جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبتين

إرناتن وسام

دموش نبيلة

إشراف الأستاذة

عرعار الياقوت

لجنة المناقشة

الأستاذ: بوسعيدة دليلة.....رئيسًا

الأستاذة: عرعار الياقوت ....مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذ: ركروك راضية.....عُضْوًا

السنة الجامعية

2017/2016

شـــكـــر وتـــقـــديـــر

قال تعالى: "وإذ تأذّن ربّكم لئن شكرتم لأزيدنّكم" [سورة إبراهيم الآية 7].

الشكر الأول والآخر والظاهر والباطن لله سبحانه وتعالى الذي أتانا من العلم ما لم نكن نعلم، ومنحنا الصبر والعقل لإتمام هذا العمل، وما توفيقنا إلا من الله رب العالمين.

نتوجه بجزيل الشكر والعرفان للأستاذة الفاضلة المشرفة "عرعار الياقوت".
تقديرا لمجهوداتها الجبارة وتوجيهاتها القيمة، تثمينا لعطائها الدائم، وقبولها الإشراف على هذه المذكرة رغم انشغالاتها، فملاحظاتها كانت سراجا أنارت دربنا للبحث.

جزيل الشكر لأساتذتنا المحترمين الذين تفضلوا وقبلوا مناقشة هذا العمل المتواضع، شرف لنا أن نستقي من علمهم ومعارفهم لإثراء هذا البحث.

كما نتوجه بأسمى عبارات الشكر لكل أساتذتنا بجامعة أكلي محند أولحاج بويرة، وكذا أعوان المكتبة.

لكل من أعاننا من قريب أو من بعيد لإنهاء هذا العمل تتقدم بخالص تشكراتنا.

إهـــــداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

الشمعة المحترقة من أجلنا، بوتقة التجربة ونبراس الحكمة الذي تنحني هامتي له خجلا وأحمل اسمه بكل افتخار "أبي العزيز".

إلى منبع الحب وصدر الحنان التي ربت وكافحت وسهرت المعطاءة بلا انتهاء، إلى طعم السكر وعبق الريحان " أمي الحبيبة ".

إلى من عليهم أستند وأعتمد في الحياة، وأشد بهم أزري ومدوا لي يد العون والمساعدة "أختي وإخواني".

إلى من كان مشجعا لي معنويا وماديا منذ أن عرفتني به الحياة "زوجي الكريم".

إلى من شاركتني في انجاز هذا العمل صديقتي" دموش نبيلة".

إلى كل من عرفتني بهم الدراسة، وكانوا أنسا لي في دربي صديقاتي خاصة جهيدة، نعيمة، فايزة.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل وأسأل الله أن يجمعنا في مستقر رحمته ودار كرامته وجناته جنات النعيم، إنه خير مأمول، وأكرم مسؤول.

وســـام

إهداء

إلى من بلّغ الرسالة وأدى الأمانة و نصح الأمة إلى نبي الرحمان و نور العالمين سيّدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

بتوفيق من الله أهدي هذا العمل المتواضع إلى عائلتي نور دربي و مقلة عيني و تاج يرفع شأني و يزيد من قدري:

إلـــــى من كافح لتعليمي و سهل لي الطريق إلى من دعمني طيلة مشواري حفظه الله و رعاه أبي العزيز " علي " أطال الله عمره وحفظه لنا.

إلـــــى التي الجنة تحت قدميها ، التي سهرت لتربيتي رمز الحب و الحنان قرة عيني أمي الحبيبة " زهرة" أدامها الله تاج فوق رؤوسنا حفظها وراعاها الله لنا.

إلى إخوتي اللذين لا تحلو الحياة إلاّ بوجودهم " نبيل ،عادل و لمين" إخوتي الأعزاء أدامهم الله لنا.

إلـــى من قاسمتني في هذه المذكرة صديقتي " ارناتن وسام"

إلـــى صديقاتي رفيقات دربي الشموع المضيئة الأخوات التي لم تلدهن أمي الوفيات المعطاءات " فايزة، صبرينة، لطيفة، جهيدة، ليليا، نسيمة، رميسة، و لامية" و أخص الذكر "امينة " التي سهرت معي و ساعدتني كثيرا.

إلـــــى من نساهم قلمي و تذكرهم قلبي.

إلـــى كل من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي.

نبيلة

قائمة المختصرات

د.ط : دون طبعة.

ج.ر : جريدة رسمية.

د.ب.ن : دون بلد النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

ط : طبعة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ق.ت.ج : قانون تجاري جزائري.

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

ق.م.ف : قانون مدني فرنسي.

ق.م.م : قانون مدني مصري.

مقدمة

إن الإنسان في الأصل لا تقيده أي رابطة قانونية، فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقيل ما يشاء من الشروط التي يتضمنها العقد، وبالتالي فإن العملية التعاقدية تقوم على مبدأ المساومة الحرة بين أطراف العقد، في كل مرة تكون فيها أمام نشاط اقتصادي محدود بحيث يكون لديهما من الوقت متسعا لإجراء المناقشات والمفاوضات ، فإذا ما تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما تم الاتفاق بينهما، وينعقد العقد بمجرد توافق الإرادتين، فالأصل إذن في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، فإذا ما انعقد العقد فإنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، فالعقد شريعة المتعاقدين، حسبما يستفاد من القانون المدني الجزائري في نص المادة 106.[1]

ولكن مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي ظهرت أنواع من العقود لسلع وخدمات تسيطر عليها الحكومات، فلا نجد الخدمة أو السلعة إلا في هذه المؤسسة، مع أنها من ضروريات الحياة الحديثة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فتضع تلك المؤسسة الشروط كما تريد بالثمن الذي تحدده، ويجد القابل نفسه مضطرا للانضمام لتلك العقود ولا يستطيع التغيير أو المناقشة في الشروط أو الثمن.

وعليه فإن الثورة الصناعية قامت بقلب الموازين وظهرت الفوارق الاجتماعية وتفاوتت تبعا لذلك مراكز الأطراف المتعاقدة، وتحول بذلك مبدأ سلطان الإرادة، الذي كان يشكل أداة العدالة والمساواة إلى وسيلة ضغط وظلم، وهكذا أفرزت القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد الأطراف نتيجة سلطة الاحتكارية نموذجا قانونيا جديدا للعقود وهو عقد الإذعان،[2] فهو من الأمور المستجدة في مجال المعاملات المالية، فهذا النوع من العقود قد خرج عن المبدأ العام في التعاقد الذي يتسم بإجراء العقود بحرية التفاوض والمساومة، فنجد القبول فيه مجرد إذعان لما يمليه الموجب، أي أنها من صيغ العقود التي تعتمد على استخدام نموذج للعقد يعده أحد طرفي العلاقة بصورة منفردة وعلى الطرف الآخر القبول والتسليم والإذعان.

---

[1] المادة 106 من الأمر رقم 75- 58 المعدل و المتمم، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.م.م ، ج ر، عدد 78،الصادرة في 30 سبتمبر1975، ص 19، تنص على أنه : " **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون** ".

[2] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، د.ط ، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 2.

ومن بين العوامل التي ساهمت في نشوء عقد الإذعان، اتساع دائرة النشاط الاقتصادي والصناعي التي حصلت خلال القرن التاسع عشر، ومبدأ الحرية التعاقدية، وإضافة إلى عوامل قانونية، ساهمت في بروز عقد الإذعان منها تدخل المشرع في منع شروط معينة، وإدخال شروط إلزامية، وترتيب الآثار على مخالفتها، وظهور الجماعات الضاغطة كالاتحادات المهنية والنقابات التي استطاعت أن تقف موقفا مماثلا، سواء لأرباب العمل أو للدولة بفرضها لعقود نموذجية يتم التعاقد على أساسها.[1]

وأول من لفت الانتباه إلى هذه العقود هو الفقيه " سالي "في فرنسا عندما لاحظ أن محتواها كان يفرضه في الواقع أحد المتعاقدين على الآخر ويرى في إنجازه إرادة أحادية الجانب تملي قانونها على جماعة، واستنتج من ذلك أنه يجب تفسيره كقانون بمعنى الكلمة.[2]

وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصلها كل من الفقه والقضاء، فالفقه قد خصص دراسات طويلة لهذا العقد، كذا القضاء عني بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد.[3]

ويعتبر الفقيه السنهوري أول فقيه عربي أطلق على هذه العقود مصطلح عقود الإذعان، وتكليلا لهذه الجهود الفقهية نظم القانون المدني عقود الإذعان ضمن موضوعاته لتصبح بذلك جزءا من تقسيمات العقود.[4]

وكما ذكرنا سابقا أن عقود الإذعان يعدها طرف واحد، ويضمنها بالشروط المحققة لغاياته والمرجحة لمصلحته على مصالح الطرف الآخر، أي أن هذه العلاقات تقوم جميعها على أساس صيغ جاهزة للعقود تعد مسبقا ولا تتضمن إمكانية المفاوضة على الشروط، فالقابل

---

[1] هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 9.

[2] جاك غستان، المطول في القانون المدني، (تكوين العقد)، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د ب ن، 2000، ص 234.

[3] لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن،د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 11.

[4] إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية،د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 27.

ليس له إلا أن يأخذ أو يدع فهو مضطر للقبول نظرا لحاجته للتعاقد على شيء لا غنى عنه فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه.

ونظرا لذلك نجد أن أغلب التشريعات تنادي بضرورة حماية الطرف المتعاقد عن طريق إقامة التوازن العقدي، ذلك أن عدم المساواة بين المتعاقدين قد حولت طبيعة دور العقد، فبدل أن يكون وسيلة التفاوض والتشاور الذي يحقق مصلحة المتعاقدين، أصبح نظاما قانونيا تمليه إرادة منفردة ترغب في تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح وسيلة لتسيير المنشآت الاقتصادية.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في كون هذه العقود أضحت أكثر العقود استعمالا وتداولا بين الناس، وتعددت مجالاتها، وكونها تختص بالسلع والخدمات اليومية الضرورية التي يحتاجها الناس، ولا غنى لهم عنها، وكذلك تتجلى الأهمية بالبحث في كيفية الحد من هيمنة الطرف القوي وتصحيح الوضع، وإعادة التوازن العقدي لعقود الإذعان، في حال تضمن هذا الأخير شروطا تعسفية أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة، بغية رفع التعسف والضرر الذي قد يلحق بالطرف المذعن، على نحو يحقق مصلحة المجتمع بأسره.

وتهدف دراسة موضوعنا إلى محاولة ايجاد كل الحلول والسبل الموجهة لحماية الطرف الضعيف في العقد والتخفيف من الظلم الذي يتعرض له.

ومن أهم أسباب اختيار موضوع عقود الإذعان في القانون المدني وبالتحديد من الناحية الموضوعية والذاتية، فمن الناحية الموضوعية في كون هذا الموضوع موضوعا جديدا مقارنة بالمواضيع التقليدية الأخرى، وكذلك في كون الطرف الضعيف في هذا العقد لا يحظى بحماية قانونية فعالة وشاملة نظرا لما يتعرض إليه من شروط تعسفية خارقة في حقه وهذا عكس الطرف القوي الذي يتمتع بالقدرة الفنية والمالية.

أما الأسباب الذاتية تتجلى في الرغبة والميل لدراسة نظرية العقد وبالأخص عقود الإذعان ورغبتنا في تنبيه الجهات المختصة بالتدخل على الأقل لإزالة أو التقليل من الإجحاف الذي يقع فيه القابل.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ماهو النظام القانوني لعقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ؟ أو بعبارة أخرى هل يخضع عقد الإذعان لنفس الأحكام التي تخضع لها سائر العقود ؟

للإحاطة بكل جوانب الموضوع والإجابة على الإشكالية،اعتمدنا على المنهج الوصفي والتحليلي، حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يعد أول خطوة لدراسة موضوع عن طريق وصف وجمع المعلومات الدقيقة لهذا النوع من العقود.

والمنهج التحليلي الذي يهدف لرد محتوى الفكرة إلى عناصرها الأولية من خلال تحليل المعلومات والنصوص القانونية الواردة في القانون المدني للوصول إلى فكرة أعمق وأدق عن الموضوع.

وعلى أساس ما تم تقديمه، قسمنا الموضوع إلى فصلين، بحيث نتطرق إلى ماهية عقود الإذعان **كفصل أول،** وتم تقسيمه إلى مبحثين، نتناول مفهوم عقود الإذعان في **المبحث الأول،** في حين تم التطرق للإطار القانوني لعقد الإذعان في **المبحث الثاني.**

أما **الفصل الثاني** فتمت عنونته بالحماية القانونية للطرف المذعن وطرق انقضاء عقد الإذعان

نتطرق إلى الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد الإذعان في **المبحث الأول،** وانقضاء عقود الإذعان **كمبحث ثان.**

الفصل الأول

ماهية عقود الإذعان

عرف العالم منذ بداية القرن العشرين العديد من التحولات في مختلف مجالاتها الاقتصادية والاجتماعية، بحيث تميز هذا العصر بكثرة الإنتاج وتنوع السلع والخدمات مما أدى ذلك إلى إحداث فجوة بين المتعاملين، مما يحتم وجود تفاوت في المراكز القانونية بين هذه الأطراف أي وجود طرف قوي وطرف ضعيف، ومن هذا المنطلق ظهرت الحاجة إلى حماية الطرف الضعيف في التعاقد وبناءا على هذا تناولنا في هذا الفصل لمفهوم عقود الإذعان **كمبحث أول** وذلك لإزالة الغموض عن عقد الإذعان، ثم نتطرق إلى الإطار القانوني لعقد الإذعان في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول

مفهوم عقود الإذعان

إن الإنسان بطبيعته يميل للعيش في جماعة، والجماعة تحدث بين أفرادها معاملات ومن ضمن هذه المعاملات العقود، ونجد من بين هذه العقود عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، وهو من صميم الدراسات التي يجب البحث فيها بعناية كبيرة، وإن كان يرتبط بدراسة العقد و أنواعه بصفة عامة إلّا أن له وصفا خاصا بالنسبة للنظرية العامة للعقد.

ولذلك من أجل إعطاء صورة واضحة لمفهوم عقد الإذعان لابد من معرفة هذا العقد، وكيفية تكوينه، وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتطرق إلى تعريف عقد الإذعان في **المطلب الأول**، ثم نتناول كيفية تكوين عقود الإذعان في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

التعريف بعقود الإذعان

عقد الإذعان من العقود المستجدّة يدخل ضمن تقسيمات العقود، ولتحديد تعريف عقد الإذعان يتطلب معرفة خصائص هذا العقد التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى، كما يجب أن يحتوي عقد الإذعان على العناصر الجوهرية التي لا ينعقد بتخلفها، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى مقصود بعقود الإذعان **كفرع أول**، والخصائص التي يتميز بها العقد **كفرع ثان**، و ننتهي بالشروط التي يجب توفرها في هذا العقد **كفرع ثالث**.

الفرع الأول: المقصود بعقود الإذعان

قبل أن نتطرق إلى المقصود بعقود الإذعان تجدر الإشارة إلى التعريف بالعقد أولا الذي هو الربط بين طرفي الشيء، أو هو الربط بين كلامين، وسنتطرق ثانيا إلى تعريف عقد الإذعان، الذي هو العقد الذي يمليه أحد المتعاقدين على الآخر فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري دون مناقشة منه.

من هذا المنطلق سنذكر في هذا الفرع تعريف عقد الإذعان في اللغة، ونعرفه أيضا من الجانب الاصطلاحي ونذكره أيضا وفق ما عرفه بعض الفقهاء .

أولا: معنى عقد الإذعان لغة:

إذعان: [ذ ع ن] مصدر أذعن.

2- لم يكن أمامه إلا الإذعان لحكم المحكمة: الخضوع والانقياد.

2- الإذعان بالحق والإقرار به.[1]

إذعان Soumission = Adhésion

« Les contrats d'adhésion, dans lequels il y a la prédommance exulusive d'une seule volonté, agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi, non plus a un individu, mais a une collectivité indéterminée et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi même ». [2]

ثانيا: معنى عقد الإذعان اصطلاحا:

هو العقد الذي يسلم فيه القابل (المستهلك) بشروط مقررة يصنفها الموجب (التاجر ومن في حكمه) ولا يقبل المناقشة فيها فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه أو لافتراض الاندفاع بتأثر الإكراه بمجرد إثبات حدوث الضغط المعلوم أو المفروض العلم به، إلا إذا أثبت هذا الطرف انتفاء الإكراه.[3]

كما يعرف أيضا عقد الإذعان على أنه عقد يملي فيه أحد المتعاقدان شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر.[4]

---

[1] المعجم الوسيط، معجم عربي، معجم اللغة العربية بالقاهرة، القاهرة، ط 3، 1998.

[2] Berlioz (g), Le contrat d'adhésion, these, 2e Ed LGDJ, paris, 1976.

[3] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، د. ط ، منشأة دار المعارف الإسكندرية، مصر، د. س. ن ، ص 23، 24.

[4] علي فيلالي، التزامات النظرية العامة للعقد، ط . 3، موفم للنشر، الجزائر، 2003، ص 82.

في حين عرفه اتجاه آخر على أنه عقد يقوم أحد المتعاقدان فيه بوضع الشروط العقدية، والآثار التي تترتب على العقد ولا يسمح للطرف الآخر في أن يناقشها، وذلك بما يتمتع به الطرف الأول من احتكار فعلي أو قانوني، ويقتصر دور العاقد الآخر على الإذعان والتسليم لهذه الشروط العقدية والآثار إذا ما رغب في إبرام العقد فهو غير مسموح له في مناقشة أي من الشروط، فإما أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها، فالعاقد المذعن في العقد يكون في حاجة ماسة إلى التعاقد مع الطرف الأول، أي الطرف المذعن له كامل الحرية في أن يتعاقد أولا يتعاقد وعلى الأقل يبدو كذلك من حيث الظاهر أو من حيث الواقع الفعلي فهو في حاجة إلى التعاقد وقد تكون حريته موضع مناقشة، فيكون القبول لهذا التعامل منطويا من ناحية مبدئية على إرادة حرة في إبرام العقد ولكن القبول دون أدنى شك يكون في الواقع سليما بشروط مفروضة عليه من قبل الطرف الآخر القوي اقتصاديا والذي يتمتع بحكم الواقع بمركز يسمح له بفرض شروطه.

فرضاء الطرف الضعيف من حيث تطبيق القواعد العامة في التراضي يعد رضاء سليما يمكن أن يتم بعد انعقاد العقد صحيحا، بعدم اقترانه بعيب من عيوب التراضي وبالتحديد لا يمكن القول بأن رضاء العاقد قد شابه عيب الإكراه، ولكن في المقابل لا يمكن أن ينكر لأن هذا الطرف الضعيف (المذعن)، أي كانت إراداته أضعف من أن تقابل إرادة الطرف القوي وتناقشه في الشروط وتفاوضه في ذلك، وأنه كثيرا ما يكون قد اضطر إلى قبول التعاقد بشروط الطرف القوي تحت ضغط الحاجة أو السلعة التي انصب عليها[1].

ثالثا: معنى عقد الإذعان فقها:

اختلفت الآراء الفقهية في تعريف عقد الإذعان نذكر منها ما يلي:

1/ عرف جاك غستان عقد الإذعان: " أن عقد الإذعان هو انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله ".[2]

---

[1] ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج.1، د. ط ، وائل للنشر والتوزيع، الأردن ، د. س. ن ، ص 160،161.

[2] جاك غستان، المرجع السابق، ص 97.

2/ كما عرفه الدكتور لعشب محفوظ بأنه: " العقد الذي يُعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة ".[1]

3/ في حين عرفه الدكتور حسام الدين الأهواني بأنه: " العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا لصورة مجردة وعامة قبل الفترة العقدية ".

4/ كما جاء فقهاء الشريعة المعاصرون بتعريفات مقاربة لتعريفات القانونيين ومن تلك التعريفات نذكر أنه: " صيغة من صيغ الإبرام تعمد على استخدام نموذج نمطي للعقد، يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر، الذي ليس له إلا الموافقة عليها كما هو ... ".

5/ وعرفه أيضا الدكتور محمد الغزالي على أنه: "عقد الإذعان فرع شائع من العقود، يقع على منفعة من المنافع العامة الضرورية كالكهرباء والماء تخضع لاحتكار جهة معينة، فيقوم هذا المحتكر بعرض هذه الخدمة على المحتاجين إليها بشروط وتفاصيل ينفرد بوضعها "[2] .

ملاحظة:

أما بالنسبة للتعريف التشريعي فإن المشرع الجزائري لم يعط تعريف خاص لعقد الإذعان وإنما اكتفى فقط بالإشارة إليه في نص المادة 110 ق. م. ج.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان

الأصل في التعاقد حرية المتعاقد في المناقشة والمساومة، ولكن هناك نوعا من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد للطرف الثاني، إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ومن هنا يكون قبوله أقرب إلى التسليم والإذعان منه إلى الرضاء السليم، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا الفرع إلى خصائص عقد الإذعان التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى.

---

[1] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 31.

[2] احمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ،رسالة ماجستير في الفقه و أصوله ،كلية القانون ،جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة ،2008، ص 31،32

من خلال التعريفات السابقة نستخلص أن عقد الإذعان يتميز بالخصائص التالية:

أولا: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور، بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم، كما الحال في توريد المياه والكهرباء وكذلك الانتقال.

ثانيا: أن يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة سواء كان احتكارا قانونيا أو فعليا.

ثالثا: أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها للجمهور وفق شروط مُقررة سلفًا، ولا يقبل نقاشا فيها، والغالب أن تكون شروطًا مطبوعة وهي في مصلحة الموجب،إذ تخفف من المسؤولية العقدية لأحد المتعاقدين، وتشدد مسؤولية الطرف الآخر. ومن أمثلة على عقود الإذعان عقد النقل الذي تبرمه مصلحة السكك الحديدية أو شركات الملاحة والطيران، وعقد العمل بين الشركات الكبرى والعمال وعقد التأمين، وعقد الاشتراك في الهاتف.[1]

رابعا: يتعلق العقد بالسلع أو المرافق والخدمات التي تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلكين أو المنتفعين والتي لا يمكن الاستغناء عنها في الحياة اليومية لمجموع الناس وليس لفرد بعينه بحيث يظهر أولئك الناس الرغبة في التعاقد بشأن تلك السلع أو الخدمات حتى ولو كانت الشروط مجحفة وجائرة، أما تقرير ما إذا كانت السلعة أو الخدمة ضرورية وأساسية فإن قاضي الموضوع هو الذي له سلطة تقديرها باعتبارها مسألة من مسائل الواقع.

خامسا: احتكار الموجب لهذه السلعة أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا وعلى الأقل يسيطر عليها سيطرة بحيث لا يتعرض فيها إلا لمنافسة محدودة النطاق، أو لا يتوفر لاحتكار ولكن تضعف المنافسة وتتوحد الشروط التي يتم بها التعامل بين من يمارس ذلك النشاط والعمل، كما هو الحال في عقود التأمين والعمليات المصرفية، إذ تكاد هذه العقود التي تعد من قبل كثير من الشركات أو البنوك، أن تكون متطابقة بحيث لا يجدي التنقل بين شركة وأخرى أو بنك وآخر نفعا للبحث عن شروط أفضل أو شروط مختلفة فهي متشابهة أو تكاد تكون متشابهة.

سادسا: أن يكون الإيجاب فيها مُوجها إلى كافة الناس وبشروط مماثلة لمدة غير محدودة.

---

[1] محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط، 4، دار الهدى، الجزائر، 2006- 2007، ص 123، 124.

سابعا: يكون الإيجاب فيها مطبوعا وبصيغ ونماذج عقدية وهي غالبًا معقدة ويصعب على الشخص المتوسط فهمها.

ثامنا: تكون الشروط الواردة في العقد أكثرها في مصلحة الموجب، فمنها ما يخفف من مسؤولية ومنها ما يشدد في مسؤولية الطرف المذعن.[1]

الفرع الثالث: شروط عقد الإذعان

الرضا ركن جوهري في العقد و من صفاته انه ثنائي أو أكثر حسب تعداد أطراف العقد،ولا يكون التراضي صحيحا إلا إذا كان صادرا من إرادة سليمة، غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة و هي الغلط و التدليس و الإكراه،و عقد الإذعان كسائر العقود تطبق عليه القواعد العامة و هذا حسب المادة 78 ق.م.ج [2]التي تنص على انه:"**كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون**".

وعلى هذا الأساس ظهرت الحاجة إلى حماية الطرف الضعيف من العيوب في عقد الاذعان، حيث سنتناول في هذا الفرع الإذعان عن طريق الغش **(أولا)**، والإذعان الجبري **(ثانيا)**.

أولا: الإذعان عن طريق الغش

إن الإذعان عن طريق الغش يتضمن نصيبا من الثقة وتكون الثقة نتيجة غش من الموجب سواء تجاهلا منه أو تعمدا في ذلك.

وحفاظا على عدم تعويض المبدأ الذي يقوم عليه هذا الإذعان باعتباره أداة اقتصادية فإنه من الضروري ترتيب جزاء على هذا الغش، وعندما لا يكون الغش عمديا أو من الصعب إقامة الدليل على صفته العمدية فإن القضاء يجنح إلى الغلط والتدليس. [3]

1/- الغلط:

تناولته المواد من المادة 81 إلى المادة 85 من ق.م.

---

[1] محمد ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 232، 233.

[2] المادة 78 من القانون 05- 10 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المؤرخ في 20 يونيو 2005،ج.ر 44، الصادرة في 26 يونيو 2005.

[3] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص84.

أ/- تعريف الغلط:

الغلط عبارة عن وهم تلقائي يقع فيه المتعاقد حين إبرامه للتصرف تجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته.[1]

كما يصطلح أيضا على الغلط، أنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، وما كان ليتعاقد لو علم الحقيقة وقد اشترطت المادة 81 ق.م .ج في الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا.[2]

كما عرفه اتجاه آخر على أنه: "اعتقاد يخالف الحقيقة، يتولد في ذهن الشخص فيحمله على التعاقد، وما كان ليتعاقد لو علم بالحقيقة ".[3]

وأيضا يعرف الغلط أنه وهم ذاتي أو تلقائي يقوم في ذهن المتعاقد يدفعه للتعاقد بحيث لا يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، وهو ما اصطلح عليه بالغلط الجوهري.[4]

ب/- شروط الغلط:

يشترط في الغلط ليعتد به هو أن يكون الغلط جوهريا.

و ليكون الغلط جوهريا: لا يكفي أن يقع متعاقد في غلط كيفما كان، بل لابد أن يكون الغلط جوهري أي بلغ حد من الجسامة يمتنع معه المتعاقد المعنى من إبرامه فيما لو تبين له من أول الأمر أن يكون ذلك الغلط هو الدافع إلى إبرام العقد، ولا يشترط هنا أن يشترك المتعاقدان في الواقع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف ولو جهله الثاني، وبهذه الكيفية يكون المشرع قد بسط حمايته على المتعاقد الذي وقع في غلط، كما أنه حمى الطرف الآخر بحيث اشترط أن يبلغ حدا من الجسامة، بحيث لا يفاجئ بتمسك المتعاقد معه البطلان لكونه قد وقع في غلط فيهدم بذلك العقد بكل سهولة. [5]

---

[1] دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د . ط ، دار العلوم العربية ، الجزائر، 2004،ص22 .

[2] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د . ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د . س . ن، ص79.

[3] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2002.

[4] سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، ط.1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر، 2009، ص50.

[5] دربال عبد الرزاق المرجع السابق، ص22.

ج/- أنواع الغلط:

قسمت النظرية التقليدية التي ورثت عن القانون الفرنسي القديم الغلط التلقائي أو البسيط إلى ثلاثة أنواع، جعلت لكل نوع منها أثراً:

النوع الأول: الغلط المانع

الغلط الذي يمنع قيام العقد و يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً،هو الذي يعدم الرضا إذ يقع في ماهية العقد ، أو في ذاتية محل الالتزام، أو في سببه، و في هذه الحالة يحول دون إنشاء العقد[1].

وفي حالة وقوع الغلط في ماهية العقد يمنع نشوء تصرف بانعدام الإرادة، ذلك أن إرادة طرفي التصرف لم تتوافقا: فإحداهما انصرفت إلى إبرام عقد معين مثلا، بينما انصرفت الأخرى إلى عقد آخر. ومثال ذلك من يسلم لآخر مبلغًا من النقود على سبيل الوديعة، و يأخذ الآخر على سبيل القرض.

ويتحقق أيضا الغلط في ذاتية محل الالتزام مثلا إذا أراد الشخص بيع عقار له ويرتضي آخر الشراء، و هو يعتقد أن البائع يريد ببيعه عقارا آخر. ففي هذه الحالة أيضا ينعدم التراضي نظراً لعدم توافق إرادة الطرفين على الشيء محل الالتزام.

أما الغلط في سبب الالتزام يحدث هذا مثلا إذا تعهد وارث بدفع مبلغ من النقود إلى شخص معين تنفيذا لوصية المورث، ثم يظهر بطلان الوصية أو أن الموصى كان قد رجع فيها قبل موته. ففي هذا المثال يتوهّم الشخص وجود سبب لالتزامه، في حين أن هذا السبب غير موجود ولذلك فلا نعقد العقد لتخلف ركن من أركان هو سبب الالتزام[2].

النوع الثاني: الغلط المعيب للرضا

وهو الغلط الذي يشوب الرضا، ويترتب عليه أن يقع العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، أي يكون قابلاً للإبطال لمصلحة من وقع في الغلط، ويتصور في الحالتين:

---

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1 ، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص101.

(2) محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، من ص.ص 15 - 17.

الأولى في مادة الشيء، والثانية في الشخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار[1].

في الحالة الأولى يكون الغلط في مادة الشيء و يكون المتعاقد قد وقع بالغلط في الصفة الجوهرية للشيء محل التعاقد، إذا كانت هذه الصفة هي التي دفعته للتعاقد، كأن يشتري أحد الأشخاص تحفة على أنّها أثرية ترجع إلى عهد من عهود التاريخ القديمة ثم تبين أنّها ليست كذلك، أو إذا اشترى أحد الأشخاص قطعة أرض معتقدًا بأنّها تطل على الطريق العام، ثم تبين أنّها محصورة من جهاتها الأربعة بالأملاك الخاصة، أو إذا اشترى أحد الأشخاص قماشاً على أنه قابل للغسيل ثم تبين له غير ذلك[2].

أما في الحالة الثانية الغلط في الشخص المتعاقد فقد يكون في صفة من صفاته الجوهرية إذا كان هو الباعث الدافع إلى التعاقد وفي كل العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي يكون الغلط في الشخص المتعاقد جوهريا، ومثال ذلك عقد الشركة أو الوكالة أو الهبة أو المزارعة.

وفي العقود التي يكون فيها الشخص المتعاقد هو موضع الاعتبار في العقد قد يكون فيه الغلط جوهريا، ومثال ذلك تأجير مسكن لامرأة على أنها شريفة ثم تبين أنّها سيئة السلوك والسمعة، و لو كانت لا تُباشر الدعارة في هذا المسكن.

والبحث في ما إذا كان الغلط في الشخص المتعاقد، أو صفة من صفاته أمراً جوهرياً من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة النقض [3].

النوع الثالث :الغلط الغير مؤثر

الغلط الغير المؤثر أي الذي لا أثر له على صحة العقد ولا يفسد الرضا، وهو يتحقق عندما يقع الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل التزام، أو الغلط في قيمة الشيء محل

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 101.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ، ص 52.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص53.

الالتزام، والغلط في الباعث على التعاقد، وكذا الغلط في الشخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد [1].

وهو غلط يقع فيه شخص لكنه لا يصيب العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي، بل يبقى صحيحا في إحدى الحالات التالية:

الحالة الأولى: الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد، و يلاحظ أن هذا الغلط لم يكن مؤثراً في صحة العقد، ولو كانت هذه الصفة هي الدافعة إلى التعاقد.

الحالة الثانية: الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة فيه، أن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار أساسي في التعاقد، ويظهر هذا أساسا في عقود المعاوضات، كما إذا باع تاجر سلعة بالثمن الذي في الأصل لشخص يعتقد أنه لفلان، ثم اتضح أنه لشخص آخر.

مع ذلك فإنّ من عقود المعاوضات ما يعقد بناءاً على الاعتبار الشخصي، كما في شركة الأشخاص التي يكون فيها لشخصية الشريك اعتبار كبير في العقد، كما في عقد الوكالة وعقد العمل حين تهم شخصية الوكيل أو العامل[2].

ومن أمثلة الغلط في عقد الإذعان نجد انه قد يقع المؤمن له في غلط جوهري،فيكون عقد التامين قابلا للإبطال لمصلحته،مثلا إذا كان مرتهنا رهن حيازة للسيارة التي أمن عليها،و كان يجهل ورود شروط بوثيقة التامين يقضي بأنه يكون المؤمن هو المالك الوحيد للسيارة المؤمن عليها وإلا أعفيت الشركة من المسؤولية،و لما لم يكن المالك الوحيد للسيارة بل هو دائن مرتهن،فقد تمسكت الشركة بالشرط و تمسك هو بالغلط،ففي هذه الحالة يبطل عقد التامين،و تلزم الشركة برد الأقساط التي قبضتها. [3]

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص101.

[2] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 18،19.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقود الغرر و عقد التامين، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص1177.

2/ التدليس:

التدليس هو عيب من عيوب الإرادة فهو يفسد الرضا متى توفرت شروطه، فهو أسلوب التعامل يتنافى مع الأدب والاستقامة، فالتدليس تصوير شيء على غير وجهه الحقيقي بحيث يؤدي ذلك تضليل الشخص المتعاقد، مما يؤثر على إرادته ويحمله على التعاقد.

أ/ - تعريف التدليس:

التدليس هو تضليل المتعاقد باستعمال وسائل مختلفة احتيالية تدفعه إلى التعاقد، بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد، أو هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجرّه بذلك إلى التعاقد.

يتضح من هذا التعريف أن التدليس يؤدي إلى تضليل المتعاقد الذي يقع ضحيته، فهو يجعله يعتقد أمرًا يخالف الحقيقة، وبعبارة أخرى يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في الغلط، ومن ذلك تبين الصلة بين التدليس والغلط، فالوهم هو الأثر الدافع إلى العقد في كل منهما[1].

كما يمكن تعريف التدليس أيضا بأنه وهم أثاره المدلس في ذهن المتعاقد معه لدفعه للتعاقد، يقع فيه المتعاقد من تلقائه بغير دخل المتعاقد معه في إنشائه، إذن التدليس هو غلط مستثار مما يسأل عنه المتعاقد معه سواء لأنه صادر عنه أو من نائبه أو من يسأل عنه يكون صادرا من الغير مع علمه به أو كان من المفروض أن يعلم به فضلاً على أنّ الحيل التدليسية -خاصة الإيجابي منها-المنشئة للغلط الدافع للتعاقد تجعل التدليس أيسر من الإثبات من الغلط كوهم ذاتي في ذهن المتعاقد، ثم إن التدليس بصفته عيب من عيوب الرضاء يعد مبرر للمطالبة بإبطال العقد من جانب المدلس عليه، ثم باعتبار قيامه نتيجة حيل تدليسية، يعد خطأ من المدلس يصلح أساس لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المدلس عليه على أساس من قواعد المسؤولية التقصيرية، ما لم يكن في الاستجابة لطلبه بإبطال العقد جبرا كافيا لما لحقه من ضرر.[2]

وأيضا بالرجوع إلى أحكام المادة 86 من ق. م.ج[3] نجدها تنص على أنه:

---

[1] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 40- 41.

[2] همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام ، (نظرية العقد)، د.ط، مصر، 2004، ص 155.

[3] المادة 86 من الأمر 75-58، السالف الذكر.

" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها خداع المدلس عليه بدفعه إلى التعاقد.[1] والتدليس يطلق عليه في الفقه الإسلامي التغرير وهو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد بحيث لولاها لما ارتضى العقد[2]، وقد أورد المشرع الجزائري أحكام التدليس في المادتين 86- 87 ق.م.ج.[3]

ب/- شروط التدليس:

للتدليس شروط و هي :

* استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل.
* أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.
* أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر، أو على علم به على الأقل.
* الإكراه الصادر من ظروف خارجية.

لذا سنتناول هذه الشروط كما يلي:

ب$_1$/استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل:

وهي وسائل مادية لتضليل العاقد، يقوم بها المدلس لإيقاع الغلط في ذهن المتعاقد فيحمله على التعاقد.

و نقصد بهذه الطرق كل فعل أو قول، يؤدي إلى وقوع أحد الأشخاص في الغلط المعيب للإرادة، وقد تكون هذه الأفعال أو الأقوال ايجابية وقد تكون سلبية.

حيث تكون ايجابية في حالة الكذب، كأن يطلب شخص من الآخر تقديم بيانات أو معلومات معينة عن الشيء يريد أن يشتريه، فيقدم له الشخص الآخر معلومات وبيانات كاذبة لا تدل

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط 8 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 60.

[2] لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص87.

[3] المادة87 من الأمر 75-58 ،السالف الذكر،تنص على أنه:"**إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين،فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت إن المتعاقد الأخر كان يعلم،أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس**".

على حقيقة الشيء الذي اتجهت الإرادة لشرائه. وفي الحقيقة أن الكذب لا يمكن في الواقع أن يكون طريقاً من طرق الاحتيال ، إلاّ إذا تبين أن المتعاقد المخدوع ما كان يستطيع أن يثبت، أو تستحيل الحقيقة بسبب هذا الكذب.

وتكون سلبية في حالة الكتمان، أي إخفاء المعلومات والبيانات التي تهم الشخص للتعرف على حالة الشيء محل التصرف، وأغلب صور التدليس بالكتمان تتحقق في عقود التأمين، لأن ذلك له أثر في تحديد قسط التأمين والذي عادة ما تكون احتمالات وقوع الخطر المؤمن منه الأساس في تحديد أقساط التأمين التي يجب أن يدفعها المستأمن للمؤمن مقابل التأمين[1].

ب2/ أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

ويقصد بذلك أنه لولا تلك الطرق غير الشريفة لما أبرم المدلس عليه العقد أصلا[2].

أي أن يكون التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد ، بحيث ما كان ليتعاقد لولا وجود الحيل التدليسية، وأن تكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، فالمعيار شخصي وقاضي الموضوع هو الذي يقرر فيما إذا كان دافعا للتعاقد أم لا، مثال ذلك أن يتفق بائع الشيء في المزاد العلني مع شخص آخر على أن يقدم هذا الأخير في المزاد بمعطيات وهمية، ليحمل المزايدين الحقيقيين على رفع معطياتهم فإذا نجحت الحيلة و أقبل المشتري مندفعا إلى الشراء بثمن أعلى مما كان هو أو غيره يشتري به مثل هذا الشيء. لولا هذه الخدعة جاز له أن يتمسك بما شاب رضاه من تدليس يبطل العقد أو ليحصل على تعويض يتمثل في إنقاص الثمن[3].

ب3/ أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر، أو على علم به على الأقل:

تنص المادة 89 ق.م.ج[4] على أنه:"**إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المُكرِه أن يطلب إبطال العقد إلاّ إذا أثبت المتعاقد الآخر أنه كان علم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه**"، و هكذا ساوى القانون بين الإكراه و التدليس، فالإكراه الذي يرتكبه شخص ثالث من غير المتعاقدين لا يبطل العقد إلاّ إذا أثبت من وقع عليه الإكراه أن المتعاقد

(1) خليل أحمد حسن قدادة، المرج السابق، ص59.

(2) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص26.

(3) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص82.

(4) المادة 89 ق.م.ج، من الأمر 75-58 السالف الذكر.

معه كان يعلم بهذا الإكراه فيكون متواطئاً مع هذا الغير، أو كان من الفروض حتما أن يعلم به، كما لو من كان من ارتكب الإكراه ضيفا أو قريبا للمتعاقد الآخر أما إذا لم يكن المتعاقد الآخر على علم بالإكراه فليس للطرف المُكره إبطال العقد، و لكن له أن يرجع على من ارتكب الإكراه بالتعويض إذا توفرت شروط المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما[1]. وقد نص القانون في المادة (111)[2] على أنّ الإكراه الصادر من الغير يمكن أن يبطل العقد خلافا للتدليس الصادر من الغير (م 116)[3].

و بالنسبة للتدليس في عقد الإذعان قلّ ما يشوب إرادة المؤمن له في عقد التأمين مثلا،فهو يتعاقد عادة مع شركة التامين طائعاً مختاراً، ولكن قد تكون هناك المغالاة التدليسية من جانب المؤمن،حتى يستوفي من المؤمن له أقساط تأمين أعلى،و هو آمل بعد ذلك ألا يدفع من مبلغ التأمين المغالى إلا بمقدار قيمة الشيئ المؤمن عليه وقت تحقق الخطر .

فإذا أثبت المؤمن له ذلك جاز أن يطلب إبطال عقد التأمين، لما لبسه من تدليس فيسترد الأقساط التي دفعها مع التعويض،و تبرأ ذمته من الأقساط التي لم تدفع . [4]

ثانيا: الإذعان الجبري (الإكراه):

من المفروض أن يكون القبول نتاج إرادة حرة يكون له أثر قانوني، أما إذا كان قد تولد نتيجة ضغط أو إكراه تأثرت به الإرادة، فإن وجود هذا الضغط يعيبه ويصبح بذلك قابلا للإبطال بسبب الإكراه لمصلحة الطرف المذعن. [5]

1- تعريف الإكراه:

الاكراه عيب من عيوب الإرادة، يقع على أحد الأشخاص نتيجة لضغط يتعرض إليه من أحد الأشخاص – الطرف الثاني- في التصرف يولد في نفسه رهبة أو خوفا تجعل إرادته غير حرة عند إبرام أي تصرف قانوني، بحيث لو لم يتعرض لهذا الضغط لما تصرف بهذا النحو.

---

(1) علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام، ط.5،المرجع السابق، ص66،67.

(2) المادة 111 من الأمر 75-58 السالف الذكر، تنص على أنه:" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ....**".

(3) المادة 116 من الأمر75-58 السالف الذكر، تنص على أنه :" **يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ....**".

(4) عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، (عقود الغرر و عقد التأمين)،المرجع السابق، ص1611.

(5) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص88.

فالشخص المكره لم يقع في غلط يجعله يتصور الشيء على غير حقيقته كما هو الحال في الغلط أو التدليس، و إنّما إرادته تكون في غير حرية كاملة لإبرام التصرف نتيجة للرهبة أو الخوف الذي تولد في نفسه[1].

كما يعرف على أنه تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد، و عليه قد يتعاقد شخص لا حرّاً مختاراً، بل بسبب الضغط على إرادته بطريق التهديد الذي يولد في نفسه رهبة و خوف، يخاف فيهما على نفسه أو ماله أو شرفه أو أحد أقاربه[2].

وقد نصت المادة 88 من ق.م.ج.[3] على أنه " **يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان الرهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق** ".

حيث يتبين من النص أن الرهبة أو الخوف إنما يتولد من أفعال معينة مكونة من الإكراه صادرة عادة من شخص وموجهة إلى شخص آخر بقصد حمله على التعاقد ودون أن يكون لمن صدرت منه تلك الأفعال حق في تهديداته.

2- شروط الإكراه:

فلكي يتحقق الإكراه الذي يعيب الإرادة يجب أن تتوفر شروط الإكراه وهي:

أ/- الشرط الأول: استعمال وسيلة من وسائل الإكراه:

يتحقق الإكراه باستعمال وسائل تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه، وقد تكون الوسائل مشروعة للوصول إلى الإكراه كالابتزاز الذي يأتيه صاحب حق ليتحصل على فوائد غير مشروعة من المدين، ولا يتحقق الإكراه إذا استعملت وسيلة مشروعة أو غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع.

وقد تكون وسائل الإكراه مادية كالضرب والعنف أو وسائل نفسية كالتهديد بالأذى، كأن تصور للمكره أن خطير جسميا وشيكا يهدده في شخصه أو يهدد أحد أقاربه.

والإكراه الجسمي أو المادي أصبح نادر الحصول في عصرنا، أما الإكراه النفسي الذي يلحق ألما بالنفس والذي يتم عن طريق التهديد دون إيقاعه قولا، فهو الإكراه الأكثر وقوعا في

(1) خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ،، ص59.

(2) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 27.

(3) المادة 88 من الأمر 75-58، السالف الذكر.

حياتنا المعاصرة، ولا أثر يترتب على التفرقة بين الإكراه الجسمي والإكراه النفسي، فكل منهما يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال.[1]

وإن الخطر الجسيم يكون محدق بالنفس أو المال أو الأقارب،إذ اشترط نص المادة 88 من ق.م.ج.[2] أن يكون الخطر المهدد به جسميا ومحدقا، وتحدد جسامة الخطر لحالة المكره النفسية حتى ولو كانت وسائل الإكراه غير جدية لكنها مع ذلك أوقعته الرهبة بنفس المكره، وصورت له أن خطرا جسميا يهدده، كأن يهدد شخص شخص آخر بأعمال الشعوذة بأنه يلحق الأذى بمواشيه عن طريق السحر مثلا، أما الخطر المحدق فيقصد به أنه وشيك الحصول ويهدده هو شخصيا أو أحد أقاربه سواء بإلحاق أذى جسمي أو نفسي أو بما تمس شرفه أو بمايصيب ماله بخسارة أو أن يكون التهديد بإلحاق الأذى حالا أو في المستقبل، وأن الخوف هو الذي يجب أن يكون حالا وليس الخطر حتى تكون الإرادة معيبة أثناء إبرام العقد.[3]

ب/ الشرط الثاني: أن تحمل الرهبة العاقد الآخر على إبرام العقد:

يقصد بذلك أن تكون الرهبة أو الخوف التي أحدثها الإكراه مؤسسة بحيث ليست مجرد مزاعم لا يصدقها الواقع، و الرهبة كذلك تكون إذا كان الخطر المهدد جسيماً (كالتهديد بالقتل أو الضرب، أو بخطف الأبناء)، وحال أو وشيك الوقوع على الأقل. ثم إنّ تقرير الرهبة التي وقعت في نفس المكره، يجب أن تتم بصفة ذاتية ناظرين بذلك إلى سن وجنس المكره، وكذلك

---

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 92- 93.

[2] المادة 88 من الأمر 75-58 السالف الذكر، تنص على أنه :"**يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق.**

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو احد أقاربه ، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال .

و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه ،و سنه ،و حالته الاجتماعية، و الصحية ،و جميع الظروف الأخرى التي من شانها أن تؤثر في جسامة الإكراه ".

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ،الجزء الاول، دار احياء التراث العربي، لبنان، ،1952 ص349.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص58.

مستواه الثقافي ووضعه الاجتماعي، ويجب أيضا أن يكون ذلك الخوف هو الذي دفع المكره إلى التعاقد[1].

ج/ الشرط الثالث: أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو على الأقل أن يكون متصل به:

يتمثل هذا الشرط في وجود نية التضليل، فإذا غير أحد المتعاقدين في الحقيقة دون أن يقصد تضليل المتعاقد الآخر كالبائع في الطريق يسبغ على السلعة التي يبيعها أحسن الصفات على ما يجري عليه البيع في الأسواق، فإن ذلك لا يعتبر تدليساً.
فطبقا لأحكام نص المادة 89 من ق.م.ج.[2] تشترط للمطالبة بإبطال العقد، علم الطرف الآخر بهذا الإكراه وممن صدر منه، أو كان من المفروض حتما عليه أن يعلم بالإكراه.

وفي الواقع أن استلزام هذا الشرط لتحقق الإكراه المفسد للإرادة (المعيب للإرادة) مختلف عليه من قبل الفقهاء: فنجد بعضهم يرى أنه لا داعي لهذا الشرط، حيث أنّ الإكراه المعيب للإرادة يتحقق بتحقق عنصريه المادي، والمتمثل باستعمال وسائل الإكراه والمعنوي وهو الرهبة التي تولدت في نفس المتعاقد وجعلته يبرم التصرف. فإذا ما توفر هذان العنصران فإنّ الإكراه يتوفر و سواءَ اتصل بالطرف الآخر أو الغير.

بينما نجد بعض الفقهاء لا يأخذ بمثل هذا الشرط لتوفر الإكراه المعيب للإرادة على أساس اعتباره قرينة على تحقق شرط الاندفاع لدى المكره وأن الاكتفاء بضرورة العلم من الطرف الآخر يقتضي وجود علامات عليه في شروط العقد، مما يمكن إلغاؤه أساساً لافتراض الاندفاع بتأثر الإكراه لمجرد إثبات حدوث الضغط المعلوم أو المفروض العلم به، إلاّ إذا أثبت الطرف الآخر انتفاء الاندفاع[3].

د/ الشرط الرابع: الإكراه الصادر من ظروف خارجية:

قد يصدر الإكراه من ظروف تهيأت مصادفة، كحالة الضرورة فتدفعه إلى التعاقد، كما إذا كان الشخص مهددًا بخطر محدق به كالغرق فاتفق معه آخر على إنقاذه لقاء مبلغ معين، أو كما إذا كان الشخص مهددا بخطر الموت إذا لم تجر له عملية جراحية عاجلة فيتقدم طبيب

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص58.

[2] المادة 89 من الأمر 75-58 السالف الذكر، تنص على انه: **"إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المُكرِه أن يطلب إبطال العقد إلاّ إذا أثبت المتعاقد الآخر أنه كان علم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه".**

[3] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص 63، 64.

لإنقاذه مستغلا ظروفه بشروط باهظة بنفقات عليها فالإكراه لم يصدر عن شخص معين بل صدر عن ظروف خارجية[1].

و بالنسبة للإكراه في عقد الإذعان تتجلى مظاهره في ثلاث نقاط و هي:

الأولى:تحرير العقد بالإرادة المنفردة للموجب، فالطرف القوي هو الذي يصوغ العقد و بنوده ويضع شروطه.

الثانية:اشتمال العقد على شروط تعسفية و هذه نتيجة طبيعية لانفراد الموجب بوضع شروط العقد.

الثالثة:انعدام المناقشة في بنود العقد وسبب ذلك احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة.

وعليه فان الدافع إلى التعاقد في عقود الإذعان هو دافع اقتصادي، لذا فإن الإكراه فيه إكراه اقتصادي يعيب الرضا ولا يعدمه،لأن إبرام العقد يخضع لإرادة المتعاقد إن شاء أمضاه و إن شاء رفضه،بخلاف الإكراه الذي يمارس فيه الضغط والتهديد على الشخص المتعاقد لينفذ رغباته رغما عن إرادته واختياره[2]

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

إن الطريقة التي يتم فيها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف آراء الفقهاء حول طبيعة هذا العقد[3]، فهناك منهم من يعتبر عقود الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق الإرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فمهما قيل بأن أحد المتعاقدين ضعيف عن المتعاقد الآخر، فهذا لا اثر له في طبيعة العقد، بينما هناك فريق آخر من الفقهاء يذهبون إلى إنكار الصفة التعاقدية على عقد الإذعان، واعتباره مركزا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها.[4]

---

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 95.

[2] احمد سمير قرني ،المرجع السابق ،ص64-65.

[3] بودالي محمد، المرجع السابق، ص 13.

[4] السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 29.

وهذه الآراء الفقهية المتضاربة سوف نتعرض لها تفصيلا من خلال هذا المطلب، إذ سوف نعالج النظرية التعاقدية لعقد الإذعان **(كفرع أول)** والنظرية القائلة بأن عقد الإذعان مركز منظم **(كفرع ثان)**.

الفرع الأول: الصفة التعاقدية لعقد الإذعان

إن أغلبية فقهاء القانون المدني يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ولو لم يكن طرفاه متساويان في القوة من الناحية الاقتصادية،[1] فمهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف، حتى لا يستغله الجانب القوي[2] ويقول الدكتور سليمان مرقس عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان أنه :"وقد أثير الشك أول الأمر حول اعتبار الإذعان قبولا ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونيا ".

والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا، ولا حتى الذي يفسده وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب و يصبح عقد حقيقي. [3]

لذلك يتضح من هذه الآراء أن عقد الإذعان لا يتضمن إهدارا لحرية التعاقد، غاية الأمر أنه يتم دون مفاوضة بين طرفيه، فأحدهما يوجد في مركز قوي لما يتمتع به من نفوذ اقتصادي كبير يمكنه من فرض إرادته وإملاء شروطه على العقد على الطرف الآخر.[4] الذي يشغل مركزا ضعيفا لا يسمح له بمناقشة مضمون العقد أو التفاوض بشأنه، وهذا الوضع لا يتضمن إهدارا لحرية الطرف المذعن في رفض التعاقد أو قبوله، وعلى ذلك فالإذعان لا يؤثر

---

[1] بودالي محمد، المرجع السابق، ص 14.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ،المرجع السابق، ص 232.

[3] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 36.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص27.

في اعتبار العقد صحيحا، ومنتجا لآثاره القانونية، كل ما في الأمر أن علاقة الإذعان تتميز بعدم التوازن في الحقوق والالتزامات بين أطراف العلاقة العقدية.

لذلك فإنه يجب تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معا:

الأولى: وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.

والثانية: وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لتنظيم عقود الإذعان.[1]

لكن أصحاب النظرية التي تقول بأنه عقد يردون ذلك بأن كثرة الشروط أو قلتها لا تكفي لتغيير طبيعة العقد، والواقع أن الجمهور نفسه مقتنع بأن التأمين أو شراء التذكرة للسفر بالقطار أو أية مادة يعرضها محلا ما يعد عقدا. ويبدوا هذا الرأي سليما من الوجهة القانونية لأن الانضمام هو الذي يكون عقد الإذعان، أما قبل الانضمام فيبقى مجرد إيجاب ولا يرتب أي أثر قانوني.

إن تكوين عقد الإذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة للطرفين وبدون وجود هاتين الإرادتين واتجاههما لإحداث أثر قانوني معين لا نستطيع القول بأننا بصدد عقد.[2]

ونجد أن التقنين المدني المصري يؤكد في المادة 100 منه الطبيعة التعاقدية لهذه العقود، وهو ما يؤيده الفقه المصري.

وهكذا استخلص أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدا، فقد استقر معظم فقهاء القانون على رصد علاقة الإذعان بين الطرف القوي والطرف الضعيف باعتبارها عقدا صحيحا يتم بتوافق الإرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، لكن ما تتميز به هذه العقود هو سيطرة أحد الأطراف على تحديد بنوده.[3]

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 232.

[2] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص39 ،40.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 28.

ولذلك فإن عقد الإذعان صحيح، حتى لو كان ظالما في بعض الأحيان والطريقة التي تتم إبرامه بها لا تؤثر في الطبيعة العقدية، ولكنها تسمح فقط باكتشاف الظلم في شروطه وتبرر بالتالي تدخل الدولة، وهذا التدخل هو الذي يجردها من طبيعتها العقدية.[1]

الفرع الثاني: الصفة غير التعاقدية أو اللائحية لعقد الإذعان

ذهب جمهور آخر من فقهاء القانون من بينهم " سالي "وكذلك " ديجية ودوريو " إلى إنكار الطبيعة العقدية لعقود الإذعان، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية اختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونا،[2] وهذا الفريق ينكر وجود عقد الإذعان انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة بينهما، إذ أن في عقد الإذعان يوجد من جهة عدم المساواة بين المتعاقدين، ولا توجد مساهمة أو مشاركة للطرفين في وضع الشروط وإعدادها التي تنطبق عليها الإرادة.[3]

وقد قال الأستاذ " سالي " أن: " هذه العقود لا تعدو أن تكون إعلانات متوازية بالإرادة المنفردة ". ويتفق الأستاذ "موران " مع هذه الفكرة فيعتبر أن عقد الإذعان بمثابة "تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب " وبذلك فهو ليس عقد حقيقي.

ونجد الأستاذ " ديجي " يشرح رأيه بالقول بأن: " إرسال خطاب بالبريد للاستفادة من الخدمة لا يوجد هناك عقدا لكن يوجد فقط تصرفا بالإرادة المنفردة، وهو تصرف بالإرادة المنفردة للمرسل ".[4]

ويرى الأستاذ " ديموج " :«أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولا ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد ».[5]

ومن هذا يرى أصحاب هذا الاتجاه أن يفسر عقد الإذعان كما يفسر القانون اللائحة، وأن يطبق تطبيقا تراعي فيه مقتضيات العدالة وحسن النية.

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص 471.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ، الجزء الأول ، ط2 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998، ص 283.

[3] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 42.

[4] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 468.

[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 231.

فحسب الأستاذ " سالي " :« فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشأه، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه ولا يتعدى كونه مكملا لشرط موضوع للتنفيذ من المنشأ ذاته».[1]

أما بالنسبة للأستاذ " جونو " فإن الأمر يتعلق :« بخلط وتهجين بين العقد والنظام » ففي كل عقد من عقود الإذعان يوجد جزء تعاقدي بمعنى الكلمة وجزء تنظيمي صادر عن الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين الذي يفرض قانونه على المتعاقد الآخر.[2]

وأهم حجج هذه النظرية هي:

أولا: أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال ما بين المتعاقدين، وهذا هو الاتجاه العام في القانون المدني .

ثانيا: أن القانون المدني قد وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافه متساوية، وهذه النتيجة واردة في الأوضاع التي يعتبرونها عقد إذعان.[3]

- ولهذا كله نجد أن الطريقة التي تتم بها إبرام هذه العقود لا تؤثر إطلاقا في طبيعتها التعاقدية، ولكنها تسمح فقط باكتشاف شيء آخر وهو الظلم الناتج عن شروط الطرف القوي في هذه العقود.[4]

---

[1] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 44.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 468.

[3] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 48.

[4] سمير عبد السيد تناغو، المرجع نفسه، ص 470.

المبحث الثاني

الإطار القانوني لعقد الإذعان

عقود الإذعان تختلف عن غيرها من العقود المعروفة، لأنه عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الآخر، دون أن يكون للطرف الثاني الحق في المناقشة، فالإرادتان في هذه العقود ليست متساويتان، بل أن أحدهما تملي والأخرى تذعن، وحتى ينعقد عقد الإذعان لابد له من أركان معينة تتمثل في الرضا والمحل والسبب ويعتبر ركن الرضا هو الأساس الذي تقوم عليه العقود، وعليه فإن الإشكال في عقود الإذعان يكمن في الإيجاب والقبول وعلى هذا الأساس سنتناول هذه الأركان في **(المطلب الأول)**. ثم سنعرض أهم صور عقود الإذعان في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

انعقاد عقود الإذعان

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك التقنينات التي أوردت في نصوصها تعريفا للعقد، فعرف العقد في نص المادة 54 ق.م.ج على أنه:"**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما** . [1]

يقوم العقد على أركان ثلاثة، وهي التراضي والمحل، والسبب ويلاحظ أن ركن المحل ليس في الواقع ركنا في العقد نفسه بل هو ركن في الالتزام الذي ينشأ عن العقد، ولكن جرى الفقه على وضع ركن المحل بين أركان العقد باعتبار أن المحل الاتفاقي لا يكون إلا في العقد.

والمشرع الجزائري قد وضع أركان العقد في التقسيم الثاني في الفصل الثاني وذلك من المادة 59 إلى 98 .

ولقد رتب المشرع الجزائري على تخلف هذه الأركان البطلان المطلق.[2]

---

[1] محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الاسلامي، دون طبعة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ،2003، ص 13.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط.5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2003 ، ص 27.

وهذه الأركان سوف نتعرض لها من خلال هذا المطلب إذ سنتناول ركن الرضا في **الفرع الأول** والمحل **كفرع ثان** وركن السبب في **الفرع الثالث.**

الفرع الأول: ركن الرضا

إن أهم ركن في العقد هو التراضي، الذي يعني توافق الإرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فهو أساس العقد فلا وجود له إذا لم يتوفر ركن الرضاء به، وقد نصت المادة 59 ق.م.ج على الرضا على أنه: " **يتم العقد بمجرد أن يتبادلا الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية** ".[1]

والإرادة يجب أن لا تصدر من شخص معدوم الأهلية كالطفل غير المميز أو المجنون، كما أنه لا عبرة من إرادة لا تتجه لإحداث أثر قانوني كما في المجاملات الاجتماعية.[2]

والتراضي يتم بإيجاب وقبول وانطباقهما بإرادة حرة واعية، لذا يجب أن يصدر الإيجاب من أحد المتعاقدين، ويعقبه قبول من الطرف الآخر مطابق لهذا الإيجاب.

فنخلص إذن للبحث في المسائل الآتية:

أولا: صور التعبير عن الإرادة.

ثانيا: توافق الإرادتين.

أولا: التعبير عن الإرادة

إن كان القصد من التعبير عن الإرادة الإفصاح بالمظاهر الخارجية عن مكونتها الداخلية، بطريقة مفهومة لا تحتمل الشك حول دلالتها الجازمة في التعاقد، فإنه يستوي في التعبير عنها أن يكون صريحا أو ضمنيا، ما لم ينص القانون أو الاتفاق أن يكون التعبير صريحا، أو يشترط له شكلا خاصا، بل وقد يستخلص القبول من السكوت الملابس[3] وهذا ما نصت عليه المادة 60 ق.م.ج على أنه: " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود**

---

[1] المادة 59 من الأمر 75-58، السالف الذكر.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق ، ص 172.

[3] همام محمد زهران، المرجع السابق، ص 71.

صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".[1]

1/ التعبير الصريح والتعبير الضمني:

فمن خلال نص المادة 60 ق.م.ج السالفة الذكر. التعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي، فيكون تارة تعبير صريحا وتارة أخرى تعبيرا ضمنيا.

أ/ التعبير الصريح: VOLONTE EXPRESSE

يكون التعبير صريحا إذا قصد صاحبه إحاطة الغير علما به، باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده، وبمعنى آخر، إذا كان المظهر الذي اتخذه كلاما أو كتابة، أو إشارة، أو نحو ذلك مظهر موضوعا في ذاته للكشف عن الإرادة بحسب المألوف.[2]

قد يكون التعبير الصريح بالكتابة الرسمية أو غير رسمية، وكثيرا ما تستخدم الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة بين الغائبين عن طريق التراسل والتعبير باللفظ أو باالكتابة هما الوسيلتان الأكثر شيوعا في التعبير عن الإرادة.[3]

ونجد أن عقود الإذعان أغلبها يكون مكتوبا، لأن أهم مصدر لها هو العقود النموذجية، إلا أن أساس الالتزام العقدي فيها رضائي، وغني عن البيان أن القاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود، ولا يخرج عقد الإذعان عن هذا المبدأ، أما الشكيلة فترد استثناءاً.

وطبقا لإرادة المتعاقدين فلا يوجد هذا العقد إلا إذا اتخذ الشكل المتفق عليه، ويجب أن تكون فيه نية العاقدين صريحة في ذلك.[4]

---

[1] المادة 60 من الامر 75-58 ،السالف الذكر تقابلها المادة 90 قانون مدني مصري التي جاء في نصها بأنه: " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا**".

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 81.

[3] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 57.

[4] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 71.

ب/ التعبير الضمني:VOLONTE TACITE

لقد أجازت المادة 60 ق.م.ج في فقرتها الثانية بأن يكون التعبير ضمنيا، فهو تعبير غير مباشر، ويكون عن طريق الاستنباط من الأفعال التي يقوم بها الشخص كمؤشر لتلك الإرادة وما تنطوي عليه.[1]

ومن أمثلة التعبير الضمني، منها تصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتريه، فتصرفه فيه، يدل ضمنا على قبوله، أو تسليم الدائن مخالصة بالدين للمدين، فهذا دليل على أنه قبض الدين.[2]

2/ السكوت كتعبير عن الإرادة:

الأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإرادة، فالسكوت لا يدل على قبول ولا على رفض، وهو يختلف عن التعبير الضمني الذي يعتبر عملاً إيجابياً تستفاد منه إرادة العاقد، ولقد أورد القانون على هذا الأصل استثناءا في نص المادة 68 ق م ج ،[3] اذ ذكرت هذه المادة الحالات التي يعد فيها السكوت كقبول على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهي:

ا/ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على ذلك.

ب/ حصول تعامل سابق بين المتعاقدين.

ج/ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.[4]

ثانيا: توافق الإرادتين

يتكون العقد بتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين نحو إحداث أثر قانوني، ولكي ينعقد هذا العقد يجب أن يبدأ أحد الطرفين بإيجاب ثم لابد أن يقترن بقبول من الطرف الآخر لذا سندرس الإيجاب والقبول كما يلي:

---

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 57.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 34.

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ،ط.الثامنة،المرجع السابق، ص 31.

[4] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 58- 59.

1/ الإيجاب:

الإيجاب هو الأساس الذي يقوم بناء العقد عليه من خلال تطابق إرادة طرفي العلاقة فيتوجب أن يتضمن كافة العناصر الأساسية الخاصة به ليتم إصدار قبول كامل لا يحتوي على أي خلل يمكن أن يؤدي لإحداث أي إشكالات في المستقبل.

أ/ تعريف الإيجاب :

يعرف على أنه العرض الذي يتقدم به شخص معين لآخر بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول هذا العرض، وبالتالي إنشاء العقد، وبعبارة أخرى فهو تعبير نهائي عن الإرادة ويتم به العقد إذا ما تلاقى معه قبول وهذا حسب نص 59 ق.م.ج. [1]

والإيجاب في عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والثانوية غير قابل للمفاوضة وهذا ما نصت عليه المادة 70 ق.م.ج[2]إذ قضت بأنه: " **يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها**".

وما دام الإيجاب يصدر بصورة قاطعة وبصورة عامة فإنه يقتضي أيضا أن يكون دائما، أي أن يكون ملزما لمدة تكون أطول من المدة المعينة التي تكون عليها العقود الأخرى.[3]

ب/ أنواع الإيجاب:

سندرس نوعين من الإيجاب: الإيجاب العام والإيجاب الضمني

ب1/ الإيجاب العام:

يعني الايجاب العام العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولا يجوز بعد ذلك التحلل من آثاره، وفي عقود الإذعان يجب أن يكون متضمنا للشروط والبيانات التفصيلية ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة.

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 103.

[2] المادة 70 من الأمر 75-58، السالف الذكر.

[3] لعشب محفوظ ،المرجع السابق، ص 78.

ب2/ الإيجاب الضمني:

الأصل أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر في صورة قاطعة،ولكن في بعض الأحيان يصدر الإيجاب ويكون متضمنا بشروط أو تحفظات، ونلاحظ أن مساس حاجة المذعن لمحل العقد لا تجعل من واقعة علمه أو عدم علمه بالشروط ذات أثر، وعليه فالعلم بها وعدم الاعتراض عليها صراحة يعني الرضاء به ضمنا.[1]

2/ القبول:

القبول هو الإرادة الثانية لانعقاد العقد، فهو التعبير البات عن الإرادة، بقصد الارتباط بالتعاقد في حالة تطابقه مع الإيجاب تطابق تاما.

والقبول في عقود الإذعان، يكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الإيجاب لذا نصت المادة 70 ق.م.ج، على أنه: " **يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيه**".[2]

ومن خلال هذه المادة يتضح أن القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يفسر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود لكنه مفروض عليه.[3]وهذا الواقع نتيجة التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة الذي أدى بدوره إلى نشوء عقود ذات طبيعة خاصة وهي مفروضة من طبقة اقتصادية ولا تقبل المناقشة على شروطها.[4]

الفرع الثاني: ركن المحل

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية المحل، ودار نقاش بينهم حول إذا كان المحل ركنا في العقد، أم أنه ركن في الالتزام وهذا الاختلاف في التكييف، يرجع لعدم فهم طبيعة المحل

---

[1] خولة خدوم محمد،«الإيجاب في عقد الإذعان»، مجلة المحقق الحلبي، للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، ص 375،تم تحميلها من الموقع:

http://mouhaqiq.com.:/papers/lawj.papers.2014.pdf.

[2] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 82.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 42.

[4] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 230.

وماهيته.ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه.[1]

فمثلا عقد البيع ينتج التزامين أحدهما على البائع، وهو نقل الملكية، والآخر على المشتري المتمثل في دفع الثمن.

وهذا ما يدفعنا لدراسة ركن المحل من خلال تعريفه **اولا** وذكر الشروط التي يقوم عليها **ثانيا**.

أولا: تعريف المحل

يميز الفقه بين محل الالتزام و محل العقد ،فمحل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد ،ام محل الاتزام فانه يعرف بأنه الأمر الذي يلتزم به المدين، وهو إما القيام بعمل أو الامتناع عنه.[2]

والمحل في عقد الإذعان هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية، وتكون غير قابلة للمناقشة فقواعده عموما تكون محررة بإرادته منفردة من الطرف القوي، فلا وجود للمفاوضة والمساواة بين أطراف العقد، فالطرف الضعيف يقبل العقد كما كان عليه محله في حالة الإيجاب وهذا ما يجعل المحل ثابتا، مستقرا لا يمكن استبعاد أي شرط من شروط محتواه، وما يحد منها سوى النظام العام والآداب العامة، وهذا حسب ما جاء في نص مادة 622 ق.م.ج.[3]

ثانيا: شروط المحل

يشترط لصحة انعقاد العقد ثلاثة شروط هي: أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود، وأن يكون معينا أو قابل للتعيين، وأن يكون قابل للتعامل فيه.

1/ أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود:

يعني أن يكون المحل موجودا، أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت إبرام العقد، فإذا كان المحل غير موجود، فإن العقد يقع باطلا، وإذا هلك

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 204.

[2] احمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق، د.ط ، منشاة المعارف، مصر، 2005، ص235 .

[3] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 93.

المحل قبل التعاقد يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، لكن إذا هلك الشيء محل الالتزام بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام ينشأ صحيحا، وينعقد العقد، وإنما تكون في هذه الحالة بصدد استحالة تنفيذالالتزام، وبالتالي إذا كانت الاستحالة راجعة لقوة ظاهرة وليس لعمل المدين فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، أما إذا كانت بفعل المدين يلتزم بالتعويض.[1]

2/ أن يكون المحل مشروعا:

إن النظر في مشروعية محل الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل ما، ما يتم على ضوء مقتضيات النظام العام وحسن الآداب، ويجب أن يكون المحل شيء مشروعا فلا يخالف النظام العام والآداب العامة [2]، وهذا ما نصت عليه المادة 93 ق.م.ج، بأنه: " **إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا**".[3]

3/ أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين:

نصت المادة 1/94 ق.م.ج على أنه: " **إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلا** ".[4]

يستلزم نص هذه المادة أن يكون المحل معينا عند إبرام العقد وأن يكون قابلا للتعيين، وإلا كان العقد باطلا، وتتجلى أهمية التعيين فيما إذا كان المحل مجهولا، تعذر الوصول إلى تحديده وتثور المنازعات بشأنه ومن ثم فلا ينشأ الالتزام وبالتالي لا يقوم العقد.[5]

وكل هذه الأحكام تنطبق على عقد الإذعان، ولاشك أن عقد الإذعان لا ينحصر محله في أشياء معينة، بل إنه أكثر العقود اتساعا، إذ تكاد تغطي قائمة المسائل التي يرد عليها كل مواضيع الحياة اليومية، لكونه فئة من العقود التي لها صور مختلفة، فقد يكون محل الالتزام هو القيام بعمل وقد يكون عقد تأمين على مخاطر مختلفة.[6]

---

[1] خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 74.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق ،ص 256.

[3] المادة 93 من القانون 05- 10 السالف الذكر.

[4] المادة 1/94 من الأمر 75-58 ،السالف الذكر.

[5] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 211.

[6] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 92.

الفرع الثالث: ركن السبب

عالجنا فيما سبق من أركان العقد الرضاء والمحل، وسنتناول الركن الثالث والأخير من العقد هو السبب.

وسنعالج تعريف السبب **أولا** ، ثم نتطرق إلى النظرية التقليدية والحديثة في السبب **ثانيا** وأخيرا سنتناول السبب في القانون الجزائري **ثالثا**.

أولا: تعريف السبب

يعرف السبب أنه ما ينظر إليه المتعاقدان من وراء العقد أو هو المصلحة التي يسعى إلى الحصول عليها من التعاقد أو الغرض الذي يقصد الوصول إليه عن طريق العقد.[1]

ويقصد باصطلاح السبب واحد من ثلاثة معان:

المعنى الأول: هو السبب المنشئ وهو مصدر الالتزام.

المعنى الثاني: هو السبب الدافع.

المعنى الثالث: هو السبب النهائي أو السبب القصدي

ثانيا: النظرية التقليدية والنظرية الحديثة في السبب:

أ/ النظرية التقليدية في السبب:

أخذ الفقهاء الفرنسيون القدماء ابتداء من القرن السابع عشر بفكرة السبب التي كانت عند الرومان، والتي تعني الغرض المباشر الذي قصده الملتزم من وراء التزامه، وصاغ النظرية الفقهية، الفقيه " دوما " وأخذ عنه الفقيه " بوتيه " وانتقلت عنهما إلى التقنين المدني الفرنسي الصادر في 1804 في المواد 1108- 1131- 1133.[2]

وأساس هذه النظرية أنها تميز بين السبب الإنشائي والسبب الدافع.

---

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 92

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 77.

فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام،والسبب القصدي هو السبب الذي تقف عنه النظرية التقليدية التي تعني بالسبب الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه.[1]

ب/ النظرية الحديثة في السبب:

لم يرض القضاء الفرنسي بالنظرية التقليدية في السبب، ووجد فيها قصورا، إذ لا تؤدي إلى بطلان عقد بيع إذا كان غرض المشتري تحويل المنزل إلى محل للعب القمار مثلا، فاتجه نحو فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع وأخذ يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث إلى انعقادها غير مشروع بشرط علم الطرف الآخر به.

وطبقا للنظرية الحديثة فإن السبب هو الباعث الدافع للتعاقد والباعث أمر نفسي يختلف باختلاف الأشخاص.[2]

ثالثا : السبب في القانون الجزائري

نجد أن القانون الجزائري قد تأثر برأي الفقه الذي يجمع بين السبب في العقد والسبب في الالتزام، إذ أسند السبب إلى العقد في المادة 97 ق.م.ج التي تنص على أنه: "**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا** ".[3]

ثم نجد أن المشرع قد عاد وأسنده إلى الالتزام في نص المادة 98 ق م ج التي تنص :" **كل التزام مفترضان له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك** ".

وفي جميع الأحوال فإن العقد إذا لم يذكر فيه السبب، فيفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك حسب المادة 98 ق م ج السالفة الذكر ، وبما أن عقد الإذعان هو عقد نموذجي كعقد التأمين البري والبحري وعقود النقل بأنواعها الثلاث، فإن سببه دائما يكون مشروعا إلى أن يثبت العكس.[4]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام ،المرجع السابق، ص 438.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 85.

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط5 ، المرجع السابق، ص 75.

[4] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 95.

المطلب الثاني

أهم صور عقد الإذعان

عقود الإذعان كبقية العقود متكونة من إيجاب و قبول،إلاّ أن القبول يتميز بأنه مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب،ويشترط لتحقق عقد الإذعان أن يكون محل العقد حاجة ماسة يحتاج إليها عموم الناس و لا يكون لهم غنى عنها،و يشترط أن يكون الموجب محتكرا لتلك السلع و ينفرد بوضع تفاصيل العقد و شروطه،دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك،وهناك الكثير من أمثلة عقود الإذعان أبرزها عقد التامين،وعقد النقل وعقد العمل،إذ نجد هذه العقود يعدها طرف واحد و يضع الشروط المحققة لغاياته،و لكي تتضح الفكرة أكثر سنتناول في هذا المطلب أهم صور عقد الإذعان،إذ سنتطرق إلى الإذعان في عقد التامين في **الفرع الأول** ثم الإذعان في عقد العمل **كفرع ثان** و الإذعان في عقد النقل في **الفرع الثالث.**

الفرع الأول: الإذعان في عقد التأمين

منذ أن وجد الإنسان وهو في بحث عن الأمان و الحماية ضد الأخطار المحيطة به،و المتزايدة مع تقدم الحياة المعاصرة،إلى أن ظهر التامين الذي وجد فيه الإنسان غايته كوسيلة لمواجهة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لهاو عليه سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف عقد التأمين **أولا** ثم صور الإذعان في عقد التأمين **ثانيا.**

أولا: تعريف عقد التأمين:

يعرف عقد التامين على أنه:" عقد بين طرفين المؤمن والمؤمن له حيث يتعهد المؤمن بتعويض المؤمن له عن ما يلحق به من ضرر أو تلف للأملاك المؤمن عليها، لقاء دفع الطرف الثاني قسطا يتفق عليه ويجب أن لا يتعارض التامين مع القانون و إلا يصبح عقد التامين باطلا."[1]

[1]كريمة شيخ، اشكالية تطوير ثقافة التامين لدى المستهلك ببعض ولايات الغرب الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص تسويق دولي، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2010 ص13.

ويعرف كذلك بأنه " تملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المستأمن، نظير مقابل يدفعه وهو القسط، على تعهد الطرف الآخر وهو المؤمن بدفع مبلغ لصالح المستأجر له أو للغير عند تحقق خطر معين، ويتحمل المؤمن على عاتقه مجموعة من المخاطر يجري المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء "[1].

و لقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 619 من القانون المدني الجزائري :" **التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال، أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن**".[2]

ثانيا: صور الإذعان في عقد التأمين:

تقتضي النظرية الحديثة لمفهوم عقود الإذعان بوجود انعدام التكافئ الاقتصادي بين الطرفين، و هذا الأمر ينطبق على عقد التامين فالمؤمن يقوم بطباعة نماذج للعقد، يضع فيها شروطها التي لا تقبل المناقشة،بحيث لا يكون أمام المؤمن له سوى التسليم و القبول باعتباره الطرف الضعيف المذعن[3]، و يعتبر عقد التامين أبرز عقود الإذعان لكونه مجالا خصبا للشروط التعسفية، و لهذا قد خص المشرع الجزائري الطرف المذعن أو المؤمن له بحماية خاصة من بعض هذه الشروط التي قد ترد في وثيقة التامين[4]، و ذلك في نص المادة 622 ق.م.ج التي تنص 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 الفرق جناية أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لغير مقبول.

---

[1] محمد حسين منصور، أحكام التأمين، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 10.

[2] المادة 619 من الأمر 75-58 ،السالف الذكر.

[3] مسعود سعيد خويرة، الآثار المترتبة على عقد التامين من المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين ،2008 ،ص22.

[4] سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،تخصص قانون خاص،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر،2008 ، ص83.

الشرط الذي يقضي سقوط 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 "[1].

الفرع الثاني: الإذعان في عقد العمل

يعتبر عقد العمل من العقود الهامة في القانون، وقد جاء هذا العقد أساسا لينظم العلاقات بين العمال وأرباب العمل، وكذلك لتحقيق العدالة الاجتماعية للعمال وتحقيق مطالبهم الاجتماعية من جهة، وتلبية الحاجات الاقتصادية لأصحاب العمل ومؤسساتهم من جهة أخرى وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف عقد العمل **أولا** ثم صور الإذعان في عقد العمل **ثانيا.**

أولا: تعريف عقد العمل

يعرف عقد العمل بأنه:"**عقد يلتزم بمقتضاه احد المتعاقدين أن يجعل عمله رهين خدمة الفريق الأخر وتحت إدارته مقابل اجر يلتزم هذا الفريق أداءه له**"[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف عقد العمل لكونه يعتبر أداةً شكلية لإبرام علاقة العمل التي تعتبر أشمل وأوسع باعتبارها أداةً تنظيمية لكافة جوانب الآثار التي يولدها قيام شخص بالعمل لصالح شخص آخر وهي بذلك لا تخضع لإرادة الأطراف فقط وإنما لكافة النظم والقوانين وبهذا يكون قد اعتمد ضمنيا تعريف العقد بصفة عامة في المادة 54 ق.م.ج التي جاء في نصها ما يلي:"**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما**".[3]

---

[1] المادة 622 من الأمر 75-58 السالف الذكر.

[2] الياس ابو عيد، نماذج عقود و اتفاقيات، الجزء الثاني، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.ن، ص186.

[3] سهلي محمد، عقد العمل المحدد المدة، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات العليا المتخصصة في الحقوق، تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة ،الجزائر، 2009 ،ص6.

ثانيا: صور الإذعان في عقد العمل

تعد عقود العمل من عقود الإذعان، لأنها تكون على نمط واحد لجميع العاملين وبمثابة إيجاب ينقاد إليه الطرف الأخر،كما نجد أن الوظيفة في المؤسسات العامة تحكمها لوائح عامة،تسري على جميع العاملين دون أي اعتراض من أحدهم، و يوجد أيضا عدم التكافئ بين الطرفين من الناحية المالية والاقتصادية عند التعاقد،بحيث ينضم العامل طالب العمل في المؤسسات العامة إلى العقد ويقبل جميع شروط صاحب العمل دون اعتراض وإلا تعرض للبطالة[1].

الفرع الثالث: الإذعان في عقد النقل

يعتبر النقل من أهم الخدمات العمومية التي يحتاجها الإنسان في حياته اليومية،و نظرا لأهميته لا بد من وضع ترجمة قانونية تنظم هذا العقد،ووضع كافة السبل الكفيلة من أجل إبرام عقد النقل بين المسافر أو نقل بضائعه والناقل وسنعالج في هذا الفرع تعريف عقد النقل **اولا** وصور الإذعان في عقد النقل **ثانيا**.

اولا: تعريف عقد النقل

لقد وضع المشرع الجزائري قواعد لتنظم عقد النقل، بشكل مفصل في شقيه نقل الأشخاص ونقل البضائع، فقد عرف عقد النقل في نص المادة 36 ق. ت.ج التي تنص على أنه:"**عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بان يتولى بنفسه نقل شخص أو شيئ إلى مكان معين**".[2]

ثانيا: صور الإذعان في عقد النقل

تعتبر عقود النقل من عقود الإذعان ومنها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر عقد النقل البحري وعقد النقل الجوي.

فيعتبر عقد النقل البحري من عقود الإذعان،لأن الناقل البحري يهيمن على مضمون الاتفاق وعلى الطرف الآخر أن يقبل ويذعن لما يتضمنه العقد من شروط و بنود،و يبرز

---

[1] منال جهاد أحمد خلة ،أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية ،غزة ،فلسطين ،2008 ،ص75.

[2] المادة 36 من الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم،ج.ر العدد78 الصادرة في 30 سبتمبر1975.

الإذعان في عقد النقل البحري بوضوح الاستغلال التجاري فيها،إذ انه من الضروري نقل الأشياء من مكان لأخر،و الطرق الرئيسية في نقل الأشياء هو البحر. [1]

و يعتبر النقل الجوي من عقود الإذعان لان القبول فيها إذعان لما يمليه الطرف القوي،وهي شركات النقل الجوي من شروط في عقد مطبوع،يعرض على كافة الناس بشروطه التي لا تقبل المناقشة، و إلا حرم نفسه من التنقل أو الشحن في الطائرات.

[1] منال جهاد أحمد خلة ،المرجع السابق، ص69.

وكخلاصة للفصل الأول يمكن القول أن عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على إعداد نموذج للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر، الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في الشروط والأحكام التي يتضمنها، ونجد أن هذا النوع من العقود اختلفت أنظار الفقهاء القانونيين في تكييفه أهي عقود حقيقية أم أنها مراكز قانونية منظمة، كما أن عقود الإذعان لا يوجد إلا حيث تكون السلع والخدمات المعروضة على الجمهور، محتكرة لجهة ما ويكون الشخص المتعاقد في حاجة ماسة إليها، وهذه الجهات العارضة للسلع والخدمات تمارس بعض الممارسات فيها تعسف وإجحاف في حق الطرف المذعن، وهذه الأخيرة موجودة في عقود التأمين وعقود العمل، وكذلك عقود النقل التي تعد أبرز عقود الإذعان.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للطرف المذعن وطرق انقضاء عقد الإذعان

تعد الإرادة عنصر أساسي في العقد أو بما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، حيث أن هذه الأخيرة وحدها كافية لإنشاء العقد، كما أن الإرادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على العقد، ونتائج مبدأ سلطان الإرادة في إطار العقد تتمثل في حرية العاقد وحرية تحديد مضمون العقد، وكذلك في وجوب احترام إرادة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفان، غير أنه في وقتنا الحالي ،هذا المبدأ لم يعد يلعب الدور الفعال والإيجابي، وهذا راجع لعدة أسباب اقتصادية و اجتماعية، وعليه وجب التصدي لهذه الأسباب من خلال الحماية اللازمة في مختلف العقود.

يدخل عقد الإذعان ضمن تقسيمات العقود وله آثار تترتب عليه كغيره من العقود، وتتمثل في الحماية المقررة للطرف الضعيف في هذا العقد،وتأتي هذه الحماية في مرحلة تنفيذ العقد لا تكوينه بحيث تعالج اختلالا في المساواة بين طرفيه ناشئا عن التفاوت الاقتصادي الشديد بينها،فالضعف الإقتصادي الذي يعتري الطرف المذعن هو وحده الذي يفسر مدى وطبيعة الحماية الخاصة التي تقررت له بمقتضى هذه النظرية،.

إن الحماية القانونية للطرف المذعن التي تضمنتها القواعد العامة والقواعد الخاصة قد لا يكون لها أي أثر إلا بتدخل القاضي الذي يفرضها بحكمه أو بقراره، لما له من دور هام في تحقيق العدل فهي مهمة القضاء الأولى، فقد سبق وأن أشرنا إلى أن عقد الإذعان من العقود التي يختل فيها ميزان العدل والمساواة بين أطراف العقد، مما يسبب الإجحاف بحق الطرف الأضعف من خلال الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي، ويرضخ لها الطرف الأضعف، ولذا كان لزاما على الجهاز القضائي أن يقوم بدوره في إعادة التوازن وتحقيق المساواة في هذه العقود، وعلى هذا الأساس يتم التطرق إلى الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد الإذعان **كمبحث أول** ومعالجة انقضاء عقود الإذعان في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول
الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد الإذعان

باعتبار أن القاضي ممثل للعدل يقع على عاتقه واجب حماية الطرف الذي تم استغلال ضعفه أو عدم خبرته، وذلك بفرض المتعاقد الثاني شرطه أثناء إبرام العقد والذي يحقق مزايا لأحد الأطراف على حساب الآخر، وعليه منحت للقاضي سلطة هامة وواسعة تمكنه من بسط حمايته للطرف الضعيف، ونجد القاضي يتدخل في حماية الطرف الضعيف من خلال الحد من الشروط التعسفية وذلك بتعديلها أو إعفاء المتعاقد المذعن منها وفقا لما تتطلب مقتضيات العدالة، أو من خلال تفسير للشك لمصلحة المدين في حالة وجود عبارات غامضة في العقد وهذا ما سنعالجه في هذا المبحث فقد قسمناه إلى مطلبين، إذ سنتطرق إلى دور القاضي للحد من الشروط التعسفية في **المطلب الأول** ثم لدينا سلطة القاضي في تفسير العقد **كمطلب ثان**.

المطلب الأول
دور القاضي للحد من الشروط التعسفية

المعروف أن الصورة التقليدية للعقد تقوم على المساومة وتفترض مناقشة شروط العقد، وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية للطرفين، جعل الموجب ينفرد بوضع شروط العقد، ولا يقبل مناقشة فيها وهو ما يسمى بالشروط التعسفية وهو مفهوم حديث النشأة،[1] فنجد أن هذا الموضوع قد حضي باهتمام كبير من طرف الفقه والتشريع واللذين وجد صعوبة في إيجاد تعريف شامل وعام له.

[1] السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 27.

ومن بين التعريفات نجد تعريف التوجيه الأوروبي للشروط التعسفية في المذكرة التوجيهية الصادرة عنه في المادة 03 منها، الفقرة الأولى والتي نصت على أنه: " **أن الشرط في العقد الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفيا عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويرتب ضررا بالمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر بين الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد بين أطرافه**".[1]

وقد عرف بعض الفقه الشرط التعسفي على أنه: " كل شرط محرر مسبقا وبشكل منفرد من طرف المهني بعقد إذعان مبرم بينه وبين المستهلك ويسبب لفائدة المهني عدم التوازن مفرط في حقوق والتزامات الطرفين.[2]

وعرفه أيضا جانب من الفقه على أنه: " ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدّر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة".[3]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أعطى تعريفا للشرط التعسفي وذلك بموجب المادة 03/ 05 من القانون 04- 02 المتعلق بالممارسات التجارية[4] على أنه: " **يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي... 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** ".

ونجد أن المشرع الجزائري عمد إلى حماية الطرف المذعن حماية فعالة، وذلك حين خول للقاضي حق الرقابة على الشروط التعسفية بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها عند اللزوم وهذا من خلال نص المادة 110 من ق.م.ج، التي تنص على أنه:

---

[1] هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 185.

[2] Brickes Helène, les clauses abusive, these, paris, L.G.D.J, 1982, p.9.

[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 77.

[4] قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الاول عام 1425هـ الموافق 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر: عدد 41 الصادرة في 9 جمادى الاول 1425هـ الموافق 27 يونيو 2004 .

" 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]

ومن أجل إعطاء فكرة واضحة عن الحماية المقررة للطرف المذعن من الشروط التعسفية سنعالج في هذا المطلب سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية **كفرع أول** ثم لدينا سلطة القاضي في إلغاء أو استبعاد الشروط التعسفية في **الفرع الثاني.**

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

إذا كان القاضي مجبرا باحترام إرادة الطرفين متى كان العقد سليما ومتوازن بحيث يلزمها بعدم تعديل ما اتفق عليه، الأمر ليس كذلك إذا تبين له انعدام توازنه وخرق للنصوص القانونية الواجب تطبيقها، لاسيما إذا اتضح أن سبب إخلال التوازن العقدي راجع لتوافر شروط تعسفية فرضها أحد الطرفين للحصول على منافع غير مشروعة على حساب الطرف الآخر.[2]

وعليه من خلال نص المادة 110 ق.م.ج السالفة الذكر، القاضي له سلطة إجراء التعديل في الشروط التعسفية على نحو ما تقضي به العدالة، وذلك من أجل رفع كل ضرر قد يلحق بالطرف الضعيف في حالة تنفيذ العقد بما اشتمل عليه من شروط وهذه السلطة لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك، إلاّ بناء على طلب الطرف المذعن عملاً بمبدأ حياد القاضي المدني.[3]

وتدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية يكون بالوسيلة التي يراها ملائمة والتي تتمثل في:

---

[1] بغدادي مولود ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2015،ص43.

[2] عزيزي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التسريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق،تخصص عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،2003 ، ص 64.

[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 75.

أولا/ قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن، نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فوسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الظلم عن الطرف المذعن.

ثانيا/ قد يتعلق التعديل بالإنقاص، ويتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداء المتبادل في العقد،[1] وهذا حسب ما جاء في نص المادة 1/90 ق.م.ج[2] التي تقضي بانه: " **إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة 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 طيشا بينا أو هوى جامد، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...**".

الفرع الثاني : سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

من أهم صور تدخل القاضي في استبعاد الشروط التعسفية هي إبطال هذا الشرط ويكون ذلك في حالة ما إذا استحال على القاضي تعديل التزامات بالزيادة أو بالإنقاص ويبقى إبطال الشرط هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدل.

ونجد المادة 110 ق.م.ج السالفة الذكر قد نصت صراحة على إمكان القاضي من إعفاء الطرف الضعيف من الشرط التعسفي ويقصد بالإعفاء في هذه الحالة هو إبطال الشرط التعسفي واعتباره كأنه لم يكن،[3] وبذلك يكون العقد سارياً دون تطبيق هذه الشروط.

إذن يتوجب على القاضي، عند احتواء العقد على بنود ترتب نتائج غير عادلة، وتخل بالتوازن العقدي بشكل فادح، أن يبحث عن إرادة الطرفان والتفتيش عما قصدوه، إذن من المفترض أن يكون الإنسان عادلاً مع نفسه ومع الغير، وبالتالي فإذا تبين للقاضي أن هذه البنود تنطوي على تعسف، ومخالفة لمبدأ حسن النية والإنصاف بادر إلى إبطالها، ورد التجاوز

---

[1] بغدادي مولود، المرجع السابق، ص 89.

[2] المادة 90 من القانون 05-10،السالف الذكر.

[3] عزيزي جميلة، المرجع السابق، ص 66.

إلى حدود الاستقامة الأخلاقية، وبذلك يميل إلى حماية الطرف الضعيف في العقد محققا بذلك زجراً وحداً للطرف القوي على ممارساته التعسفية التي تنطوي على حيل لم تكن معروفة من قبل.[1]

ويرى البعض أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ولا معقب للقضاء على تقديره، ما دامت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذا بدا له شرطا تعسفيا في عقد الإذعان، فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة.[2]

ونجد أن رقابة الإلغاء أشد جرأة من رقابة التعديل إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفي الطرف المذعن منه مخالفا بذلك القاعدة المشهورة بأن العقد شريعة المتعاقدين.

ويتبين من خلال نص المادة 110 ق.م.ج السالفة الذكر، أن رخصة الإعفاء جوازية للقاضي وليست وجوبية، إذ رغم وجود الشروط التعسفية، فإن للقاضي الامتناع عن استخدام هذه الرخصة، إذ ترجع المسألة لتقديره ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه.[3]

كما نلاحظ في نص هذه المادة أن كل اتفاق بين الطرفين على خلاف ما قضت به المادة 110 ق.م.ج يكون باطلا بطلانا مطلقا، فإذا اشترط الطرف القوي على الطرف الضعيف المذعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية اذ قبوله لا يمنعه من رفع أمر هذه الشروط إلى القضاء لأن الاتفاق على عدم الشكوى منها باطلا بطلانا مطلقا.

وسلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية سلطة تقديرية يراعي فيها مقتضيات العدالة ولا يخضع في تقديره لرقابة المحكمة العليا.[4]

---

[1] هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 198.

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 76.

[3] سي الطيب محمد أمين،المرجع السابق ، ص 44.

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، ط 5 ، المرجع السابق، ص 39.

المطلب الثاني

تفسير العقد

إن مشكلة التفسير لا تكاد تفهم في ظل القوانين الشكلية كالقانون الروماني ذلك أن المتعاقدين كانوا مضطرين في ظل هذه القوانين أن يلتزموا بمراعاة أشكال معينة، ومتى روعيت هذه الأشكال نشأ الالتزام صحيحا معلوم الحدود لا يختلف باختلاف المتعاقدين.

إن مشكلة تفسير العقد تأتي بعد البحث في انعقاد العقد و صحته إذ لا جدوى تذكر من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا، حتى يكون قابل للتنفيذ ومن خلال ما سبق قوله نتطرق في هذا المطلب إلى المقصود بتفسير العقد **كفرع أول** و بين حالات التفسير **كفرع ثاني**.

الفرع الأول: المقصود بتفسير العقد

يقصد بتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للعاقدين وقد نظمه المشرع الجزائري في المادتين111، 112 من التقنين المدني الجزائري عند الكلام في آثار العقد، القواعد التي يجب إتباعها في تفسير العقد[1] .

كما يقصد أيضا بتفسير العقد هو تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للعاقدين[2].

كما تنص المادة 111 ق.م.ج[3] تنص على أنه:**" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستعانة في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن تتوافر من أمانة واثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".**

كما يقصد أيضا بتفسير العقد أنه البحث عن المعنى الموجود في ثنايا العقد من خلال التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ينصب التفسير على تعبير كل من الطرفين عن إرادته للوصول إلى مقصده من إبرام العقد. لا يتم الكشف عن مقصد كل متعاقد على انفراد، بل ينبغي أن يكون بيان ما تم الاتفاق عليه، أي تحديد مقاصد كل من الطرفين في ضوء ما

---

[1] محمد الصبري السعدي، مرجع سابق، ص275.

[2] نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994، ص211.

[3] المادة 111 ق.م.ج من الأمر 75-58، السالف الذكر.

تم التوصل إليه عند إبرام العقد، و بعبارة أخرى يجب تحديد ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم حصر النظر ، عند التفسير في إرادة كل منهما[1].

الفرع الثاني: بيان حالات تفسير العقد

لكي يمكن تفسير العقد لابد من الرجوع إلى العبارات التي استخدمها العاقد للتعبير عن إرادتها.

والمعروف أن العبرة بما اتجهت إليه الإرادة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان، وما العبارات المستعملة إلا وسيلة لبيان تلك الإرادة.

ولكن بطبيعة الحال لا يستطيع القاضي أن يعرف الإدارة الحقيقية إلا بواسطة تلك العبارات بعد أن يفسرها. وسنبين حالات تفسير العقد فهي لا تقدر أن تكون ثلاث حالات حالة ما تكون عبارة العقد واضحة **أولا**، و حالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة **ثانيا** و حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين **ثالثا**.

أولا: في حالة ما إذا كانت عبارة العقد واضحة

1- عدم انحراف القاضي عن العبارة الواضحة:

تنص المادة 111 من ق.م.ج[2] على أنه:" **إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين**".

يتضح من هذا النص أنّه لا يجوز لقاضي الموضوع أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى آخر، فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة يعتبر تحريفا و تشويها لها، مما يوجب نقض الحكم، لأنّ حالة وضوح العبارة تمنع القاضي من الاجتهاد والتفسير، وعليه أن يأخذ بالإرادة التي دلت عليها الإرادة الواضحة[3].

2- حالة قيام القاضي بالتفسير رغم وضوح العبارة:

إذا كانت عبارة العقد واضحة، وليس فيها أي لبس أو غموض أو محل للتأويل، فإنه لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة للكشف عن نية المتعاقدين، لأن العبارة الواضحة كافية قانونا

---

(1) محمد حسين منصور، مصادر الالتزام (العقد و الإرادة المنفردة)، د.ط، الدار الجامعية للطباعة و النشر، مصر، 2000، ص325،326.

(2) المادة 111 من الأمر 75-58 ، السالف الذكر.

(3) محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص277،278.

للكشف عن إرادة المتعاقدين، وما اتجهت اليه وإلا كان القاضي مخالفا لقاعدة قانونية من قواعد تفسير العقد تستوجب نقض الحكم.

ويجب على القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها. ولا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤديها الواضح إلى معنى آخره والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما نقصده الإرادة. [1]

والخروج عن المعنى الواضح ينطوي على تعديل العقد لا يملكه القاضي. فإذا كان العقد مثلا، واضحا في عبارته أنه وعد بالبيع فلا يجوز للقاضي أن يخرج بقضائه إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرة ما أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك،والانحراف عن المعنى الظاهر للعقد هو مسح له وتسويته لعبارة العقد الواضحة ويعد مخالفا للقانون، و يخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.

يتضح مما سبق أن عبارة العقد قد تكون واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقة للمتعاقدين، هنا لا تكون هناك حاجة إلى التفسير، ويجب على القاضي أن يأخذ بما تنطق به عبارة العقد، فإذا انحرف عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفا لما قصده المتعاقدان، و ينطوي على مخالفة القانون[2].

ثانيا:في حالة ما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة:

1- القاضي يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين:

تنص المادة 2/111 من ق.م.ج[3] على أنّه: "**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات**".

---

(1) محمد حسين منصور،مصادر لإلتزام (العقد و الارادة المنفردة)، المرجع السابق، ص326.

(2) محمد حسين منصور، مصادر لإلتزام (العقد و الارادة المنفردة)، المرجع السابق ص 326، 327.

(3) المادة 2/111 من الأمر 75-58 ، السالف الذكر.

قد تكون العبارة التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة بأن يشوبها غموض لا يجعل معناها يبيّن لأول وهلة، أو يشوبها إبهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد و ما يتولد عنه من التزامات.

فالقاضي لكي يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يلجأ إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته، وعوامل خارجية عن العقد[1].

2- **العوامل الداخلية في تفسير العقد:** و للكشف عن قصد المتعاقدين أو التعرف على حقيقة المقصود من عبارات العقد الغامضة يستعين القاضي ببعض الوسائل، و هذه الوسائل إما تكون بالرجوع إلى العقد ذاته هذه هي الوسائل الداخلية، وإما الاستعانة بعوامل خارجية عن العقد وهذه هي الوسائل الخارجية.

و الوسائل الداخلية التي آلَ إليها القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين تنصب على العقد ذاته بما يتضمن من بنود وعبارات و يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- إن العبرة بالمقاصد و المعاني و ليست بالألفاظ والمباني، ومعنى هذا أن القاضي لا يجوز له أن يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، وخاصة وأنّه في الأغلب من الحالات لا يكون المتعاقدان على دراية بالمصطلحات والألفاظ القانونية الدقيقة، فتكون مهمة القاضي هي الكشف عن المقاصد والمعاني الحقيقة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين المشتركة دون الوقوف أو التقيّد بالألفاظ و العبارات المستعملة في حرفيتها.

ب- إعمال الكلام خير من إهماله، وعلى ذلك فإذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى، فإنها تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً.

ج- إنّ بنود العقد كاملة يفسر بعضها بعض فلابد من النظر إلى العقد بصفته وحدة واحدة مجملة، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية عبارات العقد، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل العقد[2].

---

[1] محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص282.

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص213.

د- تخصيص حالة الذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، بمعنى أنّه إذا باع شخص مزرعة و كان من توابعها أبقار خصت بالذكر في عقد البيع، فليس معنى ذلك أنّ الأبقار وحدها هي التي تدخل في الشيء المبيع دون التوابع الأخرى من آلات زراعية، ومباني، و مخازن، فهذه التوابع تدخل أيضاً إذ أنّ تخصيص الأبقار بالذكر يمكن أن يكون خشية قيام الشك في شمول البيع، و أراد المتعاقدان إزالة الشك[1].

و- فإذا تعذر على القاضي بالرغم من الالتجاء إلى هذه الوسائل الداخلية أن يهتدي إلى معنى يرجحه للعبارة الغامضة، وجب عليه الاستعانة ببعض الوسائل الخارجية.

3- العوامل الخارجية في تفسير العقد:

إذا لم تسعف الوسائل الداخلية السابقة للقاضي في تفسير العقد فعليه اللجوء إلى وسائل أخرى خارجة للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين و هذا ما أشارت إليه المادة 111 من ق.م.ج[2] في فقرتها الثانية بنصها:" **...مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثيقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات**".

ومن العوامل الخارجية في تفسير العقد:

أ- العرف الجاري في التعامل، فإذا كانت عبارات العقد و بنوده مبهمة وجب تفسيرها على ضوء هذا العرف الجاري، ومن هذه العوامل أيضاً الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان العقد، إذا كان قد بدأ بتنفيذه[3].

ب- الظروف المحيطة بإبرام العقد وتنفيذه، حيث يكون لمحكمة الموضوع سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وأوراق متبادلة بين الطرفين[4].

ويدخل في ذلك الظروف والوقائع المحيطة بعملية التعاقد مثل الغرض من العقد وصفة المتعاقدين ومهنته وعلاقاته. ويمكن الاستعانة أيضا بمحاضر جلسات التفاوض ومشروع العقد،

---

[1] محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص283.

[2] المادة 2/111 من الأمر 75-58، السالف الذكر.

[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص214.

[4] محمد حسين منصور ، مصادر لإلتزام (العقد و الارادة المنفردة)، المرجع السابق، ص 232.

بقدر من التحفظ باعتبارها من قبيل الأعمال التحضيرية للعقد. و يجوز اللجوء في التفسير إلى الاتفاقات المعاصرة مثل ورقة الضد التي يتم التوقيع عليها عادة وقت إبرام التصرف الصوري، و الإقرار الوارد في ورقة مستقلة[1].

ج- يتم الاستعانة كذلك بالظروف اللاحقة لإبرام العقد لتفسيره، و تتمثل أساسا في الظروف التي أحاطت تنفيذه، قد تعبر طريقة التنفيذ عن حقيقة قصد المتعاقدين حيث يتم اللجوء إلى أسلوب معين في التنفيذ يكشف عن نيتهما المشتركة الصريحة أو الضمنية في تعديل بعض بنود العقد، كما لو تم دفع الأجرة أكثر من مرة بأسلوب مغاير للاتفاق.

د- يمكن للقاضي أن يلجأ في سبيل استجلاء غموض العقد إلى القرائن وسماع الشهود للبحث عن تفسير راجح وفقاً للظروف التي أحاطت بإبرام العقد، حيث يستعين القاضي بطبيعة التعامل، أي موضوع و طبيعة العقد على ضوء الهدف العام المقصود من الطرفين. كذلك يستهدي القاضي بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، حيث يجب الاعتداء بسلوك الشخص المعقول و العادي في معاملة من نفس الطبيعة في إطار مبدأ الثقة و حسن النية[2].

ثالثا: حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين:

إذا كان هناك شك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح معنى العبارة الغامضة بين وجوه متعددة، كل وجه منها محتمل ولا ترجيح لوجه آخر، فإن القاعدة في هذا الصدد أن الشك يفسر في مصلحة المدين.

1- التفسير في صالح المدين:

إذا لم تفلح الوسائل السابقة في تحديد العنصر المشترك للمتعاقدين، كانت العبارة تحمل معنيين، فيجب الأخذ بالمعنى الذي يكون لصالح المدين.

ويقصد بالمدين هنا: هو المدين بالالتزام الذي يحوط الشك تفسيره[3]. وقد نصت على الأخذ بهذه القاعدة المادة 112 ق.م.ج[4]، و هي قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التشريعات.

---

(1) المرجع نفسه، ص 233.

(2) محمد حسين منصور، مصادر لإلتزام (العقد و الارادة المنفردة)،ص233

(3) محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص286.

(4) المادة 112 ق.م.ج من الأمر 75-58 ، السالف الذكر.

وتطبيق هذه القاعدة مشروط بأن يكون هناك شك يتعذر جلاؤه، فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإن لم يكن هناك شك حول مقصدها فإنه يتعين الأخذ بما قصداه، ولو كان ذلك في غير مصلحة المدين[1].

2- مبررات هذه القاعدة (قاعدة التفسير لصالح المدين):

يبرر هذه القاعدة عدة اعتبارات و يمكن ذكر أهمها فيما يلي:

أ/ إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين فذلك لأن الأصل براءة الذمة، والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه هذا إلا أن النية المعقودة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارة العقد، فلا يمكن أن يكون هناك توافق إرادة الدائن و إرادة المدين إلى حدود هذا المدى الضيق[2].

ب/ تقضي القواعد العامة في الإثبات بأنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات الالتزام، فإذا قام الشك في هذا الالتزام أو في مداه، كان معنى ذلك أن الدائن لم ينجح في إثباته، لهذا لا يؤخذ فيه إلا بما ثبت يقينا ، و يعتدّ بالمدى الضيق للالتزام[3].

ج/ و يقال أيضا في تبرير القاعدة أن الالتزام يمليه الدائن للمدين، فإذا أملاه مبهماً يجوز الشك فيه فالخطأ خطأ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يجوز الشك فيه، و مزايا هذا الاعتبار أنه يفسر لمَّا نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن حتى لو كان دائناً. فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن في جميع مشتملاته، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضا من إملائه، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن و هو هنا الدائن[4].

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص215.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 610.

[3] محمد حسين منصور ، مصادر لإلتزام (العقد و الإرادة المنفردة)،المرجع السابق، ص334.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص610،611.

3- استثناء قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين في عقود الإذعان:

وهناك استثناء على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين يتعلق بعقود الإذعان حيث أورد التقنين المدني الجزائري هذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة 112 ق.م.ج[1]ما يلي:"**ومع ذلك لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن**".

فطبقا لهذا النص فإن تفسير الشك دائما في العقود لا يكون في مصلحة المذعن دائناً كان أو مديناً ذلك (لأن المفروض أن المتعاقد الآخر و هو أقوى العاقدين يتوافر له الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن (وهو الطرف الضعيف) عند التعاقد شروط واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر سببا في هذا الغموض)[2] .

ويجد هذا الاستثناء تبريره في أن الطرف القوي هو الذي يستقل بوضع شروط العقد ومن ثم تقع عليه مسؤولية غموض صياغتها إذ كان بوسعه أن يتحاشاها[3].

المبحث الثاني

طرق انقضاء عقد الإذعان

العقد الصحيح هو الذي يستوفي كل أركانه وشروطه، ويلزم المتعاقدين، غير أنه يتطرق قبل أو أثناء الشروع في مرحلة التنفيذ إلى بعض الأسباب التي تحول دون تنفيذ العقد فيترتب على ذلك انحلاله أو انقضائه، ذلك أن عقد الإذعان في الحقيقة لا يختلف عن سائر العقود من حيث الانقضاء. وبالتالي سنتناول في هذا المبحث انقضاء عقد الإذعان عن طريق البطلان **(كمطلب أول)**، وانقضائه أيضا عن طريق انحلال العقد **(كمطلب ثان)**

المطلب الأول

البطلان

البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستوف شروطه وإذا ما أخل بها المتعاقدان فإن عقدهما باطل أي منعدم الوجود قانونا. فتزول كل آثاره بالنسبة للمتعاقدين، وكذلك بالنسبة

---

(1) المادة 112 من الأمر 75-58 ، السالف الذكر

(2) محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص288.

(3) محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام ،(العقد و الارادة المنفردة)، المرجع السابق، 335.

للغير، وانطلاقا من هذه النقطة سنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع بحيث نتطرق الى أنواع البطلان **(كفرع أول)**، وكيفية تقرير البطلان **(كفرع ثان)**، ثم آثار البطلان **(كفرع ثالث)**.

الفرع الأول: أنواع البطلان

كما هو معلوم ومعروف إن العقد يتكون من ثلاثة أركان: الرضا، المحل، والسبب، والبطلان هو الجزاء القانوني على تخلف ركن من هذه الأركان إلا أنه يختلف الجزاء في حالة تخلف ركن الانعقاد ومقوماته عن جزاء تخلف شروط صحة العقد، ومن خلال ما سبق القول يتضح لنا أن البطلان نوعين بطلان مطلق **اولا** وبطلان نسبي **ثانيا**.

أولا: البطلان المطلق

هو جزاء العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط الانعقاد، وهي الرضا والمحل والسبب، والشكل في بعض العقود الشكلية، فلا يكون لهذا العقد وجود قانوني ولا ينتج أي أثر[1].

كما يعرف البطلان المطلق أيضا أنه هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد كركن الرضا أو المحل أو السبب، أو تخلف الرسمية في العقد الشكلي والبطلان المطلق يصيب العقد منذ نشأته فكأن هذا العقد ولد ميتا، فلا يصلح لترتيب أي أثر من آثاره منذ إبرامه[2].

ثانيا: البطلان النسبي

البطلان النسبي هو جزاء تخلف شرط من شروط الصحة كعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كل من المتعاقدين، أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا (وهي الغلط، الإكراه، التدليس، والغبن أو الاستغلال) كما توجد حالات معينة يقدر فيها القانون البطلان النسبي، كما هو الشأن في حالة بيع ملك الغير (م397 ق.م) والعقد الباطل بطلانا نسبيا يأخذ حكم العقد الصحيح وتترتب عليه كافة آثاره القانونية حتى يتمسك بالبطلان من شرع هذا البطلان لمصلحته، وهو ناقص الأهلية أو شاب رضاه عيب، فإذا تقدر البطلان زالت جميع الآثار القانونية التي ترتبت على هذا العقد، وانعدم انعداما أصليا بأثر رجعي[3].

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص172.

[2] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، د.ط ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 171.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص172.

كما عرفه أيضا علي فيلالي أنه العقد الذي ينعقد صحيحا، ويظل كذلك ما لم يطعن المتعاقد في صحته، ويكون العقد باطل بطلانا نسبيا أو قابل للإبطال إذا كان رضاء المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضاء كالغلط أو التدليس أو الإكراه، والاستغلال، أو كان ناقص الأهلية، على عكس البطلان المطلق[1].

كما عرف الدكتور رمضان السعود البطلان النسبي أنه الجزاء على تخلف شرط من شروط صحة العقد، وكذلك بسبب كون المتعاقد مثلا ناقص الأهلية أو كان رضاء المتعاقد موجودا إلا أنه قد وجد معيبا بعيب من عيوب الرضاء كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، أو كان المحل موجودا ولكنه غير مشروع.

الفرع الثاني: أحكام البطلان

في أحكام البطلان نتناول ثلاثة مسائل وهي كالتالي: من له الحق في التمسك بالبطلان؟ و كيفية سقوط حق التمسك بالبطلان، ثم كيف يتقرر البطلان؟.

أولا: من له الحق في التمسك بالبطلان

تنص المادة 1/102 ق.م.ج على أنه :**"إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة"**[2].

ويراد بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين. كما أنه للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى وذلك لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني فهو إما منعدم بسبب تخلف ركن من أركانه، أو باطل بسبب مخالفة النظام العام والآداب العامة، وكلها دلالات يجب على القاضي أن يراعيها.

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 333.

[2] المادة 1/102 من الأمر 75-58 السالف الذكر.

أما فيما يتعلق بالعقد القابل للإبطال فإنه يكون للعاقد وحده الذي شرع الإبطال لمصلحته، وهو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد في حالتي نقص في أهليته أو عيب في رضاه، ومن هنا تنص المادة 99ق.م.ج بأنه: **"إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"**[1].

وعليه فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها، بل لابد من أن يتمسك بذلك صاحب الحق أو خلف العام إذ الإبطال مقرر لمصلحة شخص معين، وليس للغير ولا بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام أو الآداب، كما هو الشأن في البطلان[2].

1/ العقد الباطل بطلانا مطلقا:

طبقا لنص المادة 1/102ق.م.ج المذكورة أعلاه فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا وجود له قانونا، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، فهو لا يفعل سوى طلب تقرير وضع قائم وهو أن هذا العقد لا وجود له[3].

العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا، وسنرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع، وقد تقضي الضرورة المالية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى وسواء أكان تقرير البطلان عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع، فإن الذي يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك.

والمصلحة هنا يراد بها ما يؤثر فيها صحة العقد أو بطلانه، ويترتب على ذلك لا مجرد المصلحة دون قيام هذا الحق، فلا تجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد. ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافسها له.

ولكن إذا كان لصاحب المصلحة حق يؤثر فيه بطلان العقد، جاز له التمسك بالبطلان، في البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان: البائع حتى يسترد البيع،

---

[1] المادة 99 من الأمر 75-58 السالف الذكر.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص186.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص173.

والمشتري حتى يسترد الثمن، ودائنوا كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب، بل أيضا بطريق مباشر[1].

كما قد تكون المصلحة متوافرة في حق شخص لم يكن طرفا في العقد ويستطيع مع ذلك أن يتمسك بالبطلان، ومثال ذلك أن يقوم صاحب عقار مرهون ببيع عقار بيعا باطلا لآخر، فبجانب حق المتعاقدين في طلب البطلان فإنه يكون من حق الدائن المرتهن أن يتمسك كذلك بالبطلان، حيث تتوافر المصلحة في جانبه، حيث تبدو مصلحته في إبعاد هذا المشتري وإرجاع العين إلى ذمة المدين البائع حتى يستطيع التنفيذ عليها[2].

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم:المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص، بل للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأن الحكم الباطل ليس له وجود قانوني[3].

2/ العقد القابل للإبطال:

بالنسبة للبطلان النسبي تقضي المادة 99 ق.م.ج بأنه: **"إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"**[4].

فالعقد القابل للإبطال لا يبطل من تلقاء نفسه وإنما بالالتجاء إلى المحكمة إذا لم يحصل اتفاق بين أطرافه على إبطاله والتحلل منه. والقاضي لا يقضي بإبطال العقد إلا بناءا على طلب من يقرر البطلان لمصلحته.

فإذا كان العقد باطلا بطلانا نسبيا بسبب أن المتعاقد كان ناقص الأهلية، أو كان رضاه معيبا بعيب الإكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال فإذا هذا المتعاقد وحده هو الذي يملك حق المطالبة بإبطال العقد دون الطرف الآخر.

فالقانون يراعي مصلحة الطرف الذي تعيبت إرادته أو كان ناقص الأهلية في العقد الذي حصل فيه الخلل موجب للإبطال، ولذلك لا يجوز لغير ذي المصلحة أن يتمسك بإبطال العقد،

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص527.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 174.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص528.

[4] المادة 99 الأمر 75-58 السالف الذكر.

وذو المصلحة يجب أن يتمسك بالإبطال حتى تقضي به المحكمة، فليس للقاضي أن يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه، بل يجب أن يتقدم ذو المصلحة بطلبه هذا إلى المحكمة[1].

كما ينتقل الحق في الإبطال في حالة وفاة العاقد إلى خلفه العام، كما ينتقل للخلف الخاص الحق في الإبطال في شأن العقود التي أبرمها سلفه في خصوص الشيء المستخلف فيه سابقا على انتقال الشيء للخلف باعتباره من مستلزمات الشيء الذي آل للخلف ومكملاً له[2].

ثانيا: سقوط الحق في التمسك بالبطلان

يسقط الحق في التمسك بالبطلان إما بالإجازة أو بالتقادم، لذا سنتعرض لكل منهما:

1/الإجازة:

تنص المادة 100 من ق.م.ج[3] على أنه: **"يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".**

فالإجازة تصرف قانوني من جانب واحد وتقر بإرادة منفردة، يزيل به أحد العاقدين العيب الذي لحق العقد.

وباعتبارها عملا قانونيا فيجب أن تتوفر فيها شروط التصرف من حيث الأهلية وسلامة الإرادة.

والإجازة لا تلحق إلى العقد القابل للإبطال، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فعدم ولا سبيل إلى تصحيحه.

فالإجازة تختلف عن الإقرار، فالإقرار ولو أنه تصرف قانوني إلا أنه يصدر من أجنبي عن العقد، كإقرار المالك في حالة بيع ملك الغير[4].

والإجازة تكون تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد يقصد به صاحبه، لذلك يجب أن يكون الشخص الصادر عنه الإجازة عالما بالعيب الذي لحق العقد حتى يمكن أن تفسر إرادته على أنها قد اتجهت إلى تصحيح العقد وبناءا على ذلك إذا نفذ هذا الشخص العقد القابل

---

[1] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص165-166.

[2] همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق، ص 19.

[3] المادة 100 من الأمر 75-58 السالف الذكر.

[4] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص123.

للإبطال دون علم منه بالعيب الذي شابه فلا يمكن أن يقال أن تنفيذ هذا العقد –مهما طالت مدته- كانت غايته إجازة ضمنية له.

ولما كانت الإجازة عملا أو تصرفا قانونيا، فإنه يجب أن تتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني. لذلك فيجب أن تصدر الإجازة ممن يملكها بعد زوال السبب الذي من أجله تقرر بطلان العقد، فمثلا ناقص الأهلية لا يستطيع أن يجيز العقد وهو ناقص الأهلية، بل لابد أن تصدر منه هذه الإجازة بعد بلوغ سن الرشد.

والإجازة تكون صريحة أو ضمنية، فتكون صريحة إذا تمت بعبارة تفيد ذلك[1].

أ/وتكون الإجازة صريحة إذا انصرفت إرادة المجيز إلى إجازة العقد، فيقوم بالتصرف القانوني بقصد التنازل صراحة عن حقه في إبطال العقد، ويكون الغرض من هذا التصرف هو التنازل عن إبطال العقد لا غير، وقد يتم التصرف كتابة أو كلاما أو بالإشارة[2].

ب/وقد تكون الإجازة ضمنية مستفادة من أي عمل يقوم به من تقدر البطلان لمصلحته ويدل على انصراف نيته إلى النزول عن التمسك بالبطلان، من ذلك مثلا أن يشتري الشخص أرضا بعقد باطل ثم يقوم بالبناء عليها بعد علمه بهذا البطلان[3].

والإجازة بهذا التحديد لا ترد على العقد الباطل لأنه تصرف معدوم (المادة 1/102 ق.م.ج)[4]وتقتصر على العقد القابل للإبطال، فإذا صدرت الإجازة كان كل ما يترتب عليها هو أن تزول قابلية العقد للإبطال، أي يزول الخطر الذي كان يهدد العقد، والإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم ينتجه من قبل، ولهذا لا يتصور أن يكون أثر رجعي يضر بحقوق الغير[5].

2/ التقادم:

نفرق في هذا الصدد بين التقادم في البطلان المطلق و التقادم في البطلان النسبي:

---

[1] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص176.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 346.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص173.

[4] المادة 1/102 من الامر 75-58 السالف الذكر، تنص على انه: **"إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".**

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص181.

قبل أن نتطرق إلى التقادم في البطلان المطلق والبطلان النسبي، سنعطي أولا مفهوم التقادم.

تناول المشرع الأحكام العامة للتقادم في القسم الثالث من الفصل الثالث الذي يفيد أن يترتب على تقادم الحق انقضاءه، ومن ثم لا يمكن المطالبة به، فالتقادم هو صورة من صور انقضاء الالتزام بالنسبة للمدين وهو أن الالتزام الذي يلحقه التقادم يتحول إلى التزام طبيعي فيصبح غير قابل للتنفيذ الجبري.

ويتحقق التقادم عند امتناع الدائن عن مطالبة المدين بالوفاء خلال المدة الزمنية المحددة قانونا لذلك[1].

ا/ بالنسبة للبطلان المطلق:

قد يتمسك صاحب المصلحة بهذا البطلان إما في صورة دعوى يرفعها أو في صورة دفع إذا رفعت عليه الدعوى بمناسبة تنفيذ هذا العقد الباطل[2].

تنص المادة 2/102 ق.م بأنه: **"تسقط دعوى البطلان بمضي 15 عشر سنة (15) من وقت إبرام العقد"**[3].

فالقاعدة في القانون المدني الجزائري بأن العقد الباطل لا يصحه التقادم، لأنه عقد معدوم، ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق عن العدم وجودا، غير أن دعوى البطلان تسقط بمضي 15 سنة من وقت العقد.

ومهما يكن فإن تقادم دعوى البطلان لا يعني أبدا أن العقد الباطل قد انقلب عقدا صحيحا، فهو مازال عقدا باطلا، ولكن دعوى بطلانه لا تسمع فقط[4].

الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة، ذلك أنه إذا باع شخص أرضا وكان العقد باطلا فإنه ولو انقضت مدة خمس عشر سنة على العقد الباطل ولم يسلم خلالها الأرض للمشتري فهو ليس في حاجة إلى رفع دعوى البطلان، وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض، باستطاعة البائع أن يرفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء مدة

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 349.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص177.

[3] المادة 2/102 من الأمر 75-58 السابق الذكر.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص172.

التقادم المحددة لأن الدفع بالبطلان لا يسقط أما إذا سلم البائع الأرض فله أن يستردها بدعوى الاستحقاق لأنها لا تتقادم أيضا.

وفي العقد الباطل بطلانا مطلقا فالذي يتمسك ببطلانه هو: طرفاه وخلفهما، والدائنون، وكل ذي مصلحة والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[1].

ب/ بالنسبة للعقد القابل للإبطال:

نصت المادة 1/101 من ق.م.ج على أنه: **"يسقط الحق بإبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس(5) سنوات"**[2].

ونصت الفقرة 2 من نفس المادة بأنه: **" ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر(10) سنوات من وقت تمام العقد"**[3].

وعليه فإن الحق في إبطال العقد يسقط بالتقادم إذا مضت المدة القانونية المقدرة، فلا يجوز بعد ذلك إبطاله لا من طريق الدعوى ولا من طريق الدفع، وبذلك يستقر نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال.

وللتقادم أثر رجعي، فتتأكد صحة العقد منذ إبرامه، ويكون هذا الأثر مطلقا، فيسري في حق الغير، على خلاف الأثر الرجعي للإجازة. فمثلا: لو أن قاصرا باع عينا، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل سقوط الحق في الإبطال بالتقادم رتب على العين رهنا تم التقادم، فإن ملكية العين تستقر للمشتري غير منقلة للرهن[4].

فالعقد القابل للإبطال يستقر بعد انتهاء المدة ويصبح قابلا للتنفيذ والتقادم بأقصر الأجلين خمس سنوات من وقت زوال العيب أو عشر سنوات من وقت التعاقد.

يتمسك بإبطال العقد في العقد القابل للإبطال، من تقرر الإبطال لمصلحته ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وحتى حكم به القاضي أصبح العقد باطلا بأثر رجعي[5].

---

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص125.

[2] المادة 1/101 من القانون05-10 السالف الذكر.

[3] المادة 2/101 من القانون05-10 السالف الذكر.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص185.

[5] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص125.

ثالثا: كيفية تقرير البطلان

سوف نتطرق لكيفية تقرير البطلان في العقد الباطل بطلانا مطلقا، في العقد القابل للإبطال.

1/ تقرير البطلان في العقد الباطل:

لما كان العقد ليس له وجود قانوني، فلا حاجة إذن لصدور حكم إبطاله ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم، وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك، وما عليه أن يعتبر العقد الباطل معدوما.

ولو كان العقد الباطل بيعا كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع، فهو لا يزال في ملكه ويكون بيعه صحيحا.

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع عن طريق الدعوى.

ولكن قد تقضي الضرورة العملية بالحصول على حكم، وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على التمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان وبفرض هذا في بعض فروض عملية منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري وأراد أن يسترده فله أن يرفع دعوى البطلان في خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد[1].

2/ تقرير البطلان في العقد القابل للإبطال:

العقد القابل للإبطال يتم تقريره بالتراضي أو بالتقاضي فالعقد القابل للإبطال له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه، ويشترط في حالة التراضي أن تتوافر الأهلية في كل من المتعاقدين، فإذا لم يتم التراضي لا يجوز لمن له الحق في التمسك بالإبطال أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة، بل يتعين عليه اللجوء إلى القاضي للحصول على حكم بإبطال العقد، وحكم القاضي يعتبر مُنشئا للبطلان لا كاشفا كما هو الأمر بالنسبة للعقد القابل للإبطال، وإذا

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص532.

كان أثر هذا الحكم يستند إلى الماضي، على أنه يلاحظ أنه إذا رفعت دعوى الإبطال وتبين للقاضي أن سبب الإبطال متوفر، تعين عليه أن يبطل العقد[1].

الفرع الثالث: آثار البطلان

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يرتب أية آثار قانونية أما كواقعة قانونية فيكون له أثر، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا أو القابل للإبطال، فإنه يرتب آثاره القانونية باعتباره عقدا صحيحا إلى أن يقضي ببطلانه، أما إذا قضى ببطلانه انسحب البطلان إلى الماضي وزال ما رتبه من آثار، ويصبح كأي عقد باطل، وردّ المتعاقدان إلى حالتهما قبل التعاقد، فإذا كان العقد بيعا رد المشتري المبيع، ورد البائع الثمن، وانطلاقا من هذا المبدأ نتناول هذا الفرع: آثار البطلان بالنسبة للمتعاقد **(أولا)** وبالنسبة للغير **(ثانيا)** واستثناء إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد **(ثالثا)**.

أولا: آثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين.

إذ لم يحصل تنفيذ للعقد فلا تثار أي صعوبة، أما إذا كان أحد الطرفين قد تسلم شيئا بمقتضى العقد الذي تقرر بطلانه، تعين عليه رده أما إذا كانت إعادة الحال إلى ما كان عليه مستحيلة حكم بتعويض معادل طبقا لنص المادة 103ق.م.ج التي تنص على انه: " **يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل** ".[2]

فإذا كان العقد بيعا وتقرر بطلانه، رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري، ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك، وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد.[3]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص187-188.

[2] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 121.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 534.

ثانيا: آثار البطلان بالنسبة للغير

يترتب على بطلان العقد زواله بالنسبة للماضي والمستقبل، وبالنسبة للعاقدين وللغير. فإذا اشترى شخص شيئا ثم باعه أو وهبه إلى آخر، ثم ثبت بطلان العقد الأول فإن ذلك يتبعه بطلان البيع الثاني، فيترتب على ذلك عدم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري الثاني، ويلزم إعادة الملكية إلى البائع الأول، إلا أن المشرع والقضاء قد خرج على هذه القاعدة لحماية حسن النية، فأبقى على حق الغير الحسن النية رغم زوال حق المتصرف.

والاستثناءات التي أوردها القانون والقضاء على قاعدة زوال أثر العقد بالنسبة للغير هي:

1- عقود الإدارة (المادة 468 ق.م.ج) : تبقى عقود الإدارة قائمة (كالإيجار) بالرغم من ثبوت بطلان سند الملكية للمنصرف (الموجز) إذا كان المنصرف إليه (المستأجر) حسن النية وكانت مدة الإجارة لا تتجاور ثلاث سنوات.

2- بالنسبة للمنقولات (المادة 835 ق.م.ج) إذا كان الغير حسن النية ويجهل العيب الذي يلحق بسند المتصرف.

3- بالنسبة لعقد الرهن(طبقا لنص المادة 885 ق.م.ج) فيبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصّادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن.

4- بالنسبة للثمار(طبقا لنص المادة 837 ق.م.ج)، فللحائز حسن النية أن يتملك الثمار متى كان يجهل سبب بطلان التصرف.[1]

ثالثا/الاستثناء من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد:

إذا كانت القاعدة متى تقرر البطلان هي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، إلا أنّه يصعب تطبيق ذلك في بعض الحالات وبصفة خاصة إذا كان قد تم تنفيذ العقد كله أو بعضه:

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 122.

1- استحالة إعادة الوضع إلى ما كان عليه في العقود الزمنية فهي التزامات ممتدة وما تم تنفيذه لا يمكن محوه أو استرداده مثل عقد العمل.

2- إذا ما تقرر إبطال شركة فإن البطلان لا يمكن أن يزيل الوجود الفعلي للشركة، بين فترة التأسيس والقضاء بالبطلان، وتسمى الشركة في تلك الفترة بالشركة الفعلية، أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة تتوقف أو تعتبر كأن لم تكن.

3- رغم الحكم بالبطلان وما له من أثر رجعي بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، إلا أنّ القانون يقرر حماية الغير حسن النية، ومن ثم فإنه يبقي بعض الآثار التي أنتجها العقد في الماضي بالنسبة للغير حسن النية[1].

المطلب الثاني

انحلال العقد

سبق القول أن العقد الذي استوفى كل أركانه وشروطه يكون صحيحا، غير أنه قد تطرأ قبل أو أثناء الشروع في مرحلة التنفيذ بعض الأسباب التي تحول دون تنفيذ العقد فيترتب عليه انحلال العقد.

يقصد بانحلال العقد حل الرابطة العقدية التي تجمع بين المتعاقدين، وإزالة كل آثارها،[2] والانحلال يرد على عقد ولد صحيحا ثم ينحل بأثر رجعي، أو دون أثر رجعي وينحل العقد إما باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، والمشرع الجزائري نجده قد جمع بين الفسخ والانفساخ وعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد في المواد من 119 إلى 122 ق.م.ج وعلى هذا الأساس، قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، فسنتناول الفسخ في **الفرع الأول** والانفساخ **كفرع ثان**، الدفع بعدم التنفيذ في **الفرع الثالث**.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 122، 123.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 455.

الفرع الأول: الفسخ

الفسخ هو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي ولا يكون إلاّ في العقود الملزمة للجانبين، أي تلك التي يلتزم فيها كل متعاقد تجاه الآخر على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما.

ويتم الفسخ عندما لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، فيكون للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد جزاء على عدم تنفيذ هذا الالتزام.[1]

وهذا ما نصت عليه المادة 119 من ق.م.ج على انه : "**في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك** ".[2]

وبمقتضى أحكام المادة السالفة الذكر يمكن للمتعاقد أن يتمسك بتنفيذ العقد وله أن يجبر المتعاقد الآخر على ذلك وفق الطرق القانونية المعتمدة لذلك أو يطالب بفسخ العقد.[3]

وسنتناول من خلال هذا الفرع شروط المطالبة بالفسخ **أولا**، وسنعالج كذلك تقرير الفسخ **ثانيا** والأثر المترتب عليه **ثالثا**.

أولا: شروط الفسخ

يخضع حق المتعاقد في طلب الفسخ الى ثلاثة شروط و هي كالتالي :

1/ أن نكون أمام عقد ملزم للطرفين:

إن في مثل هذه العقود يقوم الارتباط بين الالتزامات المتقابلة مما يبرر لأحد الطرفين أن يطلب الفسخ حتى يتحلل من التزامه إذا كان الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه.[4]

2/ امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه:

---

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق ، ص 153.

[2] المادة 119من الامر 75-58، السالف الذكر.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 457.

[4] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 190.

وحينئذ يكون للمتعاقد الآخر إما طلب التنفيذ العيني لهذا الالتزام، إذ كان ممكنا أو طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام، سواء كان هذا التنفيذ ممكنا، أو أصبح مستحيلا إذ ينفسخ العقد في الحالة الأخيرة بقوة القانون، مما يجوز معه طلب الفسخ القضائي بحكم منشئ للفسخ.[1]

3/ وفاء المتعاقد المتمسك بالفسخ بالتزامه

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119 ق.م.ج ، غير أنه من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد يفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات، يجب أن لا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه، وهذا يقتضي أن يكون قد وفى بما تعهد به، أو أن يكون على الأقل مستعدا للوفاء به.[2]

ثانيا: تقرير الفسخ

إذا توفرت الشروط السالفة الذكر لا تؤدي تلقائيا إلى فسخ العقد بل للقاضي بموجب أحكام الفقرة 02 من المادة 119 ق.م.ج سلطة تقديرية في تقرير الفسخ وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي، إلا أنه يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة 120 ق.م.ج. [3] التي تنص على أنه " **يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي**". وهذا الفسخ هو الفسخ الاتفاقي:

1/ الفسخ القضائي:

إذا توفرت شروط الفسخ جاز للقاضي أن يحكم بالفسخ وأن يحكم على المدين بالتعويض إذا كان قد ترتب ضرر عن الفسخ وفي ذلك استجابة إلى طلب الدائن،[4] وإذا ما تبين للقاضي أن ما تبقى في ذمة المدين من التزامات ضئيل مقارنة مع ما تم تنفيذه وأن

---

[1] أنور طلبة، أنور طلبة، المطول في شرح ق.م ، الجزء3 ، ط.1 ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر، 2007. ص 124.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 460.

[3] المادة 120 من الامر 75-58 ، السالف الذكر.

[4] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 155.

مصلحة الدائن لا تتأثر كثيرا من ذلك، فقد يرفض الفسخ ويمنح المدين أجلاً لتنفيذ ما تبقى، وقد يعفيه من التنفيذ مكتفيا بمنح الدائن تعويضا وهذا حسب المادة 119 ق.م.ج[1] .

2/ الفسخ الاتفاقي:

نصت المادة 120 ق.م.ج السالفة الذكر على الفسخ الاتفاقي، فقد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة إذ لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وجب رفع دعوى إلى القضاء ووجب توجيه اعذار للمدين وللقاضي أن يمنح للمدين مهلة الميسرة لتنفيذ التزامه.

وقد يدرج المتعاقدان شرطا فيتفقان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة يجب رفع دعوى بطلب الفسخ وقد يزيد المتعاقدان درجة في الشدة فيتفقان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون الحاجة إلى حكم قضائي، وفي هذه الحالة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه.[2]

ثالثا: آثار الفسخ

يترتب على الفسخ إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وهذا بفعل الأثر الرجعي للفسخ، وبالتالي يرجع كل طرف ما تسلمه من الآخر، ومن امتنع على ذلك وجب عليه التعويض، ويمكن للقاضي أن يمنح تعويضاً للدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التنفيذ،على أن هذا التعويض يؤسس على المسؤولية التقصيرية للمدين، وتتقادم دعوى الفسخ بخمسة عشرة سنة (15) من تاريخ الإعذار[3] إعمالا للقاعدة العامة المنصوص عليها في نص المادة 308 ق.م.ج التي تنص على انه " **يتقادم الالتزام، بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية**".[4]

ومن أمثلة عقود الإذعان التي تنتهي بالفسخ نجد عقد التأمين الذي هو عقد إذعان ينفسخ في حالات متعددة منها:

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق ، ص 460.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، ط.5،المرجع السابق، ص 107.

[3] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 68.

[4] المادة 308 من الامر 75-58 ، السالف الذكر.

1/ إذا ما استجدت ظروف تؤدي إلى زيادة الخطر:

يستخلص من القواعد العامة في التأمين، ولما يقضي به الطرف التأميني وفقا للشروط التي جرت العادة بإدراجها في وثائق التأمين، أنه إذا استجدت في أثناء سريان عقد التأمين وما يهدف إليه من استمرار تغطية الخطر ما أمكن ذلك تقضي بإفساح المجال للطرفين حتى يستبقيا العقد بعد زيادة قسط التامين على ألا يخل ذلك بحق المؤمن في طلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة و حقه في استبقاء العقد دون زيادة في القسط اذا رغب في ذلك، ويترتب على فسخ العقد ان ينقضي و لكن دون أثر رجعي .[1]

2/ إخلال المؤمن له بدفع القسط:

إذا امتنع المؤمن عن دفع القسط بعد إعذار المؤمن له، أن يطالب قضاء إما الفسخ أو التنفيذ العيني.

وإذا لم يختر المؤمن له لا الفسخ ولا التنفيذ العيني، بقي عقد التأمين مدفوعا إلى أن يحل القسط الجديد.[2]

الفرع الثاني: انفساخ العقد

تنص المادة 121 ق.م.ج على الانفساخ بنصها على ما يلي: " **في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون** ".

إن استحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام الذي يؤدي بدوره إلى انفساخ العقد بقوة القانون ،والمقصود بالاستحالة هو أن يتعذر على المدين تنفيذ التزامه بسبب خارج عن إرادته والانفساخ هو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون وهذا الأخير لا يخضع لتقدير القاضي، بل لا حاجة للجوء إليه إطلاقا[3]، إذ يكفي الدفع به إذا اقتضى الأمر ولا علاقة له بسلوك المتعاقدين

---

[1] لعشب محفوظ، المرجع السابق ص184.

[2] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 184.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 467.

والعبرة فيه بتحمل تبعة استحالة التنفيذ، وعليه سنتطرق الى استحالة التنفيذ أولا ثم مبدأ تحمل التبعة ثانيا .

أولا: استحالة التنفيذ

من خلال نص المادة 121 ق.م.ج وتقابلها المادة 109 من ق.م.م التي تنص على أنه " **في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه** ".يتضح أن الالتزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي وأن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام، فالعقد لا ينفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي.[1]

ثانيا: مبدأ تحمل التبعة

بما أن الالتزامات في العقود الملزمة لجانبين متقابلة، فإذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب لا يد له فيه انفسخ العقد وتحمل المدين تبعة هذا الالتزام، فلا يجوز له أن يطلب من المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه، فمثلا في عقد البيع، إذا استحال على البائع أن ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري لهلاك المبيع تحت يده لسبب أجنبي لايد له فيه، انفسخ العقد، وتحمل البائع تبعه الهلاك ولا يمكن له أن يطالب المشتري بالثمن.[2]

ومن أمثلة عقد الإذعان التي ينتهي بالانفساخ مثلا إذا هلك الشيء المؤمن عليه، كانهدام المنزل المؤمن عليه من الحريق فإن العقد ينفسخ ويكون للمؤمن الحق فيما استحق من الأقساط إلى يوم انهدام المنزل، أما ما لم يستحق من الأقساط إلى ذلك اليوم فإن ذمة المؤمن له لا تبرأ منه[2]، وقد بيّن المشرع الجزائري في المادتين 37 و38 قانون لتأمين رقم 80-07 [3]بأنه في حالة فقدان الشيء المؤمن عليه بسبب حادث غير منصوص عليه في وثيقة التأمين ينتهي التأمين قانونا.

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 723.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، ط.5 ،المرجع السابق، ص 108.

[2] لعشب محفوظ ،المرجع السابق، ص185.

[3] القانون رقم 80-07 المؤرخ في 28 رمضان 1400 هـ الموافق 9 أوت 1980 المتعلق بالتأمينات، ج ر رقم 33 الصادرة في 12 أوت 1980.

[4] دربال عبد الرزاق ،المرجع السابق ،ص70.

[5] فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص158.

ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من أحكام، أي إعادة المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد، مع الأخذ في الاعتبار تحمل التبعة السابق بيانها.[4]

الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ

نصت المادة 123 ق.م.ج على ما يلي: " **في العقود الملزمة للجانين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به** ".

يتبين من خلال أحكام هذه المادة أن لكل متعاقد في العقود الملزمة لجانين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه،[5] إذا لم يقم الآخر بتنفيذ ما التزم به، وله بذلك أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه وذلك بشروط وهذا ما سنطرق إليه **أولا** وكذلك سنعالج الأثر المترتب عن الدفع بعدم التنفيذ **ثانيا**.

أولا: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يقتضي التمسك بعدم التنفيذ تحقق ثلاثة شروط وهي كالآتي: أن يكون العقد تبادليا، وأن تكون الالتزامات مستحقة الأداء، وأن يكون هناك إخلال من المتعاقد بأحد التزاماته.

1/ أن يكون العقد تبادليا:

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة لجانبين دون غيرها، كما أشارت إلى ذلك المادة 123 ق.م.ج السالفة الذكر، ويرجع هذا الشرط إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، وهو تقابل الالتزامات التي يتحملها المتعاقدين.[1]

2/ أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء:

لا يكون هناك مجال للدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام مؤجلاً، فلا يكون للبائع أن يتمسك بهذا الدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، إذ كان الثمن مؤجلا فإذا لم يكن كذلك، بأن كان أجل الوفاء به لم يحل بعد، فلا يجوز للطرف الآخر أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا كان التزامه هو قد حل أجل الوفاء به.[2]

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 474.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 200.

3/ إخلال المتعاقد بالتزامه:

إن الغرض من الدفع بعدم التنفيذ، هو تأجيل تنفيذ الالتزام الذي يتحمله المتعاقد الذي يتمسك بهذا الدفع إلى حين تنفيذ الالتزام المقابل، ويشترط أن يكون المتعاقد الآخر هو السبب في امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه، أو كان قد امتنع هو الأول عن تنفيذ التزامه.[1]

ثانيا: أثر الدفع بعدم التنفيذ

ويترتب على التمسك بهذا الدفع، وقف تنفيذ العقد، دون انقضاء الالتزام، ويستمر هذا الوقف إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فإذا ما قام ظل العقد ينتج آثاره، أما إذا أصر المتعاقد على الامتناع، فإن هذا قد ينتهي بالطرف الآخر إلى طلب الفسخ.[2]

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 475.

[2] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 159.

كخلاصة للفصل الثاني يمكن القول أن القاضي قد وضع ميزانا توخى منه إقامة العدالة، إذ وضع مبدأ حرية التعاقد وحرمة العقد في كفة، ومبدأ موازنة مصالح الأطراف المتنازعة أو المصلحة العامة في الكفة الأخرى، ومال نحو مبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة في حال عدم تضمين العقد شروطا تعسفية، ما كان المتعاقد ليرضاها لو أتيحت له مناقشة العقد.

وهكذا نصل إلى الملاحظات التالية:

1- إن انقضاء عقود الإذعان وإن كانت تجمعها خصائص مشتركة وذات طبيعة قانونية خاصة تختلف عن بقية العقود الأخرى فإنما ذلك مرجعه إلى طريقة انعقاد العقد أو إلى الشروط المدرجة فيه أما انقضاؤها فهو كسائر العقود المدنية والتجارية.

2- بما أن عقد الإذعان مركب، فإن لكل عقد فيه تشريع خاص به وبالتالي يرجع إلى تلك التشريعات الخاصة بكل عقد.

3- إن هذه العقود تتأثر كثيرا بطبيعة محل العقد، فمنها ما ينفذ فورا، ومنها ما هو عقد زمني.

الخاتمة

من خلال ما تم عرضه في هذا البحث يتبين لنا أن عقد الإذعان في القانون المدني يعد من المواضيع الحديثة والعامة في مجال الدراسات القانونية والتي بدأت تأخذ الاهتمام والعناية الكبيرة، وعقود الإذعان من العقود القليلة التي أثارت العديد من النقاشات بين رجال القانون بشقيه العام والخاص، لدرجة أن بعض أنكر عليها الصبغة العقدية وصنفها ضمن قائمة اللوائح، حسب ما تمتاز به من خصائص وطبيعة قد لا تتوفر في العقود التقليدية، التي تمتاز في الغالب بالمساومة، لكن لم تستطع كل الانتقادات التي وجهت إليها أن تزيحها من الإطار القانوني الذي وضع لها، بل وأن جل فقهاء القانون المدني صنفوها ضمن تقسيمات العقود مع الإقرار ببعض الخصائص المميزة لها سواء على مستوى الشكل أو المضمون.

وعقود الإذعان تعتبر وليدة التطور الاقتصادي والاجتماعي، ظهرت مع مطلع القرن العشرين، وكانت تسمى في القانون الفرنسي بعقود الانضمام، وقد اثر ظهورها على المبادئ التعاقدية التي كرسها مبدأ سلطان الإرادة.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراسة هذا الموضوع هي أن في عقود الإذعان نجد أن أحد طرفي العقد ينفرد بوضع تفاصيل العقد و شروطه دون أن يكون للطرف الأخر حق مناقشتها أو تعديلها أو إلغاء شيء منها، مما يؤدي إلى ترجيح مصلحة الموجب على مصلحة الطرف القابل، ويكون الإيجاب في عقود الإذعان موجها إلى الجمهور أو إلى فئة غير محددة، كما يكون موحدا للجميع فتكون الشروط متماثلة لا تختلف من شخص لآخر، ومعروضا بشكل دائم ومستمر ويتضمن جميع الأحكام والشروط الجوهرية للعقد، وهي ثابتة لا تتغير ولا تقبل النقاش وتكون لمصلحة الموجب دائما.

في حين نجد أن القبول يكون بانضمام الطرف الثاني مذعنا للإيجاب بشروطه دون أن يناقش تلك الشروط أو أن يغير أو يعدل فيها شيئا، فهو عبارة عن رضوخ و إذعان لما ورد في الإيجاب، ويسلم القابل بشروط العقد جميعها فيوافق عليها أو يرفضها كلها إذ لا تقبل المناقشة أو التجزئة ، ولكن في الواقع لا يستطيع أن يرفضها لحاجته الماسة لمحل العقد .

ومن حيث طبيعة عقود الإذعان فقد انقسمت الآراء الفقهية في تحديد طبيعتها فهناك من يقول أنها عقود حقيقية، وملزمة لأطرافها بكل ما جاء فيها وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، في حين يرى جانب آخر أن عقود الإذعان عقود غير حقيقية وهي عبارة عن

مراكز قانونية منظمة، لأن العقد لا ينعقد صحيحا ولا تترتب عليه أثاره، ذلك لأن أحد أطرافه يمضي وهو غير مكتمل الرضا، لأنه لا يستطيع الاعتراض على أي شرط من الشروط التي يمليها الطرف القوي.

ونجد أن المشرع الجزائري قد تبنى الرأي القائل بأنها عقود حقيقية بحسب ما نصت عليه المادة 70 ق.م.ج بأنه :" **يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها** ".

إن الأصل العام في الالتزامات والعقود أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، إلا أن القانون أعطى للقاضي سلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير الشروط التعسفية وإمكانية تعديلها أو إلغائها، وذلك لحماية الطرف المذعن من جشع التجار وإزالة الغبن الذي يقع على الطرف الضعيف وإعادة التوازن إلى العقد، ونجد المشرع دوما يسعى إلى توفير قواعد حمائية للأطراف المستضعفة ومنها قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن دائن كان أو مدينا، فعن طريق التفسير يزيح القاضي كل الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقود منذ بداية نشأتها.

ومن هنا يتبين لنا بجلاء اتساع سلطة القاضي في مجال تفسير عقود التامين وعقود النقل وعقود العمل، وسائر عقود الإذعان وهي العقود التي بدأت تستقل تدريجيا عن كتلة القانون المدني بحيث أصبح لكل عقد قانون خاص ينظم أحكامه، وبفضل هذه السلطة الممنوحة للقاضي المتمثلة في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية وكذلك تفسير العقد يمكن له إزاحة الاختلال الموجود في العقد و بذلك يتضح عنصر الرضا الحقيقي في العقد ويتطهر من كل شائبة أو تعسف .

ومن الأسباب التي تؤدي إلى استغلال الطرف المذعن من قبل الطرف القوي تكمن في جهله للقانون أو الواقع نتيجة تعاقده خارج تخصصه أو لحاجة الضرورة أو المستعجلة للسلعة أو الخدمة .

وفي نهاية هذا البحث نقترح جملة من التوصيات منها:

* ضرورة تكريس حماية الطرف المذعن وذلك من خلال منحه الحق في إبداء معارضته لبنود العقد.

* منع الاحتكار بأنواعه بفتح المنافسة أمام الجميع مما يحقق المصلحة العامة.

*وضع العقوبات بأنواعها على الشركات أو المؤسسات التي تخالف الأنظمة او تستغل الحاجة العامة لتحقيق أرباح كبيرة و سريعة.

* مراقبة السوق والمنتجات المعروضة فيه وخاصة الشركات الكبرى التي تتفرد ببيع منتج من المنتجات الضرورية أو الحاجية .

* دراسة كل عقد من عقود الإذعان على حده وبشكل أدق وربطها بواقع الحال وتبيين مدى حاجة الناس إلى هذه العقود، وكذلك دراسة الشروط التي تضعها تلك الشركات وخاصة في عقد النقل بأنواعه وعقد التأمين وعقد العمل وغيرها

قائمة

المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

1. المعجم الوسيط، معجم عربي، معجم اللغة العربية بالقاهرة، د.ط، القاهرة، 1998.

ثانيا: قائمة المراجع

I: باللغة العربية

1- الكتب:

1. إلياس أبو عيد، نماذج عقود و اتفاقيات، الجزء الثاني،د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.ن، ص186.
2. إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية،د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق، د.ط ، منشأة المعارف، مصر، 2005.

4. أنور طلبة، أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء 3 ، ط1، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ،2007.

5. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1 ، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

6. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، د.ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

7. جاك غستان، المطول في القانون المدني، (تكوين العقد)،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د ب ن، 2000.

8. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول،د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

9.دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار العلوم العربية، الجزائر، 2004.

10. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر، 2007.

11.سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.

12. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، د.ط، منشأة دار المعارف الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر.

13. عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952.

14. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقود الغرر و عقد التامين، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964.

15. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998.

16. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

17. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 .

18. علي فيلالي، التزامات النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2003.

19. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة النشر.

20.لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن،د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

21. محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2006- 2007.

22. محمد حسين منصور، أحكام التأمين، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.

23. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، د.ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2000،

24. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

25.محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2002.

26. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994.

27. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

28. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، د.ط،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

29. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، د.ط، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، دون سنة النشر.

2- المذكرات:

1. أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
2. بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2015.
3. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص،كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008 .
4. سهلي محمد، عقد العمل المحدد المدة، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات العليا المتخصصة في الحقوق،تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة ،الجزائر، 2009.
5. عزيزي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التسريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،تخصص عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2003 .

6. كريمة شيخ، إشكالية تطوير ثقافة التامين لدى المستهلك ببعض ولايات الغرب الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص تسويق دولي، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر2010.
7. منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية،غزة ،فلسطين ،2008

8. مسعود سعيد خويرة، الآثار المترتبة على عقد التامين من المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين ،2008.

3- المجلات:

خولة خدوم محمد،«الايجاب في عقد الاذعان»، مجلة المحقق الحلبي، للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة تم تحميلها من الموقع:

http://mouhaqiq.com.:/papers/lawj.papers.2014.pdf.

4- النصوص التشريعية:

1. الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78،الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم،ج.ر عدد 78،الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
3. القانون 05- 10 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر 44 الصادرة في 26 يونيو 2005.
4. القانون رقم 80-07 المؤرخ في 28 رمضان 1400 هـ الموافق 9 أوت 1980 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 33 الصادرة في 12 أوت 1980.
5. القانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأول عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر عدد 41 الصادرة في 9 جمادى الأول 1425، الموافق 27 يونيو 2004.

II : باللغة الفرنسية:

Theses :

1. Berlioz (g), Le contrat d'adhésion, these, paris, 2e Ed LGDJ, 1976.
2. Brickes Helène, les clauses abusive, these, paris, L.G.D.J, 1982.

الفهرس

كلمة شكر ..... /
إهداء ..... /
قائمة المختصرات ...../
مـقدمة..... 02
الفصل الأول: ماهية عقود الإذعان..... 07
المبحث الأول: مفهوم عقود الإذعان 08
المطلب الأول: التعريف بعقود الإذعان..... 08
الفرع الأول: المقصود بعقود الإذعان 08
أولا: معنى عقد الإذعان لغة 09
ثانيا: معنى عقد الإذعان اصطلاحا 09
ثالثا: معنى عقد الإذعان فقها 10
الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان 11
أولا: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور 12
ثانيا: أن يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة 12
ثالثا: أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها للجمهور وفق شروط مُقررة سلفًا 12
رابعا: يتعلق العقد بالسلع أو المرافق والخدمات..... 12
خامسا: احتكار الموجب لهذه السلعة أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا 12
سادسا: أن يكون الإيجاب فيها مُوجها إلى كافة الناس 12
سابعا: يكون الإيجاب فيها مطبوعا 13
ثامنا: تكون الشروط الواردة في العقد أكثرها في مصلحة الموجب..... 13
الفرع الثالث: شروط عقد الإذعان 13
أولا: الإذعان عن طريق الغش 13
1/- الغلط 13
أ/- تعريف الغلط:..... 13
ب/- شروط الغلط..... 14
ج/- أنواع الغلط 14

النوع الأول (الغلط المانع) 15
النوع الثاني (الغلط المعيب للرضا) 15
النوع الثالث(الغلط الغير مؤثر)..... 16
2/ التدليس:..... 17
أ/- تعريف التدليس:..... 18
ب/- شروط التدليس: 19
ثانيا: الإذعان الجبري (الإكراه)..... 21
1- تعريف الإكراه:..... 21
2- شروط الإكراه: 22
أ- الشرط الأول: استعمال وسيلة من وسائل الإكراه:..... 22
ب- الشرط الثاني: أن تحمل الرهبة العاقد الآخر على إبرام العقد:..... 23
ج- الشرط الثالث: أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو على الأقل أن يكون متصل به ... 24
د- الشرط الرابع: الإكراه الصادر من ظروف خارجية: 25
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان..... 24
الفرع الأول: الصفة التعاقدية لعقد الإذعان..... 26
الفرع الثاني: الصفة غير التعاقدية أو اللائحية لعقد الإذعان..... 28
المبحث الثاني: الإطار القانوني لعقد الإذعان 30
المطلب الأول: انعقاد عقود الإذعان..... 30
الفرع الأول: ركن الرضا 31
أولا: التعبير عن الإرادة..... 31
1/ التعبير الصريح والتعبير الضمني..... 32
أ/ التعبير الصريح: VOLONTE EXPRESSE..... 32
ب/ التعبير الضمني:VOLONTE TACITE 33
2/ السكوت كتعبير عن الإرادة..... 33
ثانيا: توافق الإرادتين..... 33
1/ الإيجاب 34

أ/ تعريف الإيجاب 34
ب/ أنواع الإيجاب 34
ب1/ الإيجاب العام 34
ب2/ الإيجاب الضمني 35
2/ القبول 35
الفرع الثاني: ركن المحل 35
أولا: تعريف المحل 36
ثانيا:شروط المحل..... 36
1/ أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود 36
2/ أن يكون المحل مشروعا 37
3/ أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين 37
الفرع الثالث: ركن السبب 38
أولا: تعريف السبب: 38
ثانيا: النظرية التقليدية والنظرية الحديثة في السبب 38
أ/ النظرية التقليدية في السبب 38
ب/ النظرية الحديثة في السبب 39
ثالثا : السبب في القانون الجزائري..... 39
المطلب الثاني: أهم صور عقد الإذعان 40
الفرع الأول: الإذعان في عقد التأمين..... 40
أولا: تعريف عقد التأمين..... 40
ثانيا: صور الإذعان في عقد التأمين..... 41
الفرع الثاني: الإذعان في عقد العمل 42
أولا: تعريف عقد العمل 42
ثانيا:صور الإذعان في عقد العمل..... 43
الفرع الثالث: الإذعان في عقد النقل 43
أولا: تعريف عقد النقل 43

ثانيا: صور الإذعان في عقد النقل 43
الفصل الثاني: الحماية القانونية للطرف المذعن وطرق انقضاء عقد الإذعان 47
المبحث الأول: الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد الإذعان 48
المطلب الأول: دور القاضي للحد من الشروط التعسفية 48
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية 50
أولا/ قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن 50
ثانيا/ قد يتعلق التعديل بالإنقاص 50
الفرع الثاني : سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية 51
المطلب الثاني: تفسير العقد 52
الفرع الأول: المقصود بتفسير العقد 53
الفرع الثاني: بيان حالات تفسير العقد 53
أولا: حالة ما تكون عبارة العقد واضحة 54
1- عدم انحراف القاضي عن العبارة الواضحة 54
2- حالة قيام القاضي بالتفسير رغم وضوح العبارة 54
ثانيا: حالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة 55
1- القاضي يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين 55
2- العوامل الداخلية في تفسير العقد 55
3- العوامل الخارجية في تفسير العقد 56
ثالثا: حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين 58
1- التفسير في صالح المدين 58
2- مبررات هذه القاعدة (قاعدة التفسير لصالح المدين) 58
3- الإستثناء في عقود الإذعان 59
المبحث الثاني: انقضاء عقد الإذعان 60
المطلب الأول: البطلان 60
الفرع الأول: أنواع البطلان 60
أولا: البطلان المطلق 60

ثانيا: البطلان النسبي 61
الفرع الثاني: أحكام البطلان 61
أولا: من له الحق في التمسك بالبطلان 62
1/ العقد الباطل بطلانا مطلقا: 62
2/ العقد القابل للإبطال: 64
ثانيا: سقوط الحق في التمسك بالبطلان 64
1/ الإجازة: 64
أ/ الإجازة الصريحة..... 65
ب/ الإجازة الضمنية..... 66
2/ التقادم: 66
أ/: بالنسبة للبطلان المطلق: 66
ب/: بالنسبة للعقد القابل للإبطال: 67
ثالثا: كيفية تقرير البطلان..... 68
1/ تقرير البطلان في العقد الباطل: 68
2/ تقرير البطلان في العقد القابل للإبطال: 69
الفرع الثالث: آثار البطلان 69
أولا: آثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين. 69
ثانيا: آثار بالنسبة للغير 70
ثالثا: الاستثناء من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد: 71
المطلب الثاني: انحلال العقد..... 72
الفرع الأول: الفسخ 72
أولا: شروط الفسخ 73
1/ أن نكون أمام عقد ملزم للطرفين 73
2/ امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه 73
3/ وفاء المتعاقد المتمسك بالفسخ بالتزامه 73
ثانيا: تقرير الفسخ 74

1/ الفسخ القضائي 74
2/ الفسخ الاتفاقي 74
ثانيا: آثار الفسخ 75
1/ إذا ما استجدت ظروف تؤدي إلى زيادة الخطر 75
2/ إخلال المؤمن له بدفع القسط..... 75
الفرع الثاني: انفساخ العقد..... 76
أولا: استحالة التنفيذ..... 76
ثانيا: مبدأ تحمل التبعة 77
الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ 77
أولا: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ 78
1/ أن يكون العقد تبادليا..... 78
2/ أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء 78
3/ إخلال المتعاقد بالتزامه..... 78
ثانيا: أثر الدفع بعدم التنفيذ 78
الخاتمة..... 81
قائمة المصادر و المراجع..... 85
الفهرس..... 91