذه الميزة الفاحشة<sup>17</sup>، ومن أمثلة الشروط التعسفية ما يشترطه الموجب على المذعن من شروط تنقل أعباءه، مثل شرط تقييد حق المذعن في إبداء الدفوع، أو شرط الحد من حريته في التعاقد مع الغير. يبقى في الأخير للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار الشرط تعسفياً أم لا، بما أنّ المسألة من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع، كما لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، إذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته النظام العام ولو أجازت لانعدامت الحماية التي هدف إليها المشرع من هذا الحكم<sup>18</sup>.

### الفرع الثالث: مجال تدخل قاضي الموضوع في التعديل والإعفاء من الشرط التعسفي

يُعترف للقاضي بسلطة تعديل العقد<sup>19</sup> في عقد الإذعان والتي تخرج مبدئياً عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير، وهذا بحد ذاته يُعد قيداً من القيود الواردة على سلطان الإرادة<sup>20</sup>، غير أنّ هذه السلطة أداة فعالة لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في العقد خصوصاً المفروضة من قبل المؤسسات أو

<sup>16</sup> أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 262.

<sup>17</sup> مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2015، ص 50.

<sup>18</sup> عبد المنعم فرج الصدة، "عقد الإذعان"، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، العدد 1، ص 252.

<sup>19</sup> يقصد بتعديل العقد في الاصطلاح، إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصر، أو بند من بنوده وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك على أن يصل هذا التغيير في أقصى مده إلى إزالة العقد أو نقضه أو القيام بالإنقاص منها أو الزيادة. راجع: الخطيب محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ص 1.

<sup>20</sup> علي مصباح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 48.

الشركات الاحتكارية على المستهلكين، ذلك أن أحد الطرفين في عقد الإذعان ينفرد بوضع شروط التعاقد مما يعني إمكانية وجود التعسف، الأمر الذي جعل المشرع يخرج عن القوة الملزمة للعقد<sup>21</sup>.

يلاحظ على نص المادة 110 من القانون المدني أن سلطة القاضي جوازية، مما يجعلنا نشك في أن القاضي حر في أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها،<sup>22</sup> غير أن هذا مناقض للفقرة الأخيرة التي نصت على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك، لأن صلاحية القاضي في حماية الطرف المذعن من النظام العام، وهذا لتوفير الحماية للطرف الضعيف والحد من سيطرة الطرف القوي في عقد الإذعان. لأن القول بغير ذلك يعني أنها حماية صورية<sup>23</sup>، وهذا قصور من المشرع في منح سلطة جوازية وليست وجوبية للقاضي بل إن الفقه الفرنسي يجيز للقاضي التدخل من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به الطرف المذعن<sup>24</sup>.

أما سلطة القاضي في الإلغاء، فتتمثل في رقابة القاضي الموضوع على إلغاء الشرط التعسفي، وهو سلاح خطير في يد قاضي الموضوع الذي يستطيع بموجبه -إذا ما تبين له وجود الشرط التعسفي- أن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه<sup>25</sup>، إذ يرى جانب عن الفقه أن رقابة الإلغاء هي أشد جرأة من رقابة التعديل<sup>26</sup>، غير أن المعيار الذي يتم في أعمال سلطة القاضي الحمائية في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية حماية للطرف المذعن، هو معيار مطلق وغامض، ذلك أن المشرع لم يحدد الوسائل المتبعة في هذا الشأن، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك وفقا لما تقضي به العدالة.

في هذا الصدد، يشير جانب من الفقه إلى أن هذا المعيار مطلق وغامض ورغم ذلك لا مانع من القول أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم والبعد عن التعسف وهذا إحساس طبيعي يحرك القاضي في تعديله أو إلغائه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان<sup>27</sup>، ويقوم

<sup>21</sup> رمضان وليد صلاح مرسى، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 691.

<sup>22</sup> تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري كان يجيز في السابق للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي بما يرفع عنه وصف التعسف أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، غير أن المشرع المصري تبنى في نص المادة ما يتيح للقاضي بالإضافة إلى سلطة إعفاء المذعن من الشرط التعسفي عن طريق استبعاده وليس فقط عن طريق إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه. راجع: جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 243.

<sup>23</sup> سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، 1992، ص 20.

<sup>24</sup> CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 9<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2015, p. 178.

<sup>25</sup> سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 15.

<sup>26</sup> فودة عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 362.

<sup>27</sup> سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 17.

بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشرط وبيان مقتضيات العدالة، فإذا كشف بحسب تقديره شرطا تعسفيا في العقد، جاز له التدخل لتعديله بما يزيل أثر هذا التعسف أو إلغاء الشرط التعسفي وفقا لما تقتضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد<sup>28</sup>.

### المطلب الثاني: دور القاضي في تفسير الشروط التعسفية

إضافة لسلطة التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية في عقد الإذعان، منح المشرع للقاضي سلطة في تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان وهذا طبقا للمادة 112 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى".

ويراد بالتفسير: تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به<sup>29</sup>. يجد التفسير أهميته من خلال البحث في انعقاد العقد وفي صحته وفي تحديد آثاره وذلك للوقوف على إرادة كل من المتعاقدين وما إذا كان هناك تطابق بين الإرادتين وما ينتج عنها لتحديد الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد من خلال تحديد مضمون العقد. وتعتبر مسألة تفسير العقد من مسائل الواقع وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث اعتبرت أن تأويل العقود من صلاحية محكمة الموضوع بهدف البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها، يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد، ومتى كان ذلك استوجب الرفض<sup>30</sup>. غير أن تقدير الوقائع الخاصة في العقد يقتضي أن يكون صائبا وسليما ويستند إلى أسباب كافية بما هو ثابت في وقائع الدعوى دون تحريف للوقائع، وإلا أدى ذلك إلى قصور في التسيب والتعليل، لأن قاعدة تسيب الأحكام هي قاعدة جوهرية في الأحكام إذ يقتضي وجوب اشتغال الحكم القضائي على الأسباب التي بني عليها حكمه لذلك يجب على القاضي بيان الأسباب والأسانيد القانونية التي دعت به إلى استخلاص النية المشتركة

<sup>28</sup> معوض فؤاد محمود، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية، في الفقه الإسلامي، مع الإشارة لموقف القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، القاهرة، ص 262.

<sup>29</sup> عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، القاهرة، 1977، ص 219.

<sup>30</sup> قرار الغرفة العقارية، ملف رقم 149300، قرار مؤرخ في 1997/03/27، المجلة القضائية، العدد 2، تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 1997، ص 51.

للمتعاقدين حتى لا يعرض حكمه للنقض لمخالفته التسبب، كما أن مسألة تكييف العقد هي أيضا مسألة قانون لا يستقبل بها القاضي وحده، كأن يكون التكييف بدون أساس قانوني<sup>31</sup>.

فالأصل أنه عند الشك تفسر العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المدين، ولكن استثناء من ذلك عقود الإذعان حيث يكون هذا التفسير في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، وتبرير هذا الاستثناء هو أن الطرف القوي في عقد الإذعان ينفرد بتحرير عقد الإذعان كما أن لديه من الوسائل ما يستطيع أن يورد به عبارات واضحة، فإذا شابها غموض كان ذلك راجعا إليه وعليه تعود تبعته<sup>32</sup>.

فإذا تضمن عقد الإذعان في عباراته غموضا تعذر إيضاها عن طريق التفسير، فإن الشك لا يصح تفسيره لمصلحة المدين، بل يجب تفسيره لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا<sup>33</sup>، فإذا تضمن عقد الإذعان شروطا غامضة كعقد التأمين وعقد العمل، ولم يستطع القاضي تبديد هذا الغموض بوسائل التفسير المتاحة والممكنة، وظل الشك قائما، فيجب على القاضي في هذه الحالة تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن أي المستأمن أو العامل وذلك في كل الأحوال، ذلك أن الطرف الضعيف ليست له القدرة على صياغة أي شرط من شروط العقد حتى تلك التي تبدو لصالحه، لما يتمتع به الطرف القوي من هيمنة لا يستهان بها<sup>34</sup>.

وقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد الوصول إلى نتيجة محدودة بموجب قواعد التفسير الأصلية<sup>35</sup>، بمعنى أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهار إرادة الطرفين فلا محل لتطبيق هذه القاعدة، ويجب التقيد بأحكام العقد. واستنفاذ كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة المشتركة، وهذا رغم استخدام وسائل التفسير.

كما يمكن أيضا تبرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في أن المتعاقد الآخر وهو الطرف القوي هو الذي وضع شروط التعاقد، وكان يستطيع أن يفرض على الطرف المذعن شروطا واضحة لا غموض فيها، فإن لم يفعل ذلك فإنه يؤخذ بخطئه وتقصيره ويتحمل هو تبعه الغموض الذي تسبب فيه<sup>36</sup>. وما يبرر هذه القاعدة هي اعتبارات العدالة، إذ أن عقد الإذعان على نقيض عقد المساومة يفترق على عنصر المناقشة لشروط العقد فيقتصر دور القابل فيه على التسليم بما عليه من إيجاب في صورة شروط مكتوبة عادة ومن ثم فإن أحد

<sup>31</sup> حوجو يمينه، "سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد"، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2013، تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، ص 76 و 77.

<sup>32</sup> علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 63.

<sup>33</sup> أحمد محمد الشريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، ص 134.

<sup>34</sup> سعيد عبد السلام، المرجع السابق، 255.

<sup>35</sup> أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 206.

<sup>36</sup> عبد الدايم حسني محمود، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص 197.

المتعاقدين هو سيد العقد في الواقع، بينما الآخر هو المذعن له، سواء كان هذا الإذعان قانونيا أو فعليا فليس ثمة إرادة حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي نلمسه في عقود المساومة<sup>37</sup>.

هذا ويثور التساؤل أنه متى يكون المذعن دائنا؟ أجب البعض على ذلك أن المذعن يكون دائنا إذا قام بتنفيذ التزامه ولم يقم الموجب الطرف القوي بتنفيذ التزامه، أو في حالة قيام الموجب بتنفيذ التزاماته أولا<sup>38</sup>. كأن يتعاقد شخص "مورد" مع مستشفى لتوريد الأغذية ويقوم هذا الشخص بتوريد الأغذية إلى المستشفى وبالمقابل لم يقم المستشفى بتنفيذ التزامه بدفع الثمن فعلا، فالمستشفى في هذا العقد هو الطرف القوي من خلال إصدار إيجاب محدد الشروط وإلى الكافة، والمورد في هذا العقد باعتباره الطرف الضعيف أو المذعن هو الدائن فإذا قام نزاع بين الطرفين حول شرط من شروط العقد وعرض النزاع على القاضي بحيث لم يتمكن القاضي من التوصل إلى المقصود من الشرط أو الإرادة المشتركة للمتعاقدين وقام الشك، فهنا يتوجب على القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن والذي هو دائن من خلال هذا المثال.

### خاتمة

لقد وفق المشرع الجزائري في إضفاء حماية قانونية متوازنة للطرف المذعن في عقد الإذعان، وهذا بهدف تحقيق العدالة ومتطلبات استقرار المعاملات لأجل حماية الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية، وبذلك فالعقد لم يعد يحظى بالقوة الإلزامية بمجرد إبرامه بل يرتبط بتحقيق العدالة العقدية، الأمر الذي يعني تراجع مبدأ سلطان الإرادة على صعيد التصرف القانوني وظهور بجانبه مبدأ التوجيه القانوني للتصرف القانوني من قبل المشرع، فأصبح بذلك العقد عبارة عن أداة ووسيلة قانونية يضعها المشرع بيد الأشخاص في المجتمع من أجل تحقيق مصالحهم الخاصة في ضوء المصلحة العامة، الأمر الذي يعني أن نظرية العقد قد شهدت تحولا جذريا من حيث فلسفتها بعد أن كان ينظر إلى العقد على أنه تطابق الإرادتين من أجل إحداث آثار قانونية أصبح ينظر إليه على أنه ظاهرة اجتماعية، حتى لا تستبد الإرادة فتنشأ علاقات قانونية غير متكافئة دون النظر للمصلحة العامة أو العدالة خاصة، خاصة وأن هذا النوع من العقود قد انتشر في عصرنا الحالي المتميز بظاهرة استهلاكية محضه دخت في ضروريات حياتنا كعقد العمل، وعقد التأمين، وهي العقود التي تتميز بالتحريم الانفرادي لشروطه وعدم جواز مناقشته الأمر الذي يعني أن مبدأ الحرية التعاقدية المترتب عن مبدأ سلطان الإرادة قد تراجع بسبب التطورات الحديثة التي أفرزها واقع المعاملات التجارية وبالتالي اختلال التوازن بين الأداءات التعاقدية، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يسعى إلى البحث عن إعادة التوازن العقدي المفقود من خلال البحث عن مبادئ جديدة تكفل تحقيق ومواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان

<sup>37</sup> محمد عبد الرزاق محمد، "تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد 3، 2011، ص 158.

<sup>38</sup> المرجع نفسه، ص 157.

ومعالجة اللامساواة بين الأطراف المتعاقدة بصفة عامة، الأمر الذي أدى إلى ظهور مبادئ جديدة منها المساواة العقدية والتضامن بين المتعاقدين، والتوازن العقدي للوصول إلى المصلحة المشتركة ومنها المصلحة العامة، وتراجع المبادئ الكلاسيكية للعقد المتمثلة في مبدأ الحرية التعاقدية، مبدأ حسن النية، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وهنا نسجل ضرورة تدارك المشرع للنقص الوارد في المادة 110 من القانون المدني المتمثل في منح سلطة جوازية وليست وجوبية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها من قبل القاضي لتحقيق حماية قضائية فعالة، متى ثبت وجود التعسف من قبل الطرف القوي وذلك لتحقيق التوازن العقدي.

ومن خلال دراستنا في هذا البحث لموضوع "سلطة القاضي في عقد الإذعان، دراسة مقارنة، يمكن أن نشير إلى ما توصلنا إليه من نتائج على النحو التالي:

- أن رغبة المشرع في تحقيق التوازن العقدي من خلال عقد الإذعان قد تجلت في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها إلا أن الحماية الحقيقية والفعالة تكون من باب أولى في إلغاء هذه الشروط واعتبارها كأن لم تكن مع استمرار العقد صحيا.

- فيما يتعلق بتفسير الشروط التعسفية فإن نص المادة 112 من القانون المدني قد اشترط ألا يكون تفسير هذه الشروط ضارا بمصلحة الطرف المذعن، إلا أن الحماية الفعالة والحقيقية هي أن تكون بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مدينا.

وفي الأخير يمكن الإشارة إلى ما توصلنا إليه من اقتراحات:

- ضرورة تدارك المشرع للنقص الوارد في المادة 110 من القانون المدني المتمثل في منح سلطة جوازية وليست وجوبية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها من قبل القاضي، وذلك لتحقيق حماية قضائية فعالة، متى ثبت وجود التعسف من قبل الطرف القوي تحقيقا للتوازن العقدي والحد من التعسف في عقود الإذعان.

- ضرورة توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية لتشمل جميع العقود المتضمنة مثل هذه الشروط حتى لا تقتصر بذلك بسط الحماية فقط على عقود الإذعان مع تحديث الأحكام المتعلقة بتفسير هذه العقود.