# مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي و اتجاهات الفقه الحديث

**ســـارة بوفلـكـة**
**كلية الحقوق**
**جامعة الإخوة منتوري**
**قسنطينة**

**ملخص:**
تهدف هذه الدراسة لتسلط الضوء على خاصية الإذعان ومدى انطباقها على الواقع الحالي لعقد التأمين بعد التحولات الاقتصادية التي انتفى في ظلها احتكار خدمة التأمين باعتباره أهم خصائص الإذعان والتي كرسها المشرع الجزائري بموجب الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات . وذلك في ظل اختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم العقد الإذعاني في حد ذاته بين موسع و مضيق هذا من جهة ، وبين من يعتبر التأمين من عقود الإذعان ومن ينفي ذلك عنه لاسيما في ظل بروز بعض التيارات الفقهية المعاصرة التي تنفي وصف الإذعان عن عقد التأمين - عكس ما هو مسلم به تقليديا – من جهة أخرى.

**الكلمات المفتاحية :** الإذعان ، الإحتكار ، عقد التأمين .

**Abstract:**
This study aims to shed light on the adhesion property and its applicability to the real current of the insurance contract after the economic transformation which has ceased to operate the monopoly of insurance as the most important characteristics of adhesion and that enshrined in Algerian legislation by order 95-07. in light of the difference in defining the concept of the adhesion contract between broad and narrow that on the one hand, and between those who consider the insurance as a one of adhesion contracts or denies that , especially in light of the emergence of some contemporary doctrinal currents, which denies it -contrary What is traditionally granted - on the other hand.

**Keywords : adhesion, monopoly, insurance contract**

## مقدّمة:

**تصنف** العديد من العقود في عصرنا الحالي ضمن طائفة عقود الإذعان تلك التي تتمايز فيها إرادة المتعاقدين بين من يتمتع بالقدرة على فرض إرادته على المتعاقد الآخر وبين من يغدو أمام حاجته إلى التعاقد في مركز الطرف الأضعف الذي لا يسمح له بمناقشة أو إدخال أي تعديل على العقد، ولا يكون أمامه إلا الخيرة بين قبول الشروط المعروضة عليه وعلى الكافة ويمضيها كما هي، أو يرفض التعاقد كلية. ويعد التأمين أحد أبرز هذه العقود إن لم نقل أخطرها[1]على الإطلاق، وذلك لما ينضح به من اختلال في التوازن العقدي مما أدى إلى تصنيفه ضمن طائفة عقود الإذعان.

© جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر2017

ولما كان معيار التمييز بين عقود الإذعان وغيرها من العقود لا يزال يكتنفه بعض الغموض حتى الآن، لذلك فإن القول بانتماء عقد التأمين إلى طائفة عقود الإذعان من عدمه منوط في جانب منه بالمعيار الذي يتم من خلاله تحديد مفهوم هذه العقود.

وإذا كان هذا هو وضع التأمين المتعارف عليه، فإن التطور الإقتصادي وما أدى إليه من انقلاب العديد من الموازين التي تحكم التصرفات القانونية، فقد تبدل معه واقع عقود التأمين في ظل تحول السوق الجزائري للتأمين من مرحلة احتكارية لهذه الخدمة من طرف شركات التـأمين الوطنية المملوكة للدولة إلى مرحلة الحرية الإقتصادية القائمة على المنافسة الحرة والانفتاح التام على السوق العالمية والسماح بإنشاء شركات التأمين الخاصة[2]، وبالموازاة مع هذه الوضعية فقد برزت بعض الاتجاهات الفقهية التي تتبنى المفهوم التقليدي للإذعان الذي يقوم أساسا على الإحتكار، فما كان منها في ظل تلك التطورات إلا أن تنفي وصف الإذعان عن عقد التأمين أو تجعل منه نسبيا.

ونظرا لأن التسليم بهذا الفرض له انعكاسات خطيرة خصوصا فيما يتعلق بانطباق قواعد حماية الطرف المذعن على عقد التأمين من خلال سلطة القاضي في إلغاء وتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان[3] ومن بينها عقد التأمين -طالما صدق عليه وصف الإذعان- فإن المتمعن لهذه الوضعية الأخيرة يجد أن هنالك سؤالا يطرح نفسه وبقوة ألا وهو :

**مامدى صحة ما ذهب إليه الفقه بالقول بانتماء عقد التأمين إلى طائفة عقود الإذعان من عدمه في ظل انتفاء أحد أهم ضوابط عقود الإذعان ألا وهو الإحتكار؟ وما مدى مواكبة الفقه القانوني لهذه الوضعية على المستويين العربي و الغربي في ظل اختلاط المفاهيم بين موسع و مضيق لدائرة عقد الإذعان ؟**

و في ظل ندرة الدراسات القانونية المهتمة بموضوع الإذعان عامة وما يطرحه من إشكاليات دائمة ومتجددة تتسم بكثير من الحساسية ونوع من التعقيد جعلها تثير جدلا واسعا بين أوساط فقهاء القوانين الوضعية، إلا أنه وبالرغم من ذلك، فإننا نسعى من خلال دراستنا المتواضعة هذه إلى إلقاء الضوء على موضوع نرى أنه من أهم المواضيع الجديرة بالبحث، وذلك بحكم التداخل الإقتصادي والقانوني فيه وماله من انعكاسات على الوضعين.

وبناءا على ما سبق فقد رأينا أنه من المنطقي أن نبدأ بحثنا بتحديد مفهوم الإذعان وما ينطوي تحته من عناصر، وذلك لأنه كلما انطبق وصف الإذعان على عقد من العقود لاسيما عقد التأمين فإن المتعاقد سيستفيد من الحماية القانونية المقررة لعقود الإذعان، وحيث ينتفي هذا الوصف، فإن تلك الحماية سوف تنتفي معه، ثم بعد ذلك نحاول أن نسقط كل ذلك على عقد التأمين.

وعلى هذا الأساس وتحقيقا لغائية البحث ارتأينا أن نتناول هذه الدراسة ضمن محورين وفقا للخطة التالية :

- المحور الأول : ويتضمن تأرجح مفهوم الإذعان بين التوسعة والتضييق.
- المحور الثاني : ويتناول مدى اعتبار التأمين من عقود الإذعان في ظل اختلاف المفاهيم.

## أولا : تأرجح مفهوم الإذعان بين التوسعة و التضييق

يعتبر الإذعان نموذجا صارخا لاختلال التوازن العقدي، وعقد الإذعان من العقود الحديثة النشأة التي أفرزها التطور الإقتصادي، وظهرت في العالم الغربي إبان ظهور الثورة الاقتصادية الحديثة [4]، ولقد استمدت التشريعات المدنية العربية الحديثة التي وضعت في القرن الماضي فكرة عقود الإذعان من التشريع الفرنسي، وعلى رأسها التشريع المدني المصري والتشريع المدني الجزائري الموافق له، ويرجع أساس الفكرة إلى ضرورة الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية ولزوم الإستثناء من قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" في بعض الظروف والأحوال التي يترتب عنها لحوق جور وظلم وتعسف بأحد طرفي العقد وإعطاء السلطة القضائية حق تعديل بعض الشروط والآثار التي تراضى عليها العاقدان لصالح الطرف الضعيف، بما يحقق العدالة والإنصاف والتوازن بين المصالح[5].

وللإحاطة بمفهوم عقد الإذعان كان لابد من التطرق للتعريفات المختلفة لهذا العقد وأهم خصائصه ثم الموازنة بينها.

**1- تعريف عقد الإذعان وأهم خصائصه :**

يتنازع تعريف عقد الإذعان اتجاهان أحدهما ضيق والآخر موسع، فلم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، وكذا فإن التشريعات لم تحدد له تعريفا، وفيما يلي نميز بين اتجاهات كل من الفقهين العربي والغربي في تعريفهما لعقد الإذعان وتحديد خصائصه تبعا لذلك.

**أ- في الفقه الغربي :**

لقد تعرض لتعريف عقد الإذعان الفقيه الفرنسي ساليي[6] الذي يجمع الفقهاء على أنه صاحب فكرة الإذعان، حيث يرى أن "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدّد بل على مجموعة غير محدّدة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"[7].

ولقد اهتم هذا التعريف بالإرادة المنفردة وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة، التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد[8]. وهو ما يتضح معه أن أهم خاصية في عقد الإذعان تتمثل في كونه ينعقد بدون مفاوضة سابقة مما يجعل مضمونه يتحدد بشكل أحادي وفردي من جانب المذعِن، وأن تلك الإرادة الفردية أو الأحادية هي التي تتولى تحديد اقتصاد العقد أو بعض عناصره ، أما إرادة المذعَن فلا تتدخل إلا من أجل منح فعالية قانونية لهذه الإرادة الأحادية.

من جهته عرف الفقيه "جورج برليوز" عقد الإذعان بأنه " عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد"[9].

وبهذا التعريف لا يكون "برليوز" قد خرج عن تعريف صاحب فكرة الإذعان الأستاذ "ساليي" إلا فيما يخص توضيحه بأن المحتوى التعاقدي قد يكون تحديده جزئيا.

كما كان قد تعرض لتعريف عقد الإذعان الفقيه الفرنسي الكبير "جاك غستان" الذي عرّفه بأنه "انضمام لعقد نموذجي يحرّره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله [10]".

وأهم ما يلاحظ على التعريفات الغربية السابقة أنها لا تشترط عنصر الاحتكار في عقود الإذعان، فهي تأخذ بمفهوم واسع لعقود الإذعان وذلك عكس ما هو سائد عند فقهاء البلدان العربية. وبالتالي يمكن إجمالا تحديد خصائص عقد الإذعان حسب الفقه الفرنسي عبر توافر عنصرين[11]:

- وضع شروط التعاقد مسبقا من أحد الأطراف وعرضها على الجمهور في شكل موحد.
- تسليم الطرف الآخر بكل شروط العقد ودون إمكانية مناقشتها.

وما تجدر الإشارة إليه أنه، إذا كان أحد أهم خصائص عقد الإذعان أن يقوم مقدم الخدمة أو السلعة بعرضها على جمهور المنتفعين بشروط واحدة مقررة سلفا، ولا يقبل النقاش فيها، ويغلب أن تكون في صورة عقود مطبوعة تتضمن هذه الشروط، فإن ذلك يحتاج إلى المزيد من البلورة لأن البعض يخلط بين العقود النموذجية وعقود الإذعان.

فإذا كان لابد من أن يقوم مقدم الخدمة بعرضها على الجمهور بصدور إيجاب عام ودائم هو بالضرورة عنصر من عناصر الإذعان، فإن عقد الإذعان لا يوجد إلا بتوافر كافة العناصر اللازمة لوجوده وهي العناصر السالفة الذكر.

لذلك يجب أن نلاحظ أن الإيجاب العام والدائم ليس قاصرا على عقود الإذعان، لأن هناك كثير من العقود التي يصدر فيها الإيجاب عاما ولا تعتبر من عقود الإذعان، كالبيع في المحلات الكبرى والمجمعات الاستهلاكية، والبيع بالمزاد بقائمة شروط معينة، كما وأنه يجب أن ندرك أن مثل هذه العقود المطبوعة قد تكون خلاصة خبرة قانونية وفنية، وربما خبرة عملية ذات سوابق، فهذه العقود لا تعني بالضرورة أنها عقود إذعان، وإنما قد يكون الهدف منها هو توفير الوقت في إعداد العقد في ظل عصر السرعة الذي نعيش [12] وهي وضعية تنطبق على خصائص عقد الإذعان سواء في الفقه الغربي أو العربي .

**ب - في الفقه العربي :**

بالرغم من تطرق مجموعة من القانونيين العرب إلى تعريف عقد الإذعان، إلا أن التعريف الذي أتى به الدكتور"عبد المنعم فرج الصده" يبقى أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتداد به، حيث عرف عقد الإذعان بأنه: " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[13].

إن أهم ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع أي المحل الذي يرد عليه الانعقاد، كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته[14].

فعلى خلاف الفقه الغربي نجد أن الفقه والقضاء المصريين بالتحديد قد ضيقا إلى حد كبير من عقد الإذعان بحيث اشترطا توافر ثلاث عناصر لاعتبار العقد عقد إذعان وهي[15]

- أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعد من الضروريات التي لا يمكن للمستهلكين الاستغناء عنها،
- أن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي يخوله احتكار[16] هذه السلع والخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو تكون المنافسة محددة النطاق في شأنها،
- أن يكون الإيجاب عاما وبشروط واحدة ولمدة غير محددة .

ويتضح من خلال هذا الاتجاه الذي سار على دربه الفقه والقضاء في مختلف أقطار الدول العربية ومن بينها الجزائر، أن الفقه العربي قد تبنى نظرة ضيقة لمفهوم عقود الإذعان، على الرغم من أن نصوص القانون المدني المنظمة لعقود الإذعان لم تقيد مفهوم عقد الإذعان بهذه القيود الكثيرة، التي مازال الفقهاء يرددونها بنفس عباراتها القديمة على الرغم من التطور الكبير الذي مس كيفيات وأساليب التعاقد.

وإذا كان ماسبق هو موقف الفقه فإن المشرع قد كان له موقف آخر، فبعد أن لاحظ المشرع الجزائري ما شاب مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي، ومدى الإختلال الخطير في حرية التعاقد، آثر أن يتلافى تلك العيوب، التي كشفت عنها التطورات الإقتصادية الحديثة، وعمد إلى حماية الطرف المذعن حماية فعالة، بأن صاغ نظرية عقود الإذعان[17] ، حدد فيها أبعاد سلطة القاضي، فبعد أن حسم جدلا فقهيا بشأن طبيعتها بأن أضفى عليها الصفة التعاقدية ووضع معيار التعرف عليها في المادة 70 من التقنين المدني[18]، اتجه إلى صياغة حكم عام يسري على كل عقود الإذعان – ومنها عقد التأمين- [19] تضمنته المادة 110من القانون المدني[20]، التي تنص على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وبهذا خول المشرع الجزائري للقاضي حق الرقابة على الشّروط التعسفية [21]، بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها عند اللّزوم.

وبالرجوع إلى المادة 70 من القانون المدني السابقة الذكر والتي تنص على أنه "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" [22]، يتضح بجلاء أن المشرع الجزائري تطلب لإسباغ صفة الإذعان على أي عقد أمرين لا ثالث لهما:

الأول / قيام أحد المتعاقدين أي الموجب بوضع شروط العقد وعرضها على المتعاقد الآخر.

والثاني / عدم قبول الموجب مناقشة تلك الشروط من الطرف الآخر الذي إما أن يقبل بها جملة أو يرفضها جملة، فإذا قبل بها انعقد العقد واعتبر عندئذ من قبيل عقود الإذعان.

ومن الملفت للنظر أننا لم نجد في هذه الفقرة ما تطلبه الفقه والقضاء من توافر الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع أو الخدمات الضرورية لإسباغ صفة الإذعان على العقد إضافة إلى الشروط الأخرى. وهذا المفهوم الذي حددته المادة 70 يتفق تماماً مع ما اتجه إليه الفقه الحديث في تحديد مفهوم عقد الإذعان.

وإذا كان ما تقدم هو موقف المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني، فإننا نجد نفس الموقف التشريعي في المادة 149 من القانون المدني المصري.

أما عن موقف المشرع الفرنسي في القانون المدني فانه خلا من نص يحدد فكرة عقود الإذعان أو نص يعمد إلى إضفاء حماية تشريعية على الطرف الضعيف فيها، إلا أن الجدل الفقهي الذي قام حول طبيعة هذه العقود[23] والذي أثاره الفقيه (ساليي) حدا بالمشرع الفرنسي أن يتدخل بنصوص خاصة لمعالجة أهم عقود الإذعان، كعقد التأمين وعقد النقل وعقد العمل، هذا من جهة ومن جهة أخرى نلاحظ أن القضاء أوجد حلولاً مناسبة لحماية المذعَن منها مراعاة العدالة وحسن النية في تفسير الشروط التعسفية[24]، ويرجع السبب في أن التشريع الفرنسي لم يورد نصا مماثلا، ذلك لأن جانبا من الفقه الفرنسي كان يرى أن تخويل القضاة حق مراجعة شروط العقد بحجّة ما بها من جور وتعسّف، يطلق يدهم في التحكم، مما حدا بهم إلى معارضة وضع نظام خاص لحماية الطرف المذعن من الشّروط التعسّفية[25]. وبذلك يكون كل من المشرعين الجزائري والمصري قد بلغا ما لم يبلغه المشرع الفرنسي بشأن نظرية عقود الإذعان، على الأقل في ظلّ القواعد التقليدية للقانون المدني، أي قبل ظهور القواعد الحديثة لحماية المستهلك، والتي كان لانتشارها في السنوات الأخيرة، أثر كبير على التشريعات المنظمة للتأمين، إذ تدخلت هذه الأخيرة لحماية المؤمن له، وذلك عن طريق تخويله إمكانية الرجوع عن بعض العقود التي أبرمها، وفي محاربته لبعض الشروط التعسفية وفي إعلامه.

**2 – ضرورة الابتعاد عن المفهوم التقليدي الجامد و تبني المفهوم الموسع لعقد الإذعان :**

إن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان قد اقتصر نطاقه على حدود ضيقة لم تعد تتواءم مع ضرورات حماية المستهلك في مواجهة تجمعات الإنتاج وشبكات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال شروط معدة سلفا لا يكون بوسع المستهلك لدى الرغبة في التعاقد إلا قبولها دون السماح له بتعديل مضمونها أو مناقشتها، وعادة ما تكون هذه الشروط محققة للمهني أقصى انتفاع ممكن في الوقت الذي تضع عنه اكبر عدد ممكن من الالتزامات إلى حد الإعفاء من المسؤولية الملقاة على عاتقة[26].

فبالرغم من ارتباط الإذعان بأولويات وضرورات حماية المستهلك، فمع ذلك لا يمكن القول أن تفوق المهني على المستهلك هو دائما من قبيل الإذعان الذي يبرر الحماية التي قررها المشرع في عقد الإذعان، ذلك أنه قد يتم التعاقد بمناسبة عقد الإستهلاك مع وجود عدم توازن بين الإلتزامات، ولكن مع غياب أي احتكار في إمكانية مناقشة بنود العقد، إذ أن الخلل هنا سببه عدم كفاءة المستهلك الفنية والتقنية ونقص ممارسته التعاقدية، التي قد لا تمكنه من مناقشة بنود العقد، أو لا تسمح بتقدير الآثار المترتبة عن هذا العقد بصفة مسبقة، وبالتالي فالمسألة تتطلب حماية أكثر مما أولته المادة 110 من القانون المدني، والتي تظل فعاليتها قاصرة في حماية المستهلك في ظل التطور والإنفتاح الإقتصادي الحاصل وهو ما جعل المشرع يعمل على توسيع الحماية التشريعية [27]، وهو ما أقدم عليه من خلال القانون09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

هذا فضلاً عن أنه إذا كان الواقع العملي هو ما حدا بالفقه والقضاء إلى اشتراط الاحتكار في عقود الإذعان لاسيما العقود المبرمة بشأن خدمات الماء والكهرباء والنقل والتأمين وما إلى ذلك، الأمر الذي أدى إلى ارتباط فكرة الإذعان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالتعاقد مما جعلها فكرة اقتصادية أكثر منها قانونية، فإن المفروض ربط هذه الفكرة بالنصوص القانونية ولاسيما أن هذه النصوص جاءت صريحة وواضحة في تحديد ماهية عقد الإذعان ونطاقه لا بل إنها تستوعب التوسع الحاصل في حاجات المستهلك وتوفر له السبل الكفيلة للحماية[28]، إذا ما فسرنا هذه النصوص بما ينسجم مع غاياتها التشريعية بعيداً عن التقيد والتمسك بشروط لا أساس قانوني لها[29].

ومن خلال الموازنة بين المفهومين الضيق والموسع لعقد الإذعان، يتضح مدى استجابة المفهوم الموسع لعقد الإذعان للمعطيات الإقتصادية الحديثة، ومن ثم فائدة الأخذ بهذا الأخير لاسيما في ظل التحولات الإقتصادية التي نتج عنها إلغاء الإحتكار في معظم الأنشطة الإقتصادية.

ولعل هذه الملاحظة قد شعر بها جانب من الفقه الذي يسير في الإتجاه الضيق لمفهوم عقود الإذعان، مما دفع به مؤخرا إلى إعادة النظر في مفهوم عقد الإذعان ومحاولة إيجاد مفهوم حديث يكفل قدرا من الحماية للطرف المذعن.

لذا ولانعدام السند القانوني لما تطلبه الفقه والقضاء من وجوب احتكار السلع أو الخدمات في نطاق عقد الإذعان، فإننا نوافق بعض الفقه [30] فيما ذهب إليه من ضرورة إعادة النظر في تحديد مفهوم عقد الإذعان والتوسع في نطاقه، وتبني المفهوم الواسع بهذا الشأن ولاسيما من وجهة نظر القضاء بقصد بسط الحماية القانونية للطرف المذعن على مستهلك التأمين الذي بات بأمس الحاجة إلى هذه الحماية أمام التطور الذي مس المعاملات وخاصة التعاقدية، مما جعلها تتسم بالسرعة الفائقة والتي لا تدع مجالا للمناقشة والتفاوض بصددها مما يجعل المستهلك يجد نفسه أمام عقد إذعان من الناحية الواقعية.

**ثانيا : مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين**

لقد استقر الإجتهاد الفقهي والقضائي منذ زمن طويل على أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد على عقود الإذعان، تلك التي يقصد بها العقود التي تتمايز فيها مراكز المتعاقدين كما سبق وأن أسلفت، إذ يقتصر دور أحدهما على القبول والتسليم بالشروط التي يضعها الطرف الآخر دون مناقشة أو تعديل.

إلا أن بروز اتجاه فقهي معاصر يفند انتماء عقد التأمين إلى طائفة عقود الإذعان قد أثار لدينا إستفهامات تدور حول الجواب عن السؤال التالي :

هل التأمين عقد إذعان أم أنه ليس كذلك ؟ و إذا كان عقد إذعان هل هو مطلق أم هو نسبي ؟ وهل هو بنفس الدرجة في جميع عقود التأمين ؟

ولذا فإن الإجابة عما سبق من استفهامات تقتضي مني تحليل طبيعة الإذعان في عقد التأمين أولا ثم عرض اتجاهات الفقهاء إلى نفي أو تقليل طابع الإذعان في عقود التأمين ثانيا.

**1 - تحليل طبيعة الإذعان في عقد التأمين :**

يعرف التأمين وفقا للمادة 619 من القانون المدني الجزائري بأنه: (( عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى )).

وما ينبغي الإشارة إليه أن أغلب التشريعات العربية لم تبتعد عن صيغة مفهوم التأمين في القانون الفرنسي وهو نفس المفهوم الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 619 من القانون المدني الجزائري[31].

ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لأهم عناصر العقد من أشخاص التأمين، وهم المؤمن والمؤمن له والمستفيد، ومضمونه من خطر وقسط ومبلغ التأمين، كما يمتاز أيضا بأنه جاء شاملا لأنواع التأمين.

ورغم تميز التأمين بمجموعة من الخصائص من حيث كونه عقدا رضائيا ومن عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، إضافة إلى أنه عقد احتمالي زمني ومن عقود حسن النية، تبقى أكثر خاصية يتميز بها التأمين تهمنا في نطاق هذه الدراسة، هي أنه عقد إذعان.

فعقد التأمين يوصف عموما بأنه عقد إذعان ويقصد بذلك وبالأخص بالنسبة للمؤمن له أنه لا يملك من الحرية إلا أن يقبل العقد أو العرض العام والمستمر والجامد الذي تقدمه له شركة التأمين، فلا يستطيع النقاش ويخضع لإرادتها، وهذه الملاحظة صحيحة في جزء كبير منها مما جعل القضاء يتدخل لتفسير العقد والحد من تعسف المؤمن، ويفسره لصالح المؤمن له باعتباره الطرف الضعيف[32] ومناط الحماية القانونية .

جل ما يمكن قوله أن التوازن العقدي الذي كان يشكل قوام المفهوم التقليدي لأي عقد قد أصبح أمرا مفقودا في الوقت الراهن في عقد التأمين، لاسيما أن شركة التأمين التي تعتبر قوة اقتصادية ومالية هي الطرف المهيمن على العقد. حيث تقوم بصياغة عقود نموذجية تحتوي على شروط مدروسة من طرفها ومعدة مسبقا من طرف خبراء متمرسين في هذا المجال. يعملون على استغلال الثغرات القانونية وتحرير عقود وفق صيغ تهدف إلى التخفيف من التزاماتهم من جانب وإثقال كاهل المؤمن له من جانب آخر هذا الأخير الذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، والذي ينجر للتعاقد مدفوعا برغبته في

الحصول على الضمانات التأمينية، فضلا عن أنه لا تتوافر لديه الخبرة الفنية التي تؤهله لفحصها ولا الخبرة القانونية التي تمكنه من استيعاب شروطها والتي تؤهله للحصول على حقه أمام القضاء في حالة ما إذا ثار نزاع حول ذلك. فلا يقتصر دوره في معظم الحالات سوى على ملء الفراغات البيضاء في عقد التأمين دون إمكانية مناقشة شروطه المعدة مسبقا التي قد تكون مجحفة في حقه وفيها كثير من الظلم والتعسف[33].

ومن هنا وجب على المشرع التدخل لحماية الطرف الضعيف في عقد التأمين سعيا منه لتحقيق العدالة من خلال الحماية القانونية للمؤمن له بمختلف أشكالها ومراحلها، وإعادة التوازن إلى علاقة عقدية أصبحت تتسم بعدم التكافؤ، وقد كان ذلك بموجب العديد من القوانين العامة والخاصة أبرزها القواعد الآمرة في قانون التأمين إضافة إلى قواعد القانون المدني وقانون الإستهلاك[34] والتي تنطبق بدورها على عقد التأمين باعتباره عقدا استهلاكيا ومن عقود الإذعان.

فاعتبار التأمين من عقود الإذعان قد مكن القضاء من إضفاء قدر كبير من الحماية للمؤمن له وذلك من خلال تفسير الشروط الغامضة والتي تكون محلا للشك، في صالح المؤمن له باعتباره الطرف المذعن[35]. وهذا ما أكده المشرع الجزائري بنصه في المادة 2/112 من القانون المدني على أنه " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ". وهو نفس الاتجاه الذي سلكه من قبله المشرع المصري بموجب المادة 151 الفقرة الثانية والتي جاء النص الجزائري مطابقا تماما لها.

وذلك أيضا ماحرص المشرع الفرنسي على تأكيده حديثا، بمقتضى القانون 95-96 الصادر بتاريخ 1995/02/01 بشأن الشروط التعسفية وتقديم العقود، وكان ذلك بموجب المادة L.133-2 والتي أوجب المشرع بمقتضاها أن تكون شروط العقود المقترحة بمعرفة المهنيين للمستهلكين أو غير المهني محررة بطريقة واضحة ومفهومة وفي حالة الشك يجب تفسيرها لصالح المستهلك أو غير المهني[36]وهو ما ينطبق على عقد التأمين باعتباره عقدا من عقود الإستهلاك[37].

فعقد التأمين يعتبر عقدا من عقود الاستهلاك كأصل عام لأنه يجمع بين مقاولات التأمين وإعادة التأمين التي تتعاقد لأغراض مهنة التأمين باعتبارها من عقود الخدمات ذات الطبيعة المالية وبين المؤمن لهم باعتبارهم مستهلكي خدمات التأمين الذين يقتنون هذه الخدمة لأغراض شخصية أو عائلية، وتبرز أهمية إضفاء طابع عقد الاستهلاك على عقد التأمين لكون نظرية العقد الاستهلاكي في إطار التشريعات المقارنة، قد أصبحت بمثابة الشريعة العامة لجميع عقود الاستهلاك بحيث يرجع إليها للاستفادة من نظام الشروط التعسفية أو غيرها من الأنظمة القانونية المرصودة لحماية المستهلك والتي تستهدف الحد من ظاهرة الاختلال في التوازن العقدي[38].

ومع ذلك وبالرغم من جميع تلك التدخلات التشريعية الهادفة إلى حماية المؤمن له، لا يزال أغلبية الفقهاء يعتبرون عقد التأمين من عقود الإذعان والمؤمن له الطرف الضعيف فيه، وهنا يجب التمييز بين وضعيتين :

**أ /** مع أن المفهوم الحديث لعقد الإذعان يستبعد ضرورة أن يكون هذا العقد متعلقا بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وكذلك عنصر احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، إلا أنه يلاحظ في هذا الصدد أن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان لا يزال هو المعتمد لدى جانب كبير من الفقه العربي، وهذا المفهوم الضيق في رأيي المتواضع يتناقض مع التطورات الإقتصادية الحالية القائمة على المنافسة الحرة، لا سيما إذا ما تم تطبيق ذلك على واقع التأمين، وذلك بعد قيام المشرع الجزائري بإلغاء إحتكار التأمين من طرف الشركات الوطنية المملوكة للدولة، وفتح السوق أمام الخوصصة وقد كان ذلك بموجب الأمر95– 07 المتعلق بالتأمينات، والذي تجسد بموجبه إضافة إلى جملة أخرى من القوانين انتقال السوق الجزائري من النظام الإشتراكي إلى انتهاج نظام اقتصاد السوق.

**ب /** إضافة إلى ما سبق، فإن هنالك من الفقه العربي من يتبنى المفهوم الحديث لعقود الإذعان، ويرى في شأن ذلك بأن المعايير التي يرتكز عليها هذا المفهوم من ناحية استقلال أحد أطراف العقد بإعداد شروطه

وعدم قبوله مناقشة فيها، أو كون تلك المناقشة على الأقل عديمة الجدوى من ناحية إمكانية تغيير هذه الشروط، هي معايير تنطبق تمام الانطباق على واقع عقود التأمين، مما لا يدع معه مجالا للشك في انتماء عقد التأمين لطائفة عقود الإذعان وهو ما يبرر التدخل التشريعي في مجال التأمين بهدف إقامة نوع من التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التأمينية[39].

و إذا كان ما سبق يمثل رأي أغلبية الفقهاء في اعتبار التأمين من طائفة عقود الإذعان، فإنه قد لاحظنا مؤخرا بروز اتجاه فقهي معاصر يقلل من طابع الإذعان في عقد التأمين أوقد ينفيه أساسا وهو ما سوف يتم تناوله ضمن العنصر الموالي.

**2 - اتجاه الفقه الحديث إلى نفي طابع الإذعان عن عقد التأمين:**

لقد لاحظنا مؤخرا أن بعض الفقه الحديث قد بدأ يحيد عن فكرة انتماء عقد التأمين إلى طائفة عقود الإذعان وذلك للاعتبارات التي كنا قد ذكرناها آنفا، فبرز في هذا السياق تيار ينفي وصف لإذعان عن عقد التأمين و يضيقه أو يجعله نسبيا، وهذا ما يتطلب عرض الآراء المختلفة في هذا الصدد.

فيرى الدكتور غازي خالد أبو عرابي بأنه إذا تم تطبيق شروط عقد الإذعان التقليدية على عقد التأمين يصعب القول بأن عقد التأمين هو عقد إذعان بصورة مطلقة، وهذه الشروط هي[40]:

1- **احتكار السلعة أو الخدمة :** وهذا غير متوفر في التأمين إذ أن هناك عدد معتبر من الشركات التي تمارس أعمال التأمين المختلفة في الدولة الواحدة، مما ينفي عنصر الإحتكار عن هذه الخدمة[41]. وعليه فمتى ما كانت المنافسة ظاهرة ومفتوحة أمام الجميع فلا يمكن أن يوصف عقد التأمين بأنه عقد إذعان، وإذا كانت المنافسة معدومة أو محدودة فإن العقد يكون عقد إذعان.

2- **يجب أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك** : وخدمة التأمين ليست من الخدمات الضرورية باستثناء التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات، فهذا النوع يعتبر ضروريا لأنه مفروض بقوة القانون، مما أسبغ عليه طابع الضرورة القانونية وليس طابع الضرورة الواقعية.

وهنا يتضح مدى ضرورة الأخذ بالمفهوم الواسع لعقد الإذعان وضرورة الإبتعاد عن المفهوم التقليدي الضيق، لا سيما في ظل التطورات الإقتصادية الهائلة وانتفاء أحد أهم ضوابط عقود الإذعان في الوقت الحالي وهو الإحتكار.

ومن جانب آخر يرى الدكتور عبد القادر العطير بأنه من الممكن اعتبار التأمين في أحيان- وإن كانت نادرة – من قبيل عقود المساومة التي يمتلك فيها المؤمن له حرية إبرام العقد بعد مناقشة شروطه وتعديلها، ومن ذلك على سبيل المثال عقود التأمين المبرمة مع الشركات والمنشآت الكبرى، كشركات الملاحة و النفط[42].

يضاف إلى ما تقدم، أنه في بعض حالات التأمين، يمكن أن يكون المؤمن له هو الطرف القوي اقتصاديا في عقد التأمين وليس شركة التأمين[43]، مما يجعله يفرض شروطه على هذه الأخيرة وليس العكس، وهو ما يقودنا إلى القول أنه لابد من تغيير المفاهيم التقليدية لعقود الإذعان والاكتفاء بالشروط الواردة في المادة 70 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وبتطبيق ذلك على عقد التأمين، نجد أن المؤمن هو الذي يقوم بإعداد شروط العقد وتفصيلاته، ويطبقها في صورة وثيقة يعرضها بشكل عام للكافة، ولا يقبل المناقشة أو التعديل فيها، ويقتصر دور طالب التأمين على الموافقة على العقد، كما هو أو رفضه برمته ومن ثم يكون الطرف الضعيف أو المذعن في عقد التأمين[44].

لهذا السبب فقد تدخل المشرع صراحة ليعيد التوازن إلى العقد، ويوفر حماية حقيقية للطرف الضعيف في عقد التأمين وهو المؤمن له، وذلك بموجب القواعد والنصوص العامة والخاصة.

إضافة إلى ما سبق فإنه قد يضيق نطاق الإذعان في بعض عقود التأمين وقد ينعدم، ويكون ذلك في الحالات التالية :

1. يضيق نطاق الإذعان إذا ما تولى المشرع بنفسه تحديد شروط عقد التأمين الذي يبرم بين المؤمن والمؤمن له، كما هو الحال في عقود التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات، والتي تولى فيها المشرع بنفسه تحديد الحد الأدنى لشروط هذا العقد، ومقدار قيمة كل من الأقساط الواجب أداؤها من المؤمن له، ومبالغ التأمين المستحقة في حال وقوع الخطر[45].
2. على خلاف عقد التأمين التجاري، الأصل في عقد التأمين التعاوني أن يتردد بين عقود المساومة وعقود الإذعان، كما أن ما ينطوي عليه من إذعان لا يصل بحال إلى مستوى وحجم ما هو عليه في التأمين التجاري حيث يسهم في تحقيق ذلك عدة عوامل من بينها الآتي[46]

- أن المؤمن له المشترك في عقد التأمين التعاوني يكتسب صفة العضو بمجرد انضمامه إلى جمعية التأمين التعاوني، ومن ثم فإنه يكون له بعد انضمامه إلى هذه الجمعية الحق في مناقشة كافة الأمور المتعلقة بالصندوق أو بالجمعية وكيفية الإدارة في أي منهما ومزاولته لنشاطه.
- أن المبرر لوضع شروط مشددة على المؤمن له لا يكاد يجد له محلا في عقد التأمين التعاوني، وإلا فإنه سيعود بالمنفعة على المؤمن له نفسه، ذلك أن قصد الربح في هذا العقد منعدم، فالأطراف كلهم ذووا حقوق وواجبات متساوية، وإذا ما وجد من بعد ذلك شروط مشددة في حق المؤمن لهم، فإن نفعها لن يعود إلا عليهم، أي أن فرض مثل تلك الشروط يجد تبريره في الحرص على مصلحة الجماعة والتي يعد العضو المشترك في التأمين جزءا منها، ومن ثم فإنها في النهاية تصب في صالحه.

3. يكاد يخلو التأمين البحري من طابع الإذعان، فبالرغم من كون بعض الفقهاء يعتبرون أن التأمين البحري من عقود الإذعان وحجتهم في ذلك أنه لا يناقش بكل حرية وأن المؤمنين البحريين هم وحدهم صانعوا قانونهم، وأن هذا الوصف ينطبق بالخصوص على التأمين على البضائع أكثر منه على التأمين على السفن[47]، إلا أنني أتفق مع الرأي الذي ينفي طابع الإذعان عن عقد التأمين البحري وهذا الرأي كان قد أثاره الفقيه الكبير ريبير"RIPERT" بقوله أن هذا الوصف قد اضمحل لسببين[48]:

- **السبب الأول :** أن المؤمن لهم يتعاقدون وهم على معرفة تامة بالتأمين البحري وعلى دراية كاملة بشروط العقد وبنوده، وذلك بحكم أن التأمين البحري يتم مع المجهزين و تجار ممتهنين يتمتعون بقوى اقتصادية و دراية فنية قد تفوق قوة ودراية شركات التأمين.
- **السبب الثاني :** أن للتأمين البحري طابعا دوليا أكثر مرونة من غيره من التأمينات الأخرى، بحيث أن المؤمنين لا يستطيعون فرض بعض الشروط على عملائهم خوفا من المنافسة ومن تحول عملائهم للتعامل مع المؤمنين الأجانب.

كما يرى ريبير أن هناك تنظيما عرفيا للعقد بحيث أن المؤمن له لا يخضع لإرادة المؤمن وإنما يخضع للعرف المعمول به، وهذا العرف قد ساهم كل من المؤمن والمؤمن لهم في تكوينه، بحيث أن الطرف الأخير في درجة من القوة الاقتصادية التي مكنته من المساهمة في وجود هذا العرف الذي يرعى مصالحه[49].

وأمام ملاحظة قوة المؤمن لهم فإن المواد القليلة ذات الطابع الآمر جاءت لحماية المؤمن وليس المؤمن له، وأن الممارسة العملية جعلت هذا النوع يتطور[50]مما يجعل القول بالطابع الإذعاني للتأمين قد تجاوزه الوقت ولا ينسجم مع الواقع ومع الأحكام التشريعية، وهذا ما يؤكده التشريع الجزائري المنظم لهذا التأمين في الأمر (95-07) المتضمن 89 مادة مفسرة و 19 مادة آمرة، جاءت في معظمها لصالح المؤمن[51].

من جانبه يرى الأستاذ بهاء بهيج شكري[52] بأن إجماع الفقهاء على صفة الإذعان في عقود التأمين مبالغ فيه، ولا يتفق مع طبيعة هذا العقد، فعقود الإذعان تتعلق بالمنافع والخدمات الإحتكارية، والتأمين ليس محتكرا من جهة معينة بالذات، فضلا عن ذلك فإن شروط عقد التأمين تتعلق بمسائل فنية تقتضيها عملية تحديد الخطر المؤمن منه، وما يقابله من قسط التأمين. وهي مسائل ينفرد المؤمن بمعرفتها ولا خبرة للمؤمن له بها. فمن الطبيعي أن يتولى المؤمن صياغة هذه الشروط. وإن كون هذه الشروط المذكورة

مطبوعة سلفا على شكل نموذج في وثيقة التأمين، لا يضفي عليها صفة الإذعان، ذلك لأنها شروط عامة لا تختلف من عقد إلى آخر، وطبعها سلفا في نموذج موحد هي مسألة إدارية لتسهيل تداولها. وإن وجود هذه الشروط العامة لا يمنع طرفي العقد من الاتفاق على شروط خاصة تضاف إلى وثيقة التأمين من شأنها تعديل أو إلغاء بعض الشروط العامة لقاء ما يقابل ذلك من قسط تأمين إضافي يتناسب مع زيادة حدة الخطر الناشئة عن هذا التعديل.

و الواقع أن شركات التأمين لا توافق على أي تعديل في الشروط العامة المطبوعة ذلك لأن هذه الشروط وضعت بعد أن استقرت في شأنها أحكام القضاء ومحصتها خبرة فنية وعملية طويلة حتى وصلت إلى شكلها المعروف حاليا، كما أنه ليس من العدل أن تصدر شركات التأمين وثائق للتأمين بشروط عامة لكل حالة على حدة، ولذلك فإنه هذه الشروط العامة ثابتة لا تتغير، بل وأصبحت من الأمور المسلم بها في كل الظروف، فأمست وثائق التأمين صكوكا يعتمد عليها لما تحتويه من نظم وأسس تجعلها في بعض الأحيان تفوق حتى مقتضيات القانون(53).

وخلاصة القول أنه بالرغم من الاستثناءات السابقة إلا أن عقود التأمين عموما تعتبر أمام القانون من عقود الإذعان بالنظر على الأقل لما تتضمنه من شروط نموذجية، فهي لا تبرم بعد مناقشة حرة من الطرفين لشروطها، كما أن المؤمن له لا يملك إلا قبول وثيقة التأمين دون أدنى مناقشة. وليس لنا إلا أن نسلم بهذا الأمر لأن شروط التأمين لا تناقش فعلا مع المؤمن له قبل إبرام العقد، فلا يمكن لهذا الأخير تعديل أو تغيير صيغة الشروط المطبوعة، وإنما تفرض عليه ولا تقبل شركات التأمين المناقشة فيها.

**خاتمة:**

لقد هدفت هذه الدراسة للإحاطة بموضوع الإذعان ومدى انطباقه على عقد التأمين، ولقد خلصنا من خلالها إلى أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري قد كان سباقا لحماية الطرف المذعن بعد أن انتبه لخطورة عقود الإذعان تلك التي برزت للعالم خلال القرن الماضي، وهو بذلك قد سبق حتى القانون الفرنسي في هذا الصدد. كما تمثل أهم ما تمت مناقشته خلال هذه الدراسة تبني الفقه العربي التقليدي في مجمله لمفهوم ضيق لعقود الإذعان يرتكز على عنصر الإحتكار، وهو ما يتنافى مع ما تبناه الفقه الحديث على غرار الفقه الغربي، وبعض التيارات الفقهية العربية المعاصرة وكذا بعض التشريعات لا سيما المشرع الجزائري، وقد تم إسقاط تلك المفاهيم على عقد التأمين الذي تنازعه اتجاهان أحدهما تقليدي يصر على كون التأمين عقد إذعان، وثانيهما حديث ينفي وصف الإذعان عن عقد التأمين.

وقد كانت أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة والتي تمثل الإجابة لإشكالية الدراسة تتمثل في :

- أن المفهوم الموسع لعقود الإذعان والذي أيده بعض الفقه هو الذي يتماشى مع نصوص القانون، وهو ماجسدته المادة 70 من القانون المدني الجزائري، كما أنه ينسجم مع واقع التحولات الإقتصادية التي انتفى في ظلها الإحتكار عموما واحتكار خدمة التأمين على وجه أخص.
- أن هذا المفهوم الحديث يكفل توفير الحماية للطرف المذعن في العقد عموما والمؤمن له في عقد التأمين على الخصوص، بحكم انطباقه تمام الإنطباق على الواقع الحالي لعقود التأمين.
- أنه بالرغم من تضارب الآراء الفقهية واختلاف الأسباب وتعدد أساليب حماية الطرف الضعيف، إلا أن التأمين لا يزال يعد أبرز نماذج عقود الإذعان بالنظر لما يتضمنه من شروط نموذجية لا تقبل مناقشة ولا تعديلا.

وأهم ما ندعو إليه في ختام هذه الدراسة هو التوسع في مفهوم عقود الإذعان، لأن الحماية المترتبة عنها قد تكون الملاذ الوحيد للمتعاقد الضعيف عموما والمؤمن له في عقد التأمين على وجه خاص، مادام أن اتساع مظلة الحماية القانونية أمر لا يعيب نصوص القانون ولا يقلل من هيبتها، بل على العكس من ذلك فإن هيبة هذه النصوص تكمن في اتساع دائرة الفئات المستفيدة منها، ولذلك نوصي بتغيير المفاهيم التقليدية لعقود الإذعان التي لم تعد شروطها تتواءم مع معطيات العصر الحالي والإكتفاء بالشروط

الواردة في المادة 70 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

**الهوامش والمراجع:**

1- Ismail Alkhalfan, La Protection Contre Les Clause Abusive du Contrat d'Assurance , thèse de doctorat, Université Montpellier 1, 2012 , p16 . Publié sur : www.theses.fr

2- على غرار باقي التشريعات المقارنة لا سيما التشريع الفرنسي ، فقد جسد المشرع الجزائري ذلك في ميدان التأمين بموجب **الأمر 95-07** المؤرخ في 25 جانفي 1995 و المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم **بالقانون 06-04** المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، حيث قضى في مادته 278 بإلغاء جملة القوانين ذات الصلة بالإحتكار، وهو يمثل القانون الذي ينظم في الوقت الحاضر عقود التأمين في الجزائر، وتتمثل أهم خصائصه في:

أولا / السماح للقطاع الوطني والأجنبي بالإستثمار، على أن يخضع ذلك للموافقة السابقة للدولة .

ثانيا / أن تتخذ تلك المقاولات شكل شركة مساهمة أو تعاونية .

ثالثا / ممارسة رقابة الدولة على شركات التأمين حفاظا على مصالح المؤمن لهم.

3- وفقا للقواعد العامة فإن دور القاضي بالنسبة للعقود يقتصر على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، إلا أنه و خروجا عن هذه القاعدة ، وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان اعترف للقاضي بسلطة استثنائية بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إلغاء الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية ، بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين ، انظر : **د. بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري – دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر- دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2007 ، ص 58 وما بعدها** .

4- نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشّروط، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر، والاستسلام لشروطه.

5- أ.د كمال نزيه حداد ، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ، مجلة العدل ، العدد 24 ، ص 52 .

Voir aussi : Brigitte Lefebvre, Le contrat d'adhésion, revue du notariat, vol.106 septembre2003, p453 et s.

https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/1386/Contrat%20d%27adhesion.pdf?sequence=1

Luc Audet,Le Contrat d'Adhésion Caractéristiques et Conséquences Juridiques, article publié sur :

http://www.droitdespme.com/documents/Contrat-adhesion.pdf

6- يعتبر الفقيه الفرنسي ساليي « Saleilles » هو أول من لفت الإنتباه إلى فكرة الإذعان التي تدور حولها نظرية الإذعان، وذلك عندما لاحظ المحتوى التعاقدي لمجموعة من العقود، والذي كان يفرضه في الواقع أحد الطرفين على الآخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه ، وقد أطلق على هذه العقود تسمية « Les contrats d'adhésion » أي عقود الإنضمام، وذلك في مؤلفه (الإعلان عن الإرادة في العمل القانوني) أما التسمية العربية: (عقود الإذعان ) فهي من ابتداع الأستاذ السنهوري، والذي يبرر اختياره

لهذه التسمية بقوله: " لقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان وذلك لما يشعر به هذا التعبير من معنى الإضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجا في اللغة القانونية من فقه وقانون وقضاء، وانتقلت إلى التشريع الجديد ". ومنه إلى تشريعات جميع الدول العربية : **د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، ج 1، المجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2000، ص 245.**

ويكاد يجمع فقهاء القانون العرب على أن تسمية "عقود الإذعان " التي أطلقها الأستاذ السنهوري أصح من التسمية الفرنسية "عقود الإنضمام" التي جاء بها ساليي، إلا أن هناك من وجه انتقادات لهذه التسمية حيث اعتبر الدكتور رفيق المصري في مؤلفه الخطر والتأمين أن تلك التسمية مسؤولة حتى يومنا هذا عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة بشأن هذه العقود، وذلك لأن الفقيه المعاصر كلما وقع على هذا الإصطلاح بما يعنيه في معاجم اللغة من ذل وخضوع وإكراه وانقياد، تحركت عنده نوازع الحكم عليه بالتحريم، ذلك أن لفظ الإذعان تأباه النفوس الحرة الباحثة عن الحرية، وربما تكون هذه المعاني حاجبا للفقيه من الغوص وراء اللفظ ليتبين معناه الحقيقي، لذلك غالبا ما يتخذ موقفا نفسيا مسبقا يميل فيه إلى النفور والتحريم. وبذلك يرى أنه لا حاجة للعدول عن معنى اللفظ الفرنسي، وذلك لكون لفظ الإنضمام أشمل من لفظ الإذعان، ولأن الإذعان لا يعدو كونه حالة خاصة من الإنضمام . أنظر **: د. كمال نزيه حداد ، ص 55 ومابعدها.**

7- - Saleilles (De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand), Paris, 1929, Art.133, n°. 89, s., p.229; «Les contrats d'adhésion dans lesquels il ya une seule volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer decet engagement déjà créé sur soi-même. »

نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد،عقد الإذعان في القانون المدنى الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 199 ، ص23

8- محفوظ لعشب ، مرجع سابق ، ص 23 .

9- « un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé totalement ou partiellement , de façon abstraite et générale avant la periode contractuelle » .

**- George Berlioz , le contrat d'adhésion , 2éme édition ,LGDJ 1976 .p 27**

10- جاك غستان، المطول في القانون المدنى( تكوين العقد )، ترجمة منصور القاضي،، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، الطبعة الثانية ، 2008 . ص 96 .

11 - Georges Berlioz ,OP.Cit , p27 et suiv.

12- د. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني –دراسة مقارنة – (رسالة دكتوراه منشورة)، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 62 .

13- د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ،1976 ، ص 120 .

14- محفوظ لعشب ، مرجع سابق ، ص 26 .

15- انظر: د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 245 .

16- يقصد بالإحتكار وفقا للمفهوم الإقتصادي الإنفراد بسوق سلعة أو خدمة في يد واحدة ومن أهم المساوئ المترتبة على ذلك ، إغلاق باب المنافسة أمام صغار المنتجين أو الموزعين ومن نتائجه كذلك عدم توازن المستهلك مع المحتكر ، مما يجعل العلاقة بينهما حتى ولو كانت عقدية ، إلا أنها ستكون إذعانا يحمل شروطا تعسفية . للمزيد من الإطلاع حول الإحتكار و أنواعه والآثار المترتبة عليه ، أنظر :

**د. الهيثم عمر سليم ، حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية المؤدية إلى الإذعان (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين ، المجلد10 ، العدد 06 ، جانفي 2013 .**

17- متأثرا في ذلك بنظيره المشرع المصري لسنة 1948 ، بموجب المادة 149 من القانون المدني المصري و كذا المادة 151 .

18- تتطابق المادة 70 من القانون المدني الجزائري حرفيا مع العديد من النصوص الواردة في القوانين العربية الحديثة، لا سيما المادة 149 من القانون المدني المصري، والمادة 304 من القانون المدني الأردني ، والمادة 167 من القانون المدني العراقي. مع الإشارة إلى أنه نص غير موروث عن القانون المدني الفرنسي، أنظر: **د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص 58.**

19- نويري سعاد، الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الثاني والعشرون ( الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة )، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 13 و 14 ماي 2014، ص 52 .

20- ونص المادة110 من القانون المدني الجزائري مطابق تماما لنص المادة 100 من القانون المدني المصري.

21- حول الشروط التعسفية في عقود التأمين، راجع : د. فايز أحمد عبد االرحمان، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2006 .

و للمزيد من الإطلاع حول الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية في عقود التأمين ، انظر : op.cit , ISMAIL ALKHALFAN

22- في نفس الإتجاه فقد حسم القانون المدني المصري فكرة العقدية بالنسبة لعقود الإذعان في نص المادة (149) منه ، وهي مطابقة تماما لنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري .

23- وفي ذلك يقول أ. السنهوري : " أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع له سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد، كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها. بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا : الأولى، وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع -لا القاضي – لينظم عقود الإذعان": الوسيط ، مصادر الإلتزام، ج1، المجلد 1، ص 247 .

24- د. منصور حاتم محسن و د.إيمان طارق مكي ، القوة الملزمة للشروط أحادية التحرير في العقد ، ص 444 ، بحث منشور على الموقع : www.uobabylon.edu.iq

25- يعتبر الدكتور بودالي محمد أن هذا الرأي لا يخلو من المبالغة و التصنع ، مما أدى إلى وضع قواعد خاصة تراعى عند انعقاد عقد الإذعان و عند تنفيذه وتفسيره ، بوصفه عقدا ذا طبيعة خاصة . من حيث اعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ومن حيث تفسير الشك الذي يكتنف عباراته لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أم مدينا . انظر : **د. بودالي محمد، مرجع سابق ، ص 16 .** وللمزيد من الإطلاع حول طبيعة عقد الإذعان ، انظر : **محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية،العدد الثالث، 2004. ص 292 ومابعدها.**

26- د.عمر محمد عبد الباقي- الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- منشأة المعارف- الاسكندرية-2004م- ص312.

27- عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، مداخلة مقدمة خلال الملتقى الوطني (حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي)، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي،أيام 13 و14 أفريل 2008. ص177.

28- المواد 110 و112 من القانون المدني الجزائري.

29- د. منصور حاتم محسن و د.إيمان طارق مكي ، المرجع السابق ، ص 443 .

30- المرجع السابق ، ص 442 .

31- حيث عرف المشرع المصري التأمين بموجب المادة 747 من القانون المدني المصري بأنه عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى .

32- A.PICARD ET M.BESSON, les assurances terrestres en droit Français,Tome1,4ème édition LGDJ, 1975, p70.

33- ومن أجل ذلك فقد حدد المشرع مجموعة من الشروط في نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري واعتبرها تعسفية متى ما تم إيرادها في عقد التأمين ، وبالرغم من ذلك فإنه توجد العديد من الشروط التي قد غفل عنها المشرع .

34- ومن هذه القواعد : الالتزام بالإعلام وحق التراجع عن العقد و حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، وكل منها يحتاج إلى دراسة موسعة لا يمكن لنطاق هذا المقال استيعابها.

35- G .Berlioz, op.cit. p125 et s.

36- ونص هذه المادة كما يلي :

« Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentées et rédigés de façon claire et compréhensible.

Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel ».

37- تعد عقود الإستهلاك من التصنيفات الحديثة في تقسيم العقود ، و يقصد بها تلك العقود التي تبرم بين أشخاص يسعون لتلبية احتياجاتهم من السلع و الخدمات ( المستهلكون ) مع أشخاص من أرباب المهن و التجارة يمتلكون معلومات و دراية كبيرة بتلك السلع و الخدمات ( المهنيون ) . ويجدر الذكر أن دائرة عقود الإستهلاك أوسع من دائرة عقود الإذعان ، بحكم أن الحماية التشريعية للمتعاقد قد تتوافر في الكثير من العقود ولو لم تكن من عقود الإذعان . للمزيد من التفاصيل أنظر : **جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 73 .**

وفي اعتبار التأمين من عقود الإستهلاك وامتداد نطاق الحماية التي تكفلها قوانين حماية المستهلك إلى المؤمن له باعتباره مستهلكا ، أنظر :

د.مصطفى محمد الجمال ، أصول التأمين (عقد الضمان) – دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء في ضوء الأسس الفنية للتأمين، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1999 . ص 181 ومابعدها .

د. هيثم حامد المصاروه ، المنتقى في شرح عقد التأمين ، دار إثراء للنشر و التوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص 105 -106 .

د. غازي خالد أبو عرابي ، أحكام التأمين "دراسة مقارنة" ، دار وائل للنشر ، الأردن، الطبعة الأولى ، 2011 ، ص 254- 255 .

J .Bigot, Traité de droit des assurances , T3 le contrat d'assurance, L.G.D.J , 2002,p.238 et s .
Y. Lambert – faivre ,Droit des Assurances, 10e édition , précis Dalloz , 1998 . p96 et s.
38- May Hamoud , La Protection du Consommateur des Services Bancaires et des Services d'Assurance, Thèse de doctorat, Université Panthéon Assas, 2012 , p16 . Publié sur : www.theses.fr
39- د. محمد حسن قاسم ، انهاء عقد التأمين بعد وقوع الكارثة و ضرورات حماية المؤمن له ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 . ص 19 وما بعدها .
40- د. غازي خالد أبو عرابي ،المرجع السابق ، ص 248 .
41- على نفس هذا الرأي : أ د كمال نزيه حداد ، المرجع السابق ، ص 59 .
42- أنظر : د. عبد القادر العطير ، التأمين البري في التشريع ( دراسة مقارنة )، دار الثقافة ، عمان ، الأردن، الطبعة الخامسة ، 2010 ، ص 100.
43-ومثال ذلك أن تطرح شركة طيران أو شركة تملك عددا كبيرا من السفن البحرية عرضا للتأمين على طائراتها أو سفنها، على أساس أن العرض سيحال على الشركة التي تتقدم بأفضل الشروط التعاقدية ، بما في ذلك مقدار أقساط التأمين ، وفي هذا المثال فإنه يمكن القول أن الشركة الطالبة للتغطية التأمينية في موقف قوي يمكنها من فرض شروطها على شركة التأمين ، وليس العكس .
44- د. غازي خالد أبو عرابي ، المرجع السابق ، ص 249 .
45-د.هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 104 .
46- د. هيثم حامد المصارروة ، مرجع سابق ، ص 99 .
47- محفوظ لعشب ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، ص 125 .
48-انظر كلا من : - علي بن غانم ، التأمين البحري و ذاتية نظامه القانوني ( دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي والإنجليزي)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2005، ص 154،153، ومحفوظ لعشب، مرجع سابق ص 125.
49- محفوظ لعشب ، مرجع سابق، ص 125.
50- ففي فرنسا مثلا بعد صدور التقنين الجديد صدرت خمس وثائق للتأمين على السفن و البضائع في سنتي 1983 و 1984 من إعداد الإتحادية الفرنسية للتأمين و النقل F.F.A.T التي تضم المؤمنين و المؤمن لهم ، فيشترك الطرفان في إعداد العقد النموذجي، بالإضافة إلى حرية اختيار نوع التأمين و تعدد الشروط و تغليب الشروط الخاصة على العامة . كما أنه في التأمين البحري يمثل المؤمن له سمسار للتأمين الذي يبحث و يختار من بين المؤمنين من يقدم مزايا وعروضا لصالح المؤمن له . نقلا عن: علي بن غانم ، المرجع السابق ، ص 154 .
51- علي بن غانم ، المرجع السابق، ص 155 .
52- بهاء بهيج شكري ، التأمين في التطبيق و القانون و القضاء ، الجزء الثاني ( عقد التأمين) ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 2011 .ص 26 و27.
53- وهذا الرأي يتفق مع ما يراه الدكتور سليمان بن ابراهيم بن ثنيان من أنه بالرغم من تدخل كثير من الدول للحد من جور و تعسف شروط عقد التأمين من خلال إقرار الحماية القانونية لمواطنيها ، إلا أن شركات التأمين لاتأبه في كثير من الأحيان لهذا التدخل بحكم مركزها المالي القوي الذي يخولها أن تضع الكثير من أحكام الحماية تحت أقدامها . د. سليمان بن إبراهيم بن ثنيان ، التأمين وأحكامه (رسالة دكتوراه منشورة) ، دار العواصم المتحدة ، بيروت-قبرص ، ط 1 ، 1993 . ص 93 .