جامعة أكلي محند أولحاج- البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

جامعة البويرة

الشروط التعسفية في عقد التأمين

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبة:

- بلقاسمي كاتية

تحت إشراف الأستاذ:

- د/ بن قوية المختار

لجنة المناقشة

د/قاسي سي يوسف ..... رئيسا

د/ بن قوية المختار .....مشرفا ومقررا

أ/عرعار الياقوت.....ممتحنا

السنة الجامعية 2018- 2019

شكر وتقدير

نشكر الله العلي القدير الذي أنعم علينا بنعمة العقل والدين. القائل في محكم التنزيل

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب وفقنا في إنجاز هذا العمل.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعو له تروا أنكم كافئتموه" ....رواه أبو داوود.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات.

ونخص بالذكر الأستاذ المشرف "بن قوية مختار" الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث.

كما لا بد لنا ونحن خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد.

وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة.

إهــداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من كلله الله بالهيبة والوقار...إلى من علمني العطاء بدون انتظار...إلى من أحمل اسمه بكل افتخار...أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد...والدي العزيز.

إلى ملاكي في الحياة...إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفادي...إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بسلم جراحي

إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة.

إلى من تحلّو بالإيخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء إلى الإخوة والأخوات.

إلى شريك حياتي زوجي الحبيب وعائلته الكريمة.

إلى ينابيع الصدق الصافي إلى من معهم سعدت، وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير إلى من عرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم.

"كاتية"

قائمة المختصرات:

أولا- باللغة العربية:

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ط: الطبعة.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ص: صفحة.

ب.س.ن: بدون سنة نشر.

ثانيا- باللغة الأجنبية:

Art : Article
C.C.F : Code civil Français
CIV : Civil
Chr : Chambre
Ed : Edition
J.O.R.A : journal official de la république Français
L.G.D.J : Libraire générale de droit de jurisprudence
N° : numéro
Op.cit : ouvrage précédemment cité
P : page

مقدمة

مقدمة:

كان الإنسان عبر العصور ولازال لحد اليوم يبحث عن أفضل وسيلة توفر له الضمان والاطمئنان من المخاطر التي تهدده في ذاته وماله وذويه، فقد حاول في بادئ الأمر الاعتماد علي فكرة التضامن داخل القبيلة ومن بين أعضاء الأسرة وعن طريقة الإدخار للتوفير في أوقات الرخاء ما يحتاج إليه في أوقات الشدة لمواجهة حوادث الصدفة، وتبين ذلك مع مرور الزمن فإن هذه الوسائل وإن كانت مجدية فهي غير كافية لمحو آثار الكوارث التي قد تتحقق سواء بفعل الإنسان ذاته أو بفعل الطبيعة.

وقد اتجه الإنسان في النهاية للحصول على الأمان بلجوئه إلى مؤسسات مؤهلة قادرة على تغطية المخاطر وذلك بواسطة عقود التأمين.

حيث تقوم هذه العقود بتنظيم موضوع تأمينات على الحياة والحوادث الشخصية والتأمين الصحي والممتلكات والمسؤوليات، وينظم القواعد المتعلقة بالأخطار التي تمس حياة الأشخاص وسلامة أجسادهم والأخطار التي تستهدف الممتلكات، كالحريق وأخطار النقل والتعبئة وغيرها من الأموال.

ويخضع عقد التأمين إلى القواعد المقررة في القوانين المدنية باعتباره أحد العقود التي تنظمها التشريعات المدنية، ولما كان التأمين واحد من الأعمال التجارية، فإنه أيضا يخضع إلى قواعد القانون التجاري الخاصة بشأن العقود والمسؤوليات، غير أن أهمية الاستثنائية استدعت سن تشريعات خاصة به تحت مسميات مختلفة كقوانين مراقبة أعمال التأمين وقوانين تنظيم التأمين وغيرها.

حيث يتطلب وضع تعريف سليم للتأمين، الوقوف على جميع الأفكار الأساسية التي يستند عليها التأمين، لأن هذا الأخير يتضمن مجموعة من العلاقات القانونية بين المؤمن

والمؤمن له التي تستمد وجودها من عقد التأمين، فمن الناحية القانونية عرفته المادة 919 من القانون المدني الجزائري على أنه "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 وذاك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

أما من الناحية الفنية، فإنه يستند على تجميع المخاطر والعمل على إجراء المقاصة بينهم، وذلك من خلال الاستعانة بقوانين الإحصاء، وبالتالي فإن المؤمن يعمل على توزيع الخسارة على المؤمن لهم مستندا لأسس فنية، وبناء على ذلك يعمل على الوفاء بالتزامه، بالإضافة لذلك تحقيق الربح جراء هذه العملية في النهاية.

تبعا لذلك تبرز العلاقة القانونية والتعاقدية التي ينشئها التأمين بين المؤمن والمؤمن له، كما تبرز عناصر التأمين المتمثلة في الخطر، القسط ومبلغ التأمين أو التعويض.

نالت عقود الاستهلاك اهتمام كبير من طرف التشريع المقارن في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين، وخاصة بعد انحطاط المعسكر الشرقي وتراجع النظام الاشتراكي وتبني معظم دول العالم النظام الديمقراطي الذي يدعو إلى تحرير الاقتصاد وتبنى اقتضاء السوق، حيث هذا الأخير انتهجته الدول المتطورة وتبعتها في ذلك حتى الدول النامية متأثرة بهذا التغيير، فعرفت الجزائر تغيرات جذرية في توجهها الاقتصادي حيث تخلت عن النظام الاشتراكي القائم على الاقتصاد الموجه وتبنت النظام الليبرالي القائم على حرية التجارة والصناعة، وبذلك تم تحرير الاقتصاد من تسيير الدولة.

وقد شهد تحرير التجارة والصناعة تطور عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات الأمر الذي ساعد على أن تكون مجالا خصبا لنمو عقود الإذعان والاستهلاك، والتي في الغالب تطرح إلى السوق في شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من قبل

المهنيين أي تحمل شروطا محررة مسبقا، كما قد يتم إحالة المتعاقد لوثائق تتكون من عدة نسخ مما يصعب الاطلاع عليها، وإما أن تكون معلقة بمكان إبرام العقد والمستهلك يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجاته إليها، إذ أنها تتضمن في الوقت نفسه السرعة وسلامة المعاملات ولكنها تمثل خطورة بالنسبة للمستهلكين لثقتهم الزائد بالمهنيين، فالعقود سابقة التحرير هي في الغالب عقود غير متوازنة باعتبارها فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك أو غير المهني، نظرا لما يتميز به المهنيين من قوة ونفوذ اقتصاديين فإذا أرادوا أن يدرجوا في عقودهم شروطا محررة مسبقا من جانب واحد ومن دون فسح المجال لمناقشتها من الطرف الآخر، وبالتالي اختل مبدأ مساواة العقد بين الطرفين، مما يخل بالتوازن العقدي فالعقد شريعة المتعاقدين حسب المادة 160 من القانون المدني الجزائري.

لما كان عقد التأمين من عقود إذعان، نظرا لما لشركات التأمين من قوة اقتصادية ضخمة، تمكنها من فرض نموذج العقد الذي تنفرد بإعداد شروطه وتفصيلاته، ولا ترتضي فيها تعديل أو تبديل أو مناقشة، أي أن الإرادة لا تلعب أي دور في تحديد محتوى العلاقة التعاقدية.

ولما كان من غير الممكن التخلي عن نماذج وثائق التأمين المحررة سلفا، لما تحققه من مزايا بالنسبة لشركات (مؤسسات) التأمين، من حيث سرعة إبرام العقد، ووضع تفصيلات خاصة بالتزامات الشركة التأمينية فقد كان بمقتضى ذلك ألا تخل هذه النماذج بالثقة التي يعول عليها المؤمنين لأنهم غالبا ما ينضمون إلى هذه العقود دون معرفة كاملة بمضمونها بما تحتويه من شروط، وحتى دون أن تتاح لهم الفرصة لقراءة محتواها، فتعمق الآليات والوسائل التي تتبعها هذه الشركات في صياغة هذه الوثائق، أصبحت معقدة بدرجة يصعب معها فهمها من جانب مستهلك التأمين، الأمر الذي يدفع شركات التأمين إلى وضع المزيد

من الشروط التي تحقق مصالحها ولو على حساب الطرف الآخر، وهو ما يساهم في الإخلال بالتوازن بين الطرفين.

تعتبر ظاهرة الشروط التعسفية في العقود، ظاهرة عالمية مست كل أنحاء العالم، كنتيجة لتبني نظام اقتصاد السوق وقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية نقطة انطلاق المواجهة القانونية لها، وكان ذلك في بداية عام 1950 في قانون التجارة الموحد، أين تم إعطاء القاضي سلطة إبطال أي شرط يتبين أنه تعسفي الذي أطلق عليها في ذلك الوقت الشرط غير المعقول.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في حماية المستهلك والحفاظ على مصلحته ومحاولة إعادة التوازن للعلاقة العقدية التي تربطه بالمهني فموضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري يعتبر موضوع الساعة يعكس الواقع، خاصة الظروف الاقتصادية التي تمر بها الجزائر حاليا، فكل منا هو عرضة للممارسات التعاقدية التعسفية باعتبار أننا كلنا مستهلكين في إطار إشباع الاحتياجات الشخصية أو حاجات من نكفلهم فنتعاقد مع المعنيين لتحقيقها.

أما فيما يخص الأسباب التي دفعت بنا لاختيار هذا الموضوع للبحث فيه، هو الحصول على قيمة علمية مضافة من خلال التعريف على موضوع التأمين كآلية للحماية من المخاطر التي يتعرض إليها الفرد والمؤسسة وإبراز أهمية قطاع التأمين على مستوى الاجتماعي والاقتصادي وكيفية النهوض به.

ومن بين الدوافع القوية لدراستنا لهذا الموضوع هو عدم استقرار الوضع بشأن موضوع الشروط التعسفية الذي لا يزال إلى يومنا هذا موضوع نقاش إضافة إلى قلة الدراسات السابقة المتعلقة به فأغلبية الدراسات لموضوع حماية المستهلك تناوله من جانب الحماية الجنائية من

الغش والخداع والتدليس، ناهيك عن قلة المراجع التي تتناول بشكل مباشر حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري.

إن مثل هذه العقود التي انتشرت في عصرنا الحالي المتميز بظاهرة استهلاكية محضة دخلت في ضروريات حياتنا، مثل عقد العقل وعقد القرض، وعقد التأمين وغيرها.

وعليه فإن جميع النظم القانونية في البلدان المتقدمة وحتى النامية أصبحت تهتم بإشاعة الاستقرار في المعاملات من خلال ترسيخ العدالة الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في المعادلة التقليدية في مكافحة الإخلال في التوازن العقدي، وخلق آليات جديدة تسمح بإجراء رقابة أجهزة إدارية تنشأ لهذا الغرض.

وعليه سنحاول في هذا البحث الإجابة على الإشكالية التالية: **ما مدى كفاية وفاعلية القواعد التي وضعها المشرع لمكافحة الشروط التعسفية في حماية المتعاقد الضعيف في عقد التأمين ؟**

ومن خلال هذه الإشكالية تتدرج التساؤلات الفرعية التالية:

- ما المقصود بعقد التأمين؟
- فيما تتعلق الشروط التعسفية؟
- ما هي الآليات القانونية التي تبناها المشرع؟

كما اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي الوصفي ذلك بوصف وتحليل كيفية حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين.

ولأجل الإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا البحث إلى فصلين أساسين:

الفصل الأول: تمهيدي تناولنا فيه ماهية عقد التأمين في المبحث الأول أما المبحث الثاني تناولنا فيه ماهية الشروط التعسفية في عقد التأمين.

الفصل الثاني: حاولنا تبيان الآليات التي من خلالها يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية معتمدين في ذلك على مبحثين: المبحث الأول: القواعد الخاصة للحد من مغالاة الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، من خلال القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

المبحث الثاني: القواعد الخاصة الواردة في قانون التأمين لمحاربة الشروط التعسفية من خلال أجهزة الرقابة الإدارية والأجهزة الاستشارية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد التأمين

لغرض حصول الفرد على الحماية اللازمة لنفسه أو لممتلكاته يلجأ إلى إبرام عقد التأمين فمن أجل الوصول لغايته، يدخل في علاقات تعاقدية المتكونة من طائفتين من المتعاقدين أولهما طائفة المهنيين المتمثلة في شركات التأمين (المؤمن)، وثانيهما طائفة المستهلكين (المؤمن له)، فإذا بادر أصحاب الطائفة الأولى من باب سرعة المعاملات على الإعداد المسبق للعقود التي يبرمونها مع المؤمن له وتضمينها من البنود والشروط التي تنصب لمصلحتهم، الأمر الذي يجعل المؤمن لهم ضحية لاستغلال هذا المهني من خلال تعسفه في فرضها، مما يجعل من هذه العقود عقود غير متوازنة، هذا ما سنتناوله في هذا الفصل، بداية نقوم بتمهيد لذلك بماهية عقد التأمين **(المبحث الأول)**، والذي يتضمن تعريف عقد التأمين وتبيان خصائصه المتنوعة (العامة والخاصة).

كما يعتبر عقد التأمين الصورة الشائعة التي تتضمن شروط تعسفية ظاهرة، لذلك خصصنا **(المبحث الثاني)** لدراسة الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد التأمين.

المبحث الأول

ماهية عقد التأمين

نتناول في المبحث الأول ماهية عقد التأمين حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم عقد التأمين أين سنعرفه من الناحية الفقهية والقانونية **(الفرع الأول)** وكذا ذكر مجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود **(الفرع الثاني)** وبما أن عقد التأمين من عقود الإذعان فإن (المطلب الثاني) سيتضمن مفهوم عقد الإذعان.

المطلب الأول

مفهوم عقد التأمين

يعرف عقد التأمين بأنه عقد رضائي ملزم لطرفين، فهو ينعقد بمجرد توافر أركان انعقاده الثلاثة، وهي التراضي والمحل، والسبب، فإذا كان العقد صحيحا ونافذا ترتبت آثاره وبالتالي يلتزم كل طرف من طرفيه بتنفيذ الالتزامات والشروط الواردة في العقد. وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف عقد التأمين (المدلول اللغوي والفقهي، المدلول القانوني)، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى خصائص عقد التأمين فعقد التأمين يتميز بخصائص عديدة، قد يشترك في بعض منها مع عقود مختلفة **(خصائص عقد التأمين العامة)**، إلا أنه ينفرد عن كثير منها بجملة من الخصائص **(خصائص عقد التأمين الخاصة)**.

الفرع الأول: تعر يف عقد التأمين.

اجتهد الفقه والتشريع لإعطاء تعريف لعقد التأمين يشمل جوانبه المختلفة فكانت هذه بعض التعاريف نذكر منها كالآتي:

أولا - المدلول اللغوي والفقهي:

أ - المدلول اللغوي:

التأمين في اللغة مصدره أَمِنَ يُأَّمَنْ أمْنًا مأخوذة من الاطمئنان وهو ضد الخوف، مثال على ذلك إذا أمن فلانا بالشيء ولاه أمره ويقال ائتمنه واستأمنه بمعنى غرس فيه جانب كبير من الثقة[1]. وقوله تعالى: ﴿وإِذْ جَعَلْنَا البيْتَ مثابَةً للنّاسِ وأمْنًا﴾[2].

ب - المدلول الفقهي:

تعددت التعريفات الفقهية للتأمين واختلفت فيما بينها، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى أن التأمين ينطوي على جانبين، الجانب الأول قانوني والجانب الثاني فني. فمن الفقهاء من ركز على الجانب الأول مبرزا أداة التأمين القانونية، ومنهم من ركز على الجانب الفني للتأمين على حساب جانبه القانوني، إلا أن غالبية الفقه تذهب إلى أن التعريف الدقيق للتأمين يجب أن يتعرض لجانبيه القانوني والفني وإلا كان تعريفا ناقصا[3].

ومن هنا يمكن أن نفهم ما يؤخذ على الكثير من التعريفات الفقهية للتأمين، فقد عرفه الفقيه الفرنسي بلانيول بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بأن يعوض شخصا آخر يسمى المؤمن له عن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الأخير، مقابل مبلغ من النقود هو القسط الذي يقوم المؤمن له بدفعه إلى المؤمن"[4].

وبالنظر إلى هذا التعريف نفهم أن الفقيه الفرنسي أخذ بالجانب القانوني في تعريفه لعقد التأمين، حيث برز ناحيته القانونية فقط باعتباره عقدا يتم بين شخصين هما المؤمن والمؤمن له.

---

[1] بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، 1997، ص17.

[2] سورة البقرة، الآية 125.

[3] محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص459.

[4] Marcel Planiol, et Robert George, traité pratique de droit civil Français, tome 2, 1954. No.1252, p 613.

وذهب الفقه المصري في تعريف التأمين بأنه: "عقد يأخذ فيه المؤمن على عاتقه طائفة معينة من الأخطار يخشى العاقدان وقوعها ويرغب المستأمن ألا يتحملها منفردا في مقابل جعل ما يسمى قسط التأمين أو الاشتراك بدفعه المستأمن[1].

ثانيا - المدلول القانوني:

عرفته المادة 619 من القانون المدني الجزائري بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه أن يدفع للمؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤدي المؤمن له للمؤمن". والملاحظ على هذا التعريف أنه يرتكز فقط على الجانب القانوني للتأمين، وقد أغفل الجانب الفني للتأمين. ذالك أن نص المادة 619 قد عرفت التأمين بأنه عقد وتعريفه لا يتناول من التأمين إلا الجانب القانوني المتمثل في العلاقة القانونية بين المؤمن والمؤمن له، إلا أن هذا الجانب القانوني للتأمين في الحقيقة يمثل المظهر الخارجي لعملية فنية يقوم عليها التأمين وتبنى المشرع المصري نفس التعريف في المادة 747من القانون المدني المصري[2].

ومن خلال التعريف السابق يتبين أن للتأمين ثلاثة عناصر وهي:

1- الخطر المؤمن منه:

الغرض من عقد التأمين هو دائما تأمين شخص من خطر يتهدده، أي من حادث يحتمل وقوعه، فإذا ما تحقق الخطر ووقع الحادث سمي كارثة، ومع ذلك فقد يكون الحادث المؤمن منه له طبيعة أخرى أقرب للإدخار، كتأمين الأولاد عندما يتقاضى المؤمن له مبلغ التأمين كلما رزق بولد، وهناك تأمين الزواج يتقاضى فيه المؤمن له مبلغ التأمين إذا ما تزوج

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 459.

[2] جديدي معراج،مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007، ص12، ص13.

قبل بلوغه سنا معينا، وهناك تأمين لحالة البقاء يتقاضى فيه المؤمن مبلغ التأمين إذا ما عاش إلى تاريخ معين فهذه كلها حوادث سعيدة ومع ذلك يجوز التأمين منها[1].

ويشترط في الخطر أن يكون متفرقا، فلا يجتمع وقوعه في وقت واحد، بل يتفرق على أوقات متباعدة، وأن يكون منتظم الوقوع إلى درجة مألوفة لكي يمكن تقدير الاحتمالات بدرجة أقرب ما تكون إلى الدقة.

ويعتبر الخطر هو المحل الرئيسي في عقد التأمين، فإذا كان القسط محل التزام المؤمن له والمؤمن، ومبلغ التأمين هو التزام المؤمن فإن الخطر هو محل التزام كل من المؤمن له والمؤمن، ويشترط في الخطر ثلاثة شروط هي كالآتي:

- أن يكون غير محقق الوقوع.
- ألا يكون متعلقا بمحض إرادة أحد طرفي في العقد.
- أن يكون مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام.

2- قسط التأمين:

يقصد بقسط التأمين المبلغ النقدي المستحق على المؤمن له سداد لقاء ما يتمتع به من تغطية تأمينية، والذي يتم تحديده بمعرفة شركة التأمين ويدخل في تحديده عدة عوامل أهمها الأسس الفنية لتسعير خطر المؤمن منه من حيث مدى جسامته ونسبة احتمالية حدوثه وبطبيعة الحال قيمة ما ستتحمله شركة التأمين عن تحقق الخطر المؤمن منه، ويترتب على سداد القسط التزام شركة التأمين بتقديم التغطية التأمينية المتفق عليها وفقا للشروط الواردة في الوثيقة، ويمسى القسط المقدر لتغطية الخطر التأميني بالقسط الصافي حيث لا تمثل القيمة التقديرية لتلك المعايير كل ما يلتزم به المؤمن له بسداده، بل يضاف

[1] غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1975،دار الفكر العربي، ص12.

إلى قسط مبالغ أخرى كعلاوة الإصدار أو المصروفات الإدارية والعمومية تختلف تسميتها من دولة إلى أخرى[1].

3- مبلغ التأمين:

وهو المبلغ الذي يتعهد المؤمن له، أو المستفيد عند تحقق الخطر منه، أي عند وقوع الكارثة التي هي محل التأمين. ومبلغ التأمين هو دين في ذمة المؤمن، يكون تارة دينا مضافا إلى أجل غير معين، وتارة يكون دينا احتماليا، حسب ما إذا كان الخطر المؤمن منه محقق الوقوع ولكن لا يعرف ميعاد وقوعه أو كان غير محقق الوقوع.

الفرع الثاني: خصائص عقد التأمين.

يتميز عقد التأمين بخصائص عديدة، قد يشترك في بعض منها مع عقود مختلفة (خصائص عقد التأمين العامة)، إلا أنه ينفرد عن كثير منها بجملة أخرى من الخصائص، حيث تعتبر هذه الأخيرة ذات أهمية بالغة لتحديد طبيعة هذا العقد والتعرف عليه (خصائص عقد التأمين الخاصة).

أولا- خصائص عقد التأمين العامة:

هناك العديد من الخصائص العامة، والتي تتمثل في أنه عقد رضائي وعقد ملزم لجانبين ومن عقود المعاوضة، ومن العقود الزمنية.

1- عقد التأمين من العقود الرضائية:

من خلال نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري[2]، أنه يكفي تبادل الإيجاب والقبول لينعقد العقد دون الحاجة إلى إفراغ ذلك في أي شكل ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من الاتفاق على اشتراط الكتابة لانعقاد العقد. وذلك ما يشترط المؤمن عادة أن عقد التأمين لا ينعقد إلا بوثيقة التأمين، فيصبح العقد في هذه الحالة عقدا شكليا، وتصبح وثيقة التأمين

---

[1] أحمد أبو السعود، عقد التأمين بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2009، ص 127.

[2] المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

ضرورية للانعقاد وليس لمجرد الإثبات[1]. وهذا ما نصت عليه المادة 1/60من القانون المدني الجزائري على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"[2].

2- عقد التأمين ملزم لجانبين:

تنص المادة 55 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان التزام بعضهم البعض"[3]. فعقد التأمين يؤكد التزام الجانبين حيث أنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل طرف من طرفيه، وتنشأ هذه الالتزامات من اللحظة التي يتحقق فيها الإيجاب والقبول. فتتمثل التزامات المؤمن له بتسديد قسط التأمين إلى المؤمن. كما يلتزم بإشعاره بالمعلومات التي تطرأ على محل التأمين خلال فترة العقد، وبإعلان عن الحادث عند وقوعه أما المؤمن فإلزامه يأخذ شكلا سلبيا حتى يقع الخطر، ويأخذ الجانب الإيجابي بقيامه بالتعويض اللازم للمؤمن له[4].

3- عقد التأمين من عقود المعاوضة:

يندرج عقد التأمين ضمن طائفة عقود المعاوضة[5]. إذ كل من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما أعطى فالمؤمن يأخذ مقابلا، هو أقساط التأمين التي يدفعها المؤمّن له. وكذلك المؤمّن يأخذ مقابلا لما يدفعه، هو مبلغ التأمين إذا وقعت الكارثة. وقد يبدو أن المؤمن له لا يأخذ مقابلا إذا لم تقع الكارثة، إذ يكون المؤمّن غير ملتزم بشيء نحوه، ولكن الواقع أن المقابل الذي يأخذه المؤمّن له في نظير دفع أقساط التأمين ليس هو مبلغ التأمين بالذات فقد

---

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص517.

(2) المادة 1/60 من القانون المدني الجزائري.

(3) المادة 55 من القانون المدني الجزائري.

(4) سالم رشدي سيد، التأمين، المبادئ والأسس والنظريات، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص64، 65.

(5) المادة 58 من القانون المدني الجزائري تنص على:"العقد بعوض هو الذي يلتزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما".

يأخذه وقد لا يأخذه ولكن المقابل هو تحمل المؤمن لتبعة الخطر المؤمن منه سواء تحقق الخطر أو لم يتحقق وتحمل المؤمن لهذه التبعة في الحالتين ثابت[1].

4- عقد التأمين من العقود الزمنية:

عقد التأمين من العقود الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فالمؤمن يلتزم لمدة معينة بتحمل تبعة الخطر المؤمن منه، كما أن المؤمن له ملتزم بدفع الأقساط في مواعيدها المحددة في العقد ما لم يكن القسط موحدا.

فإذا تم فسخ عقد التأمين بسبب تخلف أحد المتعاقدين عن الاستمرار في تنفيذ التزامه أو انفسخ لأية أسباب أخرى، فلا يكون له أثر رجعي، وبالتالي تبقى الآثار التي نتجت في الماضي دون أن تتأثر بالفسخ أو الانفساخ، ولا يسترد المؤمن له من المؤمن الأقساط المقابلة للمدة التي انقضت قبل حل العقد[2].

ثانيا- خصائص عقد التأمين الخاصة: يتميز عقد التأمين بخصائص تعكس ذاتيته الخاصة، وتميزه عن غيره من العقود، وهذه الخصائص تنحصر في أنه عقد إذعان، وعقد احتمالي ومن عقود حسن النية.

1- عقد التأمين من عقود الإذعان:

يوصف عقد التأمين أنه من عقود الإذعان تأسيسا على أن المساومة الحرة التي تعتبر من خصائص التعاقد لا تتوافر في التأمين، فالمؤمن هو الجانب القوي، ويقتصر دور المؤمن له على التسليم بشروط عقد وضعه الطرف لآخر مسبقا ولا يقبل المناقشة فيها وهي

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1964، ص1139.

[2] جمال حكيم، عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية، والجزء الأول، دار المعارف، مصر، 1965، ص39.

شروط أكثرها مطبوعة في وثيقة ينفرد الطرف القوي، أي المؤمّن بإعدادها ويعرضها على الناس كافة[1].

2- عقد التأمين من العقود الاحتمالية:

بمعنى أنه ينصب على موضوع أو محل ما، لم يكن موجودا وقت إبرام العقد، بحيث لا يكون بإمكان المتعاقدين معرفة مقدار ما سيؤديه كل منهما ومقدار ما سيأخذه من هذه العملية بحكم أن هذا الأمر يتوقف على وقوع المخاطر المؤمّن منها وبمعنى آخر أن العقد الاحتمالي بشكل عام هو ذلك العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد المقدار الذي أخذ والمقدار الذي أعطى، وهو على خلاف العقود المحددة التي يتمكن فيها المتعاقدين من تحديد ما عليهما ومالهما، وأدى ذلك إلى عدم تعادلهما. وإذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق، وهذا هو الوجه الاحتمالي في عقد التأمين[2].

3- عقد التأمين من عقود حسن النية:

ذلك أن المؤمن له يلتزم أساسا بمقتضى عقد التأمين بأن يدلي بجميع البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، ولذلك يجب عليه أن يجيب إجابة صحيحة عن جميع الأسئلة الكتابية والشفوية التي يطرحها عليه المؤمن، وأن يقدم له تصريحا دقيقا في حالة تغير الخطر المؤمن له فكتمان الحقيقة أو الإدلاء ببيانات كاذبة أو ناقصة أو غامضة، كان سيء النية وترتبت على ذلك جزاءات. لذلك فإن مبدأ حسن النية يلعب دورا مهما في تنفيذ المؤمن لالتزامه، بتغطية الخطر وبتقدير الضرر الذي أصاب المؤمن له. فالمؤمن يعتمد اعتمادا كاملا على حسن نية المؤمن له، وإذا أخل هذا الأخير بهذا المبدأ أو تعمد الغش أو الكذب سقط حقه في التعويض، بينما يحق للمؤمن الاحتفاظ بالأقساط المدفوعة والمطالبة بالأقساط

---

[1] فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين، قواعده، أسسه الفنية والمبادئ العامة لعقد التأمين، الطبعة الثانية، مكتبة دار القلم الإسكندرية، 2001، ص199، 200.

[2] جديدي معراج، المرجع السابق، 34، 35.

المستحقة مع التعويض، طبقا لما تقتضي به المادتان 21 و31 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات الجزائرية، وفي بعض الحالات مجرد سكوت المؤمن له عن بعض البيانات يرتب تخفيضا في التعويض طبقا لما تقضي به المادة 19 من نفس الأمر. ويلتزم المؤمن من جهته باحترام تعهداته في تغطية الخطر ودفع التعويضات المستحقة في أوانها دون استغلال ضعف المؤمن له أو المستفيد، فغالبا ما يرتكز القضاء على عنصر حسن النية[1].

المطلب الثاني

مفهوم الإذعان في عقد التأمين

سنتطرق في هذا المطلب إلى مختلف التعاريف الواردة بشأن عقود الإذعان وكذا إلى تبيان خصائصه، إذ يعد لفظ الإذعان أدق من الاصطلاح الفرنسي الذي أطلقه الأستاذ Saleills "إعلان الإدارة" والذي يعني عقد الانضمام، حيث أن الإذعان يعني الاضطرار للقبول، وهو سمة هذا النوع من العقود، بينما الانضمام فقد ينضم القابل للعقد دون أن يكون مضطرا[2].

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان.

لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، بل تباينت تعاريفهم بشأنه، حيث عرفه الأستاذ Saleills أنه: "محض تغليب لإرادة واحدة، تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، وتعرضها مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"[3].

---

[1] عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة خيرة، الجزائر، 1992، ص 45.

[2] أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتاب القانونية، مصر، 2013، ص 18.

[3] سليمة أحمد يحياوي ، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2011، ص30

تعرض تعريف Saleills للنقد كون عقد الإذعان مجرد إرادة تملي شروطها على إرادة أخرى، والأفراد غير محددين، دون أن يذكر محتوى العقد.

أما الأستاذ George Berlioz عرفه على أنه: «العقد الذي تم تحديد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا، بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية»[1]. أما الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة يعرفه على أنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"[2]. ويعد تعريف الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة أبرز تعريف فقهي عربي يمكن الاعتداد به في ظل القوانين المدنية، العربية، إذ يصف هذا العقد بأن القابل فيه سيسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل المناقشة فيه، كما يذكر الموضوع الذي يرد عليه الانعقاد، كتعلقه بسلعة أو موقف ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات ومميزات هذا العقد[3]. ومن خلال هذه التعريفات نلاحظ أنها لا تستلزم وجود عنصر الاحتكار وبالتالي فهي تأخذ بمفهوم واسع لعقود الإذعان.

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا لعقد الإذعان في ظل القانون المدني واكتفى كغيره من التشريعات العربية بالنص على كيفية الحصول على القبول فيه، حسب ما جاء في نص المادة 70 من القانون المدني: «القبول يحصل في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا مناقشة فيها». ومن خلال نص المادة نفهم أن شروط العقد يضعها الموجب، كما أنه لا يقبل مناقشة فيها من الطرف الآخر، رغم أن المشرع الجزائري لم يقم بتوضيحها جيدا أي أعطى مفهوما غير مباشر لعقد الإذعان.

---

[1] سليمة أحمد يحياوي ، المرجع السابق، ص28.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص134.

[3] محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، ص26.

إلا أن سرعان ما تدارك ذلك وأعطى مفهوما مباشرا ودقيقا لعقد الإذعان وإن كان حصره في مجال الاستهلاك، وذلك في نص المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بنصه: «كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

والدليل على أنه قام بتعريف عقد الإذعان استعماله عبارة «مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه». فعدم تمكن الطرف الآخر من مناقشة شروط العقد وخاصية من خصائص عقود الإذعان أين يكون القبول مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[1].

1- **طبيعة عقد الإذعان:** اختلف الفقهاء حول طبيعة عقد الإذعان فانقسموا إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** يرى أن عقود الإذعان ليست عقود حقيقية فالعقد يتم بتوافق إرادتين عن حرية واختيار، أما في عقد الإذعان فالقبول يكون بإذعان ورضوخ دون مناقشة بنوده[2].

يرى بعض فقهاء القانون العام أن عقد الإذعان يعد مركز قانون منظم تشبه إرادة منفردة يصدرها الموجب فيكون بمثابة قانون أو لائحة[3]. فيفسر ما يفسر كل من القانون واللائحة ويخضع الأطراف إلى إتباعها شأنها شأن القانون.

- **الاتجاه الثاني:** يعد الاتجاه الغالب حيث يعتبر فقهاء هذا الاتجاه أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يخضع للقواعد التي تطبق على سائر العقود، وحتى وإن المتعاقدين

---

[1] سليمة أحمد يحياوي ، المرجع السابق، ص30، 31.

[2] سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص44.

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص15.

غير متساويان (طرف ضعيف وطرف قوي) ذلك راجع أن عقد الإذعان يعد ظاهرة اقتصادية وليست قانونية. ومهما بلغت درجة الإذعان والضغوطات التي يتلقها الطرف المذعن من قبل الطرف القوي، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يقيده[1].

فالقاضي لا يمكن له أن يفسر كما يشاء حفاظا على استقرار المعاملات، ومن أجل الحصول على حلول ناجعة لابد من تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي وذلك بوسيلة اقتصادية، كأنه يجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة العنف من جانب المحتكر، أو بوسيلة تشريعية بتدخل المشرع لينظم عقود الإذعان[2].

الفرع الثاني: عناصر عقد الإذعان ومقوماته.

يتبين لنا من خلال التعاريف السابقة عناصر عقد الإذعان وهي كالتالي:

1- القبول بمحتوى العقد دون إمكانية المناقشة، فالمذعن عموما والمستهلك على وجه الخصوص ليس له إمكانية لمناقشة بنود العقد وشروطه التي وضعها المتعاقد الآخر، فهو لا يتوفر لا على الوقت ولا على المعلومات، ولا على الوسائل الضرورية التي تمكنه من مناقشة فعالة وجدية للعقد، فينحصر دوره في إبرام العقد والقبول به كما هو أو عدم إبرامه، وعادة ما يكون مجبرا على قبوله وخصوصا إذا كان بحاجة ماسة للحصول على المال أو المنتوج أو خدمة معينة[3].

2- التحديد الأحادي لمحتوى العقد سواء تم ذلك من طرف أحد المتعاقدين أو من طرف الغير، فالمهني (الطرف القوي) هو الذي ينفرد بصياغة العقد وشروطه، ولا يشارك المستهلك (الطرف الضعيف) في وضع هذه الشروط، وليس له الحق في مناقشتها، وتعديلها ويضيف

---

[1] محمد بودالي، نفس المرجع، ص15.

[2] سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 45

[3] نزهة خلادي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، ص86.

الفقيه Berlioz (G) عنصرا مهما في تمييز عقد الإذعان عن غيره من العقود العادية وهو تحديد محتوى العقد كليا أو جزئيا وبشكل مجرد وعام قبل مرحلة التعاقد،[1] وذلك لتفادي ضياع الجهد والوقت والرغبة في إتمام المعاملات بالسرعة اللازمة.

3- أن يكون الطرف الأقوى محتكرا للسلعة أو الخدمة، سواء كان هذا الاحتكار قانونيا، أو فعليا كما تكون المنافسة بينه وبين غيره في عرض تلك السلعة أو الخدمة على نطاق ضيق[2]، ومن خلال الشراح الذين عالجوا هذا الموضوع يعتبر هذا العنصر السبب الوحيد الذي يمكن أحد أطراف العقد بفرض شروطه بما لا يسمح للطرف الآخر أن تكون له القدرة على فرض شروط العقد، مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد نظرا لعدم إيجاد البديل[3].

4- أن يتعلق بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ليس بالنسبة للفرد بذاته فقط إنما لعامة الجمهور أيضا، وبالتالي لا يمكنهم الاستغناء عنها في حياتهم فهي ضرورية، لا غنى عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم من رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت تعسفية[4].

5- أن يكون العرض عاما وموجها إلى الجمهور كله وليس إلى شخص معين بذاته وهو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر ويجب أن ينشر حتى يكون في وسع الجمهور الإطلاع

---

[1] سليمة أحمد يحياوي ، المرجع السابق، ص 28.

[2] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1988، ص230.

[4] في هذا السياق ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها إلى أن شركة إنتاج أحد أنواع المشروبات المياه الغازية ليست في وضع المحتكر، ولا يمكن اعتبار العقود النموذجية التي تتعاقد بموجبها مع الموزعين أو المستهلكين من عقود الإذعان بالعقد النموذجي والشروط العامة لا تتعلق بسلعة ضرورية فيمكن في جميع الأحوال الاستغناء عن المياه الغازية، دون حدوث ضرر (التفاصيل أكثر حول القضية، أنظر حسن عبد الباسط، جمعية حماية المستهلك، الحماية الخاصة برضا المستهلك في عقود الاستهلاك)، مجلة الدراسات القانونية تصدرها كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 13، 1991، ص105 وما بعدها.

عليه[1]. فالإيجاب في عقود الإذعان يتصف بالديمومة والعمومية، وشامل لكل شروط العقد ولا يقبل المناقشة بشأنها، وتظهر أهميته في كونه صادر عن معني متمرس بالحياة العملية ويعرف الالتزامات التي يضعها العقد على عاتقه وعلى عاتق الطرف الآخر، أما القبول فيقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة دون مناقشة[2].

[1] محمد صبري العيدي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدي، الجزائر، 1992، ص130.

[2] يلاحظ أن القبول في عقد الإذعان مجرد إذعان بما يمليه الموجب لما كان في حاجة إلى التعاقد على الشيء لا غنى له عنه، فهو مضطر للقبول فرضائه موجود لكنه مفروض عليه فهو مجبر على التعاقد لكن هذا الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه بعوامل نفعية. (يراجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، ص229).

المبحث الثاني

ماهية الشروط التعسفية في عقد التأمين

رغم أن أغلب التشريعات لم تتطرق لشروط التعسفية في القواعد العامة للقانون المدني إذ أن تعريفها غالبا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ومن بين التشريعات التي عرّفته التشريع الألماني وكذا الفرنسي، بالإضافة إلى القانون الكبيكي والقانون البلجيكي، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يذكر تعريف صريح للشرط التعسفي.

لذا سنقوم بتبيان مفهوم الشرط التعسفي **(المطلب الأول)** من خلال تعريفه فقهيا وقانونيا وقضائيا **(الفرع الأول)** وكذا سنتطرق إلى المعايير المعتمدة لتحديد الشرط التعسفي (الفرع الثاني) أما بالنسبة للمطلب الثاني فسنخصصه لمضمون المادة 622 من ق.م.ج التي تنص على بعض الشروط التعسفية الباطلة في عقد التأمين.

المطلب الأول

مفهوم الشرط التعسفي

إن الحديث عن مفهوم الشروط التعسفية يتطلب ذكر مختلف التعاريف المعطاة بحقه بداية بتعاريفه الفقهية وكذا القانونية وأخيرا التعاريف القضائية فتعدد وتنوع هذه التعاريف يعود إلى تعدد زوايا النظر إلى هذه الشروط التعسفية وهذا ما سندرسه في **(الفرع الأول)** أما بالنسبة **(للفرع الثاني)** فنقوم بذكر المعايير المحددة لهذه الشروط.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي.

يعتبر الشرط التعسفي كل شرط يؤدي إلى عدم توازن العلاقة العقدية، حيث يفرض على أحد أطراف العقد شروط تعسفية ينبغي عليه قبولها دون مناقشتها، مما يؤدي إلى

إخلال التوازن العقدي، ولتحديد معنى الشرط التعسفي ينبغي تعريفه من الناحية الفقهية والقانونية والقضائية.

أولا - التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

تعددت تعريفات الفقه للشروط التعسفية بتعدد واختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي، فجاءت تعريفات معتمدة على أطراف العلاقة التعاقدية وأخرى مبنية على طريقة فرض هذا الشرط، وجانب فقهي آخر ركز على أثر الشروط التعسفية على العلاقة العقدية.

❖ **من حيث أطراف العلاقة العقدية ومصدره:**

من بين التعريفات التي وردها في هذا الاتجاه كونه الشرط الذي يفرض على غير مهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير (المهني) لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة[1].

❖ **من حيث طريقة فرضه:**

هو الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، هو شرط تعاقدي يترتب عليه الإضرار بمصالح وحقوق المستهلك، الذي يترتب عنه عدم التوازن العقدي لصالح المهنى أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية[2].

---

[1] عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص96.

[2] سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص58.

❖ **من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها:**

كل شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك المترتبة على عقد الاستهلاك، وتتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة فاحشة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك[1].

وفي الجزائر اعتمد الفقه الجزائري على معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة في نفس الوقت فعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يضعه المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إلى عدم توازن ظاهر وفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين[2].

والظاهر أن هذا التعريف استنتج من نص المادة 110 ق.م.ج بحيث تمنح للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي. ويقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن[3].

في الشريعة الإسلامية نجد منع تام لعدة عقود من شأنها إلحاق الضرر بأحد الأطراف وأبرز هذه العقود التي يخل فيها بالتوازن العقدي بشكل كبير هو البيع بالشرط كأن يرى البائع بأن البيع لا يعود عليه بالفائدة أو لا يفي بالغرض المطلوب[4]. فيضيف شرطا جديدا في العقد مما يؤدي إلى تعديل آثار العقد بما يخدم مصالحه.

ومن خلال التعريفات الفقهية السابقة، نستنتج أن الشرط التعسفي يفرضه أحد المتعاقدين (الطرف القوي) بطريقة مجحفة يتجاوز فيه حقه في تعديل آثار العقد، وهذا

---

(1) أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد05، د ت ن، ص347.

(2) سليمة بن سعدي، المرجع السابق، ص57.

(3) علي محمد جعفر، المبادئ الأساسية في قانون العقوبات الاقتصادي وحماية المستهلك، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص96.

(4) رمضان علي السيد السرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص201.

للتفوق القانوني والخبرة الفنية التي يتمتع بها، وهذا ما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في العلاقة الاستهلاكية[1].

ثانيا - التعريف التشريعي لشرط التعسفي:

ظهر مفهوم الشرط التعسفي لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية 1962، حيث تم النص في قانون التجارة الموحد على حق القاضي في إبطال كل شرط يراه تعسفيا، ثم انتقل هذا المفهوم إلى الدول الأوروبية سنة 1970[2]، ومن بين الدول الغربية التي تولت تعريف الشرط التعسفي سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة بحماية المستهلك نجد القانون الكبيكي والقانون الألماني والقانون الفرنسي.

بالنسبة للقانون الفرنسي فقد تعددت النصوص التي تناولت تعريف الشرط التعسفي وكانت البداية من سنة 1978، بحيث كانت المادة 35 من القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية[3]. أول نص ينظم مثل هذا النوع من الشروط.

وبالتالي عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات على أنه: "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة...الشروط المتعلقة...متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة النهضة، القاهرة، مصر، ص212.

(2) عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015، ص169.

(3) القانون رقم 78-23 الصادر قي 10 جانفي 1978، متعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية (المسمى بقانون scrivener) وقد جاء نص المادة كما يلي أن الشرط التعسفي هو كل شرط:

« qui apparaissent imposés aux nom-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économiques de l'autre partie et confèrent a cette dernière un avantage excessif»

علي غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"[1].

لكن أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشرط التعسفي في قانون الاستهلاك سنة 1995بعد تبنيه التعليمة الأوروبية رقم 13-93 الصادر في أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، وهذا بموجب المادة L.1-132 من القانون الصادر في 1995 والتي تنص على أنه: "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرار بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ضار بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[2].

ومن أبرز التشريعات الغربية التي كانت سباقة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية هو التشريع الألماني، بإصدارها للقانون المتعلق بالشروط العامة للعقود بتاريخ 1976/12/09، الذي بدأ بالعمل به في 01 أفريل 197، حيث تبنى فيه المشرع الألماني للنظام التشريعي واضعا قائمة "خاصة بالشروط الباطلة معترفا في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير هذه الشروط والحكم ببطلانها، والتي عرفتها المادة 01 من القانون السالف الذكر بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشروط

---

(1) «Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées…les clauses relatives au…lorsque de telle clauses apparaissent imposées au non professionnelles ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif » François terre, Philippe silmer, Yve lequette , droit civil, les obligation, précis Dalloz 6em édition , 1996, p27.

(2) «Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du nom-professionnels ou consommateurs, un déséquilibre significatif entre les droit et obligation des parties au contrat» Patrik canin, droit civil, les obligation, unigraf , 4em édition , 2009, p 52

منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوص دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"[1].

والملاحظ أنه بالنسبة للتشريع الألماني فإن الحماية لا تقتصر على طائفة المستهلكين فقط وإنما تمتد إلى المهنيين أنفسهم، ولا تكون مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان فقط باستثناء عقود المعاوضة أو المساومة.

أما بالنسبة للدول العربية فلمك تتعرض لهذا الموضوع بالرغم أنها كانت السباقة في مواجهة الشروط التعسفية، فالمشرع الجزائري بعدما كان يساير باقي التشريعات العربية في عدم تعريفها للشرط التعسفي، فبمناسبة إصداره للقانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ، قام بتعريف الشرط التعسفي في الفقرة 05 من المادة 03 حيث تحدد هذه المادة المفاهيم الواردة بهذا القانون بقوله: "شرط تعسفي :كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى في شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[2].

و من خلال التعريفين للمشرعين الفرنسي و الجزائري نلاحظ أنهما اعتمدا نفس التعريف، إلا أن المشرع الجزائري أعطى تعريفا واسعا و عاما للشرط التعسفي و لتخفيف هذا العموم حاول تحديد صور الشرط التعسفي و هذا ما جاء في المادة 29 من هذا القانون ، بينما المشرع الفرنسي تخلي عن معياري التعسف في النفوذ الاقتصادية و الميزة الفاحشة ، كما لم يبتعد هذا التعريف عما جاءت به التعليمة الأوربية رقم 13-93 الصادرة في أفريل

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص18.

[2] أحمد رباحي، مرجع سابق، ص346.

1993، ونلاحظ أن هذه التعليمة اعتمدت أيضا على معيار عدم التوازن الظاهر إلا أنها تضيف اشتراط حسن النية[1].

ثالثا - التعريف القضائي للشرط التعسفي:

إن تعريف الشرط التعسفي لدى القضاء، يظهر من خلال تطبيق القوانين الخاصة به (الشرط التعسفي) ويتبين جليا من خلال القضاء الفرنسي ومن خلال محكمة النقض الفرنسية التي تعتبر من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين مهني ومستهلك، ويمثل هذا العقد ولو جزئيا خاصية البيع فهو يخضع للمادة الثانية من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرما باعتباره تعسفيا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، والشرط الذي من شأنه محله أو أثره إلغاء أو تخليص حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت إذن فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي تبناه المشرع للشرط التعسفي، وقالت أن الشرط يعتبر تعسفيا «إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام لحسن النية العقدي، هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين العميل والبنك»[2].

بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد وجد صعوبة في إعطاء تعريف موحد للشرط التعسفي أمام الخلاف حول من يأخذ بعين الاعتبار طريقة تحديد العقد، ومن يأخذ بالأثر المترتبة على إدراج شرط من الشروط التعاقدية[3]، فكان القضاء إلى وقت متأخر يقدر الطابع

---

(1) عمريو جويدة، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، جامعة الجزائر، 2014، ص107.

(2) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص215.

(3) راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر5، كلية الحقوق، 2010-2011، ص29.

التعسفي بناءا على كيفية تحرير العقد، فبقرار محكمة النقض الفرنسية[1]، الصادر بموجب دعوى مرفوعة من قبل جمعية حماية المستهلك، أين تم التفريق بين الشروط الصحيحة و الشروط التعسفية بالاعتماد على طريقة تحرير العقود، فإن تحرير شروط بطريقة غير مقروءة أو غير مرتبة هي شروط تستدعي الإلغاء لطابعها التعسفي، ورغم إلغاء هذا الحكم من قبل المجلس إلا أن أستمر العمل من قبل لجنة الشروط التعسفية[2].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري لم يقم بتعريف الشرط التعسفي ولا حتى موقف هذا القضاء حول مفهوم الشرط التعسفي نظرا لقلة المنازعات المطروحة أمامه في هذا الشأن.

ومن خلال هذه التعريفات التي مرت بنا ومواقف القضاء، لا يتضح لنا المفهوم الدقيق للشرط التعسفي، إلا من خلال تحديد المعايير المعتمدة لتحديد الطابع التعسفي لهذه الشروط.

الفرع الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي.

من بين المعايير المعتمدة لتحديد الطابع التعسفي، معاير التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعاير الميزة المفرطة (الفاحشة)، وليحسم الأمر بمعيار الإخلال الظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

---

[1] قرار صادر من مجلس الاستئناف مونبولي في 16 مارس 1994، جاء فيه "تعتبر تعسفية الشروط التي لا تظهر بوضوح وبالحروف الكاملة في العقد الخاص بالمؤمن له باعتباره الطرف الذي يهمه الأمر، راضية العيطاوي، المرجع السابق، ص30.

[2] ظاهر من خلال العديد من التوصيات، توصية رقم 82-01، 82-02، 91-01، 94-05، نفس الشيء بالنسبة لقضاة الموضوع الذين تأثروا بهذا التعريف فأصدروا قرارات منها، قرار 03 جانفي 1995 عن الغرفة المدنية الأولى، فالشرط الذي يؤدي إلى اختلال فاضح في الأداءات المقابلة يعتبر تعسفي، راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص30-31.

أولا- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

يعتبر هذا المعيار معيارا شخصيا، فهذا الشرط يجب أن يفرض على غير المحترفين أو المستهلكين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي[1]، وهذا ما أوردهُ المشرع الفرنسي في المادة L.35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978.

ويعتبر هذا الشرط محل نظر حيث يرى بعض الفقه الفرنسي أن المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 قد ألغت معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهذا التفوق الفني الذي يمكن المهني من فرض شروط تعسفية كون هذا الأخير متعود على إبرام العقود والصفقات ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها ويفرض الشروط التي يراها مناسبة على المتعاقد معه، لذلك اعتبر الشرط دون جدوى من الناحية العملية.

أما فيما يخص المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي في المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجده قد وافق إلى حد بعيد مع ما أورده المشرع الفرنسي في المادة L.132 من القانون رقم 95-96، وما وجد من اختلاف بينهما قد اتفق فيه مع التوجيه الأوروبي، و تكمن هذه الاختلافات في الجانب الشخصي فقط بحيث المشرع الفرنسي حدد أشخاص الحماية بغير المهنيين والمستهلكين، أما المشرع الجزائري فالمقصودين بالحماية من الشروط التعسفية هم المستهلكين فقط.

ويظهر من خلال تعريفه المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 أن المشرع الجزائري تجنب ذكر معيار التفوق الاقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة، واعتمد على ذكر معيار التوازن

---

[1] أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانون المهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص73.

الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، لتحديد الطابع التعسفي وذلك لتفادي الانتقادات التي كانت ستوجه له في حالة ذكره للمعارين السابقين.

ثانيا - معيار الميزة المفرطة (الفاحشة):

يقصد بها المزايا المفرطة التي يتحصل عليها المحترف بفضل التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد[1]، هذا ما أوردته المادة L.35 من قانون 1978 الفرنسي، نجد أن الميزة المجحفة أو المفرطة جاءت نتيجة عن استخدام معيار القوة الاقتصادية بطريقة تعسفية، فاعتبر الميزة المفرطة مرتبطة بعلاقة شبيهة بمعيار النفوذ الاقتصادي فلا يكون الشرط تعسفيا إلا إذا أعطي ميزة فاحشة، فالمشرع هنا أعطى تعريف للتعسف مخصص إياه بمقدار النتيجة[2].

والمشرع لم يحدد نسبة معينة تصل إليها هذه الميزة على خلاف الغبن الذي يكون سبب لإبطال بعض العقود إذا بلغ حد معين[3]. وعلى ذلك هذا المعيار لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفيا، نظرا لعدم وضوحه وعدم تحديده برقم معين.

ولذلك تعرض هذا المعيار لعدة انتقادات أثارها الفقه حول نقاط عديدة نذكر منها:

- معيار الميزة الفاحشة غير محددة الكمية[4]، لم يحدد المشرع الفرنسي رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على عكس الغبن، إلا أن فكرة الميزة المفرطة تقترب من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث أن الفكرتين ترتبان ضرر مباشر بالعدالة

---

[1] موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية والأدبية، 2011، ص250.

[2] أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص220.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص286.

[4] محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيلا شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، 2008/2007، ص115.

العقدية وهذا ما يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وإن كان يختلفان من حيث محل التعسف، حيث ينصب محل التعسف في الغبن على الثمن أما في الميزة المفرطة فتنصب التعسف على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد[1].

❖ كيفية تقدير الميزة: فهل تقدر بالنظر إلى الشرط ذاته أم إلى جميع الشروط المكونة للعقد؟

يكون تقدير الميزة المفرطة بالنظر إلى مجموع الشروط العقدية[2]، وعدم التسرع في اعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يعطي بعض المزايا لأحد الأطراف، لأنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الآخر يعطي للطرف الثاني مزايا ما مما يعيد التوازن إلى العقد بأكمله، ومثال على ذلك لا يمكن الربط بين الشرط التعسفي وبين عدم التعادل المفرط بين قيمة السلعة أو الخدمة المقدمة وبين الثمن[3].

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد استدرك النقص[4] وأخذ بهذه الفكرة ويظهر ذلك من خلال تقديره للطابع التعسفي للشرط حيث يستند إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بانعقاده وكذا الشروط الخارجية للعقد[5].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ برأي المشرع الفرنسي بخصوص عدم النظر إلى الشرط التعسفي بجهة واحدة أو بصفة منفردة وإنما التطلع إلى جميع شروط العقد، كما هو منصوص عليه في المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم.

نستخلص أنه تم الاعتماد على كلا المعيارين التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة لتحديد الطابع التعسفي للشرط وهما مرتبطان بالسبب والنتيجة، وأن بإمكانهما

---

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق، ص94.

[2] H. BRICKS, les clauses abusives, thèse LGDJ, Paris, 1982, p113.

[3] أكرم محمد حسين التميمي، المرجع السابق، ص74.

[4] المادة L.1-132 فقرة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995.

[5] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص73.

إعادة التوازن العقدي إلا أنه تم التخلي عنهما ليتم الأخذ بمعيار جديد والذي نص عليه التوجيه الأوربي لسنة 1993 ليتبناه كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري بعد ذلك.

ثالثا - معيار الاختلال في التوازن العقدي:

تبنى المشرع الفرنسي إضافة إلى العنصرين السابقين عنصر الإخلال الظاهر في التوازن العقدي والذي استمده من خلال تبنيه للتعليمة الأوروبية في 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين، أدرج هذا المعيار في المادة L.1-132 الحالة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي المقابل للمادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المنصوص فيها صراحة أنه لاعتبار الشرط تعسفي يجب أن يؤدي إلى إخلال ظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، غير أنه يرى بعض الفقهاء أن هذا العنصر لم يحدث أي تغيير من حيث الموضوع، بمعنى أن العنصر الجديد ليس إلا إعادة لمعيار الميزة الفاحشة الذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية[1]. حيث أن هذا الأخير هو عدم التكافؤ بين التزامات طرفي العقد برقم معين، في حين أن عدم التوازن الظاهر لا يحدد برقم معين، إنما يشمل الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد.

ومنه فإن ما قيل حول معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات، وهذا سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي. أي ما يطرح من إشكال بالنسبة لمعيار الميزة المفرطة ومن فكرة الغبن طرح كذلك بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر ، و بالتالي يعد تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد[2].

---

[1] همشاوي وهيبة، حمودة نجوة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقو والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص29.

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص97

للتأكد على هذا الاختلاف بين فكرة عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن حرص المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة 7 إلى المادة 1/132 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن بين المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد على أن الهدف من هذا النظام هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملائم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الإجراءات المتقابلة[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ترك الوضع كما هو والذي يفهم منه تقارب معيار الاختلال الظاهر بالالتزامات من فكرة الغبن المنصوص عليها في القواعد العامة أي إبقاء الإشكالات المطروحة سابقا على معيار الميزة المفرطة (الفاحشة).

المطلب الثاني

الشروط التعسفية الباطلة طبقا لنص المادة 622 من القانون المدني

تكفل القانون المدني الجزائري بتحديد بعض الشروط التي تعتبر باطلة إذا وردت في عقد التأمين، حيث تنص المادة 622 من القانون المدني[2] على ما يلي: «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 الخرق جناية أو جنحة عمدية؛
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذ تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول؛

---

[1] نفس المرجع، ص97-98.

[2] الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط؛

- شرط التحكيم الوارد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل على الشروط العامة؛
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه».

عند إطلاعنا على المادة 622 من القانون المدني نستنتج أن هناك بعض الشروط التعسفية الباطلة بسبب موضوعها وأخرى تكون باطلة بسبب شكلها.

الفرع الأول: الشروط التعسفية بسبب موضوعها.

تتمثل الشروط التعسفية الباطلة بسبب موضوعها فيما يلي:

أولا- شرط سقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم:

يقصد بسقوط الحق في التعويض فقدان الحق، وإن مفهوم سقوط الحق في عقد التأمين يختلف عن المفاهيم الأخرى التي يؤدي سقوط الحق إلى الفسخ أو البطلان، لأن سقوط الحق في هذا العقد يقصد به سقوط حق المؤمن له في التعويض بمعنى يفقد حقه في التعويض أي أن المؤمن لا يضمن الكارثة وذلك لوجود اتفاق بين المؤمن والمؤمن له يقضي بعدم حصول المؤمن له على التعويض، لعدم تنفيذه لالتزاماته في حالة وقوع الكارثة، حيث بالرجوع إلى المادة 622 من القانون المدني في بندها الأول فإن الشرط الذي يرد في وثيقة التأمين وينص على سقوط حق المؤمن له في التعويض بسبب خرقه للقوانين أو التنظيم يعتبر شرطا باطلا[1].

[1] محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، دراسة في عقد التأمين البري، الطبعة الأولى، سنة 1979-1980، دار الفكر العربي، مصر، ص102.

غير أنا نجد أن هناك سقوط قانوني للحق ينص عليه القانون وأحسن مثال لذلك هو ما ورد في المادة 50 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات حيث يسقط حق المؤمن له من التعويض بقوة القانون إذا لم يتقيد بالقوانين والتنظيمات المتعلقة بصحة الحيوانات وذلك في حالة وباء حيواني أو أمراض معدية ما عدا في حالة القاهرة وإن الاستثناء في هذه المادة يرجع في حالة تعاون المؤمن له وتسببه في هلاك الحيوانات يسقط حقه في التعويض بقوة القانون.

أما بالنسبة للتكييف الحقيقي لهذا الشرط والوارد في نص المادة 622 من القانون المدني يرى بعض الفقهاء[1]. أنه هو شرط عدم التأمين أو استبعاد الخطر من الضمان وذلك لأن سقوط الحق في التعويض هو جزاء يوقعه المؤمن على المؤمن له لعدم تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته التي تقع عليه عند أو بعد وقوع الكارثة والمحددة في عقد التأمين بينما استبعاد الخطر من الضمان يتم قبل تحقق الكارثة ومخالفة القوانين أو النظيم تسبق في الواقع تحقق الخطر.

وبالنسبة لصياغة شرط سقوط الحق في التعويض بسبب مخالفة القوانين أو النظم فإن المشرع جعله باطلا اذا ورد في عقد التأمين دون أن يحدد ما إذا كان عاما أو خاصا وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي أبطل مثل هذا الشرط إذا كان عاما بينما إذ كان خاصا يعتبر صحيحا[2].

إلا أن هناك تنافس بين المادة 622 من القانون المدني والمادة 12 من الأمر المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، فطبقا للمادة 12 فإن المؤمن يلتزم بتعويض الأضرار الناجمة عن الحالات الطارئة و عن الخطأ غير العمدي للمؤمن له ويعتبر هذا الحكم من

---

[1] هلال محمد إبراهيم، التأمين دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1994، صس785.

[2] عريو جويدة، المرجع السابق،41-42.

النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته من طرف المؤمن والمؤمن له[1]، لأن هذا الخطأ ينزع الطابع الاحتمالي للخطر [2].

بينما المادة 622 من القانون المدني تنص ما يلي: «يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية». ويفهم من هذه الصياغة أنه إذا كانت خرق القوانين أو النظم بشكل جناية أو جنحة عمدية فإن الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض لهذا السبب، يعتبر صحيحا.

لكن صحة شرط سقوط الحق في التعويض يعني أن هناك حق في التعويض أي المؤمن يمكن أن يؤمن عن الجناية أو الجنحة العمدية وهذا يخالف القانون إذ لا يجوز التأمين على الخطأ العمدي، لذلك يرى بعض الفقهاء بضرورة حذف التأمين على الجناية أو الجنحة[3].

قام المشرع بحماية المضرور في التأمين من المسؤولية وذلك بإضافته لعبارة "إلا إذا كان الخرق جناية أو جنحة عمدية" في المادة 622 من القانون المدني فلولا وجود هذه العبارة وعن تطبيق المادة 12 من الأمر المتعلق بالتأمينات لوجدنا أنفسنا أمام حالة عدم تأمين وعدم التأمين يحتج به تجاه المضرور، وبالتالي يعتبر سقوط الحق في التعويض بمخالفة القوانين أو النظم شرطا صحيحا، ولا يحتج به تجاه المضرور.

---

[1] عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص106.

[2] J.BIGOT, Assurances de responsabilité, les limites du risque assurable, RGAT, 1978, p172.

[3] جلال محمد إبراهيم، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص73.

ثانيا - شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات.

يعتبر شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات من الشروط الباطلة التي أبطلتها المادة 622 من القانون المدني على أن يكون التأخر لعذر مقبول.

ومنه إلى جانب التزام المؤمن له بإعلان الكارثة إلى المؤمن في المدة القانونية، فعلى المؤمن له أن يعلن الكارثة إلى السلطات وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون أو الاتفاق بين المؤمن والمؤمن له، وفي حالة تأخر هذا الأخير في إعلان الكارثة للسلطات يتعويض إلى الجزاء المحدد في العقد وقد لا يتم تحديده فتطبق القواعد العامة[1].

وإلزام المؤمن له بإعلان الكارثة إلى السلطات له أهمية وذلك نظرا لدور هذه السلطات في تقليص أو منع تفاقم الأضرار الناجمة عن وقوع الكارثة مثل مصالح الإسعاف في بعض أنواع التأمين من المسؤولية أو المطافئ في التأمين من الحريق أو إخطار الشرطة في حالة وقوع السرقة[2]. والمقصود بالسلطات كل الأشخاص الذين بحكم وظيفتهم الرسمية يهمهم معرفة وقوع كوارث معينة، ويجب عليهم أحيانا أن يتدخلوا ويؤدوا دورا معينا[3].

فإخطار المؤمن للسلطات بوقوع الكارثة يهدف إلى التقليل من خسائر الكارثة، فإذا وجد شرط في عقد التأمين ينص على سقوط حق المؤمن له في التعويض في حالة تأخره عن إعلان الكارثة إلى السلطات فإن المؤمن له إذا تأخر في هذا الإعلان يسقط حقه في

---

(1) أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص 308-309.

(2) جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص770-771.

(3) Besson, R.Z.G.T, 1963, Op.Cit, p480.

التعويض إلا إذا كان هذا التأخر لعذر مقبول فيعتبر شرط السقوط باطلا بينما إذا كان التأخر لعذر غير مقبول فيعتبر شرط السقوط صحيحا.

وعلى سبيل المثال، فإن في مجال التأمين على الأشياء ضد الحريق فجاءت المادة 3/622، أنه قد يلتزم المؤمن له في بند من عقد التأمين على الأشياء ضد الحريق، بوجوب إبلاغ مصلحة المطافئ بوقوع الحريق[1] وفي هذه الحالة أدرج المشرع هذا الشرط في قائمة الشروط التعسفية لأنه يمكن أثناء وقوع الحريق أن يصاب المؤمن له ولا يتمكن من الإبلاغ ففي هذه الحالة المؤمن له محمي ولا يسقط حقه في التعويض بوجود عذر مقبول لسبب التأخر.

وبالمقارنة مع المشرع الفرنسي، فإنه يبطل شرط سقوط الحق في التعويض إذا كان التأخر في إعلان الكارثة إلى السلطات تأخرا بسيطا وهو التأخر العادي الذي تبرره الظروف[2]. ومنه قد نجد شروط السقوط باطلة في عقود التأمين في القانون الجزائري بينما نجد نفس الشروط صحيحة في القانون الفرنسي البطلان راجع لطول أو قصر مدة التأخر في إعلان الكارثة إلى السلطات.

ومسألة تحديد ما إذا كان التأخر راجع لعذر مقبول أولا هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

لم ينص المشرع الجزائري في المادة 622 من القانون المدني على مدة التأخير، وفي غياب هذه المدة لا يعني أن المدة غير محددة بل ترجع إلى اتفاق المؤمن والمؤمن له، وإذ لم يتفقا فيتم الرجوع إلى القواعد العامة وطبقا لهذه القواعد على المؤمن له إخطار السلطات

---

[1] حسن قرباس، النظام القانوني لعقد التأمين على الأشياء ضد الحريق، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعةمولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص195.

[2] تعريف بلازيل مشار إليه في مرجع، جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص772.

فور علمه بوقوع الكارثة وإذا لم ينفذ التزاماته سقط حقه في التعويض إذا وجد شرط في العقد ينص على ذلك[1].

ثالثا - شرط سقوط الحق في التعويض للتأخر في تقديم المستندات.

قد يدرج المؤمن في عقد التأمين شرعا يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض إذا تأخر في تقديم المستندات إلى المؤمن. وقد يكون هذا التأخر لعذر مقبول وقد يكون لعذر غير مقبول، فحماية للمؤمن له والذي يعتبر الطرف الضعيف في عقد التأمين فقد نص المشرع في المادة 622 البند الثاني في القانون المدني على بطلان هذا الشرط إذا كان تأخر المؤمن له في تقديم المستندات إلى المؤمن بسبب عذر مقبول، وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن للمؤمن له عذرا مقبولا في هذا التأخير يعتبر شرط السقوط صحيحا وبالتالي يفقد حقه في التعويض[2].

والمقصود بالمستندات يختلف حسب فروع التأمين، فهي التأمين من المسؤولية على المؤمن له أن يقدم للمؤمن كل ما يمكن هذا الأخير من حسن إدارة دعوى المسؤولية المرفوعة على المؤمن له كالرسائل، الإعذارات، عرائض الدعوى، الاستئناف، صور محاضر التحقيق وغيرها، والتأمينات ضد الحوادث على المؤمن له أن يخبر المؤمن بنتائج الشكوى التي رفعها بشأن السرقة.

لم يحدد المشرع الجهة التي تقدم لها المستندات هل السلطات أم المؤمن، وقد اختلفت الآراء بشأن ذلك فيرى البعض على أن تقدم المستندات إلى السلطات والبعض الآخر يرى أنها تقدم إلى المؤمن، وهذا الرأي الراجح لأن السلطات يكفيها معرفة وقوع الحادث بينما

---

[1] عمريو جويدة، حماية مستهلكي التأمين،المرجع السابق، ص128.

[2] محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 224.

المؤمن يهمه معرفة كل ما يتعلق بالكارثة بما فيها المستندات لأن المؤمن هو الذي سوف يدفع التعويض.

وكما هو الحال في التأخر في إعلان الكارثة إلى السلطات، فإن بطلان شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في تقديم المستندات في القانون الفرنسي سببه التأخر البسيط عكس القانون الجزائري الذي يبطل هذا الشرط إذا كان التأخر في تقديم المستندات مصحوب بعذر غير مقبول ومسألة تحديد العذر المقبول أو التأخر البسيط يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1].

فالمشرع لم يحدد في المادة 622 من القانون المدني على مدة التأخر في تقديم المستندات، وفي غياب هذه المدة لا يعني أن المدة غير محددة بل ترجع إلى اتفاق المؤمن له، وإذا لم يتفق فيتم الرجوع إلى القواعد العامة وطبقا لهذه القواعد على المؤمن له تقديم المستندات بمجرد أن يتحصل عليها وإذا لم ينفذ التزامه سقط حقه في التعويض إذا وجد شرط في العقد ينص على ذلك.

الفرع الثاني: الشروط التعسفية الباطلة بسبب شكلها.

بالرجوع للمادة 622 من القانون المدني نجد أن الشروط الباطلة بسبب شكلها هي كالتالي:

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- بطلان شرط التحكيم الوارد بين الشروط العامة المطبوعة.

[1] عمريو جويدة، المرجع السابق، ص130.

أولا- شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

قبل الحديث عن هذا الشرط نقدم مقارنة بسيطة بين سقوط الحق في التعويض وبين بطلان العقد، حيث أن سقوط الحق في التعويض لا يؤثر على وجود عقد التأمين بمعنى أن المؤمن له يفقد حقه في التعويض ويبقى العقد قائم، أما بالنسبة للبطلان فإن بطلان عقد التأمين يترتب عنه بطلان العقد بالنسبة للماضي والمستقبل وذلك لمخالفة المؤمن له لالتزامه بالتصريح بالبيانات الصحيحة المتعلقة بالخطر، ففي حالة التصريح الكاذب فيبطل العقد ويسترد المؤمن له كل الأقساط التي دفعها ويسترد المؤمن مبالغ التأمين التي دفعها وإذا ترتب عن بطلان العقد ضرر للمؤمن بسبب تصريحات المؤمن له الكاذبة، فإن المشرع أعطى للمؤمن الحق في الاحتفاظ بالأقساط المدفوعة وذلك طبقا للمادة 21 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم لهذا يعتبر البطلان في عقد التأمين في هذه الحالة من نوع خاص[1].

كما أن شرطي سقوط الحق في التعويض والبطلان إذا طبعا بشكل غير ظاهر فيعتبران باطلان وهذا وفق المادة 622 من القانون المدني، ولكي يكون الشرط ظاهرا يجب أن يرد في شرط خاص، فإذا لم يرد شرط سقوط حق المؤمن له في التعويض أو شرط بطلان العقد في شرط خاص، وإذا لم يرد شرط سقوط حق المؤمن له في التعويض أو شرط بطلان العقد في عقد التأمين فلا يمكن للمؤمن التمسك بالسقوط أو البطلان ما دام أنه لم ينص على هذا الشرط في شرط خاص وواضح ومحدد ويبقى للمؤمن تطبيق القواعد العامة

[1] عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

للمسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من مخالفة المؤمن له لالتزاماته[1].

ويعد سقوط حق المؤمن له في التعويض عقوبة استثنائية وخطيرة لا يمكن تطبيقها دون النص عليها صراحة في عقد التأمين. وفي حالة غموض شرط السقوط فيجب تفسيره لمصلحة المؤمن له لأن المؤمن هو الذي حرر عقد التأمين وإن ورد شرط سقوط الحق في التعويض في شرط محدد يقصد به أن يتم تحديد في وثيقة التأمين الالتزامات التي إذا ما خالفها المؤمن له يجازي عنها بسقوط حقه في التعويض وفي حالة تحقق هذه المخالفة يحق للقاضي تطبيقه الشرط أي حرمان المؤمن له من حقه في التعويض سواء كان حسن النية أو سيء النية وسواء أصابه ضرر أم لا.

وبالتالي فإن شرطي البطلان والسقوط ليس هما وحدهما اللذان يجب إبرازهما بشكل ظاهر، بل يجب أيضا إبراز الالتزام الذي تقرر السقوط أو البطلان جزاءا لمخالفته[2]. وذلك ما قررته لجنة البنود التعسفية الفرنسية في إحدى توصياتها رقم 85-04 المؤرخة في 20 سبتمبر 1985 المتعلقة بعقود التأمين التي تغطي الأخطار المختلفة، إذا تلغي في عقود التأمين الأخطار السكنية الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض إذا كان المؤمن له يجهل الالتزامات المفروضة عليه لأنها لم تكن بارزة بشكل ظاهر[3].

ثانيا - بطلان شرط التحكيم الوارد بين الشروط العامة المطبوعة.

شرط التحكيم هو الشرط الذي بموجبه يتفق المتعاقدان مسبقا على طرح نزاعاتهم المحتملة قبل نشوؤها إلى شخص ثالث من الغير يسمى محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم

---

(1) جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 755، 756.

(2) مصطفى محمد جمال، الوسيط في التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقي ة، بيروت، 1984، ص347.

(3) Cite des assurances, éd Dalloz. P633.

ملزم لهم، بحيث يشترط أن يكون هذا الأخير محايدا أو أن لا يكون له أية مصلحة في النزاع القائم[1]. كما أن التحكيم يوفر الوقت، فهو يفصل بسرعة أكثر من القضاء، وذلك من خلال انعدام درجات التقاضي وبطء الفصل في النزاع[2].

وشرط التحكيم قد يرد في العقد الأصلي الذي يربط المتعاقدين أو يرد في عقد لاحق للعقد الأصلي لكن قبل نشأة النزاع، لأن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل وغير محدد[3].

تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". من خلال هذه المادة فإن شرط التحكيم يجب أن:

- يتعلق بنزاع مستقبلي.
- أن يتعلق بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتنص المادة 1006 على ما يلي: «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

---

[1] بوالكر رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيجل، 2008، ص107.

[2] عبد السلام بن رمضان، مزايا وعيوب التحكيم وموقف دول العالم الثالث منه، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، البحرين، العدد الثامن، أبريل 2008، ص 32، 33.

[3] حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، السنة 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع، من ص103.

أ- نطاق تطبيق شرط التحكيم:

الأصل أن القضاء هو الجهة المناط بها إقامة العدل بين الناس، والنظر في منازعاتهم وحسمها طبقا لأحكام القانون، والتحكيم هو الاستثناء حيث أجاز المشرع أن يتفق الأطراف على تنازل رفع منازعاتهم إلى القضاء واللجوء إلى التحكيم بقصد تسهيل والتيسير على الخصوم[1].

فطبقا لنص المادة 1006 المذكورة أعلاه فإنه يحق لكل شخص أن يلجأ إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، أي المشرع لم يقم بحصر التحكيم في المسائل التجارية فقط، بل يمكن في كل المسائل ما عدا تلك المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، كما لا يجوز للأشخاص العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتهم الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، فإعمالا لعدم توازن العلاقة بين المهني أي المؤمن و المؤمن له الذي يمثل الطرف الضعيف في العقد والذي قد يفرض عليه الانضمام إلى التحكيم، وبالتالي حرمانه في حقه في اللجوء إلى القضاء لحل النزاعات التي قد تشوب بينهم، لذا فإن شرط التحكيم يمثل خطر على المؤمن له.

لهذا نص المشرع الجزائري في نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري، على وجوب إدراج شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة، أما إذا ورد في الشروط العامة المطبوعة فلا يحتج به تجاه المؤمن له، ويعتبر شرطا باطلا[2].

---

[1] بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، عقد التأمين، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص484.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المتوسط في شرح القانون المدني عقود الغرر وعقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، الجزء السابع، المجلد الثاني، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2004، ص1196.

ب- الطبيعة القانونية للتحكيم:

يعتبر شرط التحكيم عقد، يخضع لشروط صحة العقد المنصوص عليها في المواد 54 وما يليها من القانون المدني، فيجب أن تتوافر فيه أركان العقد والمتمثلة في التراضي ومحل والسبب وعنما يتحقق النزاع المحتمل يتم إبرام اتفاق التحكيم[1].

ج- شروط صحة شرط التحكيم:

بالنسبة للقانون الجزائري فإن شرط التحكيم يكون صحيحا إذا استوفى شروطه الشكلية والموضوعية. بالنسبة للشروط الشكلية، تنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

وبالتالي الكتابة شرط لصحة شرط التحكيم الداخلي وليس للإثبات أما بالنسبة للتحكيم الدولي فلا تعتبر الكتابة شرط لصحة شرط التحكيم بل وسيلة لإثباته، ومنه يمكن إثباته بأي وسيلة اتصال ممكنة كالفاكس، البريد الالكتروني وغيرها.

كما يجب أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو كيفية تعيينه وإلا كان الشرط باطلا. فتعين المحكم وكيفية تعيينه يعتبر شرط لصحة شرطا التحكيم[2].

بالنسبة لشرط التحكيم في عقد التأمين له حكم خاص وهو أنه إذا ورد هذا الشرط بين الشروط العامة لوثيقة التأمين اعتبر باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 622 ق.م.ج والتي تستلزم إدراجه في اتفاق خاص.

---

[1] نور الدين ابن شيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1986، ص 17.

[2] عمريو جويدة، مرجع سابق، ص 140.

فالاتفاق الخاص سواء كان مكتوبا أو مطبوعا، المهم أن لا يدرج من بين الشروط العامة و في هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا في قضية مؤسسة "سويسكا" ضد الشركة الجزائرية للتأمين وتم الحكم في هذا القرار على أن شرط التحكيم وارد في الشروط العامة لوثيقة التأمين، وليس في اتفاق خاص منفصل عنها، يعتبر شرطا باطلا وذلك تطبيقا للمادة 622 والمادة 106 من القانون المدني الجزائري[1].

كما يعد العلم الفعلي للمؤمن له بشرط التحكيم الوارد في الشروط العامة غير كاف لإعمال هذا الشرط، لأن إدراج شرط التحكيم في الشروط الخاصة لعقد التأمين يعد حماية للمؤمن له[2]. وورد شرط التحكيم في اتفاق خاص يعني إعطاء الحق للمؤمن له في القبول أو الرفض.

[1] ملف رقم 395807 قرار بتاريخ 2007/01/10، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 1، ص 361-364.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرور وعقد التأمين، مرجع سابق، ص 1197.

الفصل الثاني

نظم وآليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد التأمين

لم يحدد المشرع الجزائري قانونا خاصا لمحاربة الشروط التعسفية في العقود بصفة عامة ولا في عقد التأمين بصفة خاصة، لذلك وجب علينا اللجوء إلى بعض القواعد القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية والمنصوص عليها في القانون 04-02 المتعلق بالمعاملات التجارية والذي يعتمد على نظام القائمة لمحاربة الشروط التعسفية، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يتضمن هو الآخر قائمة للشروط التعسفية، كما سخر المشرع الجزائري رقابة إدارية لمحاربة الشروط التعسفية ويتجلى ذلك من خلال رقابة لجنة البنود التعسفية ودور جمعيات حماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية **(المبحث الأول)**.

وبوجود الشرط التعسفي في عقد التأمين فهو يحدث عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمهني، وعليه يجب إيجاد وسائل وآليات لمحاربة هذه الشروط التي قد يدرجها المؤمن باعتباره المهني في عقد التأمين والتي تضر بمصلحة مستهلك التأمين.

على هذا الأساس تبسط الدولة رقابتها وذلك من خلال أجهزة الرقابة الإدارية التي تقوم بالرقابة على نشاط التأمين والأجهزة الاستشارية التي تقوم بمراقبة وثائق وتعريفات التأمين **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

القواعد الخاصة للحد من مغالاة الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري

سنتطرق في هذا المبحث إلى وسائل محاربة الشروط التعسفية، وانطلاقا من البحث عن التقنيات الكفيلة بتحقيق التوازن العقدي بين المستهلكين والمحترفين مادام أن هذا التوازن لن يتحقق تلقائيا في ظل انفراد المهني بالتحرير المسبق للعقود وتضمينها ما شاء من الشروط التعسفية، لذا رأى المشرع الجزائري ضرورة إيجاد وسائل وتقنيات قانونية جديدة، من شأنها القضاء على الممارسات التعسفية في العقود الاستهلاكية، ومن بين التقنيات القانونية الجديدة التي اعتمد عليها المشرع ، الرقابة القانونية على إعمال الشروط التعسفية **(المطلب الأول)**، والرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشروط التعسفية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الرقابة القانونية على إعمال الشروط التعسفية

إن دور القاضي وفقا للقواعد العامة، يقتصر بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها، بغية إعمال حكم القانون عليها، كما يفسر الشك لمصلحة المدين، إلا أنه خروجا على هذه القواعد وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان ومنها المؤمن له في عقد التأمين، اعترف القانون للقاضي بسلطة استثنائية وهي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان هذا ما سنتناوله في (الفرع الأول) أما بالنسبة (الفرع الثاني) فسنتطرق إلى نظام القائمة وإبراز دورها في حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

الفرع الأول: القضاء كوسيلة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

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

القاعدة العامة الفورية في العقود هي العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا طبقا للمادة 106 من القانون المدني. وتعتبر المادة 110 استثناء إذ خص المشرع عقد الإذعان بحكم يتمثل في منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها. ويكون القبول في هذه العقود بمجرد التسليم بالشروط التي وضعها الموجب وذلك طبقا للمادة 70 من القانون المدني.

وتتعلق سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية بالنظام العام لأنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها أي لا يجوز لهما نزع هذه السلطة للقاضي. لأن لو كان ذلك جائزا لا ستغله الطرف القوي (المهني) لمصلحته[1].

وحتى يتمكن القاضي من التدخل في تعديل العقد الذي يتضمن شرطا تعسفيا أو إعفاء الطرف المذعن لابد من توافر شرطين:

الشرط الأول: وجود عقد أبرم عن طريق الإذعان.

حتى يتمكن القاضي من التدخل لتعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه يجب أن نكون فعلا أمام عقد أبرم عن طريق الإذعان حتى تشمله الحماية القضائية. ولكي يعتبر العقد عقد إذعان إذا رأى القاضي توافر عناصر خاصة بعقد الإذعان (التي ذكرناها سابقا في الفصل الأول).

[1] محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، دبي 1998، ص20.

كأن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية لكافة الناس والاحتكار القانوني والفعلي للسلعة أو الخدمة من أحد المتعاقدين. وعرض السلعة أو الخدمة على الجمهور وفقا لشروط مقررة مسبقا.

فإذا تأكد القاضي من توافر هذه الشروط فكان العقد عقد إذعان، بعدها يقوم بالبحث في مدى توافر الشرط التعسفي في هذا العقد[1].

الشرط الثاني: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

يقوم القاضي بتفحص عقد الإذعان المعروض أمامه فإذا وجد فيه شرط تعسفيا فرضه المهني (الطرف القوي في العقد)، فيحق له التدخل لتعديل هذا الشرط لإعادة التوازن إلى العقد بتخفيف العبء على الطرف المذعن الذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد.

والهدف من نص المشرع على هذه السلطة للقاضي، هو حرصه على تحقيق العدالة التعاقدية، بحماية الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي. ويعتبر تقدير الطابع التعسفي للشرط مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

وفي حالة ما لحق الطرف المذعن بضرر بسبب الشروط التعسفية، فيتم رفع الضرر بتعديل هذه الشروط أو الإعفاء أو بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

أولا- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

في هذه الحالة يبقى القاضي على الشرط التعسفي غير أنه يعد له بالطرقة التي يراها ملائمة.

قد يكون الشرط متصلا بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن مقابل الخدمة التي سيؤديها في عقد الإذعان مما يجعله شرطا جوهريا. وبالتالي من الصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية نفسها، فيكون التعديل الوسيلة الأنسب لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد.

---

[1] حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1990، ص45.

كما أن التعديل قد يكون بالإنقاص، لإزالة التعسف عن الشرط وذلك من أجل تحقيق التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد[1]. ومثال ذلك: أن يقضي عقد توزيع المياه بحق شركة المياه أن تقطع المياه عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حالة عدم دفعها، فتخلص المحكمة أو القاضي إلى أن هذا الشرط تعسفي، وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع المياه بعد أسبوع من إشهار المستهلك بدفع الفاتورة في حال انقضت المدة دون دفع.

وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة الغبن المادي فيزيل القاضي الغبن بالإنقاص حسب الحالة. وأساس قيام القاضي بالتعديل في هذه الحالة ليس الطعن بالغبن أو الاستغلال إنما هو الطعن بتعسفية الشرط[2].

وقد يكون الشرط المطعون ضده في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، ويقوم القاضي بتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه على أساس أنه شرط تعسفي.

ثانيا - سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية:

تعتبر سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط التعسفي في عقد الإذعان سلاحا خطيرا في يد القضاء. فإذا قدر القاضي أن شرطا ما يعتبر تعسفيا فيعفى الطرف المذعن منه وهذا خروجا عن القاعدة العامة المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين" ويستعمل القاضي هذه السلطة إذا رأى عدم جدوى الوسيلة الأولى المتمثلة في التعديل ورأى أن العدالة العقدية لن تتحقق إلى بإزالة أو بإعفاء الطرف المذعن منه[3]. ويعد الاعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي تقدما هاما في مجال الحماية للمستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إعادة التوازن

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص285.

[2] حميد بن شنتي، المرجع السابق، ص 46-47.

[3] نفس المرجع، ص46 وما بعدها.

للعملية العقدية والاستقرار القانوني والاجتماعي الذي هو مهدد ما بقي عدم التوازن العقدي بين الأطراف[1].

والبعض يرى أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ولا معاقب للقضاء على تقديره هذا إذا كانت عبارات العقد تحمل المعنى الذي أخذ به القاضي فإذا تبين له أنه شرطا تعسفيا في عقد الإذعان فله أن يعدله إذا كان من شأن ذلك يزيل أثر التعسف، وإلا قام بإلغائه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة[2].

وتعتبر المادة 110 من القانون المدني نص عام وشامل وهي أداة قوية في يد القاضي لتحقيق حماية فعالة للمستهلك.

ولذا فقد قرر المشرع بإبطال كل اتفاق يخالف حكم المادة من التقنين المدني، أي كل اتفاق يهدف إلى حرمان الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية باطل، وهذا من أجل ردع الطرف القوي على إدراج ما شاء من شروط وتفريغ الحماية القانونية من محتواها.

وإلى جانب المادة 110 ق.م نجد المادة 112 من القانون المدني والمتعلقة بتفسير العقد والتي سنتناولها فيما يلي:

ثالثا - سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية.

إن حماية مستهلك التأمين لا تقتصر على تعديل الشروط التعسفية أو إعفائه منه وإنما بإعطاء القاضي سلطة لتفسير عقد التأمين باعتباره عقد إذعان لمصلحة الطرف المذعن أي المؤمن له. وذلك من أجل تحقيق التوازن بين المؤمن الذي حرر العقد والمؤمن له. وعادة ما يثور النزاع بين المؤمن والمؤمن له عند وقوع الكارثة، فيظن هذا الأخير أنه مشمول بالضمان وإذا بهي يتفاجأ بشرط في العقد يحدد الضمان على مضمون ومجال الشرط المعيب.

---

[1] أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص257.

[2] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر الإلزام، المرجع السابق، ص250.

ويعتمد القاضي على قاعدة وهو أن من حرر العقد هو الذي يتحمل عيوب هذا التحرير أو عدم وضوحه.

تنص المادة 112 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه: «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن»[1].

فتفسير الشك لمصلحة المدين المذعن أمر طبيعي متفق مع القاعدة العامة أما تفسيره لمصلحة الدائن المذعن فهو استثناء الذي يعد خروجا عن القاعدة.

والقاعدة العامة في التفسير تشمل حالات متمثلة:

- وضوح عبارات النص والتي لا يجوز فيها الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريقة التفسير أو التأويل.
- حالة غموض عبارة النص، والتي يتعين فيها اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل، وتعرف على الإدارة المشتركة للمتعاقدين، والتي يتعين فيها تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.

1- العبارة الواضحة تمنع من التفسير.

من خلال المادة 111 من القانون المدني فإن العبارات الواضحة للعقد تلزم كل من أطراف العقد والقاضي، فلا يجوز تحريفها. أما العبارة الغامضة تقتضي تفسير عن النية المشتركة للمتعاقدين[2].

لم ينص قانون التأمينات على أحكام خاصة بتفسير العبارات الغامضة في عقد التأمين لذا تطبق الأحكام العامة. تنص الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها

---

[1] تقابلها المادة 1/151 مدني مصري والتي تنص: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

[2] علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، ب.س.ن، ص 383.

للتعرف على إرادة المتعاقدين". أي إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بتفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. فوضوح العبارة يحول دون تفسيرها هذا ما ينص عليه القانون. وإذا انحرف قاضي الموضوع عن المعني الواضح للعبارة في العقد فهو يعرض حكمه للنقض[1].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها أن شروط عقد التأمين الواضحة والمحددة يجب أن يطبقها القاضي كما هي دون تفسير ولو كانت لا تخدم مصلحة المستفيد من التأمين[2].

وإذا قام القاضي بتفسير عقد كانت عبارته واضحة ومحددة فيعرض قراره هذا للنقض. والشرط الواضح والمحدد هو الشرط الذي لا يقبل إلا معنى واحدا أي لا يكون عرضة لمعاني مختلفة[3]. ولا يمكن للقاضي استبعاد العبارة الواضحة بحجة تحقيق المساواة بين أطراف العقد[4].

والشرط الواضح والمحدد من خلال القرارات القضائية الفرنسية هو شرط غير غامض ولا يخالف إرادة الأطراف ولا يثير خلط أو إبهام، ولا يثير أي شك حول إرادة المتعاقدين ولا يؤدي إلى أي نزاع جدي. والدقة والوضوح يحددان من خلال مضمون العقد كله[5].

وحسب مجموع مستندات العقد كله، يجب أن تكون المصطلحات المستعملة واضحة حيث يسهل على المؤمن له فهمها. كما أن الإحالات التي تندرج في العقد يجب أن تكون متناسقة. بحيث إذا أحالت الشروط الخاصة إلى الشروط العامة يكون ما أحيل إليه في

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 670.

2 Viney, l'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge, d.1994.chr. P. 301-307.

3 Stéphane corone (AJP), interprétation des clue en faveure de l'assré, l'argus de l'assurance, N° 6756.12 Octobre 2001, p66.

4 André Favre rochex, contrat d'assurance, Regles communes, cadre législatif et réglementaire, J-c1 civil annexes, Assurances fasc, 5-1, p 6.

5 J. Bigot, tome 3 op.cit, p384.

الشروط العامة مطابقا ومناسبا للشروط الخاصة التي أحالت إليها. كما أن على المحترف تفادي استعمال الأحرف الصغيرة قليلة الوضوح[1].

2-تفسير العبارة الغامضة.

تكون عبارة العقد غامضة بسبب سوء تحرير أحد شروطه أو بسبب المستندات المكونة لعقد الإذعان وعدم تناسق مضمونها يؤدي إلى صعوبة فهمها[2].

تنص الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني على ما يلي: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

من خلال هذه الفقرة فإنه لا يتم الاعتماد على الألفاظ المستعملة من قبل الأطراف فقط، وإنما ينبغي الاعتماد أيضا على طبيعة التعامل وما يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وكذلك العرف الجاري في المعاملات. ومثال على ذلك بالنسبة للعرف الجاري في المعاملات، قرار لمحكمة النقض الفرنسية حيث اعتمدت المحكمة على العرف الجاري في المعاملات لرفض التعويض عن خطأ غير مغتفر، وتعلق الأمر بشركة التأمين حيث رفضت الضمان لمؤمن له، وكان الشرط المتعلق بتعويض الأخطاء الغير مغتفرة شرطا غير واضح. وكان على القاضي تفسير هذا الشرط لتقرير ما إذا كان يقع على عاتق المؤمن تعويض الخطر أم لا. فقضت المحكمة العليا بأن الشركة غير ملزمة بالضمان لأنه من الجاري به العمل في فرنسا أن يتم استبعاد هذا التعويض لمثل هذا النوع من الأخطاء[3].

---

(1) J. Bigot, tome 3 op.cit, p385.

(2) André Favre Rochex, contrat d'assurance, Regles communes, cadre législatif et réglementaire, J-C1 civil annexes, Assurances, Fasc : 5-1 ; P6

(3) Casse. 1er ch.CIV.11 mars 1998, pourvoi n° 96-14, 814 cité par Stéphane corone, op.cit, p 67.

فإذا تضمن عقد التأمين عبارات غامضة فإن القاضي ملزم بتفسيرها، ويعتمد في ذلك على القواعد العامة للتفسير. وله السلطة التقديرية التامة في استخلاص نية المتعاقدين[1].

ولا يقوم القاضي بتفسير كل شرط على حدا بل يفسر الشرط الغامض حسب مضمون العقد كله، فكل شرط يفسر حسب الشروط الأخرى في العقد. وفي حالة ما إذا كان هناك تعارض بين شرطين في نفس العقد فإن القاضي يفسر العقد حسب ما يعكس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. ومن تطبيقات هذا التعارض.

1- التعارض بين شرط خاص وشرط عام من نفس الوثيقة:

قد يكون مضمون الشرط الخاص مختلف عن مضمون الشرط العام الذي يكون مطبوعا. وبما أن القاضي يعطي الأولوية للشرط الخاص عن الشرط العام المطبوع[2]. لأن الشرط الخاص غالبا ما يخدم مصلحة المؤمن له ولأنه هو الذي يجلب انتباه المؤمن له أكثر، ومثال ذلك قضية طرحت أمام القضاء الفرنسي إذ في وثيقة التأمين على السيارات كان هناك شرط من بين الشروط العامة المطبوعة التي تحدد الضمان وذلك بسقوط الحق في التعويض إذا كان سائق السيارة عمره يقل عن 18 سنة وحاملا لرخصة السياقة وهناك شرط خاص ينص على أن السيارة يمكن سياقتها من طرف أحد والدي المؤمن له كصديق أو الغير، ويكون حاملا لرخصة السياقة.

ولما وقع الحادث كان السائق ابن المؤمن له عمره أقل من 18 سنة وحامل لرخصة السياقة، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن هذا الحادث يشمله الضمان المنصوص عليه في عقد التأمين وذلك لأن القضاة طبقوا الشرط الخاص، واستبعدوا تطبيق الشرط العام. لان الشرط الخاص لم ينص على سن السائق[3].

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر وعقد التأمين، مرجع سابق، ص 1208.

(2) Perreau, clauses manuscrites et clauses imprimées. R.T.D. CIV. 1927. P 303.

(3) Antonie MISSOI : L'assurance contât d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré, Thèse de doctorat en droit, 1934, librairie Arthur Rousseau, Paris, p94 et s

فإعطاء الأولوية للشرط الخاص عن الشرط العام يعود إلى أن الشرط الخاص ناقشه كل من طرفي العقد وأن يتهم انصرفت إلى فسخ الشرط العام[1].

رابعا - الجزاء العقابي المقرر للشر ط التعسفي:

في حالة وجود شرط تعسفي في العقد فإن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ينص في المادة 5 على البنود التي تعتبر تعسفية، لكن لم ينص على جزاء الشرط التعسفي، وإنما اكتفى بالنص في المادة 17 منه على أن العقوبات المترتبة عن مخالفة أحكام المادة 5 تتم طبقا لأحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم وبالتالي تنص المادة 38 من هذا القانون على جزاء مخالفة المادة 29 منه فإذا تضمن العقد شرطا تعسفيا فالجزاء هو غرامة مالية من خمسين ألف دينار (50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج) [2].

وبالتالي المشرع اكتفى بالنص على جزاء جزائي وهي الغرامة المالية ولم ينص على الجزاء المدني في القانون 04-02 السالف الذكر. بينما المادة 622 من القانون المدني تعتبر الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين شروط باطلة. ومنه جزاء الشروط التعسفية الواردة في عقد التأمين هو البطلان فيعتبر الشرط باطلا ولا يؤثر على سريان العقد.

الفرع الثاني: الاعتماد على نظام القائمة لمحاربة الشروط التعسفية.

إلى جانب الأسلوب القضائي المتبع للحد من الشروط التعسفية، حيث خول القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط قبل الحكم بإبطالها. فهناك أسلوب آخر تنظيمي والمتمثل في قوائم تُحَدَّد الشروط التي تعتبر تعسفية والتي تتضمنها قوانين الحماية من الشروط التعسفية.

يعتبر المشرع الألماني السباق بإصدار قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية ضمن القانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود والذي أصبح ساري

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 1209.

[2] عمريو جويدة، المرجع السابق، ص 155.

المفعول في 1977 حيث يتضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى سوداء تشمل الشروط التعسفية الباطلة بقوة القانون والثانية رمادية تشمل قائمة من الشروط التعسفية وفيها يخول للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها على حسب المعايير التي يحددها القانون للشرط التعسفي[1].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي هو الآخر اعتمد على أسلوب التشريع لمكافحة الشروط التعسفية طبقا للقانون 78-23 الصادر في 10-01-1978 المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية.

أما المشرع الجزائري فكان مسايرا للقانون الفرنسي حيث اعتمد على نفس المنهج فقام بتحديد الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306.

أولا- القائمة المنصوص عليها في القانون 04-02:

نصت المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على ثمانية شروط اعتبرت تعسفية، وهذه الشروط ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر. بعبارة "لاسيما" والتي تفيد وجود شروط أخرى غير منصوص عليها، وهي قائمة ملزمة منذ صدورها سواء للمحترفين أو غير المحترفين في علاقتهم مع المستهلكين، كما أنها ملزمة للقاضي بحث ليس له أي سلطة تقديرية بشأن الطابع التعسفي.

ونجد المشرع قد قام بتوسيع مجال حماية المستهلك وهذا ما توضحه المادة 29 من القانون رقم 04-02 بعبارة: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..." [2].

---

[1] حيث شملت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة والتي تنص عليها المادة 10 من القانون الألماني، أما النوع الثاني وهو الذي يعبر عنها بالقائمة الرمادية، وتشمل عشرة أصناف تم ذكرها في المادة 11 من القانون الألماني.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 124-125.

فالمشرع لم يحدد المقصود من البائع هل هو البائع المهني أو البائع العادي فالمشرع قام بإيراد هذه القائمة على سبيل المثال لا الحصر، وبهذا يكون قد وفر حماية فعالة وواسعة للمستهلك، وذلك من خلال توسيع نطاق هذه الحماية القانونية على جميع الشروط التي يتوافر فيها الطابع التعسفي، وليس فقط تلك الموجودة بالقائمة، أي أن القضاء أخذ بالمعيار العام للشرط التعسفي وبالتالي إذا ما وجد شرط معين وهذا الأخير يؤدي إلى إخلال التوازن العقدي وغير منصوص في القائمة، فيعتبر من الشروط التعسفية، وذلك استنادا إلى نص المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم.

وسنحاول توزيع هذه الشروط حسب موقعها في العلاقة العقدية، فهناك شروط تتعلق بتكوين العقد وتنفيذه وآثاره.

أ- الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد:

تعد مرحلة تكوين العقد أهم مرحلة بالنسبة للمستهلك، فبمجرد انضمامه للعقد يصبح مذعن لكل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد ويكون ملزم اتجاه المهني، حيث أشار القانون 04-02 إلى شرطين تعسفيين متعلقان بتكوين العقد وهما:

1- استفادة العون الاقتصادي من حقوق المستهلك:

فنصت الفقرة الثانية من نص المادة 29 من القانون 04-02 على أن أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها و/أو مماثلة معترف بها المستهلك. فنية المشرع من خلال إبطال هذا الشرط هو إعادة التوازن للعقد فهو لا يسمح للمحترف من أن يتعدى على حقوق المستهلك أو التمتع بمزايا على حساب المستهلك.

2- استفادة العون الاقتصادي من آجال في التنفيذ:

هذا ما وردته المادة 29 في الفقرة الثانية من القانون السالف الذكر على فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

فالشرط الذي يحَمِّلْ المستهلك التزامات فورية وفي المقابل لا يُحمل للمحترف أي التزام فوري بل يتم لمحض إرادته يعتبر شرطا تعسفيا[1].

ب- الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد:

فيما يخص الشروط المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد فهناك أربعة شروط تعسفية وردت في المادة 29 ضمن الفقرات 3، 4، 5، 7.

1- احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحية تحديد عناصر العقد:

حيث تنص المادة 29 في الفقرة الرابعة على "امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك" فاعتبر المشرع الشرط الذي يسمح للمحترف بتعديل عناصر العقد[2]، شرطا تعسفيا وبالتالي يعفي المستهلك من إثبات الطابع التعسفي لهذا الشرط، ومثل هذا الحكم وارد أيضا في القواعد العامة فطبقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي لا يجوز نقض ولا تعديل إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

2- انفراد العون الاقتصادي بصلاحية تفسير العقد:

وهذا ما جاءت به المادة 29 في فقرتها الخامسة التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ القرار المثبت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

---

[1] رغم أن اعتبار استفادة المحترف من آجال لتنفيذ التزاماته شرطا تعسفيا رغم أن المشرع لم ير مانعا من تعليق الالتزام على شروط واقف أو فاضح طبقا لأحكام المادة 203 من القانون المدني حيث تنص: "يكون الالتزام معلق إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن الوقوع". فهذا النص لا يرتب أي قيد على الشرط سوى أن يكون ممكن التحقيق وغير مستحيل. طبقا لنص المادة 204 ق.مدني، جزائري.

[2] جاء ذكر العناصر للعقد ضمن المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، وقد عاب البعض على هذا النص أنه اكتفى بالإشارة إلى عناصر العقد الأساسية فقط مما يعني أن عناصر العقد غير الأساسية غير معينة بهذا الحكم، فلو أن شرطا تضمن صلاحية المحترف بتعديل عناصر العقد غير الأساسية فإنه لا يعد تعسفيا بمفهوم المخالفة لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306.

فكل شرط يسمح للمحترف بتفسير شروط العقد يعد تعسفيا وهذا ما عملت به القواعد العامة فالمادة 111 من القانون المدني الجزائري لا تجيز تفسير عبارات العقد إذا كانت واضحة، أما بالنسبة للعبارات الغامضة فيتم تفسيرها من قبل القاضي وليس من قبل أحد المتعاقدين.

والمادة 112 من القانون المدني تلزم أن يكون تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف الضعيف (المستهلك).

3- إعفاء العون الاقتصادي نفسه من تنفيذ التزاماته:

وهذا ما جاء في الفقرة السادسة للمادة 29 "إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها".

فالشرط الذي يتضمن التزامات لأحد المتعاقدين دون إلزام المتعاقد الآخر يعتبر شرطا تعسفيا مخالف للعدالة والقوة الملزمة للعقد.

ونجده أيضا في نص المادة 119 والمادة 123 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين.

4- انفراد العون الاقتصادي بتغيير الآجال:

تنص الفقرة الثامنة من المادة 29 على "التفرد بتغيير آجال تسليم منتج وآجال تنفيذ الخدمة"، وهو ما جاء أيضا في الفقرة الثالثة من نفس المادة 29 المتعلق بحق تعديل العناصر الأساسية للعقد. فلا يحق للمحترف التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة[1]، دون موافقة الطرف الآخر (المستهلك) فالعقد شريعة المتعاقدين.

[1] باعتبار التسليم أهم التزام يتحمله البائع فإنه يحمل من خلال اغتنام فرصة انفراده بتحرير العقد على وضع شروط غير عادلة تسهل له إمكانية تنفيذ هذا الالتزام أو التحقيق من حدثه سواء فيما يتعلق بتحديد موعد التسليم أو بمكان وتكاليفه أو فيما يخص تحمل مخاطر نقل المبيع عندما يتطلب تنفيذ العقد ذلك.

ج- الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد:

بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بتكوين العقد والشروط المتعلقة بتنفيذ العقد تضمنت المادة 29 أيضا على شرطين متعلقان بانحلال العقد.

1- حرمان المستهلك من حق الفسخ:

تنص الفقرة السابعة من المادة 29 على "رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته"، يفهم من هذه الفقرة أن الشرط قد حرم المستهلك من حقه في فسخ العقد وذلك في حالة ما لم يقم المحترف بالتزاماته وبالتالي هو شرط تعسفي يؤدي إلى إخلال التوازن العقدي في حق المستهلك[1].

2- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية:

الفقرة التاسعة من المادة 29 تنص على "تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة" تضمنت الفقرة التاسعة طابع تعسفي والمتمثل في تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية في حالة امتناع هذا الأخير عن اللرضوخ لشروط غير متكافئة (تعسفية).

ثانيا- القائمة المنصوص عليها ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم.

طبقا للمادة 30 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية تنص على ما يلي: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، وإلى جانب الشروط الثمانية الواردة في المادة 29 من القانون 04-02 فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يتضمن هو الآخر قائمة باثني عشرة شرطا تعسفيا حيث يتعلق بعضها بـ:

[1] ما يلاحظ أن الفقرة السابعة من المادة 29 جاءت معيبة من الناحية اللغوية باعتبار أن الضمير "هو" وكأنه في غير محله والذي يعود إلى المحترف بالنظر إلى سياق الكلام، الأمر الذي لا توحي به صياغة الكلام التي يفهم منها وكأن الضمير يعود على المستهلك وهو لا ينسجم ومعنى النص.

أ- الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد:

فيما يتمثل بالشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد فقد نصت المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ضمن الفقرتين الثانية والسابعة بشرطين المتماثلان في:

1- تقليص عناصر العقد الأساسية:

تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي على مايلي: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم خلالها العون الاقتصادي بما يأتي تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه"، فيعتبر تعسفا كل شرط مضمونه الإنقاص من العناصر الأساسية والمتعلقة بما جاءت به المادة الثالثة من المرسوم وهي كالآتي:

- خصوصيات السلع أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كيفيات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.
- كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

2- فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد:

من خلال الفقرة السابعة من المادة 05 من المرسوم التنفيذي[1] رقم 06-306 التي تنص كالتالي: "فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد" أي في حالة جهل

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، المذكور سابقا.

المستهلك بوجود شروط تعسفية في العقد لحظة انعقاده، فهذه الأخيرة تعد شروط باطلة ومخالفة للعدالة.

ب- الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد:

ذكرت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ثمانية شروط تعسفية واردة ضمن الفقرات الثالثة والخامسة، ومن الفقرة الثامنة والسابعة، العاشرة إلى غاية الثالثة عشر.

1- تعديل العقد أو فسخه دون تعويض للمستهلك، ويكون بصفة منفردة.

2- التخلي عن مسؤوليته (العون الاقتصادي) بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الغير الصحيح لواجباته.

3- احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

4- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته وهذا ما جاءت المادة 183 من ق.م.ج[1].

5- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، وهو ما يتنافى والمبدأ العام الذي يمنع تحميل الشخص ما لم تتجه إرادته الحرة إليه.

6- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

7- إعفاء العون الاقتصادي بنفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطه.

8- تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

---

[1] نصت المادة 183 ق.م.ج أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبيق في الحالة، أحكام المواد 176 إلى 181.

ج- الشرط التعسفي المتعلق بانحلال العقد:

تضمن هذا المرسوم فقرة واحدة تتعلق بانحلال العقد، وهي واردة ضمن الفقرة 4 من المادة 5 والتي تنص كالآتي: "عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع التعويض".

وبالتالي فإن مضمون هذا الشرط هو حرمان المستهلك من حق فسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إلا بتعويض يقدمه للعون الاقتصادي، وهذا التعسف واضح لأن عادة القوة القاهرة تبرئ ذمة المدين في حالة ما أثبتها وبالتالي يعتبر شرط باطل وهذا ما عملت به القواعد العامة، حيث نصت المادة 121 من القانون المدني: "في العقود الملزمة للجانبين، وإذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"[1].

د- الشرط التعسفي المتعلق بممارسة الحقوق القضائية:

تنص الفقرة 6 من المادة 05 من المرسوم السالف الذكر على شرط تعسفي وهو "النص في حالة الخلاف مع المستهلك على التخلي هذا الأخير على اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده".

يتمثل الطابع التعسفي لهذا الشرط في حرمان المستهلك من استعماله لحق التقاضي الذي يعد حق مشروع لا يمكن لأي أحد تجاوزه ولو باتفاق الأطراف

وما تجدر إليه الإشارة بأن المشرع الجزائري باعتماده للقائمة الواردة في القانون رقم 04-02 وفي المرسوم التنفيذي رقم 06-306 فإنه حدد معظم الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها العقود المبرمة بين المستهلكين والمتدخلين.

وأن تحديد الشروط التعسفية في القائمة من شأنه أن يسهل على المستهلك والهيئات التي تمثله كجمعيات حماية المستهلك من معرفة الشروط التعسفية والمطالبة بإلغائها، كما

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الذي سبقت الإشارة إليه.

يسهل للقاضي حل النزاع القائم بين المستهلك والمهني، حيث يكتفي بالرجوع إلى القائمة والنظر إلى الشروط والحكم بوجود شرط تعسفي أولا، إلا أنه يمكن للمهني أن يورد في العقد شروط تعسفية مغايرة لتلك المنصوص عليها في القائمة لهذا قام المشرع بوضع القائمة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر فمثل هذه الحالة يلجأ القاضي إلى القاعدة، والتي تقضي بأن أي شرط يؤدي إلى إخلال العلاقة التعاقدية يعتبر تعسفيا.

المطلب الثاني

الرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشروط التعسفية

رأى المشرع الجزائري ضرورة وجود رقابة إدارية لاتخاذ إجراء وقائي لمنع ظهور الشروط التعسفية و انتشارها دون الإنتظار لوجود نص قانوني يقضي ببطلانها، او صدور حكم قضائي بذلك[1].

لذا سخر عدة آليات لحماية الطرف (الضعيف) المستهلك، وقام بتشكيل أجهزة مخصصة لذلك نشأت بالقانون، والتي تقوم بدور كبير في بسط الرقابة على الشروط التي يتضمنها العقد، فتعتبر لجنة البنود التعسفية(الفرع الأول)، وجمعيات حماية المستهلك(الفرع الثاني) من أهم الأجهزة التي تكفل حق المتعاقد الضعيف من تعسف المتعاقد القوي .

الفرع الأول: رقابة لجنة البنود التعسفية.

تم استحداث لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم06-306 المؤرخ في 10سبتمبر2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و

[1] سليمة أحمد يحياوي ، المرجع السابق، ص 85.

المستهلكين والبنود التعسفية، المعدل والمتمم[1]، وذلك تطبيق للمادة 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم[2].

فلجنة البنود التعسفية ، كما سماها المرسوم التنفيذي،هي هيئة استشارية تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة ويرأسها ممثل هذا الأخير.

وهذا وفقا للمادة 6 للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 والتي تنص: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري تدعى في صلب النص لجنة". وتقوم اللجنة بإعداد نظامها الداخلي ويصادق عليه وزير التجارة بقرار، ولا تعتبر اللجنة هيئة إدارية مستقلة لأنها تابعة لوزارة التجارة هي التي تسير أمانة اللجنة.

أولا- تشكيل لجنة الشروط التعسفية:

بخصوص تشكيلة هذه اللجنة نجد أنه جاء النص عليها في المادة 08 من المرسوم التنفيذي[3] رقم 08-44 المؤرخ في 03فبراير 2008:"تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

-ممثلان (2)عن الوزير المكلف بالتجارة ، مختصان في مجال الممارسات التجارية

-ممثلان (2)عن الوزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود .

-ممثلان (2) عن مجلس المنافسة.

-متعاملان إقتصاديان(2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود .

-ممثلان (2)عن جمعيات حماية المستهلك، مؤهلان في مجال الأعمال والعقود.

---

[1] المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 6 فيفري 2008، الجريدة الرسمية، عدد 7 المؤرخة في 10 فيفري 2008.

[2] تم تعديل القانون رقم 04-02 بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، عدد 46، المؤرخة في 18 أوت 2010.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/03، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، ج.ر، العدد 07، الصادرة في 2008/02/15.

كما يمكن للجنة الإستعانة بآي شخص آخر بوسعه أن يفيد في أعمالها وبالنظر إلى التركيبة التي تشمل عليها اللجنة نجدها تشمل عناصر قضائية ،وعناصر إدارية ومستشارين في مجال العقود أو القانون ، وعناصر من المجتمع المدني (مستهلكين ومعنيين)أي تشمل كافة أصناف المتعاملين.

وهذا ما يبرز أهمية هذه اللجنة و الدور الذي يمكن أن تلعبه للحد من الشروط التعسفية[1].

ثانيا - انعقاد اللجنة.

يتم تحديد أعضاء اللجنة من قبل الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية، وهذا ما جاءت به المادة 09من نفس المرسوم:"تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية، يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، تنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها".

تنعقد اللجنة انعقاد صحيحا بحضور نصف الأعضاء على الأقل، ومع ذلك للجنة أن تجتمع بعد 8 أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثاني حتى وإن لم يكن قد بلغ النصاب مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، وتتخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات يؤخذ بعين الاعتبار صوت الرئيس.

على الأطراف الحضور الدائم لاجتماعات اللجنة وفي حالة الانقطاع النهائي لأحد الأعضاء فيتم استبداله بعضو جديد وبنفس الأشكال كما يتابع هذا الأخير مهام العضو المستخلف إلى غاية انتهاء العهدة.

يتم إخطار اللجنة من تلقاء نفسها أو من وزير مكلف بالتجارة أو كل إدارة أو جمعية معينة أو جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[2].

وتجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية كما يمكنها الاجتماع للدورة استثنائية وهذا يتم بطلب من رئيسها أو بطلب من نص الأعضاء على الأقل.

---

[1] سليمة يحياوي، المرجع السابق، ص86.

[2] المادة 11 من المرسوم التنفيذي، رقم 06-306.

ثالثا - دور لجنة البنود التعسفية.

حدد المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مهام لجنة البنود التعسفية لكن ليس على سبيل الحصر بل حدد المهام الرئيسية للجنة باستعمال عبارة "لاسيما" في المادة 7 من المرسوم: "تكلف اللجنة، لاسيما بالمهام الآتية...".

البحث في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، تقوم بصياغة توصيات تبلغها إلى وزير التجارة والمؤسسات المعنية. وهذا ما أكدته المادة 12 من نفس المرسوم حيث أن اللجنة تقوم بإعداد تقرير نشاط كل سنة يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه كل وسيلة ملائمة ويتضمن التقرير كل الدراسات والخبرات التي قامت بها وكذلك كل التوصيات التي أرسلت إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى المؤسسات المعنية حول الطابع التعسفي لبعض العقود.

كما تكلف لجنة البنود التعسفية بالقيام بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، ومباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها[1].

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية.

لما أصبحت حماية المستهلك من اهتمامات غالبية الدول، وكذا المنظمات الدولية لأنها أصبحت ضرورة ملحة، الأمر الذي دفع المشرع من أن يقوم بإنشاء مبدأ حرية الجمعيات في جميع المجالات[2]، بما فيه مجال حماية المستهلك، وإعطاء الصفة القانونية لتمثيل والدفاع عن مصالح وحقوق المستهلكين أمام العدالة.

---

[1] البند 2 و3 من المادة 7 من مرسوم التنفيذي 06-306.

ونلاحظ أن لجنة البنود التعسفية تقوم في الأساس بالبحث والتحري عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المعنيون على المستهلكين ذات طابع تعسفي أم لا، حيث اعترف المشرع منذ البداية بمهمة اللجنة والمتمثلة في البحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في عقود الاستهلاك، وذلك من خلال المادة 7 من نفس المرسوم.

[2] تنص المادة 41 من دستور 28 نوفمبر 1996 "حرية تسيير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمون المواطنين"، كما نصت أيضا المادة 43 منه "حق إنشاء الجمعيات مضمون يشجع الدولة وازدهار الحركات الجمعية، يحدد القانون شروط

قام المشرع بتعريف جمعية حماية المستهلك ضمن القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 21 منه: "جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله"[1].

كما أعطى المشرع بموجب المادة 01/65 من قانون 04-02، لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02.

وإعطائها الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلكين (المادة 2/65) منه[2].

وتكمن أهمية هذه الدعوى في أنها تعطي للجمعية، حق التدخل في الدعوى وتمنح القاضي إمكانية رقابة خاصية التعسف في الشروط العقدية.

إضافة إلى ذلك أنها تؤدي إلى تحسين وضع المستهلك الذي يرفع دعوى أمام القضاء، فالدعاوى الفردية تكون مقيدة وغير مشجعة بالنسبة للمستهلك وذلك لعدة أسباب أهمها المركز الاقتصادي المالي والتقني الذي يجعل المهني في موقع قوي يمكنه من مواصلة السير في الدعوى الأمر الذي يجعل المستهلك متردد وحتى يستطيع أن يتنازل عن المطالبة بحقه وذلك لمعرفته بقوة ونفوذ المتدخل، بالإضافة إلى أعباء الدعوى وما سيتحمله المستهلك من نفقات ومصاريف ووقت ضائع قد يكون أكبر بكثير من قيمة المصلحة

وكيفيات إنشاء الجمعيات"ن وتخضع الجمعيات في تكوينها وسيرها إلى القانون 31/90 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية عدد 53 الصادرة 1990.

[1] طبقا للتحصيل الميداني الذي قامت به وزارة التجارة فقد أحصت وجود أزيد من 210 جمعية تخول لها صلاحية الدفاع عن حقوق المستهلك وهي موزعة على كافة التراب الوطني.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص151.

موضوع الحماية، كما أن تعدد الدعاوي الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة، ويؤخذ كذلك إقامة قضاء مستقر من ناحية أخرى[1].

وبالتالي فإن جمعيات حماية المستهلكين بإضافة إلى دورها في إطار التحسيس والتوعية والإعلام، وتمثيل المستهلكين، والدفاع عنهم، فهي تقوم بأي تصرف يمكن أن يصدر من المستهلك كالخبرات المرتبطة بالاستهلاك وذلك على مسؤوليتها ونفقاتها، مما يؤدي إلى تفعيل الرقابة القضائية بممارسة البحث والتحري حول الجرائم والمخالفات التي يحكمها قانون المستهلك[2].

لهذه الأسباب كانت جمعيات حماية المستهلكين خير وسيلة لتمثيل المستهلك من أجل دعاوي إبطال الشروط التعسفية أمام القضاء.

وذلك لما تملكه من إمكانيات مادية وبشرية لمباشرة الدعاوى القضائية وتحمل التكاليف وطول الإجراءات.

---

[1] أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص264.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص159.

المبحث الثاني

القواعد الخاصة الواردة في قانون التأمين لمحاربة الشروط التعسفية

لما كان عقد التأمين من عقود الإذعان، نظرا لما لشركات التأمين من قوة اقتصادية ضخمة، تمكنها من فرض نموذج العقد الذي تنفرد بإعداد شروطه وتفصيلاته، وتطبعه في صورة وثيقة تعرضها بالشكل عام للكافة، ولا ترتضي فيها تبديل أو تعديل أو مناقشة، بحيث أن الراغب في التأمين تقتصر حريته على اختيار المؤمن فحسب، أما الخيارات الأخرى تتضاءل إلى مجرد القبول أو الرفض، دون أن تلعب الإرادة أي دور في تحديد محتوى العلاقة التأمينية، وهو ما يساهم في الإخلال بالتوازن بين الطرفين ويهدد المبدأ حرية الإرادة الذي يجب أن يهيمن على العقود. من هنا جاءت ضرورة تتدخل المشرع لحماية المؤمن له من ممارسات شركات التأمين والشروط القاسية التي تفرض عليه، لذا خول لأجهزة مختلفة ممارسة الرقابة على هذه الشروط (التعسفية)، أجهزة الرقابة الإدارية **(المطلب الأول)**، وأجهزة استشارية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أجهزة الرقابة الإدارية

نظرا لتعسف شركات التأمين في عقد التأمين ولحماية الطرف الضعيف (المؤمن له) في هذه العلاقة التعاقدية، قام المشرع بتنظيم عدة هيئات من أجل القيام بالرقابة والتي تمارس من قبل أجهزة إدارية قد تنتمي إلى السلطة التنفيذية المتمثلة في الوزارة المالية **(الفرع الأول)**، وإلى هيئة إدارية أخرى والمتمثلة في لجنة الإشراف على التأمينات **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الوزارة المالية.

تمارس الوزارة المالية رقابتها على نشاط شركات التأمين من خلال مديرية التأمينات التي أنشئت عند إعادة تنظيم الوزارة المالية، حيث تضمن هذه الأخيرة رقابة الدولة على

قطاع التأمين وقد تم إنشاؤها بموجب المادة 209 من الأمر 95-07. وتتكون مديرية التأمينات من مديريات فرعية، والمتمثلة في:

أولا- المديرية الفرعية للتنظيم:

تقوم المديرية الفرعية للتنظيم بدراسة الشروط العامة والخاصة لعقود التأمين، وبصفة عامة كل وثيقة موجهة للتسوق والتوزيع على جمع المؤمن لهم، كما تسعى لتسيير المنازعات مجال التأمين، ودراسة العقود العامة المبرمة بين شركات التأمين وزبائنها[1].

ثانيا- المديرية الفرعية للمراقبة:

يتمثل مهام المديرية الفرعية للمراقبة فيما يلي:

- السهر على قانونية عمليات التأمين و/أو إعادة التأمين.
- القيام بعمليات الرقابة والتحقيق في الميدان حول العمليات المحاسبية والمالية لشركات التأمين وتعاونيات ووسطاء التأمين وإعادة التأمين.
- تلخيص تقارير والمحاضر وإرسالها إلى الهيئات المعنية,
- متابعة وتسيير مختلف صناديق التعويضات[2].

ثالثا- المديرية الفرعية للمتابعة والتحليل:

يتمثل دور المديرية الفرعية للمتابعة والتحليل في:

- القيام بتوحيد وتلخيص وتحليل العمليات المالية والمحاسبية المرسلة من قبل شركات التأمين.
- إعداد التقديرات حول آفاق تطوير الضمانة التأمينية في الجزائر.

---

[1] معوش محمد أمين، دور الرقابة على النشاط التقني في شركات التأمين على الأضرار لتعزيز ملائمتها المالية، دراسة حالة شركات التأمينات الجزائرية، 2A، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص، اقتصاديات التأمين، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2014، ص143-144.

[2] عمريو جويدة، مرجع سابق، ص176.

- دراسة وتقديم التدابير الضرورية لتنفيذ الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمقاييس تسعير المخاطر[1].

الفرع الثاني: لجنة الإشراف على التأمينات:

تمارس لجنة الإشراف على التأمينات رقابتها على عمليات التأمين للتأكد من مشروعيتها ومدى احترام شركات التأمين للنصوص القانونية المنظمة لنشاطها، وذلك لحماية مصالح وحقوق المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين، ونظرا لأهمية لجنة الإشراف على التأمينات فإننا سنتطرق إلى تعريفها وتحديد طبيعتها وتبيان دورها.

أولا- تعريف لجنة الإشراف على التأمينات:

تأسست لجنة الإشراف على التأمينات بموجب القانون رقم 06-04 المعدل لقانون التأمين، تنص المادة 26 منه على ما يلي: "تعدل المادة 209 من الأمر رقم 95.—07 المؤرخ في 1995/01/25 والمذكورة أعلاه، وتحرر كما يلي: المادة 209 "تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة التأمينات.

تمارس رقابة الدولة على نشاط التأمين وإعادة التأمين من طرف لجنة الإشراف على التأمينات المذكورة أعلاه"[2].

وبالتالي فإن لجنة الإشراف على التأمينات هي هيئة رقابة على نشاط التأمين في الجزائر حلت محل الوزير المكلف بالمالية الذي كان يمارس نفس الوظيفة بموجب المادة 209 من الأمر رقم 95-07 التي تنص على "تمارس إدارة الرقابة مراقبة الدولة لنشاط التأمين...ويقصد بإدارة الرقابة، الوزير المكلف بالمالية الذي يتصرف بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات"، ويعد هذا تطور كبير في مجال التأمين، فبعد أن كانت السلطة التنفيذية هي التي تشرف على تنظيم ورقابة نشاط التأمين تم تفويض هيئة أخرى لممارسة نفس المهام

[1] معوش محمد أمين، مرجع سابق، ص144.

[2] أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مرجع سابق.

والمتمثلة في لجنة الإشراف على التأمينات، حيث تسعى هذه الأخيرة إلى تحقيق حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين والسهر على شرعية عمليات التأمين، كما تهدف إلى ترقية السوق الوطنية للتأمين ودمجها في النشاط الاقتصادي والاجتماعي[1].

1- تشكيلة لجنة الإشراف على التأمينات:

تتكون لجنة الإشراف على التأمينات من خمسة أعضاء من بينهم:

- رئيس اللجنة؛
- قاضيين تقترحهما المحكمة العليا؛
- ممثل عن وزير المالية؛
- خبير في مجال التأمينات.

يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي وبناء على اقتراح من وزير المالية، و وذلك لممارسة رقابة الدولة على نشاط التأمين وإعادة التأمين، وتتم هذه الرقابة عن طريق المحافظين المراقبين لمديرية التأمينات بوزارة المالية وعن طريق محلفين ومؤهلين للتحقق من جميع عمليات التأمين انطلاقا من وثائق التأمين المتاحة، وذلك من أجل التحقق من مشروعية شركات التأمين واحترامها للأحكام التشريعية المتعلقة بالتأمين وحرصها على انتظام عمليات النشاط التقني في شركات التأمين[2]، وذلك بهدف حماية مصالح المؤمن لهم باعتبارهم الطرف الضعيف.

ثانيا- الطبيعة القانونية للجنة الإشراف على التأمينات.

تعتبر لجنة الإشراف على التأمينات سلطة إدارية مستقلة أي تتمتع بالسلطة والطابع الإداري والاستقلالية ولذلك يجب التحقق من مصداقية ذلك.

---

[1] إرذيل الكاهنة، "دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين"، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، 2007، يومي 23-24 ماي 2007، ص106.

[2] معوش محمد أمين، مرجع سابق، ص143.

أ- تمتع لجنة الإشراف على التأمينات بالسلطة:

تتخذ لجنة الإشراف على التأمينات قرارات قابلة للتنفيذ في مواجهة أشخاص معينين، فهي تصدر قرارات بالإرادة المنفردة والتي تعتبر معيار للسلطة، وهذا ما أكده الأستاذ زوايمية رشيد عند إقراره بأن لجنة الإشراف على التأمينات هي سلطة لأن اللجنة تتمتع بصلاحيات خاصة بها وزودها القانون بسلطة اتخاذ القرارات في مواجهة الناشطين في سوق التأمين المتمثلة في حماية مصالح المؤمن لهم والسهر على ضمان شرعية عمليات التأمين ويسار شركات التأمين وترقية السوق الوطنية للتأمين، وعليه فعنصر السلطة ينطبق على لجنة الإشراف على التأمينات[1].

ب- لجنة الإشراف على التأمين ذات طابع إداري:

نصت المادة 209 من الأمر المتعلق بالتأمينات بعد تعديلها على ما يلي: "تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية".

ومن خلال المادة يتضح لنا أن المشرع أضفى الطابع الإداري على لجنة الإشراف على التأمينات من حيث كونها تتصرف كإدارة رقابة حيث تحدد طبيعة تصرف هذه الإدارة على أنه يشبه تصرف إدارة الرقابة، كما يبرز الطابع الإداري للجنة من عدة نواحي منها:

- الناحية العضوية: فرغم تشكيلها من قاضيين، إلا أنها لا تعد هيئة قضائية وذلك بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية المنظمة لباقي سلطات الضبط المستقلة.

[1] بوعراب أرزقي، الرقابة على عقود التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 69-70.

- الناحية الوظيفية: كون اختصاصاتها تعود إلى السلطة التنفيذية كما أنها تتمتع عند ممارستها لهذه الوظائف بامتيازات السلطة العامة التي تتميز بها الإدارة أثناء ممارستها لمهامها[1].
- ومن خلال خضوع قراراتها لرقابة القضاء الإداري.

ج- تمتُع لجنة الإشراف على التأمينات بالاستقلالية:

من ناحية استقلالية لجنة الإشراف على التأمينات، نلاحظ أن المشرع اكتفى بالنص أنها تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات، وبالتالي فالسؤال المطروح هل تعتبر لجنة الإشراف سلطة إدارية مستقلة أم لا؟[2].

تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بنوع من الاستقلالية في اتخاذها لقراراتها، حيث تتخذ قرارات تعود في الأصل إلى السلطة التنفيذية دون أخذ رأي مسبق من قبل هذه الأخيرة، وباعتبار أن لجنة الإشراف على التأمينات لا تتلقى أي تعليمات عند تأدية مهامها سواء من قبل الحكومة أو من قبل السلطة التنفيذية فهي لا تخضع لأي سلطة رئاسية ولا لوصاية إدارية من طرف السلطة التنفيذية ، ولا يمكن مراجعة قراراتها، تعديلها ولا إلغائها من قبل سلطة غير قضائية[3].

أما من الناحية العضوية فتعتبر غير مستقلة، وذلك راجع لتشكيلة اللجنة فهي تتشكل من قاضيين وممثل من وزير المالية، وخبير في ميدان التأمينات، أي تغلب الطابع القضائي ويزداد عدم استقلالية هذه اللجنة في عدم تحديد صفة الرئيس حيث يتعين هذا الأخير بموجب مرسوم رئاسي بناءا على اقتراح من الوزير المكلف بالمالية، أما القاضيين فبموجب مرسوم رئاسي بعد اقتراح من المحكمة العليا، ونفس الوضع بالنسبة لممثل الوزير المكلف

---

(1) فارح عائشة، المركز القانوني للجنة الإشراف على التأمينات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009، ص 25-28.

(2) Zaouimia Rachid, le statut juridique de la commission de supervision des assurances, revue IDARA, 2006, N°1, p10.

(3) فارح عائشة، مرجع سابق، ص49-52.

بالمالية والخبير، هذا ما يؤكد احتكار السلطة التنفيذية لسلطة التعيين، وهو ما يقلل من استقلالية لجنة الإشراف على التأمينات.

أما من الناحية الوظيفية فتعتبر اللجنة غير مستقلة، ويتضح ذلك في كونها لا يمكن أن تتخذ إجراءات فيما يتعلق بالحصول على رخصة لفتح اعتماد شركة التأمين وإعادة التأمين أو أحد فروعها.

وبالتالي تعتبر لجنة الإشراف على التأمينات سلطة إدارية، إنما استقلاليتها نسبية لأنها تتوافر أحيانا على معايير السلطة الإدارية المستقلة وتتنافى أحيانا مع هذه المعايير[1].

ثالثا - دور لجنة الإشراف على التأمينات.

تعد الرقابة على وثائق وتعريفات التأمين أهم رقابة تقوم بها لجنة الإشراف على التأمينات، ذلك لما توفره من حماية للطرف الضعيف ورقابة مدى شرعية وثائق التأمين المتعامل بها، كما تراقب مدى احترام شركات التأمين للتعريفات الإلزامية والتعريفات الاختيارية المعدة من قبل شركات التأمين.

أ - مراقبة وثائق التأمين:

تقوم لجنة الإشراف على التأمينات بمهمة فحص مدى توفر الشروط العامة لوثائق التأمين أو أية وثيقة أخرى حتى تتسنى لها منح أو رفض التأشيرة، وتقوم بفحص كل الوثائق ذات الطابع التجاري قبل توجيهها للجمهور.

1 - مراقبة الشروط العامة لوثائق التأمين:

تتضمن وثيقة التأمين شروط عامة تعد مسبقا من طرف المتخصصين في المجال لصالح المؤمن ليعرضها على المؤمن له (الطرف الضعيف)، الأمر الذي دفع المشرع لحماية الطرف الضعيف فجاء بالمادة 277 من الأمر 95-07 أن الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها تخضع لتأشيرة إدارة الرقابة وهي لجنة الإشراف على

[1] إرزيل الكاهنة، مرع سابق، ص 112-113.

التأمينات والتي لها مهلة 45 يوم من الطلب للرد، وإذا لم ترد خلال هذا الأجل تعتبر التأشيرة مكتسبة[1].

2- مراقبة الوثائق التجارية الموجهة للجمهور:

تقوم لجنة الإشراف على التأمينات برقابة كل الوثائق التجارية الموجهة للجمهور من قبل شركات التأمين أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية، كما يحق لها أن تطالب بتعديلها في أي وقت، طبقا للمادة 227 فقرة 3 من الأمر المتعلق بالتأمينات، ذلك من أجل ضمان شفافية العمليات التي تقوم بها شركات التأمين[2].

ب- مراقبة تعريفات التأمين:

تتم عملية مراقبة تعريفات التأمين من قبل لجنة الإشراف على التأمينات.

تختلف التعريفات المطبقة في عقود التأمين باختلاف أصناف التأمينات، فالتعريفات المطبقة في التأمين الإلزامي ليست هي المطبقة في التأمين الاختياري.

ففي التأمينات الإلزامية تقوم إدارة الرقابة (لجنة الإشراف على التأمينات) طبقا لنص المادة 209 من الأمر السابق الذكر بتحديد التعريفة أو المقاييس الخاصة بها باقتراح من الجهاز المختص في ميدان التعريف بعد إبداء رأي المجلس الوطني للتأمينات[3].

وفي التأمينات الاختيارية تتولى لجنة الإشراف على التأمينات مراقبة مشاريع التعريفات التي تعدها شركات التأمين، قبل الشروع في تطبيقها إذ يمكن لها أن تقوم بتعديلها في أي وقت كان، وهذا حسب نص المادة 234 من الأمر المتعلق بالتأمينات، كما تملك السلطة التقديرية في تحديد المعدلات القصوى للعمولات المدفوعة للوسطاء حيث تنص المادة

---

[1] حابت آمال، دور لجنة الإشراف على التأمينات في اكتشاف المخالفات (سلطة الرقابة للجنة الإشراف على التأمينات)، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، أيام 23-24 ماي 2007، ص134-146.

[2] نفس المرجع، ص 137.

[3] المادة 233 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مرجع سابق.

235 من نفس الأمر على أنه: "يجوز لإدارة الرقابة أن تحدد المعدلات القصوى للعمولات المدفوعة لوسطاء التأمين"[1].

المطلب الثاني

الأجهزة الاستشارية

تتمثل الأجهزة الاستشارية المكلفة بالرقابة على شركات التأمين في المجلس الوطني للتأمينات (الفرع الأول) والمكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المجلس الوطني للتأمينات (CNA).

للتعرف على المجلس الوطني للتأمينات سنتطرق إلى النقاط التالية: تعريفه والأهداف التي يسعى لتحقيقها، كيفية تنظيمه وأخيرا تبيان صلاحيته.

أولا- تعريفه المجلس وأهدافه.

1- تعريف المجلس:

تأسس المجلس الوطني للتأمينات في 25 جانفي 1995، بموجب الأمر (95-07)، نصت عليه المادة 274 المتعلق بالتأمينات، يمثل المكان الأنسب للتشاور حول المسائل المتعلقة بوضعية التأمين وطرح الحلول المناسبة لتنظيمه وتطويره[2]. يرأسه وزير المالية، يتشكل المجلس من:

- ممثلي المؤمنين والوسطاء؛
- ممثلي المؤمن لهم؛
- ممثلي الدولة؛
- ممثلي مستخدمي القطاع؛

---

[1] الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم.

[2] Ben Bouabdelah, Abdlhakim rétrospective, état des lieux perspective, revu de l'assurance, éditée par le conseil national des assurances, N° 3, 1er semestre, Juillet 2013, p5-7.

- ممثلي الخبراء في التأمين.

ويعتبر مركزا للوثائق والمعلومات لكل من يحاول الإطلاع على هذا القطاع، كما يعد مركزا للبحث في تنمية وتطوير قطاع التأمين[1].

2- أهداف المجلس:

تتمثل أهداف المجلس الوطني للتأمينات فيما يلي:

- التوازن ما بين حقوق والتزامات طرفي العقد.
- السهر على مردودية الأموال المجمعة.
- السير الحسن لمختلف شركات التأمين.
- المساهمة في توجيه وتطوير سوق التأمين في الجزائر.
- المساهمة في إعداد النصوص التنظيمية.
- تحسين شروط مهام شركات التأمين وإعادة التأمين.
- وضع تسعيرات التأمين مطابق للسوق الجزائرية.
- التنسيق في مجال الأسواق الدولية حتى يساهم في توازن ميزان المدفوعات ويحفز التبادل ما بين شركات التأمين.
- إنشاء مركز للبحث يقوم بدراسات إستراتيجية من أجل تطوير نظام التأمين[2].

ثانيا- تنظيم المجلس:

توجد في المجلس الوطني للتأمين لجنة تدعى "لجنة الاعتماد" التي تبدي رأيها في كل ما يتعلق في منح اعتماد أو سحبه، وبإمكانها أن تضم في تشكيلتها أعضاء لا ينتمون إلى

---

[1] هدى بن محمد، تحليل ملائمة ومردودية شركات التأمين، دراسة حالة الشركة الجزائرية للتأمينات (CAAT) مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005، ص40.

[2] يحياوي سفيان، نظام المحاسبة وطبيعة العمل المالي والمحاسبي في شركات التأمين، دراسة حالة الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي CRMA بالبويرة، مذكرة تدخل ضمن متطلبات لنيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبة وتدقيق، كلية الحقوق، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، بالبويرة، 2015، ص39.

المجلس الوطني للتأمين، يتم تحديد الوزير المكلف بالمالية بقرار تشكيلة لجنة الاعتماد وتنظيمها وعملها، يرأسها مدير التأمين في الوزارة المكلفة بالمالية[1].

وتحدث داخل المجلس هيئة دائمة تدعى "لجنة التعريفة"[2] يتمثل دورها الرقابي في حماية مصالح المؤمن لهم، من خلال دراسة التعريفات المعمول بها وإبداء رأيها بشأن التعريفات الإلزامية التي يفرضها الوزير المكلف بالمالية.

أما بالنسبة لتشكيلة هذه اللجنة فهي تتشكل من أخصائيين في قطاع التأمين وعلم الإحصائيات والعلوم الاقتصادية، وطبقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 95-339 المتضمن صلاحيات المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وتنظيمه وعمله أن يقوم المجلس بإنشاء عدة لجنات تقنية أخرى، منها لجنة تنمية وتنظيم السوق[3] وتتمثل مهمة هذه اللجنة في إبداء الرأي والتوصيات فيما يخص تنظيم سوق التأمينات وترقية التفكير في الطرق والوسائل الكفيلة بتحسين تنظيم سوق التأمينات وعمله سواء بالنسبة لشركات التأمين وإعادة التأمين أو بالنسبة لوسطاء التأمين،[4] وبالإضافة للجنة القانونية[5]، فهي مكلفة بفحص كل نص قانوني أو تنظيمي يحكم نشاط التأمين وإبداء الرأي فيه، وتقديم التوصيات التي تهدف إلى تحسين وتحديث التشريع والتنظيم المتعلقين بالتأمينات[6].

---

(1) المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 95-339 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن صلاحيات المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وعمله، ج.ر.ج.ج، عدد 65، الصادر في 31 أكتوبر 1995، معدل ومتتم بالمرسوم التنفيذي رقم 07-137 المؤرخ في 19 ماي 2007، جريدة رسمية، عدد 33 المؤرخ في 20 ماي 2007.

(2) المادتين 2 و3 من القرار المؤرخ في 11 جوان 1996، يتضمن إنشاء لجنة التعريفة واختصاصاتها وتكوينها وتنظيمها وعملها، جريدة رسمية، ج.ج، عدد 90 الصادرة في 2 ديسمبر 1998.

(3) قرار وزير المالية المؤرخ في 3 نوفمبر 1998 المتضمن إنشاء لجنة "تنمية وتنظيم السوق"، التابعة للمجلس الوطني للتأمين وتشكليها وتنظيمها وعملها، جريدة رسمية، ج.ج.، عدد 90، صادر في 2 ديسمبر، 1998.

(4) المادتين 2، 3 من نفس القرار .

(5) قرار وزير المالية المؤرخ في 03 نوفمبر 1998، المتضمن إنشاء لجنة "اللجنة القانونية"، تابعة لمجلس الوطني للتأمين وتشكيلها وتنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج، عدد90، الصادر في 02 ديسمبر 1998.

(6) المادتين، 2 و3، المرجع السابق.

ثالثا - صلاحيات المجلس.

لقد كُلّف المجلس الوطني بعدة صلاحيات نذكر منها:

1- التداول في جميع المسائل المتعلقة بجميع أوجه نشاط التأمين وإعادة التأمين وفي المسائل الخاصة بالمتعاملين الذين يتدخلون في هذا المجال.

2- إمكانية تقديم اقتراحات للوزير المكلف بالمالية، والتي تهدف إلى وضع الإجراءات الكفيلة بترشيد نشاط التأمين وترقيته.

3- ويمكن للمجلس أن يقترح كل الإجراءات المتعلقة بما يلي:

- القواعد التقنية والمالية إلزامية إلى تحسين الظروف العامة لعمل شركات التأمين وإعادة التأمين، وظروف الوسطاء.
- الشروط العامة لعقود التأمينات والتعريفات.
- تنظيم الوقاية من الأخطار[1].

ولأداء مهامه، يجتمع المجلس الوطني للتأمين في دوره واحدة على الأقل في السنة، حيث يتعين تسجيل التوصيات المصادف عليها خلال كل دورة في محضر ويرسله للوزير المكلف بالمالية، ويعد تقرير سنويا عن الوضع العام لقطاع التأمين ويرسله إلى الوزير الأول عن طريق الوزير المكلف بالمالية، ويتم تمويل المجلس من طرفا شركات ووسطاء التأمين[2].

الفرع الثاني: المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين.

تم إنشاء الجهاز المتخصص بالتعريفة في مجال التأمينات بموجب المادة 231 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على ما يلي: " يحدث لدى الوزير المكلف بالمالية جهاز متخصصين في مجال التعريفات". وللتعرف على هذا الجهاز سنقوم بدراسة تشكيلته (أولا) وتبيان سيره (ثانيا).

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 95-339، مرجع سابق.

[2] بوعراب أرزقي، مرجع سابق، ص78.

أولا- تشكيل المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين:

يتشكل المكتب من خمسة أعضاء من بينهم الرئيس وكل من:

- ممثل وزير المالية، وهو الذي يرأس المكتب؛
- ممثل واحد عن وزارة التجارة؛
- ممثلان اثنان عن جمعية شركات التأمين وإعادة التأمين؛
- خبير تأمينات واحد يعينه وزير المالية.

تتم عملية تعيين أعضاء المكتب بقرار وزير المالية بناء على اقتراح السلطة التي ينتمون إليها لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، كما يمكن للرئيس المكتب أن يستعين بأي شخص من شأنه وبحكم كفاءته مساعدة المكتب في القيام بمهامه[1].

ثانيا- سير المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين:

يجتمع المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين في دورة عادية مرتين في السنة وذلك بناءا على استدعاء من رئيسه، كما يمكن أن يجتمع في دوره غير عادية بناءا على استدعاء رئيسه أو بطلب من ثلاثة أعضائه.

يتم إرسال محاضرة مداولات المكتب إلى وزير المالية للموافقة عليها خلال الشهر الموالي للاجتماع، وتصبح نافذة خلال شهر بعد إرسالها للوزير إلا في حالة رفض الوزير بها[2].

---

[1] عمريو جويدة، مرجع سابق، ص 252.

[2] نفس المرجع، ص 253.

خاتمة

خاتمة:

إن عقد الإذعان هو عقد من العقود التي لا يتساوى فيها أطراف العقد من حيث القوة والتأثير سواء بشكل مباشر أو غير مباشر على العقد، وبما أن عقد التأمين هو عقد إذعان فينطبق عليه نفس القول، وتعود هذه الاختلافات إلى الشروط التعسفية الواردة في العقد.

ولأن المتضرر الوحيد من عقد التأمين أو بمعنى آخر من الشروط التعسفية الواردة في العقد هو مستهلك التأمين، أو المؤمن له، ومن حق هذا الأخير الحصول على حماية تقيه من الأضرار التي تحدثها الشروط التعسفية، ولتوفير هذه الحماية لابد من إحداث توازن بين طرفي العقد وما يسمى بالتوازن العقدي وذلك بإبعاد كافة الشروط التعسفية من العقد.

ونلاحظ من خلال تعريفنا للشرط التعسفي أن المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي اعتمدا نفس التعريف، مع العلم أن المشرع الفرنسي كان في السابق قد أخذ بمعياري التعسف في النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة وذلك ما جاء في قانون 78-23 المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية حيث ان المشرع الفرنسي قام بالتضييق من نطاق الحماية من الشروط التعسفية حيث صخرها للمستهلك دون المعني، على عكس المشرع الجزائري الذي وسع من نطاق الحماية ليشمل المستهلك والعون الاقتصادي أو المهني ونظمها في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ولمكافحة الشروط التعسفية لابد من تحديدها تحديدا دقيقا، فنضمها المشرع الجزائري في القانون 04_02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، كما نضمها المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي والتعليمة الأوروبية لسنة 1993.

أما بالنسبة للقانون العام فقد تكفل القانون المدني في مادته 622 بتحديد الشروط التعسفية الواردة في عقد التأمين أو الشروط التي تعتبر باطلة إذا وردت في عقد التأمين، ومن خلال هذه المادة نجد أن هناك شروط باطلة بسبب موضوعها وأخرى باطلة بسبب شكلها وهذا ما لاحظناه من خلال دراسة المادة 622 من القانون المدني حيث فصلنا في هذه الشروط وشرحناها في موضوعنا هذا.

وبوجود كل هذه الأنواع من الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان بصفة عامة وعقد التأمين بصفة خاصة، استلزم تدخل المشرع لوضع حد لهذه الشروط التي تعتبر تجاوزات خطيرة في حق المؤمن له مستهلكي التأمين، حيث وضع آليات ووسائل اختلفت وتنوعت بين الرقابة القانونية على الشروط التعسفية وكذا الرقابة الإدارية فالرقابة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محددة للشروط التي تحمل وصف التعسف، أخذ بها المشرع الجزائري مستوحيا هذه الرقابة من المشرع الألماني، وتتمثل أيضا في منح سلطة للقاضي لتعديل هذه الشروط أو إلغائها.

أما الرقابة الإدارية فتمثلت في إنشاء لجنة الشروط التعسفية وجمعيات حماية المستهلك، تختص هذه الهيئات والأجهزة بدراسة الشروط المعروضة عادة من قبل المهنيين والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا.

كما تظهر الفعالية أيضا من خلال فرض رقابة الدولة بصفتها السيادية على نشاط التأمين للحفاظ على مصالح المؤمن لهم، فقد استحدث المشرع الجزائري آليات لضبط وتنظيم قطاع التأمين عن طريق مجموعة من الأجهزة الإدارية والاستشارية، وذلك بموجب الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 06-04، حيث تهدف هذه الآليات إلى حماية حقوق وأموال المؤمن لهم، كما جعل المشرع هذه الرقابة شاملة ودائمة تبدأ قبل إبرام العقد حيث لا يمكن لشركات التأمين ممارسة نشاط التأمين إلا بعد الحصول على اعتماد من

الوزير المكلف بالمالية الذي يملك السلطة التقديرية لمنحه من عدمه، وتستمر الرقابة أثناء تنفيذ العقد من خلال ضمان قدرة شركات التأمين على الوفاء في أي وقت.

ونستنتج أن المشرع الجزائري قد عمل على محاربة الشروط التعسفية الواردة في العقود ووفق إلى حد ما وسار في الطريق الصحيح، ولكن الوسائل والآليات والطرق المستعملة غير كافية لمسايرة التطور الاقتصادي الرهيب الذي يشهده عصرنا، فعلى المشرع إيجاد آليات ووسائل أخرى للتخلص نهائيا من هذه الشروط التي تخل بتوازن العقد وتفقده المصداقية والشفافية.

وهذا الأمر يبدو واضحا على الأقل من الناحية النظرية أما من الناحية العملية فإن الزمن كفيل بتوعية المستهلكين بأن ليس عليهم الإذعان لتلك الشروط والاعتقاد بمشروعيتها وإنما عليهم التصدي بجميع الوسائل القانونية المتاحة بصفة فردية أو جماعية.

وعليه أردنا اقتراح بغض الحلول التي يمكن أن تساهم في القضاء على هذه الشروط بكافة أنواعها، وذلك في السماح بإنشاء جمعيات حماية المستهلكين التي تعتبر قليلة مقارنة بالمشاكل الكثيرة المطروحة في هذا المجال.

ويكون دور الجمعيات بقيامها بالدور الوقائي وذلك لحماية سلامة وصحة المستهلك من الممارسات التي تشكل خطرا عليه في ظل غياب الوعي الاستهلاكي لدى جمهور المستهلكين، وعلى هذه الجمعيات السعي للارتقاء للمستوى الاستهلاكي بما يتناسب مع مقتضيات الحياة وتعريف المستهلكين بحقوقهم، وذلك باستعمال وسائل الإعلام المختلفة وتنظيم المحاضرات، تعليق الملصقات والمطبوعات حتى تكون على اتصال مباشر مع المستهلك، كما لا يجب أن يقف دور الجمعيات على توعية المستهلك فقط بل أن يصلوا إلى أصحاب القرار.

ويمكن استعمال الدعاية المضادة كوسيلة للحد من الشروط التعسفية، وذلك لأن المستهلك يكون عرضة للدعاية الفادحة وخاصة مع تقدم فن الإعلان والدعاية، ويمكن للجمعيات بالقيام بالدعاية المضادة عبر الوسائل العامة ولها الحق في التعبير حيث يكفل دستوريا هذا الحق ولضمان حماية فعلية من الشروط التعسفية يجب تفعيل كافة الوسائل القانونية منها المتضمنة في القواعد العامة في كافة مراحل التعاقد إلى جانب القواعد الخاصة والتي جاءت كتتويج للتطور الحاصل في كافة المجالات لتجعل المستهلك في نفس الكفة مع المهني وذلك بفرض التزامات جديدة على عاتق المهني.

كما يجب أيضا تفعيل الرقابة القانونية من خلال المراسيم التنظيمية، فلا نجد إلى حد الساعة الأمرالا مرسوم تنفيذي واحد وهو المرسوم 06-306 المتضمن للشروط التعسفية وهذا غير كافي.

إضافة إلى دور الرقابة الإدارية التي أهملت من خلال عدم تجسيد لجنة البنود التعسفية على أرض الواقع إلى يومنا هذا.

وكوسيلة أخرى يمكن اللجوء إلى المقاطعة، وهي وسيلة جد رادعة كونها تؤثر بشكل فعال على الناحية الاقتصادية والمالية للمهنيين، وذلك بمقاطعة الخدمات المقدمة من المهنيين وتعتبر هذه الوسيلة كحل أمثل للتصدي للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان بصفة عامة أو عقد التأمين بصفة خاصة.

وأخيرا يجب على كل عناصر المجتمع المشاركة في محاربة هذه الظاهرة حيث لا تقتصر على المشرع وحده.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع:

القرآن الكريم:

- سورة البقرة الآية 125.

أولا- باللغة العربية:

أ- الكتب:

1- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1983.

2- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

3- أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني المهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

4- أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتاب القانونية، مصر 2013.

5- بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، عقد التأمين، الجزء الثاني، طبعة 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

6- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007.

7- جمال حكيم، عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية، الجزء الأول، دار المعارف، مصر، 1965.

8- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، الطبعة1، سنة 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

9- رمضان علي السيد السرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004.

10- سالم رشدي سيد، التأمين، المبادئ والأسس والنظريات، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

11- سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2011.

12- عبد الرزاق السنهوري، المتوسط في شرح القانون المدني، عقود الغرر وعقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، الجزء السابع، المجلد الثاني، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2004.

13- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1988.

14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص1139.

15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مسار الالتزام، المجلد الأول، الطبعة3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000.

16- عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة خيرة، الجزائر، 1992.

17- عبد السلام بن رمضان، مزايا وعيوب التحكيم وموقف دول العالم الثالث منه، مجلة التحكيم والقانون الخليجي البحرين، العدد الثامن، أبريل 2008.

18- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد من قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر 1974.

19- علي فيلالي، الالتزامات (للبنظرية العامة لعقد)، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة النشر.

20- علي محمد جعفر، المبادئ الأساسية في قانون العقوبات الاقتصادي وحماية المستهلك، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.

21- غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة 1975، دار الفكر العربي.

22- فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين، قواعده، أسسه الفنية والمبادئ العامة لعقد التأمين، الطبعة الثانية، مكتبة دار القلم، الإسكندرية، 2001.

23- محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن.

24- محمد إبراهمي بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، دبي 1998.

25- محمد إبراهيم جلال، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

26- محمد إبراهيم هلال، التأمين دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 1994.

27- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، طبعة 2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

28- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص459.

29- محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، دراسة في عقد التأمين البري، الطبعة 1، سنة 1979-1980، دار الفكر العربي، مصر.

30- محمد صبري العيدي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدي، الجزائر، 1992.

31- مصطفى محمد جمال، الوسيط في التأمينات الاجتماعية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1984.

32- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية والأدبية، 2011.

33- نزهة خلادي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية.

ب- المعاجم:

1- بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، 1997.

ج- الأطروحات والمذكرات الجامعية:

ج-1- الأطروحات:

1- حميد بن شتيني، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1990.

2- عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015.

3- عمريو جويدة، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، جامعة الجزائر، 2014.

ج-2-المذكرات الجامعية:

1-سلمية بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.

2-محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، 2007-2008.

3-وهيبة همشاوي، حمودة نجوة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

4-حسن قرباس، النظام القانوني لعقد التأمين على الأشياء ضد الحريق، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قي القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

5-رفيقة بوبكر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكر لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيجل، 2008.

6-نور الدين ابن الشيخ، شروط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1986.

7-محمد أمين معوش،، دور الرقابة على النشط التقني في شركات التأمين على الأضرار لتعزيز ملائمتها المالية، دارسة حالة شركات التأمين الجزائرية، 2A، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات التأمين، جامعة فرحات عباس، سطيف 2014.

8- أرزقي بوعراب، الرقابة على عقود التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

9- عائشة فارح، المركز القانوني للجنة الإشراف على التأمينات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون العام. تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2009.

10- هدى بن محمد، تحليل ملائمة ومردودية شركات التأمين، دراسة حالة الشركة الجزائرية للتأمينات (CAAT)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005.

11- سفيان يحياوي، نظام المحاسبة وطبيعة العمل المالي والمحاسبي في شركات التأمين، دراسة حالة الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي CRMA بالبويرة، مذكرة تدخل ضمن متطلبات لنيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبة وتدقيق، كلية الحقوق، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، بالبويرة، 2015.

12- سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر.

13- راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر5، كلية الحقوق 2010-2011.

د - المقالات:

1- أحمد رباحي، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون والمقارن"، مجلة اقتصاديات إفريقيا، جامعة الشلف، العدد 5، جانفي، 2008.

هـ - المداخلات:

1- إرزيل الكاهنة، "دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين"، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، يومي 23-24 ماي 2007، ص106.

2- حابت آمال، "دور لجنة الإشراف على التأمينات في اكتشاف المخالفات"، (سلطة الرقابة للجنة الإشراف على التأمينات)، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، أيام 23-24 ماي 2007، ص 134-146.

د - النصوص القانونية:

1- النصوص التشريعية:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج.ر، عدد 31، صادر في 2007/05/13.
- القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978، المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية.
- الأمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 يناير، سنة 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، صادر في 1995/03/08، معدل ومتمم.

- القانون رقم 04-02 مؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، عدد 41 صادر في 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/08/15، ج.ر، عدد 46، صادر في 2010/08/18.

النصوص التنظيمية:

2-1- المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم 95-339 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن صلاحية المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وعمله، ج.ر، عدد 65، الصادر في 1995/10/31، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 07-137، المؤرخ في 2007/05/19، ج.ر، عدد 33 صادر في 2007/05/20.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج، عدد 56، صادر في 11 سبتمبر 2006.
- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/03، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 2006/09/10، الجريدة الرسمية، عدد 7 صادرة في 15 فيفري 2008.

2-2- القرارات:

- قرار وزير المالية المؤرخ في 3 نوفمبر 1998 المتضمن إنشاء لجنة "تنمية وتنظيم السوق" التابعة للمجلس الوطني للتأمين وتشكيلها وتنظيمها وعملها، جريدة رسمية، ج.ر.ج.ج، عدد 90، صادر في 2 ديسمبر 1998.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 1998/11/03، يتضمن إنشاء لجنة "اللجنة القانونية"، التابعة للمجلس الوطني للتأمين وتشكيلها وتنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج، عدد 90، صادر في 1998/12/02.

ثانيا - باللغة الأجنبية:

1- Ouvrage :

1- Marcel Planiol, et Robert George, traité pratique de droit civil Français, tome 2, 1954, N° 1252.
2- Francois terre, Philippe, Sillmer, yve lequette, droit civil, les obligation, lrécis Dalloz 6em édition, 1906.
3- Patrick canin, droit civil, les obligation, unigraf, 4em édition 2009
4- Perreau, clauses manuscrite et clause imprimées, R.T.D.
5- J. Bigot, Assurances de responsabilité, les limites du risque assurable, RGAT, 1978.
6- André Favre rochox, contrat d'assurance, Regles communes, cagre législatif et réglementaire, J-C1 civil annexes, Assurances Fac, 5-1.
7- Niney, l'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge, d. 1994, ch.

2-Thése :

1- Antonie Missol : l'assurance contrat d'adhésion et le problème de la doctorat en droit, 1934 , librairie Arthur Rousseau, Paris.
2- H. Bricks, les clauses abusive, thèse LGDJ, Paris, 1982.

3- Articles :

1- Ben Bouabdelah, Abdlhakim rétrospective, état des lieux perspective, revu de l'assurance, édition par le conseil national des assurances, N°3 1er semester, juillet 2013.
2- Conseil national des assurances N° 3 , 1er semestre, Juillet, 2013.
3- Zaouimia Rachid, le statut, juridique de la commission de supervision des assurances, revue EDARA, 2006, N° 1

4- Ltéphane corone (AJP), interprétation des clue en favure de lassré, l'argus de l'assurance, N° 6756, 12 Octobre, 2007.

4- Jurisprudence :

Casse, 1er ch.CIV, 11 mars 1998, pourvoi, N°96-14, 814 cité par stéphane corine, op-cit.

فهرس المحتويات

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: المبادئ العامة لعقد التأمين.	-
المبحث الأول: ماهية عقد التأمين	11
المطلب الأول: مفهوم عقد التأمين وبيان خصائصه.	11
الفرع الأول: تعريف عقد التأمين	11
أولا- المدلول اللغوي والفقهي.	12
1- المدلول اللغوي.	12
2- المدلول الفقهي	12
ثالثا- المدلول القانوني	13
1- الخطر المؤمن منه.	13
2- قسط التأمين	14
3- مبلغ التأمين	15
الفرع الثاني: خصائص عقد التأمين	15
أولا- خصائص عقد التأمين العامة	15
1- عقد التأمين من العقود الرضائية	15
2- عقد التأمين ملزم لجانبين	16
3- عقد التأمين من عقود المعاوضة	16
4- عقد التأمين من العقود الزمنية	17
ثانيا- خصائص عقد التأمين الخاصة.	17
1- عقد التأمين من عقود الإذعان	17
2- عقد التأمين من العقود الاحتمالية	18
3- عقد التأمين من عقود حسن النية	18
المطلب الثاني: مفهوم عقد الإذعان	19

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان	19
1-طبيعة عقد الإذعان	21
الفرع الثاني: عناصر عقد الإذعان ومقوماته	22
المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية في عقد التأمين	25
المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفي	25
الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفي	26
أولا- التعريف الفقهي للشرط التعسفي	26
ثانيا- التعريف التشريعي للشرط التعسفي.	28
ثالثا- التعريف القضائي للشرط التعسفي	31
الفرع الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي	33
أولا- معايير التعسف في استعمال القوة الاقتصادية	33
ثانيا- معيار الميزة المفرطة (الفاحشة).	34
ثالثا- معيار الاختلال في التوازن العقدي.	36
المطلب الثاني: الشروط التعسفية الباطلة طبقا لنص المادة 622 من القانون المدني	38
الفرع الأول: الشروط التعسفية بسبب موضوعها.	39
أولا- شرط سقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم	39
ثانيا- شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات	41
ثالثا- شرط سقوط الحق في التعويض للتأخر في تقديم المستندات	43
الفرع الثاني: الشروط التعسفية الباطلة بسبب شكلها	45
أولا- شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط	45
ثانيا- بطلان شرط التحكيم الوارد بين الشروط العامة المطبوعة	47
1-نطاق تطبيق شرط التحكيم	48

2- الطبيعة القانونية للتحكيم	49
3- شروط صحة شرط التحكيم	49
الفصل الثاني: نظم وآليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية	
المبحث الأول: القواعد الخاصة للحد مغالاة الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري.	53
المطلب الأول: الرقابة القانونية على إعمال الشروط التعسفية.	53
الفرع الأول: القضاء كوسيلة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية	54
أولا- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية	55
ثانيا- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية	56
ثالثا- سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية	57
1- العبارة الواضحة تمنع من التفسير	58
2- تفسير العبارة الغامضة	60
رابعا- الجزاء العقابي المقرر للشرط التعسفي	62
الفرع الثاني: الاعتماد على نظام القائمة لمحاربة الشروط التعسفية	63
أولا- القائمة المنصوص عليها في القانون 04-02.	64
1- الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد	65
2- الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد	65
3- الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد.	67
ثانيا- القائمة المنصوص عليها ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم	68
1- الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد	68
2- الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد	69
3- الشروط التعسفي المتعلق بانحلال العقد	70
4- الشرط التعسفي المتعلق بممارسة الحقوق القضائية	71
المطلب الثاني: الرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشروط التعسفية	72

الفرع الأول: رقابة لجنة البنود التعسفية	72
أولا- تشكيل لجنة البنود الشروط التعسفية	73
ثانيا- انعقاد اللجنة	74
ثالثا- دور اللجنة البنود التعسفية	74
الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين من الشروط التعسفية	75
المبحث الثاني: القواعد الخاصة الواردة في قانون التأمين لمحاربة الشروط التعسفية	78
المطلب الأول: أجهزة الرقابة الإدارية	78
الفرع الأول: الوزارة المالية	79
أولا- المديرية الفرعية للتنظيم	79
ثانيا- المديرية الفرعية للمراقبة	79
ثالثا- المديرية الفرعية للمتابعة والتحليل	79
الفرع الثاني: لجنة الإشراف على التأمينات	80
أولا- تعرف لجنة الإشراف على التأمين	80
1-تشكيلة لجنة الإشراف على التأمينات	81
ثانيا- الطبيعة القانونية للجنة الإشراف على التأمينات	82
1-تمتع لجنة الإشراف على التأمينات بالسلطة	82
2-لجنة الإشراف على التأمينات ذات طابع إداري	82
3-تمتع لجنة الإشراف على التأمينات بالاستقلالية	83
ثالثا- دور لجنة الإشراف على التأمينات	84
1-مراقبة وثائق التأمين	84
2-مراقبة تعريفات التأمين	85
المطلب الثاني: الأجهزة الاستشارية	86
الفرع الأول: المجلس الوطني للتأمينات (CNA)	86
أولا- تعريف المجلس وأهدافه	86

1- تعريف المجلس	86
2- أهداف المجلس	87
ثانيا- تنظيم المجلس	87
ثالثا- صلاحيات المجلس	89
الفرع الثاني: المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين	89
أولا- تشكيل المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين	90
ثانيا- سير المكتب المتخصص بالتعريفة في مجال التأمين	90
خاتمة	91
قائمة المراجع	96