مصير شرط التحكيم التعسفي في عقد الإذعان عامة وعقد التأمين نموذجا

أ/ بلخوجة خيرة أ/ بلعبدون عواد
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد إبن باديس مستغانم
belkhodjak4@gmail.com
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد إبن باديس مستغانم
belkhodjak4@gmail.com

تاريخ الارسال: 2019/01/26 تاريخ القبول:2019/02/07 تاريخ النشر:2019/12/28

ملخص

التحكيم وسيلة إختيارية لحل المنازعات ، ولذلك فإن إدراج شرط التحكيم في العقود بإتفاق الطرفين أمر أجازه المشرع كأصل عام ، غير أن خاصية الإذعان في العقد قد تتعارض مع طبيعته الإتفاقية ، ذلك أنه من المحتمل أن يحمل وصف التعسف لإستغلال الطرف الضعيف في العلاقة مركزه الإقتصاده المتفوق عن طريق إملاء هذا الشرط على الطرف الآخر بإدراجه ضمن شروط العقد دون علم هذا الأخير ، ولذلك فقد خص المشرع أحكام تقيّد إرادة الطرف القوي في العلاقة بشروط تجنبه التعسف وأهمها تلك الواردة في القانون المدني في إطار محاربة الشروط التعسفية ، إضافة إلى ذلك منح القضاء الدور في حماية الطرف الضعيف في العلاقة .

الكلمات المفتاحية : تحكيم ؛ شرط إختلال؛ تعسف محكم ؛ أطراف ؛ ضعيف .

The arbitration clause between the property of the agreement and the arbitrary use

OBSTACL

Arbitration is an optional means of resolving disputes. Therefore, the inclusion of the arbitration clause in contrats by agreement between the parties is permitted by the legislator as a public asset. However, the property of compliance in the contract May conflict with the nature of the agreement. The legislator has defined provisions that restrict the Will of the strong party in the Relationship with conditions that avoid arbitrariness and the most important ones contained in the Civil Code in the context of combating arbitrary conditions, in addition to granting the judiciary a role in protecting The weak party in the relationship.

Key world : Arbitrage ; clause ; disruption ; abuse ; arbitre ; parties ; weak

La clause d'arbitrage entre la propriété de la convention et l'usage arbitraire

Résumé :

L’arbitrage étant un moyen facultatif de régler les litiges, le législateur autorise ainsi l’inclusion de la clause compromissoire dans les contrats entre parties comme un bien public, bien que la propriété de son respect dans le contrat puisse entrer en conflit avec la nature de l’accord. Le législateur a défini des dispositions qui restreignent la volonté de la partie forte dans la relation avec des conditions qui évitent l'arbitraire et les plus importantes contenues dans le Code civil dans le contexte de la lutte contre les conditions arbitraires, en plus de conférer à la justice un rôle de protection La partie faible dans la relation.

Mots-clés: arbitrage; condition; désordre; arbitraire; arbitre; membres; faible

مقدمة

قد حقق التحكيم مكانة معتبرة في مجال المعاملات التجارية، فلا يكاد يخلو عقد من العقود ذات الطبيعة التجارية من شرط التحكيم كوسيلة مثلى لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات ، يرجع ذلك إلى المزايا التي يتميز بها التحكيم من سرعة الفصل في النزاع وضمان السرية والثقة في المحكمين .

فاللجوء إلى التحكيم على الأغلب أنه إختياري يتفق طرفا العقد على عرض منازعاتهم المتعلقة بالعقد وجميع تفاصيل عملية التحكيم على محكمين ، الأمر الذي أدى إلى إكسائه بالطابع الإتفاقي .

وفي هذا الصدد تثور المشكلة لما يتعلق الأمر بعقد إذعان الذي يختل فيه التوازن العقدي بين الحقوق والإلتزامات ما إن كان يصلح إدراج شرط التحكيم كشرط من شروطه .

ومازاد المسألة تعقيدا تعسف الطرف القوي في العلاقة عند إدراجه شرط التحكيم ضمن بنود العقد ، وللوقاية من ذلك قيّد المشرع حرية الطرف المذعن لإضفاء هذا الشرط ضمن مقاضيات عقود الإذعان.

والأكثر من ذلك أنه أناط بالقضاء سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إبطاله ، وينطبق هذا الجزاء على شرط التحكيم مخصصا قيود خاصة تتعلق بإدراج شرط التحكيم في عقد التأمين التأمين.

ولهذا فإن إشكالية موضوعنا تتمحور حول ما إن كان يمكن التوفيق بين الصيغة الإتفاقية لشرط التحكيم وخاصية الإذعان في العقد درءا لإحتمال تعسفه ؟ .

لمعالجة هذا الإشكالية إعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرض المفاهيم العامة المتعلقة بشرط التحكيم وعقود الإذعان والشرط التعسفي، وأيضا إظهار الخصائص وإستنتاج الروابط بين هذه المصطلحات، لنخلص إلى دور القضاء في حماية الطرف الضعيف ، وتمت معالجة الموضوع من خلال محورين أولهما حكم شرط التحكيم في عقد الإذعان، وثانيهما تدخل القضاء في حماية الطرف الضعيف من الشرط التعسفي.

ووقع إختيارنا للموضوع لأهميته ولندرة التطرق إليه بالمقارنة مع الدول الأخرى سيما وأن دور التحكيم التجاري الدولي في تصاعد لما له من مزايا أعطت ثمارها كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقود وإن كانت من عقود الإذعان .

1. مفهوم شرط التحكيم في عقد الإذعان

تعتبر عقود الإذعان من العقود التي تختل فيها موازين القوى بين الحقوق والأداءات أين تقوى سلطة أحد المتعاقدين على إضعاف إرادة الطرف الآخر بحكم وضعه المادي الحرج وعدم إمتلاكه الوسائل الفنية والقانونية التي بحوزة الطرف الآخر، هذا الوضع غير المتكافئ قد يدفع الطرف القوي في العلاقة التعاقدية إلى إملاء شروطه دون أن يمكنه من حق مناقشتها، ولهذا إتجه الفقه الحديث إلى إعطاءها تعريف موسع بأنها " عقود محررة إنفراديا من أحد أطراف العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية

في تعديلها "، مما قد تحمل وصف التعسف، سيما وأن عقود الإذعان تعتبر الأرضية المثلى للشروط التعسفية لهذا إشترط بعض الفقه أن يحرر العقد كتابة وإن لم يحدد نوعها، ولم يقيّد الإيجاب بأجل محدد سواء كان موجها لفرد أو لجماعة .

وكان التعريف الذي منحه أحد الفقهاء الجزائريين أكثر دقة وتوضيح بقوله بأنه " ذلك العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية إحتكار قانونيا أو فعليا أو شبه إحتكار والطرف الآخر مضطر إلى هذه السلعة أو إلى هذه الخدمة فيملي عليه الطرف القوي شروطه، وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر إلى قبولها، ومثال هذه العقود عقود شركات المياه وشركات الكهرباء والغاز وشركات النقل وشركات التأمين "[1].

1.1 . الإستعمال التعسفي لشرط التحكيم في عقد الإذعان

يعتبر بعض الفقهاء أن العلاقة بين عقد الإذعان والشرط التعسفي علاقة تلازمية ، والسبب في ذلك إختلال التوازن العقدي لتفوق أحد المتعاقدين على الآخر من النواحي الإقتصادية والفنية، مما ينتج عنه إمكانية فرض شروطه ومنها شرط التحكيم، فهل يمكن أن يحمل هذا الشرط وصف التعسف ؟

أ . الطبيعة الإتفاقية لشرط التحكيم

شرط التحكيم هو إتفاق أطراف علاقة معينة على أن يتم الفصل في المنازعة التي نشأت بينهم أو يحتمل نشأتها مستقبلا وذلك بواسطة أشخاص يتم إختيارهم كمحكمين سواء كانت العلاقة عقدية أو غير عقدية[2]، يفصل في النزاع وفق قواعد خاصة يراها الطرفان أنها أكثر عدالة وإستبعاده من ساحة القضاء ومن قانون القاضي .

فالتحكيم من الوسائل البديلة عن القضاء يلجأ إليه الأطراف لحل نزاعاتهم الناشئة عن تفسير العقد أو تنفيذه، وذلك أمام أشخاص موثوق فيهم ، تتوفر فيهم النزاهة والخبرة، والتخصص .

هذا وقد حدد المشرع الإطار القانوني العام الذي يجوز فيه التحكيم، إذ أنه يشمل جميع المنازعات المتعلقة بالعلاقات التعاقدية أو غير التعاقدية التي يجوز الصلح فيها حول حقوق يملكون حق التصرف فيها .

وللتحكيم صورتان إما شرط يدرج في العقد أثناء إبرام إتفاق التحكيم أو في وثيقة مستقلة قبل نشأة النزاع ، كما قد يأتي في صورة مشارطة وهي إتفاق لاحق بعد نشأة النزاع .

يقوم نظام التحكيم على الإرادة ولذلك فإن أغلب الفقه يؤكد على الطبيعة التعاقدية لإتفاق التحكيم فهو عقد رضائي وعقد معاوضة وملزم لجانبين ، وبالتالي فإن المحكم منوط به مهمة تنفيذ هذا الإتفاق المتمثل في الفصل في النزاع، الأمر الذي يجعل حكم التحكيم جزء من هذا الإتفاق يصدر عن المحكم مجرد من أي سلطة يمتلكها القاضي .

هذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية بموجب الحكم الصادر في 1937/07/27 والذي قضت فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أسس مشارطة تحكيم تكوّن وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشاركها مع هذه

الصفة التعاقدية[3]، غير أنهم إختلفوا في تحديد الوصف القانوني لهذا العقد إنطلاقا من التفرقة بين مصطلحي العقد والإتفاق[4]، إذ ينصرف مدلول هذا الأخير حسب الفقهاء الإيطاليين بأنه عمل إجرائي (contrati processuali) ، فلا ينشأ إلا بعد وقوع النزاع ويخول إثره للأطراف مباشرة الإجراءات والدفع بوجود إتفاق التحكيم ومنع اللجوء إلى القضاء بشأنها، إضافة إلى ذلك فإنه يمكن للأطراف الإتفاق على إجراءات سير خصومة التحكيم، الأمر الذي جعل المشرع الإيطالي يصنف الدفع بعدم وجود إتفاق تحكيم من قبيل الدفع بعدم الإختصاص[5] .

بينما يرى جانب من الفقه أن إتفاق التحكيم عقد مدني من طبيعة خاصة أساسه إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم ، فلا يجوز لأي منهما النكول أو التنازل عنه بإلإرادة المنفردة إلا بالتقايل بموجب إتفاق بينهما مالم يعترض[6] الخصم على ذلك أمام الجهة القضائية المطروح عليها النزاع موضوع إتفاق تحكيم على أساس أن إتفاق التحكيم يعد نافذا من لحظة إبرامه مرتبا آثاره إيجابا أو سلبا تطبيقا للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم[7]، الأمر الذي يفرض على القاضي التقيد به بإستثناء ما إذا توفرت إحدى حالات البطلان الواردة في إتفاقية نيويورك[8] وبالتالي محو آثاره والتصدي لموضوع النزاع تلقائيا ، تلك الإلتزامات هي من طبيعة خاصة لا تتعلق بالقيام بعمل أو إمتناعا عنه وإنما يتمثل في الإلتزام باللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة وبتنفيذ حكم المحكم الذي إرتضى الأطراف تعيينه لتسوية ما ينشأ بينهم من منازعات تنفيذا إختياريا حتى عند لجوئهم إلى القضاء فلا يعدو الأمر أن يكون مشابها لعقد الصلح المصادق عليه من القضاء[9]، ذلك أن عدم تنفيذه لايحتمل إلا تفسيرا واحدا ألا وهو التنازل الضمني عن الإتفاق يؤدي لا محالة إلى إنقضاء إلتزام اللجوء إلى التحكيم[10] وبالتالي الرجوع إلى القضاء صاحب الإختصاص الأصيل لنظر النزاع [11].

على خلاف ما ذهب إليه أحد الفقهاء بأن إتفاق التحكيم من العقود المدنية المسماة ولو ورد في عقد تجاري فهو من العقود المتعلقة بالخدمات (contrats des services) الذي يرتب إلتزاما على عاتق أطرافه[12]، ويتوفر على أركان العقد من رضا ومحل وسبب ، وإن كان ما يتميز به الركن الأول أن الإيجاب يتم وفق الأساليب المعتادة في القواعد العامة عن طريق عرضه إلى الجمهور في شكل وثائق محررة إلا أن القبول فيه يكون مميزا فيمتنع على القابل المفاوضة حول بنود الوثيقة المعدة سلفا بطريقة إنفرادية ، فإما أنه يقبل بالعرض أو يرفضه جملة ، هذا ما أكده المشرع الجزائري بقوله" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها "[13].

ولما كان شرط التحكيم يكتسي الطبيعة الإتفاقية في جميع مراحله سيما في مرحلة النشأة ، فهل يحتمل أن يحمل صفة التعسف لمجرد أنه ورد في عقد إذعان ؟ .

ب . نطاق الشرط التعسفي

الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يفرضه المهني بحكم مركزه الإقتصادي المتفوق على المستهلك المتعاقد معه تجلب له مزايا أو أرباح مالية مفرطة [14]، ويرجع ذلك إلى عدم التوازن من الجوانب الفنية

الإقتصادية والقانونية ينتج عنه المساس بمبدأ عدم التوازن في العلاقة التعاقدية[15] وذلك من خلال عدم التكافؤ بين الحقوق والإلتزامات[16] لصالح الطرف القوي في العلاقة تظهر بشكل واضح وجود إستغلال فاحش .

وبالرغم من حصر بعض المشرعين الشروط التعسفية كما فعل المشرع الفرنسي ، إلا أنها ترتبط بفكرة العدالة وذلك لتحديد الميزة المفرطة للشرط التعسفي، إضافة إلى ذلك فإنها فكرة مطردة تتعلق بمعاينة كل حالة على حدى من جهة، ومن جهة أخرى فإنها تختلف بتنوع مجالات التعاقد ، وإن كان ذلك ليس له إعتبار في نظر المشرع الألماني طالما أن نطاقه عقود الإستهلاك بصفة عامة .

ولا يعتبر شرط تعسف بمجرد أن يجني المهني فوائد جراء هذا الشرط ، وإنما وجب قياسها بما يحققه من باقي الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد ذاته والقواعد التي تحكمه قد يكون بالنسبة إليها شرطا مخففا.

هذا وقد تجادل الفقهاء حول المعيار الذي على أساسه يحدد صفة التعسف في عقود الإستهلاك، يصلح العمل بها بالنسبة لعقود الإذعان بإعتبار أن هذه الأخيرة تعتبر من قبيل عقود الإستهلاك .

1. معايير التعسف في عقد الإذعان

تطرق المشرع إلى مفهوم الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي يضعه المحترف ويفرضه على المستهلك أو على غير المحترف متعسفا في إستخدام قوته الإقتصادية قصد إستئثاره بمصالح أو فوائد مالية مفرطة[17].

إستنادا إلى هذا التعريف القانوني حاول الفقهاء إستنباط معايير التي على أساسها يحدد القاضي مفهوم التعسف في العقود المبرمة مع المستهلك بما فيها عقد الإذعان، لهذا وجد إختلاف حول هذه المعايير فمنهم إعتمد معايير مختلفة ومنهم من إعتمد على معيار مزدوج ومنهم من إختصر هذا التعريف في معيار واحد لإعتبار الشرط تعسفيا.

أ . المعيار الجامع لتحديد الشرط التعسفي

إتضح لدى بعض الفقهاء أن المشرع من خلال التعريف السابق وإستناد إلى الشروط المحددة لأوصاف التعسف أنه قد إعتمد على عدة معايير أهمها المعيار الشخصي والموضوعي .

فالمعيار الشخصي يتجلى فيما إشترطه المشرع بأن لا يشترك طرف في عقد الإذعان في ذات الصفة إنما وجب أن يكون أحدهما مهني أو محترف والآخر مستهلك ، أما المعيار الموضوعي فيتمثل في سعي المهني للحصول على مصالح أو أرباح مفرطة إضافة إلى معيار القبول اللإرادي من طرف المستهلك للشرط ، وكذا أن يفرض عليه الشرط وذلك بإستغلال تفوقه الإقتصادي .

غير أن الرأي المرجح قد أخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي لتحديد الشرط التعسفي ، ويرجع ذلك إلى عامل التفاعل بين المعيارين ، إذ أن المزايا المفرطة التي يتحصل عليها المهني تكون نتيجة فرضه الشرط على المستهلك مستغلا تفوقه الإقتصادي .

غير أن هذا التلازم الذي ركز عليه الرأي السابق لا يتحقق في كل الأحوال ، ذلك لأن قبول المستهلك للشرط لم يكن بأمر من المهني متذرعا بقوته الإقتصادية، وإنما كان نتيجة ضغط نفسي ، وبهذا يمكن إستبعاد المعيار

الشخصي ، ومن ناحية أخرى لا يمكن إعتماد المعيار الموضوعي لأن المشرع لم يحدد الحد الأقصى للميزة المفرطة التي يقوم عليها هذا المعيار.

ب . المعيار الموضوعي المحض لتحديد الشرط التعسفي

لقد أثبت بعض الفقه وعلى الأخص الفرنسي عدم نجاعة المعيار الشخصي في تحديد الشرط التعسفي ذلك أنه لا يتعلق بالشرط مباشرة وإنما يعالجه من خلال عناصره الداخلية ، لهذا فإنه حسب رأيهم أنه من الأنسب إعتماد معيار موضوعي القائم على فكرة عدم التوازن الظاهر في الحقوق والإلتزامات لتحديد مفهوم الشرط التعسفي المستلهم من المرسوم الأوروبي السابق ذكره.

ونتيجة لذلك عدل المشرع الفرنسي في نص المادة 1/132 من قانون المستهلك الفرنسي رقم 96/95 التي عرف من خلالها الشرط التعسفي بأنه "الشرط الذي ينشأ ضد مصلحة غير المهني أو المستهلك تفاوتا ظاهرا بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد ".

ورغم أن المشرع الفرنسي إكتفى ظاهريا بمعيار مفرد في تحديد الشرط التعسفي ، إلا أن المعيارين المتلازمين المذكورين سابقا متمثلين في المزايا المفرطة وفرض الشرط مستغلا التفوق الإقتصادي قائمين ضمنيا لا حاجة لذكرهما، ناهيك على أن تحقيق المزايا المفرطة في الحقيقة مرادف لإختلال التوازن الإقتصادي[18].

2 . شروط توفر حالة التعسف

ولما كانت مثل هذه الشروط تتعلق بعقود مختلفة متداولة بين الأطراف تتفاوت مراكزهم القانونية والمالية ، فإن الفقه قد إشترط لإعتبار الشروط تعسفية مايلي[19] :

أ . أن يكون الشرط التعسفي مدرجا في العقد .

ب . أن يكون أحد طرفي العلاقة التعاقدية مهنيا .

ج . أن يرد تحديده ضمن الشروط التي نص عليها القانون .

د . تسليم الطرف الضعيف بالشرط الذي يضعه المهني مجردا إياه من حق رفض أو مناقشة هذا الشرط، محققا بذلك فوائد مفرطة[20] .

مما سبق يتبيّن أن الشرط التعسفي قائم على عنصرين متلازمين[21] أولهما الحصول على المزايا المفرطة وثانيا إستخدام المهني لتفوقه الإقتصادي[22]، فينتج عنه حينئذ عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والإلتزامات[23] بالنسبة لطرفي التعاقد وفقا لما نصت عليه (المادة 1/132) من قانون المستهلك الفرنسي 1993 .

وبهذا وسع المشرع الفرنسي بموجب قانون المستهلك الفرنسي رقم 96/95 من مجال الشرط التعسفي ليشمل كافة عقود القانون الخاص المبرمة بين المهني والمستهلك المتعاقد معه، إلا أن نظرية التعسف ركزت منذ نشأتها على عقود الإذعان[24].

2.1 . العلاقة بين عقد الإذعان والشرط التعسفي

للكشف عن مدى إرتباط الشرط التعسفي بعقود الإذعان كان لابد من التطرق إلى معرفة العقود الإستهلاكية ومن ثم إحاطة المستهلك بالحماية القانونية من الشروط التعسفية المقررة في النظام القانوني لعقود الإذعان.

بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف عقد الإذعان ، وبذلك فقد ترك الأمر للفقه والقضاء، طالما أنهما يتوليان مهمة إرساء المبادىء العامة وتجديدها بما يواكب الظواهر الإجتماعية المعاصرة. وفي هذا الصدد وضع الفقه التقليدي قائمة من عقود الإذعان من خلال جملة من الشروط التي حصر تحديدها تمييزا لها عن العقود الأخرى ثم أخذ بها القضاء لاحقا ، وتتمثل تلك الشروط فمايلي :

أ . إحتكار السلعة أو الخدمة من طرف المهني أو التاجر للسلعة أو الخدمة وفرضها على المستهلك ، غير أن هذا الشرط لا يعتبر كافيا في نظر بعض الفقه لإعتبارات عديدة منها إحتمال أن يكون الإحتكار فعليا وغير واضح يتعذر تحديده .

ب . أن يتعلق العقد بسلعة أو بخدمة تعتبر بالنسبة للمستهلك عامة أولية وضرورية، يخلق إفتقادها صعوبة العيش الطبيعي، كالتأمين والكهرباء والماء .

ولهذا فإن الإحتكار يتوقف على شرط ضرورة السلعة أو الخدمة المقدمة ومقيدا له، ذلك أن الإذعان لا يقصد به التفوق الإقتصادي والإحتكار، وإنما يجب أن ينصب الإحتكار على سلعة أو خدمة تعد لازمة للمستهلك .

3 . كما يشترط لتوفر صفة الإذعان في العقد أن يصدر عن محتكر سلعة أو خدمة ما إيجابا يعرض بشكل مستمر، ويأخذ صورة عقد نموذجي يتضمن جملة من الشروط ، التي يرى ضرورة إدراجها في ذلك العقد .

يتضح من هذه الشروط أن الفقه إتجه إلى تضييق نطاق الإذعان في العقود ، والأكثر من ذلك أنه أوجب توفرها مجملة ، فإذا تخلف أحدهم إنعدمت صفة الإذعان، الأمر الذي دفع الفقه الحديث إلى إعادة النظر في الشروط المستوجبة لخاصية الإذعان في العقود ، وذلك من أجل توسيع مجال الحماية أكبر للطرف الضعيف ، وساهم في التوجه الجديد تفاعل عدة عوامل منها إتساع الهوة بين طرفي العقد أحدهما قوي يملك الوسائل القانونية والتفوق الإقتصادي يجعله في موقف قوي لفرض سلطته على الطرف الآخر ليس له خيار غير الخضوع لما تمليه عليه إرادة الطرف الآخر كما هو الشأن في عقد التأمين ومظاهر الإذعان تتجلى في نمذجة العقد المعد مسبقا من طرف شركة التأمين وعدم قابليته للتعديل بإقتراح من المؤمن له[25].

إضافة إلى ذلك فإن الظروف الإقتصادية خلقت أنواع جديدة من العقود تحمل وصف الإذعان، هذه العوامل دفعت الفقه إلى التوسع في نطاق عقود الإذعان متجاوزا المفهوم الكلاسيكي لمفهوم الإذعان بالإعتماد على معيار جديد يتمثل في إنفراد أحد طرفي العقد الذي يمتلك مقومات القوة والسلطة الإقتصادية في إملاء شروطه وفرضها على الطرف الآخر دون أن يتيح له فرصة مناقشتها أو إقتراح تعديلها .

إستنادا على الشرط المتقدم توصل الفقه إلى تعريف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يخضع فيه أحد المتعاقدين كطرف مذعن لعقد محرر سلفا الطرف الآخر بمفرده ، ويتضمن كل الشروط بالتفصيل بدون إمكانية

التفاوض بشأنها ، وبهذا الصدد يجب التمييز بين غياب التفاوض لأسباب ما ومنها إغفال المتعاقد وتجاهله بهذا الحق ، وبين حرمانه منه بإيعاز من الطرف المتعاقد معه قصدا منه لتحقيق مصلحة أو ربح مالي مستغلا مركزه الضعيف وحاجته للخدمة أو السلعة ، وهذه الحالة الأخيرة تتطابق مع مفهوم الإذعان .

ويذهب أغلب الفقه إلى تغليب المعيار القانوني والمتمثل في توقيع أحد الأطراف على العقد النموذجي المعد سابقا مجردا من حقه في التفاوض حول شروطه، غير أن الأمثل أن تعدد معايير للوقوف على ميزة الإذعان في العقود .

هذا التوجه الجديد المتمثل في إستحداث معايير لتحديد خاصية الإذعان في العقود إستهدف الفقه من خلاله إلى إيجاد مقاربة بين عقود الإذعان وعقود الإستهلاك من حيث إشتراكهما في بعض الخصائص، ولذلك فإن النتيجة المستخلصة من ذلك أن المستهلك يمكن أن يكون محل عقد إذعان فيستفيد حينئذ من الحماية القانونية المقررة بموجب نظام عقود الإذعان شأنه شأن المهني، بالإضافة إلى توسيع النطاق القانوني لعقود الإذعان لتشمل فئة المستهلكين، نتج عنه تعزيز حمايتهم بشكل مضاعف في إطار النظام القانوني لعقود الإذعان الذي عالج مسألة الشروط التعسفية التي لم يتبناها المشرع قانونا في عقود الإستهلاك .

التوجه الفقهي الذي يرمي إلى توسيع مفهوم الإذعان من خلال ربطها بالمستهلك نتج عنه إستقطاب فئة جديدة من العقود إنعكس ذلك على موقف المشرع في تبنيه الفكرة ذاتها، هذا ما ظهر بالفعل لدى المشرعين الأروبيين ، والدعوى موجهة لمشرعنا في تعديل مفهوم الإذعان في سياق القانون المدني .

هذا القانون قد قيّد حماية المستهلك في إطار النظام القانوني لعقود الإذعان مما ينتفي معه إحتمال وجود شروط تعسفية في غير هذه العقود ، غير أن هذا الإرتباط محل نظر لصعوبة تحديد الشروط التعسفية في معاملات غير مباشرة أدى بالقضاء إلى رفض إعطاء تلك الشروط الوصف التعسفي إضافة إلى أن الواقع العملي يؤكد وجود شروط تعسفية خارج نطاق عقود الإذعان .

فالربط التشريعي بين الشرط التعسفي وعقود الإذعان يقود إلى البحث عن أسباب هذا الربط وموقف القضاء الرافض إلى التصريح بالشرط التعسفي في غير عقود الإذعان.

حاول الفقه تفسير عملية الربط بين الشرط التعسفي بعقود الإذعان بالقول أنها كانت نتيجة إستجابة للتفاعلات الإجتماعية وأثر من آثارها ، إذ أن المشرع عالج هذه الظاهرة الإجتماعية وأدرجها في طائفة قانونية (المادة 149 ق م مصري) شأنها شأن عقد الإذعان سابقا .

إلا أن الواقع العملي لا يؤكد الإرتباط المطلق، وإنما قد يكون عقد إذعان خالي من أي شرط تعسفي، كما أن الشرط التعسفي تعلق بالطرف المذعن فقط، وبذلك يكون قد أغفل طائفة من المتعاقدين لا تتوفر فيهم صفة مذعن، إلا أنهم بحاجة إلى حماية.

يرى بعض الفقهاء أن هناك إرتباط وثيق بين عقود الإذعان والشرط التعسفي وإستدلوا في ذلك بالواقع العملي ذلك أن المراكز القانونية كطرفي العلاقة في عقد الإذعان متفاوتة أحدهما قوي والآخر ضعيف ويعود ذلك إلى

عدم التوازن الإقتصادي نتج عنه إحتمال تعسف أحدهما للآخر ، والآلية في ذلك صياغة شروط غير عادلة وإملائها على المتعاقد معه دون أن يشركه في وضعها، الأمر الذي أدى شيوع فكرة إقتران الشرط التعسفي بعقود الإذعان وإعتبار هذه الأخيرة مجالا خصبا لهذه الشروط لسعي الطرف المذعن إلى تحقيق مصالحه الشخصية على حساب الطرف الآخر مستغلا وضعه الإقتصادي المتفوق .

غير أنه وإن كان لا يمكن إنكار أن عقد الإذعان يحتمل أن يحمل شرطا تعسفيا، إلا أن هذا الإرتباط نسبي فالعلاقة التلازمية بين شرط التعسف وعقد الإذعان غير قائمة في كل الأحوال ، فقد يبرم عقد إذعان دون أن يتضمن شرط تعسفي ، كما قد يقع شرط تعسفي في غير علاقة أو عقد إذعان[26].

2. تدخل القضاء في حماية الطرف الضعيف من الشرط التعسفي

أكد أغلب الفقهاء أن نظرية الإذعان منحت للقاضي سلطة التدخل لحماية الطرف الضعيف إقتصاديا أو معرفيا وفنيا ، كما سمحت له بتوسيع نطاق هذه الحماية وذلك عن طريق الرقابة على الشروط التعسفية، ومن ثم فإن فاعلية هذه الرقابة ترتبط بمدى إجتهاد القضاء في توسيع نطاق حماية الطرف الضعيف .

غير هذا الإختصاص في حقيقة الأمر مقيد نظرا لعدم وجود نص قانوني يعرف الشرط التعسفي ويحدد قائمة هذه الشروط، وغموض فكرة الإذعان يجعله مرتبط بفكرة العدالة وهي فكرة غير واضحة أو محددة خلقت صعوبة للتوسع في مفهوم التعسف، أدت إلى تجميد إستعمال القاضي لسلطته التقديرية في ذلك لتفادي تضارب الآراء حول الشرط التعسفي، سيما وأن القضاء هدفه توحيد الحلول المتعلقة بالشرط التعسفي وتحقيق مبدأ المساواة أمام القانون بالشكل الذي يخدم النظام القانوني ويتجاوز التعارض بين أحكامه حفاظا على مبدأ إستقراره[27].

غير أن محكمة النقض الفرنسية منذ 1991 قد تداركت الوضع وأعادت للقاضي السلطة التقديرية في وضع معايير لتحديد شروط التعسفية في العقود، وساعده على ذلك صدور المرسوم الأروبي لتوحيد النظم القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية[28] الذي إشترط من خلال تعريف الشرط التعسفي أن يكون مدرجا غي عقد غير خاضع لمفاوضات مسبقة بين الطرفين، يترتب عليه إختلال في التكافؤ بين الحقوق والإلتزامات[29].

1.2 . سلطة القاضي في تعديل الشرط التحكيم التعسفي أو الإعفاء منه

حرص المشرع على تحقيق التوازن العقدي، وذلك من خلال تفعيل الرقابة القضائية على الشروط المدرجة في عقود الإذعان التي تتميز بعدم توازنها بإعتبار أن شروطه تحدد من الطرف المذعن القوي في العلاقة دون مشاركة الطرف المتعاقد معه، وإنما يكون هذا الأخير مخير بين القبول أو الرفض للشرط ، غير أن هذا الشرط قد لا يترتب عليه أي إستغلال لضعف الطرف الآخر من شأنه أن يضفي عليه الطابع التعسفي، فإنعدام المفاوضة حول شروط العقد لا تفقدها الصحة طالما لم تتعارض مع مقتضيات النظام العام وعدم مخالفتها للقانون وفق ما نصت عليه المادة 622 من القانون المدني[30].

لهذا خول القانون للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الشرط التعسفي إستنادا على قواعد العدالة ، فأجاز له سلطة تعديل الشرط لإعادة التوازن في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منه[31].

لذا فإن الجزاء المترتب على وجود شرط تعسفي في العقد بطلانه[32]، هذا ما حدى بالفقه إشتراط الكتابة لإثبات وجود الشرط التعسفي، ولا يتطلب ذلك كتابة العقد كاملا وإنما بالقدر الذي يظهر فيه الشرط التعسفي للمستهلك بشكل واضح سواء ورد في العقد ذاته أو في ملحق[33]، ويتوقف ذلك على طلب من المستهلك ، وإشترط المشرع المصري أن تتوفر في العقد بيانات سواء كانت جوهرية محددة بموجب قانون المستهلك أو ثانوية تحدد بمقتضى لائحة تنفيذية[34].

ويمكن التمييز بين البطلان المطلق الذي نص عليه القانون المدني والبطلان النسبي الذي ورد ضمن قواعد حماية المستهلك، فالشرط التعسفي جزائه البطلان النسبي لأنه مقرر لمصلحة المستهلك التمسك به ، كما أنه بطلان جزئي ينصب على الشرط ولا يمتد إلى العقد ذاته ما لم يكن الشرط أساسي دفع المستهلك للتعاقد ، فإن القاضي ملزم بإبطاله[35].

غير أن المشرع خول للقاضي الإبقاء على العقد مع إمكانية تعديل الشرط بما يعيد لهذا العقد توازنه ، ويعتبر هذا الإختصاص المخول للقاضي إستثنائيا ، ذلك أن الأصل أن مهمة القاضي تقتصر على تفسير العقد ولا تمتد إلى تغييره، ولما كانت إرادة الطرف الضعيف مغيبة فقد أزال المشرع هذا الحصر حرصا منه على حمايته من الشرط التعسفي فقد أجاز له سلطة تعديلها بما تقتضيه قواعد العدالة[36].

لهذا فقد عزز المشرع حماية الطرف الضعيف وذلك بضمان حق اللجوء للقضاء للمطالبة بإزالة التعسف سواء بتعديل الشرط أو الإعفاء منه، كما أنه أدرج هذه القاعدة ضمن قواعد النظام العام فأي شرط مخالف يتضمنه عقد إذعان يضعه المهني يعتبر باطلا.

ولما كانت سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه[37]، وردت على سبيل الإستثناء، فإن ممارستها يشترط توفر عنصرين :

أولا . وجود عقد إذعان يرتبط به الطرفان، يمكن تعريفه بأنه " كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع السلعة أو تأدية الخدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[38].

يستخلص من التعريف السابق أن عقد الإذعان قائم على عنصرين هما:

- التحرير المسبق للعقد بصفة إنفرادية من أحد المتعاقدين .
- توقيع أحد الطرفين للعقد دون إمكانية تغيير محتواه .

ثانيا . وجود شروط تعسفية فلا تقبل دعوى الطرف المذعن إلا إذا إحتوى العقد على شرط تعسفي فرضه عليه الطرف الآخر المتعاقد معه بحكم مركزه القوي، ويمكن حينئذ للقاضي تعديل الشرط أو إعفائه منه وفق ما تقتضيه العدالة[39].

2.2 . شرط التحكيم في عقد التأمين نموذجا

يتميّز عقد التأمين بأنه عقد إذعان أين يستأثر المؤمن بإعداد وثيقة التأمين مدرجا ضمنها شرط تحكيم محددا نظام التحكيم من حيث تعيين المحكمين ، القانون الواجب التطبيق على الموضوع وعلى الإجراءات ، مكان التحكيم ، أجله ، الأمر الذي يجعل هذا الشرط يحمل خطورة كبيرة على المؤمن له إلى جانب كون حكم التحكيم حكم ملزم للطرفين وواجب التنفيذ رغم الطعن فيه ، وغير قابل للطعن إلا بالبطلان في بعض أنظمة التحكيم لدى بعض الدول مثل مصر.

وحماية للمستهلك فقد رتب المشرع جزاء البطلان لشرط التحكيم الوارد في عقد التأمين المبرم مع المهني بإعتباره من العقود المدنية فيشترك معها في ذات الحكم ، على أن يكون هذا الشرط ـ وفقا للقانون المغربي ـ قد علم به المؤمن له عند الإكتتاب بالعقد[40]وقبل به صراحة[1] ، ويؤشر على قبوله بعبارة " قورىء صودق عليه"، إضافة إلى ذلك وجب أن يحمل العقد المتضمن شرط تحكيم توقيع المؤمن له ولا يكفي كتابته وإن كانت بشكل بارز ، وذلك ضمانا لعدم إخفاء شرط التحكيم التعسفي ضمن بنود العقد والتأثير على رضائه ، كما يفيد العلم بشرط التحكيم أيضا بتمكين المؤمن له من تجاوز أثاره السلبية أو قبول تحمل نتائجه بمحض الإرادة .

ولهذا فإن المشرع المغربي فقد إشترط أن تكون إحالة شرط التحكيم في العقود واضحة وصريحة على إعتبار أن شرط التحكيم يعد جزء من العقد طبقا للمادة 13 من قانون المسطرة المدنية.

وتطبيقا لذلك فإن القضاء المغربي نفى على شرط التحكيم الشرعية إذ ورد في نماذج العقود التي تخلو من توقيع المتعاقدين خاصة في حالة الإحالة لأن التعسف فيها أمرا غير مستبعد إذا وردت في عقد إذعان لا علم للمؤمن له بها لأنها لم تدرج في عقد التأمين لكنها تضاعف إلتزاماته فيطغى عليها الطابع التعسفي ، هذا ما ثبت في قرار المجلس الأعلى الذي بث في مسألة الإحالة بموجب الصادر في 1998/12/30 الذي نص على أن " إن الستأنف عليه بسلوكه مسطرة التحكيم، يكون قد إستجاب لإرادة البنك عبر قبوله الصريح بما جاء في المطبوع ...مع المطبوع المعتمد في القرار "المطعون فيه" ذو طابع عام وغير موقع عليه من الطرفين ، ولا يصمد في الإثبات أمام العقد الخاص المؤرخ في 1980/01/22 المبرم بين الطالب والمطلوب زغير المنازع فيه ، المعتبر شريعة المتعاقدين ، والذي أسند الإختصاص فيما ينشب بين المتعاقدين ، والذي أسند الإختصاص فيما ينشب بين طرفيه لمحاكم الدار البيضاء ، ولم تتحدث في مقتضياته على التحكيم ، وهي في منحاها قد بنت قرارها على أساس غير سليم وعرضته للنقض"[2].

وفي هذا الصدد فإن بعض المشرعين ميز بين شرط التحكيم الذي يدرج في عقد التأمين عند الإكتتاب بالعقد وإتفاق التحكيم الذي يرد بعد نشأة المنازعة ، هذا الأخير لا إشكال فيه لأنه يتضمن كل تفاصيل العملية

---

[1] . محمد الهيني ، فؤاد معلال ، الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين ، الطبعة الثانية ، مطبعة الأمنية ، الرباط 2010 ، ص 136

[2] . محمد الهيني ، فؤاد معلال ، نفس المرجع ، 86

التحكيمية، والمؤمن له يكون على يقين بمقتضياته، ولذلك إعتبره المشرع أنه إتفاق صحيح يرتب آثاره ، بينما الشك يحوم حول شرط التحكيم لذلك فقد أبطله المشرع البلجيكي (المادة 36 من قانون التأمين الصادر في 92/06/25) إلا إذا ورد نص خاص يقضي بغير ذلك ، أما القانون المدني الفرنسي 1925 فقد أجازه بموجب المادة 2061 بالنسبة للمواد التجارية، ولم تجز المادة 1006 من قانون المدني التحكيم إلا بمشارطة في عامة العقود بإستثناء وحيد أتت به الماد 332 والمتعلقة بمنازعات التأمين البحري التي نصت على جوازية الإتفاق على التحكيم في صيغة الشرط قبل نشأة النزاع[41] .

أما مشرعنا فقد إشترط لصحة شرط التحكيم في عقد التأمين أن يرد ضمن شروطه الخاصة لا العامة طبقا للمادة 622 من القانون المدني الجزائري "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التامين من الشروط الاتية :...شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة ..."[42]

والغاية التشريعية من ذلك أن شرط التحكيم العام يفترض فيه سوء نية المؤمن الذي يحرر عقد التأمين بارادته المنفردة، دون أن يستطيع الطرف المتعاقد تعديلها طالما أن عقد التأمين من عقود الإذعان، فيجد نفسه ملزما بشرط التحكيم في كل ما ينشأ بينهما من منازعات دون إستثناء قد لا يرغب المؤمن له التحكيم بشأنها على الرغم من أن نظام التحكيم من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الإستقلالية و تكريس حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء .

فلا يخلو شرط التحكيم على هذا المنوال من التعسف بحمل المؤمن له الخضوع عنوة لنظام التحكيم في مسائل يستبعدها من مجال الإتفاق لو أستشيرت إرادته، مما يجعل شرط التحكيم ذاته تعسفيا .

لهذا رأى المشرع أن الحل الوحيد لضمان حماية الطرف المذعن (المؤمن له) القضاء ببطلان شرط التحكيم الذي ورد مخالفا لحكم القانون لما يدرج بين الشروط العامة.

هذا وقد إستثنى المشرع الفرنسي من خلال قواعد قانون المستهلك من مجال تطبيقه للشروط المتعلقة بمحل العقد ذلك لأن النزاع حولها يعتبر من قبيل منازعات المتصلة بتفسير العقد وإرادة طرفيه ، كذلك الشرط المتعلق بالثمن ذلك أن هذا الأخير محدد بإتفاق الطرفين إستنادا إلى قواعد إقتصادية تخضع لمبدأ العرض والطلب مع مراعاة مصلحة المستهلك .

أيضا بالنسبة للشروط التي أخذت من قوانين أو لوائح وأستدرجت في العقد المبرم بين الطرفين فإنها تستبعد من نطاق الشروط التعسفية ومن مجال المنازعة حولها، لأنها تفرض على الطرفين ولا قبل لإرادة المهني في إستدراجها ضمن شروط العقد ولا في إستبعادها.

لهذا فيرى جانب من الفقه بالإستناد على قانون التوجيه الأروبي أنه يمتنع على القاضي الحكم ببطلان مثل هذه الشروط لتعسفها، ومخالفته لذلك يعتبر خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات، وإن كان البعض الآخر من الفقهاء يرى أنه في غياب نص قانوني صريح يمنع على القاضي تقدير صفة التعسف للشروط قانونية أو لائحية، فإن ذلك يفسر نية المشرع في إخضاع تلك الشروط لأحكام قانون المستهلك وذلك ضمانا لحماية المستهلك[43].

ويظهر موقف القضاء المغربي من مدى شرعية شرط التحكيم المدرج في نماذج العقود المبرمة من قبل الشركات من خلال ما فصل فيه المجلس الأعلى في مسألة الإحالة بعدم شرعية شرط التحكيم غير الموقع عليه من المؤمن له كقرينة على العلم به وقبوله قبولا صريحا ، هذا ما ثبت في القرار المؤرخ في 1998/12/30

خاتمة

إن ميزة التفوق الإقتصادي في عقود الإذعان دفعت المشرعين إلى تشديد الحرص على حماية الطرف الضعيف، ولذلك فإن نظرية المستهلك قد إستقطبت عقود الإذعان في نطاق تطبيقها، وبهذا فقد وسع من مجال الحماية للمستهلك بما في ذلك الأطراف المذعنة وإستفادتهم من الحماية المقررة في قانون المستهلك ضد الشروط التعسفية.

أما في التشريع الجزائري فقد عنى بهذه الحماية من خلال تحديد معايير الشروط التعسفية التي بموجبها تم حصر هذه الشروط ومنها شرط التحكيم الوارد ذكرها في القانون المدني.

ولهذا وضع المشرع شرط لصحة شرط التحكيم المدرج في عقد التأمين، فإذا تخلف هذا الشرط منح للقاضي السلطة لإبطاله.

فالقيود التشريعية من شأنها المحافظة على الصبغة الإتفاقية المتأصلة التي تلازم إتفاق التحكيم وإن ورد في سياق عقود الإذعان، والتي تعتبر من الضمانات الأساسية لتنفيذها، وإن كانت غير كافية بالقدر المطلوب لحماية الطرف الضعيف سيما بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمكن لطرفي الإتفاق إستبعاد القانون الذي قد لايراه الطرفان مناسبا لهم .

التوصيات

تعتبر شرط التحكيم في عقود الإذعان بمثابة طعم في طعام لما له من خطورة على حقوق الطرف الضعيف ولذلك وإن كان لا يمكننا إنكار مزياه إلا أنه لابد من تحصين الطرف الضعيف من أساليب التعسف التي قد ينطوي عليها هذا الشرط ، والدعوة موجهة إلى المشرع في سن قواعد خاصة بالتحكيم في مجال عقود الإذعان التي مازالت تخضع في الأغلب إلى قواعد متشتتة هنا وهناك .

---

[1] . علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في ق م ج) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 1998، ص 38

[2] . محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ص 5

[3] . مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010 ، ص 36

[4] . أزال الفقهاء في مادة الإلتزامات التفرقة بين مصطلحي الإتفاق والعقد عدا التسمية ، وأن كل منهما يهدف إلى تحقيق الأثر ذاته إما بإنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، غير أن الأمر مختلفا بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فوجب التسليم بوجود إختلاف في المفهوم بين الإتفاق والعقد . راجع في هذا الشأن نور الدين بكلي ، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري والقوانين العربية مجلة المحكمة العليا عدد خاص بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم ، الجزء الأول ، 2009 ص 271

[5] . فتحي إسماعيل والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2007 ، ص 182

[6] . يقصد بالإعتراض تمسك الخصم بإتفاق التحكيم وإثارة الدفع بوجوده أمام الجهة القضائية التي يعرض عليها النزاع من طرف المدعي رغم وجود إتفاق تحكيم .

[7] . أحمد إبراهيم عبد التواب ، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2008 ، ص 149

[8] . راجع المادة الثانية من إتفاقية نيويورك 1958 والتي نصت على أنه "ما لم يتبيّن للمحكمة أن هذا الإتفاق باطلا أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق" والتي إستنبط منها المشرع الفرنسي نص المادة 1458 من قانون المرافعات المدنية

[9] . أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 اسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006 ، ص 67

[10] . أحمد إبراهيم عبد التواب ، نفس المرجع ، ص 141

[11] . جعفر مشيمش ، ، التحكيم ، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية ، وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره ، منشورات زين الحقوقية الطبعة الأولى ، مصر ، 2009 ، ص 66

[12] . عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، الكويت، 1990، ص 186

[13] . راجع المادة 70 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2005/05/13 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 31 ، الصادرة بتاريخ 2005/05/13 .

[14] . إبراهيم عبد العزيز داود ، ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك) ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2014 ، ص 104

[15] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 44

[16] . أخذ المشرع الأروبي (الإيطالي ، البلجيكي ، الإسباني) بمعيار عدم التوازن بين الحقوق والإلتزامات في التعريف بالشرط التعسفي

[17]- article 25,la loi 78/23, Du 10/01/1978, sur la protection et l'information du consommateurs de produits et de service.

[18] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 110

[19] . محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية (مصر) ، 2011 ، ص 36

[20] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 105

[21] . كل عنصر كان في ظل القوانين السابقة لتعديل قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 27/ 95 يشكل معيار مستقل يعتمد عليه القاضي في تكييف الطبيعة التعسفية لشروط العقد .

[22] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 106

[23] . إستند المرسوم الأروبي على معيارين لتعريف الشرط التعسفي أولاهما يتمثل في عدم التوازن الظاهر في الحقوق والالتزامات والثاني يتعلق بالتفاوض.

[24] . محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك ، مرجع سابق ، ص 41

[25] . راجع المادة 227 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بقانون التأمينات ، ج ر ، عدد 13 الصادرة في 1995/03/08 معدل ومتمم بقانون رقم 04/06 مؤرخ في 2006/02/20 ، ج ر ، عدد 15 ، صادرة في 2006/03/12 ، تنص على أنه " تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها لتأشيرة إدارة الرقابة التي تستطيع أن تفرض العمل بشروط نموذجية "

[26] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 46 وما يليها

[27] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 69

[28] . راجع المرسوم الأوروبي رقم 13/93 الصادر في 1993/04/05 التعلق بتوحيد النظم القانونية الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية

[29] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 108

[30] . عبدا لرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت (لبنان) ، 1998 ، ص 206

[31] . إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 45

[32] . راجع المادة 1/132 من قانون المستهلك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/07/23 إعمالا بالمادة 1591 من القانون المدني الفرنسي

[33]. محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك ، مرجع سابق ، ص 52

[34]. محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك ، مرجع سابق ، ص 55

[35]. راجع المادة 6/421 من قانون المستهلك الفرنسي 1993

[36]. بن شنيني حميد، سلطة القضاء في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص 09

[37]. بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2007 ، ص 102

[38]. راجع المادة ¾ من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 ، ج ر ، عدد 41 ، الصادرة في 2004/06/27 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة للممارسة التجارية .

[39]. بودالي محمد ، مرجع السابق ، ص 103

[40]. راجع المادة 35 من قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل بمقتضى القانون رقم 08/05، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 7 ، الرباط (المغرب) ، 2008

[41]. جعفر مشيمش ، مرجع السابق ، ص 93

[42]. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 ، مرجع سابق

[43]. محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص 54