



جامعة مولود معمري  
تيزي وزو  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



## حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم  
تخصص القانون

إشراف:

أ.د / إرزيل الكاهنة

إعداد:

بوعراب أرزقي

لجنة المناقشة:

- أ.د / اقلولي / ولد رابح صافية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... رئيسة  
أ.د / إرزيل الكاهنة، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... مشرفة ومقررة  
أ.د / بن شويخ رشيد، أستاذ، جامعة سعد دحلب، البليدة ..... ممتحنا  
د. أمازوز لطيفة، أ. محاضر "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... ممتحنة  
د. بركات كريمة، أ. محاضر "أ"، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة ..... ممتحنة  
د. عيساوي عزالدين، أ. محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ..... ممتحنا

تاريخ المناقشة:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سبحانك لا علم لنا إلا ما

علمتنا

إنك أنت العليم الحكيم

العظيم

الآية 32 من سورة البقرة

# كلمة شكر

بإكمال العمل في هذا البحث، فإنني لأحمد الله سبحانه وتعالى

من قبل ومن بعد، على أن وفقني لإتمام هذه الأطروحة

ويقتضي مني واجب الاعتراف بالفضل أن أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير للأستاذة

## الدكتورة إرزيل الكامنة

التي أشرفت على المذكرة، وتعمدها بالتصويب في جميع مراحل إنجازها

مع حرصها الشديد على إسداء النصائح والتوجيهات والإرشادات

التي على ضوءها سررت في هذا العمل.

فجزاها الله عنا كل خير الجزاء

بوعراب أرزقي



# إهداء

أهدي ثمرة جهدي:

- ❖ إلى الوالدين الكريمين، أطال الله في عمرهما.
- ❖ إلى إخوتي وأخواتي.
- ❖ إلى كل الأصدقاء والزملاء.



## قائمة لأهم المختصرات:

### أولاً: باللغة العربية:

قانون مدني جزائري.	- ق.م.ج
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	- ج ر
دون دار نشر.	- د.د.ن
دون سنة نشر.	- د.س.ن
صفحة.	- ص
من الصفحة إلى الصفحة.	- ص ص
عدد.	- ع

### ثانياً: باللغة الفرنسية:

- art.	Article.
- Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
- C.A.	Cour d'appel.
- Cass. Civ.	Cour de cassation chambre civile.
- Cass. Civ 1 <sup>er</sup> .	Première chambre civile de la cour de cassation.
- Cass. Civ 2 <sup>é</sup> .	Deuxième chambre civile de la cour de cassation.
- Cass. Civ 3 <sup>é</sup> .	Troisième chambre civile de la cour de cassation.
- Cass. Com.	Cour de cassation chambre commerciale.
- Cass. Soc.	Cour de cassation chambre sociale.
- C.E.	Conseil d'État.
- CJCE.	Cour de Justice des Communautés Européennes (avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1 <sup>er</sup> décembre 2009).
- Cons. Conc.	Conseil de la concurrence.
- D.	Recueil Dalloz Editions.
- Defrénois.	Répertoire du notariat Defrénois.

- Dispo.	Disposition.
- éd.	Edition.
- Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
- Ibid.	au même endroit.
- In.	Dans.
- JO.	Journal officiel.
- L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- N°.	Numéro.
- obs.	Observation.
- op. cit.	opère citato (Œuvre précitée).
- P.U.A.M.	Presse universitaire de l'université d'Aix-Marseille.
- P.U.F.	Presse universitaire de France.
- RGDA.	Revue générale du droit des assurances ( ancien Revue générale des assurances terrestres RGAT ) .
- Recomm.	Recommandation.
- RIDC.	Revue internationale de droit comparé.
- RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
- s.	Suivant (e)s.
- (sous dir.)	Sous direction.
- T.	Tome.
- TGI.	Tribunal de Grande Instance.
- Vol.	Volume.

# مقدمة

يُدرس في النظم القانونية أنه تاريخيا لا يمكن إنكار أن ظهور البنود التعسفية في العلاقات التعاقدية مرتبط بتطور وانتشار عقود الإذعان، فلا يمكن الفصل بين فكرة عقود الإذعان وظهور البنود التعسفية<sup>(1)</sup>.

يحيلنا هذا الارتباط إلى فكرة أساسية تتمثل في اعتبار أن البنود التعسفية قد ظهرت ونمت بالتوازي مع نمو واتساع دائرة النشاط الاقتصادي والصناعي الذي بدأ بنهاية القرن التاسع عشر، وما استتبع ذلك من ظهور أساليب جديدة لتسويق وتوزيع السلع والخدمات تحت تأثير عامل السرعة في إبرام المعاملات التجارية، هذه الأخيرة لن تتحقق إلا من خلال اعتماد منهج موحد للتعاقد.

وهو ما تحقق فعلا من خلال لجوء المتدخل إلى اقتراح نماذج العقود على المستهلك، يكون مضمونها محدد بشكل كلي أو جزئي بإرادته المنفردة في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وهو ما يسمى بالشروط العامة للعقد، ولا يقبل المناقشة فيها بالتعديل، فما على المذعن إلا قبولها أو رفضها جملة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 70 من التقنين المدني: **« يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها »**<sup>(2)</sup>.

فلا شك في أن للعامل الاقتصادي الأثر البالغ في تغيير نمط التعاقد الذي كان يعتبر أن الإرادة قادرة لوحدها على إنشاء تصرفات قانونية متوازنة، فيكفي التراضي الخالي من عيوب الإرادة للطرفين في جعل العقد متوازنا، إلا أن العامل الاقتصادي أفرز نمطا آخر للتعاقد، مغايرا تماما للنمط السائد من قبل، حيث فرض نمط التعاقد بالإذعان الذي من أهم خصائصه أن شروط العقد تكون أحادية التحرير، عامة وموحدة، ومجردة، تكون معدة مسبقا من طرف المتعاقد الذي يتمتع بالمركز التعاقدى المتفوق<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - GARCIA-CANTERO Gabriel, Les clauses abusives en droit espagnole, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991, p 273.

<sup>2</sup>- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج ر، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975.

<sup>3</sup> - MALAURIE Philippe, ANYES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Droit des Contrats spéciaux, 8<sup>em</sup> édition, L.G.D.J. Paris 2016, p 40.

يطلق على هذا النمط من التعاقد مصطلح التعاقد عن طريق الإذعان، وهي طريقة مشروعة من الناحية القانونية وضرورية من الناحية الاقتصادية إلى حد أن ارتقى التعاقد عن طريق الإذعان ليشكل القاعدة على حساب التعاقد بالتراضي الذي تراجع ليصبح الاستثناء<sup>(1)</sup>.

على الرغم من أهمية دور عقود الإذعان من الناحية الاقتصادية، إلا أنه لا يمكن تجاهل خطر استغلالها من الطرف المتمتع بالمركز التعاقدى القوي، من خلال تضمين العقد بنود تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، كأن يخفف أو يعفي واضع العقد نفسه من المسؤولية عن التأخر أو عدم تنفيذ التزاماته، في حين يتقل من التزامات الطرف الضعيف المذعن لنفس الإخلال بالالتزامات. وهو ما يتجسد من خلال البنود التعسفية التي وجدت في عقود الإذعان الإطار الأمثل لفرض التعامل بها.

فالعامل بالشروط العامة المطبوعة مسبقا آلية مشروعة للتعاقد فرضتها ضرورة السرعة في إبرام المعاملات التي لا تتحمل الرجوع إلى المناقشة الفردية مع كل متعاقد، إلا أنه يمنع استغلال الشروط العامة المطبوعة واستخدامها لفرض شروط تعسفية على المتعاقد المذعن، بالنتيجة فإن توفير قواعد حمائية له ذا أهمية تفرض نفسها، لكن في مقابل ذلك، من المهم أيضا عدم تعطيل الحياة الاقتصادية<sup>(2)</sup>.

دائما ما يقدم عقد التأمين على أنه أهم مثال أو تطبيق لعقود الإذعان<sup>(3)</sup>، لأنه من الناحية العملية يكون العقد معدا ومحررا من طرف المؤمن في شكل شروط عامة مطبوعة في وثيقة واحدة أو أكثر، أما المؤمن له الذي يذعن لعقد تم إعداده مسبقا دون أن يناقش شروطه، فيكتفي بملاً فراغات نموذج العقد المطبوع الذي يختاره تماشيا مع الخدمة التأمينية التي يريد التعاقد عليها، لكن لا يجب أن نفهم من حق الخيار أن ذلك سيغير من صفة الإذعانية للعقد، لأنها كلها نماذج عقود محررة مسبقا وفق شروط عامة وموحدة.

<sup>1</sup> - BERLIOZ Georges, Le contrat d'adhésion, 2<sup>em</sup> édition, L.G.D.J, Paris 1976, p 10.

<sup>2</sup> - Ibid, p 24.

<sup>3</sup> - لا يثار أي جدال حول نسبية فكرة الإذعانية في عقود التأمين، لكن بشرط أن لا يتمتع المؤمن له بالقوة الاقتصادية أو المالية التي تمنحه مركزا تعاقديا يتيح له مناقشة بنود عقد التأمين مع المؤمن، أنظر الصفحة 25 وما بعدها من هذه الأطروحة.

ومرد فرض المؤمن للمضمون العقدي على المؤمن له هو في الحقيقة نتاج التفاوت في القوة الاقتصادية، والفنية، والقانونية بينهما، وهو ما يجعل عقد التأمين مصدرا لتعسف المؤمن باستغلال ضعف المؤمن له، ويخضعه لوضعية لم يكن ليقبلها لو كان يملك القدرة على المناقشة والتفاوض قبل إبرام العقد.

تعمق أكثر ضعف المركز التعاقدى للمؤمن له بسبب مضمون ولغة عقد التأمين الذي يوصف على أنه وثيقة تقنية تتسم بالتعقيد، إذ غالبا ما لا يتضح مضمونه بالنسبة للمؤمن له إلا عند تحقق الخطر المؤمن منه ومطالبته للؤمن بمبالغ التأمين، ففي هذه المرحلة فقط يمكن أن يستوعب نطاق الضمان، والاستثناءات التي ترد عليه، وطريقة أداء مبلغ التأمين، خاصة إذا ما أثار المؤمن بند أو أكثر يخفف أو يعفيه من مسؤوليته.

يظهر بوضوح من هذه المعطيات أن المؤمن له ليس بذلك المتعاقد الذي يتمتع بالقدرة على مناقشة المؤمن حول المضمون العقدي الذي يفرض عليه، وغالبا ما لا يكون في منأى عن قبول التوقيع على عقد يتضمن بنودا تعسفية.

استنادا إلى هذه الفكرة، فإن النطاق الذي سيرتكز عليه بحثنا يظهر من جانبين: يكمن الأول في استقصاء جوانب التعامل بالبنود التعسفية لتأكيد وجود التعامل بها في مجال عقود التأمين كأثر مباشر لوضعية اللاتوازن في العقد كنتيجة منطقية لاعتبارات تتعلق إما بطرفي العقد وإما بالعقد ذاته، أما الثاني فيمكن في تحليل مدى ملاءمة الآليات القانونية المعتمدة في توفير الحماية للمؤمن له ضد التعامل بالبنود التعسفية.

وقد كان أول إجراء حمائي للمؤمن له ضد البنود التعسفية بموجب نص المادة 622 من التقنين المدني وهو ما يمكن أن نستشفه من مضمون نص المادة الذي يعكس قصد المشرع إلى التخفيف من اللاتوازن العقدي الذي ينتج عن فرض بنود تعسفية على المؤمن له عن طريق إقرار الطابع الملزم لأحكام نص المادة التي تقضي صراحة في فقرتها الأولى بأنه: « يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية ».

مبدئيا يعتبر حكم المادة 622 من التقنين المدني ذا أهمية، إذ يشمل عنصرين من عناصر حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية هما: الفرض والحكم. الفرض يتمثل في إمكانية تضمين التصرف لبند تعسفي أو أكثر، والثاني الحكم ببطلان البند التعسفي، فالمادة

ذكرت صراحة مصطلح الشرط التعسفي<sup>(1)</sup> والجزاء الذي يلحقه. وهذا إلى جانب حكم المادة 110 من التقنين المدني التي تخول للقاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي في إطار عقود الإذعان.

فباستثناء هذا، لم يتضمن التقنين المدني نصوصا موجهة لإعادة التوازن العقدي الناجم عن التعامل بالبنود التعسفية، ولم ينظم المشرع الجزائري أي قانون خاص بمحاربة البنود التعسفية سواء في عقود التأمين أو العقود الأخرى.

استمر هذا الوضع مدة 29 سنة بعد صدور التقنين المدني، أي من سنة 1975 إلى غاية 2004 تاريخ صدور القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>(2)</sup>، وهو أول قانون يتضمن قواعد قانونية خاصة بمحاربة البنود التعسفية، إذ تضمن تعريفا للبند التعسفي، وأورد قائمة لبعض البنود التي تعتبر تعسفية، ومهدّ لصدور المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية<sup>(3)</sup>.

وقد عرّفت المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الشرط التعسفي على أنه: **« شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد »**.

يظهر من هذه الفقرة أن الشرط التعسفي هو كل شرط ينطبق عليه معيار الإخلال بالظاهر الذي استقاه المشرع الجزائري من قانون الاستهلاك الفرنسي بعد أن تخلى هذا

<sup>1</sup>- تنص المادة 5/622 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم : **« كل شرط تعسفي آخر... »**.

<sup>2</sup>- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، صادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010، ويقانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية، ج ر عدد 76، صادر في 28 ديسمبر 2017.

<sup>3</sup>- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 صادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 23 فيفري 2008، ج ر عدد 07 صادر في 24 فيفري 2008.

الأخير عن معيار الميزة الفاحشة الناتجة عن استغلال النفوذ الاقتصادي للمهني على حساب غير المهني أو المستهلك الذي تم تكريسه لأول مرة في فرنسا بموجب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك<sup>(1)</sup>، ويستقر منذ سنة 1995 على معيار الإخلال الظاهر<sup>(2)</sup>.

يتبين من هذا التعريف القانوني أن التعسف لا يقوم بمجرد تحقق شرط الإخلال، لأن القانون يتطلب أن يكون هذا الإخلال ظاهرا، فوجود الإخلال ضروري لكنه لا يغطي تحقق شرط أن يكون ظاهرا، فانعدام هذا الأخير يعني نفي وجود التعسف في العقد، فمنطوقا إذا لم يكن أثر الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ظاهرا، سينتفي وصف التعسف على بند أو أكثر من بنود العقد.

لا يقتصر البحث في تحقق الطابع التعسفي لأي بند وفقا لمعيار الإخلال الظاهر على مرحلة التنفيذ، فهذا قد لا يمكن من الكشف عنه، وإنما يكون البحث فيه أيضا في مرحلة إبرام العقد، فالقواعد القانونية الحمائية ضد البنود التعسفية تطبق على مستوى إنشاء وتنفيذ العقد لضمان التوازن العقدي.

تجد ضرورة التدخل لحماية المؤمن له ضد خطر البنود التعسفية مبررا لها من ناحيتين: ناحية التحديد الأحادي لشروط العقد، وناحية استيعابه للمضمون العقدي.

فمن ناحية مضمون العقد فإنه محدد مسبقا من طرف المؤمن، وهو ما يمنح صفة الإذعان لعقد التأمين لغياب عنصر المناقشة أو المفاوضة لدى المؤمن له المستهلك، إذ

<sup>1</sup> - « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées... les clauses relatives au..., lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels, ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confère à cette dernière un avantage excessif* ». Article 35 de la Loi n°78 - 23 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>2</sup> - « *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 non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat...* ». Article L 132-1 de la Loi n° 95-96 du 01 février 1995, concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)



تكون الشروط العامة محررة مسبقا، ليتم زمن إبرام العقد إضافة الشروط الخاصة المتعلقة بالمؤمن له والخطر المؤمن منه.

أما من ناحية المضمون العقدي، فإن عملية التأمين توصف على وجه الخصوص بالتقنية، وتفرض شروطها على المؤمن له الذي يلتزم بمضمونها بعد التوقيع عليها ولو لم تتصرف إرادته إلى ذلك، لأنه غالبا ما يقبلها دون إدراك مضمونها أو معرفة آثارها التي تشكل خطرا على مصالحه عند تنفيذ العقد.

والأصل أن بحث الحلول من أجل تجاوز واقع القانون المدني الذي لم تعد قواعده كافية لمواجهة كل الإشكالات التي يثيرها التعامل بالبنود التعسفية، أن تحيلنا كذلك إلى دراسة موقف المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>(1)</sup>، لتحليل إمكانية تضمينه أحكاما حمائية ضد البنود التعسفية بوصفها عنصرا هاما من عناصر الحماية القانونية للمستهلك كمتعاقد ضعيف نتيجة للتفاوت في المراكز القانونية بين المستهلك (المؤمن له) والمتدخل (المؤمن).

والواضح أنه تدريجيا أصبح موضوع البنود التعسفية مشكلة محورية في قانون العقود، وقد وجدت في عقود التأمين المجال الأمثل للتعامل بها.

انطلاقا من هذه الفكرة تظهر الأهمية البالغة لموضوع البنود التعسفية الذي سبق فرض وجوده في التشريعات المقارنة ليفرض وجوده بعد ذلك في التشريع الجزائري، وهو الدافع إلى هذه الدراسة، فمن جهة من أجل تحليل واقع اللاتوازن العقدي الظاهر بين المؤمن والمؤمن له والذي يتجسد فعليا بتضمين عقد التأمين ببنود تعسفية، ومن جهة أخرى من أجل تحديد موقف المشرع الجزائري من ذلك، ليتبين من خلال هذا الموقف أهمية دوره في معالجة الإشكالات التي تتولد عن التعامل بالبنود التعسفية في عقود التأمين.

<sup>1</sup>- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، صادر في 8 مارس 2009، معدل ومتمم بقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 ماي 2018، ج ر عدد 35، صادر في 13 ماي 2018. معدل ومتمم بقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 ماي 2018، ج ر عدد 35، صادر في 13 ماي 2018.

مما لا شك فيه أن حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية يمكن أن تجد عدة مصادر لها، وكل مصدر يساهم في تكريس هذه الحماية كعنصر هام من عناصر حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية غير المتكافئة.

لكن تطبيق وتفعيل هذه المصادر للحماية ضد البنود التعسفية في عقود التأمين يمكن أن يثير عدة إشكالات، لأن إذا كان الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات ينظم العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له بهدف حماية هذا الأخير دون أي تمييز بين المؤمن له المستهلك والمؤمن له المهني، فإن نطاق تطبيق القواعد القانونية للحماية ضد البنود التعسفية تنحصر في المؤمن له الذي يتمتع بصفة المستهلك.

فبالرجوع إلى المفهوم القانوني الذي تضمنته المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فقد عرفت المستهلك على أنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به »، والمادة 2/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي بدورها عافت المستهلك على أنه: « مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني »، واللذان تقضيان بأن يكون الغرض من اقتناء السلع أو الخدمات مجردا من كل طابع مهني.

فمن المحتمل إذن بمنظور المعنى الصريح لعبارات هاتين المادتين استبعاد كل مؤمن له غير مستهلك من نطاق تطبيق الحماية ضد البنود التعسفية، مما مفاده عدم تحميل النص معاني ودلالات لا تلازم بينها وبين قصد المشرع من هذا التعريف القانوني للمستهلك وذلك بإحجام هذه الفئة ضمن نطاق تطبيق القواعد الحمائية ضد البنود التعسفية.

غير أنه في الواقع توجد فئة المؤمن لهم المهنيين الذين يتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم، أي ليس لأغراض مهنتهم، فهم يتواجدون في نفس مركز المتعاقد الضعيف، فهل انتفاء وصف المستهلك عليهم يحرمهم من الحماية ضد البنود التعسفية ؟ وإذا كان الأمر كذلك، فيتعين البحث عن حماية لهم خارج قواعد حماية المستهلك.

مما لا شك فيه أن مهمة الحماية ضد البنود التعسفية تتقاسمها عدة آليات تجسدها السلطتين التشريعية والقضائية، والهيئات الإدارية ممثلة في لجنة الإشراف على التأمينات، والأجهزة الاستشارية، خاصة لجنة البنود التعسفية التي تتصرف كخبير في هذا المجال، وحتى الجمعية ممثلة خاصة في جمعيات حماية المستهلك.

لذلك فإن الأمر يستوجب البحث في التقنيات القانونية التي تركز بشكل مباشر أو غير مباشر هذه الغاية، وهذا من أجل تحليلها واستقراء القواعد التي تضمنتها للوصول إلى معرفة مدى وجود حماية للمؤمن له ضد البنود التعسفية، وهذا من خلال دراسة كيفية وفعالية تدخل كل منها في هذا المجال.

نظرا لحدثة موضوع حماية المستهلك بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة ضد الشروط التعسفية، فهذا يجعل منه موضوعا يكتسي أهمية بالغة، فالتعامل بالشروط التعسفية مع المؤمن له أصبحت واقعا يوميا.

وأمام عدم كفاية القواعد العامة في توفير الحماية للمؤمن له ضد التعسف الذي يفرض عليه من طرف المؤمن، فقد أدى بالمشرع والمختصين في المجال القانوني للبحث عن قواعد وآليات خارج القواعد العامة بغرض خلق أدوات قانونية حديثة لتوفير الحماية اللازمة ضد البنود التعسفية.

نتج عن حداثة هذا الموضوع في الجزائر غياب الممارسة الفعلية للدور الذي يفترض أن تؤديه الآليات المكرسة لحماية المؤمن له ضد البنود التعسفية، ما أدى خاصة إلى عدم تكريس دور القضاء في شقه المتعلق بحماية المستهلك، وندرة التطبيقات القضائية له على مستوى عقود التأمين.

لذلك فالمسألة تتعلق بحتمية البحث في مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي عقد التأمين الناتج عن اختلاف المراكز القانونية بينهما، وقد نتج عن هذا التفاوت اختلال ظاهر في التوازن العقدي الذي لم تعد القواعد العامة للقانون المدني كافية لمعالجته، بحيث أصبح عقد التأمين يشكل خطرا على مصالح المؤمن له بلجوء المؤمن إلى فرض بنود تعاقدية تتضمن تعسفا ينال من مصالحه.

وهذا ما جعل مسألة حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين موضوع طرح للبحث والمناقشة للكشف عن حقيقة وواقع اللامساواة العقدية بين طرفي العقد، واستغلال المؤمن لقوة مركزه التعاقدية من أجل فرض بنود تعسفية على المؤمن له، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى، بيان الآليات ووسائل الحماية التي يمكن أن يستفيد منها المؤمن له، لإبراز الدور الذي تضطلع به، لاستقصاء مدى نجاعة دور كل منها في معالجة الإشكالات التي يمكن أن يُثيرها فرض التعامل بالبنود التعسفية في عقود التأمين بغية حماية المؤمن له منها، وهو ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية:

في ظل سعي التشريعات إلى وضع الآليات القانونية الكفيلة لإقامة التوازن العقدي بمحاربة الشروط التعسفية، ما مدى فعالية هذه المنظومة القانونية المقررة في ضمان الحماية للمؤمن له ضد الشروط التعسفية في عقود التأمين؟

ولتحقيق غايات الأطروحة من الناحيتين العلمية والعملية، فقد اعتمدنا المنهج الاستقرائي بغرض عرض وتحليل النصوص القانونية، والآراء الفقهية والتطبيقات القضائية لتحليلها بشكل موضوعي سليم يسمح لنا بفهمها وتقييمها لإقامة الحجة على جدية الإشكالات التي يطرحها في الواقع موضوع حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، ومن ثم نقد الحلول التي انتهجت لحل هذه الإشكالات، وذلك من أجل التوصل إلى استنتاج واقترح حلول يمكن تصورها وتجسيدها عمليا في الواقع لتحقيق الحماية المرجوة ضد البنود التعسفية في عقود التأمين.

ولا يمكن التوصل إلى حلول عملية دون الاستعانة بالمنهج المقارن الذي فرضته طبيعة الموضوع التي حتمت اللجوء إلى ما توصلت إليه تجارب الدول الأخرى في هذا المجال، خاصة التجربة الفرنسية الرائدة في هذا المجال، والتي سنعتمد كثيرا على الأحكام القانونية والفقهية والتطبيقات القضائية التي تبنتها في معالجة مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية بصفة عامة، والمؤمن له بصفة خاصة، وذلك لاستقاء الحلول التي توصلت إليها، للإسهام في إثراء التجربة الجزائرية في هذا المجال.

ومن ثم، فإن منهجية بحثنا تتضمن البحث في واقع اختلال التوازن العقدي في عقود التأمين، وأنه يتجسد بفرض المؤمن شروطا تعسفية على المؤمن له، وهذا من أجل إقامة الحجة على ضرورة الحماية وتحديد نطاقها من خلال دراسة الإطار القانوني لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية (الباب الأول).

وبعد التسليم بضرورة الحماية، فإنه يجب البحث في الآليات التي يعتزم من خلالها المشرع محاربة البنود التعسفية، والتي رغم أنه يجمعها هدف واحد وهو الحماية من الممارسات التعاقدية التعسفية في عقود الاستهلاك إلا أن نطاق وكيفيات تدخل كل منها يختلف من عدة نواحي، لذا يتعين تحليل وتقييم كيفية وطبيعة تدخل كل آلية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أجل اقتراح حلول عملية للإسهام في إثراء هذا البحث، وهو المسعى الذي سنتوصل إليه بدراسة الآليات المكرسة لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية (الباب الثاني).

## الباب الأول

الإطار القانوني لحماية المؤمن له

من الشروط التعسفية

تتفق التشريعات الحديثة على أن موضوع حماية المستهلك يجب أن يتم على أساس اعتباره شريكا اقتصاديا، وليس فقط بالنظر إليه كمتعاقد يوجد في مركز الطرف الضعيف أمام المتعامل الاقتصادي الذي يتمتع بقوة اقتصادية تسمح له بفرض شروطه في العقد، لأن المستهلك في النهاية هو من يتلقى نتائج النشاط الاقتصادي من سلع وخدمات.

نفس الفكرة تنطبق على المؤمن له في عقود التأمين. فالمؤمن له باعتباره مستهلكا للخدمة التأمينية يكون في مركز تعاقدى أدنى بالمقارنة مع المؤمن الذي يكون في مركز تعاقدى متفوق من جميع النواحي المالية والفنية والتقنية، لأنه يُدْعَن إلى عقد تمّ إعداده وتحريره مسبقا من طرف المؤمن، مما يستوجب التدخل لحمايته من أي شكل من أشكال التعسف التي يمكن للمؤمن أن يفرضها عليه، والتي تدخل في إطار حماية المستهلك باعتباره مظهر للنظام العام الاقتصادي في العصر الحديث.

فتأثير التطور الاقتصادي على القاعدة القانونية فرض على هذه الأخيرة أن تساير هذا التطور، لأن النشاط الاقتصادي يُترجم عمليا وقانونيا من خلال عقود تُبرم بين متعاملين اقتصاديين أو بينهم وبين المستهلك. لذلك فإن النظام العام الاقتصادي لا يكتفي بتنظيم وضمان فعالية وشفافية ونزاهة المنافسة في السوق بين المتعاملين الاقتصاديين، بل يجب أن يتضمن كذلك قواعد تهدف إلى حماية المستهلك كطرف ضعيف في المعادلة الاقتصادية بتضمين قواعد النظام العام الاقتصادي بقواعد حمائية، وهو ما يُعرف بالنظام العام الحمائي الذي يهتم بحماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية.

ففكرة النظام العام الذي تخضع له عقود التأمين تتعلق أساسا بالنظام العام الحمائي الذي يفرض ضمان الحد الأدنى من الضمانات لصالح المؤمن له في مواجهة المؤمن، الذي بدوره يمكن له أن يتحصل على فوائد كان يتوقعها عند إبرام عقد التأمين شرط أن تكون مشروعة، لأن المؤمن بحكم تخصصه ومركزه التعاقدى المتفوق يمكن أن يسعى إلى تحقيق مصالح غير مشروعة على حساب حقوق المؤمن له، ويتحقق ذلك من خلال تضمين نماذج عقود التأمين بشروط تعسفية غالبا ما لا يكون للمؤمن له الخبرة والدراسة التقنية والقانونية ولا القوة الاقتصادية لمناقشتها و لا حتى استيعابها.

انطلاقاً من هذه المعطيات يتعيّن تحديد الإطار القانوني الذي تمارس فيه الحماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين، وهذا من خلال إبراز فكرة حتمية التدخل لتقرير الحماية للمؤمن له من الشروط التعسفية (الفصل الأول)، ولأن حماية المؤمن له من الشروط التعسفية ليست مطلقة، فلها حدودها سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع، فيجب تحديد نطاق تطبيقها (الفصل ثاني).



## الفصل الأول

### التدخل لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية

تعتبر عقود التأمين أبرز تطبيق لعقود الإذعان، وتُمثل المجال الأمثل للتعامل بالشروط التعسفية لأنها عقود يتم إعدادها وتحريرها من طرف المؤمن. فالمؤمن له يُدعن إلى عقود تمّ إعدادها مسبقاً ولم يُناقش بنودها، وإنما يكتفي في الكثير من الحالات بملاء الفراغات التي يتركها المؤمن لهذا الغرض عند تحرير نماذج عقود التأمين، فالمركز المتفوق اقتصادياً وفنياً للمؤمن يسمح له بفرض شروط العقد ولا يقبل مناقشتها بالتعديل أو الإلغاء.

والبحث في الظروف التي فرضت التدخل لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية يتم على مرحلتين، إذ يجب إبراز الأسباب والدوافع التي أدت بالمشرع إلى التدخل لوضع منظومة قانونية حمائية لفائدة المؤمن له ضد الشروط التعسفية، وهذا من خلال دراسة مبررات ودواعي حماية المؤمن له من الشروط التعسفية (المبحث أول)، ولأن أيّ حماية قانونية خاصة لا تتقرر إلاّ عند عجز القواعد العامة في القانون المدني في توفير الحماية المرجوة، فيجب كشف أسباب هذا العجز (المبحث ثاني).

## المبحث الأول

### دواعي حماية المؤمن له من الشروط التعسفية

تستند مبررات تدخل المشرع لإقرار الحماية للمؤمن له ضد الشروط التعسفية على اعتبارات عدة. إلا أنها تتحصر في عنصرين أساسين، يتعلق الأول بتفاوت المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين، أما الثاني فيرتبط بعقد التأمين بذاته، حيث تجتمع فيه جملة من الخصائص تجعل من المؤمن له طرفاً ضعيفاً فيه.

فدراسة هذه المبررات تتم من خلال التركيز على طرفي عقد التأمين لإبراز التفاوت الكبير في المراكز القانونية التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له (المطلب أول)، ثم بالنظر إلى عقد التأمين الذي يشتمل على بعض الخصائص التي تجعله عقداً متميزاً بالمقارنة مع باقي العقود المنظمة في إطار النظرية العامة للعقد، حيث يكون فيه المؤمن له الطرف الضعيف والمذعن الذي يستوجب التدخل لحمايته ضد الشروط التعسفية التي يمكن أن يتضمنها عقد التأمين (المطلب ثاني).

## المطلب الأول

### عدم تكافؤ المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين

يُبرم عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له، إلا أنه عقد لا يتم على أساس مناقشة مسبقة حول شروط العقد، إذ تمّ إعداده وتحريره من طرف المؤمن. أما المؤمن له فرغم إمكانية مناقشته لبعض بنود العقد إلا أنه لا يملك سوى قبوله أو رفضه كله كما هو مقترح عليه، ولا يشكل هذا وضعاً غير مشروع لأن القانون اعترف وتبنى نمط التعاقد عن طريق الإذعان<sup>(1)</sup>.

يرجع السبب في فرض المؤمن لشروطه على المؤمن له إلى اختلال التوازن في المراكز القانونية لهما، لذا لا بد من دراسة خصوصية طرفي عقد التأمين (الفرع الأول)،

<sup>1</sup> - « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها»، المادة 70 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

لنستخلص منه أهم مظاهر ومخاطر عدم تحقق التوازن بين مركزي المؤمن والمؤمن له على المستوى العملي عند إبرام أو تنفيذ عقد التأمين (الفرع ثاني).

## الفرع الأول

### خصوصية طرفي عقد التأمين

تنص المادة 619 من القانون المدني على أن: «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».

أعاد المشرع تعريف عقد التأمين من خلال المادة الثانية من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات<sup>(1)</sup>، إلا أنها مجرد إعادة للتعريف المذكور في نص المادة 619 من القانون المدني. يتبين لنا من خلال نص المادتين أن أطراف عقد التأمين تتمثل في المؤمن والمؤمن له أو المستفيد، وسنتطرق إليهم تبعا لإبراز المركز التعاقدية المتفوق للمؤمن (أولا) بالمقارنة مع المركز التعاقدية الضعيف للمؤمن له (ثانيا).

**أولاً: المركز التعاقدية المتفوق للمؤمن:** يمثل المؤمن الطرف الذي يلتزم بتعويض المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه في مجال التأمين على الأضرار لأنها تقوم على مبدأ التعويض<sup>(2)</sup>، وبدفع مبلغ التأمين عند حلول أجل استحقاقه أو وقوع الحادث المؤمن منه في مجال التأمين على الأشخاص<sup>(3)</sup> أو الرسملة<sup>(4)</sup> وذلك بموجب الالتزامات التي تقوم على

1 - المادة 2 من أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، صادر في 8 مارس 1995، معدل و متمم بقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر عدد 15، صادر في 12 مارس 2006. التي تنص على: « إن التأمين، في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى».

2 - المادة 30 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، معدلة بموجب المادة 4 من قانون رقم 06-04، سالف الذكر.

3 - المادة 60 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، معدلة بموجب المادة 10 من القانون نفسه.

4 - المادة 60 مكرر من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، أضيفت بموجب المادة 11 من القانون نفسه.

عاقبه عند إبرام عقد التأمين<sup>(1)</sup>. إلا أن مركزه التعاقدية أكثر قوة مقارنة بمركز المؤمن له من الناحية الاقتصادية والفنية والتقنية. هذا التفاوت راجع لأسباب عدة؛ منها ما هو متصل بالمؤمن باعتباره مت دخلا في السوق التأمينية ومنها ما يتعلق بنشاط التأمين نفسه، وتتمثل أساسا في الشكل القانوني الذي يتخذه المؤمن (1)، وخصوصية النشاط التأميني (2).

**1- الشكل القانوني للمؤمن:** ذكر المشرع الجزائري على سبيل الحصر الشكل القانوني المرخص به الذي يمكن للمؤمن أن يتخذه ليمارس في إطاره نشاط التأمين، حيث حصرها قانون التأمينات في شركات التأمين التي تتخذ شكل شركة مساهمة وشركات التأمين التي تتخذ الشكل التعاضدي<sup>(2)</sup>. والفرق بينهما يكمن في الهدف من ممارسة نشاط التأمين، فكلما

<sup>1</sup> - يبقى المؤمن الطرف الوحيد الملزم اتجاه المؤمن له بالتعويض عند تحقق الخطر المؤمن منه، وهذا بالرغم من أن عقد التأمين من الناحية العملية لا يبرم دائما بينهما، إذ يمكن أن يتم ذلك بتدخل طرف آخر وهو الوسيط. إلا أن وسيط التأمين ليس طرفا في العقد ولا يجب أن يكون طرفا فيه، لأن الإلتزام بالتعويض من الناحية القانونية يبقى على عاتق المؤمن لأن الوساطة تقتصر على تقديم خدمة التوسط بين المؤمن والمؤمن له، ويتخذ الوسيط أحد الأشكال الآتية:

- **الوكيل العام للتأمين:** ويكون شخصا طبيعيا يمثل شركة واحدة أو عدة شركات بموجب عقد يتضمن اعتماده بهذه الصفة. أنظر في ذلك: المواد من 253 إلى 257 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، معدل و متمم بقانون رقم 06-04، سالف الذكر. وأيضا: مرسوم تنفيذي رقم 95-341 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين، ج ر عدد 65، الصادر في 31 أكتوبر 1995.

- **سمسار التأمين وإعادة التأمين:** عكس الوكيل العام للتأمين، يمكن لسمار التأمين أن يمارس مهامه كشخص طبيعي أو معنوي، ويمارس مهنة التوسط لحسابه الخاص ويتمتع بالاستقلالية اتجاه شركة التأمين، وبهذه الصفة يكون وكيلا للمؤمن له ومسؤولا اتجاهه، ولا تقتصر السمسرة على مجال التأمين بل تمارس أيضا في مجال إعادة التأمين. راجع في ذلك: المواد من 258 إلى 262 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، معدل و متمم بقانون رقم 06-04، سالف الذكر. وأيضا: قرار مؤرخ في 19 أكتوبر 2010، يحدد شروط و كفاءات مشاركة سمسرة إعادة التأمين الأجانب في عقود أو تنازلات إعادة التأمين لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين المعتمدة و فروع شركات التأمين الأجنبية المعتمدة في الجزائر، ج ر عدد 74، صادر في 5 ديسمبر 2010.

- **المؤسسات المالية والبنوك:** لجأت شركات التأمين إل توزيع منتجاتها عن طريق البنوك من أجل استغلال توسع شبكة البنوك وفروعها والاستفادة من خبرة العاملين فيها بحكم تخصصهم في المجال المالي، وكذا ضمان تسويق منتجاتها التأمينية بأقل تكلفة، فالبنوك تمثل إذن قناة مثلى لشركات التأمين من أجل تسويق خدماتها. راجع في ذلك:

SLEIMAN Gilbert, La Bancassurance en Droit comparé, structures et difficultés, éditions Juridiques SADER, Beyrouth, 2006, pp 45 – 49.

راجع أيضا: مرسوم لتتفيذي رقم 07-153 مؤرخ في 22 ماي 2007، يحدد كفاءات وشروط توزيع منتجات التأمين عن طريق البنوك و المؤسسات المالية و ما شابهها و شبكات التوزيع الأخرى ج ر عدد 35 صادر في 23 ماي 2007.

<sup>2</sup> - مضمون المادة 215 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

كان الهدف من وراء ذلك هو تحقيق الربح فإن المؤمن يتخذ شكل شركة مساهمة أما إذا كان الغرض غير تجاري فإن المؤمن يتخذ شكل الشركة التعاضدية<sup>(1)</sup>. بهذا يكون المشرع قد استبعد الشركات الأخرى كالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو شركات التوصية البسيطة، كما استبعد الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي على أساس أنها لا تمنح ضمانات مالية كافية تتماشى مع خصوصية النشاط التأميني<sup>(2)</sup>.

يتبين لنا إذن الشكل القانوني الذي يمكن أن يتخذه المؤمن ينحصر في شركة المساهمة وشكل الشركة التعاضدية، فأهم خاصية للمؤمن تتمثل في كونه دائماً شخص معنوي، ما يمنحه القوة الاقتصادية التي تؤثر بشكل مباشر على علاقته القانونية بالمؤمن له بحيث تجعل مركزه التعاقدية متفوق فيكون بذلك التوازن العقدي غير محقق. فالجانب الاقتصادي معيار حاسم للتأثير على العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له بحكم التخصص والتنظيم على أعلى مستوى بالنسبة للمؤمن من أجل ضمان التحكم في التأمين في شقيه الاقتصادي والقانوني من خلال توظيف الخبراء في المجالات المرتبطة بالتأمين.

فالجانب الاقتصادي يرتكز أساساً على حساب الاحتمالات التي تبين درجة وقوع الأخطار بالنسبة لفئة معينة من الأفراد مع التقدير الصحيح لقيمة القسط الذي يُدفع مسبقاً لتقييم تناسبه مع جسامه الأضرار التي ستحدثها الأخطار المؤمن منها بهدف تأسيس نشاطها التأميني على قواعد علمية. لأن التأمين لا يمنع وقوع الأخطار بل يُخفف فقط آثار الأضرار التي تحدث عند وقوعها وذلك بتعويض المؤمن للمؤمن له الذي يلحقه ضرر، ومبلغ التعويض يتم دفعه من مجموع الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم مسبقاً.

ففي مجال التأمين، يجب على المؤمن أن يتنبأ أو يتوقع عدد الحوادث التي ستتحقق بالمقارنة مع عدد الأخطار التي يُوافق على تأمينها، ويتحقق ذلك من خلال الاعتماد على

1 - المادة 215 مكرر من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، أُضيفت بموجب المادة 34 من قانون رقم 06-04، سالف الذكر.

2 - BIGOT Jean, Traité de Droit des assurances, tome 1, entreprises et organismes d'assurances, 2<sup>ème</sup> édition, DELTA - L.G.D.J. Paris 1996, p 35.

حساب الاحتمالات التي تستند إلى علم الإحصاء، والتي يتولى إنجازها الإكتواريون<sup>(1)</sup>. في المقابل نجد المؤمن له يجهل هذه الأمور التقنية التي اعتمد عليها المؤمن في تحديد قيمة القسط وعلى أي أساس وافق على تأمين الخطر. فالمؤمن يسعى إلى ضمان تسديد مبالغ التأمين عند استحقاقها وتحقيق الربح للمنافسة والحفاظ على مكانته في السوق التأميني.

فالتحكم في الجانب الاقتصادي والتقني للتأمين يُكسب المؤمن مركز القوة مقارنة بالمؤمن له، فالمؤمن على دراية تامة فيما يتعلق بتسيير الأخطار والجباية التي يخضع لها نشاطه، ويعتمد على تقنيات التأمين لحساب الأقساط التي تتلاءم مع طبيعة أي خطر يقبل ضمانه بتغطية الخسائر التي تُصيب المؤمن له. على سبيل المثال يُمكن أن نستدل بمثال تطبيقي عن كيفية حساب القسط في مجال التأمين على الأضرار وفقا للتأمين التطبيقي الآتي:

أبرمت شركة إنتاجية للنجارة عقد تأمين وذلك تجنباً لمخاطر الحريق لدى الشركة الوطنية للتأمين وفق البيانات المدونة في الجدول أدناه. يُطلب حساب القسط الواجب الدفع.

المعدات المؤمن عليها	القيمة المحاسبية الصافية	
مناشير كبيرة لقطع الخشب	1450.000 د ج	01
آلة تصفيف الألواح الخشبية	2800.000 د ج	02

#### المصدر: الجدول من إعداد الطالب

بناء على دراسة اكتوارية تبين الآتي:

- التردد بالنسبة لهذا النوع من المخاطر قدر ب 10000/25،
- متوسط كلفة الأضرار المسجلة في السنة الماضية قدرت ب 65% لكل قيمة مؤمن عليها محددة ب 1000.000 د ج،
- معدل التعبئة التجارية 24% وأن الرسم على القيمة المضافة 17%.

<sup>1</sup> - LAMBERT-FAIVRE. Yvonne, Droit des assurances, 10<sup>eme</sup> édition, DELTA, DALLOZ, Paris, 1998, pp 35-36.

الحل يكون كالآتي:

أولاً: يجب حساب القسط التقني الواجب الدفع وفقاً للقاعدة الموالية:

القسط التقني = معدل القسط X المبالغ المؤمن عليها.

لكن قبل حساب القسط التقني يجب أولاً حساب معدل القسط وفقاً للقاعدة الآتية:

معدل القسط = التردد X الكلفة المتوسطة للأضرار.

عليه فإن معدل القسط هو:  $0.65 \times 10000/25$  أي  $0.65 \times 0.0025 = 0.001625$  د ج

ثانياً: حساب القسط التقني لكل صنف من أصناف المعدات المؤمن عليها وفقاً للقاعدة الأولى وذلك بعد أن وجدنا معدل القسط.

1- حساب القسط التقني لمناشير كبيرة لقطع الخشب:

$$2356.25 = 1450.000 \times 0.001625 \text{ د ج.}$$

2- حساب القسط التقني لآلة تصفيف الألواح الخشبية:

$$4550.00 = 2800.000 \times 0.001625 \text{ د ج.}$$

ثالثاً: حساب التعبئة التجارية وفقاً للقاعدة الآتية:

التعبئة التجارية = مجموع القسط التقني X معدل التعبئة التجارية.

بتطبيق القاعدة فإن التعبئة التجارية =  $0.24 \times (4550.00 + 2356.25) = 1657.5$  د ج.

رابعاً: حساب الرسم على القيمة المضافة وفقاً للقاعدة التالية:

الرسم على القيمة المضافة = ( مجموع القسط التقني + التعبئة التجارية )  $\times 17\%$ .

عليه، فإن الرسم على القيمة المضافة =  $0.17 \times 6906.25 = 1174.0625$  د ج.

خامساً: حساب القسط النهائي الواجب الدفع من طرف المؤمن له وفقاً للقاعدة التالية:

القسط الواجب الدفع = القسط التقني الإجمالي + التعبئة التجارية + الرسم على القيمة المضافة.

عليه القسط الواجب الدفع =  $1174.0625 + 1657.5 + 6906.25 = 9737.8125$  د ج.

يُبين لنا هذا التمرين التطبيقي المتعلق بكيفية حساب قسط التأمين بأن المؤمن يعتمد على معطيات حسابية تتعلق بدرجة حدوث خطر الحريق ومتوسط كلفة الأضرار التي يمكن

أن يتحملها في حالة حدوثه بناء على دراسات سابقة لهذا النوع من الأخطار، وأنه يتبع عدة مراحل لحساب القسط النهائي الذي سيلتزم المؤمن له بدفعه. وهو الشيء الذي يجله طالب التأمين.

أما في الجانب القانوني للتأمين، فإن المؤمن يُوظف خبراء قانونيين يتحكمون في المعطيات القانونية من أجل دراسة وإعداد نماذج العقود لإصدارها في شكل موحد فيما يتعلق بكل صنف من أصناف التأمين ولا يقبل المؤمن مناقشتها بالتعديل أو الإلغاء. كما يمكن للمؤمن أن يستغل خبرته في مجال الخدمة التأمينية من أجل تعمد صياغة شروط عقد التأمين بشكل معقد كأن يكتب التزامات المؤمن له بخط واضح ومتسلسل في أعلى الوثيقة في حين يُشير إلى التزاماته بخط غير مقروء أو لا يلفت انتباه المؤمن له عند قراءة الوثيقة قبل التوقيع عليها<sup>(1)</sup>.

يلجأ المؤمن إلى هذه التقنيات غير النزيهة لخدمة مصالحه على حساب مصالح المؤمن له، الذي بحكم جهله للقانون لأنه يتعاقد خارج تخصصه أو لتعمد المؤمن سوء صياغتها أو لأن الخدمة التأمينية معقدة وصعبة الفهم لغير المختص، فإنه يعتقد أو يفترض مسبقاً بأن شروط العقد قانونية لأنها تصدر في قالب نموذجي موجهة للجمهور<sup>(2)</sup>.

يؤدي التفوق الاقتصادي والقانوني للمؤمن إلى التعسف في استعمال سلطته التعاقدية في مواجهة المؤمن له، عندما يلجأ إلى تضمين العقد بنود وإن كانت تبدو عادية عند الإبرام إلا أنها تحمل تعسفا عند تنفيذ العقد خدمة لمصالحه على حساب المؤمن له الطرف الضعيف الذي غالبا ما يفتقر للقوة الاقتصادية والخبرة القانونية للتفاوض<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - HAMMOUD May, La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurances, thèse de doctorat en droit, université Panthéon - Assas Paris 2, décembre 2012, p 332.

<sup>2</sup> - بحماوي شريف، « سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (دراسة مقارنة) »، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الثاني، جوان 2014، ص 102.

<sup>3</sup> - بركات كريمة، « الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02 لسنة 2002، ص 291.



نُشير هنا إلى أن التفوق الاقتصادي والقانوني للمؤمن في ظل شركة المساهمة يُؤثر أكثر ممّا هو موجود في المؤمن الذي يتخذ شكل الشركة التعاضدية. مرجع ذلك يكمن في بعض الخصائص التي تتمتع بها التعاضدية ولا نجدها في شركة المساهمة؛ لأن التعاضدية وإن كانت تتفق مع شركة المساهمة في تقنية التأمين التي تعتمد على توزيع الأخطار على المنخرطين فيها وتدفع التعويضات مقابل اشتراك يدفع مسبقاً، كما أنها تعتمد على علم الإحصاء وحساب الاحتمالات، إلا أنها تختلف عن شركة المساهمة في نقاط عدة نذكر منها:

- التعاضدية لا تهدف إلى تحقيق الربح لأن غرضها تعاوني مدني وليس تجاري، ووضعية المؤمن لهم في شركة تأمين المساهمة يختلف عن وضعية المؤمن لهم في شركة تأمين التعاضدي، حيث يمكن اعتبار المشتركين والمؤسسون وهيئات التسيير مؤمن ومؤمن لهم.

- تسمح التعاضديات لمنخرطيها في الحصول على خدمات تأمينية بأقل سعر ممّا هو متوفر في شركات تأمين المساهمة. وإدارتها يتولاها غالباً المؤسسون والمنخرطون فيها.

- تملك التعاضديات أموال تأسيسية (fond d'établissement) ولا تملك أسهم، في حين شركات تأمين المساهمة تملك رأسمال<sup>(1)</sup>.

**2- خصوصية النشاط التأميني الذي يمارسه المؤمن:** يتميز النشاط التأميني عن باقي النشاطات الاقتصادية الأخرى بخاصية انعكاس دورة الإنتاج والفارق الزمني بين دفع القسط وأداء الخدمة، ما يجعل نشاط شركات التأمين يكتسب هذه الخصوصية، لذلك لا يمكن لها أن تمارس هذا النشاط ما لم تُثبت قُدراتها التنظيمية والمالية بما يتماشى مع هذه الخصوصية، وتمّ اعتبار ذلك من النظام العام<sup>(2)</sup>، إذ لا يمكن لأي شركة الدخول في السوق

<sup>1</sup> - للتفصيل في ذلك في ذلك راجع: السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر، عقود الغرر (عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، ب ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1964، ص 1099. و بن ابراهيم سليمان، مرجع سابق، ص 89. راجع أيضاً:

- BIGOT Jean, Traité de Droit des assurances, tome 1, entreprises..., op cit. p 96

<sup>2</sup> - FARJAT Gérard, L'ordre public économique, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de DIJON, 1961. p 14.

التأمينية ما لم تتحصل على اعتماد لذلك من طرف الإدارة المختصة<sup>(1)</sup> لأنه يدخل في نطاق النشاطات الاقتصادية التي تخضع لنظام الاعتماد المسبق لممارسته تحت طائلة عقوبات جزائية<sup>(2)</sup> ورقابة مستمرة أثناء ممارسة نشاطها للحفاظ على مصالح المستفيدين من عقود التأمين ومراقبة قوة مركزها المالي حتى لا تُؤثر سلبا على الاقتصادي الوطني<sup>(3)</sup>.

فمتطلبات نشاط التأمين تجعل من شركات التأمين قوة مالية اقتصادية لأن تنظيمها وعملها لا بد أن يتماشيا مع خصوصية انعكاس دورة الإنتاج والفارق الزمني بين أداء القسط ودفع التعويض.

مؤدى خاصية انعكاس دورة الإنتاج هو؛ أن ثمن الخدمة التأمينية التي تُباع في شكل ضمان مستقبلي محدد مسبقا في حين أن القيمة الحقيقية للتعويض لا تُحدد إلا عند تحقق الخطر المؤمن منه<sup>(4)</sup>. فمقدم الخدمة في النشاطات الأخرى غير التأمين يكون تقديم الخدمة متزامنا مع دفع ثمنها أو على الأقل يكون معلوما مسبقا. أما في مجال التأمين فإن خاصية انعكاس دورة الإنتاج بارزة، لأن المؤمن له يدفع قسط التأمين معجلا<sup>(5)</sup> للمؤمن مباشرة أو عبر وسيط، وبعدها تتولى شركة التأمين تسيير الأقساط التي جمعتها، ثم لاحقا سنؤدي خدمتها التأمينية كاملة بتعويض المؤمن لهم أو المستفيدين الذين يتضررون بتحقيق الخطر المؤمن منه.

تفرض خاصية انعكاس دورة الإنتاج على شركة التأمين تسييرا خاصا يختلف عن تسيير باقي المؤسسات الاقتصادية. لذلك يتوجب على شركة التأمين توظيف هذه الأقساط في استثمارات جيدة، وتمسك حساباتها على أساس ضمان القدرة الدائمة على تسديد الكوارث، فنشاطها يقوم أساسا على تسيير الأخطار والمخاطرة في أصولها وخصومها. لذلك تدخلت الدولة لتنظيم نشاط التأمين وفرضت الرقابة عليه.

1 - المادة 204 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

2 - المادة 244 من الأمر نفسه.

3 - ANTHON André, Du contrôle de l'état en matière d'assurance, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de DIJON, 1937, p 50.

4 - BIGOT Jean, Traité de droit des assurances, tome 1, entreprises,..., op cit, p 418.

5 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط...عقود الغرر، مرجع سابق، ص 1098.

انطلاقاً من الشكل القانوني للمؤمن خاصة شركات تأمين المساهمة وموازاةً مع خصوصية نشاط التأمين، لا بد من الإعراف بالقوة الاقتصادية للمؤمن التي تجعل مركزه التعاقدى متفوقاً في مواجهة المؤمن له الذي يظل غالباً الطرف الضعيف الجدير بالحماية.

**ثانياً: المركز التعاقدى للضعيف للمؤمن له:** بالنظر إلى طبيعة المؤمن - خاصة شركة تأمين المساهمة - وخصوصية نشاط التأمين الذي يتميز بخاصية انعكاس دورة الإنتاج وخدمة التأمين التي تتسم بالتعقيد وصعوبة الفهم لغير المختص، فإن اختلال مركزي المؤمن باعتباره المتدخل ومقدم الخدمة التأمينية والمؤمن له باعتباره مستهلكاً، أمر طبيعي لأنها نتيجة منطقية لتخصص المؤمن وقوة مركزه المالي، وهي وضعية لا تخلو من مخاطر التعسف في استغلال قوته الاقتصادية<sup>(1)</sup>.

عموماً، الطرف الضعيف يتمثل في الطرف الذي تنقصه القوة، إما الجسمية أو المعنوية بشكل يؤدي إلى اختلال في المراكز القانونية، ومرجع ذلك يعود إلى تفاوت الظروف الاقتصادية والاجتماعية الناتجة عن ضعف المؤهلات النفسية<sup>(2)</sup> أو لضعف المؤهلات التقنية<sup>(3)</sup> لأحد طرفي العلاقة التعاقدية<sup>(4)</sup>.

ينطبق هذا التصور للطرف الضعيف على المؤمن له على أساس أن هيكل العلاقة القانونية ذاتها ليست متساوية. فعقد التأمين من طائفة عقود الإذعان وعقود الاستهلاك حيث يكون فيه المؤمن هو المهني وينفرد بإعداد نماذج العقود في نمط موحد، بينما المؤمن له يمثل المستهلك الذي يذعن لعقد أعدت شروطه مسبقاً ولا يملك القدرة على مناقشتها لتعديلها أو إلغائها، هذا ما يُقيم القرينة مسبقاً على وجود اختلال حقيقي بين المراكز القانونية لطرفي

<sup>1</sup> - CALAIS – AULOY Jean et STEINMTEZ Frank, Droit de la consommation, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2003, p 2.

<sup>2</sup> - نستدل بالطيش البين أو الهوى الجامح اللذان يدفعان الشخص إلى التصرف بدون تبصير ولا تفكير. المادة 90 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر. كما يُمكن أن ينتج الضعف عن مرض عقلي.

<sup>3</sup> - تشمل خاصة نقص التجربة أو الخبرة أو الكفاءة المطلوبة لفهم أو استيعاب الشيء محل التعاقد لتقدير وتقييم شروط العقد وأثارها على مركزه القانوني والمالي.

<sup>4</sup> - رواس حميدة، خصوصية عقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 17/05/2016، ص 13.

عقد التأمين. وهذه القرينة مُفترضة في العقود التي تُبرم بين المهنيين من جهة وبين المستهلكين وغير المهنيين من جهة ثانية، فهي عقود تتم في إطار قانون الاستهلاك، هذا ما يُفسر استفادة المؤمن له من الحماية المقررة في القوانين المتعلقة بحماية المستهلك باعتباره مؤمن له مستهلك.

فالمؤمن له لا يمكن عزله عن التطور الاقتصادي والصناعي ونمو حجم الشركات التجارية وما صاحب ذلك من تطور في تقنيات الحث على التعاقد كالإشهار والتسويق، وضرورة السرعة في إبرام المعاملات حتى لا يُعرقل التقدم الاقتصادي<sup>(1)</sup>.

كل هذه التطورات غيرت في نمط التعاقد، حيث لجأ المتعاملون الاقتصاديون إلى تقنية التعاقد بالعقود النموذجية والموحدة شروطها لجميع المستهلكين ويكون مضمونها محدد مسبقا بشكل كلي أو جزئي قبل مرحلة التعاقد ولا يملك المستهلك إلا قبولها بدون تعديل أو يرفضها كليا لأنه لأنه تعاقد بطريق الإذعان<sup>(2)</sup>. فعقود الاستهلاك لها بشكل عام مميّزاتها التي تتمثل في اختلال التوازن العقدي لأن المستهلك لا يملك القوة الاقتصادية لمناقشة بنود العقد، وقد تعززت وضعية الاختلال بسبب اتساع نطاق التعامل بعقود الإذعان.

أما بشكل خاص، فإن عقد التأمين بدوره يتميّز بالتعقّد وصعوبة الفهم، فحتى وإن تمّت صياغتها بلغة المؤمن له إلا أنه غالبا ما لا يملك الكفاءة على فهم لغة التأمين، لأن عقود التأمين وثائق فنية وقانونية لا يستوعبها غير المختص في ميدان التأمين. فاختلال القوة الاقتصادية والمالية والفنية بين المؤمن والمؤمن له أدى إلى اختلال المراكز التعاقدية لهما، ويتجسد ذلك بتفاوت الإلتزامات المتقابلة بينهما في إطار عقد التأمين. لذلك ظهرت وتبلورت فكرة حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك ومنها عقود التأمين لقصور القواعد العامة في تحقيق هذه الحماية<sup>(3)</sup>، خاصة وأن الإذعانية وضعية مشروعة من الناحية القانونية وضرورية من الناحية الاقتصادية.

<sup>1</sup>- LAMBERT-FAIVRE. Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 104.

<sup>2</sup> - محمد علي فقيه هانية، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 12.

<sup>3</sup> - SEGUR Philippe, Droit de la consommation, Ellipses éditions, Paris 2008, p 31.

فكل هذه المعطيات تجعل من المؤمن له طرفا ضعيفا في مواجهة المؤمن الذي يلجأ لآليات لحث مستهلك التأمين على اقتناء خدماته التأمينية في شكل وثائق تعاقدية والتي من خلالها تبرز قوة المركز التعاقدى للمؤمن في التأثير على المؤمن له. هذا التفاوت بين طرفي عقد التأمين تترتب عنه آثار على المستويين العملي والقانوني.

## الفرع الثاني

### تضمين نماذج عقود التأمين لبند تعسفية

تقوم قوانين حماية المستهلك على أفكار رئيسية تتمحور أساسا في اعتبار المستهلك طرفا ضعيفا في مواجهة المهني، والقانون وظيفته حماية المتعاقد الضعيف ضد المتعاقد الأقوى، وأن القواعد القانونية التقليدية عاجزة عن توفير الحماية الكافية له. وكما سبقت الإشارة إليه فإن المؤمن له يُمثل الطرف الضعيف في عقد التأمين نتيجة اختلال المراكز التعاقدية لطرفيه، والتفاوت نلمسه من خلال آثاره التي تبرز عندما يلجأ المؤمن إلى تضمين عقود التأمين ببند تعسفية.

يُعتبر المؤمن شركة تجارية تسعى إلى تحقيق الربح، إذ يسهر على إصدار نماذج عقود تتضمن شروطا معينة تعمل على توجيه العقد إلى تحقيق مصالحه الخاصة على حساب المؤمن له؛ باستغلال معطيات تتعلق بالتأمين كنشاط اقتصادي يتجسد من خلال عقود التأمين<sup>(1)</sup>. فمن جهة، المؤمن بصفته متعامل اقتصادي متخصص في مجال التأمين يعتبر في مركز القوة. ومن جهة أخرى، فإن المؤمن له لا يملك حرية التعاقد من عدمها خاصة في مجال التأمينات الإلزامية، وأن الإذعانوية وضعية مشروعة من الناحية القانونية لأنها لا تُعيب الإرادة ولا تعدمها، كما أن الإذعانوية ضرورية من الناحية الاقتصادية لضمان السرعة في إبرام المعاملات<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - FAVRE ROCHEX André – COURTIEU Guy, Le Droit du contrat d'assurance terrestre, DELTA- L.G.D.J. Paris. 1998. p 07.

<sup>2</sup> - PARIS LE CLERC Lucien, La nature juridique du contrat d'assurance, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de Paris, Albert MECHELINK, Paris, 1932. p 15.

تمنح هذه المعطيات أفضلية للمؤمن في التحرير الأحادي لنماذج العقود وبصفة مسبقة، يمكن أن ينتج عنها أسبقية المصلحة الخاصة للمؤمن على حساب مصلحة المؤمن له لأن المؤمن هدفه الأساسي تحقيق الربح عن طريق إتباعه لطرق في ظاهرها عادية إلا أن تطبيقها يؤدي إلى إخضاع وتوجيه إرادة المؤمن له إلى ما يضمن تحقيق مصالح أكثر على حساب هذا الأخير، وما يُسهل للمؤمن تجسيد ذلك هو كون نماذج العقود التي يُسوقها يُعدها مسبقا في شكل نصوص مطبوعة<sup>(1)</sup> تتضمن شروطا عامة تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى خدمة مصالحه لأنها شروط تحمل تعسفا عند تطبيقها.

يلجأ المؤمن إلى الشروط التعسفية من أجل جعل نماذج عقود التأمين تميل إلى حماية مصالحه في حالة نشوء نزاع مع المؤمن له عند تنفيذ العقد. واللجوء للشروط التعسفية إجراء استباقي ووقائي بالغ الأهمية لأنه يسبق مرحلة إبرام العقد، فمن وراء كل شرط تعسفي يهدف المؤمن إلى تحقيق غاية محددة لأنه وبحكم تخصصه وخبرته يمكن له أن يتوقع الحالات التي من شأنها أن تُدخله في نزاع مع المؤمن له، فوظيفة كل شرط تعسفي تكمن في أولوية حسم المؤمن لصالحه أي نزاع محتمل ضد المؤمن له.

عمليا ليس من الصعب على المؤمن اللجوء إلى تضمين عقود التأمين بشروط التعسفية، فواقع العملية التعاقدية في إطار عقود التأمين تتم من خلال نماذج عقود معدة مسبقا وتُعرض على الجمهور في شكل موحد. بذلك تكون الشروط التعسفية مكتوبة في وثيقة التأمين نفسها أو مطبوعة في وثيقة أخرى ملحقه بها<sup>(2)</sup>.

لتحقيق فعالية أكثر لدور الشروط التعسفية في تغليب مصالح المؤمن على حساب مصالح المؤمن له، يعمل هذا الأخير على ضمان الاستغلال الأمثل للإعلان التجاري<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, 2<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris 1988, p 52.

<sup>2</sup> - GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 19.

<sup>3</sup> - يقصد به: « جميع الاقتراحات و الدعايات أو البيانات و العروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية»، المادة 8/2 مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 1990/01/30، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ج ر عدد 05 لسنة 1990. عزفته المادة 3/3 من قانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،

كوسيلة فعالة للترويج بمنتجاته التأمينية التي تُسوق في شكل نماذج عقود تتضمن خدمات مستقبلية. وفيه يلجأ إلى مزج المعلومات الموضوعية المتعلقة بخدمته بجملة من المؤثرات النفسية لترغيب مستهلك التأمين في شرائها على أساس أنها تتطابق مع رغباته المشروعة من أجل لفت انتباهه وتوجيه إرادته وتفكيره إلى تلك الخدمة<sup>(1)</sup>.

يُحقق بذلك الإعلان التجاري مصلحة مزدوجة؛ إذ يضمن للمستهلك الحصول على معلومات عن السلعة أو الخدمة، ويحقق مصلحة للمنتج لأنه وسيلة مشروعة للتنافس في مجال تسويق المنتجات وتنشيط التعاقد<sup>(2)</sup>، شرط أن يكون صادقا لا كاذبا ومضلا أين يتعمد صاحب الإعلان إسباغ خدماته مظهرا غير مظهرها الحقيقي ليخلق في ذهن مستهلك التأمين عنصر تفضيل خدماته عن خدمة تأمينية من نفس النوع تُروج لها شركة تأمين منافسة لها في نفس السوق، وهنا يخرج الإعلان التجاري عن إطاره المشروع ليصبح وسيلة للخداع والاحتيال<sup>(3)</sup>. ما يُشكل خطرا على المستهلك والمنافسة لأن وظيفته الأساسية ليست الإعلام بل التحريض والحث، وما دام الإعلان التجاري ركيزة هامة في اقتصاد السوق فلا يُمكن منعه وإنما يجب منع التعسف عند استعماله لجلب الزبائن والمنافسة في السوق<sup>(4)</sup>.

بذلك فإنه توجد علاقة بين الإعلان التجاري وتضمن نماذج عقود التأمين بالشروط التعسفية، على أساس أن الإعلان التجاري وسيلة للتأثير السلبي في تفكير وتروي المؤمن له عندما يعمل المؤمن على إبراز مزايا خدماته، كالتركيز مثلا على نطاق الضمان وثمنه حتى

---

معدل ومتمم، سالف الذكر، كما يلي: «إشهار: هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة».

نلاحظ من خلال هاتين المادتين أن مصطلحي الإعلان و الإشهار يُؤديان نفس المعنى.

1 - قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة لنيل شهادة الماجستير: فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص 28.

2 - سي يوسف زاهية حورية، « حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 04 لسنة 2010، ص، 183.

3 - بن قري سفيان، « حدود مشروعية الإشهار التجاري »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 25.

4 - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,... consommation, 6<sup>eme</sup> éd, op cit, p 133.



لا يتفطن المؤمن له للاستثناءات التي ترد عليه والمدونة في آخر الصفحة من وثيقة التأمين.

تزداد خطورة الإعلان التجاري كوسيلة مؤثرة لتضمين نماذج عقود التأمين بشروط تعسفية لأن الوثائق الإشهارية التي تعرض على المستهلك غالباً ما تتضمن الشروط العامة المتعلقة بنماذج عقود التأمين والتي في حالة قبولها من المستهلك ترتقي إلى درجة عقد يُنتج كامل آثاره على الطرفين بالرغم من أنها لم تكن محلاً للتفاوض المسبق بين المؤمن والمؤمن له، فسيانها يخضع فقط لإذعان المستهلك التأمين بالتوقيع عليها على اعتبار أنه لو نطلع على نماذج عقود التأمين التي تسوقها شركات التأمين من خلال الإعلانات التجارية نجدها تتضمن العناصر الجوهرية لعقد التأمين والتي تسمى بالشروط العامة<sup>(1)</sup>.

نتيجة لذلك، فإن الشروط التعسفية تُحيلنا إلى فكرة أساسية وهامة في العلاقات التعاقدية، مفادها أن التوازن العقدي يجب ضمانه عند إبرام العقد لأن ذلك أسهل من إعادته عند تنفيذ العقد<sup>(2)</sup>.

هذه هي غاية القوانين المتعلقة بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية حيث تشمل كل المراحل التي يمر عليها العقد، بدءاً من المرحلة ما قبل التعاقدية إلى مرحلة الإبرام والتنفيذ والإنهاء.

فغاية التدخل التشريعي الأمر أو القضائي أو تدخل الأجهزة الاستشارية هي إعادة التوازن للعقود وليس لإهدار العقد وإضاعة وعرقلة المعاملات التجارية واستقرارها. لأن العقد يُجسد الوسيلة المثلى والحيوية لتبادل السلع والخدمات سواء في ظل الحرية التعاقدية أو في ظل العقد الموجه.

<sup>1</sup> - LABARTHE Françoise, La notion de document contractuel, L.G.D.J, Paris, 1994. p 16.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance, thèse pour le doctorat en droit, discipline : Droit privé, faculté de Droit, université Montpellier 1, 2012. p 23.



فلا يوجد أي نظام يُعوض العقد أو يقضي على الحرية التعاقدية التي رغم تقليص دورها في بعض المجالات ورغم فرض الرقابة عليها في مجالات أخرى، إلا أنها تبقى عنصر جوهري في العلاقات التعاقدية<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### بعض خصائص عقد التأمين

يتضمن عقد التأمين خصائص تجعل منه بحد ذاته مبررا للتدخل لحماية المؤمن له ضد الشروط التعسفية. فهذا الأخير يجد نفسه في إطار علاقة تعاقدية واحدة يُواجه فيها عدة مشكلات تُثيرها خصائص أو صفات عقد التأمين على نحو يُؤثر بشكل سلبي على مركزه التعاقدية. ودون التطرق إلى كل خصائص عقد التأمين<sup>(2)</sup>، سنحاول إبراز أهمها والتي من خلالها يجد المؤمن له نفسه في مركز تعاقدية ضعيف.

تظهر هذه الخصائص بالنظر إلى طريقة التعاقد؛ فشروط نماذج عقود التأمين تم إعدادها مسبقا من طرف المؤمن، وما على المؤمن له إلا أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها دون إمكانية مناقشتها، فقبوله مجرد إذعان. وهنا يكتسب عقد التأمين خاصية الإذعانية (الفرع الأول). كذلك في مجالات محددة المشرع لا يعتد بإرادة المؤمن له بحيث يجبره على الاكتتاب في بعض عقود التأمين، وهنا تبرز خاصية إجبارية عقود التأمين (الفرع الثاني). كما أن التأمين خدمة تسوقها شركة التأمين في شكل ضمانات مستقبلية وفيها يكون المؤمن

<sup>1</sup> - COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 10<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2015, p 10.

<sup>2</sup> - جرى الفقه على اعتبار أن عقد التأمين يتصف بخصائص عدة وهي: عقد التأمين من العقود المسماة - عقد رضائي - عقد ملزم للجانبين - عقد معاوضة - عقد احتمالي - من عقود حسن النية - عقد يطغى عليه النظام العام - عقد زمني مستمر. راجع في تفصيل ذلك كل من: عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، الجزائر، 1998، ص 19 وما يليها. و تكاري هيفاء رشيدة، النظام القانوني لعقد التأمين، دراسة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 19 / 12 / 2012، ص 71 وما يليها.

له مستهلكا والمؤمن متدخلا والتأمين منتج خدماتي يُعرض للبيع. بهذه الصفات مجتمعة تظهر خاصية أن عقد التأمين من عقود الاستهلاك (الفرع ثالث).

## الفرع الأول

### عن توافر خاصية الإذعانية في عقد التأمين

اعتبر عقد التأمين من بين أبرز تطبيقات عقود الإذعان لأن مضمونه يتم تحديده كليا أو جزئيا من طرف المؤمن قبل مرحلة التعاقد. لذلك من الضروري البحث في العوامل أو الظروف التي أدت إلى اكتسابه خاصية الإذعانية وأصبح يُكَيَّف من خلالها على أساس أنه من طائفة عقود الإذعان.

لكن قبل ذلك يجب البحث أولا في ماذا نقصد بالإذعانية، هذه النظرية التي استُحدثت من أجل حماية الأطراف الضعيفة في إطار القواعد العامة المعروفة في القانون المدني كآلية لمواجهة ضعف مركزهم التعاقدية<sup>(1)</sup>.

لتوضيح فكرة الإذعانية نبدأ بالإشارة إلى أن عملية إبرام العقود تتم بإتباع أسلوبين أساسيين مختلفين؛ بموجب الأسلوب الأول يقوم الطرفين بتقديم اقتراحاتهما حول مضمون العقد في شكل محادثات بينهما سواء بحضورهما في مجلس العقد أو بغياب أحدهما أو كليهما فيتم التفاوض بين غائبين دون أن يُؤثر ذلك على المفاوضات لأنهما يسعيان للوصول إلى إتفاق يرتضيان عليه لإبرام العقد. ففي هذا الأسلوب من التعاقد لا تكون فيها شروط مسبقة يفرضها أحد الأطراف وتكون غير قابلة للنقاش، فكل الشروط يمكن أن تكون محلا للتعديل بالزيادة أو الإلغاء في شكل تنازلات من كل طرف حتى يتوصلا إلى تطابق إرادتيهما حول إنشاء العقد<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - أبرزها تدخل القاضي لتفسير العقد أو لتعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعن منه أو قاعدة تفسير الشك يؤول لمصلحة المدين. المواد 110 و 112 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. سالف الذكر.

<sup>2</sup> - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, Droit des obligations, ELLIPSES, Paris, 1998, p 24.

أما الأسلوب الثاني فهو مختلف كلياً عن الأسلوب الأول، حيث يصدر الإيجاب من أحد الطرفين - وهو الطرف الأقوى - ويشترط فيه على الطرف الآخر قبول الإيجاب وفقاً لكل الشروط التي حددها مسبقاً بدون أي تعديل أو تحفظ عليها. فهذا الأسلوب تفرضه ضرورة السرعة في إبرام المعاملات التجارية، كشركات النقل الجوي أو البحري أو النقل بالسكك الحديدية أو شركات توزيع الكهرباء والغاز ومنها أيضاً شركات التأمين التي تصدر نماذج عقود التأمين في شكل موحد يتعلق بكل صنف من أصناف التأمين، والسبب في ذلك أنه من الناحية العملية يستحيل على هذا الشركات أن تناقش مع كل مستهلك محتمل شروط العقد لأن ذلك سيعطل حركية النشاط الاقتصادي<sup>(1)</sup>. فنجد في هذا الأسلوب أن الطرف القوي يفرض إرادته على الطرف الآخر دون أن يُشكل ذلك وضعا غير قانوني.

نلاحظ إذن الاختلاف الموجود بين هاذين الأسلوبين في التعاقد، ففي الأول يتكون العقد بتطابق إرادتين حرتين عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، أما في الأسلوب الثاني فالعقد يتم إعداده من طرف أحد الطرفين الأقوى، أما الطرف الآخر لا يملك سوى أن يرفض أو يقبل ما يُمليه الطرف القوي، فالقبول موجود لكنه مجرد إذعان.

بهذا فإن الإذعانية نمط من التعاقد فرضه التطور الاقتصادي كآلية مُتلى لضمان السرعة في إبرام المعاملات التجارية، وفيه ينفرد أحد طرفي العقد بوضع شروط التعاقد مسبقاً يعرضه على الجمهور في نموذج موحد ولا يقبل مناقشتها من الطرف الآخر ورغم ذلك يقبل التعاقد لتعلق موضوع العقد بسلع أو خدمات ضرورية لا يمكن للمدع أن يستغني عنها. فالتطور الاقتصادي أوجد عدم التوازن بين أطراف العقد، أما النظريات والوسائل القانونية التي وُضعت لمعالجة هذا الاختلال خلقت تسمية عقود الإذعان<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - PARIS LE CLERC Lucien, op cit, p 15.

<sup>2</sup> - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 19.

بناء على ما تقدم، فإن الإذعانية تتحدد بتوافر عناصر معنية تتمثل أساسا في فيما يلي<sup>(1)</sup>:

- التحرير الأحادي لشروط العقد بصفة مسبقة من الطرف القوي.
- يعرضه على الجمهور في قالب نموذجي موحد غير قابل للنقاش.
- أن يقبل الطرف المذعن بهذه الشروط لتعلقها بسلعة أو خدمة ضرورية.

فحقيقة نظرية الإذعانية أنها صيغت لحماية الأطراف الضعيفة في عقود الإذعان التي تعتبر من أهم المجالات التي تُملي فيها إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الآخر شروط العقد وتوجيهه بما يخدم مصالحه ما يؤدي إلى تقليص دور إرادة المذعن في إنشاء العقد<sup>(2)</sup>.

والبحث في مدى اعتبار عقود التأمين من طائفة عقود الإذعان سيتم من خلال دراسة توافر عناصر الإذعان فيه من عدمه وفقا للعناصر السابق ذكرهما. بتعبير آخر، البحث في اعتبار المؤمن الطرف القوي في عقد التأمين ينفرد بإعداد شروط العقد بصفة مسبقة (أولا)، ويعرضه على الجمهور في نموذج موحد يكاد يكون غير قابل للنقاش خاصة فيما يتعلق بالشروط العامة الأساسية التي أعدها مسبقا بناء على دراسات أو إحصائيات (ثانيا)، وأن يدعن المؤمن له لهذه الشروط لأنها تتعلق بخدمة إما لكونها ضرورية أو لكونها إلزامية (ثانيا).

1 - استقر الفقه والقضاء على أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتي: 1- يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد في موقع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر مع من يتعاقد معه. 2- أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعد من الضروريات الأولية التي لا يمكن للمتعاقد المذعن أن يصرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها. 3- أن يصدر الإيجاب عاما وفي قالب نموذجي. للتفصيل في ذلك راجع كل من: جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 104 وما يليها. و بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011. ص 151 وما يليها.

2 - غستان جاك، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2000، ص 96.

أولاً: أسبقية التحرير الأحادي لشروط عقد التأمين من طرف المؤمن: يُفترض في عقود الإذعان أن إعدادها وتحريرها يكون مسبقاً وينحصر في الطرف القوي دون تدخل الطرف الآخر الذي لا يملك أي دور في ذلك<sup>(1)</sup>. فهل يُفترض نفس الشيء بالنسبة لعقود التأمين؟

بالرجوع إلى الجانب العملي لعقد التأمين يتأكد لنا بأن المؤمن ينفرد فعلاً بإعداد نماذج عقود التأمين بصفة مسبقة ويحررها ويطبّعها. أما دور المؤمن فينحصر على قبول التعاقد بالتوقيع على الشروط التي أقرها المؤمن مسبقاً ليتم التعاقد بموجبها بشكل موحد على نفس المجال الذي تقرر له كالتأمين على حوادث السيارات.

في حين يُمكن أن ننكر بأن عقد التأمين تم إعداده وتحريره من طرف المؤمن وحده وبصفة مسبقة وهذا راجع لسببين رئيسيين هما: يتمثل الأول في أن نماذج العقود تُعرض مسبقاً على إدارة الرقابة. ومفاد ذلك هو إخضاع المشرع الشروط العامة لوثيقة التأمين لتأشيرة تُسلمها إدارة الرقابة وهذا بعد أن تدرس كل الشروط الواردة في نماذج عقود التأمين، إذ يُمكن أن تُفضي الرقابة إما لمنع تسويقها أو إرجاء ذلك إلى حين تقيد شركة التأمين بالبنود النموذجية التي تأمر إدارة الرقابة بإدراجها، في المقابل تُلغي كل شرط يتبين لها أنه يحمل تعسفاً، ولها أن تأمر في أي وقت بتعديل أو سحب نماذج عقود التأمين التي تم تسويقها<sup>(2)</sup>.

أما السبب الثاني فيكمن في إنكار الصفة التعاقدية لعقود الإذعان ومنها عقد التأمين<sup>(3)</sup>. حيث تُوصف هذه العقود على أساس أنها مركز قانوني منظم، بالتالي ينطبق هذا الوصف على عقود التأمين أي أنه مركز قانوني منظم بحكم تدخل السلطة العامة بموجب

<sup>1</sup> - LARROUMET Christian, Droit civil, tom 3, les obligations, le contrat, 3<sup>em</sup> édition, ECONOMICA, Paris, 1996, p 139.

<sup>2</sup> - المادة 227 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - للتفصيل في موضوع الطبيعة القانونية لعقد الإذعان راجع: لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 33 ما يليها. وفرج الصده عبد المنعم، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 250 وما يليها. والسنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 193 وما يليها.

نصوص تشريعية أو تنظيمية تهدف من ورائها إلى التحديد القانوني لمحتوى عقد التأمين بفرض الشروط النموذجية الواجب توافرها فيه.

وما يلفت الانتباه هنا، هو أن لجوء السلطة العامة لهذه التقنية يكون دون الأخذ بعين الاعتبار لإرادة المؤمن أو المؤمن له لأنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، حيث يمكن أن يكون تحديد محتوى العقد بإجماله بموجب القانون. وهذا ما نجده خاصة في مجال التأمينات الإلزامية<sup>(1)</sup>.

إن القول بعدم إنفراد المؤمن مسبقاً بالتحديد الأحادي لشروط عقد التأمين بناء على السببين المذكورين لا يُغير من الوضع إتجاه المؤمن له؛ لأن الإرادة الأخرى التي شاركت إرادة المؤمن في إعداد شروط العقد هي إرادة السلطة العامة عن طريق جهاز الرقابة<sup>(2)</sup> أو عن طريق التشريع أو التنظيم، أما من زاوية إرادة المؤمن له فإنها لم تتدخل في إعداد شروط نماذج عقود التأمين.

فتدخل السلطة العامة لا يعني أن العقد ليس من وضع المؤمن بصفة مسبقة وإرادته المنفردة، لأن هذا التدخل هدفه هو وضع الشروط الأساسية التي يجب أن تتضمنها نماذج عقود التأمين بشكل واضح يفهمه المؤمن له مع إلزامية إعلامه بها<sup>(3)</sup>. ورغم ذلك فإن العقد يُعده ويُحرره المؤمن بصفة مسبقة لأنه يُمثل الطرف القوي المتدخل في السوق التأمينية.

بعد أن تحققنا من توافر الشرط الأول من عقود الإذعان وانطباقه على عقود التأمين بحكم أن المؤمن ينفرد بالإعداد والتحرير المسبق للعقد، إلا أنه لا يُمكن الجزم بأنه عقد إذعان لأنه يجب أن يتوافر فيه الشرط الثاني.

**ثانياً: عرض نماذج عقود التأمين في قالب موحد غير قابل للنقاش: تتيح تقنية عرض العقود في قالب موحد موجه للجمهور وغير قابل للنقاش إمكانية إبرام المعاملات التجارية**

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, Presse Universitaire de France, Paris, 1999, p 56.

<sup>2</sup> - يُقصد بجهاز الرقابة: لجنة الإشراف على التأمينات. المادة 209 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، المعدلة بموجب المادة 26 من قانون رقم 06-04، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - TROCHU Michel, « La protection des consommateurs contre les clauses abusives: Etude de la législation française de 10-1-1978 », Revue de Droit et Pratique du Commerce International, Tom 7, N° 1, mars 1981, p 54.

بسرعة وبأقل جهد وتكاليف، وهو العنصر الثاني من عناصر عقود الإذعان. فهل تُطبق نفس التقنية في إبرام عقود التأمين؟

يُفيد التعاقد مبدئياً النقاش المسبق بين الطرفين ودفاع كل منهما عن رأيه حول شروط العقد من أجل الوصول إلى إتفاق بينهما بأقل تنازلات ممكنة لكل طرف، فالعقد يكون وليد الإرادة المشتركة للطرفين. لكن في إطار عقود الإذعان نجد إرادة الضعيف تخضع لإرادة الأقوى وهذا هو الوضع القائم في عقود التأمين.

فعلا هذا هو الوضع القائم في عقود التأمين ولا مجال للشك في ذلك؛ فالمؤمن له يُعتبر الطرف المدعن والضعيف الذي ليس له أن يُناقش شروط نماذج العقود التي يُعدها ويُحررها ويطبّعها المؤمن مسبقا باعتباره الطرف القوي اقتصاديا.

فغياب المناقشة في عقود التأمين يتحقق بنفس الطريقة التي يتحقق بها في عقود الإذعان؛ حيث نجد في نماذج عقود التأمين صنفين من الشروط التعاقدية. الصنف الأول منها يتعلق بالعناصر الأساسية للعقد وتُطبق على كل العقود التي تنتمي إلى نفس النوع من التأمين، ومن خلالها يتحدد خاصة موضوع التأمين ومجاله والضمانات والاستثناءات وسقوط الحق، التزامات المؤمن والمؤمن له، مع الإشارة إلى أحكام مختلفة تتعلق مثلا بتطبيق المكافئة والردع، دون الإخلال بما تقتضيه الأحكام التشريعية والتنظيمية.

فمثل هذه العناصر الأساسية يُحددها المؤمن مسبقا ويعرضها على الجمهور في قالب موحد دون مناقشة من طرف المؤمن له<sup>(1)</sup>، فمن خلال هذا الصنف من الشروط ينعدم دور إرادة المؤمن له في المناقشة لإعداد عقود التأمين<sup>(2)</sup>.

أما الصنف الثاني من الشروط التعاقدية فهي شروط خاصة تعلق أساسا بالتحديد الدقيق للخطر محل التأمين أو الضمانات الإختيارية التي يُقرر المؤمن له شرائها إلى جانب الضمانات الإلزامية. فمن خلالها يتم التعرف على المال المؤمن عليه والأخطار التي يشملها

<sup>1</sup> - LEGIER Gérard, Droit civil, les obligations, 15<sup>eme</sup> édition, DALLOZ, Paris, 1996. p 14.

<sup>2</sup> - PARIS LE CLERC Lucien, op cit, p 17.

التأمين. كما تتعلق الشروط الخاصة بتحديد هوية المكتتب أو المستفيد من عقد التأمين إذا ما تقرر التأمين لمصلحة الغير<sup>(1)</sup>.

فمجال المناقشة في عقود التأمين ينحصر في الشروط الخاصة التي يتركها المؤمن في شكل فراغات عند طباعة نماذج العقود لئلاً عند التوقيع على العقد لتتلاءم مع طبيعة الشيء المؤمن عليه وللتعرف على هوية المكتتب أو المستفيد من التأمين أو تُحرر في أوراق مستقلة إلا أنها تُلحق بالشروط العامة للعقد وتُعتبر جزءاً منها.

يُجسد شرط عرض نماذج عقود التأمين على الجمهور في قالب موحد غير قابل للنقاش العنصر الثاني من عقود الإذعان والمتمثل في صدور الإيجاب إلى الجمهور وفقاً لشروط موحدة غير قابلة للنقاش. إلا أنه يجب أن نتحقق من توافر العنصر الأخير لاعتباره من عقود الإذعان وهذا من خلال العنصر التالي.

**ثالثاً: إذعان المؤمن له لهذه الشروط لأنها تتعلق بخدمة ضرورية:** لما كان المذعن في حاجة ماسة لبعض السلع أو الخدمات فإنه يتعاقد عليها وبالشروط التي يملئها الطرف القوي لأنه لا يمكن أن يستغني عنها دون أن يُسبب له ذلك خسارة أو مشقة محتملة، وهو العنصر الثالث والأخير لنكون بصدد عقد إذعان. فهل يُمكن أن يتحقق هذا الشرط في عقود التأمين؟

تكون الإجابة على هذا التساؤل من خلال البحث في اعتبار الخدمة التأمينية من المنتجات الضرورية التي لا غنى للناس عنها. والإجابة ستكون بالنظر إلى الخدمة التأمينية من زاوية أنها خدمة إختيارية في بعض المجالات إذ فيها يظهر الدور الحقيقي لإرادة الفرد في اعتبارها ضرورية أم لا. فلا جدوى من البحث عن هذا العنصر في التأمينات الإلزامية على أساس أن الفرد ملزم بذلك قانوناً تحت طائلة عقوبات<sup>(2)</sup>، فالمشرع أقر بأهمية التأمينات منها الاجتماعية والخاصة كآلية مثلى للحماية الاجتماعية.

1 - عمريو جويده، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2013، ص 79.

2 - تتمثل هذه العقوبات في الحكم بالغرامات المالية تُضاف إليها الإلزامية الاكتتاب في التأمين موضوع الغرامة، وعلى سبيل المثال تأمينات المسؤولية المدنية في المجال البري المنصوص عليها في الفصل الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان: التأمينات الإلزامية الواردة في أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.



ستتضح أكثر الإجابة من خلال التأمينات الإختيارية لأن في إطارها سيظهر عنصر ضرورة الخدمة التأمينية من عدمه على أساس أن الفرد حر في الاككتاب فيها من عدمه تبعاً لما يعتبره ضرورياً أو ثانوياً في حياته اليومية. إلا أن عنصر ما يُمكن اعتباره ضرورياً يختلف من مجتمع لآخر باختلاف الزمان والمكان. ففي المجتمعات الغربية نجد الفرد يُؤمن على كل شيء في حياته، إذ يُمكن أن يكتتب عدداً من عقود التأمين بقدر ما يملكه من أشياء مادية أو معنوية وبقدر ما يُمكن أن يتصوره من الأخطار التي يُحتمل أن يتعرض لها في حياته اليومية. عليه فلا مجال لمناقشة أهمية وضرورة الخدمات التأمينية في المجتمعات الغربية، فالتأمين خدمة أساسية وضرورية وحيوية لا يُمكن للفرد أن يستغني عنها حتى في إطار التأمينات الإختيارية<sup>(1)</sup>.

أما في مجتمعنا فالوضع مختلف تماماً، فما عدا التأمينات الإلزامية فإننا نجد ضعف استجابة المجتمع للتأمينات الإختيارية بسبب نقص ثقافة التأمين تحت تأثير عوامل عدة أبرزها نقص الوعي حول المزايا التي يُحققها التأمين للحماية من الأخطار<sup>(2)</sup> إلى جانب العامل الديني الذي من خلاله يتصور الفرد أن التأمين يقوم على المقامرة والرهان، فهو من عقود الغرر المحرمة في الشريعة الإسلامية. حيث اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وتباينت آرائهم حول مشروعية التأمين وانقسموا في ذلك بين مؤيد للعقد ومعارض له، ولكل منهم حجته في ذلك لتبرير وجهة نظره<sup>(3)</sup>.

رغم كل هذا الإختلاف تبقى الخدمات التأمينية من المنتجات الضرورية للفرد في الحياة المعاصرة، على أساس أنه تعاون مسبق بين الأفراد في توفير الضمان المالي لمواجهة

<sup>1</sup>- بن ابراهيم سليمان، التأمين وأحكامه، دار العواصم المتحدة، بيروت، لبنان، 1993، ص 52.

<sup>2</sup> - فمن مزايا نظام عقد التأمين أنه يقوم على أساس التعاون والتضامن بين المؤمن لهم لمواجهة آثار الأخطار التي يتعرضون لها، إما بأنفسهم في إطار التعاضديات وإما عن طريق وسيط بينهم في إطار شركات تأمين المساهمة. للتفصيل في ذلك، راجع: بدرت نوال محمد بدير، « مزايا نظام عقد التأمين »، مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية، العددان السابع والثامن، سبتمبر وأكتوبر 1989، ص 69.

<sup>3</sup> - للتفصيل في آراء فقهاء الشريعة الإسلامية من التأمين، راجع كل من: الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد السادس، عقود التأمين من الناحية القانونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 34 وما يليها. و تكاري هيفاء رشيدة، مرجع سابق، ص 47 وما يليها.

الأضرار التي يُمكن أن تُصيب أحدهم أو أكثر عند تحقق الأخطار المؤمن منها. فلولا أهمية الخدمات التأمينية وزيادة الطلب عليها لما تغلغل التأمين في جميع نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

لنخلص في الأخير إلى القول بأن عقود التأمين ينفرد فيها المؤمن بتحرير بنود العقد مسبقا ويعرضها على الجمهور في قالب موحد غير قابل للنقاش ولا يملك المؤمن له إلا قبول التعاقد لأنها من الخدمات الضرورية في حياته اليومية من جهة، وملزم بشرائها من جهة ثانية عندما يتعلق الأمر بإجبارية التأمين.

لهذه العناصر مجتمعة، فإن عقود التأمين من طائفة عقود الإذعان التي تُسيطر فيه إرادة الطرف القوي اقتصاديا على إرادة الطرف المذعن حتى ولو لم يكن الطرف القوي يتمتع باحتكار فعلي أو قانوني. ففي مجال خدمات التأمين نجد عدة شركات للتأمين عمومية وخاصة تُقدم خدماتها على المستوى الوطني.

فلا وجود لشركة تحتكر مجالا جغرافيا معيناً ولا خدمات معينة. فانتفاء الاحتكار القانوني أو الفعلي لا ينفي صفة الإذعان على عقود التأمين. فمجرد التفوق الاقتصادي يُؤدي إلى استبعاد المناقشة حول شروط العقد<sup>(1)</sup>، لأن الإذعان ضرورية لضمان السرعة في إبرام المعاملات التجارية.

فالخاصية الأولى التي تجعل من المؤمن له طرفاً ضعيفاً في عقود التأمين هي الإذعان<sup>(2)</sup>، إلا أنها ليست الخاصية الوحيدة بل تُضاف إليها خاصية أخرى وذات أهمية بالغة على أساس أنها تتعلق بالإكراه القانوني وذلك بإلزام الأفراد على اكتتاب عقود التأمين في مجالات محددة تتعلق بحماية المصلحة العامة.

<sup>1</sup> - نساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 11 ماي 1998، ص 10.

<sup>2</sup> - إن فكرة الإذعان في عقود التأمين تبقى نسبية، ويتحقق ذلك في الحالات التي يكون فيها المؤمن له شركة كبرى، كالشركات النفطية أو شركات النقل الجوي أو البحري، فهي تقف على قدم المساواة مع شركات التأمين وتناقش كل شرط يرد في عقد التأمين، كما يمكن لها أن تفرض بعض الشروط على المؤمن.

- BONNARD Jérôme, Droit des assurances, LITEC, Paris, 2005. p 17.

## الفرع الثاني

### عن إجبارية عقود التأمين

تكمّن الوظيفة الأساسية للقانون في فرض النظام في المجتمع، لذلك من الضروري أن تُبَيّن القاعدة القانونية الحدود بين ما هو جائز قانوناً مع ما هو ممنوع على نحو يسمح للمخاطبين بها أن يتوقعوا نتائج تصرفاتهم<sup>(1)</sup>. فالقانون يستبقُ تنظيم هذه التصرفات وآثارها القانونية ولا ينتظر حدوثها ثم يبحث عن كيفية تنظيمها<sup>(2)</sup>.

فالقانون يُبين ما هو جائز وما هو ممنوع وفقاً للنظام العام التقليدي الذي يتسم بالسلبية على أساس أنه يكتفي إما بذكر ما يُمنع التعامل فيه بصفة مباشرة وإما يُشير بطريقة غير مباشرة إلى عدم جواز مخالفة التصرفات القانونية للنظام العام ويترك مهمة تقدير ذلك للقاضي<sup>(3)</sup>. فالنظام العام التقليدي قضائي أكثر مما هو تشريعي<sup>(4)</sup>. وإلى جانب تقنية المنع يلجأ المشرع إلى تقنية وضع قواعد قانونية مكملّة للإرادة وأخرى إختيارية<sup>(5)</sup>.

تطور النظام العام بعد ذلك وأدى إلى ظهور نظام عام حديث تحت تأثير التطور الصناعي والتكنولوجي، فبرزت الشركات التجارية كقوة اقتصادية وصاحب ذلك تطور في نمط الاستهلاك من الاستهلاك الفردي إلى الاستهلاك الجماعي. ما أدى إلى ظهور المتعاملين الاقتصاديين كطرف قوي في مواجهة المستهلكين كطرف ضعيف مدعّن لما يُملى

<sup>1</sup> - GHESTIN Jacques, « Les données positives du droit », Revue Trimestrielle de droit civil, N°1, janvier/mars 2002, p 14.

<sup>2</sup> - GHESTIN Jacques et GOUBEUX Giles, Traité de droit civil, Introduction générale, 4<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J. Paris 1994, p 5.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة 24 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم على أن: « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر... ».

<sup>4</sup> - ZENNAKI Dalila, « Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et de droit commun ». Revue Semestrielle, Faculté de Droit, Université Abou Bekr Belkaid. Tlemcen, N° 08, 2011, p 16.

<sup>5</sup> - MASSON Antoine, « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques, Essai de théorie des stratégies juridiques », Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif, Presse Universitaire D'Aix Marseille. 2008 – 1, p 446.

عليهم من شروط التعاقد في إطار عقود الإذعان التي أصبحت الوسيلة المثلى لبيع السلع والخدمات، إلا أنها في نفس الوقت لا تخلو من الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>.

نتيجة لذلك تدخلت الدولة لإقامة الحد الأدنى من التوازن بين المتدخلين والمستهلكين لحمايتهم من مختلف أشكال التعسف الذي يتعرضون له. وفي ظل هذه المعطيات تطور النظام العام التقليدي إلى نظام عام حديث الذي عرف كثرة القواعد القانونية الآمرة وتخصصها بحسب نوع السلع والخدمات التي يقتنيها المستهلك، وانقسم إلى نظام عام حمائي ونظام عام اقتصادي توجيهي، مهمته الحد من الحرية التعاقدية ولا يجوز مخالفته لأنه يتعلق بتحقيق المصلحة العامة والمصلحة الفردية بحماية الأطراف الضعيفة<sup>(2)</sup>.

فالنظام العام الحديث تشريعي أكثر مما هو قضائي لكثرة النصوص القانونية الآمرة، فخاصيته أنه إيجابي لأنه يأمر الأفراد بالقيام ببعض التصرفات وينظمها. فكل ما يحقق المصلحة العامة وحماية الأطراف الضعيفة وكل ما يشكل عائقا لها يخضع للسلطة التقديرية للمشرع الذي يتدخل بموجب نصوص تشريعية آمرة تحقيقا لهذه المصالح، فهي آلية للحماية والتنظيم والتطور الاجتماعي<sup>(3)</sup>.

تحقيقا لهذه الغايات يتبع النظام العام الحديث آليات مختلفة تسمى تقنيات التدخل لفرض النظام العام، والتي تتجسد من خلال تحديد مختلف التصرفات القانونية التي يُمنع التعامل فيها، التصرفات المراقبة، التصرفات الإجبارية والتصرفات التي يُنظمها القانون<sup>(4)</sup>.

أدى هذا التدخل التشريعي المكثف لفرض النظام العام إلى تغيير جذري للنظام التعاقدية؛ فكل الشروط التي ترد في العقد لا تُجسد بالضرورة ما ارتضاه المتعاقدين، والسبب في ذلك أن هناك من الشروط التي يكون مصدرها القانون وتكون ملزمة للطرفين أو لأحدهما، فليس كل ما يرد في العقد يكون مصدره رضا الطرفين، لذلك لا بد من التمييز في

<sup>1</sup> - TROCHU Michel, op cit, p 39.

<sup>2</sup> - SAHRI Fadila, « Les dispositions d'ordre public protectrices du consommateur dans les contrats d'adhésions, à travers la loi 04-02 du 23/06/2004 », Revue Semestrielle, Faculté de Droit, Université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, N° 8 – 2011, p 8.

<sup>3</sup> - GHESTIN Jacques, « Les données positives du droit », op cit, p 14.

<sup>4</sup> - FARJAT Gérard, op cit, pp 191 – 264.

العقد بين الإلتزامات التي يكون مصدرها إرادة الأطراف عن تلك التي يكون مصدرها القانون<sup>(1)</sup>.

يجب أن نُميز كذلك أنه ليس كل عقد إلتزام إرادي، لأن مقتضيات فرض النظام العام لتحقيق المصلحة العامة وحمايتها أوجد تقنية الإكراه القانوني التي استمدت مشروعيتها من المصلحة العليا التي تسعى لتجسيدها. لهذا ظهرت طائفة العقود الجبرية أين يُلزم القانون فئة من الأفراد بإبرام بعض العقود لأنها وسيلة لا مثيل لها للحماية الاجتماعية، نذكر منها إجبارية التأمين على السيارات أو الكوارث الطبيعية وغيرها من التأمينات الإلزامية التي تعدم إرادة المؤمن له في حرية التعاقد من عدمها. ما يضع المؤمن له في وضعية الطرف الضعيف الذي يقبل ما يُمليه المؤمن من شروط في غالبيتها تحمل تعسفا.

لذلك يلجأ المشرع لتقنية التحديد القانوني لمحتوى بعض العقود منها عقود التأمين كوسيلة فعالة لضمان تحقيق الرغبات المشروعة للطرف الضيف التي كان يتوقع الحصول عليها عند إبرامه للعقد<sup>(2)</sup>. فالإلتزامات التي تترتب عن عقد التأمين مثلا لا تقتصر على تلك التي أرادها الطرفين بل يتضمن كذلك الإلتزامات التي يُلحقها القانون أو القاضي بالعقد، مثل الإلتزام بالإعلام أو التقيد بالنزاهة وحسن النية المتبادل في تنفيذ العقد<sup>(3)</sup>.

نستخلص من خلال كل هذا أن المجال التعاقدني عرف تحولا جذريا؛ حيث كان العقد مجالا لتساور طرفيه حول ما يرتضيانه ليلتزموا بموجبه، إلا أن مفهوم المجال التعاقدني عرف تطورا هاما بظهور وانتشار العقود الجبرية<sup>(4)</sup>، بمعنى أن الإكراه القانوني وجد مكانته في مجال تكوين العلاقات التعاقدية.

<sup>1</sup> - RADÉ Christophe, « Les limites du « Tout contractuel » (Cass. Soc., 27 juin 2000, Crochard et autres c./ Ste Air-France), Revue de Droit Sociale, N° 9/10- septembre- octobre 2000. p 829.

<sup>2</sup> - NGUIHÉ KANTÉ Pascal, « La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé », R.R.J, Presse Universitaire D'Aix Marseille. 2009 – 1. p 315.

<sup>3</sup> - TEBOUL Georges, « La bonne foi en droit des affaires », Gaz. Pal. N° 74 à 76, dimanche 15 au mardi 17 mars 2009. p 3.

<sup>4</sup> - إلى جانب العقود الجبرية، نجد أن مبدأ سلطان الإرادة تقلص دوره في كل نواحي المجال التعاقدني التي كان يطغى عليها؛ فحرية التعاقد من عدمها تقلصت بظهور العقود الجبرية مثل إجبارية التأمين، وحرية اختيار المتعاقد معه ليست بالمطلقة حيث نجد مثلا المستأجر يملك أولوية في شراء المحل المؤجر إذا ما أراد المؤجر بيعه. وحرية تحديد مضمون

أقر المشرع تأمينات إجبارية في بعض المجالات لأنها تتعلق بحماية المصلحة العامة، كتأمينات المسؤولية المدنية للأشخاص أو التأمين على الأشياء والممتلكات ضد الحريق أو الكوارث الطبيعية. فهي تمثل المجال الأمثل لإجبارية إبرام عقود التأمين<sup>(1)</sup>. ففيها نجد أنفسنا ملتزمين دون أن نرغب في ذلك؛ فالتعهد يكون لا إرادي، والالتزام ينشأ مباشرة من القانون وليس من إرادة المتعاقد.

زيادة على فرض إلزامية اللجوء إلى شركات التأمين وإعادة التأمين لإبرام عقود التأمين في هذه المجالات، فإن المشرع يُحدد العناصر الأساسية التي يستلزم إدراجها لإعطاء الفعالية المطلوبة للتأمين ولحماية المؤمن له من الشروط التعسفية.

لكن، لا يُفهم أن إجبارية التأمين تتوافق فقط مع حتمية حماية المؤمن له ضد المؤمن؛ فالأمر لا يتعلق بحماية مصالح الطرف الضعيف فقط لأن التأمينات الإلزامية آلية قانونية تُطبقها الدولة تهدف من خلالها إلى حماية ورعاية المصلحة العامة. بعبارة أخرى، فإن الدولة تتخذ احتياطاتها لضمان حصول المتضررين من حوادث المرور مثلا على التعويض وذلك لاحتمال عدم احتياط الأفراد لمثل هذه الأضرار إذا ما تركت لهم حرية التأمين على مسؤوليتهم تجاه الغير من عدمها<sup>(2)</sup>.

تأكيدا لهذا، ففي مجال إجبارية التأمين من المسؤولية المدنية تجاه الغير، فإن الأمر لا يتعلق فقط بالأخذ بعين الاعتبار مصالح المؤمن له المسؤول عن الضرر والذي تنقص ذمته المالية عند دفعه التعويضات المستحقة للمضرور، بل الأمر يتعلق أكثر بضمان حقوق

---

العقد مقيدة باتساع دائرة العقود المنظمة قانونا والعقود النموذجية وعقود الإذعان. ومبدأ الرضائية تراجع لصالح الشكلية إما لحماية الطرف الضعيف أو للإثبات. والحرية عند تنفيذ العقد تراجعت بتدخل القاضي في المجال التعاقدى للحد مثلا من التعسف في استعمال الحق بتقرير مزايا غير مشروعة للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف. لذلك فإن العقد أصبح موجها من طرف السلطة العامة لتحقيق غايات المصلحة العليا للمجتمع وحماية الأطراف الضعيفة حتى لا تتحرف العقود عن الهدف الذي من أجله تُبرم. للتفصيل في ذلك راجع:

LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit, p 26 et s. Et LARROUMET Christian, op cit, p 104 et s. Et ARMAND Giles, « L'ordre public de protection individuelle », R.R.J. Presse Universitaire D'Aix Marseille, 2004 – 3. p 1602.

<sup>1</sup> - HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit Civil, 8<sup>eme</sup> éd, DALLOZ, Paris 2005, p 193.

<sup>2</sup> - LARROUMET Christian, op cit, p 115.

المضرور حتى يحصل على التعويض، لأنه إذا كان المسؤول لم يكتب تأميناً على مسؤوليته المدنية تجاه الغير فإن هذا الأخير أي الضحية يُمكن أن لا يتحصل على التعويضات إذا كان المسؤول غير المؤمن مفلساً أو في حالة إعسار.

وحتى تُؤدي التأمينات الإلزامية دورها بفعالية في حماية حقوق المضرور، فقد أقر له المشرع حق رفع دعوى مباشرة باسمه شخصياً ليستوفي حقه مباشرة من شركة التأمين، ليصبح بموجبها المضرور دائماً له امتياز على مبالغ التأمين ويتقدم بهذا الحق على باقي دائني المؤمن له المسؤول عن الضرر<sup>(1)</sup>. ويقوم الأساس القانوني لحق المضرور في رفع الدعوى المباشرة في اعتباره الغير المستفيد من التأمين في مجال إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية، لأن الدعوى المباشرة لا تنقرر إلا بموجب نص خاص بها<sup>(2)</sup>.

تأسيساً على ما تقدم، نصل إلى نتيجة هامة، وهي أنه إضافة إلى كون عقود التأمين من طائفة عقود الإذعان فإنها كذلك من العقود الجبرية التي توسعت دائرتها لتشمل عدة فروع من عقود التأمين<sup>(3)</sup>، وهذا تحت تأثير الاهتمام المتزايد بعنصر تحقيق وحماية المصلحة العامة حتى في العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص.

<sup>1</sup> - CARBONNIER Jean, Droit Civil, Les Obligations, 20<sup>ème</sup> éd, P.U.F, Paris 1996, p 586.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 128.

<sup>3</sup> - تشمل فكرة إجبارية التأمين عدة مجالات تتعلق بحماية المصلحة العامة ولا يجوز مخالفتها لأن المشرع جعلها من النظام العام، حيث يتعرض كل من لم يلتزم بإجبارية اكتتاب عقود التأمين إلى عقوبات تتمثل في غرامات مالية إلى جانب إلزامه بالاكتتاب فيها كعقوبة أصلية إلى جانب الغرامات. وفيما يلي تشير إلى بعض مجالات التأمينات الإجبارية التي نظمها المشرع إما في إطار أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات (أولاً) أو في إطار نصوص خاصة بها (ثانياً).  
أولاً: التأمينات الإلزامية في إطار الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات: وردت في الكتاب الثاني من هذا القانون تحت عنوان « التأمينات الإلزامية » وقُسم إلى فصلين، الفصل الأول يتعلق بالتأمينات البرية والفصل الثاني يتعلق بالتأمينات البحرية والجوية.

تشمل التأمينات الإلزامية في المجال البري كل التأمينات المنصوص عليها بدءاً من المادة 163 إلى المادة 191 من أمر رقم 95-07 السالف الذكر، ويخضع لإجبارية اكتتاب عقود التأمين فيها تحت طائلة جزاءات، كل من: الشركات والمؤسسات التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية، والمستغلين للمحلات التجارية أو الثقافية أو الرياضية، وكذا الهيئات المستغلة للمطارات أو الموانئ والناقلين العموميين للمسافرين أو البضائع. والمؤسسات الصحية المدنية وأعضاء السلك الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص. وكذا المنتجين والمستوردين لكل المواد الموجهة للاستهلاك أو الاستعمال



فخاصية الإذعان والخاصية الإكراه القانوني في إنشاء بعض عقود التأمين ساهما في إضعاف المركز التعاقدى للمؤمن له في مواجهة المؤمن بصفته متدخلا يعرض منتجاته في شكل خدمات، وهو ما يكسب عقد التأمين خاصية الاستهلاكية.

### الفرع الثالث:

### خاصية الاستهلاكية في عقود التأمين

أبرز التقدم الصناعي والتطور التكنولوجي وفرة المنتجات من سلع وخدمات وصاحب ذلك تطور في الحياة الاجتماعية للأفراد، ما أدى إلى بروز ظاهرة الاستهلاك الجماعي تحت تأثير وسائل الإعلام والدعاية التي تنتهجها الشركات التجارية ولجئها إلى العقود السابقة التحرير الموجهة للجمهور في شكل موحد سعيا إلى تحقيق الربح ولو على حساب أمن وسلامة المستهلك<sup>(1)</sup>.

أو الاستغلال. كما تلتزم الهيئات العمومية التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية باكتتاب عقود تأمين ضد الحريق، كما يلتزم المقاول والمهندس المعماري باكتتاب عقد تأمين لتغطية آثار مسؤوليتهم المدنية التي تتسبب فيها الأشغال في الورشة. يلتزم كذلك الصيادون باكتتاب عقود التأمين عن المسؤولية المدنية تجاه الغير ضد خطر الآلات المعدة للصيد. ويترتب عن عدم خضوع الأشخاص المذكورين لإجبارية التأمين إلى العقوبات المنصوص عليها في المواد 184 و185 و186 من الأمر نفسه. أما إلزامية التأمينات البحرية والجوية، فتشمل كل التأمينات المنصوص عليها في المواد من 192 إلى 198. بموجبها يخضع كل أصحاب أو مستأجري السفن والطائرات والناقلين البحريين والجويين للمسافرين أو البضائع، وكل مستغل لمركبة جوية لأغراض شخصية، كلهم يخضعون لإجبارية اكتتاب عقود تأمين لتغطية مسؤوليتهم المدنية تجاه الغير تحت طائلة الجزاءات المنصوص عليها في المواد من 192 إلى 200 من الأمر نفسه.

**ثانيا: التأمينات الإلزامية بموجب نصوص خاصة بها:** هناك عدة تأمينات نُظمت بموجب نصوص خاصة بها، إلا أننا سنكتفي بذكر إلزامية التأمين على حوادث السيارات كمثال على أساس أنه التطبيق الأكثر اتساعا في نطاق التأمينات الإجبارية، كما أننا لسنا بصدد تعداد التأمينات الإلزامية المقررة بموجب نصوص خاصة بها.

فيما يتعلق بإلزامية التأمين على حوادث السيارات فيجاء أساسه القانوني في المادة الأولى من أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، معدل ومتمم، ج ر عدد 15 صادر في 19 فيفري 1974. بموجبها أصبح كل مالك لمركبة ملزم بإبرام عقد تأمين يُغطي به مسؤوليته المدنية تجاه الغير عن كل ضرر يلحق بهم نتيجة استعمال المالك لمركبته.

<sup>1</sup> - سي يوسف زاهية حورية، « الإلتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و18 نوفمبر 2009، ص 63.



مسايرةً للطور في نمط الاستهلاك من الاستهلاك الفردي إلى الاستهلاك الجماعي الذي يُعتبر ظاهرة اقتصادية، ظهرت تسمية عقود الاستهلاك في المجال القانوني لتأطير هذا التحول حتى لا يبقى التطور الاقتصادي خارج المجال القانوني.

تُعرّف عقود الاستهلاك على أساس أنها العقود المبرمة بين المهنيين من جهة وبين المستهلكين أو غير المهنيين من جهة ثانية<sup>(1)</sup>. هذه التسمية مستمدة مباشرة من العناصر المكونة لعقد الاستهلاك والتي تتمثل في المشتري بصفته مستهلكا يشتري سلعة أو خدمة لاستهلاكها، والمهني بصفته يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك، ومحل العقد الذي يتمثل في السلع أو الخدمات التي يشتريها المستهلك لإشباع حاجياته<sup>(2)</sup>.

نتيجة لذلك، تستبعد خارج نطاق عقود الاستهلاك كل العقود التي يكون أطرافها من فئة المهنيين أو المتدخلين كأن يتم العقد بين تاجرين، والعقود التي تتم بين المستهلكين أنفسهم عندما يتعلق الأمر ببيع بين الأفراد العاديين.

تبرز خاصية الاستهلاكية في عقود التأمين من خلال تدخل شركات التأمين بصفقتها متعامل اقتصادي لتسويق مختلف منتجاتها التأمينية في شكل سلسلة من الضمانات<sup>(3)</sup> وتعرضها على مستهلكي التأمين<sup>(4)</sup> بغرض شرائها لتلبية حاجاتهم في الضمان من الأخطار التي يمكن أن يتعرضوا لها في شخصهم أو في أموالهم.

باكتساب عقود التأمين لخاصية الاستهلاكية فإن المؤمن له بصفته مستهلكا يستفيد من القوانين الحمائية المقررة لصالح المستهلك، فيستفيد من أحكام القانون رقم 09-03 المتعلق

1 - سي طيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2007-2008، ص 14.

2 - PICHONNAZ Pascal, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in « La pratique contractuelle », symposium en Droit des contrats, éditions ROMENDES, Genève, 2015, p 69.

3 - يُقصد بالمنتج كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا. المادة 10/3 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر. في حين تُعرف الخدمة على أساس أنها كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة، المادة 16/3 من القانون نفسه.

4 - سيتم التفصيل في تعريف مستهلكي التأمين في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

بحماية المستهلك وقمع الغش وكذا كل النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة ذات الصلة بمجال حماية المستهلك<sup>(1)</sup>.

تستند اعتبارات استفادة المؤمن له من الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك والقوانين الخاصة المرتبطة به، على أساس أن شأنه شأن أي مستهلك آخر يدخل في علاقة تعاقدية وصفة الضعف تلازمه<sup>(2)</sup>، وأكثر من ذلك فإنه في بعض المجالات ملزم بإبرام عقود التأمين تحت طائلة عقوبات في حالة عدم التقيد بذلك، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن القواعد الحمائية المقررة في القواعد العامة عاجزة عن توفير الحماية له.

هذا ما يُفسر إخراج المشرع لتنظيم عقد التأمين بصفة شبه كلية من القانون المدني<sup>(3)</sup> لتنظيمه بموجب نصوص خاصة تتعلق بكل مجال من مجالات التأمين<sup>(4)</sup>، لأن القواعد العامة لا تستجيب لحتمية ومتطلبات توفير الحماية للمؤمن له باعتباره طرفاً ضعيفاً في عقود التأمين، لأن ظروف التعاقد التي في ظلها وُضع القانون المدني ليست نفسها في الوقت الراهن؛ على أساس أن التعاقد كان يتم بالتفاوض بين شخصين حول البنود التي يرتضيان عليها في العقد، أما في حالة إغفالهم أي بند فيتم استكمالها عن طريق القواعد القانونية المكملّة الواردة في القانون المدني والمتعلقة بموضوع التعاقد<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - نذكر منها خاصة: قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة...، سالف الذكر، وأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، سالف الذكر. ومرسوم تنفيذي رقم 06-306 يُحدد العناصر الأساسية للعقود...، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank, Droit de la consommation, 4<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris 1996, p 16.

<sup>3</sup> - تم الإبقاء على ستة مواد فقط في إطار القانون المدني وهي المواد من 519 إلى 525، حيث تولت تعريف عقد التأمين وبعض الشروط والأحكام البسيطة، تاركة التفاصيل الأخرى للقوانين الخاصة بالتأمين.

<sup>4</sup> - يمكن أن نذكر على سبيل المثال: أمر رقم 74-15 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات...، سالف الذكر. والأمر رقم 03-12 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، معدل ومتمم، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003.

<sup>5</sup> - من أمثلة القواعد القانونية المكملّة: القاعدة التي تقضي بأن ثمن البيع يكون مستحقاً في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، أي في حالة إغفالهم ذكر مكان دفع الثمن (المادة 387 من القانون المدني). أو القاعدة التي تقضي بأن الثمن يكون مستحقاً في الوقت الذي يُسلم فيه المبيع (المادة 388 من القانون المدني).

نتيجة لتغير ظروف التعاقد فإنه من الضروري تغيير النظام القانوني للعقود حتى يتلاءم مع الظروف الجديدة للتعاقد التي أوجدت عدم التكافؤ بين أطراف العقد نظرا لتفاوت قدراتهم الفنية والتقنية والمالية الناتج عن التطور الصناعي والتكنولوجي وظهور سلع وخدمات تتسم بالتعقيد وصعوبة استيعاب خصائصها الفنية أو مكوناتها من طرف المستهلك، ومجال عقود التأمين لا يخرج عن هذه الظروف.

انطلاقا من هذه المعطيات، حاول المشرع مسايرة عدم التكافؤ بين أطراف العقد بإقرار عدة تشريعات آمرة لتنظيم المجال التعاقدي، ما أدى إلى تحول فكرة النظام العام من النظام العام التقليدي إلى النظام العام الحديث الذي يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية التي تتم بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين والتي تعترف بخضوع المتعاقد الضعيف لإرادة الطرف القوي.

اختصارا، يُمكن القول أن خضوع أحد طرفي العقد للشروط التي يُملئها الآخر تُمثل تقريبا معظم صور التعاقد المعاصرة، لأن العلاقات التعاقدية تأثرت بشكل مباشر وكبير بظاهرة التطور الاقتصادي التي تمنع الطرف الضعيف من التعبير عن إرادته بحرية دون أن يكون ذلك ناتج عن عدم سلامة رضائه. لذلك كان من الضروري البحث عن حماية الأطراف الضعيفة والمتمثلة في المستهلك وغير المهني خارج القواعد العامة<sup>(1)</sup>.

تجسدت الحماية خارج القواعد العامة في إطار قانون حماية المستهلك والقوانين الخاصة ذات الصلة بموضوع حماية المستهلك، وهذا لاعتبارات عدة والتي يُمكن أن نذكر على سبيل المثال أن الحرية ليست القيمة الإنسانية العليا الوحيدة، فإلى جانبها توجد قيم العدل والمساواة، فبدونها لا تُساوي الحرية شيئا.

كذلك في ظل عدم التكافؤ بين الطرف القوي والطرف الضعيف فإن الاستمرار في مبدأ سلطان الإرادة يكون بحد ذاته مصدرا لهذا التفاوت في المراكز القانونية، فبين الضعيف والقوي، الحرية تضطهد والقانون يُحرر<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank, ... consommation, 6<sup>ème</sup> édition, op cit. p 19.

<sup>2</sup> - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit. p 25.

بالنظر إذن إلى خاصية الاستهلاكية التي تتسم بها عقود التأمين، فمن حيث الحماية يستفيد المؤمن له من النصوص القانونية المقررة لحماية المستهلك. وأهم ما تتميز به هذه النصوص أنها جاءت في معظمها بصيغة أمر مصحوبة بجزاءات؛ حيث نظمت العلاقة بين المتعاقدين في المرحلة السابقة للتعاقد وأثناء تنفيذ العقد أو إنهائه.

فالعقد الذي كان قانون المتعاقدين أصبح موجها من طرف السلطة العامة في كل جوانبه، وهو تعبير عن تغليب إرادة المشرع عن إرادة المتعاقدين، وهو بهذه الدرجة أمر غير مألوف في القانون الخاص، حيث تولدت عن التدخل التشريعي المكثف في عقود القانون الخاص، ظاهرة جديدة يعبر عنها باسم « عيمة العقد » « Publicisation du contrat »<sup>(1)</sup>.

من بين ما يهدف إليه أسلوب تأثير السلطة العامة على عقود القانون الخاص هو ضمان إدراج بنود قانونية إلزامية على الطرفين لتحقيق نوع من التوازن في الإلتزامات المتقابلة كآلية فعالة لمحاربة الشروط التعسفية، فتراجع مبدأ سلطان الإرادة بتقييد حرية الأطراف وإحلال مكانها إرادة المشرع ولو بشكل جزئي، كان لمسايرة حتمية إعادة التوازن للعقود لتحقيق غاياتها كأداة مثلى وحيوية لتبادل المنافع.

فاجتماع خصائص الإذعان والاسهلاكية والإجبارية في عقود التأمين تجعل من المؤمن له الطرف الضعيف المدعن ولا يملك حرية التعاقد من عدمها عندما يتعلق الأمر بإجبارية التأمين، وتمثل بذلك المجال الأمثل للتعامل بالشروط التعسفية. لهذا نظمت التشريعات حماية خاصة للطرف الضعيف ضد الشروط التعسفية خارج القواعد العامة التي عجزت عن توفيرها. إن الإقرار بقصور القواعد العامة في توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية بشكل عام والمؤمن له بشكل خاص لم يأتي من العدم، فله ما يُبرر محدودية هذه القواعد في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية.

<sup>1</sup> - DENNOUNI-BENCHEIKH EL HOCINE Hadjira, « Droit public et droit privé, quelques aspects de la l'évolution de la législation Algérienne », Revue Algérienne des Sciences juridiques économiques et politiques, N° 1 et 2 1992, p 80.

## المبحث الثاني

### قصور القواعد العامة في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية

تأثرت القواعد العامة المنظمة في القانون المدني بمبدأ أساسي وجوهري، عُرف بمبدأ سلطان الإرادة، أين لا تُقيد حرية الفرد في المجال التعاقدية إلا بما تقتضيه ضرورة مراعاة النظام العام والآداب العامة والقواعد القانونية الإلزامية<sup>(1)</sup>.

فصياغة القانون المدني روعيت فيها الظروف التي كانت تتم من خلالها العلاقات التعاقدية التي تبرم في أبسط صورها بين أطراف يتناقشون شروط العقد بحرية وفقا للمصلحة الشخصية لكل طرف.

لكن لا يُفهم من هذا أن كل العلاقات التعاقدية أطرافها متكافئة، فحتى في إطار القانون المدني أو بما يُسمى بالقواعد التقليدية وردت أحكام خاصة بحماية الأطراف الضعيفة، إذ صيغت في إطارها نظرية الإذعان كآلية قانونية لتوفير الحماية للمتعاقد من التعسف الذي يتعرضون له من الطرف الأكثر قوة أو خبرة. كما صيغت أيضا نظرية عيوب الإرادة لحماية رضا المتعاقد بتجنب العوامل التي تُؤثر سلبا في التعبير الحر لإرادته<sup>(2)</sup>.

تضمن القانون المدني أحكام خاصة لحماية المؤمن له ضد الشروط التعسفية التي ترد في وثيقة التأمين، فهي بذلك لا تُمثل شكلا جديدا من أشكال الحماية لأنها كانت مكرسة في ظل القواعد التقليدية. إلا أن واقع التعامل بالشروط التعسفية في عقود التأمين أثبت عدم كفايتها في توفير الحماية المرجوة للمؤمن له **(المطلب الأول)**. ما أدى إلى ظهور تشريعات خاصة للحماية ضد الشروط التعسفية والتي يستفيد منها المؤمن له باعتباره طرفا مستهلكا ومذعنا. وهذا ما يتبين من خلال موقف التشريعات الحديثة **(المطلب الثاني)**.

<sup>1</sup> - لا يعني هذا أنه المبدأ الوحيد الذي تقوم عليه النظرية العامة للعقد، فالمشرع لم يهمل دور مبادئ العدالة والعرف وحسن النية في إبرام وتنفيذ العقود. وعلى سبيل المثال المادة 2/107 من أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم التي تنص على: «... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام».

<sup>2</sup> - نقصد بالعوامل المؤثرة؛ عيوب الإرادة التي تجعل رضا أحد المتعاقدين غير سليم إذا ما اعترته العيوب المذكورة في القسم الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني. وهي الغلط - التندليس - الإكراه - الاستغلال.

## المطلب الأول

### مظاهر عدم كفاية القواعد العامة لحماية المؤمن له من البنود التعسفية

لا يشكل عدم تكافؤ أطراف العقد وضعا حديثا في العلاقات التعاقدية، بل كان موجودا ومعترفا به حتى في ظل القواعد التقليدية المتضمنة في القانون المدني الذي صيغت فيه عدة آليات تهدف بالأساس إلى تنظيم العلاقات لحماية المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

عقود التأمين من بين هذه العلاقات التعاقدية التي يكون فيها المؤمن له في مركز تعاقدية ضعيف يفرض عليه المؤمن نماذج عقود تتضمن شرطا أو أكثر من الشروط التعسفية. لمواجهة هذه الوضعية فإن المؤمن له يستفيد من الحماية الواردة في القانون المدني ضد الشروط التعسفية، إذ تقررت له حماية خاصة به في إطار القواعد العامة إلى جانب استفادته من وسائل الحماية الأخرى المقررة للأطراف الضعيفة ضد الشروط التعسفية في العلاقات التعاقدية، والمتمثلة في تفسير القاضي لعقد الإذعان والذي يُحتمل أنه يتضمن شروطا تعسفية.

بناء على ما تقدم فإن المؤمن له يستفيد من نوعين من الحماية ضد الشروط التعسفية في إطار القانون المدني. يتمثل النوع الأول في الحماية الخاصة به بموجب المادة 622 من القانون المدني التي ذكرت على سبيل المثال مجموعة من الشروط التي يُمنع إدراجها في وثائق التأمين (الفرع الأول)، أما النوع الثاني فهي حماية عامة تتجسد في أحكام متفرقة مقررة في القانون المدني (الفرع ثاني).

<sup>1</sup> - تضمن أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، عدة آليات صيغت لحماية الأطراف الضعيفة تتمثل أهمها في: نظرية عيوب الإرادة - السبب- التعسف في استعمال الحق - نظرية الإذعان - مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود - ضمان العيوب الخفية - التعديل أو الإعفاء من الشرط الجزائي - إقرار المسؤولية العقدية - تفسير العقد.

## الفرع الأول

### قصور الحماية الخاصة في ظل الأحكام المنظمة للشروط التعسفية

تنص المادة 622 من القانون المدني على أن: « 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 جنائية أو جنحة عمدية،

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،

- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه».

بإلقاء نظرة شاملة على نص المادة المذكورة فيمكن الحكم بأنها حماية خاصة بالمؤمن له ضد الشروط التعسفية منظمة في القانون المدني على أساس أنها ذكرت جملة من الشروط التعسفية على سبيل المثال والتي يُحضر إدراجها فقط في وثائق التأمين، أما إذا أُدرجت فتعتبر باطلة بقوة القانون.

فاعتبار المؤمن له طرفا ضعيفا ومذعنا لعقد التأمين يستلزم التدخل لحمايته من الشروط التعسفية ليس وضعا جديدا، فحتى في ظل احتكار الدولة لقطاع التأمين استشرع المشرع خطر تعرض المؤمن له لتعسف من قبل شركات التأمين العمومية<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - أمر رقم 66-127 مؤرخ في 27 ماي 1966، يتضمن إنشاء احتكار الدولة لعمليات التأمين، ج ر عدد 43، صادر في 31 ماي 1966. (ملغى). حيث نصت المادة الأولى منه على أن: «تحتفظ الدولة باستغلال جميع عمليات التأمين، وبناءا عليه، فإن مؤسسات التأمين التابعة للدولة تكون من الآن فصاعدا مؤهلة دون غيرها لمزاولة العمليات المذكورة».

ورد نص المادة 622 ضمن القسم الأول من الباب العاشر للكتاب الثاني من القانون المدني، ويتضمن هذا القسم الأحكام العامة المطبقة على عقود التأمين<sup>(1)</sup>، وهي مادة صيغت خصيصا لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية. وتُعبّر عن تدخل الدولة المباشر بموجب قواعد قانونية آمرة في تنظيم العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له<sup>(2)</sup>. بذلك نجد أن القانون المدني اهتم بمسألة توفير الحماية للمؤمن له بإزالة بعض الشروط التي يُمكن أن تتضمن تعسفا ورتّب عليها البطلان المطلق وكأن العقد لم يتضمنها أصلا<sup>(3)</sup>.

فمحاولة إيجاد التوازن العقدي بين المؤمن والمؤمن له بمحاربة الشروط التعسفية كانت بإقرار هذه الضمانات الواردة في المادة 622 من القانون المدني. إلا أنها تبقى حماية محدودة وغير كافية لمواجهة حتمية تحقيق نوع من التوازن العقدي في عقود التأمين التي تبقى المجال الأمتل للتعامل بالشروط التعسفية.

تضمنت المادة 622 من القانون المدني أربعة شروط تُعتبر تعسفية لأن الشرط الأخير منها اكتفى بالإشارة إلى أن القائمة أتت على سبيل المثال لا الحصر<sup>(4)</sup>. إلى جانب ذلك فإنها شروط تعسفية بذاتها، بمعنى أن معيار التعسف يظهر فيها بمجرد إدراجها عند إبرام عقد التأمين لأن ألفاظها أو صياغتها تُوحى مباشرة إلى أنها تتضمن تعسفا. وتكمن خطورة هذه الشروط في أن تطبيقها يؤدي إلى سقوط حق المؤمن له في التعويض ويمكن تقسيم هذه

1 - أُلغي القسم الثاني المتعلق بأنواع التأمين (المواد من 626 إلى 643) بموجب قانون رقم 80-07، مؤرخ في 9 أوت 1980، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 33، صادر في 12 أوت 1980 (ملغى).

2 - أبو جعفر عمر المنصور، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 328.

3 - وهذا بصريح المادة 1/622، إذ نصت على أن: « يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ».

4 - إن منع إدراج شروط تعسفية بذاتها يُجسد خيار التدخل التشريعي المباشر في تحديد مضمون عقد التأمين ولو بشكل سلبي، أي بمنع إدراجها كآلية لمواجهة ضعف المركز التعاقدى لمؤمن له في القواعد العامة الواردة في القانون المدني. فهو بذلك تسليم بأن الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة يُمكن أن يكون مصدر لاختلال التوازن العقدي حتى في ظل سيادة المبدأ على التشريعات المدنية ومرجع ذلك أن عدم التكافؤ بين أطراف العقد ظاهرة قديمة وليست حديثة. ما أدى إلى البحث أولا عن آليات لإزالة مظاهر التفاوت عن المحيط التعاقدى لجعل الأطراف في مراكز قانونية متساوية للتعبير عن إرادتهم الحرة التي تعني أن العقد متوازن لأن إرادتيهما وُضعتا في سياق تعاقدى متوازن.

- SPITZ Jean-Fabien, « Qui dit contractuel dit juste » Quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, R.T.D civ. N° 2.Avril/Juin 2007. p 284.



الشروط إلى صنفين: الصنف الأول يتضمن بطلان شروط تعسفية بسبب موضوعها (أولاً)، أما الصنف الثاني فيتضمن بطلان شروط تعسفية بسبب شكلها (ثانياً).

**أولاً: الشروط الباطلة بسبب موضوعها:** تتمثل في شرطين وهما سقوط التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الخرق ناتجاً عن جناية أو جنحة (1)، وشرط سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول (2).

**1- بطلان شرط سقوط الحق في التعويض عن خرق النظم والقوانين إلا إذا كان ذلك عن جناية أو جنحة عمدية:** يتبين من خلال هذا أن كل شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم يعتبر باطلاً إلا إذا كانت المخالفة ناتجة عن جناية أو جنحة عمدية. فلا يجوز التأمين على الجنايات أو الجنح لأن في ذلك مخالفة للنظام العام وتأمين على مصلحة غير مشروعة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن التأمين عليها يعدم عنصر أساسي في عقد التأمين وهو عنصر احتمال حدوث الخطر المؤمن منه، لأن الجناية أو الجنحة العمدية تُزيل عنصر الاحتمال ويصبح الخطر غير قابل للتأمين (1).

فأي شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض خارج حالي الجناية أو الجنحة العمدية يعتبر باطلاً، لأن مثلاً في مجال التأمين عن حوادث السيارات فإن الخطر ينتج غالباً عن عدم احترام قانون المرور. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها في 2009 قضت فيه بعدم سقوط الضمان عن السائق الحائز رخصة سياقة منتهية الصلاحية في حالة ارتكابه حادث مرور جسماني، لأن كل ما في الأمر أن السائق أغفل تجديدها، ولا يشكل ذلك سندا قانونياً لسقوط الضمان، فهو يقود مركبة برخصة سياقة موافقة لصنف هذه المركبة (2).

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, Lextenso éditions, Paris 2011, p 27.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، ملف رقم 461954، مؤرخ في 29 جويلية 2009، قضية الشركة الجزائرية للتأمين ضد (ب.ع) والنيابة العامة، المتضمن حادث مرور جسماني، حق في الضمان، رخصة السياقة، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2013، ص 381.

مما لا شك فيه أن الحكم ببطلان هذا الشرط أثر في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية التي يتم التعامل بها خاصة في مجال التأمين عن حوادث السيارات التي تقع غالباً كنتيجة لمخالفة قانون المرور. وهو حل منطقي وواقعي لأن إدراج المؤمن لمثل هذا الشرط سيعفيه من أداء مبلغ التأمين ما لا يتماشى وتحقيق الغاية من إلزامية التأمين عن حوادث السيارات.

يبدو من الناحية النظرية أن هذا الشرط من شأنه أن يضمن حق المؤمن له في الحصول على التعويض ما لم ينتج الخطر المؤمن منه بسبب جناية أو جنحة متعمدة من طرفه. لكن من الناحية العملية لا يمكن أن نغفل أمراً هاماً ألا وهو أن الشروط التعسفية من أهم خصوصياتها أنها تكون غالباً غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وغير مخالفة للقواعد القانونية الآمرة، فلو كانت كذلك لما تحققت رغبة المؤمن من إدراجها في نماذج عقود التأمين.

تدعيماً لهذا الطرح، يمكن أن نشير إلى شرط التعويض عن سرقة السيارة المؤمن عليها، ففيه يتعمد المؤمن عدم ذكر الحالات التي يسقط فيها حق المؤمن له في التعويض حتى ولو حدثت السرقة أو يذكرها في آخر وثيقة التأمين، كحالة سرقة السيارة المؤمنة عندما تكون المفاتيح موجودة داخل بناية غير مغلقة وغير مقفلة بمفاتيح. فالمؤمن له يفقد الحق في التعويض دون أن يكون سبب ذلك ارتكاب جناية أو جنحة، بل فقط أنه أغفل إقفال البناية التي توجد فيها السيارة المسروقة بالمفاتيح. فالمؤمن بذلك ينفي المسؤولية عنه إما كلياً إذا ما أُدين المؤمن له بالغش أو الاحتيال اتجاهه<sup>(1)</sup> أو ينقص من مقدار التعويض بتحميل المؤمن له جزءاً من المسؤولية على أساس ارتكابه خطأ جسيم<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - BOUZAT Pierre, « Escroquerie à l'assurance », Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, éd, Sirey. n° 43, avril /juin 1990, p 283.

<sup>2</sup> - السبب في ذلك أن المادة 12 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات تلزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الخسائر والأضرار الناتجة عن خطئه غير المتعمد، إلا أن حكم هذه المادة لم يوضح نوع الخطأ الموجب للتعويض خاصة إذا ما اعتبرنا أن الخطأ الجسيم يلحق بالخطأ العمد ويأخذ حكمه. راجع في ذلك: السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005، ص 551.

ترتبا على ذلك، فبطلان الشرط التعسفي الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم باستثناء حالة ما إذا كان الخرق ناتجا عن جناية أو جنحة عمدية، لا يفي بغرض الحماية من الشروط التعسفية لأن هذه الأخيرة غالبا ما لا تُرادف الشروط غير المشروعة، وإذا ما كانت مرادفة لها فلا يعني أنها بالضرورة مقررة لحماية المؤمن له بقدر ما هي تتعلق بالحفاظ على النظام العام<sup>(1)</sup>. فلا يجوز قانونا التأمين على الجناية أو الجنحة العمدية، فمحل العقد يكون مخالفا للنظام العام ويترتب عنه جزاء البطلان المطلق<sup>(2)</sup>.

**2- بطلان شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في إعلان الحادث أو تقديم المستند إذا كان التأخر لعذر مقبول:** يفهم من هذا الشرط أن تأخر المؤمن له في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند سيفقده الحق في مطالبة المؤمن بدفع التعويض إلا في حالة ما إذا أثبت أن هذا التأخر راجع لعذر مقبول. وهذا يعني أن المؤمن له الذي لم يستطع تبرير التأخر بتقديم عذر مقبول سيفقد حقه في التعويض لأن الشرط يبقى صحيحا لعدم تحقق العذر المقبول<sup>(3)</sup>.

يتأكد إذن حق المؤمن له في التعويض في عدم تأخره بإعلانه عن تحقق الخطر المؤمن منه إما إلى السلطات أو تقديمه المستندات للمؤمن حتى يتخذ الاحتياطات اللازمة لدفع التعويض. فالإعلان شرط هام للمؤمن والمؤمن له؛ فالأول سيسمح له باتخاذ التدابير اللازمة للتحقق من حدوث الخطر المؤمن منه فعلا وتقدير مقدار التعويض الذي سيدفعه للمؤمن له أو المستفيد من التأمين. أما بالنسبة للثاني فإنه إجراء هام يتوقف استحقاق التعويض على تنفيذه، فالمؤمن له هو المدين بهذا الالتزام تحت طائلة سقوط الحق في الضمان عند الإخلال به إلا إذا كان ذلك الإخلال راجع لعذر مقبول<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - FARJAT Gérard, op cit, p 34.

<sup>2</sup> - طبقا للمادة 93 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم فإنه: « إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ».

<sup>3</sup> - عمريو جويده، مرجع سابق، ص 127.

<sup>4</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit. p 328.

يُعرف السقوط على أنه ضياع الحق، وفي مجال التأمين يعني ضياع حق المؤمن له في الضمان من طرف المؤمن الذي لا يلتزم بدفع التعويض عند تحقق الكارثة نتيجة لعدم قيام المؤمن له بإعلانها في الميعاد المحدد في العقد. فالسقوط بهذا المعنى تعتبر عقوبة يوقعها المؤمن على المؤمن له كنتيجة لإهماله أو لتقصيره في تنفيذ الإلتزام بإعلان الحادث له، لأن القانون لم ينص على أي جزاء عن الإخلال بهذا الإلتزام القانوني إلا أنه أجاز للمؤمن توقيع مثل هذا الجزاء<sup>(1)</sup>.

يملك المؤمن له وسيلة لتفادي سقوط حقه في التعويض، وهي إثباته أن التأخر كان لعذر مقبول<sup>(2)</sup>. هذه العبارة جاءت عامة غير دقيقة فيما تفضي إليه من معنى، فكان من الأجدر الإشارة إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، خاصة إذا علمنا أن عبئ إثبات عدم علم المؤمن له بتحقيق الخطر يقع على عاتقه وأن عبئ إثبات علم المؤمن بوقوع الخطر يقع على عاتقه أيضا<sup>(3)</sup>.

يُضاف إلى هذا كون أن تقدير العذر مقبول من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ويُمارس سلطته في ظل غياب مدة محددة في نص المادة 622 من القانون المدني، فيستند في ذلك إلى المدة المتفق عليها في العقد ليستنتج ما إذا كانت مخالفة تلك المدة ناتج عن عذر مقبول أم لا من خلال الظروف المحيطة بالخطر المؤمن منه و بالظروف المتعلقة بالمؤمن له كأن يكون قد أصيب بصدمة نفسية منعه من إعلان الحادث للمؤمن كما منعه من توكيل شخص آخر للقيام بذلك<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, op cit. p 430.

<sup>2</sup> - إلى جانب إثبات المؤمن له للعذر المقبول لتفادي شرط سقوط حقه في التعويض، يُمكن له أيضا أن يثبت تنازل المؤمن عن التمسك بشرط السقوط إما صراحة أو ضمنا وذلك في حالة ما إذا قام المؤمن بتعيين خبير لتقييم الأضرار رغم تأخر المؤمن له في إعلامه به. راجع في ذلك:

- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit. p 333.

<sup>3</sup> - فايز أحمد عبد الرحمان، الشروط التعسفية في وثائق التأمين ( دراسة في نطاق التأمين البري الخاص)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص 58.

<sup>4</sup> - فايز أحمد عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 76.

يمثل بذلك شرط إعلان الحادث للسلطات وتقديم المستندات للمؤمن الود الذي يقف عليه ميزان العدالة بين حق المؤمن في تلقي أقساط التأمين وحق المؤمن له في الحصول على مبالغ التأمين عند حدوث الخطر المؤمن منه، ويظهر دوره في ذلك من خلال صورتين مختلفتين تتجسدان من الناحية العملية والقانونية.

فمن الناحية العملية يعتبر نقطة بداية المؤمن في تنفيذ التزامه بدفع التعويض عن طريق اتخاذ أول إجراء بعد حدوث الخطر وإعلامه به، وهو إجراء تعيين خبير لتقييم الخسائر في مجال التأمين على الأضرار أو دفع المبلغ المتفق عليه في العقد في مجال التأمين على الأشخاص أو الرسمة<sup>(1)</sup>.

أما من الناحية القانونية فهو يمثل شرطا لاستحقاق المؤمن له للتعويض، فليس بالضرورة متى تحقق الخطر المؤمن منه يُصبح مبلغ التأمين مستحق الأداء، لأن ذلك يتوقف على مدى إلتزام المؤمن له بإعلان الحادث للسلطات أو تقديم المستندات للمؤمن حتى يتخذ ما يراه ملائما لتقييم الأضرار وتقدير التعويض<sup>(2)</sup>. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2012 والذي أكد أن مجرد التصريح بحادث المرور لا يعد بحد ذاته دليلا لإثبات الضرر اللاحق بالبضاعة المؤمنة، بل يجب إثباته بخبرة يتولاها خبير معتمد لدى شركة التأمين أو متفق عليه في عقد التأمين<sup>(3)</sup>.

رغم اشتراط المشرع إبراز أي شرط يؤدي إلى السقوط أو البطلان بشكل ظاهر<sup>(4)</sup>، إلا أن عمومية صياغة شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في إعلان الحادث للسلطات أو تقديم المستندات للمؤمن باستثناء حالة العذر المقبول لا يحمي حق المؤمن له في التعويض.

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, op cit, p 482.

<sup>2</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 326.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 818183، بتاريخ 06 ديسمبر 2012، قضية الشركة الصينية للهندسة والبناء البترولية ضد شركة التأمين وإعادة التأمين « كار »، المتضمن تأمين حادث مرور، بضاعة مؤمنة، خبرة، خبير معتمد لدى شركة التأمين، خبير متفق عليه في العقد. مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2013، ص ص 201-205.

<sup>4</sup> - المادة 3/622 أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

يثير هذا الشرط اللبس في كيفية تطبيقه، لأن المؤمن في غالب حالات التأخر سيتمسك بهذا التأخر لحماية مصالحه. فمن جهة يجب على المؤمن له إبلاغ السلطات المختصة بحسب نوع العقد، كأن يُبلغ الشرطة أو الدرك في التأمين من السرقة، ويلتزم كذلك بتقديم مستندات معينة للمؤمن بحسب ما اتفقا عليه في العقد. ودون ذلك يسقط حقه في التعويض ما لم يثبت أن ذلك راجع لعذر مقبول<sup>(1)</sup>.

من جهة أخرى، لم يحدد المشرع ما إذا كان الشرط يجب إدراجه في الشروط العامة أو الشروط الخاصة للاعتداد به. إلى جانب ذلك عدم الإشارة إلى حكم المؤمن له الذي يتأخر بإعلان الحادث عن حسن النية والذي يتأخر عن سوء نية منه خاصة وأن القانون المدني لم يحدد المدة التي يجب خلالها إعلان الحادث.

لا تطبق آثار شرط السقوط على الغير المضرور في التأمين من المسؤولية، فيلتزم المؤمن بدفع التعويض للشخص المضرور وله أن يرجع في ذلك على المؤمن له. في حين يسقط الحق في التعويض للمستفيد الذي تقرر التأمين لصالحه<sup>(2)</sup>.

تبطل هذه الشروط إذن لمجرد إدراجها في عقد التأمين على أساس أنها تحمل تعسفا بذاتها لأن مضمونها من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات المؤمن والمؤمن له. إلى جانب بطلان شروط بسبب شكلها.

**ثانيا: الشروط التعسفية الباطلة بسبب شكلها:** تضمنت كذلك المادة 622 من القانون المدني حالة بطلان شرطين بقوة القانون بسبب الشكل وهما: كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر يتعلق بالحالات التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط<sup>(1)</sup>. وشرط التحكيم الوارد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، طبعة نادي القضاة، مصر 1991، ص 309.

<sup>2</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit. p 335.

1- استلزام أن تكون شروط البطلان أو السقوط بارزة في شكل ظاهر: يلتزم المؤمن بأن يلفت انتباه المؤمن له إلى ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط المطبوعة المتعلقة بالأحوال التي يتعرض فيها حقه للبطلان أو للسقوط، وإلا سقط حقه في الاحتجاج بها تجاه المؤمن له<sup>(1)</sup>.

تكمّن خطورة حالتها السقوط أو البطلان في أن الأول بالرغم من استمرار عقد التأمين إلا أن حق المؤمن له في التعويض عند تحقق الخطر يسقط كجزء يوقعه عليه المؤمن نتيجة تأخره في إعلان الكارثة. أما الثاني فهو أكثر خطورة لأنه يُنهي العقد ويُزيل آثاره بالنسبة للماضي و المستقبل<sup>(2)</sup>، وللمؤمن استرداد مبالغ التأمين التي دفعها للمؤمن له أو يحتفظ بالأقساط التي دفعها المؤمن له كحق مكتسب له تعويضا عن الكتمان أو التصريح الكاذب المتعمد من طرف المؤمن له بكل ما يتعلق بالخطر أو عناصره التي تؤدي إلى تفاقمه والتي من شأنها أن تؤثر على رأي المؤمن في قبول تغطية الخطر من عدمه<sup>(3)</sup>.

المقصود بأن يرد شرط البطلان أو السقوط بارزا في شكل ظاهر هو أن يكون الشرط مكتوبا في مكان يسمح به للمؤمن له الإطلاع عليه بسهولة، كتجنب كتابته في آخر الصفحة أو الهامش، وأن يكون مكتوبا بشكل واضح ومقروء دون بذل جهد ما لقراءته، كتجنب الكتابة بأحرف صغيرة أو بخط لا يكاد يقرأ.

هكذا يمكن للمؤمن يتمسك بعلم المؤمن له بهذه الشروط متى وردت بارزة في شكل ظاهر<sup>(4)</sup>. في حين أن بروز هذه الشروط في شكل ظاهر من عدمه يتيح للقاضي من خلالها ممارسة رقابته على مدى علم المؤمن له بشروط السقوط أو البطلان لتوفير الحماية له<sup>(5)</sup>.

1 - جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين...، مرجع سابق، ص 206.

2 - أحمد شرف الدين، مرجع سابق، 202.

3 - المادة 21 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

4 - BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, op cit, p 484.

5 - TROCHU Michel, op cit, p 51.

يتضح من استلزام المشرع كتابة المؤمن شرط البطلان أو السقوط بخط واضح وبارز ومقروء أن توقيع المؤمن له على وثيقة التأمين لا يعد دليلا على أنه على علم بكل الشروط التي تضمنتها وثيقة التأمين أو أنه وافق عليها كلها أو أنه فهمها، فهو غالبا ما يُوقع دون أن تكون له الخبرة أو الكفاءة على فهم نطاق تلك الشروط أو خطورة آثارها على مصالحه.

يتمشى موقف المشرع من اشتراط كتابة شروط السقوط أو البطلان بوضوح بشكل ظاهر مع ضرورة لفت انتباه المؤمن له إلى الشروط التعاقدية المطبوعة ذات الطبيعة الخاصة والتي ستؤدي إلى حرمانه من التعويض أو بطلان العقد وزواله. إلا أن المشرع لم يحدد شكلا أو أسلوبا أو طريقة معينة للكتابة البارزة بشكل ظاهر ولو أن العادة أن يتم بكتابتها بأحرف أكبر أو بلون مختلف أو يضع سطرا تحتها<sup>(1)</sup>. ففي حالة عدم بروز هذه الشروط الأكثر خطورة بشكل ظاهر فتعد باطلة ولا يجوز للمؤمن التمسك والإحتجاج بها في مواجهه المؤمن له.

**2- بطلان شرط التحكيم الوارد في وثيقة التأمين بين شروطها العامة المطبوعة: إن إختيار طريق التحكيم يفيد فصل النزاع خارج القضاء؛ إذ لأطرف النزاع اللجوء إلى التحكيم بصفة مسبقة في صورة شرط التحكيم المدرج في العقد، بموجبه سيحلون النزاعات التي ستنشأ مستقبلا عن طريق التحكيم<sup>(2)</sup>. في حين يمكن أن يتم الاتفاق بينهم على عرض نزاع قائم بينهم على التحكيم للفصل فيه، ويسمى في هذه الحالة باتفاق التحكيم<sup>(3)</sup>. فشرط التحكيم يرد في العقد قبل نشوء أي نزاع أما إتفاق التحكيم فيتعلق بنزاع فعلي قائم وليس نزاع محتمل<sup>(4)</sup>.**

**عملا بنص المادة 4/622 من القانون المدني فإنه يُعد باطلا: « شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط**

1 - جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين...، مرجع سابق، ص 207.

2 - مضمون المادة 1007 من قانون رقم 08-09 مؤرخ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأمانة العامة للحكومة، [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz).

3 - مضمون المادة 1011 من القانون نفسه.

4 - بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر 2009، ص 540.



العامّة». بذلك فإن نص هذه الفقرة يشير فقط إلى بطلان شرط التحكيم ويستبعد اتفاق التحكيم من نطاق تطبيقها.

ورد نص الفقرة المذكورة صريحا في حكمه ببطلان شرط التحكيم إذا ما ورد بين الشروط العامة المطبوعة لوثيقة التأمين، لأن المؤمن من مصلحته أن لا ينتبه المؤمن له لشرط التحكيم الذي يستبعد سلطة القاضي مسبقا لحل أي نزاع مستقبلي ينشأ بينهما. ولضمان عدم خضوع المؤمن له لمثل هذا الشرط التعسفي، لم يلزم المشرع إبرازه بشكل ظاهر فقط، وإنما أولى أهمية خاصة به واستلزم لصحته أن يرد في شكل إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. ولم يترك للمؤمن اختيار الوسيلة المناسبة لإظهار شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

تكمّن خطورة التحكيم على مصالح المؤمن له في كون أن المؤمن بحكم تخصصه وخبرته يهدف من وراء شرط التحكيم إلى حرمان المؤمن له من حقه في اللجوء إلى القضاء لطلب الحماية عند نشوء أي نزاع عند تنفيذ العقد<sup>(2)</sup>.

فسعيا من المشرع لحماية المؤمن له الذي غالبا ما يكون الطرف الضعيف فإنه استلزم شكلا خاصا لشرط التحكيم، وهو أن يرد في شكل اتفاق خاص مستقلا عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين، ودون ذلك لا يحتج المؤمن اتجاه المؤمن له بشرط التحكيم<sup>(3)</sup>.

إن الغرض من تطلب شكل خاص لشرط التحكيم هو ضمان علم المؤمن له علما حقيقيا به حتى يكون على دراية حقيقية لنتائجه. ورغم تطلب هذا الشكل إلا أن التحكيم يبقى أمرا معقدا على المؤمن له على أساس أن التحكيم نظام يمر بعدة مراحل وإجراءات حتى صدور الحكم<sup>(4)</sup>، فالمؤمن له فحتى وإن وقّع على اتفاق التحكيم ووافق عليه لا يكفي لتوفير الحماية لأن موافقته يمكن أن ينحصر نطاقها في قبول التحكيم كطريق لحل النزاع، في حين

<sup>1</sup> - جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين...، مرجع سابق، ص 209.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 73.

<sup>3</sup> - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، عقود الغرر...، مرجع سابق، ص 1242.

<sup>4</sup> - عجاجي إلياس، « النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 03 لسنة 2010، ص 59.

تبقى مسائل أخرى ترتبط بالمحكم أو المحكمين الذين يمكن للمؤمن أن يفرضهم على المؤمن له بحكم سبق التعامل معهم.

لذلك فإن المؤمن له بطريقة مباشرة أو غير مباشرة يمكن أن يكون قبوله للتحكيم مجرد إذعان لما قرره المؤمن مسبقا.

تُمثل المادة 622 من القانون المدني التدخل الأهم للمشرع لمحاربة الشروط التعسفية في إطار القواعد التقليدية، لأنها جاءت خصيصا لحماية المؤمن له باعتباره طرفا مدعنا يستوجب حمايته، إذ تضمنت حالات لشروط تعسفية بذاتها على سبيل المثال لا الحصر<sup>(1)</sup>، ما يتيح المجال للسلطة القضائية للحكم على شروط تعسفية أخرى ترد في وثيقة التأمين ولا تدخل ضمن الحالات المتضمنة في المادة 622 من القانون المدني. أما القواعد التقليدية الحمائية الأخرى فجاءت لحماية الطرف الضعيف عموما.

إلا أنها حماية محدودة الفعالية لتعدد أنواع الشروط التعسفية واختلافها باختلاف فروع التأمين؛ فهي حماية واردة بشكل عام ولم تقدم تعريفا لما يمكن اعتباره شرطا تعسفيا. إلا أن المؤمن له يمكن أن يستفيد ما أشكال الحماية الأخرى المقررة للطرف الضعيف في القواعد العامة.

## الفرع الثاني

### قصور الحماية العامة للمؤمن له من الشروط التعسفية

تتمثل الحماية العامة للمؤمن له من الشروط التعسفية في الآليات المقررة في القواعد العامة للقانون المدني. من بين الآليات نجد تخويل القاضي سلطة تعديل أو إعفاء المؤمن له المدعن من الشروط التعسفية ومراعاة مصالحه عند ممارسة سلطته في تفسير العقد. وتمثل حماية عامة من الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان (أولا). مع إمكانية إثارة

<sup>1</sup> - هذا ما يتبين من نص الفقرة الأخيرة للمادة 622 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر، بنصها على: «كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه».

أشكال أخرى للحماية والتي من شأنها أن تساهم في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، والمتمثلة أساساً<sup>(1)</sup> في نظرية السبب (ثانياً) ومبدأ حسن النية (ثالثاً).

أولاً: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في نظرية عقود الإذعان: عالج المشرع الجزائري نظرية الإذعانية وبيّن حكم عقد الإذعان في القواعد العامة للقانون المدني في المواد الآتية:

- المادة 70 والتي تنص على: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ».

- المادة 110 تنص على: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ».

- أما المادة 2/112 فهي تتعلق بالتفسير لا التعديل وتنص على: « ...غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ».

تضمنت هذه المواد حماية خاصة للطرف المذعن في عقود الإذعان، فهي تنطبق بذلك على المؤمن له لاعتباره طرفاً مذعناً لعقد تم إعداده وتحريره مسبقاً. وتتخذ السلطة

---

<sup>1</sup> - نستبعد من هذه الآليات نظرية عيوب الإرادة لأن العوامل التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في عقود التأمين والمتمثلة في أهمية الخدمة التأمينية في نظر المؤمن له أو إلزامية الحصول عليها مع ضعف خبرته أو قدرته على فهم أو مناقشة شروط العقد لا تشكل في حد ذاتها عيباً من عيوب الإرادة. كما أن إختلال التوازن في عقد التأمين الناتج عن التفوق الاقتصادي للمؤمن باعتباره متعاملاً اقتصادياً محترفاً على حساب المؤمن له لا يعيب في حد ذاته إرادة المؤمن له. وأكثر من ذلك، فإن التمسك بنظرية عيوب الإرادة لمحاربة الشروط التعسفية في عقود التأمين سيؤدي إلى القضاء على العقد وإهدار مصالح المتعاقدين وحرمان المؤمن له من خدمة ضرورية في حياته؛ لأن معالجة إختلال التوازن العقدي الناتج عن التعامل بالشروط التعسفية بالاعتماد على نظرية عيوب الإرادة يمكن أن يؤدي إلى إنهاء أزمة إختلال التوازن العقدي لا لمعالجتها على أساس أن الجزاء الذي يترتب عنها غالباً ما يكون إبطال العقد والقضاء على الغاية التي من أجلها تُبرم العقود. لذلك من الأفضل أن نتقاضي عيوب الإرادة كحل لمواجهة الشروط التعسفية لإعادة التوازن لعقد التأمين لأنها ستؤدي إلى إبطال العقد برمته. راجع في ذلك: جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين...، مرجع سابق، ص 95.

التقديرية للقاضي إحدى الصور المتمثلة إما في تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه (1) وإما تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى (2).

1- دور سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي حماية للمؤمن له: يتمتع القاضي بسلطة تقديرية للحكم بتعديل الشرط التعسفي إذا ما ارتأى أن مجرد التعديل سيزيل أوجه التعسف التي يتضمنها. فتعديل الشرط يُفيد الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه بالوسائل التي يراها القاضي ملائمة<sup>(1)</sup>، أما إذا كان مجرد التعديل لا يكفي لرفع أوجه التعسف عن الشرط جاز للقاضي الحكم بإبطاله وإعفاء الطرف المدعى منه<sup>(2)</sup>.

يبدو أن المشرع أقر حماية للطرف المدعى بتحويل القاضي سلطة تعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي يرد في نطاق عقود الإذعان. تمتد هذه الحماية لتشمل المؤمن له الذي يتعاقد هو الآخر بصفته طرفاً مدعياً. فمثلاً عند ممارسة القاضي لسلطته الرقابية على عقد تأمين يتضمن شرطاً تعسفياً فإنه يبحث في مدى تضمنه تعسفاً استناداً إلى الحالات الواردة في المادة 622 من القانون المدني لأنها حماية خاصة بالمؤمن له من الشروط التعسفية، فإذا وجد أنه وارد ضمن القائمة فيحكم مباشرة ببطلانه<sup>(3)</sup>. أما إذا لم يرد ضمن هذه الحالات فإنه يُمارس سلطته التقديرية من إجراء المقارنة بين ما يتحصل عليه المؤمن من منفعة وغياب مقابل لها من جهة المؤمن له وفقاً ما يدعيه هذا الأخير.

كأن يرد في وثيقة التأمين شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له في طلب التعويض إذا لم يُبلغ المؤمن بحادثة السرقة في ثلاثة أيام مهما كانت الظروف. فعند عرض النزاع على القاضي سيثبت له نية المؤمن في الإضرار بالمؤمن له بالتخلص من التزامه بدفع التعويض. ولإزالة أوجه التعسف عن هذا الشرط يقوم القاضي بإجراء تعديل عليه بإلغاء عبارة «مهما

1 - نويري سعاد، « الحماية الخاصة لرضا مستهلك (دراسة مقارنة) »، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون حول: «الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة»، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 13 و 14 ماي 2014، ص 57.

2 - عبد الغفار أنس محمد، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 196.

3 - المادة 622 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومنتم، سالف الذكر بنصها على: « يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية...».

كانت الظروف» ويستبدلها بعبارة «إلا في الحلة الطارئة أو القوة القاهرة»<sup>(1)</sup>. بهذا يكون القاضي قد أزال وجه التعسف عن الشرط وأبقى عليه.

يتمتع القاضي أيضا بسلطة إلغاء الشرط التعسفي إذا ما تبين له أن مجرد تعديله لا يفي بغرض حماية المؤمن له، وإلغائه يعني إلغاء الأثر المترتب عنه.

من أمثلة الشروط التعسفية التي يتم الحكم بإلغائها لتحقيق الحماية للمؤمن له نذكر إلغاء القاضي الشرط الذي يرد في عقد التأمين والذي من خلاله يقوم المؤمن بالإلزام المؤمن له عند نشوء النزاع باللجوء إجراء تسوية ودية دون الرجوع إلى القضاء. والسبب في إلغائه هو أنه شرط يهدف من وراءه المؤمن إلى إطالة المدة الزمنية بين حدوث الخطر المؤمن منه والميعاد القانوني لرفع دعوى قضائية ضد المؤمن لطلب التعويض في حالة تماطله في دفع مبلغ التأمين، لأن هذا الانقضاء يعني سقوط حق المؤمن له في المطالبة القضائية للتعويض<sup>(2)</sup>. فظاهر هذا الشرط يُوحى إلى تجنب المؤمن له أعباء اللجوء إلى القضاء إلا أن حقيقته غير ذلك، لأن نية هذا الأخير تكمن في تفويت ميعاد رفع دعوى قضائية ضده.

تُعتبر سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان من النظام العام، حيث جاء نص الفقرة الأخيرة للمادة 110 من القانون المدني كالاتي: «...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». فهي قاعدة ملزمة للطرفين في عقود الإذعان ولا يجوز أن يتفقا على خلاف ذلك لتعلقها بالنظام العام الحمائي. ما يُضفي على الحماية ضمان استقادة الطرف المدعن منها، فلو جاز مخالفتها لتعطلت ممارستها بلجوء الطرف القوي في عقد الإذعان إلى فرض شرط لاستبعادها. فتوفر عناصر الإذعان في عقد التأمين يمنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يُمكن أن يتضمنها حماية للمؤمن له<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 5/15 من الأمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 409.

<sup>3</sup> - CABRILLAC Rémy, Droit des obligations, 2<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 1996, p 20.

بالوقوف حول مدى ملاءمة اللجوء إلى القضاء لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية بالتعديل أو الإلغاء عملاً بالمادة 110 من القانون المدني، يتبين أن المؤمن له يستفيد من هذه الحماية بنفس الشكل الذي يستفيد منها أي طرف مدعى آخر، بمعنى أن أحكامها تطبق بنفس النمط على المؤمن له. فالقاضي يلجأ إلى تعديل الشرط برفع أوجه التعسف عنه أو يُلغيه إذا كان مجرد التعديل لا يفي بغرض الحماية.

لكن بالرغم من حرص المشرع على منح القاضي سلطة تقديرية في الحكم بما يتلاءم وحماية المؤمن له المدعى واعتبار ذلك من النظام العام، إلا أنها تبقى حلولاً غير كافية أو غير ملائمة لمواجهة حتمية حماية المؤمن له من الشروط التعسفية.

فمن عدم كفايتها، فلأنها ليست حماية تلقائية على أساس أن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه لممارستها، فهي لا تتم إلا بناءً على دعوى قضائية من المؤمن له<sup>(1)</sup>. كما أن هذا الأخير وفي كثير من الحالات يُمكن أن يقبل تحمل نوع من التعسف لاعتقاده أن شروط العقد مشروعة وعادية لأن التعامل بها يتم بشكل موحد على نطاق واسع وبشكل متكرر وأن رفضها يُمكن أن يحرمه من خدمة ضرورية<sup>(2)</sup> أو إلزامية. فاحتياج المؤمن له إلى التعاقد للحصول على الخدمة التأمينية أو إكراهه قانوناً على ذلك عاملان يمكن أن يُؤثرا سلباً على تروى المؤمن له بشكل يُصور له أن شروط العقد عادية رغم عدم تماثل الإلتزامات المتقابلة، فينفذها ولا يجد داعي للجوء إلى القضاء في شأنها<sup>(3)</sup>.

أما عن عدم ملاءمتها، فإن لجوء القاضي إلى إلغاء الشرط التعسفي بإعفاء المؤمن له منه، لا يُحقق الهدف من الحماية لكون إجراء الإلغاء جزاء يُمكن أن يُنهي العقد في حالة ما

<sup>1</sup> - براحلية بدر الدين، « حماية المستهلك من الشروط التعسفية »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 202.

<sup>2</sup> - عميرات عادل، « حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد »، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية للمركز الجامعي بالوادى، يومي 13 و14 أبريل 2008، ص 176.

<sup>3</sup> - مشري سلاف، « أسلوب التروى - الاندفاع المعرفي كأحد محددات السلوك الاستهلاكي للفرد »، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية للمركز الجامعي بالوادى، يومي 13 و14 أبريل 2008، ص 66.

إذا كان شرطاً جوهرياً في عقد التأمين، وهو ما يُمكن أن يلحق ضرراً بالمؤمن له بقدر يفوق الضرر الذي ينشأ عن الأعمال بالشرط التعسفي محل الإلغاء<sup>(1)</sup>.

عموماً أهم ما يؤدي إلى محدودية جدوى اللجوء إلى أحكام المادة 110 من القانون المدني كآلية لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية يتمثل في كونها رقابة لاحقة على إبرام العقد، في حين أن المؤمن له يحتاج إلى حماية وقائية أكثر لأن الشروط التعسفية تشمل كافة مراحل العقد كما أنها تُصاغ بطريقة ذكية يصعب التفتن لها أو يكتنفها نوع من الغموض ما يستدعي تدخل القاضي لتفسيرها.

**2- تفسير الشك في مصلحة المؤمن له المدعى:** يتولى القاضي سلطة تفسير عقد التأمين باعتباره من عقود الإذعان وفقاً لأحكام المادة 2/112 من القانون المدني التي تنص على: «... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى»<sup>(2)</sup>. يتماشى حكم هذه الفقرة مع مصالح المؤمن له لاعتباره الطرف المدعى في عقود التأمين، وعلى المؤمن أن يتحمل تبعه التحرير الغامض لشروط عقد التأمين التي أعدها مسبقاً بإرادته المنفردة.

يُعرف تفسير العقد على أنه: «تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به»<sup>(3)</sup>. وتسري على تفسير عقود التأمين نفس المبادئ العامة للقانون المدني، فلا تُمارس سلطة القاضي في تفسير عقد التأمين إلا إذا تضمن غموضاً، كأن ترد في العقد عبارة تشمل حكم حالة معينة فقط أو عبارات تحتل عدة معانٍ أو يشمل شروطاً تتعارض فيما بينها<sup>(4)</sup>.

1 - عبد الباقي عمر محمد، مرجع سابق، ص 497.

2 - نستثنى هنا تطبيق الفقرة الأولى للمادة 112 من القانون المدني لأنها تُعالج مسألة أحكام تفسير العقد بصفة عامة والتي تقضي بأن تفسير الشك يؤول في مصلحة المدين والتي لا تطبق بصدد تفسير عقود الإذعان التي خصها المشرع بحكم خاص في الفقرة الثانية من نفس المادة من القانون المدني.

3 - نقلاً عن: فودة عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 15.

4 - حسين منصور محمد، مبادئ قانون التأمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 81.

يُمكن أن يرد في عقد التأمين شرط يشمل حكم حالة معينة فقط، لكن الغموض الذي يُثيره الشرط يتمحور حول ما إذا كانت الحالة قد وردت على سبيل الحصر أو المثال.

تطرق القضاء الفرنسي لمثل هذه الحالة بمناسبة تفسير عقد تأمين ضد المسؤولية، ورد فيه أن المؤمن له يشتغل في أحجار الجير، حيث تعرض أحد عماله لحادث عند قيامه بأعمال استخراج أحجار عادية يستخدمها المؤمن له لصناعته. فثار نزاع حول تحديد نطاق ضمان شركة التأمين، فيما إذا كان يقتصر على الحالة المنصوص عليها في العقد أو أن الضمان يمتد إلى الأعمال المرتبطة بها. قضت المحكمة عند التفسير باعتبار المؤمن ضامن للمخاطر التي يتعرض لها المؤمن له نتيجة الحوادث الناجمة من استخراج الأحجار، بناء على ثبوت علمها بالطبيعة الخاصة بالصناعة التي يُمارسها المؤمن له<sup>(1)</sup>.

يتولد كذلك الغموض في العقد نتيجة احتمال عباراته عدة معان، حيث ثار إشكال في تحديد حق المؤمن له في التعويض عن خسائر الحريق التي لحقت المحلات المؤمن عليها، بعدما تبين أن المؤمن له لم يعلن للمؤمن عن الكوارث التي سبق أن أصابت معلمي تقطير ليسا محلا لعقد التأمين<sup>(2)</sup>.

فقد استند المؤمن للمعنى العام لشرط السقوط، وطالب بسقوط الضمان لعدم تبليغ المؤمن له عن الحوادث التي سبق أن لحقت معامل التقطير، في حين تمسك المؤمن له بعدم سقوط الضمان على أساس أن التبليغ عن الحوادث السابقة يقتصر على العقارات المؤمن عليها، ولا يسقط بالتالي حقه في الضمان لعدم التبليغ عن الكوارث التي أصابت أشياء لم تكن محلا للتأمين. قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم سقوط حق المؤمن له في الضمان لما في ذلك من حماية له، لأن إنفراد المؤمن بوضع شروط عقد التأمين، يجعله وحده المسؤول عن تحمل عبارة العقد أكثر من معنى<sup>(3)</sup>.

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات، المطبعة العربية الحديثة، د. م ن، 1977، ص 62.

2 - المرجع نفسه، ص 63

3 - المرجع نفسه، ص 64.



ينتج الغموض أيضا عندما يتعارض شرط عام مع شرط خاص في عقد التأمين، وفي هذه الحالة فإن القاضي يعتد بالشرط الخاص لأنه غالبا ما يكون قد اطلع عليه المؤمن له بشكل كافي يُجنبه التعاقد على ما يتعارض مع مصالحه<sup>(1)</sup>.

يرجع الغموض أيضا إلى وجود تعارض بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة باليد. كمثال عن ذلك، عُرِضت على القضاء الفرنسي قضية تتعلق بتفسير عقد تأمين ثار نزاع فيه حول تحديد وقت سريان العقد، حيث نص الشرط العام المطبوع على أن العقد يُرتب آثاره ظهيرة اليوم التالي الذي يدفع فيه القسط السنوي للتأمين، ولكن عقد التأمين تضمن عبارة مكتوبة باليد بخط سمسار التأمين المكلف بإبرام العقد بصفته وكيلًا للمؤمن له، حُدد فيها تاريخا سابقا للوقت الذي ذُكر في الشرط المطبوع، وعند تفسيرها للعقد، قضت المحكمة بنفاذ عقد التأمين بداية من التاريخ الوارد في الشرط المكتوب باليد لأنه يلفت انتباه المؤمن له ويخدم مصالحه أكثر<sup>(2)</sup>.

إن تفسير القاضي لعقد التأمين كآلية لمحاربة الشروط التعسفية في عقود التأمين تستند إلى نفس الأحكام التي يخضع لها تفسير العقود، فلا يخضع القاضي فيها إلى رقابة المحكمة العليا إلا فيما تعلق بتسبيب الحكم عند تقديره للوقائع لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين<sup>(3)</sup>؛ وعليه أن يستند إلى أسباب كافية ودون تحريف لما يقضي به البحث عن النية المشتركة، فأى قصور في التسبيب يُعرض الحكم للنقض لأنها قاعدة جوهرية في إصدار الأحكام القضائية<sup>(4)</sup>. وعلى قاضي الموضوع التقيد بقاعدة تفسير الشك لا يضر بمصلحة

<sup>1</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 332.

<sup>2</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup> - لا تتوقف قواعد التفسير فقط على البحث عن الإرادة المشتركة للطرفين، بل يستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بينهما وفقا للعرف الجاري في المعاملات (المادة 2/111 أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر). كما يستهدي بحسن النية وما هو من مستلزمات العقد وفقا للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام (المادة 107 من القانون نفسه).

<sup>4</sup> - حوحو يمينة، « سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد»، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2013، ص

المدين في عقود الإذعان، فإذا ما فُسر الشك في غير مصلحته وجب نقض القرار<sup>(1)</sup>. فهي بذلك تراقب مدى إلتزام قضاة الموضوع بشروط ممارسة التفسير<sup>(2)</sup>.

تبدو قاعدة تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا ضمانا أساسية يستفيد منها المؤمن له، إلا أنها قاعدة لا تُطبق إلا في حال غموض عبارات عقد التأمين، فوضوح العبارة يمنع على القاضي التفسير، فماذا لو كانت عبارات العقد واضحة ومتعسفة، فالقاضي لا يُمارس سلطته في التفسير ولا يستفيد المؤمن له من الحماية، خاصة في ظل غياب حكم خاص بتفسير عقود الاستهلاك<sup>(3)</sup>.

**ثانيا: دور نظرية السبب في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية:** نظم المشرع الجزائري نظرية السبب كركن في العقد بموجب المادتان 97 و 98 من القانون المدني، تقضي الأولى بضرورة أن يكون السبب مشروعاً وليس مخالفاً للنظام العام، أما الثانية فتقضي بافتراض أن لكل إلتزام سبب مشروع ما لم يتم إثبات العكس. فالعبرة إذن بمشروعية السبب لا بوجوده، فالمشرع الجزائري تبنى النظرية الحديثة للسبب والتي تعند بالدافع للتعاقد<sup>(4)</sup>.

فالسبب ركن في العقد يُمكن أن يُشكل آلية قانونية يُستند إليها لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية<sup>(5)</sup>؛ فسبب إلتزام المؤمن له هو الحصول على مبلغ التأمين، يُقابله سبب

1 - نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 30 أكتوبر 2014، ص 291.

2 - غستان جاك، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 36.

3 - زوية سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 13 مارس 2016، ص 32.

4 - على العكس من ذلك تبنت النظرية التقليدية السبب القسدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، والذي يشترط للأخذ به أن يكون صحيحاً ومشروعاً وموجوداً. لأكثر تفصيل راجع: فيلاللي علي، مرجع سابق، ص 245 وما يليها.

5 - برزت فكرة انعدام السبب ولو بصفة جزئية كوسيلة عامة لاستبعاد الشروط التعسفية بعد ما أصدرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قراراً لها بتاريخ 22 أكتوبر 1996 يعرف بقرار Chronopost الذي أكدت من خلاله أن شركة Chronopost المختصة بالنقل السريع تضمن الدقة والسرعة في أداء الخدمة كانت ملتزمة بتسليم الرسالة الخاصة بشركة Bancheureau في موعدها المتفق عليه في العقد، وبسبب الإخلال بهذا للالتزام الرئيسي، فإن شرط تحديد

إلتزام المؤمن المتمثل في الحصول على أقساط التأمين. فإذا تضمن العقد أي شرط يُعفي المؤمن من دفع التعويض يجعل التزامه باطلا لانعدام السبب، لأن سبب إلتزام المؤمن له بدفع الأقساط هو الضمان من الأضرار التي تصيبه عند تحقق الخطر فلولا ذلك لما تعاقد مع المؤمن الذي يُحاول إدراج بنود تجعل التزامه بدون سبب<sup>(1)</sup>.

اعتمد القضاء على نظرية السبب كآلية لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين. تطبيقا لهذا، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1990 ببطالان شرط وضعه المؤمن يقضي فيه بالزامية مطالبة الضحية للمؤمن له أولا قبل الرجوع إليه في طلب التعويض وإلا سقط الضمان المتفق عليه في العقد<sup>(2)</sup>.

بهذا تم الاعتماد على نظرية السبب لإبطال الشرط التعسفي الذي يعلق حق استفادة المؤمن له من الضمان عند تحقق الخطر على إلزامية مطالبة الضحية للمؤمن له أولا قبل الرجوع على المؤمن، لأنه شرط يُشكل خطرا على المؤمن له والضحية؛ فالمؤمن له يمكن أن يُحرم من التأمين لمجرد أن الضحية تأخرت في الاحتجاج بالتعويض أو أنها طالبت بذلك بعد انقضاء عقد التأمين.

أما بالنسبة للضحية فلا يمكن لها أن تُطالب بالتعويض إلا بعد ظهور آثار الضرر والتي يمكن أن لا تظهر عند حدوث الخطر وإنما بعد مرور مدة معينة يمكن أن يكون فيها العقد قد انقضى إما بنهاية مدته أو بسبب الفسخ، وهو ما يحد من نطاق الضمان من حيث المدة<sup>(3)</sup>.

---

مسؤوليتها الوارد في العقد والذي يخالف ويتناقض مع أهمية هذا الإلتزام، يجب اعتباره كأن لم يكتب، لأن السبب الرئيسي للإلتزام شركة Chronopost في هذه القضية ليس نقل الرسالة وإنما هو السرعة في نقلها. بهذا تكون محكمة النقض قد فضلت الإبقاء على العقد باستبعاد شرط تحديد مسؤوليتها عن التأخر في التسليم واعتباره كأن لم يكن، بدلا من أن يكون الجزاء عن هذا التأخر هو بطالان العقد. للتفصيل في ذلك راجع: العشماوي أيمن ابراهيم، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 105 وما يليها.

<sup>1</sup>- المحاسني محمد عبد الرحمان، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 279.

<sup>2</sup> - Cass 1<sup>ere</sup> Civ. 19 décembre 1990. Cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 205.

<sup>3</sup> - VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Traité de Droit Civil, Les effets de la responsabilité, 2<sup>me</sup> édition, DELTA – L.G.D.J. Paris 1989. p 700.

يتبين من هذا القرار أنه يُمكن الأخذ بنظرية السبب لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية، لأنه لا يُمكن أن يكون عقد التأمين صحيحا إذا كان في مقابل أقساط التأمين يُمكن أن لا يضمن المؤمن دفع مبلغ التأمين عن الأضرار التي تقع خلال مدة سريان العقد باشتراط رجوع الضحية أولا للمؤمن له قبل مطالبة المؤمن بالتعويض<sup>(1)</sup>.

رغم إمكانية الأخذ بنظرية السبب لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية إلا أنه يبقى حلا لا يتماشى مع مصالحه إذ الذي يمكن أن يُحرم من الخدمة التأمينية في حالة الأخذ بالسبب، لأن في حالة عدم مشروعيته فإنه سيؤدي إلى بطلا العقد وليس الشرط فقط<sup>(2)</sup>.

**ثالثا: دور مبدأ حسن النية في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية:** إن مبدأ حسن النية يسري على جميع العقود، وهو مبدأ أخلاقي عمل التشريع على جعله مبدءا قانونيا يهدف من خلاله إلى تحقيق نوع من التكامل بين القانون والأخلاق، من ثم جعله آلية قانونية يستخدمها القضاء لإعادة التوازن إلى العلاقات التعاقدية<sup>(3)</sup>. هذا ما تبناه المشرع الجزائري عند أخذه بعين الاعتبار بمبدأ حسن النية في القانون المدني بموجب المادة 1/107 التي تنص على: **« يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية »**.

إن حسن النية يعني الصدق، والنزاهة، والأمانة في التعامل مع الغير والتي تتجسد من خلال التطابق بين الأفعال والأقوال من جهة، وبين الفكرة والمقصد من جهة أخرى، بشكل يتعارض مع سوء النية، والخداع، والغش والتحايل<sup>(4)</sup>. وهذا هو المطلوب في العلاقات التعاقدية لضمان الغاية المفيدة والعادلة التي من أجلها تنشأ العقود. لكن التساؤل يكمن في معرفة ما إذا كان يمكن للقاضي استعمال مبدأ حسن النية كآلية قانونية فعالة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود التأمين.

مبدئيا يجب جعل مبدأ حسن النية الوسيلة المثلى للرقابة على كيفية تجسيد الشروط التعاقدية<sup>(5)</sup>، خاصة في عقد التأمين الذي يخضع لمبدأ حسن النية الذي يفرض على طرفيه

<sup>1</sup> - BONNARD Jérôme. Droit des assurances, op cit. p 220.

<sup>2</sup> - براحلية بدر الدين، مرجع سابق، ص 197.

<sup>3</sup> - BURY Bénédicte, « La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client ». Gaz. Pal. N° 74 à 76, dimanche 15 au mardi 17 mars 2009. p 6.

<sup>4</sup> - TEBoul Georges, op cit, p 3.

<sup>5</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 169.

تقديم كل المعلومات الصحيحة والمطابقة للواقع لأنها تؤثر في كل ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقد والمتمثلة في الخطر المؤمن منه وقسط التأمين ومبلغ التأمين<sup>(1)</sup>.

يرتبط مبدأ حسن النية بالشروط التعسفية في العقود ومنها عقود التأمين باعتبار أن المؤمن ينفرد مسبقا بتحديد شروط العقد، ويجب عليه مراعاة متطلبات الصدق والنزاهة بالامتناع عن استغلال وضعه المتفوق اقتصاديا وتقنيا لفرض التعامل بالشروط التعسفية مع المؤمن له.

بالرجوع إلى موقف القضاء من مدى اعتداده بمبدأ حسن النية لإبطال الشروط التعسفية، نجد أنه يميل إلى رفض جعل مبدأ حسن النية آلية عامة لرقابة ومحاربة الشروط التعسفية، فمحكمة النقض الفرنسية اتجهت في الكثير من قراراتها إلى تأكيد ذلك. ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1998، قضت فيه بنقض القرار المطعون فيه الذي حكم ببطلان شرط تعسفي قياسا على أنه مخالف لحسن النية طبقا للمادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي. استتدت محكمة النقض في قرارها على أساس أن مجلس الاستئناف بقضائه هذا قد حمل المادة نطاقا لا تتضمنه<sup>(2)</sup>.

نفس الموقف الذي كانت قد اتخذته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها في 1996، برفضها الاستناد على المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي للحكم ببطلان شرط تعسفي<sup>(3)</sup>. هذا ما يدل على استقرار موقف القضاء الفرنسي في رفض اعتبار حسن النية كقاعدة لمواجهة الشروط التعسفية.

يجد هذا الموقف تبريره من زاوية أن حسن النية يتدخل فقط في مرحلة تنفيذ العقد ولا يشمل مرحلة تكوينه. أما من زاوية أخرى فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على مخالفة حسن النية، فيما إذا كان سيحكم ببطلان ذلك الشرط فقط أو بطلان العقد برمته<sup>(4)</sup>. وهذا ما يُفسر

1 - سلامة عبد الله، الخطر والتأمين: الأصول العلمية والعملية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1980، ص 149.

2 - Cass 1<sup>ere</sup> Civ. 17 novembre 1998. Cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 219.

3 - Cass 1<sup>ere</sup> Civ. 17 novembre 1996. Cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 220.

4 - عمرو جويده، مرجع سابق، 145.

ربما غياب الاجتهادات القضائية في هذا المجال، خاصة بالنسبة للقضاء الجزائري<sup>(1)</sup>. لذلك من الصعب الاعتماد على قاعدة حسن النية لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية.

## المطلب الثاني

### حماية المؤمن له بموجب نصوص قانونية خاصة

أثبت الواقع العملي عدم كفاية القواعد العامة التقليدية في توفير الحماية للمؤمن له من الشروط التعسفية التي يكثر التعامل بها في مجال عقود التأمين. فتطبيق الحماية الخاصة به من الشروط التعسفية والحماية العامة التي يستفيد منها باعتباره طرفا ضعيفا ومذعنا لم يكن كافيا في مواجهة متطلبات حمايته من الشروط التعسفية.

لهذا بدا من الضروري البحث لإيجاد آليات أخرى للحماية من الشروط التعسفية بعيدا عن القواعد العامة التي تتسم بالجمود والعجز عن مسايرة حقيقة الواقع الاقتصادي والاجتماعي الحديث الذي أفرز عدم التكافؤ الظاهر بين المتدخلين (المؤمن) والمستهلكين (المؤمن لهم). لأنه إذا كانت القواعد التقليدية لا تسمح بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية، فإنها كذلك لا يجب أن تشكل عائقا أمام ظهور أنظمة قانونية تستجيب لاحتماية هذه الحماية.

لتبين موقف التشريعات الحديثة من ظاهرة الشروط التعسفية لا بد من البحث في المحاولات التشريعية الحديثة التي صيغت لحماية المستهلك بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة من الشروط التعسفية للحكم في ضوئها على مدى نجاحها في مواجهة حتمية الحد من التعامل بالشروط التعسفية في عقود التأمين.

وتوضيح موقف التشريعات الحديثة سيتم تبعا بالتطرق إلى موقف التشريع الجزائري الخاص بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية (الفرع أول). ثم بالتطرق إلى موقف التشريع الفرنسي من حماية المؤمن له من الشروط التعسفية بقوانين خاصة (الفرع ثاني).

<sup>1</sup> - سي طيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 58.

## الفرع الأول

### التشريع الجزائري الخاص بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية

إن البحث في موقف المشرع الجزائري من مسألة حماية المؤمن له من الشروط التعسفية يتطلب استقراء قواعد وأحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش (أولاً)، ثم استقراء ما تضمنه كل من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات (ثانياً) وقانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (ثالثاً).

**أولاً: مدى تطبيق قانون حماية المستهلك لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية:** يجب التأكيد مسبقاً على أن قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لا يتضمن أحكاماً حمائية ضد الشروط التعسفية لصالح أي مستهلك بما في ذلك مستهلك التأمين<sup>(1)</sup>.

تبعاً لذلك فلا مجال للبحث في مدى إمكانية تطبيق هذا القانون للحماية ضد الشروط التعسفية سواء لحماية المستهلك بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة. لكن توجد ملاحظة لا بد من قولها بخصوص عدم تضمين القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أي أحكام أو قواعد لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، خاصة في غياب أي تنظيم قانوني خاص بمحاربة الشروط التعاقدية التعسفية في العقود.

يعتبر صدور هذا القانون تطوراً تشريعياً في مجال حماية المستهلك في الجزائر على أساس أنه امتداد للقانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك<sup>(2)</sup> والذي بدوره كان خالياً من أي أحكام تتعلق بالحماية من الشروط التعسفية. وعملاً بالمادة الأولى من القانون رقم 09-03 فإنه: **« يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش »**.

<sup>1</sup> - باستثناء ذكره شرط الضمان الذي هو حق للمستهلك وأن أي شرط يقضي بسقوط حقه في الضمان يعتبر باطلاً بقوة القانون. المادة 13 من القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، صادر في 08 فيفري 1989 (ملغى) بقانون رقم 09-03، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر.

فغاية هذا القانون هي حماية المستهلك في علاقاته مع المتدخل بمناسبة شراء سلعة أو خدمة معينة لضمان أمنه وسلامته من خلال إقرار حقوق للمستهلك تمثل إلتزامات على عاتق المتدخل. لكن في مقابل ذلك فإن قانون حماية المستهلك يبحث في وضع آليات مهمتها الرئيسية تكمن في إيجاد توازن بين أطراف عقد الاستهلاك.

فضرورة إيجاد توازن معقول بين المستهلك والمتدخل تفرض على المشرع وضع آليات قانونية تُنظم العلاقات التعاقدية في مجال الاستهلاك لإعادة التوازن لهذه العلاقات التعاقدية الغير متوازنة والتي تتجسد غالبا في فرض التعامل بالشروط التعسفية في مواجهة المستهلك.

نتيجة لذلك كان لا بد من وضع قواعد لمواجهة الشروط التعسفية بأكثر فعالية من تلك المقررة في القواعد العامة للقانون المدني<sup>(1)</sup>، لأن الشروط التعسفية أصبحت ظاهرة تمس بتوازن العلاقات التعاقدية وتشغل الباحثين في الميدان القانوني لإيجاد أفضل القواعد الأكثر ملاءمة لمعالجتها<sup>(2)</sup>.

فخلو القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من أي أحكام متعلقة بمواجهة الشروط التعسفية يفيد أن المشرع الجزائري اكتفى بصدد هذا الموضوع بما أورده من حماية في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

فانعدام إمكانية استفادة المؤمن له من الحماية ضد الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أخرى، كان لزاما البحث عن هذه الحماية في القانون رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات.

<sup>1</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank, ... consommation, 6<sup>eme</sup> édition, op cit. p 19.

<sup>2</sup> - RIEG Alfred, La lutte contre les clauses abusives des contrats (esquisse comparative des solutions allemande et françaises), in Études offertes à RENÉ RODIÈRE, éd. DALLOZ. Paris 1981, p 221.



ثانيا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون التأمينات: مبدئيا قانون التأمينات هو الذي ينظم بالدرجة الأولى العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، لذلك يمثل التشريع الذي يستجيب أكثر لخصوصية واقع عدم التكافؤ بين طرفي عقد التأمين على نحو يتماشى ومتطلبات حماية المؤمن له والحفاظ على استقرار التوازن العقدي<sup>(1)</sup>.

انتهج المشرع من خلال الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات أسلوبين لمواجهة الشروط التعسفية لمعالجة الاختلال بين الإلتزامات التعاقدية لطرفي عقد التأمين؛ فمن جهة فرض المشرع بعض الشروط التعاقدية الواجب توافرها وفق شكل معين في عقد التأمين. ومن جهة أخرى أقر الرقابة على شروط وثائق التأمين.

بموجب ذلك فرض المشرع بعض الشروط الأساسية في العقد، فقد تضمنت المادة 07 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات جملة من الشروط الإلزامية التي يجب أن تدرج في عقد التأمين مع اشتراط كتابتها بحروف واضحة. تتمثل هذه البيانات في: توقيع الطرفين المكتبتين اسم وعنوان المؤمن والمؤمن له، والشئ أو الشخص المؤمن عليه، وطبيعة المخاطر المضمونة، إضافة إلى إلزامية ذكر تاريخ الاكتتاب وتاريخ سريان عقد التأمين ومدته، إلى جانب مبلغ الضمان ومبلغ قسط أو اشتراك التأمين. ويجب أن تحرر هذه البيانات بحروف واضحة<sup>(2)</sup> لأنها تمثل الشروط التعاقدية الأساسية التي تبين بدقة أطراف عقد التأمين وتوضح نطاق إلتزام كل من المؤمن والمؤمن له<sup>(3)</sup>.

فإلزام المؤمن تضمين عقد التأمين ببيانات محددة واستلزام إظهارها بحروف واضحة يهدف المشرع من خلالها إلى تنبيه المؤمن له ولفت انتابه إلى كل ما يتعلق بالعناصر الجوهرية للعقد لحمايته من أشكال التعسف التي يمكن للمؤمن أن يوردها عند كتابة هذه

1 - فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، جانفي 2016، ص 234.

2 - المادة 7 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

3 - جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين...، مرجع سابق، ص 185.

الشروط الجوهرية. وهو ما يتماشى مع تحقيق الفعالية القانونية عند إبرام وتنفيذ عقود التأمين<sup>(1)</sup>.

أما بخصوص فرض العمل بشروط نموذجية، فقد خول المشرع إدارة الرقابة<sup>(2)</sup> بموجب المادة 227 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات سلطة فرض التعامل بشروط نموذجية في عقود التأمين. على أن تتولى إدارة الرقابة بموجب هذه السلطة مراقبة ومراجعة بصفة مسبقة مدى تطابق الشروط العامة لوثيقة التأمين مع أحكام القوانين السارية المنظمة للتأمين وذلك قبل تسويقها، ولها أن تطلب تعديلها حتى بعد تسويقها<sup>(3)</sup>.

يرتبط فرض التعامل بالشروط النموذجية مع أهداف منع الشروط التعسفية، فالإجراء الأول تحديد قانوني إيجابي لمحتوى عقد التأمين أما الإجراء الثاني فهو تحديد قانوني سلبي لما لا يجب أن يدرج في محتوى عقد التأمين. فالشرط النموذجي يشكل معيارا لقياس مدى تعسف أي شرط في العقد، ففي حالة مخالفة أي شرط للشروط النموذجية التي تفرضها إدارة الرقابة، فإن ذلك الشرط لا ينتج آثاره ولا يحتج به في مواجهة المؤمن له وكأنه لم يتضمنه عقد التأمين أصلا<sup>(4)</sup>.

مفاد تمتع إدارة الرقابة بسلطة فرض الشروط النموذجية، يعني أنها شروط إلزامية تتعلق بالنظام العام الحمائي الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته، لأنها لا تهدف فقط إلى حماية المؤمن له بل تتعدى ذلك إلى ضمان نجاعة عقود التأمين<sup>(5)</sup>. وتجد مجالها الأمتل للتطبيق في التأمينات الإلزامية الواردة في الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات أو تلك المنظمة بموجب نصوص قانونية خاصة بها<sup>(6)</sup>. كالشروط النموذجية الإلزامية الواجب توافرها في عقد التأمين على الكوارث الطبيعية، وهي: موضوع الضمان، وحدود الضمان وسريان

<sup>1</sup> - SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, Droit des contrats, Litec édition, 1989, p 88.

<sup>2</sup> - يقصد بإدارة الرقابة في مجال التأمين، لجنة الإشراف على التأمينات التي تأسست بموجب المادة 209 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدلة بموجب المادة 26 من قانون رقم 06-04، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 3/227 من الأمر نفسه.

<sup>4</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit , p 250.

<sup>5</sup> - PETIT Franck, « L'ordre public dérogatoire », Revue De Jurisprudence sociale, N°5/07, mai 2007, 2d, Francis Lefebvre. P 391.

<sup>6</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance. op cit. p 56.

مفعول الضمان والإعفاء والتزامات المؤمن والمؤمن له، والخبرة المضادة<sup>(1)</sup>. وهي شروط نموذجية تتلاءم مع خصوصية هذا التأمين<sup>(2)</sup>.

نستخلص مما سبق أن القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك لم يتضمن أي قواعد أو أحكام لمحاربة الشروط التعسفية، في حين أن الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات لم يشر مباشرة إلى منع التعامل بالشروط التعسفية وإنما حاربها بطريقة غير مباشرة من خلال ذكر البيانات الإلزامية الواجب إدراجها في عقد التأمين مع تطلب شكل معين لها، إلا أنه لم يتعرض إلى جزاء مخالفة العقد لهذه البيانات أو عدم مراعاة شكلها. كما اتبع طريقة أخرى تتمثل في فرض البنود النموذجية التي تلزم إدارة الرقابة إدراجها في العقد، ولها أن تطلب تعديل أو إلغاء أي شرط من شأنه أن يمس بمصالح المؤمن له.

تبعاً لهذا وجب البحث عن حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي يمثل القانون الأول الذي تطرق للشروط التعسفية خارج القواعد العامة في المنظمة في القانون المدني.

**ثالثاً: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون الممارسات التجارية:** بما أن عقود التأمين من عقود الإذعان فإن المؤمن له يستفيد من الأحكام القانونية للحماية من الشروط التعسفية التي تضمنها القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية. ويهدف هذا القانون إلى ضبط وتنظيم العلاقات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين وفيما بينهم وبين المستهلكين، لضمان النزاهة والأمان في المعاملات التجارية التي لم ينظمها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>(3)</sup>.

1 - المادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 04-270 مؤرخ في 29 أوت 2004، يحدد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية، ج ر عدد 55، الصادر في أول سبتمبر 2004.

2 - فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 58.

3 - كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر رقم 03-03 والقانون رقم 02-04، منشورات بغدادي، 2010، ص 77.

تضمن القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية تعريفا للشرط التعسفي في المادة 5/3 منه التي عرفته كالآتي: « شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد». ولتبيين مدى تطبيق واستفادة المؤمن له من الحماية ضد الشروط التعسفية التي تضمنها هذا القانون، فإن الأمر يقتضي تحديد مجال تطبيقه.

نقصد بذلك مجال العقود التي تدخل في نطاق تطبيق هذه الحماية، فمن صياغة المادة 5/3 منه نستنتج أن تطبيقها لا ينحصر على عقود الاستهلاك بل تمتد إلى العقود المبرمة بين المهنيين لأن التعريف لم يحدد طبيعة الأطراف محل العقد، وأن المادة الأولى من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية تنص على أنه: « يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه». إلا أنها حماية تنحصر في مجال عقود الإذعان كما تبينه الفقرة الرابعة للمادة 3 من نفس القانون التي تنص على أن: « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تادية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

حصر المشرع نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في نطاق عقود الإذعان مهما كان موضوعها، سلعة أو خدمة، بشرط أن تكون بصدد عقد الإذعان الذي يُحرر مسبقا بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف والتي ينظم إليها الطرف الآخر دون أن تكون له القدرة الحقيقية على تعديل شروطه<sup>(1)</sup>، وأن يكون العقد مكتوبا دون اشتراط الكتابة الرسمية<sup>(2)</sup>، وهذا حسب المادة 4/3 من القانون رقم 04-02 التي تنص على أن: «يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل

1 - المادة 4/3 من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

2 - نقصد بالكتابة الرسمية تلك التي تكون ركنا في العقد، حيث يترتب عن تخلفها البطلان المطلق للعقد. للتفصيل في ذلك راجع: فيلالي علي، فيلالي علي، مرجع سابق، ص 294 وما يليها.

تسليم أو سند أو إي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً».

فتطبيق الحماية من الشروط التعسفية المقررة في أحكام القانون رقم 04-02 السالف الذكر يتوقف على تحقق شروط محددة وهي: أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان، وأن يكون العقد مكتوباً سواء كان موضوعه شراء سلعة أو خدمة، وأن يكون يؤدي الشرط إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

بإسقاط هذه الشروط على عقود التأمين فإن المؤمن له يستفيد من الحماية المقررة ضد الشروط التعسفية التي تضمنها القانون رقم 04-02 السالف الذكر، لأن المؤمن له يتعاقد في إطار عقود الاستهلاك؛ فالمؤمن متعامل اقتصادي، والمؤمن له يتعاقد بصفته مستهلكاً للتأمين. أما عن خصوصية رضائه فإنه يتعاقد بطريق الإذعان لأنه يذعن للشروط العامة التي يحررها المؤمن مسبقاً، وأن الشرط أو الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف عقد التأمين.

تدعيماً لهذه الحماية فإن المؤمن له يستفيد من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود التي تبرم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الذي جاء تطبيقاً للمادة 30 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، إذ تضمنت المادة 05 من على قائمة لشروط تعسفية بحكم القانون<sup>(1)</sup>، تُضاف إلى القائمة التي تضمنتها المادة 29 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر<sup>(2)</sup>.

باستقراء موقف التشريع الجزائري من مسألة حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، نخلص للقول أنه لم يكرس أي حماية قانونية خاصة به. فقد اكتفى بنظام القوائم التي تطبق على المستهلك دون إي إشارة إلى المجال الاستهلاكي الذي يتعاقد في إطاره. في حين نص

1 - وهي 12 حالة لما يمكن اعتباره شرطاً تعسفياً وفقاً لمضمون المادة 05 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.

2 - وهي قائمة بيانية تضمنت 08 أصناف لما يمكن اعتباره شرطاً تعسفياً وفقاً للمادة 29 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

على آلية التأشيرة المسبقة كرقابة على نماذج عقود التأمين التي يصدرها المؤمن وفقا للأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات. أما في إطار القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فرغم حدائته إلا أنه لم يتطرق لمسألة الحماية من الشروط التعسفية.

بناء على ما تقدم فإننا نخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري لم ينظم أي قانون مستقل خاص بالشروط التعسفية لأي عقد بما في ذلك عقد التأمين، بالرغم من أن مختلف التشريعات حاولت التصدي لها، ومنها التشريع الفرنسي.

## الفرع الثاني

### موقف القانون الفرنسي من حماية المؤمن له

#### ضد البنود التعسفية بقوانين خاصة

اهتم المشرع الفرنسي بمسألة حماية المؤمن له من الشروط التعسفية منذ صدور قانون 13 جويلية 1930 التعلق بعقد التأمين<sup>(1)</sup> البري<sup>(2)</sup>؛ ففرض كتابة عقد التأمين بحروف واضحة، واستلزم كتابة شروط البطلان أو السقوط بحروف جد بارزة<sup>(3)</sup>.

وقد نص صراحة على بطلان شرط سقوط حق المؤمن له في التعويض في حالة خرقه للقوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق ناتجا عن جناية أو جنحة عمدية<sup>(4)</sup>. فهي شروط تعسفية بذاتها يمنع إيرادها في عقد التأمين، لكن دون أي ذكر لعبارة « شروط تعسفية »، لهذا وُصف قانون 13 جويلية 1930 بأنه قانون استبق الزمن في نظرة أحكامه المتعلقة بحماية المستهلك، فلم يؤسس فقط لقانون التأمينات بل أسس أيضا لقانون الاستهلاك<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - Loi de 13 juillet 1930 dite Godart, relative au contrat d'assurances, J O. 18 juillet 1930. [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr).

<sup>2</sup> - Ibid. article premier, alinéa 1<sup>er</sup>: «La présente loi ne concerne que les assurances terrestres ».

<sup>3</sup> - Ibid, Article 8 et 9.

<sup>4</sup> - Ibid, Article 24.

<sup>5</sup> - FAVRE ROCHEX André - COURTIEU Guy, op cit. p 20.

يستمد المؤمن له الحماية ضد الشروط التعسفية في فرنسا من مصدرين أساسيين هما؛ قانون الاستهلاك بوصفه الشريعة العامة لعقود الاستهلاك (أولا) وقانون التأمين بوصفه قانون خاص (ثانيا).

أولا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي: سن المشرع الفرنسي القانون المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك<sup>(1)</sup> لتجاوز مشكلات إختلال التوازن العقدي الذي لم تكن فيه القواعد التقليدية كافية لمواجهتها<sup>(2)</sup>، خاصة إختلال التوازن العقدي بين المهني والمستهلك الناتج عن فرض المهني على المستهلك التعامل بشروط تعسفية.

يستفيد المؤمن له من الأحكام الحمائية التي تضمنها هذا القانون، بما في ذلك أحكام الفصل الرابع منه المخصص للحماية من الشروط التعسفية. ففيه حاول المشرع الفرنسي وضع آلية معاصرة لتحديث آليات الحماية من الشروط التعسفية لتتلاءم مع الوضع الاقتصادي والاجتماعي الجديد الذي لم تستطع فيه الآليات التقليدية من مواجهة ظاهرة إختلال التوازن العقدي الناتج عن فرض التعامل بالشروط التعسفية<sup>(3)</sup>.

وأولى إجراءات هذه الآليات الحديثة كانت بموجب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 والتي من خلالها قدم المشرع الفرنسي تعريفا للشرط التعسفي على أنه: «*في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين يمكن أن تكون محرمة ، محددة أو منظمة الشروط المتعلقة بـ ... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة*»<sup>(4)</sup>. فظهرت بذلك لأول مرة عبارة «الشروط التعسفية» بصدور قانون 10 جانفي

<sup>1</sup> - Loi n° 78 - 23 du 10 janvier 1978, relative à l'information..., op cit.

<sup>2</sup> - ROUHETTE Georges, Droit de la consommation et théorie générale du contrat. in Études offertes à RENÉ RODIÈRE, DALLOZ. Paris 1981. p 255.

<sup>3</sup> - عسالي عرعار، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 168.

<sup>4</sup> - Article 35 Loi n°78 - 23 du 10 janvier 1978: «*Dans les contrats conclus entre professionnels et non- professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées... les clauses relatives au..., lorsque de telles clauses apparaissent*

1978 المتعلق بحماية المستهلك، وينبني الشرط التعسفي وفقا للمادة 35 من هذا القانون على معيارين أساسيين هما؛ التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة أو المجحفة.

عدل المشرع الفرنسي عن هذا التعريف بمقتضى المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الجديد الصادر في أول فيفري 1995 حيث ورد فيها تعريف الشرط التعسفي على أنه: «**في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو أثرها على حساب غير المهني أو المستهلك، إختلال ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد**»<sup>(1)</sup>.

تخلى المشرع الفرنسي على معيار الميزة الفاحشة وتبنى معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد بموجب قانون الاستهلاك الجديد الصادر في أول فيفري 1995، وذلك انسجاما مع تعريف الشروط التعسفية الذي تضمنته التعلية الأوربية رقم 93-13 الصادرة في 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين والمتدخلين، والتي تهدف إلى جعل التشريعات الوطنية الأوربية منسجمة في موضوع الشروط التعسفية<sup>(2)</sup>.

عزز المشرع الفرنسي حماية المستهلك من الشروط التعسفية بإضافة ملحق لقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية لا حصرية، تسري على جميع عقود الاستهلاك بما في ذلك

---

*imposées aux non-professionnels, ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confère à cette dernière un avantage excessif* ».

<sup>1</sup> - « 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 non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat...». Article L 132-1 loi n° 95-96 du 01 février 1995, concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial. [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr).

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 19.



عقود التأمين. إلا أنها شروط لا يفترض فيها التعسف، فعلى المستهلك أن يثبت أنها تحمل تعسفاً، ويسترشد في ذلك بما تضمنته القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك الفرنسي<sup>(1)</sup>.

تدعيماً أكثر لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، صدر القانون رقم 776-2008 المؤرخ في 4 أوت 2008، المتعلق بعصرنة الاقتصاد<sup>(2)</sup>. إذ عدل هذا القانون الأحكام القانونية المتعلقة بإثبات الشروط التعسفية التي تضمنتها المادة 132-1 من قانون الاستهلاك بما يتلاءم أكثر مع مصالح المستهلك. وذلك بوضع قائمة سوداء لشروط تعسفية تبطل بقوة القانون، إلى جانب قائمة رمادية يفترض أنها تعسفية إلى حين أن يثبت المهني أنها لا تحمل تعسفاً<sup>(3)</sup>، فعبئ إثبات أن هذه الشروط لا تحمل تعسفاً يقع على عاتق المهني. وهو تطور تشريعي هام في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

تم تطبيق هذا التعديل بموجب المرسوم رقم 302-2009 المؤرخ في 18 مارس 2009، الذي عدل أحكام المواد R 132-1, R 132-2 من قانون الاستهلاك<sup>(4)</sup>، حيث تضمنت القائمة السوداء بموجب المادة R 132-1 (12) صنفاً من الشرط التي يفترض فيها التعسف بشكل قاطع، في حين تضمنت القائمة الرمادية بموجب المادة R 132-2 (10) شروط يُقيم عليها المشرع قرينة بسيطة على أنها تحمل تعسفاً.

تعتبر المادة R 132-1 من قانون الاستهلاك المصدر الرئيسي للحماية من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي، والتي بموجبها تم تكريس معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد لتقدير مدى تعسف أي شرط يرد في عقود الاستهلاك بما في ذلك عقود التأمين. إلا أن عملية تقدير معيار الإخلال الظاهر لا تخضع لسلطة القاضي وحده، بل تشاركه في ذلك عدة آليات أوجدها المشرع الفرنسي لتفعيل أكثر هذه الحماية<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - Ancienne annexe à l'Article L 132-1 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> - Loi N° 2008-776 du 4 aout 2008 de modernisation de l'économie, J O du 5 aout 2008.

<sup>3</sup> - Article R 132-1 et R 132-2 du Code de la consommation.

<sup>4</sup> - Décret N° 2009-302 du 18 mars 2009, J O du 20 mars 2009.

<sup>5</sup> - CALAIS - AULOY Jean, STEINMTEZ Frank, ... consommation, 6<sup>ème</sup> édition. op cit, p 22.

تتقاسم ثلاثة مصادر عملية تقدير معيار الإخلال الظاهر: فالمصدر الأول هو السلطة التنظيمية التي حولها المشرع سلطة إيراد قوائم للشروط التي تعتبر تعسفية عملا بالمادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، لكن بعد مصادقة مجلس الدولة عليه بعد أخذ رأي لجنة البنود التعسفية.

إلا أن مجلس الدولة لم يصادق إلا على مرسوم واحد يتضمن ثلاثة أنواع من البنود التعسفية، وهو المرسوم<sup>(1)</sup> الصادر في 24 مارس 1978. ثم بقي شرطين فقط بعد إلغاء مجلس الدولة في 3 ديسمبر 1980 للشروط الثالث<sup>(2)</sup>. ولم يصدر بعدها أي مرسوم يتضمن تحديد للشروط التعسفية، واستمر الأمر على حاله حتى في ظل قانون الاستهلاك الجديد الصادر في أول فيفري 1995.

أما بعد قانون رقم 776-2008 المؤرخ في 4 أوت 2008، المتعلق بعصرنة الاقتصاد، فقد صدر المرسوم رقم 302-2009 المؤرخ في 18 مارس 2009، الذي بموجبه حددت السلطة التنظيمية قائمتين للشروط التعسفية في المواد R 132-1 التي تضمنت قائمة سوداء لشروط تعسفية لا تقبل إثبات عكس ذلك، وقائمة رمادية لشروط يفترض نسبيا أنها تعسفية، لكن في حالة النزاع يقع على المهني إثبات أنها ليست تعسفية وفقا للمادة R 132-2 من قانون الاستهلاك.

أما المصدر الثاني لتقدير معيار التعسف هو القضاء، أي الاجتهادات القضائية، ففي ظل قانون 10 جانفي 1978 كان دور القضاة محدود جدا، لأن أحكام هذا القانون كانت تمنع على القاضي الحكم ببطلان أي شرط تعسفي خارج القائمة التي تحدد بموجب مرسوم<sup>(3)</sup>. إلا أن محكمة النقض الفرنسية اتخذت موقفا مغايرا في قرار صادر عنها اعترفت بموجبه بسلطة قاضي الموضوع في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط لتغطية نقص التحديد التنظيمي للشروط التعسفية في تلك الفترة؛ إذ قام قضاة الموضوع بتفسير موسع للشروط التي

<sup>1</sup> - Décret N° 78-464 du 24 mars 1978, J O du 1<sup>er</sup> avril 1978.

<sup>2</sup> - CALAIS - AULOY Jean, Les clauses abusives en droit français, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 117.

<sup>3</sup> - CALAIS - AULOY Jean, Les clauses abusives en droit français, op cit, p 119.

يحتمل أنها تعسفية والتخلي بالتالي عن التفسير الضيق طبقا لما هو محدد في المرسوم الصادر في 24 مارس 1978، ليشكل تطورا هاما في مجال الحماية من الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>.

صدر هذا القرار عن محكمة النقض الفرنسية في 16 جويلية 1987، حيث اعتبرت تعسفاً ويمنع التعامل به في عقد البيع، الشرط الذي يمنح للمهني ميزة فاحشة، لاسيما الشرط الذي يمنح للمهني الانفراد بتقدير ميعاد تسليم المبيع والمساس بالحق في التعويض المقرر لفائدة المشتري غير المهني وفقا للمادة 1610 من القانون المدني، في حالة إخلال البائع بالتزام أساسي وهو عدم احترام ميعاد التسليم المتفق عليه<sup>(2)</sup>.

بهذا تطور دور القضاء في الحماية من الشروط التعسفية، وله تقدير تعسف أي شرط بحسب نوعه، فإذا كان واردا ضمن ما حددته السلطة التنظيمية فإن دوره ينقلص. أما إذا كان بصدد شرط لم يرد في تلك القوائم، فالقاضي يملك سلطات واسعة في الحكم على إمكانية تعسف أي شرط عملا بالمادة R. 132-1 من قانون الاستهلاك.

أما المصدر الثالث لتقدير معيار التعسف هو لجنة الشروط التعسفية، وهي رقابة إدارية على العكس من الرقابة القضائية والرقابة التنظيمية. وتعد لجنة البنود التعسفية من التنظيمات القانونية التي استحدثها المشرع الفرنسي لدعم الحماية المرجوة للمستهلك ضد الشروط التعسفية. أما دورها فيتمحور في البحث والتحري والتحليل للشروط السارية التي تتضمنها عقود الاستهلاك والشروط التي سيتم إدراجها مستقبلا؛ فإذا ما استخلصت أنها تتضمن تعسفا فإنها تصدر توصيات لإلغائها أو تعديلها أو بطلانها.

<sup>1</sup> -SINAY-CYTERMANN Anne, Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 191.

<sup>2</sup> - Cass. 1ère civ, 16 juillet 1987. Note GHESTIN Jaques, (Sous dir.), L'annulation par le juge des clauses abusives (Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 6 décembre 1984 et 14 mai 1991), in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 130.

يمكن تلخيص مهام لجنة البنود التعسفية فيما يلي: تقوم اللجنة بإعطاء رأيها حول مشاريع القوانين المتعلقة بموضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية، فاستشارتها إجراء إلزامي إلا أن الرأي الذي تصدره غير ملزم للحكومة. تقوم كذلك بإصدار التوصيات أثناء أداء مهامها<sup>(1)</sup>. يجب على القاضي استشارة اللجنة في حالة النزاع حول الطابع التعسفي للشروط التعاقدية. كما تعد وتنشر تقارير سنوية حول عملها والاقتراحات التي تبتديها حول تعديل النصوص التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

تم تطبيق المادة R 132-1 من قانون الاستهلاك لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية. ونتج عن ذلك أن أصدرت لجنة البنود التعسفية الكثير من التوصيات أثرت المنظومة القانونية الفرنسية في هذا المجال، بدوره القضاء استند في الكثير من النزاعات إلى المادة R 132-1 للحكم في ضوئها على مدى تعسف أي من الشروط التعاقدية المدرجة في عقود التأمين. إلا أنها تبقى حماية ناقصة، لذلك كان من الضروري البحث عن حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قوانين أخرى منها قانون التأمينات<sup>(2)</sup>.

**ثانيا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون التأمين الفرنسي:** يتضمن قانون التأمين الفرنسي عدة أحكام تهدف إلى حماية المؤمن له من تعسف المؤمن. وتتلخص في استلزام شكلية خاصة لصحة شروط معينة (1)، والرقابة على وثائق التأمين (2)، فرض التعامل بالشروط النموذجية (3).

**1- استلزام شكلية خاصة لسريان بعض الشروط:** يرتبط المؤمن له بالمؤمن بموجب عقد التأمين، وحتى تكون الإلتزامات المتولدة عنه واضحة فإن المشرع بيّن الشروط التي يجب أن يتضمنها والشكل الذي يجب أن يكتب به؛ إذ استلزم كتابة كل شروط وثيقة التأمين بحروف

<sup>1</sup> - A titre d'exemple : en 1985, dans sa recommandation relative à l'assurance multirisques habitation, (N° 85-04, De 20 sept. 1985: BOCC 6 déc. 1985), la commission a relevé une cinquantaine de clauses abusives. Par exemple: une clause de déchéance qui supprimait l'indemnisation de l'assuré, victime d'un vol non déclaré à l'assureur dans les 24 heures. Depuis, la loi de 31 décembre 1989 a interdit partiellement ce type de sanction dans l'ensemble des contrats d'assurances. **Voir:** BONNARD Jérôme, op cit. pp 16 et 17.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 192.

بارزة<sup>(1)</sup>. أما ما يتعلق بشروط البطلان أو السقوط أو الاستبعاد فلا تكون صحيحة إلا إذا تم بيانها بأحرف جد بارزة<sup>(2)</sup>. ولقضاة الموضوع سلطة تقدير طابع الكتابة البارزة بشكل ظاهر لهذه الشروط<sup>(3)</sup> تحت رقابة محكمة النقض، لذلك على قضاة الموضوع أن يقوموا بتسبيب أحكامهم في بيان كيف أن الشرط ظاهر بشكل بارز من عدمه<sup>(4)</sup>.

فقانون التأمين الفرنسي يتطلب الشكلية في كتابة الوثائق التعاقدية في مجال التأمين، فاستلزم كتابة شروط عقد التأمين بشكل بارز ومقروء، أما بخصوص الشروط التي تؤدي إلى نتائج خطيرة على مصالح المؤمن له، فقد تطلب كتابتها بشكل جد بارز<sup>(5)</sup>، تحت طائلة عدم صحة شروط السقوط أو البطلان أو الاستبعاد<sup>(6)</sup>، لكن دون ذكر الجزاء الذي يترتب على تخلف هذه الشكلية بالنسبة للشروط الأخرى. في حين فإن القضاء يرتب إما البطلان أو عدم النفاذ على تخلف الشكلية عن الشروط الأخرى<sup>(7)</sup>.

في سياق توفير الحماية المرجوة للمؤمن له من الشروط التعسفية، دعم قانون التأمين الفرنسي هذه الحماية عن طريق أسلوب الرقابة على وثائق التأمين.

**2- الرقابة على وثائق التأمين:** تمارس الدولة الرقابة على وثائق التأمين لحماية مصالح المؤمن لهم<sup>(8)</sup>، وتم تكليف وزارة الاقتصاد والمالية بمهمة الرقابة باعتبارها الوزارة الوصية على قطاع التأمين. ومن أجل ذلك، تتمتع بسلطة تقدير مدى قانونية الشروط التي تتضمنها

<sup>1</sup> - Article L 112-3 du Code des assurances, 28<sup>ème</sup> édition, L'Argus de L'Assurance. Paris 2012.

<sup>2</sup> - Ibid, Article L 112-4.

<sup>3</sup> - Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 27 mai 1998, Note FAVRE ROCHEX André,. Cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 255.

<sup>4</sup> - Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 27 février 1996, R.C.A, note GROUDEL, cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 255.

<sup>5</sup> - FAVRE-ROCHEX André, « Contrat d'assurance, Règles communes », Juris-Classeur, Annexe 02, Volume Assurances terrestre, Editions technique, 1993, p 9.

<sup>6</sup> - Article L 112-4 du Code des assurances.

<sup>7</sup> - BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, 28<sup>ème</sup> édition, L'Argus de L'Assurance. Paris 2012. p 101.

<sup>8</sup> - Article L 310-1 du Code des assurances stipule que :« le contrôle de l'Etat s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurances et de capitalisation»

الوثائق التعاقدية وفقا للتشريع والتنظيم المطبق على التأمين، وأكثر من ذلك، لها سلطة تقدير ملائمة شروط هذه الوثائق<sup>(1)</sup>.

يمكن لإدارة الرقابة أثناء ممارسة مهامها الرقابية أن تأمر بسحب أو تعديل أي وثيقة تعاقدية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية في مجال التأمين<sup>(2)</sup>، بهذا الشكل فإن إدارة الرقابة تسهر على مطابقة عقود التأمين للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على التأمين. ولتفعيل أكثر هذه الحماية منح المشرع لإدارة الرقابة سلطة فرض التعامل بشروط نموذجية.

**3- فرض التعامل بالشروط النموذجية:** تخضع عقود التأمين لفكرة النظام العام التعاقدية والذي يظهر خاصة من خلال توحيد الشروط النموذجية لوثائق التأمين بحسب كل فرع من فروع التأمين<sup>(3)</sup>. وعملا بالمادة 4-111 L منح المشرع الفرنسي لإدارة الرقابة سلطة فرض العمل بالشروط النموذجية في عقود التأمين<sup>(4)</sup>.

فالشرط النموذجي شرط تحدد إدارة الرقابة مضمونه ويكون إلزاميا على أطراف عقد التأمين، وغايته حماية المؤمن له. ويحقق غاية مزدوجة؛ ففي حالة تخلفه، يفترض أن العقد تضمنه لأن الهدف من فرضه هو حماية المؤمن له، أما الشروط التعاقدية الأخرى التي يتعارض مضمونها مع الشرط النموذجي، تُعد كأن العقد لم يتضمنها<sup>(5)</sup>.

فالمشرع الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك وقانون التأمين، ساير تطور ظاهرة الشروط التعسفية؛ فانتهج أسلوب الوقاية منها باعتماد نظام القوائم لتحديد مسبقا الشروط التعسفية، وأنشأ لجنة البنود التعسفية للرقابة على شروط عقود الاستهلاك، وتصدر بشأنها توصيات تكون مصدرا لتقدير معيار التعسف الذي يتضمنه أي شرط تعاقدية.

<sup>1</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 247.

<sup>2</sup> - Article L 310-13 du Code des assurances.

<sup>3</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, op cit, P 84.

<sup>4</sup> - Article L111-4 du Code des assurances.

<sup>5</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 252.

أما القضاء وفيما يتعلق بالنزاعات التي تنشأ عن الشروط التعسفية، فله أن يستند في ذلك إما على أساس القواعد الحديثة الخاصة بالحماية من الشروط التعسفية، وفي حالة الفراغ فله أن يستعين بالقواعد العامة التقليدية للفصل في النزاع.

إلى جانب كل هذا، لا يمكن أن نغفل دور الهيئات الاستشارية أو دور جمعيات حماية المستهلك. هذه الأخيرة التي حولها القانون حق التقاضي ومباشرة الدعاوي للمطالبة إما بحذف الشروط التعسفية المتعامل بها أو تلك الشروط المزمع إدراجها في مشاريع نماذج العقود<sup>(1)</sup>. كما تتدخل إلى جانب المستهلك في جميع الدعاوي التي تُثار بين المستهلكين والمهنيين، بما في ذلك دعوى إلغاء أو إبطال الشروط التعسفية التي يُثار بشأنها نزاع بين المؤمن والمؤمن له<sup>(2)</sup>.

---

<sup>1</sup> - Article L 421-6 du Code de consommation .

<sup>2</sup> - CALAIS - AULOY Jean et STEINMTEZ Frank, consommation, 6<sup>eme</sup> édition. op cit, p 25.

## الفصل الثاني

### نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين

يؤكد الواقع العملي أن المؤمن بإمكانه استغلال قوته الاقتصادية لإملاء الشروط التي تخدم أكثر مصالحه ليصل حتى إلى تلك المصالح غير المشروعة. ومن المؤكد أن القانون المدني باستثناء المادة 622 منه، لا يتضمن أي إجراء مباشر لضمان التوازن العقدي بين المؤمن والمؤمن له بمحاربة الشروط التعسفية.

نتيجة لذلك، كان لا بد من البحث عن حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والقانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

بما أن مجال تطبيق هذه القوانين محصور في العقود التي تبرم بين المهني والمستهلك أو غير المهني، فإن موضوع البحث يتركز على عنصرين أساسيين هما؛ العنصر الأول يتعلق بتحديد نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، فهل أن الحماية مقررة لكل المؤمن لهم أو لفئة منهم فقط؟ أما العنصر الثاني يتعلق بتحديد الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، فهي تتعلق فقط بالشروط العامة الواردة في وثيقة التأمين أو تمتد إلى الشروط الخاصة؟ أي يمكن افتراض التعسف في بعض الشروط دون غيرها؟

تقتضي الإجابة على هذه التساؤلات التطرق تبعاً إلى تحديد الأشخاص الخاضعون للحماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين (المبحث أول) ثم تحديد الشروط التعسفية في عقود التأمين (المبحث ثاني).



## المبحث الأول

### الأشخاص المستفيدون من الحماية

برز مفهوم الشروط التعسفية وتطور في ظل التشريع والتنظيم الذي صاحب تبلور وتنامي فكرة حماية المستهلك، فنطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية ينحصر في فئة المستهلكين وغير المهنيين في علاقاتهم التعاقدية مع المحترفين.

ففاعلية الحماية من الشروط التعسفية لن تتحقق إلا إذا تمت في نطاقها المخصص للمستهلك وغير المهني، دون أن تمتد لتخرج عن نطاقها هذا وتشمل فئة المحترفين. بهذا الشكل يمكن اعتبار الحماية من الشروط التعسفية آلية لتنظيم عقود الاستهلاك.

تبعا لذلك، فحتى يستفيد المؤمن له من الحماية ضد الشروط التعسفية، يجب أن يتمتع بصفة المستهلك أو غير المهني. فمعيار تطبيق هذه الحماية يجد أساسه في صفة الأطراف المتعاقدة. فقانون حماية المستهلك بما في ذلك الجانب المتعلق بالحماية ضد الشروط التعسفية، وُضع أصلا لصالح فئة المستهلكين كطرف ضعيف في علاقاتهم التعاقدية مع المحترفين.

ترتبا على ذلك، فإنه لتحديد نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص في عقود التأمين، يجب ضبط مفهوم المستهلك الذي يدخل في نطاق هذه الحماية (المطلب أول). ولإلزام بنطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين من حيث الأشخاص، يجب إسقاط تعريف المستهلك عموما على المؤمن له لتحديد مفهوم مستهلك التأمين الذي يستفيد من الحماية ضد الشروط التعسفية (المطلب ثاني).

## المطلب الأول

### المؤمن له المستهلك

لتحديد مفهوم المؤمن له المستهلك الخاضع للحماية أهمية بالغة لاعتبارين أساسيين؛ فالمستهلك هو معيار لتطبيق قانون حماية المستهلك بما في ذلك الشق المتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، هذا من جهة. من جهة ثانية، فإن الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات اكتفى بذكر صفات المؤمن له دون أن يتضمن أي أحكام تتعلق بالتمييز بين المؤمن له المستهلك أو المحترف.

للوصول إلى تعريف للمؤمن له المستهلك أو غير المهني الذي تشملته الحماية من الشروط التعسفية، يجب الإحاطة بمختلف محاولات تعريف المستهلك والتي من خلالها يمكننا تحديد المؤمن له الذي يخضع للحماية من الشروط التعسفية.

عليه، سيتم تبعا للتطرق في مرحلة أولى للتعريف التشريعي والفقهي للمستهلك (الفرع الأول)، ثم في مرحلة ثانية ولمبررات عملية يجب التطرق لموقف القضاء من تطبيق هذه التعاريف في الواقع العملي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### التعريف التشريعي والفقهي للمستهلك

نشير مسبقا إلى أن تبني المشرع الجزائري تعريفا قانونيا للمستهلك فإن هذا لا يعني أنه قد أعطى حلا نهائيا لمسألة تحديد نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، خاصة في غياب التطبيقات القضائية للتعريف القانوني للمستهلك، فالضرورة العملية تفرض التطرق كذلك إلى موقف الفقه من تعريف المستهلك، للوصول من خلاله إلى توضيح أكثر لمدلول فكرة المستهلك كمعيار لإبراز المؤمن له الذي تنقرر له الحماية من الشروط التعسفية، وهذا ما سيتبين تبعا من خلال التعريف التشريعي للمستهلك (أولا)، والتعريف الفقهي له (ثانيا).

أولاً: **التعريف التشريعي للمستهلك:** على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يحسم الأمر في إيراد تعريف قانوني للمستهلك إلا مؤخرًا<sup>(1)</sup>، فإن المشرع الجزائري أورد تعريفًا قانونيًا للمستهلك وذلك في قوانين متفرقة. ولاستقراء مفهوم المشرع للمستهلك، سنحاول ذكرها وفقًا لتسلسل زمن صدور هذه القوانين والتي من خلالها تبنى المشرع الجزائري مفهومًا للمستهلك. بدءًا بالمرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش<sup>(2)</sup> (1)، ثم القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (2)، في الأخير القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (3).

**1- تعريف المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش:** صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش ضمن النصوص التطبيقية التي تُبين كيفية تطبيق القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك<sup>(3)</sup>. وبموجب المادة 9/2 منه عرّف المشرع المستهلك كما يلي: « **المستهلك: كل شخص يقتني بئمن أو مجانًا، منتجًا أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به.** ».

باستقراء عناصر هذا التعريف، نلاحظ أن المشرع وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية للمستهلك اكتفى بالقول أنه كل شخص يقتني بئمن أو مجانًا، دون أن يحدد صراحة هل هو شخص طبيعي أو معنوي. إلا أن عبارة «كل شخص» تفيد ضمنا أنه يمكن أن يكون شخصًا طبيعيًا كما يُمكن أن يكون أيضًا شخصًا معنويًا.

<sup>1</sup> - La notion de consommateur ne fait l'objet d'une définition légale que depuis la Loi n° 2014 - 344 du mars 2014, dite « Loi Hamon », qui a inséré un nouvel article préliminaire dans le Code de la consommation portant définition du « consommateur ». Selon l'alinéa 1 et 2 de cet article est : «- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 90-39، مؤرخ في 10 جانفي 1990، متعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - قانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فيفري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، سالف الذكر.

أما فيما يتعلق بالغرض من الاقتناء، فقد أورد المشرع عبارة «الاستعمال الوسيطى»، ما يُوحى إلى أن المشرع يحمي المهني الذي يتصرف لأغراض مهنته، لأن الاستعمال الوسيطى يقصد به المحترف الذي يقتني مواد أولية أو منتوجات لإعادة تصنيعها وبيعها للمستهلك. ما يُمثل مبالغة في التوسيع من مفهوم المستهلك أكثر مما تبناه الفقه الموسع لمفهوم المستهلك<sup>(1)</sup>. إلا أن المشرع في نهاية الفقرة التاسعة من المادة الثانية للمرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش قد حدد صراحة أن الغاية من الاقتناء هو سد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به. أما هذا التناقض تدارك المشرع الموقف في القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

**2- تعريف القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية:**  
يهدف القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى ضبط وتنظيم العلاقات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين وفيما بينهم وبين المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه<sup>(2)</sup>. لذلك فله علاقة مباشرة بمجال حماية المستهلك من خلال ضمان شفافية ونزاهة الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين وحمائهم وإعلامهم. وبصفة غير مباشرة من خلال ضمان شفافية ونزاهة الممارسات التجارية فيما بين الأعوان الاقتصاديين.

لقد أورد المشرع تعريفا للمستهلك بموجب المادة 2/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على أنه: « **مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني** ».

يفهم من هذا التعريف أن المستهلك يُقصد به كل شخص طبيعي أو معنوي، فلم ينحصر على الشخص الطبيعي، ويقتني سلعا أو يستفيد من خدمات بشرط أن تكون مجردة

<sup>1</sup> - عبد الله ليندة، « المستهلك والمهني، مفهومان متباينان »، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح

الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية للمركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و14 أفريل 2008، ص 27.

<sup>2</sup> - المادة الأولى من قانون رقم 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

من كل طابع مهني، فإذا كانت لغرض مهني فإن الشخص الذي يفتنيها لا تنطبق عليه صفة المستهلك ويخرج بذلك من نطاق الأشخاص الذي يستفيدون من الحماية ضد الشروط التعسفية المقررة في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. بهذا يكون المشرع قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك في ظل القانون رقم 02-04 المذكور أعلاه، لذلك فإن المستهلك الذي يخضع للحماية هو المستهلك في النطاق الضيق<sup>(1)</sup>، والذي يفتني سلعة أو خدمة لتلبية حاجاته الشخصية وحده، دون أي ذكر لشخص آخر أو حيوان وأن تكون خالية من كل طابع مهني<sup>(2)</sup>.

لم يكتفي المشرع الجزائري بهذا التعريف، إذ أورد تعريفا قانونيا للمستهلك بعد ذلك بصدور القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

**3- تعريف القانون رقم 03-09 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:** عرف مجال حماية المستهلك في الجزائر تطورا آخر بصدور القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى أحكام القانون رقم 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك<sup>(3)</sup>.

تضمن القانون رقم 03-09 المذكور عدة تعاريف من بينها تعريف للمستهلك بموجب المادة 1/3 التي عرفت المستهلك على أنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي يفتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به ».

يبدو أن المشرع من خلال نص هذه المادة قد حاول تقديم تعريف للمستهلك بشكل مبسط يشمل كل الجوانب المتعلقة بعملية الحصول على السلع والخدمات وكذا الهدف من استهلاكها، وكل هذا من أجل تفادي النقائص التي تضمنتها التعاريف السابقة.

<sup>1</sup> - دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 148.

<sup>2</sup> - عمريو جويده، مرجع سابق، ص 18.

<sup>3</sup> - قانون رقم 02-89، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، سالف الذكر.

فمن جهة، نجد أن هذا التعريف ذكر طبيعة المستهلك الذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وهو يتطابق مع ما أورده المشرع من تعريف للمستهلك في بموجب المادة 2/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وهو تطور في مجال ضبط مصطلح المستهلك الذي أتى به المشرع في المادة 9/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش، التي أشارت إلى أن المستهلك هو كل شخص يقتني بئمن أو مجانا، دون أي تحديد لطبيعته<sup>(1)</sup>.

من جهة أخرى، نجد أن المستهلك الذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، يمكن أن يقتني سلعة كمشراء المواد الغذائية أو اللباس، أو يقتني خدمة كأن يتعاقد مع شركة التأمين للحصول على الخدمات التأمينية التي تعرضها للبيع. بشرط أن تكون للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به.

تدارك بذلك المشرع الجزائري التناقضات والنقائص التي تضمنتها التعريفات التي أوردها للمستهلك في المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش، والقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

بالنسبة للتناقضات، نذكر تعريف المستهلك في المادة 9/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش؛ إذ أشار المشرع إلى إمكانية أن يكون اقتناء السلع أو الخدمات للاستعمال الوسيط. فعبارة «الاستعمال الوسيط» يقصد بها المهني الذي يُنتج أو يُعيد تصنيع المواد الأولية، ما يُوحي إلى أن المشرع الجزائري يشمل المحترف بأحكام حماية المستهلك، وهو الموقف الذي يتعارض مع أهداف تقرير الحماية للمستهلك<sup>(2)</sup>.

في حين يذكر صراحةً في نهاية الفقرة أن الغرض من الاستهلاك هو لتلبية حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به، ما يفيد الغرض غير المهني لاقتناء السلع والخدمات.

<sup>1</sup>- وهذا بحسب التعريف الذي تضمنته المادة 9/3 من المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- عبد الله ليندة، مرجع سابق، ص 28.

تدارك المشرع هذا التناقض بموجب القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عندما أكد في المادة 2/3 منه على أن الغرض من اقتناء السلع أو الخدمات يكون مجردا من كل طابع مهني<sup>(1)</sup>، وموجه فقط للاستعمال النهائي بصريح نص المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للنقائص، نذكر تعريف المستهلك في المادة 9/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش التي عرّفت المستهلك على أنه كل شخص يقتني بئمن أو مجانا، دون أن توضح بصراحة صفته القانونية. إلا أن المشرع تدارك هذا النقص بصريح نص المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تقضي بأن المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي<sup>(3)</sup>.

عملا على تحديد أكثر لمفهوم المستهلك وإيضاحه، أورد المشرع الجزائري تعريفا قانونيا له، لأنه العنصر الرئيسي في تحديد نطاق تطبيق قواعد الحماية من حيث الأشخاص في قانون حماية المستهلك. وهو ما يُجنب القضاء الوقوع في تناقضات بشأن نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، ليغلق بهذا، المجال أمام اختلاف الفقه الذي عرف جدلا كبيرا بين التيار المؤيد للمفهوم الموسع للمستهلك والتيار المؤيد للمفهوم الضيق له في ظل غياب تعريف قانوني للمستهلك خاصة في التشريع الفرنسي.

**ثانيا: التعريف الفقهي للمستهلك:** لا مجال للشك بأن أحكام الشروط التعسفية تقررت لحماية المستهلك أو غير المهني. إلا أن غياب تعريف قانوني لهذه الفئة من الأشخاص التي تقررت الحماية لمصلحتها، جعلت الفقه ينقسم في تعريفه للمستهلك بين مؤيد لضرورة تبني مفهوم موسع له (1) وبين مؤيد لضرورة تبني مفهوم ضيق للمستهلك (2)، ولكل منهما مبرراته<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر المادة 2/3 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- أنظر المادة 1/3 من قانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- عمريو جويده، مرجع سابق، ص 16.

<sup>4</sup> - LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, 6<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 2006. p 331.

**1- تبني المفهوم الواسع المستهلك:** يهدف مؤيدو تبني مفهوم موسع للمستهلك ليمتد إلى فئة الغير المهنيين من أجل استفادتهم من أحكام الحماية ضد الشروط التعسفية. أما مفهوم الشخص غير المهني، فهو ذلك المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه المهني، بمعنى أن كل مهني يتعاقد من أجل اقتناء سلع أو خدمات موجهة لسد حاجاته الشخصية وليس لأغراض مهنته، يتواجد في نفس مركز المتعاقد الضعيف والعدم الكفاءة كأبي مستهلك عادي<sup>(1)</sup>.

مثل هذا التصور الموسع لمفهوم المستهلك يجد مبرره في غياب تعريف قانوني لمصطلح غير المهني الذي أتى به المشرع الفرنسي في المادة L131-1 من قانون الاستهلاك، هذا من جهة. من جهة أخرى، فإن المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه يفتقد للخبرة والكفاءة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعقد التأمين الذي يُبرم غالباً دون مناقشة بين المؤمن له والمؤمن الذي ينفرد بإعداد وتحرير عقد التأمين مسبقاً<sup>(2)</sup>.

بذلك، فإن مفهوم غير المهني يتسع ليشمل كل من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، بشرط أن تتصرف خارج نطاق تخصصها، فغياب معيار التخصص يجعل هذه الفئة في نفس مركز الضعف وعدم الخبرة كأبي مستهلك آخر<sup>(3)</sup>.

نستج من موقف الفقه المؤيد للمفهوم الموسع للمستهلك، بأن المؤمن له المهني يكون في مركز تعاقدى أدنى في مواجهة المؤمن. فالمؤمن له المهني ينطبق عليه وصف الشخص الذي يجهل الجوانب التقنية والقانونية لعقد التأمين حتى ولو أنه تعاقد في إطار نشاطه المهني، إلا أن عقد التأمين لا يدخل في إطار تخصصه<sup>(4)</sup>.

تعرض هذا الاتجاه الفقهي للنقد على أساس أن تطبيق معيار التخصص المهني سيؤدي إلى خروج نطاق قانون حماية المستهلك عن الإطار الذي وُضع من أجله، وهو

<sup>1</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clauses abusives au sens de l'article L.132-1 du Code de la Consommation, thèse de doctorat en droit privé, université Panthéon - Assas Paris 2, 2013. p 35.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 38.

<sup>3</sup> - NOBLOT Cyril, Droit de la consommation, L.G.D.J, Paris, 2012, p 53.

<sup>4</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 39.



حماية المستهلك دون غيره من الأشخاص. لأن قانون حماية المستهلك يركز على فكرة أساسية وهي أن المستهلك يُفترض أنه طرف ضعيف في علاقاته القانونية من المهني<sup>(1)</sup>. فكلما زاد التوسع أكثر في مفهوم المستهلك أو غير المهني، كلما توسع خطر حرمان الأشخاص الذين حقا يحتاجون إلى الاستفادة من أحكام قانون حماية المستهلك والحماية من الشروط التعسفية<sup>(2)</sup>. نتيجة لهذا، ظهر تيار فقهي يدعو لضرورة التضييق في مفهوم المستهلك أو غير المهني.

**2- تبني المفهوم الضيق للمستهلك:** تبني هذا التيار مفهوما مضيقا للمستهلك<sup>(3)</sup>، إذ لا يستفيد من أحكام قانون حماية المستهلك إلا المستهلك بمفهومه الضيق الذي ينحصر في الشخص الذي يقتني سلعا أو خدمات لتلبية حاجاته الشخصية أو العائلية فقط، فلا يعتبر مستهلكا الشخص الذي يتعاقد في إطار كل ما يتعلق بمهنته حتى ولو لم يكن لهذا التعاقد أي هدف بهذه المهنة أو حتى ولو كان للتصرف هدف مزدوج، أي يقتني سلعة أو خدمة لها في نفس الوقت غرض شخصي وآخر مهني<sup>(4)</sup>.

وصل التشدد في التضييق من مفهوم المستهلك إلى حد نفي صفة المستهلك عن المهني الذي يتعاقد لأغراض مهنته ولو بشكل جزئي أو حتى ولو كان خارج اختصاصه المهني، ومرجع ذلك أن المهني حتى خارج نطاق اختصاصه يملك من المؤهلات ما يُمكنه من مواجهة مهني آخر يتعاقد معه، فهو أقل جهلا ودراية من المستهلك الذي يكون عديم الإلمام وعديم الكفاءة لمواجهة أي مهني يتعاقد معه<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 41.

<sup>2</sup> - FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Quelle protection des consommateurs pour demain ? La commission européenne hésite et consulte », Recueil Dalloz, N° 14/7287<sup>e</sup>, 5 avril 2007. p 959.

<sup>3</sup> - Voir : GHESTIN Jacques,...le contrat, formation, op cit, p 46. Voir aussi : CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,... consommation, 6<sup>ème</sup> édition, op cit, p 13.

<sup>4</sup> - PICOD Yves, DAVO Hélène, Droit de la consommation, DALLOZ, Paris 2005, p 20.

<sup>5</sup> - راجع كل من: صالح أحمد علي، « مفهوم المستهلك والمهني في التشريع الجزائري »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، مارس 2011، ص 185. و عبد الله ليندة، مرجع سابق، ص 21.

انقسمت المفاهيم التي جاء بها الفقه للمستهلك إلى قسمين؛ فالاتجاه الأول تبنى مفهوم موسع للمستهلك ليشمل المهنيين الذين يتصرفون خارج نطاق اختصاصهم لأنهم يأخذون نفس حكم أي مستهلك عادي عديم الخبرة والقدرة، فتتوافر بذلك في جانبهم مبررات الاستفادة من أحكام الحماية ضد الشروط التعسفية.

أما الاتجاه الثاني فقد تبنى مفهوم مضيق للمستهلك على أساس أن المهني حتى ولو تصرف خارج نطاق اختصاصه إلا أنه يملك مؤهلات تمكنه من مواجهة أي مهني آخر، لأن التوسع في منح الحماية لغير المستهلك سيؤدي إلى عدم وضوح حدود قانون حماية المستهلك، ومن شأن هذا التوسع أن ينقص من فعالية ودقة أهداف هذا القانون.

ثار كل هذا الجدل الفقهي بخصوص تعريف المستهلك على أثر تجنب المشرع الفرنسي تقديم تعريف قانوني لمصطلح المستهلك أو غير المهني. وللاشارة فإن إدخال هاذين المصطلحين يعود إلى قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك، إلا أنهما مصطلحين تم تضمينهما في هذا القانون بعد تسوية الخلاف الذي ثار بين غرفتي البرلمان الفرنسي حولهما.

ففي مشروع القانون الأصلي الذي عرضته الحكومة الفرنسية على البرلمان، قد اقترح بأن مجال تطبيق الحماية من الشروط التعسفية ينحصر في العقود التي تُبرم بين المستهلك والمهني فقط، وتم تثبيت ذلك بعد مناقشة مشروع القانون أمام مجلس الأمة الفرنسي. إلا أنه بعد مناقشة مشروع القانون في المجلس الوطني، تم إدخال مصطلح غير المهني لتعويض مصطلح المستهلك. وأثناء القراءة الثانية لمشروع القانون في مجلس الأمة، رُفض مصطلح غير المهني بحجة أن مفهومه واسع على نحو سيؤثر على القانون المدني في شقه المتعلق بالعقود، لذلك يجب أن يكون قانون الاستهلاك قانونا خاصا<sup>(1)</sup>.

بدوره المجلس الوطني رفض مصطلح المستهلك وتمسك بمصطلح غير المهني، الأمر الذي تطلب تشكيل لجنة متساوية الأعضاء التي أنهت في الأخير هذه الإشكالية بتبنيها للمصطلحين معا؛ إذ تضمنت المادة 35-1 من قانون 10 جانفي 1978 كل من المصطلح

<sup>1</sup> - COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, Contrats civils..., op cit, p 17.

المستهلك والمهني، وحررت كما يلي: « في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين...»<sup>(1)</sup>. وهذا الاختلاف من شأنه أن يؤثر كذلك على موقف القضاء من تعريف المستهلك أو غير المهني.

## الفرع الثاني

### موقف القضاء من تعريف المستهلك

سنركز في هذا الفرع على القضاء الفرنسي الذي كان له موقف من مسألة تحديد مفهوم المستهلك. وعموما فإن القضاء الفرنسي انتهج نفس موقف الفقه من مسألة تحديد صفة الشخص المستهلك، فتراوح موقفه بين الاتجاه الموسع والاتجاه المضيق لتعريف المستهلك. وكل هذه الاختلافات ترجع إلى غياب تعريف قانوني لمصطلحي المستهلك أو غير المهني اللذان أتى بهما المشرع الفرنسي في المادة L.131-1 من قانون الاستهلاك، الأمر الذي فتح المجال للاجتهادات القضائية غير المستقرة في تحديد مفهوم المستهلك أو غير المهني اللذان يشكلان المعيار الذي من أجله أوجد قانون حماية المستهلك.

تبنّت محكمة النقض الفرنسية في بداية الأمر المفهوم الموسع للمستهلك وذلك بالاستناد إلى معيار الاختصاص المهني، بموجبه يستفيد المهنيون الذين يتصرفون خارج نطاق اختصاصهم من الحماية المقررة ضد الشروط التعسفية لأنهم يتواجدون في نفس مركز الضعف في مواجهة المهنيين الذي يتعاقدون معهم. ففي هذه الوضعية يُعتبرون مستهلكين تحت تسمية أخرى وهي غير المهنيين<sup>(2)</sup>.

كرّست محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 28 أبريل 1987، عندما قررت بأن الوكيل العقاري الذي أبرم عقدا لوضع جهاز التحذير في محلاته التي يُمارس فيها نشاطه المهني، يُمكن أن يستفيد من الحماية ضد الشروط التعسفية. حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار أن الوكيل العقاري يُمارس نشاطا أجنبيا عن

<sup>1</sup> - Article 35-1 de la Loi du 10 janvier 1978 : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs...* ».

<sup>2</sup> - LARROUMET Christian. op cit, p 412.

التقنيات الخاصة بأنظمة التحذير، والذي إلى حد ما مع مضمون العقد، يُعتبر في حالة جهل كأي مستهلك آخر<sup>(1)</sup>.

سعت بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية مجال تطبيق القواعد الحمائية التي تضمنها قانون الاستهلاك بالاعتماد على معيار الاختصاص المهني، وأيدت فكرة اعتبار المهني الذي يتصرف في غير اختصاصه مستهلكا، وذلك عندما أقرت هذه الحماية للمهنيين غير التجار، كالمزارع الذي تعاقد لشراء نظام لإطفاء الحريق في موقع نشاطه الزراعي<sup>(2)</sup>، والمزارع الذي تعاقد مع خبير لإجراء خبرة لتقدير الخسائر التي تسببت فيها الكارثة التي أتلفت محصوله الزراعي<sup>(3)</sup>.

صدرت اجتهادات قضائية مماثلة فيما يخص المهنيين التجار، كالمستغل لمحل تجاري معد لبيع الألبسة. وبعد أن تعرض متجره للسرقة اقترب إليه أحد العاملين في مجال الاتصال بالزيائن في المنازل أو أماكن العمل، وتعاقد معه من أجل اقتناء وتركيب نظام الإنذار بمتجره الذي تعرض للسرقة من قبل. إذ قبل مستغل المتجر هذا العرض، وعند التعاقد قام بتسديد عربون كتسبيق على القيمة الكلية للعقد.

<sup>1</sup> - « *Mais attendu, sur le premier point, que les juges d'appel ont estimé que le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarmes et qui, relativement au contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ; qu'ils en ont déduit à bon droit que la loi du 10 janvier 1978 était applicable* ». Cass. 1<sup>er</sup> civ. 28 avril 1987. Bull Civ. N° 134. Note, VILLEGAS Laurent, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 1998, p 26.

<sup>2</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> civ. 6 Janvier 1993, Bull. Civ, I, n°4. La Cour de cassation rappelle que « *le contrat échappait à la compétence professionnelle de M. Thomas, qui se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* ». Elle reprend une formule identique dans un autre arrêt rendu le même jour. Voir Cass. 1<sup>er</sup> civ. 6 janvier 1993, Contrat, Concurrence, consommation 1993, n° 64. Notes, SAUPHANOR Nathalie, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J. Paris 2000, p 96.

<sup>3</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> civ. 15 avril 1982, Bull. Civ, I, n° 133. La cour de cassation considère que « *le contrat litigieux qui concernait l'expertise d'un sinistre échappait à la compétence professionnelle de l'agriculteur* ». Note. SAUPHANOR Nathalie, op.cit. p 95.

تراجع بعد ذلك عن شراء وتركيب نظام الإنذار بحجة أن وضعيته المالية لا تسمح له بإتمام العقد، وأبلغ الشركة في الميعاد المحدد الذي يحق فيه له أن يتراجع عن التعاقد. إلا أن الشركة رفضت طلب زيونها بالتراجع عن إتمام العقد بحجة أن مستغل المحل التجاري تصرف باعتباره مهني ولأغراض مهنته، ويفقد بذلك حقه في التمسك بحق الرجوع عن التعاقد المنصوص عليه في المادة 3 من قانون 22 ديسمبر 1972. إلا أن محكمة النقض رفضت ادعاء الشركة على أساس أن موضوع العقد الرئيسي المتنازع فيه، يتعلق بتركيب نظام للإنذار، يخرج عن نطاق الاختصاص المهني للتاجر الذي يكون في نفس حالة جهل كأي مستهلك آخر<sup>(1)</sup>.

لم يصدر عن محكمة النقض الفرنسية أي قرار يتعلق بتطبيق معيار الاختصاص المهني في مجال عقود التأمين. لكن إذا ما انتهجنا نفس الموقف على عقود التأمين، فإن تطبيق معيار الاختصاص المهني يُوصلنا إلى نتيجة مفادها أن كل المؤمن لهم سيستفيدون من الحماية ضد الشروط التعسفية وفقا لأحكام المادة L.131-1 من قانون الاستهلاك. بالتالي لا يُستثنى من ذلك إلا الشركات المتخصصة في مجال التأمين أو تسيير الأخطار، فدرايتهم بمجال تقنيات التأمين تمنعهم من الاستفادة من الحماية ضد الشروط التعسفية لأن مبررات الحماية لا تتوافر في جانبهم<sup>(2)</sup>.

تراجعت بعد ذلك محكمة النقض عن معيار الاختصاص المهني لتتبنى معيارا آخر وهو معيار عدم وجود علاقة مباشرة بين تصرف المهني والنشاط الذي يُمارسه. بهذا فإن سبب استفادة غير المهني من الحماية ليس جهله بموضوع التصرف، بل هو غياب أو عدم وجود علاقة مباشرة بين العقد ونشاطه المهني<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> civ. 25 mai 1992, Bull, civ. I, n° 162, La cour de cassation a estimé que : « *le contrat principale litigieux concernait l'installation d'un système d'alarme échappant à la compétence professionnelle de Mme Petit qui se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* », note SAUPHANOR Nathalie, op cit, p 96.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op.cit. p 37.

<sup>3</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit., p 49.

صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية في 24 جانفي 1995 تخلت بموجبه عن معيار الاختصاص القضائي وتبنت معيار العلاقة المباشرة بين التصرف والنشاط المهني حتى يستفيد غير المهني من الحماية ضد الشروط التعسفية.

يتعلق الأمر بشركة الطباعة التي تصرفت خارج نطاق اختصاصها بإبرام عقد للتزود بالكهرباء، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية استئناف هذه الشركة للقرار الصادر عن مجلس الاستئناف الذي رفض طلب شركة الطباعة الاستفادة من الحماية ضد الشروط التعسفية استنادا إلى معيار التصرف خارج مجال اختصاصها. إلا أن محكمة النقض في رفضها للاستئناف عدّلت التسبيب الذي جاء به مجلس الاستئناف، حيث عللت قرارها بغياب العلاقة المباشرة بين نشاطها وموضوع تصرفها<sup>(1)</sup>.

طبقت محكمة النقض الفرنسية معيار العلاقة المباشرة في مجال عقود التأمين لاستبعاد المؤمن له المهني من الاستفادة من الأحكام المتعلقة بالحماية من الشروط التعسفية المقررة في المادة 1-132 L. من قانون الاستهلاك. ففي قرار صادر عنها بتاريخ 23 فيفري 1999، أكدت أن المادة 1-132 L. من قانون الاستهلاك لا تُطبق على عقود توريد الأموال أو الخدمات التي لها علاقة مباشرة بالنشاط المهني الذي يُمارسه المتعاقد، لذلك ليس على محكمة النقض البحث إذا ما كان الشرط تعسفيا، بما أن عقد التأمين أبرم بين المؤمن ومستأجر السفن لأغراض مهنته التي تتعلق باستئجار السفن<sup>(2)</sup>. لكن محكمة النقض الفرنسية لم تبين الأساس الذي يقوم عليه معيار العلاقة المباشرة بين التصرف والنشاط

<sup>1</sup> - « Mais attendu que les dispositions de l'article 35 de la loi N° 78-23 du 10 janvier 1978, devenu les articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant ; que, par ces motifs substitués, la décision se trouve légalement justifiée ». Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 24 janvier 1995, Bull. civ. I. n° 54. Note, PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 44.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 février 1999. N° 96-21744: Bull. Civ. I, N° 59, note BRUCHI Marc, «La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans le contrat d'assurance », Revue générale du Droit des assurances, n° 06, www.Lextenso.fr/lextenso\_tools/print.

المهني، وإنما يخضع في ذلك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض للتسبيب<sup>(1)</sup>.

بهدف تجسيد المفهوم المضيق للمستهلك أو غير المهني، قضت محكمة النقض الفرنسية في غالب القضايا بتوافر معيار العلاقة المباشرة بين المتعاقد ونشاطه المهني، إذ اعتبرت بأن العلاقة المباشرة قائمة ليس فقط في التصرفات التي تدخل في إطار تخصص المهنة، بل أيضا كل التصرفات التي بطبيعتها تساهم في سير العملية الاقتصادية للإنتاج أو التوزيع أو تسويق المنتجات أو الخدمات موضوع النشاط المهني<sup>(2)</sup>.

أصبح معيار العلاقة المباشرة بين تصرف المتعاقد ونشاطه المهني، المعيار الذي تبنّاه ويُطبقه القضاء الفرنسي منذ سنة 1995 إلى حد الآن، ولتقدير مدى توافره من عدمه، يجب على قضاة الموضوع البحث في عنصر الغرض من الاستهلاك، فإذا أثبتوا وجود ارتباط مباشر بين موضوع العقد والنشاط المهني للمتعاقد، فإن هذا الأخير يأخذ حكم المهني ولا يستفيد من أحكام الحماية من الشروط التعسفية.

أما في حالة إثبات عدم قيام ارتباط مباشر بين موضوع العقد والنشاط المهني للمتعاقد، فإنه يدخل في نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص. وهو موقف أقرب من المفهوم الضيق للمستهلك<sup>(3)</sup>. إلا أنه معيار تعرض للكثير من الانتقادات، منها ما هي عامة ومنها ما هي خاصة بعقود التأمين.

يُمكن تلخيص الانتقادات العامة الموجهة لمعيار العلاقة المباشرة بين المتعاقد ونشاطه المهني في نقطتين أساسيتين هما:

تتعلق النقطة الأولى بعبارة «العلاقة المباشرة»، فهي عبارة غير دقيقة وينقصها الوضوح، وتطرح عدة تساؤلات؛ فلم تُبين محكمة النقض الأساس الذي يقوم عليه معيار العلاقة المباشرة، ولم تحدد ما هي العناصر التي تُؤخذ بعين الاعتبار للحكم بأن العقد محل

<sup>1</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 51.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 41.

<sup>3</sup> - CALAIS- AULOY Jean et STEINMTEZ Frank,... consommation, 6<sup>eme</sup> édition, op cit, p 12.



النزاع يُشكل علاقة مباشرة مع النشاط المهني للمتعاقد، ولم تُقدم محكمة النقض كذلك حدوداً لمعيار العلاقة المباشرة من حيث أين يبدأ أو أين ينتهي<sup>(1)</sup>.

أما النقطة الثانية فتتعلق بانعدام الأمن القانوني الذي ينتج عن تطبيق معيار العلاقة المباشرة. فمحكمة النقض تُحيل إلى قضاة الموضوع سلطة تقدير مدى توافر العلاقة المباشرة بين موضوع العقد محل النزاع والنشاط المهني للمتعاقد، فتمتّع بذلك عن تقديم تعريف للمستهلك أو غير المهني الذي يخضع للحماية، حتى تستطيع مُمارسة رقابتها على موضوع أساسي يقوم عليه قانون حماية المستهلك<sup>(2)</sup>.

سيؤدي هذا الموفق إلى انعدام الأمن القانوني بحرمان فئة ضعيفة من الاستفادة من أحكام قانون حماية المستهلك، أو تُؤدي إلى اجتهادات قضائية متناقضة في هذا المجال بشكل لا يُمكن لأطراف العقد بصفة مسبقة، معرفة إمكانية استفادتهم من الحماية ضد الشروط التعسفية من عدمه<sup>(3)</sup>.

أما فيما يتعلق بالانتقادات الخاصة بعقود التأمين، فهي ترتبط بتحديد المؤمن له المستهلك أو غير المهني الذي يُمكنه أن يُطالب بالاستفادة من الأحكام الحمائية ضد الشروط التعسفية بموجب المادة 1-132.L من قانون الاستهلاك، إذ يُمكن إثارة ملاحظتين أساسيتين بخصوص عقود التأمين هما:

مفاد الملاحظة الأولى، أنه ليس من العدل ولا المنطق عدم قبول تطبيق أحكام الحماية من الشروط التعسفية على عقود التأمين التي يبرمها المهني عديم الخبرة بمجال التأمين، والذي من البديهي أن يكون عديم الإلمام بالطابع القانوني والتقني المعقد للتأمين<sup>(4)</sup>، فهو في نفس موقف الطرف الضعيف من الناحية التقنية كأبي مستهلك آخر حتى في حالة إبرام عقد التأمين على الأخطار المهنية. نذكر على سبيل المثال الطبيب الذي في نفس الوقت يُبرم

<sup>1</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 43.

<sup>2</sup> - دالي بشير، مرجع سابق، ص 159.

<sup>3</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 40.

<sup>4</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 67.



عقد تأمين على الأخطار المهنية وعقد تأمين متعدد الأخطار السكنية، فقط هذا الأخير يخضع لقانون الشروط التعسفية، في حين أن الطبيب وفيما يتعلق بالعقدين، يُعتبر طرفاً ضعيفاً يحتاج إلى الحماية القانونية التي يحتاجها أي مستهلك آخر. فالدقة والتعقيد القانوني والفني والتقني للتأمين تفرض على الطبيب قبول التوقيع على عقد تأمين يُحتمل أن يتضمن شروطاً تعسفية تُؤثر بشكل ظاهر على التوازن العقدي<sup>(1)</sup>.

أما مودى الملاحظة الثانية، هو أن تطبيق معيار العلاقة أو الارتباط المباشر بين تخصص المهني وموضوع العلاقة التعاقدية يُثير صعوبة عندما نكون بصدد عقد التأمين الجماعي الذي يكتتبه المستخدم سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويكون له ارتباط مباشر بنشاطه المهني. فإذا كان هذا المستخدم باعتباره مهنيًا ويتعاقد لأغراض نشاط مهنته لا يستفيد من الحماية ضد الشروط التعسفية، فإن التساؤل يُطرح فيما يتعلق بإمكانية استفادة العمال الذين ينظمون لعقد التأمين الجماعي من أحكام الحماية من الشروط التعسفية<sup>(2)</sup>.

حاول القضاء الفرنسي تقديم تعريف موحد وشامل للمستهلك أو غير المهني الذي يستفيد من أحكام الحماية ضد الشروط التعسفية، وهذا على أثر تجاهل المشرع الفرنسي تقديم تعريف لهاذين المصطلحين.

من استقراء موقف القضاء الفرنسي من تعريف المستهلك أو غير المهني، يُلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت في البداية مفهوماً موسعاً للمستهلك، إذ يمتد ليشمل حتى المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه، وعلت موقفها هذا باعتبار أن تصرف المهني خارج اختصاصه يجعل موضوع هذا التصرف أجنياً على نشاطه المهني، ويكون بذلك في نفس موقف الجاهل وعديم الكفاءة كأبي مستهلك عادي<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit p 45.

<sup>2</sup> - Ibid, p 53.

<sup>3</sup> - خلف أحمد محمد محمود، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، دراسة مقارنة، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2008 ص 59.

استمر هذا الموقف إلى غاية 1995، عندما استعملت محكمة النقض الفرنسية صيغة جديدة للتفريق بين المستهلك أو غير المهني والمهني، إذ أكدت على أنه: « ليس مستهلكا ولا يستفيد بذلك من القواعد الحمائية، الذي يبرم عقدا تظهر فيه علاقة مباشرة مع نشاطه المهني»<sup>(1)</sup>. ففي حالة عدم توافر هذا المعيار وفقا للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فالمتعاقد يخرج من نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك ولا يستفيد من القواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية<sup>(2)</sup>.

يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد اقتبست هذا المعيار من مجال آخر لقانون حماية المستهلك، لأنها أعادت توظيف صيغة قانونية مستعملة في المادة L. 121-22-4° من قانون الاستهلاك في شقه المتعلق بالسعي التجاري<sup>(3)</sup>، والتي تحدد نطاق الحماية في موضوع السعي التجاري.

إذا كان الاجتهاد القضائي قد استقر على تبني معيار عدم الارتباط المباشر بين موضوع العقد بالنشاط المهني للمتعاقد حتى يستفيد من الحماية ضد الشروط التعسفية، ذلك لأنه يكون في حالة ضعف كأبي مستهلك آخر بغض النظر عن طبيعته القانونية، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنوياً.

من الثابت أنه في حالة عدم وضوح النصوص القانونية في تحديد نطاق تطبيقها، فإن هذه المهمة تعود للقضاء الذي أكد على أنه؛ مهما كانت الطبيعة القانونية للشخص المستفيد

<sup>1</sup> - « *N'est pas un consommateur et ne bénéficie donc pas des règles protectrices celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec son activité professionnelle* ». CALAIS - AULOY Jean, STEINMETZ Frank, ... consommation, 6<sup>ème</sup> édition, op cit, p 11.

<sup>2</sup> - OUDOT Pascal, « Le droit de la concurrence et la protection des consommateurs », R.R.J, Presse Universitaire D'Aix Marseille, 2010 – 3. p 1322.

<sup>3</sup> - Article L. 121-22-4° du Code du Consommation dispose:« *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-28: Les ventes, locations ou locations ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession* ».

من الحماية، فيجب استعمال معيار العلاقة المباشرة لتحديد هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمكن أن يستفيد من الأحكام الحمائية في قانون الاستهلاك<sup>(1)</sup>.

سار الاجتهاد القضائي على اعتماد معيار العلاقة المباشرة في قانون الاستهلاك، خصوصا ما تعلق بالحماية من الشروط التعسفية. ولتوضيح هذا الموقف، يُمكن ذكر حالة شركة أبرمت عقد الاعتماد الإجاري يتعلق بسيارة، وفيه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن موضوع العقد وكذا عقد التأمين المتعلق بالسيارة أبرما لتلبية أغراض نشاط الشركة، بالتالي فإن أحكام المادة L. 35 من قانون 10 جانفي 1978 والتي أصبحت المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك، لا تُطبق على عقود توريد الأموال والخدمات عندما تكون لها علاقة مباشرة بالنشاط المهني للمتعاقد<sup>(2)</sup>.

على خلاف هذا القرار، اعترفت محكمة النقض الفرنسية بصفة غير المهني لفائدة شخص معنوي. إذ أقرت بإمكانية استقادة شخص معنوي من أحكام L. 136-1 من قانون الاستهلاك التي تهدف إلى تسهيل عملية فسخ عقد توريد الخدمات المجدد تلقائيا.

يتعلق الأمر بمتصرف جمعية الشركاء في الملكية الذي أبرم عقدا باسم الجمعية مع شركة للعناية بالمباني محل الملكية المشتركة، يبدأ سريانه بتاريخ 2 أوت 2004 لمدة سنة، ويتجدد تلقائيا بقوة القانون عند نهاية هذه المدة. وبتاريخ 30 جوان 2008، قام المتصرف بإبلاغ الشركة بفسخ العقد بداية من أول أوت 2008، إلا أن الشركة عارضت هذا الفسخ وطالبت المتصرف بدفع فواتير الأشهر التي تلي التاريخ المحدد للتجديد التلقائي للعقد، وصدر حكم لصالحها على أساس أن جمعية الشركاء في الملكية شخص معنوي ولا يستفيد من الحماية المقررة في قانون الاستهلاك.

<sup>1</sup> - GRAF Olivier, La personne morale : un non-professionnel ? Thèse pour le doctorat en droit privé, université Aix-Marseille, janvier 2015, p 21.

<sup>2</sup> - Cass. com. 13 mars 2001, « *les dispositions de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, devenu l'article L.132-1 du Code de la consommation ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant* ». note GRAF Olivier, op cit, p 22.

نقضت محكمة النقض هذا الحكم تأسيسا على أن الأشخاص المعنوية غير مستبعدة من فئة غير المهنيين ويُمكن أن تستفيد من الأحكام المتعلقة بالتجديد التلقائي للعقود المتعلقة بتوريد الخدمات. وأن الشركة لم تقم بإعلام المتصرف حول المدة القانونية التي له الحق فيها بأن يُطالب بعدم تجديد العقد، وهي ثلاثة أشهر على الأقل أو شهر كأقصى حد قبل حلول تاريخ التجديد التلقائي للعقد. ترتيبا لذلك، فيحق لجمعية الشركاء في الملكية أن تفسخ العقد دون أي تعويض عند تاريخ التجديد التلقائي للعقد<sup>(1)</sup>.

تُوحى قرارات محكمة النقض الفرنسية المذكورة إلى استبعاد الأشخاص المعنوية من نطاق تطبيق القواعد الحمائية التي تضمنها قانون الاستهلاك، وذلك كلما كان الشخص المعنوي شركة تجارية يتصرف لأغراض نشاطه التجاري. في حين يستفيد الشخص المعنوي من هذه الحماية إذا لم يكن نشاطه تجاري أو لا يهدف إلى تحقيق الربح<sup>(2)</sup>.

تتفق التشريعات الحديثة ذات الصلة بحماية المستهلك حول ضرورة التصدي لحتمية حماية المستهلك كطرف ضعيف في علاقاته التعاقدية مع المحترف، من خلال تجسيد أهداف الأمن القانوني والعدالة العقدية وفقا لغايات العدل والمنفعة التي يجب أن تُشكل أساسا للقوة الملزمة للعقد<sup>(3)</sup>، كأداة لإعادة وضمّان التوازن العقدي المفقود بين المستهلك والمهني<sup>(4)</sup>. إلا أن هذه التشريعات منها من أتت بتعريف للمستهلك كالتشريع الجزائري، ومنها من تعمدت تقاضي وضع تعريف قانوني خاصة في فرنسا أين تباينت آراء الفقه والقضاء في تعريف المستهلك وغير المهني اللذان تضمنهما قانون الاستهلاك الفرنسي.

نتيجة لذلك، أثار موضوع تعريف المستهلك جدلا واسعا في فرنسا، وهذا راجع لغياب تعريف قانوني للمستهلك أو غير المهني، وتراوح موقف الفقه والقضاء بين مؤيد للاتجاه

<sup>1</sup> - Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 23 juin 2011, n° 10-30.645, note ABADIE Laurent, LECOURT Arnaud, Droit économique, actualité jurisprudentielle 2011-2012, Concurrence, Distribution, Consommation, Lamy, France, 2012. p 295.

<sup>2</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,...consommation, 4<sup>ème</sup> éd, op cit, p 5.

<sup>3</sup> - GHESTIN Jacques, Traité..., les obligations, le contrat, formation, op cit, pp 206 et 207.

<sup>4</sup> - TOURNAFOND Olivier, « L'influence du motif illicite ou immorale sur la validité du contrat, (à propos de l'arrêt de la 1<sup>er</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998) », Recueil Dalloz, N° 22 / hebdomadaire 10 juin 1999, p 238.

الموسع ومؤيد للاتجاه المضيق له، ولكل منهما حججه التي يستند عليها. إلا أن القضاء في فرنسا قد استقر على تبني معيار العلاقة المباشرة بين تصرف المهني ونشاطه كحل أكثر واقعية لاعتباره مستهلكا أو مهنيا، فهو معيار موضوعي يهتم بالوصف القانوني لغاية التعاقد عند تصرفه وليس معيارا شخصيا يعتد بالصفة القانونية للتعاقد.

أما في الجزائر فإن قيام المشرع بتقديم تعريف للمستهلك أدى إلى تفادي التأويلات الفقهية أو القضائية حول تعريف المستهلك، إذ أخذ المشرع الجزائري بالتعريف المضيق للمستهلك في القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك، والذي على أساسه سنحاول تبيان طبيعة المؤمن له الذي يخضع للحماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين.

## المطلب الثاني

### مستهلك التأمين الخاضع للحماية

ليستفيد المؤمن له من الحماية ضد الشروط التعسفية يجب أن تتوافر فيه صفة المستهلك. ولأن الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات استعمل فقط مصطلحات تدل على صفات المؤمن له، دون توظيف أي عبارات لتعريف المؤمن له والذي على أساسه يُمكن إدخال أو استبعاد أي مستهلك للتأمين من نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية؛ فإن المسألة تتطلب الرجوع إلى القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي أورد فيه المشرع تعريفا للمستهلك، وقياسا إليه ستتضح محاولة تحديد المؤمن له المشمول بالقواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية، فهذا هو النطاق الذي يتعين من خلاله البحث عن مفهوم المؤمن له المستهلك الخاضع للحماية.

تبعا لهذا، وعملا بالقياس على التعريف القانوني للمستهلك في المادة 1/3 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش؛ وبإسقاط هذا التعريف على صفات المؤمن له، يُمكن الوصول إلى تحديد المؤمن له المستهلك الذي تقررت له الحماية من الشروط التعسفية.

من خلال صفات المؤمن له<sup>(1)</sup>، فإن عقد التأمين يُمكن أن يكون ثنائي الأطراف وينحصر بين المؤمن والمكاتب أو المؤمن له، كما يُمكن أن يتجاوز هذا البعد الثنائي عندما يُبرم بين المكاتب أو المؤمن له، لكن آثاره تمتد إلى شخص ليس طرفا في العقد، ويتخذ صفة المستفيد الذي يعينه المكاتب في العقد، أو يتخذ صفة الغير عندما يتعلق<sup>(2)</sup>. فعملية تحديد مستهلك التأمين تتم بالنظر إلى كونه طرفا في العقد (الفرع أول)، ثم باعتباره ليس طرفا وإنما مستفيدا أو من الغير تتصرف إليه آثار العقد (الفرع ثاني).

## الفرع الأول

### مستهلك التأمين طرف في العقد

يتكون نشاط التأمين من مجموعة من العمليات التي تتجسد كل واحدة منها بواسطة عقد التأمين<sup>(3)</sup>، هذا الأخير يُعرف على أنه عقد يتم بين طرفين، يتمثل الطرف الأول في المؤمن والطرف الثاني يُمثل المؤمن له. يلتزم بموجبه المؤمن بتغطية الخطر ودفع التعويض في مقابل أقساط يدفعها المؤمن له مسبقا<sup>(4)</sup>.

باكتساب عقد التأمين للصفة الاستهلاكية فإنه وتحت تأثير قانون حماية المستهلك، فقد أصبح المؤمن محترفا أما المؤمن له فصار مستهلكا وعقد التأمين تحول إلى عقد الاستهلاك. يُمكن أن يكون عقد التأمين إلزاميا أو اختياريا، وفي كلتا الحاليتين لا يُبرم إلا بعد تبادل طرفيه لإرادتيهما المنصرفة لإنشاء الإلتزامات بالتوقيع على وثيقة التأمين، وطرفيه هما المؤمن أو شركة التأمين والمكاتب أو المؤمن له. بهذا فإن مستهلك التأمين الذي يكون طرفا في العقد، إما أن يأخذ صفة المكاتب (أولا) وإما أن يأخذ صفة المؤمن له (ثانيا).

<sup>1</sup> - نُشير مسبقا إلى أنه بالنظر إلى طبيعة الموضوع، يجب أن ننقيد بالمفهوم القانوني الدقيق لمصطلحات المكاتب، والمؤمن له، والمستفيد، لذلك سنتطرق إلى المؤمن له بتفرق صفات المكاتب والمؤمن له والمستفيد على أشخاص مختلفين، وليس باجتماع الصفات الثلاث فيه.

<sup>2</sup> - CHANGNY Muriel, PERDRIX Louis, Droit des assurances, 3<sup>eme</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2014, p 106.

<sup>3</sup> - FAVRE ROCHEX André – COURTIEU Guy, op cit, p 7.

<sup>4</sup> - المادة 619 من أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، والمادة 2 من الأمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

أولاً: مكتب عقد التأمين كمستهلك: المكتب هو الشخص الذي باسمه يُبرم عقد التأمين، ويلتزم بدفع الأقساط، والإدلاء بكل البيانات المتعلقة بالخطر<sup>(1)</sup>. ولأن عقد التأمين من العقود الرضائية<sup>(2)</sup> دون تطلب المشرع شكلية خاصة لإبرامه، فينقصد بمجرد تبادل التراضي بين المؤمن والمكتب بالتوقيع على وثيقة التأمين دون اشتراط إجراء آخر.

بالرجوع إلى تعريف المستهلك في المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، نجد أن المشرع أقر صراحة بأن المستهلك يُمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً. فتوضيح المكتب كطرف في عقد التأمين ستم بالنظر إلى طبيعته القانونية، فلا بد من التمييز بين المكتب كشخص طبيعي (1) وبين المكتب كشخص معنوي (2).

**1- أهلية الشخص الطبيعي في اكتتاب عقد التأمين:** تخضع أهلية التعاقد في مجال التأمين لنفس الأحكام السارية على الأهلية في القواعد العامة، فيشترط أن تكون إرادة المكتب غير مشيئة بعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال. لكن يجب التمييز هنا بين فاقدو الأهلية وناقصوها عند اكتتاب عقود التأمين بحسب ما إذا تعلق الأمر بأعمال الإدارة أو أعمال التصرف.

مبدئياً، عقد التأمين من أعمال الإدارة، فينتج عن ذلك أن ناقص الأهلية وهو الصبي المميز الذي لم يبلغ سن الرشد ومن كان في حكمه وهو كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة<sup>(3)</sup>، فيجوز له اكتتاب عقد للتأمين لكن بشرط الحصول على إذن من وليه أو وصيه<sup>(4)</sup>. أما إذا كان صبياً غير مميز ومن في حكمه وهو المعتوه أو المجنون، فلا يكون

<sup>1</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 43.

<sup>2</sup> - نقصد بالرضائية هنا، عدم إخضاع المشرع عقد التأمين لشكلية معينة حتى يكون صحيحاً، كالكتابة الرسمية مثلاً، أما بالنسبة لكيفية التراضي في عقد التأمين، فإنه يكون غالباً من عقود الإذعان.

<sup>3</sup> - المادة 43 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 49.

أهلا لمباشرة حقوقه المدنية<sup>(1)</sup> بما في ذلك اكتتاب عقد للتأمين، وفي هذه الحالة فإبرام عقد للتأمين يجب أن يتم باسمه ولحسابه من طرف ممثله القانوني<sup>(2)</sup>.

استثناء، عندما يشكل عقد التأمين تبرعا لصالح الغير، فيُكيف على أساس أنه من عقود التصرف. بهذا الشكل، فإن اكتتاب عقد تأمين على الحياة من طرف الممثل القانوني باسم ناقص الأهلية لفائدة الغير المستفيد، يستلزم حصول ممثله القانوني على إذن من القاضي أو من مجلس الأسرى إذا كان صبيا مميزا، أما إذا كان راشدا تحت الوصاية، فعلى الوصي طلب إذن من مجلس الأسرى<sup>(3)</sup>. لا تتوقف أهلية اكتتاب عقود التأمين على الأشخاص الطبيعية، بل تمتد لتشمل الأشخاص المعنوية.

**2- أهلية الشخص المعنوي في اكتتاب عقد التأمين:** على غرار الشخص الطبيعي، فإن للشخص المعنوي أهلية إبرام عقد للتأمين، لكن يجب التمييز بين الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام (أ) والشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص (ب).

**أ- الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام:** يُقال أن الدولة هي مؤمن نفسها، على أساس أنها تُفضل دفع التعويض من ميزانيتها عن الخسائر التي تلحق بها أو التي تُسببها مصالحها بالغير<sup>(4)</sup>. وهذا ما يتأكد بالنظر إلى النصوص القانونية التي تُنظم التأمينات الإجبارية، إذ تُقر إعفاء الدولة من الاكتتاب فيها<sup>(5)</sup>، بمعنى أن إلزامية التأمين لا تسري على الدولة والجماعات المحلية.

<sup>1</sup> - المادة 42 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 42.

<sup>3</sup> - FAVRE-ROCHEX André, **Contrat d'assurance, Règles communes, Le fonctionnement du contrat**, Juris-Classeur, Annexe 02, Volume Assurances terrestre, Editions technique, 1993, p 2.

<sup>4</sup> - BONNARD Jérôme, op cit, p 44.

<sup>5</sup> - نذكر منها على سبيل المثال: المادة 182 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي تنص على أنه: « لا تسري على إلزامية التأمين المنصوص عليها في المادتين 175 و 178 أعلاه على: أ- الدولة والجماعات المحلية،

ب- الأشخاص الطبيعيين عندما يبنون مساكن خاصة للاستعمال العائلي.



بالرجوع إلى هذه النصوص، فلا شك فإنها أعتت الدولة من الاكتتاب حتى في إطار إلزامية التأمين. لكن، ما يُلاحظ على هذا الإعفاء أنه لا يُفيد المنع<sup>(1)</sup>، فلا وجود لنص قانوني يمنع على الدولة والجماعات المحلية الدخول في علاقة تعاقدية مع شركات التأمين. فلو أراد المشرع منع الدولة والجماعات المحلية من إبرام عقود التأمين، كان سيوظف صيغ قانونية ذات طبيعة إلزامية تُفيد صراحة هذا المنع، ففرضية أن يكون الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام طرفا مكتتبا لعقد التأمين واردة، ما يطرح إمكانية اعتباره مستهلكا للتأمين تشمله الحماية من الشروط التعسفية.

عملا وفقا لهذه الفرضية، وفي غياب تعريف للمؤمن له في الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، فإن الإجابة تكون من خلال تعريف المستهلك في المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي أقر صراحة بأن المستهلك يُمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا<sup>(2)</sup>، لكن دون أي تحديد في ما إذا كان الأمر يتعلق بشخص معنوي خاضع للقانون العام أو خاضع للقانون الخاص. فالى هذه المرحلة لا يمكن التوصل إلى إجابة حول اعتبار الشخص المعنوي العام مستهلكا للتأمين يستفيد من الحماية ضد الشروط التعسفية.

لكن إذا سلّمنا مسبقا أن الدولة والجماعات المحلية ليست أشخاص مهنية وإنما هي مصالح إدارية، فهذا لا يمنعها من إبرام عقود التأمين، خاصة الجماعات المحلية، هذه الأخيرة يُمكن لها اكتتاب عقود التأمين، كالتأمين على أملاكها العقارية ضد الحريق، كما

---

تحدد قائمة المباني المعفاة من إلزامية التأمين بنص تنظيمي». تحددت هذه القائمة بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17 جانفي 1996، يُحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، ج ر عدد 05، صادر في 21 جانفي 1996.

نذكر أيضا: المادة الأولى من أمر رقم 03-12، يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية... سالف الذكر، والتي استنتت الدولة من إجبارية التأمين على الكوارث الطبيعية.

<sup>1</sup>- عمرو جويده، مرجع سابق، ص 28.

<sup>2</sup>- المادة 1/3 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على أنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي...».

يمكن أن يتعلق الأمر بعقد التأمين على مسؤوليتها عن الأضرار التي تلحق بالغير والتي يكون سببها سوء صيانة منشآتها العمومية، أو خلل في سير المرافق العامة<sup>(1)</sup>.

بهذا يُمكن القول بأن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام كمكتب للتأمين يدخل في نطاق الحماية من الشروط التعسفية؛ فهو يتدخل مجردا من امتيازات السلطة العامة، لأن عقود التأمين تنشأ وفقا لأحكام القانون الخاص، والمتمثل في قانون التأمينات، والقانون المدني، والقانون التجاري، إلى جانب بعض القوانين التي تنظم بعض مجالات التأمين.

إضافةً إلى هذا، فالهدف من تعاقد الدولة والجماعات المحلية خالي من أي طابع مهني لأنه تصرف ذو طابع مرفقي مصلحي وليس تجاري، على خلاف الشخص المعنوي العام الخاضع للقانون التجاري، فهو مستبعد من نطاق الحماية لأنه يتعاقد لأغراض مصالحه ذات الطابع التجاري.

فاعتبار الشخص المعنوي العام مكتبا مستهلكا للتأمين يقع بين فكرتين متعارضتين؛ الفكرة الأولى أن الدولة والجماعات المحلية تُبرم عقود التأمين لأغراض مرافقها العمومية، تَدخل في نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية بمفهوم قانون حماية المستهلك، لأن تعاقدتها يكون مجردا من امتيازات السلطة العامة ومجردا من أغراض تجارية، فهو تعاقد لخدمة أغراض المرفق العام لكنه يخضع للقانون الخاص، بما في ذلك المنازعات المحتمل أن تُثار بينه وبين المؤمن<sup>(2)</sup>.

أما الفكرة الثانية أن الشخص المعنوي العام الخاضع للقانون الخاص فهو مستبعد من نطاق الحماية من الشروط التعسفية بمفهوم قانون حماية المستهلك، لأنه خاضع للقانون التجاري، فتعاقدته مع المؤمن يكون لأغراض نشاطه التجاري، أي مجال اقتصادي بينه وبين المؤمن، فيخرج تبعا لهذا من نطاق تطبيق القواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية، ولا تشمل أحكام قانون حماية المستهلك ولا تتدخل فيه أجهزة حماية المستهلك التي لا تُدافع سوى

<sup>1</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 44.

<sup>2</sup> - Ibid. p 118.

على مصالح المستهلك<sup>(1)</sup> أو كلجنة البنود التعسفية التي لا يُمكنها البحث في مدى تضمن هذه العقود لبنود تعسفية لأنها لا تدخل في إطار اختصاصاتها<sup>(2)</sup>.

عليه، فإن الشخص المعنوي العام الذي لا يخضع للقانون الخاص يُمكن أن اعتباره مؤمنا له مستهلكا يستفيد من أحكام الحماية من الشروط التعسفية. فما هي وضعية الشخص المعنوي الخاص.

**ب- الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص:** حتى بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص، لم يفصل المشرع في طبيعتها القانونية فيما إذا كانت ذات طابع اقتصادي تجاري أو ذات طابع مدني محض مجرد من أي علاقة مع السعي للربح.

بغض النظر عن طبيعة الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، فإن توضيح هذا الأخير الذي يدخل في نطاق الحماية من الشروط التعسفية لن يتم بإجراء تعداد حصري لكل الأشخاص المعنوية الخاصة الخاضعة لإلزامية اكتتاب تأمينات معينة<sup>(3)</sup>، فذلك لن يوصلنا إلى الهدف من الدراسة، فالشخص المعنوي الخاص يكتب حتى في التأمينات الاختيارية. فمسبقا نستبعد زاوية النظر هذه لاستنتاج الشخص المعنوي الخاص الذي يمكن له أن يتمسك بالقواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية.

تكتتب الأشخاص المعنوية من القانون الخاص عقود التأمين على اختلاف أنواعها، إلا أن فئة منها فقط تشملها الحماية من الشروط التعسفية، وهذه الفئة تتحدد بالنظر إلى الغرض من التعاقد طبقا لتعريف المستهلك في المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، والمادة 2/3 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، تُحددان على التوالي بأن المستهلك هو الذي يقنتي سلعة أو خدمة للاستعمال النهائي لتلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به، على أن تكون خالية من كل طابع مهني.

<sup>1</sup> - SAUPHANOR Nathalie, op cit, p 246.

<sup>2</sup> - المادة 08 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306، يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - على سبيل المثال: إلزامية التأمين الواردة في القسم الأول والقسم الثاني والقسم الثالث من الفصل الأول للكاتب الثاني من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المواد من 163 إلى 183، سالف الذكر . .

بتطبيق هذا المعيار على الشخص المعنوي الخاص سنفرق بين الذي يخضع للحماية من الشروط التعسفية من عدمه؛ فإذا اكتتب الشخص المعنوي الخاص عقد التأمين بصفته شركة تجارية أو اقتصادية فهو يخرج من نطاق الحماية من الشروط التعسفية، أما إذا تعاقد بصفته جمعية مجردة من أي طابع تجاري كالجمعيات المهنية أو الجمعيات الخيرية، فإنها من الأشخاص التي يُمكن لها أن تُثير قواعد الحماية من الشروط التعسفية.

مما سبق، نستنتج أن وضع المشرع الجزائري تعريفا قانونيا للمستهلك أدى إلى استبعاد أي جدل فقهي أو قضائي حول إمكانية استفادة الشخص المعنوي الخاص من نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية عندما يكون شركة تجارية.

على خلاف ذلك، فإن الوضع في فرنسا مختلف في ظل تحفظ المشرع عن تقديم تعريف للمستهلك، فرغم استقرار القضاء على إقصاء الشركات التجارية والأشخاص المعنوية غير التجارية في حالة ما إذا انحصرت تطبيق الأحكام الحمائية على المستهلك دون غير المهني، من الأحكام الحمائية ضد الشروط التعسفية المقررة في قانون الاستهلاك الفرنسي، إلا أنه يبقى حلا منتقدا وتم وصفه بالحل الذي سيؤدي إلى انعدام الأمن القانوني<sup>(1)</sup>، الذي تولدت عنه فكرة ضرورة إعادة النظر في تنظيم قانون الاستهلاك الفرنسي حتى يكون أكثر انسجاما في معالجته لمقتضيات حماية المستهلك أو غير المهني اللذان يُشكلان محور أحكام هذا القانون<sup>(2)</sup>.

**ثانيا: المؤمن له مستهلكا للتأمين:** إذا كان المكتتب هو نفسه المؤمن له، بمعنى أنه هو الطرف المتعاقد مع المؤمن، ويتحمل جميع الالتزامات الناشئة عن العقد، ويُدفع له مبلغ التأمين عند تحقق الخطر منه<sup>(3)</sup>، فيخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها المكتتب وفقا لما تم التطرق إليه للمكتتب بصفته مستهلكا للتأمين.

<sup>1</sup> - BAZIN Éric, « exclusion des sociétés commerciales de toute protection consommériste », La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires, N° 41, 13 octobre 2011, p 33.

<sup>2</sup> - AUBERT DE VINCELLES Carole, SAUPHANOR-EROUILLARD Natacha, « protection des consommateurs, une refonte du Code de la consommation s'impose », La Semaine Juridique, Édition Générale, N° 27, 1<sup>er</sup> juillet 2013, p 1317.

<sup>3</sup> - غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 261.

المؤمن له هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون ماله أو شخصه أو نشاطه محلا في عقد التأمين<sup>(1)</sup>. والمؤمن له يُمثل الطرف الثاني في عقد التأمين حتى في حالة ما إذا تعاقد بموجب وكالة عامة أو وكالة خاصة<sup>(2)</sup>، أو أبرم عقد التأمين بموجب النيابة، وتترتب عنهما نفس الآثار كلما التزم النائب أو الوكيل بحدود النيابة أو الوكالة.

فالنائب أو الوكيل يُبرم عقد التأمين باسم ولحساب الأصيل المتمثل في المؤمن له، بإحلال إرادة النائب محل إرادة المؤمن له، إلا أن آثار العقد تتصرف إلى هذا الأخير متى التزم النائب أو الوكيل بحدود النيابة أو الوكالة وكان المؤمن على علم بذلك<sup>(3)</sup>. فيبقى النائب أجنبيا عن العقد والمؤمن له طرفا تتصرف إليه آثار العقد من حقوق والتزامات<sup>(4)</sup>.

يتضح إذن أن صفة المؤمن له لها خصوصيتها، فهو طرف في العقد يُهدده الخطر المؤمن منه في شخصه أو ماله لكن لا يجب إلحاقه بصفة المكتتب، وهو أيضا من يتحصل على التعويض عند استحقاقه لكن لا يجب أيضا إلحاقه بصفة المستفيد.

كل هذا تقاديا للخلط بين المؤمن له المكتتب والمستفيد الذي مما لا شك فيه أنه لن يتمشى مع ضرورة إبراز مستهلك التأمين الذي يدخل في نطاق الحماية من الشروط التعسفية<sup>(5)</sup>.

فغالبا ما يتم الخلط بين مصطلح المكتتب ومصطلح المؤمن له، ومرجع ذلك أنه من الناحية العملية المؤمن له يكتتب بنفسه عقد التأمين، غير أنه يجب التقيد بالمفهوم القانوني الدقيق لكل هذه المصطلحات طالما أنه يُمكن أن يكون المكتتب والمؤمن له ليس نفس

<sup>1</sup> - FAVRE-ROCHEX André, «... le fonctionnement du contrat », op cit, p 3.

<sup>2</sup> - تتخذ الوكالة صفة الوكالة العامة إذا ما وردت في ألفاظ عامة دون أي تخصيص لتصرف معين، إلا أنه يجب أن تكون الوكالة خاصة عندما يتعلق الأمر بالأعمال الخارجة عن دائرة أعمال الإدارة وتدخل ضمن أعمال التصرف مثل التبرعات. المواد 573 و 574 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - الزين محمد، النظرية العامة للإلتزامات، العقد، الطبعة الثانية، مؤسسات عبد الكريم عبد الله للنشر والتوزيع، تونس، 1997، ص 103.

<sup>4</sup> - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 131.

<sup>5</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 46.

الشخص. ومن هنا فقط يُمكن تحديد المؤمن له المستهلك الذي تشملته أحكام الحماية من الشروط التعسفية.

بناءً عليه، فإن المؤمن له الذي يُمكنه قانوناً التمسك بالأحكام الحمائية ضد الشروط التعسفية هو، كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد من أجل تلبية حاجيات مجردة من كل طابع مهني، ذلك أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يُبرم عقد تأمين لأغراض تدخل في نطاق نشاطه التجاري يُستبعد من نطاق الحماية من الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>.

لا تنحصر صفة مستهلك التأمين في المكتتب أو المؤمن له باعتبارهما طرفاً في عقد التأمين، إذ تمتد لتشمل أشخاصاً ليس بصفاتهم ممن أبرم العقد وإنما بانصراف آثاره إليهم فيما يتعلق باستفادتهم من مبلغ التأمين.

## الفرع الثاني

### مستهلك التأمين بانصراف آثار العقد إليه

طرفاً عقد التأمين هما المكتتب أو المؤمن له من جهة والمؤمن من جهة أخرى، ويتحملون الحقوق والواجبات التي تترتب عن إبرام عقد التأمين.

عملاً بالقواعد العامة، فإنه مبدئياً تنحصر آثار العقد بين المتعاقدين والخلف العام في حدود ما يسمح به القانون<sup>(2)</sup>. فالخلف العام يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها سواء ما تعلق بالحقوق أو الواجبات المكونة للذمة المالية للسلف<sup>(3)</sup>. استثناءً، وإن كان العقد لا يُنشئ التزامات في ذمة الغير، لكن يُمكن أن يُكسبه حقاً<sup>(4)</sup>.

مفاد أن مستهلك التأمين ليس طرفاً في العقد هو أنه لم يُبرم عقد التأمين بنفسه أو بواسطة ممثل له، فالعقد لم يُبرم لا باسمه ولا لحسابه، ولا يتحمل أي من الإلتزامات التي تترتب عن العقد، إلا أنه يُمكن أن يكسبه حقاً. وتتحقق هذه الفرضية في مجال عقود التأمين

<sup>1</sup> - BAZIN Éric, op cit, p 29.

<sup>2</sup> - المادة 108 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - فيلاي علي، مرجع سابق، ص 401.

<sup>4</sup> - « لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً ». المادة 13 من أمر رقم 75-58، سالف الذكر.

بالنسبة للمستفيد والغير، لذلك نبين المقصود بهما (أولاً)، ثم كيفية اكتسابهما هذه الصفة (ثانياً).

أولاً: المقصود بالمستفيد والغير: كلا من المستفيد والغير ليسا طرفا في العقد، لكن يجب التمييز بينهما بإبراز المستفيد (1)، ثم الغير (2).

1- المستفيد كمستهلك للتأمين: تنص المادة 11 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة 86 أدناه، يُمكن اكتتاب التأمين لحساب شخص معين، وإذا لم يسلم هذا الشخص تفويضه بذلك، فإنه يستفيد من التأمين حتى وإن تمت المصادقة بعد وقوع الحادث، كما يُمكن إبرام عقد التأمين لحساب من له الحق فيه.

يستفيد من هذا التأمين، وبهذه الصفة، المكتتب أو كل مستفيد معروف أو متوقع كاشتراط لمصلحة الغير.

وفي نطاق التأمين لحساب من له الحق فيه، يكون المكتتب وحده ملزماً بدفع القسط، كما أن الاستثناءات التي قد يتعرض لها المكتتب تطبق أيضاً على المستفيدين من وثيقة التأمين.»

كما تقضي المادة 76 من الأمر نفسه على أنه: «يُمكن مكتتب عقد التأمين أن يعين مستفيداً أو عدة مستفيدين من رأس المال أو ريع المؤمن.

في حالة عدم تعيين المستفيد في العقد أو في حالة عدم قبول هذا الأخير، تدفع المبالغ المقترحة في العقد لذوي حقوق المؤمن له وتقسم طبقاً للتشريع الساري المفعول.»

عملاً بنص المادتين المذكورتين أعلاه، فإنه يجوز قانوناً اكتتاب عقد تأمين لحساب شخص آخر دون أن يشترط لذلك القبول المسبق لهذا الأخير، ويُسمى بهذه الصفة بالمستفيد حتى ولو أنه وافق على العقد بعد وقوع الخطر المؤمن منه. أما في حالة عدم تعيين المستفيد في العقد أو أن هذا الأخير رفض بعد ذلك الاستفادة من العقد فإن مبالغ التأمين تكون مستحقة لذوي حقوق المؤمن له.

فلتفادي أي لبس حول المستفيد إذا لم عينه المكتب عند إبرام العقد فإن المشرع منح مبالغ التأمين لذوي حقوق المؤمن له وتقسّم طبقاً للتشريع الساري المفعول، ما يُفيد أن المؤمن له وحده من يملك حق تعيين المستفيد<sup>(1)</sup>.

بهذا فإن المستفيد يكون شخصاً معلوماً لدى المكتب والمؤمن زمن إبرام العقد أو زمن تعيينه بعد ذلك في حالة ما لم يتم تعيينه زمن الإبرام، وفي كلتا الحالتين يأخذ المستفيد صفة المؤمن له بانصراف آثار العقد إليه ويكتسب حقاً بموجبه يستحق مبلغ التأمين عن تحقق الخطر المؤمن منه<sup>(2)</sup>، وله أن يتمسك بالقواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية التي يُحتمل أن يكون قد فرضها المؤمن على مكتب العقد عند إبرامه<sup>(3)</sup>.

**2- الغير كمستهلك للتأمين:** على خلاف المستفيد الذي لا يكون أجنبياً عن المكتب، فالغير كمستهلك للتأمين وإن كان ليس طرفاً في العقد شأنه في ذلك شأن المستفيد، إلا أنه طرف أجنبي عن المكتب والمؤمن<sup>(4)</sup>، وهو كل من يدعي استحقاقه مبلغ التأمين لدى المؤمن عندما يلحقه ضرر يتسبب فيه المؤمن له<sup>(5)</sup>.

وادعاء الغير استحقاقه لمبلغ التأمين يجد مجال تطبيقه في تأمينات المسؤولية المدنية للمؤمن له عن الأضرار التي يُلحقها بالغير الذي له بقوة القانون حق رفع دعوى مباشرة على المؤمن لاستيفاء مبلغ التأمين.

لنخلص إلى القول بأن مفهوم مستهلك التأمين يشمل الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، بشرط أن يكون اقتناء خدمة التأمين مجرد من كل طابع مهني. ولا ينحصر هذا المفهوم في المكتب والمؤمن له بصفتها طرفين يُبرمان العقد مع المؤمن، وإنما يمتد مفهوم مستهلك التأمين إلى المستفيد والغير الأجنبي بصفتها من الغير ويكتسبان حقاً على مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه كالاتي:

<sup>1</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 234.

<sup>2</sup> - الحكيم جمال، عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية، الجزء الأول، دار المعارف، مصر 1965، ص 41.

<sup>3</sup> - BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 69.

<sup>4</sup> - CORBISIER Isabelle, Les différents tiers au contrat, in GHESTIN Jaques et FONTAINE Marcel (Sous dir.). Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons Franco-belges, L.G.D.J, France, 1992. p 101.

<sup>5</sup> - FAVRE-ROCHEX André, «... Le fonctionnement » du contrat, op cit, p 6.



فأما الأول بموجب آلية الاشتراط لمصلحة الغير يكتسب صفة المستفيد المؤمن له الذي عينه المكتب بموجب العقد، وأما الثاني الذي يلحقه ضررا يتسبب فيه المؤمن له، فإنه يكتسب صفة الغير المؤمن له بموجب القانون، وكلهم يستفيدون من أحكام الحماية من الشروط التعسفية التي يُمكن أن يُدرجها المؤمن في وثائق التأمين<sup>(1)</sup>.

**ثانيا: كيفية اكتساب المستفيد والغير لصفة المؤمن له:** بالنسبة للغير فإنه يكتسب صفة المؤمن له وفقا لصيغة بسيطة جدا تتحقق عندما يصيبه ضرر يحدثه المؤمن له مكتب العقد في إطار تأمينات المسؤولية باختلاف فروعها خاصة الإلزامية منها، وذلك على أساس أنها تأمينات تهدف في حد ذاتها إلى حماية الغير المضور في إطار حماية المصلحة العامة.

في حين أن المستفيد يمكن أن يكتسب صفة المؤمن له وفقا لتقنية الاشتراط لمصلحة الغير أو وفقا للتأمين لحساب من له الحق فيه، وفيما يلي نذكر أمثلة عنها.

تم عملية اكتتاب عقد التأمين لفائدة المستفيد وفقا لتقنية الاشتراط لمصلحة الغير المنظمة في القانون المدني<sup>(2)</sup>. ويتعلق الأمر بعقد يتحصل فيه شخص (المشترط) من شخص آخر (المتعهد)، بأن يقوم هذا الأخير بأداء عمل أو خدمة لشخص ثالث (المستفيد) ليس طرفا في العقد<sup>(3)</sup>.

يتجسد هذا التعريف في مجال التأمين بحصول مكتب التأمين (المشترط) من المؤمن (المتعهد) على تعهد بضمان خطر لحساب المستفيد الذي يكتسب صفة المؤمن له.

بتطبيق هذا التعريف على عقد التأمين فإن؛ المكتب هو الوحيد المدين بدفع أقساط التأمين، والتصريح بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، أما المؤمن فهو الدائن بالأقساط اتجاه المكتب والمدين بدفع مبالغ التأمين اتجاه المستفيد الذي له أن يرفع دعوى مباشرة

<sup>1</sup> - CHANGNY Muriel et PERDRIX Louis, op cit, p 116.

<sup>2</sup> - المواد من 116 إلى 118 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 416.

ضده للحصول على مبالغ التأمين، وهذا بموجب الحق الذي اكتسبه عند إبرام العقد، ويتقدم بموجبه على دائني المكتتب أو ورثته<sup>(1)</sup>.

يكتسب كذلك المستفيد صفة المؤمن له في مجال التأمين لحساب من يثبت له الحق أو ما يُسمى بالتأمين لحساب ذي المصلحة<sup>(2)</sup>. هذه التقنية تعود في الأصل إلى حالات أين تكون خسارة أو تلف الأموال سببا لقيام المسؤولية في ذمة من يحتفظ بتلك الأموال لكنه ليس مالكا من أجل تقاضي تحمل تبعات هلاك هذه الأموال، كما تُتيح لمالكها بصفته مستفيدا من العقد الحصول على مبالغ التأمين، فتحمي المحتفظ بتلك الأموال ومالكها<sup>(3)</sup>، فالمكتتب شخص والمستفيد شخص آخر ليس طرفا في عقد التأمين<sup>(4)</sup>.

يبقى التأمين لحساب من يثبت له الحق فيه عقدا ثنائي الأطراف، لأنه يبرم بين المكتتب والمؤمن، إلا أن آثاره وخلافا لقاعدة نسبية آثار العقد، فإنه يأخذ بعدا ثلاثيا عندما يُكسب الغير المستفيد حقا دون أن يكون طرفا فيه.

أما بالنسبة للتأمين لحساب من له الحق فيه في التأمين على الأشخاص، فعملا بالمادة 68 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، فيمكن لكل شخص أن يكتتب عقد تأمين على شخصه أو على الغير، لكن شرط أن يتمتع بالأهلية القانونية<sup>(5)</sup>. فالقانون أتاح للفرد الذي يتمتع بالأهلية القانونية إمكانية اكتتاب عقد تأمين على الأشخاص لحساب الغير المستفيد أو لذوي حقوقه إذا لم يعين المستفيد في العقد<sup>(6)</sup>.

لا ينحصر التأمين لحساب من له الحق فيه في التأمين على الأشخاص في التأمينات الفردية، فهو يمتد ليشمل عقود تأمين الجماعة. وهذا عملا بنص المادة 62 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات والتي تنص على أنه: « **يكتتب عقد التأمين الجماعة من قبل**

<sup>1</sup> - DUBOC Guy, La compensation et les droits des tiers, L.G.D.J, Paris 1984, p 84.

<sup>2</sup> - بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 48.

<sup>3</sup> - FAVRE-ROCHEX André, «...», Le fonctionnement du contrat », op cit, p 3.

<sup>4</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 161.

<sup>5</sup> - « **يُمكن كل شخص يتمتع بالأهلية القانونية اكتتاب عقد تأمين على شخصه أو على الغير** ». المادة 68 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدلة بموجب المادة 13 من قانون 06-04، سالف الذكر.

<sup>6</sup> - MAYAUX Luc, Les grandes questions du droit des assurances, L.G.D.J, Paris 2011, p 174.

شخص معنوي أو رئيس مؤسسة بغية انخراط مجموعة من الأشخاص تستجيب لشروط محددة في العقد من أجل تغطية خطر أو عدة أخطار متعلقة بالتأمين على الأشخاص.

يجب على المنخرطين أن تكون لهم نفس العلاقة مع المكتب<sup>(1)</sup>.

طبقاً لنص المادة المذكورة، فإن عقد تأمين الجماعة يُفيد قيام شخص معنوي أو رئيس مؤسسة باكتتاب عقد تأمين يُغطي به الأخطار التي قد تلحق بالمنخرطين الذين تربطهم بالشخص المعنوي أو رئيس المؤسسة علاقة ذات طبيعة موحدة، كرئيس وحدة إنتاجية الذي يبرم عقد تأمين جماعي لفائدة عماله، دون الإشارة في العقد إلى اسم عامل محدد، فكل من يعمل في وحدته الإنتاجية يشملته الضمان<sup>(2)</sup>، فبطبيعة العلاقة في عقد تأمين الجماعة تتحدد بالنظر إلى وحدة العلاقة بين المكتب والمنخرطين وليس على أساس الاشتراط لمصلحة الغير أو التأمين لحساب من له الحق فيه<sup>(3)</sup>.

أثار عقد التأمين الجماعي إشكالية حول إمكانية استفادة المنخرطين فيه من القواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك. فالمكتب باعتباره مهنيًا ويتعاقد لأغراض مهنته فهو مستبعد من نطاق هذه الحماية.

لكن إذا كان موضوع عقد التأمين الجماعي في أساسه يُغطي الأخطار التي تهدد المنخرطين، وأنه يُبرم بين المكتب المشترك والمؤمن المتعهد، فعلى أي أساس قانوني يُمكن وقفه للمنخرط في عقد التأمين الجماعي أن يستفيد من أحكام الحماية الشروط التعسفية، خاصة في غياب علاقة عقدية بين المنخرط والمؤمن<sup>(4)</sup>.

وفقاً للتصور التقليدي للتأمين الجماعي فهذا الأخير يُكيف بأنه تأمين لحساب من له الحق فيه، قائم على أسلوب الاشتراط لمصلحة الغير بموجب عقد واحد مبرم بين المكتب المشترك والمؤمن المتعهد، وكل من ينخرط فيه يكتسب صفة المستفيد من الاشتراط<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - معدلة بموجب المادة 13 من قانون 06-04، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - FAVRE-ROCHEX André, «... Le fonctionnement du contrat », op cit, p 4.

<sup>3</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 164.

<sup>4</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op Cit, P 47.

<sup>5</sup> - FAVRE ROCHEX André - COURTIEU Guy, p 473.

أما فيما يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، فالتصور التقليدي لعقد التأمين الجماعي لا يُتيح للمنخرط فيه إمكانية الاستفادة من الأحكام الحمائية ضد الشروط التعسفية، ويُستبعد من نطاق تطبيق المادة 1-132 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي، والسبب في ذلك هو أن هناك عقد واحد أبرم بين مهنيين وليس بين مهني وغير المهني أو المستهلك، فالمنخرط له صفة المستفيد دون أن يكتسب صفة المؤمن له، لأنه ليس طرفا في عقد التأمين الجماعي<sup>(1)</sup>.

ظهر بعد ذلك تصور حديث لعقد التأمين الجماعي يُخالف النظرة التقليدية للعقد، إذ تبنى فكرتين أساسيتين مفادهما؛ وجوب الإعراف في عقد التأمين الجماعي بوجود عقود تأمين فردية بحسب عدد المنخرطين، وأن كل منخرط لا يُعتبر مستفيدا بموجب الاشتراط لمصلحة الغير، وإنما هو طرف في عقد التأمين الجماعي الذي يقوم على أساس العلاقة بين المنخرط والمؤمن، هذا من جهة<sup>(2)</sup>.

أمام هذا الإختلاف حول تكييف طبيعة العلاقة بين المؤمن والمنخرط في عقد التأمين الجماعي، تدخلت محكمة النقض الفرنسية للفصل في هذا الخلاف بتقديم حل قضائي لتكييف العقد وإمكانية الاستفادة المنخرط من أحكام الحماية ضد الشروط التعسفية.

طُرحت على محكمة النقض الفرنسية في 2008، قضية تتعلق بمدى تطبيق قانون الشروط التعسفية على عقد التأمين الجماعي. جرت وقائع هذه القضية عند منح قرض من طرف شركة Cetelem لأحد زبائنها، ثم قام هذا الأخير باعتباره مقترض بالانخراط في عقد التأمين الجماعي المكتتب من طرف مؤسسة القرض Cetelem، موضوعه تأمين خطر العجز الدائم الكلي للمقترض.

تعرض بعد ذلك المقترض لحادث أدى إلى عجزه الكلي الدائم عن العمل، وأثار الطابع التعسفي لشرط في عقد التأمين الجماعي كان قد استند إليه المؤمن لرفض تغطية الخطر الذي لحق بالمقترض. رفضت محكمة استئناف Nîmes تطبيق المادة 1-132 L. من

<sup>1</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 134.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 57.

قانون الاستهلاك بحجة أن الشرط المتنازع فيه تضمنه عقد ميرم بين شركة Cetelem والمؤمن وهما مهنيين، وليس بين المقترض والمؤمن.

في قرار صادر عنها بتاريخ 22 ماي 2008، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن الانخراط في عقد التأمين الجماعي، بالرغم من أنه نتيجة لاشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه يُنشئ علاقة تعاقدية مباشرة وملزمة للجانبين بين المنخرطين والمؤمن، وبهذه الصفة، فإن الاشتراط يدخل في نطاق تطبيق أحكام المادة L. 132-1 من قانون الاستهلاك<sup>(1)</sup>.

وسّعت بذلك محكمة النقض الفرنسية آثار الاشتراط لمصلحة الغير عن طريق الاعتراف بوجود علاقة تعاقدية مباشرة بين المنخرط والمؤمن؛ ولفهم أكثر لموقفها هذا، يجب الحديث عن اشتراط عقد لمصلحة الغير مكان الاشتراط لمصلحة الغير<sup>(2)</sup>.

لم تُبين محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار طبيعة العلاقة بين المؤمن والمنخرطين في عقد التأمين الجماعي، فقرارها يُظهر ترددها في تبني التصور التقليدي أو التصور الحديث لعلاقة المنخرط بالمؤمن له، هذا من جهة.

لكن من جهة أخرى أقرت بأن الانخراط يتم بموجب الاشتراط لمصلحة الغير، وأن مصدر هذا الاشتراط هو التزام المنخرط المستفيد الذي ينتج عنه علاقة تعاقدية ذات طبيعة ملزمة للجانبين، المؤمن والمنخرط.

أما في ما يخص الإقرار بتطبيق الأحكام الحمائية المقررة في المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك في العلاقة بين المنخرط والمؤمن، فهو حل منطقي؛ فمن الناحية القانونية يُمكن للمنخرط إثارة القواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية استنادا إلى فكرة اشتراط العقد لمصلحة الغير، أما من الناحية الواقعية، فإن الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية يجد تبريره في أنه من غير المنطقي أن تكون عقود التأمين الجماعية الموجهة لصالح المستهلك أو غير المهني، خارج نطاق تطبيق قانون الحماية ضد الشروط التعسفية<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2008, Bull. Civ. I, n° 145, note, ALKHALFAN Ismail, op cit, p 57.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 58.

<sup>3</sup> - Ibid. p 59.

بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية بين المنخرط والمؤمن في عقد التأمين الجماعي، فإنه يفهم من صياغة المادة 62 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات أن مكتب عقد تأمين الجماعة هو رئيس مؤسسة وأي شخص معنوي آخر، وبهذه الصفة فإنهم من فئة المهنيين ويخرجون من نطاق تطبيق الحماية ضد الشروط التعسفية. أما بالنسبة للمنخرطين فيه، فهم في حكم المستفيدين من التأمين ويكتسبون صفة المؤمن له المستفيد الذي يخضع لأحكام الحماية من الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>.

فالمستفيد هو دائن المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه<sup>(2)</sup>، إلا أنه ليس الوحيد الذي يعتبر مستهلكاً للتأمين دون أن يكون طرفاً فيه، فهذه الصفة تمتد لتشمل الغير الأجنبي عن الطرفين.

لنخلص إلى القول بأن تحديد المؤمن له الذي تتحقق فيه صفة المستهلك مسألة هامة في مجال تطبيق القواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية، لأن وظيفة وغاية هذه الأخيرة تكمن في حماية المستهلكين (المؤمن لهم) في مواجهة المتدخلين (المؤمن).

فتتحقق وصف المستهلك في المؤمن له كما هو معرف قانوناً هو المعيار المحدد لتفعيل هذه القواعد الحمائية كنتيجة منطقية لعدم ملاءمة القواعد العامة للقانون المدني لمواجهة الإشكالات التي تثيرها عملياً ظاهرة التعامل بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك بصفة عامة وعقود التأمين بصفة خاصة.

لذلك فإن انتفاء وصف المستهلك على المؤمن له يؤدي إلى وضعه خارج نطاق تدخل آليات الحماية ضد الشروط التعسفية، لأنها تتأسس على معطى اللامساواة المفترضة التي تتميز بها العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمتدخل، وعلى الضعف الملازم للطرف الأول في قدرته على مناقشة شروط العقد في مواجهة قوة وقدرة الطرف الثاني في فرض مضمون العقد. ومن هنا نبين موضوع الحماية في عقود التأمين.

<sup>1</sup> - FAVRE ROCHEX André – COURTIEU Guy, op cit, p 35.

<sup>2</sup> - المادة 71 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، معدلة بالمادة 18 من قانون رقم 06-04، سالف الذكر.

## المبحث الثاني

### البنود التعسفية في عقود التأمين موضوع الحماية

تستند عملية تحديد البنود التعسفية في عقود الاستهلاك إلى طريقتين أساسيتين؛ تتمثل الأولى في الرجوع إلى نظام القائمة المحددة قانوناً، بموجبها يُعتبر تعسفياً كل شرط وارد في العقد ويدخل ضمن القائمة التي تعتبر شروطاً تعسفية بقوة القانون. أما الثانية، فتقضي بأن كل شرط يُدعى أنه تعسفي ولم يرد ضمن القائمة المحددة قانوناً، ففي هذه الحالة يجب الاستناد في ذلك إلى المعيار الموحد وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. إلى جانب هاتين الطريقتين، توجد طريقة أخرى تستند إلى التوصيات التي تصدرها لجنة البنود التعسفية.

تتبع نفس الأسلوب لتحديد الشروط التعسفية في عقود التأمين لغياب تنظيم قانوني خاص بها. ومبدئياً فإن هذا يوحي إلى أن الشروط التعسفية المقررة لعقود الاستهلاك بصفة عامة، هي نفسها المطبقة في عقود التأمين. بعبارة أخرى، مستهلك التأمين تُفرض عليه شروط تعسفية مشتركة من حيث المعنى مع أي مستهلك آخر.

انطلاقاً من هذه الفرضية، فإن عملية تحديد الشروط التعسفية في عقود التأمين تستوجب البحث بدايةً في تلك الشروط التي تعتبر بموجب القانون أو بموجب اجتهاد قضائي على أنها تعسفية، وتطبق على عقود الاستهلاك بصفة عامة<sup>(1)</sup> (المطلب أول)، ثم استناداً إلى هذا الواقع، وتماشياً مع طبيعة الشروط التي يفرضها المؤمن على المؤمن له، سنبين وجود شروط أخرى تعسفية تتميز عن تلك المطبقة في عقود الاستهلاك ومرتبطة فقط بعقود التأمين (المطلب ثاني).

<sup>1</sup>- في ظل عدم سنّ المشرع الجزائري لأي تنظيم قانوني خاص بمحاربة الشروط التعسفية، فإن قواعد المنهجية تقتضي أن نحدد الشروط التعسفية المطبقة في عقود الاستهلاك لأن عقد التأمين ينتمي إلى هذه الفئة من العقود.

## المطلب الأول

### البند التعسفي في عقود الاستهلاك بصفة عامة

يتحدد الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك وفقا لمعيار الإخلال الظاهر، وتطبيقه يستلزم عملية تقديره. مبدئيا ترجع للقاضي سلطة تولى تقدير المعايير القانونية<sup>(1)</sup>، إلا أن لمعيار الإخلال الظاهر ميزة تكمن في أن عملية تقديره يكون كذلك مصدرها قانوني وإداري<sup>(2)</sup>. ووفقا للحماية الحديثة المقررة للمستهلك، فالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك تتحدد بموجب القانون (الفرع أول) أو القضاء (الفرع ثاني)، أو إداريا عن طريق لجنة البنود التعسفية (الفرع ثالث).

## الفرع الأول

### البنود المفترض قانونا أنها تعسفية

بصدور القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يكون المشرع الجزائري قد كرس في المادة 29 منه<sup>(3)</sup> أولى الطرق الحديثة للرقابة على الشروط التعسفية ومكافحتها باعتماد نظام القائمة المحددة للشروط التي تعتبر تعسفية بحكم قانون، وتطبيقا للمادة 30 من نفس القانون، صدرت قائمة ثانية تُحدد الشروط التعسفية بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

تُحدد هاتين القائمتين شروطا لا تقبل الجدل في اعتبارها تعسفية استنادا إلى الواقع العملي في مجال عقود الاستهلاك الذي أثبت أن تطبيقها أدى إلى تعسف المهنيين في مواجهة المستهلكين. وهي قوائم بيانية لا حصرية، انتهجها المشرع الجزائري لمسايرة ما توصلت إليه التشريعات الحديثة في مجال حماية المستهلك، خاصة التشريع الفرنسي.

<sup>1</sup> - SAUPHANOR Nathalie, , op cit, p 259.

<sup>2</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 257.

<sup>3</sup> - هي قائمة بيانية لا حصرية، تشمل 08 أصناف من الشروط التعسفية التي يُمنع إدراجها في عقود الاستهلاك، ومنها عقود التأمين.



لتوضيح مدلولها، لن نعد إلى تعداد كل بند مستقل عن الآخر، وإنما سنوضحها من خلال تصنيفها كوسيلة تسمح لنا بتمييزها عن بعضها البعض، للوصول إلى معناها الذي يُسهّل إدراك كيف أن المهني يفرض على المستهلك ممارسات تعسفية، وهذا ما من خلال دراسة الحالات التي تضمنتها القائمة التشريعية<sup>(1)</sup> (أولاً) ثم الحالات التي تضمنتها القائمة التنظيمية<sup>(2)</sup> (ثانياً).

**أولاً: القائمة المحددة بالتشريع:** تقوم البنود التعسفية على فكرة أساسية مفادها؛ اشتراط المهني مسبقاً بنوداً تخدم أكثر مصالحه على حساب مصالح المستهلك كأثر لمركزه الاقتصادي المتفوق، لتمنحه ميزة التسلط على الحقوق التي تنتج عن العقد عند إبرامه أو تنفيذه أو إنهائه، على نحو يؤدي إلى إختلال في التوازن العقدي<sup>(3)</sup>.

يُمكن حصر البنود التعسفية التي أوردها المشرع في المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في صنفين؛ الصنف الأول من هذه البنود يكشف عن تعسف المهني من خلال التفرد بامتيازات وصلاحيات تعاقدية من جانب واحد (1)، أما الصنف الثاني منها، يكشف عن تعسف المهني من خلال حرمان المستهلك من ممارسة بعض حقوقه (2).

<sup>1</sup> - نقصد بعبارة القائمة المقررة بموجب التشريع، القائمة الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وهي عبارة ستحمل نفس المعنى في كل مراحل هذا البحث.

<sup>2</sup> - نقصد كذلك بعبارة القائمة المقررة بموجب التنظيم، القائمة الواردة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهي كذلك تحيل إلى نفس المعنى في كل مراحل هذا البحث.

<sup>3</sup> - GEMEI Hassan, Les clauses abusives dans les droits des pays arabes, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 312.

1- البنود التي تمنح للمهني امتيازات وصلاحيات تعاقدية من جانب واحد: تُثير الشروط التعسفية إشكال قيام المهني بوضع شروط بإرادته المنفردة ليتمكن من التمتع بامتيازات وسلطات من جانب واحد، دون الاعتراف للمستهلك بمثلها؛ وبتعبير أدق تُكرس عدم التماثل بين حقوق والتزامات الطرفين.

نلاحظ بالرجوع إلى المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أنها تتضمن ثمانية 08 حالات لبنود تعسفية، من بينها 06 حالات تسمح بالكشف عن تعسف المهني باستثناء امتيازات تعاقدية في مواجهة المستهلك، وهي البنود من 01 إلى 05، والبند 07.

تنص الفقرة الأولى للمادة 29 من القانون رقم 04-02 على أنه تعسفا، البند الذي يسمح للبائع: «1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك». يتبين من هذه الفقرة أن تقدير الشرط التعسفي يتم على أساس عدم التماثل بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك، ما يُوحى على أن تحقق عدم التماثل يُعتبر بقوة القانون دليلا على أن الشرط يتضمن تعسفا، هذا هو المبدأ.

استثناء، عدم التماثل لا يعني بالضرورة أن المهني ضمنّ العقد بنودا تعسفية؛ ومرجع ذلك أنه عمليا، وجود أو انعدام مبرر شرعي يُؤثر على تحقق الطابع التعسفي من عدمه للبند الذي يُتيح للمهني التفرد بامتيازات تعاقدية<sup>(1)</sup>؛ فلا يُعتبر تعسفا الاشتراط بالإرادة المنفردة لصلاحيات أو سلطات لحساب المهني، لذلك يجب توضيح معنى هذا الاستثناء وحدوده من خلال موقف لجنة البنود التعسفية والقضاء في فرنسا.

تحفظت لجنة البنود التعسفية عن هذا الاستثناء، وشددت على أن لا يُعمل به إلا في حالات خاصة تُبررها الضرورة. إذ أكدت على استحالة فرضية صحة اشتراط أي بند من البنود المتضمنة في القائمة السوداء؛ أي تلك التي تؤدي إلى عدم التماثل في وجود الحق أصلا، أما البنود التي لا يُمكن أن تؤثر إلا على ظروف ممارسة هذا الحق، فحسب رأي اللجنة، يُمكن للمهني أن يشترط هذه البنود بإرادته المنفردة دون أن يكون للمستهلك مثلها.

<sup>1</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 336.

ففي رأي صادر عنها تحت رقم 02-02 يتعلق بعقد توريد غاز البترول المسال (GPL) وتوفير خزان لذلك، إذ اعتبرت تعسفية أحكام العقد التي تقضي بتعليق توريد غاز البترول المسال على ضرورة توفير خزان، إلا أن يتم تأسيس هذا التعليق على سبب مشروع ينشأ عن حتمية توفير قواعد الأمن والسلامة<sup>(1)</sup>.

ساند القضاء الفرنسي العمل بهذا الاستثناء، وهذا ما يظهر من خلال قرار محكمة النقض المؤرخ في 02 أكتوبر 2007، أين استبعدت الطابع التعسفي لبند في عقد وكالة للبيع أبرم بين فرد ووكالة عقارية، حيث يقضي هذا البند بمنع الموكل في مدة الوكالة وخلال فترة 24 شهرا التي تلي انتهائها، التعامل المباشر أو غير المباشر مع مشتري قدمه الوكيل أو زار المحلات معه. وفي حالة ما إذا كانت المحلات لا تزال متاحة للبيع، فالموكل ملزم خلال فترة 24 شهرا التي تلي انتهاء عقد الوكالة، بإبلاغ الوكيل بإتمام أي معاملة، على أساس أن حقوق المالك تقتصر فقط فيما يتعلق بالأشخاص الذين قدمهم الوكيل، ويبرر هذا القيد بخطر الاحتيال المهم جدا<sup>(2)</sup>.

يتضح مما تقدم أن عدم التماثل بين حقوق والتزامات طرفي العقد، يُشكل معيارا لتقدير الطابع التعسفي لأي بند، ومن خلاله يُمكن محاربة البنود التي تُجسد عدم المساواة في المعاملة بين طرفي عقد الاستهلاك، إلا أن وجود مبرر مشروع يُسقط للبند وصفه التعسفي. لكن، حتى لا يتحول هذا الاستثناء إلى عبئ في غير صالح المستهلك، يقع على عاتق المهني التزام بيان الأسباب كلما اشترط حق التمتع بسلطات تعاقدية من جانب واحد، بهدف لفت انتباه المستهلك وتسهيل مهمة القاضي في حالة النزاع<sup>(3)</sup>.

نرى أن عدم التماثل بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك يشكل معيارا عاما، على أساسه يعتبر تعسفا كل بند يمنح للمهني سلطة أو امتياز تعاقدية، دون منح مثلها للمستهلك، فالممارسة العملية تُبين بأنه المعيار المطبق والمعتمد لتبرير الطابع التعسفي

<sup>1</sup> - Consultable sur le site internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr>.

<sup>2</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> civ, 02 octobre 2007, RJDA 2008, n° 196, note de PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 338.

<sup>3</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 338.

للبنود التعاقدية، ومواجهة ما تُثيره من إشكالات اختلال التوازن العقدي بين المهني والمستهلك.

على الرغم من كون عدم التماثل معيارا عاما، إلا أنه لا يمكن نكران أنه يؤدي إلى خلق اختلال ذو طابع موضوعي بين حقوق والتزامات الأطراف. لذلك يُمكن اعتبار البنود التي سنذكرها تبعا تُمثل حالات تطبيقية تتجسد فيها وضعية انفراد المهني بامتيازات وسلطات تعاقدية من جانب واحد، وأن عدم التماثل تقنية للكشف عنها.

فبحسب المادة 2/29 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، يعتبر تعسفا البند الذي يتولى من خلاله البائع: **« فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد »**.

مؤدي هذه الفقرة، أنه بمجرد التوقيع على العقد، يسعى البائع إلى التفرد بامتيازات تعاقدية، فمثلا دفع الثمن من أهم هذه الإلتزامات الفورية الملقاة على عاتق المستهلك، وتاريخ تسليم السلعة أو أداء الخدمة من أهم الإلتزامات التي يستهدف المهني تأجيلها؛ كأن يشترط دفع الثمن كله معجلا أو على مرحلتين، جزء منه يدفع عند التوقيع أما الجزء المتبقي يُدفع عند التسليم، ما يُعرض المستهلك لخطر احتمال دفع الزيادة في الأسعار خاصة إذا ما اشترط المهني التفرد بتحديد الثمن<sup>(1)</sup>.

بهذه الطريقة نفسها، يستغل البائع ضعف المستهلك ويلزمه بتنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه، في حين يحتفظ لنفسه بحق تقدير وقت تنفيذ الإلتزامات المقابلة التي هي حقوق للمستهلك. وهي الحالة التي عبرت عنها الفقرة 05 للمادة 29 من القانون 04-02 السالف الذكر، ب: **« إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها »**.

تستمر وضعية عدم التماثل بين حقوق والتزامات أطراف العقد في مرحلة التنفيذ؛ فقد يشترط التمتع من جانب واحد بإمكانية تسليم المبيع أو تقديم الخدمة بمواصفات تختلف عن تلك المتفق عليها في العقد، أو ينفرد بسلطة تعديل العناصر الأساسية للعقد، وهذا بحكم المادة 3/29 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر التي عبرت عنه ب: **« امتلاك حق**

<sup>1</sup> - CALAIS - AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,... consommation, 6<sup>ème</sup> édition, op cit, p 343.

تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك». تكمن خطورة التعسف هنا، في إمكانية أن يؤدي إلى حصول المستهلك على سلع أو خدمات لا تتوافق مع الغرض الذي من أجله تعاقد مع البائع، أي لا تستجيب لرغباته المشروعة، فيختل التوازن بين ما يؤديه من ثمن مع ما يتحصل عليه من العقد<sup>(1)</sup>.

في نفس السياق، تُضيف الفقرة 07 للمادة 29 من القانون 04-02 السالف الذكر، أنه تعسفي كل بند يُتيح للبائع: « التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تقديم الخدمة». فهذا الحكم جزء ضمن الأحكام المتعلقة بالعناصر الأساسية<sup>(2)</sup> للعقد أو مميزات المبيع، لذلك نرى أنه من المستحسن ضمها إلى الفقرة الثالثة من نفس المادة. أما خطورته، فتكمن في انفراد المهني بتغيير آجال التسليم على المستهلك؛ إذ يعتمد المهني وضع تاريخ تقريبي غير محدد لتسليم المبيع من أجل استبعاد مساءلته عن التأخر في التسليم، أو أن يقترن هذا التأخير بتعديل الثمن بالزيادة على عاتق المستهلك.

عملا بالفقرة 4 للمادة 29 من القانون 04-02 السالف الذكر، يُعتبر تعسفا البند الذي يمنح للبائع: « التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية».

مُؤدى هذه الفقرة، أن البائع يشترط للإنفراد بحق تفسير الغموض الذي يعتري أي شرط في العقد، ففي أغلب الحالات، بحكم تخصصه، يعتمد عدم وضوح الشرط بما يضمن تحقيق مصالحه إذا ثار خلاف حول حقيقة دلالة الشرط الغامض بهدف استبعاد تفسير الغموض الذي لا يخدم مصالحه.

يُضاف إلى البنود التعسفية المذكورة سلفا، صنف آخر من البنود التي يظهر فيها تعسف المهني من خلال حرمان المستهلك من ممارسة بعض حقوقه.

<sup>1</sup> - NGUIHÉ KANTÉ Pascal, op cit, p 340.

<sup>2</sup> - ذكر المشرع الجزائري على سبيل المثال مجموعة من الشروط الأساسية الواجب إدراجها في عقود الاستهلاك في المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.

2- البنود التي تحرم المستهلك من ممارسة حقوقه: يشمل هذا الصنف من البنود التعسفية؛ منع المستهلك من تفعيل حقه بفسخ العقد إذا لم يوفي البائع بالتزاماته، وتهديده بإنهاء العقد إذا مارس حقه برفض شروط جديدة بدت له محجفة. وهذا ما تضمنته الفقرات 6 و 7 للمادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

يُعد بندا تعسفيا بنص الفقرة 06 : « **رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته** ». يُجسد هذا البند سعي البائع إلى توكي الآثار القانونية التي تترتب في ذمته نتيجة عدم التنفيذ أو عن سوء في التنفيذ. ومن ذلك على سبيل المثال، قيام وكالة سياحية بإلغاء أو تغيير مكان ومسار الرحلات السياحية بحجة تغير ظروف السوق. ورغم ذلك، يشترط بندا يرفض بموجبه ممارسة المستهلك لحقه في فسخ العقد في حالة تغير الظروف.

تزداد خطورة هذا البند لارتباطه بالبند التعسفي الوارد في الفقرة 07 والتمثل في: « **تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة** ». ففي المثال المذكور أعلاه، فإن تغير ظروف السوق يؤدي إلى تغير الشروط التجارية التي على أساسها عدلت الوكالة التزاماتها دون قيام المسؤولية في ذمتها، في حين إذا ما رفض المستهلك هذه التغييرات، فإن ذلك يُحول للوكالة قطع وإنهاء العلاقة التعاقدية بإرادتها المنفردة.

يؤدي التعامل بهذه البنود إلى انعدام الثقة والاستقرار في العلاقات العقدية<sup>(1)</sup>، خاصة من جانب المستهلك الذي لا يتأكد مسبقا إن كان المهني سينفذ كل أو جزء من التزاماته وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، أو أنه سيقدر بإرادته المنفردة قطع العلاقة التعاقدية باستخدام ما تخول له هذه البنود التعسفية.

<sup>1</sup> نساخ فاطمة، « مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة »، الملتقى الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص 411.

توصف البنود التعسفية الواردة في القائمة التشريعية بأنها بنود تُظهر تعسف المهني في مواجهة المستهلك في كل مراحل العقد، بدءاً من إبرامه إلى تنفيذه وإنهائه.

تجاوزاً لهذا الوصف، قمنا بتصنيفها للوصول إلى بيان كيف يَضمّنها المهني تعسفاً لاستعمالها وفقاً لما تقتضيه مصالحه. ليتضح أنها بنود تتضمن تعسفاً يؤدي إلى إختلال موضوعي للتوازن العقدي يقوم أساساً؛ من جهة على تمتع المهني بصلاحيات تعاقدية لا تُمنح مثلها للمستهلك. من جهة أخرى، يمس بشروط ممارسة المستهلك لحق أو أكثر من حقوقه. ونتبع نفس المنهج بالنسبة للقائمة التنظيمية.

**ثانياً: القائمة المحددة بالتنظيم:** تضمنت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية 12 حالة لبنود تعسفية تتعلق؛ بممارسة حق فسخ العقد (1)، وبالآثار المالية المترتبة عن عدم تنفيذه (2)، وحرمان المستهلك من اللجوء إلى طرق تسوية النزاعات (3)، وإخضاعه لبنود جديدة لم ترد في العقد (4)، وبنود تعسفية أخرى تُثقل بالتزامات المستهلك (5).

**1- البنود المرتبطة بحق فسخ العقد:** باعتبار أن عقد الاستهلاك من العقود الملزمة للجانبين، فإنه إذا لم يفي أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد، وقد يكون الفسخ قضائياً بموجب صدور حكم قضائي بناءً على طلب الطرف الذي أوفى بالتزاماته<sup>(1)</sup>، أو اتفاقي على أساس بند يتضمنه العقد<sup>(2)</sup>.

فالفسخ جزاء لعدم التنفيذ، وعدم التنفيذ قد يكون من المستهلك فيجوز للعون الاقتصادي طلب الفسخ، وقد يكون من العون الاقتصادي فيجوز للمستهلك كذلك طلب الفسخ، وذلك بعد إغذار يوجه للمتعاقد المخل بالتزاماته.

<sup>1</sup> - المادة 119 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - المادة 120 من الأمر نفسه.

خروجا عن هذا الإطار القانوني للفسخ، يستغل العون الاقتصادي قوته الاقتصادية وخبرته لممارسة هذا الحق بما تقتضيه مصالحه فقط، وذلك بتضمين العقد بنودا تعسفية تُحول له ذلك.

ذكرت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية نوعين من البنود التعسفية المرتبطة بالفسخ وهما؛ البند 02 و البند 03.

فيعتبر تعسفا بنص البند 02: « الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك ». يمس هذا البند امتلاك الحق في فسخ العقد، فهو متاح للعون الاقتصادي دون المستهلك، فله أن يشترط بنودا تُخوله فسخ العقد بإرادته المنفردة، وفي الظروف التي يقدر فيها ضرورة ذلك، دون أن يقع عليه التزام بتعويض للمستهلك<sup>(1)</sup>.

تكملة لذلك، يضيف البند 03: « عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض ». لا ينكر هذا البند حق المستهلك في فسخ العقد، لكنه يمس شروط ممارسته، وذلك باشتراط العون الاقتصادي الحصول على تعويض مقابل ممارسة المستهلك لحقه في فسخ العقد بسبب القوة القاهرة التي تجعل من التنفيذ مستحيلا<sup>(2)</sup>.

2- البنود المرتبطة بالآثار المالية المترتبة عن عدم التنفيذ: كثيرا ما يتفق طرفي العقد مسبقا على تحديد تعويضات مستحقة الأداء كجزاء عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، يلتزم بأدائها الطرف المخل بالتزاماته كتعويض عن التحلل من الالتزامات الموقع عليها<sup>(3)</sup>.

خلافا لهذه الغاية، ينفرد العون الاقتصادي في عقود الاستهلاك بتحديد مبلغ من التعويض مسبقا، يلتزم المستهلك بأدائه كجزاء عن عدم تنفيذ التزاماته، ولا يُحدد مبلغ تعويض كمقابل يلتزم بدفعه عند الإخلال بالالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه. وهذا بحكم البند 08 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر الذي اعتبر تعسفا

<sup>1</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 68.

<sup>2</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 325.

<sup>3</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص



البند الذي يقوم من خلاله العون الاقتصادي بـ: « تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يتم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته».

زيادة على ذلك، يشترط العون الاقتصادي الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة إذا لم يُنفذ المستهلك التزاماته أو لجأ إلى فسخ العقد، في حين، إذا كان ذلك بسبب العون الاقتصادي، فسوف لن يحق للمستهلك طلب التعويض، عملا بالبند 07 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذي ينص على حالة: « الاحتفاظ 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 بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه».

من بين ما توفره البنود التعسفية من مزايا وامتيازات للعون الاقتصادي أنها من جهة، تُتيح له التنصل من مسؤوليته في تعويض المستهلك عن التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية، إذ يقضي البند 04 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر بأنه تعسفي اشتراط العون الاقتصادي: « التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته».

من جهة أخرى، تُتيح له البنود التعسفية امتياز التخفيف أو الإعفاء من مسؤوليته<sup>(1)</sup>، في حين يشترط ما يُثقل من مسؤولية المستهلك<sup>(2)</sup>؛ كاشتراط بنود تمنحه حق فرض أعباء التنفيذ الجبري على المستهلك، دون منح مثلها له، وهي النقطة التي تضمها البند 10 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر: « الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجمالي للعقد دون أن يمنحه نفس الحق».

<sup>1</sup> - TROCHU Michel, op cit, p 73.

<sup>2</sup> - Ibid, p 74.

3- حرمان المستهلك من اللجوء إلى طرق تسوية النزاعات: وهذا بنص البند 05 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر: « النص في حلة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده». ويدخل ضمن عبارة أية وسيلة طعن، منع المستهلك من المطالبة القضائية أو اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات، كالتحكيم. لكن النص يعتبر تعسفا فقط المنع، أما التأجيل فلا يُعتبر تعسفا، فحبذا لو تضمن البند حالة التأجيل أيضا لأنها تؤدي إلى ضياع حق المستهلك في ممارسة الطعن القضائي إذا ما انقضت مواعيد ممارسته، فالمواعيد من النظام العام<sup>(1)</sup>.

4- إخضاع المستهلك لبند جديدة لم ترد في العقد: يتضمن تعسفا أيضا، كل بند يتبين من خلاله قيام العون الاقتصادي بإخضاع المستهلك لشروط غير مدرجة في العقد الموقع عليه، وهي شروط مدرجة في وثائق أخرى لم يكن يعلم بها المستهلك عند التوقيع على العقد. وهي الحالة المنصوص عليها في البند 06 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر: « فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قيل إبرام العقد». فينحصر مفهوم الوثائق التعاقدية في الوثيقة المكتوبة والموقعة من المستهلك فقط.

5- بنود تعسفية أخرى تُثقل إلتزامات المستهلك: تُعد كذلك تعسفية كل الشروط التي هدفها أو محلها قيام العون الاقتصادي باشتراط ما يُقلص من واجباته التعاقدية، على نحو يُلزم المستهلك بتنفيذ الواجبات التي هي أصلا على عاتق هذا الأخير، وزيادة عليها، يُحمله عبئ تنفيذ تلك الواجبات التي من المفروض أن يقوم بها العون الاقتصادي<sup>(2)</sup>.

يتبين مما سبق أن القائمتين تضمنتا على سبيل المثال لا الحصر، مجموعة من البنود التي تعتبر تعسفية بالمفهوم القانوني القائم من جهة، على أساس منح امتياز تعاقدية للمهني دون أن يُقر مثله للمستهلك. من جهة أخرى، يكمن التعسف في فرض المهني على

<sup>1</sup> - عمارة مسعودة، « إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية »، الملتقى الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص 404.

<sup>2</sup> - البنود 01 و 09 و 11 و 12 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية...سالف الذكر.

المستهلك إجراءات وآليات معقدة لممارسة حقوقه التعاقدية. بتعبير آخر، يُعتبر البند تعسفياً ليس لما يتضمنه لصالح المهني، ولكن بسبب ما لم يتضمنه بالمثل للمستهلك.

يُجسد نظام القوائم تدعيماً نوعياً لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، لأن القوائم آلية مباشرة لمحاربتها بافتراض التعسف فيها بقوة القانون، فالتجربة أثبت أنها بنود تتضمن تعسفاً. إلا أن نظام القوائم كثيراً ما لا يضمن إلا الحد الأدنى للحماية، لأنها لا تتضمن سوى البنود التعسفية الأكثر استعمالاً والأكثر خطورة. أما بطريقة غير مباشرة، يتولى القضاء الفصل في أي نزاع حول اعتبار أي شرط تعسفي من عدمه.

## الفرع الثاني

### دور القضاء في تحديد البنود التعسفية

تختلف سلطة القاضي في تحديد البنود التعسفية بحسب طبيعة البند المتنازع فيه؛ فإذا كان وارداً في القائمتين القانونيتين للبنود التعسفية، فعلى القاضي التحقق من تطابق الشرط المتنازع فيه مع تلك الشروط المتضمنة في القائمتين. أما إذا لم يرد في القائمتين، فله سلطة واسعة في تقدير الطابع التعسفي للشرط المتنازع فيه<sup>(1)</sup>، استناداً إلى المعيار الموحد المتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد<sup>(2)</sup>.

لن نسعى إلى تعداد وإحصاء قائمة جرد للبنود التي استقر في شأنها القضاء على اعتبارها تعسفية وتؤدي إلى الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات الأطراف؛ لأن ليس هذا هو الهدف من هذا الفرع، وإنما من أجل بيان دور القضاء استناداً إلى تطبيق هذا المعيار المكرس في قانون الاستهلاك، بعيداً عن القواعد العامة للقانون المدني.

<sup>1</sup> - العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 95.

<sup>2</sup> - وهو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري لتقدير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية بعد نقله عن المشرع الفرنسي الذي اعتمده في المادة 1-132.L من قانون الاستهلاك وهذا ما تؤكدته المادة 5/3 من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث تنص على: « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : ...

5- شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

يظهر هذا الدور من خلال ممارسة القاضي لسلطته الرقابية على الشروط التعسفية استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر، بالتركيز على قرارات محكمة النقض الفرنسية، في غياب القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والخاصة بتطبيق مفهوم الشرط التعسفي تطبيقا لأحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

استقرت محكمة النقض الفرنسية على وصف عدة بنود بأنها تعسفية استنادا إلى تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك<sup>(1)</sup>، وذلك عند ممارسة رقابتها على قضاة الموضوع، من أجل ضمان تقدير موحد في تحديد معيار الإخلال الظاهر لاستقرار المعاملات، لكن لم يتم هذا بمجرد صدور قانون لاستهلاك<sup>(2)</sup>.

نهج مشروع قانون 10 / 01 / 1978 المتعلق بحماية المستهلك نهج الحذر والمنع فيما يتعلق بمنح سلطة للقاضي للرقابة على البنود التعسفية؛ فلا سلطة للقاضي في تقدير الطابع التعسفي لبند غير وارد في المرسوم الحكومي.

إلا أن القضاء الفرنسي اتخذ موقفا مغايرا من هذه المسألة، فأمام فراغ وعجز السلطة التنظيمية عن مسايرة ظاهرة البنود التعسفية، أصدرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض قرارا مرجعيا أسست بموجبه سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي لأي بند بالاستناد إلى

<sup>1</sup> - STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent, Droit civil: Les obligations, le contrat, 6<sup>ème</sup> édition, Litec, Paris 1998, p 272.

<sup>2</sup> - أثناء المناقشة البرلمانية للقانون رقم 10 / 01 / 1978 المتعلق بحماية المستهلك، كانت معظم تدخلات النواب معارضة لمنح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية، إذ هاجم رئيس لجنة التشريعات إمكانية منح القاضي هذه السلطة، رغم أن المشروع التمهيدي للقانون كان يمنح القاضي هذه السلطة. بصور هذا القانون، فإن منح الشروط التعسفية يتم عبر صدور مرسوم من الحكومة بعد مصادقة مجلس الدولة بناء على توصية لجنة البنود التعسفية، ليصبح مرسوم الحكومة ملزما للقاضي، لكن بعد ذلك، صرحت محكمة النقض بنفسها، باختصاصها في الرقابة على الشروط التعسفية. حول موقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة، راجع: الصفحة 88 وما يليها من هذا البحث. وأحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 241.

التعريف القانوني المكرس في المادة 35 من قانون الاستهلاك، واستقلالاً عن المراسيم الحكومية<sup>(1)</sup>.

كان الأمر يتعلق بعقد طباعة شريط الصور على الورق إلا أنه ضاع في المخبر، هذا الأخير رفض تحمل المسؤولية بحجة أن العقد تضمن شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة ضياع شريط الصور بسببه، لكن على خلاف حالات سابقة مماثلة لم يكن هناك حالة بيع في هذه القضية، بشكل يُستبعد أي تطبيق - ولو بمفهومها الموسع - للمادة 02 من مرسوم 24 مارس 1978.

رفضت محكمة النقض طعن المخبر عند فصل في القضية، وأيدت حكم محكمة الموضوع، حيث أكدت أن الحكم المطعون فيه ما يدل على أن هذا الشرط منح ميزة فاحشة للشركة، التي بحكم مركزها الاقتصادي كانت قادرة على فرضه على زبائنها، فهذا الشرط ذو طابع تعسفي، وكان لا بد أن يعد كأنه لم يُكتب<sup>(2)</sup>.

تضمن هذا القرار العناصر المميزة للشروط التعسفية بمفهوم المادة 35 من قانون 1978/01/10؛ الميزة الفاحشة والتعسف في الهيمنة الاقتصادية، وجزء أنه يُعد غير مكتوب، وكل هذا بغياب المرسوم الحكومي، لكن دون الإشارة صراحة إلى هذا القانون. وكان الأستاذ « GHESTIN » سابقاً إلى تأييد هذا القرار، وطالب بتبنيه كحل لتجاوز مسألة منح القضاء سلطة إبطال الشروط التعسفية، إذ يرى أنه حلاً انتهجته محكمة النقض لتطوير القانون الوضعي بخلق قواعد قانونية جديدة من الاجتهادات القضائية<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, obligations, contrats spéciaux, suretés, 12<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 2008, p 137.

<sup>2</sup> - « *Ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société M... F. et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite* », Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 mai 1991, note de PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 274.

<sup>3</sup> - GHESTIN Jaques, (Sous dir.), L'annulation par les juges des clauses abusives (Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 6 décembre 1984 et 14 mai 1991), in Les clauses abusives dans les contrats types en

سايرت محكمة النقض هذا الرأي بعد صدور قرار لها بتاريخ 26 ماي 1993، أكدت من خلاله الحل الذي تبنته في قرارها السابق المؤرخ في 14 ماي 1991، وهذه المرة أشارت بطريقة مباشرة وصريحة إلى أحكام المادة 35 من قانون 1978/01/10 عند فصلها في الطعن بالنقض بصيغة واضحة؛ إذ يُستنتج من هذا النص أنها تعد غير مكتوبة البنود المتعلقة بعبء المخاطر عندما يظهر أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة التعسف في القوة الاقتصادية للطرف الآخر، لتمنحه ميزة فاحشة<sup>(1)</sup>.

لتؤسس بموجبه بصفة صريحة سلطة قضاة الموضوع في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط متنازع فيه، وهذا ما أكده وضوح الصيغة التي صدر بها القرار الذي أزال اللبس حول هذه المسألة على المستوى القضائي، ويمتد إلى الجانب التشريعي.

يظهر من خلال الإطلاع على قانون أول فيفري 1995 المعدل لقانون البنود التعسفية أنه لم يُكرس ولم يوقف الاجتهاد القضائي الصادر في 14 ماي 1991، وهو موقف يثير الاستغراب، لكن دون أن يثير أي شك حول مسألة إعطاء القضاء سلطة إبطال الشروط التعسفية بالاستناد إلى المادة L. 132.1 من قانون الاستهلاك التي كرس الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين كمعيار للطابع التعسفي للشرط، بدلا من معيار القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة<sup>(2)</sup>.

اختصارا، عرفت سلطة القاضي في إبطال الشروط التعسفية تطورا جذريا؛ ففي البداية كان يمنع عليه إبطال أي بند تعسفي لم يرد في مرسوم حكومي، بعدها مُنحت له سلطة الحكم من تلقاء نفسه بالطابع التعسفي للبند، ليصل إلى تطور مهم جدا، وهو إلزام القاضي

France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 137.

<sup>1</sup>- « Ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société M... F. et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite », 1<sup>ère</sup> civ. 26 mai 1993, note de PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 274

<sup>2</sup> - TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, les obligations, le contrat, 6<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 1996, p 264 et s.

بإثارة الطابع التعسفي للبند لتوفير حماية فعالة للمستهلك، حتى وإن كان يجهل أن العقد قد تضمن بنودا تعسفية. وكان هذا تحت تأثير التعلية الأوربية 13/93 الصادرة في 5 أبريل 1993، التي منحت تاريخ 31 ديسمبر 1995 كأجل أقصى للدول الأعضاء لتوحيد نظام الشروط العامة للعقود التي يكون طرفها المستهلك<sup>(1)</sup>.

سادت في تلك الفترة اختلافات كبيرة بين التشريعات الداخلية فيما يتعلق بالمفاهيم الأساسية المحددة لنطاق تطبيق هذه الحماية، لذلك استهدفت التعلية فكرة إعداد نظام موحد لحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة مع المهنيين<sup>(2)</sup>، لإرساء تدريجيا قانون أوروبي للاستهلاك<sup>(3)</sup>.

يتبن مما سلف، أن محكمة النقض الفرنسية في القرارين الصادرين على التوالي في 14 ماي 1991 و 26 ماي 1993، أقرت بالطابع التعسفي لبند دون وجود نص قانوني، لتؤسس بذلك سلطة القاضي في إبطال الشروط التعسفية من تلقاء نفسه.

أما حاليا، فسلطة القاضي في إبطال البنود التعسفية تعرف تأرجحا ما بين التقييد إذا كان البند المتنازع فيه وارد في القائمة السوداء أو الرمادية، والتوسع إذا لم يرد فيهما، فيتم تقديره استنادا إلى الإخلال الظاهر كمعيار لتعريف البنود التعسفية تتأسس عليه سلطة القاضي في رد الاختلال في التوازن العقدي الناتج عن إرادة الأطراف<sup>(4)</sup>.

لتقدير الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، يلتزم القاضي الأخذ بعين الاعتبار جملة من الظروف؛ فنص المشرع الفرنسي على أن تقدير الطابع التعسفي للبند

<sup>1</sup> - Directive 93/13 CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE du 21 avril 1993, n° L 95/29. Le délai de transposition donné aux États membres expire le 31 décembre 1994. Accessible sur <http://www.clauses-abusives.fr>

<sup>2</sup> - Voir : G. WEIL Kurt et KUTSCHER PUIS Fabienne, « Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives », Revue Internationale de Droit Comparé. Vol. 46 N°1, Janvier-mars 1994, P 128, et ALPA Guido, « Clauses abusives et contrats de consommateurs », L'expérience en Italie, R.I.D.C, Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001, p 407.

<sup>3</sup> - MICKLITZ Hans W. « Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives : point de vue allemand », R.I.D.C, Vol. 52 N°4, Octobre-décembre 2000, P 868.

<sup>4</sup> - TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, ..., le contrat, op cit, p 260.



يكون زمن الإبرام، بالنظر إلى المعطيات المحيطة به، وبالنظر إليه لوحده أو مشتركا مع بنود أخرى من نفس العقد، فيمكن أن لا يكون تعسفيا إلا إذا تم إشراكه مع بند آخر من العقد. يتم تقديره أيضا بإشراكه مع بنود أخرى من عقد آخر بين الطرفين، بشرط أن يكون إبرامه أو تنفيذه مترابط بشكل قانوني مع العقد الأول<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد تبنى الإخلال الظاهر كمعيار لتحديد الطابع التعسفي لأي بند متنازع فيه، ليقضي بما وصل إليه التشريع الفرنسي الذي خطى تجربة رائدة في هذا المجال.

فيظهر من نص المادة 110 من التقنين المدني أن للقاضي سلطة في تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه، وهذا بنصها على أنه: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». كما تنص المادة 4/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:...

**4- عقد: 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...».**

فإذا تم العقد عن طريق الإذعان وتضمن شرطا تعسفيا، جاز للقاضي أن يعدل هذا الشرط أو يلغيه<sup>(2)</sup>، فإذا كان الشرط وارد في القائمة التشريعية<sup>(3)</sup> أو التنظيمية<sup>(4)</sup> المحددة للشروط التعسفية بقوة القانون فالقاضي يبطله مباشرة، أما إذا لم يرد فيهما فيبحث في مدى

<sup>1</sup> - Alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> - المادة 110 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتم، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - الحالات المنصوص عليها في المادة 29 من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة...، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - الحالات التي تضمنتها المادة 5 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.



تعسف البند المتنازع فيه استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد<sup>(1)</sup>.

يتم تقدير الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد بالنظر إلى البند لوحده أو مشتركا مع بنود أخرى، دون النص على حالة اشتراكه مع بنود أخرى من عقد آخر بين الطرفين، أين يكون إبرامه أو تنفيذه مرتبطا بشكل قانوني بالعقد الأول، ويكون أحد العقدين قد تضمن بندا تعسفيا.

خلافًا للمشرع الفرنسي الذي نص على أن تقديره يتم وقت الإبرام، فإن المشرع الجزائري لم يقيد القاضي في ذلك، هذا ما يوسع من الحماية التي يُمكن أن يستفيد منها المستهلك المذعن لأن من طبيعة البنود التعسفية، قد لا يظهر فيها التعسف عند الإبرام، أما عند التنفيذ يظهر أنها تتضمن تعسفا يحدث اختلالا ظاهرا في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

مما سلف، نستنتج أن سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية تنحصر في مجال عقود الإذعان، لأن المشرع الجزائري يربط بين مفهومي التعسف والإذعان<sup>(2)</sup>، فلا مجال لتطبيق القواعد القانونية للحماية من الشروط التعسفية خارج نطاق عقود الإذعان، على العكس من المشرع الفرنسي الذي يقبل بامتداد فكرة التعسف لتشمل العقود الرضائية<sup>(3)</sup>.

جدير بالذكر أن القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أزال الغموض حول تعريف البند التعسفي، إلا أنه لا يمكن الحكم من خلاله على التجربة القضائية الجزائرية في هذا المجال، فالقضاء لم يسعفنا بأحكام أو قرارات خاصة بتطبيق مفهوم الشرط التعسفي عملا بأحكام القانون 02-04 السالف الذكر.

<sup>1</sup>- هذا ما تؤكدته المادة 5/3 من قانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث تنص: « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: ... 5- شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

<sup>2</sup>- وهذا ما تبناه في المادة 110 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، والمادة 3 من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد...، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- نسير رفيق، مرجع سابق، ص 309.

تطبيقاً للمادة 30 منه صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، يقضي بإنشاء لجنة البنود التعسفية التي تضطلع بدورها في تفعيل الحماية المرجوة للمستهلك ضد البنود التعسفية، عن طريق البحث والتحري في كل العقود التي السارية المفعول أو تلك التي سيعرضها الأعوان الاقتصاديون على المستهلك مهما كان مجال الاستهلاك الذي يتعاقد فيه.

### الفرع الثالث

#### دور لجنة البنود التعسفية في تقدير الطابع التعسفي

اقتداءً بنظيره الفرنسي، أنشأ المشرع الجزائري لجنة البنود التعسفية<sup>(1)</sup> كأحد الطرق الحديثة المنتهجة في رقابة وتعريف وتحديد البنود التي تتضمن تعسفا لضمان فعالية أكثر في حماية المستهلك، وذلك عن طريق مراقبتها المباشرة والمستمرة على الشروط العامة لنماذج عقود الاستهلاك، أو بطريقة مباشرة عند فصل القاضي في النزاعات التي تثار حول التعامل بالشروط التعسفية<sup>(2)</sup>.

فالأسلوب الإداري في تحديد البنود التعسفية يتجسد من خلال لجنة البنود التعسفية كهيئة استشارية، مختصة في البحث والكشف عن البنود التعسفية، وتضطلع بهذه المهمة عن طريق التوصيات والآراء التي تصدرها.

للقوف على دورها في تحديد البنود التعسفية، لا بد من البحث فيه من خلال لجنة البنود التعسفية الفرنسية، وهذا بالنظر إلى الواقع العملي الذي يشهد غياب دور لجنة البنود التعسفية في الجزائر، ما يُثير فكرة ضرورة إعادة النظر في المنهج المتبع في ممارسة مهامها.

<sup>1</sup> - تنص المادة 6 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية...على أنه: « تشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة... ».

<sup>2</sup> - أبو عمرو مصطفى أحمد، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص

لم تتردد لجنة البنود التعسفية في فرنسا التطرق إلى مجالات الاستهلاك المختلفة، لتواكب بذلك تطور وانتشار ظاهرة البنود التعسفية، إذ أصدرت عدة توصيات مست عقود الاستهلاك على اختلاف مجالها<sup>(1)</sup>، فخلال الفترة الممتدة من 1978 إلى 2013 أصدرت اللجنة 73 توصية يُمكن تقسيمها إلى صنفين؛ الصنف الأول منها يكتسي طابعا عاما، ويستهدف بند أو عدة بنود، بغض النظر إلى طبيعة المهنيين الذين قاموا باشتراطها. أما الصنف الثاني منها يكتسي طابعا قطاعيا تستهدف مجالا مهنيا محدد<sup>(2)</sup>.

إن رغبة المشرع الفرنسي في مسايرة ظاهرة البنود التعسفية بالاستجابة لمتطلبات حماية المستهلك، هي التي أدت به إلى إنشاء لجنة البنود التعسفية التي تشكل الوجه الثاني للحماية الحديثة من فكرة التعسف في عقود الاستهلاك إلى جانب الحماية القانونية المباشرة باعتماد نظام القوائم، والذي رغم اختلاف قوتها القانونية في مواجهة القاضي، إلا أنهما متكاملان.

فافتقار توصيات لجنة البنود التعسفية لعنصر الإلزامية راجع إلى أنها لا تشكل قاعدة أو مقياسا قانونيا<sup>(3)</sup>، فالتوصيات أو الآراء هي اقتراحات من اللجنة بصفتها خبير في ميدان البنود التعسفية موجهة إلى السلطة التشريعية والقضائية. فيمكن بذلك أن يكون لها أثر منشئ للمقاييس القانونية إذا ما تبناها المشرع في القوائم المحددة للبنود التعسفية أو إذا ما استقر القضاء على اعتبارها كذلك<sup>(4)</sup>. فلا تُؤدي بالضرورة توصيات وآراء اللجنة إلى تبني شروط تعسفية جديدة بالمفهوم القانوني أو القضائي، إلا أنها تبقى مصدرا أساسيا يسترشد بها المشرع والقاضي لإقرار الطابع التعسفي للبنود التعاقدية.

أما القضاء فلم يتردد في الاسترشاد بهذه التوصيات أو الآراء لتقدير الطابع التعسفي للبنود التعاقدية التي يثور نزاع بشأنها، إلا أن مخالفة القاضي لها لا يُشكل وجها للطعن

<sup>1</sup> - GUY Raymond, Droit de la consommation, 2<sup>ème</sup> édition, LITEC, Paris, 2011, P 232.

<sup>2</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 291.

<sup>3</sup> - Ibid. p 293.

<sup>4</sup> -Ibid. p 294.

القضائي، كما أن الإحالة إلى توصيات وآراء اللجنة لا يُعد قصورا في تسبب الأحكام القضائية<sup>(1)</sup>.

نخلص مما سلف، إلى القول بأن مجال البنود التعسفية يمتاز بخاصية أساسية، تتمثل في تقاسم ثلاثة مصادر مهمة تقدير الطابع التعسفي الذي يقوم على أساس معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد. ورغم اختلاف القيمة الإلزامية بين هذه المصادر، إلا أنها كلها تقر حماية للمستهلك كطرف ضعيف في علاقاته التعاقدية مع المهني، ليضفي نوعا من التكافؤ بينهما، ومن بينهم مستهلك التأمين الذي يستفيد من هذه الحماية بصفته مستهلكا مدعنا لعقد التأمين.

## المطلب الثاني

### البنود التعسفية في عقود التأمين

يتجسد تفوق المركز التعاقدى للمؤمن على حساب المؤمن له من الناحية العملية من خلال تضمين نماذج العقود بشروط معينة تعمل على توجيه العقد إلى تحقيق المصلحة الخاصة المؤمن له على حساب مصالح المؤمن له، وهذه الشروط تتمثل في البنود التعسفية التي تترجم في الواقع العملي اتساع الهوة بين المؤمن والمؤمن له من الناحية الاقتصادية، والفنية، والتقنية.

أثر البنود التعسفية هو الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات المؤمن والمؤمن له، والحماية منها تقتضي اتخاذ التدابير اللازمة لرفع هذا الاختلال، وأولى هذه التدابير هو تحديد البنود التي تتسم بالطابع التعسفي والمطبقة في عقود التأمين، هذه الأخيرة لم ينظم المشرع قانونا خاصا بها، وإنما تستخلص بصفة عامة بتطبيق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على عقود التأمين (الفرع أول)، لنخلص منها إلى ضرورة ضبط شروط تعسفية خاصة بعقود التأمين (الفرع ثاني).

<sup>1</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 297.

## الفرع الأول

### تطبيق البنود التعسفية المحددة في عقود الاستهلاك على عقود التأمين

يرتكز النظام القانوني لمحاربة الشروط التعسفية على فكرة تجسيد الحماية لأي فرد يتعاقد في إطار عقود الاستهلاك<sup>(1)</sup>، وهو المبدأ المكرس في القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي يمتد نطاق تطبيقه ليشمل عقود التأمين.

يتوقف تحديد إمكانية تطبيق البنود التعسفية المحددة في عقود الاستهلاك على عقود التأمين على البحث في موقف القضاء من ذلك؛ بمعنى أنه يجب شرح كيف أن القاضي عند الفصل في نزاع يتعلق بالبنود التعسفية المدرجة في عقود التأمين، يفصل فيه استنادا إلى إحدى القائمتين للبنود المفترض قانونا أنها تعسفية (أولا)، أما إذا كان الشرط المتنازع فيه غير وارد في القائمتين، فيفحص مدى تضمنه تعسفا إعمالا لمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد (ثانيا).

أولا: الاستناد إلى نظام القوائم كمرجعية لتحديد البنود التعسفية في عقود التأمين: على الرغم من أن البنود والشروط التي تضمنتها القائمتين المحددتين للبنود التعسفية يُمكن تطبيقها على عقود التأمين إلا أن البعض منها تلفت الانتباه أكثر من الأخرى<sup>(2)</sup>. وفي غياب أحكام وقرارات القضاء الجزائي فيما يتعلق بتطبيق القواعد الحمائية ضد الشروط التعسفية، سنستدل كلما اقتضى الأمر ذلك، بقرارات محكمة النقض الفرنسية نظرا لتطابق أغلب الشروط التي تضمنتها القائمتين مع تلك المنصوص عليها في القانون الفرنسي.

<sup>1</sup> - DE LAMBERTERIE Isabelle et WALLAERT Catherine, « Les Clauses abusives et le consommateur », R.I.D.C, Vol. 34 N°3, juillet-septembre 1982, pp 673-755.

<sup>2</sup> - لن نعد هنا لدراسة إمكانية تطبيق نظام القوائم على عقود التأمين، فلا مجال للشك في أنه يُمكن تطبيقها عليها، فهذا ليس هو الهدف من الدراسة، وإنما لنبين أنه يُمكن محاربة البنود التعسفية في عقود التأمين بالاستناد لنظام القوائم كمرجعية من أجل حماية المؤمن له من أي تعسف.

فبحسب البند 06 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، فيعتبر تعسفا البند الذي من خلاله يقوم المهني بـ: « فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد».

يتعلق هذا الشرط بمعاينة إذعان وإخضاع المؤمن له لبنود لا تظهر في الوثيقة المكتوبة التي يوقع عليها، وإنما محررة في وثيقة أخرى ملحقة بالوثيقة الأصلية، دون الإشارة صراحة وبشكل واضح إلى الإحالة إليها وقت توقيع العقد، فلا يمكن تقييد المؤمن له بشروط لم توضع بين يديه في المرحلة السابقة على إبرام العقد.

تم منع هذا الشرط في فرنسا بموجب المادة الأولى من المرسوم الحكومي الصادر في 24 مارس 1978، وسانده في ذلك لجنة البنود التعسفية بعد استشارتها لإبداء رأيها حول مشروع المرسوم الذي قضى بحظر التعامل بشروط الإحالة<sup>(1)</sup>.

أدى هذا الإطلاق في حضر شروط الإحالة إلى إلغائه بقرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 03 ديسمبر 1980، الصادر تبعا للطعن بتجاوز السلطة الذي رفعته الفدرالية الفرنسية لشركات التأمين، وقضى قرار مجلس الدولة بأن البند المذكور لا يتضمن في كل الحالات تعسفا، ولا يمنح بالضرورة ميزة مفرطة<sup>(2)</sup>.

أكدت بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية صحة شرط الإحالة المتضمن في وثيقة التأمين، إذ قضت بأن الإحالة إلى الشروط العامة لا يُشكل بنذا تعسفا، طالما أن المؤمن له قد اعترف في البنود الخاصة بأنه تلقى نسخة من الشروط العامة<sup>(3)</sup>.

غير أن المشرع الفرنسي فصل في هذا الموضوع بحضر التعامل بشروط الإحالة بشكل لا يُثير أي جدل؛ إذ أدرج شرط الإحالة في القائمة السوداء الوارد في المادة R.132-1 من قانون الاستهلاك، والتي تضمن البنود المفترض بشكل قاطع أنها تعسفية، وهو نفس

<sup>1</sup> - DE LAMBERTERIE Isabelle et WALLAERT Catherine, op cit, p 692.

<sup>2</sup> - VILLEGAS Laurent, op cit, p 43.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 10 avril 1996, note d'ALKHALFAN Ismail, op cit, p 66.

الحكم الذي أكده في التعديل الأخير الذي حوّل ملحق الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية إلى المادة R. 212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>(1)</sup>.

قد يُثار بعد هذا التعديل التساؤل حول موقف محكمة النقض الفرنسية حول شرط الإحالة الذي اتخذته في القرار المؤرخ في 10 أبريل 1996، لكن الموقف يُحتمل أن لا يتغير؛ فبتوقيع المؤمن له في الشروط الخاصة على بند الإحالة إلى الشروط العامة، يُقر بأنه تسلم بين يديه ملحق الشروط العامة وقت التوقيع على العقد، فهذا دليل على أن الإحالة كانت صريحة وواضحة، وأن المؤمن له على علم فعلي بالوثيقة المحال إليها وبما ورد فيها قبل التوقيع على العقد<sup>(2)</sup>.

تختلف وتتوعد البنود التعسفية التي يفرضها المؤمن على المؤمن له باختلاف المصالح التي يسعى لحسمها مسبقاً؛ وفي هذا الصدد نذكر نص البند 05 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر: **« النص في حلة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده »**.

مفاد هذا البند، هو قيام المؤمن بتضمين وثيقة التأمين ببند أو أكثر يُؤدي إلى حرمان المؤمن له من ممارسة حقه القانوني في اللجوء إلى القضاء إذا ما ثار نزاع بينهما حول تنفيذ العقد. ومن الناحية العملية فإن المؤمن يستغل قدرته الفنية والتقنية لمنع المؤمن له من ممارسة حق الطعن ضده بطريقة غير مباشرة؛ كأن يشترط عدم إمكانية مباشرة المؤمن له مقاضاة شركة التأمين قبل اللجوء إلى الخبرة الودية، بينما لا يحدد أي مدة أو يحدد لها مدة طويلة لإجرائها<sup>(3)</sup>.

لكن بالاستناد إلى نص البند 05 للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، يقوم القاضي بإبطاله دون أعمال سلطته التقديرية في ذلك، على أساس أنه من البنود المفترض بقوة القانون أنها تعسفية، لأن عدم تحديد المدة أو وضع مدة طويلة

<sup>1</sup> - Décret N° 2016 – 884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, JORF, N° 0151 du 30 juin 2016. www.legifrance.gouv.fr.

<sup>2</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 133.

<sup>3</sup> - Ibid. p 74.

لإجراء الخبرة الودية تُؤدي إلى انقضاء حق المستهلك في المطالبة القضائية إذا ما انقضت مواعيد ممارستها. لذلك أبطأ المشرع شروط حصر تسوية النزاع بين الطرفين، أو شروط حصرها في طريقة معينة دون اللجوء إلى طرق التسوية الأخرى المقررة قانوناً، والتي تشمل التسوية القضائية والطرق البديلة لحل النزاعات<sup>(1)</sup>، وهذا من شأنه أن يعزز حماية المؤمن له من مختلف أشكال التعسف التي يُمكن أن يتضمنها بند المنع من اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضد المؤمن.

يُمكن القول مما سلف، أن المشرع سار على نهج افتراض التعسف . على سبيل المثال. في البنود التعسفية الأكثر تكراراً في الواقع العملي، لكن دون تعدادها، فهذا أمر غير ممكن، وإنما جعل أحكامها ذات نطاق تطبيق عام على عقود الاستهلاك بصفة عامة، ومن خلالها يُمكن استخلاص بنود تعسفية ذات أحكام خاصة تتعلق بعقود التأمين.

تم إرساء هذه التقنية لتمكين القاضي من ممارسة رقابة فعالة على البنود التعسفية بإبطالها، وللسماع لجمعيات حماية المستهلك من الاستناد إليها كمرجع لأداء دورها في حماية مصالح المستهلك، إما برفع دعاوى مستقلة لحذف الشروط التعسفية في نماذج العقود التي يعتزم المتدخلون تسويقها، أو تتدخل إلى جانب المستهلك لرفع دعاوى إبطال البنود التعسفية لعقد ساري المفعول<sup>(2)</sup>.

ساهم نظام القوائم في إسباغ الطابع التعسفي لبنود خاصة بعقود التأمين، وذلك بالاستناد إلى البنود التعسفية التي تضمنتها هذه القوائم كمرجع لاستنتاج طابعها التعسفي. ولتأكيد ذلك، نستدل بنص البند 3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث تعتبر تعسفاً تفرد المتدخل بـ : « **امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك** » .

<sup>1</sup> - TROCHU Michel, op cit, p 77.

<sup>2</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,...consommation, 6<sup>ème</sup> édition...op cit, pp 210, 211.



يشمل نطاق تطبيق هذا البند عقود الاستهلاك التي ترد على السلع وتلك التي ترد على الخدمات، دون أن يكون تطبيقه خاصا بعقود التأمين. ومن مضمون الحكم العام لهذا البند يُمكن استخلاص بنود تعسفية تستجيب لمتطلبات حماية المؤمن له، فعلى سبيل المثال، في عقد التأمين المتعدد الأخطار السكنية، تُعد تعسفية البنود التي تُتيح للمؤمن التفرد بتعديل مدة العقد، أو بتعديل البنود المتعلقة بالمخاطر المؤمن منها<sup>(1)</sup>.

يتبين مما سلف، أن الاعتماد على نظام القوائم كمرجع يُمكن من الكشف على البنود التعسفية المتعامل بها في عقود التأمين؛ فبالرغم من أن الشروط التعسفية محل الحظر في نظام القوائم تُوضح فقط المعالم الرئيسية المميزة للشروط التعسفية، فأحكامها ذات نطاق تطبيق عام على عقود الاستهلاك دون أن تكون مخصصة لعقد محدد، إلا أنها تُساهم في الكشف عن شروط تعسفية تُؤدي إلى الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات المترتبة على طرفي عقد التأمين، وهذا ما يظهر من انتقاء البنود التي ذكرناها على سبيل المثال كمرجع لتحديد البنود التعسفية في عقود التأمين.

إن الحكم على شروط بأنها تتضمن تعسفا بقوة القانون، تُساهم في فعالية الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث النوعية؛ فمن جهة، تُقدم حولا تطبيقية يمنحها القانون ويضمن تطبيقها المباشر، فهي حماية مباشرة للمستهلك ضد الشروط التعسفية، وتكون ملزمة لكل المتدخلين في السوق التأمينية. ومن جهة أخرى، يُمثل نظام القوائم آلية تُسهل للمستهلك إثبات الطابع التعسفي لأي بند متنازع فيه، فيكفيه أن يُثبت أنه وارد ضمن هذه القوائم<sup>(2)</sup>.

تعرضت تقنية إيراد القوائم لتحديد الشروط التعسفية للنقد، فهي لا توفر إلا الحد الأدنى من الحماية؛ لأنها لا تتضمن إلا تلك الشروط التعسفية الأكثر تواترا والأكثر خطورة، فمن المستحيل ومن غير المجدي محاولة وضع قائمة إحصائية ونهائية لها، إذ توجد عدة عوامل

<sup>1</sup> - VILLEGAS Laurent, op cit, p 148.

<sup>2</sup> - SAUPHANOR Nathalie, op cit, p 266.

تمنع ذلك، كتطور تقنيات التوزيع، وتنوع أشكال الممارسات التجارية والتي تتنوع وتختلف معها الشروط العامة للتعاقد التي يضعها المتدخلون<sup>(1)</sup>.

بالنظر إلى هذه العوامل، فإن نظام القوائم المعدة مسبقا والتي تتسم بالجمود سيتجاوزها الواقع العملي الذي يفسح المجال للتعامل بشروط تعسفية لم تكن محلا للحكم بطابعها التعسفي في القوائم. إلى جانب نظام القوائم، وضع المشرع معيارا عاما يسمح للقاضي بتقدير الطابع التعسفي للبند المتنازع فيه بين المؤمن والمؤمن له.

**ثانيا: الاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر لتحديد البنود التعسفية في عقود التأمين:** إذا لم يرد البند المتنازع فيه في أي من القائمتين، ففي هذه الحالة على القاضي أن يتفحصه إن كان ينطبق عليه وصف التعسف بالاستناد إلى الإخلال الظاهر كمعيار تبناه المشرع لإسباغ التعسف على البنود التعاقدية<sup>(2)</sup>.

لذلك سنبين موقف القضاء من تطبيق معيار الإخلال الظاهر لتقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في عقد التأمين، ولأن القضاء الجزائي لم يسعفنا بأحكام أو قرارات خاصة بتطبيق أحكام القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في شقه المتعلق بالشروط التعسفية، سنبين هذا الموقف من التطبيقات القضائية الفرنسية فيما يخص بعض الشروط المتنازع فيها، والتي بالاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر، قررت بطابعها التعسفي (1)، وتلك التي نفت عنها الطابع التعسفي (2).

**1- تقرير القضاء لشروط تعسفية حماية للمؤمن له:** ألغى القضاء الفرنسي جملة من الشروط التي ترد في عقود التأمين لاتسامها بالطابع التعسفي استنادا لمعيار الإخلال الظاهر، ونذكر منها:

<sup>1</sup> - GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les techniques d'élimination... op cit, p 51.

<sup>2</sup> - تنص المادة 5/3 من قانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: 5- شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ».

- الشرط المعرف للخطر المؤمن منه، والذي يسمح للمؤمن التحلل من التزامه بدفع مبالغ التأمين المستحقة عند تحقق الحادث الذي يُفعل آثار الضمان.

أقر القضاء الفرنسي بالطابع التعسفي لهذا الشرط، عند الفصل في قضية تتلخص وقائعها في قيام زوجين بإبرام عقد تأمين على إلغاء رحلة إقامة إلى السنغال مقررة من 21 فيفري إلى 7 مارس 2003، وبموجب إرسالية للمؤمن مؤرخة في 18 فيفري من نفس السنة، قام الزوجين بإلغاء الإقامة لعدم قدرة الزوجة على السفر بسبب الحالة الصحية التي تتواجد فيها، كما تُثبتته الشهادة الطبية المرفقة. رفض المؤمن أعمال الضمان بحجة أن الحادث المعلن له لا يُشكل مرضاً خطيراً، وأن المؤمن لها غير ملزمة بعدم مغادرة الغرفة، في حين أن المرض الخطير كما هو معرف في العقد؛ كل مساس بالصحة، معاين من طرف هيئة صحية مختصة، وينطوي على التوقف عن ممارسة أي نشاط مهني أو غيرها، ويؤدي إلى المنع من مغادرة الغرفة.

قررت محكمة استئناف Chambéry الطابع التعسفي لهذا الشرط عند الفصل في القضية؛ حيث قضت بأن التمسك بالمعنى الحرفي لعبارة « الحظر من مغادرة الغرفة » سيؤدي إلى استبعاد شبه كلي للأمراض من نطاق ضمان إلغاء رحلة الإقامة، لأن هذا الشرط ينطوي على درجة من الخطورة لا يضمن المؤمن بموجبها إلا الأمراض الخطيرة، والتي في هذه القضية مستبعدة على أساس أن رغبة الزوجين في السفر تدل في حد ذاتها على أن الزوجة في حالة صحية جيدة ولا تعاني من أي مرض خطير.

لهذا اعتبرت محكمة الاستئناف أن هذا الشرط المتنازع فيه تعسفي بالنظر إلى ما يتطلبه من صعوبة تحقيقه من جانب المؤمن له، والاستبعاد السهل جداً للضمان من جانب المؤمن<sup>(1)</sup>. ونفس الحكم ينطبق على الشروط الماسة بحق المؤمن له باللجوء إلى القضاء.

- الشرط المتعلق بالتسوية الودية للحادث إذا كان غرضه أو أثره يُعرقل ممارسة المؤمن له لحقه في اللجوء إلى القضاء.

<sup>1</sup> - Cour d'appel de Chambéry, 21 mars 2006, note d'ALKHALFAN Ismail, op cit, p 176.

عالجت محكمة Auray بندا تضمنه عقد تأمين على السيارة ينص على أنه؛ إذا لم تحدد قيمة الأضرار بالتراضي، سيلتزم كل منهما بعدم رفع القضية إلى العدالة قبل السعي إلى حل ودي كما هو محدد في الشروط العامة للعقد.

أثناء معالجة القضية، تبين للمحكمة أن البند سيؤدي بالضرورة إلى الحد من إمكانية المؤمن له من اللجوء إلى القضاء، لأن إلزامية مرحلة التسوية الودية كما هو محدد في العقد قد تطول وتؤدي إلى تقادم ميعاد رفع الدعوى القضائية، أو تُحمل المؤمن له تكاليف باهظة لتعيين خبير. لهذه الاعتبارات، قضت بالطابع التعسفي للشرط لأن غايته ليست اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات، وإنما أثره هو عرقلة أو منع ممارسة حق المؤمن له في اللجوء إلى القضاء<sup>(1)</sup>.

- الشرط المعرف للحادث الموجب للضمان على أنه العجز الكلي المعاین طبيا خلال مدة الضمان، والذي يُتيح للمؤمن صلاحية فسخ العقد قبل المعاينة الطبية لو علم بالحادث.

هذا ما يظهر من خلال قرار محكمة استئناف Lyon، عند الفصل في الطابع التعسفي لبند متضمن في عقد تأمين يربط فيه المؤمن دفع مبالغ التأمين على شرط المعاينة الطبية للعجز الكلي للمؤمن له خلال مدة سريان الضمان.

مبدئيا لا يتضمن هذا البند لوحده أي تعسف، إلا أن محكمة الاستئناف لاحظت أنه مرتبط ببند آخر من نفس العقد يقضي بأن مدة العقد هي 12 عشر شهرا، على أن يجدد الضمان كل سنة، إلا إذا تم فسخه بموجب إعدار يبلغه أحد المتعاقدين كل شهر على الأقل من تاريخ التجديد السنوي للضمان.

قضت محكمة استئناف Lyon بالطابع التعسفي لهذا البند، لأنه يمنح للمؤمن ميزة مفرطة؛ إذ أن صلاحية فسخ العقد كل سنة، تُمكنه من فسخ العقد قبل المعاينة الطبية للحادث الذي يترتب العجز الكلي للمؤمن له إذا ما علم به<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - Tribunal d'Instance d'Auray, 12 novembre 1993. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>2</sup> - CA Lyon, 28 mars 1991, note d'ALKHALFAN Ismail, op cit, p 174.

يظهر مما سلف، أن القضاء الفرنسي وبالإستناد إلى معيار الإخلال الظاهر قد قرر الطابع التعسفي لجملة من الشروط التي تضمنتها عقود التأمين، وهذا ما يتبين من الأمثلة التي تطرقنا إليها<sup>(1)</sup>. لكن في مقابل ذلك، وبالإستناد إلى نفس المعيار، رفض التكييف التعسفي لشروط واردة في عقود التأمين وأقر بصحتها.

**2- نفي القضاء التكييف التعسفي لشروط لا تنال من مصالح المؤمن له:** عند معالجة القضاء لمدى تحقق الطابع التعسفي لعدة شروط يكثر التعامل بها في عقود التأمين، قرر صحة الكثير منها، والتي كان من المرجح أن يعلن على أنها تعسفية لما يبدو من غايتها أو أثرها أنها ستنتال من حقوق المؤمن له. ومنها نذكر على سبيل المثال:

- نفي الطابع التعسفي عن الشرط المتضمن في عقد تأمين متعدد الأخطار السكنية، الذي يُعلق أعمال ضمان السرقة بدون كسر، على إثبات أن السرقة قد تمت عن طريق التسلق، أو الدخول السري، أو استعمال مفاتيح مزورة.

طُرحت لأول مرة مسألة شرط عبئ إثبات الحادث أمام محكمة Paris، من طرف جمعية حماية المستهلك، ويتعلق النزاع بشرط يلتزم فيه مكتب تأمين متعدد الأخطار السكنية، بأن يثبت بأن السرقة قد ارتكبت عن طريق التسلق، أو استعمال مفاتيح مزورة، أو الدخول السري<sup>(2)</sup>. حيث أثارت الجمعية الطابع التعسفي لهذا الشرط، واستندت في ذلك إلى لجنة البنود التعسفية التي تدعم حذف هذا الشرط في التوصية رقم 85-04 تتعلق بالعقود المتعددة الأخطار السكنية<sup>(3)</sup>.

عند تقديرها لمدى تحقق الطابع التعسفي للشرط المتنازع فيه، قضت محكمة Paris بعدم تضمن الشرط لأي ميزة مفرطة لصالح المؤمن؛ ففي تقييمها، ارتأت للمحكمة بأن تقدير الخطر من طرف المؤمن لن يكون سليماً تماماً إذا ما أُعفي المؤمن له من إثبات الظروف المصاحبة لارتكاب السرقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يُمكن للمؤمن له أن يدعي

<sup>1</sup>- لم تكن نسعى من خلال بحث الشروط المقررة قضاءً بطابعها التعسفي إلى تعدادها وإحصاء قائمة جرد لها، لأن ليست هذه الغاية التي نسعى إلى تحقيقها، وإنما من أجل بيان دور القضاء في تحديد البنود التعسفية في عقود التأمين بالإستناد إلى معيار الإخلال الظاهر.

<sup>2</sup> - TGI Paris, 29 juin 1994, note, d'ALKHALFAN Ismail, op cit , p 161.

<sup>3</sup> - Recommandation n° 85-04 Consultable sur le site de CCA, [www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr).

الاستفادة من تأمين متعدد المخاطر السرقة، في حين أنه دفع قسط أقل بكثير بموجب عقد تأمين المتعدد الأخطار السكنية<sup>(1)</sup>.

لم تقتنع جمعية حماية المستهلك بحجج المحكمة وطعنت في الحكم؛ إلا أن مجلس استئناف باريس<sup>(2)</sup>، وبعده محكمة النقض<sup>(3)</sup>، أكدا حكم المحكمة الابتدائية.

- نفي الطابع التعسفي عن شرط الوقاية من الأخطار، يلتزم بموجبه المؤمن له باتخاذ الاحتياطات اللازمة ضد تحقق الخطر.

طبق مثل هذا الشرط على قضية تتلخص وقائعها في، قيام مالك سيارة بوضع إعلان لبيعها، وأثناء تجربة السيارة من طرف شخص مهتم بشرائها، استغل هذا الأخير لحظة عدم انتباه من مالكيها، فركب السيارة وفرّ بها. طالب المؤمن له بتفعيل الضمان، إلا أن المؤمن رفض ذلك بإثارة بند الاستبعاد من الضمان الذي تضمنه عقد التأمين الذي يقضي بعدم تغطية الأضرار التي تنتج عن؛ السرقة أو محاولة السرقة المرتكبة حين تواجد المفاتيح في مكان تشغيل السيارة، أو داخل أو على السيارة، إلا إذا كانت السرقة قد ارتكبت بالسطو أو تسلق مكان خاص، أو محاولة قتل أو بواسطة عنف جسدي.

استجاب قضاة الموضوع<sup>(4)</sup> لرفض المؤمن بتفعيل الضمان، وطبقوا بذلك شرط الاستبعاد من الضمان، ما أدى بالمؤمن له إلى رفع طعن بالنقض، إلا أن محكمة النقض أيدت قرار قضاة الموضوع، وأكدت بأن الشرط المتنازع فيه ليس تعسفي؛ فالإزام المؤمن له باتخاذ فقط الاحتياطات الأساسية ضد السرقة لا يشكل قيوداً مبرراً لحريته، ولا يمنح بالنتيجة ميزة مفرطة للمؤمن<sup>(5)</sup>.

- نفي الطابع التعسفي عن شرط الاستثناء من الضمان المحرر بطريقة واضحة ومفهومة.

<sup>1</sup> - VILLEGAS Laurent, op cit, p 144.

<sup>2</sup> - CA Paris, 3 avril 1996, note, d'ALKHALFAN Ismail, op cit, p 163.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 7 juillet 1998, note, PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 338.

<sup>4</sup> - CA Nîmes, 5 janvier 2010, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>5</sup> - Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 février 2011, note, VILLEGAS Laurent, op cit, p 146.

إعمالاً لهذا الشرط، قضت محكمة Paris في حكمها المؤرخ في 1 مارس 1995 أنه؛ في عقد التأمين عن فقدان العمل المرتبط بعقد القرض، فإن الشرط الذي ينص على أن التسريح الجماعي أو الاقتصادي مستبعد من الضمان خلا السنة الأولى من الإذعان، لا يمنح للمهني ميزة مفرطة، بالتالي لا يُعتبر تعسفياً<sup>(1)</sup>.

وقد عللت المحكمة ما قضت به، بالقول أن نسبة عدم اليقين بشأن هذا النوع من التسريح قد تقلصت دون أي شك بالنظر إلى الوضع الاقتصادي في تلك الفترة، وبهذا تكون المحكمة قد عللت غياب الطابع التعسفي على الشرط بشكل كافي<sup>(2)</sup>.

مما سلف، نستخلص أن القضاء قد استند إلى نظام القوائم ومعيار الإخلال الظاهر للكشف عن البنود التعسفية في عقود التأمين. ولنا في هذا ملاحظتين: تكمن الأولى في محدودية السلطة التقديرية المخولة للقاضي إذا كان الشرط المتنازع فيه وارد في نظام القوائم. أما الثانية فإنه استناداً لمعيار الإخلال الظاهر، نجد أن القضاء قد قرر صحة عدة بنود في عقود التأمين كان من المرجح أن يقرر بطابعها التعسفي. وهذا هو الواقع الذي في رأينا قد أدى حتمية اللجوء إلى ضبط البنود التعسفية الخاصة بعقود التأمين.

## الفرع الثاني

### الاتجاه إلى ضرورة ضبط بنود تعسفية خاصة بعقود التأمين

تحت التأثير الكبير للنزعة الاستهلاكية، سارت التشريعات وتطورت نحو توفير الحماية المرجوة للمستهلك، بما فيها الجانب المتعلق بالحماية ضد البنود التعسفية، فانتهجت التشريعات نهج وضع قوائم بيانية لبنود تعسفية، وما لم تتضمنه تلك القوائم، فيقاس بمعيار الإخلال الظاهر، وكل هذا بغض النظر إلى مجال الاستهلاك الذي يتعاقد فيه.

إذا كانت هذه الضرورة هي التي استدعت وضع هذه التقنية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية بصفة عامة، فإنها تصح كذلك لضبط البنود التعسفية الخاصة بعقود

<sup>1</sup> - TGI Paris, 1<sup>er</sup> ch., 1<sup>er</sup> sect., 1<sup>er</sup> mars 1995, note d'ALKHALFAN Ismail, op cit, p 142.

<sup>2</sup> - VILLEGAS Laurent, op cit, p 133.

التأمين للاستجابة لمتطلبات النجاعة في حماية المؤمن له من التعسف الممارس ضده من طرف المؤمن.

انطلاقاً من هذه الحماية الموجودة ضد الشروط التعسفية وُجد الدافع للبحث والوصول إلى الحماية التي يجب أن تكون للمؤمن له.

لما كان التعامل بهذه الشروط يتخذ أشكالاً ومظاهر متنوعة، كان ضرورياً تتبعها واستكشافها، وهو الدور الذي تضطلع به لجنة البنود التعسفية من خلال تأثير توصياتها على المشرع<sup>(1)</sup>، والذي يُمكن أن نلمسه تبعاً من خلال شكل التصريح بالخطر (أولاً)، وتنفيذ (ثانياً)، وفسخ عقد التأمين<sup>(2)</sup> (ثالثاً).

**أولاً: شكل التصريح بالخطر:** أول ما يلتزم به المؤمن له قانوناً عند طلب التأمين، هو التصريح للمؤمن بكل العناصر والظروف التي من طبيعتها أن تؤثر على رأي هذا الأخير فيما يتعلق بالخطر الذي يتعين أن يضمّنه.

في الممارسة العملية، يقوم المؤمن بمساعدة<sup>(3)</sup> المكتب على تنفيذ هذا الإلتزام القانوني بتقديم استمارة أسئلة يجيب عنها<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - تقتضي منا ضرورة الكشف عن التوجه إلى ضبط بنود تعسفية خاصة في عقود التأمين، الرجوع في ذلك إلى ما توصلت إليه لجنة البنود التعسفية في فرنسا، وبيان كيف أن التوصيات التي تصدرها قد أثرت على المشرع الذي أدخل عدة تعديلات على قانون التأمينات الفرنسي، حتى أصبحت أحكامه مترابطة مع الأحكام التي توصلت إليها اللجنة. وكل هذا في غياب العمل الميداني للجنة البنود التعسفية في الجزائر، لكن هذا لا يمنع من التطرق إلى بعض أحكام قانون التأمينات الجزائري لإبراز ضرورة تعديل بعض أحكامه.

<sup>2</sup> - ينبغي أن نشير هنا إلى نقطة أساسية، وهي أننا سنتطرق إلى منح القانون حق فسخ عقد التأمين لطرفه ليس من زاوية جزاء الإخلال بالالتزامات التي تنشأ عنه، وإنما من زاوية مراعاة مصالح الطرفين لظروف قد تطرأ بعد التوقيع على العقد.

<sup>3</sup> - نشير هنا إلى أن المادة L.113-2 من قانون التأمينات الفرنسي قبل تعديله في 1989 لم ينص على استمارة الأسئلة، وإنما شركات التأمين هي التي تفرض هذه الاستمارة لمساعدة المكتب على إعطاء البيانات المتعلقة بالخطر، ومن خلالها يمكن للمؤمن أن يتخذ قرار قبول تغطية الخطر من عدمه.

Article L 113-2 du Code des assurances stipule : « **L'assuré est obligé :- 2° De déclaré exactement lors de la conclusion du contrat toutes les circonstance connues de lui qui sont de nature a faire apprécier par l'assureur les risque qu'il prend a sa charge** ». Décret n° 76-



باعتماد تقنية الاستمارة، فإنه مبدئياً لا يتحمل المكتتب المسؤولية عن عدم تصريحه للمؤمن بأي ظرف يتعلق الخطر إذا لم يكن محلاً لسؤال في الاستمارة، فغياب السؤال يفيد أن المؤمن لم يكن يهتم بهذا الظرف، إلا أن يكون الإغفال عن سوء نية من المؤمن له<sup>(2)</sup>.

تطرقت لجنة البنود التعسفية في فرنسا لهذا الشرط في التوصية رقم 85-04 تتعلق بالعقود المتعددة الأخطار السكنية<sup>(3)</sup>، والتوصية رقم 89-01 تتعلق بعقود تأمين السيارات السياحية<sup>(4)</sup>. وقد أشارت فيهما اللجنة بوضوح إلى الطابع الخطير جداً لهذا الشرط الذي يُفرض حتى الآن؛ ففي نظر اللجنة، بما أن المؤمن له ليس مختصاً في مجال التأمين، فلا يستطيع أن يحيط علماً بكل هذه الظروف، فيقع بالنتيجة على المؤمن أن يلتزم بطرح الأسئلة التي تُفيد في تقدير الخطر، هذا من جهة.

من جهة أخرى، تضيف اللجنة بأن المؤمن له لا يُلزم إلا بتقديم الأجوبة بوضوح وبدقة للأسئلة المطروحة في الاستمارة التي يعود الاختصاص في إعدادها للمؤمن، لذلك فإن الشروط التعاقدية التي تُخضع المؤمن له للعقوبات عن عدم التصريح أو التصريح غير الدقيق، يجب أن تُلغى إذا لم تكن محلاً لسؤال في الاستمارة.

بهذا فإن لجنة البنود التعسفية ومن خلال هذه التوصيات، تُؤيد ضرورة إسباغ الطابع المقيد (limitatif) والدقيق (précis) لاستمارة الأسئلة؛ فلا يتحمل المؤمن له المسؤولية عن عدم التصريح بوقائع أو ظروف لم ترد أسئلة بشأنها، ولا عن الأجوبة المعبر عنها بعبارات عامة متى كان السؤال محرر بعبارات عامة<sup>(5)</sup>.

---

666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances, JORF du 21 juillet 1976.

<sup>1</sup> - تنص المادة 1/15 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات: « يلتزم المؤمن له : 1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها. »

<sup>2</sup> - PELISSIER Anne, « Preuve de la connaissance par l'assureur de l'inexactitude de la déclaration », Revue Générale de Droit des Assurances, N° 12, décembre 2016, p 608.

<sup>3</sup> - Recommandation n° 85-04, op cit.

<sup>4</sup> - Recommandation n° 89-01 du 19 mai 1989, relative aux contrats des véhicules automobiles de tourisme. [www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr)

<sup>5</sup> - PELISSIER Anne, « Forme et moment de la déclaration de risque », R.G.D.A, n° 7, juillet 2016, p 359.

بصدور قانون 31 ديسمبر 1989 المعدل لقانون التأمين الفرنسي، يظهر بوضوح تأثير توصيات اللجنة على المشرع؛ ففيما يتعلق بالطابع المحدود أو المقيد لاستمارة الأسئلة، فإنه بموجب أحكام المادة L.113-2 من قانون التأمين المعدلة، لن يكون المؤمن له على خطأ إذا ما أغفل المؤمن أي سؤال يتعلق بالخطر، فهو ملزم فقط بالإجابة بدقة على الأسئلة التي يطرحها عليه المؤمن<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بضرورة توافر الدقة في استمارة الأسئلة، فإن قانون 31 ديسمبر 1989 تضمن إجراء في شكل تحذير للمؤمن في المادة L.112-3-2؛ مفاده أن طرح المؤمن لأسئلة كتابية أو بأي وسيلة أخرى قبل إبرام العقد، فإنه لا يستطيع أن يستفيد من أي ميزة أو أفضلية إذا ما تلقى إجابة غير دقيقة عن سؤال طرحه بعبارات عامة<sup>(2)</sup>.

إن هذا التدخل التشريعي المراعي لتوصيات لجنة البنود التعسفية فيما يتعلق بشكل التصريح بالخطر سيجسد حماية فعالة للمؤمن له عند إبرام العقد؛ فهو تدخل تشريعي مباشر بموجب أحكام خاصة ذات نطاق تطبيق خاص بعقود التأمين، دون الرجوع إلى نظام القوائم أو قياسا إلى معيار الإخلال الظاهر المطبق في عقود الاستهلاك.

لم يأخذ المشرع الجزائري بهذه الفرضيات عند التصريح بالخطر، فبالرجوع إلى القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، نجد أن التصريح بالخطر يتم ضمن استمارة الأسئلة<sup>(3)</sup>،

<sup>1</sup> - Selon l'article L. 113-2 du Code des assurances, l'assuré n'est obligé aux termes de cet article que : « *de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge* ». Modifié par l'article 10 de la Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances a l'ouverture du marché européen, JORF du 3 janvier 1990.

<sup>2</sup> - Article L. 112-3-2° « *Lorsque, avant la conclusion du contrat, l'assureur a posé des questions par écrit à l'assuré, notamment par un formulaire de déclaration du risque ou par tout autre moyen, il ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise* ». Modifié par l'article 9 de la Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>3</sup> - المادة 1/15 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

لكن دون أن يتضمن أي أحكام تتعلق بالعبارات التي يجب أن ترد فيها أسئلة الاستمارة من حيث الدقة والوضوح.

أخطر من ذلك، سيجد المؤمن له نفسه أمام خيار الزيادة في القسط أو فسخ العقد من طرف المؤمن في حالة ما إذا أغفل شيئاً أو كان تصريحه غير صحيح<sup>(1)</sup>. فعلى أي أساس يتحمل المؤمن له مسؤولية عدم دقة الأسئلة التي ينفرد المؤمن مسبقاً بإعدادها، أو عن إغفال التصريح بظروف متعلقة بالخطر لم يرد بشأنها سؤال في الاستمارة.

بهذا فإن المشرع الجزائري قد تغافل عن مسألة مهمة جداً؛ فعدم تحديد شكل قانوني للتسريح بالخطر، يجعل منه مصدراً لتعسف المؤمن تجاه المؤمن له، فبإعفاء المؤمن من تحمل تبعات عدم دقة أسئلة الاستمارة والإغفال عن طرح أسئلة حول الظروف المتعلقة بالخطر، فإن المؤمن له هو الذي سيتحمل ذلك. لذلك من الضروري تدخل المشرع الجزائري لتعديل الأحكام المتعلقة بالتصريح بالخطر.

إضافة إلى شكل التصريح بالخطر، فإن توصيات لجنة البنود التعسفية قد أثرت على المشرع الفرنسي فيما يخص الشق المتعلق بالأحكام المرتبطة بتنفيذ ما يترتب عن عقد التأمين من حقوق والتزامات بين طرفيه، وكل هذا يندرج ضمن سياق جهود لجنة البنود التعسفية في فرنسا من أجل إيجاد أفضل الحلول الحمائية الممكنة واقتراحها على القضاء أو المشرع.

**ثانياً: تنفيذ عقد التأمين: ويتعلق الأمر أساساً بنقص الخطر (1) و إعلان الحادث (2).**

1- **نقص الخطر:** يُمكن أن يحدث بعد إبرام العقد أن ينقص الخطر وتتقص معه درجة احتمال حدوثه، وفي هذه الحالة يحق للمؤمن له طلب تخفيض القسط تبعاً لنقص الخطر بعد إعلان ذلك للمؤمن، لكن المشرع لم يقرر له حق فسخ العقد<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 1/19 من الأمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - المادة 4/18 من الأمر نفسه.

يُمكن أن يحدث كذلك تفاقم للخطر المؤمن منه بعد إبرام العقد، لذلك أقر القانون حق المؤمن في طلب الزيادة في القسط<sup>(1)</sup> ليتناسب مع درجة احتمال حدوث الخطر، أما إذا رفض المؤمن له دفع الزيادة في الأقساط فيحق أيضا للمؤمن فسخ العقد بعد إتباع إجراءات محددة في التنظيم والتشريع المعمول به في التأمين<sup>(2)</sup>.

فمن مقتضيات الإبقاء على التوازن العقدي في حالة تفاقم الخطر زيادة قسط التأمين، أما في حالة رفض المؤمن له دفع الزيادة فلا يكون أمام المؤمن إلا فسخ العقد، وبدرجة أقل يُمكن أن يُبقي على العقد دون الزيادة. وهنا يظهر عدم التماثل في الحقوق الناتجة من تفاقم أو نقص الخطر، وعدم التماثل في الحقوق بين المؤمن والمؤمن له سيفضي إلى التعسف<sup>(3)</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد منح للمؤمن في حالة تفاقم الخطر حق الخيار بين طلب الزيادة في القسط، أو فسخ العقد إذا رفض المؤمن له دفع الزيادة مع إلزامه بتعويض، أما إذا زال تفاقم الخطر، فتقرر للمؤمن له حق طلب الفسخ في حالة رفض المؤمن لتقليص القسط، لكن دون إقرار الحق في التعويض<sup>(4)</sup>.

أدى هذا الوضع إلى تدخل لجنة البنود التعسفية بعدما أبدت ملاحظاتها واقتراحاتها حول هذا الموضوع في التوصية رقم 85-04 تتعلق بالعقود المتعددة الأخطار السكنية<sup>(5)</sup>؛ ففي مثل هذه العقود، أثارت اللجنة ملاحظة هامة مفادها أن القانون يهتم أكثر بالآثار المترتبة عن تفاقم الخطر بالمقارنة مع تلك المترتبة عن نقص الخطر، ما يشكل اختلالا واضحا يمنح مجالاً للمؤمن حتى يتعسف اتجاه المؤمن له فيبدي رغبته كلما تفاقم الخطر في فرض زيادة في القسط، أو فسخ العقد وإلزام المؤمن له بدفع تعويض. أما في حالة تقلص الخطر، فإن عقود معينة فقط تعترف بحق المؤمن له في الحصول على خفض القسط، وفي كل الأحوال لم يتقرر حصوله على أي تعويض له إذا ما فسخ العقد.

<sup>1</sup> - المادة 3/15 من الأمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - المادة 18 من الأمر نفسه.

<sup>3</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 322.

<sup>4</sup> - Article L.113-7 du code des assurances, abrogé par l'article 46 de la Loi n° 89-1014, du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>5</sup> - Recommandation n° 85-04, op cit.

لكي تكون هذه العقود متوازنة، فقد أوصت بضرورة القضاء على كل البنود التي تكون غايتها أو أثرها أن تفرض على المؤمن له آثار أكثر خطورة على تفاقم الخطر، ولا تتضمن مثلها على المؤمن على تقلص الخطر<sup>(1)</sup>، هذا من جهة. وضرورة تضمين هذه العقود بنودا تكون غايتها أو أثرها تأكيد حق المؤمن له في حالة نقص الخطر، الخيار بين فسخ العقد وتقليص قسط التأمين<sup>(2)</sup>، من جهة أخرى.

وفقا للتوصية السالفة الذكر، فإن قانون 31 ديسمبر 1989 ألغى المادة L.113-7 و عدّل المادة L. 113-4 من قانون التأمين الفرنسي، بموجبها أصبح حق المؤمن في زيادة القسط أو الفسخ في حالة تفاقم الخطر يقابله الآن حق المؤمن له في فرض إنقاص للقسط أو فسخ العقد إذا رفض المؤمن ذلك في حالة نقص الخطر<sup>(3)</sup>.

## 2- التصريح بتحقق الخطر: ويتعلق بميعاد الإعلان به (أ) وجزء التأخر في إعلانه (ب).

أ- ميعاد التصريح بتحقق الخطر: أوصت لجنة البنود التعسفية الفرنسية فيما يتعلق بالعقود المتعددة الأخطار السكنية، بحذف كل البنود التي يكون غرضها أو أثرها فرض مواعيد جد قصيرة للإعلان بتحقق الخطر<sup>(4)</sup>.

أكدت بعد ذلك في التوصية المتعلقة بعقود تأمين السيارات السياحية بأن الإلتزامات الملقاة على عاتق طرفي العقد قد أظهرت اختلالا واضحا على حساب المؤمن له؛ فالميعاد الممنوح لهذا الأخير لإعلان تحقق الخطر قصيرة جدا والعقوبة على عدم احترامه مشددة. فاعتبرت اللجنة أنه بند تعسفي إلزام المؤمن له بإعلان تحقق الخطر خلال 24 ساعة تحت طائلة سقوط الحق في الضمان، في حين أن هذا الميعاد من غير المعقول أن يكون أدنى من يومين<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - Recommandation n° 85-04, disposition n° I, 3°, op cit.

<sup>2</sup> - Ibid, disposition n° II, 1°.

<sup>3</sup> - Article L. 113-4 du code des assurances modifié par l'article 11 de la Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>4</sup> - Recommandation n° 85-04, dispo, n° I, 14°, op cit.

<sup>5</sup> - Recommandation n° 89-01, op cit.

ترتب عن ذلك صدور توصية اللجنة بحذف البنود التي تكون غايتها أو أثرها إلزام المؤمن له في حالة سرقة السيارة، إعلان تحقق الخطر في ميعاد أقل من يومين<sup>(1)</sup>.

تبعاً لذلك، مدد قانون 31 ديسمبر 1989 ميعاد التصريح بتحقق الخطر بأسلوبين؛ بموجب الأول، وإن أبقى على الميعاد بخمسة أيام إلا أنه أكد بأنها أيام عمل، أما بمقتضى الثاني، ميعاد التصريح بالسرقة محدد بيومي عمل<sup>(2)</sup>.

يهدف هذا التعديل إلى حماية المؤمن له من تعسف المؤمن خاصة في مجال التصريح بالسرقة، فقبل التعديل كان ميعاد الخمسة أيام مستبعد في مجال التأمين من السرقة، فكانت تخضع للحرية التعاقدية لطرفي عقد التأمين أين يتعسف المؤمن في فرض ميعاد قصير جداً للتصريح بالسرقة.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فيمكن القول بأنه أقر ميعادا معقولا للتصريح بتحقق الخطر، إذ حدده بسبعة أيام كأقصى حد، مع استثناءات في مجال التأمين من السرقة أين يتقلص ميعاد التصريح بالحادث إلى ثلاثة أيام كأقصى حد، وأربعة أيام بالنسبة للتأمين من البرد، و أربعة وعشرين ساعة بالنسبة للتأمين من هلاك الماشية، ولا يتقيد المؤمن له بهذه المواعيد في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة<sup>(3)</sup>. كما عدلت الأحكام المتعلقة بالعقوبات عن التصريح المتأخر بتحقق الخطر.

**ب- جزاء التأخر عن التصريح بتحقق الخطر:** طبقاً للمادة 22 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، يترتب عن تأخر المؤمن له في التبليغ عن تحقق الخطر في الميعاد المحدد، جواز تخفيض قيمة التعويض في حدود الضرر الفعلي الذي يلحق بالمؤمن، فلا

<sup>1</sup> - Recommandation n° 89-01, dispo, n° I, 10°.

<sup>2</sup> - Article L. 113-2,4°, du code des assurances, modifié par la Loi du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>3</sup> - المادة 15 من أمر رقم 95 - 07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر .

تخفيض في التعويض لمجرد التأخر في إعلان الحادث إلا إذا أثبت المؤمن أن هذا التأخر ألحق به ضرر<sup>(1)</sup>.

وفيما يخص التشريع الفرنسي فقبل صدور قانون 13 جويلية 1930 المتعلق بعقد التأمين، كانت شروط السقوط تخضع لإرادة طرفي عقد التأمين، أما بعد صدور هذا القانون، فقد أقر بصحة شروط سقوط الضمان كجزاء عن التأخر في التصريح بالخطر، واكتفى بتنظيمها من حيث الشكل، فاستلزم أن تكون مكتوبة بحروف جد بارزة<sup>(2)</sup>، أما من حيث الموضوع، فنتجت أثرها دون تقييد المؤمن بإثبات أن التأخر في التصريح بتحقق الخطر كان عن سوء نية من المؤمن له أو إثبات أن التأخر قد ألحق به ضرر<sup>(3)</sup>.

فالسقوط كجزاء عن التأخر في التصريح بتحقق الخطر بغض النظر عن الميعاد يُعبر عن التعسف الذي فرضه المؤمن على المؤمن له.

تبعا لهذا أوصت لجنة البنود التعسفية في ثلاثة توصيات أصدرتها<sup>(4)</sup>، بضرورة حذف البنود التعسفية التي تكون غايتها أو أثرها ترتيب عقوبات على المؤمن له تكون أخطر من الحكم عليه بتعويض المؤمن على الأضرار التي تلحقه بسبب التأخر في إبلاغه عن تحقق الخطر.

بصدور قانون 31 ديسمبر 1989، أضاف المشع الفرنسي للشروط الشكلية للتصريح بتحقق الخطر شرطا موضوعيا لا يمكن بموجبه للمؤمن أن يثير السقوط للتصريح المتأخر

<sup>1</sup> - تنص المادة 22 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمين على أنه: « إذا خالف المؤمن له الالتزامات المنصوص عليها في 4 و 5 من المادة 15 أعلاه، وترتب عن هذه المخالفة نتائج ساهمت في الإضرار أو اتساع مداها، جاز للمؤمن تخفيض التعويض في حدود الضرر الفعلي الذي لحق به ». »

<sup>2</sup> - Article 15 alinéa 4 de la Loi du 13 juillet 1930, qui est l'origine de l'article L. 112-4 du Code des assurances.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 31 mars 1965, JCP G, 1965, note. ALKHALFAN Ismail, op cit, p 104.

<sup>4</sup> - Recommandation, n°85-04, dispo, n° I, 15°, op cit, , Recommandation, n° 89-01, dispo, n° I, 11°, Recommandation, n° 90-01, dispo, n°B, 9°,op cit.

إلا إذا أقام الدليل على أن هذا التأخر قد ألحق به ضرر، ولا يحتج أيضا بالتأخر إذا كان بسبب حالة طارئة أو قوة قاهرة<sup>(1)</sup>.

إن هذا التعديل وإن لم يكن قد اتبع فيه المشرع كل ما جاءت به توصيات لجنة البنود التعسفية، إلا أنها قد اعتبرت إلزام المؤمن بإثبات الضرر الذي لحقه بسبب حالة التأخر في إبلاغه بتحقق الخطر، يأتي في نفس السياق الذي دعت إليه ويستجيب لجزء من اهتماماتها بحماية المؤمن له من خسارة ضمان اكتسبه مسبقا وقت دفع الأقساط<sup>(2)</sup>.

**ثالثا: فسخ عقد التأمين:** ساهمت لجنة البنود التعسفية الفرنسية في تعزيز حماية للمؤمن له على مستوى إنهاء العقد بالفسخ، ويتعلق الأمر بإقرار جواز فسخ العقد كل سنة (1)، وتقليص ميعاد إجراء الفسخ (2)، وحذف تعويضات الفسخ (3).

1- **إقرار صلاحية الفسخ كل سنة:** في ظل قانون 13 جويلية 1930 كان يُسمح للطرفين طلب فسخ عقد التأمين مرة واحدة كل عشرة سنوات عن طريق إشعار مسبق بستة أشهر قبل تاريخ نهاية العشر سنوات<sup>(3)</sup>، وإذا أغفل المؤمن له هذا الميعاد سيلتزم لمدة عشرة سنوات أخرى، أما إذا أراد أن يتحلل من العقد، فإن المؤمن يفرض عليه دفع تعويض لا تقل قيمته عن سنة من الأقساط. ويرى الأستاذ BIGOT أن هذا الإجراء يكاد يعدم في الواقع حقه في فسخ العقد، واستغرب هذه الإجراءات القاسية جدا التي لا تعكس رغبة المشرع في حماية المؤمن له في قانون 13 جويلية 1930<sup>(4)</sup>.

فرض تعديل قانون التأمين الفرنسي سنة 1966 كتابة المدة مباشرة فوق توقيع المؤمن له بالنسبة للعقود التي تتجاوز ثلاثة سنوات، وإضافة لهذا، تحصلت هيئة إدارة التأمين على تعهد من الفدرالية الفرنسية لشركات التأمين، يحق بموجبه بعد نهاية العشر سنوات، لكل طرف في فسخ العقد كل سنة عن طريق إشعار مسبق بثلاثة أشهر<sup>(5)</sup>. تغيرت بعد ذلك بمنح

<sup>1</sup> - Article L.113-24° du Code des assurances, modifié par la Loi du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>2</sup> - VILLEGAS Laurent, op cit, p 87.

<sup>3</sup> - Article 5 de la Loi du 13 juillet 1930, op cit.

<sup>4</sup> - BIGOT Jean, (Sous dir.), Traité de Droit des assurances, t, 3, Le contrat d'assurance, 2<sup>eme</sup> éditions, L.G.D.J, Paris, 2000, pp 536-537.

<sup>5</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 107.



المؤمن له إمكانية فسخ العقد مرة واحدة كل ثلاثة سنوات، وبعد انتهاء الثلاثة سنوات التي تليها، يحق للمؤمن له طلب الفسخ كل سنة<sup>(1)</sup>.

اعتبرت لجنة البنود التعسفية أن الشروط المانحة للمؤمن له المستهلك إمكانية واحدة للفسخ في ست سنوات، أو تلك التي تؤخر ممارسته إلى السنة الحادية عشر، هي شروط تعسفية بسبب طول المدة المفرط للالتزام الذي تفرضه عليه.

نتيجة لهذا كان من المستحسن تعميم الممارسة المعتمدة في العقود السنوية ذات بند التجديد الضمني، وفي كل الحالات، اشتراط أن يكون للمؤمن له حق الفسخ سنويا منذ بداية تعهده. لذلك أوصت بالقضاء على البنود التعسفية التي تكون غايتها أو أثرها حرمان المؤمن له من فسخ العقد كل سنة، إلا أن يكون قد عبر بشكل صريح على أنه قبل أن يكون ثلاثة سنوات<sup>(2)</sup>.

أخذا بتوصيات اللجنة عدّل المشرع الفرنسي المادة L.113-12 من قان التأمين، بتكريس حق المؤمن له في فسخ العقد عند انقضاء سنة واحدة<sup>(3)</sup>، بهذا أصبح الحق في فسخ العقد كل سنة امتياز يمنحه ويضمنه القانون لكلا طرفي عقد التأمين، ويجب التنكير به في كل وثائق التأمين<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد منح طرفي عقد التأمين صلاحية فسخ العقود التي تكون مدتها أكثر من ثلاث سنوات، على أن يلتزم الطرف الذي يرغب في فسخ العقد أن يُخطر الطرف الآخر بإشعار مسبق بثلاثة أشهر قبل نهاية كل ثلاث سنوات<sup>(5)</sup>. وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي أجاز صلاحية الفسخ كل سنة بعد انقضاء ميعاد السنة من إبرام العقد،

<sup>1</sup> - Loi n° 72-647 du 11 juillet 1972, modification des articles 5 et 27 et adjonction de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1930, JORF du 13 juillet 1972.

<sup>2</sup> - Recommandation, n° 85-04, dispo, n° I,4°, et recommandation, n° 89-01, dispo, n°I,3°,op cit.

<sup>3</sup> - Article 112-12 du Code des assurances, modifié par la Loi du 31 décembre 1989,op cit.

<sup>4</sup> - PELISSIER Anne, « La protection par la renonciation et la résiliation : le volet substantiel de la loi Hamon », R.G.A, N°5, mais 2014, P 320.

<sup>5</sup> - المادة 10 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

فحبذ لو اقتدى المشرع الجزائري بهذه المدة، لما توفره من حماية للمؤمن له المستهلك. ولا تسري هذه الأحكام على عقود التأمين على الحياة.

2- **تقليص ميعاد ممارسة إجراء الفسخ:** رأينا في إطار الفسخ العشري أن ميعاد الإشعار المسبق كان ستة أشهر<sup>(1)</sup>، ليتقلص بعد ذلك إلى ثلاث أشهر<sup>(2)</sup>. انطلاقا من هذا، لاحظت لجنة البنود التعسفية أن ميعاد الثلاث أشهر ليست في صالح المؤمن له الراغب في عدم تجديد العقد بسبب نظام العقود المجددة ضمنيا؛ فيشترط في هذه العقود أن تصل رسالة التعبير عن رغبة عدم التجديد إلى المؤمن يوما واحدا على الأقل قبل بدء الإشعار المسبق الذي نفسه يسري قبل التاريخ المحدد للتجديد الضمني<sup>(3)</sup>.

انتقدت اللجنة هذا التداخل والتشابك بين ميعاد الإشعار بالفسخ مع ميعاد التجديد الضمني لعقد التأمين؛ فحتى لو عبر المؤمن له عن رغبته في عدم التجديد قبل بدء ميعاد التجديد الضمني، يُمكن أن يجد نفسه ملتزما لسنة أخرى بسبب التأخر في مصالح البريد، لأن ختمها لا يعد إثباتا لتاريخ الإرسال، وأن هذا التأخير لا يؤخذ بعين الاعتبار<sup>(4)</sup>.

فمن أجل ضمان الحماية للمؤمن له المستهلك يجب أن يتم القضاء على البنود التي تكون غايتها أو أثرها، فرض التجديد الضمني للمؤمن له الذي يكون قد عبر عكس ذلك عن طريق رسالة موصى بها مع إخطار بالاستلام أو أي وسيلة أخرى قبل التاريخ المحدد لسريان التجديد الضمني<sup>(5)</sup>. مع فرض ميعاد للإشعار المسبق يفوق شهرين بالنسبة للمؤمن له الراغب في عدم التجديد<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - Article 5 de la loi du 13 juillet 1930, op cit.

<sup>2</sup> - Loi n° 72-647 du 11 juillet 1972, op cit.

<sup>3</sup> - La CCA a donné un exemple : « *Si le contrat prend normalement fin le 1<sup>er</sup> janvier et que le préavis est de trois moi, le lettre de résiliation doit, pour éviter la reconduction, être parvenue à destination au plus tard le 30 septembre ; qu'il ne suffit pas qu'elle soit partie ce jour là, le cachet de la poste ne faisant pas foi et le retard de services postaux n'étant pas pris en considération* ». Recommandation, n° 85-04, op cit.

<sup>4</sup> - Recommandation, n° 85-04, op cit.

<sup>5</sup> - Recommandation, n° 85-04, dispo, n° I, 6° et recommandation, 89-01, dispo, n° I, 4°, op cit

<sup>6</sup> - Recommandation, n° 85-04 dispo, n° I, 7, et recommandation, 89-01, dispo, n° I, 5°, op cit.

اتخذ المشرع الفرنسي بما توصلت إليه اللجنة، وقد طبقها في قانون 31 ديسمبر 1989 الذي عدل المادة L. 113-2 من قانون التأمين لتتطابق أحكامها بما جاء في توصيات اللجنة؛ حيث تم تقليص ميعاد الإشعار المسبق إلى شهرين من تاريخ الاستحقاق، على أن يتم تقدير هذا الميعاد بتاريخ إرسال الرسالة الموصى بها، وختم البريد يثبت ذلك<sup>(1)</sup>، وهذا خلافا لما كان عليه الوضع من قبل، إذ كان التاريخ يقدر من يوم استلام المؤمن لرسالة الإعلان عن رغبته في عدم تجديد العقد.

**3- حذف التعويض على الفسخ:** طالبت لجنة البنود التعسفية بإقصاء البنود التعاقدية التي تتضمن التعويضات عن الفسخ لفائدة المؤمن إذا ما قرر المؤمن له فسخ العقد؛ لأن غايتها أو هدفها هو منح المؤمن الحق في تعويض غير مؤسس على خطأ، لكن يؤسسه مثلا على ممارس المؤمن له صلاحية قانونية أو تعاقدية مثل فسخ العقد<sup>(2)</sup>.

تأثر المشرع الفرنسي بتوصيات اللجنة وهذا ما يظهر جليا بعد صدور قانون 31 ديسمبر 1989، إذ تعد غير مكتوبة مثل هذه البنود في ثلاث فرضيات للفسخ وهي: الفسخ نتيجة تغير في حالة المؤمن له<sup>(3)</sup>، والفسخ إثر وفاة المؤمن له أو التصرف في الشيء المؤمن عليه<sup>(4)</sup>، والفسخ نتيجة انتقال ملكية السيارة المؤمن عليها<sup>(5)</sup>.

يتبين مما سلف مدى تأثير المشرع الفرنسي بتوصيات لجنة البنود التعسفية، فأحكام قانون 31 ديسمبر 1989 المعدل لقانون التأمين الفرنسي تُظهر بوضوح لجوء المشرع إلى أعمال اللجنة التي تصدرها في شكل توصيات تتعلق بعقود تأمين محددة.

<sup>1</sup> - Article L.113-12 du Code des assurances, modifié par la Loi du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>2</sup> - Recommandation, n° 85-04, dispo, n° I, 10° « *Que soit éliminées, les clauses ayant pour objet ou pour effet d'octroyer à l'assureur un droit à l'indemnité qui ne serait fondée sur une faute de l'assureur mais par exemple sur l'exercice d'une prérogative légale ou contractuelle comme le droit de résiliation* ».

<sup>3</sup> - Article L.113-16 du Code des assurances, modifié par l'article 13 du la Loi du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>4</sup> - Article L. 121-10 du Code des assurances, modifié par l'article 13 du la Loi du 31 décembre 1989, op cit.

<sup>5</sup> - Article L. 121-11 du Code des assurances, modifié par l'article 13 du la Loi du 31 décembre 1989, op cit.

لقد أتى المشرع الفرنسي بعدة أحكام جديدة إما بإضافة مواد أو تعديل أو إلغاء مواد أخرى في قانون 31 ديسمبر 1989 مستهديا بتوصيات اللجنة، وأكثر من ذلك، قام بتعميم حلول أوصت بها اللجنة لعقود تأمين محددة فقط، لتُطبق بعد ذلك بصفة عامة إلا على العقود المستثناة بنص قانوني صريح.

يظهر من تأثير أعمال لجنة البنود التعسفية على المشرع، أنها وإن لم تكن مصدرا رسميا للقانون بالمفهوم الضيق، إلا أنها بالمفهوم الموسع لمصادر القانون، لا يمكن الاستهانة بالدور الأساسي الذي تؤديه بتأثيرها على المشرع، خاصة في مجال عقود التأمين أين يظهر الطابع الاستهلاكي لقانون التأمين تحت تأثير توصيات لجنة البنود التعسفية<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> - ROTH Cyril, « La commission des clauses abusives, un ministère d'influence », Revue Lamy droit, n° 61, juin 2009, p 8.

## خلاصة الباب الأول:

يتبين لنا مما سبق أن التدخل لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية لا يتوقف على حالة الضعف الملازمة له في مواجهة المؤمن فحسب، ذلك أن بعض خصائص عقد التأمين زادت من ضعف مركزه التعاقدي؛ إذ غالباً ما يجد نفسه مستهلكاً مدعناً يقبل بما يُملَى عليه من شروط تعاقدية، وفي حالات أخرى يجد نفسه مكرهاً قانوناً على الاكتتاب في بعض العقود لتعلقها بالمصلحة العامة. في حين أن ما تستوجبه هذه الحماية لا يكمن أن يتحقق في إطار القواعد العامة، بما فيها تلك القواعد المقررة في نظرية الإذعان أو الحماية الخاصة بالمؤمن له من الشروط التعسفية.

أول نتيجة توصلنا إليها هي أن الحماية ضد البنود التعسفية كما هي منظمة في إطار القواعد العامة وبالنظر إلى متطلبات الحماية التي يجب أن تكون للمؤمن له، يتأكد عدم كفاية أو عدم ملاءمة تطبيقها في إطار عقود التأمين بغرض حماية المؤمن له من البنود التعسفية. لهذا ظهرت الحاجة إلى سن تشريعات حديثة خاصة بالحماية من الشروط التعسفية حتى تتلاءم والخصائص الجديدة للعلاقات التعاقدية بما فيها عقود التأمين.

غير أن تطبيق الحماية الحديثة ضد البنود التعسفية لم تتقرر لكل مؤمن له؛ إذ تشترط وجوب تحقق صفة المستهلك لدى المؤمن له كما هي معرفة قانوناً، هذا من حيث الأشخاص، أما من حيث الموضوع، فإن الواقع العملي وفي ظل غياب أي تحديد خاص للبنود التعسفية في عقود التأمين كما رأينا، يفرض التوجه نحو وضع قوائم لتحديد البنود التعسفية الخاصة بعقود التأمين للحفاظ أكثر على مصالح المؤمن له المستهلك.

رأينا أن نظام تحديد البنود التعسفية في عقود الاستهلاك بصفة عامة يمكن تطبيقه على عقود التأمين، إلا أنها لم توفر الحماية الحقيقية للمؤمن له المستهلك، وهذا ما تبين من خلال وجود بنود تعسفية تُطبق في عقود التأمين على اختلاف أنواعها، دون أن ترد في نظام القوائم، ودون أن يستخلص القضاء طابعها التعسفي بالاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر، وإنما تم استخلاصها من عمل لجنة البنود التعسفية الفرنسية، فوجود بنود تعسفية خارج نطاق الحماية يعني الاعتراف بضياع أو إمكانية ضياع حق المؤمن له المستهلك.

## الباب الثاني

الآليات المكرسة لحماية المؤمن له

من الشروط التعسفية

لا جدل في تأكيد أن البنود التعسفية من أهم عناصر قانون حماية المستهلك، وترتبط ارتباطا مباشرا بحماية المصالح الاقتصادية للمستهلك الذي يذعن إلى عقد يتضمن قائمة طويلة لشروط تعاقدية أحادية التحرير بصفة مسبقة، غالبا ما لا يملك الوقت لقراءتها أو القدرة على فهمها.

فإشكالية الشروط التعسفية تمثل جانبا محوريا وأساسيا في حماية المستهلك المتعاقد، لأنها ظاهرة تعمم نطاقها ليشمل كل عقود الاستهلاك، وتطورت بتطور واتساع نطاق التعامل بعقود الإذعان، من بينها عقود التأمين التي تُعتبر أبرز مثال لتطبيق عقود الإذعان أين يكون المؤمن له في حاجة ماسة إلى الحماية ضد الشروط التعسفية لضعف مركزه التعاقد الذي يجعله عرضة لتعسف المؤمن، خاصة في ظل قصور القواعد العامة في مساندة مقتضيات هذه الحماية.

أمام غياب تنظيم قانوني خاص بالحماية ضد الشروط التعسفية بصفة عامة، وبحماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين بصفة خاصة، فإن هذا الأخير يستفيد من الآليات التي أوردتها التشريعات الحديثة الهادفة لحماية المستهلك من شأنها أن تستجيب لمقتضيات محاربة الشروط التعسفية إما بالوقاية منها أو معالجة آثارها.

إعمالا لهذه الآليات فإن حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين تجد عدة مصادر لها؛ منها التشريعية والقضائية والإدارية والاستشارية وحتى الجموعية. ما يدفعنا للبحث في هذه الآليات والتعرف على دور كل منها في المساهمة في تجسيد هذه الحماية، وهذا ما سيتضح من خلال دراسة الحماية المباشرة ضد الشروط التعسفية عن طريق آلية التشريع الأمر (الفصل الأول)، ثم دراسة آليات الحماية غير المباشرة المقررة لذلك (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### الحماية المباشرة للمؤمن له من الشروط التعسفية

تجاوزا لإشكالات اختلال التوازن العقدي الذي تعزز نتيجة افتراض مبدأ سلطان الإرادة كأساس للالتزام التعاقدية وأساس للعدالة العقدية، فقد كان من اللازم التدخل للتخفيف والحد من ظاهرة اختلال التوازن العقدي التي توسعت بسبب انتشار ظاهرة الشروط التعسفية.

لمواجهة هذا الوضع الجديد في العلاقات التعاقدية، برزت الحاجة إلى مواجهة المباشرة للشروط التعسفية للوقاية منها بحماية الطرف الضعيف من أجل ضمان الحد المعقول لتوازن الحقوق والالتزامات التعاقدية في عقود الاستهلاك الأحادية التحرير سلفاً، ولا يملك فيها المستهلك سوى الإذعان بتوقيعه عليها.

أدركت التشريعات المعاصرة أهمية وحتمية محاربة إختلال توازن العقد الذي ينتج عن إدراج الشروط التعسفية في بعض العقود الخاصة كعقد التأمين الذي يبرمه المؤمن له بطريق الإذعان نتيجة لضعف مركزه التعاقدية.

لجأ المشرع إلى أسلوب التدخل التشريعي المباشر لتنظيم عقد التأمين لفرض التوازن العقدي بالوقاية من الشروط التعسفية بالقانون لا بالعقد، وذلك بتحديد محتوى الإلتزامات التعاقدية بموجب بنود قانونية يتجسد من خلالها الطابع الإلزامي الذي تتضمنه هذه البنود التعاقدية التي يكون مصدرها نص قانوني. إضافة لهذا، اهتم المشرع بالمحيط التعاقدية بتغطية الضعف المعرفي لدى المؤمن له، وذلك بفرض الإلتزام بالإعلام على عاتق المؤمن حتى يكون المؤمن له على علم حقيقي وفعلي بشروط العقد التي يوقع عليها.

لذلك، فتحليل التشريع الأمر كآلية مباشرة لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية، تتم من خلال البحث في التدخل التشريعي لتأطير عملية التراضي (المبحث الأول)، ثم تغليب التنظيم القانوني الأمر لبنود عقد التأمين (المبحث الثاني).



## المبحث الأول

### توقي الشروط التعسفية بالتنظيم القانوني لعملية التراضي

غالبا ما يدعن المؤمن له المستهلك إلى عقد التأمين الذي يعده المؤمن سلفا بإرادته المنفردة، بالتوقيع عليه دون قراءة أو إدراك كل البنود التعاقدية التي يتضمنها، وفي حالات عديدة بدون أن يتحصل أو يطلع على كل الوثائق التعاقدية.

وحتى لو افترضنا حصول المؤمن له على كل الوثائق التعاقدية ومحاولة قراءتها، فإن هذا لا يعتد به للحكم بعلمه بمضمون هذه الوثائق التي توصف بأنها وثائق فنية قانونية تتضمن بنودا كثيرة معقدة وصعبة الفهم لغير المختص في مجال التأمين.

لذلك فمجرد قراءة المؤمن له للوثائق التعاقدية وتوقيعه عليها لا يسمح بالحكم بعلمه الكافي والفعلي بمضمونها ونطاق الإلتزامات الواردة فيها، ما يفيد أنه لا يملك القدرة والكفاءة التي تمكنه من تبيين خطورة آثارها. مما يؤدي إلى الحكم بعدم اكتمال رضائه في التعبير عن إرادته عند التوقيع على وثيقة التأمين، والتي قد تتضمن شروطا تعسفية يتمسك بها المؤمن في مواجهة المؤمن له كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك.

أمام المركز التعاقدى الضعيف للمؤمن له المستهلك الذي يدعن إلى عقد أحادي التحرير بصفة مسبقة، ومراعاة لعدم اكتمال رضائه الذي لا يرجع إلى عيوب الإرادة، فقد تدخل المشرع لضمان سلامة واکتمال رضا المؤمن له حتى يكون على بينة تامة بمضمون ونطاق الإلتزامات التي سيوقع عليها لتوقي خطورة التعامل بالشروط التعسفية.

تبنى المشرع أسلوب الدعم القانوني لعملية التراضي كتقنية للوقاية من الشروط التعسفية بإلزام المؤمن بإعلام المؤمن له لتغطية النقص المعرفي لهذا الأخير لضمان نوع من التوازن في التراضي، وهذا حتى يكون المؤمن له على علم فعلي بشروط العقد بتتوير رضائه وقت الإبرام. وهذا ما سيتبين من إسقاط توظيف إلتزام المؤمن بإعلام المؤمن له في حمايته من البنود التعسفية (المطلب الثاني)، بعد أن نبين مدلوله (المطلب الأول).

## المطلب الأول

### إقرار دعم رضا المؤمن له بتكريس الإلتزام بالإعلام

من مقتضيات ضمان الحماية للمؤمن له ضد البنود التعسفية، التدخل المباشر وبصفة مسبقة للوقاية منها، قصد تمكينه من الإطلاع على الإلتزامات والحقوق التي تتولد بعد عملية إبرام العقد.

وتمكين المؤمن له من العلم الكافي بمضمون العقد يتم بقيام المؤمن بصفته منتج الخدمة التأمينية بشرح وتبسيط المعلومات والبيانات الأساسية التي تتميز بها خدماته بصفة موضوعية حتى يتسنى لطالب التأمين معرفة نطاق العقد مسبقا، وعلى نحو يتمكن من خلاله توقع ما سيتحصل عليه من مصالح، وما يقع عليه من إلتزامات، وكل هذا من أجل أن يقدر ما إذا كانت الخدمة التأمينية ستستجيب لرغباته المشروعة.

لتحقيق ذلك، يترتب على عاتق المؤمن تنفيذ الإلتزام بإعلام المؤمن له، وهو الإلتزام قانوني لا إرادي، يهدف المشرع من وراء فرضه إلى تحقيق نوع من التناسب في رضا المتعاقدين، عن طريق حصول طالب التأمين على البيانات الموضوعية الكافية التي ستسمح له بإظهار إرادته والتعبير عنها بشكل واعي ومستتير<sup>(1)</sup>.

فالإلتزام بالإعلام يفيد مسبقا بأنه إجراء موجه للمحيط التعاقدي وليس للمضمون العقدي، وغايته هي مساندة المركز التعاقدي الضعيف للمؤمن له بتغطية ضعفه المعرفي الذي لا يعتبر شرطا لصحة العقد ولا يعيب الرضا<sup>(2)</sup>.

لذلك من الضروري تحديد مدلول الإلتزام بالإعلام كألية تشريعية مباشرة يمكن توظيفها في الحماية الوقائية للمؤمن له ضد البنود التعسفية، وهذا ما سيتضح من خلال بيان تعريفه (الفرع الأول)، ثم الأساس القانوني الذي يقوم عليه (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013 - 2014، ص 292.

<sup>2</sup> - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit, p 26.

## الفرع الأول

### ضبط مفهوم الإلتزام بالإعلام في عقد التأمين

يقوم الإلتزام بالإعلام على فكرة أساسية مفادها؛ إلزامية قيام المتدخل بتوعية المتعاقد الضعيف بالعناصر الأساسية الموضوعية التي على ضوءها يتحدد رضائه المستتير. إلا أنه لم يوجد على هذه الصيغة، بل تكون على عدة مراحل.

مبدئياً، يحيلنا الإلتزام بالإعلام إلى المرحلة السابقة على التعاقد، وبالرجوع إلى التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804، فلا وجود لأي إشارة إلى الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد<sup>(1)</sup>؛ لأن محررو هذا التقنين تأثروا بالأفكار السائدة في تلك الفترة، وهي التكافؤ بين أطراف العقد، فكل متعاقد حر وفي مركز متساوي مع المتعاقد معه، فلا ضرورة لقيام أحدهما بإعلام الآخر، لأن كل منهما يملك القدرة حتى يستعلم دون الحاجة لأن يعلمه الطرف الآخر بذلك، فكل طرف يملك القدرة على حماية مصالحه والدفاع عنها<sup>(2)</sup>.

لم يتم تكريس هذا الإلتزام إلا في نصوص خاصة تم بموجبها إلزام المهنيين بإعلام المستهلك حول السلع أو الخدمات التي سيشتريها، وهذا ما تؤكد على سبيل المثال في نص المادة L.111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، و المادة L.1111-2 من قانون الصحة الفرنسي التي تلزم الطبيب بإعلام المريض، فهي حالات تجسد الإلتزام الخاص للإعلام ما قبل التعاقد، فلا تشمل كل العقود<sup>(3)</sup>.

تدخل بعد ذلك القضاء الفرنسي ليوسع تدريجياً فرض الإلتزام بالإعلام ويشمل كل العقود؛ إذ يتعين على كل بائع أن يقدم المعلومات الموضوعية الأساسية المتعلقة بالسلع أو الخدمات محل البيع، فلم يتردد القضاء الفرنسي في إقرار مسؤولية البائع لعدم كفاية المعلومات التي قدمها للمشتري.

<sup>1</sup> - أما الإلتزام بالإعلام التعاقدية فقد تم تقنينه بموجب المادة 1602 من التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804، لأكثر تفصيل أنظر: بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 236 وما بعدها.

<sup>2</sup> - TROCHU Michel, op cit, p 37.

<sup>3</sup> - COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, op cit, p 203.

إلا أن هذه القرارات التي لم تتضمن أي إشارة في الاستناد في ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية، وفي قرارات أخرى فإنه يستند في ذلك على أساس المسؤولية العقدية حتى في حالة ما إذا ما كان عدم تنفيذ الإلتزام بالإعلام مرتبطا بالمرحلة السابقة لإبرام العقد<sup>(1)</sup>.

أكد المشرع الفرنسي في تعديل التقنين المدني تكريس الإلتزام العام بالإعلام في المادة L.1112-1 من التقنين المدني، بموجبها يكون كلا من المتعاقدين مدينا بهذا الإلتزام دون أن تستثني من ذلك المتعاقد الضعيف؛ فنص المادة لم يوظف مصطلح «المهني» بل جاءت بصيغة عامة تلزم كل طرف على علم بأي معلومة ذات أهمية يتحدد على ضوءها رضا الطرف الآخر بأن بعلمه بها، باستثناء الإعلام حول قيمة الأداء<sup>(2)</sup>. فهي بذلك أوسع نطاقا من حيث الأشخاص والموضوع بالمقارنة مع القوانين الخاصة<sup>(3)</sup>.

لم يكرس المشرع الجزائري في التقنين المدني صراحة الإلتزام بالإعلام ، إلا أنه نص عليه ضمنا عندما أوجب في عقد البيع علم المشتري بالمبيع علما كافيا قبل إبرام العقد، أخذا بعين الإعتبار الأوصاف الأساسية له حتى يكون المشتري عالما به علما نافيا للجهالة<sup>(4)</sup>، فاقتصره على عقد البيع، ينفي قيامه كالإلتزام عام بالإعلام في إطار القواعد العامة.

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 4 octobre 1977, Bull. civ. IV, n° 351, Voir aussi : Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 31 janvier 1973, Bull. civ. I, n° 40, et Cass. Com, 25 juin 1980, notes COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, op cit p 205.

<sup>2</sup> - Article 1112-1 du Code civil, créé par l'article 2 de l'ordonnance n° 2016 – 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - فمن حيث الأشخاص، فإن المدين بالإلتزام بالإعلام هو كل متعاقد، دون أن يقتصر ذلك على المهنيين، أما من حيث الموضوع، فإن الإلتزام بالإعلام أصبح شاملا لكل العقود. أما في إطار القوانين الخاصة، فإن هذا الإلتزام يقتصر على المهنيين في إطار عقود الاستهلاك.

<sup>4</sup> - المادة 1/352 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم تنص على أن: « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ».

ولم يتم تكريس الإلتزام بالإعلام صراحة إلا بموجب المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>(1)</sup>، كمبدأ عام يقضي بالإلزامية قيام كل متدخل بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج.

يتضح مما سلف أن الإلتزام بالإعلام يمثل الآلية الأمثل لتجسيد الحماية لإرادة المستهلك، وبهذا الشكل فإنه يساهم في وقايته من البنود التعسفية. لذلك فمن الضروري تحديد تعريف الإلتزام بالإعلام (أولاً)، ثم بيان صورته (ثانياً).

**أولاً: تعريف الإلتزام بالإعلام:** إن اعتبار الإلتزام بالإعلام يساهم في تنوير رضا المستهلك يجعله يتداخل مع مصطلحات أخرى تستعمل لنفس الغاية؛ وهي والالتزام بالنصيحة والالتزام بالتحذير، إلا أن وحدة الغاية لا يعني بالضرورة أن لها مفهوم واحد.

يقصد بالالتزام بالإعلام؛ قيام الطرف المدين به بكل الوسائل الملائمة اتجاه الطرف الدائن به بتقديم كل المعلومات والبيانات الموضوعية المتعلقة بالسلع أو الخدمات، والتي تكون لازمة ومحددة في تكوين رضا مستتير حتى يكون على علم كافي بخصائص ما يتعاقد عليه لشرائه<sup>(2)</sup>. وقد عرّفه الفقه على أنه واجب يفرضه القانون، لا سيما على بعض البائعين المهنيين أو على الشركات، لتزويد بواسطة الوسائل الملائمة، معلومات تتعلق بمحل العقد<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - تطبيقاً لأحكام المادة 17 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، صدر المرسوم التنفيذي رقم 13 - 378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، صادر في 18 نوفمبر 2013.

<sup>2</sup> - البراوي حسن حسني، عقد تقديم المشورة، دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 26.

<sup>3</sup> - « *un devoir imposé par loi, notamment à certains vendeurs professionnels ou à des sociétés, de fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par de moyens adéquats ( mentions informatives, publicités, etc.)* ». Vocabulaire Juridique, Cornu G. (Sous dir.), Association Henry CAPITANT, 2<sup>ème</sup> éditions, P.U.F, 1990, p 424, cité par FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de Paris, 1991, p 7.

فوفقا لهذا، فإن الإلتزام بالإعلام<sup>(1)</sup> يُجسد حق المستهلك في تبصير رضائه بقيام المدين به بتقديم بيانات تتعلق بمحل العقد، بشرط أن تمتاز بالموضوعية والحياد<sup>(2)</sup>.

يرتبط كذلك الإلتزام بالإعلام بمصطلح آخر يتمثل في الإلتزام بتقديم النصيحة، فهما يشتركان من حيث تقديم معلومات موضوعية من أجل تبصير رضا المستهلك<sup>(3)</sup>، إلا أن تقديم النصح يقتضي إضافة إلى هذا وجوب أن يبين للمستهلك التصرف الواجب اتخاذه في ظروف محددة. فالنصح لا يتعلق بتقديم معلومات موضوعية تتعلق بمحل العقد، وإنما يتعلق بتقديم معلومات حول التصرف الأكثر ملاءمة، والذي يمكن أن يتخذه المستهلك في ظروف معينة بناء على النصيحة التي يتلقاها<sup>(4)</sup>.

يدخل أيضا في مجال الإلتزام بالإعلام مصطلح الإلتزام بالتحذير؛ وهو إلتزام يقوم على وجوب تقديم للمستهلك معلومات وبيانات تتعلق بأمن المستهلك ضد مخاطر استعمال أو حيازة المنتج<sup>(5)</sup>. فيقع على المدين بالالتزام بالتحذير وتبويه المستهلك إلى الأخطار التي سيتعرض إليها في حالة ما إذا لم يتقيد بالتعليمات الخاصة بالاستعمال السليم للمنتج، أو في حالة ما إذا لم يحترم الاحتياطات اللازمة أثناء حيازته<sup>(6)</sup>. كما يتعين على المدين

<sup>1</sup> - هناك جانب آخر من الفقه يستعمل مصطلح الإلتزام بالإخبار، وهو واجب ضمني، قضائي النشأة في بعض العقود، يلتزم بمقتضاه الطرف الأكثر تخصصا بإخبار الطرف الآخر بالمعلومات التي يحوزها والتي لها علاقة بمحل العقد. إلا أن هذه التفرقة تبقى بدون فائدة، لأن كلا اللتزامين فيدان تقديم معلومات موضوعية، إلا أن الإلتزام بالإعلام يستغرق الإلتزام بالإخبار، فهو أعم نطاقا. للتفصيل أكثر في الآراء الفقهية التي تميز بين اللتزامين، راجع:

- FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 8.

- حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2008 / 2009، ص 9 وما يليها.

<sup>2</sup> - براهيم فايضة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 138.

<sup>3</sup> - BENYAHIA Nouri-Said, « L'obligation de conseil à travers quelques exemple », Revue El-Houda, revue périodique de l'Ordre des Avocats de Tlemcen, n° 1 juillet 2007, p 16.

<sup>4</sup> - براهيم فايضة، مرجع سابق، ص 157.

<sup>5</sup> - سي يوسف زاوية حورية، « الإلتزام بالإفضاء عنصر... »، مرجع سابق، ص 65.

<sup>6</sup> - FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 9.

بالالتزام بالتحذير بأن يبين للمستهلك مختلف الإجراءات الواجب اتباعها في حالة ما إذا لحق به ضرر ناتج عن سوء استعمال أو حيازة المنتج<sup>(1)</sup>.

يتبين مما سلف أن الإلتزام بالإعلام آلية موجهة للحد من اختلال التوازن العقدي الناتج عن عدم المساواة في الإعلام بين المهني والمستهلك<sup>(2)</sup>، وذلك بإلزام الطرف الأول بتقديم المعلومات والبيانات الموضوعية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة والتي على ضوءها يتحدد سلوك المستهلك في التعاقد من عدمه أو في إختيار منتج على حساب منتج آخر بما يتوافق مع رغباته المشروعة.

إن توظيف الإلتزام بالإعلام لحماية المستهلك ضد البنود التعسفية يستوجب عدم الاكتفاء بتتوير وتبصير رضائه على خصائص المنتج، لأن الغاية في ذاتها تتطلب توسيع نطاقه ليشمل إلزامية إعلام المستهلك بالبنود الواردة في العقد حتى يكون على علم بها وبمداها؛ لأن تتطابق إرادتي المهني والمستهلك في عقود الاستهلاك تتحقق في شق واحد منه: وهو انعقاد العقد ذاته<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للبنود أو الشروط التي يتضمنها، فلا يمكن الحكم بتطابق الإرادات بشأنها؛ لأنها من وضع إرادة المهني بصفة مسبقة وانفرادية، إلا ما تعلق في ذلك بالبيانات الإجبارية التي تفرضها السلطة العامة على المهني بتضمينها في العقد، لتعلقها بحماية مصالح الأطراف الضعيفة في علاقاتها التعاقدية مع المهنيين، فهي تتعلق بالنظام العام الحمائي<sup>(4)</sup>. أما عن مشاركة إرادة المستهلك في تحديد مضمون العقد، فإنها لن تتعدى المسائل الثانوية للعقد<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - حامق ذهبية، مرجع سابق، ص 13.

<sup>2</sup> - GHAZAL Jean-Pascal, De la puissance économique en droit des obligations, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université Pierre Mendès Grenoble II, 1996, p 541.

<sup>3</sup> - Ibid, P 660.

<sup>4</sup> - Rzepecki Nathalie, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, P 45.

<sup>5</sup> - Ibid, p 165.

بتطبيق مفهوم الإلتزام بالإعلام، يتضح بأنه آلية قانونية تساهم في الوقاية من البنود التعسفية بفضل دعم رضا المستهلك بتقليص عدم المساواة في الإعلام بينه وبين المهني فيما يتعلق بالخصائص المميزة للسلع والخدمات من جهة، وإعلامه بمضمون العقد ونطاق الحقوق والالتزامات الناشئة عن إبرامه من جهة أخرى.

لهذا فإن للإلتزام بالإعلام مبررين: يتمثل الأول في ضرورة التدخل لجعل رضا المستهلك محددًا بشكل كافي لإضفاء نوع من التطابق الفعلي بين إرادة المتعاقدين زمن إبرام العقد، أما الثاني فيتمثل في تحقيق العلم الفعلي لدى المستهلك بنطاق الإلتزامات المتقابلة في مرحلة تنفيذ العقد، باستلزام بيانات محددة ضرورية لإعلام المستهلك<sup>(1)</sup>، وقد تبنى الفقه بشأنها اصطلاح الشكلية الإعلامية، والذي ينطبق على كل البيانات التي يفرض التشريع أو التنظيم تضمينها في العقود لحماية الأطراف الضعيفة<sup>(2)</sup>.

إضفاء الفعالية على الإلتزام بالإعلام كآلية لتحقيق التوازن العقدي في مرحلة الإبرام وليس إعادته في مرحلة التنفيذ، فقد أحاطه المشرع بجملة من الإجراءات والآليات القانونية الكفيلة بتحقيق هذه الفعالية.

فأول إجراء كرسه المشرع الجزائري هو إقرار الإلتزام بالإعلام كإلتزام قانوني على عاتق كل متدخل دون استثناء، وهو حق لكل مستهلك مهما كان مجال الاستهلاك الذي يتعاقد في نطاقه. بهذا فقد حدد المشرع نطاق الإلتزام بالإعلام من حيث الأشخاص في الشخص الدائن بهذا الإلتزام وهو المستهلك<sup>(3)</sup>، والشخص المدين به وهو المتدخل<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les techniques d'élimination...op cit, pp 10 et 16.

<sup>2</sup> - TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves,... le contrat, op cit, p 262.

<sup>3</sup> - أنظر في تعريف المستهلك الدائن بالإلتزام بالإعلام في المبحث الأول من الفصل الثاني للباب الأول من الأطروحة.

<sup>4</sup> - المتدخل هو المدين بالإلتزام بالإعلام، وقد عرفته المادة 7/3 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: « المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك ».



تتطلب كذلك فعالية الإلتزام بالإعلام عدم ترك حرية إختيار مضمونه للمدين به، فقد تتدخل المشرع لتحديد مضمون هذا الإلتزام بصفة أمرة بما يقدره ملائما، وضروريا، ولازما للحد من عدم المساواة في الإعلام بينه وبين المهني<sup>(1)</sup>.

يرى الفقه بأن هذه البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها الإلتزام بالإعلام تتلخص في أربعة نقاط أساسية هي: إلزامية إعلام المستهلك بالخصائص المميزة للسلع والخدمات، وإعلامه بالأسعار المعمول بها وشروط البيع المطبقة، وإعلامه بمضمون البيانات أو البنود الإلزامية التي يفرضها القانون، لأنها تدخل في إطار الشكلية الإعلامية، وأخيرا ضرورة استعمال اللغة الوطنية لإعلام المستهلك بشكل أفضل بمضمون هذا الإلتزام بالإعلام<sup>(2)</sup>.

فاللتزام بالإعلام دور حاسم في معالجة اللامساواة في الإعلام بين المستهلك والمهني؛ وبظهور وتطور دور هذه الآلية ظهرت الحاجة إلى إرساء إطار قانوني يسمح له بتجسيد الدور الذي يجب أن يؤديه في تغطية كل نواحي النقص في الإعلام لدى المستهلك.

سعى المشرع الجزائري مسعى المشرع الفرنسي لإرساء نظام قانوني للالتزام بالإعلام؛ حيث كرس هذا الإلتزام على شكل مبدأ عام في المادتين 17 و 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، واعتبر الوسم الأداة الأساسية لتنفيذ الإلتزام بالإعلام، دون أن يكون الوسيلة الوحيدة، فقد نص المشرع في نفس القانون على إمكانية تنفيذه بأية وسيلة أخرى مناسبة<sup>(3)</sup>، وأن يحزر باللغة العربية أساسا إضافة إلى أي لغة تساهم في إعلام المستهلك بشكل أفضل<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - Rzepecki Nathalie, op cit, p 125.

<sup>2</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,...consommation, 6<sup>em</sup> éd, op cit, pp 56 - 63.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/17 من قانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن: « يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة...».

<sup>4</sup> - تضيف المادة 18 من القانون نفسه على أنه: « يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال...باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين...».

حتى يكون الوسم أداة فعالة لتنفيذ الإلتزام بالإعلام وذات أهمية في تقليص اللاتوازن في الإعلام بين المستهلك والمتدخل، فإنه من البديهي تنظيم ما يحتويه من بيانات، بدليل أن المشرع الجزائري اهتم أكثر بهذه المسألة بصدور مرسوم تنفيذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك<sup>(1)</sup>؛ إذ أكد على إلزامية إعلام المستهلك عن طريق الوسم سواء بالنسبة للمواد الغذائية<sup>(2)</sup> أو المنتجات غير الغذائية<sup>(3)</sup>، وحدد البيانات الواجب توافرها في الوسم.

أما بالنسبة للخدمات، فيتم إعلام المستهلك فيها عن طريق الإشهار أو الإعلام أو بأي طريقة أخرى مناسبة تسمح بتفعيل العلم الكافي للمستهلك بالخدمة، والتعريفات، وبكيفية أدائها، وضرورة إعلامه بالحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية بحسب طبيعة كل خدمة<sup>(4)</sup>.

لاستكمال فعالية دور الإلتزام بالإعلام في معالجة عدم المساواة في الإعلام، فقد تقررت جزاءات عن الإخلال بتنفيذه تتراوح بين بطلان العقد أو التعويض أو الحكم بالجزاءين معا كحماية للمستهلك، لأنه لو لم تنقرر جزاءات عن الإخلال بهذا الإلتزام فسيفقد أهميته.

ويقع على المستهلك بصفته الدائن بهذا الإلتزام عبئ إثبات وجود الإلتزام بالإعلام عن طريق قيامه بإثبات أن البيانات حاسمة ومؤثرة في تحديد رضائه وأنه كان يجهلها عند إبرام العقد. وفي مقابل هذا، يقع على المتدخل بصفته المدين بهذا الإلتزام، بأن يثبت أنه قام بتنفيذ الإلتزام بالإعلام بنقل البيانات إلى علم المستهلك وأن هذا الأخير قد فهمها. فهو بذلك الإلتزام بتحقيق نتيجة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- مرسوم تنفيذي رقم 13-378، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- أنظر في البيانات الإلزامية للوسم المتعلق بالمواد الغذائية، المواد من 12 إلى 36 من المرسوم نفسه.

<sup>3</sup>- أنظر في البيانات الإلزامية للوسم المتعلق بالمنتجات غير الغذائية، المواد من 37 إلى 50 من المرسوم نفسه.

<sup>4</sup>- نلاحظ بالنسبة للخدمات أن المشرع لم يضع آلية محددة لإعلام مستهلك الخدمات، وإنما ذكر فقط الإعلام أو الإشهار كآليات يمكن من خلالها إعلام المستهلك بالخدمة المقدمة له، وفتح المجال لاستخدام أي وسيلة أخرى مناسبة لذلك، تحدد عن الاقتضاء بقرار وزاري. أنظر في ذلك المواد من 51 إلى 57 من المرسوم نفسه.

<sup>5</sup>- للتفصيل في مسألة الجزاءات المترتبة عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالإعلام وعبئ إثبات ذلك: أنظر: حامق ذهبية، مرجع سابق، ص 108 وما يليها، و عسالي عرارة، مرجع سابق، ص 250 وما يليها.

يظهر هكذا أن المدين بالالتزام بالإعلام يفرض عليه القانون تحقيق نتيجة بالإدلاء بالمعلومات والبيانات التي تستعصي على المستهلك الإمام بها، والتي يكون من شأنها التأثير في تحديد رضائه، لأنها بيانات جوهرية في العقد؛ فمنها بيانات متعلقة بتبصير إرادة المستهلك عند إبرام العقد ، ومنها بيانات لازمة لضمان تنفيذ العقد دون أن ينال من مصالحه. واعتباره كذلك، فإنه يتخذ إما صورة الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، أو صورة الإلتزام بالإعلام التعاقد.

**ثانيا: صور الإلتزام بالإعلام:** يتخذ الإلتزام بالإعلام بحسب الوظيفة التي يحققها، صورتين<sup>(1)</sup>: من جهة، هو إلتزام يساهم في تكوين الرضا المستتير للمستهلك يسمح له باتخاذ القرار السليم بالتعاقد من عدمه<sup>(2)</sup>، فهو إلتزام يسبق إبرام العقد فهو بذلك إلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد (1)، ومن جهة أخرى، هو إلتزام يضمن توقع التنفيذ الحسن للعقد بما لا يلحق ضرر به<sup>(3)</sup>، فهو إذن إلتزام بالإعلام التعاقد (2).

**1- الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد:** إن التباين في العلم بمضمون ومكونات السلع والخدمات بين المتدخل والمستهلك يؤدي إلى إختلال توازن العقد بسبب تباين مراكزهم القانونية؛ لأن العلاقة التعاقدية ستبرم بين طرف قوي ذي خبرة في مواجهة طرف ضعيف يجهل بمكونات محل العقد، ومضمون المادة التعاقدية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- رغم جاذبية هذا التقسيم إلا أنه لا يمثل التقسيم الوحيد للإلتزام بالإعلام، لأن جانب من الفقه اهتم فقط بدراسة الإلتزام بالإعلام التعاقد، بينما جانب آخر من الفقه ركز دراسته فقط على الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، وبدرجة أقل اهتم جانب آخر من الفقه بتقسيمه إلى إلتزام عام بالإعلام قضائي النشأة، وإلتزام خاص بالإعلام مصدره القانون. للتفصيل في هذه الآراء الفقهية، أنظر

- FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 219 et s.

<sup>2</sup>- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 176.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 177.

<sup>4</sup>- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 22.

يجمع الفقه على أن الإلتزام بالإعلام السابق لعملية إبرام العقد يتمثل في: أن هناك جملة من الإلتزامات التي جمعها الفقه تحت مصطلح الإلتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام، بسبب أنها زمنيا تقع قبل إبرام العقد؛ فوصف ما قبل التعاقدى أخذ بمعناه الزمني<sup>(1)</sup>.

وإغاية الإلتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام هو تبصير وتنوير إرادة المستهلك، على نحو يجعل رضائه خاليا من أي عيب. كما أنها تؤثر عند إبرام العقد، وتعبير أكثر دقة؛ تؤثر على مطابقة العقد المتوقع إبرامه مع رغبات واحتياجات المستهلك<sup>(2)</sup>.

فكل البيانات التي يلتزم المهني بإعلامها للمستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد، تشترك كلها من حيث الغاية، فهي تتعلق جميعها بالعناصر التي تؤثر على رضا المتعاقد؛ أي على أساس أنه لو علم بها سيتخذ قراره بإبرام العقد، لكن ليس بنفس الشروط التي يعرضها عليه المهني، أو أنه سيتخذ قرارا بعدم الإبرام<sup>(3)</sup>. إلا أن هذه الفرضية الأخيرة تبقى نسبية، لأنه في بعض الحالات يعتبر عدم إبرام العقد في حد ذاته ضررا قابلا للتعويض<sup>(4)</sup>.

ونجد بتطبيق ما سلف على الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى أنه يؤثر سلبا أو إيجابا على صحة الرضا وحقيقة إرادة ويقين المستهلك في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه عن رضا سليم وعن قناعة منه. فهذا الإلتزام ينعكس مباشرة على صحة رضاء المستهلك، فهناك ترابط فيما بينهما، مما يُفسر إمكانية لجوء الدائن بهذا الإلتزام إلى رفع دعوى قضائية للمطالبة بإبطال العقد أو التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، كجزاء يلحق مخالفة تنفيذ الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى<sup>(5)</sup>. وإذا كان الإلتزام بالإعلام يترجم فكرة واحدة وهي حماية المستهلك، فإن هذه الغاية لن تتحقق إلا بامتداده إلى مرحلة تنفيذ العقد.

<sup>1</sup> - FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 299.

<sup>2</sup> - DOMONT-NAERT Françoise, op cit, p 227.

<sup>3</sup> - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 174.

<sup>4</sup> - FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 230.

<sup>5</sup> - نزيه محمد صادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 261.

2- الإلتزام بالإعلام التعاقدية: بعد إدلاء المهني بالبيانات الأساسية التي تساهم في تبصير وتوير رضاء المستهلك لاتخاذ القرار الأمثل عند اعترامه إبرام العقد، يتوجب عليه زيادة على ذلك، إعلامه بالبيانات التي تضمن له حسن تنفيذ العقد بما يحقق التوقعات التعاقدية له؛ فكل متعاقد . أثناء تنفيذ العقد . يريد الحصول على ما كان يتوقعه. وعلى هذا النحو، فإن الإخلال بهذا الإلتزام تترتب عنه جزاءات مؤسسة على المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الدائن بالاللتزام بالإعلام من حقه ضمان الحماية مسبقا ضد كل ضرر يمكن أن يصيبه عند تنفيذ العقد<sup>(2)</sup>، لأن المهني يملك من القدرة التي تسمح له أن يدخل مسبقا في حساباته جميع ما يمكن أن يثار بشأنه نزاع عند تنفيذ العقد، وتوقع جميع الآثار التي يمكن أن تترتب عن تصرفاته<sup>(3)</sup>.

وعليه فطبقا للمعيار الزمني في تقسيم الإلتزام بالإعلام فإنه يمر بمرحلتين: الأولى يلتزم فيها المهني بإعلام المستهلك بكل البيانات الأساسية اللازمة في تبصير رضائه السليم والحر، والمؤثرة في اتخاذ قراره في التعاقد من عدمه. أما الثانية فيلتزم فيها بالإدلاء بكل البيانات الأساسية المؤثرة في مرحلة تنفيذ العقد، بما يضمن حقه المشروع في عدم تعرضه لأضرار قد تلحقه بسبب تنفيذ العقد.

مما مفاده وجود نوعين من الإلتزام بالإعلام؛ الأول سابق على إبرام العقد، أما الثاني مترام مع تنفيذه. وهما يشتركان في كونهما يرتبان جزاء عن الإخلال بهما، إلا أنهما يختلفان في الأساس الذي يستندان إليه؛ ففي حالة الإخلال بالأول نكون بصدد المسؤولية التقصيرية، وفي حالة الإخلال بالثاني نكون بصدد المسؤولية العقدية<sup>(4)</sup>.

إن التعمق في بحث موضوع تقسيم الإلتزام بالإعلام وفقا لمعيار زمني، يمكننا من التمييز بأن هذا التقسيم ممكن نظريا، لكنه صعب من الناحية التطبيقية؛ لأنه إذا كان يسمح بتقدير مدى تبصير المستهلك وتحقيق الرضا السليم لإرادته زمن اتخاذه قرار التعاقد، غير أن هذا التقدير لا يتضح إلا عند تنفيذ العقد كلما ثار نزاع يتعلق بتنفيذه.

<sup>1</sup> - FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 332.

<sup>2</sup> - Ibid, p 344.

<sup>3</sup> - EL GHARBI Mustafa, « La justification de l'obligation d'information ; contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats », R.R.J, Droit prospectif, 2004 – 2, p 737.

<sup>4</sup> - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 176.

لذلك فإن وجود الإلتزام بالإعلام بصورتيه أمر ضروري لمعالجة اللامساواة في العلم بين المهني والمستهلك من أجل معالجة ظاهرة اللاتوازن العقدي، إلا أنه من باب التيسير على المستهلك، يفضل عدم تجزئته، وإنما اعتباره التزاما واحدا تترتب عن الإخلال به المسؤولية العقدية، والتي على أساسها يمكن له أن يطلب إما تنفيذ الإلتزام عينا، بمعنى إلزام المدين بتنفيذ العقد طبقا لما صدر عنه من إعلام، أو عن طريق التعويض، كجزاء فعال يتلاءم أكثر مع الرغبات المشروعة للمستهلك<sup>(1)</sup>.

يظهر مما سبق ذكره أن نشأة الإلتزام بالإعلام فرضه الواقع العملي الذي جعل من المستهلك الحلقة الأضعف في السلسلة الاقتصادية، وفي علاقاته التعاقدية، ما أدى إلى عدم المساواة في العلم بمحل وبمضمون العقد، والذي ترتب عنه اختلال في التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك. لذلك من الضروري البحث في الأساس الذي يستند إليه.

## الفرع الثاني

### الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام

يجب التسليم مسبقا أن تحديد الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام يتم بداية من خلال البحث في الشكل الأول الذي اتخذته هذا الإلتزام، وهو الكتمان التدليسي، إلا أنه يمكن أن يتأسس كذلك على عيب الغلط، وهذا من خلال بيان خصائص هذه العيوب في نطاق الإلتزام بالإعلام. أما فيما يتعلق بالإكراه والاستغلال فيصعب تصورهما كأساس لقيام الإلتزام بالإعلام؛ لأن المكره على التعاقد يكون على بينة من أن رضاه معيب، أما الاستغلال فقد حصره المشرع الجزائري في حالتين فقط هما: الطيش البين والهوى الجامح<sup>(2)</sup>. وبدرجة أقل يمكن تصوره على أساس علم المشتري بالمبيع علما كافيا، وتنفيذ العقد بحسن النية.

<sup>1</sup> وهي من بين الحلول التي اقترحتها الأستاذة FABRE-MAGNAN في أطروحتها حول الإلتزام بالإعلام في العقود، كحل للإشكالات المتولدة عن التمييز بين الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد والإلتزام بالإعلام التعاقدية، وعن الجزاء الفعال والملائم الواجب تطبيقه عند الإخلال به. ومن بين هذه الحلول، فقد اقترحت نظرية الأثر الإلزامي للإعلام. لتفاصيل أكثر أنظر:

- FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, pp 507 – 540.

<sup>2</sup> المادة 90 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

لهذا سنحاول بعد التعرض إلى إمكانية تأسيس الإلتزام بالإعلام على أساس التدليس (أولا) والغلط (ثانيا)، ثم نظرية العلم الكافي للمشتري بالمبيع ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية (ثالثا)، أن نبين أن الإلتزام بالإعلام إلتزام مستقل قائم بذاته (رابعا).

**أولا: التدليس:** تتفوق فرضية قيام الإلتزام بالإعلام على أساس التدليس على فرضية تأسيسه على العيوب الأخرى، وهذا لا يعود إلى طبيعة عقد الاستهلاك ذاته، وإنما للظروف التي تحيط به، أين نجد المهنيون بحكم اختصاصهم وخبرتهم يتحكمون في تقنيات التسويق والترويج والحث والحمل على التعاقد، هذا ما يتيح لهم ابتكار طرق للاحتيال في حمل المستهلك على التعاقد تتنافى مع الأخلاق ومبدأ حسن النية.

طبقا للقواعد العامة فإن التدليس يكون سببا لإبطال العقد إذا كانت الحيل التي أدت إلى وقوع المدلس عليه في خداع صادرة من أحد المتعاقدين أو النائب عنه<sup>(1)</sup>. وبسهل تطبيق أحكام المادة 1/86 من التقنين المدني على الإلتزام بالإعلام؛ فأول ما يمكن استخلاصه في إطار القواعد العامة، هو أن التدليس يمكن أن يصدر عن البائع كأن يصرح بمزايا وجودة الشيء المبيع على خلاف حقيقته، غير أنه يمكن أن يصدر التدليس كذلك عن المشتري، فالمادة 1/86 من التقنين المدني، لم تستثني إمكانية ممارسة الطرق الاحتيالية من طرف المشتري لحمل البائع على التعاقد معه.

لكن تطبيق أحكام المادة 1/86 من التقنين المدني لا تتلاءم مع طبيعة الحماية الواجب توفيرها للمستهلك عند تعاقد مع المهني؛ لأن التدليس لا يتحدد وفقا لطرفي العقد، وإنما على أساس الطرق الاحتيالية التي تخدع المدلس عليه وتحمله إلى إبرام العقد، فالطرف المحمي هو الذي يتعاقد تحت تأثير التدليس دون التمييز بين البائع والمشتري وهذا ما لا يتماشى مع متطلبات حماية المستهلك كطرف ضعيف في مواجهة المهني.

فإذا كان الإلتزام بالإعلام مقرر كحق للطرف الأول لمعالجة اللامساواة في العلم بمحل العقد للتقليل من ظاهرة إختلال التوازن العقدي، فأول ما يجب ملاحظته هو أن التدليس الصادر من المهني باتخاذ طرقا احتيالية إيجابية، وإن كان قد حمل المستهلك إلى التعاقد

<sup>1</sup>- المادة 1/86 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر..



إلا أن مسألة إثبات اتصاله بالمهني تبقى أمرا عسيراً على المستهلك، وهو الشيء الذي لا يتوافق مع الحماية الوقائية له من ضعفه الفني.

فمن خصوصيات الإلتزام بالإعلام، افتراض عدم المساواة في العلم الذي يجد مبرره في عدم المساواة الفنية بينه وبين المهني، والتي بدورها تبرر افتراض علم المهني، كما تبرر إلزامه بإعلام المستهلك لتتوير رضائه بما يساعده على اتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه<sup>(1)</sup>. لذلك من المستبعد الاعتماد على التدليس بمفهوم المادة 1/86 من التقنين المدني كأساس للإلتزام بالإعلام. لذلك يجب البحث في الكتمان التدليسي طبقاً للمادة 2/86 من القانون المدني كأساس للإلتزام بالإعلام.

يكون التدليس أيضاً سبباً لإبطال العقد، السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة. فالاحتمال في هذه الحالة سلبي على العكس من الأول الذي يتخذ فيه المدلس طرقاً احتيالية إيجابية.

إن أول ما يثار بشأن التلازم القائم بين الكتمان التدليسي والإلتزام بالإعلام، هو اعتبار الأول كأساس قانوني لقيام هذا الأخير؛ فالإلتزام بالإعلام يجبر المتعاقد الذي يحوز على بيانات بأن يعلم بها المتعاقد الآخر، ففي حالة سكوته عنها يعتبر مخلاً بالإلتزام بالإعلام.

استقر القضاء الفرنسي على أن السكوت عن واقعة أو معلومة مهمة يعد تدليساً بالكتمان، وهذا ما أكدته محكمة النقض بتأكيداتها بأن البائع المهني قد أخل بالإلتزام بالإعلام تجاه زبونه عند إخفائه الحادث الذي تعرضت له السيارة وأنه تعمد السكوت عنه، وبهذا أيدت طعن الزبونة وأكدت كذلك على وقوع عبء إثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام على عاتق البائع<sup>(2)</sup>. وهو تأكيد لقرار سابق مؤرخ في 19 جوان 1985، كانت قد قضت فيه محكمة

<sup>1</sup> - CALAIS – AULOY Jean et STEINMTEZ Frank, ... consommation, 4<sup>ème</sup> éd, op cit, p 44.

<sup>2</sup> - CANSÉLIER Guillaume, « À Propos de la distinction de la réticence dolosive et de l'inexécution de l'obligation d'information (note sous cass.civ.1ère, 15 mai 2002) », R.R.J, Droit prospectif, 2004 – 2 (2), p 1440.



النقض بأنه لو لم يغفل البائع المهني عن طريق الكتمان التدليسي الكشف على القدم الحقيقي للمحرك، لما اتخذ المشتري غير المتخصص قراره بشراء السيارة<sup>(1)</sup>.

يظهر مما سبق بأن القضاء الفرنسي قد استقر على اعتبار الكتمان التدليسي جزاء يتقرر عند الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالإعلام، ولأن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان نوع من أنواع التدليس<sup>(2)</sup>، فقد ارتبط ذلك عند القضاء الفرنسي بقيام واجب الإعلام على عاتق الساكت، الشيء الذي جعله يقيم الكتمان التدليسي عند تخلف البائع المهني بالقيام بواجبه في إعلام المتعاقد معه<sup>(3)</sup>.

بالرغم من أن الكتمان التدليسي يبدو أكثر عيوب الإدارة تلازما للإلتزام بالإعلام لأن القضاء لا يحكم بالتدليس نتيجة الكتمان إلا استنادا على تخلف المدلس عن التزامه بالإعلام، إلا أن هذه الفرضية مردود عليها من طرف الفقه الذي لاحظ محدوديتها لسبب بسيط يتمثل في أن السكوت لا يعاقب عليه إذا لم يكن المتعاقد ملزما بتقديم المعلومة للمتعاقد معه؛ بمعنى أن السكوت يكون مشروعا مما لا يؤدي إلى إبطال العقد في حالة غياب الإلتزام بالإعلام<sup>(4)</sup>.

وتظهر هذه النسبية جليا في قرار الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 3 ماي 2000، والذي يعتبر قرارا مبدأ يعرف بقرار Baldus أقرت بموجبه بأن الكتمان التدليسي ليس سببا في بطلان العقد عندما لا يكون على عاتق الطرف الذي ارتكبه أي إلتزام بالإعلام. وفي هذه القضية يتعلق الأمر بعدم إقرار أي إلتزام على عاتق المشتري بإعلام البائع حول القيمة الحقيقية للشيء المبيع<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 19 juin 1985, Bull. civ. I, n°201, note FABRE-MAGNAN Muriel, op cit, p 286.

<sup>2</sup> - AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, op cit, p163 et s.

<sup>3</sup> - GHESTIN Jacques, ..., le contrat, formation, 2<sup>eme</sup> éd, op cit, p 457.

<sup>4</sup> - Ibid. p 457.

<sup>5</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 3 mai 2000, note MESTRE Jacques, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées ». RTD Civ, n°3, juillet / septembre 2000, P 566.

يؤخذ على فرضية تأسيس الإلتزام بالإعلام على الكتمان التدليسي في كون أنها جعلت الفكرتين مترابطتين، لكنها اكتفت بملاحظة وجود علاقة بينهما، دون أن تثبت أي أساس لها، مما يؤدي إلى إمكانية تأسيس جزاء إبطال العقد بسبب الكتمان التدليسي على أساس الإخلال بالإلتزام بالإعلام، إلا أنه حل غير مقنع ويثير الاستغراب؛ لأن مفهوم الكتمان التدليسي سبق في وجوده التفكير في مصطلح الإلتزام بالإعلام. كما أنها أثارت مسألة أخرى تتمثل في هل أن وجود كتمان تدليسي لا يمكن أن يكون إلا عند الإقرار مسبقاً بوجود الإلتزام بالإعلام؟

إذا أجبنا بنعم فسوف يفقد الكتمان التدليسي أهميته واستقلاليته، مما يجعل منه جزءاً من الإلتزام بالإعلام، ما يؤدي إلى تضيق نطاق تطبيقه باستبعاد عدة حالات يمكن أن تترتب عنها جزاءات عن السكوت التدليسي باعتباره يعيب الرضا؛ لأن إثبات عناصر التدليس أصعب بكثير من إثبات شروط الإلتزام بالإعلام والإخلال به<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: الغلط:** الغلط هو سوء تقدير للواقع، وهو يتمثل في واقعة غير صحيحة يتوهم الفرد صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها<sup>(2)</sup>. ومن الناحية القانونية فإن الغلط يتمثل في الاعتقاد الخاطئ الذي يقع فيه المتعاقد حول عنصر محدد لرضائه. بتعبير آخر هو، الإختلاف بين الاعتقاد والحقيقة<sup>(3)</sup>.

يستلزم المشرع في الغلط الذي يبطل العقد بأن يكون جوهرياً<sup>(4)</sup>، ويكون كذلك إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه<sup>(5)</sup>، على أن يتخذ صورتين هما: الغلط في صفة الشيء وفقاً لما يراه المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتباره كذلك

<sup>1</sup> - EL GHARBI Mustafa, op cit, p 740.

<sup>2</sup> - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2003، ص 115.

<sup>3</sup> - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit, p 61.

<sup>4</sup> - المادة 81 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>5</sup> - المادة 1/82 من الأمر نفسه.

بالنظر لشروط العقد ولحسن النية<sup>(1)</sup>، والغلط في ذات المتعاقد بشرط أن يكون هو الدافع للتعاقد<sup>(2)</sup>.

يتضح مما سلف أن الغلط لا يبطل العقد إلا إذا كان جوهرياً يتحدد بناء على إرادة الأطراف، فتقديره يكون على أساس معيار شخصي وليس على أساس معيار موضوعي مستقل عن إرادتيهما، وهو معيار لا يخلو من خطورة المساس باستقرار المعاملات؛ إذ يمكن أن يتدرج به أي متعاقد حسب أهوائه التي يمكن أن تتغير في فترات وجيزة تلي إبرام العقد<sup>(3)</sup>. لذلك لا يمكن إثارة الغلط كسبب لإبطال العقد خارج الأحكام التي وضعها المشرع في القواعد العامة.

وحتى لا يفتح المجال واسعاً لإبطال العقود على أساس الغلط، فقد قيده المشرع بشرط عدم تعارضه مع مقتضيات حسن النية، وهذا النهج من شأنه أن يؤدي إلى تقليل حالات وفرص الحكم بالبطلان على أساس الغلط؛ لأن إثبات جوهرية الصفة التي وقع الغلط بشأنها لا يجب أن يتعارض مع حسن النية والنزاهة في المعاملات والتي من مقتضياتها خلو السلوك من الغش والخداع، أو التدليس، فإذا كان القصد بالاحتجاج بالغلط يتنافى مع مقتضيات حسن النية والنزاهة فلا يجوز التمسك به<sup>(4)</sup>.

يبدو هذا منطقياً من أجل حماية استقرار المعاملات، فإذا كان المنطق القانوني يرفض التمسك بعقد لم يتم على رضاء سليم، فإنه يرفض كذلك تسهيل ضرب استقرار المعاملات. مما مفاده أن الغلط الجوهرى الذي يبطل العقد لن يتم تقديره على أساس معيار شخصي بحت، بل تتدخل في تقديره الظروف المحيطة بالتعاقد.

فهو بذلك معيار موضوعي أيضاً يستند إلى متطلبات حسن النية التي تستخلص من ظروف التعاقد<sup>(5)</sup> التي تسمح للقاضي بتقدير ما إذا كان الغلط يعدم مصلحة المتعاقد أم لا،

1- المادة 2/82 من أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

2- المادة 3/82 من الأمر نفسه.

3 - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit, p 61.

4- المادة 1/85 من أمر رقم 58-75، سالف الذكر.

5- فيلالي علي، مرجع سابق، ص 160.

فإذا انعدمت مصلحته فهو غلط جوهري يبطل العقد لأنه لا يتعارض مع حسن النية، أما إذا لم يعدم مصلحته فإن تمسكه بالغلط غير جائز لأنه يتنافى مع متطلبات حسن النية<sup>(1)</sup>.

إن مؤدى وضع أحكام لممارسة حق إبطال العقد بسبب عيب الغلط هو التقليل من حالات الحكم بالبطلان على أساس الغلط، مما يؤدي إلى تقليص فرص الحماية للمستهلك بالاستناد إلى عيب الغلط؛ لأن من خصوصيات عقد الاستهلاك أن يتم تقدير آثار الاعتقاد الخاطئ الواجب بلوغه حتى يعيب رضاء المستهلك يكون على أساس مدى استجابة محل العقد للرغبات المشروعة له، فإذا ما نفذ المهني التزامه بالإعلام فهذا ينفي وقوع المستهلك في غلط جوهري، أما إذا أخل بهذا الإلتزام فيمكن للمستهلك أن يتمسك بوقوعه في غلط جوهري.

إن تأسيس وقوع المستهلك في غلط جوهري على أساس إخلال المهني بالتزامه في الإعلام لا يمكن تصوره؛ لأن سوء تقدير المستهلك لمطابقة محل العقد لرغباته المشروعة لا يعني بالضرورة إخلال المهني بالتزامه بالإعلام، فرغم أنه إلتزام بتحقيق نتيجة إلا أنها تقتصر على تقديم المعلومات الكافية بشكل وافي للمستهلك بموضوعية وصدق ونزاهة، أما عن مدى فهم واستيعاب هذا الأخير لهذه البيانات فتبقى مسألة خارجة عن إرادة المهني. أما مسألة إثبات اتصال المهني بالغلط، فيصعب تصور ذلك على أساس أن المهني على دراية بمواصفات محل العقد وظروف التعاقد، لذلك إذا ما أثبت المستهلك اتصال الغلط بالمهني فلا يدخل ذلك في مجال الغلط وإنما في مجال التدليس. عليه، فنظرا لخصوصية عقود الاستهلاك، فلا يمكن تأسيس الإلتزام بالإعلام على عيب الغلط.

**ثالثا: نظرية العلم الكافي للمشتري بالمبيع ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية:** يبدو مبدئيا أنه يمكن أن يجد الإلتزام بالإعلام أساسه في المادة 352 من التقنين المدني التي توجب لصحة العقد أن يكون المشتري عالما بالأوصاف الأساسية لمحل العقد علما كافيا<sup>(2)</sup>، مما مفاده أن البائع قد قام بإعلام المشتري بالأوصاف التي تتيح له تقدير مدى مطابقتها لرغباته.

<sup>1</sup> - نسير رفيق، مرجع سابق، ص 257.

<sup>2</sup> - المادة 1/352 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

إن تصور قيام الإلتزام بالإعلام على أساس شرط العلم الكافي بالمبيع لا يمكن أن يتحقق من الناحية العملية؛ لأن نطاق البيانات التي يلتزم البائع بإعلام المشتري بها أضيق نطاقاً من مجال البيانات التي يلتزم المهني بإعلام المستهلك بها، فهذه الأخيرة أوسع نطاقاً لأنها تشمل البيانات الأساسية المتعلقة بمحل العقد ومضمون الإلتزامات التعاقدية، فهي تغطي المرحلة السابقة للتعاقد ومرحلة تنفيذه، بينما يقتصر في شرط العلم الكافي بالمبيع على المواصفات الأساسية للمبيع، فهي بهذا لا تغطي إلا المرحلة السابقة على التعاقد، دون أن تمتد إلى مضمونه.

كما أن حق المشتري في إبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع يسقط في حالة ما إذا تضمن العقد شرطاً يقضي بعلم المشتري بالمبيع، إلا إذا أثبت غش البائع<sup>(1)</sup>، وهو شرط يصعب أن يثبتته المشتري.

أما عن تأسيس الإلتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية، فإن المادة 1/107 من التقنين المدني تقضي بالزامية تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية، فهي بذلك تجعل من الإلتزام بالإعلام من مستلزمات العقد<sup>(2)</sup>.

المقصود بحسن النية هو إعمال مبادئ الصدق، والأمانة، وعدم الغش والاحتيال، والنزاهة في كل التصرفات القانونية، من أجل الحفاظ على مصالح كل طرف في العملية التعاقدية، لذلك يفرض المشرع التزاماً بالإعلام بهدف إحاطة المتعاقد بشكل كافي بكل البيانات والمعلومات الأساسية المتعلقة بالمبيع وبمضمون العلاقة التعاقدية.

تظهر أهمية تأسيس الإلتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية بشكل واضح فيما يتعلق بنطاقه؛ لأن التأكد من عدم انطواء تصرف البائع على الغش أو الخداع أو التعسف في استعمال الحق تشمل المرحلة السابقة على التعاقد وتمتد إلى مرحلة تنفيذه، فأبي انحراف منه عن جادة حسن النية التي يستوجبها القانون سيؤدي إلى إثارة مسؤوليته<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- المادة 2/352 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- سي يوسف زاوية حورية، « الإلتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك »، مرجع سابق، ص 66.

<sup>3</sup> - TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, op cit, p 183.

لكن، لا يجب أن نفهم من ذلك أن أساس الإلتزام بالإعلام هو مبدأ حسن النية؛ لأن الإلتزام بالإعلام الموضوعي النزيه يشكل أحد تطبيقات مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية إلى جانب أي إلتزام آخر يجد أساسه في قاعدة حسن النية ويتفرع عنها<sup>(1)</sup>. فمبدأ حسن النية قاعدة أخلاقية بعدد لا حصر له من التطبيقات، أدخلت في المجال القانوني من أجل التوفيق بين القانون والأخلاق وفقا للقاعدة الأصولية التي تبناها فقهاء القانون الروماني والتي مفادها أن الغش يفسد كل شيء<sup>(2)</sup>.

**رابعاً: الإلتزام بالإعلام إلتزام مستقل قائم بذاته:** لنبين أن الإلتزام بالإعلام إلتزام قانوني قائم بذاته، فيجب الرجوع في ذلك إلى مبررات نشأته، لذلك يجب التسليم مسبقاً بأنه لا يمكن لهذا الإلتزام من أن ينشأ دون مبرر ودون أن يكون مستندا إلى واقع عملي يؤدي إلى نشأته. فتكون بذلك نشأة الإلتزام بالإعلام تحت تأثير مبررات واقعية وقانونية استلزمت قيامه كإلتزام قانوني قائم بذاته.

فملاحظة واقع التطور العلمي تؤكد وجود كم هائل من السلع والخدمات التي تستعصي على المستهلك الإمام بتفاصيلها الفنية الدقيقة التي تؤثر في تقدير مدى احتياجه لها من عدمه. صاحب هذا التطور ظهور السرعة في إبرام المعاملات التي وجدت في تقنية عقود الإذعان الحل الأمثل لتجسيدها، والتي تمتاز بخاصية التحرير الأحادي المسبق لها من طرف المهني، وانطواء ذلك على مخاطر الممارسات التعسفية ضد المستهلك<sup>(3)</sup>. نتج عن هذا الواقع اللامساواة في المعرفة بالخصائص المميزة للسلع والخدمات بين المنتج والمستهلك، ما أدى إلى خلق أزمة اللاتوازن العقدي بسبب تباين المراكز القانونية بين طرفي عقد الاستهلاك.

<sup>1</sup> - EL GHARBI Mustafa, op cit, p 741.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 64.

<sup>3</sup> - إرزيل الكاهنة، « الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02 لسنة 2011، ص 126.

استلزم هذا الواقع تدخل القانون لإرساء نظام قانوني لتنظيم الواقع العملي الجديد الذي أفرز فئات اجتماعية ضعيفة جدية بالحماية، عن طريق خلق آليات قانونية حديثة من شأنها أن تحقق الحماية المرجوة، ومن بين هذه الآليات الحديثة والخاصة فرض القانون التزاما بالإعلام على عاتق كل متدخل من أجل معالجة اللامساواة في العلم بين المتدخل والمستهلك، وتغطية عدم كفاية القواعد العامة كنظرية عيوب الرضا ونظرية الإذعان في تحقيق الحماية له<sup>(1)</sup>.

يبرز الإلتزام بالإعلام كآلية قانونية قائم بذاته من خلال أحكامه التي تتسم بالليونة في شروط تطبيقها، وإحاطته بضمانات لصالح المستهلك؛ فالإلتزام بالإعلام لا يكون إلزاميا باعتبار أن طرفي العقد أرادوه، وإنما لأن المشرع جعله إلزاميا ورتب عن الإخلال به آثارا قانونية. ولضمان فعاليته، فقد لجأ المشرع إلى إقامة قرينة قانونية، مفادها إقامة قرينة العلم لدى المتدخل وقرينة الجهل لفائدة المستهلك أمام الخصائص المميزة لمحل العقد ومضمنون ونطاق الإلتزامات التي يقع على عاتقه إحاطة علم المستهلك بها<sup>(2)</sup>.

وهكذا عندما يلجأ المشرع إلى الافتراض فإنه يقر ضمنا بقصور القواعد العامة في حماية المستهلك، سواء في المرحلة السابقة لإبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، وهذا دليل على استبعاد تأسيس الإلتزام بالإعلام على عيوب الإرادة لأنه أصلا مقرر لتغطية عجز هذه النظرية عن توفير الحماية للمستهلك بحكم أنها ضيقة النطاق وصعبة الإثبات، مما يضيق من مجال الحماية المرجوة للمستهلك.

استجابة إلى الحاجة وما تفرضه النجاعة العملية في حماية المستهلك، فقد جعل المشرع من صفته هذه دائما بالالتزام بالإعلام، ويقع على المتدخل بصفته مدينا به أن يثبت بأنه نفذ التزامه بإعلام المستهلك بالمعلومات والبيانات الأساسية اللازمة للتعاقد.

<sup>1</sup>- جمال محي الدين، « حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية

الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 173.

<sup>2</sup>- عسالي عرعارة، مرجع سابق، 240.

يمكن القول مما سلف، بأن الإلتزام بالإعلام الذي كرسته القواعد الخاصة بحماية المستهلك كالإلتزام تشريعي خاص يقع على عاتق المهني، لا يعني بالضرورة أنه إنشاء لمفهوم قانوني جديد، وإنما اتخذ هذا الشكل الجديد بعد أن تبناه القضاء لفترة طويلة في ظل آليات موجودة مسبقاً في القواعد العامة، خصوصاً الكتمان التدليسي، ونظرية العلم الكافي بالمبيع، ومبدأ حسن النية.

ترتبط آلية الإلتزام بالإعلام ارتباطاً وثيقاً بحماية المستهلك من الشروط التعسفية؛ فإذا ما كانت عدم المساواة الاقتصادية يبرر حماية المستهلك من الشروط التعسفية، فإن الأمر يتكرر ويجد مبرره في عدم المساواة الفنية والتقنية التي تبرر إلتزام المهني بإعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات الأساسية لتبصير رضائه.

يتضح أكثر هذا الترابط بين الإلتزام بالإعلام والحماية من الشروط التعسفية في التقليل المحسوس من مبدأ حرية التعاقد، خاصة ما تعلق بتحديد مضمون العقد، وهذا عن طريق الشكلية للإعلام التي تفرض على المهني تحرير العقود في قالب مكتوب لرقابة التزامه بتضمين هذه العقود بالبيانات اللازمة لتحقيق إعلام فعلي للمستهلك<sup>(1)</sup>.

يؤدي التوفيق بين الإلتزام بالإعلام والشكلية الإعلامية إلى جعل الحماية ضد الشروط التعسفية أكثر فعالية، بفضل رقابة قوة المركز التعاقدية للمهني عن طريق الاستبعاد المسبق للبنود التعسفية، وفي نفس الوقت تغطية النقص المعرفي للمستهلك عن طريق إلتزام المهني بتزويده بالبيانات اللازمة حول محل العقد. وهذا ما نبينه من خلال تطبيق هذا الحل على عقود التأمين.

<sup>1</sup> - TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, op cit, p 262.



## المطلب الثاني

### تطبيق الإلتزام بإعلام المؤمن له للحماية من البنود التعسفية

تستوجب حماية المؤمن له من البنود التعسفية تنظيم عقد التأمين من حيث تكوينه ومن حيث مضمونه<sup>(1)</sup>؛ فمن حيث تكوينه يتوقف سريان بنود التعقد في مواجهة المؤمن له على علمه الكافي والمسبق بمضمونها ونطاق الإلتزامات المتولدة عنها.

لن يتم تحقيق ذلك إلا من خلال إلزام المؤمن بإعلام المؤمن له، من أجل تفعيل الحماية المرجوة له ضد البنود التعسفية زمن إبرام العقد عن طريق إعطائه شكلا قانونيا إلزاميا على عاتق المؤمن<sup>(2)</sup> غايته تقليص الفارق المعرفي بين طرفي عقد التأمين<sup>(3)</sup>.

إن توظيف إلتزام المؤمن بإعلام المؤمن له يسمح بوقايته من خطر التعاقد على بنود سيظهر أنها تتضمن تعسفا عند تنفيذ العقد؛ لأن مضمون آلية الإلتزام بالإعلام تتلاءم مع متطلبات العلم الكافي والفعلي بالخصائص المميزة للخدمة التأمينية وبمضمون العقد، وتتماشى مع قبول المؤمن له بإبرام العقد بعيدا عن أي لبس ينساق وراءه لإيقاعه في علاقة تعاقدية تتضمن تعسفا.

للإحاطة بتوظيف الإلتزام بالإعلام كآلية للحماية الوقائية للمؤمن له من البنود التعسفية، يجب تحليله على مرحلتين . في ظل غياب أحكام خاصة للإلتزام بالإعلام في عقود التأمين . تبعا للمراحل التي يمكن أن تتخذها عملية إبرامه؛ إذ يمكن أن يتخذ إما صورة الإلتزام بإعلام المؤمن له قبل التعاقد (الفرع أول)، وإما صورة الإلتزام التعاقدية بإعلام المؤمن له (الفرع ثاني).

<sup>1</sup>- يتجسد ذلك من خلال التنظيم القانوني الأمر لمضمون عقد التأمين، وهو موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

<sup>2</sup>- المادة 17 من قانون رقم 09-03، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- الهيثم عمر سليم، توازن المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص

## الفرع الأول

### توظيف الالتزام بإعلام المؤمن له قبل التعاقد

يقضي منطق البحث في توظيف الإلتزام بالإعلام كآلية للحماية الوقائية للمؤمن له ضد البنود التعسفية أن لا تسبق مرحلة التنفيذ البحث في هذا التوظيف، وإنما تسبقه مرحلة النشأة؛ لأن عملية تراضي الطرفين يمكن أن تمر على مراحل أولية قبل إنشاء العقد.

يحصّر المشرع الجزائري المرحلة السابقة لإبرام عقد التأمين في طلب التأمين أو اقتراح التأمين (أولاً)، إلا أنه لم يساير في هذه المسألة ما توصل إليه القانون المقارن، خاصة القانون الفرنسي الذي من خلاله سنتطرق لمرحلة أخرى تسبق إبرام عقد التأمين، وهي بيان المعلومات (ثانياً).

**أولاً: طلب التأمين:** تنص المادة 1/8 من القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات على أن: « لا يترتب على طلب التأمين إلتزام المؤمن له والمؤمن إلا بعقد قبوله، ويمكن إثبات إلتزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة التغطية أو بأي مستند مكتوب وقعه المؤمن».

يظهر من هذا أن طلب أو اقتراح التأمين إجراء يسبق إبرام العقد، إلا أن المشرع لم يتطرق لمفهومه، لكن هذا لا يمنع من تعريفه على أساس أنه يمثل تلك الوثيقة التي من خلالها يطلب المكتب من المؤمن بتغطية الأخطار التي يصرح بها عنده بناء على العناصر المرفقة بالطلب والتي تتعلق بالخطر المراد تغطيته<sup>(1)</sup>.

غير أنه من الناحية العملية، فإن الإجراء الذي يسبق إبرام عقد التأمين قد يتم بسعي من المؤمن له كما قد يتم بسعي من المؤمن ووسطاء التأمين، وفي الحالتين يسمى باقتراح التأمين<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - PRIGENT Stéphane, « Engagement pour autrui et assurance », R.G.D.A, N° 3, juillet 2005, p 597.

<sup>2</sup>- إن ما يلاحظ على المشرع الجزائري في المادة 8 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات في نسختها بالعربية قد اعتمد مصطلحين هما: طلب التأمين واقتراح التأمين، أما في نسختها باللغة الفرنسية قد استعمل مصطلحا واحدا وهو La proposition الذي يحمل معنى الاقتراح.

أما من الناحية القانونية، فإن المبادرة باقتراح التأمين تنشئ الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى لفائدة المؤمن له المحتمل على عاتق المؤمن أو الوطاء<sup>(1)</sup> الذين يتدخلون في عملية إبرام عقد التأمين<sup>(2)</sup>.

لقد كان المشرع صريحا في عدم منح أي قوة إلزامية لاقتراح التأمين قبل قبوله، ويجب إثبات هذا القبول إما بوثيقة التأمين أو بمذكرة التغطية أو أي وثيقة أو مستند، بشرط أن يفرغ في قالب مكتوب موقع من طرف المؤمن<sup>(3)</sup>.

غير أن هذا لا يعني المؤمن أو الوسيط في إعلام المؤمن له المحتل، وأكثر من ذلك، في حالة ما إذا أفضى اقتراح التأمين إلى إبرام العقد، يمكن الرجوع إلى مضمونه عندما يثار نزاع عند التنفيذ؛ إذ تعتبر وثيقة أولية تتصل بالعقد يرجع إليها القاضي لاستنتاج حقيقة ما انصرفت إليه إرادة الطرفين لحل النزاع، ما يشكل دعامة لحماية المؤمن له ضد البنود التعسفية.

ونستدل في ذلك بموقف أحكام القضاء الفرنسي التي تقضي بعدم سريان بند تعريف الخطر المؤمن منه في مواجهة المؤمن له، بحجة أنه تعريف يُضيق من نطاق الأخطار المؤمن منها، بما يُخالف تعريف الخطر الوارد في اقتراح التأمين<sup>(4)</sup>.

فاقتراح التأمين سواء كان بسعي من المؤمن . وهو الوضع الغالب عمليا . أو طالب التأمين، فهو ينشئ التزاما بإعلام المؤمن له المحتمل بالمعلومات والبيانات اللازمة لتمكينه من الإحاطة الكافية لا سيما بالخطر موضوع التأمين، والقسط الواجب دفعه، وكيفية أداء مبلغ التأمين عند استحقاقه.

وعموما يجب إعلامه بكل البيانات الأساسية التي تمكنه من اتخاذ قرار سليم بالتعاقد من عدمه مبني على رضا مستتير منه بما يتناسب مع مصالحه من إبرام عقد التأمين،

<sup>1</sup> - نقصد بوسطاء التأمين كل من: الوكيل العام لتأمين، وسمسار التأمين، والمؤسسات المالية والبنوك. أنظر في ذلك الهامش رقم 1، ص 18 من الأطروحة.

<sup>2</sup> - PRIGENT Stéphane, op cit, p 598.

<sup>3</sup> - المادة 1/8 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الكر.

<sup>4</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 27 juillet 1993, note MAUD Asselain, « La proposition d'assurance engage-t-elle l'assuré », R.G.D.A, N° 12, décembre 2017, p 617.

بحيث يمكنه الاستناد إلى مضمون اقتراح التأمين لحماية حقوقه ضد أي تعسف يصدر من المؤمن عند تنفيذ العقد.

بهذا تظهر أهمية توظيف الإلتزام ما قبل التعاقد بإعلام المؤمن له لحمايته ضد البنود التعسفية، إذ يمكن للقاضي الرجوع إلى اقتراح التأمين لتحديد البيانات الأساسية التي على ضوءها أبرم المؤمن له العقد، ومن خلالها يمكن للقاضي أن يقيد المؤمن بما قدمه للمؤمن له من معلومات قبل التعاقد، خاصة وأن المؤمن في هذه المرحلة يمكن أن يحيد عن الموضوعية، وتدخل القاضي من شأنه أن يلزم المؤمن بتنفيذ العقد وفقا لما قدمه من بيانات للمؤمن له في اقتراح التأمين<sup>(1)</sup>.

يشكل اقتراح التأمين في القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات بامتياز التصرف المنشئ للإلتزام المؤمن أو وسطاء التأمين بإعلام المؤمن له المحتمل، إلا أنه لم يتضمن أي إشارة إلى المعلومات التي يتوجب تقديمها لطالب التأمين، والتي من شأنها تتماشى مع ما يميز الخدمة التأمينية، فيكون بذلك من الضروري الرجوع في تحديد هذه البيانات إلى القوانين الخاصة ذات الصلة بحماية المستهلك<sup>(2)</sup>.

غير أنه، ويدافع النجاعة العملية في إبراز أهمية ودور الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام في وقاية المؤمن له من البنود التعسفية، ارتأينا الرجوع في ذلك إلى القانون الفرنسي الذي نظم مضمون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد لحماية طالب التأمين.

<sup>1</sup> - SARGAS Pierre, « L'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré », R.G.D.A, N° 4, octobre 1997, p 969.

<sup>2</sup> - ونقصد بهذه القوانين ما يلي: قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، سالف الذكر، والمادة 5 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر، والمادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306، يحدد العناصر الأساسية...سالف الذكر، والمادة 6 من مرسوم تنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 7 فيفري، يحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، ج ر عدد 10، صادر في 11 فيفري 2009، ومرسوم تنفيذي رقم 13 - 378 ، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، سالف الذكر.

ثانياً: بيان المعلومات: حدد المشرع الفرنسي البيانات الواجب إعلام طالب التأمين بها قبل إبرام العقد، وهو تجسيد لتنظيم مضمون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود التأمين، عكس المشرع الجزائري الذي لم يضع مثل هذا التنظيم، وقد حدد بيانات عامة تطبق على كل عقود التأمين، كما حدد بيانات خاصة بالتأمينات على الحياة.

حدد المشرع الفرنسي في المواد L. 112-2-1, III et R. 112-4 et L. 132-5-1 من قانون التأمين بيانات معينة يلتزم المؤمن تلقائياً بإعلامها لطالب التأمين قبل إبرام العقد في شكل بطاقة المعلومات<sup>(1)</sup> « fiche d'information »، تتعلق بالضمانات والأسعار المطبقة، ويجب أن تتسم بالوضوح بما لا يدع أي غموض أو لبس حتى يتم الإعلام بشأنها بشكل كافي يضمن العلم الفعلي لطالب التأمين<sup>(2)</sup>.

لبيان المعلومات خاصيتان تميزه كإجراء حيوي لحماية طالب التأمين من البنود التعسفية: تتعلق الأولى بجعل تسليم بيان المعلومات إجراء إلزامي يُنفذ بواسطة المدين التزامه بإعلام المؤمن له المحتمل، فحتى لو أن هذا الأخير لم يطلبه، فإن المدين يجد نفسه ملزماً بتقديمه له<sup>(3)</sup>.

أما الخاصية الثانية فتتمثل في دور المشرع في تحديد مضمون بيان المعلومات، فتدخله يعوض غياب دور المؤمن له المحتمل في تحديد محتوى العقد، ما يشكل حماية لرضائه من تعسف المؤمن بتحقيق نوع من التناسب في رضا الطرفين<sup>(4)</sup>.

فمن حيث مضمون بيان المعلومات<sup>(5)</sup> فإنه يتضمن العناصر الأساسية التي سيتضمنها عقد التأمين إذا تم إبرامه بعد ذلك، لا سيما تحديد الضمانات من حيث الأخطار التي

<sup>1</sup> - Article L.112-2 du Code des assurances : « *L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat* ».

<sup>2</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 214.

<sup>3</sup> - PÉRIER Michel, « Le droit de savoir de l'assuré et le devoir d'information de l'assureur », Gaz. Pal. N° 120, avril 2011, p 4.

<sup>4</sup> - Ibid, p 5.

<sup>5</sup> - لم يكتفي المشرع الفرنسي ببيان المعلومات، إذ اعتمد طرقاً أخرى في نص المادة L. 112-2 وتتمثل في نسخة مشروع عقد التأمين وملحقاته، و بطاقة المعلومات.

سيشمها التأمين ويقابلها الاستثناءات من الضمان، تحديد القسط وكيفية أدائه إعلام طالب التأمين بحق العدول إن وجد، مع بيان شكله وإجراءات وآجال ممارسته<sup>(1)</sup>.

أما من الناحية القانونية فإن إلزام المؤمن بإعلام المؤمن له بواسطة تسليمه بياناً للمعلومات يتعلق بالبنود الأساسية للتعاقد قبل اكتتاب العقد يُشكل آلية قانونية فعالة لضمان الحماية الوقائية له ضد البنود التعسفية، وما يؤكد هذه الفعالية، هو الطابع التشريعي الأمر لهذا الإجراء من حيث تنفيذه وتحديد شكله؛ إذ أن هذا الارتباط والتلازم بين إلزامية تنفيذه وتحديد شكله هو الذي يحدد مسبقاً التزامات وحقوق الطرفين بتغليب إرادة المشرع على إرادة طرفي العقد، خاصة وأن هذا التدخل التشريعي الأمر غايته تكمن في حماية المؤمن له بصفته الطرف الضعيف عديم الخبرة<sup>(2)</sup>.

فحبذ لو أن المشرع الجزائري قد سائر تطور التشريعات المقارنة في مجال إقرار إلزام بالإعلام خاص بعقود التأمين في القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي يخلو من مثل هذا الإلزام، فهو ضمان وقائية لطالب التأمين ويحقق مبدأ سلامة واستقرار عقود التأمين بإعلام المؤمن له بكل البيانات المؤثرة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه.

إلا أن قانون التأمينات وإن كان قد تضمن حقوق وواجبات كل من المؤمن والمؤمن له، إلا أنه يخلو من أي إلزام بإعلام المؤمن له بها، وهو الواقع الذي يطرح بقوة ضرورة إعادة النظر في أحكام هذا القانون لمسايرة الواقع العملي في مجال عقود التأمين التي تعرف إشكاليات عديدة.

تبدو أبرز هذه الإشكاليات عدم حصول المؤمن له في كثير من الحالات على مبالغ التأمين عند استحقاقها إلا بمرور سنوات، وهذا يتنافى مع التوقعات التعاقدية للمؤمن له، لذلك يجب مراعاة تخصص القانون في مجال عقود التأمين حتى تكون أكثر فعالية في

<sup>1</sup> - Voir les articles L. 112-2-1, III et R. 112-4 du Code des assurances.

<sup>2</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 56.

الاستجابة لضرورة و متطلبات حماية المؤمن له بصفة عامة، ومن البنود التعسفية بصفة خاصة<sup>(1)</sup>.

يُؤخذ على المشرع الجزائري أنه قد اكتفى بتطبيق الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كما هو وارد في قانون حماية المستهلك والقوانين ذات الصلة به، إلا أن هذا لم ولن يستجيب لمتطلبات حماية المؤمن له؛ لأن تحقيق الفعالية لهذه الحماية لا يكون إلا عن طريق وضع أحكام للإلتزام بالإعلام خاص في القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، تكون متكاملة فيما بينها مع تلك المنظمة في نصوص قانونية متفرقة<sup>(2)</sup>، بطريقة تجعلها نظاما منسجما يستجيب لمقتضبات الإعلام الفعلي والكافي ما قبل التعاقد للمؤمن له.

لأنه في كل الحالات الخاصة بطلب التأمين سواء في طلب التأمين على الأشخاص أو في طلب التأمين من الأضرار، لا يجب إغفال فكرة هامة تتمثل في الانفراد الفعلي للمؤمن في طرح الأسئلة التي يراها مناسبة لطالب التأمين للتعرف على الخطر المراد تأمينه، ومدى قدرته على تغطيته، وذلك دون أي تدخل من طرف طالب التأمين في إعداد تلك الأسئلة<sup>(3)</sup>.

يؤدي الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد إلى تنوير رضاء وإرادة المؤمن له حتى يمكنه التعاقد وهو على بينة من أنه اتخذ القرار الصائب بشأن التعاقد، إلا أنه ولتفادي وقوع المؤمن له في حالات تنازع مع المؤمن قد تتسبب في ضياع حقوقه، فقد أوجب القانون امتداد إلتزام إعلام المؤمن له إلى مرحلة تنفيذ العقد ليضمن لاستجابة العقد لرغباته المشروعة والتي من أجلها تعاقد مع المؤمن.

<sup>1</sup> - COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, op cit, p 38

<sup>2</sup> - قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر، وقانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر، ومرسوم تنفيذي رقم 06-306، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة...، سالف الذكر، ومرسوم تنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 7 فيفري، يحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، مرجع سابق، والمرسوم التنفيذي رقم 13 - 378 ، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - الهيثم عمر سليم، مرجع سابق، ص 112.

## الفرع الثاني

### الإلتزام التعاقدي بإعلام المؤمن له

يفيد الإلتزام بالإعلام التعاقدي أنه آلية تدخل في مرحلة تنفيذ العقد، مما مفاده البحث عن هذا الإلتزام في الوثائق التي تجسد المجال التعاقدي بين المؤمن والمؤمن له. وفي ميدان التأمين، فإن هذه الوثائق التعاقدية تشمل كل من: مذكرة التغطية (أولاً)، ووثيقة التأمين (ثانياً)، وملحق عقد التأمين (ثالثاً).

**أولاً: مذكرة التغطية:** قد يحدث أن يكون طالب التأمين في أمس الحاجة إلى تغطية فورية لخطر معين، وهذا ما يجيزه له القانون بموجب آلية مذكرة التغطية التي تتيح منحه تغطية مؤقتة<sup>(1)</sup>، كما قد يكون المؤمن في حاجة إلى وقت للتدقيق في الخطر محل طلب التأمين، حتى يُقيم القسط الذي يتلاءم معه، أو أن يقبل تغطية الخطر مؤقتاً إلى حين تحرير وثيقة التأمين، وفي كلا الحالتين يلجأ إلى مذكرة التغطية المؤقتة<sup>(2)</sup>.

وهي عبارة عن وثيقة صادرة من المؤمن تتضمن تغطية خطر بصفة مؤقتة بناء على طلب المؤمن له<sup>(3)</sup>، ولا تضمن سوى العناصر الرئيسية المتمثلة في الخطر ونطاق الضمانات، ومبلغ التأمين، وتاريخ السريان، على أن تتم الإحالة إلى وثيقة التأمين التي تقوم مقام العقد النهائي عند تحريها بالنسبة لبقية البنود، بشرط أن يتم إعلام المؤمن له بها مسبقاً، لأن بنود الإحالة من بين الآليات التي غالباً ما يستغلها المؤمن للنيل من مصالح المؤمن له<sup>(4)</sup>.

فمتى تم اللجوء إلى مذكرة التغطية فإنها تؤسس للإلتزام المؤمن بالإعلام وللمؤمن له التمسك بذلك لإحاطته علماً بشكل وافي بالبيانات والمعلومات الأساسية المرتبطة بالبنود

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 214.

<sup>2</sup> - ابراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الأحكام العامة طبقاً لقانون التأمين الجديد (الصادر بتاريخ 9 أوت سنة 1980)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 175.

<sup>3</sup> - LABARTHE Françoise, op cit, p 218.

<sup>4</sup> - BIGOT Jean, (Sous dir.), t 3, Le contrat d'assurance, op cit, p 369.



التعاقدية، والتي وفقا لمضمونها سيتحدد نطاق الحقوق والالتزامات التي ستنشأ عند إصدار وثيقة التأمين النهائية لتحل محل مذكرة التغطية المؤقتة.

تقرب من حيث الأصل<sup>(1)</sup> مذكرة التغطية المؤقتة من وثيقة أو عقد التأمين على أساس أنها وثيقة تعاقدية مؤقتة تسبق مرحلة إبرام العقد النهائي، فهي مبدئيا دليل مؤقت على اتفاق نهائي<sup>(2)</sup>.

لا تثير مذكرة التغطية أي إشكال في اعتبارها وسيلة تؤسس للالتزام المؤمن بإعلام المؤمن له، غير أنها تطرح إشكالات منها موضوعية تتعلق بمضمونها، وأخرى قانونية تعلق بتكييفها.

فمن الناحية الموضوعية، فإن المادة 1/8 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات قد اعتبرها من الوثائق التي تثبت دخول الطرفين في العلاقة التعاقدية، لكن دون التنصيص على أي شكل محدد لها، ما يفهم أن لتراضي الطرفين تضمينها بالبيانات التي يُقدّران على أنها أساسية، فيمكن أن تخلو من توقيع المؤمن له، أو تحديد لقسط التأمين، أو مبلغ التأمين، لكن هذا لا يعني أن إرادة طالب التأمين المستهلك قد شاركت فعليا في تحديد عناصر مذكرة التغطية.

عليه فلا يعتبر الإلتزام بالإعلام الذي ينشأ عن مذكرة التغطية آلية كفيلة بضمان العلم الكافي للمؤمن له ببنود عقد التأمين النهائي، ما يشكل تقليصا من فعالية دور هذا الإلتزام في حماية المؤمن له من تعسف المؤمن.

أما فيما يتعلق بتكييفها، فلا جدال حول اعتبار مذكرة التغطية دليل إثبات على الإلتزام الطرفين<sup>(1)</sup>، لكن دون إشارة إلى اعتبارها دليلا مؤقتا على اتفاق نهائي أم دليلا على عقد

<sup>1</sup>- يُمكن أن تكييف كذلك مذكرة التغطية على أساس أنها عقد مؤقت إذا لم تفضي إلى إبرام عقد نهائي عند انقضاء التاريخ الذي تحمله أو تحقق الخطر الذي تضمنه مؤقتا. أنظر كل من: توفيق حسن فرج، أحكام الضمان في القانون اللبناني، الدار الجمعية للطباعة والنشر، بيروت، 1996، ص 378، ومحمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثانية، 1990، ص 110، وأحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 29، والسنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط... عقود الغرر...، مرجع سابق، ص 1183.

<sup>2</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 178.

تأمين مؤقت، مما يستوجب استنتاج ذلك من إرادة الطرفين أو ظروف التعاقد كلما ثار نزاع بشأن ذلك<sup>(2)</sup>، ومما لا خلاف حوله، هو أن مذكرة التغطية تمنح ضمانا فوريا ومؤقتا لطالب التأمين<sup>(3)</sup>.

نخلص مما سلف إلى أن موقف المشرع الجزائري من مذكرة التغطية ينقصه الوضوح؛ لأنه وإن كان يفرض التزاما على عاتق المؤمن بإعلام المؤمن له في المرحلة التعاقدية، لكنه غير فعال في الإدراك الكافي للمؤمن له بالالتزامات والحقوق التي ستترتب عن التغطية المؤقتة للخطر أو عن تلك التي ستترتب عند إبرام العقد النهائي، لأن المشرع لم يحدد شكله ومضمونه، تاركا ذلك لإرادة الطرفين، ما يعرض مصالح المؤمن له لتعسف المؤمن.

لا يقتصر قيام حق المؤمن له في الإعلام على مذكرة التغطية، فلا تشكل سوى جزء من الوثائق التي تجسد العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، والتي من بينها أيضا وثيقة التأمين التي يلتزم من خلالها المؤمن بإعلام المؤمن له.

**ثانيا: وثيقة التأمين:** تشترك وثيقة التأمين مع مذكرة التغطية والملحق في كونها الوثائق التي بها يمكن إثبات قيام عقد التأمين، غير أنها تتميز عنهما في ميزة أساسية تتمثل في أنها التصرف المادي الذي يتجسد من خلالها الوجود القانوني لعقد التأمين<sup>(4)</sup>.

تتكون وثيقة التأمين من الشروط العامة التي تضعها شركة التأمين وتتنوع بالحقوق والالتزامات المشتركة بين المؤمنين لهم لنفس النوع من الخطر<sup>(5)</sup>، ثم تضاف إليها شروطا خاصة عند إبرام العقد، تتعلق بشخص كل مؤمن له، والتحديد الدقيق للخطر المؤمن منه من

<sup>1</sup> - المادة 1/8 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 30 avril 1970, note BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 232.

<sup>3</sup> - LLUELLES Didier, Précis des assurances terrestres, 3<sup>em</sup> édition, THÈMIS, Montréal, 2004, p 63.

<sup>4</sup> - Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 6 juin 2007, note BEAUCHARD Jean, « Assurance de responsabilité civile : Office du juge », R.G.D.A, N° 4, octobre 2007, p 899.

<sup>5</sup> - LLUELLES Didier, op cit, p 75.

حيث القسط المتناسب معه، ومبلغ التأمين، تاريخ سريان العقد ومدته، وعموما تتضمن الشروط الخاصة كل البيانات التفصيلية التي لا يمكن أن ترد في الشروط العامة<sup>(1)</sup>.

تمتاز وثيقة التأمين في كون أن المشرع الجزائري بموجب المادة 7 من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات قد جعل الإلتزام بالإعلام بموجبها أكثر وضوحا؛ لأنه تطلب شكلا قانونيا معينا ترد وفقه، مع استلزام بيانات محددة يجب أن تتضمنها.

رغم اختلاف مجال الأخطار التي يغطيها التأمين إلا أن وثائق التأمين إضافة إلى الشروط العامة<sup>(2)</sup> (1)، فإنها تتضمن كذلك شروطا خاصة (2).

**1- الشروط العامة لوثيقة التأمين:** تحت تأثير ظرف السرعة في المعاملات التجارية، تم توحيد نمط تسويق وإبرام عقود التأمين، حيث استقرت شركات التأمين على نمط موحد يسري على جميع أنواع التأمين، وهو تسويق نماذج عقود التأمين لنفس النوع من الخطر ونفس الفئة من المؤمنين لهم في شكل كُتيب بعد الحصول على تأشيرة من إدارة الرقابة<sup>(3)</sup>، للتأكد من عدم تضمينها بالبند التعسفية، وعموما مراقبة عدم مخالفتها للتشريع والتنظيم المعمول له في مجال التأمين<sup>(4)</sup>.

يتضمن الكتيب شروطا عامة محددة تحررها مسبقا شركات التأمين تسري على كل العقود من نفس النوع، ومن خلال هذا الأسلوب تتجسد خاصية الإذعان في عق التأمين، وهو أسلوب ضروري من الناحية الاقتصادية ومشروع من الناحية القانونية<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 176.

<sup>2</sup> - تقضي قواعد المنهجية أن لا نقوم بعمل معاكس؛ إذا لا يمكن أن نركز هنا فيما يخص مضمون الإلتزام بالإعلام في وثيقة التأمين على البيانات التي حددها المشرع في المادة 7 من أمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، فرغم أنها بيانات إجبارية تدخل في إطار الشكلية الإعلامية كتطور للإلتزام بالإعلام، إلا أنها بيانات واردة في آلية توقي الشروط التعسفية عن طريق التنظيم القانوني الأمر لبند عقد التأمين ( وهو موضوع المطلب الأول من المبحث الموالي)، لذلك اقترحنا أن سنستعرض مضمون هذا الإلتزام من خلال التركيز على وثائق التأمين كآلية موحدة لتسويق نماذج عقود التأمين قبل أن تصبح عقدا لمؤمن له محدد بالتوقيع عليها، وبعدها نستعرض البيانات الخاصة التي تتضمنها وثيقة التأمين والمتعلقة بطالب التأمين والخطر المؤمن منه إذا ما توصل الطرفين إلى إبرام العقد.

<sup>3</sup> - المادة 227 من أمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 16.

<sup>5</sup> - PARIS LE CLERC Lucien, op cit, p 16.

بالرجوع إلى الواقع العملي في مجال التأمين نجد أن هذا الأسلوب قد أصبح الوسيلة المثلى التي تحقق السرعة والفعالية لشركات التأمين في عرض خدماتها للبيع، دون أن يؤثر ذلك على وجوب وجود مشاركة إرادة المؤمن له في إعدادها.

تحدد الشروط العامة الواردة في وثيقة التأمين كل ما يتعلق بموضوع التأمين ومجاله، وتحتوي على عرض شامل للضمانات، ثم يليها بيان لحالات سقوط الحق والاستثناءات، وبعدها تسرد كل ما يتصل بتكوين العقد ومدته من حيث تاريخ السريان، وتحدد التزامات المكتتب وشركة التأمين بشكل مفصل، لتعرض في الأخير لأحكام مختلفة تتعلق مثلا بتطبيق المكافأة والردع، ويكون مصحوبا بسلم تحديد العجز الناتج عن حوادث السيارات، وتختتم بشرح للمصطلحات الواردة في الكتيب<sup>(1)</sup>. على أن تتم تكملة هذه الشروط العامة بشروط خاصة حتى تتلاءم مع بعض المسائل التفصيلية<sup>(2)</sup>.

**2- الشروط الخاصة:** تضاف إلى وثيقة التأمين شروطا خاصة إلى جانب الشروط العامة عند تعبير طالب التأمين عن رغبته في اقتناء الخدمة التي تتضمنها، وتشترك في أنها تهدف إلى تخصيص العقد، لكن لا يجب الخلط بين الشروط الخاصة بشخص المؤمن له، والشروط الخاصة بأنواع فرعية معينة من الأخطار<sup>(3)</sup>.

تستعمل الشروط الخاصة بشخص المؤمن له les conditions particulières للتعبير عن هوية صاحب وثيقة التأمين والرقم الذي تحمله، فبتصفح أي وثيقة تأمين نجد أنها تتضمن البيانات الشخصية للمكتتب أو المستفيد بذكر اسمه ولقبه، وعنوانه، ومهنته، وحتى حالته المدنية أو الصحية إذا اقتضى الأمر ذلك خاصة في تأمينات الأشخاص، فهي شروط خاصة تهدف إلى تخصيص وثيقة التأمين. وقبل إضافة هذه البيانات الخاصة بالمؤمن له، يلتزم المؤمن أو الوسيط بإعلامه بكل البيانات الواردة في الشروط العامة حتى يتمكن من التعبير بشكل حر ومتبصر عن قراره في إبرام العقد.

<sup>1</sup>- تتعلق هذه البيانات بالشروط العامة لعقد تأمين السيارات، تم تسليمنا إياها عند قيامنا بزيارة إلى الشركة الوطنية للتأمين، والتي تحمل رقم 01/ مؤرخة في 2010/03/15.

<sup>2</sup>- ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، 180.

<sup>3</sup>- لا يثار مثل هذا الخلط عند استعمال اللغة الفرنسية؛ فالشروط الخاصة بشخص المؤمن له يطلق عليها بالفرنسية تسمية les conditions particulières في حين تطلق تسمية les conditions spéciales لأنواع فرعية من الأخطار.

أما الشروط الخاصة بأنواع فرعية معينة من الأخطار les conditions spéciales فهي شروط يتم توظيفها لتوضح أكثر المسائل التفصيلية المتعلقة بتعيين محل الخطر والتي لا يمكن التفصيل فيها في الشروط العامة المحررة مسبقا. فمثلا وثيقة التأمين من المسؤولية عن حريق بضائع موجودة في المخزن، يمكن أن يدرج المؤمن الضمانات الإلزامية العامة في الشروط العامة للوثيقة، إلا أنه لا يمكن أن يدرج أكثر من ذلك، وعليه يتم إلحاق شروط خاصة بها لتتلاءم مثلا مع طبيعة وخطورة المواد المخزنة فيه<sup>(1)</sup>.

**ثالثا: ملحق وثيقة التأمين:** تنص المادة 9 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه: « لا يقع أي تعديل في عقد التأمين إلا بملحق يوقعه الطرفان ».

يعتبر الملحق اتفاق إضافي لاحق لإبرام العقد<sup>(2)</sup>، فهو وثيقة تعاقدية تحمل توقيع المؤمن والمؤمن له، يتضمن تعديل عقد التأمين، وهو لازم لإثبات هذا التعديل بشرط أن يفرغ في قالب مكتوب، دون تطلب الكتابة الرسمية<sup>(3)</sup>. ومما لا شك فيه أن غاية اشتراط المشرع توقيع الطرفين هي ضمان إعلام المؤمن له بشكل موضوعي وكافي بالتعديلات التي تلحق بالعقد الأصلي.

فلا يتم إذن تعديل عقد التأمين إلا بموجب ملحق موقع من الطرفين، وهو تصرف قانوني يترتب عنه إلزام المؤمن بإعلام المؤمن له بمضمون التعديلات التي ستلحق بالعقد الأصلي، وإذا لم يستوفي الملحق هذا الإلتزام، يجوز للمؤمن له التمسك بعدم نفاذ التعديلات في حقه إذا لم يتم إعلامه بها مسبقا، ويقع على المؤمن إثبات أنه قد أوفى به قبل التعديل.

يتبين مما سلف أن ملحق التعديل ذو أهمية خاصة فيما يتعلق بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية؛ لأنه تصرف ينشئ لحق المؤمن له في الإعلام بشروط التعديل ومداهها، وهو بهذا الشكل يؤدي إلى حمايته من الشروط التي تقضي بالتقليص من نطاق الضمانات

<sup>1</sup>- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 149.

<sup>2</sup>- ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 183.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 14 novembre 1995, note KULLMAN Jérôme, « Clauses abusives et contrat d'assurance », op cit, p 19.

المحددة في العقد الأصلي، أو أي توسيع في الحالات التي تؤدي إلى سقوط حقه في طلب التعويض، أو الزيادة في القسط دون إضافة أخطار تغطيها هذه الزيادة.

يتم التعديل إما صراحة باتفاق المتعاقدين كما تضمنته المادة 9 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، وإما أن يتم التعديل ضمناً عند قيام المؤمن له باقتراح التعديل على المؤمن بموجب إرسال رسالة موصى عليها تتضمن طلب تعديل العقد الأصلي بخصوص نطاق الضمان ومبلغ التأمين، فإذا لم يرفض المؤمن طلب التعديل خلال العشرين يوماً التي تلي طلب المؤمن له، فيعتبر التعديل قد تم، وهذا عملاً بنص المادة 2/8 من القانون السالف الذكر، ولا يسري هذا الحكم على تأمينات الأشخاص.

نخلص إلى القول من خلال إسقاط آلية الإلتزام بالإعلام على عقود التأمين ودورها في حماية المؤمن له من البنود التعسفية، أن لهذا الإلتزام أهمية في إرساء حماية فعالة ضد البنود التعسفية كلما التزم المؤمن بتقديم بيانات ومعلومات موضوعية ودقيقة بشكل كافي لتضفي الشفافية على مضمون الإلتزامات التعاقدية من أجل تبصير وتثوير رضاء المؤمن له، ما يؤدي إلى خلق ثقة بين المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

إلا أن واقع التدخل التشريعي لتنظيم الإلتزام بالإعلام لا يعكس هذه الأهمية التي تبنها القانون المقارن الذي حقق في التصور الغائي للإعلام تخصص مضمونه في مجال التأمين، وهذا ما يتأكد من عدم وضع أحكام خاصة بتنفيذ الإلتزام بالإعلام في أمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، فعلى المشرع الجزائري تدارك هذا الفراغ لضمان مصالح المؤمن له من تعسف المؤمن، لأن قانون التأمينات قد اكتفى بالتحديد القانوني الأمر لبعض بنود عقد التأمين بصفة عامة كآلية لحماية المؤمن له، وهو موضوع المبحث الموالي.

<sup>1</sup> - BERTRAND Marc, « Une information fiable, clé de la confiance des assurés », La Tribune de L'assurance, n° 80, juin 2004, p 24.

## المبحث الثاني

### تفادي الشروط التعسفية بالتنظيم القانوني الأمر لبنود عقد التأمين

يُبرم عقد التأمين عادة بين طرف قوي اقتصاديا (المؤمن) وبين طرف ضعيف اقتصاديا (المؤمن له)، وهي من أهم الخصائص في العلاقات التعاقدية المعاصرة التي أدت إلى التعامل بالشروط التعسفية.

للقاية من فرض التعامل بالشروط التعسفية، تدخل المشرع للتخفيف من حدة اللامساواة بين طرفي عقد التأمين بفرض الإلتزام بالإعلام لصالح الطرف الضعيف كآلية لتحقيق رضا أفضل ومستنير للمؤمن له، ليتوقى به التعاقد على شروط تعسفية.

قد لا يؤدي فرض نوع من التوازن للمحيط التعاقدى إلى تحقيق التوازن في الإلتزامات التعاقدية؛ فمن الناحية العملية يبقى الطرف الضعيف اقتصاديا في خطر الممارسات التعاقدية التعسفية، خاصة بالنسبة للمؤمن له الذي لا يملك في الكثير من الحالات حرية التعاقد من عدمها، لأنه في بعض مجالات التأمين المتعلقة بالحفاظ على المصلحة العامة، يجد نفسه ملزما في الدخول في علاقات تعاقدية مع المؤمن فيما يتعلق بهذا المجال من التأمينات لأنها تتعلق بالنظام العام.

فتحقيق التوازن المعقول للعقد مرتبط كذلك بضمان الحد الأدنى للتوازن الموضوعي من الناحية الاقتصادية أو المالية للإلتزامات التعاقدية المتقابلة، حتى يطمئن المؤمن له الحصول على مبالغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه، فهي تمثل المصلحة المشروعة التي كان يتوقعها عند إبرام العقد.

استدعى هذا الواقع، التدخل التشريعي المباشر لتحديد محتوى العقد الذي يجب أن يتقيد به المؤمن والمؤمن له كآلية للقاية من الشروط التعسفية في المرحلة السابقة لإبرام العقد، والتي تتجسد بصفة آمرة باستلزام توافر بنود في عقد التأمين محددة قانونا ومحركة بشكل معين (المطلب الأول)، و انتهاج نظام خاص لاستبعاد البنود التعسفية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### التقيد بالتحديد القانوني الأمر لعقد التأمين

أدى التدخل المتزايد للدولة لفرض النظام العام الحمائي وتوحيد معيار التعسف في الممارسات التجارية إلى انتشار البنود القانونية في العلاقات التعاقدية، والتي تكون ملزمة بموجب النص القانوني الذي يقرها، لأنها تهدف إلى إقامة العدالة العقدية كلما اختلفت على حساب أحد طرفي العقد. لذلك لا يملك طرفي العقد إلا الخضوع لمضمونها وآثارها<sup>(1)</sup>، لأنها تشكل تقنية حديثة للتدخل التشريعي المباشرة لفرض التوازن العقدي بموجب القانون وليس العقد<sup>(2)</sup>، الذي إن ترك أمر تحديد مضمونه سيؤدي حتما إلى تعسف الطرف القوي اقتصاديا.

يكون موضوع عقد التأمين تنظيم الإلتزامات التعاقدية التي تتولد زمن إبرامه، و لكل من هذه الإلتزامات موضوع خاص تنظمه في العقد، كدفع القسط، ونطاق الضمان، ومبلغ التأمين، وغيرها من الإلتزامات التي يتضمنها العقد<sup>(3)</sup>.

يتضمن القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات عدة أحكام تتعلق بحماية المؤمن له من تعسف المؤمن، إذ تدخل المشرع لتحديد البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها عقد التأمين<sup>(4)</sup>، والتي سيؤدي غيابها إلى النيل من مصالح المؤمن له. ومن أجل تحقيق ذلك، لجأ المشرع إلى الأسلوب المباشر بتغليب التنظيم القانوني الأمر لبنود عقد التأمين الأساسية<sup>(5)</sup> من حيث الشكل (الفرع الأول) والموضوع (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - SAVY Robert, « La protection des consommateurs en droit français », R.I.D.C. Vol, 26 N°3, juillet-septembre 1974, p 593.

<sup>2</sup> - SMORTO Guido, « La justice contractuelle », R.I.D.C. Vol, 60, N° 3, 2008, p 595.

<sup>3</sup> - BAKAS-TSIRIMONAKI Stella, « Les principes généraux du droit hellénique de l'assurance », R.I.D.C. Vol, 37 N°1, Janvier-mars 1985, p 71.

<sup>4</sup> - ومنها أيضا، فرض الرقابة على وثائق التأمين وفرض التعامل بالبنود النموذجية. سنتطرق لهما في الفصل الموالي.

<sup>5</sup> - تنص المادة 7 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أن: « يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين، على البيانات التالية: - اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما، - الشيء أو الشخص المؤمن عليه، - طبيعة المخاطر المضمونة، - تاريخ الاكتتاب، - تاريخ سريان العقد ومدته، - مبلغ الضمان، - مبلغ قسط أو اشتراك التأمين ». »



## الفرع الأول

### فرض شكل محدد لصحة البنود الأساسية لعقد التأمين

يلزم المشرع طرفي عقد التأمين بإفراغ التعبير عن إرادتهما في ورقة مكتوبة بشكل واضح يجعل عناصره واضحة لا غموض فيها يمكن معه قراءتها ببسر، وبهذا يتجسد الجانب الشكلي لبنود عقد التأمين المنظم مباشرة من القانون، ويخضعه للنظام العام التعاقدى الحمائي<sup>(1)</sup>. وهذا ما يظهر من نص المادة 7 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تقضي أنه: «**يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة...**».

لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية في مرحلة إبرام العقد فقد استلزم المشرع ضرورة إفراغ التعبير عن الإرادة بكتابة واضحة على ورقة<sup>(2)</sup>، دون أن يرتب جزاء إطلاقا عن تخلف الكتابة، ففي مثل هذه الحالات، يستلزم المشرع الكتابة لحماية الطرف الضعيف في العقد أو لإثبات التصرفات<sup>(3)</sup>.

فالأحكام القانونية المتعلقة بعقد التأمين تهتم بالجانب الشكلي لمضمون العلاقة التعاقدية؛ فمن جهة، تتطلب المادة 1/7 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات تحريره بشكل يجعل عناصره واضحة لا غموض فيها: «**يحرر...، وبحروف واضحة...**». ومن جهة أخرى تستلزم المادة 3/622 من التقنين المدني تحرير العناصر التي تؤدي البطلان أو السقوط بشكل ظاهر: «**كل... بشكل ظاهر...**».

<sup>1</sup> - FARJAT Gérard, op cit, p 36.

<sup>2</sup> - ينبغي أن نشير هنا إلى نقطة أساسية فيما يتعلق بكتابة عقد التأمين في ورقة، وهي أنها لا تفيد الشكلية المباشرة التي تعتبر ركنا لإبرام التصرف إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف، وإنما تعني فقط الكتابة كشكلية لحماية المؤمن له بلفت انتباهه إلى نطاقه وخطورة آثاره، ولإثبات العقد بعد توقيع المؤمن والمؤمن له عليه، فهي شكلية غير مباشرة. فهذا هو مدلول الحالة التي يستوجب فيها المشرع الكتابة في العقد دون أن يرتب أي جزاء عن تخلفها، كما في إبرام عقود التأمين. وهذا ما يستنتج من المادة 1/7 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.

<sup>3</sup> - BENCHENEB Ali, Le droit algérien des contrats ; données fondamentales, Universitaires de Dijon, France, 2011, pp142 et 143.

فتطلب تحرير عقد التأمين بشكل واضح وظاهر يريد المشرع من خلاله تعبئة المؤمن له لقراءة بنود العقد في مرحلة الإبرام، ليكون على بينة مما سيتعاقد عليه بلفت انتباهه إلى تلك البنود التي تتضمن تعسفا وتنال من مصالحه عند تنفيذ العقد أو إنهائه.

يرجع لقضاة الموضوع السلطة في تقدير الطابع الواضح والظاهر للبند<sup>(1)</sup>، لكن هذا لا يعني بالضرورة عدم تدخل محكمة النقض في الرقابة على تطبيق المفهوم القانوني للشكل الواضح والظاهر للكتابة، فعلى قضاة الموضوع القيام بتسبب أحكامهم وقراراتهم من خلال بيان كيف أن الكتابة واردة بشكل واضح وبارز جدا<sup>(2)</sup>.

صحيح أن المادة 1/7 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات والمادة 3/622 من التقنين المدني أفرتا على التوالي إلزام المؤمن بتحرير كل عناصر عقد التأمين بكتابة واضحة، وعندما يتعلق الأمر بالبنود الأكثر خطورة على مصالح المؤمن له فيجب أن يحررها بشكل ظاهر. لكن في مقابل تطلب هذا الشكل في كتابة عناصر العقد، فإن المشرع لم يحدد أي معيار موضوعي يتحقق بموجبه هذا الإلتزام الملقى على عاتق المؤمن<sup>(3)</sup>.

فالرجوع إلى موقف القضاء من هذه المسألة ضروري لفهم مدلول الشكل القانوني للكتابة التي فرضها المشرع في عقد التأمين (أولا)، والجزاء الذي يترتب عن عدم تقييد المؤمن به (ثانيا).

**أولا: موقف القضاء من معيار تحقق الشكل القانوني للكتابة في عقد التأمين:** يبدو من قرارات القضاء أنه إذا كان معيار أسلوب الطباعة هو المعيار الرئيسي لتحقيق الشكل القانوني للكتابة في عقد التأمين (1)، فإن بعض القرارات الأخرى تعند بمعيار آخر هو قابلية قراءة البند (2).

**1- اعتماد كيفية طباعة البند معيارا رئيسيا لتحقيق الشكل القانوني للكتابة:** يقصد بمعيار كيفية الطباعة؛ حجم أو لون الخط الذي تكتب به عبارات البنود الأساسية لعقد التأمين التي

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 15 novembre 1965, R.G.A.T 1966, p 185, note FAVRE ROCHEX André, «... Le fonctionnement » op cit, p 14.

<sup>2</sup> - « *Violo le texte de l'article L. 112-4 la cour d'appel qui se borne à relever que la clause d'exclusion était en caractère apparents, sans préciser si ces caractères étaient très apparents* ». Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 27 février 1996, cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 255.

<sup>3</sup> - BIGOT Jean, (Sous dir.),... t, 3, Le contrat d'assurance, op cit, p 326.

يكون لها تأثير خطير على حقوق المؤمن له، وهي قاعدة توجيهية بسيطة في مضمونها ولكن من الصعب تطبيقها، لأن البند الأساسي كما هو وارد في العقد يجب أن يلفت إليه انتباه المؤمن له بشكل خاص بمجرد أول قراءة سطحية للوثيقة التعاقدية<sup>(1)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنها لا تستجيب لمتطلبات الشكل القانوني للكتابة، تلك الشروط المؤدية للسقوط والمحركة بخط مختلف عن باقي الشروط الواردة في العقد إلا بقدر ما يكون حجم الحروف التي كتبت بها واضحة جدا بحيث، بفضل وضوحها الكبير لا يمكن أن تغفل من انتباه المؤمن له، ويرجع لقاضي الموضوع إثبات أن الحروف الكبيرة المستخدمة لكتابة الشرط لا تخرج عن هذا السياق<sup>(2)</sup>.

فاستلزام الطابع البارز جدا لم يتحقق إذا ما لفت انتباه المؤمن له إلى بنود تعتبر أقل أهمية<sup>(3)</sup>، كذلك إذا كان البند الأساسي مطبوع بكتابة أصغر حجما من تلك التي تطبع بها باقي البنود<sup>(4)</sup> أو يكون مطبوعا بنفس حجم باقي البنود<sup>(5)</sup>، وحالة أن يكون البند الأساسي مطبوعا بخط غامق في حين تطبع عبارات تستثنى من الضمان بخط عادي<sup>(6)</sup>، أو حالة أن يظهر الشرط الأساسي بخط غامق، لكن موضعه في الوثيقة يرد بجانب باقي بنود الاستبعاد الواردة بخط أحمر<sup>(7)</sup>.

تبنى بذلك جانب من القضاء الفرنسي معيار الطريقة التي يطبع بها البند في عقد التأمين كمعيار رئيسي لتحقيق الشكل القانوني للكتابة بحروف بارزة أو جد بارزة، والتي استلزم المشرع أن تحرر وفقها البنود الجوهرية للعقد. وليتحقق هذا المعيار فيجب إثبات أن

<sup>1</sup> - BIGOT Jean, (Sous dir.),... t, 3, Le contrat d'assurance, op cit, p 327.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 14 mai 1946, D. 1946. cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 256.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 11 décembre 1990 : « *Dans le paragraphe comportant l'exclusion invoqué, l'attention du lecteur n'était nullement attirée sur la disposition essentiel qui exclut la prise en charge du montant du prêt en principale, mais sur les dispositions relatives à la franchise, beaucoup moins importantes* ». Note, KULLMANN Jérôme, « Assurances de risque divers », R.G.D.A, N°2, avril 1999, p 469.

<sup>4</sup> - CA Nîmes, 12 février 1981, note, PÉRIER Michel, « Chronique de jurisprudence : assurances », Gaz. Pal. N° 120, avril 2011, p17.

<sup>5</sup> - Cass. Civ. 2<sup>em</sup>, 15 décembre 2002, note, PELISSIER Anne, « Assurances en général », R.G.D.A, N° 3, juillet 2012, p 602.

<sup>6</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 25 mars 1991, note, BEIGNIER Bernard et BEN HADJ YAHIA Sonia, Droit des assurances, 2<sup>eme</sup> édition, L.G.D.J, Paris 2015, p 355.

<sup>7</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 1 décembre 1998, note, LEDUCQ Xavier, « Assurance terrestre : jurisprudence », Gaz. Pal. N° 310, novembre 2007, p 40.

هذه الكتابة تُمكن المؤمن له من التمييز بين البنود التي تتعلق بالبطلان أو السقوط أو الاستبعاد أو المدة عن باقي البنود بمجرد أول قراءة لمضمون النص التعاقدية.

اعتمد جانب من القضاء على معيار آخر ليتحقق بموجبه الشكل القانوني للكتابة المفروضة لبنود عقد التأمين، وهو معيار وضوح البند للقراءة.

2- اعتماد معيار وضوح البند للقراءة لتحقيق الشكل القانوني للكتابة: استندت جانب من القضاء إلى معيار الوضوح في كتابة البند للحكم باستيفائه الذي الشكل القانوني الذي يتطلبه المشرع في بعض بنود عقد التأمين.

فبعد أن تبين بأن أسلوب الطباعة لا يسمح بتمييز البند الأساسي في العقد، وأنه لم يحدد أي وسيلة أخرى موضوعية تطبق في كتابة البند الأساسي حتى يجلب انتباه المؤمن له، أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر صادر عنها، بأنه يمكن للبند الجوهري أن يلفت انتباه المؤمن له إليه حتى وإن كتب بحروف بنفس حجم باقي البنود، بشرط أن يستعمل في كتابته وسيلة تسمح بلفت الانتباه إليه، واستدلّت في ذلك بوسيلة وضع السطر تحته<sup>(1)</sup>.

من هذا المنطلق، ولتفادي كثرة المنازعات بسبب هذا الموضوع، خاصة ما يتعلق ببنود الاستبعاد، أصدرت الفدرالية الفرنسية لشركات التأمين توصية في 1993، أو صت بموجبها بتجنب أكبر قدر ممكن تراكم بنود الإحالة، والعمل قدر الإمكان على توضيح نطاق محدد لبنود الاستبعاد. وقد اقترحت لذلك أن يكون ما يدخل في الضمان يقابله مباشرة ما هو مستبعد منه، وبهذا الإجراء يمكن تقليص المنازعات<sup>(2)</sup>.

على الرغم من تباين موقف القضاء من المعيار الذي على أساسه تستوفي البنود الأساسية لعقد التأمين للشكل القانوني الذي استلزم المشرع أن تتخذه وتحرر وفقه حتى تظهر بشكل بارز أو بارز جدا، إلا أنه لا يمكن تجاهل أن القضاء قد قدم حلا موضوعيا يتجسد من خلاله الشكل القانوني لهذه الكتابة، فلا مانع من أن تكتب بحروف أكبر حجما من باقي

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 28 juin 1988, note, BIGOT Jean, « Assurance construction : Assurance de responsabilité civile décennale », R.G.D.A, N° 2, avril 2009, p 514.

<sup>2</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, « Assurance en générale, le contrat : dénaturación par omission », R.G.D.A, N° 4, octobre 1995, p 872.

حجم الحروف التي تكتب بها باقي بنود العقد، أو بلون مختلف، أو بوضع سطر تحتها طالما أن المشرع لم يضع معيارا موضوعيا محددًا لذلك<sup>(1)</sup>.

يتوجب على المؤمن التقيد بالشكل القانوني في كتابة بنود عقد التأمين الأساسية بشكل يمكن معه للمؤمن له أن ينتبه إليها ويتمكن من قراءتها بيسر كشرط لنفاذ هذه البنود في مواجهته كطرف ضعيف في العقد. لذلك من الضروري البحث في مصير البند الأساسي الذي لم يُراعى فيه الشكل القانوني للكتابة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري كما أسلفنا، فقد استلزم أن تحرر بنود عقد التأمين بحروف واضحة<sup>(2)</sup>، أما بالنسبة للبنود التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط فيجب أن تحرر بشكل ظاهر<sup>(3)</sup>.

ويبدو بذلك أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار الكتابة الواضحة والمقروءة بالنسبة لكل بنود عقد التأمين، ومعيار الكتابة الظاهرة بالنسبة للبنود التي تؤدي إلى السقوط أو البطلان، لكن دون تحديد أي عنصر موضوعي تُستوفي بموجبه الكتابة الواضحة والظاهرة، خاصة وأن القضاء الجزائري لم يسعنا بقرارات تتعلق بتطبيق هذه المصطلحات التي استوجبها المشرع في بنود عقد التأمين.

يتضح من ذلك، أن تطلب إظهار بنود عقد التأمين بشكل معين ما هو بالنسبة للمشرع إلا تقنية لضمان العلم الكافي للمؤمن له بمحتوى ونطاق الإلتزامات التي تتولد عند توقيعه على العقد، وترك للمؤمن إختيار الوسيلة الملائمة لتنفيذ هذا الإلتزام تحت رقابة القضاء عند نشوء نزاع حول مدى إلتزام المؤمن بالشكل القانوني في تحرير بنود العقد.

هكذا يظهر أن المؤمن في عملية تقديمه للوثائق التعاقدية للمؤمن له عليه أن يلتزم بالجانب الشكلي القانوني لبنود عقد التأمين؛ فيلتزم بتحرير بنود العقد بكتابة واضحة تسمح للمؤمن له بقراءتها بيسر، كما يلتزم المؤمن أيضا بتحرير البنود التي تؤدي إلى السقوط أو

<sup>1</sup> - BIGOT Jean, « Assurance...responsabilité civile décennale,...» op cit, p 517.

<sup>2</sup> - المادة 1/7 من أمر رقم 07/95 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 3/622 من أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

البطلان بشكل ظاهر يلفت نظر وانتباه المؤمن له إليها بمجرد قراءة سطحية للوثيقة التعاقدية.

إذا كان المشرع قد ألزم كتابة بنود عقد التأمين بخط واضح وإظهار الأكثر خطورة منها بشكل معين ومميز يلفت انتباه المؤمن له حتى يتوقى التوقيع على وثائق تتضمن بنودا تعسفية تنال من حقوقه، فهذا يجعلنا نبحث في مسألة مآل بنود عقد التأمين التي لا تستوفي إلزامية الكتابة الواضحة والظاهرة.

**ثانيا: جزاء تخلف الشكل القانوني للكتابة في البند:** إن استلزام شكل معين في كتابة بنود عقد التأمين وسيلة ضرورية لحماية المؤمن له من البنود التعسفية في المرحلة السابقة لإبرام العقد<sup>(1)</sup>. غير أن ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري قد قرر صراحة البطلان كجزاء عن عدم مراعاة الكتابة الظاهرة بالنسبة للبنود التي تؤدي إلى السقوط أو البطلان<sup>(2)</sup>، في حين أن القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات لم يقرر بتاتا أي جزاء عن عدم مراعاة المؤمن للكتابة الواضحة عند تحرير نماذج عقود التأمين<sup>(3)</sup>.

يبدو من موقف القضاء الفرنسي أنه قد استقر على عدم نفاذ البند في مواجهة المؤمن له إذا لم يكتب بشكل بارز أو بارز جدا<sup>(4)</sup>، وفي حالات أخرى يقضي ببطان البند<sup>(5)</sup>، على أن يقتصر جزاء البطلان على البند الذي لم يحزر بشكل بارز جدا<sup>(6)</sup>. وفي كلا الحالتين فإن البند يعتبر غير مكتوب للمؤمن له، وهو ما يحيلنا إلى الجزاء الذي يترتب على البنود التعسفية<sup>(7)</sup>. ويعتبر امتداد هذا الجزاء إلى البنود التي لا تظهر بشكل بارز أو بارز جدا ضمانا إضافية فعالة أقرها القضاء الفرنسي للحماية ضد البنود التعسفية<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup> - BAKAS-TSIRIMONAKI Stella, op cit, p 72.

<sup>2</sup> - المادة 3/622 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 7 من أمر رقم 95/07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - Cass. Civ. 2<sup>em</sup>, 14 juin 2007, n° 06 – 15670, note, LEDUCQ Xavier, « Jurisprudence de la Cour de cassation », Gaz. Pal. N° 127, mai 2008, p 23.

<sup>5</sup> - Cass. Civ. 2<sup>em</sup>, 26 avril 2007, n° 06 – 14928, note PÉRIER Michel, « Jurisprudence de la Cour de cassation », Gaz. Pal. N° 127, mai 2008, p 26.

<sup>6</sup> - KULLMAN Jérôme, « Assurance de groupe souscrite par la banque », R.G.D.A, N°2, avril 2007, p 397.

<sup>7</sup> - CHANGNY Muriel et PERDRIX Louis, , op cit, p 232.

<sup>8</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, « Documents contractuels », R.G.D.A, N° 3, juillet 1997, p 734.

لكن استلزام كتابة البند بشكل بارز جدا يطبق في نطاق محدود، فهو مطبق فقط على بعض بمود عقد التأمين؛ بنود السقوط، والبطلان، والاستبعاد والمدة، ما يستلزم الرجوع خارج هذه البنود، إلى قانون الاستهلاك للبحث في الطابع التعسفي لباقي البنود.

يتضح مما سلف، أنه فيما يتعلق بالبنود المؤدية إلى السقوط أو البطلان، فإن التقنين المدني يمنح أفضل حماية ضد البنود التعسفية من الحماية التي يمنحها الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي اكتفى فقط بوضوح الكتابة لبنود عقد التأمين، دون أن يقر أي جزاء عن التخلف الشكل القانوني التي فرضتها المادة 07 من هذا القانون، في حين أن التقنين المدني رتب جزاء البطلان عن عدم كتابة شروط البطلان والسقوط بشكل ظاهر.

فعمليا، بالاستناد إلى المادة 3/622 من التقنين المدني، يكتفي المؤمن له بإثارة عدم بروز البنود التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط بشكل ظاهر للحكم على طابعها التعسفي<sup>(1)</sup>، أما بالاستناد إلى المادة 07 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، فالإثبات الطابع التعسفي لبنود عقد التأمين، لا بد من الرجوع في ذلك إلى نظام القوائم، أما إذا لم يرد فيها، فيتم بالاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر<sup>(2)</sup>.

عليه، نميل إلى ما توصل إليه القضاء الفرنسي في تأكيد ضرورة كتابة بنود السقوط، والبطلان، والاستبعاد والمدة بحروف بارزة جدا، واقترح لذلك أن تكتب بحروف أكبر حجما من حروف باقي البنود، أو كتابتها بلون مختلف، أو تسطيرها، أو بأي وسيلة أخرى يتحقق

<sup>1</sup>- تقضي المادة 622 أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، أن: «يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية... - كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط».

<sup>2</sup>- لا نرى حاليا أنه في الواقع العملي يوجد فرق بين عدم تقرير أي جزاء في حالة عدم وضوح الكتابة عن تقرير البطلان عن عدم إبراز شروط البطلان أو السقوط بشكل ظاهر في بنود عقد التأمين، فأهمية استلزام الشكل الظاهر تبقى نظرية فقط؛ لأن الطرف الذي يتنازع مع المؤمن له حول عدم إبراز شروط البطلان أو السقوط بشكل ظاهر هو المؤمن، الذي بحكم تخصصه وخبرته في مجال صياغة عقود التأمين، لا نتنظر منه أن يتغافل عن إظهار هذه البنود بشكل ظاهر، فلو كان في نيته أن يتعسف سيتفادى تطبيق حكم البطلان. وفي هذه الحالة، يجد المؤمن له نفسه أمام شرط تعسفي محرر بشكل ظاهر يؤدي إلى سقوط أو بطلان حقه في التعويض، فما عليه إلا إثبات ذلك بالرجوع إلى نظام القوائم أو معيار الإخلال الظاهر.



بموجبها الوضوح والظهور بشكل مميز يلفت نظر وانتباه المؤمن له إليها بمجرد أول اطلاع على الوثيقة التعاقدية.

في غياب معيار قانوني لتحقيق شرط كتابة هذه البنود بحروف بارزة جدا، فإن تقديره يخضع قضاة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض لضمان فعالية أكثر للحماية ضد البنود التعسفية التي يتعمد المؤمن إدراجها بثتى الحيل لتمنحه أفضلية على المؤمن له كلما تحقق الخطر المؤمن منه وأصبح معه مبلغ التأمين مستحقا<sup>(1)</sup>.

بغض النظر عن عدم وضع المشرع الفرنسي لوسيلة أو آلية توجيهية يلتزم بها المؤمن في تحرير البنود الأكثر خطورة على مصالح المؤمن له بحروف جد بارزة، فإن للقضاء دور إيجابي وحاسم في توضيح الشكل البارز جدا عند تحرير هذه البنود التي تتسم بالتعسف<sup>(2)</sup>، ووضع بعض من الوسائل التي بموجبها يتحقق الشكل القانوني للكتابة، ومن خلال هذه الأخيرة تمكن القضاء من فرض رقابته ليس فقط على رضا المؤمن له، وإنما أيضا على مضمون العقد المعد والمحذر بصفة مسبقة، وضرورة علم المؤمن له بالمسائل الجوهرية وحتى التفصيلية عندما يكون لآثار هذه الأخيرة النيل من حقوقه<sup>(3)</sup>.

هذا فيما يتعلق بما وصلت إليه التجربة القضائية الفرنسية الرائدة في مجال محاربة الشروط التعسفية<sup>(4)</sup>، أما ما يتعلق بالقضاء الجزائي فربما حدثت التجربة في مجال حماية

<sup>1</sup> - KULLMAN Jérôme, Les relations entre assureurs et assurés en droit français, in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p 365.

<sup>2</sup> - KULLMAN Jérôme, « Clauses abusives et contrat d'assurance », R.G.D.A, n° 01, janvier 1996, p 19.

<sup>3</sup> - DELVAUX Paul-Henry, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p 85.

<sup>4</sup> - يرجع تطور التجربة الفرنسية في محاربة ظاهرة الشروط التعسفية إلى كونها لم تبدأ بصدور قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك والذي بموجبه تم التكريس التشريعي لمصطلحات التعسف والميزة الفاحشة الناتجة عن التفوق الاقتصادي؛ ففي مجال عقود التأمين، فمنذ صدور قانون 13 جويلية 1930 المتعلق بعقد التأمين تأسست فكرة ضرورة إرساء أحكام قانونية لإعادة التوازن بين المؤمن والمؤمن له ، إذ جاء في عرض أسباب مشروع هذا القانون التركيز على أهمية وظيفة القانون في توفير الحماية الاجتماعية، فهو يحمي الضعيف من القوي، والمؤمن له ضد المؤمن بحظر



المستهلك بصفة عامة، وما يتعلق بالجانب الحمائي لتطبيق مفهوم البنود التعسفية بصفة خاصة، وغياب ثقافة التقاضي لدى المستهلك الجزائري كانت وراء عدم إثراء القضاء للمنظومة الحمائية ضد البنود التعسفية.

لكن وإن كان القضاء لا يمارس رقابة تلقائية على تطبيقات البنود التعسفية، إلا أن لجنة البنود التعسفية قد تم إنشائها لهذا الغرض، وكان لها أن تمارس هذه الرقابة تلقائياً، بل وجوباً لأن المشرع أسسها وكلفها بذلك<sup>(1)</sup>.

كما أنه يمكن للجنة الإشراف على التأمينات الإطلاع بهذا الدور بصفتها لجنة ضبط قطاعية مختصة في مجال التأمين، والتي من مهامها السهر على احترام شركات التأمين ووسطاء التأمين المعتمدين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين، ومنها الشق المتعلق بالرقابة المستمرة على نماذج العقود<sup>(2)</sup>.

باعتقاد إلزامية إظهار بنود معينة في عقد التأمين بشكل واضح ومقروء، يكون المشرع قد أدرك حقيقة أن المؤمن يتعسف في استغلال المؤمن له عن طريق تعمد كتابة بنود العقد بشكل يصعب قراءته حتى لا ينتبه إلى تلك التي تنال من حقوقه، خاصة بنود الاستبعاد من الضمان.

---

التعامل ببنود معينة أو بفرض التعامل ببنود أخرى. فغاية هذا القانون هي محاربة أشكال التعسف المنسوب إلى محرري عقود التأمين، وحظرها بموجب أحكام قانونية أمرة. وهذا ما يدل على أن محررو قانون 13 جويلية 1930 قد ركزوا اهتمامهم على البحث عن آليات قانونية مباشرة لحماية المؤمن له من تعسف المؤمن، لكن دون أن يتضمن هذا القانون مصطلحات التعسف أو البنود التعسفية، راجع في ذلك:

- L'exposé des motifs du projet qui deviendra la loi du 13 juillet 1930, recueil des documents parlementaires de la chambre des députés, session ordinaire de 1925, P 637, annexe n°1544, et l'exposé du professeur LYON-CAEN à la page 638 du même documents.  
[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>1</sup> - المادة 6 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306، يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - تياب نادية، « دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط قطاع التأمين »، الملتقى الوطني حول: السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، أيام 13 و 14 نوفمبر 2011، ص 7.

إلا أن هذا لن يكون كافيا لحماية المؤمن له من البنود التعسفية، لذلك استلزم المشرع وضوح الشكل في الكتابة بالنسبة لبنود محددة توصف على أنها بنود أساسية أو جوهرية في العقد تضمن مصالح المؤمن له من حيث موضوع ونطاق الإلتزامات والحقوق.

## الفرع الثاني

### الإلزام بتضمين العقد ببنود تعاقدية محددة قانونا

ترتبط آلية فرض الشكل القانوني لكتابة بنود عقد التأمين مع آلية فرض البنود التي يستلزم القانون أن يتضمنها العقد؛ فحتى وإن التزم المؤمن بكتابة بنود العقد بشكل واضح وظاهر فإن ذلك لن يمنعه من فرض بنود تعسفية تنال من حقوق المؤمن له طالما لم يحدد المشرع هذه البنود التي تعتبر أساسية ويتوجب عليه إظهارها بكتابة بارزة<sup>(1)</sup> عن تلك البنود الأقل أهمية.

فتطلب إظهار بعض البنود بشكل معين واستلزام تضمين العقد ببنود محدد قانونا تقنيتان متلازمتين؛ فغاية تدخل المشرع من فرض هاتين التقنيتين تكمن في وقاية المؤمن له من الشروط التعسفية في المرحلة السابقة لإبرام العقد، فلا يمكن تحقيق هذه الحماية في حالة ما إذا اكتفى المشرع باستلزام إظهار بنود العقد بشكل محدد دون أن يحدد هذه البنود، ما يجعل المؤمن يحترم هذا الشكل بالنسبة للبنود الأقل أهمية فقط.

أما في حالة ما إذا اكتفى بفرض تضمين العقد ببنود قانونية دون أن يلزم بإظهارها بشكل معين، فذلك أيضا لن يفي بغرض الحماية، لأن المؤمن سيخضع لهذا الإلزام، لكن سيعتمد كتابة البنود الأساسية بشكل لن يُسهل اطلاع المؤمن له عليها شكلا وموضوعا<sup>(2)</sup>.

فالتلازم القائم بين التقنيتين يسمح بتحقيق نوع من التوازن في عقد التأمين بالمواجهة المسبقة للبنود التي ستؤدي إلى الإخلال به من خلال الإلزام بالنقيد ببنود جوهرية من حيث الموضوع والشكل، تُؤدي بذاتها إلى التوازن في الإلتزامات التي ستترتب عن العقد بالإقصاء

<sup>1</sup> - BAKAS-TSIRIMONAKI Stella, op cit, p 76.

<sup>2</sup> - Ibid, p 77.

المسبق لبنود قد تتضمن تعسفا؛ لأن فرض المشرع لبنود تعاقدية ملزمة للطرفين سيؤدي إلى استبعاد البنود التي تتعارض معها في المضمون<sup>(1)</sup>.

سعى لإيجاد أفضل حماية للمتعاقد الضعيف في العلاقات التعاقدية خاصة في إطار عقود الاستهلاك، عملت التشريعات الحديثة على وضع آليات تدخل مباشرة في مضمون العقد، إذ هناك من يرى أن ذلك يعود إلى عدم تكييف آليات القانون المدني مع الوضع القانوني المعاصر للنظام التعاقدية، ففاعليته محدودة في مواجهة الوضع الحديث للعملية التعاقدية<sup>(2)</sup>.

عليه، فإن الإلزام بتضمين عقد التأمين بنود تعاقدية محددة قانونا يُراد منه إدراج البنود التي يقدر المشرع أنها جوهرية، بحيث يشكل غيابها قرينة قانونية على فرض المؤمن بنودا تعسفية تؤدي إلى النيل من مصالح المؤمن له، في حين تُتيح له إمكانية التحلل من التزاماته، خاصة الإلتزام بدفع مبالغ التأمين عند استحقاقها.

فإذا ما ترك أمر تحديد مثل هذه الشروط لإرادة الطرفين، لتمكن المؤمن من فرض بنود تعاقدية ستفرغ العقد من جوهره ومادته، لأنه لا يمكن أن نتصور قانونا صحة عقد التأمين إذا كان المؤمن مقابل الأقساط التي يتلقاها لا يضمن الأضرار التي تلحق بالمؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه<sup>(3)</sup>. وبهذا فهي بنود تمنح للمؤمن ميزة غير مشروعة تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي كنتيجة منطقية لتفوق مركزه التعاقدية في مواجهة المؤمن له كطرف ضعيف في مركز تعاقدية أدنى<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - PLOTNIC Olesea, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Grenoble, juin 2013, p 276.

<sup>2</sup> - MALLET-BRICOUT Blandine, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », R.I.D.C. Vol, 56, n° 4, 2004, p 872.

<sup>3</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 220.

<sup>4</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 504.

تأثر عقد التأمين بتزايد وانتشار التدخل التشريعي الأمر في تأطير العلاقات التعاقدية لمسايرة التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي أفرز ظاهرة البنود التعسفية وانعكاساتها السلبية على مصالح المتعاقد الضعيف، وانعكاس ذلك على البنية الداخلية للعقد<sup>(1)</sup>.

استجابة لمتطلبات النجاعة العملية من إبرام عقود التأمين، فقد أخضعه المشرع لفكرة النظام العام الحمائي لمواجهة اللاتوازن الظاهر في الالتزامات الناتج عن فرض التعامل بالبنود التعسفية بسبب اللامساواة في المراكز التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له<sup>(2)</sup>.

تم عملية حماية المؤمن له من البنود التعسفية عن طريق التحديد التشريعي الأمر للبنود التي يتعين على المؤمن إدراجها مسبقا عند تحرير نماذج عقود التأمين، فمن خلال محتوى العقد يمكن، إما الوقاية من البنود التعسفية، وإما أن يكون مصدرا لخطر التعسف إذا ترك أمر تحديد مضمونه لإرادة الطرفين فقط<sup>(3)</sup>.

ويبرز هذا التدخل بموجب المادة 7 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي تضمن بنودا قانونية لا تتغير في كل نوع من أنواع عقود التأمين، لأن أهم ما يمس بمصالح المؤمن له هو البنود التعسفية التي تمس بالتوازن العقدي في جانبه الموضوعي، فلا تكفي فيه الحماية القائمة على معالجة ضعفه الذاتي الذي ينتج عن ضعفه من الناحية المعرفية، والفنية بمجال ولغة التأمين، يضاف إليها افتقاره للقوة الاقتصادية التي ستمنحه إمكانية مناقشة العقد قبل إبرامه<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - DOMONT-NAERT Françoise, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p 229.

<sup>2</sup> - KULLMAN Jérôme, Les relations entre assureurs et assurés...op cit, p 352.

<sup>3</sup> - MAUD BENTIN Liaras, « La protection par le droit des assurances », R.G.D.A, N° 05, mai 2014, p 2, [www.Lextenso.fr/lextenso\\_tools/print](http://www.Lextenso.fr/lextenso_tools/print). Consulter le 09/01/2017

<sup>4</sup> - DALCQ Roger-O et CRIJNS Marie-Anne, Les relations entre assureurs et assurés en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p 394.

أكد المشرع الجزائري هذا التوجه في نطاق عقود التأمين بنص المادة 7 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات والتي تقضي بأن: « يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين، على البيانات التالية:

- اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما،
- الشيء أو الشخص المؤمن عليه،
- طبيعة المخاطر المضمونة،
- تاريخ الاكتاب،
- تاريخ سريان العقد ومدته،
- مبلغ الضمان،
- مبلغ قسط أو اشتراك التأمين».

يجسد نص هذه المادة التزامات عقدية مصدرها القانون مباشرة، إذ يجب أن يتضمنها عقد التأمين إجباريا، فهي التزامات غير عقدية المنشأ؛ ومفاد ذلك، أنها لا تمثل ما ارتضاه الطرفين، فإلى جانب الالتزامات التي يتفق المتعاقدين عليها، توجد فئة أخرى من الالتزامات التي يتعين أن يخضعا لها بالرغم من أن مصدرها مستقل عن إرادتيهما، فمصدرها هو القانون.

وبموجبها قام المشرع بتغليب إرادته على إرادتي المؤمن والمؤمن له من أجل تحقيق متطلبات حماية المتعاقد الضعيف، وحماية العقد بذاته وقيمه الاقتصادية حتى لا يخرج عن الغاية الأساسية من وراء إبرامه أو فرضه على المؤمن له في نطاق التأمينات الإلزامية<sup>(1)</sup>.

من خلال نص المادة 7 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات نلاحظ أنها تضمنت جملة من الشروط والبيانات الخاصة التي يستلزم أن يتضمنها كل عقد تأمين بغض النظر عن طبيعة العملية التأمينية.

<sup>1</sup> - GHESTIN Jacques, « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'Économie Industrielle, Vol, 92, 2<sup>e</sup> et 3<sup>ème</sup> trimestres, 2000. p 87.

يمكن تقسيمها إلى الشروط المتعلقة بموضوع عقد التأمين (أولاً)، والشروط المتعلقة بركن السبب في العقد (ثانياً)، وتلك المحددة لزمان ترتيب آثاره (ثالثاً)، وبالمعلومات الشخصية للطرفين (رابعاً).

**أولاً: الشروط المتعلقة بموضوع عقد التأمين:** تُصنف عقود التأمين وفقاً للخطر الذي يستهدف المؤمن له التأمين منه؛ فهناك تأمين بحري، وتأمين جوي، وتأمين بري، هذا الأخير يُقسم إلى تأمين على الأشخاص وتأمين من الأضرار، وهذا الأخير بدوره يتضمن تأميناً على الأشياء وتأميناً من المسؤولية<sup>(1)</sup>.

لذلك ألزمت المادة 2/7 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات بيان موضوع عقد التأمين بنصها على أنه: «...وينبغي أن يحتوي إجبارياً...2- الشيء أو الشخص المؤمن عليه».

ويتحقق هذا الشرط إما ببيان الأشياء المؤمن عليها وإما الأشخاص المؤمن عليهم؛ فيجب تعيين الشخص المستفيد في التأمين على الأشخاص في حالة ما إذا تقرر التأمين لغير مصلحة المؤمن له. كما يجب تعيين الشيء المؤمن عليه في التأمين على الأضرار، كتعيين البضائع المؤمن عليها في تأمين البضائع المنقولة، أو تعيين السيارة في التأمين عن حوادث السيارات، أو تحديد عدد ونوع الماشية في التأمين عن هلاك الماشية.

تكملةً للشروط المتعلقة بموضوع عقد التأمين، تضيف المادة 3/7 من الأمر السالف الذكر بأنه: «...وينبغي أن يحتوي إجبارياً...3- طبيعة المخاطر المضمونة». إذ يتوجب أن يتضمن العقد تحديداً لطبيعة الأخطار التي يخشي المؤمن له أن تصيب الشيء أو الشخص المؤمن عليه.

يفيد تطلب تحديد طبيعة المخاطر المضمونة عدم كفاية تعيين موضوع الخطر ليتبين نطاق عقد التأمين، لهذا يستلزم زيادة على ذلك تحديد طبيعته، أي تحديد السبب الذي بتحقيقه يُطبق الضمان على عاتق المؤمن؛ ففي التأمين على حوادث السيارات مثلاً يجب تحديد بدقة طبيعة الأخطار التي يضمنها المؤمن؛ فإن كان ملزماً قانوناً بضمان التبعات المالية للمسؤولية المدنية التي يمكن أن يتعرض لها المؤمن له بسبب الأضرار الجسمانية و/أو

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 31.

المادية التي يحدثها للغير عند استعمال السيارة<sup>(1)</sup>، فإنه لا يضمن مثلا الأضرار اللاحقة عن سرقتها أو انكسار الزجاج إلا إذا تم التنصيص عليها في الشروط الخاصة لعقد التأمين<sup>(2)</sup>.

أما إذا كان تأميننا على الأشخاص لحال الوفاة مثلا، فيجب تحديد حالات الوفاة التي يستحق فيها مبلغ التأمين والحالات التي يستثنى فيها، فإذا كان السبب المؤدي إلى الموت يُشكل حالة من الحالات التي لا يؤدي تحققها إلى تطبيق الضمان، فلا يلتزم المؤمن بدفع مبالغ التأمين<sup>(3)</sup>.

يمثل شرط تحديد طبيعة المخاطر المضمونة جانبا محوريا في عقد التأمين، إذ يكون في الغالب سببا لإثارة منازعات بين المؤمن والمؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه؛ فهذا الأخير يطالب بمبالغ التأمين على أساس أنها مستحقة الأداء، إلا أن المؤمن دائما ما يثير أي بند في العقد خاصة ضمن شروطه العامة حتى يتحلل من مسؤوليته في دفعها.

بل وأكثر من ذلك، يجب تحديد طبيعة هذه المخاطر ونطاقها بدقة، لأنها في الحقيقة هي من يوضح نطاق ومدى إلتزام المؤمن بالضمان من عدمه تجاه المؤمن له، حتى لا يلتزم هذا الأخير دون مقابل<sup>(4)</sup>.

**ثانيا: الشروط المتعلقة بتوافر ركن السبب في عقد التأمين:** تقضي المادة 7 من أمر التأمينات السالف الذكر في فقرتيها 6 و 7 على أنه: «...وينبغي أن يحتوي إجباريا...6- مبلغ الضمان، 7- مبلغ قسط أو اشتراك التأمين».

يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين كتعويض عن الضرر عند تحقق الخطر المؤمن في التأمين على الأضرار، أو بدفع المبلغ المتفق عليه عند حلول أجل استحقاقه أو وقوع الحادث المؤمن منه في التأمين على الأشخاص أو الرسمة. ويتم تحديده عند إبرام العقد

<sup>1</sup>- هيكل عبد العزيز فهمي، مقدمة في التأمين، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص 40.

<sup>2</sup>- راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمينات الجزائري المؤرخ في 9 أوت 1980، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 245.

<sup>3</sup>- غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، بيروت، 1975، ص 54.

<sup>4</sup> - REICH Norbert, Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1990, p 82.

بالنسبة لتأمينات الأشخاص، أما في تأمينات الأضرار فيحدد عند وقوع الكارثة بقدر ما لحق بالمؤمن له من ضرر، دون أن يتعدى قيمة الشيء المؤمن عليه<sup>(1)</sup>.

أما المؤمن له، فيلتزم بدفع مبلغ التأمين إذا كان الاكتتاب لدى شركات التأمين التي تتخذ شكل شركة مساهمة، أو قسط اشتراك التأمين إذا اكتتب لدى شركة تأمين تتخذ الشكل التعاضدي. ويكون مبلغ أو اشتراك التأمين محددًا مسبقًا من طرف إدارة الرقابة خاصة في مجال التأمينات الإلزامية.

يمكن من خلال هاذين الالتزامين الأساسيين الرقابة على وجود ركن السبب في عقد التأمين؛ فسبب إلتزام المؤمن له بدفع قسط أو اشتراك التأمين هو التنفيذ الاحتمالي لالتزام المؤمن بدفع مبلغ الضمان، أما سبب إلتزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين هو إلتزام المؤمن له بدفع قسط أو اشتراك التأمين<sup>(2)</sup>.

هذا فيما يتعلق بوجود السبب، أما فيما يتعلق بمشروعيته فهو الباعث الدافع لإبرام عقد التأمين، إذ يختلف من مؤمن له لآخر، على أنه يتفق في كل العقود على أنه المصلحة المشروعة المباشرة أو غير المباشرة التي تعود للمؤمن له من وراء التأمين لحفظ مال أو في عدم وقوع خطر.

كما يمكن أن تكون المصلحة اقتصادية أو أدبية، بشرط أن تكون مشروعة، فيجب أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما لو أمن شخص على حياته لفائدة عشيقته بهدف الاستمرار في معاشرتها، فهنا يكون التأمين على الحياة باطلا لمخالفة الباعث الدافع للآداب العامة، فهي مصلحة غير مشروعة<sup>(3)</sup>. وبصفة عامة لا يجوز التأمين على كل ما هو مخالف بشكل مباشر أو غير مباشر للنظام العام أو الآداب العامة.

مما سلف، نستنتج أن المادة 7 من الأمر السالف الذكر في فقرتيها السادسة والسابعة، قد ركزت على حماية المؤمن له من تعسف المؤمن من زاوية فرض إدراج مبلغ الضمان

<sup>1</sup> - المادة 2/12 والمادة 30 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة في الفقه النقض المصري والفرنسي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 130.

<sup>3</sup> - نسير رفيق، مرجع سابق، ص 224 وما يليها.



الذي يمثل المقابل المحتمل الذي سيتحصل عليه المؤمن له بسبب دفعه مسبقا لقسط التأمين. وهو تجسيد لحماية القيمة الاقتصادية لعقد التأمين.

**ثالثا: الشروط المحددة لتاريخ سريان مفعول العقد ومدته:** طبقا للمادة 7 من قانون التأمينات السالف الذكر، فيجب أن يتضمن عقد التأمين تاريخ اكتبابه، وتاريخ سريانه ومدته، إذ تقضي بأنه: «...وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين...4- تاريخ الاككتاب، 5- تاريخ سريان العقد ومدته».

يعتبر عقد التأمين تاما فور توقيعه من طرف المؤمن والمؤمن له، وتاريخ التوقيع هو تاريخ الاككتاب، إلا أنهما لا يمثلان بالضرورة تاريخا لسريان مفعول العقد، بل يفيدان فقط بأن المؤمن قد قبل تغطية الخطر مقابل الأقساط المحدد التي سيلتزم المؤمن له بدفعها.

أما سريان مفعول العقد فيمكن أن يكون ابتداء من التاريخ والساعة المذكورين في شروط خاصة أخرى، ومن هذا التاريخ المحدد بدقة سيرتب العقد آثاره، فيكون قسط التأمين مستحق الأداء ويسري الإلتزام بالضمان على عاتق المؤمن. أما في حالة إغفال الطرفين ذكر تاريخ السريان فيعتبر تاريخ الإبرام هو تاريخ ترتيب العقد لآثاره ما لم يوجد نص خاص يُنظم تاريخ السريان<sup>(1)</sup>.

يجب أن يتضمن العقد أيضا مدة سريانه، فلا يكفي فقط ذكر تاريخ بداية السريان، بل يجب أيضا ذكر تاريخ انتهاء مدة السريان. فتحديد مدة العقد من البيانات الأساسية التي استلزم المشرع تضمينها في عقد التأمين؛ لأن وقوع الحادث الذي يغطيه العقد والذي يؤدي إلى تطبيق الضمان على عاتق المؤمن يتوجب أن يكون قد وقعت خلال مدة صلاحية العقد.

<sup>1</sup>- ونقصد بذلك بعض العقود التي لسبب ما يبقى فيها عقد التأمين ساري المفعول لكن تُعلق فيه الضمانات بشكل مؤقت، كالعقود المجددة تلقائيا إذا لم يتم فسخها عملا بالمادة 6/16 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة 51 من هذا الأمر تستأنف آثار عقد التأمين غير المفسوخ بالسبب للمستقبل، ابتداء من الساعة الثانية عشر من اليوم الموالي لدفع القسط المتأخر في هذه الحالة فقط». تضيف المادة 17 من الأمر نفسه بأنه: «في العقود ذات الأجل البات، لا تسري آثار الضمانات إلا على الساعة الصفر من اليوم الموالي لدفع القسط، إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف».

يعود لطرفي العقد كامل الحرية في تحديد تاريخ سريان العقد وتاريخ انتهائه، باستثناء بعض التشريعات التي تتدخل في تحديدها كالقانون الإيطالي الذي يحدد سريا العقد من منتصف الليل من يوم الإبرام، وينقضي في منتصف الليل من آخر يوم من التاريخ المحدد في العقد<sup>(1)</sup>.

رابعاً: الشروط المتعلقة بالمعلومات الشخصية للأطراف: تلزم المادة 1/7 من قانون التأمينات السالف الذكر بأنه: «...وينبغي أن يحتوي إجبارياً...1- اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما».

يتطلب في وثيقة التأمين أن تتضمن كافة العناصر المعرفة لهوية الموقعين عليها، فالمؤمن باعتباره الطرف الأول في العقد، يلتزم بإظهار عدة بيانات في أعلى الوثيقة تحت طائلة عدم الترخيص لتسويقها من طرف إدارة الرقابة.

إذ يتضمن أعلى وثيقة التأمين وفي صفحتها الأولى بيان لاسم شركة التأمين، وطبيعتها القانونية ورقم رأسمالها، وعنوان مقرها المركزي إلى جانب عنوان فرعها الإقليمي الذي سيوقع على الوثيقة. كما تتضمن بيانات عن أرقام الهاتف، وعنوان موقعها وبريدها الإلكترونيين، ورقم تأشيرة إدارة الرقابة لتسويق الوثيقة مع ذكر تاريخ صدورها.

أما بالنسبة للمؤمن له، فيجب ذكر اسمه ولقبه العائلي، وبيان عنوانه من حيث مقر سكنه، رقم هاتفه وعنوان بريده الإلكتروني، وتاريخ ميلاده، وحتى مهنته ومقر عمله. وإن اقتضى الأمر ذكر حالته الصحية خاصة في مجال تأمينات الأشخاص. ونفس البيانات يجب أن تتوفر في الوثيقة بالنسبة للمستفيد إذا كان تأميناً لصالح الغير. وينطبق هذا الإلزام بالنسبة للشخص المؤمن مثلاً على حياته. وفي كل الحالات يجب تحديد هوية الموقع أو المستفيد تحديداً نافياً للجهالة.

مما سلف، يمكن القول بأن فرض المشرع بنوداً تعاقدية ما هي إلا من الوسائل التي تسمح بتفعيل حماية مصالح المؤمن له عن طريق إعطائها شكل قانوني ذات طابع إلزامي

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 244.

في تحديد محتوى عقد التأمين، وهي من جانب آخر تشكل موضوع أو محل إلتزام المؤمن بإعلام المؤمن له حتى يكون على دراية تامة بمضمون ما إلتزام به<sup>(1)</sup>.

توسع المشرع في انتهاج أسلوب التدخل المباشر لتنظيم عقد التأمين في القانون رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات كآلية لحماية المؤمن له كطرف ضعيف في علاقاته التعاقدية مع المؤمن، فهي تتميز بكونها آلية تصحيحية لوضعية اللاتوازن الناتج عن الظروف التي يتم فيها التعاقد؛ فهي تساهم في التوفيق بين المصالح المتعارضة لطرفي عقد التأمين لتحقيق الغاية من إبرامه<sup>(2)</sup>.

أكد المشرع هذا التوجه في مجال التأمينات على الأشخاص في المواد 70 و 70 مكرر من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، واللذان تقضيان بوجود تضمين عقد التأمين ببيانات إلزامية<sup>(3)</sup> إضافة إلى البيانات الواردة في المادة 7 من نفس القانون. وأعاد تأكيد نفس التوجه في عقد التأمين البحري<sup>(4)</sup>.

إلا أن ما يمكن أن يثار حول هذا التوجه، هو عدم تقرير المشرع لأي جزاء قد يترتب عن تخلف أي شرط من هذه الشروط القانونية التي أكد طابعها الإلزامي. غير أنه يمكن تجاوز هذا الإشكال بحكم أن المشرع لم يغفل عن الجزاءات، وإنما ترك ذلك لتقدير القضاء للفصل فيها حسب الحالة، وله كامل السلطة التقديرية في ذلك، باستثناء جزاء البطلان بقوة القانون عن تخلف إبراز البنود التي تؤدي إلى السقوط والبطلان عملا بالمادة 3/622 من التقنين المدني. ويتضح أكثر هذا التوجه من خلال تطبيقات هذه التقنية على عقود تأمين محددة ومنظمة بموجب نصوص قانونية خاصة بها كآلية للوقاية من البنود التعسفية.

<sup>1</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,...consommation, 6<sup>eme</sup> éd, op cit, p 63.

<sup>2</sup> - BAKAS-TSIRIMONAKI Stella, op cit, p 106.

<sup>3</sup> - هذه البيانات تضمنتها المادة 70 من أمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، والمادة 70 مكرر من قانون رقم 04-06 السلف الذكر،: - اسم المؤمن له وتاريخ ميلاده أو أسماء المؤمن لهم وألقابهم وتواريخ ميلادهم، - أسماء المستفيدين وألقابهم إذا كانوا معينين، - الحادث أو الأجل الذي يتوقف عليه استحقاق المبالغ المؤمن عليها، - الإجراءات المتعلقة بالتخفيض والتصفية والشروط التطبيقية وفقا للمواد 84،85، و90 أدناه. - طرق تحديد قيم تغطية العقد، - المردود الأدنى المضمون للمساهمة في الفوائد الممنوحة بموجب هذه العقود للمكتتبين، -إلزامية إعطاء معلومات سنويا عن وضعية العقد حول الحقوق المكتسبة ورؤوس الأموال المؤمنة، - آجال وكيفيات التراجع عن العقد، - كيفيات إلغاء وتحويل عقود الجماعة ونتائجها على المؤمنين.

<sup>4</sup> - راجع في ذلك مضمون المادة 98 من أمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

## المطلب الثاني

### اعتماد نظام خاص لاستبعاد البنود التعسفية

تقضي النجاعة العملية للحماية ضد البنود التعسفية أن يستكمل المشرع أحكام المادة 7 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تضمنت بنوداً قانونية لا تتغير في كل نوع من أنواع عقود التأمين، بأحكام حمانية خاصة بكل نوع من أنواع عقود التأمين.

فهناك ارتباط وثيق بين التطبيق العام على عقود التأمين لأحكام هذه المادة وضرورة استكمالها بأحكام خاصة تختلف باختلاف فروع عقود التأمين، مما يسمح بإلحاق نظام قانوني حمائي خاص بكل صنف من أصناف عقود التأمين؛ لأن اختلاف أصناف وفروع هذه الأخيرة يؤدي إلى اختلاف طبيعة البنود التعسفية، مما يوجب البحث عنها تبعاً لفرع وصنف التأمين.

انطلاقاً من هذه الفكرة، وحتى لا يجد المؤمن له نفسه محروماً من أية حماية قانونية ضد البنود التعسفية في أي صنف من أصناف عقود التأمين، أخضع المشرع وثائق التأمين للرقابة التي يمكن أن تُقضي إلى فرض إدارة الرقابة العمل بشروط نموذجية، وهذا ما تؤكدته المادة 1/227 و3 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي تنص على أن: «تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أية وثيقة أخرى، تقوم مقامها، لتأشيرة إدارة الرقابة التي تستطيع أن تفرض العمل بشروط نموذجية».

تعرض مسبقاً كل الوثائق التجارية الموجهة للجمهور على إدارة الرقابة التي يمكن أن تطلب تعديلها في أي وقت».

عليه، فالنظام الخاص المعتمد لاستبعاد البنود التعسفية بصفة مسبقة وتبعاً لكل نوع من أنواع عقود التأمين، هو فرض العمل بالشروط النموذجية (الفرع الأول)، ثم الرقابة على كل الوثائق التعاقدية أو الإشهارية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### فرض العمل بالشروط النموذجية

يجسد فرض العمل بالشروط النموذجية مظهرا من مظاهر النظام العام الحمائي المرتبط بتنظيم العلاقات التعاقدية التي تتسم بعدم التكافؤ بين المتدخلين والمستهلكين، والذي ينتج عن عدم المساواة في القوة الاقتصادية.

مما لا شك فيه أن عقود التأمين ليست إلا مثالا لهذه العلاقات التعاقدية الغير متكافئة، فقد اعتبرت أبرز تطبيق لعقود الإذعان والاستهلاك التي يُسلم فيها المؤمن له لبنود سابقة التحرير بصفة انفرادية من طرف المؤمن، والتي يحتمل أن تكون مصدرا لحالات تعسف يصعب حصرها بالاستناد إلى نظم القوائم المحددة للبنود التعسفية المطبقة بشكل عام، دون أن تكون مخصصة لعقد محدد<sup>(1)</sup>.

استنادا إلى هذه المعطيات تبنى المشرع آلية مباشرة أخرى<sup>(2)</sup> للوقاية ضد البنود التعسفية في عقود التأمين، والتي تتجسد بفرض العمل بالشروط النموذجية الموحدة التي تحددها إدارة الرقابة لتتلاءم مع كل فرع من فروع التأمين<sup>(3)</sup>.

فهناك ارتباط وثيق بين أحكام المادة 7 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي تضمن بنودا قانونية لا تتغير في كل نوع من أنواع عقود التأمين لأنها تتضمن أحكاما توجيهية فقط ذات تطبيق عام، وبين آلية فرض العمل بشروط نموذجية.

فهذه الأخيرة آلية لاستكمال هذه الأحكام التوجيهية التي تجسد الإحالة إلى المرجعية التشريعية أو التنظيمية لتحديد البنود الإلزامية لعقد التأمين الذي أخضعه المشرع للنظام العام التعاقدى الحمائي، للحد من فرض البنود التعسفية على المؤمن له بمراقبة المحتوى التعاقدى للعقد.

<sup>1</sup> - ASTEGIANO-LARIZZA Axelle, « Abus de droit et assurances », R.G.D.A, n° 11, novembre 2016, p 509.

<sup>2</sup> - فإلى جانب تأطير المشرع لعملية التراضي، والتحديد الإلزامي بصفة عامة لمحتوى عقد التأمين بموجب أمر رقم 95 - 07 المتعلق بالتأمينات، تبنى المشرع آلية فرض العمل بالشروط النموذجية.

<sup>3</sup> - BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, op cit, p 84.

واجتماع هاتين الآليتين مرتبط بدوره مع آلية اعتماد نظام القوائم في تحديد البنود التعسفية بذاتها، إلا أنهما تختلفان من حيث الأسلوب المنتهج في التدخل للحماية ضد البنود التعسفية؛ ففي نظام القوائم، انتهج المشرع أسلوب تعداد بنود تعسفية ذات تطبيق عام يمنع إدراجها في عقود الاستهلاك، فهو بهذا الشكل تحديد سلبى لمضمون العقد.

أما في إطار آليتي أحكام المادة 7 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، وفرض العمل بالشروط النموذجية، فإن أسلوب المشرع قد تغير من منهج المنع إلى منهج فرض شروط محددة، فهو بهذا الشكل تحديد إيجابى لمضمون العقد.

فلتحقيق هذه الحماية كان لا بد من تدخل السلطة العامة في العلاقات التعاقدية لفرض شروط إلزامية غايتها تأطير نطاق معين للحقوق والالتزامات التعاقدية التي يتضمنها عقد التأمين، ويتجسد هذا الإجراء بموجب فرض بنود تعاقدية يكون مصدرها القانون بمفهومه الواسع، وتكون موجهة لحماية المؤمن له كطرف متعاقد ضعيف، ولضمان تحقيق الغاية من التأمين ذاتها<sup>(1)</sup>.

هكذا يظهر أن الشروط النموذجية ما هي إلا وسيلة تسمح بتفعيل مصالح المؤمن له، والتي من دون أي شك سينال منها المؤمن في غياب تدخل حاسم للسلطة العامة من أجل حمايتها.

ودراسة تقنية اللجوء إلى فرض العمل بالشروط النموذجية كآلية للوقاية من البنود التعسفية في عقود التأمين، تستوجب التطرق إليها بالبحث في كل العناصر المرتبطة بها، والتي يستلزم أن تتوفر كلها حتى يتم الحكم من خلالها على أهمية وفعالية دورها في حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية. والوصول إلى هذه الغاية، سيتم عبر معرفة مدى تأثير الشرط النموذجي في العقد كمصدر للحقوق و/أو الإلتزامات (ثانياً)، وتحديد مجال سلطة إدارة الرقابة في فرضها (ثالثاً)، لكن قبل دراسة هذه العناصر، يجب البداية بمحاولة التعريف بالشرط النموذجي (أولاً).

<sup>1</sup> - GRAS Nicolas, Essai sur les clauses contractuelles, thèse pour le doctorat en droit privé, université CLERMONT FERRAND 1, 2014, p 36.

أولاً: محاولة التعريف بالشروط النموذجي: يمكن تعريف البند النموذجي على أنه اشتراط يحدد مضمونه من طرف سلطة إدارية ويكون ملزماً للمتعاقدين<sup>(1)</sup>، فلا ينشأ من إرادة المؤمن والمؤمن له أو أحدهما، لأنه ينشأ مباشرة من إرادة إدارة الرقابة التي منحها المشرع سلطة تنظيم عقود التأمين بفرض العمل بالبند النموذجية<sup>(2)</sup>.

فالشروط النموذجي تأكيد على تشديد الطابع الأمر في النظام التعاقدية<sup>(3)</sup>، من أجل ضمان التحول من حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد إلى إثراء للالتزامات التعاقدية خارج إرادة المتعاقدين كأسلوب مباشر وفعال في توجيه محتوى العقد<sup>(4)</sup>، ليستجيب لمتطلبات حماية المؤمن له بتحقيق نوع من التوازن العقدي.

مما مفاده وجوب الإدراك مسبقاً أن ما يرتبه عقد التأمين من حقوق والتزامات لا يمثل كله ما ارتضاه المتعاقدين<sup>(5)</sup>، بل أكثر من ذلك، لا يكون العقد فعالاً من الناحية القانونية إذا لم يتضمن أي شرط من الشروط النموذجية الإلزامية؛ لأنه تعبير عن سمو النظام العام التعاقدية الذي تخضع له عقود التأمين<sup>(6)</sup>.

فظهر فرض العمل بالشروط النموذجية تزامن مع ظهور وتطور المنظومة القانونية التي سعت إلى توفير الحماية للأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية التي تطورت تحت تأثير التطور الصناعي والتكنولوجي، والتي أفرزت طرفاً قوياً اقتصادياً في مواجهة طرف ضعيف اقتصادياً<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 63.

<sup>2</sup> - En France, cette disposition a connu une vie mouvementée : inscrite dans une ordonnance du 29 septembre 1945, modifiée par un décret du 20 mai 1955, elle a été intégrée à l'article L. 310-7, puis, depuis la loi du 4 janvier 1994, elle a pris place à l'article L. 111-4. Les clauses types actuellement en vigueur ont donc été prises au visa de ces différentes références. ALKHALFAN Ismail, op cit, p 249.

<sup>3</sup> - AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, Droit civil, les obligations : 1- L'acte juridique, le contrat – formation – effets, 7<sup>ème</sup> édition, éd, ARMAND COLIN, Paris 1996, p 198.

<sup>4</sup> - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit, p 25.

<sup>5</sup> - RADÉ Christophe, op cit, p 829.

<sup>6</sup> - FARJAT Gérard, op cit, p 36.

<sup>7</sup> - ميريني حنان، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2004، ص 11.

تطلب هذا الأمر تدخل المشرع لتنظيم العلاقات التعاقدية إما بصفة مباشرة منه، أو بتحويل تلك السلطة المباشرة لهيئات إدارية كل في مجال اختصاصها<sup>(1)</sup> لضمان الحد الأدنى للتوازن العقدي بحماية المتعاقد الضعيف استجابةً لمعطيات عملية فرضتها خصائص العلاقات التعاقدية الحديثة في مجال عقود الاستهلاك بصفة عامة، وعقود التأمين بصفة خاصة.

**ثانياً: تأثير الشرط النموذجي على المضمون التعاقدى لعقد التأمين:** يتوقف تحديد أثر الشرط النموذجي على البحث عن دوره في العقد؛ بمعنى أنه يجب شرح كيف يكمن لشرط مصدره مستقل عن إرادة الطرفين أن يؤثر في عقد التأمين.

يقضي المنطق بوجوب البحث عن هذا التأثير داخل العملية التأمينية نفسها، بمواجهة القوة الملزمة للشرط النموذجي بالقوة الملزمة للبنود التي مصدرها إرادة الطرفين أو أحدهما أو إرادتهما معاً، لمحاولة الوصول إلى التسليم بأن الشرط النموذجي آلية ترسي التوافق بين مبدأ تحديد المحتوى التعاقدى وفقاً لما يرضيه المتعاقدين، والحاجة العملية إلى قبول فكرة فرض محتوى تعاقدى خارج نطاق إرادتهما.

يظهر من موقف محكمة النقض الفرنسية، أنه ينتج عن الطابع الإلزامي الذي تتميز به الشروط النموذجية خاصيتين أساسيتين هما: الخاصية الأولى من حيث الشكل؛ فإذا لم يتضمن عقد التأمين أي شرط نموذجي فرضته إدارة الرقابة، ففي كل الحالات يفترض أن العقد قد تضمنه طبقاً لتقنية البنود التي تعتبر مكتوبة<sup>(2)</sup>.

أما الخاصية الثانية من حيث الموضوع؛ إذ يؤدي فرض الشروط النموذجية إلى استبعاد البنود التعاقدية التي تتعارض معها في المضمون عملاً بتقنية اعتبارها غير مكتوبة، فلا يمكن أن يمس بأي طريقة كانت بند تعاقدى آخر مضمون ونطاق الشرط النموذجي<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - FARJAT Gérard, op cit, p 37.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 20 mars 1984, note PÉRIER Michel, « Assurance dommages ouvrage », R.G.D.A, N° 4, octobre 2008, p 972.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 3<sup>em</sup>, 28 septembre 2005, n° 04-14,472, note ASTEGIANO-LARIZZA Axelle, « Abus de droit et assurances », op cit, p 524.



يتضح مما سلف، أنه كلما أقرت إدارة الرقابة العمل بشروط نموذجية فإنها تلزم المؤمن بتضمينها في العقد، وأن كل بند تعاقدى آخر لا يجب أن يتضمن ضمانات أقل من تلك التي تضمنها البند النموذجي؛ إذ لا يمكن لأي بند آخر في العقد أن ينقص من الضمانات التي يقرها الشرط النموذجي، ولإدارة الرقابة السلطة في استبدال هذا البند المخالف لمضمون الشرط النموذجي<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالمؤمن له فإنه أيضا ملزم بالتقيد بمضمون الشرط النموذجي، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: إذا كان البند محررا وفقا لما تضمنه الشرط النموذجي، فلا يمكن للمؤمن له الإدعاء بالصيغة العامة التي حرر بها بند الاستبعاد من الضمان بحجة مخالفته للمادة L. 113-1 من قانون التأمين<sup>(2)</sup>.

كما قضت أيضا محكمة النقض بأن بند الاستبعاد من الضمان المتعلق بالكوارث الطبيعية، كالفيضانات، والزلازل، والأعاصير، لا يشكل تقليصا للضمانات بمفهوم نص المادة L. 113-1 من قانون التأمين، لأن هذا الضمان لا يطبق على الانهيار الثلجي حتى ولو لم يرد ذكره في بند الاستبعاد، لأنه بند لا يخالف مضمون الشرط النموذجي للمادة A. 243-1, annexe I من قانون التأمين<sup>(3)</sup>.

نستنتج مما سبق أن القوة الإلزامية للشرط النموذجي تفرض نفسها على إرادة المتعاقدين؛ ففي حالة عدم إدراجه في العقد يُفترض رغم ذلك أنه قد تضمنه، وأكثر من ذلك، يلغى كل بند تعاقدى آخر يتعارض معه في المضمون.

مما مفاده سمو الطابع الإلزامي للشرط النموذجي على البنود التعاقدية التي يكون مصدرها إرادة طرفي العقد، أو أحدهما، لأن المؤمن غالبا ما ينفرد بوضع البنود بصفة أحادية ومسبقة كلما تعلق الأمر بالتعاقد مع مؤمن له مستهلك.

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 3<sup>em</sup>, 17 juin 1992, Bull.civ. III, n° 208, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 64.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 21 mai 1985, note BEIGNIER Bernard, Droit des assurances op cit, p 56.

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 25 octobre 1989, note BEIGNIER Bernard, op cit, p 64.

ومن خلال موقف القضاء، لا يمكن تجاهل الأثر الفعال والحاسم للشرط النموذجي في تحديد الحقوق والالتزامات التي تترتب على إبرام عقد التأمين، وهذا استقلالا عن إرادة المتعاقدين. وهو تعبير عن الحد من تعسف المؤمن في استعمال قوة مركزه التعاقدية بما يتلاءم مع حماية مصالح المؤمن له.

فعدم الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقود التأمين والذي تخضع له العقود في نشأتها. من حيث الأصل. لا سيما تحديد مضمون العقد، لا يشكل مساسا بهذا المبدأ؛ على أساس أن أولوية الشرط النموذجي على الشرط التعاقدية الإرادية يُشكل حماية لإرادة المؤمن له، هذه الأخيرة لن تضمن له عقدا متوازنا إذا ما اعتمدت لوحدها كأساس للقوة الملزمة للعقد، لذلك من الضروري أن تتسجم وتتوافق مع القانون وفقا لشرطي المنفعة والعدل<sup>(1)</sup>.

على الرغم من أولوية الشرط النموذجي في التأثير على المضمون التعاقدية، إلا أن فعالية دوره في حماية المؤمن له من البنود التعسفية تتوقف على عنصر آخر مهم، وهو معرفة نطاق سلطة الإدارة في فرض العمل بالشروط النموذجية.

ثالثا: نطاق سلطة الإدارة في فرض العمل بالشروط النموذجية: تنص المادة 1/227 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، على أن: « تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أية وثيقة أخرى، تقوم مقامها، لتأشيرة إدارة الرقابة التي تستطيع أن تفرض العمل بشروط نموذجية ». »

يفهم من مضمون هذه المادة أنها لا تتضمن أي قيد أو تحديد، ما يفيد بأن المشرع أعطى حرية التصرف لإدارة الرقابة<sup>(2)</sup> عند ممارسة سلطتها في فرض العمل بالشروط

<sup>1</sup> - « L'utilité » est, dans cette réflexion, entendue comme garantie de l'intérêt sociale, et le «Juste» comme principe d'équilibre entre les droits réciproques des contractants. GHESTIN Jaques, « L'utile et le juste dans les contrats », Dalloz Chronique, 1982, p 4 et s. Voir aussi son ouvrage : Traité de droit civil, les obligations, la formation de contrat, 3<sup>eme</sup> édition, L.G.D.J, Paris 2000, p 30 et s.

<sup>2</sup> - نقصد بإدارة الرقابة، لجنة الإشراف على التأمينات التي تأسست بموجب المادة 209 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدلة بالمادة 26 من قانون رقم 06-04، سالف الذكر.

- Article L. 111-4 du Code des assurances : « *L'autorité administrative peut imposer l'usage de clauses types de contrats* ». L'autorité mentionnée dans à l'article L. 111-4 est le ministre chargé de L'économie et des Finances.

النموذجية. بتعبير أكثر دقة ؛ يمكن لإدارة الرقابة أن تتدخل لفرض الشروط النموذجية في مجال التأمينات الإلزامية ومجال التأمينات الاختيارية، دون أن ينحصر مجال سلطة تدخلها في تأمينات محددة دون الأخرى.

غير أنه لا يجب أن نفهم من عبارة « تستطيع أن تفرض » الواردة في المادة المذكورة بأن ممارسة إدارة الرقابة لصلاحياتها في فرض العمل بالشروط النموذجية تخضع لسلطتها التقديرية فقط؛ لأنه ليس في كل الحالات تملك سلطة تقديرية في فرضها من عدمه عند رقابتها على وثائق التأمين، إذ توجد حالات محددة يُلزمها المشرع بذلك، وهنا تنعدم سلطتها التقديرية في خيار فرض الشروط النموذجية من عدمه، لأنها تدخل في إطار آليات فرض النظام العام الحمائي<sup>(1)</sup>.

يتضح مما سلف، أن المشرع لم يحصر مجال تدخل إدارة الرقابة لفرض العمل بالشروط النموذجية، فلها أن تفرضها في كل مجالات التأمين إذا ما ارتأى لها ذلك ضروريا، إلا أنها من زاوية ممارسة هذه السلطة من عدمها، تبقى ملزمة بالتدخل كلما أخضعها المشرع لذلك.

لم يرق المشرع الجزائري من خلال هذا الإلزام سوى بتقرير الواقع العملي في مواجهة ومسايرة ظاهرة البنود التعسفية؛ إذ لا يمكن محاربتها بموجب نصوص تشريعية فقط، لأن الأسلوب التشريعي يتسم بالجمود مقارنة بوتيرة تنامي هذه الظاهرة، لهذا استلزم الأمر الواقع تبني تقنية أكثر مرونة وأكثر سرعة في التدخل لمواجهة أكثر فعالية في محاربة البنود التعسفية<sup>(2)</sup>.

لعل غاية المشرع من ذلك تحقيق غرضين: حماية طالب التأمين، فتجنبه الخضوع لشروط عامة أحادية التحرير، لتمكينه من الحصول على رغباته المشروعة من وراء التعاقد على خدمة التأمين، إذ أن الشرط النموذجي يضمن دائما الحد الأدنى من الضمانات التي لا

<sup>1</sup>- ومثال ذلك نذكر المادة 2/5 من أمر رقم 03-12 المتعلق بإلزامية التأمين عن الكوارث الطبيعية التي تنص على أنه: «توضح البنود النموذجية التي تعد مكتوبة في العقود المذكورة في المادة الأولى أعلاه، عن طريق التنظيم».

<sup>2</sup> - BONNARD Jérôme, Droit des assurances, op cit, p 122.

يمكن حرمان المؤمن له منها<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى استفادة المؤمن من الشروط النموذجية من أجل إعداد نماذج عقود تأمين تتسم بنوع من السهولة في قراءتها وفهمها من طرف المتعاقد معه.

كما تسمح الشروط النموذجية بتحقيق الانسجام والتوافق لآثار المضمون العقدي الذي يجمع بين بنود عامة وخاصة، كثيرا منها من وضع المؤمن أو فرضتها أجهزة الرقابة، وقليل منها شارك في وضعها المؤمن له، فقد يحدث أثناء التنفيذ تناقضات تؤثر على تكييف وتحديد نطاق الإلتزامات التي أرادها الطرفين، ففي هذه الحالة، فإن عملية تحديد آثار العقد تستند أكثر إلى مضمون الشروط النموذجية<sup>(2)</sup>، هذا ما يبين سمو القوة الإلزامية لها على البنود التعاقدية الأخرى<sup>(3)</sup>.

يظهر من خلال ما تقدم، أن سلطة إدارة الرقابة في فرض العمل بالشروط النموذجية تتضمن مسألتين: تتمثل الأولى في نطاق عقود التأمين التي تشملها هذه السلطة، فهي تشمل التأمينات الإلزامية والتأمينات الاختيارية التي لها أن تفرض فيها العمل بالشروط النموذجية وفقا لسلطتها التقديرية. إلا أن سلطتها التقديرية تنعدم في الحالات التي يلزمها المشرع بذلك. أما المسألة الثانية، فتتعلق بالشرط النموذجي بحد ذاته، هل نطاقه من حيث الموضوع مطلق أم ترد عليه استثناءات؟

يكمّن دافع منهج المشرع من وراء فرض العمل بالشروط النموذجية في ضمان مصالح المؤمن له، إلا أنه ليس الدافع الوحيد؛ فقد يكون الدافع هو حماية مصالح الضحية في مجال التأمينات الإلزامية، كما في التأمينات من المسؤولية، فيتعين على المشرع كذلك الحفاظ على عدم المساس بالطابع الإلزامي لهذه التأمينات التي تتعلق بحماية المصلحة العامة، التي تدخل في نطاق مظاهر النظام العام الحديث<sup>(4)</sup>. ومن هذه الفكرة يثار التساؤل حول حدود سلطة فرض العمل بالشروط النموذجية.

<sup>1</sup> - MAUD BENTIN Liaras, op cit, p 2.

<sup>2</sup> - BRUCHI Marc, op cit, p 6.

<sup>3</sup> - GRAS Nicolas, op cit, p 331.

<sup>4</sup> - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit des assurances, op cit, p 107.

تطرق مجلس الدولة الفرنسي لهذه المسألة، فقد أقر بمنح المشرع لوزير الاقتصاد والمالية كامل حرية التصرف في ممارسة صلاحيته في فرض العمل بالبنود النموذجية، وهو يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية واسعة في تحديدها، باستثناء أن لا يكون لأثر البند النموذجي أي تعديل على نطاق نظام التأمين من المسؤولية وإلزامية التأمين منها<sup>(1)</sup>.

يحتفظ مجلس الدولة الفرنسي بصلاحيه معاينة مطابقة البنود النموذجية للأحكام القانونية، فله حق الرقابة مدى قانونية البنود النموذجية التي يقرها وزير الاقتصاد والمالية. وفعلا مارس هذه السلطة بموجب قرار مبدأ مؤرخ في 29 ديسمبر 2000، ألغى بموجبه الأحكام التنظيمية التي تتضمن شرطا نموذجيا يسمح للمؤمن بأن ينقص نطاق الضمان من حيث الزمن عن المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم، لانعدام السبب<sup>(2)</sup>.

عليه، فحدود نطاق الشرط النموذجي هي حدود مجال النظام العام، إذ لا يمكن أن يغير مضمونه من الطابع الإلزامي للتأمينات من المسؤولية أو ينقص من نطاق الضمان الذي تشمله سواء بالنقصان أو بالزيادة في حالات محددة<sup>(3)</sup>. لكن، التساؤل الذي يطرح هو إمكانية إثارة الطابع التعسفي للبنود النموذجي المطابق للقانون.

لا يثير هذا الموضوع صعوبات أو إشكالات على مستوى قانون المجموعة الأوربية، لأن التعليمات الأوربية رقم 93-13 الصادرة في 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين والمتدخلين، استبعدت صراحة من نطاق تطبيقها البنود

<sup>1</sup> - Conseil d'État, 27 juillet 1984, et 8 mars 1993, n° 120240 note, BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, pp 63, 64.

<sup>2</sup> - Conseil d'État, 29 décembre 2000, n° 214208, note VINCENT François, « Assurances de responsabilité civile », R.G.D.A, N° 1, janvier 2001, p 101.

<sup>3</sup> - « *Le plafond de la garantie par sinistre et par année des polices RC des centres de transfusion sanguine institué par l'article 5 de l'annexe à l'arrêt interministériel du 27 juin 1980 constitue la limite de l'indemnisation due par assureur pour une même année d'assurance. La garantie s'épuise progressivement et n'est pas reconstituée automatiquement après épuisement* ». Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 9 juillet 1996, note MAYAUX Luc, « Assurances de responsabilité civile », R.G.D.A, N° 2, avril 1998, p 319.

التي تجسد الأحكام التشريعية والتنظيمية الآمرة، بهذا أكد مجلس المجموعة الأوروبية عدم إمكانية إلحاق وصف التعسف على البنود النموذجية<sup>(1)</sup>.

من نتائج هذا الحكم، وقوع كل الشروط النموذجية المطبقة تنفيذا للأحكام التشريعية أو التنظيمية الآمرة خارج نطاق الرقابة على البنود التعسفية، وهو موقف منتقد على أساس أن هذا التقييد يمس بالحماية المقررة للمستهلك ضد البنود التعسفية<sup>(2)</sup>.

ثار هذا الإشكال في القانون الفرنسي لعدم تبني المشرع لهذا التقييد، فهل يفهم من ذلك احتمال إمكانية التعسف في الشرط النموذجي المتخذ تطبيقاً لأحكام تشريعية أو تنظيمية أمرة؟

مبدئياً، فإن عدم أخذ المشرع الفرنسي بهذا القيد يتيح إمكانية تدخل القضاء للحكم بالطابع التعسفي لشرط نموذجي موافق للأحكام التشريعية أو التنظيمية الآمرة، وهذا ما ساندته في البداية جانب من الفقه الذي أيد فكرة مفادها، أنه بالرغم من صعوبة إثبات الطابع التعسفي للبنود النموذجي المطابق للتشريع أو التنظيم إلا أن ذلك يبقى أمراً وارداً وليس مستحيلاً<sup>(3)</sup>.

لم يبقى هذا الاتجاه الفقهي على رأيه، ولحق بالاتجاه الفقهي القائل . وهو الاتجاه السائد حالياً . بعدم إمكانية إثارة الطابع التعسفي لشرط نموذجي مطابق للقانون؛ لأنه شرط يجسد تغليب إرادة المشرع على إرادة الطرفين، وأن إرادة الأول ستحصنه من فرضية تضمنه

<sup>1</sup> - L'article 1er et 2 de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs dispose: «... *Considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives ; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives...*».

<sup>2</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 165.

<sup>3</sup> - FONTAINE marcel, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p 646 et s.

تعسفا ومن محاولة إثبات ذلك<sup>(1)</sup>. كل ذلك يستند على أساس أن إدارة الرقابة تمارس صلاحياتها لحماية مصالح المؤمن له بالسهر على خضوع شركات التأمين للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في مجال التأمين. ففرض العمل بالشروط النموذجية يندرج ضمن آليات تجسيد النظام العام الحمائي الذي تخضع له عقود التأمين.

تصدت محكمة النقض الفرنسية لهذا الإشكال عن طريق قرار مبدأ مؤرخ في 31 ماي 2016، صادر عن الغرفة التجارية بعد أخذ رأي الغرفة المدنية الأولى، قررت فيه بمشروعية الشرط الجزائي المتضمن في العقد تطبيقا للمواد L. 312-22 et R. 312-3 من قانون الاستهلاك<sup>(2)</sup>.

فمن المتفق عليه تشريعا<sup>(3)</sup>، وفقها<sup>(4)</sup>، وقضاء<sup>(5)</sup> أن فرض العمل بالشروط النموذجية وسيلة فعالة لحماية المؤمن له، خاصة وأن أي شرط تعاقدية مخالف لأحد هذه الشروط يترتب عنه إبطاله، ليعوض بشرط نموذجي. إلا أنها لا تكفل لوحدها ضمان حماية شاملة ضد البنود التعسفية لعقود التأمين التي يكون مجالها أوسع من مجال التدخل لفرض الشروط النموذجية.

بناء على ما تقدم، نجد أن فرض العمل بالشروط النموذجية يمكن أن يؤدي دورا فعالا في محاربة البنود التعسفية في مجال عقود التأمين على أساس أنها توضح مسبقا حقوق طرفي العقد ونطاق إلزام كل منهما.

<sup>1</sup> - KULLMAN Jérôme, Les relations entre assureurs et assurés...op cit, p 384. Voir aussi son article : **Clauses abusives et contrat d'assurance**, op cit, p 15.

<sup>2</sup> - « *La clause pénale d'un contrat de prêt immobilier fixant le montant de l'indemnité due par l'emprunteur dont la défaillance a entraîné la résolution du contrat ne peut revêtir un caractère abusif dès lors qu'elle a été stipulée en application des articles L. 312-22 et R. 312-3 du Code de la consommation* ». Cass. Com, 31 mai 2006, Bull. civ. IV, n°102, p 100, note PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 170.

<sup>3</sup> - المادة 227 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر .

<sup>4</sup> - BIGOT Jean, (Sous dir.),... t. 3, Le contrat d'assurance... op cit, P 247.

<sup>5</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 7 juillet 1998, n° 96-18608, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 64.



مما مفاده أن يضمن ذلك نوع من التوازن في الالتزامات المتقابلة على نحو يضمن استجابة مضمون العقد للطلبات المشروعة للمؤمن له، على اعتبار أن الأصل في التدخل لفرض الشروط النموذجية وجدت لحمايته من البنود التي ستنتال من مصالحه لو ترك أمر تحديد مضمون العقد للمؤمن. هذا وتمتد الرقابة إلى كل الوثائق التجارية الموجهة للجمهور.

## الفرع الثاني

### الرقابة على الوثائق ذات الطابع التجاري الموجهة للجمهور

تنص المادة 3/227 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه: « تعرض مسبقا كل الوثائق التجارية الموجهة للجمهور على إدارة الرقابة التي يمكن أن تطلب تعديلها في أي وقت ».

طبقا لأحكام نص الفقرة المذكورة، نجد أن المشرع قد أخضع للرقابة كل الوثائق ذات الطابع التجاري التي يصدرها المؤمن ويعرضها على الجمهور.

تشمل الوثائق التجارية كل من نماذج عقود التأمين، والوثائق الإخبارية التي من خلالها تروج شركات التأمين لإعلام المستهلكين بخصائص منتجاتها التأمينية، على اعتبار أن التأمين كباقي النشاطات الاقتصادية التي تروج خدماته بواسطة الإعلانات التجارية، وتستهمل فيه نفس أساليب الحث والحمل على التعاقد.

بحكم وظيفتها التي تتركز على الإعلام والحث على التعاقد، فإن الوثائق التجارية الإخبارية تُوظف في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وتقتصر على إثارة الجوانب الموضوعية الإيجابية للخدمة بهدف جلب الزبائن فقط، واستنادا إلى هذا فلا يمكن أن تعتبر وثائق تعاقدية.

إلا أن هذا الطرح أصبح نسبي؛ لأن المزج بين الإعلام والحث على التعاقد في عملية الإشهار أثار فكرة إمكانية أن تؤدي البيانات المتضمنة في الإعلان التجاري إلى التأثير على ركن الرضا لدى مستهلك التأمين الذي يتلقى هذا الإعلان، خاصة إذا ما توفرت فيها العناصر الجوهرية الموضوعية المحددة بشكل كافي للخدمة التأمينية بشكل يجعلها محددة



ودقيقة، على نحو يُمكن مستهلك التأمين من التعرف على العناصر الأساسية المكونة للعقد<sup>(1)</sup>.

فمبدئياً، تبقى الوثائق الإشهارية آلية للحث على اقتناء الخدمة التأمينية بواسطة اكتفاء صاحب الإشهار بالتركيز على الجوانب الإيجابية للخدمة التي يعرضها، إلا أنه استثناءاً، توجد حالات تتضمن فيها الوثيقة الإشهارية عناصر معينة يؤدي تحققها إلى إمكانية اعتبارها وثيقة تعاقدية؛ فقد تكون واضحة ودقيقة بما فيه الكفاية للتعريف بمحل العقد، على نحو يوحي للمستهلك بأنها عناصر أو بنود محددة للعقد، وكانت محل اعتبار في التأثير على إرادته ودفعته إلى التعاقد لترتقي بمجرد التوقيع عليها من وثيقة إشهارية إلى وثيقة تعاقدية<sup>(2)</sup>.

انطلاقاً من هذه الفكرة، فقد أقر المشرع إجبارية العرض المسبق على إدارة الرقابة كل الوثائق التجارية الموجهة للجمهور في مجال التأمين، من أجل فحص البيانات التي تتضمنها، على أساس أنها في بعض الحالات المحددة يمكن أن ترقى إلى درجة الوثائق التعاقدية<sup>(3)</sup>.

تظهر من هنا الأهمية العملية لإخضاع الوثائق التجارية للرقابة المسبقة قبل عرضها على الجمهور، فلو افترضنا أن أي وثيقة رغم أنها ذات طابع إشهاري، إلا أنها يمكن أن تتضمن كل العناصر الموضوعية الجوهرية التي تتيح لمستهلك التأمين الإطلاع بدقة على مضمون العقد، ففي هذه الحالة لا تعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد، وإنما تمثل إيجاباً دقيقاً وباتاً من الناحية القانونية<sup>(4)</sup>، وينعقد العقد صحيحاً إذا ما اقترن بقبول من مستهلك التأمين بالتوقيع عليه.

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 6 mai 2010, note **BEIGNIER Bernard**, Code des assurances...op cit, p 90.

<sup>2</sup> - سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 734.

<sup>3</sup> - LABARTHE Françoise, op cit, p 90.

<sup>4</sup> - وهذا هو الأساس القانوني للقيمة العقدية لبعض الوثائق ذات الطابع الإشهاري؛ فإذا كان الإعلان محدداً وباتاً، فيكتسب صفة الإيجاب من الناحية القانونية. إلا أن الإشكال يُثار بشأن الوثيقة الإشهارية التي رغم أنها تتضمن عرضاً محدداً وباتاً، إلا أنها مصحوبة بتحفظ، فهل يسقط هذا التحفظ صفة الإيجاب عنها؟ نميز في التحفظات نوعان: التحفظات المتعلقة

عليه، فلوثائق ذات الطابع الإشهاري وظيفتين: حث وحمل مستهلك التأمين على اقتناء الخدمات التي تسوقها شركة التأمين صاحبة الإشهار، أما في حالة تضمن الوثيقة الإشهارية للعناصر الجوهرية لعقد التأمين، فإنها يمكن أن تتخذ شكل وثيقة عقدية لإمكانية تحقق صفة الإيجاب فيها لكونها تعبر عن إرادة المؤمن في التعاقد<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن المشرع لم يترك . عن طريق إلزام المؤمن بعرض الوثائق التجارية بصفة مسبقة على إدارة الرقابة . مجالا للمؤمن حتى يدرج بنودا تعسفية في وثائق التأمين من خلال استغلال عملية الإشهار كوسيلة لإبرام عقود التأمين دون الخضوع في ذلك للرقابة؛ لأنه في حالة ما إذا أبدى مستهلك التأمين رغبته في شراء الخدمة التأمينية على النحو الذي عرضها المؤمن في الوثيقة الإشهارية، فإن هذه الأخيرة تتحول إلى عقد تأمين ينتج كامل آثاره في مواجهة الطرفين<sup>(2)</sup>.

إلا أن ذلك لم يتم خارج رقابة إدارة الرقابة التي لها أن تطلب تعديلها في أي وقت؛ بمعنى أنها وثيقة تخضع لرقابة مسبقة ومستمرة حتى بعد تسويقها<sup>(3)</sup>. وهي حماية وقائية وعلاجية للمؤمن له ضد احتمال تضمن هذه الوثائق التجارية بنودا تعسفية تنال من مصالحه.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الفرضية، وحسنا فعل، لأنه لو سمح للمؤمن بتسويق الوثائق التجارية دون عرضها مسبقا على إدارة الرقابة لأوجدت صعوبات من الناحية العملية والقانونية؛ فمن الناحية العملية سيتيح ذلك للمؤمن تسويق نماذج عقود لم تخضع شروطها العامة للرقابة، ما يعني زيادة احتمال تضمنها شروطا تعسفية. أما من الناحية القانونية، سيؤدي ذلك إلى حرمان المؤمن له من الحماية الوقائية ضد البنود التعسفية، وهذا ما لا

---

بالعناصر الجوهرية للعقد، وهي تحفظات تسقط صفة الإيجاب عن الوثيقة الإشهارية ، والتحفظات المرتبطة بالعناصر الثانوية للعقد، وهي لا تسقط صفة الإيجاب عن الوثيقة. راجع في تفصيل ذلك:

- LABARTHE Françoise, op cit, pp 90 – 119.

<sup>1</sup> - Ibid. p 109.

<sup>2</sup> - BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 90.

<sup>3</sup> - المادة 3/227 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

يتوافق مع السياسة العامة لحماية المستهلك، والتي تسعى إلى محاربة اللاتوازن العقدي عن طريق إجراءات وقائية موجهة لتغطية ضعف المركز التعاقدى للمؤمن له المستهلك<sup>(1)</sup>.

فضرورة التحقق من تضمن العقد للبنود الأساسية التي يفرضها المشرع أو إدارة الرقابة والتي لا يمكن اعتبار عقد التأمين صحيحا إلا إذا احتواها، تفرض عرض كل الوثائق التأمينية ذات الطابع التعاقدى أو الإشهادي لإدارة الرقابة بصفة مسبقة قبل عرضها على الجمهور، حتى تتحقق من مطابقتها للقانون. وهنا أيضا تبرز أهمية الكتابة التي فرضها المشرع في عقود التأمين؛ إذ لا يمكن التحقق من مطابقة وثائق التأمين للتشريع والتنظيم إذا لم تفرغ في قالب مكتوب.

يساهم هذا الإجراء في تجسيد الحماية الوقائية والعلاجية للمؤمن له ضد البنود التعسفية بصفة شاملة ومستمرة، فلم يستثني المشرع من ذلك الوثائق الإشهادية، فكلما تبين لإدارة الرقابة عند فحصها أنها وثائق يمكن أن ترقى إلى درجة الوثائق التعاقدية، فلها السلطة في فرض تعديلها وإخضاعها لنظام الشروط النموذجية.

أما في حالة ما إذا تبين لها أنها مجرد وثائق إشهادية، فتكتفي بمراقبة شرعيتها<sup>(2)</sup>، كأن يعلن ثمنا للخدمة التأمينية في الوثيقة الإشهادية يفوق ثمنها المحدد من طرف الدولة، أو أن يكون أقل بكثير مما هو مطبق فعليا<sup>(3)</sup>، وذلك من أجل تظليل الزبائن وخداعهم<sup>(4)</sup> بأن سعر

<sup>1</sup> - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op cit, p 29.

<sup>2</sup> - يعتبر الإشهار الوسيلة المثلى التي تلجأ إليها الشركات في إطار المنافسة من أجل جلب الزبائن، ووسيلة فعالة لإعلام المستهلكين بخصائص المنتجات والخدمات، إلا أن يشكل خطرا على المستهلكين والمتنافسين عندما يتجاوز الحدود القانونية والتنظيمية المحددة لممارسته، ليصبح وسيلة للخداع والاحتيال، ويتم التضليل إما باعتماد صاحب الإشهار الكذب حول المواصفات الحقيقية لمنتجاته أو يعتمد مقارنتها مع منتجات عون اقتصادي آخر، أو يعتمد الإشهار لمنتجات أو خدمات، في حين أنه لا يتوفر على المخزون الكافي منها لتلبية الطلبات المحتملة من زبائنه. تمثل هذه الحالات مجرد أمثلة لما يمكن اعتباره إشهارا غير شرعي، أورثها المادة 28 من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - ومرجع ذلك هو أن سعر الخدمة التأمينية محدد قانونا، وغالبا ما يتراوح بين حد أدنى وأقصى، فالحد الأقصى مقرر لحماية المؤمن له، أما الحد الأدنى فهو محدد لحماية المنافسة في السوق التأمينية. أنظر في ذلك:

- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, édition BERTI, Alger 2006, P 23

<sup>4</sup> - راجع في تفصيل ذلك: سي يوسف زاوية حورية، « حماية المستهلك مدنيا...»، مرجع سابق، ص 190 وما يليها، بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 29 وما يليها، و بن ابراهيم سليمان، مرجع سابق، ص 57. وكذلك: .

منتجاته أقل من تلك التي تعرضها شركات تأمين أخرى، في حين أن حقيقة سعر الخدمة التأمينية محدد من طرف الدولة، وهذا هو عنصر الخداع أو التضليل<sup>(1)</sup>.

يتضح من ذلك كله، أن نهج المشرع في العرض المسبق على إدارة الرقابة للوثائق التجارية الموجهة للجمهور، ما هو بالنسبة لمستهلك التأمين إلا وسيلة لحماية من شتى الحيل أو الطرق التي يمكن أن ينتهجها المؤمن في تضمين وثائق التأمين ببند تعسفية من شأنها أن ترجح مصالحه عند تنفيذ أو إنهاء العقد.

من أجل تحقيق ذلك، فقد منح المشرع لإدارة الرقابة، زيادة على فرض العمل بالشروط النموذجية عند مراقبتها لوثائق التأمين التعاقدية، سلطة الرقابة أيضا على وثائق التأمين الإشهارية لأن غاية هذه الأخيرة أيضا هي إبرام عقد تأمين<sup>(2)</sup>.

هكذا يظهر أن المؤمن في عملية إصدار الوثائق الموجهة للجمهور يخضع دائما وبصفة مسبقة لإلزامية عرض كل الوثائق دون استثناء على إدارة الرقابة، وهما نوعان من الوثائق: الوثائق ذات الطابع التعاقدية والوثائق ذات الطابع الإشهاري. وهذا الإجراء يتعلق بالسهر على ضمان منع قيام أي بند يتسم بالتعسف أو الغموض في العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، لأن مثل هذه الوثائق الإشهارية يمكن أن تتضمن معلومات أو بيانات محددة تكشف بشكل كافي ومفصل عن إرادة المتعاقد<sup>(3)</sup>، بما يفيد أنها إلتزامات تدخل في تكوين العقد وتصبح جزءا منه<sup>(4)</sup>.

يتبين مما سلف أن المشرع الجزائري قد انتهج منهج الرقابة المباشر والمسبق على التوازن العقدي بين المؤمن والمؤمن له من خلال دعم رضا المؤمن له وحضر إدراج البنود التعسفية بالتنظيم القانوني الأمر لمضمون عقد التأمين، والذي يقضي بتدخل آليات أخرى غير مباشرة لتكريس حماية شاملة للمؤمن له ضد البنود التعسفية.

<sup>1</sup> - BIGOT Jean,...Droit des assurances, tome 1, entreprises...op cit, p 419.

<sup>2</sup> - Ibid. p 471.

<sup>3</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 246.

<sup>4</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية وقضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دون ذكر دار النشر ومكان النشر، 2004، ص 17.

## الفصل الثاني

### الحماية غير المباشرة للمؤمن له من البنود التعسفية

برزت تشريعات حماية المستهلك في مجال العلوم القانونية بعد عجز آليات القواعد العامة في توفير الحماية لفئة المستهلكين في علاقاتهم التعاقدية مع المتعاملين الاقتصاديين الذين يفرضون منطقهم الاقتصادي والقانوني على هذه الفئة الجديرة بالحماية، خاصة من خطر فرض التعامل بالبنود التعسفية.

ترتكز هذه التشريعات على جعل المستهلك في مركز محوري فيما يتعلق بالاعتبارات التي تتأسس عليها، مما استتبعه ظهور آليات قانونية حديثة تتسم بطابعها الأمر والغائي لتجسيد التوازن العقدي المفقود بسبب اختلال المراكز التعاقدية بين المستهلكين والمتعاملين الاقتصاديين، كنتيجة منطقية لاختلال القوة الاقتصادية بينهم والتي أثرت مباشرة على مراكزهم التعاقدية.

تتفق تشريعات حماية المستهلك في تقنيات التدخل لحماية المستهلك؛ فانتجت كلها آلية التدخل التشريعي المباشر لتحقيق غاية مزدوجة هي: دعم المركز القانوني الضعيف للمستهلك من جهة، وتحديد مضمون العقد بموجب قانون لتحقيق التوازن العقدي من جهة أخرى، وهي نفس الآلية المطبقة لحماية المؤمن له من البنود التعسفية.

إلا أنه يجب الأخذ بآليات حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية بمفهومها الواسع، فلا يجب أن تقتصر على شقها المتعلق بالوقاية منها قبل إبرام عقد التأمين، لأنه من أهم خصوصيات ظاهرة البنود التعسفية أنها لا يظهر أنها تتضمن تعسفا إلا بعد إبرام العقد.

تتطلب هذه المرحلة اللاحقة لإبرام عقد التأمين تدخل أجهزة أخرى لحماية المؤمن له من البنود التعسفية بعد استنفاد دور التدخل التشريعي المباشر في ذلك، وهو الدور الذي يتجسد بمنح القاضي السلطة في مواجهة البنود التعسفية (المبحث الأول)، إلى جانب دور الرقابة الإدارية والاستشارية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### سلطة القاضي في حماية المؤمن له من البنود التعسفية

إن البحث في دور القاضي في حماية المؤمن له من البنود التعسفية في القانون الجزائري يتسم بالحيوية في ظل محدودية المعالجة التشريعية للمشكلات التي تثيرها ظاهرة البنود التعسفية في مجال قانون حماية المستهلك، وغايتها في مجال قانون التأمينات، خاصة وأن أحكام التقنين المدني تكاد تخلو من الحماية التي يمكن للمؤمن له أن يستند إليها ضد البنود التعسفية<sup>(1)</sup>.

فلا يمكن بهذا دراسة دور القضاء في حماية المؤمن له من البنود التعسفية بدون الرجوع في ذلك إلى ما توصلت إليه التجربة القضائية في القوانين المقارنة، خاصة التجربة الفرنسية. فغاية هذا البحث تفرض هذا المسلك؛ لأنه بحث يقودنا حتما إلى ضرورة إثراء المنهج المتبع في التشريع الجزائري لحماية المؤمن له من البنود التعسفية، فما آل إليه المشرع الجزائري في موقفه من هذا الموضوع، يصعب معرفة وتحليل موقفه على مستوى التطبيق القضائي، فهو يكتفي بالتعميم على عقود الاستهلاك دون أن يخص عقد التأمين بأحكام خاصة ضد البنود التعسفية، وكل هذا في ظل محدودية التجربة القضائية الجزائرية فيما يتعلق بتطبيق أحكام الحماية ضد البنود التعسفية، مما يتعذر التعرف على مدى النجاح الذي أمكن تحقيقه في هذا المجال.

سيتبين هذا الطرح تبعا من خلال البحث في الحماية القضائية للمؤمن له ضد البنود التعسفية استنادا إلى القوانين الخاصة (المطلب الأول)، ثم التطرق لإعادة توظيف قاعدة تفسير العقد كأداة لحماية المؤمن له ضد البنود التعسفية (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - فباستثناء المادة 622 منه، فإن القانون المدني الجزائري لا يعالج سوى بعض الحالات المحددة للإخلال بالتوازن العقدي، وتتمثل في: المادة 110 المتعلقة بعقود الإذعان، وبطلان العقد لانعدام السبب عملا بالمادة 97، وتعديل الشرط الجزائي طبقا للمواد 183 - 184 - 185، والاختلال العقدي الناتج عن الغبن الذي حصر تأثيره على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر في المواد 358 المتعلقة ببيع العقار بغبن يزيد عن الخمس، والمادة 732 المتعلقة بغبن الشريك في القسمة الذي يزيد عن الخمس.

## المطلب الأول

### سلطات القاضي استنادا إلى القوانين الخاصة

يلجأ المؤمن له الذي يفرض عليه البند التعسفي إلى القضاء من أجل الحصول على بطلان هذا البند الذي ينال من مصالحه، فعالبا ما تحدث نزاعات بين المؤمن والمؤمن له حول البند الذي يدعي هذا الأخير أنه تعسفي تجعل اللجوء إلى القضاء أمرا محتوما. ففيما تتمثل سلطات القاضي اتجاه البند المتنازع فيه؟

تتراوح وتختلف سلطات القاضي في مواجهة البنود التعسفية بين التقييد والتوسع تباعا للحلول التي تبنتها التشريعات الخاصة بمحاربة إختلال التوازن العقدي الذي ينتج عن إدراج البنود التعسفية<sup>(1)</sup>.

لذلك فقد كان من اللازم البحث عن سلطات القاضي في حماية المؤمن له من البنود التعسفية بالبحث في الحلول التي اقترحتها هذه التشريعات الخاصة والتي تبناها القضاء في أحكامه وقراراته لمواجهة أي بند تعسفي يُثار بشأنه نزاع بين طرفي عقد التأمين من أجل إعادة التوازن العقدي المختل الناجم عن تضمين المؤمن لنماذج عقود التأمين ببنود تعسفية.

بالرجوع إلى هذه الأحكام والقرارات<sup>(2)</sup>، يمكن أن نميز بين تلك التي يستند فيها القاضي إلى القضاء إلغاء البند كجزء لإخلال المؤمن بإعلام المؤمن له به (الفرع الأول)، وبين التي يقضي فيها ببطلان البند التعسفي المتنازع فيه استنادا إلى لنظام القوائم أو إعمالا لمعيار الإخلال الظاهر (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les techniques d'élimination...abusives...op cit, p 8.

<sup>2</sup> - للإمام بسلطات القاضي في مواجهة البنود التعسفية وحماية المؤمن له منها، يتعين البحث فيها على ضوء الممارسة القضائية في القوانين المقارنة في ظل محدودية الممارسة القضائية في مجال حماية المستهلك من البنود التعسفية بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة، والتي لم تسعنا بقرارات أو أحكام فصلت في هذا الموضوع. وتكمن أهمية بحث سلطات القاضي في حماية المؤمن له من البنود التعسفية من خلال الممارسة القضائية للقوانين المقارنة في الوقوف على النقائص التي تعوز التجربة القانونية والقضائية الجزائرية، وذلك من أجل الوصول إلى اقتراح مختلف الحلول التشريعية أو القضائية التي من شأنها إثراء المنظومة الحمائية ضد البنود التعسفية.

## الفرع الأول

### إبطال البنود التعاقدية كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام

يتعلق الأمر هنا أساسا بعدم تنفيذ المؤمن لالتزامه بإعلام المؤمن له، والذي يرجع الفضل فيه إلى التطور المذهل فيما تتطلبه الأنظمة القانونية الحديثة من الناحية الموضوعية ليتم التعاقد صحيحا؛ ذلك أن شروط صحة الرضا ينظر إليها نظرة مختلفة عما كان الوضع عليه في القواعد العامة، فالمؤمن ملزم بموجب القوانين الخاصة باتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير العلم الكافي والفعلي للمؤمن له بالخصائص المميزة للخدمة التأمينية من جهة، والعلم الكافي والفعلي بمطابقة مضمون العقد لهذه الخصائص من جهة أخرى للإستيثاق من صحة رضائه<sup>(1)</sup>.

مما مفاده من الناحية القانونية أن المؤمن له يجد نفسه في مواجهة المؤمن الذي يتمسك بنفاذ البنود التعاقدية التي وقعا عليها في وثيقة التأمين، ويبدو منطقيا تمسكه بضرورة إلزام المؤمن له بجميع البنود الواردة في عقد التأمين متى كان على علم ودراية بمضمون ونطاق الإلتزامات والحقوق المتولدة عن إبرامه.

يترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام إبطال البند الذي لم يشمل هذا الإلتزام مع بقاء العقد في حالة تفضيل المؤمن له الاستمرار في العقد، وهو الحل الأنسب للحصول على الخدمة التأمينية بالنظر إلى أهميتها فيما تمنحه من ضمان أو لكونها إلزامية، خاصة وأن خيار طلب إبطال العقد أو التعويض يمكن أن لا ينصب في مصلحته<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - FIL Patrice, L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 1996, p 27.

<sup>2</sup> - تبقى هذه الخيارات المطروحة متاحة للمؤمن له في ظل الاعتماد على القواعد العامة وتأويلات واجتهادات الفقه والقضاء في مسألة الآثار المترتبة عن الإخلال بالالتزام القانوني بالإعلام الملقى على عاتق المهني، لذلك ظهرت الحاجة لسد هذا الفراغ التشريعي بتخصيص قواعد خاصة لجزاء الإخلال بمبدأ الإلتزام بالإعلام. أنظر في ذلك: أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 195، ونزيه محمد صادق المهدي، مرجع سابق، ص 264، وجميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 80 وما يليها، وحامق ذهبية، مرجع سابق، ص 117 وما يليها.



فالفكرة التي تستنتج مما سلف أنه بغياب الإعلام حول البنود التعاقدية لا يمكن افتراض علم المؤمن له بها وبمضمونها ونطاقها؛ لأن القضاء أصبح يفرض رقابته على توافر الرضا الفعلي للمؤمن له بالخصائص الأساسية للخدمة التأمينية وبالمضمون العقدي والتفاصيل المرتبطة به لتحقيق الحماية المرجوة له بمحاربة البنود التي تخل بالتوازن العقدي، بإقرار عدم صحتها، وبالنتيجة استبعاد إمكانية تمسك المؤمن بمثل هذه البنود التي يدرجها في وثائق التأمين باعتباره الطرف القوي الذي يتقن في صياغة بنود نماذج عقد التأمين بما يضمن مصالحه مسبقاً.

بالرغم من اختلاف مجال التأمين وتعدد الأخطار بحسب كل صنف أو نوع أو فرع من فروع التأمين، إلا أن البنود التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي لعقد التأمين تشترك وتلتقي عند فكرة واحدة مفادها تمكين المؤمن من التحلل من التزامه بدفع مبلغ التأمين إما بصفة كلية أو جزئية<sup>(1)</sup>.

كما لا يبدو عليها الطابع غير المشروع من زاوية أنها تتضمن تعسفا بذاتها أو عند التطبيق، إذ أن المؤمن يحرص على أن لا يبدو عليها الطابع التعسفي. لكن رغم هذا إلا أن تمسك المؤمن بها في مواجهة المؤمن له سيؤدي إلى النيل من مصالح هذا الأخير على أساس أن غايتها أو أثرها سيؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، فمن هذه الزاوية تشترك مع البنود التعسفية<sup>(2)</sup>، فهي مبدئياً بنود مشروعة، إلا أن القاضي يحكم بعدم نفاذها لأن المؤمن له لم يعلم بها أو لأنه رغم علمه بها لم يستطع إدراك خطورتها على مصالحه.

بذلك أصبحت رقابة القضاء على العلم الحقيقي للمؤمن له بالبنود التعاقدية آلية فعالة لحمايته من البنود التعسفية عن طريق البحث في حقيقة علمه وإدراكه بنطاق المضمون التعاقدية وتفصيله، مستهدياً في ذلك بالمبدأ التوجيهي الذي تم تكريسه في التشريع الخاص بحماية المستهلك، والذي مؤداه افتراض قرينة قانونية على عدم المساواة في العلم بين المتدخلين والمستهلكين بمحل العقد والمضمون العقدي.

<sup>1</sup> - MAYAUX Luc, « Exclusion de garantie », R.G.D.A, N° 03, juillet 2011, p 688.

<sup>2</sup> - MAYAUX Luc, « La contrepartie dans le contrat d'assurance », R.G.D.A, N° 12, décembre 2017, p 640.

لتوضيح أهمية ودور الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المؤمن له من البنود التعسفية، سيتم التطرق إليه من خلال مختلف التطبيقات القضائية التي استندت إلى الإخلال بالالتزام بالإعلام للقضاء بإبطال البند المتنازع فيه في مواجهة المؤمن له، وهي غالبا تتعلق ببنود الاستبعاد من الضمان التي تنطوي على خطر حرمان المؤمن له في بعض الحالات من مبلغ التأمين عند استحقاقه<sup>(1)</sup>.

ساند القضاء الفرنسي هذا الحل في قراراته التي تشدد في إحاطة مثل هذه البنود بجملة من الشروط حتى يقبل بترتيب آثارها في مواجهة المؤمن له<sup>(2)</sup>، ففي حالة لم تستوفي هذه الشروط فيعفيه منها بإبطال ما تتضمنه من الاستبعاد من نطاق الضمان، ويبقى العقد ساريا حتى لا يكون المؤمن له مجردا من كل حماية فيما يتعلق بمثل هذه البنود<sup>(3)</sup>.

أبدى القضاء الفرنسي موقفه بالحكم في قضايا يتعلق نزاعها بمطالبة المؤمن له بعدم نفاذ أو إلغاء بنود تعاقدية لأنها تتال من مصالحه، وذلك بالاستناد إلى عدم علمه الفعلي بنطاقها ومضمونها أو عدم وضوحها من حيث الشكل. وهذا عكس القضاء الجزائري الذي يبدو أنه لم يتصل بنزاع يتعلق بمثل هذا الموضوع، وهو ما لا يتيح تبين موقفه.

فيما يلي سنستعرض مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي تصدت لموضوع حماية المؤمن له من البنود التعسفية استنادا إلى إخلال المؤمن بالتزامه بالإعلام، والتي تتمحور أساسا حول ضرورة الإعلام الفعلي الكافي والحقيقي حول التمييز والتفرقة بين شروط أعمال الضمان وبنود الاستبعاد<sup>(4)</sup> من الضمان (أولا)، والتشدد في شروط صحة بنود الاستبعاد من الضمان (ثانيا).

<sup>1</sup> - MAYAUX Luc, « Exclusion de garantie », op cit, p 670.

<sup>2</sup> - CHARBONNEAU Cyrille, « Définition de l'objet de la police et clause d'exclusion, une frontière à haut risque », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 02, février 2011, p 2.

<sup>3</sup> - MAYAUX Luc, « La contrepartie dans le contrat d'assurance », op cit, p 644.

<sup>4</sup> - نقصد هنا بنود الاستبعاد الاتفاقي، لأنه من حيث الأصل يملك المتعاقدين حرية تحديد الخطر المؤمن منه ونطاقه، أي تضع حدودا للخطر الذي يضمنه المؤمن داخل الخطر القابل للتأمين، في حين أن الاستبعاد القانوني من الضمان يتعلق بوضع حدود لقابلية الخطر للتأمين، لأن محل العقد وسببه يجب أن يكونا مشروعين، بمعنى أن لا يكون العقد في محله وسببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، فليس المتعاقدين من يحددا دائرة الأخطار القابلة للتأمين.

أولاً: ضرورة الإعلام الفعلي والحقيقي حول الفرق بين شروط الضمان وبنود الاستبعاد من الضمان: يجب أن نميز بدايةً بين المقصود بشروط الضمان وبنود الاستبعاد من الضمان.

تشكل شروط الضمان شروطاً لإعماله، لأنه طالما لم تتحقق يظل المؤمن معفى من تحمل آثار وقوع الكارثة؛ بمعنى أن حصول المؤمن له على مبلغ التأمين عند حدوث الكارثة متوقف على استيفاء تحقق الخطر لهذه الشروط المحددة التي تم الاتفاق عليها في العقد، على نحو تكون ذات صلة مباشرة ودائمة بالخطر المؤمن منه، لأنها شروط خاصة تؤخذ بعين الاعتبار في تقدير ظروف تحقق الخطر، ويقع على المؤمن له إثبات أنه قد تقيّد بشروط الضمان، كأن يثبت استيفائه شرط وضع وسلامة نظام الإنذار عند حدوث السرقة<sup>(1)</sup>.

فلا مانع من أن يتحلل المؤمن من ضمان الخطر عند تحققه طالما أن المؤمن له لم يوفي بشرط وضع نظام للإنذار ضد السرقة والتأكد بشكل مستمر من سلامته، لأنه يدخل في إطار التدابير الوقائية من خطر السرقة.

على العكس من ذلك، فإن المقصود ببنود الاستبعاد من الضمان، هو الاستبعاد من الضمان خطراً معيناً يدخل عادة في نطاقه؛ بمعنى أن وظيفة بند الاستبعاد تكمن في وضع خارج مجال الضمان أخطاراً تكون بدون هذا البند داخلة في مجاله<sup>(2)</sup>، فبنود الاستبعاد هي التي تضع حدوداً للخطر المؤمن منه. ولحماية المؤمن له من خطورة تعسف المؤمن، فإن القضاء الفرنسي قد استقر في التشدد في إلقاء عبء إثبات احتجائه بتحقيق بند الاستبعاد على عاتقه وذلك بموجب قراران مبدأ صادرين بتاريخ 15 و 22 أكتوبر 1980<sup>(3)</sup>.

مما سلف يتبين أنه يقع على عاتق المؤمن له التقيد بتنفيذ شرط الضمان قبل تحقق الخطر تحت طائلة عدم إعمال الضمان رغم تحققه، بهذا فإن شرط الضمان لا يتعلق

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19,532 et Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 28 mai 2009, pourvoi n° 18-14,198, et Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 17 mars 2011, pourvoi n° 10-18,120, notes MAYAUX Luc, « Non-respect des normes de sécurité : condition de la garantie ou exclusion ? » R.G.D.A, N° 06, juin 2017, p 378.

<sup>2</sup> - CHARBONNEAU Cyrille, « Définition de l'objet de la police ... », op cit, p 3.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 15 octobre 1980, pourvoi n° 79-17,075, Bull. 1980, I, n°258, et Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 22 octobre 1980, pourvoi n° 79-15,003, Bull. 1980, I, n° 266, notes LEDUC Fabrice, «Condition de garantie ou clause d'exclusion », Revue des Contrats, n° 01, mars 2014, p 72.

بتحديد موضوع الضمان وإنما يؤثر على الالتزام بتغطيته. أما تلك البنود التي تستثني الخطر من الضمان إذا حدث بأسباب محددة في العقد أو تُعرف فقط الحدث المسبب للكارثة حتى يتم إعمال الضمان، فتكفي على أساس أنها بنود للاستبعاد، لأنها وضعت حدودا لموضوع الضمان وليس شرطا لتطبيقه.

ولأن شروط الضمان غالبا ما تخضع لإرادة طرفي عقد التأمين، فيمكن أن تعبر عن تعسف المؤمن بصفته الطرف القوي، وذلك بفرض شرط يتوقف على إرادته المحضة، يكون بموجبه حق المؤمن له في الضمان معلقا على هذا الشرط، وتحقق الشرط في ذاته يكون على عاتق المؤمن له. كما لا تخلو بنود الاستبعاد من خطر تعسف المؤمن عند استعمالها، لأن الإفراط في تطبيقها يمكن أن يقلص من نطاق الضمان إلى حد إفراغ العقد من مادته.<sup>(1)</sup>

يخضع تحديد الخطر المؤمن منه من حيث الأصل لإرادة المتعاقدين إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية، والذي بموجبه يملكون حرية تحديد الخطر المؤمن منه، ونطاق الضمان الذي يلتزم المؤمن بتغطيته وشروطه. وفي حقيقة الأمر، أن تحديد الخطر المؤمن منه مسألة هامة بقدر ما هي معقدة؛ لأنها تنطوي على ضرورة التمييز بوضوح ويسر بين شروط الضمان وبنود الاستبعاد من الضمان.

يلزم في هذا التحديد أن يقوم المؤمن بإعلام المؤمن له، وبوضوح له ضرورة التمييز ووضع الفرق بين شروط إعمال الضمان وبنود الاستبعاد من الضمان عند تحقق الخطر المؤمن منه، تحت طائلة إبطال هذه البنود حمايةً للمؤمن له؛ لأن التعقيد في حد ذاته يعتبر شكلا من أشكال الممارسات التي تتضمن تعسفا، فقد يثقل المؤمن بموجبها إلتزامات المؤمن له في حين يخفف أو يعفي نفسه من مسؤوليته في الضمان<sup>(2)</sup>.

لحماية المؤمن له من التعسف الذي يمكن أن يتعرض له من مسألة تمييز شروط الضمان من بنود الاستبعاد من الضمان، فقد استقر القضاء في الكثير من المنازعات التي

<sup>1</sup> - ABRAVANEL-JOLLY Sabine, « Assurances de personnes ; exclusion conventionnelle », R.G.D.A, n° 02, avril 2006, p 514.

<sup>2</sup> - Ibid. p 517.

تثار بشأن هذا الموضوع على تغليب تكيف بعض البنود على أنها شروط للضمان وليست بنودا للاستبعاد كلما تبين له من وقائع القضية صعوبة التفرقة بينهما<sup>(1)</sup>.

يبدو أنه الحل الذي يتماشى مع متطلبات حماية المؤمن له من مثل هذه البنود، بتحميل المؤمن تبعة التعقيد عند صياغته لشروط الضمان وبنود الاستبعاد من الضمان، كجزء لإخلاله بالتزامه في إعلام المؤمن له بشكل وافي وحقيقي بهذه الشروط والبنود.

مما مفاده أن القضاء قد علّق سريان بنود الاستبعاد على شرط سهولة تمييزها عن شروط الضمان، فعلى الرغم من تمسك المؤمن بها إلا أن القضاء يغلب تطبيق شروط الضمان على حساب بنود الاستبعاد إعمالا لقرينة التفاوت في العلم بين المؤمن والمؤمن له التي تحمل الأول تغطية الخطر المؤمن منه عند حدوثه، على نحو لا يكون المؤمن له مجردا من كل حماية فيما يتعلق بشروط الضمان وبنود الاستبعاد.

أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا التوجه في عدة قرارات كانت قد أصدرتها بشأن نزاعات حول تطبيق شروط الضمان أو بنود الاستبعاد، وعلى سبيل المثال نذكر بعض منها كما يلي:

يظهر من خلال قرار محكمة النقض المؤرخ في 13 ماي 2003 أنها تغلب شروط الضمان على بنود الاستبعاد، وذلك عند إقرارها بأن البند الذي يقضي بأن الضمان يكون مكتسبا في حالة سرقة البضائع المودعة لدى المؤمن له أو في حالة ضياعها نتيجة لأحداث عرضية، يشكل شرطا للضمان وليس بنودا للاستبعاد<sup>(2)</sup>.

تبنت محكمة النقض نفس الاتجاه فيما يتعلق بعقد تأمين لضمان المسؤولية المدنية لرب الأسرة عن الأضرار التي يمكن أن يتسبب فيها ابنه القاصر، والذي تسبب بعد ذلك في حادث مرور عند قيادته لسيارة كان قد سرقها.

<sup>1</sup> - CHARBONNEAU Cyrille, « De la nécessaire distinction entre condition et exclusion de garantie », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n°06, juin 2016, p 4.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 13 mai 2003, pourvoi n° 00-15,195, Bull. 2003, I, n° 111, note ASTEGIANO-LARIZZA Axelle, « Retour sur le couple condition / exclusion de garantie », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 03, mars 2018, p 2, et Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 27 mars 2001, pourvoi n° 98-19,481, Bull, 2001, I, n° 82, note MAYAUX Luc, « Exclusion de garantie» op.cit. p 669.

رفضت شركة التأمين أعمال الضمان بحجة أن عقد التأمين كان يضمن فقط الأضرار التي يكون سببها كل استعمال دون علمه، من طرف أي شخص يسأل عنه مدنيا لمركبة ذات محرك لا يمتلكها ولا يملك سلطة التصرف فيها، سيما استعمالها من طرف شخص قاصر، في حين أن المؤمن اشترط أن لا يكون أعمال هذا الضمان إلا في حالة انعدام عقد التأمين على تلك المركبة أو كتأمين إضافي لعقد أصلي إن وجد، وهو بهذا بند للاستبعاد من الضمان لكل الأضرار التي تنتج عن السرقة التي يرتكبها الأشخاص الذين يكون رب الأسرة مسؤولا عنهم مدنيا.

قضت محكمة النقض عند الفصل في الطعن بالنقض بأن بند اشتراط أعمال الضمان وفقا لما تمسك به المؤمن لا يمثل بندا للاستبعاد من الضمان لأن غايته كانت لتحديد نطاق الضمان فقط، وكان يتعين على محكمة الاستئناف إبطاله طبقا للمادة 1-113 L. من قانون التأمين لأنه بند تعوزه الدقة والوضوح<sup>(1)</sup>.

للتمييز بين شروط الضمان وبنود الاستبعاد أهمية بالغة في حماية المؤمن له؛ لأن جدوى هذا التمييز هي الحد الفاصل بين أعمال الضمان من عدمه عند تحقق الخطر، هذا ما دفع بالمشرع والقاضي إلى التشدد في تغليب تطبيق شروط الضمان بدلا من بنود الاستبعاد كلما ثار أدنى شك حول التمييز بينهما.

**ثانيا: التشدد في شروط صحة بنود الاستبعاد من الضمان:** يكتسب الضمان بموجب العقد، إلا أنه ليس مطلقا، فقد يخرج من نطاقه بعض الأخطار التي إما لا يجوز قانونا التأمين عنها وإما باتفاق الطرفين، بشرط أن لا يخالف هذا الاتفاق نص القانون.

فإذا كان الاستبعاد بموجب نص القانون لا يثير إشكالات فإن الاستبعاد الإتفاقي يثير إشكالية هامة تتعلق بنطاقه عند التطبيق؛ إذ يمكن للمؤمن أن يتعسف في توسيع نطاقه لحصر مجال مسؤوليته اتجاه المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه، لذلك فإن المنطق السليم يفرض أن لا تكون فئة بنود الاستبعاد من اختصاص المؤمن فيما يتعلق بنطاقها

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 11 juin 2003, pourvoi n° 00-13,361, note PATRIS Fabien, « Nullité d'une clause d'exclusion », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 10, novembre 2012, p 3

وسريانها حتى لا يجعلها منها حقا يمكن اكتسابه كما يمكن فقده بتوظيفه وفقا لما يخدم مصالحه<sup>(1)</sup>.

حتى لا يجد المؤمن له نفسه عند تحقق الخطر المؤمن منه بدون ضمان أو بضمان محصور عكس توقعاته التعاقدية عند إبرام عقد التأمين، فقد تدخل المشرع والقاضي لحماية مصالحه التي لم يُوفق مبدأ الحرية التعاقدية في تحقيقها.

إذا كانت بنود الاستبعاد مشروعة قانونا<sup>(2)</sup>، فهذا يعني مبدئيا ترك أمر تنظيمها لطرفي عقد التأمين، بمعنى أن إرادة المؤمن والمؤمن له هي التي تحددتها، فيكفي أن يتفقا على نطاقها وحالات تحققها حتى تنتج آثارها، بشرط عدم مخالفة النظام العام.

سيوقعنا في مغالطة طرح فكرة بنود الاستبعاد بهذا المنظور؛ لأن من طبيعة عقود التأمين التي تبرم بين المؤمن والمؤمن له المستهلك فإن هذا الأخير يكون قبوله مجرد إذعان لعقد تم إعداده وتحريره مسبقا من طرف المؤمن، وهو وثيقة فنية قانونية تتسم بالتعقيد وصعوبة الفهم لغير المختص<sup>(3)</sup>. لذلك من غير المنطقي هنا افتراض تعبير المؤمن له عن إرادته عن إدراك وفهم بشكل حر وواضح، لا يشوبها أي لبس فيما عبر عنه في مدى شمول الضمان للخطر المؤمن منه<sup>(4)</sup>.

هذا ما جعل المشرع يتدخل لتنظيم بنود الاستبعاد عن طريق تطلب شروط محددة لصحتها لتنتج آثارها في مواجهة المؤمن له؛ إذ يشترط أن تكون صريحة ومحددة، ومكتوبة

<sup>1</sup> - ABRAVANEL-JOLLY Sabine, « Assurances...; exclusion...», op cit, p 520.

<sup>2</sup> - نقصد ببنود الاستبعاد المشروعة قانونا تلك البنود التي يمكن أن يكون محلها مما يمكن الاتفاق عليه بين المتعاقدين، فلا يمكن مثلا أن يتفق الطرفين على الاستبعاد من الضمان الأضرار التي يتسبب فيها المؤمن له نتيجة لخرق قوانين المرور، لأن المشرع الجزائري جعله من طائفة البنود التعسفية بذاتها، فلا يجوز مخالفة النظام العام الحمائي في مجال التأمين إلا إذا كان في صالح المؤمن له، مما يستبعد الاتفاق على استبعادها في عقد التأمين، كما لا يمكن أن يتفقا على أن يشمل الضمان الخرق العمد الناتج عن جنائية أو جنحة، فذلك مخالف للنظام العام بمفهومه الواسع، فلا داعي إلى ترديد القواعد العامة التي تقضي بعدم جواز التأمين على الخطأ العمدي أو الجنائية. أنظر المادة 1/622 من أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - BAKAS-TSIRIMONAKI Stella, op cit, p 71.

<sup>4</sup> - VILLEGAS Laurent, op cit, P 101.



بشكل ظاهر، وأن يلتزم المؤمن بإعلامها للمؤمن له بشكل فعلي وحقيقي قبل حدوث الكارثة. وفي حالة لم تتحقق فيها هذه الشروط مجتمعة، فيكون بند الاستبعاد تعسفياً، وبالنتيجة يحكم القاضي إما بعدم نفاذ بند الاستبعاد في مواجهة المؤمن له أو بإلغائه.

تكمّن الغاية من وراء فرض شروط لصحة بنود الاستبعاد من الضمان في حماية المؤمن له بمنع تعسف المؤمن الذي يتمسك بتفسير هذه البنود وفق ما يخدم مصالحه بحسب كل حالة، وهذا هو أساس إلغاء بند الاستبعاد غير الواضح وغير المحدد.

استجابةً لمقتضيات حماية المؤمن له من البنود التعسفية التي تتخذ شكل بنود استبعاد غير واضحة وغير محددة، فقد ألزم المشرع الفرنسي في المادة L. 113-1 من قانون التأمين بعدم افتراض إعفاء المؤمن من الخسائر والأضرار الناتجة عن الحادث الفجائي أو التي يتسبب فيها المؤمن له بخطئه، إلا بموجب بند صريح ومحدد ومتضمن في وثيقة التأمين، باستثناء حالتها الخطأ العمد أو التدلّيسي<sup>(1)</sup>. ويجب أن يكون أيضاً مكتوباً بشكل بارز جداً طبقاً للمادة L. 112-4 من نفس القانون.

تبنى المشرع الجزائري نفس التوجه لكن بضمانات أقل؛ فهو يقر بالزامية ضمان المؤمن للخسائر والأضرار الناتجة عن الحالات الطارئة أو الناتجة عن خطأ غير العمد للمؤمن له، إضافة إلى إلزام المؤمن بضمان الأضرار والخسائر التي يتسبب فيها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولاً عنهم مدنياً، وذلك كيفما كانت نوعية الخطأ المرتكب وخطورته<sup>(2)</sup>، إلا أن المشرع الجزائري لم يقر ضمانات قانونية صارمة لصحة بنود الاستبعاد من الضمان لهذه الأخطار مثل ما أقره المشرع الفرنسي؛ فقد تغافل المشرع الجزائري استلزام كتابة بنود الاستبعاد من الضمان بشكل ظاهر أو بارز جداً أو محدد، واكتفى بالكتابة الواضحة.

يشكل هذا الوضع خطراً على مصالح المؤمن له في التشريع الجزائري؛ لأنه من حيث الشكل لم يستلزم إلا كتابته بحروف واضحة طبقاً للمادة 1/7 من القانون رقم 95-07

<sup>1</sup> - « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police, Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Article L. 113-1 du Codes des assurances, op cit.

<sup>2</sup> - المادة 12 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.



المتعلق بالتأمينات والتي تقضي بأنه: « يحرر...، وبحروف واضحة...»، في حين أن المادة 3/622 من التقنين المدني تستلزم تحرير البنود التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط بشكل ظاهر وذلك بنصها على أنه: « يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: - كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى السقوط أو البطلان ».

بقراءة نص المادتين المذكورتين، فلا يصعب تبين أن الشرط الشكلي الوحيد الذي يلتزم المؤمن بكتابة بنود الاستبعاد وفقه هو شرط الكتابة بحروف واضحة؛ ومرجع ذلك أن المادة 3/622 من التقنين المدني يقتصر تطلب الكتابة فيها بشكل ظاهر على البنود التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط ولا تشمل بنود الاستبعاد، فحبذ لو استدرك المشرع الجزائري هذا الفراغ الذي يبدو من خلاله أنه قد أعطى للمؤمن مجالا حتى يتعسف في استغلال بنود الاستبعاد من أجل توجيه آثار العقد بما يضمن مصالحه فقط<sup>(1)</sup>.

وإن كان المشرع الجزائري قد اكتفى بالكتابة الواضحة كشرط لصحة بنود الاستبعاد، فإن التشريع والقضاء في فرنسا يجمعان على أن صحة بنود الاستبعاد تتطلب مراعاة المؤمن لشروط محددة حتى ترتب آثارها.

لقد تدخل القضاء الفرنسي بما يتيح رفض تطبيق أي بند من بنود الاستبعاد من الضمان للحد من عدم التوازن العقدي الذي تساهم فيه مثل هذه البنود التي تتضمن تعسفا، طالما أن المؤمن تحت مسؤوليته لم يستوفي اجتماع شروط صحتها.

منع القضاء الفرنسي المؤمن من التمسك بنود الاستبعاد التي لا ترد بشكل صريح، وواضح، ومحدد، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن استعمال أو توظيف عبارة « خاصة notamment » قبل إيراد قائمة المخاطر المستبعدة، يجعل بند الاستبعاد غير واضح وغير محدد، مما يستوجب إلغاء البند وإلزام المؤمن بالضمان<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - ترتب هذا الفراغ عن عدم تكريس نظام خاص بالإعلام في مجال عقود التأمين، لهذا من الضروري إقحام الإلتزام بالإعلام في إطار أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، من أجل فرض شكلية إعلامية يتجسد من خلالها العلم الفعلي والحقيقي للمؤمن له بنطاق المضمون التعاقدية، خاصة ما يتعلق بينود الاستبعاد من الضمان.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 15 décembre 1999, note ABEAVANEL-JOLLY Sabine, op cit, p 515.

تبنّت محكمة النقض قرارا مماثلا في تاريخ 4 ماي 1999، في إطار عقد تأمين من الأمراض، عندما قررت بأن بند استبعاد الأمراض المنقولة جنسيا ليس صريحا ومحددا طالما لم يوضح المؤمن ماهية هذه الأمراض، وإنما اكتفي فقط بتحديد طريقة انتقالها<sup>(1)</sup>.

في سياق ذي صلة، استقرت محكمة النقض الفرنسية على إبطال بنود الاستبعاد التي تفرغ الضمان من مادته؛ إذ تبنّت لأول مرة هذه الصيغة بموجب قرار مبدأ صادر في 17 فيفري 1987، عندما أيدت إبطال بند الاستبعاد الذي بالرغم من وضوحه إلا أنه بالنظر إلى قائمة المخاطر المستبعدة ونطاقها، يجعل منه غير صريح وغير محدد لأنه تقريبا يكاد يلغي كل الضمانات المقررة لفئة من الأضرار.

يتعلق الأمر بعقد تأمين لضمان جميع أشكال المسؤولية المدنية للمؤمن له التي يمكن أن تقوم عند تسليمه لمنتجاته، إلا أن العقد تضمن اسبعادات متعددة، ولم تستثني إلا فئة محدودة جدا من الخسائر التي يُعلق حدوثها على فرضية واحدة، وهي حالة الخسائر التي تترتب عن حادث<sup>(2)</sup>.

استندت محكمة النقض في العديد من قراراتها اللاحقة على نفس المفهوم حتى وإن اختلفت عباراتها؛ فهي بنود تفرغ عقد التأمين من مادته<sup>(3)</sup>، أو أنها بنود تمنع ترتيب الضمان التعااقدي لآثاره<sup>(4)</sup>، وذلك من أجل إلغاء بنود الاستبعاد غير المحددة التي تمثل تعبيرا عن تعسف المؤمن.

على العكس من قيد الوضوح الذي يعد شرطا شكليا فإن قيد تحديد الاستبعاد يعتبر شرطا موضوعيا، يقصد به تحديد مدى ومجال الاستبعاد حتى يكون المؤمن له على بينة من الحالات التي تخرج من نطاق الضمان<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16,924, Bull, 1999, I, n° 140, note BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op cit, p 188.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 17 février 1987, pourvoi n° 85-15,350, Bull. 1987, I, n° 55, note ALKHALFAN Ismail, op cit, p 259.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 4 juin 1991, note ALKHALFAN Ismail, op cit, p 259.

<sup>4</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 3 juillet 1990, note ALKHALFAN Ismail, op cit, p 259.

<sup>5</sup> - السنهوري عبد الرزاق أحمد... المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، مرجع سابق، ص 1239.

بالرغم من تشدد القضاء في إلغاء بنود الاستبعاد غير الواضحة والمحددة إلا أن هذا لا يوفر حماية شاملة للمؤمن له من البنود التعسفية؛ لأن التعسف لا يتعلق فقط بنود الاستبعاد، إضافة إلى أن استيفاء بند الاستبعاد لشروط صحته لا يعني بالضرورة أنه لا يتضمن تعسفا. لهذا فإن الأمر يتطلب الرجوع إلى نظام القوائم و معيار الإخلال الظاهر.

## الفرع الثاني

### إلغاء البنود التعسفية استنادا إلى نظام القوائم ومعيار الإخلال الظاهر

عند اتصال القاضي بنزاع يتعلق بالفصل في البنود التعسفية المتضمنة في عقود التأمين، فإن المشرع قد حدد طريقة معينة يستلزم للقاضي مراعاتها عند فحص ما يتضمنه البند المتنازع فيه من تعسف.

فقد أرست التشريعات الحديثة آليات خاصة للحماية ضد البنود التعسفية، إذ يتعين على القاضي التقيد بها عند تقدير مدى التعسف في أي بند؛ فبدايةً يتعين عليه فحص إذا ما كان البند واردا في القائمة التشريعية<sup>(1)</sup> أو التنظيمية<sup>(2)</sup> المحددة للبنود التعسفية بقوة القانون، وإذا لم يكن البند واردا في إحدى القوائم، سيفحصه بعد ذلك بالاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد<sup>(3)</sup>.

فيمكن إذن التطرق لسلطات القاضي في حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية بتقسيمها إلى قسمين: سلطات مقيدة استنادا إلى نظام القوائم (أولا)، وسلطات موسعة استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات طرفي عقد التأمين (ثانيا).

**أولا: سلطات القاضي استنادا إلى نظام القوائم:** يقصد من هذا أن القاضي مقيد بالبحث أولا فيما إذا كان البند المتنازع فيه وارد في نظام القوائم المحددة للبنود التعسفية؛ ذلك أن المشرع قد تولى بنفسه تحديد مجموعة من البنود التي يُفترض أنها تتضمن تعسفا، أي أنها قرينة

<sup>1</sup> - المادة 29 من القانون رقم 02-04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - المادة 5 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 5/3 من القانون رقم 02-04، سالف الذكر.

قانونية تلزم القاضي على الحكم بالطابع التعسفي لذلك البند متى تبين أنه وارد ضمن القوائم، ومرجع هذا التقييد هو أن المشرع أراد توفير حماية مباشرة ضد البنود التعسفية بالتحديد المسبق للبنود التي يمنع إدراجها في عقود الاستهلاك لأن غايتها أو أثرها سيؤدي إلى إختلال التوازن العقدي على حساب المستهلك<sup>(1)</sup>.

فدور القاضي وفقا لنظام القوائم يقتصر على فحص البند للتأكد من وروده ضمن إحدى القائمتين أم لا، فإذا كان واردا ضمنها فإن التعسف فيه يكون مقرا بقوة القانون، ولا تكون فيه سلطة تقديرية للقاضي، أما إذا لم يرد في القوائم فله سلطة تقديرية في فحصه على أساس معيار الإخلال الظاهر، مما يجعل سلطته التقديرية قائمة في هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

أما عن إيراد قوائم قانونية لما يمكن اعتباره بندا تعسفيا، وإن كان يقلص من دور القاضي في أعمال سلطته التقديرية في ذلك، إلا أنه من زاوية حماية المستهلك من البنود التعسفية فإن ذلك يشكل ضمانا لحماية فعالة؛ لأنها تفترض التعسف في بنود محددة اعتاد المهنيون إدراجها في نماذج العقود على نطاق واسع وبصفة متكررة، فهي بذلك تسهل مهمة القاضي في تفحص الطابع التعسفي.

لأنها قوائم لم ترد على سبيل الحصر فذلك يعني أن البند الذي لم يرد في القوائم لا يفيد بأنه لا يتضمن تعسفا، لأن القاضي سيتولى فحصه للتأكد من مدى تضمنه لأي تعسف استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر<sup>(3)</sup>.

تبنى المشرع الجزائري هذا النظام اقتداء بما توصل إليه المشرع الفرنسي في مجال الحماية من البنود التعسفية، والذي تبنى قائمتين في قانون الاستهلاك والتي تجد لها تطبيقا في عقود التأمين؛ إحداهما بموجب المادة R. 212-1 التي تضمنت قائمة قاطعة لبنود تعسفية، أما الأخرى بموجب المادة R. 212-2 والتي تضمنت قائمة لبنود تعسفية، إلا أنها ليست قاطعة، إذ يمكن إثبات أنها لا تتضمن تعسفا، لكن يقع على عاتق المهني إقامة

<sup>1</sup> - PIEDELIEVRE Stéphane, « Contrat d'assurance et clauses abusives », Gaz. Pal. N° 162, juin 2015, p 17.

<sup>2</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 257.

<sup>3</sup> - Ibid, p 271.

الدليل على عدم تضمنها تعسفا. وهي الضمانات التي لم يرد لها ذكر في نظام القوائم المعتمدة من طرف المشرع الجزائري<sup>(1)</sup>.

من أجل تأطير الحرية التعاقدية بما يتماشى مع التوقعات التعاقدية لطرفي عقد الاستهلاك بصفة عامة وطرفي عقد التأمين بصفة خاصة، فقد تدخل المشرع بموجب قواعد قانونية إلزامية لمنع الممارسات التعسفية التي يفرضها المهنيون على المستهلكين، بما يتوافق مع الواقع العملي لهذه العلاقات التعاقدية التي يميزها عدم المساواة بين المراكز القانونية التي تمثل مصدرا للممارسات التعسفية.

يتضح مما تقدم أن وضع قوائم لبنود بالنظر إلى خطورتها على مصالح المستهلك تعتبر تعسفية بقوة القانون، يعد تطورا تشريعا هاما يعكس إدراك المشرع الحاجة إلى الحماية ضد البنود التعسفية التي أصبحت ظاهرة تهدد التوازن العقدي، خاصة في مجال عقود التأمين التي تعد من العقود التي ينفرد المؤمن بإعدادها وطباعتها، بينما ينحصر دور المؤمن له المستهلك على قبول التعاقد بالتوقيع عليها دون مناقشتها.

استنادا إلى نظام مصدره قانون حماية المستهلك، فقد تمكن القضاء الفرنسي من تطبيق نظام القوائم المحددة للبنود التعسفية بقوة القانون؛ وهذا ما يستشف من قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 12 ماي 2016، حول قضية تتعلق برفض المؤمن تعويض أرملة سائق دراجة نارية توفي بعد تعرضه لحادث مرور، بحجة أن عقد التأمين قد تضمن بندا يعلق فيه إعمال الضمان على شرط إثبات أن وقوع الحادث لم تتسبب فيه نسبة الكحول التي وجدت في جسم الضحية.

عند الفصل في الطعن بالنقض ذكرت محكمة النقض بالمبدأ المكرس في المادة R132-2 (المادة R. 212-1-12° حاليا)، بأنه يعتبر بندا تعسفا كل بند يفرض بموجبه المهني على غير المهني أو المستهلك عبئ الإثبات، هذا الأخير وبالنظر إلى القانون الواجب التطبيق، يقع على الطرف الآخر والذي يتمثل في المؤمن.

<sup>1</sup> - وعلى الخلاف من ذلك، فقد نص المشرع الجزائري بصفة صريحة إلى جزاء بطلان البنود التعسفية التي ترد في وثيقة التأمين، وهذا بموجب نص 622 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

تطبيقاً لهذا المبدأ، يجب القضاء بأنه تعسفي بند عقد التأمين الذي يقضي بالاستبعاد من ضمان الأضرار عندما يكون سائق الدراجة النارية تحت تأثير الكحول زمن وقوع الحادث، ويحمل المؤمن له إقامة الدليل على انعدام العلاقة بين الحاث ونسبة الكحول في جسمه. وهو الإلتزام الذي يقع على أرملة بعد وفاته.

بهذا قضت محكمة النقض بإبقاء المؤمن على الضمان وببطلان البند الذي يقضي بأن المؤمن له أو ذوي حقوقه ملزمون بإثبات أنه لا علاقة بين نسبة الكحول في جسم الضحية والحادث الذي وقع له<sup>(1)</sup>.

إن تحديد البنود التي تعتبر تعسفية بمقتضى القانون تعد آلية هامة لحماية المؤمن له من البنود التعسفية، فهي تفترض مسبقاً اعتبارها غير مكتوبة لمصلحة مستهلك التأمين تحقيقاً للتوازن العقدي<sup>(2)</sup>.

على أنه لا يجب أن نفهم من تحقق القاضي من أن البند التعسفي المتنازع فيه بند وارد في نظام القوائم أم لا، يكون من خلال فحصه للوجود المادي لهذا البند في إحدى القائمتين، وإنما يقوم بفحصه على أساس إمكانية تطابق مضمون البند المتنازع فيه مع أي من البنود التي أوردها المشرع في نظام القوائم.

يمكن أن نميز بين ثلاثة فرضيات يمكن أن يتوصل إليها القاضي من خلال فحص الطابع التعسفي للبند المتنازع فيه، وهي: الفرضية الأولى تتحقق إذا ما تأكد القاضي أن مضمونه يتطابق مع أحد البنود الواردة في القوائم، فيحكم بإلغاء البند واعتباره كأنه غير مكتوب.

أما الفرضية الثانية فتتحقق إذا لم يرد فيهما، فيلجأ بعدها القاضي إلى التحقق من مدى تضمينه تعسفاً استناداً إلى معيار الإخلال الظاهر، فإذا ما استخلص التعسف وفقاً لهذا

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 12 mai 2016, n° 14-24.698, note CATTALANO-CLOAREC Garance, « La clause inversant la charge de la preuve dans un contrat d'assurance est abusive », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n°07, juillet 2016, p 03.

<sup>2</sup> - KULLMAN Jérôme, « Clauses abusives et contrat d'assurance », op cit, p 41.

المعيار، فيحكم أيضا باعتباره البند غير مكتوب. في حين تتحقق الفرضية الثالثة عند نفي القاضي للطابع التعسفي استنادا إلى نظام القوائم وتطبيقا لمعيار الإخلال الظاهر، وهنا يحكم بصحة البند.

يتضح من هذا كله، أن اختيار المشرع أسلوب التحديد القانوني المسبق للاشتراطات التي يمنع إدراجها في عقود الاستهلاك، ما هو بالنسبة للمستهلك إلا حماية مباشرة له لتحقيق التوازن العقد في مرحلة إبرام العقد عن طريق حصر بعض البنود التعسفية بصفة مسبقة، لذلك أزم المشرع القاضي بالحكم بإبطالها وإبطال كل بند تعاقدى يتطابق مضمونه مع مضمون البنود التعسفية المحددة في نظام القوائم<sup>(1)</sup>.

من هنا تشترك تقنية تحديد البنود التعسفية مسبقا بموجب قانون مع تقنية فرض العمل بالبنود النموذجية في الحماية من البنود التعسفية في عقود التأمين، إلا أنهما تختلفان من حيث طريقة التدخل، فالأولى تحدد مضمون العقد بطريقة سلبية، بتحديد البنود التي يمنع إدراجها مسبقا في حين أن الثانية فتحدد مضمون عقد التأمين بطريقة إيجابية بتحديد البنود الواجب إدراجها مسبقا في العقد.

تسمح تقنية التحديد المسبق لما يمكن اعتباره بنودا تعسفية يمنع إدراجها في عقود الاستهلاك بصفة عامة وعقود التأمين بصفة خاصة بتوفير حماية مباشرة للمؤمن له يساهم القاضي في تفعيلها عند الفصل في نزاع يتعلق بعقد يتضمن بنودا تعسفية؛ إذ يفترض أنه يتمتع بالحس السليم عند فحص مضمون البند ومدى تطابقه من أي من تلك البنود المحددة في نظام القوائم. أما إذ لم يرد في أي من القائمتين، فعلى القاضي أن يمر إلى مرحلة فحص مدى اعتبار البند تعسفيا من عدمه استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والواجبات.

**ثانيا: سلطات القاضي استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر:** يكون للقاضي في هذه الحالة سلطات أوسع في تقدير الطابع التعسفي لأي بند متنازع فيه، بينما لا تكون له مثل هذه السلطات متى كان البند وارد في نظام القوائم.

<sup>1</sup> - Rzepecki Nathalie, op cit, p 156.

تظهر هذه السلطات من ناحيتين: الأولى يمارس فيها القاضي سلطته التقديرية في فحص مدى تعسف أي بند بالاستناد إلى معيار عام وموحد بدراسة كل بند حالة بحالة، آخذا بعين الاعتبار الظروف الموضوعية المحيطة بالعملية التعاقدية. أما الثانية، فتظهر فيها هذه السلطات من خلال منح القاضي صلاحية التدخل من تلقاء نفسه عند الفصل في النزاع لفحص مدى تضمن أي بند في العقد للطابع التعسفي حتى ولو لم يثره المستهلك، كلما تم إنكار أحكام النظام العام من قانون الاستهلاك<sup>(1)</sup>، وهو تطور هام في مجال حماية المستهلك من البنود التعسفية.

أكثر من ذلك، فقد انقلبت سلطة القاضي من إمكانية إثارة البند التعسفي من تلقاء نفسه إلى إلزامه بإثارته<sup>(2)</sup>، وذلك بالتدخل لفحص العقد للتأكد من خلوه من أي بند قد يتضمن تعسفا<sup>(3)</sup>.

تم تطوير سلطات القاضي في مواجهة البنود التعسفية في القانون الفرنسي تحت تأثير قرارين مبدأ صادرين عن محكمة العدل الأوروبية في تاريخ 27 جوان 2000 و 4 جوان 2009، منحت بموجب القرار الأول للقاضي الوطني إمكانية إثارة من تلقاء نفسه كل خرق

<sup>1</sup> - « *La méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par la juge* ». Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 22 janvier 2009, note PIEDELIEVRE Stéphane, « *Clauses abusives et pouvoirs du juge* », Gaz. Pal, n° 50, du 19 février 2015, p 22.

<sup>2</sup> - « *Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie dès qu'il dispose de éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ». Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2014, note PIEDELIEVRE Stéphane, op cit, p 23.

<sup>3</sup> - « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* », Article L. 141-4 inséré dans le Code de la consommation par l'article 34 de la Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 0003 du 4 janvier 2008, modifier par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, article 81, et abrogé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, article 34, puis devenu article R. 632-1 du Code de la consommation, créé par Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relative à la partie réglementaire du Code de la consommation, selon lequel : « *Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).



لقانون المجموعة الأوربية في مادة البنود التعسفية، ليتطور بعد ذلك بموجب القرار الثاني ويتحول إلى وجوب إثارة القاضي للطابع التعسفي لأي بند يرد في عقود الاستهلاك<sup>(1)</sup>.

ومرد ذلك وجود احتمال ضئيل في أن يكتشف المستهلك بنفسه المخالفات التعاقدية التي تفرض عليه بسبب عدم المساواة بين طرفي عقد الاستهلاك. لذلك فإن الحماية الفعالة تستوجب دورا نشطا للقاضي الوطني عند فحص العقد، ويتعين عليه كلما اكتشف بندا تعسفيا أن يعلم أطراف النزاع، ويمنح لهم إمكانية مناقشته وفقا لمبدأ الوجاهية في التقاضي<sup>(2)</sup>.

بهذا يكون المشرع الفرنسي قد منح للقاضي سلطات ذات أهمية في محاربة ظاهرة البنود التعسفية، إلا أنها مرت بمراحل قبل أن تتخذ صورة إلزامية التدخل من تلقاء نفسه لتفحص العقد والتأكد من عدم احتوائه على بند تعسفي؛ فقد كانت في بدايتها مجرد إلغاء بند تعسفي متنازع فيه بشرط أن يرد في القائمة المحدد تنظيميا بموجب مرسوم، بعد ذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية سلطة القاضي حتى في غياب مرسوم، ثم تحولت إلى سلطة إمكانية إثارته أي بند تعسفي من تلقاء نفسه، إلى أن أخذت شكلها الحالي الذي يمكن أن نعتبر فيه بأن سلطاته في محاربة البنود التعسفية قد تجاوزت مرحلة منحه سلطات لتبلغ مرحلة إلزامه بالتدخل لحماية المستهلك من البنود التعسفية.

إن كان هذا التطور يستجيب لمقتضيات حماية المستهلك من البنود التعسفية، فإنه يعاب على المشرع الجزائري النقصان الذي يشوب سلطات القاضي في الحماية من البنود التعسفية؛ لأن القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية باعتباره القانون الخاص الذي تطرق لظاهرة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، لم يتضمن أي إشارة إلى سلطة القاضي في إثارة الطابع التعسفي من تلقاء نفسه أو أنه يتوجب عليه ذلك.

<sup>1</sup> - CJCE, 27 juin 2000, Oceano Grupo, Aff. C-240/98 et CJCE, 4 2009, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Gyorft, Aff., C-243/08, citer par PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 151.

<sup>2</sup> - FLORES Philippe et BIARDEAUD Gérard, « Clauses abusives – CJCE 21 novembre 2002», Gaz. Pal. N° 126, 06 mai 2003, p 12.

فحبذ لو استغل المشرع الجزائري تجربة التشريع والقضاء الفرنسي ونص على إلزامية إثارة القاضي للبنود التعسفية من تلقاء نفسه حتى في حالة عدم إثارته من طرف المستهلك، أو على الأقل ينص على إمكانية إثارة مثل هذه البنود من تلقاء نفسه كلما تبين له عند الفصل في أي نزاع يتعلق بعقد الاستهلاك أن بند أو أكثر من بنوده قد تضمن وجها من أوجه التعسف ويعلم الطرفين بذلك.

فحاليا وفي إطار القواعد الخاصة للحماية من البنود التعسفية، لا نجد أن المشرع قد تبنى هذه الضمانات حتى ولو على سبيل التلميح. لكن هذا لا يمنع القاضي من إثارتها إذا ما اتصل بنزاع يتعلق بعقد يتضمن بنودا تعسفية، لأنه لا يجب أن ننسى تجربة القضاء الفرنسي الذي تمكن من ممارسة الرقابة على البنود التعسفية بالرغم من أن المشرع قد قيدته بعدم إقرار الطابع التعسفي لأي بند استقلالا عن المرسوم الحكومي، ليفرض منطقه على المشرع بعد ذلك.

فتوضيح سلطات القاضي من هذه المسألة تبقى فكرة محورية تفرض نفسها بقوة في التشريع الجزائري، فحبذا لو اقتد بما توصلت إليه التشريعات المقارنة الرائدة في هذا المجال؛ لأن حماية المستهلك (المؤمن له) من البنود التعسفية تندرج ضمن النظام العام الحمائي، مما يثير عدم توافقه مع سلطات القاضي في مواجهة البنود التعسفية وفقا للمادة 110 من التقنين المدني التي جعلت من سلطته في التعديل أو الإلغاء جوازية لا وجوبية<sup>(1)</sup>.

فإذا كانت هذه القوانين تسعى إلى تحقيق الحماية المرجوة ضد البنود التعسفية كنتيجة منطقية لعدم كفاية القواعد العامة في تحقيقها، فالأمر يستوجب تدخلا تشريعا أمرا لاستكمال ما يبرر حتمية لجوء المشرع الجزائري إلى تبنى منظومة قانونية حمانية خاصة ضد البنود

<sup>1</sup> - تنص المادة 110 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم على أنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها... ».

التعسفية لمسايرة التطور الحاصل في هذا المجال في القوانين المقارنة، وذلك بإلزام القاضي بفحص الطابع التعسفي لأي شرط من تلقاء نفسه<sup>(1)</sup>.

فلا جدل حاليا في القوانين المقارنة أنه يتوجب على القاضي عند احتواء العقد على بنود تعسفية تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، أن يتدخل لجعلها عديمة الأثر حتى ولو لم يثرها المستهلك، وبهذا الشكل فإنها أهم ضمانة يمنحها المشرع لهذا الأخير، لأنها تلزم القاضي بالمبادرة إلى الكشف عن الطابع التعسفي لأي بند يمكن أن يرد في العقد المتنازع فيه، واعتبار ذلك البند كأنه غير مكتوب<sup>(2)</sup>.

استقر القضاء في فرنسا على اعتبار أن الإخلال الظاهر كمعيار لتقدير الطابع التعسفي، يبقى مسألة قانون يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(3)</sup>.

يشكل معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، المعيار الذي على ضوءه يتفحص القاضي إمكانية تضمين أي بند في عقد التأمين للطابع التعسفي، بعد أن يتحقق من عدم تطابق مضمون البند المتنازع فيه مع مضمون بند أو أكثر من البنود التعسفية الواردة في نظام القوائم. فإذا ما قدر القاضي بعد فحص البند المتنازع فيه أنه لا يتضمن أي تعسف، فعليه أن يحكم بصحة البند ويرتب آثاره في مواجهة المؤمن له.

<sup>1</sup> - وحقيقة الأمر أن واقع التشريع الجزائري في مجال حماية المستهلك خاصة الحماية من البنود التعسفية تشوبها عدة نقائص، لأن معالجة المشرع الجزائري لهذه المسألة تتسم بعدم الدقة وعدم التكامل فيما بين النصوص القانونية، ويؤخذ عليه مأخذين: يكمن الأول في عدم التنصيص على الجزاء الذي يترتب عن تضمين عقود الاستهلاك بالبنود التعسفية، فلا القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نص على الجزاء المدني، ولا المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية نص على الجزاء المدني. ومن هذا التردد نستخلص المأخذ الثاني والذي يكمن في المعالجة السطحية في مواجهة ظاهرة البنود التعسفية، فبالرغم من تبنى المفهوم الحديث للبند التعسفي بتبني معيار الإخلال الظاهر، إلا أن المشرع لم يزد القاضي بتلك السلطات الكفيلة بتفعيله في الواقع العملي، فلا نجد أي إشارة صريحة إلى سلطات القاضي في محاربة البنود التعسفية في إطار القواعد الخاصة. فحبذا لو استدرك المشرع هذا الفراغ بمسايرة تلك السلطات التي يتمتع بها القاضي في القانون المقارن.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 10 juillet 2002, Bull. Civ. I, n° 195. Cité par ALKHALFAN Ismail, op cit, p 77.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 26 mai 1993, op cit,

هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 مارس 2013، عندما قضت بانعدام الطابع التعسفي لبند وارد في عقد تأمين المقترض، والذي بموجبه علق المؤمن ضمان العجز الكلي المؤقت على شرط أن يكون مصدره حادث عرضي.

فقررت الغرفة الأولى لمحكمة النقض بأن هذا البند لا يتضمن أي طابع تعسفي، ولا يؤدي الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات لطرفي العقد على حساب المؤمن له؛ لأنه بند موجه للحفاظ على الطابع الاحتمالي للخطر في عقد التأمين<sup>(1)</sup>.

مما يستنتج من هذا القرار أن القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في إقرار الطابع التعسفي لأي بند من عدمه تطبيقاً لمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي عقد التأمين، وفي كلتا الحالتين يقع عليه تسبب حكمه تسبباً كافياً عن طريق إبراز فيما تكمن الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المؤمن، دون حصول المؤمن له على مقابل لهذه المنفعة. أما إذا أقر بصحة البند وخلوه من أي تعسف، فعليه أيضاً أن يبرز عدم حصول المؤمن على أي ميزة مفرطة غير مشروعة أو دون مقابل. وكل هذا من أجل ممارسة المحكمة العليا لرقابتها على قضاة الموضوع.

قد يحدث أن يقوم المؤمن باستغلال قوته وخبرته في مجال التأمين في أن يلجأ إلى طريقة أخرى لتضمين عقد التأمين ببند تعسفي، وذلك عن طريق تعمد إخفاء التعسف وراء عبارات غامضة لتفادي إبطالها وفقاً لنظام القوائم أو بإعمال معيار الإخلال الظاهر، وهي حالات كثيراً ما تحدث في عقود التأمين. لذلك يجب التطرق إلى موقف القضاء من الشروط التعسفية التي تكون غامضة.

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 20 mars 2013, n° 12-15314, note MAUD Asselain, « Licéité de la clause de "délai d'attente" », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 7, du 03 juillet 2014, p 5.

## المطلب الثاني

### توسيع سلطات القضاء في إلغاء البنود التعسفية تحت ستار التفسير

تتأسس سلطة القاضي في التدخل لتفسير العقود على أساس فكرة الغموض التي تعترى أي عقد، على نحو يتعذر على طرفي العقد إيجاد توافق على ما انصرفت إليه إرادتهما عند تنفيذ العقد، مما يؤدي إلى نشوء نزاع بينهما عند تعارض المصالح، ما يستوجب عرضه على القاضي لتفسير الغموض لاستنتاج حقيقة ما انصرفت إليه إرادة الطرفين المتخاصمين، مما مفاده أن وضوح العبارة يمنع على القاضي ممارسة سلطته التفسيرية<sup>(1)</sup>.

أبقى المشرع الجزائري على نفس النهج فيما يتعلق بعقود الاستهلاك؛ إذ أنه لم ينظم أي قواعد خاصة تطبق على تفسير هذه العقود كلما تضمنت عبارات غامضة تستوجب تأويلها من طرف القاضي، وهو ما لا يتماشى مع متطلبات حماية المؤمن له من البنود التعسفية التي ترد عادة وبشكل مقصود غامضة وغير محددة المعاني.

إن اعتبار المشرع الجزائري قواعد التفسير المنظمة في القواعد العامة هي نفسها في عقود الاستهلاك، يجعل تطبيقها يحد من الحماية المرجوة للمؤمن له من البنود التعسفية على مستوى تفسير عقد التأمين. وهذا ما سيبتين من خلال إبراز عدم ملاءمة توظيف القواعد العامة لتفسير العقود في حماية المؤمن له من البنود التعسفية (الفرع الأول)، غير أن النجاعة العملية لهذا البحث لا تغني عن عدم وجوب التطرق إلى القانون المقارن (الفرنسي)، لبيان أنه يمكن تحديث قواعد التفسير الكلاسيكية بما يتوافق مع المعطيات الحديثة للرقابة على البنود التعسفية الغامضة (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - وهذا بصريح نص المادة 1/111 من أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومنتم التي تنص على أنه: « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ».

## الفرع الأول

### عدم ملاءمة قواعد التفسير في حماية المؤمن له من البنود التعسفية

يقتصر مجال اختصاص القاضي في التفسير على حالة غموض العبارة<sup>(1)</sup>، ونص المادة 2/111 من التقنين المدني قاطع في الدلالة على ذلك، إذ تقضي بأنه: «**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.**

أما إذا تعلق الأمر بحالة شك بين تأويلات متعددة يتعذر ترجيح أي منهما، ففي هذه الحالة فقد أرسى المشرع الحل بتقييد القاضي بتفسير الشك في مصلحة المدين، باستثناء عقود الإذعان التي يتوجب عليه أن يفسر الشك في مصلحة المذعن، وهذا ما تقضي به المادة 112 من التقنين المدني بنصها على أن: «**يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن**».

هذه هي القواعد العامة المقررة في التقنين المدني المطبقة على تفسير العقود، وهي نفسها التي تطبق عند تفسير عقود التأمين؛ لأن المشرع الجزائري لم ينظم أي أحكام خاصة بتفسير عقود الاستهلاك.

فيلتزم قاضي الموضوع عند تفسير بنود عقود التأمين الغامضة بتطبيق الحلول التشريعية المقررة في القواعد العامة، والتي سنبرز عدم ملاءمتها في حماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، وذلك من خلال تحليل عدم جدوى تفسير عقد التأمين بالبحث عن النية المشتركة لطرفيه (أولا)، واستبعاد قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين (ثانيا)، وعدم كفاية قاعدة أن لا يفسر الشك تفسيرا مضرا بالطرف المذعن (ثالثا).

<sup>1-</sup> يكمن الغرض من هذا الفرع في توضيح عدم ملاءمة الحلول المعتمدة في القواعد العامة لتفسير العقود في حماية المؤمن له من البنود التعسفية، والتي دفعت بالتشريعات المعاصرة إلى التكريس الصريح لقاعدة تفسير الشك يؤول في مصلحة المستهلك كآلية لحمايته من البنود التعسفية الغامضة. أما بالنسبة للعبارة الغامضة، فقد سبق وأن تطرقنا في هذه الدراسة إلى بعض حالات الغموض التي يمكن أن تعتري عقود التأمين، أنظر ص 69 من الأطروحة.

أولاً: عدم جدوى تفسير عبارات عقد التأمين الغامضة بالبحث عن النية المشتركة: أصبح التفسير ظاهرة تغطي على وثائق التأمين التي غالباً ما تحرر بشكل سيئ، وينعدم فيها الوضوح نظراً لتضمينها من طرف المؤمن للكثير من القواعد والاستثناءات المتناثرة في زوايا متعددة من وثيقة التأمين، بشكل تؤدي حتى بالمختص في قانون التأمين إلى التساؤل حول ما يشمله الضمان وما لا يشمل، وهذا ما يفسر ميل المؤمنين إلى الغموض في صياغة بنود الاستبعاد من الضمان بشكل مقصود<sup>(1)</sup>.

يقوم تفسير التصرفات القانونية على أساس المادة 2/111 من التقنين المدني التي توجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين؛ بمعنى البحث لمعرفة ما كان القصد المشترك لطرفي العقد دون الوقوف على عند المعنى الحرفي للألفاظ كلما كانت عبارات التصرف غير واضحة<sup>(2)</sup>.

قيد المشرع سلطة القاضي في التفسير بموجب المادة 2/111 من التقنين المدني بشرط أن تكون النية التي يبحث لاستخلاصها مشتركة بين المؤمن والمؤمن له، مما مفاده أن بحث القاضي عن النية المشتركة بين المؤمن والمؤمن له تتم بالاستناد إلى إرادتهما، وباعتبارها كذلك، فإنها ترتبط بمرحلة تكوين العقد.

يطرح هذا القيد إشكالا أساسيا يتعلق بتطبيقه على عقود التأمين، ويتمحور حول تحديد حالات تلاقي إرادة طرفي العقد؛ فإذا ما كانت إرادة المؤمن معبر عنها في شروط وثيقة التأمين التي أعدها مسبقاً وبصفة أحادية، فإن إرادة المؤمن له تكون مجرد إذعان لهذه الشروط دون مناقشتها، ويقتصر تعبيره عن الإرادة على البنود الخاصة التي بموجبها يتم تخصيص العقد، وبما أن التعاقد يتم بهذه الطريقة فهذا يجعل الكثير من المسائل المتضمنة في العقد خارج النطاق الذي عبر فيه المؤمن له عن إرادته<sup>(3)</sup>.

نتج عن طرح هذا الإشكال اعتبار النية المشتركة مجرد وهم في مجال عقود التأمين؛ لأن الإرادة تشكل عنصراً أساسياً للكشف عن النية المشتركة التي يفترض أن إرادتي المؤمن

<sup>1</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance terrestre, éd, L.G.D.J, Paris 1999, p 4.

<sup>2</sup> - نسير رفيق، ص 285.

<sup>3</sup> - PARIS LE CLERC Lucien, op cit, p 32.

والمؤمن له قد انصرفتا إليها عند إبرام العقد. لكن وإن بدا هذا الحل يتماشى مع العقود التي تبرم على أساس مناقشة بين المتعاقدين، إلا أنه حل يثير الشكوك حول توافقه مع خصوصية عقد التأمين الذي يتم إعداده وتحريره مسبقا من طرف المؤمن، إذ يوجد تناقض بين جعل تفسيره يكون بالبحث عن النية المشتركة ومضمونه الأحادي التحرير، فكيف يمكن الكشف عن النية المشتركة إذا كانت إرادة المؤمن له غير معبر عنها حول غالبية المضمون العقدي عند إبرام العقد؟

فالتمييز بين ما هو معبر عنه من طرف المؤمن له وما لم يملك حرية التعبير عنه، هو الفاصل في تحديد النية المشتركة.

إن انحصار إرادة المؤمن له في البنود التي بموجبها يتم تخصيص العقد، جعل المفسرين يشككون في قدرة إرادته على المساهمة والتأثير في تحديد التوقعات التعاقدية التي تستجيب لرغباته المشروعة عند إبرام العقد، مما جعلهم يميلون أكثر إلى تبنى طرق التفسير الموضوعية لعقود التأمين التي ينفرد المؤمن بإعدادها وتحريرها من أجل توفير الحماية للمؤمن له ضد البنود التعسفية الغامضة، فالمنطق السليم يستبعد مسبقا البحث عن إرادة غائبة<sup>(1)</sup>. اعتبارا لهذا لا يجب أن يُفسر الغموض تفسيراً ضاراً بالمؤمن له<sup>(2)</sup>.

يشكل هذا التوجه ضماناً أساسية لحماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، خاصة وأن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على إلزام قضاة الموضوع بالبحث أولاً عند التفسير عن النية المشتركة للمتعاقدين على أساس المادة 1156 من التقنين المدني الفرنسي، تحت طائلة النقض، سواء في العقود التي تبرم على أساس حرية المناقشة أو في العقود التي تبرم بطريق الإذعان<sup>(3)</sup>.

يظهر هكذا أن قضاة الموضوع ملزمون بالبحث للكشف عن النية المشتركة لطرفي عقد التأمين، وهذا ما طبقوه عند الفصل في قضية عقد تأمين على السرقة الذي يستبعد من الضمان السرقات التي تحدث بسبب عدم استعمال المؤمن له لوسائل الحماية والأقفال أثناء

<sup>1</sup> - E. DEREUX, De l'interprétation des actes juridique, Paris 1905. Cité par MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance terrestre, op cit, p 175.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 16 mai 1995, note MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, p 186.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 20 janvier 1970, Bull. I n° 24, P 20. Et Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 2 juillet 1991, note MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, p136.



الليل وأثناء عدم التواجد في المحلات أو السيارة، حيث رفض قضاة الموضوع دعوى المؤمن له بتفسير هذا البند بالوقوف عند المعنى الحرفي الذي سيجب أعمال الضمان عند تفسيره استنادا إلى مجموع شروط تطبيق الاستبعاد من الضمان.

وقد تقصى قضاة الموضوع النية المشتركة للمتعاقدين بناء على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه، فلكل عقد أحكام معينة تتوافق مع طبيعته، وقد ترتب على ذلك أن فسرت المحكمة البند المتنازع فيه ضد المؤمن له، وحكمت بترتيب آثاره في مواجهته في الحالات التي يسهل السرقة بسبب الإهمال الصادر عنه نتيجة عدم وضع وسائل الحماية والأقفال ليس في الليل فقط، وإنما حتى في النهار عندما لا يتواجد في المحلات أو السيارة. وهو المعنى الذي يتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين في تقدير قضاة الموضوع بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذا العقد<sup>(1)</sup>.

نستج مما سلف بأن إلزام تفسير القاضي لعقد التأمين بالبحث عن النية المشتركة قاعدة بديهية على أساس أنها تحيل القاضي إلى إرادة طرفي العقد عند الإبرام للكشف عن حقيقة ما انصرفت إليه نيتهما المشتركة، غير أنها قاعدة لم تسلم من التشكيك في أساسها عندما يتعلق الأمر بتفسير عقود التأمين التي هي في حاجة إلى طرق تفسير جديدة تماشياً مع هذه العلاقات التعاقدية التي تتميز بهيمنة إرادة المؤمن على إرادة المؤمن له<sup>(2)</sup>.

عليه يبدو من الضروري البحث في مسلك جديد لتفسير هذه التصرفات التي تنشأ في إطار اللامساواة، بدلاً من الاستناد إلى قواعد وضعت أصلاً لتفسير عقود تتم في إطار المساواة بين المتعاقدين.

<sup>1</sup> - Dijon, 26 octobre 1988, note MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance terrestre, op cit, p 137.

<sup>2</sup> - شكك الأستاذ Maurice PICARD في دور إرادة المؤمن له في تحديد الحقوق والالتزامات التي تترتب عن إبرام عقد التأمين في مداخلته بعنوان « L'autonomie de la volonté en matière de contrats d'assurance » أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص بتاريخ 27 جوان 1938، حيث اعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للمؤمن له بدأ فعلاً يتراجع دوره شيئاً فشيئاً فيما يتعلق بعقد التأمين، لذلك ليس من البديهي كما يظهر البحث عن إرادة المتعاقدين في مضمون العقد في ظل هذا المعطى الذي يتعارض مع النية المشتركة لطرفي عقد التأمين. أنظر في ذلك:

- PICARD Maurice. « L'autonomie de la volonté en matière de contrats d'assurance ». In: Travaux du Comité français de droit international privé, 5e année, 1937-1938, LIBRAIRIE DALLOZ, Paris 1939. pp 137-155.

يؤخذ على مسلك إلزامية بحث القاضي أولا عما قصدته النية المشتركة للمتعاقدين عند القيام بتفسير عقد التأمين على أنه حل لا يتماشى مع متطلبات حماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، لأن من الصعب وضع هذا الحل حيز التطبيق؛ لأن سيطرة إرادة المؤمن على إرادة المؤمن له تُصعب إيجاد حدود بين ما توافقت عليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين عند الإبرام، كما أنه حل يصطدم بإيجاد الفارق بين ما هو واضح يمنع التفسير، وبين ما هو غامض يوجب التفسير.

نؤيد هنا ما طالب به بعض الباحثين بضرورة تركيز القاضي عند التفسير على إرادة المؤمن له، مادام أن المؤمن قد عبّر عن إرادته سلفا في بنود وثيقة التأمين التي انفرد مسبقا بإعدادها وتحريها، لذلك يتعين على القاضي أن يهتم أكثر عند التفسير بالبحث عن إرادة المؤمن له، بالأخذ بعين الاعتبار كيف يمكن لهذا الأخير فهم المضمون التعاقدى بما يستجيب لرغباته المشروعة على أساس أنه يتعاقد في إطار عقود الاستهلاك<sup>(1)</sup>.

إذا لم يتوصل القاضي إلى تفسير العبارة الغامضة باستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، فيكون أمام حالة شك، أين قيد المشرع القاضي بتفسير الشك في مصلحة المدين.

ثانيا: ضرورة استبعاد قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين في عقود التأمين: لفهم دوافع إثارة موضوع استبعاد قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين في عقود التأمين، يجب أن نفهم ما تضمنته هذه القاعدة المتضمنة في المادة 1/112 من التقنين المدني، ثم إسقاط ما تضمنته على عقود التأمين.

جاء نص المادة 1/112 من التقنين المدني الجزائري كالآتي: « **يؤول الشك في مصلحة المدين** ».

يقضي نص هذه المادة بوجوب تفسير الشك الذي يعتري عبارات العقد لمصلحة المدين، وحالة الشك تفيد بأن القاضي أما عدة تأويلات لم يتمكن من خلالها حسم التردد الذي يمنع استخلاص ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين.

<sup>1</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance...op cit 135.

يقوم مبدأ تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس الأصل الذي يقضي ببراءة ذمة المدين، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت إدعائه. عليه، فإذا لم يكتشف القاضي النية المشتركة فعليه التقيد بتفسير الشك ضد الدائن بالالتزام لمصلحة المدين به بهدف حمايته من العبارات الغامضة التي يدعي بها الدائن في ذمة المدين. وهذه القاعدة ما هي إلا انعكاس لمبدأ براءة الذمة من أي إلتزام، والاستثناء أن يكون الشخص ملتزماً، والاستثناء يجب على من يدعيه أن يثبت ادعائه.

تفطن المشرع لمثل هذه الحالات عندما منح أفضلية لمصلحة المدين على مصلحة الدائن، ومما يترتب عنها منطقياً هو اعتبار المدين الذي يستفيد من هذه القاعدة هو المدين الذي يتحمل الإلتزام محل الشك عند التأويل<sup>(1)</sup>.

انطلاقاً من هذه النتيجة، يمكننا إسقاط تطبيق قاعدة تفسير الشك يؤول في مصلحة المدين على عقود التأمين، ويظهر أثر تطبيقها عند إلتزام القاضي بمراعاة ضابط التفسير الذي يقضي بأن يكون في مصلحة المدين طبقاً للمادة 1/112 من التقنين المدني.

فاستناداً إلى هذه القاعدة، يقوم القاضي عند تعذر استخلاص النية المشتركة بين المؤمن والمؤمن له بأن يقوم بتحديد المدين الذي يتحمل الإلتزام محل التفسير، ما قد يفضي إلى اعتبار المؤمن هو المدين عند ممارسة سلطته في تفسير عقد التأمين، والسبب في هذا بسيط جداً؛ إذ أن عقود التأمين من العقود التبادلية التي من خصائصها أن يكون كل متعاقد دائناً ومديناً نحو المتعاقد الآخر في نفس الوقت، مما يترتب عنه أن يكون المؤمن والمؤمن له بدورهما دائناً ومديناً في نفس الوقت. وهو الوضع الذي سيتحقق خلال مراحل ترتيب العقد لآثاره.

سيؤدي تطبيقها على هذا النحو إلى النيل من مصالح المؤمن له، لأنه ليس في كل الحالات يكون الطرف الضعيف هو المدين، فيمكن بحسب الحالة المعروضة على القاضي أن يكون المدين هو الطرف القوي، ومما مفاده أن يكون المؤمن هو المدين بالالتزام محل التفسير، وهو الوضع الغالب في الواقع العملي؛ إذ أن منازعات عقود التأمين غالباً ما يكون

<sup>1</sup>- فيلالي علي، الإلتزامات، مرجع سابق، ص 393.

سببها إثارة المؤمن لبند أو أكثر يعفيه أو يخفف من مسؤوليته في دفع مبالغ التأمين عند استحقاقها، وما على المؤمن له إلا رفع دعوى قضائية ضد المؤمن إما على أساس عدم علمه بالاستثناءات أو على أساس عدم وضوحها.

يبقى هذا التحليل مقبولا من الناحية النظرية، أما في الواقع العملي فقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن التفسير يكون في مصلحة الطرف المدين الذي يمثل الطرف الضعيف، وليس المدين بمفهوم الذي يتحمل الإلتزام محل التفسير<sup>(1)</sup>.

وبموجب هذا اقتصر القضاء في تطبيق هذه القاعدة في مصلحة المؤمن له حماية له ضد البنود التعسفية الغامضة التي من الأجر أن يقع على المؤمن تحمل هذا الغموض باعتبار الطرف الذي أعدّ العقد وحرره<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة أن رفض الفقه والقضاء في فرنسا منح وصف المدين للمؤمن حتى ولو كان هو المدين بالإلتزام محل التفسير، ما هو إلا تقرير للواقع العملي، مستدلا في ذلك بوجود تحمله عبئ الغموض الذي كان على مسؤوليته التحقق من وضوح بنود العقد التي لم يشاركه المؤمن له في إعدادها أو تحريرها.

بالرغم من أنه يبدو حلا ذكيا، لكن بالتعمق فيه يمكن مناقشته من ناحيتين تجعلان منه حلا محدودا جدا؛ لأنه من الصعب ومن غير المنطقي التأكيد بأنه على القاضي تقرير تفسير الغموض في مصلحة المؤمن له بصفة آلية، فهناك معطيات أخرى يمكن لتدخلها أن تغير من توجه القاضي عند ممارسة عملية تفسير البنود الغامضة محل النزاع بين طرفي عقد التأمين.

من الناحية الأولى، فإن الممارسة العملية التي تخضع إبرام عقد التأمين لاستمارة الأسئلة من شأنها أن تشكل قيودا على تفسير الغموض في مصلحة المؤمن له؛ لأن المنطق القانوني السليم يفرض على القاضي أن يُحمّل المؤمن المسؤولية عن الأجوبة المعبر عنها بعبارات عامة متى كانت الأسئلة قد وردت بعبارات عامة وغير محددة، ونفس المنطق يفرض عليه أن يُحمّل المؤمن له المسؤولية عن عدم دقة الأجوبة عن أسئلة طُرحت بشكل

<sup>1</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance... op cit 178.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 25 octobre 1989, note HAMMOUD May, op cit, p 337.

واضح ومحدد، بمعنى استبعاد القاضي لقاعدة التفسير في مصلحة المؤمن له، فالمؤمن يملك الخبرة القانونية التي تمكنه من إثبات أي حق يدعيه على المؤمن له.

أما من الناحية الثانية، فإن اللجوء إلى تفسير الشك في مصلحة المؤمن يتوقف أيضا على الفوارق في المعرفة والكفاءة بين مؤمن له وآخر نحو الطابع التقني للخدمة التأمينية، خاصة ما تعلق منها بالضمانات، مما يجعل من مسألة الوضوح نسبية تختلف من شخص لآخر لوجود ارتباط وثيق بين المستوى التعليمي والثقافي للفرد وفهمه للطابع التقني لمجال التصرف القانوني<sup>(1)</sup>.

هذا ما سار عليه قضاة الموضوع ومحكمة النقض اتجاه فئة معينة من المؤمن لهم، خاصة الحرفيين والتجار، حيث أكدوا على الطابع غير المعذور للخطأ الذي يرتكبونه حول نطاق الضمان متى كان واضحا<sup>(2)</sup>، وبالمثل، يتم تقليص الحماية للمؤمن له متى تعاقد وهو على علم كافي بالخطر ونطاق العقد<sup>(3)</sup>.

إن البحث في موضوع تطبيق قاعدة تفسير الشك يؤول في مصلحة المدين على عقود التأمين يسمح بتقدير محدودية فعاليتها في حماية المؤمن له، لأنها خالية من أي ضمانات تشريعية، فهي تستند إلى موقف القضاء في تطبيقها، والذي كان متذبذبا؛ إذ تم الاعتماد في بداية تطبيقها على معيار الإذعان فقط لتحديد المدين بالالتزام محل التفسير، ولأن موقف القضاء قد يتغير وهذا ما حدث فعلا بتبنيه لمعيار آخر، هو معيار تأثير المستوى التعليمي والثقافي للمؤمن له في فهم الخدمة التأمينية التي أبرم العقد للحصول عليها.

هذا ما يتعلق بحدود تطبيق قاعدة تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعن، والتي سيؤدي تطبيقها إلى التوسع في استبعاد الحماية من البنود التعسفية الغامضة. لذلك من الأفضل لمصلحة المؤمن له تطبيق قاعدة عدم تفسير الغموض تفسيرا مضرا بالطرف المدعن.

<sup>1</sup> - نسير رفيق، مرجع سابق، ص 285.

<sup>2</sup> - Paris 24 mai 1984, cité par MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance, op cit, p 191.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 12 mai 1987, cité par MALEVILLE Marie-Hélène op cit, p 190

ثالثاً: عدم كفاية قاعدة أن لا يفسر الشك تفسيراً مضراً بالطرف المذعن: مفاد هذه القاعدة، هو إلزام المشرع القاضي في إطار عقود الإذعان بعدم تفسير الغموض الذي يعتري العقد ويتعذر معه الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، تفسيراً ضاراً بالطرف المذعن.

على خلاف قاعدة يؤول الشك في مصلحة المدين، نجد قاعدة عدم تفسير الشك تفسيراً ضاراً بالطرف المذعن أنها تؤسس لقرينة قانونية مفادها أن الطرف المذعن لا يجب أن يتحمل تبعه الغموض الذي يعتري العقد لأنه مذعن له، وعليه فإن مسؤولية الغموض تقع على الطرف واضع العقد، ويفسر الشك ضده، لأنه نتيجة لخطأ أو تقصير منه تسبب في عدم وضوح عبارات العقد التي انفرد بتحريرها دون أن يعرضها على المذعن للتفاوض أو المناقشة بشأنها.

هكذا يظهر أن المشرع قد حسم بشكل صريح لمصلحة من يتم التفسير في إطار نظرية الإذعان، فيتوجب على القاضي وفقاً لما تقضي به هذه النظرية أن يلتزم بتفسير الشك في مصلحة المؤمن له باعتباره الطرف الضعيف المذعن.

ونجد بتطبيق هذه القاعدة أن المؤمن له المستهلك والمذعن لعقد التأمين يستفيد من الغموض الذي يعتري بنود عقد التأمين في كل الأحوال؛ إذ يستوي في ذلك أن يكون مديناً أو دائناً بالبند محل التفسير، ففي كلتا الحالتين يهدف المشرع إلى حمايته من تحمل أي تعسف قد يفرضه عليه المؤمن، لأن الإذعان بطبيعته يفترض الخضوع لبنود أعدت وحررت مسبقاً من طرف المؤمن.

فالمنطق القانوني يقضي بأن أولوية إنفراد المؤمن بوضع بنود عقد التأمين يقابله تحمل المسؤولية عن خطئه في عدم الوضوح في عبارات العقد، أو تحمل المسؤولية عن تعسفه في استعمال سلطته في التحرير المسبق والمنفرد لبنود العقد.

يتمشى هذا الحل مع معالجة إشكالية إخضاع المؤمن له للبنود التعسفية الغامضة، فهو يمثل الشق الثاني لرقابة القضاء على البنود التعسفية؛ إذ أن في الواقع يمكن أن تتم معالجة البنود التعسفية في عقود التأمين إما بإلغائها مباشرة عند تحديدها عملاً بنظام القوائم

أو معيار الإخلال الظاهر، وإما بطريقة غير مباشرة عن طريق التفسير الذي يسمح باستبعاد البنود التعسفية الغامضة<sup>(1)</sup>.

أرست محكمة النقض الفرنسية مبدءا توجيهيا يقضي بضرورة إعمال قضاة الموضوع للتفسير الأكثر ملاءمة لمصالح المؤمن له كلما تضمن العقد عبارات غامضة<sup>(2)</sup>.

تبقى قاعدة عدم تفسير الشك تفسيرا ضارا بالمذعن ضمانا قانونية للحماية ضد البنود التعسفية الغامضة، إلا أن موضوع تطبيقها على عقود التأمين يثير صعوبات، لأن التفسير عملية تتضمن ثلاثة تقنيات تتم وفقا لترتيب زمني محدد، وتطبق بنفس الطريقة على كل العقود؛ فيتوجب على القاضي في مرحلة أولى بأن يبحث عن النية المشتركة لطرفين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وإذا تعذر ذلك، فيكون أمام حالة شك، فيلتزم في مرحلة ثانية تفسير الشك في مصلحة المدين، أما في المرحلة الثالثة، وفي حالة الشك دائما، فيتوجب عليه أن يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن.

في المرحلتين الأولى والثانية يمكن أن تضيع مصالح المؤمن له ويقع ضحية للتعامل بالبنود التعسفية الغامضة التي يمكن أن تفلت من رقابة القضاء، لأنه من حيث الواقع نرى وجوب تدخل المشرع لتحديث أحكام تفسير العقود، فهي وإن كانت لا تتعارض مع واقع العلاقات التعاقدية الحالية، إلا أنها تحتاج إلى أحكام تشريعية صريحة لا تدع أي شك حول مقصدها في توجيه القاضي لتفسير الوضع الجديد للعلاقات التعاقدية.

ففيما يتعلق بالمادة 2/111 من التقنين المدني التي تقضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، يمكن تحديث مضمونها بإضافة قاعدة توجيهية تستند إلى فكرة المعقول في حالة تعذر استخلاص النية المشتركة؛ بمعنى في حالة صعوبة اكتشاف النية المشتركة، يتعين على القاضي استخلاصها استقلالا عن إرادة

<sup>1</sup> - GHESTIN Jaques,... la formation du contrat, 3<sup>ème</sup> édition, op cit, p 106.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 2<sup>ème</sup>, 1 juin 2011, pourvoi n° 09-72552, REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », Revue des Contrats, n° 01, 31 mars 2015, p 201.

الأطراف بالاستناد إلى المعنى الذي يمكن أن يقصده أي شخص عاقل يتواجد في نفس الوضعية التي يتواجد فيها المتعاقدين. وهو الحل الذي تبناه المشرع الألماني<sup>(1)</sup>.

ويبدو أنه حل يتماشى مع مقتضيات حماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة؛ لأن عقد التأمين وإن كان يتكون من تعبير كل متعاقد عن إرادته، ولكل تعبير عن الإرادة غاية مختلفة عن الأخرى، إلا أن حقيقة الوضع تدفع بنا إلى اعتبار النية المشتركة مجرد صورة خادعة لما يمكن وصفه بالنية المشتركة، لأن العقد يتم تحديد مضمونه مسبقا من طرف واحد وهو المؤمن. لكن استناد القاضي في التفسير إلى فكرة المعقول، سيمكن من توفير الحماية للمؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، لأنها فكرة ستدفع بالقاضي إلى البحث أكثر فيما قصده عند إبرام العقد مراعاة لمدى استجابة الخدمة لرغباته المشروعة التي تُؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير القاضي لما قصدته إرادته عند إبرام العقد، لأن إرادته ما هي إلا إذعان لإرادة المؤمن.

في نفس السياق تتطلب المادة 112 بفقرتها من التقنين المدني تدخلا تشريعا لتحديث أحكامها لتكون أكثر وضوحا فيما قصده المشرع في مصلحة من يؤول تفسير الشك، فالفقرة الأولى من المادة 112 من التقنين المدني تقضي بأن يؤول الشك في مصلحة المدين، إلا أن وضعية المدين لا تعني بالضرورة أن يكون الطرف الضعيف، لذلك حذب لو استعمل المشرع مصطلحات قانونية ذات دلالات صريحة وواضحة، كأن ينص بشكل لا يدع أي شك في أن يكون تفسير الشك ضد الدائن وفي مصلحة المدين في العقود التي تتم على أساس التراضي.

أما فيما يتعلق بالفقرة الثانية من نفس المادة والتي تقضي بأن لا يفسر الشك تفسيرا ضارا بالطرف المذعن، فيتم تحديثها أيضا بالنص صراحة بأنه في عقود الإذعان، يجب أن يفسر الشك ضد مصلحة من وضع شروط العقد، لأن خصوصية الإذعان تفرض عدم تفسير هذا العقد بنفس الطريقة التي تفسر بها عقود التراضي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- زمام جمعة، مرجع سابق، ص 387.

<sup>2</sup>- بدر جاسم اليعقوب، أصول الإلتزام في القانون المدني الكويتي، مطابع دار القبس، الكويت، 1981، ص 287.



تظهر من هنا الأهمية العملية لتحديث أحكام تفسير العقود كآلية ذات فعالية لحماية المؤمن له من البنود التعسفية، فلو افترضنا لجوء طرفي عقد التأمين إلى القضاء لطلب تفسير الغموض الذي يعتري عباراته، فيمكن أن يتسنى لنا التمييز بين مسلكين يمكن أن ينتهجهما القاضي في عملية التفسير، وهما: بمقتضى الأول، يتوجب عليه عند صعوبة استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين أن يفسره بإعمال فكرة المعقول التي توجي إلى العدالة والإنصاف الذي من شأنه أن يُمكن القاضي من ممارسة رقابته على التوازن العقدي وإثارة أي بند تعسفي غامض.

أما بمقتضى المسلك الثاني، وفي حالة الشك، فيتوجب على القاضي تفسيره ضد واضع العقد، ما يشكل حماية تشريعية مباشرة للمؤمن له ضد البنود التعسفية الغامضة. وفي كل الحالات يتم استبعاد قاعدة تفسير الشك ضد الدائن ولمصلحة المدين، على أساس أنها قاعدة تطبق فقط على عقود التراضي.

ومن هنا كان لا بد للمشرع أن يتدخل لتحديث أحكام تفسير العقود لتتلاءم مع واقع العلاقات التعاقدية الحديثة. غير أن هذا التحديث مرتبط ارتباطا وثيقا بالممارسة القضائية التي على ضوء أحكامها وقراراتها يمكن تقييم مدى فعالية أحكام تفسير العقود في توفير الحماية للمؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، وهو الأمر الغائب في الممارسة القضائية الجزائرية.

على العكس من التجربة القضائية الفرنسية التي أثرت المنظومة القانونية لتساير تطور العلاقات التعاقدية، خاصة ما تعلق منها بتفسير الغموض التي يشوب العقود بصفة عامة وعقود الاستهلاك بصفة خاصة، على نحو أدى إلى تحديث القواعد القانونية المطبقة على تفسير العقود، وهذا ما سيتم بيانه.

## الفرع الثاني

### توظيف القضاء الفرنسي لقواعد التفسير في حل إشكالات

#### البنود التعسفية الغامضة في عقود التأمين

أقرت محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1808 بموجب قرار مبدأ بسلطة قضاة الموضوع في تفسير بنود العقد الغامضة<sup>(1)</sup>، أما إذا كانت بنود العقد واضحة، فقد أرست منذ 1872 في قرار مبدأ لقاعدة منع القاضي من تفسير بنود العقد متى كانت واضحة<sup>(2)</sup>، وهو ما يعرف بمبدأ رقابة تشويه التصرف الذي أرسته محكمة النقض الفرنسية في ظل غياب نص تشريعي في تلك الفترة يقضي بمنع تفسير عبارات العقد الواضحة<sup>(3)</sup>.

واستنادا للمبدئين، فإن الاختلاف بين التفسير والتشويه بحسب الأستاذ M. Carbonnier سيكون فقط في الدرجة، مما يجعل رقابة التشويه لن تكون سوى شكلا خاصا لرقابة محكمة النقض على الأسباب<sup>(4)</sup>. في حين يقابله جانب آخر من الفقه يرى بأن محكمة النقض عند مراقبة تفسير قضاة الموضوع للعبارات الواضحة، تقوم بإبطالها ليس على أساس قصور في التسبيب وإنما على أساس أن قضاة الموضوع قد مارسوا سلطة التفسير خارج مجال اختصاصهم<sup>(5)</sup>. اتضح بعد ذلك أن المبدئين لم يعودا يلقيان اعتراضا في الواقع العملي الذي أثبت استمرار العمل بهما من خلال التطبيقات القضائية.

تأسيسا على ما تقدم، ولتحليل معالجة القضاء الفرنسي لمسألة حماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، وجب الرجوع في ذلك إلى الحلول التي أتى بها إما قضاة الموضوع أو تلك الاجتهادات التي أرستها محكمة النقض واستقرت عليها كحلول فعالة تضمن محاربة البنود التعسفية الغامضة في عقود التأمين.

<sup>1</sup> - Chambres réunies 2 février 1808, Cité par MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance...op cit, p 16.

<sup>2</sup> - Civ, 15 avril 1872 (Foucault et Coulombe), Cité par Wintgen Robert, PANSIER Frédéric-Jérôme, Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, Ellipses, Paris, 2000, p 72.

<sup>3</sup> - نسير رفيق، مرجع سابق، ص 283.

<sup>4</sup> - Wintgen Robert, PANSIER Frédéric-Jérôme, op cit, p 75.

<sup>5</sup> - للتفصيل حول الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الموضوع، أنظر نسير رفيق، مرجع سابق، ص 281 وما بعدها.

تخضع عملية تفسير عقود التأمين إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، إلا أنها تشكل في نفس الوقت واجبا عليهم؛ فإذا كان يمنع التفسير عند وضوح عبارة العقد فإنه مفروض في حالة غموضها. ومحكمة النقض ترتب جزاء عن رفض قضاة الموضوع تفسير التصرف القانوني متى أساؤوا في تكييفه بأنه واضح<sup>(1)</sup>.

لقد جرت العادة على اعتبار أن المؤمن له . غالبا . لا يملك المؤهلات الفنية، والقانونية، والتقنية لفحص وفهم لغة وثيقة التأمين التي تتسم بالتعقيد على غير المختص، وفي هذه الحالة يقع على عاتق المؤمن مسؤولية بذل العناية اللازمة في صياغة بنود وثيقة التأمين بأبسط لغة ممكنة يفهمها طالب التأمين<sup>(2)</sup>.

ومن أجل تحقيق ذلك، يتوجب على المؤمن عند إعداد وتحرير وثيقة التأمين أن يفحصها بعناية تامة للتأكد من خلو البنود التي تتضمنها من أي غموض يحدث لبس في فهم مضمونها لدى المؤمن له المحتمل، وبصفة خاصة، يجب أن يحدد بوضوح ما يشمله الضمان والاستثناءات الواردة عليه.

ومهما يكن فمن الأرجح أنه لا يصعب على المؤمن تصور أن تفسير الغموض سيكون في صالح المؤمن له، كجزء سيفرضه قضاة الموضوع عند الفشل في كتابة عقد واضح ومحدد<sup>(3)</sup>.

نهج القضاء الفرنسي نهج التفسير الحمائي للبنود الغامضة في مجال عقود التأمين، لأن مقتضيات حماية المؤمن له بصفته طرفا ضعيفا مذعنا تطلبت نهج هذا التفسير كلما تضمن عقد التأمين لعبارات غامضة، وهذا تماشيا مع خصوصية هذه العقود التي تتسم بالتحريم الأحادي والمسبق لبنودها من طرف المؤمن<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Com, 7 janvier 1975, Cité par MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance...op cit, p 125.

<sup>2</sup> - NEUMAYER Karl Heinz, Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés, LIBRAIRIE DROZ, Genève, 1999, p 235.

<sup>3</sup> - TERRE François, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile ; contrats, interprétation, rôle du juge, volonté des parties, dénaturation, 11<sup>em</sup> édition, DALLOZ, Paris 2000, p 111.

<sup>4</sup> - NEUMAYER Karl Heinz, op cit, p 235.

باستثناء المادة L. 113-2 والتي أصبحت المادة L. 211-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تتضمن حكما خاصا يقضي بوجود تفسير الشك في مصلحة المستهلك، فإن تفسير عقود التأمين تخضع لنفس القواعد المقررة في المواد من 1156 إلى 1164 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(1)</sup>.

يتوقف تحديد دور القضاء الفرنسي في حماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة على البحث عن موقفه عند ممارسة سلطته في تفسير عقود التأمين، أي أن تقصي هذا الدور يقضي بوجود البحث داخل العلية التأمينية نفسها وليس خارجها، وذلك بتتبع الواقع العملي للممارسة القضائية في تفسير البنود الغامضة التي تتضمنها وثائق التأمين.

إن القول بأن البحث يتم من خلال تطبيقات القضاء لقواعد التفسير على عقود التأمين، هو البحث في كون أن هذه القواعد تستجيب أم لا لخصائص مثل هذه العقود التي تبرم بين طرف يتمتع بمركز تعاقدى ضعيف في مواجهة متعاقد يذعن فقط لإرادة الطرف القوي.

أهم ما يميز عقد التأمين هو تحديده الأحادي والمسبق من طرف المؤمن، وهذا الوضع يفترض تحقق أمرين: كون قبول المؤمن له مجرد إذعان، وتوجيه آثار العقد من طرف المؤمن إلى ما يضمن تغليب مصالحه فقط بتعمد الغموض في صياغة بنوده.

انطلاقا من هذه الفكرة، سنتطرق لتوجهات القضاء الفرنسي في تفسير عقود التأمين لجعل المؤمن له في منأى عن كل تحمل لآثار بنود عقد التأمين الغامضة، وذلك من خلال تتبع الحلول التي تبناها القضاء لحل مشكلات البنود التعسفية الغامضة.

<sup>1</sup>- تم تعديل هذه المواد المنظمة لأحكام تفسير العقود بموجب التعديل الأخير لسنة 2016 الذي أدخله المشرع الفرنسي على التقنين المدني الذي أدخل تعديلات هامة خاصة تلك المتعلقة بقانون العقود، على أن نطرق لهذه التعديلات التي مست أحكام تفسير العقود كنتيجة لتأثير الممارسة القضائية في تفسير العقود على المشرع الفرنسي. لذلك فإن الأحكام والقرارات القضائية التي ستذكر في هذا الفرع قد صدرت على ضوء المواد من 1156 إلى 1164 من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل، أو المادة L. 113-2 من قانون الاستهلاك. لكن هذا لا يمنع من أن نستهدي بتلك الصادرة بعد التعديل كلما أمكننا الحصول عليها، على أن نشير إلى ذلك في كل مرة سنوظفها.

سار القضاء الفرنسي في نهج تأكيد الاستقرار على المبادئ التي أرسنها محكمة النقض فيما يخص تفسير العقود؛ حيث منعت قضاة الموضوع تحت طائلة رقابة التشويه، من تفسير عبارة عقد التأمين متى كانت واضحة.

هذا ما أكدته في قرارها الصادر بتاريخ 09 أفريل 2009، عندما نقضت قرار مجلس استئناف Bourges الذي قضى بإلزام المؤمن بتحمل أعباء صيانة أو استبدال آلة المؤمن له محل التأمين، في حين أن ذلك مستبعد من نطاق الضمان بشكل واضح ومحدد، إذ أن العقد يقتصر على تحمل المؤمن الأعباء المالية للمسؤولية المترتبة على عاتق المؤمن له بسبب الأضرار التي تلحقها بالغير. ومن خلال القرار، فإن المجلس بقضائه هذا قد شوّه العقد<sup>(1)</sup>.

قد يحدث وأن يكون عقد التأمين محل التفسير موضوع نزاع أمام قاضي الاستعجال، فهل يكون قاض الاستعجال مختصا بتفسيره؟ أكدت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بأن قاضي الاستعجال ليس مختصا تحت أي ظرف بالتدخل لتفسير البنود الغامضة<sup>(2)</sup>.

لم يعالج المشرع الجزائري عكس المشرع الفرنسي حالة وجوب تفسير الشك في مصلحة المستهلك، غير أن تطبيقها يبقى حلا ثانويا؛ إذ يتوجب على القاضي حتى في إطار هذه العقود بالبحث أولا عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهي قاعدة لا تطبق بصفة آلية إلا في حالة قيام شك تمنع تبين النية المشتركة.

هذا فيما يتعلق بتفسير الشك في عقود الاستهلاك، أما فيما يتعلق بالحالات الأخرى، فإن التفسير يخضع لنفس القواعد المقررة في التقنين المدني التي تفرض على القاضي أولوية البحث عن النية المشتركة مهما كانت طبيعة العقود، وذلك وفقا للقواعد التي تستهدف الوصول إلى النية المشتركة.

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 09 avril 2009, n° 08-12.938, note ASTEGIANO-LARIZZA Axelle, « Assurance de responsabilité civile », R.G.D.A, N° 03, juillet 2009, p 879.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 31 mars 1998, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 91.

يتعين على القاضي عند تفسيره عقد التأمين لإجلاء غموضه أن يبحث أولاً عن النية المشتركة للطرفين، أما بالنسبة للطرق التي ينتهجها، فلا إلزام عليه من طرف المشرع في ذلك، لأن الغرض من ذكرها هو لإرشاد القاضي<sup>(1)</sup>.

اجتهد القضاء الفرنسي في حل مشكلات الغموض الذي يعترى بنود عقد التأمين على النحو الذي يضمن ملاءمتها مع خصوصية هذا العقد باعتباره يتم بطريق الإذعان بالنظر إلى عدم تكافؤ المراكز التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، من أجل توفير الحماية الفعالة لهذا الأخير من التعسف الذي تتضمنه البنود التعاقدية الغامضة، وهذا ما يؤكد ميل القضاء الفرنسي إلى تفسير الغموض في مصلحة المؤمن له، وتقريباً بصفة آلية يفسر الشك في مصلحته، وأخيراً الأخذ بالمعنى الذي يخدم مصالحه في حالة تعارض بنود وثائق التأمين<sup>(2)</sup>.

تثير البنود الغامضة مسألة حماية المؤمن له من هذا الغموض التي غالباً ما تتضمن تعسفاً ينال من مصالحه، هذا ما دفع بالقضاء إلى الميل أكثر إلى تطبيق التفسير الذي يوفر حماية للمؤمن له المدعى عن طريق تفسير الغموض في مصلحته. ولما كان القاضي ملزم بالبحث أولاً عن معنى للغموض وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين، فإنه يستشف ذلك بإتباع تقنيات محددة في تفسير غموض العبارة تتماشى مع خصوصيات عقد التأمين.

يتوجه القضاء الفرنسي عند تفسير عقد التأمين لأجلاء الغموض إلى الاعتماد على عملية تتضمن ثلاثة تقنيات تطبق على المحتوى العقدي، وهي: اللجوء إلى تقنية البحث في المعنى اللغوي والاشتقائي للمصطلحات أو العبارات الغامضة، أو اللجوء إلى معناها العرفي الذي جرى الناس على استعماله، وأخيراً إما اللجوء إلى المعنى التقني أو الفني للمصطلحات الغامضة<sup>(3)</sup>. ولقضاء الموضوع استعمال التقنية الأنسب للتفسير، لكن دائماً تحت رقابة محكمة النقض لضمان توحيد التفسير القضائي.

<sup>1</sup> - FERRERI Silvia, « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux », R.I.D.C, Vol 53, n° 01, janvier-mars 2001, p 37.

<sup>2</sup> - HAMMOUD May, op cit, p 338.

<sup>3</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats d'assurance...op cit, p 135.

قلما يلجأ القاضي لتقنية البحث في المدلول اللغوي أو الاشتقاقي *étymologique* للمصطلحات الغامضة في عقد التأمين، لأنها لا تعبر حتما على إرادة الطرفين، خاصة المؤمن له كطرف ضعيف عديم الإلمام بلغة التأمين، وحتى قواميس المصطلحات تقدم معاني مختلفة لأصل نفس المصطلح.

غير أن هنالك بعض من القرارات القضائية التي فسرت الغموض بإتباع هذا الأسلوب لتفسير مصطلح « الدخول الخفي » المتضمن في عقد تأمين على السرقة، يعفي المؤمن من تغطية مخاطر السرقة باستثناء تلك التي تتم عن طريق الدخول الخفي.

بهذا فسرت محكمة Paris بأن السرقة التي تمت في حضور المؤمن له من طرف شخص أدخله إلى المحلات المؤمنة من السرقة بانتحال صفة كاذبة تماثل الدخول الخفي، واستندت في ذلك على المفهوم الذي استقرت عليه محكمة النقض في تفسير عبارة الدخول الخفي<sup>(1)</sup>؛ إذ ترى أن مصطلح « *clandestinement* » مفاده « *à l'insu* » المتكونة من « *in* » والمصدر المشتق من فعل « *savoir* »، وهي تعني بدون علم، مما مفاده أن الدخول الخفي يقابله مصطلح دون علمه، وهذا لا يتطلب أن يكون دخول السارق بانتحال صفة كاذبة إلى المحل المؤمن قد تم في غياب المؤمن له، وهما بهذا مصطلحين لمفهوم واحد<sup>(2)</sup>.

استجابة لمقتضيات حماية المؤمن له على مستوى التفسير، فقد وسعت بعد ذلك محكمة النقض من مفهوم الدخول الخفي ليشمل كل الحيل التي توقع المؤمن له في غلط حول الصفة والنوايا الحقيقية لكل شخص يحتمل أن يفتح له الباب<sup>(3)</sup>.

في نفس السياق فسرت محكمة Dijon أن مفهوم مصطلح العجز الدائم الكلي الوارد في عقد التأمين لا يقصد منه أن يكون العجز مطلقا ونهائيا كما تمسك به المؤمن لرفض ضمان العجز الجزئي، وهذا بسبب استخدام عبارة « يقدر » في ملحق وثيقة التأمين، والتي

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 10 février 1981, Bull. I n° 48, p 39 et Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 24 janvier 1984, Bull. I n° 28, p 23, note MALEVILLE Marie-Hélène, MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats...op cit, p 121.

<sup>2</sup> - TGI Paris, 13 juin 1984, note MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, P 136.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 19 juillet 1988, note MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, p 122.

تفيد حتما بأن نسبة العجز تقع بين حد أقصى وحد أدنى، وهذا التفسير يسمح بضمان المؤمن له المتضرر بنسبة عجز تقدر ب 70٪، وهذا عكس ما يدعي به المؤمن الذي يدمج بين مفهومي العجز<sup>(1)</sup>.

فيما عدا هذه الحالات، تبين بما لا يدع مجالا للشك أن اللجوء للمعنى الحالي والمعتاد للمصطلحات، أكثر ملاءمة لتقصي النية المشتركة للمتعاقدين عند الغموض، لأنها تستند في التفسير على اللغة التي يمكن أن يستعملها أي فرد معقول في وثيقة التأمين لتحقيق الغاية من التعاقد.

بتطبيق هذه الطريقة، استقرت محكمة النقض على أن تفسير الحادث الذي لم يرد تعريف له في وثيقة التأمين لا يتطلب بالضرورة أن يكون السبب الرئيسي للحادث غير المتوقع، وإنما يؤخذ بالفهم الشائع للمصطلح، فيستوي أن يكون حادث فجائي، أو غير متوقع، أو عرضي بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمؤمن له<sup>(2)</sup>.

لجأ القضاء إلى هذه التقنية لإجلاء الغموض عن مصطلحات لغة التأمين التي تتسم بالتعقيد، وهو حل يتماشى مع مقتضيات حماية المؤمن له، وهذا ما أكدته محكمة Castres التي قضت بأن عبارة العجز عن العمل، تمثل بالنسبة للفرد العامل تلك الفترة التي في خلالها لا يستطيع مزاوله عمله المعتاد بسبب مرض أو حادث، بمعنى الفترة الممتدة من وقت التوقف عن العمل إلى وقت مثوله للشفاء<sup>(3)</sup>.

فتفسير الغموض في عقد التأمين باللجوء إلى المعنى المتداول والمتعارف بين الأفراد، تفسير لا يمكن إنكار أهميته؛ ذلك لأن من طبيعة هذه العقود أن تبرم بسيطرة إرادة المؤمن على إرادة المؤمن له، وهذا الحل يُمكن من تحقيق التوافق بين خصوصيات هذه العقود ومقتضيات حماية المؤمن له كطرف ضعيف يذعن لإرادة المؤمن.

<sup>1</sup> - Dijon, 22 octobre 1991, note MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats...op cit, p 136.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 10 mars 1987, note MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, p 137.

<sup>3</sup> - TGI Castres, 20 mai 1992, note MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, p 138.



أما بالنسبة للتفسير بالاعتماد على المعنى الفني للعبارة الغامضة، فنادرا جدا ما يوظفها القضاء، وإن وظيفها فتكون كحل ثانوي عندما تكون آثار التفسير استنادا إلى المعنى المتداول للعبارة الغامضة في غير مصلحة المؤمن له.

بهذا تم استبعاد المعنى المعتاد لمصطلح الاستشفاء الذي يعني عدد الأيام التي يقضيها المؤمن له في المستشفى من أجل العلاج، لتقدم محكمة Paris مفهوما آخر لمصطلح الاستشفاء حتى يتناسب مع السياق الذي يتواجد فيه المؤمن له، حيث فسرت المحكمة مصطلح الاستشفاء على أنه العلاقة القائمة بين المريض ومصالح الاستشفاء من أجل تقديم خدمات العلاج وضمن حراسته تحت مسؤولية المستشفى، وبما أن هذا التعريف قد تحقق بالرغم من تلقي المؤمن له للعلاج في مقر سكنه لأن المستشفى يقدم له العلاج وتحت مسؤوليته، وبهذا تلزم المحكمة المؤمن بدفع مبالغ التأمين<sup>(1)</sup>.

يظهر هكذا أن هذه الآليات لا تتناقض، وإنما تتكامل لتندمج في نسق وغاية واحدة، وهي مواجهة مشكلة البنود التعسفية الغامضة في عقود التأمين باعتماد القضاء على الآلية التي تحمي التوقعات المشروعة للمؤمن له عند إبرام العقد، وتستند عند التفسير على تحديد الظروف الخارجية للالتزامات الأطراف دون الرجوع في ذلك إلى النية المشتركة لهما وفقا لما تقضي به المادة 1156 من التقنين المدني الفرنسي.

عزّز المشرع الفرنسي آليات تفسير العقود بتوجيه القاضي إلى قواعد أخرى ليسترشد بها، وهي التفسير الموسع والتفسير الضيق للبنود الغامضة وفقا ما تقضي به المادتين 1163 و 1164 من التقنين المدني الفرنسي.

يمكن أن يلجأ القاضي إلى التفسير الموسع بمقتضى 1164 من التقنين المدني التي تضمنت قاعدة مفادها أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، إذ يمكن للقاضي أن يفسر العقد استنادا لحالات أخرى سكت المتعاقدين عن ذكرها. إلا أنها تطبق في نطاق ضيق جدا في مجال عقود التأمين، حيث قررت محكمة النقض بأن بند عقد التأمين الذي

<sup>1</sup> - Paris, 20 avril 1983, note MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats...op cit, p 141.

يقضي فقط بتغطية الأضرار التي تنتج عن رفع الآلة من على الشاحنة إلى طابق المبنى، لا يغطي عكس العملية<sup>(1)</sup>.

في حين قررت بأن البند الذي يغطي المؤمن له من الأضرار التي تلحقه نتيجة لاستعمال السلاح الناري في الصيد من وقت خروجه من منزله إلى غاية وقت رجوعه، يلزم المؤمن بالضمان عن الضرر الذي لحق بالغير نتيجة استعمال المؤمن له للسلاح داخل قاعة للحفلات دخل إليها عند رجوعه من الصيد<sup>(2)</sup>.

على العكس من ذلك تضمنت المادة 1163 من التقنين المدني الفرنسي قاعدة التفسير الضيق للغموض، والتي بتطبيقها على عقود التأمين ستصطدم بمبدأ آخر وهو إلغاء بنود الاستبعاد غير الواضحة وغير المحددة طبقاً للمادة L 113-1 من قانون التأمين الفرنسي هي قاعدة من النظام العام، فإذا كان بند الاستبعاد غير واضح، فلا يدخل في نطاق التفسير، ويجب إبطاله<sup>(3)</sup>، أما إذا فُسر فيجب أن يفسر بطريقة ضيقة جداً<sup>(4)</sup>.

رغم ذلك فقد كان للقضاء الفرنسي أن فسر بنود الاستبعاد، إلا أنه سار في نهج التفسير الحمائي للمؤمن له ضد المؤمن مراعاةً لخصوصيات عقد التأمين<sup>(5)</sup>.

من التوجيهات التي أقرها المشرع للقاضي عند تفسير الغموض لتقصي النية المشتركة للمتعاقدين، نجد تفسير الغموض بناء على عبارة العقد في مجموعها<sup>(6)</sup>، بمعنى المضمون التعاقدية ككل، لأنه يمثل لطرفيه كل لا يتجزأ، فشروطه متكاملة، ويفسر بعضها بعضاً<sup>(7)</sup>،

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 25 novembre 1992, note MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats..., op cit, p 145.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 28 février 1973, 142, note MALEVILLE Marie-Hélène, op.cit. p 142.

<sup>3</sup> -Ibid, P 144.

<sup>4</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 13 janvier 2004, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 93.

<sup>5</sup> - تم التطرق بالتفصيل لموقف القضاء الفرنسي من بنود الاستبعاد، أنظر الصفحة 223 وما بعدها من الأطروحة.

<sup>6</sup> - Article 1161 du Code civil français.

<sup>7</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 29.

وهذا ما أكدته محكمة النقض عندما ألزمت بضرورة تقصي النية المشتركة على ضوء مضمون العقد والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية<sup>(1)</sup>.

لتقصي النية المشتركة، وضع المشرع الفرنسي في المادة 1161 من التقنين المدني مبدأ واستثناء عليه؛ يقضي المبدأ بضرورة محاولة القاضي تفسير الغموض بالتوفيق بين شروط العقد، فيجوز له أن يفسر البند الغامض بمحاولة التوفيق بينه وبين بند آخر واضح بشرط أن لا يكون متعارض معه في المعنى، وإنما أن يفسره بالاستناد إلى معنى مجموع المضمون العقدي، إذ يستشف القاضي معنى معين لكل بند بالنظر إلى التصرف ككل<sup>(2)</sup>.

أما الاستثناء، فيقضي بعدم التوفيق أو الدمج بين بنود العقد الغامضة التي تتناقض في المعنى الذي يمكن أن تتضمنه بشكل لا يمكن لأي بند أن يكمل بنداً آخر، وفي هذا الحالة تتحقق وضعية التعارض في بنود عقد التأمين، أو عقد التأمين والوثائق الملحقة به.

اعتمد القضاء الفرنسي جملة من الحلول لتفسير بنود عقد التأمين المتعارضة فيما بينها أو تعارض وثيقة التأمين مع الوثائق الملحقة بها، وتتمثل هذه الحلول أساساً فيما يلي:

- في حالة التعارض بين بنود وثيقة التأمين التي يحوزها المؤمن له مع بنود الوثيقة التي بحوزة المؤمن، فإن الأولوية للوثيقة التي يحوزها المؤمن له<sup>(3)</sup>.
- منح أولوية للشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التعارض<sup>(4)</sup>، بينما في حالة التعارض بين بندين خاصين، فالأولوية للبند الأكثر ملاءمة للحالة المتنازع فيها<sup>(5)</sup>.
- منح أولوية للشروط المكتوبة باليد على الشروط المطبوعة، لأن الأولى أعدت عند التوقيع على العقد، عكس الأولى التي أعدت مسبقاً<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 3<sup>em</sup>, 14 novembre 1968, note MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats..., op cit, p 153.

<sup>2</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, MALEVILLE Marie-Hélène, op cit, p 157.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 4 novembre 1986, note BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance, op op cit, p 260.

<sup>4</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 17 juin 1986, note BEIGNIER Bernard, op cit, p 259.

<sup>5</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 12 février 2002, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op cit, p 92.

<sup>6</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1990, note BEIGNIER Bernard, op cit, p 92.

- أولوية وثيقة التأمين على شهادة التأمين عند التعارض<sup>(1)</sup>.  
- في حالة التعارض بين الشروط العامة للوثيقة، حيث يكون بعضها يمنح الضمان والأخرى تستبعد الضمان بشكل تفرغه من مادته، فالقضاة يفسرون العقد استنادا إلى تلك التي تلزم المؤمن بالضمان<sup>(2)</sup>.

يمكن أن يحدث بأن لا يتوصل القاضي إلى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، ويكون أمام حالة شك تستوجب التفسير ضد المشتري واضع العقد، وهي القاعدة التي تضمنتها المادة 1162 من التقنين المدني الفرنسي التي تقضي بأن يفسر الشك ضد المشتري ولمصلحة من تعاقد مع الموجب.

توفر هذه القاعدة حماية فعالة للمؤمن له ضد البنود التعسفية الغامضة، لأنه يتعاقد في إطار عقود الإذعان التي اتبع فيها القضاء الفرنسي منهج تفسير الشك في مصلحته، إذ يتوجب على المؤمن ن يتحمل المسؤولية عن غموض البنود التي انفرد بإعدادها مسبقا، لأن المؤمن له أذعن فقط بالتوقيع عليها، تعززت بعد ذلك هذه الحماية بإقرار المشرع لقاعدة تفسير الشك يكون في مصلحة المستهلك بموجب المادة 1-211 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهي قاعدة يستفيد منها أيضا المنخرط في عقد تأمين الجماعة الذي يكتتب من طرف غير المستهلك<sup>(3)</sup>.

تقضي كذلك قواعد التفسير في البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد، أن يطبق القاضي المعنى الذي يجعل للبند أثرا قانونيا في حالة ما إذا كان أمام حالة غموض يمكن أن يتحمل معنيين: الأول لا يرتب أثرا للبند، في حين أن الثاني يرتب أثرا قانونيا للعبارة الغامضة، عملا بالمادة 1157 من التقنين المدني الفرنسي.

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 10 mai 2007, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, op.cit. p 92.

<sup>2</sup> - Cass. Civ, 3<sup>em</sup>, 25 mai 2005, note BEIGNIER Bernard, op cit, p 93.

<sup>3</sup> - Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 22 mai 2008, note BEIGNIER Bernard, Droit du contrat d'assurance<sup>s</sup> op cit, p 93.

تضيف المادة 1158 من التقنين المدني الفرنسي، بأن الغموض الذي يحتمل معنيين يرتب كليهما أثرا قانونيا، فعلى القاضي أن يرجح المعنى الذي يتلاءم أكثر مع المادة التعاقدية؛ أي الأخذ بعين الاعتبار المعنى الذي يخدم الغاية من عند إبرام العقد.

غير أن القضاء في فرنسا يميل إلى استبعاد تطبيق أحكام هذه المواد عن تفسير عقود التأمين، لأنها غالبا ما لا تؤدي إلى الكشف عن نية الأطراف التي عبروا عنها، خاصة إرادة المؤمن له التي لم تساهم في تحديد النطاق التعاقدي. هذا ما يفسر توجه القضاء إلى استبعاد تطبيقها عند تفسير غموض عبارة عقد التأمين<sup>(1)</sup>.

يظهر بعد تبين موقف القضاء الفرنسي من تفسير البنود الغامضة، أنه قلما تبني البحث عن النية المشتركة لطرفي عقد التأمين، إذ أنه اعتمد أكثر على عناصر خارجية تتعلق بالمحيط التعاقدي من أجل استخلاص المعنى الذي يتلاءم مع حماية المؤمن له كطرف ضعيف ومذعن لإرادة المؤمن.

لقد نطقن المشرع الفرنسي إلى أن القضاء يحيد عن تطبيق قواعد التفسير كلما تبين أنها لا تتلاءم مع واقع العلاقات التعاقدية الحالية، ما دفعه إلى تحديثها، وهذا ما حدث فعلا في تعديل التقنين المدني لسنة 2016 الذي عدّل الشق المتعلق بقواعد تفسير العقود<sup>(2)</sup>، تحت تأثير الحلول التي تبناها القضاء الفرنسي في ها المجال، وبما توصل إليه القانون الأوربي، لتصبح قواعد تفسير العقود منظمة في المواد من 1188 إلى 1192 من التقنين المدني الفرنسي.

مما جاء به المشرع الفرنسي في مجال تفسير العقود، نذكر على سبيل المثال استحداث معيار الشخص العاقل من أجل تسهيل عمل القاضي لاستخلاصها<sup>(3)</sup>. كما ميّز في عملية تفسير الشك بين حالة كون العقد من عقود الإذعان أو من العقود الرضائية، ففي الحالة الأولى فيفسر العقد ضد المشتراط، أما في الثانية فيفسر في مصلحة المدين<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - MALEVILLE Marie-Hélène, L'interprétation des contrats...op cit, p 198 et s.

<sup>2</sup> - L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ratifiée.

<sup>3</sup> - Article 1188 du Code Civil français.

<sup>4</sup> - Article 1190 du Code civil français.

يظهر مما سلف أن قواعد تفسير العقود التي أقرها المشرع الجزائري في التقنين المدني التي وإن كانت لا تتعارض مع فكرة عدم جواز تفسير عبارات العقد الواضحة، إلا أنها لم تعد تتوافق مع واقع العلاقات التعاقدية الحالية التي تستلزم مراعاة ظروف التعاقد عند البحث لاستخلاص النية المشتركة، خاصة في مجال عقود الاستهلاك، التي تحتاج إلى ضمانات تشريعية عند تفسير الغموض أو في حالة الشك؛ لأن تفسير الشك في مصلحة المدين يتلاءم فقط مع العقود التي تتم عن طريق التراضي، أما في عقود الإذعان، فيجب أن يفسر الشك ضد المشتري، خاصة في ظل غياب حكم خاص بتفسير عقود الاستهلاك.

أما عن ضرورة التبنى التشريعي لمعيار الشخص العاقل في عملية تفسير العقد من أجل تفصي النية المشتركة، فلأنها تقنية للتوجه إلى التفسير الموضوعي لنية المتعاقدين، إذ يرجع في حالة عدم توصله إلى استخلاصها إلى معيار مرجعي وموحد، وهو الفرد العاقل الذي يمكنه أن يتوقع آثار العقد عند الإبرام<sup>(1)</sup>، مما يجعله وسيلة تسمح بتجاوز صعوبات البحث على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، مما يضيف على قواعد التفسير فعالية في مراقبة القضاء للبنود الغامضة<sup>(2)</sup>، لتشكل آلية لمحاربة التعسف في العلاقات التعاقدية التي تتسم بعدم التكافؤ بين الطرفين.

كما تبين لنا كذلك أن قانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات لا يمكنه تأطير العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، فلا يمكنه احتواء هذه العلاقة والقضاء على الإشكالات التي تتولد عنه باعتبار أن هذا الأخير يخضع لإرادة المؤمن، خاصة ما يتعلق بتمسك هذا الأخير بالبنود الغامضة التي يحتمل أن تتضمن تعسفا في ظل عدم تضمين هذا القانون لأحكام صارمة تتعلق بشروط تطبيق بنود الاستبعاد من الضمان.

أمام التجربة التشريعية والقضائية التي تبدو أنها مازالت في خطواتها الأولى في مجال حماية المستهلك (المؤمن له) ضد البنود التعسفية، فقد كان من الضروري البحث في مدى إمكانية تدخل هيئات أخرى خارج السلطة التشريعية والسلطة القضائية.

<sup>1</sup> - MARTIAL-BRAZ Nathalie, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation in favorem », Revue des Contrats, n° 01, 31 mars 2015, p 195.

<sup>2</sup> - Ibid, p 197.

## المبحث الثاني

### عن إمكانية تدخل أجهزة أخرى لحماية المؤمن له من البنود التعسفية

نقصد بالأجهزة الأخرى تلك الآليات الإدارية والاستشارية التي تم استحدثها في التشريع الجزائري اقتداء بالتشريعات المقارنة من أجل ضبط السوق وحماية المستهلك، لاستكمال المنظومة القانونية بالآليات التي تحقق الموازنة بين النشاط الاقتصادي التنافسي ومقتضيات حماية المستهلك.

يوجد مبررين أساسيين لإنشاء هذه الأجهزة: أولهما أن المستهلك هو من يتلقى نتائج النشاط الاقتصادي، فهو غاية المتدخلين في السوق. ثانيهما أن الدولة في ظل اقتصاد السوق فقد انسحبت من تنظيم الاقتصاد بصفة مباشرة لصالح مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية التي أنشأتها لهذا الغرض من أجل مراقبة الأفعال التي تتنافى مع المنافسة المشروعة التي ستلحق ضررا بالمتدخلين والمستهلكين<sup>(1)</sup>.

هذا الارتباط هو الذي يبرر إنشاء أجهزة تساهم بصفة مباشرة في حماية المستهلك بالدفاع عن حقوقه في مواجهة المتدخلين، وبالعكس تساهم سلطات الضبط القطاعية بصفة غير مباشرة في تحقيق ذلك.

يمكن دراسة دور الأجهزة المستحدثة في حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية عن طريق التمييز بين الأجهزة التي تتدخل في إطار سياسة حماية المستهلك إما بصفة عامة أو بصفة خاصة ضد البنود التعسفية (المطلب الأول)، ولأن مسعى هذه الدراسة هو تحقيق أهداف عملية، فإنه يجب استكمالها بالبحث في دور أجهزة الضبط الاقتصادية الذي قد يوسع من نطاق الحماية ضد البنود التعسفية في عقود التأمين، ويمتد ليشمل المؤمن له المهني (المطلب الثاني).

<sup>1</sup>- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص

## المطلب الأول

### دور لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك

أدى التطور الاقتصادي والتجاري إلى اتساع دائرة العلاقات التعاقدية غير المتكافئة وانحصار العلاقات التعاقدية المتساوية، لذلك أصبح التدخل التشريعي أمراً ضرورياً لتحقيق الغاية الاقتصادية والاجتماعية من وراء إبرام العقود.

تأكد هذا التدخل مع ظهور أشكال الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف خارج نطاق التدخل التشريعي المباشر<sup>(1)</sup> أو التدخل القضائي، فمن جهة تم الاعتراف بحق تأسيس جمعيات حماية المستهلك لمساندة مركزه التعاقدية الضعيف في مواجهة المهني؛ لأن المستهلك إذا ما تصرف بمفرده فإنه قد يتعرض للتعسف، أما إذا تصرف من خلال جمعية حماية المستهلك فإن ذلك سيكون مستبعداً<sup>(2)</sup>.

من جهة أخرى، واعتباراً للخصوصيات التي يتميز بها الإخلال بالتوازن العقدي الناتج عن البنود التعسفية، أحدث المشرع هيئة خاصة تتميز عن الأجهزة الأخرى، ويتعلق الأمر بإنشاء لجنة البنود التعسفية تتولى مهمة البحث للكشف عن البنود التعسفية في عقود الاستهلاك.

انطلاقاً من هذه الفكرة الأخيرة، وبالنظر لموضوع بحثنا، يتضح الطابع المميز للدور الذي يمكن أن تؤديه لجنة البنود التعسفية. فمراعاة لهذه الخصوصية، فإن الأمر يستوجب البحث أولاً في دور اللجنة في حماية المؤمن له من البنود التعسفية (الفرع الأول)، وبعدها دور جمعيات حماية المستهلك في تحقيق ذلك (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - نقصد بالتدخل التشريعي المباشر كل الآليات التي يهدف المشرع من ورائها إلى التقليل من الهوة بين المتدخلين والمستهلكين، وهذا إما بالتحديد القانوني الأمر لبنود عقود الاستهلاك، أو تلك التي يفرض من خلالها على المدخل بعض الالتزامات التي من شأنها أن تقلص من عدم المساواة في المعرفة بين طرفي عقود الاستهلاك، فإجراء الأول يهدف إلى إعادة التوازن للمضمون العقدي، أما الإجراء الثاني فيهدف إلى إعادة التوازن المعقول للمحيط التعاقدية. وقد سبق أن تطرقنا إلى هذه الآليات.

<sup>2</sup> - GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les techniques d'élimination..., op cit, p 69.



## الفرع الأول

### دور لجنة البنود التعسفية: جهاز استشاري متخصص

إن الهدف من التصرفات التي يبرمها المستهلكون هو تحقيق رغباتهم، فهم لن يبرموا عقوداً إلا إذا قدّروا أنها تحقق رغباتهم المشروعة، غير أن المستهلك بحكم ضعفه المعرفي أو التقني يتعذر عليه الإلمام بالخصائص الأساسية المميزة لمحل العقد والمضمون التعاقدية إلى الحد الذي أصبح لا يستطيع معه الوقوف على وجه الدقة حول ملاءمة محل العقد وبنوده للغاية من إبرامه، والتي غالباً ما تتضمن تعسفاً<sup>(1)</sup>.

وأمام عدم كفاية التدخل التشريعي أو القضائي في حمايته من البنود التعسفية، فقد استحدثت المشرع الجزائري اقتداءً بالمشرع الفرنسي جهاز إداري استشاري متخصص مكلف بالبحث للكشف عن البنود التعسفية التي يحتمل أن تتضمنها بنود عقود الاستهلاك.

من أجل تحقيق غايات عملية من البحث في دور اللجنة في حماية المؤمن له من البنود التعسفية، فيجب اعتماد المنهج المقارن في ظل الانفتاح على تجارب الدول الأخرى لاستلهاهم أفضل الحلول التي من شأنها أن تُفعل دور اللجنة في الواقع العملي.

سيتبين كل هذا من خلال تقديمها (أولاً)، ثم بيان دورها في تحديد الطابع التعسفي للبنود التعاقدية عند ممارسة اختصاصاتها (ثانياً)، أو بموجب إصدار التوصيات (ثالثاً).

**أولاً: تقديم لجنة البنود التعسفية:** تم تأسيس لجنة البنود التعسفية بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي يرقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية<sup>(2)</sup>. وقد استقى المشرع الجزائري هذه الفكرة من المشرع الفرنسي الذي استحدث لجنة للبنود التعسفية منذ صدور قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك.

<sup>1</sup>- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 367.  
<sup>2</sup>- « تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة... ».  
المادة 06 من المرسوم التنفيذي يرقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية...سالف الذكر.

بهذا يكون المشرع الجزائري قد سار على نفس نهج المشرع الفرنسي في اعتماد الأسلوب الإداري ضمن التقنيات القانونية الحديثة لمعالجة ظاهرة البنود التعسفية بإنشاء لجنة متخصصة في هذا المجال، كما حدد طبيعتها القانونية بنصه صراحة على أنها هيئة ذات طابع إداري استشاري، ولا تتمتع بالاستقلالية على اعتبار أنها تابعة لوزارة التجارة، وهو ما ينفي عنها وصف السلطة الإدارية المستقلة<sup>(1)</sup>.

بالرجوع إلى النص القانوني المعدل المنشئ للجنة، فإنها تتشكل من خمسة (5) أعضاء دائمين وخمسة (5) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (2) عن الوزير الكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية،
  - ممثلان (2) عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،
  - ممثلان (2) عن مجلس المنافسة،
  - متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،
  - ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- وقد فتح القانون المؤسس لها المجال للاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها<sup>(2)</sup>، ويترأسها أحد ممثلي الوزير الكلف بالتجارة<sup>(3)</sup>.

أول ما يجب ملاحظته عن تشكيل اللجنة هو تغييب أهل الاختصاص من قضاة ومختصين في مجال القانون والحضور القوي للسلطة التنفيذية عن طريق ممثلي وزارتي العدل والتجارة، وترأس ممثل هذه الأخيرة للجنة، وهو ما يقلص في تقديرنا في جدية عمل اللجنة كهيئة متخصصة في معالجة ظاهرة البنود التعسفية؛ لأن بتشكيلتها هذه، فقد قام المشرع بعمل عكسي يتناقض مع الغاية من إنشائها، لأن اللجنة بحكم تخصصها تقوم بالكشف عن البنود التي تتضمن تعسفا، وتأييد بعد ذلك من طرف السلطة التشريعية أو

<sup>1</sup>- المادة 06 من مرسوم تنفيذي رقم 06-06 المحدد للعناصر الأساسية...، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- المادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 08-44، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-06 الذي يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-06، سالف الذكر.

التنفيذية لتصبح بنودا تعسفية بقوة القانون، كحل لمواجهة سرعة تطور العلاقات التعاقدية وتعقيدها أمام بطأ إجراءات إعداد وصدور القوانين.

لذلك فإن تفضيل ممثلي الوزارات على أهل الاختصاص الذين يتمتعون بالاستقلالية، خاصة القضاة، سيغيّب عنصرا ضروريا وحيويا في فعالية عمل اللجنة، وهم الاستقلالية والحياد.

تتحصر وجهة النظر هذه على المستوى النظري فقط، لأن اللجنة لم تباشر مهامها إلى وقتنا هذا، فلا مجال للحديث عن دورها في حماية المؤمن له من البنود التعسفية، فلا يمكن إذن تأكيد أو نفي هذا الدور.

لكن، دون أن نفقد الموضوعية، يجب أن نسلّم مسبقا أن إحداث اللجنة ليست بالفكرة الأصيلة، بل استمدها من المشرع الفرنسي، ولأن الآليتين تتشابهان من حيث الغاية وتشاركان في خصائص مماثلة حتى تؤديان الدور المنوط بهما بكل فعالية، فقد كان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري قد اعتمد أكثر على معيار التخصص والاستقلالية في تشكيل اللجنة حتى تؤدي دورا فعالا وحاسما في محاربة البنود التعسفية.

فتشكيل لجنة البنود التعسفية في القانون الفرنسي تعرف حضور أهل الاختصاص والاستقلالية، إذ تتكون من قاضي من القضاء العادي رئيسا، وقاضيين من القضاء العادي أو القضاء الإداري أو أعضاء من مجلس الدولة، ومنهم يكون نائب الرئيس، وشخصيتين مستقلتين يشهد بكفاءتهما في المجال القانون أو التقني في العقود. إضافة إلى أربعة ممثلين عن المهنيين وأربعة ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك<sup>(1)</sup>.

فهي تشكيلة تخلو من هيئات الجهاز التنفيذي، مع إسناد مهمة الرئاسة والنيابة لقضاة مستقلين، وهو عنصر أساسي سيعكس نوعية الرقابة التي تمارسها اللجنة، والتي تمثل هيئة للتشاور بين المهنيين والمستهلكين بالنظر إلى التمثيل المتكافئ بين الفئتين. هذا ما يبرر دور عمل اللجنة في التأثير على القاضي والمشرع والمهنيين في فرنسا<sup>(2)</sup>، وهو جوهر الغاية العملية من إنشائها، حتى لا تبقى جهازا فارغا في الواقع العملي.

<sup>1</sup> - Article R. 534-1 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> - ROTH Cyril, op cit, p 8.

فحبذا لو سار المشرع الجزائري في نفس النهج فيما يتعلق بتشكيل اللجنة لأنه لا محال سينعكس إما سلبا أو إيجابا عند أداء مهامها، فلو تشكل من أهل الاختصاص والشخصيات المستقلة فلن يتردد القضاء أو حتى المتعاملون الاقتصاديون في طلب رأيها حول موضوع تقدير الطابع التعسفي للبنود المطبقة مع المستهلكين.

لكن بتشكيلتها الحالية فمن المستبعد أن تمثل وسيلة لتحقيق الغاية من إنشائها، لأن أهدافها لن تتحقق إلا بالقدر الذي يتكيف أعضاؤها مع الممارسة القانونية والقضائية مع جوهر نشاطها، وأن التبعية غالبا ما تتنافى مع الموضوعية والحياد<sup>(1)</sup>. لذلك نلاحظ نوعا من عدم التطابق بين تشكيلة اللجنة والمهام الموكلة لها، ما سيؤثر سلبا على ممارسة اختصاصاتها.

**ثانيا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية:** طبقا للنص القانوني المنشئ للجنة، فإن اختصاصاتها تتمثل في البحث في العقود المطبقة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ولها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، كما يمكنها مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها من تلقاء نفسها أو من طرف أي جهة لها مصلحة في دراسة بنود عقود الاستهلاك<sup>(2)</sup>.

تتلخص أهمية إنشاء لجنة للبنود التعسفية في اعتبارها جهازا إداريا استشاريا متخصصا في مجال البحث للكشف عن البنود ذات الطابع التعسفي في عقود الاستهلاك بصفة عامة وعقود التأمين بصفة خاصة.

غير أنه بتصفح اختصاصاتها المذكورة ولو على سبيل المثال لا الحصر، فلا يصعب ملاحظة عدم التنصيص صراحة على أهمية دورها الاستشاري بما يتماشى مع الغاية المراد تحقيقها من وراء استحداثها.

مقارنة الدور الاستشاري للجنة البنود التعسفية مع مثيلتها الفرنسية لا يمكن إنكار أهميتها؛ لأنها تمكن من استلهاام الحلول التي من شأنها أن تطور عمل اللجنة في الجزائر،

<sup>1</sup> - SEGUR Philippe, op cit, p 66.

<sup>2</sup> - المادة 7 و المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود...، سالف الذكر.

وهذا بفضل التوجه الحديث للدراسات والبحوث القانونية الذي أصبح يعتمد على أسلوب المقارنة في ظل الانفتاح على تجارب التشريعات الرائدة والسباقاة في هذا المجال<sup>(1)</sup>، لأن مهام لجنة البنود التعسفية طبقا للقانون الجزائري لا تعبر جيدا عن الدافع والغاية من وراء إحداثها، لذلك يجب التوفيق بين الدافع من إنشائها والغاية التي أنشأت من أجلها.

لاقت فكرة إنشاء لجنة البنود التعسفية صدى كبيرا لدى المشرع الفرنسي لتتصرف كخبير في مجال محاربة البنود التعسفية، فقد جعل استشارتها أمرا إلزاميا بخصوص المراسيم الحكومية التي تتخذ تطبيقا للمادة L. 132-1 alinéas 2 et 3 من قانون الاستهلاك، وأشار صراحة إلى إمكانية طلب استشارتها من طرف القاضي عندما يثار أمامه نزاع يتعلق بتقدير الطابع التعسفي، وبدرجة أقل يمكن أن يستشيرها المهنيون بخصوص نماذج العقود<sup>(2)</sup>.

يبرر إلزامية استشارة اللجنة فيما يتعلق بمشاريع المراسم التي ستتخذ تطبيقا للمادة L. 132-1 alinéas 2 et 3 من قانون الاستهلاك الفرنسي بأساسين: يتمثل الأول في كون أن المراسيم ستصدر لتحديد قوائم البنود التي تعتبر تعسفية بقوة القانون، ويمنع إدراجها مسبقا في نماذج العقود، أما الثاني في فيجد تبريره في كون اللجنة جهاز مختص في الكشف عن الطابع التعسفي وفقا لمعيار الإخلال الظاهر، وبهذا الشكل فإنها تتصرف كخبير في الميدان. وهذا ما يعكس رغبة المشرع الفرنسي في دعم سبل كشف وإلغاء البنود التعسفية<sup>(3)</sup>.

فبالرغم من كون إجراء الاستشارة إلزاميا دون إلزامية التقيد برأي اللجنة، إلا أن هذا لن يغير من أهمية الدور المنوط بها في الكشف عن البنود التعسفية، فذلك لا يعتبر مساسا بأهمية هذا الدور الفعال، وهذا من يتأكد من خلال إخطار الجهاز التنفيذي للجنة من أجل إبداء رأيها حول مشروع قرار يحدد الشروط العامة للمنظمة للعلاقات بين وكالات السفر وزبائن<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - تيورسي محمد، مرجع سابق، ص 18.

<sup>2</sup> - PLOTNIC Olesea, op cit, p 344.

<sup>3</sup> - SEGUR Philippe, op cit, p 66.

<sup>4</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 286

باعتبار أن المشرع الفرنسي قد أسس لجنة البنود التعسفية حتى تتصرف كخبير في هذا المجال، فقد كلفها بإبداء رأيها كلما تم إخطارها من طرف القاضي عند الفصل في نزاع يتعلق بإثارة الطابع التعسفي للبنود التعاقدية، فاللجنة يمكن إخطارها من طرف القاضي، وإذا ما تم إخطارها فتلتزم بإبداء رأيها خلال ثلاثة أشهر<sup>(1)</sup>.

أكثر من ذلك فقد أحاط المشرع الفرنسي هذا الإخطار بضمانات، إذ أن قرار القاضي بإخطار اللجنة لإبداء رأيها لا يمكن الطعن فيه ولا يمكن للقاضي أن يتخذ حكما أو قرارا يتعلق بموضوع النزاع قبل أن يستلم رأي اللجنة الذي يجب أن تصدرها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطارها بذلك<sup>(2)</sup>.

باجتماع هذه الضمانات مع دور اللجنة التي تتصرف كخبير يمكن القول أن لآرائها دورا حيويا وفعالا في محاربة البنود التعسفية؛ لأنه في الواقع العملي غالبا مع يصدر القضاء أحكامه وقراراته على ضوء النتائج التي توصلت إليها الخبرة المنجزة، فحتى لو لم تكن ملزمة للقاضي، إلا أن عنصري الكفاءة والحياد اللذان تتمتع بهما اللجنة، من شأنهما أن يؤثرتا على القاضي لتبني نتائج الخبرة<sup>(3)</sup>، فمنذ تأسيسها وإلى غاية سنة 2013 أصدرت لجنة البنود التعسفية 35 رأيا بناء على إخطارات قضائية<sup>(4)</sup>.

تهدف اللجنة أساسا إلى دراسة العقود المطبقة على المستهلكين بإجراء الخبرة اللازمة للكشف عن أي تعسف يمكن يتضمنه بند أو أكثر من بنوده، وعليه فإن من مهامها أيضا البحث في مشاريع نماذج العقود التي يعترزم المهنيون تسويقها من أجل التصدي لبنود يحتمل أن يحكم القاضي بطابعها التعسفي إذا ما ثار نزاع بشأنها، وهذا ما يوجب تدخل اللجنة لفحص مشاريع نماذج العقود للتصدي لكل ما من شأنه أن يحدث اختلالا في التوازن العقدي قبل تسويقها؛ فمن الأهمية بمكان أيضا أنه من الأولى تقديم المشورة للمهنيين بدلا من التنديد لاحقا بالتعسف الذي يفرضونه على المستهلكين بعد ذلك<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - Article R. 534-4 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> - SEGUR Philippe, op cit, p 69.

<sup>3</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 287.

<sup>4</sup> - Ibid, p 287.

<sup>5</sup> - SEGUR Philippe, op cit, p 70.

فالبحث لكشف وتفصي البنود التعسفية يمثل المجال الخاص بامتياز لاختصاصات لجنة البنود التعسفية، لكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، لا نجد فيه أي مادة تلزم الجهاز التنفيذي باستشارة اللجنة حول مشاريع المراسيم المحتملة التي يمكن أن تصدر لتعديل مثلا القائمة التنظيمية المحددة للبنود التعسفية، ولا حتى أي مادة تشير صراحة إلى إمكانية لجوء القاضي إلى اللجنة لطلب رأيها في المنازعات المتعلقة بالبنود التعسفية.

هكذا يظهر أن نص المشرع الجزائري على إجراء الإخطار من كل طرف أو جهة لها مصلحة في مجال البنود التعسفية<sup>(1)</sup>، أنه بالرغم من أهميته إلا أنه لا يمثل الإجراء الأكثر ملاءمة لتجسيد دور فعال وحاسم في محاربة ظاهرة البنود التعسفية.

لذلك كان من المستحسن في رأينا ذكر صراحة إلزامية استشارة اللجنة من طرف الجهاز التنفيذي، ثم ذكر إمكانية هذا الإجراء بالنسبة للقضاء، فمن شأن هذا أن يحفز كل طرف آخر له مصلحة في ذلك بأن يخطرأ بشأن الطابع التعسفي لأي بند متضمن في عقود الاستهلاك، كما من شأنه أن يحفز أكثر للجنة عند إصدار التوصيات.

**ثالثا: إصدار اللجنة للتوصيات:** إن لجنة البنود التعسفية مخولة بإصدار الوصيات، وهي لا تبتعد كثيرا من حيث الغاية عن إبداء رأيها كلما تم إخطارها، ذلك أنهما يهدفان إلى تقدير الطابع التعسفي للبنود التعاقدية. ففي إطار التوصيات يمكن للجنة البنود التعسفية أن تطالب إما حذف أو تعديل البنود التي تتضمن طابعا تعسفيا، فتارة توصي بإدراج بنود تعسفية

<sup>1</sup> - نقصد بذلك كل من : - الوزير المكلف بالتجارة باعتباره الهيئة الوصية القائمة على حماية المستهلك، - الإدارة بمفهومها الواسع بما أن المشرع لم يحدد أي إدارة معينة، - الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك، - كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، والتي يفهم منها أنها تتضمن الأعوان الاقتصاديين، ثم في الأخير يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها. المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306، يحدد العناصر الأساسية...، سالف الذكر. لكن ما يلاحظ حول مضمون هذه المادة، هو أن المشرع قد تغافل مسألة هامة، وهي عدم ذكر إمكانية إخطار اللجنة من طرف السلطة القضائية، لذلك نرى أنه من الضروري تدارك هذا الأمر، لأن القاضي بحكم تخصصه وحياده واستقلاليتيه، وتمتعه بالحس السليم، هو القيم على وجوب احترام المتعاقدين للأحكام القانونية، ومبادئ التعامل السليم والنزيه، والخضوع للنظام العام والآداب العامة.

جديدة في نظام القوائم، وتارة أخرى توصي بإدخال التعديلات اللازمة على بعض البنود كلما تبين لها أنها لا تستوفي الجانب الشكلي لها<sup>(1)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن لجنة البنود التعسفية باعتبارها خبير في هذا المجال، قد أصدرت 73 توصية خلال الفترة التي تمتد من 1978 إلى 2013، على أنه يمكن تصنيفها إلى فئتين: الأولى تكتسي طابعا عاما، تستهدف واحد أو أكثر من البنود، وذلك بغض النظر عن صفة المهنيين الذين قاموا بإصدارها، أما الثانية، فتتميز عن الأولى على أساس أنها موجهة لقطاع مهني محدد<sup>(2)</sup>.

تعتبر هذه التوصيات حوصلة لعمل كبير قامت به لجنة البنود التعسفية في فرنسا كآلية للمساهمة الفعالة في حل إشكالات الإخلال في التوازن العقدي الناتج عن فرض التعامل بالبنود التعسفية، خاصة في مجال عقود الاستهلاك التي كانت تخضع في البداية لمبدأ سلطان الإرادة الذي كان يهيمن على نظرية العقد<sup>(3)</sup>.

فبالرغم من افتقار التوصيات للقوة الإلزامية، وأنها لا تشكل قواعد قانونية، وأن إهمالها لا يؤسس لأي وجه من أوجه الطعن أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري، إلا أن تأثيرها على المشرع والقضاء، وحتى المهنيين لا يمكن إنكاره<sup>(4)</sup>.

من هذه النقطة فقط يمكن إثبات تحقق التوافق بين الدافع والغاية من إحداث لجنة للبنود التعسفية؛ بحيث اجتمعت فيها عناصر التخصص، والاستقلالية، والحياد لتذوب في قالب واحد وتحقق خاصية الفعالية المرجوة لمحاربة البنود التعسفية، لأن من مقتضيات الفعالية أن تتحقق هذه العناصر مجتمعة وليس في جعلها منفصلة، كأن يتخلف عنصر أو أكثر عند ممارسة اللجنة لاختصاصاتها. فالفعالية المرجوة في الواقع تتطلب توافر عناصر محددة بشكل سيؤدي حتما غيابها أو عدم اكتمالها إلى التأثير سلبا على فعالية أداء مهام لجنة البنود التعسفية.

<sup>1</sup> - PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 290.

<sup>2</sup> - Ibid, p 291.

<sup>3</sup> - SEGUR Philippe, op cit, p 68.

<sup>4</sup> - GUY Raymond, op cit, p 233.



لقد سبق وأن تطرقنا لفعالية توصيات لجنة البنود التعسفية وتأثيرها على المشرع والقضاء في مجال عقود التأمين، أين عدّل المشرع الفرنسي جزء من أحكام قانون التأمين مستهديا في ذلك بما أوصت به لجنة البنود التعسفية وبذلك تكون اللجنة قد أدت دورا فعالا في تطوير الحماية ضد البنود التعسفية في مجال عقود التأمين على اختلاف فروعها<sup>(1)</sup>.

بإسقاط ما سلف على الحالة الجزائرية، نلاحظ أن المشرع قد تأثر بفكرة إنشاء لجنة للبنود التعسفية، وهذا ما ترجمه بصدور المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، إذ بموجب المادة 6 منه نص صراحة على استحداث لجنة للبنود التعسفية التي لم يتم تنصيبها إلا مؤخرا<sup>(2)</sup>، بعد تحديد القائمة الاسمية لأعضائها من طرف الوزير الكلف بالتجارة<sup>(3)</sup>.

بصرف النظر عن العمل الميداني للجنة على أساس أنها لم تظهر فعليا إلا في 20 فيفري 2018، إلا أنه من الناحية النظرية<sup>(4)</sup> يمكن إثارة ملاحظتين: الأولى هو عدم تحقق الاستقلالية والحياد وتغييب أهل الاختصاص خاصة القضاة، وهو ما سيد في نظرنا من نجاعة عمل اللجنة، الذي لن يتحقق إلا بتوافر هذه العناصر التي تشكل ضمانات للممارسة الفعلية لنشاطها، فكما أسلفنا الذكر، فإن إنشاء لجنة للبنود التعسفية ليست بالفكرة الأصلية وإنما استلهمها من المشرع الفرنسي.

أما الثانية هو أنه بالرجوع إلى النص المنشئ للجنة، فإننا لا نجد في أحكامه ما يعبر بشكل لا يدع الشك عن أهمية الدور الاستشاري لها، فباستثناء النص صراحة على نشر التوصيات بكل الوسائل الملائمة، فإن ما يتعلق بأرائها، فنفتقر لذلك الضمان الذي يجبر أو يحفز كل من له مصلحة باللجوء لطلب رأيها كخبير في مجال البحث للكشف عن البنود التعسفية.

<sup>1</sup>- أنظر في الصفحة 165 وما بعدها من هذه الأطروحة.

<sup>2</sup>- تم تنصيب أعضاء لجنة البنود التعسفية بصفة رسمية في تاريخ 20 فيفري 2018. [www.commerce.gov.dz](http://www.commerce.gov.dz).

<sup>3</sup>- قرار مؤرخ في 27 نوفمبر 2017، يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج ر عدد 75، صادر في 27 ديسمبر 2017.

<sup>4</sup>- يبقى تقييم عمل اللجنة من الناحية العملية متوقف على ما ستقدمه في مجال حماية المستهلك بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة بعد أن تم تنصيبها بشكل رسمي.

هذا ما يجعلنا نخلص إلى ضرورة مد لجنة البنود التعسفية باختصاصات صريحة في مجال كشف البنود التعسفية، وجعل تشكيلتها تستجيب لعناصر الاختصاص والاستقلالية، من أجل ضمان أداء دورها بشكل فعال، وهذا من خلال الاستفادة من خبرة التشريعات المقارنة التي أثبت الواقع العملي تجربتها الرائدة في هذا المجال.

أهم ما يميز مهام لجنة البنود التعسفية أنها تبحث فقط في العقود المطبقة بين المستهلكين والمهنيين، فهي لا تبحث في العقود المطبقة فيما بين المهنيين، وهي تشترك في هذه الخاصية مع جمعيات حماية المستهلك.

## الفرع الثاني

### دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المؤمن له من البنود التعسفية

تعتبر جمعيات حماية المستهلك من بين الآليات الحديثة لمواجهة ظاهرة البنود التعسفية، على أنها تتميز عن باقي الآليات في كونها تكتل يضم فئة المستهلكين، بمعنى أن هذه الفئة تتولى الدفاع عن مصالحها بنفسها كنتيجة منطقية لظهور وتطور مسار حركة حماية المستهلكين من خلال تنظيمهم في جمعية تطوعية وحيادية، دون أن يكون غرضها تجارياً، فهي لا تهدف إلى تحقيق الربح<sup>(1)</sup>.

تأثر المشرع الجزائري بهذا التطور وكرسه بصدور القانون المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك<sup>(2)</sup>، ثم أعاد تأكيده في المادة 21 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، إذ نصت على أنه: « جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقاً لقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله ».

<sup>1</sup> - للتفصيل في موضوع ظهور وتطور حركة الدفاع عن المستهلكين، أنظر: بودالي محمد، « تطور حركة حماية المستهلك »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد خاص، ص 9 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المادة 2/12 من قانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فيفري 1989، سالف الذكر.

هذا وقد منح القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لجمعيات حماية المستهلك الحق في رفع الدعاوى القضائية ضد كل عون اقتصادي يقوم بممارسات مخالفة لأحكام هذا القانون والتي من ضمنها الأحكام المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية، ليؤسس بذلك المشرع الجزائري حق هذه الجمعيات في رفع دعاوى لحماية مصالح المستهلكين نيابةً عنهم<sup>(1)</sup>.

بهذا يكون المشرع الجزائري قد جعل من جمعيات حماية المستهلك<sup>(2)</sup> طرفا يساهم في تجسيد الحماية المرجوة للمستهلك ضد البنود التعسفية كحل لتجاوز تقاعس أو تردد المستهلك في رفع الدعاوى القضائية لطلب إبطال البنود التعسفية، والذي يكون سببه غالبا إما لعدم قدرته على تحمل تكاليف المتابعة القضائية أو لنقص ثقافة التقاضي لديه، لهذا تأسست جمعيات حماية المستهلك وتم منحها حق التقاضي باسم المستهلك والدفاع عن مصالح في إطار جماعي وليس فردي، لتتشيء بذلك حيزا للمواطنين من أجل المشاركة في نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية خارج أجهزة السلطات العامة<sup>(3)</sup>.

تقوم جمعيات حماية المستهلك بمهام متعددة تنصب كلها في مسعى حماية المستهلكين، ويمكن أن تصنّف إلى صنفين: الأولى تصنف في صنف المهام التي تهدف إلى وقاية المستهلك، من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه. والثانية صنّفوها في صنف الآليات العلاجية، من خلال رفع الدعاوى القضائية باسم المستهلكين ونيابةً عنهم أو التدخل في الدعاوى التي تم رفعها فهي تؤدي بالتوازي دورا وقائيا وعلاجيا<sup>(4)</sup>.

عكس المشرع الفرنسي الذي أسس لحق جمعيات حماية المستهلك بصفة صريحة طلب إبطال البنود التعسفية، فإن المشرع الجزائري لم يميز في دور جمعيات حماية المستهلك بين

<sup>1</sup> - المادة 65 من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - تتحدد شروط وكيفية تأسيس جمعيات حماية المستهلك وفقا لقانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02، صادر في 15 جانفي 2012.

<sup>3</sup> - CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank,... consommation, 6<sup>eme</sup> édition, op cit, p 23.

<sup>4</sup> - PLOTNIC Olesea, op cit, p 434.

الحماية بصفة عامة والحماية الخاصة في مجال البنود التعسفية، فلم ينص على ذلك إلا ضمناً من خلال المادة 65 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

هناك تقنيتان لتدخل جمعيات حماية المستهلك عند ممارسة حقها في طلب إلغاء البنود التعسفية وفقاً للتشريع الفرنسي: الأولى عن طريق رفع دعاوي قضائية لحذف البنود التعسفية المتضمنة في نماذج العقود التي أعدها المهنيون، والثانية عن طريق رفع دعاوي قضائية لحذف البنود التعسفية في العقود التي تم إبرامها. لكن التقنيتان لم تظهراً في وقت واحد، لأن هذه الأخيرة تم إقرارها لتجاوز الانتقادات الفقهية حول حصر حق الجمعيات في رفع دعوى حذف البنود التعسفية في مشاريع نماذج العقود.

اقتصر في البداية حق جمعيات حماية المستهلكين في رفع دعاوي قضائية لطلب حذف البنود التعسفية على تلك المدرجة في نماذج العقود التي لم يتم إبرامها؛ وعليه فلا يجوز للجمعيات طبقاً للمادة 6 من قانون 5 جانفي 1988 التمسك بممارسة حقها في رفع دعوى لحذف هذا النوع من البنود في العقود السارية النفاذ<sup>(1)</sup>.

فتمنع بذلك جمعيات حماية المستهلكين التدخل في العلاقة التي تربط بين المستهلك والمهني، ما يجعلها غير مرخصة قانوناً لرفع دعوى حذف البنود التعسفية حتى في الحالة التي تكتشف فيها أن هذه البنود مطبقة على المستهلكين. مما مفاده أن هذه الدعوى لا تخرج عن نطاق أحد الفرضين: الأول، إما أن تمارس لحذف البنود التعسفية المدرجة في نماذج الاتفاقيات التي ستوظف كمرجعية لعقود مستقبلية. والثاني لحذف تلك المدرجة في الشروط العامة المقترحة عادة على المستهلكين قبل إبرام العقود<sup>(2)</sup>.

لا يصعب هنا استنتاج أن اقتصار حق ممارسة الجمعيات دعاوي حذف البنود التعسفية على نماذج العقود التي لم تبرم، لا تتعدى الغاية هنا الجانب الوقائي للمستهلك ضد

<sup>1</sup> - GHINCHARD Serge, « L'action de groupe en procédure civile française », R.I.D.C, Vol 42. n° 2 Avril-juin 1990, p 629.

<sup>2</sup> - CALAIS – AULOY Jean, « Le droit de la consommation en France et en Europe », Revue Juridiques de L'Ouest, n° 4, 1992, p 494.

البنود التعسفية، فهي تقنية تستبعد الجانب العلاجي أو الردعي لهذه الحماية، لأنها تستلزم أن لا يكون العقد قد أبرم، مما يستحيل معه القضاء باعتباره أي بند تعسفي غير مكتوب.

سايرت محكمة النقض الفرنسية توجه المشرع في القرار الصادر عنها في تاريخ 13 مارس 1996، بتأكيدا على عدم جواز ممارسة جمعيات حماية المستهلكين دعاوي حذف البنود التعسفية إلا على العقود المقترحة، ولا يمكن أن تشمل العقود المطبقة، بمعنى التي تم إبرامها<sup>(1)</sup>، فأخذ هذا الشرط بعين الاعتبار يجعل من دعوى الحذف وثيقة الارتباط بعدم قيام علاقة تعاقدية بين المستهلك والمهني، وتتأسس عليه، فالعقد المبرم يكون سببا لعدم تأسيس دعوى جمعيات حماية المستهلكين<sup>(2)</sup>.

هذا ما يبين أن حق جمعيات حماية المستهلكين في ممارسة حق طلب إلغاء البنود التعسفية مقيد؛ إذ لا يمكن لها أن تباشر ممارسة هذا الحق إلا ضد البنود التعسفية المدرجة في الشروط العامة لنماذج العقود أو الاتفاقيات المرجعية للعقود التي ستعرض على المستهلكين، أما البنود التعسفية المدرجة في العقود السارية، فهي غير قابلة للإلغاء بموجب الدعاوى التي ترفعها الجمعيات<sup>(3)</sup>.

انتقد الفقه في فرنسا موقف محكمة النقض لعدم مطابقة أو مسايرة هذا الموقف للواقع العملي، وحثوا على ضرورة رفع القيد عن حق الجمعيات في رفع الدعاوى القضائية لطلب حذف البنود التعسفية لتشمل تلك المدرجة في العقود التي تم إبرامها، إذ لا يوجد أي مبرر قانوني لهذا القيد؛ ذلك لأن المادة 6-421. L من التقنين التجاري التي منحت لها حق ممارسة دعوى حذف البنود التعسفية في نماذج العقود أو الاتفاقيات لا يمكن اعتبار هذا بمثابة قيد، فعندما تكون دعوى إلغاء البند مرفوعة من المستهلك فإن ذلك يتعلق بعقد تم إبرامه، وعمليا لتجاوز هذا القيد تلجأ الجمعية إلى أي مستهلك ليرفع الدعوى لتتدخل بعدها

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 13 mars 1996, note d'AZAR-BAUD Maria José, Les actions collectives en droit de la consommation (Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé), DALLOZ, Paris 2013, p 144.

<sup>2</sup> - GHINCHARD Serge, op cit, p 630.

<sup>3</sup> - LAFOND Pierre-Claude, « Le consommateur et le procès », Les Cahiers de Droit, V 49, n° 1, mars 2008, p 144.

إلى جانبه، لذلك فإن الواقع العملي يبرر ضرورة استبعاده لإزالة الغموض الذي يثيره تطبيق نص المادة L. 421-6 من تقنين الاستهلاك<sup>(1)</sup>.

لتجاوز الانتقادات الفقهية الموجهة لموقف محكمة النقض الفرنسية الذي يلزم أن لا تكون الدعوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك متزامنة مع وجود علاقة تعاقدية قائمة بين المستهلكين والمهنيين، تدخل المشرع الفرنسي لتدارك ما تغافل عنه سابقا، وهذا ما أكدته على ثلاث مراحل : أولها كان في 2001 بتبني التوجيه الأوربي رقم 98-27 الصادر بتاريخ 19 ماي 1998، المتعلقة بالدعاوي التي تمارسها جمعيات حماية المستهلكين<sup>(2)</sup>.

ثم في مرحلة ثانية، تدخل ليديرج فقرة ثالثة للمادة L. 421-6 من تقنين الاستهلاك بموجب قانون 17 مارس 2014، أين أقر للجمعيات حق ممارسة دعوى حذف البنود التعسفية المدرجة في العقود التي تم إبرامها، ليتضح أكثر حق الجمعيات في المساهمة في حماية المستهلكين ضد ظاهرة البنود التعسفية، فبمقتضى هذا التعديل، يمكن لهذه الجمعيات بحسب الحالة، أن تتدخل سواء أما القضاء المدني أو القضاء الجنائي لطلب اعتبار أي بند تعسفي كأنه غير مكتوب في العقود السارية النفاذ، ولها أن تطلب من القضاء بأن يصدر أمرا للمهني بأن يعلم المستهلك أو المستهلكين المعنيين، بكل الوسائل الملائمة حول الحكم على أي بند بأنه تعسفي<sup>(3)</sup>.

ليتم في مرحلة ثالثة تحويل نص المادة L. 421-6 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وتصبح المادة L. 621-2 من هذا التقنين، بعد صدور قانون 14 مارس 2016 المتضمن تعديل الشق التشريعي لتقنين الاستهلاك<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - AZAR-BAUD Maria José, op cit, p 143.

<sup>2</sup> - Ordonnance n° 2001-741 du 23 aout 2001, portant transposition de directives communautaire et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n° 196 du 25 aout 2001. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - Article L. 421-6 du code de Consommation modifié par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Article 81. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>4</sup> - Article 34 de la Loi n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

يظهر من خلال هذه المراحل أن المشرع الفرنسي قد احتفظ بحق جمعيات حماية المستهلك برفع دعاوي قضائية لطلب حذف البنود التعسفية من نماذج العقود التي لم يتم إبرامها، ثم عزز صلاحياتها بحق التقاضي لطلب حذف البنود التعسفية المتضمنة في العقود السارية النفاذ.

إلا أنه بموجب هذا الإجراء الأخير، فإن الحكم أو القرار القضائي لا يطبق إلا على المهني الذي رفعت ضده دعوى حذف البنود التعسفية، وبالتالي لا يمكن تعميم نتائجه على باقي المهنيين، حتى ولو طبقوا نفس الشروط العامة أو نفس نماذج العقود، وهو عكس الإجراء الأول الذي سيتعمم تطبيقه على كل المهنيين وعلى كل نماذج العقود المتشابهة في حالة ما استجاب القاضي لطلب الجمعيات بحذف البنود التعسفية من نماذج العقود أو الاتفاقيات<sup>(1)</sup>.

إن الهدف من وراء إنشاء جمعيات حماية المستهلكين والاعتراف بحقها في التقاضي باسم المستهلك ونيابة عنه، يكمن في تقوية مركزه الضعيف كطرف يقاضي المهنيين من أجل حماية مصالحه بصفة عامة، وحمايته ضد البنود التعسفية بصفة خاصة، وهو الهدف الذي أقره المشرع الفرنسي من خلال النص صراحة على إمكانية رفع الجمعيات للدعاوي التي ترمي إلى طلب حذف البنود التعسفية. وهو ما لا يمكن تمييزه في التشريع الجزائري.

هذا ما يتبين من خلال واقع مهام جمعيات حماية المستهلك في التشريع الجزائري، فلا يمكن تمييز دور هذه الجمعيات في الحماية بصفة عامة عن دورها في مجال الحماية ضد البنود التعسفية.

لكن بالرغم من عدم النص صراحة على إمكانية جمعيات حماية المستهلك من رفع دعوى قضائية ترمي إلى حذف البنود التعسفية، إلا أنه في مقابل ذلك لا يوجد نص قانوني يمنع عنها ممارسة هذه الصلاحية، خاصة وأن المادة 65 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يفهم من مضمونها ضمناً أنه يمكن لهذه الجمعيات أن ترفع دعاوى أمام القضاء ضد كل عون يقوم بمخالفة أحكام هذا القانون، ومن

<sup>1</sup> - AZAR-BAUD Maria José, op cit, p 148.

الأحكام التي تضمنها نجد تلك المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية، لكن بشرط أن يتم ذلك أمام القضاء الجزائي<sup>(1)</sup>.

فلم يميز المشرع الجزائري بين الحماية العامة التي يمكن أن توفرها الجمعيات لحماية المستهلك بصفة عامة عن تلك الحماية التي ستوفرها له ضد البنود التعسفية، فهذه الأخيرة قد اعتبرها عنصرا ينصهر في الحماية بمنظورها العام، فبالرغم من حداثة القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، إلا أننا نلاحظ من موقف المشرع الجزائري أنه مازال يتأثر بالطرح الكلاسيكي لأحكام قانونية سُنّت أصلا لمواجهة عدم كفاية القواعد الكلاسيكية في توفير الحماية للمستهلك بصفة عامة والمؤمن له بصفة خاصة<sup>(2)</sup>.

لم ينظم إذن المشرع الجزائري أي حق خاص لممارسة جمعيات حماية المستهلك لدعوى طلب حذف أو إلغاء البنود التعسفية، باستثناء ما تضمنته ضمنا المادة 65 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

لكن وإن كان ممكنا إقامة دعوى من طرف هذه الجمعيات، فإن ذلك لن يتعدى التأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي للمطالبة بالتعويض الذي لحق بالمستهلك، فنص هذه المادة لم يشر إلى إمكانية رفع الدعوى أما القضاء المدني، وهذا كله في ظل غياب

<sup>1</sup>- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- هذا الأمر يتكرر في مختلف القوانين الخاصة؛ وعلى سبيل المثال فقط، فبالنسبة للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بوصفه الشريعة العامة لحماية المستهلك، لم يتضمن الأحكام الخاصة بكيفية تقديم العقود من حيث وضوحها الشكلي أو الموضوعي، كما لم يتضمن أحكاما تتعلق بالدور الصريح للجمعيات في حماية المستهلك من البنود التعسفية التي من خلالها يتجسد الاختلال في التوازن العقدي، ولم يتضمن أي حكم يتعلق بتفسير الشك في مصلحة المستهلك، ما يجعلنا نتساءل عن أي حماية ممكنة للمستهلك ضد البنود التعسفية الغامضة. وعلى سبيل المثال أيضا بالنسبة للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي يعجز عن تأطير العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له وحل الإشكالات التي تثيرها عند الإبرام أو التنفيذ أو الانقضاء، فلم يضع مثلا أحكاما تتعلق بالوضوح من حيث الشكل بالنسبة لبنود البطلان أو السقوط، وخطر من ذلك لم يتطرق إلى بنود الاستبعاد من الضمان، خاصة أنه لو رجعنا إلى أسباب النزاعات التي تثار بين الطرفين تكون غالبا بسبب إثارة المؤمن لأي بند يعفيه من دفع مبالغ التأمين.



أحكام قانونية ترخص لهذه الجمعيات للتأسيس أما القضاء المدني للمطالبة بحذف أو إلغاء البنود التعسفية<sup>(1)</sup>.

تم منح جمعيات حماية المستهلك الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها تأسيسا وفقا للقانون<sup>(2)</sup>، وبهذا تثبت لها الصفة في التقاضي، إلا أنها تفتقد المكنة القانونية التي تخول لها رفع الدعاوي أما القضاء المدني للمطالبة بحذف أو إلغاء البنود التعسفية، فهي تكتفي فقط بالتأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بمستهلك واحد أو أكثر.

تفقد بذلك هذه الجمعيات جزءا هاما من فعالية دورها كطرف مساند للمستهلك الضعيف باعتبارها ممثلا له، فقد كان من العدل لو تم منحها مجالا أوسع ليشمل المطالبة القضائية لإلغاء البنود التعسفية أمام القضاء المدني بالنسبة لكل نماذج العقود المقترحة أو تلك المطبقة بين المستهلكين والمتدخلين ومنها عقود التأمين، وذلك لمسايرة تطور التشريعات في هذا المجال، خاصة وأنا في ظل العولمة القانونية.

لذلك نرى أنه يتوجب إعادة تنظيم مهام جمعيات حماية المستهلك حتى تتلاءم مع الدور المنوط بها، فإذا كان المشرع الجزائري قد تأثر أو قبل بفكرة إنشاء هذه الجمعيات، فإنه من الضروري أن يستتبع ذلك بالاعتراف لها بشكل صريح ومحدد بكامل المهام التي من المفترض أن تتمتع بها<sup>(3)</sup>.

ولا يتعدى الأمر هنا فكرتين أساسيتين: الأولى تتعلق بمنح جمعيات حماية المستهلك حق التقاضي أو التدخل إلى جانب المستهلك أو المستهلكين أثناء التقاضي، سواء أمام القضاء المدني أو القضاء الجزائي. أما الثانية فتتعلق بتوضيح دورها في مجال محاربة

---

<sup>1</sup>- نقول هذا لأن حتى المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تؤكد أن الجهة القضائية المختصة التي ترفع إليها دعاوي جمعيات حماية المستهلك هو القضاء الجزائي، بنصها على حقها في التأسيس كطرف مدني.

<sup>2</sup>- المادة 1/17 من قانون رقم 12-06، يتعلق بالجمعيات، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- بن عنتر ليلي، « جمعيات حماية المستهلك، موجودة أم تحتاج إلى وجود »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 02 لسنة 2010، ص 189.

البند التعسفية، فيجب منحها دورا محددًا وصريحًا لا يدع أي شك في الدلالة على أن لها حق المطالبة بإلغاء أو حذف البنود التعسفية سواء في نماذج العقود التي يعترزم المتدخلون تسويقها، أو تلك العقود التي تم إبرامها، أي سارية النفاذ، والسبب أنه من خلال البنود التعسفية يتجسد الواقع العملي لعدم التكافؤ بين طرفي عقد الاستهلاك.

بإسقاط الفكرتين على عقود التأمين فستحققان غرضين: الأول سيجعل من المؤمن له يثق أكثر في العقد الذي سيبرمه، سواء تعلق الأمر بالتأمينات الإلزامية أو الاختيارية؛ لأنها ستمكنه من التمسك في مواجهة المؤمن في حالة النزاع بينهما باللجوء إلى هذه الجمعيات التي دون شك أنها تتضمن متخصصين في مجال البنود التعسفية. أما الثاني فيتحقق من منح الجمعيات حق المطالبة القضائية لإلغاء البنود التعسفية، فهذه الخاصية يمكن أن تجعل منها عامل ضغط معنوي على المؤمن، ومن شأنها أن تدفعه إلى مراجعة بعض البنود التي يدرجها في نماذج عقود التأمين، خاصة إذا كانت جمعية أو أكثر متخصصة في مجال حماية المؤمن لهم.

على الرغم من موقف المشرع الجزائري الذي قبل بفكرة إنشاء جمعيات لحماية المستهلكين، إلا أن موقفه مردود عليه فيما يخص دورها في محاربة البنود التعسفية؛ لأنه إذا ما تساءلنا لماذا تبنى هذه الفكرة، فلن نجد الإجابة على هذا التساؤل عند بحثنا في المهام المسندة إليها، وهذا ما يوصلنا إلى نتيجة هامة وهي أن جمعيات حماية المستهلك لم تؤدي أي دور ملموس في مجال حماية المؤمن له من البنود التعسفية.

وعليه فمن الناحية الميدانية ليس هناك مجال للتحدث عن دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المؤمن له من البنود التعسفية، لأن الوجود الفعلي لها في هذا المجال يتجسد عمليا في القضايا التي تطرحها على القضاء، وتأثير ذلك على سلوك المؤمنين أثناء اعتزامهم تسويق نماذج عقود التأمين على اختلاف فروعها أو حجم الدعاوي التي ترفعها والتي يستجيب فيها القضاء لطلبها بشأن إلغاء أو حذف البنود التعسفية.

هكذا يظهر أن لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك لم يتجسد بعد دورهما في الواقع العملي بالرغم من أهمية الدور الذي يمكن أن تؤديه في العلاقات التعاقدية التي

تربط بين المهنيين والمستهلكين لحماية هذه الفئة الأخيرة من الممارسات التعاقدية التعسفية، لأنهما تمارسان مهامهما أساسا لحماية المستهلكين بصفة عامة والمؤمن لهم بصفة خاصة، وهو عكس سلطات الضبط الإدارية التي تتدخل لتوفير مثل هذه الحماية، لكن بطريقة تسمح بإلحاق هذه الحماية بالمؤمن له المهني.

## المطلب الثاني

### دور آليات التدخل الإداري في حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية

تماشيا مع تخلي الدولة عن التسيير المباشر للنشاط الاقتصادي منذ أواخر الثمانينات فقد تم إرساء آليات أخرى تضطلع بهذا الدور، من أجل ضمان الشفافية في ضبط وتسيير الاقتصاد وما يتطلبه من حياد الإدارة في ظل حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة بعد الانفتاح على اقتصاد السوق، ولضمان الإطار الشرعي والشفاف لهذا التوجه الاقتصادي الجديد، أنشأ المشرع الجزائري سلطات الضبط الإدارية المستقلة تسهر على تحقيق هذه الأهداف<sup>(1)</sup>.

استكمالا لمسار إنشاء هيئات ضبط إدارية متخصصة في مجال معين من مجالات النشاط الاقتصادي إلى جانب مجلس المنافسة الذي يتصرف كسلطة لمراقبة وضبط السوق، تم في 2006 إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات كهيئة ضبط قطاعية مختصة في مجال التأمين<sup>(2)</sup>.

فيمكن بذلك اللجوء إلى قانون المنافسة الذي يجد تطبيقه على نشاط التأمين من أجل البحث عن الحماية الممكنة للمؤمن له المهني ضد البنود التعسفية؛ لأن العلاقات بين المهنيين والذين يتمثلون في المؤسسات الاقتصادية التي تقدم السلع والخدمات، منها خدمات التأمين، تشكل المجال الرئيسي لتطبيق قواعد قانون المنافسة.

<sup>1</sup>- تيورسي محمد، مرجع سابق، ص 326.

<sup>2</sup>- تم إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات بموجب المادة 209 من الأمر رقم 95-07 المعدلة بالمادة 26 من قانون رقم 04-06، سالف الذكر.

انطلاقا من هذه الفكرة، يمكن القول أن تطبيق قواعد قانون المنافسة على نشاط التأمين قد يمكن فئة المؤمن لهم المهنيين من الاستفادة من هذه القواعد للحماية ضد البنود التعسفية التي لا يمكن أن يوفرها لهم قانون حماية المستهلك الذي لا يجد مجالا له للتطبيق في العلاقات التعاقدية بين المهنيين.

بتطبيق قواعد المنافسة على نشاط التأمين، فإن المؤمن له المهني يمكن أن يستفيد من الحماية ضد البنود التعسفية من خلال حظر الممارسات المنافية للمنافسة وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>(1)</sup> (الفرع الثاني)، لكن قبل التطرق لهذه الحماية المحتملة، نبين أولا هذه الأجهزة التي تمارس دور الضابط لتطبيق قواعد قانون المنافسة في قطاع التأمين (الفرع الأول).

## الفرع الأول

### أجهزة التدخل لضبط قطاع التأمين

من نتائج إزالة التنظيم وتخلي الدولة تدريجيا عن التسيير المباشر لنشاطات اقتصادية هامة، ضرورة مراقبة هذا الانسحاب بإنشاء سلطات الضبط الإدارية كأداة لتحقيق أهداف السياسة الاقتصادية الجديدة التي تعتمد المنافسة أساسا لها في مسار الاندماج في الاقتصاد العالمي<sup>(2)</sup>.

الأصل في ضبط قطاع التأمين أن يتم من طرف لجنة الإشراف على التأمينات بوصفها سلطة ضبط قطاعية مختصة في التأمين (أولا)، إلا أنها ليست الوحيدة المخولة بذلك، إذ تتقاسمه مع سلطة إدارية مستقلة أسندت له مهمة الضبط العام للسوق، وهو مجلس المنافسة (ثانيا).

<sup>1</sup> - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008، وبالقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

<sup>2</sup> - ZOUAIMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique », Revue IDARA, n° 28, 2004, p 23.

أولاً: لجنة الإشراف على التأمينات: يجسد الضبط القطاعي مهمة تحقيق المنافسة الحرة والنزاهة بين الأعوان الاقتصاديين في قطاع اقتصادي محدد تزامنا مع انسحاب الدولة من التسيير المباشر للنشاط الاقتصادي لصالح هيئات الضبط التي تشرف مباشرة على السير الحسن للقطاع الاقتصادي الذي تشرف عليه، والتي من بينها لجنة الإشراف على التأمينات التي تختص بضبط قطاع التأمين.

تم فتح نشاط التأمين للاستثمار الخاص الوطني والأجنبي بعد صدور الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي أزال احتكار الدولة لهذا القطاع الحساس، إلا أن مهمة ضبطه بقيت حكرا على الدولة ممثلة في الوزير الكلف بالمالية<sup>(1)</sup>، وقد بقي الوضع على حاله إلى غاية 2006 تاريخ إنشاء هيئة ضبط قطاعية مختصة في مجال التأمين تدعى بلجنة الإشراف على التأمينات<sup>(2)</sup>.

بهذا أصبح لقطاع التأمين هيئة ضبط مختصة لتأطير المنافسة فيه من خلال الرقابة التي تمارسها لجنة الإشراف على التأمينات والعقوبات التي تفرضها بهدف ردع كل الممارسات التي تمس بالمنافسة في مجال عملها بحسب السلطات المخولة لها من طرف المشرع.

باعتبارها جهازا مختصا في مجال التأمين، تكلف لجنة الإشراف على التأمينات بمهام الحفاظ على المنافسة في سوق التأمين من خلال سلطة الرقابة على الممارسات المنافسة للمنافسة، فيجب البحث في مدى انطباق وصف سلطة الضبط الإدارية المستقلة على اللجنة، لأن النص القانوني المنشئ لها لم يلحقها بأي تكييف قانوني يسمح بوصفها مسبقا أنها سلطة إدارية مستقلة.

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, « Le statut juridique de la commission de supervision des assurances », Revue IDARA, n° 31, 2006, p 9.

<sup>2</sup> - أنشأت بموجب المادة 26 من القانون رقم 06-04 التي عدلت المادة 209 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، مرجع سابق.

لذلك يتعين البحث في مدى توافر هذه العناصر في اللجنة حتى نتمكن من الوصول إلى إلحاق التكيف القانوني الذي ينطبق عليها؛ لأن تخلف أحد هذه العناصر يوجب اختلاف التكيف القانوني لها.

للوصول لهذه النتيجة فإن الأمر يستوجب البحث في مدى تحقق عنصر السلطة (1) والطابع الإداري (2) والاستقلالية (3) في اللجنة حتى تكيف على أنها سلطة ضبط إدارية مستقلة (1).

1- وجوب توافر عنصر السلطة في اللجنة: تنص المادة 209 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أن: « تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية »<sup>(1)</sup>.

يتضح من هذا النص أن المشرع لم يلحق اللجنة بوصف السلطة؛ لأنه وظّف مصطلح «اللجنة» بمعنى « la commission » وليس مصطلح السلطة الذي يفيد بالفرنسية « L'autorité » الذي يوظفه المشرع الفرنسي للتعبير عن سلطات الضبط الإدارية المستقلة<sup>(2)</sup>.

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على إنشاء لجنة قطاعية مختصة في ضبط قطاع التأمين دون إلحاقها بأي وصف صريح يفيد بأنها سلطة، لكن لا يجب أن تفسر على أنها مجرد لجنة تظهر بمظهر الهيئة التي تستشار في مجال التأمين لا المخولة بتطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لهذا القطاع<sup>(3)</sup>؛ لأنه لو صح تفسير اللجنة بشيئها بالهيئة المجردة من السلطة، سيثار التساؤل على أي أساس تتخذ قرارات بإرادتها المنفردة وتكون قابلة للتنفيذ مباشرة على المتدخلين في قطاع التأمين.

<sup>1</sup>- المادة 209 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدلة بالمادة 26 من القانون رقم 06-04، مرجع سابق.  
<sup>2</sup>- إرزيل الكاهنة، « دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، مارس 2011، ص 291.  
<sup>3</sup>- أوديع نادية، « صلاحيات سلطة الضبط في مجال التأمين (لجنة الإشراف على التأمين) »، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007، ص 125.

لقد أوفي الأستاذ زوايمية رشيد بإزالة اللبس عن مسألة مدى منح السلطة للجنة، إذ أكد بأن لجنة الإشراف على التأمينات هي سلطة على أساس أنها تستأثر بصلاحيات خاصة بها تمارسها بموجب اتخاذ قرارات قابلة للتنفيذ من أجل تطهير وترقية السوق الوطنية للتأمين، وهي الأهداف التي لن تتحقق لو لم تكن تتمتع لجنة الإشراف على التأمينات بالسلطة<sup>(1)</sup>. وعليه فلا يمكن قبول فكرة رفض تكييف اللجنة على أنها سلطة، لكن هل يمكن اعتبار أنها تتصف بالطابع الإداري؟

2- **وجوب اعتبار اللجنة ذات طابع إداري:** يمكن أن يؤخذ على مدى اعتبار اللجنة ذات طابع إداري مأخذين: الأول يتمثل في وجود قاضيين في تشكيل اللجنة<sup>(2)</sup>، أما الثاني يثيره منح اللجنة صلاحيات اتخاذ عقوبات ردية مماثلة لتلك التي يتخذها القاضي كتقليص نشاط شركة التأمين في فرع أو عدة فروع للتأمين<sup>(3)</sup>.

هاذين المأخذين مردود عليهما؛ لأن وجود قاضيين في اللجنة مرتبط بتوافر مختصين في القانون على أعلى مستوى، إذ تقترحهما المحكمة العليا، فصفة القاضي لن تغير في تكييف اللجنة من إدارية إلى قضائية طالما أن ذلك مسألة تتعلق بوجود مختصين في مجال القانون، هذا من جهة.

من جهة أخرى، بالرغم من أن للجنة صلاحية تقرير عقوبات ردية شبيهة بتلك التي يقرها القاضي فهذا لا يعني أن نستنتج أنها سلطة قضائية؛ لأنه فيما يتعلق بقرارات اللجنة الخاصة بتعيين المتصرف المؤقت قابلة للطعن أما مجلس الدولة، لكن دون أي إحالة إلى الطعن بالاستئناف أو النقض<sup>(4)</sup>، لهذا فالمنطق يقضي بأن لا يتعلق الأمر هنا إلا بالطعن بالإلغاء، ومن البديهي أن قرارات السلطة الإدارية المستقلة تكون قابلة للطعن بالإلغاء، وهذا

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation financière en Algérie, Belkeise, Alger 2013, p 148.

<sup>2</sup> - المادة 209 مكرر 2 من أمر رقم 07-95 يتعلق بالتأمينات، أضيفت بالمادة 27 من القانون رقم 06-04، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 213 من أمر رقم 07-95 يتعلق بالتأمينات، معدلة بالمادة 31 من القانون رقم 06-04، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - الفقرة الأخيرة للمادة 213 من الأمر نفسه.

ما يجعل من لجنة الإشراف على التأمينات سلطة ذات طابع إداري<sup>(1)</sup>. لكن هل تتمتع بنفس الاستقلالية التي تتميز بها سلطات الضبط الإداري؟

**3- مدى استقلالية اللجنة:** تتحدد استقلالية اللجنة من خلال معيارين: الأول عضوي والثاني وظيفي.

مبدئيا لا يثير المعيار العضوي إشكالية استقلالية اللجنة، لأن تأسيسها تم بموجب نص تشريعي على خلاف الأجهزة الملحقة بالوزارة والتي تنشأ بموجب نص تنظيمي، وأن النص لم يخضعها لأي وصاية إدارية أو سلطة سلمية<sup>(2)</sup>.

إلا أن هذه الاستقلالية العضوية مردود عليها من ثلاث نواحي: الأولى تتعلق بتشكيل اللجنة، فهي تتكون من قاضيين، وممثل عن الوزير المكلف بالمالية، وخبير في ميدان التأمين يقترحه نفس الوزير<sup>(3)</sup>، وهذه التشكيلة تحد من استقلالية اللجنة؛ لأن الاستقلالية تتنافى مع التبعية العضوية للوزير المكلف بالمالية<sup>(4)</sup>. أما الثانية فترتبط بطريقة تعيين أعضاء اللجنة، فباستثناء القاضيين اللذان تعينهما المحكمة العليا، فإن السلطة التنفيذية تستأثر سلطة تعيين باقي الأعضاء بإقصاء دور المتدخلين في سوق التأمين من اقتراح الخبير<sup>(5)</sup>. وأما الثالثة فتتعلق بعهددة أعضاء اللجنة، إذ يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي، وتنتهي مهامهم بنفس الأشكال، دون أي ضمانات قانونية فيما يتعلق بمدة العهدة أو إنهاؤها، وهي المعطيات التي تمس بالاستقلالية العضوية للجنة<sup>(6)</sup>.

أما معيار الاستقلال الوظيفي فهو تعبير على أن للجنة القدرة على اتخاذ القرارات اللازمة بعيدا عن أي تدخل أو خضوع خارجي لسلطة سلمية أو وصائية<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation financière..., op cit, p 149.

<sup>2</sup> - أوديع نادية، مرجع سابق، ص 125.

<sup>3</sup> - المادة 209 مكرر 2 من أمر رقم 07-95 يتعلق بالتأمينات، أضيفت بالمادة 27 من القانون رقم 06-04، سالف

الذكر

<sup>4</sup> - ZOUAIMIA Rachid, « Le statut juridique de la commission... », op cit, p 11.

<sup>5</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation financière..., op cit, p 154.

<sup>6</sup> - إرزيل الكاهنة، « دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين »، مرجع سابق، ص 296.

<sup>7</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation financière..., op cit, p 152.



غير أن إسقاطه على اللجنة يظهر إشكالات تنال من استقلالية اللجنة من الناحية الوظيفية من ثلاث جوانب: الجانب الأول يتعلق بالنظام الداخلي للجنة؛ إذ لم ينص المشرع على أن يتم وضعه من طرف السلطة التنفيذية، ولم ينص على منح اللجنة سلطة وضع نظامها الداخلي<sup>(1)</sup>، وهنا نكون أمام فرضين، فإذا قامت اللجنة بوضع نظامها الداخلي فيتحقق عنصر الاستقلال الوظيفي لها، أما إذا وضعت السلطة التنظيمية، فهذا سينال من أحد عناصر استقلاليتها الوظيفية<sup>(2)</sup>.

أما الجانب الثاني فيتعلق بالوسائل المادية للجنة، إذ أقر المشرع صراحة على أن تتكفل الدولة بتمويلها<sup>(3)</sup>، هذا ما يجعل منها تابعة للسلطة التنفيذية من هذا الجانب، وهو ما يتعارض مع فكرة الاستقلالية الوظيفية. أما الجانب الثالث، هو إلحاق اللجنة بأجهزة السلطة التنفيذية عند ممارسة مهامها، فهي تتصرف بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية، بمعنى أن يكون الموظفين خاضعين للسلطة السلمية للوزير، وهو ما يستبعد منطقيا الاستقلال الوظيفي للجنة.

هذا ما يبين أن لجنة الإشراف على التأمينات لا تتمتع بالاستقلالية، فهي تابعة للوزير المكلف بالمالية من حيث تمويلها وآليات أداء مهامها، وهو ما لا يعكس الغاية من وراء إحداثها؛ لأن مهامها تتضمن تحقيق غايات النظام العام الحمائي بضمان مصالح المؤمن لهم، وتحقيق غايات النظام العام الاقتصادي التوجيهي بترقية سوق التأمين واندماجها في النشاط الاقتصادي. وهذا ما يطرح مسألة شمولية صلاحيات واستقلالية اللجنة لهذه الأهداف بصفتها لجنة ضبط قطاعية مختصة في مجال التأمين<sup>(4)</sup>، إلى جانب مجلس الدولة الذي يملك سلطات الضبط العام.

**ثانيا: مجلس المنافسة:** تتلخص الفكرة الأساسية من وراء إحداث مجلس للمنافسة في عنصرين هامين: الأول لتغطية انسحاب الدولة من التنظيم المباشر للاقتصاد، والثاني

<sup>1</sup> - الفقرة الثانية من المادة 209 مكرر 3 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - إرزيل الكاهنة، « دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين»، مرجع سابق، ص 297.

<sup>3</sup> - المادة 209 مكرر 3 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation financière..., op cit, p 160.

لإسناد سلطة متابعة وقمع المخالفات المنافية للمنافسة لهيئة خاصة ليست ذات طابع قضائي<sup>(1)</sup>. ويتحدد الدور الضبطي لمجلس المنافسة من خلال تشكيله (1) وصلاحياته الواسعة<sup>(2)</sup>، واستقلاليتها<sup>(3)</sup>.

**1- تشكيل مجلس المنافسة:** أول ما يمكن ملاحظته على تشكيل مجلس المنافسة هو تغييرها من حيث العدد وصفة الأعضاء؛ فبعدما كان يتضمن تسعة أعضاء من بينهم قضاة<sup>(2)</sup>، أصبح يتضمن اثني عشر عضواً، لكن تم إقصاء ممثلي القضاء من قضاة ومستشارين من تشكيل المجلس الذي أصبح يتشكل من:

- ستة (6) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ماثلة وخبرة مدة ثماني (8) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي والتي لها مؤهلات في مجالات المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وفي مجال الملكية الفكرية،

- أربعة (4) أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية مدة خمسة (5) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة،  
- عضوان (2) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلك<sup>(3)</sup>.

يلاحظ على هذه التشكيلة أن المشرع قد راعى معيار الخبرة والتخصص في المجالات المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، كما راعى وجود تمثيل للمستهلكين، وهو ما يعكس إقحام حماية المستهلك في قانون المنافسة كعنصر هام في عملية النمو الاقتصادي والاجتماعي، والذي يعتبر كأهم مظاهر النظام العام الاقتصادي الحديث<sup>(4)</sup> الذي يساهم مجلس المنافسة في تحقيق أهدافه من خلال الصلاحيات المخول بها لضبط المنافسة في السوق.

<sup>1</sup>- تيورسي محمد، مرجع سابق، ص 326.

<sup>2</sup>- مضمون المادة 24 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة قبل تعديل 2008.

<sup>3</sup>- المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 10 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - FARJAT Gérard, op cit, p 36.

2- **صلاحيات مجلس المنافسة:** خول المشرع مجلس المنافسة مجموعة من الصلاحيات في سبيل تحقيق غايات قانون المنافسة، وقد ميّز فيها بين الصلاحيات الاستشارية (أ)، والتنازعية (ب)، التنظيمية (ج).

أ- **صلاحيات المجلس الاستشارية:** يمكن أن تتخذ الصلاحيات ذات الطابع الاستشاري لمجلس المنافسة شكل الاستشارة الإلزامية أو شكل الاستشارة الإختيارية حول المسائل المتعلقة بالمنافسة.

تكون استشارة مجلس المنافسة من طرف الحكومة وجوبية في مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، لاسيما ما يتعلق بوضع تدابير جديدة لممارسة مهنة محددة، أو فرض شروط خاصة لممارسات نشاطات الإنتاج، والتوزيع، والخدمات، أو تقرير رسوم حصرية في مناطق جغرافية محددة<sup>(1)</sup>، لكن يبقى رأي المجلس ليس ملزما للحكومة. إلا أن المشرع وضع قاعدة عكسية، إذ جعل رأي المجلس ملزما في مواجهه المؤسسات الاقتصادية فيما يتعلق بمشاريع عمليات التجميع التي تقدم له وجوبا من طرف أصحابها<sup>(2)</sup>.

تكون استشارة المجلس إختيارية كلما كان لكل ذي مصلحة في السوق الحرية في طلب الاستشارة أو تجاوزها دون أن يرتب القانون أي أثر عن هذا التجاوز. أما عن الأطراف المعنيين بطلب الاستشارة فإن الأمر يتعلق أساسا بالهيئات اللامركزية، والهيئات الاقتصادية والمالية، والجمعيات المهنية أو النقابية، وخاصة الجهات القضائية وجمعيات حماية المستهلك<sup>(3)</sup>.

ب- **الصلاحيات ذات الطابع التنازعي:** يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات تنازعية تشمل كل الممارسات المنافية للمنافسة، وهي الصلاحيات التي يمارسها من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارته من كل طرف له مصلحة في سوق معينة، وللمجلس اتخاذ كل التدابير والإجراءات

<sup>1</sup> - المادة 36 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 19 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 17 وما يليها من الأمر نفسه.

<sup>3</sup> - المادتين 35 و 38 من الأمر نفسه.

القانونية اللازمة لقمع كل الممارسات التي بعد إجراءه للبحث والتحقيقات يتوصل إلى أنها تعرقل المنافسة في السوق<sup>(1)</sup>.

ج- **الصلاحيات ذات الطابع التنظيمي:** أجاز المشرع مجلس المنافسة صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة في شكل نظام أو تعليمة أو منشور من أجل التمكن من ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها في منطقة جغرافية معينة أو حالة قطاعات النشاط التي تقل أو تنعدم فيها المنافسة<sup>(2)</sup>.

نخلص مما سلف إلى أن مجلس المنافسة يتمتع بصلاحيات هامة عند ممارسة مهامه الضبطية، إلا أن مسألة استقلاليته أثناء ممارسة صلاحياته تثير عدة تساؤلات.

3- **استقلالية مجلس المنافسة:** أطلق المشرع صراحة وصف السلطة الإدارية المستقلة على مجلس المنافسة في نص المادة 23 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدل بقانون رقم 12-08، إذ جاء نص المادة 1/23 المعدلة على أن: « **تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة** ».

يتبين من نص المادة المذكورة أن المشرع أضفى على مجلس المنافسة وصف السلطة الإدارية المستقلة، وتلازم هذه الصفات الثلاث شرط أساسي لتمكين المجلس من ممارسة صلاحيته في ضبط المنافسة في السوق.

يتأكد الطابع السلطوي لمجلس المنافسة من خلال الصلاحيات القانونية الواسعة والهامة التي يتمتع بها من أجل التحقيق وقمع الممارسات التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة أو تزييف المنافسة، وله أن يتحرك من تلقاء نفسه أو بناء على إخطار يتلقاه من الأشخاص المؤهلة لذلك قانوناً، يكون موضوعه التحري في كل الممارسات التي من شأنها أن تمس بالسير الحسن للمنافسة.

<sup>1</sup>- المادة 37 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- المادة 2/34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدلة بالمادة 18 من القانون رقم 12-08، سالف الذكر.

وله في سبيل تحقيق ذلك أن يتخذ كل التدابير اللازمة كلما كان هناك مساس بالمنافسة في السوق من أجل قمعها وفرض عقوبات على المؤسسات الاقتصادية التي تكو طرفا في الممارسات المنافسة للمنافسة، وهي السلطات التي كانت تمارسها السلطتين التنفيذية والقضائية قبل إنشاء المجلس<sup>(1)</sup>.

أما ما يؤكد الطابع الإداري لمجلس المنافسة هو وصفه بصريح النص المادة 23 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر بأنه سلطة إدارية، هذا من جهة، وخضوع المقررات التي يصدرها للطعن أمام القاضي الإداري من جهة أخرى<sup>(2)</sup>؛ لأن هذا الأخير لن يكون مختصا لو أن المجلس يخلو من الطابع الإداري، وهذا بغض النظر عن إخضاع جانب آخر من مقرراته للطعن أما القضاء العادي<sup>(3)</sup>.

وفي ما يخص مسألة استقلالية المجلس، فقد نص المشرع على تمتعه بالاستقلالية، إلا أنها مسألة ينظر إليها من زاويتين: الأولى تتعلق بالمعيار العضوي والثانية تتعلق بالمعيار الوظيفي لهذه الاستقلالية.

يبرز الاستقلال العضوي لمجلس المنافسة بالنظر إلى تشكيلته الجماعية التي تضم مختلف الفاعلين في النشاط الاقتصادي بما في ذلك ممثلي فئة المستهلكين، وتحديد مدة عهدهم بأربع سنوات قابلة للتجديد، فتحديد مدة العهدة يمثل ضمانا لاستقلالية الأعضاء؛ لأنه مبدئيا حتى وإن كان تعيينهم وإنهاء مهامهم تتم بموجب مرسوم رئاسي، إلا أن تحديد مدة العهدة بأربع سنوات من شأنه أن يحصر حالات تدخل رئيس الجمهورية لعزلهم على الحالات الاستثنائية.

<sup>1</sup>- كثر محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004/2005، ص 267.

<sup>2</sup>- يكون قرار رفض التجميع قابلا للطعن أمام مجلس الدولة، المادة 19 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 7 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- تكون قرارات المجلس المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 31 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

أما ما يبرز الاستقلال الوظيفي للمجلس هو عدم خضوعه لنظام التدرج السلمي الذي تخضع له الهيئات الإدارية العادية التابعة للسلطة التنفيذية؛ لأن القرارات التي يتخذها لردع الممارسات المناهية للمنافسة لا تخضع لرقابة سلمية أو وصائية من طرف السلطة التنفيذية. لكن بالرجوع إلى النصوص المنظمة لمجلس المنافسة يمكن إثارة بعض النقاط التي تمس باستقلالية المجلس من الناحية النظرية، والتي ستعكس كذلك على الواقع العملي، وهي تشكل حدودا لاستقلالية مجلس المنافسة.

رغم النص صراحة على استقلالية مجلس المنافسة إلا أنه توجد بعض النقاط التي من خلالها يؤخذ على تمتع المجلس بالاستقلالية، فلو رجعنا إلى النظام الداخلي للمجلس نجد أن رئيس الحكومة هو المكلف بوضعه<sup>(1)</sup>، وهو ما يتتافى مع خصوصية سلطات الضبط الإدارية المستقلة التي تضع بنفسها نظامها الداخلي.

بل أكثر من ذلك، يجد المجلس نفسه أمام تدخل السلطة التنفيذية في صلاحياته، إذ يحق لرئيس الحكومة التدخل لترخيص عملية التجميع التي كانت محلا لصدور قرار من المجلس برفض التجميع<sup>(2)</sup>، وهو ما يقلص من هامش صلاحيات المجلس واستقلاليته.

كما أن كون فكرة الاستقلالية تترجم بفكرة عدم الخضوع لأي سلطة سلمية أو وصائية، فإن إسقاط هذه الفكرة على مجلس المنافسة قد يثير إشكالا هاما؛ إذ تم وضع مجلس المنافسة لدى الوزير الكلف بالتجارة بعد تعديل قانون المنافسة في 2008<sup>(3)</sup>، وهو ما يمنح من الناحية العملية مكنة للسلطة التنفيذية في التأثير على ممارسة المجلس لصلاحياته والمساس باستقلاليته<sup>(4)</sup>.

لنخلص إلى القول بأن تدخل مجلس المنافسة ولجنة الإشراف على التأمينات لضبط قطاع التأمين يدور حول هدف واحد، وهو ضمان المنافسة النزيهة والحرية للمتدخلين في النشاط التأميني بقمع الممارسات المناهية للمنافسة، وهي الغاية التي من شأنها أن توفر

<sup>1</sup> - المادة 31 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 15 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>2</sup> - المادة 21 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 8 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 23 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 9 من القانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - كتو محمد الشريف، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 269.

الحماية ضد البنود التعسفية لفئة المؤمن لهم المهنيين، لكن بطريقة غير مباشرة لأنها تتم وفقا لشروط معينة.

## الفرع الثاني

### حظر الممارسات المنافسة للمنافسة: حماية غير مباشرة

باستثناء العقود التي تبرم بين المؤمن والمؤمن له التي تخضع لقواعد حماية المستهلك، فإن العلاقات التعاقدية التي تربط المؤمن فيما بينهم فإنها تخضع أساسا لقواعد المنافسة<sup>(1)</sup> التي تهدف إلى ضمان السير الحسن للسوق بضبط وتنظيم الاقتصاد<sup>(2)</sup>.

يمكن إذن أن تشكل قواعد قانون المنافسة آلية لحماية المؤمن له المهني ضد البنود التعسفية بموجب حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة (أولا) والتعسف في وضعية الهيمنة (ثانيا) وحظر التعسف في حالة التبعية الاقتصادية (ثالثا).

**أولا: حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة:** قبل تحليل إمكانية تطبيق قانون حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة على نشاط التأمين بشكل يمنح للمؤمن له المهني الحماية ضد البنود التعسفية (1)، نبين بصفة عامة المقصود بهذه الاتفاقات (2).

**1- الاتفاقات المقيدة للمنافسة بصفة عامة:** عموما يفترض في الاتفاقات المقيدة للمنافسة وجود اتفاق مسبق بين إرادات المؤسسات المتواطئة والتي تتمتع باستقلالية في اتخاذ القرار، على نحو يجعل أي عقد بينها يحتمل أن يخضع للأحكام القانونية التي تحظر الأعمال المدبرة المنافسة للمنافسة<sup>(3)</sup>، دون أي تمييز بين ما إذا كانت هذه الاتفاقات صريحة أو ضمنية<sup>(4)</sup>؛ فلا يتطلب القانون أن تكون الاتفاقات تعاقدية، إذ يكفي أن تكون شفوية كتشاور

<sup>1</sup> تقتصر دراسة الممارسات المنافسة للمنافسة من زاوية الحماية ضد البنود التعسفية للمؤمن له المهني.

<sup>2</sup> كتو محمد الشريف، « أهداف المنافسة »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 22.

<sup>3</sup> كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 90.

<sup>4</sup> تنص المادة 06 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية... ».

أو تبادل للمعلومات، لأن قانون المنافسة يهتم فقط بهدف أو أثر الاتفاق الذي هو تقييد المنافسة في السوق<sup>(1)</sup>.

فيشترط في الاتفاق المقيد للمنافسة استقلال إرادات الأطراف المساهمة فيه والتي تمارس نشاطا اقتصاديا بصفة دائمة، وأن يهدف هذا الاتفاق أو يؤدي أثره إلى إعاقة المنافسة أو الحد منها<sup>(2)</sup>، بغض النظر عما إذا كان الأطراف أشخاصا معنوية أو طبيعية، ويستوي أن يكون الطرف من القطاع العام أو القطاع الخاص، ودون أن تستثني الجمعيات والمنظمات المهنية<sup>(3)</sup>.

عليه، فإن معاينة أي اتفاق منافي للمنافسة يترتب عنه الحكم بإلغاء أي بند يتضمنه على أساس حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مع ذلك، ونظرا لخطورة بعض هذه الاتفاقات فقد أورد المشرع الجزائري بعض صور الاتفاقات المحظورة في المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>(4)</sup>.

يضطلع مجلس المنافسة بسلطة توقيع العقوبات على الممارسات المقيدة للمنافسة في إطار مهمته في الضبط العام للنشاطات الاقتصادية، على أن يتقاسم هذه المهمة مع السلطات الإدارية المستقلة التي تضطلع بمهمة الضبط القطاعية، والتي تنتمي إليها لجنة الإشراف على التأمينات المكلفة بضبط قطاع التأمين<sup>(5)</sup>.

يتم قمع الاتفاقات التي يثبت مجلس المنافسة أو لجنة الإشراف على التأمينات على أنها مقيدة للمنافسة عن طريق إصدار أوامر للمؤسسات المعنية من أجل تعديل الاتفاقية المقيدة للمنافسة عن طريق إلغاء أو تعديل البنود التعاقدية التي تضمنتها، وبصفة عامة،

<sup>1</sup>- ناصري نبيل، « تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق التنافسية وحماية المستهلك »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 146.

<sup>2</sup>- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 98.

<sup>3</sup>- مضمون المادة 2 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بقانون رقم 08-12، سالف الذكر.

<sup>4</sup>- تم ذكر هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر لأنه لا يمكن حصر هذه الاتفاقات. راجع مضمون المادة 6 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، سالف الذكر.

<sup>5</sup>- تياب نادية، مرجع سابق، ص 10.



الأمر بوقف الممارسات المقيدة للمنافسة مهما كان شكلها. وإلى جانب سلطة إصدار الأوامر، تطبق عقوبات مالية في شكل غرامات<sup>(1)</sup>.

يترتب على ما سلف، أن قيام الاتفاق المقيد للمنافسة من شأنه أن يضمن حماية للمهنيين ضد البنود التعسفية، وإذا كان الأمر كذلك، فهل يمكن للمؤمن له المهني أن يستفيد من هذه القواعد؟

**2- تطبيق حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة على عقد التأمين:** يخضع نشاط التأمين كغيره من النشاطات الاقتصادية لقواعد المنافسة التي تمنع قيام الاتفاقات أو الأعمال المدبرة التي يكون هدفها أو أثرها تقييد المنافسة، فهل يمكن أن تشكل أساسا قانونيا يستند عليه المؤمن له المهني للحماية ضد البنود التعسفية؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل من خلال قرار مجلس المنافسة الفرنسي الذي أصدره عند الفصل في قضية رفعها محامون ضد ممارسات نقابة المحامين لضاحية مرسيليا فيما يتعلق بتأمين مسؤوليتهم المهنية<sup>(2)</sup>.

تتعلق حيثيات القضية محل القرار بقيام نقيب المحامين بإبرام عقد تأمين جماعي لا يقتصر فقط على تغطية المسؤولية المهنية للمحامين، بل يمتد ليشمل عدة ضمانات أخرى لا تدخل في تأمين المسؤولية المهنية، كالتأمين ضد السرقة والكوارث الطبيعية.

قد برّر النقيب هذا الامتداد بالنظر إلى عاملين أساسيين: الأول مقدار القسط الإجمالي الذي دفعه بالمقارنة مع مجموع الضمانات المضافة لنطاق الضمان، والثاني طول مدة العقد. وأنه لم يرق بهذا الإجراء إلا بعد الحصول على الموافقة المطلقة من أعضاء مجلس المنظمة، وبالنتيجة يتعين على باقي المحامين الإلتزام بالإذعان إلى العقد المبرم من طرف المنظمة لحساب محامي نقابة مرسيليا وذلك طبقا للمادة 38 من النظام الداخلي للنقابة.

<sup>1</sup> - للتفصيل في موضوع هذه العقوبات، راجع: كتو محمد الشريف، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق ص

346 وما يليها،

<sup>2</sup> - Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003, relative à des pratiques mise en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances. Publié sur le site de l'Autorité de la concurrence : [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

كما أنه بالرجوع إلى الواقع العملي فمن الصعب على النقيب الذي تقع عليه المسؤولية، مراقبة مدى التزام كل محامي بالتأمين في حالة ما إذا تمتع كل منهم بحرية إبرام عقد تأمين على مسؤوليته المهنية بشكل فردي<sup>(1)</sup>.

اجتمع مجلس المنافسة للبت في موضوع اشتراط النقيب إلزام محامي نقابة ضاحية مرسيليا بالانخراط في عقد التأمين الجماعي على المسؤولية المهنية المبرم من طرفه بصفته رئيس النقابة، وهذا من زاوية أنه تصرف قائم بحد ذاته، ويؤسس لاتفاق مقيد للمنافسة طبقاً لأحكام المادة L. 420-1 من التقنين التجاري<sup>(2)</sup>، مما يستوجب إلغائه.

من أجل تقدير ما إذا كانت المنافسة بموجب هذا الإلزام قد تم عرقلتها أم لا، فإن مجلس المنافسة قد اعتبر أن قيام النقيب باكتتاب عقد تأمين جماعي باسم المنظمة لتغطية المسؤولية المهنية للمحامين وبعض الأخطار الأخرى، أنه قد أنجز تصرفاً ذو طبيعة اقتصادية، إلا أن النقيب أنكر إمكانية تكييف اختيار عقد التأمين الجماعي الإلزامي للمحامين على أنه تصرف يدخل ضمن نشاطات الإنتاج، أو التوزيع، أو الخدمات.

غير أن مجلس المنافسة قد اعتبره كذلك؛ لأن عملية اكتتاب العقد تطلبت تواجد متعاملين، طالب التأمين الذي يتمثل في المؤمن له المحتمل، والعارض المتمثل في شركة التأمين، والتي في مقابل الأقساط، سوف يتحمل الخطر إذا حدث، وفي هذه الحالة فإن النقيب يتدخل بصفته وسيط بين المؤمن والمحامين، وباعتباره كذلك، فيكون قد أنجز تصرفاً ذا طبيعة اقتصادية من شأنه المساس بسير السوق المعني، مما يستوجب استبعاد المأخذ الذي تمسك به النقيب<sup>(3)</sup>.

أثناء دراسة بنود عقد التأمين الجماعي محل الإخطار من بعض محامي نقابة مرسيليا الذين رفضوا الطابع الإلزامي للانضمام إلى العقد، فقد قرر مجلس المنافسة أنه عملاً بالمادة

<sup>1</sup> - Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003, op.cit. P 4.

<sup>2</sup> - « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à* :». Article L. 420-1 du Code de commerce. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>3</sup> - Cons.Conc. Décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003, op cit, p 7.

27 من قانون 31 ديسمبر 1971 المتعلق بإصلاح بعض المهن القضائية، لم تترك للمحامين حرية عدم الانضمام إلى عقد التأمين الجماعي عن المسؤولية المهنية الذي يبرمه النقيب، لأن الإلزام ناتج مباشرة عن تطبيق القانون السالف الذكر، ويجب أن يفسر كذلك، وبالنتيجة فهو بند يدخل ضمن حالات الإعفاء المقررة في المادة<sup>1</sup> L. 420-4-1 من التقنين التجاري<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالبنود الأخرى، فقد قرر مجلس المنافسة أن النقيب قد خرق أحكام المادة L. 420-1 من التقنين التجاري، وذلك عندما ألزم المحامين بالانضمام إلى عقد التأمين الجماعي لضمان المسؤولية المهنية، بما في ذلك ضمان الأضرار الناتجة عن الكوارث الطبيعية، وضمان الأشياء والملابس المودعة في غرف تغيير الملابس، وهو بذلك لم يترك للمحامين حرية إختيار المؤمن وتحديد الاكتتاب في الضمانات التي ليس لها علاقة بمسؤوليتهم المهنية<sup>(2)</sup>.

ليخلص مجلس المنافسة إلى وجوب أن يكف النقيب عن إجبار المحامين الانضمام إلى عقد التأمين الجماعي فيما يتعلق بهذه الضمانات، باستثناء ضمان المسؤولية المهنية، وأن يتدخل بالسحب من العقد لكل البنود المتعلقة بضمان الأضرار الناتجة عن الكوارث الطبيعية، وضمان الأشياء والملابس المودعة في غرف تغيير الملابس<sup>(3)</sup>.

لنتأكد بهذا أن قانون حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة منح حلا لفئة المحامين حماية ضد البنود التعسفية التي فرضها النقيب عليهم بموجب عقد التأمين الجماعي من المسؤولية المهنية، إلا أن هذه الحماية تتطلب تحقق شرط، وهو أن يؤدي الاتفاق إلى تزييف أو عرقلة المنافسة في سوق التأمين من المسؤولية المهنية للمحامين، وهذا ما يجعلها حماية غير مباشرة، والتي تعززت بمنع التعسف في وضعية الهيمنة.

**ثانيا: منع التعسف في وضعية الهيمنة:** تنتج وضعية الهيمنة على السوق عندما تتمتع مؤسسة معينة أو أكثر بقوة اقتصادية في السوق المعني، تتيح لها تقادي ضغوطات من

<sup>1</sup> - Cons.Conc. Décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003, op cit, p 9.

<sup>2</sup> -Ibid, p 9.

<sup>3</sup> - Ibid, p 10.

المؤسسات الأخرى المنافسة لها في نفس السوق، لتصل إلى درجة تمكنها من فرض شروطها على زبائنها أو مموئنها<sup>(1)</sup>.

مبدئياً وضعية الهيمنة على السوق مشروعة، فلا يمكن الاعتراض عن تواجد أي مؤسسة في مثل هذه الوضعية إلا إذا كان هذا الاعتراض مرتبطاً أو مؤسساً على إثبات التعسف في وضعية الهيمنة على السوق باستغلال المؤسسة المهيمنة لقوتها الاقتصادية من أجل عرقلة المنافسة في السوق المعني أو تزييفها، وعليه فالاستغلال التعسفي شرط وجوبي لحظر وضعية الهيمنة<sup>(2)</sup>.

منع المشرع الجزائري حالة التعسف في وضعية الهيمنة بموجب نص المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: « يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد: - الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها... »<sup>(3)</sup>.

إذا كان حظر التعسف في وضعية الهيمنة مقرر لحماية المنافسة في السوق المعنية بحماية حق المؤسسات الأخرى في المنافسة الحرة، فهل من الراجح جواز تمسك المؤمن له المهني بمنع التعسف في وضعية الهيمنة للاستفادة من الحماية ضد البنود التعسفية؟

تطرق مجلس المنافسة الفرنسي لهذه المسألة بموجب إخطار يتعلق بميدان تأمين المسؤولية المدنية الطبية، وذلك للفصل في طلب المختصين في مجال الأشعة فوق الصوتية الجينية الذين أثاروا مسألة أقساط التأمين المرتفعة بشكل تعسفي بعد إعلان شركتي التأمين MACSF و Sou Médical التجمع في شكل التأمين المشترك وإنشاء شركة GAMM (Groupe des Assurances Mutuelles Médicale)<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- وهو التعريف الذي قدمه المادة 2 فقرة ج من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، إذ نصت على أن: « ج- وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموئنها ».

<sup>2</sup>- كثر محمد الشريف الممارسات المنافسة للمنافسة... ، مرجع سابق، ص 154.

<sup>3</sup>- أوردت نفس المادة حالات أخرى يتحقق فيها التعسف في وضعية الهيمنة، وهي واردة على سبيل المثال فقط.

<sup>4</sup> - Cons.Conc. Décision n° 06-D-34, du 9 novembre 2006, relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale. Publié sur le site de l'Autorité de la concurrence : [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

حيث ادعى الأخصائيون في مجال الأشعة الجينية بأن شركة التأمين المشترك قد تعسفت في وضعية الهيمنة في سوق تأمين المسؤولية المدنية الطبية لفتتهم وذلك برفع الأقساط بطريقة تحكيمية.

وقد عاين مجلس المنافسة عند الفصل في القضية واستنتج أن شركة التأمين المشترك تتمتع بوضعية الهيمنة على السوق المعنية، لأن الغالبية المطلقة لهذه الفئة من الأخصائيين يؤمنون على المسؤولية المدنية الطبية لدى شركتي التأمين MACSF و Sou Médical لمحدودية عرض هذه الخدمات من طرف شركات تأمين أخرى<sup>(1)</sup>.

أما عند فحص المجلس لإمكانية وجود التعسف، فقد ذهب إلى إنكار وجود أي عنصر في موضوع الطلب يؤكد أن شركتي التأمين MACSF و Sou Médical قد تعسفتا في وضعية الهيمنة على هذه السوق باللجوء إلى الرفع المصطنع للأقساط بدون مبرر قانوني أو اقتصادي، لأن السعر لا يمكن أن يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة إلا إذا كان مبالغا فيه بالمقارنة مع القيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة<sup>(2)</sup>، وهو الأمر الذي لم يتحقق في هذه الحالة بالنظر إلى زيادة تكاليف تأمين المسؤولية الطبية لأخصائي الأشعة الجينية والتي عرفت تطورا هاما في سياق توفير حماية أكثر للمرضى، مما أدى إلى ارتفاع درجة وقوع الخطر ومبالغ التعويض<sup>(3)</sup>.

ليخلص المجلس إلى أن مقدار الأقساط تتناسب مع خصوصية الأخطار المضمونة، مما مفاده أن شركتي التأمين لم تتعسفا في وضعية الهيمنة، لأن ارتفاع الأقساط لم ينتج عن وضعية الهيمنة وإنما فرضته اعتبارات الملاءة أمام هذا النوع من الأخطار<sup>(4)</sup>.

بغض النظر عن هذه النتيجة التي توصل إليها مجلس المنافسة الفرنسي، فإن ما يلفت الانتباه هو إمكانية المؤمن له المهني الرجوع إلى قواعد المنافسة ويتأسس عليها للاستفادة من الحماية ضد البنود التعسفية التي يفرضها عليه المؤمن، لكن تحت شروط معينة، إذ

<sup>1</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 231.

<sup>2</sup> - Cons.Conc. Décision n° 06-D-34, du 9 novembre 2006, op cit, p 13.

<sup>3</sup> - Ibid, p 3.

<sup>4</sup> - Ibid, p 17.

يتعين عليه إثبات أن التعسف ناتج عن ممارسات منافية للمنافسة، لهذا اعتبرت أنها حماية غير مباشرة<sup>(1)</sup>.

عليه فإن اعتبار المؤمن له المهني من الفئات المستثناة من نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك لا يعني حرمانه من أي حماية ضد البنود التعسفية، لأن قواعد قانون المنافسة تَبقى له إمكانية الاستفادة من هذه الحماية من خلال منع التعسف في وضعية الهيمنة والذي تعزز بمنع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

**ثالثاً: منع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية:** إذا كان قانون المنافسة يمنع استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في العلاقات التجارية التي تربط بين مؤسستين إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى عرقلة المنافسة في السوق<sup>(2)</sup>، فهل يمكن توظيف هذا المنع لحماية المؤمن له المهني ضد البنود التعسفية ؟

يُشترط لمنع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تحقق شرطين: الأول وجود حالة التبعية التي تستلزم حتما علاقة تعاقدية توزيعية أو تموينية بين مؤسستين، والثاني أن يتم استغلال هذه التبعية بشكل تعسفي يؤدي إلى إعاقة المنافسة أو تقييدها أو تزييفها، كأن يعتمد الممون أو الموزع القيام بممارسات يكون هدفها أو أثرها القضاء على مؤسسة معينة. فلا يحظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية إلا إذا بلغ القدر الذي يمس فيه بالمنافسة<sup>(3)</sup>.

لهذا يبدو من الصعب من الناحية العملية الاعتماد على حظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية كآلية لحماية المؤمن له المهني من البنود التعسفية؛ لأن تطبيقها يتطلب علاقة تعاقدية بين المؤمن بصفته ممونا وبين المؤمن له المهني الذي يكون بدوره زبونا،

<sup>1</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 231.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/11 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: « يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفقتها زبونها أو ممونها إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة ».

<sup>3</sup> - لأكثر تفصيل راجع: كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية... مرجع سابق، ص 52 وما يليها، كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 184 وما يليها، تيورسي، مرجع سابق، ص 224 وما يليها.

وتربطهم علاقة تجارية بحيث لا يكون لهذا الأخير حل بديل مقارن إذا ما أراد رفض التعاقد بالشروط التي يفرضها عليه المؤمن.

لكن لا تتحقق هذه الفرضية إلا إذا كان المؤمن له المهني موزعا للمؤمن، كأن يكون وكيل عام للتأمين أو سمسار التأمين أو في إطار ما يسمى بصرفة التأمين، وفي هذه الحالة تنتفي صفة المؤمن له المهني على الوسيط.

يظهر مما سلف، أن تطبيق حظر الممارسات المنافسة للمنافسة للحماية ضد البنود التعسفية قد أدى إلى توسيع نطاق الأشخاص الذين يمكن لهم الاستفادة من الحماية، لكن ليس على أساس معيار الإخلال الظاهر، وإنما على أساس أنها ممارسات يترتب عنها أثر مقيد للمنافسة، ففي غياب تأثير محسوس على المنافسة، فحتى ولو كان البند تعسفا لا يترتب عليه أي جزاء في منظور قانون المنافسة<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> - ALKHALFAN Ismail, op cit, p 232.

## خلاصة الباب الثاني:

تبنى المشرع الجزائري آليات أخرى حديثة حاول من خلالها اقتراح الحلول التي من شأنها أن توفر مثل هذه الحماية. غير أنه في نظرنا لم تأتي هذه المحاولات بالحل الذي يستوعب مقتضيات محاربة الشروط التعسفية في عقود التأمين.

وقد خلصنا من خلال هذا الباب إلى حتمية إدراج أحكام حمائية صريحة ضد الشروط التعسفية ضمن قانون التأمينات، كما بيننا ضرورتها النظرية والتطبيقية من خلال دراسة وتحليل آليات الحماية المباشرة وغير المباشرة التي يمكن للمؤمن له المستهلك أن يستفيد منها، وهذا حتى يكون قانون التأمينات من حيث المبدأ مستقلا في مسألة حماية المؤمن له ضد الشروط التعسفية عن أي تشريع أو تنظيم آخر ذات صلة بالموضوع.

إذا كان للمؤمن له المستهلك إمكانية الاستفادة من الحماية ضد الشروط التعسفية بطريقة مباشرة من خلال مثلا فرض العمل بالشروط النموذجية، وتطلب شكل خاص لصحة البنود الأساسية للعقد، أو إلزام المؤمن بإعلامه بالمضمون العقدي، أو بطريقة غير مباشرة من خلال مثلا اللجوء إلى القضاء، أو جمعيات حماية المستهلك، أو تدخل لجنة البنود التعسفية، إلا أنها كما رأينا تبقى آليات شبه شكلية، وهو ما يستوجب إرساء حماية حقيقية تستجيب لمقتضيات حماية المؤمن له المستهلك ضد الشروط التعسفية.

تساءلنا في الأخير عما إذا كان للمؤمن له الذي لا تتحقق فيه صفة المستهلك كما هي معرفة قانونا الحق في إثارة الحماية ضد الشروط التعسفية كما هي مقررة، والواقع أنه لا يكمن له إثارتها، خاصة في ظل غياب موقف القضاء من هذه المسألة.

أما بخصوص إمكانية الرجوع إلى أحكام قانون المنافسة للاستفادة من هذه الحماية، فقد تبين من خلال تحليلها أنه بالرغم من إمكانية تطبيق قانون المنافسة على عقود التأمين، إلا أنها لا يمكن اعتبارها بتاتا آلية لحماية المؤمن له غير المستهلك ضد الشروط التعسفية في مجال عقود التأمين، ومرد ذلك أنها حماية غير مباشرة، بمعنى أنها تفحص الشرط وتعاقب عليه بالنظر إلى مدى عرقلته للمنافسة وليس بالنظر إلى طابعه التعسفي.



خاتمة

أصبح التعامل بالبنود التعسفية في عقود التأمين ظاهرة لا يمكن تجاهلها، فقد أصبحت تطبق يوميا في الواقع، ولعل مرد ذلك اتساع نطاق إلزامية التأمين والتنامي التدريجي لثقافة التأمين.

تكمن الغاية من هذا البحث في تحليل مدى ملاءمة المنظومة القانونية الحمائية ضد البنود التعسفية في توفير الحماية المفترض تحقيقها للمؤمن له من هذه البنود التي تركز على عدم التوازن العقدي في عقود التأمين.

للوصول إلى هذه الغاية، لا يجب على الباحث الاكتفاء بتحليل النصوص القانونية والتطبيقات القضائية ذات الصلة بموضوع البحث، بل استلزم الأمر أولا بيان واقع إختلال التوازن العقدي بين المؤمن والمؤمن له والذي أدى إلى انتشار ظاهرة فرض التعامل بالبنود التعسفية في مجال عقود التأمين.

فقد اقتضت محاولة الكشف عن التفاوت الكبير بين المراكز التعاقدية للمؤمن والمؤمن له التركيز على فكرتين لم تلقيا اعتراضا من الباحثين في هذا المجال، وهما الوجود الفعلي لهذا التفاوت، وعجز القواعد العامة للقانون المدني في معالجة عدم التكافؤ.

فمن حقيقة الإختلال الواقعي للمراكز القانونية، فالبحث فيه تم من زاويتين: الأولى تهتم بصفة طرفي عقد التأمين، فالمؤمن بصفته شركة تجارية يتمتع بالقوة الاقتصادية التي انعكست بشكل مباشر على العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمؤمن له، بحيث منحت له كل الامتيازات التي يمكن أن يستغلها بسبب تفوق مركزه التعاقدية، منها التحكم في تقنيات التأمين، والتحرير الأحادي المساق لبنود العقد، وخاصة غياب المناقشة.

أما الثانية فقد ارتكزت على البحث في عقد التأمين نفسه، إذ يكتسب عقد التأمين بعض الخصائص التي تؤثر سلبا على المركز التعاقدية للمؤمن له، وهي خاصية الإذعان، وخاصية الاستهلاكية، وخاصية الإلزامية. وهي الخصائص التي يجد فيها المؤمن له نفسه في مركز تعاقدية ضعيف.

أما عن إمكانية الاعتماد على القواعد العامة في حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية فقد أظهرت عدم ملاءمتها في حل الإشكالات التي يثيرها فرض التعامل بالشروط التعسفية

في مجال عقود التأمين، لأنها حلول صيغت في ظل واقع إبرام العقود الذي كان يتسم بعدم التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العقد.

نتج عن هذا الوضع توجه المشرع الجزائري إلى صياغة تقنيات جديدة لا يتضمنها التقنين المدني من أجل مواجهة ظاهرة البنود التعسفية، لكن هذا ما كان ليحول دون تحديث للقواعد العامة المتضمنة في التقنين المدني. وهو ما تبين لنا من خلال تحليلي للآليات التي يمكن أن يتأسس عليها المؤمن له من أجل الحماية ضد البنود التعسفية.

فلو أقلينا نظرة شاملة على هذه الآليات المتاحة يمكن ملاحظة أن الحماية ضد البنود التعسفية في عقود التأمين تجد عدة مصادر لها: قانون التأمينات، وقانون الممارسات التجارية، وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، وقانون المنافسة، إضافة إلى أحكام القانون المدني، لكن حتى باجتماعها كلها لا توفر الحماية المفترض أن توفرها للمؤمن له، أما الاعتماد على كل مصدر لوحده لا يوفر إلا الحد الأدنى من هذه الحماية، ويمكن أن لا تتضمنها أصلا، خاصة قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وكل هذا راجع لعدة أسباب نعرضها تبعا لكل مصدر من مصادر هذه الحماية.

بالرجوع إلى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش باعتباره التشريعة العامة لحماية المستهلكين من أجل استخلاص القواعد التي يمكن أن تكفل للمؤمن له الحماية ضد البنود التعسفية، فلا يصعب استنتاج الدور المحدود جدا في توفير هذه الحماية، إذ لم يتضمن سوى آليتين: الأولى تتعلق بمفهوم المستهلك، والثانية تتعلق بتكريس التزام عام بالإعلام على عاتق المتدخل.

وفي اعتقادي أن يؤدي تطبيق التعريف القانوني للمستهلك إلى التضييق من نطاق الأشخاص الذي يمكن لهم الاستفادة من الحماية ضد البنود التعسفية، لأنه تعريف يحرم فئة المؤمن لهم الذين يتعاقدون لأغراض مهنتهم حتى ولو كان تعاقدهم خارج عن اختصاصاتهم المهنية، خاصة وأنهم يكونون في مركز المتعاقد الضعيف الذي يكون فيه المؤمن له المستهلك الذي يتصرف بدافع إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية.

ولن يتم تجاوز هذا المعطى إلا عن طريق التدخل القضائي الذي من شأنه أن يوسع من تعريف المستهلك ليشمل فئة المؤمن لهم الذين يتعاقدون لأغراض مهنتهم لكنهم يتصرفون خارج مؤهلاتهم المهنية، فهم في نفس حالة الجهل مع المستهلك بالمفهوم القانوني فيما يتعلق بالخدمة التأمينية. وهو الحل الذي ابتدعه القضاء الفرنسي، وهذا في انتظار موقف ودور القضاء من هذه المسألة في الجزائر.

أما فيما يتعلق بتكريس الالتزام بالإعلام على عاتق المتدخل فهو آلية هامة للوقاية ضد البنود التعسفية، لأنه يمنح للمؤمن له المستهلك الوقوف على وجه الدقة حول مدى ملاءمة العقد وبنوده للغاية من التعاقد، إلا أن تنظيمه بعد ذلك يبدو أنه يتسم غالبا بالتعميم على عقود الاستهلاك دون وضع التزام خاص بعقد التأمين، وهو الأمر الذي يتطلب مراعاة تنامي واقع تخصص العقود، لأن الالتزام بالإعلام كآلية للحد من التفاوت المعرفي بين المؤمن والمؤمن له يشكل آلية خاصة لمحاربة البنود التعسفية، إلا أن طريقة تنظيمه تحيل إلى أن المشرع الجزائري مازال متأثرا بالنظرة الكلاسيكية لحلول وضعت أساسا لمسايرة عدم ملاءمة القواعد العامة في معالجة التفاوت المعرفي بين طرفي عقد الاستهلاك بصفة عامة وعقد التأمين بصفة خاصة.

لا يثار أدنى شك أن قانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية يبقى المصدر الرئيسي للحماية التي يمكن للمؤمن له أن يستفيد منها ضد البنود التعسفية، لأنه كرس تعريفا قانونيا للبنود التعسفي، وتضمن قائمة للبنود التعسفية بقوة القانون، وقرر جزاء عن التعامل بها، لكنه اقتصر على العقوبات الجزائية دون الجزاء المدني لها. وتطبيقا لأحكام المادة 30 منه صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والذي بموجب المادة 6 منه تم إنشاء لجنة للبنود التعسفية.

لكن، ودون الانتقاص من الأحكام الحمائية ضد البنود التعسفية التي تضمنها القانون المذكور أعلاه، فإن الوقوف على مدى توفيرها الحماية للمؤمن له ضد البنود التعسفية تبقى من ناحية الواقع العملي صعبة جدا لسببين رئيسيين هما: الأول يتمثل في عدم توفر

التطبيقات القضائية له على عقود التأمين، والثاني يتمثل في غياب عمل لجنة البنود التعسفية التي تتصرف كخبير في هذا المجال، فهي لم تنصب إلا مؤخرًا.

أما فيما يتعلق بالحماية وفقا للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي ينظم أساسا العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، فإنه وفقا للأحكام التي يتضمنها لا يمكن أن يكفل للمؤمن له الحماية المرجوة ضد البنود التعسفية. بل أكثر من ذلك، فقد تضمن أحكاما تمنح أفضلية أكثر للمؤمن على حساب المؤمن له، فمثلا يجوز للمؤمن فسخ العقد إذا لم يدفع المؤمن له معدل القسط الجديد الذي يتقرر عند تفاقم الخطر، في حين لم يمنح المشرع حقا مماثلا للمؤمن له عند زوال تفاقم الخطر وفقا للمادة 18 من القانون السالف الذكر، خاصة وأن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن يتحقق بغياب التماثل بين حقوق وواجبات أطراف العقد. وهو ما يطرح بشدة ضرورة تعديل الكثير من أحكام قانون التأمينات.

وفيما يخص الحماية التي يمكن أن توفرها القواعد العامة، فقد لوحظ أنه من الناحية النظرية أنها ممكنة من خلال نظرية السبب ومبدأ حسن النية، وتعديل العقد المتضمن ببند تعسفية عملا طبقا للمادة 110 من التقنين المدني أو تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى.

لكن بالرجوع إلى موقف القضاء الفرنسي من تطبيق هذه الآليات على عقود التأمين، تبين أنه يميل إلى رفض اعتبار مبدأ حسن النية كآلية لمواجهة البنود التعسفية، في حين عرف تطبيق نظرية السبب للحكم بالطابع التعسفي لبند مطالبة الضحية في تأمين المسؤولية. إلا أن المشرع الفرنسي قد تدخل بعد ذلك وأدرج هذا البند في المادة L.124-1 من قانون التأمين، ما أدى إلى اعتبار بند مطالبة الضحية للمؤمن له قبل المؤمن تعسفا على أساس المادة المذكورة وليس على أساس المادة 1131 من التقنين المدني الفرنسي.

وبتطبيق قواعد التفسير على عقود التأمين لحماية المؤمن له من البنود التعسفية الغامضة، فقد تبين لنا أنه باستثناء حكم المادة 2/112 من التقنين المدني التي تقضي أن لا يكون تفسير الشك ضارا للطرف المدعى الذي هو المؤمن له، فقد لاحظت عدم ملاءمة أحكام المادة 110 و المادة 1/112 من التقنين المدني في توفير هذه الحماية، لأنها أحكام تعالج الغموض الذي يعتري العقود التي تتم على أساس التكافؤ بين المتعاقدين.

أخيرا ومن خلال تحليلي للآليات التي يمكن للمؤمن له أن يستفيد منها للحماية ضد البنود التعسفية، فقد خلصت إلى نتيجة هامة، مفادها أن تطبيق قانون المنافسة للحماية ضد البنود التعسفية التي تتضمنها عقود التأمين قد وسع من نطاق الحماية من حيث الأشخاص لتشمل فئة المؤمن لهم المهنيين الذين لا ينطبق عليهم وصف المؤمن له المستهلك بالمفهوم القانوني للمستهلك وفقا للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

أمام عدم كفاية الآليات الحالية لحماية المؤمن له ضد البنود التعسفية، كان لا بد من المشرع الجزائري أن يتدخل لوضع حلول أكثر ملاءمة وأكثر فعالية. وفي حقيقة الأمر نرى أن التدخل التشريعي لا يجب أن يقتصر على بعض الحلول التفصيلية، لأن الأمر يتطلب إعادة النظر في تنظيم الآليات الخاصة التي ستفسح المجال بعد ذلك إلى إصلاح القانون المدني ويمس مجال القواعد العامة للعقود والالتزامات.

لهذا وصفت موضوع بحثنا هذا بأنه يتسم بالحيوية، فقد تطلب البحث في الآليات القانونية المكرسة للحماية ضد البنود التعسفية ومدى انطباقها على عقد التأمين، واستنتاج أوجه القصور التي تعوزها من أجل اقتراح أفضل الحلول الممكنة التي توصل إليها التشريع والقضاء الفرنسي، وإثبات أنها آليات يكمن تبنيتها في القانون والقضاء الجزائري في ظل العولمة القانونية لمعالجة الإشكاليات التي يثيرها فرض التعامل بالبنود التعسفية في مجال عقود التأمين. ولهذا نرى ضرورة التسليم بفكرة إعادة النظر في طريقة مواجهة البنود التعسفية من عدة نواحي، سواء في عقود الاستهلاك بصفة عامة وعقود التأمين بصفة خاصة، وفي هذا الصدد نقدم الاقتراحات الآتية:

**أولا: بالنسبة للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات:** تماشيا مع موضوع الأطروحة، ارتأيت أن نسبق وجهة نظري فيما يتعلق بالأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات بحكم أنه القانون الذي ينظم بالدرجة الأولى العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، والذي يتطلب إجراء تعديلات في أحكامه على النحو التالي:

**1- تقرير التزام خاص بالإعلام على عاتق المؤمن وكل وسيط يتدخل في عملية إبرام العقد،** لأن أحكام القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات لم تشر إلى ما يفيد بوجود هذا الإلتزام بالرغم من أهميته في تغطية النقص المعرفي لدى طالب التأمين.

فحتى يكون رضا المؤمن له مبنياً على علم واضح ومستتير بشكل كافي بشأن الخصائص المميزة للخدمة التأمينية وبالمضمون العقدي، فإن الأمر يتطلب دعم منوال رضا المؤمن له المحتمل عن طريق تنظيم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد والالتزام بالإعلام التعاقد، مع تحديد المشرع لمضمونه وكيفية تنفيذه كشكلية للإعلام، يكون هدفها تحقيق الحد المعقول من التوازن المعرفي بين المؤمن وطالب التأمين.

وفي هذا الصدد يجب طرح موضوع الالتزام بالإعلام على عاتق المؤمن طرْحاً موضوعياً يتسم بالدقة والوضوح من حيث الشكل والموضوع، بدأً بالمرحلة السابقة للتعاقد، وهذا بتعديل أحكام المادة 8 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، على نحو يلزم المؤمن تلقائياً بتسليم طالب التأمين بياناً للمعلومات يتولى المشرع تحديد مضمونه، على أن يكون إجراء إلزامياً سواء تعلق الأمر بالاقتراح المقدم من المؤمن أو أحد وسطائه للمؤمن له، أو بطلب من المؤمن له، ويقع على عاتق المؤمن وتحت مسؤوليته إثبات وفائه بالالتزام بالإعلام السابق للتعاقد.

فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام التعاقد، فنرى ضرورة تعديل أحكام المادة 7 من القانون المذكور أعلاه لتكون أكثر وضوحاً، على أنه يجب أن نميز بين عنصرين في شرط الوضوح وهما الوضوح من حيث المضمون والوضوح من حيث الشكل.

بالنسبة للوضوح من حيث المضمون فإن الأمر يتطلب إدراج البنود التي تؤدي إلى البطلان والسقوط والاستبعاد ضمن مضمون نص المادة 07 من القانون السالف الذكر، وأن تكون واضحة ومحددة من حيث نطاقها، أي لا لبس فيها ولا غموض.

أما المقصود بالوضوح من حيث الشكل، فيتعين استلزام كتابة شروط العقد بحروف بارزة، على أن يستلزم لسريان البنود التي تؤدي إلى البطلان، والسقوط، والاستبعاد أن تكون مكتوبة بحروف بارزة جداً.

يهدف هذا الإجراء إلى تحقيق غاية مزدوجة، فالتلازم بين الوضوح من حيث الموضوع والوضوح من حيث الشكل يعتبر شكلياً تبصيرية وحمائية سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو بعد إبرام العقد، لأنه تدخل تشريعي مباشر لمواجهة التفاوت المعرفي بين المؤمن والمؤمن

له، هذا من جهة، ويضمن التوازن المعقول للمضمون العقدي من جهة أخرى. ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى فعالية أكثر في منع إدراج البنود التعسفية في عقود التأمين التي تتسم بالطابع غير التكافئي بين طرفيه.

2- الحاجة إلى تكريس توازن قاعدي بين حقوق المؤمن والمؤمن له والتزاماتهما، ويكون مصدره القانون مباشرة، لأن جوهر البنود التعسفية يكمن في منح حق للمؤمن دون منح مثله للمؤمن له، أو فرض التزام على المؤمن له دون الإقرار بالتزام مماثل على عاتق المؤمن، وهو ما تضمنته بعض أحكام الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، وفي هذا الصدد نقترح ما يلي:

أ- حماية المؤمن له بإقرار عدم جواز تمسك المؤمن بأي تصريح غير دقيق بالظروف المتعلقة بالخطر متى كانت الأسئلة واردة بعبارات عامة، أو عن إغفال أي ظرف لم يرد بشأنه سؤال في الاستمارة. وهو ما لم تتضمنه المادة 1/15 من القانون السالف الذكر، التي يكون بموجبها المؤمن له ملزماً بالتصريح الدقيق بكل ما يتعلق بالخطر ضمن استمارة أسئلة يعدها المؤمن مسبقاً.

ب- إقرار حق المؤمن له في فسخ العقد وطلب التعويض في حالة رفض المؤمن تخفيض القسط بعد زوال تفاقم الخطر، كحق مماثل لحق المؤمن في فسخ العقد كجزاء لرفض المؤمن له دفع الزيادة في القسط نتيجة لتفاقم الخطر طبقاً للمادة 18 من القانون السالف الذكر.

ت- الاعتراف للمؤمن له بحق تخفيض القسط، لكن في هذه الحالة ليس عن زوال تفاقم الخطر المؤمن عليه، وإنما عن حالة نقصان احتمال تحقق الخطر المؤمن منه، لأن المادة 18 من القانون السالف الذكر أقرت فقط حق المؤمن له في طلب التخفيض بعد أن يدفع قسطاً أكبر كنتيجة عن زيادة تفاقم الخطر.

ث- تقليص مدة صلاحية ممارسة الحق في فسخ العقود من 3 سنوات كما هو مقرر في المادة 2/10 من القانون السالف الذكر إلى سنة وتقليص مدة الإشعار بالفسخ إلى شهرين، وإذا لم يتم الفسخ في الميعاد المحدد له، فيتجدد العقد تلقائياً بقوة القانون لمدة سنة أخرى، ذلك لأن مدة ثلاثة سنوات طويلة جداً بالمقارنة مع واقع عقود التأمين التي غالباً ما تبرم



لمدة سنة أو أقل، فيما عدا التأمينات على الأشخاص، وفي حالة ما إذا اختار المؤمن له ممارسة حقه في الفسخ بموجب إرسال رسالة موسى بها، فيجب الاعتداد في إثبات ذلك بختم البريد حتى لا يتمسك المؤمن بسريان التاريخ المحدد للتجديد الضمني للعقد.

**ثانياً: بالنسبة للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية:** من منطلق أن هذا القانون هو المصدر الرئيسي للحماية التي يمكن أن يستفيد منها المؤمن له ضد البنود التعسفية، فمن الضروري جعل الأحكام الحمائية التي تضمنها أكثر صرامة وأكثر فعالية للحد من التعامل بالبنود التعسفية، وهذا من خلال ما يلي:

**1- تحويل المادة 29 من هذا القانون والتي تتضمن قائمة للبنود التي تعتبر تعسفية بقوة القانون إلى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حتى تتوحد القائمتين في ظل أحكام قانون واحد، وهذا من أجل تحيينهما لأنهما لم يتم تحيين مضمونهما منذ صدورهما، ومن أجل أيضا تسهيل إجراء التحيين، ذلك أن تعديل المراسيم تتسم بالبساطة من حيث الوقت والهيئات التي تتدخل في ذلك.**

**2- بعد التحيين، يمكن وضع البنود التي أثبت الواقع العملي أنها تتضمن تعسفا وأنها مطبقة على نطاق واسع، يمكن وضعها في قائمة لوحدها، على أن توضع البنود الأخرى في قائمة أخرى، لكن يجب إضفاء الطابع الحمائي لها أكثر مما هي عليه حاليا، فهي تفتقر للجزاء الذي يضمن لها فعالية حمائية في مواجهة المتدخل (المؤمن).**

إذ يجب أن يرتقي نظام القوائم المحدد للبنود التعسفية بقوة القانون إلى نظام مؤثر في الحد من ظاهرة البنود التعسفية، وهذا بتقسيم القائمتين إلى قائمة سوداء وقائمة رمادية، بحيث تتضمن الأولى بنود يفترض قانونا أنها تتضمن تعسفا لا يقبل إثبات عكس ذلك، أما الثانية فتتضمن بنود يفترض أنها تعسفية مع إلقاء عبئ إثبات عكس ذلك على عاتق المؤمن من أجل تكريس وتبسيط أهميتها على المستويين العملي والقانوني.

**3- التقرير الصريح للجزاء المدني الذي يترتب على فرض التعامل بالبنود التعسفية، وهنا نميز بين جزأين: الأول هو اعتبار البند غير مكتوب، أي لم يتضمنه العقد أصلا، والثاني**

هو منح حق فسخ العقد مع التعويض لصالح المستهلك متى كان إلغاء البند يؤدي إلى عدم إمكانية استمرار العقد.

**ثالثاً: بالنسبة للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:** باعتباره الشريعة العامة لحماية المستهلك، يتعين على المشرع تقرير أحكام حمائية أكثر فعالية من شأنها التقليل من التفاوت بين المراكز التعاقدية بين طرفي عقد الاستهلاك، ومنها عقد التأمين، وذلك بإضفاء الشفافية على المضمون التعاقدى لتمكين المتعاقد الضعيف من تبيين تتطابق توقعاته التعاقدية مع المضمون العقدي، ولهذا يتعين ما يلي:

**1- ضرورة اعتماد منهجية زمنية في إبرام العقد من خلال إدراج أحكام تتعلق بكيفية تقديم العقود للمستهلكين في إطار القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.** فشفافية المضمون العقدي إجراء وقائي ضد البنود التعسفية، وفي هذا الصدد يتعين إضافة مادة أو أكثر لهذا القانون يكون هدفها إلزام أي متدخل بتقديم نموذج العقد أو مشروع العقد للمستهلك ويكون محرراً بكتابة واضحة من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل يجب أن تحرر بكتابة واضحة ومقروءة، أما من حيث الموضوع يجب أن يكون محدداً بشكل دقيق للحقوق والالتزامات التي تترتب عن إبرام العقد.

**2- في حالة لم يستوفي المتدخل (المؤمن) شرط الوضوح من حيث الشكل أو المضمون،** فيجب تقرير قرينة قانونية حمائية للمستهلك (المؤمن له) ضد البنود التعسفية الغامضة عن طريق التكريس التشريعي الصريح في القانون السالف الذكر لقاعدة تفسير الشك يؤول في مصلحة المستهلك.

**3- ضرورة إدراج تعريف الشرط التعسفي ضمن أحكام القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك،** لأن غاية هذا القانون هي إرساء توازن عقدي بين أطراف غير متكافئة، وعدم التكافؤ يتجسد في الواقع بفرض الطرف القوي على الطرف الضعيف بنوداً توصف بأنها تعسفية وتنتال من مصالح الطرف الثاني. لهذه الأسباب فإن المنطق يقضي بأن المكان الطبيعي لتعريف الشرط التعسفي هو القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الذي لم يتضمن أي حماية قانونية ضد البنود التعسفية.

من أجل تفعيل تطبيق معيار الإخلال الظاهر، فإن الأمر يتطلب تدخل القضاء لإظهار ما يجب أن يكون عليه هذا المعيار القانوني الموحد لتقدير الطابع التعسفي في الحماية ضد البنود التعسفية، وفي رأبي لن يتحقق ذلك دون تدخل تشريعي يمنح القاضي سلطة إثارة أي بند تعسفي من تلقاء نفسه، ولو لم يتم إثارته من طرف الأطراف، كمرحلة أولى، وبعدها يتم تفعيل أكثر هذه الحماية عن طريق إلزام المشرع للقاضي بإثارة أي بند تعسفي في مرحلة ثانية.

**خامسا: بالنسبة للقانون المدني:** أشرت إلى أن القواعد العامة عجزت عن مواجهة ظاهرة البنود التعسفية، كما أنها لم تقف حاجزا أما إقرار تقنيات جديدة خاصة بموجب نصوص خاصة تتلاءم مع طبيعة العقود غير المتكافئة. لكن فيما يتعلق بالحماية ضد البنود التعسفية الغامضة فإن الأمر يتطلب تعديل أحكام القانون المدني المنظمة لقواعد تفسير العقود حتى تتلاءم مع واقع العلاقات التعاقدية الحالية.

هو ما يتحقق باعتماد أسلوب الوضوح والتدقيق في طرح طريقة تفسير العقود، فيستحسن تعديل وتحديث أحكام المادة 112 من التقنين، بحيث يتم التنصيص صراحة في فقرتها الأولى على أن يكون تفسير الشك ضد الدائن وفي مصلحة المدين في العقود التي تتم على أساس التراضي. ونقصد بالتراضي تلك العقود التي تبرم بعد مناقشة بين المتعاقدين، وليس العقود التي يتطلب فيها المشرع الشكلية كركن ليتم العقد صحيحا إلى جانب التراضي.

أما فيما يتعلق بالفقرة الثانية من نفس المادة والتي تقضي بأن لا يفسر الشك تفسيرا ضارا بالطرف المدعن، فنرى كذلك ضرورة تحديثها بالنص صراحة على أنه في عقود الإذعان، يجب أن يفسر الشك ضد واضع العقد، لأن خصوصية الإذعان تفرض عدم تفسير هذا العقد بنفس الطريقة التي تفسر بها عقود التراضي.

أما فيما يتعلق بالمادة 2/111 من التقنين المدني التي تقضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فهي الأخرى تتطلب كذلك تحديث مضمونها. وهذا عن طريق إضافة المشرع قاعدة توجيهية للقاضي تستند إلى فكرة المعقول تطبق في حالة صعوبة اكتشاف النية المشتركة، بموجبها يتعين على القاضي

استخلاصها استقلالا عن إرادة الأطراف بالاستناد إلى المعنى الذي يمكن أن يقصده أي شخص عاقل يتواجد في نفس الوضعية التي يتواجد فيها المتعاقدين، وهو الحل الذي تبناه المشرع الألماني، والمشرع الفرنسي مؤخرا.

**سادسا: فيما يتعلق بدور جمعيات حماية المستهلك:** حتى تكون جمعيات حماية المستهلك عنصرا فعالا في حماية المستهلك ضد البنود التعسفية، فيتعين تدخل المشرع لتكريس حق هذه الجمعيات في ممارسة دعاوي قضائية يكون موضوعها طلب حذف البنود التعسفية من نماذج العقود المتداولة أو المبرمة أو تلك التي يعتزم المتدخلون تسويقها.

فحتى تؤدي دورا في محاربة البنود التعسفية يمكن تجسيده في الواقع، فإن الأمر يتطلب تنظيم آلية تدخلها في هذا المجال من ناحيتين: الأولى تتعلق بشروط ممارستها دعوى حذف البنود التعسفية، أما الثانية فتنتج مباشرة عن شروط الممارسة.

فمن حيث شروط ممارسة دعاوى حذف البنود التعسفية يتعين توافر شرط سلبي وآخر إيجابي، فالشرط السلبي يتعلق بعدم تقييد ممارسة دعوى الحذف من طرف الجمعيات بشرط وجود نزاع بين قائم بين المستهلك والمتدخل للسماح للجمعيات بالتصرف. أما الشرط الإيجابي فهو عدم قيد مجال دعوى الحذف بحصرها مثلا على العقود السارية فقط، إذ يتعين أن تشمل أيضا نماذج العقود التي لم تبرم.

من هذه الشروط يمكن أن نلاحظ أن دور الجمعيات في محاربة البنود التعسفية يتميز بالطابع الوقائي والطابع الردعي: يظهر الطابع الوقائي للدعوى من خلال تدخل جمعيات حماية المستهلك لطلب حذف أي بند تتضمنه نماذج العقود التي يقترحها المتدخل، فلا تنتظر الجمعيات وجود ضحايا للتعامل بالبنود التعسفية حتى تتدخل، وهنا يتجسد الطابع الوقائي للدعوى. أما الطابع الردعي للدعوى، فيتجسد من خلال تدخل الجمعيات بدعوى حذف أي بند تعسفي في العقود السارية بين المتدخل والمستهلك، وهذا حتى ولو كان الحكم لا ينطبق إلا على المتدخل والعقد المعني بالشرط محل النزاع، فهذا لا يقلل من نجاعة الدور الردعي لدعوى حذف البنود التعسفية التي تمارسها جمعيات حماية المستهلك.

سابعاً: فيما يتعلق بدور لجنة البنود التعسفية: للارتقاء بدور لجنة البنود التعسفية كخبير وكطرف فاعل في الحماية ضد البنود التعسفية، فيجب أن تنظم في تشكيلتها فقط المتخصصين في هذا المجال، يتمتعون بالاستقلالية وأن يتم على الأقل فرض إلزامية استشارتها من طرف القضاء بكل المنازعات ذات الصلة بموضوع اختصاصها من أجل اقتراح أفضل الحلول العملية الممكنة بتبسيطها وإتاحتها أكثر للمستهلك والقضاء وحتى المتدخلين، لأن اللجنة تتصرف كخبير في مجال البحث للكشف عن البنود التعسفية واقتراح الحلول. وهذا في انتظار ما ستقدمه مستقبلاً، لأنها لم تنصب رسمياً إلا مؤخرًا.

لقد تبين لي من خلال دراسة المنظومة القانونية التي تبناها المشرع الجزائري لمحاربة البنود التعسفية أنها تنطلق من مبدأ يتمثل في اعتبار البنود التعسفية صحيحة ما لم يثبت المستهلك (المؤمن له) أنها تعسفية. وهو الوضع الذي لا يتلاءم مع حتمية حماية المؤمن له من البنود التعسفية بصفة خاصة والمستهلك بصفة عامة، لأن متطلبات محاربة البنود التعسفية تستلزم تدخل لجنة البنود التعسفية والمشرع وجمعيات حماية المستهلك للمساهمة في تقدير الطابع التعسفي لأي بند استناداً إلى معيار الإخلال الظاهر. أما القاضي فيجب تجاوز الطرح الكلاسيكي لدوره في حماية الطرف الضعيف ضد البنود التعسفية، وذلك بتدخل المشرع لإلزام القاضي بإثارة أي بند تعسفي ولو لم يثره أطراف النزاع.

لقد خلصت من خلال البحث إلى أن المؤمن له المهني لا يمكن أن يستفيد من الحماية ضد البنود التعسفية بتطبيق التعريف التشريعي للمستهلك، فلا يستفيد إلا من بعض القواعد الحمائية التي يستفيد منها من خلال تطبيق قانون المنافسة على عقود التأمين. إلا أنها تبقى حماية محدودة جداً لأنها حماية غير مباشرة يصعب تفعيلها في الواقع، لذلك في أن الأمر لن يتم تجاوزه إلا في ظل تكريس القضاء الاستهلاكي، لأن القضاء يمكن أن يبتدع حلولاً لتطبيق قانون حماية المستهلك على المؤمن له المهني، وهو ما توصلنا إليه من خلال التجربة القضائية الفرنسية.

بالإضافة إلى الفائدة العملية من اقتراح الحلول التي من شأنها أن توفر الحماية للمؤمن له بصفة خاصة والمستهلك بصفة عامة ضد البنود التعسفية بإثراء المنظومة القانونية الجزائرية بما يضمن معالجة موضوعية لاختلال التوازن العقدي وليس إنهاء العقد، فهناك

فائدة أخرى تتمثل في ضرورة البحث في ظاهرة البنود التعسفية على مستوى يتعدى العلاقة بين المتدخل المستهلك، لتشمل العلاقة التي تربط بين المتدخلين فيما بينهم، والعلاقات التعاقدية التي تتم بين الأفراد العاديين، بمعنى لا ينطبق عليهم لا وصف المستهلك ولا وصف المتدخل.

ليصبح البحث في آليات محاربة البنود التعسفية يتم على مستويين: الأول يهتم بالبحث فيها من خلال العلاقة التعاقدية التي تربط بين المستهلك والمتدخل، والثاني في العلاقة التي تربط فيما بين المتدخلين، أو الأطراف العاديين.

ما يفسح المجال واسعا من منظور مستقبلي، وعلى صعيد البحث في آليات ذات فعالية في مواجهة البنود التعسفية، فإن الأمر يفرض وضع نظام قانوني محدد ومتناسق يتيح للمتعاقد والقضاء حولا محددة وواضحة تكون أكثر حمائية. ولن يتحقق ذلك إلا من خلال فتح آفاق جديدة أكثر حداثة وواقعية من الناحية العملية تشمل القانون المدني، خاصة من ناحية قانون العقود، والذي في نظري يتطلب إقحام ضمن أحكامه لمفهوم الشرط التعسفي والجزاء المترتب عنه، وإقرار التزام عام بالإعلام، وهو ما يفتح آفاقا جديدة للبحث العلمي القانوني خاصة في مجال قانون العقود.

## قائمة المراجع:

### أولاً: المراجع باللغة العربية:

#### أ- الكتب:

- 1- أبو جعفر عمر المنصور، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 2- أبو عمرو مصطفى أحمد، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- 3- ابراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الأحكام العامة طبقاً لقانون التأمين الجديد (الصادر بتاريخ 9 أوت سنة 1980)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- 4- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- 5- البراوي حسن حسني، عقد تقديم المشورة، دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 6- البهجي عصام أحمد، الإلتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014.
- 7- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدین ومدى تأثير قواعد الإثبات، المطبعة العربية الحديثة، د. م ن، 1977.
- 8- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، طبعة نادي القضاة، مصر 1991.
- 9- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.

- 10- **الحكيم جمال**، عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية، الجزء الأول، دار المعارف للنشر والتوزيع، مصر 1965.
- 11- **السنهوري عبد الرزاق أحمد**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر (عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1964.
- 12- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- 13- **الزين محمد**، النظرية العامة للإلتزامات، العقد، الطبعة الثانية، مؤسسات عبد الكريم عبد الله للنشر والتوزيع، تونس، 1997.
- 14- **العشماوي أيمن إبراهيم**، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 15- **العتير عبد القادر**، التأمين البري في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995.
- 16- **العلواني عديلة**، أنماط التعاقد في الأنظمة الصحية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014.
- 17- **العوجي مصطفى**، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 18- **الكيلاني محمود**، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد السادس، عقود التأمين من الناحية القانونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 19- **أمجد محمد منصور**، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2003.
- 20- **المحاسني محمد يحي عبد الرحمان**، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1986.



- 21- **الهيثم عمر سليم**، توازن المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015،
- 22- **بدر جاسم اليعقوب**، أصول الإلتزام في القانون المدني الكويتي، مطابع دار القبس، الكويت، 1981.
- 23- **براهمي فايزة**، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- 24- **بريارة عبد الرحمن**، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، طبعة ثانية مزيّدة، منشورات بغدادي، الجزائر 2009.
- 25- **بلحاج العربي**، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، عمان، 2010.
- 26- **بن ابراهيم سليمان**، التأمين وأحكامه، دار العواصم المتحدة، بيروت، لبنان، 1993.
- 27- **بن خروف عبد الرزاق**، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، الجزائر، 1998.
- 28- **توفيق حسن فرج**، أحكام الضمان في القانون اللبناني، الدار الجمعية للطباعة والنشر، بيروت، 1996.
- 29- **تيورسي محمد**، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013.
- 30- **جميعي حسن عبد الباسط**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 31- -----، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 32- **حسين منصور محمد**، المضرور المستفيد من التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996.

- 33- -----، مبادئ قانون التأمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،  
دون سنة النشر.
- 34- **خلف أحمد محمد محمود**، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، دراسة  
مقارنة، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
- 35- **راشد راشد**، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمينات الجزائري المؤرخ في 9  
أوت 1980، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 36- **رمضان زياد**، مبادئ التأمين ( دراسة عن واقع التأمين )، دار صفاء للنشر والتوزيع،  
عمان 1998.
- 37- **سلامة عبد الله**، الخطر والتأمين: الأصول العلمية والعملية، الطبعة السادسة، دار  
النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1980.
- 38- **سمير عبد السميع الأودن**، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 39- **عبد الباقي عمر محمد**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،  
منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 40- **عبد الغفار أنس محمد**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة  
مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- 41- **عبد المنعم موسى ابراهيم**، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،  
بيروت، 2007.
- 42- **غازي خالد أبو عربي**، أحكام التأمين، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن،  
2011.
- 43- **غريب الجمال**، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، بيروت،  
1975.
- 44- **غستان جاك**، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي  
المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.

- 45- -----، المطول في القانون المدني، مفايل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ، 2008.
- 46- **فرج الصده عبد المنعم**، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 47- **فودة عبد الحكم**، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- 48- **فيلاي علي**، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008.
- 49- **كتو محمد الشريف**، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر رقم 03-03 والقانون رقم 04-02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.
- 50- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 51- -----، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 52- **محمد المرسي زهرة**، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية ( العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني )، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 53- **محمد حسام لطفي**، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- 54- **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 55- **محمد عبد الظاهر حسين**، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية وقضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دون ذكر دار النشر ومكان النشر، 2004.

- 56- محمد علي فقيه هانية، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
- 57- مقدم سعيد، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 58- نزيه محمد صادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- 59- هيكل عبد العزيز فهمي، مقدمة في التأمين، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968.

## II- الرسائل والمذكرات الجامعية:

### أ- رسائل الدكتوراه:

- 1- بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015.
- 2- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، بحث لنيل درجة دكتوراه في العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011.
- 3- تكاري هيفاء رشيدة، النظام القانوني لعقد التأمين، دراسة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 19 / 12 / 2012.
- 4- حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2008 / 2009.
- 5- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

- 6- **زمام جمعة**، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/ 2014.
- 7- **زوية سميرة**، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 13 مارس 2016.
- 8- **طبايبي سليمة**، دور محاسبة شركات التأمين في اتخاذ القرارات وفق معايير الإبلاغ المالي الدولية، دراسة حالة: الشركات الجزائرية للتأمين، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 1، 2014/2013.
- 9- **عسالي عرعارة**، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015.
- 10- **عمريو جويده**، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014.
- 11- **فاضل خديجة**، عيمة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، تاريخ المناقشة: 21 جانفي 2016.
- 12- **كتو محمد الشريف**، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004/2005.
- 13- **نسير رفيق**، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 30 أكتوبر 2014.

## ب- مذكرات الماجستير :

- 1- **بن عمروش فائزة**، واقع تسويق الخدمات في شركات التأمين ( دراسة حالة الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي )، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع الإدارة التسويقية، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير، والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2008/2007.
- 2- **بوعراب أرزقي**، الرقابة على عقود التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/07/13.
- 3- **رواس حميدة**، خصوصية عقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2016 /05/17.
- 4- **سي طيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2008-2007.
- 5- **قندوزي خديجة**، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة لنيل شهادة الماجستير: فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2000.
- 6- **نساخ فاطمة**، مفهوم الإذعان، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 11 ماي 1998.

### III- المقالات العلمية:

- 1- إرزيل الكاهنة، « الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02 لسنة 2011، ص ص 123-149.
- 2- -----، « دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، مارس 2011، ص ص 289-309.
- 3- بحماوي شريف، « سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (دراسة مقارنة) »، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الثاني، جوان 2014، ص ص 90 - 112.
- 4- بدرت نوال محمد بدير، « مزايا نظام عقد التأمين »، مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية، العددان السابع والثامن، سبتمبر وأكتوبر 1989، ص ص 68-76.
- 5- بركات كريمة، « الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02 لسنة 2002، ص ص 275 - 307.
- 6- بن عنتر ليلي، « جمعيات حماية المستهلك، موجودة أم تحتاج إلى وجود »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 02 لسنة 2010، ص ص 173-192.
- 7- بودالي محمد، « تطور حركة حماية المستهلك »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد خاص، ص ص 09-25.
- 8- حوجو يمينة، « سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد »، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2013، ص ص 61-79.

- 9- سي يوسف زاهية حورية، « حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 04 لسنة 2010. ص ص 183-203.
- 10- صالح أحمد علي، « مفهوم المستهلك والمهني في التشريع الجزائري »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، مارس 2011، ص ص 179-198.
- 11- عجاجي إلياس، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 03 لسنة 2010، ص ص 55-78.
- 12- نويري سعاد، الحماية الخاصة لرضا مستهلك (دراسة مقارنة)، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون حول: « الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة »، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 13 و 14 ماي 2014، ص ص 49-79.

#### IV- الملتقيات:

- 1- أوديع نادية، « صلاحيات سلطة الضبط في مجال التأمين (لجنة الإشراف على التأمين) »، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007، ص ص 124-135.
- 2- براحلية بدر الدين، « حماية المستهلك من الشروط التعسفية »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص ص 192-225.
- 3- بن قري سفيان، « حدود مشروعية الإشهار التجاري »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص ص 25-39.



- 4- **تياب نادية**، « دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط قطاع التأمين »، الملتقى الوطني حول: السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، أيم 13 و 14 نوفمبر 2011، ص ص 2-17.
- 5- **جمال محي الدين**، « حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص ص 156-178.
- 6- **سي يوسف زاهية حورية**، « الإلتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009. ص ص 63-78.
- 7- **عبد الله ليندة**، « المستهلك والمهني، مفهومان متباينان »، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية للمركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أبريل 2008، ص ص 19-38.
- 8- **عمارة مسعودة**، « إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية »، الملتقى الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص ص 394 - 408.
- 9- **عميرات عادل**، « حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد »، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية للمركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أبريل 2008، ص ص 171-192.
- 10- **كتو محمد الشريف**، « أهداف المنافسة »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص ص 17-24.

- 11- **ناصرى نبيل**، « تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق التنافسية وحماية المستهلك »، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص ص 141-155.
- 12- **مشري سلاف**، « أسلوب التروي - الاندفاع المعرفي كأحد محددات السلوك الاستهلاكي للفرد »، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية للمركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و14 أبريل 2008، ص ص 65-76.
- 13- **نساخ فاطمة**، « مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة »، الملتقى الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص ص 409 - 429.

## V- النصوص القانونية:

### 1- النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، معدل ومتمم، ج ر عدد 15 صادر في 19 فيفري 1974.
- 2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، الأمانة العامة للحكومة، [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz).
- 3- قانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فيفري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 6، الصادر في 8 فيفري 1989 (ملغى).
- 4- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، صادر في 8 مارس 1995، معدل و متمم بقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر عدد 15، صادر في 12 مارس 2006.

- 5- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008، ويقانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.
- 6- أمر رقم 03-12 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، معدل ومتمم، ج ر عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003.
- 7- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، صادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010، ويقانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، صادر في 28 ديسمبر 2018.
- 8- قانون رقم 08-09 مؤرخ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأمانة العامة للحكومة، [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz).
- 9- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، صادر في 8 مارس 2009، معدل ومتمم بقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 ماي 2018، ج ر عدد 35، صادر في 13 ماي 2018.

## 2- النصوص التنظيمية:

### أ - المراسيم التنظيمية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 90-39، مؤرخ في 10 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 5، صادر في 31 جانفي 1990.
- 2- مرسوم التنفيذي رقم 95-341 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين، ج ر عدد 65، الصادر في 31 أكتوبر 1995.

3- مرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17 جانفي 1996، يُحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، ج ر عدد 05، صادر في 21 جانفي 1996.

4- مرسوم تنفيذي رقم 04-270 مؤرخ في 29 أوت 2004، يحدد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية، ج ر عدد 55، الصادر في أول سبتمبر 2004.

5- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 صادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 23 فيفري 2008، ج ر عدد 07 صادر في 24 فيفري 2008.

6- مرسوم تنفيذي رقم 07-153 مؤرخ في 22 ماي 2007، يحدد كفاءات وشروط توزيع منتجات التأمين عن طريق البنوك و المؤسسات المالية و ما شابهها و شبكات التوزيع الأخرى ج ر عدد 35 الصادر في 23 ماي 2007.

7- مرسوم التنفيذي رقم 13 - 378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكفاءات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، صادر في 18 نوفمبر 2013.

#### ب- قرار وزاري:

- قرار مؤرخ في 19 أكتوبر 2010، يحدد شروط و كفاءات مشاركة سمسرة إعادة التأمين الأجانب في عقود أو تنازلات إعادة التأمين لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين المعتمدة و فروع شركات التأمين الأجنبية المعتمدة في الجزائر، ج ر عدد 74، الصادر في 5 ديسمبر 2010.

## VI: القرارات القضائية:

- 1- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 818183، بتاريخ 06 ديسمبر 2012، قضية الشركة الصينية للهندسة والبناء البترولية ضد شركة التأمين وإعادة التأمين « كار »، المتضمن تأمين حادث مرور، بضاعة مؤمنة، خبرة، خبير معتمد لدى شركة التأمين، خبير متفق عليه في العقد. مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2013، ص ص 201-205.
- 2- قرار المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، ملف رقم 461954، مؤرخ في 29 جويلية 2009، قضية الشركة الجزائرية للتأمين ضد (ب.ع) والنيابة العامة، المتضمن حادث مرور جسماني، حق في الضمان، رخصة السياقة، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2013، ص ص 379-382.

### ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

#### I- Ouvrages :

- 1- **ABADIE Laurent et LECOURT Arnaud**, Droit économique, actualité jurisprudentielle 2011-2012, Concurrence, Distribution, Consommation, Lamy, France, 2012.
- 2- **AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques**, Droit civil, les obligations : 1- L'acte juridique, le contrat – formation – effets, 7<sup>eme</sup> édition, ARMAND COLIN, Paris 1996.
- 3- **AZAR-BAUD Maria José**, Les actions collectives en droit de la consommation (Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé), DALLOZ, Paris 2013.
- 4- **BEIGNIER Bernard et BEN HADJ YAHIA Sonia**, Droit des assurances, 2<sup>eme</sup> édition, L.G.D.J, Paris 2015.
- 5- **BEIGNIER Bernard**, Droit du contrat d'assurance, Presse Universitaire de France, Paris 1999.

- 6- -----, Droit des assurances, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2011.
- 7- -----, Code des assurances commenté, 28<sup>ème</sup> édition, L'Argus de L'Assurance. Paris 2012. P 101.
- 8- **BENCHENEB Ali**, Le droit algérien des contrats ; données fondamentales, éditions Universitaires de Dijon, France, 2011.
- 9- **BERLIOZ Georges**, Le contrat d'adhésion, 2<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris 1976.
- 10- **BIGOT Jean, (Sous dir.)**, Traité de Droit des assurances, tome 1, entreprises et organismes d'assurances, 2<sup>ème</sup> édition, DELTA – L.G.D.J. Paris 1996.
- 11- -----, Traité de Droit des assurances, t, 3, Le contrat d'assurance, 2<sup>ème</sup> éditions, L.G.D.J, Paris, 2000.
- 12- **BONNARD Jérôme**, Droit des assurances, LITEC, Paris, 2005.
- 13- **CALAIS – AULOY Jean, STEINMTEZ Frank**, Droit de la consommation, 4<sup>ème</sup> éditions, Dalloz, Paris 1996.
- 14- -----, Droit de la consommation, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2003.
- 15- **CALAIS – AULOY Jean**, Les clauses abusives en droit français, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.
- 16- **CAPITANT Henri, TERRE François et LEQUETTE Yves**, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, obligations, contrats spéciaux, suretés, 12<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 2008.
- 17- **CHANGNY Muriel et PERDRIX Louis**, Droit des assurances, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2014.
- 18- **COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe**, Contrats civils et commerciaux, 10<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2015.
- 19- **CORBISIER Isabelle**, Les différents tiers au contrat, in GHESTIN Jaques et FONTAINE Marcel (Sous dir.). Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons Franco-belges, L.G.D.J, Paris, 1992.

- 20- **DALCQ Roger-O, CRIJNS Marie-Anne**, Les relations entre assureurs et assurés en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996.
- 21- **DELVAUX Paul-Henry**, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996.
- 22- **DOMONT-NAERT Françoise**, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges) L.G.D.J, Paris, 1996.
- 23- **DUBOC Guy**, La compensation et les droits des tiers, L.G.D.J, Paris 1984.
- 24- **FAVRE ROCHEX André – COURTIEU Guy**, Le Droit du contrat d'assurance terrestre, DELTA- L.G.D.J. Paris. 1998.
- 25- **FIL Patrice**, L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 1996.
- 26- **FONTAINE marcel**, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996.
- 27- **GARCIA-CANTERO Gabriel**, Les clauses abusives en droit espagnole, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.

- 28- **GEMEI Hassan**, Les clauses abusives dans les droits des pays arabes, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.
- 29- **GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Giles**, Traité de droit civil, Introduction générale, 4<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J. Paris 1994.
- 30- **GHESTIN Jacques**, Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, 2<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris 1988.
- 31- -----, Traité de droit civil, les obligations, la formation du contrat, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris 1993.
- 32- -----, Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.
- 33- -----, L'annulation par les juges des clauses abusives (Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 6 décembre 1984 et 14 mai 1991), in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.
- 34- **GUY Raymond**, Droit de la consommation, 2<sup>ème</sup> édition, LITEC, Paris, 2011.
- 35- **HESS-FALLON Brigitte et SIMON Anne-Marie**, Droit Civil, 8<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 2005.
- 36- **KULLMAN Jérôme**, Les relations entre assureurs et assurés en droit français, in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996.
- 37- **LABARTHE Françoise**, La notion de document contractuel, L.G.D.J, Paris, 1994.
- 38- **LAMBERT-FAIVRE Yvonne**, Droit des assurances, 10<sup>ème</sup> édition, DELTA, DALLOZ, Paris, 1998.



- 39- **LAPOYADE DESCHAMPS Christian**, Droit des obligations, ELLIPSES, Paris, 1998.
- 40- **LARROUMET Christian**, Droit civil, Tom 3, Les obligations, le contrat, 3<sup>em</sup> édition, ECONOMICA, Paris, 1996.
- 41- **LEGIER Gérard**, Droit civil, les obligations, 15<sup>eme</sup> édition, DALLOZ, Paris, 1996.
- 42- **LE TOURNEAU Philippe**, Droit de la responsabilité et des contrats, 6<sup>eme</sup> édition, DALLOZ, Paris 2006.
- 43- **LLUELLES Didier**, Précis des assurances terrestres, 3<sup>em</sup> édition, THÉMIS, Montréal, 2004.
- 44- **MALaurIE Philippe, ANYES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves**, Droit des Contrats spéciaux, 8<sup>em</sup> édition, L.G.D.J. Paris 2016.
- 45- **MALEVILLE Marie-Hélène**, L'interprétation des contrats d'assurance terrestre, L.G.D.J, Paris 1999.
- 46- **MAYAUX Luc**, Les grandes questions du droit des assurances, L.G.D.J, Paris 2011.
- 47- **NEUMAYER Karl Heinz**, Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés, LIBRAIRIE DROZ, Genève, 1999.
- 48- **NOBLOT Cyril**, Droit de la consommation, L.G.D.J – Montchrestien, Paris, 2012.
- 49- **PICHONNAZ Pascal**, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in « La pratique contractuelle», symposium en Droit des contrats, ROMENDES, Genève, 2015.
- 50- -----, Les contrats dans le droit de la consommation, in Actualité du droit des contrats (le contrat à la croisée des chemins), Martina Braun, Lausanne, 2008.
- 51- **REICH Norbert**, Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1990.

- 52- **RIEG Alfred**, La lutte contre les clauses abusives des contrats (esquisse comparative des solutions allemande et françaises), in Études offertes à RENÉ RODIÈRE, DALLOZ. Paris 1981.
- 53- **ROUHETTE Georges**, Droit de la consommation et théorie générale du contrat. in Études offertes à RENÉ RODIÈRE, DALLOZ. Paris 1981.
- 54- **Rzepecki Nathalie**, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- 55- **SAUPHANOR Nathalie**, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J. Paris 2000.
- 56- **SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna**, Droit des contrats, Litec, Paris 1989.
- 57- **SINAY-CYTERMANN Anne**, Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.
- 58- **SLEIMAN Gilbert**, La Bancassurance en Droit comparé, structures et difficultés, éditions Juridiques SADER, Beyrouth, 2006.
- 59- **STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent**, Droit civil: Les obligations, le contrat, 6<sup>ème</sup> édition, Litec, Paris 1998.
- 60- **TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves**, Droit civil, les obligations, le contrat, 6<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 1996.
- 61- **VILLEGAS Laurent**, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 1998.
- 62- **VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice**, Traité de Droit Civil, Les effets de la responsabilité, 2<sup>me</sup> édition, DELTA – L.G.D.J. Paris 1989.
- 63- **Wintgen Robert et PANSIER Frédéric-Jérôme**, Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, Ellipses, Paris, 2000.
- 64- **ZOUAIMIA Rachid**, Les autorités de régulation financière en Algérie, Belkeise, Alger 2013.

## **II – Thèses:**

- 1- **ALKHALFAN Ismail**, La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance, thèse pour le doctorat en droit, discipline : Droit privé, faculté de Droit, université Montpellier 1, 2012.
- 2- **ANTHON André**, Du contrôle de l'état en matière d'assurance, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de DIJON, 1937.
- 3- **FABRE-MAGNAN Muriel**, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de Paris, 1991.
- 4- **FARJAT Gérard**, L'ordre public économique, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de DIJON, 1961.
- 5- **GHAZAL Jean-Pascal**, De la puissance économique en droit des obligations, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université Pierre Mendès, Grenoble II, 1996.
- 6- **GRAF Olivier**, La personne morale : un non-professionnel ? Thèse pour le doctorat en droit privé, université Aix-Marseille, janvier 2015.
- 7- **GRAS Nicolas**, Essai sur les clauses contractuelles, thèse pour le doctorat en droit privé, université CLERMONT FERRAND 1, 2014.
- 8- **HAMMOUD May**, La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurances, thèse de doctorat en droit, université Panthéon - Assas Paris 2, décembre 2012.
- 9- **PARIS LE CLERC Lucien**, La nature juridique du contrat d'assurance, thèse pour le doctorat en droit, faculté de Droit, université de Paris, éd, Albert MECHELINK, Paris 1932.
- 10- **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, La notion de clauses abusives au sens de l'article L.132-1 du Code de la Consommation, thèse de doctorat en droit privé, université Panthéon - Assas Paris 2, décembre 2013.
- 11- **PLOTNIC Olesea**, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Grenoble, juin 2013.

### III- Articles:

- 1- **ABEAVANEL-JOLLY Sabine**, « Assurances de personnes ; exclusion conventionnelle », R.G.D.A, n° 02, avril 2006, PP 514-521.
- 2- **ALPA Guido**, «Clauses abusives et contrats de consommateurs », L'expérience en Italie, R.I.D.C, Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001, PP 405-428.
- 3- **ARMAND Giles**, « L'ordre, public de protection individuelle », R.R.J, Presse Universitaire D'Aix Marseille, 2004 – 3. PP 1583- 1646.
- 4- **ASTEGIANO-LARIZZA Axelle**, « Assurance de responsabilité civile», R.G.D.A, N° 03, juillet 2009, PP 879 – 881.
- 5- -----, Abus de droit et assurances, R.G.D.A, N°11, novembre 2016, PP 507-525.
- 6- -----, « Retour sur le couple condition / exclusion de garantie », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 03, mars 2018, PP 2-3.
- 7- **AUBERT DE VINCELLES Carole, SAUPHANOR-BROUILLARD Natacha**, « Protection des consommateurs, une refonte du Code de la consommation s'impose », La Semaine Juridique, Édition Générale, N° 27, 1<sup>er</sup> juillet 2013, PP 1316 - 1317.
- 8- **BURY Bénédicte**, « La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client », Gaz. Pal. N° 74 à 76, dimanche 15 au mardi 17 mars 2009. P 6- 17.
- 9- **BAKAS-TSIRIMONAKI Stella**, « Les principes généraux du droit hellénique de l'assurance », R.I.D.C. Vol, 37 N°1, Janvier-mars 1985, PP 69-106.
- 10- **BAZIN Éric**, « Exclusion des sociétés commerciales de toute protection consumériste », La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires, N° 41, 13 octobre 2011, PP 28 – 33.
- 11- **BEAUCHARD Jean**, « Assurance de responsabilité civile : Office du juge », R.G.D.A, N° 4, octobre 2007, PP 898-903.
- 12- **BENYAHIA Nouri-Said**, « L'obligation de conseil à travers quelques exemples », Revue El-Houda, revue périodique de l'Ordre des Avocats de Tlemcen, n° 1 juillet 2007, PP 14-36.

- 13- **BERTRAND Marc**, « Une information fiable, clé de la confiance des assurés », La Tribune de L'assurance, n° 80, juin 2004, PP 23-24.
- 14- **BIGOT Jean**, « Assurance construction : Assurance de responsabilité civile décennale », R.G.D.A, N° 2, avril 2009, PP 514-537.
- 15- **BOUZAT Pierre**, « Escroquerie à l'assurance », Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, éd, Sirey. N 43, avril – juin 1990, PP 282-313.
- 16- **BRUCHI Marc**, La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans le contrat d'assurance, Revue Générale de Droit des Assurances, N° 06, juin 2014, [www. Lextenso.fr/lextenso\\_tools/print](http://www.Lextenso.fr/lextenso_tools/print). Consulter le 09/01/2017.
- 17- **CALAIS – AULOY Jean**, « Le droit de la consommation en France et en Europe », Revue Juridiques de L'Ouest, n° 4, 1992, PP 491-495.
- 18- **CANSELIER Guillaume**, « À Propos de la distinction de la réticence dolosive et de l'inexécution de l'obligation d'information (note sous cass.civ.1ère, 15 mai 2002) », R.R.J, Droit prospectif, 2004 – 2 (2), PP 1439-1450.
- 19- **CATTALANO-CLOAREC Garance**, « La clause inversant la charge de la preuve dans un contrat d'assurance est abusive », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n°07, juillet 2016, PP 3-4.
- 20- **CHARBONNEAU Cyrille**, « Définition de l'objet de la police et clause d'exclusion, une frontière à haut risque », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 02, février 2011, PP 2-3.
- 21- -----, « De la nécessaire distinction entre condition et exclusion de garantie », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n°06, juin 2016, PP 4-5.
- 22- **DE LAMBERTERIE Isabelle, WALLAERT Catherine**, « Les clauses abusives et le Consommateur », R.I.D.C, Vol. 34 N°3, juillet-septembre 1982, PP 673-755.
- 23- **DENNOUNI-BENCHEIKH EL HOCINE Hadjira**, « Droit public et droit privé, quelques aspects de la l'évolution de la législation algérienne », Revue Algérienne des Science juridiques économiques et politiques, N° 1 et 2 1992, PP 79-78.

- 24- **EL GHARBI Mustafa**, « La justification de l'obligation d'information ; contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats », R.R.J, Droit prospectif, 2004 – 2, PP 723-744.
- 25- **FAVRE-ROCHEX André**, « Contrat d'assurance, règles communes, cadre législatif et réglementaire », Juris-Classeur, Annexe 02, Volume Assurances terrestre, Editions technique, 1993, PP 1-19.
- 26- -----, « Contrat d'assurance, règles communes, le fonctionnement du contrat », Juris -Classeur, Annexe 02, Volume Assurances terrestre, Editions technique, 1993, PP 1 – 26.
- 27- **FERRERI Silvia**, « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux », R.I.D.C, Vol 53, n° 01, janvier-mars 2001, PP 29-60.
- 28- **FLORES Philippe, BIARDEAUD Gérard**, « Clauses abusives – CJCE 21 novembre 2002 », **Gaz. Pal.** N° 126, 06 mai 2003, PP 12-20.
- 29- **GHESTIN Jacques**, « Les données positives du droit », Revue trimestrielle de droit civil, N°1, janvier/mars 2002. P P 11 – 30.
- 30- -----, « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'Économie Industrielle, Vol, 92, 2<sup>e</sup> et 3<sup>eme</sup> trimestres, 2000, PP 81-100.
- 31- -----, « L'utile et le juste dans les contrats », Dalloz Chronique, 1982, PP 1-10.
- 32- **GHINCHARD Serge**, « L'action de groupe en procédure civile français », R.I.D.C, Vol 42. n° 2 Avril-juin 1990, PP 599-635.
- 33- **G. WEIL Kurt, KUTSCHER PUIS Fabienne**, « Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives », Revue Internationale de Droit Comparé. Vol.46 N° 1, janvier-mars 1994, PP 125 -140.
- 34- **KULLMAN Jérôme**, « Clauses abusives et contrat d'assurance », R.G.D.A, n° 01, janvier 1996, PP 11-43.
- 35- -----, « Assurances de risque divers », R.G.D.A, N°2, avril 1999, PP 467-478.
- 36- -----, « Assurance de groupe souscrite par la banque », R.G.D.A, N°2, avril 2007, PP 397-405.

- 37- **LAFOND Pierre-Claude**, « Le consommateur et le procès », Les Cahiers de Droit, V 49, n° 1, mars 2008, PP 131-157.
- 38- **LEDUC Fabrice**, « Condition de garantie ou clause d'exclusion », Revue des Contrats, n° 01, mars 2014, PP 72-74.
- 39- **LEDUCQ Xavier**, « Assurance terrestre : jurisprudence », Gaz. Pal. N° 310, novembre 2007, PP 40-42.
- 40- -----, « Jurisprudence de la Cour de cassation », Gaz. Pal. N° 127, mai 2008, PP 23-24.
- 41- **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », R.I.D.C. Vol. 56, n° 4, 2004, PP 865-888.
- 42- **MALEVILLE Marie-Hélène**, « Assurance en générale, le contrat : dénaturation par omission », R.G.D.A, N° 4, octobre 1995, PP 870-879.
- 43- **MARTIAL-BRAZ Nathalie**, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation in favorem », Revue des Contrats, n° 01, 31 mars 2015, PP 193-198.
- 44- **MASSON Antoine**, « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques, essai de théorie des stratégies juridiques », Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif, Presse Universitaire D'Aix Marseille. 2008 – 1, PP 443 – 449.
- 45- **MAUD Asselain**, « Licéité de la clause de «délai d'attente» », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 7, du 03 juillet 2014, PP 5-6.
- 46- -----, « La proposition d'assurance engage-t-elle l'assuré », R.G.D.A, N° 12, décembre 2017, PP 615-618.
- 47- **MAUD BENTIN Liaras**, « La protection par le droit des assurances », R.G.D.A, N° 05, mai 2014, [www. Lextenso.fr/lextenso\\_tools/print](http://www.Lextenso.fr/lextenso_tools/print). Consulter le 09/01/2017.
- 48- **MAYAUX Luc**, « Assurances de responsabilité civile », R.G.D.A, N° 2, avril 1998, PP 319-322.
- 49- -----, « Exclusion de garantie », R.G.D.A, N° 03, juillet 2011, P 688-670.
- 50- -----, « La contrepartie dans le contrat d'assurance », R.G.D.A, N° 12, décembre 2017, P 640-644.

- 51- -----, « Non-respect des normes de sécurité : condition de la garantie ou exclusion ? » R.G.D.A, N° 06, juin 2017, PP 378-380.
- 52- **MESTRE Jacques**, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées ». RTD Civ, n°3, juillet /septembre 2000, PP 566-557.
- 53- **MICKLITZ Hans W.** « Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives : point de vue allemand », R.I.D.C, Vol. 52 N°4, Octobre-décembre 2000, PP 867-889.
- 54- **NGUIHÉ KANTÉ Pascal**, « La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé », R.R.J, Presse Universitaire D'Aix Marseille. 2009 – 1. PP 315-349.
- 55- **OUDOT Pascal**, « Le droit de la concurrence et la protection des consommateurs », R.R.J, Presse Universitaire D'Aix Marseille, 2010 – 3. PP 1319 – 1333.
- 56- **PATRIS Fabien**, « Nullité d'une clause d'exclusion », L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 10, novembre 2012, PP 3-4.
- 57- **PELISSIER Anne**, « Assurances en général », R.G.D.A, N° 3, juillet 2012, PP 601-669.
- 58- -----, « La protection par la renonciation et la résiliation : le volet substantiel de la loi Hamon », R.G.D.A, N°5, mai 2014, PP 313-321.
- 59- -----, « Preuve de la connaissance par l'assureur de l'inexactitude de la déclaration », R.G.D.A, N° 12, décembre 2016, PP 606-610.
- 60- -----, « Forme et moment de la déclaration de risque », R.G.D.A, N° 7, juillet 2016, PP 357-360.
- 61- **PÈRIER Michel**, « Le droit de savoir de l'assuré et le devoir d'information de l'assureur », Gaz. Pal. N° 120, avril 2011, PP 3-7.
- 62- -----, « Chronique de jurisprudence : assurances », Gaz. Pal. N° 120, avril 2011, PP 16-20.
- 63- -----, « Jurisprudence de la Cour de cassation », Gaz. Pal. N° 127, mai 2008, PP 26-32.



- 64- -----, « Assurance dommages ouvrage », R.G.D.A, N° 4, octobre 2008, PP 972-974.
- 65- **PETIT Franck**, « L'ordre public dérogatoire », Revue De Jurisprudence sociale, N°5/07, mai 2007, 2d, Francis Lefebvre. PP 391-402.
- 66- **PICARD Maurice**. « L'autonomie de la volonté en matière de contrats d'assurance », In: Travaux du Comité français de droit international privé, 5e année, 1937-1938, éd, LIBRAIRIE DALLOZ, Paris 1939. PP 137-155.
- 67- **PIEDELIEVRE Stéphane**, « Contrat d'assurance et clauses abusives», Gaz. Pal. N° 162, juin 2015, PP 17-19.
- 68- -----, « Clauses abusives et pouvoirs du juge », Gaz. Pal, n° 50, du 19 février 2015, PP 22-23.
- 69- **PRIGENT Stéphane**, « Engagement pour autrui et assurance », R.G.D.A, N° 3, juillet 2005, PP 597-600.
- 70- **RADÉ Christophe**, « Les limites du «Tout contractuel» (Cass. Soc., 27 juin 2000, Crochard et autres c./ Ste Air-France) », Revue de Droit Sociale, N° 9/10- septembre- octobre 2000. PP 828- 832.
- 71- **RENET Thierry**, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », Revue des Contrats, n° 01, 31 mars 2015, PP 199- 207.
- 72- **ROTH Cyril**, « La commission des clauses abusives, un ministère d'influence », Revue Lamy droit, N° 61, juin2009, PP, 7-9.
- 73- **SAHRI Fadila**, « Les dispositions d'ordre public protectrices du consommateur dans les contrats d'adhésions, à travers la loi 04-02 du 23/06/2004 », Revue Semestrielle, Faculté de Droit, Université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, N° 8 – 2011. PP 8-14.
- 74- **SARGAS Pierre**, « L'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré», R.G.D.A, N° 4, octobre 1997, PP 968-970.
- 75- **SAVY Robert**, « La protection des consommateurs en droit français », R.I.D.C. Vol, 26 N°3, juillet-septembre 1974, PP 591-625.
- 76- **SMORTO Guido**, « La justice contractuelle », R.I.D.C. Vol, 60, N° 3, 2008, PP 583-602.

- 77- **SPITZ Jean-Fabien**, « «Qui dit contractuel dit juste» Quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », R.T.D civ. N° 2.Avril/Juin 2007. PP 281- 286.
- 78- **TEBOUL Georges**, « La bonne foi en droit des affaires », Gaz. Pal. N° 74 à 76, dimanche 15 au mardi 17 mars 2009. PP 3-5.
- 79- **TOURNAFOND Olivier**, « L'influence du motif illicite ou immorale sur la validité du contrat, (à propos de l'arrêt de la 1<sup>er</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998) », Recueil Dalloz, N° 22 / hebdomadaire 10 juin 1999, PP 237 – 239.
- 80- **TROCHU Michel**, « La protection des consommateurs contre les clauses abusives: Etude de la législation française de 10-1-1978 », Revue de Droit et Pratique du Commerce International, Tom 7, N° 1, mars 1981, PP 37-76.
- 81- **VINCENT François**, « Assurances de responsabilité civile », R.G.D.A, N° 1, janvier 2001, PP 101-108.
- 82- **ZENNAKI Dalila**, « Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et de droit commun ». Revue Semestrielle, Faculté de Droit, Université Abou Bekr Belkaid. Tlemcen, N° 08, 2011. PP 15-23.
- 83- **ZOUAIMIA Rachid**, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique », Revue IDARA, n° 28, 2004, PP 23-68.
- 84- -----, « Le statut juridique de la commission de supervision des assurances », Revue IDARA, n° 31, 2006, PP 9-41.

#### **IV - Textes juridique:**

- 1- Directive 93/13 CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE du 21 avril 1993, n° L 95/29. Le délai de transposition donné aux États membres expire le 31 décembre 1994. Accessible sur <http://www.clauses-abusives.fr>.

#### **V- Textes juridiques français :**

##### **1-Textes législatifs :**

- 1- Loi de 13 juillet 1930 dite Godart, relative au contrat d'assurances, J O. 18 juillet 1930. [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr).

- 2- Loi n° 72-647 du 11 juillet 1972, modification des articles 5 et 27 et adjonction de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1930, JORF du 13 juillet 1972.
- 3- Loi n° **78 - 23** du 10 janvier 1978 dite **SCRINEVER** sur la Protection et l'Information des Consommateurs de produits et de services, JO du 11 janvier 1978. [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr).
- 4- Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances a l'ouverture du marché européen, JORF du 3 janvier 1990.
- 5- loi n° **95-96** du 01 février 1995, concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial. [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr).
- 6- Ordonnance n° 2001-741 du 23 aout 2001, portant transposition de directives communautaire et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n° 196 du 25 aout 2001.
- 7- Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 0003 du 4 janvier 2008.
- 8- Loi N° 2008-776 du 4 aout 2008 de modernisation de l'économie, J O du 5 aout 2008.
- 9- Code des assurances, 28<sup>eme</sup> édition, éd, L'Argus de L'Assurance. Paris 2012.
- 10- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 11- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ratifiée.
- 12- Ordonnance n° 2016 – 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 13- Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de la consommation [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

## **2- Décrets :**

- 1- Décret n° 76-666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances, JORF du 21 juillet 1976.
- 2- Décret N° 78-464 du 24 mars 1978, J O du 1<sup>er</sup> avril 1978.
- 3- Décret N° 2009-302 du 18 mars 2009, J O du 20 mars 2009.
- 4- Décret N° 2016 – 884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, JORF, N° 0151 du 30 juin 2016.

## **VI- Jurisprudences:**

### **1)- Cour de Cassation :**

- 1- CA, Chambres réunies 2 février 1808, cité par MALEVILLE Marie-Hélène, p 16.
- 2- Cass.civ, 15 avril 1872 (Foucault et Coulombe), cité par Wintgen Robert et PANSIER Frédéric-Jérôme, p 72.
- 3- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 14 mai 1946, D. 1946. cité par ALKHALFAN Ismail, p 256.
- 4- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 31 mars 1965, JCP G, 1965, note ALKHALFAN Ismail, p 104.
- 5- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 15 novembre 1965, R.G.A.T 1966, p 185, note FAVRE ROCHEX André.
- 6- Cass. Civ, 3<sup>em</sup>, 14 novembre 1968, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 153.
- 7- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 20 janvier 1970, Bull. I n° 24, P 20. Et Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 2 juillet 1991, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 136.
- 8- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 30 avril 1970, note BEIGNIER Bernard, p 232.
- 9- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 31 janvier 1973, Bull. civ. I, n° 40, et Cass. Com, 25 juin 1980 note, COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, p 205.
- 10- Cass. Com, 7 janvier 1975, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 125.

- 11- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 4 octobre 1977, Bull. civ. IV, n° 351, note COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, p 205.
- 12- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 15 octobre 1980, pourvoi n° 79-17,075, Bull. 1980, I, n°258, Revue des Contrats, n° 01, mars 2014, p 72, note LEDUC Fabrice.
- 13- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 22 octobre 1980, pourvoi n° 79-15,003, Bull. 1980, I, n° 266, Revue des Contrats, n° 01, mars 2014, p 72, note LEDUC Fabrice.
- 14- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 10 février 1981, Bull. I n° 48, p 39 et Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 24 janvier 1984, Bull. I n° 28, p 23, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 121.
- 15- Cass. 1<sup>er</sup> civ. 15 avril 1982, Bull. Civ, I, n° 133, note SAUPHANOR Nathalie, p 95.
- 16- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 20 mars 1984, R.G.D.A, N° 4, octobre 2008, p 972, note PÈRIER Michel.
- 17- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 6 décembre 1984 et 14 mai 1991. obs. GHESTIN Jaques, p 137.
- 18- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 19 juin 1985, Bull. civ. I, n°201, note FABRE-MAGNAN Muriel, p 286.
- 19- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 17 juin 1986, note BEIGNIER Bernard, p 259.
- 20- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 4 novembre 1986, note BEIGNIER Bernard, p 260.
- 21- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 17 février 1987, pourvoi n° 85-15,350, Bull. 1987, I, n° 55, note ALKHALFAN Ismail, p 259.
- 22- Cass. 1<sup>er</sup> civ. 28 avril 1987. Bull Civ. N° 134, note VILLEGAS Laurent, p 26.
- 23- Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 16 juillet 1987, obs. GHESTIN Jaques, p 130.
- 24- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 28 juin 1988, R.G.D.A, N° 4, octobre 1995, p 872, note MALEVILLE Marie-Hélène.
- 25- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 19 juillet 1988, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 122.

- 26- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 25 octobre 1989, note BEIGNIER Bernard, p 64.
- 27- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 3 juillet 1990, note ALKHALFAN Ismail, p 259.
- 28- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1990, note BEIGNIER Bernard, p 92.
- 29- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 11 décembre 1990, R.G.D.A, N°2, avril 1999, p 469, note KULLMANN Jérôme.
- 30- Cass 1<sup>ere</sup> Civ. 19 décembre 1990, obs. ALKHALFAN Ismail, p 205.
- 31- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 25 mars 1991, cité par BEIGNIER Bernard et BEN HADJ YAHIA Sonia, p 355.
- 32- Cass. 1<sup>ere</sup> civ. 14 mai 1991, obs. PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 274.
- 33- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 4 juin 1991, note ALKHALFAN Ismail, p 259.
- 34- Cass. 1<sup>er</sup> civ. 25 mai 1992, Bull, civ. I, n° 162, note SAUPHANOR Nathalie, p 96.
- 35- Cass. Civ. 3<sup>em</sup>, 17 juin 1992, Bull.civ. III, n° 208, note BEIGNIER Bernard, p 64.
- 36- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 25 novembre 1992, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 144.
- 37- Cass. 1<sup>er</sup> civ. 6 janvier 1993, Contrat, Concurrence, consommation 1993, n° 64, obs. SAUPHANOR Nathalie., p 96.
- 38- Cass. 1<sup>ere</sup> civ. 26 mai 1993,obs. PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 274.
- 39- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 27 juillet 1993, R.G.D.A, N° 12, décembre 2017, p 617, note MAUD Asselain.
- 40- Cass. 1<sup>ere</sup> civ, 24 janvier 1995, Bull. civ. I. n° 54, note PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 44.
- 41- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 16 mai 1995, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 186.
- 42- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 14 novembre 1995, R.G.D.A, n° 01, janvier 1996, p 19, note KULLMAN Jérôme.
- 43- Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 27 février 1996, R.C.A, 1996, note GROUDEL (H), cité par ALKHALFAN Ismail, p 255.

- 44- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 13 mars 1996, note d'AZAR-BAUD Maria José, p 144.
- 45- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 10 avril 1996, obs. ALKHALFAN Ismail, p 66.
- 46- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 9 juillet 1996, R.G.D.A, N° 2, avril 1998, p 319, note MAYAUX Luc.
- 47- Cass 1<sup>ere</sup> Civ. 17 novembre 1996, obs. ALKHALFAN Ismail, p 219.
- 48- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 31 mars 1998, note BEIGNIER Bernard, p 94.
- 49- Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 27 mai 1998, R.G.D.A, 1998, p 692. note FAVRE ROCHEX André.
- 50- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 7 juillet 1998, obs. PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 338.
- 51- Cass 1<sup>ere</sup> Civ. 17 novembre 1998, obs. ALKHALFAN Ismail, p 219.
- 52- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 1 décembre 1998, Gaz. Pal. N° 310, novembre 2007, p 40, note LEDUCQ Xavier.
- 53- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 23 février 1999. N° 96-21744: Bull. Civ. I, n° 59, note BRUCHI Marc, p 2.
- 54- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16,924, Bull, 1999, I, n° 140, note BEIGNIER Bernard, p 188.
- 55- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 15 décembre 1999, R.G.D.A, n° 02, avril 2006, p 515, note ABEAVANEL-JOLLY Sabine.
- 56- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 3 mai 2000, RTD Civ, n°3, juillet / septembre 2000, p 566, note MESTRE Jacques.
- 57- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 27 mars 2001, pourvoi n° 98-19,481, Bull, 2001, I, n° 82, R.G.D.A, N° 03, juillet 2011, p 669, note MAYAUX Luc.
- 58- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 12 février 2002, note BEIGNIER Bernard, p 92.
- 59- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 10 juillet 2002, Bull. Civ. I, n° 195, obs. ALKHALFAN Ismail p 77.
- 60- Cass. Civ. 2<sup>em</sup>, 15 décembre 2002, R.G.D.A, N° 3, juillet 2012, p 602, note PELISSIER Anne.

- 61- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 13 mai 2003, pourvoi n° 00-15,195, Bull. 2003, I, n° 111, L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 03, mars 2018, p 2, note, ASTEGIANO-LARIZZA Axelle.
- 62- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 11 juin 2003, pourvoi n° 00-13,361, L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 10, novembre 2012, p 3, note PATRIS Fabien.
- 63- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 13 janvier 2004, note BEIGNIER Bernard, p 93.
- 64- Cass. Civ, 3<sup>em</sup>, 25 mai 2005, note BEIGNIER Bernard, p 93.
- 65- Cass. Civ. 3<sup>em</sup>, 28 septembre 2005, n° 04-14,472, R.G.D.A, N°11, novembre 2016, p 507, note ASTEGIANO-LARIZZA Axelle.
- 66- Cass. Com, 31 mai 2006, Bull. civ. IV, n°102, p 100, note PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 170.
- 67- Cass. Civ. 2<sup>em</sup>, 26 avril 2007, n° 06 – 14928, Gaz. Pal. N° 127, mai 2008, p 26, note PÈRIER Michel.
- 68- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 10 mai 2007, note BEIGNIER Bernard, p 92.
- 69- Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 6 juin 2007, R.G.D.A, N° 4, octobre 2007, p 899 note BEAUCHARD Jean.
- 70- Cass. Civ. 2<sup>em</sup>, 14 juin 2007, n° 06 – 15670, Gaz. Pal. N° 127, mai 2008, p 23, note LEDUCQ Xavier.
- 71- Cass. 1<sup>er</sup> civ, 02 octobre 2007, RJDA 2008, n° 196, note PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 338.
- 72- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2008, Bull. Civ. I, n° 145, obs. ALKHALFAN Ismail, p 57.
- 73- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19,532, R.G.D.A, N° 06, juin 2017, p 378, note MAYAUX Luc.
- 74- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 22 janvier 2009, Gaz. Pal, n° 50, du 19 février 2015, p 22, note PIEDELIEVRE Stéphane.
- 75- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 09 avril 2009, n° 08-12.938, R.G.D.A, N° 03, juillet 2009, p 879, note ASTEGIANO-LARIZZA Axelle.
- 76- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 28 mai 2009, pourvoi n° 18-14,198, R.G.D.A, N° 06, juin 2017, p 379, note MAYAUX Luc.



- 77- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 6 mai 2010, note BEIGNIER Bernard, p 90.
- 78- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 3 février 2011, note VILLEGAS Laurent, p 146.
- 79- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 17 mars 2011, pourvoi n° 10-18,120, R.G.D.A, N° 06, juin 2017, p 379, note MAYAUX Luc.
- 80- Cass. Civ, 2<sup>em</sup>, 1 juin 2011, pourvoi n° 09-72552, Revue des Contrats, n° 01, 31 mars, 2015, p 201, note REVET Thierry.
- 81- Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 23 juin 2011, n° 10-30.645, note ABADIE Laurent et LECOURT Arnaud, p 295.
- 82- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 20 mars 2013, n° 12-15314, L'ESSENTIEL Droit des assurances, n° 7, du 03 juillet 2014, p 5, note MAUD Asselain.
- 83- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2014, Gaz. Pal, n° 50, du 19 février 2015, p 22, note PIEDELIEVRE Stéphane.
- 84- Cass. Civ, 1<sup>er</sup>, 12 mai 2016, n° 14-24.698, L'ESSENTIEL Droit des assurances, n°07, juillet 2016, p 03, note CATTALANO-CLOAREC Garance.

## **2)- Cour d'Appel :**

- 1- CA Nîmes, 12 février 1981, Gaz. Pal. N° 120, avril 2011, p17, note, PÉRIER Michel.
- 2- CA Lyon, 28 mars 1991, note ALKHALFAN Ismail, p 174.
- 3- CA Paris, 3 avril 1996, note ALKHALFAN Ismail, p 163.
- 4- CA Chambéry, 21 mars 2006, note ALKHALFAN Ismail, p 176.
- 5- CA Nîmes, 5 janvier 2010, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

## **3)- Tribunal de Grande Instance :**

- 1- TGI Castres, 20 mai 1992, note MALEVILLE Marie-Hélène, p 138.
- 2- TGI Paris, 29 juin 1994, note ALKHALFAN Ismail, p 161.
- 3- TGI Paris, 1<sup>er</sup> ch., 1<sup>er</sup> sect., 1<sup>er</sup> mars 1995, note ALKHALFAN Ismail, p 142.

## **4)- Conseil d'État :**

- 1- CE 27 juillet 1984, et 8 mars 1993, n° 120240, note BEIGNIER Bernard, Code des assurances commenté, pp 63 et 64.
- 2- CE 29 décembre 2000, n° 214208, R.G.D.A, N° 1, janvier 2001, p 101, note VINCENT François.

### **5)- Cour de Justice des Communautés Européennes :**

- 1- CJCE, 27 juin 2000, Oceano Grupo, Aff. C-240/98 et CJCE, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Gyorft, Aff., C-243/08, observation PEGLION-ZIKA Claire-Marie, p 151.
- 2- CJCE 21 novembre 2002, Gaz. Pal. N° 126, 06 mai 2003, p 12, note FLORES Philippe et BIARDEAUD Gérard.

## قائمة المحتويات

### قائمة المختصرات

01.....	مقدمة.....
12.....	الباب الأول: الإطار القانوني لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية
15.....	الفصل الأول: التدخل لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....
16.....	المبحث الأول: دواعي حماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....
16.....	المطلب الأول: عدم تكافؤ المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين.....
17.....	الفرع الأول: خصوصية طرفي عقد التأمين.....
17.....	أولاً: المركز التعاقدى المتفوق للمؤمن.....
18.....	1. الشكل القانوني للمؤمن.....
23.....	2. خصوصية النشاط التأميني.....
25.....	ثانياً: المركز التعاقدى الضعيف للمؤمن له.....
27.....	الفرع الثاني: تضمين نماذج عقود التأمين ببند تعسفية.....
31.....	المطلب الثاني: بعض خصائص عقد التأمين.....
32.....	الفرع الأول: عن توافر خاصية الإذعان في عقد التأمين.....
35.....	أولاً: أسبقية التحرير الأحادي لشروط عقد التأمين من طرف المؤمن.....
36.....	ثانياً: عرض نماذج عقود التأمين في قالب موحد غير قابل للنقاش.....
38.....	ثالثاً: إذعان المؤمن له لهذه الشروط لأنها تتعلق بخدمة ضرورية.....
41.....	الفرع الثاني: عن إجبارية عقود التأمين.....
46.....	الفرع الثالث: خاصية الاستهلاكية في عقود التأمين.....
51.....	المبحث الثاني: قصور القواعد العامة في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية ..
52.....	المطلب الأول: مظاهر عدم كفاية القواعد العامة لحماية المؤمن له من البنود التعسفية
53.....	الفرع الأول: قصور الحماية الخاصة في ظل الأحكام المنظمة للشروط التعسفية.....
55.....	أولاً: الشروط الباطلة بسبب موضوعها.....
1.....	1. بطلان شرط سقوط الحق في التعويض عن خرق النظم والقوانين إلا إذا كان ذلك عن
55.....	جناية أو جنحة عمدية.....

2. بطلان شرط سقوط الحق في التعويض بسبب التأخر في إعلان الحادث أو تقديم  
المستند إذا كان التأخر لعذر مقبول.....57
- ثانيا: الشروط التعسفية الباطلة بسبب شكلها.....60
1. استلزام أن تكون شروط البطلان أو السقوط بارزة في شكل ظاهر.....61
2. بطلان شرط التحكيم الوارد في وثيقة التأمين بين شروطها العامة المطبوعة....62
- الفرع الثاني: قصور الحماية العامة للمؤمن له من الشروط التعسفية.....64
- أولا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في نظرية عقود الإذعان.....65
1. دور سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي في حماية المؤمن له...66
2. تفسير الشك في مصلحة المؤمن له المدعى.....69
- ثانيا: دور نظرية السبب في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....72
- ثالثا: دور مبدأ حسن النية في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....74
- المطلب الثاني: حماية المؤمن له بموجب نصوص قانونية خاصة.....76
- الفرع الأول: التشريع الجزائري الخاص بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....77
- أولا: مدى تطبيق قانون حماية المستهلك لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....77
- ثانيا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون التأمينات.....79
- ثالثا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون الممارسات التجارية.....81
- الفرع الثاني: موقف القانون الفرنسي من حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية بقوانين  
خاصة.....84
- أولا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي.....85
- ثانيا: حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في قانون التأمين الفرنسي.....90
1. استلزام شكلية خاصة لسريان بعض الشروط.....90
2. الرقابة على وثائق التأمين.....91
3. فرض التعامل بالشروط النموذجية.....92
- الفصل الثاني: نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين.....94
- المبحث الأول: الأشخاص المستفيدون من الحماية.....95
- المطلب الأول: تحديد مفهوم المؤمن له المستهلك.....96

96.....	الفرع الأول: التعريف التشريعي والفقهى للمستهلك.
97.....	أولاً: التعريف التشريعي للمستهلك.
97.....	1. تعريف المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.
98.....	2. تعريف القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
99.....	3. تعريف القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
101.....	ثانياً: التعريف الفقهى للمستهلك.
102.....	1. تبني المفهوم الواسع للمستهلك.
103.....	2. تبني المفهوم الضيق للمستهلك.
105.....	الفرع الثاني: موقف القضاء من تعريف المستهلك.
115.....	المطلب الثاني: مستهلك التأمين الخاضع للحماية.
116.....	الفرع الأول: مستهلك التأمين طرف في العقد.
117.....	أولاً: مكتب عقد التأمين كمستهلك.
117.....	1. أهلية الشخص الطبيعي في اكتتاب عقد التأمين.
118.....	2. أهلية الشخص المعنوي في اكتتاب عقد التأمين.
118.....	أ. الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام.
121.....	ب. الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص.
122.....	ثانياً: المؤمن له مستهلكاً للتأمين.
124.....	الفرع الثاني: مستهلك التأمين بانصراف آثار العقد إليه.
125.....	أولاً: المقصود بالمستفيد والغير.
125.....	1. المستفيد كمستهلك للتأمين.
126.....	2. الغير كمستهلك للتأمين.
127.....	ثانياً: كيفية اكتساب المستفيد والغير لصفة المؤمن له.
133.....	<b>المبحث الثاني: البنود التعسفية في عقود التأمين موضوع الحماية.</b>
134.....	المطلب الأول: البنود التعسفية في عقود الاستهلاك بصفة عامة.
134.....	الفرع الأول: البنود المفترض قانوناً أنها تعسفية.
135.....	أولاً: القائمة المحددة بالتشريع.

1. البنود التي تمنح للمهني امتيازات وصلاحيات تعاقدية من جانب واحد.....136
2. البنود التي تحرم المستهلك من ممارسة حقوقه.....140
- ثانيا: القائمة المحددة بالتنظيم.....141
1. البنود المرتبطة بحق فسخ العقد.....141
2. البنود المرتبطة بالآثار المالية المترتبة عن عدم التنفيذ.....142
3. حرمان المستهلك من اللجوء إلى طرق تسوية النزاعات.....144
4. إخضاع المستهلك لبنود جديدة لم ترد في العقد.....144
5. بنود تعسفية أخرى تُثقل التزامات المستهلك.....144
- الفرع الثاني: دور القضاء في تحديد البنود التعسفية.....145
- الفرع الثالث: دور لجنة البنود التعسفية في تقدير الطابع التعسفي.....152
- المطلب الثاني: البنود التعسفية في عقود التأمين.....154
- الفرع الأول: تطبيق البنود التعسفية المحددة في عقود الاستهلاك على عقود التأمين...155
- أولا: الاستناد إلى نظام القوائم كمرجعية لتحديد البنود التعسفية في عقود التأمين.....155
- ثانيا: الاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر لتحديد البنود التعسفية في عقود التأمين....160
1. تقرير القضاء لشروط تعسفية حماية للمؤمن له.....160
2. نفي القضاء التكييف التعسفي لشروط لا تتال من مصالح المؤمن له.....163
- الفرع الثاني: الاتجاه إلى ضرورة ضبط بنود تعسفية خاصة بعقود التأمين.....165
- أولا: شكل التصريح بالخطر.....166
- ثانيا: تنفيذ عقد التأمين.....169
1. نقص الخطر.....169
2. التصريح بتحقق الخطر.....171
- أ. ميعاد التصريح بتحقق الخطر.....171
- ب. جزاء التأخر عن التصريح بتحقق الخطر.....172
- ثالثا: فسخ عقد التأمين.....174
1. إقرار صلاحية الفسخ كل سنة.....174
2. تقليص ميعاد ممارسة إجراء الفسخ.....176

177	3. حذف التعويض على الفسخ.....
179	خلاصة الباب الأول.....
180	الباب الثاني: الآليات المكرسة لحماية المؤمن له من الشروط التعسفية.....
182	الفصل الأول: الحماية المباشرة للمؤمن له من الشروط التعسفية.....
183	المبحث الأول: توقي الشروط التعسفية بالتنظيم القانوني لعملية التراضي.....
184	المطلب الأول: إقرار دعم رضا المؤمن له بتكريس الإلتزام بالإعلام.....
185	الفرع الأول: ضبط مفهوم الإلتزام بالإعلام في عقد التأمين.....
187	أولاً: تعريف الإلتزام بالإعلام.....
193	ثانياً: صور الإلتزام بالإعلام.....
193	1. الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد.....
195	2. الإلتزام بالإعلام التعاقدي.....
196	الفرع الثاني: الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام.....
197	أولاً: التدليس.....
200	ثانياً: الغلط.....
202	ثالثاً: نظرية العلم الكافي للمشتري بالمبيع ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية.....
204	رابعاً: الإلتزام بالإعلام إلتزام مستقل قائم بذاته.....
207	المطلب الثاني: تطبيق الإلتزام بإعلام المؤمن له للحماية من البنود التعسفية.....
208	الفرع الأول: توظيف الإلتزام بإعلام المؤمن له قبل التعاقد.....
208	أولاً: طلب التأمين.....
211	ثانياً: بيان المعلومات.....
214	الفرع الثاني: الإلتزام التعاقدي بإعلام المؤمن له.....
214	أولاً: مذكرة التغطية.....
216	ثانياً: وثيقة التأمين.....
217	1. الشروط العامة لوثيقة التأمين.....
218	2. الشروط الخاصة.....
219	ثالثاً: ملحق وثيقة التأمين.....

المبحث الثاني: تفادي الشروط التعسفية بالتنظيم القانوني الأمر لبنود عقد التأمين .	221
المطلب الأول : التقيد بالتحديد القانوني الأمر لعقد التأمين.....	222
الفرع الأول: فرض شكل محدد لصحة البنود الأساسية لعقد التأمين.....	223
أولاً: موقف القضاء من معيار تحقق الشكل القانوني للكتابة في عقد التأمين .....	224
1. اعتماد كيفية طباعة البند معياراً رئيسياً لتحقيق الشكل القانوني للكتابة.....	224
2. اعتماد معيار وضوح البند للقراءة لتحقيق الشكل القانوني للكتابة .....	226
ثانياً: جزاء تخلف الشكل القانوني للكتابة في البند.....	228
الفرع الثاني: الإلزام بتضمين العقد ببند تعاقدي محددة قانوناً .....	232
أولاً: الشروط المتعلقة بموضوع عقد التأمين.....	236
ثانياً: الشروط المتعلقة بتوافر ركن السبب في عقد التأمين.....	237
ثالثاً: الشروط المحددة لتاريخ سريان مفعول العقد ومدته.....	239
رابعاً: الشروط المتعلقة بالمعلومات الشخصية للأطراف .....	240
المطلب الثاني: اعتماد نظام خاص لاستبعاد البنود التعسفية .....	242
الفرع الأول: فرض العمل بالشروط النموذجية.....	243
أولاً: محاولة التعريف بالشروط النموذجي .....	245
ثانياً: تأثير الشرط النموذجي على المضمون التعاقدية لعقد التأمين .....	246
ثالثاً: نطاق سلطة الإدارة في فرض العمل بالشروط النموذجية.....	248
الفرع الثاني: الرقابة على الوثائق ذات الطابع التجاري الموجهة للجمهور.....	254
<b>الفصل الثاني: الحماية غير المباشرة للمؤمن له من البنود التعسفية.....</b>	<b>259</b>
<b>المبحث الأول: سلطة القاضي في حماية المؤمن له من البنود التعسفية.....</b>	<b>260</b>
المطلب الأول: سلطات القاضي استناداً إلى القوانين الخاصة .....	261
الفرع الأول: إبطال البنود التعاقدية كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام.....	262
أولاً: ضرورة الإعلام الفعلي والحقيقي حول الفرق بين شروط الضمان وبنود الاستبعاد من الضمان.....	265
ثانياً: التشدد في شروط صحة بنود الاستبعاد من الضمان.....	268
الفرع الثاني: إلغاء البنود التعسفية استناداً إلى نظام القوائم ومعيار الإخلال الظاهر ...	273



أولاً: سلطات القاضي استناداً إلى نظام القوائم .....	273
ثانياً: سلطات القاضي استناداً إلى معيار الإخلال الظاهر.....	277
المطلب الثاني: توسيع سلطات القضاء في إلغاء البنود التعسفية تحت ستار التفسير ..	283
الفرع الأول: عدم ملائمة قواعد التفسير في حماية المؤمن له من البنود التعسفية .....	284
أولاً: عدم جدوى تفسير عبارات عقد التأمين الغامضة بالبحث عن النية المشتركة .....	285
ثانياً: ضرورة استبعاد قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين في عقود التأمين .....	288
ثالثاً: عدم كفاية قاعدة أن لا يفسر الشك تفسيراً مضرًا بالطرف المدعى.....	292
الفرع الثاني: توظيف القضاء الفرنسي لقواعد التفسير في حل إشكالات البنود التعسفية الغامضة في عقود التأمين.....	296
<b>المبحث الثاني: عن إمكانية تدخل أجهزة أخرى لحماية المؤمن له من البنود التعسفية</b>	
<b>309</b> .....	
المطلب الأول: دور لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك.....	310
الفرع الأول: دور لجنة البنود التعسفية: جهاز استشاري متخصص .....	311
أولاً: تقديم لجنة البنود التعسفية.....	311
ثانياً: اختصاصات لجنة البنود التعسفية.....	314
ثالثاً: إصدار اللجنة للتوصيات.....	317
الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المؤمن له من البنود التعسفية.....	320
المطلب الثاني: دور آليات التدخل الإداري في حماية المؤمن له ضد البنود التعسفية ..	329
الفرع الأول: أجهزة التدخل لضبط قطاع التأمين .....	330
أولاً: لجنة الإشراف على التأمينات .....	331
1. وجوب توافر عنصر السلطة في اللجنة.....	332
2. وجوب اعتبار اللجنة ذات طابع إداري.....	333
3. مدى استقلالية اللجنة.....	334
ثانياً: مجلس المنافسة.....	335
1. تشكيل مجلس المنافسة .....	336
2. صلاحيات مجلس المنافسة .....	337

337	أ. صلاحيات المجلس الاستشارية.....
337	ب. الصلاحيات ذات الطابع التنازعي.....
338	ج. الصلاحيات ذات الطابع التنظيمي.....
338	3. استقلالية مجلس المنافسة.....
341	الفرع الثاني: حظر الممارسات المنافية للمنافسة: حماية غير مباشرة.....
341	أولاً: حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة.....
341	1. الاتفاقات المقيدة للمنافسة بصفة عامة.....
343	2. تطبيق حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة على عقد التأمين.....
345	ثانياً: منع التعسف في وضعية الهيمنة.....
348	ثالثاً: منع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.....
350	خلاصة الباب الثاني.....
351	الخاتمة.....
365	قائمة المراجع.....
401	قائمة المحتويات.....
409	ملخص.....

## المخلص باللغة العربية:

يعتبر عقد التأمين أبرز مثال لعقود الإذعان، باعتبار أن مضمونه يعد ويحرر من طرف المؤمن، الأمر الذي يجعل المؤمن له يذعن لعقد تم إعداده مسبقا دون أن تتاح له إمكانية مناقشة شروطه. ذلك يؤدي إلى إمكانية أن يكون عقد التأمين مصدرا لتعسف المؤمن من حيث إدراج شروطا تعسفية وهو ما يبرز حتمية البحث عن حماية للمؤمن له.

فلمنع هذا التعسف من طرف المؤمن، يمكن للمؤمن له الاستفادة من عدة آليات مقررة لمحاربة التعامل بالشروط التعسفية، إلا أن تحليل كل واحدة من هذه الآليات التي يمكن إثارتها، قد أظهرت عجزها في حماية المؤمن له من هذه الشروط وهو ما يستنتج من تحليل التجربة الجزائرية في مسألة حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين. وهو ما استدعى الرجوع إلى التجربة المقارنة ليتم الإقرار بوجود حماية فعالة بالنظر إلى تفعيل النصوص القانونية في إنصاف المؤمن له سواء من قبل القاضي أو الإدارة.

## Résumé en langue française :

Le contrat d'assurance est l'exemple le plus frappant de contrat d'adhésion. En fait, le contenu du contrat est élaboré et rédigé par l'assureur, ce qui oblige l'assuré à se conformer à un contrat établi à l'avance sans possibilité d'en discuter les termes. Cela laisse supposer que le contrat d'assurance peut être une source d'arbitraire pour l'assureur en termes d'inclusion de conditions arbitraires, ce qui souligne le caractère inévitable de la recherche d'une protection pour l'assuré.

Afin de mettre fin à tout abus de la part de l'assureur, l'assuré peut bénéficier de plusieurs mécanismes destinés à lutter contre les conditions arbitraires, Cependant, l'analyse de chacune de ces techniques susceptibles d'être relevées, a montré son incapacité à protéger l'assuré de ces conditions, qui découle de l'analyse de l'expérience algérienne en matière de protection des données.

La question de la protection des assurés contre les conditions arbitraires du contrat d'assurance, a appelé à faire référence à l'expérience comparative à reconnaître l'existence d'une protection efficace en vue de l'activation des textes légaux dans l'équité de l'assuré, que ce soit par le juge ou l'administration.