



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ:

- باباعمي الحاج أحمد

من إعداد الطالبتين:

- باسعيد عائشة

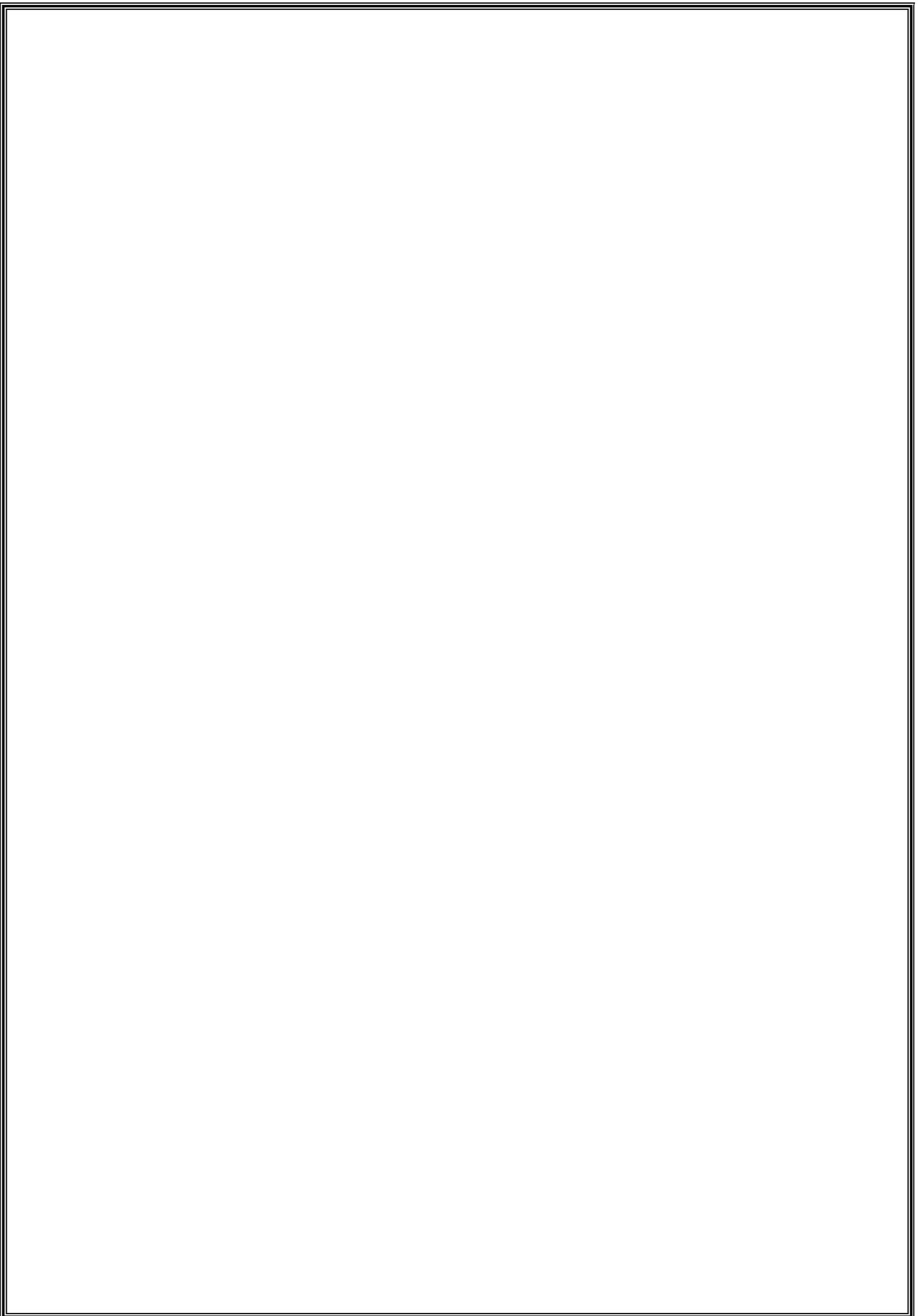
- الحاج موسى حنان

لجنة المناقشة :

الصفة	الجامعة	الرتبة	إسم ولقب الأستاذ
رئيساً	جامعة غرداية	أستاذة	أ/ حيفري نسيمة أمال
مشرفاً مقررأ	جامعة غرداية	أستاذ محاضر "أ"	د/ بابا عمي الحاج أحمد
عضواً مناقشاً	جامعة غرداية	أستاذ مساعد "أ"	أ/ أبصير طارق

السنة الجامعية:

2019م / 2020م





وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ:

- باباعمي الحاج أحمد

من إعداد الطالبتين:

- باسعيد عائشة

- الحاج موسى حنان

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة	إسم ولقب الأستاذ
رئيساً	جامعة غرداية	أستاذة	أ/ حيفري نسيمة أمال
مشرفاً مقررأ	جامعة غرداية	أستاذ محاضر "أ"	د/ بابا عمي الحاج أحمد
عضواً مناقشاً	جامعة غرداية	أستاذ مساعد "أ"	أ/ أبصير طارق

السنة الجامعية:

2019م / 2020م

قال الله تعالى بعد:

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرین وزنوا بالقسطاس
المستقیم ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا فی الأرض
مفسدین﴾

صدق الله العظیم

سورة الشعراء [181-182-183]

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أغلى ما أملك
والذي الحبيين أطال الله في عمرهما
إلى روعي جدتي العزيزة تغمدها الله برحماته
إلى إخواني وأختي والعائلة الكريمة صغيرا وكبيرا
و إلى صديقاتي اللواتي عرفتهم في حياتي
إلى كل من شاركني مشواري الدراسي
إليكم جميعا أهديتها

عائشة

الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله وإلى والدي حفظها الله

إلى أخواتي العزيزات

زوجي وابنتي الغالية فردوس

إلى كل أفراد العائلة، الأصدقاء الزملاء، وكل من ساهم

في إنجاز هذا العمل

حنان

شكر و عرفان

نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المحترم باباعمي الحاج أحمد
على قبوله الإشراف على هذا العمل، كما أتقدم له
بالشكر على ما أمدى به من توجيهات و نصائح خلال
فترة البحث.

الشكر والتقدير كذلك لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل
على تكريمهم بالموافقة على مناقشة هذا البحث.

قائمة المختصرات

القانون المدني	ق م
القانون المدني الجزائري	ق م ج
ديوان المطبوعات الجامعية	د م ج
دون سنة نشر	د س ن
الصفحة	ص
الطبعة	ط
العدد	ع
الجزء	ج
الجريدة الرسمية الجزائرية	ج ر ج

ملخص

كما هو معروف فإن العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني وطبقا للمادة 106 من ق.م فإن العقد شريعة للمتعاقدين، وليكون العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية لابد أن يصدر عن إرادة حرة خالية من العيوب.

وهذا ما يقودنا إلى الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة الذي هو الركيزة الأساسية التي تبنى عليها التعاملات بين الأفراد في مجال التأمينات، فيفترض في أي علاقة أن تقوم على مبدأ التوازن العقدي، بمعنى توافر نوع من المساواة بين أطراف العقد سواء من حيث الحقوق أو الالتزامات أو من حيث مضمون العقد بذاته، ولقد كانت ولا تزال العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له غير متوازنة وغير متكافئة نظرا لما يمتلكه المؤمن من قوة اقتصادية تجعل المؤمن له طرفا ضعيفا، يتضح ذلك الضعف من خلال العلاقة التعاقدية أين يظهر غياب التوازن بين أطراف العلاقة بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما، وقد يكون هذا الضعف بسبب تعاقد خارج تخصصه، كما قد يكون إما لصعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية أو لسوء صياغة العقد، حيث تشكل حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية أهمية بالغة بالنسبة لتطور الرابطة التعاقدية عموما وبغياب حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية أو بضعفها، لن تكون العلاقة قادرة على تحقيق أهدافه، سواء بتحقيق الأمان والاطمئنان لدى الطرف الضعيف، أو بتحقيق الإئتمان لدى الطرف القوي في الرابطة العقدية، ومن هنا كانت الحاجة الماسة للبحث عن أثر التنظيم التشريعي على حرية التعاقد في مجال التأمين.

الكلمات المفتاحية:

العقد، مبدأ سلطان الإرادة، التأمينات، التوازن العقدي، الطرف الضعيف، الشروط التعسفية.

Summary

As it known, the contract is an agreement of two wills to have a legal effect, and according to article 106 of the civil code, the contract is sharia law for the contracting parties, for the contract to be valid and produce its legal effects, it must be issued by free will free of defects, this is what leads us to talk about the principle of the sovereignty of the will, which is the main pillar on which interactions between individuals in the field of insurance are based, it supposed in any contractual relationship to be on the Principe of the nodal/contractual balance, Means The availability of kind of equality between the contract's parts, whether in terms of right and commitments and responsibility of parts Or in terms of the contract content itself, it was and it still the contractual relationship between the insurer and the insured Unbalanced and Unequal given what the insurer owns in the face of the insured of economic power which makes the insured weak and the contractor's weakness is due to dispersion and economic influence of the insurer who imposes his conditions on the insured; the protection of the weak party from arbitrary conditions is of great importance to the overall development of the contractual, in the absence of protection or weakness of the weak party in the contractual association, to achieve its objectives, whether by the safety and security of the weak party, or to chieve ctedit to the strong party in the nodal legate, From here it was necessary to look for the effects of legislative regulation and the freedom to contract in the Insurance.

المقدمة:

إن الانسان اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بمعزل عن المجتمع، حيث أن مجهوداته وقدراته جد محدودة فيلجأ لغيره، بهدف تلبية حاجاته ومصالحه اللامتناهية، وذلك بالدخول في علاقات قانونية تختلف باختلاف المصدر الذي يحكمها سواء كانت مصادر إرادية -تصرفات قانونية- والتي يقوم بها الشخص بإرادته، يعتمد من خلالها أن يرتب آثار قانونية تتمثل أساسا في إنشاء الحق، نقله، تعديله أو إنهائه والتي تشمل العقد والإرادة المنفردة، أو مصادر لا إرادية - أعمال مادية- والتي يقوم بها الشخص بإرادته غير أنه لا يقصد ولا يعتمد أن يرتب آثار فيها، إلا أن القانون يرتب عليها نشوء الحق في التعويض للطرف المتضرر وكذا رد الشيء الغير مستحق وهي الأخرى تشمل الفعل الضار - المسؤولية التقصيرية- وكذا الفعل النافع - الإثراء بلا سبب-.

فالعقد عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتمثل أساسا في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فبمجرد نشوء العقد صحيحا وفقا للشروط والأركان التي يتطلبها القانون ووفقا لإرادة المتعاقدين، فإنه يرتب آثارا يضيف عليها القانون طابع الالتزام إعمالا بالقوة الملزمة للعقد، حيث يتعين على الأطراف ووفقا لهذا المبدأ ضرورة تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبمحسن النية. ويعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة، حيث يفيد هذا المبدأ عموما بأن الإرادة هي السلطان في تكوين العقود وتحديد آثارها. فمبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في معظم النظم القانونية، إذ أن ظهوره قد أثر على جانبيين من جوانب العقد هما:

من حيث الشكل، فمبدأ الرضائية يشكل فيه دعامة يستند إليها باعتبار أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد.

أما من حيث الموضوع، نجد تمتع الأطراف بالحرية في إبرام ما يشاؤون من عقود، وتضمينها ما يرون من شروط، كما أن لهم الحرية الكاملة في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، وهكذا تصبح الإرادة مصدر القوة الملزمة للعقد الذي يعبر عن العدل والحرية، إلا أنه في الوقت العصر الحديث بدأ هذا المبدأ يفقد أهميته وذلك بسبب تدخل المشرع في الكثير من المجالات في تحديد مضمون العقد،

مراعاة منه للتوازن الذي كثيرا ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة وردت على شكل استثناءات عن القاعدة العامة في مجال العقود المدنية خاصة. وهذه الاستثناءات منها ما ورد في القوانين خاصة أهمها التشريعات المتعلقة بالتأمينات.

حيث يعتبر عقد التأمين مجالا خصبا لانحدار مبدأ سلطان الإرادة، تاركا المجال للتدخل التشريعي للحد من سيطرة الطرف القوي في صياغة ونمذجة عقد التأمين.

وهذا الموضوع هو أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمين، وهو من صميم الدراسات التي يجب بحثها بعناية كبيرة.

وعليه يعتبر عقد التأمين من أهم عقود الاستهلاك التي تبرم بين المستهلك، وهو المؤمن له الذي يمثل الطرف المدعن الذي لا يملك سلطة مناقشة بنود العقد التي يتم تحريرها مسبقا من طرف المؤمن، ويعتبر بذلك الطرف الضعيف في العقد وبين المؤمن الذي يملك القوة الاقتصادية والذي يعتبر الطرف القوي في عقد التأمين.

تبعا لذلك فقد باتت حماية المؤمن له من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد مسألة هامة حتى لا يتعرض للاستغلال والاحتياال.

قد يعتري العقد بعض العوارض التي تشوب أركانه فتحوله من عقد مساومة إلى عقد إذعان في أغلب الأحيان تكون الشرط التعسفية محررة مسبقا ولا يتمكن المستهلك من الاعتراض على بعض البنود التي تبدو غير مبررة، ولذلك عادة ما تسمى عقود الاستهلاك بعقود الإذعان. من هنا جاءت ضرورة إيجاد طرق لمواجهة الشروط التعسفية ودراستها.

1/ أهمية الموضوع:

إن أهمية الموضوع تتجلى فيما يلي:

- جدة الموضوع: حيث أن عقد التأمين من العقود الجديدة التي تحتاج إلى معالجة وعدم وجود دراسات سابقة وكافية في هذا النوع من العقود.
- عقد التأمين يعتبر من العقود المستحدثة.
- انتشار مثل هذه العقود في حياتنا اليومية ودخولها في احتياجات الناس.

– محاولة تنبيه الجهات المختصة إلى حاجة هذه العقود إلى المزيد من سبل الحماية القانونية المباشرة وذلك لتزايدها المستمر.

– أن أهمية الموضوع تكمن في تفاوت مراكز القوة بين طرفي هذا العقد والطريقة التي تنعقد بها من حيث النمطية وافتقارها إلى المساومة على شروط العقد، وبهذا اكتسب الموضوع أهمية واحتاج إلى نظر وتأمل وبمبحث شامل.

2/ أسباب اختيار الموضوع:

يعود اختيارنا لهذا الموضوع لعدة أسباب:

أ. أسباب ذاتية: تعود أساسا إلى الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع لكونه يتضمن أحكاما قانونية هدفها حماية فئة واسعة من فئات المجتمع، لذا اخترنا الإحاطة ببعض جوانب الحماية القانونية المقررة لهذه الفئة.

ب. أسباب موضوعية:

– ارتباط هذا الموضوع بالمعاملات المعاصرة.

– يتضح أن موضوع بحثنا هذا يكتسي أهمية بالغة حيث أن التأمين تدخل في مهمة المسؤولية المدنية، وقلب نظامها وأصبح للتأمين أهمية كبرى في مختلف المجالات الاقتصادية والحماية أدى ذلك إلى تنافس بين النظامين بغرض الوصول لتعويض عادل وكاف للمضرور، وكذا الأموال الضخمة التي تجنيها شركات التأمين مقابل المضاربة بالأخطار، ولذلك وجب دراسة تدخل المشرع في تنظيم هذا العقد.

4/ أهداف الدراسة:

– الموضوع جديد.

– إثراء المكتبة الجامعية والطلاب بمحتوى هذا الموضوع.

5/ الصعوبات والعراقيل:

– طبيعة الموضوع الذي يعتبر من العقود الحديثة.

– قلة المراجع في المكتبات خاصة الكتب والبحوث المعاصرة التي عاجته فقها.

- موضوع هذا البحث يلاقي قلة بالنسبة للدراسات المتطرفة له والمتخصصة فيه.
- غلق المكتبات والجامعات بسبب الوباء.
- الإمكانية المادية التي يتطلبها البحث العلمي.

6/الإشكالية:

إلى أي مدى وفق المشرع في تنظيم تفاصيل عقد التأمين؟

ومن هذه الإشكالية تطرح التساؤلات الآتية:

ما هو مفهوم مبدأ سلطان الإرادة؟ وهل يمثل مبدأ سلطان الإرادة حصنا منيعا على تدخل

المشرع في عقد التأمين؟ وما مدى مكانة سلطان الإرادة في مجال التأمينات؟

- منهج الدراسة:

و للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي والمنهج الوصفي باعتباره المنهج الأسلم

والأصح، وكذا المنهج المقارن للمقارنة بين التعريفات القانونية المتقاربة، نقوم بدراسة فصلين للإجابة

على هذه الإشكالية وكل فصل يحتوي على مبحثين.

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد

يشمل هذا الفصل العقد كمصدر إرادي للالتزام، حيث سنقوم بدراسته على مراحل الأولى نحدد فيها مفهومه، بمعنى تعريفه وخصائصه. أما المرحلة الثانية فنتناول فيها تقسيماته، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى أساس مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد والنتائج والقيود الواردة عليه.

المبحث الأول: مفهوم العقد

يعتبر العقد أهم مصدر إرادي للالتزام، حيث يحظى بأهمية بالغة في الحياة اليومية للأشخاص، ففي جميع طرق حصول الأشخاص على حاجياتهم نجد أن العقد يحتل معظمها، أو في هذا البحث نحدد تعريف العقد وتقسيماته وخصائصه وذلك فيما يلي⁽¹⁾:

المطلب الأول: تعريف العقد

" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل

شيء ما " (2) المادة 54 من القانون المدني الجزائري

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، يتمثل هذا الأثر بمنح، أو عدم فعل شيء ما، أي أن الإرادتين تتجهان إلى إنشاء التزام أو نقله، وبهذا فالعقد أخص من الاتفاق، باعتبار العقد تتجه فيه الإرادتان إلى إنشاء علاقة ملزمة، فالاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له ويكون اتفاقاً متى كان معدلاً أو منهياً للالتزام، وينتج عن ذلك أن ليس كل اتفاق يمكن أن يكون عقداً في حين أن كل عقد يمكن أن يكون اتفاقاً⁽³⁾.

على أن بعض الفقهاء في فرنسا من شراح القانون المدني الفرنسي القديم خاصة بوتيه (Pothier) و دوما (Domat) جرى على التفرقة بين هذين الاصطلاحين فيرى هؤلاء الفقهاء، أن في الاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق، أو على نقله (كالحوالة ينتقل بها الحق من صاحبه إلى غيره) أو على تعديله (كالاتفاق على تقسيط الدين، أو على مد أجل الوفاء به) أو على زواله (كالوفاء ينهي حق الدائن).

أما العقد فيرون فيه توافق الإرادتين لإنشاء الحق دون باقي الأمور وهي نقل الحق وتعديله وزواله، لذا فالعقد عندهم أخص من الاتفاق، وأضيق مجالاً، فهو بالنسبة للاتفاق بعض من كل أو نوع أو جنس⁽⁴⁾

(1) زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام "العقد والإرادة المنفردة"، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 19

(2) القانون المدني الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان

(3) د/ فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 39

(4) د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، ط4، الجزائر، 2009، ص 40

غير أن هذه التفرقة انتقدت من جانب كبير من العلماء لأنها تفرقة لا تترتب عليها نتائج قانونية، ولذلك كان من الأولى العدول عنها، واعتبار العقد والاتفاق لفظين مترادفين. وعلى هذا، يمكن تعريف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني أيا كان الأثر المقصود، أو هو تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، أو زواله.⁽¹⁾

الفرع الأول: خصائص العقد

من التعريف السابق للعقد يمكننا أن نستخلص خصائصه ونذكر أهمها فيما يلي:

1/ العقد مصدر للالتزام:

يترتب عن العقد نشوء التزام في ذمة كلا طرفيه أو في ذمة طرف واحد، وهذا الالتزام قد يكون محله إعطاء شيء مثل نقل ملكية منقول أو عقار وقد يكون محله القيام بعمل مثل التزام مقاول بالقيام بالأعمال المتفق عليها في عقد المقاولة، وقد يكون محله الامتناع عن القيام بعمل مثل التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمبيع.

2/ العقد مصدر إرادي للالتزام:

يقوم العقد على إرادتين متطابقتين، حيث تتجه إرادتان فأكثر إلى التقيد بما يفرضه من التزامات بكل حرية، وهذا ما يميز العقد عن مصادر الالتزام الأخرى، كالمسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب، التي لا تتدخل الإرادة فيها لإنشاء الالتزام.

3/ العقد مصدر للحق الشخصي:

وهذه النتيجة منطقية لكون العقد مصدرا للالتزام، إذ بنشوء الالتزام ينشأ بالموازاة معه حق شخصي، ففي عقد الإيجار يترتب التزام في ذمة المستأجر بدفع بدل الإيجار، وفي المقابل يترتب حق للمؤجر وهو أحقيته في هذا البدل، ومن ثم يملك وسيلة الدعوى للمطالبة به⁽²⁾.

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6،

الجزائر، 2008، ص42

(2) زكريا سرايش، المرجع السابق، ص25

الفرع الثاني: أركان العقد

العقد من التصرفات القانونية الذي يلزم لانعقاده إرادة طرفين فأكثر أي الإيجاب والقبول وأركان العقد هي التراضي والمحل والسبب، وهذا هو الأصل لأن المبدأ العام في العقود هو الرضائية وتلك أركان العقد الرضائي، إلا أن القانون أو الاتفاق قد يوجب أن يكون الرضا في شكل معين كما في العقود الشكلية حيث يكون الشكل المخصوص ركنا آخر في تكوين العقد⁽¹⁾

1/ في التراضي:

التراضي كما أشرنا ركن في العقد ومن ثم، لقيام العقد صحيحا يجب أن يتوفر رضا المتعاقدين به، وسلامة الرضا من العيوب،⁽²⁾ لما كان العقد لا ينعقد إلا بالتراضي الذي لا يتحقق إلا بتلاقي إرادتين تتجهان نفس الاتجاه فإنه يلزم أن يتم التراضي على جميع المسائل الجوهرية في العقد، لأنه إذا لم يتم التراضي على هذه المسائل الجوهرية فإنه لا يمكن القول بأن إرادة كل من الطرفين تشارك الإرادة الأخرى في نفس اتجاهها⁽³⁾

ويجب أن يصدر الإيجاب والقبول عن ذي أهلية، وبسلامة الإرادة بما يشوبها من عيوب كالغلط، والتدليس، والإكراه والاستغلال.

أولا: التعبير الصريح والتعبير الضمني

لا يكفي أن توجد الإرادة لدى المتعاقدين بل لا بد من ظهورها إلى العالم الخارجي، حتى يعرف كل منهما إرادة الآخر وحتى يمكن أن يتدخل القانون، إذا الأصل أن القانون لا يهتم بمجرد النوايا الداخلية ولا يترتب عليها أي أثر، كما لا يستلزم القانون صورة معينة للتعبير عن الإرادة فلصاحب الإرادة أن يختار الصورة التي يريد بها التعبير عن إرادته، وفي ذلك تنص المادة 60 مدني: " أن التعبير عن

(1) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص83

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص56

(3) حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، ط1، الاسكندرية، 2007، ص36

الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يمكن باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه".⁽¹⁾

أ/ التعبير الصريح:

هو ذلك التعبير الذي يتخذ وسيلة مخصصة في ذاتها بحسب ما جرى به العمل بين الناس وقد يكون باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة على مقصود صاحبه.

والتعبير الصريح بالكلام مثاله أن يقول شخص لآخر أجر لي منزلك ببدل إيجار قدره 10000 دينار شهريا ولمدة سنة، فهذا تعبير صريح بالكلام عن الإيجاب.

أما التعبير الصريح بالكتابة، فمثاله أن يرسل أحد لآخر رسالة يخبره فيها بأنه قد قبل عرضه شراء سيارته بالثمن الذي أعلنه سابقا، فهذا تعبير صريح عن القبول بوسيلة الكتابة.⁽²⁾

سواء كانت بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، وسواء كانت عرفية أو رسمية، وسواء كان موقعا عليها ممن كتبها أو لم يكن موقعا عليها منه مادام ليس هناك شك في صدورهما منه، ويشترط القانون في بعض العقود أن تكون مكتوبة، ويشترط أن تكون الكتابة رسمية، كما في الرهن الرسمي والعقود الواقعة على عقار⁽³⁾.

كما قد يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفا، كهز الرأس أو اليد، أو الكنف، وتكون إشارة الأخرس تعبيرا صريحا عن إرادته متى كانت مبينة، وكذلك التعبير قد يتم عن طريق الإعلان أو النشر. ويكون التعبير أيضا صريحا متى تم باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة كعرض بضاعة في متجر وعليها ثمنها، أو وقوف سيارة أجرة في الموقف المعد لها.

ب/ التعبير الضمني:

(1) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص56

(2) زكريا سرايش، المرجع السابق، ص46 و47

(3) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص29

أجازت المادة 60 مدني في فقرتها الثانية بأن يكون التعبير ضمنيا، والتعبير الضمني هو التعبير الغير مباشر، ويكون عن طريق الاستنباط من الأفعال التي يقوم بها الشخص كمؤشر لتلك الإرادة وما تنطوي عليه.

و مثاله استمرار المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار فيعتبر قرينة على رغبته في تجديد الإيجار⁽¹⁾.

و الأصل أن للتعبير الضمني نفس قيمة التعبير الصريح، غير أن القانون في بعض الأحيان يستلزم أن يكون التعبير في شكل معين ومثال ذلك واضح في العقود الشكلية،⁽²⁾ وينص المشرع الجزائري على أنه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.⁽³⁾

(1) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص57

(2) زكريا سرايش، المرجع نفسه، ص48

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص60

ثانيا: توافق الإرادتين

أ/ الإيجاب:

الإيجاب تعبير بات عن الإرادة موجه إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين يعرض عليهم الدخول في رابطة عقدية وفقا للشروط التي يحددها هذا الإيجاب.

فالإيجاب إذا تعبير عن الإرادة وهو الخطوة الأولى إلى التعاقد وقد يتم التعبير عن الإيجاب باللفظ أو بالكتابة، كما قد يكون بالإعلان والنشر، كما قد يكون بالإشارة المبيّنة عن الإرادة، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود.⁽¹⁾

ويجب أن يوجه الإيجاب إما إلى شخص بعينه أو إلى جمهور، كحالة العرض في المحلات التجارية مع تحديد الثمن إذ يعتبر إيجاباً موجهاً لكل راغب في الشراء.⁽²⁾

والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً تمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب، لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع. وإذا كان الإيجاب محدد المدة، يوجب على الموجب احترام مدة الإيجاب ولا يجوز العدول عنه قبل انتهاء المدة لما تقتضيه المعاملات من ثقة واستقرار.⁽³⁾

ب/ القبول:

القبول هو التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب، الصادر عن الشخص الذي تلقى هذا الإيجاب. فالقبول هو الإرادة الثانية التي يتم بها العقد.

وحيث إن القبول هو تعبير عن الإرادة فإنه يلزم بشأنه جدية هذه الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني. كما أن هذه الإرادة يتم التعبير عنها صراحة أو ضمناً، كما أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان موصوفاً، أو قتران بملايسات تكشف دلالاته في القبول.⁽⁴⁾

(1) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 61

(2) محفوظ لعشيب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2007، ص 149

(3) محفوظ لعشيب، المرجع نفسه، ص 149

(4) نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 120

مطابقة الإيجاب للقبول:

يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب بكل عناصره وشروطه حتى ينعقد العقد، وإذا جاء القبول مشروطا أو مقيدا أو مخالفا للإيجاب كان ذلك بمثابة رفض له.

وطبقا لنص المادة 65 مدني فإن القبول يعتبر مطابقا للإيجاب وينعقد العقد متى اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، في هذه الحالة يعتبر قد انعقد. (1)

2 / المحل:

محل الالتزام هو الشيء الذي يلزم المدين القيام به وهو ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد (2) لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفا محددًا لمحل الالتزام ولذا فإن محل الالتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن، وقد يكون القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل (3) ونظرا لأن محل العقد هو إنشاء الالتزامات، أمكن القول (تجاوزا) بأن المحل ركن في العقد مع أنه في الحقيقة ركن في الالتزام لا في العقد وهذا ما جرت عادة الفقهاء على انتهاجه في شروحهم، وعلى العموم فمحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد. أما محل الالتزام فهو ما استوجبه المشرع من شروط وأحكام نص عليها في المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني (4) ويشترط في المحل، أن يكون موجودا وممكنا، معينا أو قابلا للتعيين، غير مخالف للنظام العام أو الآداب. (5)

3 / السبب:

هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، (6) وهو جواب من يسأل لماذا التزم المدين؟ أي لماذا التزم البائع بتسليم المبيع، ولماذا التزم المشتري بدفع الثمن؟ لماذا التزم المقترض برد

(1) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 67

(2) أ/ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 190

(3) د/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، مصادر الالتزام، ط 4، 2010، ص 72

(4) فاضلي إدريس، نفس المرجع، ص 102

(5) أ/ محفوظ لعشب، نفس المرجع، ص 191

(6) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،

ط 3، لبنان، 2000 ص 451

مبلغ القرض؟

وعلى هذا النحو يجب أن يفصل الالتزام عن العقد الذي يرتبه سواء رتب العقد التزامات متقابلة أم التزاما على جانب واحد. فالعقد قد يكون له دوافع متعددة، أما الالتزام فليس له إلا سبب واحد لا يتغير بالنسبة للنوع الواحد في الالتزام وهذا هو السبب.⁽¹⁾

و يعرف الفقهاء السبب بأنه الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي، وهو بهذا المعنى يتأكد لنا أنه من طبيعة معنوية، وبالتالي يعتبر عنصرا من عناصر الإرادة، ولكن بعض القوانين والفقهاء يجعلون من السبب أمرا له وجود مستقل عن الإرادة، وبالتالي اشترطوا لوجوده أن يكون موجودا وأن يكون صحيحا وأن يكون مشروعاً، وهي نفس الشروط التي اشترطت للمحل، لكن القانون الجزائري كما ذكرنا، لم يتبع مثل هذه القوانين ولم يشترط إلا شرط المشروعية للسبب رغم اعتباره ركن من أركان الالتزام.⁽²⁾

المطلب الثاني: تقسيمات العقود

إن تقسيمات العقود تعتبر عملا فقهيها أكثر منه عملا تشريعيا ومع ذلك فإن بعض التشريعات قد تضمنت قوانينها المدنية تقسيمات للعقود، كالمشرع الجزائري في المواد من 55 إلى 58 مدني.⁽³⁾

الفرع الأول: التقسيم الذي يرجع أساسه إلى تكوين العقد

✓ العقد الرضائي:

وهو العقد الذي تكفي لانعقاده الارادة، عن طريق توافق إرادة المتعاقدين وذلك باقتران الإيجاب والقبول، دون حاجة لاتخاذ أي إجراء شكلي لانعقاده، كعقد بيع المنقول المعين بذاته، وعقد الإيجار

إلخ

(1) د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص144

(2) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص73

(3) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص43

لكن هذا لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على كتابة لإثبات العقد، في هذه الحالة يكون شرط الكتابة ليس ركنا لانعقاد العقد، وإنما شرطا لإثباته وتكمن فائدة هذا التمييز في إثبات العقد، فالعقد المكتوب لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، أما العقد غير المكتوب فيجوز إثباته بالإقرار أو باليمين.⁽¹⁾

✓ العقد الشكلي:

فهي العقود التي لا تكفي لانعقادها تطابق الإيجاب والقبول بل ينبغي إفراغ الاتفاق في شكل خاص، ويعتبر تطلب الشكلية في هذه الحالة من النظام العام مما يعني بطلان العقد عند عدم التقيد بالشكل المطلوب. الهدف من تطلب الشكلية في بعض العقود هو تنبيه أطراف العقد إلى خطورة أهمية التصرف الذي يقدمون عليه وتنبيه الغير أيضا وإعلامهم بمضمون هذا التصرف. ومثال ذلك شرط تسجيل عقد البيع الذي يرد على الأموال غير المنقولة الواقعة في منطقة تمت فيها التسوية أو على المركبات التي يتطلب القانون تسجيلها في الدائرة المختصة.⁽²⁾

✓ العقد العيني:

أما العقود العينية فهي التي لا يكفي فيها انطباق الإيجاب لانعقادها بل لابد فيها من تسليم الشيء محل العقد. وقبل التسليم لا يتم العقد بل يكون وعدا ويكون ملزما بصفته هذه، ومثالها الوديعة.⁽³⁾

الفرع الثاني: التقسيم الذي يرجع أساسه إلى الآثار المترتبة على العقد:

ينقسم العقد من حيث الآثار المترتبة عليه إلى الأقسام الآتية:

عقد ملزم للجانبين، عقد ملزم لجانب واحد، عقد معاوضة، وعقد تبرع.⁽⁴⁾

✓ العقد الملزم للطرفين والعقد الملزم لطرف واحد:

العقد الملزم للطرفين أو العقد التبادلي هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين مثل عقد البيع الذي يلزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويلزم المشتري بدفع الثمن

(1) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع نفسه، ص20

(2) د/ يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2009، ص28

(3) محفوظ لعشيب، المرجع السابق، ص132

(4) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص22

للبائع، أي أن الالتزامات التي تنشأ عن العقد التبادلي متقابلة ومتبادلة، فكل التزام من طرف يقابله التزام من طرف لآخر.

أما العقد الملزم لطرف واحد أو لجانب واحد، فهو الذي ينشئ التزاما في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، وقد عرفته المادة 56 مدني بقولها "يكون العقد ملزما لشخص واحد أو لعدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين مثل عقد الهبة حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الواهب له، دون أن يلتزم بشيء قبل الواهب" والعقد الملزم لجانب واحد لا يختلف عن سائر العقود فهو لا يقوم إلا بتوافق إرادتين، وبذلك فهو يختلف عن التصرف القانوني من جانب واحد الذي ينعقد بإرادة واحدة، كالوصية والوعد بالجائزة.⁽¹⁾

إن أهمية التقسيم بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين تظهر في كون امكانية أحد الطرفين في العقود الثانية، الدفع بعدم التنفيذ م (123ق.م) وطلب الفسخ عند قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه م (119ق.م). أو عند استحالة تنفيذ التزام أحد طرفيه م (121 ق.م)، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك في هذه العقود الملزمة للجانبين تكون على المدين، أما في العقود الملزمة لجانب واحد تكون على الدائن.⁽²⁾

✓ عقد المعاوضة:

وهو العقد الذي يحصل فيه المتعاقد مقابل ما التزم به أمام المتعاقد الآخر، فالبائع مقابل حصوله على ثمن المبيع من المشتري، يلتزم بإعطاء المبيع إلى المشتري، فعقد البيع من عقود المعاوضة، وكذلك عقد الإيجار، وعقد التأمين... إلخ.

✓ عقد التبرع:

وهو العقد الذي لا يحصل فيه المتعاقد مقابل ما التزم به أمام المتعاقد الآخر، ودون أن يلتزم هذا الأخير في مواجهة المتعاقد المتبرع بأي نوع من الالتزامات⁽³⁾.

(1) فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص 44 و45

(2) د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص49

(3) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص23

ففي عقد الهبة دون عوض ينقل الواهب ملكية المال إلى الموهوب له دون أن يحصل على مقابل لذلك.

قد يكون التبرع ملزما لجانب واحد كالهبة، وقد يكون عقد المعاوضة عقدا ملزما للجانبين، إلا أنه مع ذلك لا يوجد تطابق بين التقسيمين، فلكل منهما إطاره الخاص من لآثار، والخصوصيات..... إلخ.⁽¹⁾ وترجع أهمية تقسيم العقود إلى عقود معاوضة وتبرع إلى أنه في مجال المسؤولية العقدية، أن مسؤولية المتبرع أحق عادة من مسؤولية المعاوز، كما أنه يشترط القانون في المتبرع أهلية المتبرع في حين يشترط أهلية التصرف في المعاوز، كما أن الأصل العام في عقود التبرع أن الغلط في شخص المتعاقد يعيب الرضا، فيجعل العقد قابلا للإبطال.⁽²⁾

الفرع الثالث: التقسيم الذي يرجع إلى موضوع العقد:

وينقسم العقد من حيث الموضوع إلى الآتي: عقد مسمى وعقد غير مسمى

✓ العقد المسمى:

وهو العقد الذي وضع له القانون تنظيما خاصا به وأسماءه باسم خاص⁽³⁾، والعقود المسماة في التقنين المدني الجديد إما أن تقع على الملكية، وهي البيع والمقايضة، والهبة والشركة والقرض والصلح، وإما أن تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال. وإما أن تقع على العمل وهي المقاولات والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة. ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين. ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة.⁽⁴⁾

✓ العقد الغير المسمى:

(1) فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص 47

(2) د/ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 49

(3) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع نفسه، ص 24

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 167

أما العقد غير المسمى فهو الذي لم يضع الشارع له تنظيماً خاصاً، ومن ثم فهو يخضع في تكوينه وأثاره للمبادئ العامة لنظرية الالتزام. ويقاس العقد غير المسمى على ما يقرب منه في العقود المسماة. والقاعدة أن العقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الإرادة حرة في انشاء ما تريد من عقود في حدود النظام العام وحسن الآداب، وإذا ما انتشرت بعض هذه العقود اهتم بها المشرع وأضافها إلى قائمة العقود المسماة، كما فعل القانون المدني الجزائري إذ أضاف إلى طائفة العقود المسماة الرهان الرياضي وعقد التأمين مثلاً.⁽¹⁾

الفرع الرابع: التقسيم الذي يرجع إلى طبيعة العقد

وينقسم العقد من حيث طبيعته إلى الأقسام الآتية: عقد محدد، عقد احتمالي، وعقد فوري وعقد زمني.

✓ العقد المحدد:

وهو العقد الذي يستطيع كل متعاقد فيه، أن يعرف وقت إبرام العقد ما له وما عليه من حقوق والتزامات فعقد البيع مثلاً من العقود المحددة حيث يعرف البائع وقت إبرام العقد، ما سيحصل عليه من ثمن وما يلتزم به أمام المشتري، وكذلك يعرف المشتري مقدار ما يلتزم به أما البائع، وما سيحصل عليه مقابل الثمن الذي سيدفعه.⁽²⁾

✓ العقد الاحتمالي:

أما العقد الاحتمالي أو عقد الغرر فهو الذي لا يستطيع فيه كل من طرف، لحظة انعقاد العقد، أن يحدد القدر الذي سيعطيه أو الذي سيأخذه، لأن هذا أو ذاك يكون متوقفاً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع (م 2/57) ومثال ذلك عقود التأمين، والبناصيب، والمقامرة.⁽³⁾

لهذا التقسيم أهمية تظهر من الناحية الاقتصادية، أما من الناحية القانونية فإن الأهمية تكاد تنحصر في تطبيق أحكام الغبن على العقود المحددة إذ يجوز للطرف المغبون أن يطلب رفع الغبن عنه وفقاً

(1) د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 53

(2) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 25

(3) د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 50

للقانون، أما بالنسبة للعقود الاحتمالية التي يكون احتمال الخسارة فيها عنصرا أساسيا، فلا يجوز لمن تحل به هذه الخسارة أن يلجأ إلى أحكام الغبن لرفعها عنه لأنه كان مضاربا. (1)

✓ العقد الفوري:

هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيكون تنفيذه فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل متتابعة. فبيع شيء يسلم في الحال بثمن يسلم في الحال عقد فوري لأن عنصر الزمن هنا معدوم إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم في الحال، فهو عقد فوري التنفيذ. وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فوريا، ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن. فالبيع بثمن مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه، يكون فوري التنفيذ. (2)

✓ العقد الزمني:

وهو العقد الذي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا وأساسيا فيه لأن هناك أشياء لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن. كما لو ورد العقد على منفعة شيء ما، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، كعقد الإيجار وعقد التوريد وعقد الإيراد مدى الحياة. (3)

وتظهر أهمية التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر فيما يأتي:

1. أن الفسخ في العقد الفوري ذو أثر رجعي خلافا للعقد المستمر.
2. لا يخضع العقد الفوري لنظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان تنفيذه مؤجلا، في حين يعتبر العقد المستمر النطاق الطبيعي لها.
3. الإعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في العقد الفوري خلافا لعقد المدة.
4. إن وقف التنفيذ القهري قد يترتب عليه انتهاء عقد المدة، خلافا للعقد الفوري.
5. إذا استحال تنفيذ العقد لسبب قاهر مؤقت (كالجرب مثلا) فإن تنفيذ العقد يوقف ولا يفسخ العقد سواء كان عقدا فوريا أو من عقود المدة. (4)

(1) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 46

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 177 و178

(3) د/خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 26

(4) د/بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 51 و52

الفرع الخامس: التقسيم الذي يرجع أساسه إلى كيفية حدوث التراضي بين أطراف العقد

ينقسم العقد من حيث كيفية حدوث التراضي إلى القسمين الآتيين:

عقد المساومة وعقد الإذعان

✓ عقد المساومة:

وهو العقد الذي تتساوى في انعقاده إرادة أطرافه، بحيث يكون كل واحد منهما على قدم المساواة من الآخر في المناقشة لشروطه، كما في عقد البيع أو في عقد الإيجار، فكل من المتعاقدين يساوم الآخر حتى يحقق أفضل الشروط دون أن تطغى إرادة على أخرى.⁽¹⁾

✓ عقد الإذعان:

أما عقد الإذعان فيكون فيها أحد الأطراف في مركز المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة موضوع التعاقد، مما يمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر الذي لا يستطيع أن يناقش تلك الشروط أو يعدلها كالتعاقد مع شرطة الكهرباء، يقتصر دور الطرف الضعيف على قبول ما يعرض عليه من شروط ولا يجوز له مناقشة ما تتضمنه، فيظهر أن الإرادتين غير متساويتين فأحدهما تملي شروطها والأخرى تدعن، مما حدا ببعض فقهاء القانون العام إلى خلع تسمية العقد وسمته نظاما. غير أن الفقه المدني اعتبرها عقودا ولو لم تتكافأ فيها الإرادتان فعقد الإذعان يقوم بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب طبقا لنص المادة (70 مدني).⁽²⁾

وتكثر مثل هذه العقود، عندما يكون أحد أطراف العقد يحتكر احتكارا قانونيا أو فعليا مرفقا من المرافق التي تقدم الخدمات للجمهور، أو سلعة من السلع، كشركات النقل أو الكهرباء أو الغاز أو التليفون أو عقود التأمين.⁽³⁾

أهمية التمييز بينهما:

(1) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 27

(2) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 52

(3) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 27

1. يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط مقررة، أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكن القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب وناجما عن حرية تامة.
2. يمكن للقاضي في عقد الإذعان (دون عقود المساومة) تعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء المدعن عن تنفيذه.
3. يعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة إيجابا جديدا في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضا في عقد الإذعان.
4. يؤول الشك لصالح المدين، في حين يجب أن يكون تأويل العبارة غير ضار بمصلحة المدعن دائما أو مدينا.⁽¹⁾

المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام، هو مبدأ سلطان الإرادة وهذا المبدأ هو نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر، والحرية الرأسمالية التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر. ونعرض لمبدأ سلطان الإرادة في مطلبين على التوالي:⁽²⁾

المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الثاني: أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

(1) علي فيلاي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مطبعة الكاهنة، دويرة، الجزائر، 1997، ص 61

(2) د/ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 33

المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة

إنه لا سبيل للتعرف على الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة إلا بعد التعرف على المقصود بهذا المبدأ.

الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للعقد، ما هو في الحقيقة الأمر إلا انعكاس لأهم المبادئ التي استقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره في ظل المذهب الفردي، حيث انبثق عن هذه المبادئ القانونية مجموعة من الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي.⁽¹⁾

أولاً: الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة

فالتحليل العام للأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة، يرى أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوون، فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد فهو يلتزم بما يشاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته فحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية. إذن فالأفكار الفلسفية تعترف للإنسان بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنساناً، وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق، وفي سبيل تحقيق ذلك يجب الاعتراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمراً منافياً للأخلاق ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لشرعيته الذاتية⁽²⁾.

فالأساس الفلسفي يقيم حجته في ذلك على فكرتين أساسيتين:

أ/ فكرة الحرية الطبيعية للإنسان:

حيث يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة – من الناحية الفلسفية – يقوم على اعتقاد راسخ وهو أن هناك حرية طبيعية للإنسان.

(1) د/ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص48

(2) د/ علي فيلاي، المرجع نفسه، ص44

وما يجب الإشارة إليه هو أن القاعدة القانونية كان لها ارتباط وثيق بالفلسفة التي كانت سائدة في ذلك القرن (القرن 18) التي كانت تقوم على تأكيد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى الإعلان عن حقوق الإنسان سنة 1989م، فالمجتمع لا بد له من أن يقر للإنسان بأكثر قدر من الحقوق ووأ أن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية، وما مبدأ سلطان الإرادة إلا أحد الأوجه الخاصة لهذه الفلسفة العامة.

هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام نشأ عنها نتيجتان:

فمن جهة: إن الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها ومن جهة أخرى: أن كل ما يرتضيه من التزامات تفرض عليه.

فالإنسان كائن حر، هذا يعني أنه يستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود، فلا توجد حرية حقيقية ما لم تتضمن سلطة ذاتية لتحديدها، والإنسان الحر يستطيع أن يقيد نفسه بنفسه.⁽¹⁾

ب/ فكرة العقد الاجتماعي:

ويرى أنصار هذه النظرية أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك، فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة فإنه يكون من باب أولى أن تنشأ الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين.⁽²⁾

ثانياً: الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة

أما الأفكار الاقتصادية، يرى أصحابها أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقاً للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية.⁽³⁾

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2004، ص35

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص53

(3) جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط2000، ص48

ويمكن شرح هذا الرأي بالتطرق إلى فكرتين أساسيتين:

1/ فكرة الحرية التعاقدية والعدالة

يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا انعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تأكدت خلال القرن (18م)، والتي تقوم على مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" laissez faire et laisser passer والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون (تبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم) وهذه هي أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدل فيما بين هؤلاء الأشخاص ولأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

فالتزام المدين في العقد يكون نتيجة تحقيق مصالحه، فليس هناك انسان عاقل يرتضي اتفاقا يسبب له ضررا، أي الالتزام الذي يرتضيه الشخص لا يكون جائرا، إضافة إلى أنه من وجهة هذه المبدأ، فإن الغبن لا وجود له في العقود، وقد صاغوا ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة "فمن قال عقد قال عدل"

2/ فكرة المنفعة الاجتماعية

فأنصار المنفعة الاجتماعية يرون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائيا الازدهار والتوازن الاقتصادي، فقانون العرض والطلب الذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة -وبالتالي الحرية الاقتصادية- ليس كفيلا بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب، وإنما يطوع الإنتاج للحاجات، وهذا يعني ببساطة أن هناك آلية اقتصادية (automatisme économique) وانسجاما طبيعيا naturelle l'harmonie

وهذا ما جعل باستيا (BASTLA) يمجده فيما بعد في كتابه الشهير Les harmonies économique

ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية.⁽¹⁾ إذن من هنا يمكن القول أن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته، جسدت في ميدان القانوني مبدأ يحكم العقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي يحكم العقد من ناحيتين⁽²⁾ الأولى: أن الإرادة لها سلطان ذاتي وهذا يعني أنها وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي القاعدة الرضائية.

الثانية: أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني.⁽³⁾ وعليه يمكن أن نستنتج من ذلك أن حرية الأفراد في ظل مبدأ سلطان الإرادة، هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم، إذ لا أساس للقوة الملزمة للعقد إلا بالإرادة.

الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة وجود في القوانين المستمدة من القانون الروماني -باعتباره من أعرق وأقدم الشرائع- إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق باقتصار التصرف على الإرادة فحسب. حيث كانت العقود آنذاك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها، ومتى تمت هذه الإجراءات تترتب عليها الآثار التي يحددها القانون. فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه.⁽⁴⁾ لذلك جاءت القاعدة الرومانية "إن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى" والسبب في ذلك يرجع إلى تلك المرحلة من مراحل تطور الإنسان، إذ أن الشعوب البدائية كان يصعب عليها إدراك المعنويات ولذلك حاولت تجسيد هذه المعنويات في صور مادية، وإعطائها شكلا ملموسا ومحسوسا.

(1) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 37/36

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 49

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين

العربية، طبعة جديدة منقحة ومزودة، ط 4، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ط 2009، ص 44

(4) محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 45

فكان من بين التصرفات الشكلية الناقلة للملكية بالإشهاد، وطريقة انعقاده أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان، ثم يقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه للملكية، ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم السبيكة إلى المتنازل عن الملكية.⁽¹⁾ ومن النتائج التي كان يفرضها أنه لا أثر لعدم جديته أو نفاذه، ولا مجال لإعمال نظرية عيوب الإرادة⁽¹⁾.

وباعتبار أن العقد يعيش حياة المجتمع الذي يعيش فيه ويتطور بتطور الأوضاع، فإنه بعد تطور الحضارة واتساع الرقعة الرومانية⁽²⁾ والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، وكنتيجة للتقدم الاجتماعي وتعدد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني، الذي أظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع⁽³⁾ عندئذ بدأ التخلص التدريجي والتمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، حيث أنه إلى جانب العقود الشكلية ظهرت عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة، فاقصر مبدأ سلطان الإرادة على العقود الرضائية، وبالتحديد في أربعة عقود وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة، ليظهر فيما بعد في بعض العقود الأخرى عرفت بالعقود البريثورية والعقود الشرعية.

لكن بالرغم من ذلك لم يصل القانون الروماني إلى حد الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة بل ظل العقد الشكلي هو المبدأ العام.

ونفس الشيء يقال عن القانون الفرنسي القديم، الذي لم يتقبل هو الآخر فكرة مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد دون المراسيم الشكلية، إلا أنه في القرن السادس عشر (16م) والذي عاش فيه العالم لوازيل (Loisel) وترك القول المأثور "إن الثيران تربط بقرونها والناس بكلامهم" عندئذ بدأ التخلي عن شكلية العقود، ويعود الفضل في ذلك إلى القانون الكنسي والمبادئ الدينية التي قامت على التعاليم

(1) محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة الطبعة، ص86

(2) محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص94

(3) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد)، ط2، دار النهضة العربية، مصر،

ط1997، ص50

المسيحية، والتي توجب الوفاء بالعهد وتعتبر أن عدم الوفاء بالعهد خطيئة دينية، بصرف النظر عن المراسيم الشكلية⁽¹⁾.

ولقد اعتمدت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة، ويرجع ذلك إلى أن القوة الملزمة للعقد في الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن الكريم، ويظهر ذلك في قوله تعالى "....يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود...."⁽²⁾ وقوله تعالى "....وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً...."⁽³⁾

وعليه فإنه لا يمكن إنكار أن ما وصل إليه التشريع الحديث، لا يعدوا عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام الذين استنبطوا أحكامها من مصادر التشريع (الكتاب والسنة والقياس)، والدليل على ذلك مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العديد من الحلول القضائية والمبادئ القانونية (إنما الأعمال بالنيات، ولكل امرئ ما نوى)⁽⁴⁾.

واحترام العهد على مستوى الأفراد أو على مستوى المؤسسات والدول في المعاهدات الدولية (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً)⁽⁵⁾

وفي القرن السابع عشر (17م) أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً ومقرراً، حيث وجد الظروف الملائمة لذلك وخاصة ازدهار المذهب الفردي الذي يقيم فلسفته على تكريس سعادة الفرد باعتباره الغاية التي يسخر لها المجتمع كل امكانياته، فالخير العام حسب هذه فلسفة يتكون من مجموع الأفراد.⁽⁶⁾

إضافة إلى ذلك فإن العوامل السياسية ساعدت بنصيب وافر في ترسيخ دعائم هذا المبدأ، وذلك بسبب بسط سلطة الدولة وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية للأفراد، وحماتها للعقود التي تتم بمجرد الاتفاق.

(1) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51

(2) الآية رقم: 01 سورة المائدة

(3) الآية رقم: 34 سورة الإسراء

(4) حديث نبوي شريف المسمى بحديث الأعمال وقد تواتر النقل عن أئمة السلف في تعظيم شأنه ورفع قدره، حديث صحيح، رواه أمير المؤمنين أبي حفص عمر ابن الخطاب رضي الله عن. أنظر أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح رياض الصالحين، طبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط 202، ص 19

(5) لعشبة محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1992، ص 96

(6) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 42

ولقد آزر الدولة في حمايتها للاتفاقيات نظريات اقتصادية وسياسية وفلسفية، حيث برزت وهي مشبعة بروح الفردية فساعدت على توطيد المبدأ، وبلغت هذه النظريات أوجها في القرن الثامن عشر (18م) إذ كانت تنادي بضرورة وجود قانون طبيعي يقوم على أساس حرية الفرد، واستغلال إرادته في الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية كافة.⁽¹⁾

ولذلك يقال أن القاعدة القانونية هي أبرز تعبير عن الفكر السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وذلك لما تحتوي عليه من تنظيم لقطاعات مختلفة اقتصادية واجتماعية ثقافية وفنية. ورافق النظريات الاقتصادية نظريات أخرى فلسفية وسياسية، حيث أجمعت الآراء التي سادت في ذلك العصر على حرية الإنسان واحترام إرادته، لأن ذلك يحقق مصلحة الفرد وبالتالي مصلحة الجماعة.⁽²⁾

ما يجب الإشارة إليه في هذا هو أن هذه النظريات قد مهدت للثورة الفرنسية فجاء قانون نابليون مكرسا لمبدأ سلطان الإرادة.

في القرن الثامن عشر (18م) خلاص الفقهاء إلى أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه والقانون لا يتدخل في حرية الأفراد، فعند انعقاد العقد تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية _أي الحرية في التعاقد أو الامتناع_ وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين إذ لا يصوغ تعديل مضمونه إلا باتفاق الأطراف.⁽³⁾

وهكذا كانت مسيرة مبدأ سلطان الإرادة حيث انطلق من عدم الاعتراف به إلى أن وصل إلى إرساء قواعده كمبدأ في مجال العلاقات التعاقدية، ليصبح في الأخير الشريعة العامة التي تؤسس وتبنى عليها العقود.

(1) حيث نادى الفيزوقراطيون بالحرية الاقتصادية داعين إلى حرية الناس في نشاطهم الاقتصادي، والمنافسة في العرض والطلب لأن ذلك من شأنه أن يخلق الاستقرار في المجتمع، أكثر مما لو تحكّم المشرع في الحياة الاقتصادية، بمعنى أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تتحكم في الميدان الاقتصادي، وأن العقود لا تخضع في تكوينها، وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين. انظر في ذلك مُجد صبري السعدي، المرجع السابق، ص45

(2) هذه النظريات الفلسفة حمل لواءها الفقيه روسو في مؤلفه المعروف بنظرة العقد الاجتماعي، فالنظام الاجتماعي يرتكز على الفرد والقانون يحمي الفرد وليس الجماعة، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية التي تتمثل في الإرادة الحرة المستقلة. انظر في ذلك إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص52

(3) فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص43/42

المطلب الثاني: النتائج والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هامة وهي:

1. الالتزامات الإرادية هي الأصل

2. حرية التعاقد

3. الحرية في تحديد آثار العقد

4. العقد شريعة المتعاقدين

سنقوم بدراسة هذه النتائج في أربعة نقاط كما سيأتي:

1. الالتزامات الإرادية هي الأصل:

مفاد هذه النتيجة كأصل عام أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته، وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال أن تفرض عليه بعض الالتزامات، فإنه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات الإرادية إلا في الحالات الاستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته⁽¹⁾.

و الواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في الانتصار له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل والمنطق، فحسب رأيهم ليست الإرادة مجالا تنصب فيه حرية التعاقد فحسب، بل هي قوام التصرف القانوني.⁽²⁾

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة⁽³⁾، ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة

(1) /مُجَد صبري السعدي، المرجع السابق، ص46.

(2) /يقولون أن شبه العقد يقوم على إرادة مفروضة والجريمة وشبه الجريمة تقومون على الإرادة وكذلك حق الملكية وحقوق الأسرة المبنية على عقد زواج الذي تحكمه الإرادة، والإرث يستند إلى وصية مفترضة وهي عمل إرادي وطرق التنفيذ الجبري هي أيضا تستند إلى الإرادة لأن المدين قد ارتضاها عند التعاقد، حتى أن العقوبة الجنائية ترجع إلى الإرادة لإرتضاء المجرم مسبقا لإنزال العقوبة به، وحتى القانون هو عبارة عن إرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بواسطة ممثلهم فاختاروا الخضوع لسلطانه. انظر في ذلك إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 53.

(3) /خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص18.

العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"⁽¹⁾.

والمعنى الصحيح والأدق لمبدأ سلطان الإرادة هو أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والمراكز القانونية، فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ من القانون وإنما من إرادة الأطراف في العقد، والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون وإنما من الإرادة كذلك، وكل ما تفعله السلطة العامة هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين.

إن القائلين بمبدأ سلطان الإرادة يعتبرون أن الأفراد أحرار حسب طبيعتهم، فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته، وهذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فلا يتصور أن يشكو شخص من الظلم من الالتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي الرم نفسه به، فالفرد هو خير من يعرف مصلحة نفسه ويدافع عنها ولا يتصور أن يعمل ما يضر بنفسه، وإذا كان هناك احتمال لوقوع أضرار منه بمصالح غيره فإن الذي يبعد هذا الاحتمال هو تقابل وتعارض مصالح الطرفين في العقد.

فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هناك توازن في العقد ولا يقع أي ضرر بأي من طرفيه.⁽²⁾

كما تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الالتزامات التي تفرض على شخص دون رضاه هي حتماً التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقه.⁽³⁾

1. حرية التعاقد

⁽¹⁾ علي فيلاي، المرجع السابق، ص49.

⁽²⁾ محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص77 و78.

⁽³⁾ محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص80.

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له.⁽¹⁾

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها⁽²⁾ (Le nom vouloir)

وهذا هو المظهر السلبي ولنتمس ذلك مثلا في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود والمخالصات تحت كل التحفظات (sous toutes réserves) أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها⁽³⁾. وغني عن البيان أن العقد هو المصدر الرئيسي لكل التزام، وذلك واضح فيما يتعلق بالالتزامات التي تنشأ من العقود المبرمة بين الأفراد، لكن هناك التزامات أخرى مصدرها القانون والتي قد تنشأ بطريق مباشر كالتزامات الجوار مثلا، أو بطريق غير مباشر كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، وحتى هذه الالتزامات يمكن اعتبار العقد هو المصدر الأصلي لها، لأن القانون الذي فرضها ما هو في الحقيقة إلا من عمل الإرادة الجماعية، وأساس العلاقات في هذا المجتمع هو العقد الاجتماعي (contrat social) والذي نادى به الفقيه جون جاك روسو (John Jack reusseau) في كتابه الذي يحمل نفس هذا الاسم.

فأساس الملكية هي حرية الأفراد وحقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقوبات الجزائية مبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما أن ينال جزاء ما اقترف، وبناء على ذلك يمكن القول أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القوانين وما ينشأ عنها من التزامات أو عقوبات فالإرادة تعلق عن القانون نفسه ولا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام والآداب العامة.⁽⁴⁾

(1) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 80.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

(3) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 83.

(4) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص 80.

إذن فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام⁽¹⁾ والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحريات الآخرين. والإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاهها صحيحا وسليما نحو غايتها _ أي الإرادة التي لم تكن مشوبة بعيب من عيوب الإرادة_ فالإرادة المكروهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقدا صحيحا، ويكون لصاحبها أن يتمسك بالعيب ويبطل العقد.⁽²⁾

1. الحرية في تحديد آثار العقد:

عندما يدخل طرفان في رابطة عقدية فإنه يكون لهما مطلقا الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به فالفرد حر في أن يتعاقد وفق لما يريد وبالشروط التي يرضيها.⁽³⁾

والعقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والالتزامات التي يربتها العقد تلحق بالمتعاقدين دون غيرها، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن⁽⁴⁾ العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين.

وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، وللإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فلذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاما مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها، وإن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة.

2. العقد شريعة المتعاقدين:

(1) مجّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص46.

(2) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص89.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ط2010، ص51.

(4) علي فيلاي، المرجع نفسه، ص51.

والمقصود بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، ولذلك فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنجائه.⁽¹⁾

ومن هذا نستخلص أن العقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف ولذلك يعبرون عن هذه الحقيقة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد ملزم تماما كالقانون بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع، وتوجد إلى جانبه عقود صغيرة في ما بين الأفراد ولذلك لا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشرع، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة للعقد الذي تم بين الأفراد وهو العقد الاجتماعي.

ويترتب على ذلك أن الأفراد المتعاقدون يرتبطون بعقدهم ولا يستطيعون الامتناع عن تنفيذه إلا في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإذا امتنعوا أجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة. كما لا يمكن إجراء أي تعديل فيه غلا باتفاق جديد بين الأطراف وهذا الاتفاق ليس انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة، بل العكس هو إعلان لانتصار جديد لهذا المبدأ.

ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى أنه يكون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح النزاع أمامه، إذ لا يصوغ له أن يجيد عن إرادة الأطراف إذا كانت واضحة بحجة تفسير العقد أو أنها تجافي العدالة، ولا يستطيع أن يعدل من آثار العقد ولا يستند إلى تغير الظروف عما كانت عليه عند التعاقد كتغير الأسعار مثلا ليعدل هذه الآثار.⁽²⁾

وكما يلزم العقد أطرافه والقاضي فهو ملزم للمشرع هو الآخر، إذ لا يستطيع المشرع أن يلغي شروطا من أي عقد ولا أن يضيفها إليه إذا لم يرد لها أطراف العقد ولا يمس صدور القانون الجديد بالعقود التي أبرمت قبله في ظل قانون سابق، ولا التي تمت في قانون سابق.

بل وأن العقد حتى في ظل القانون الجديد يظل منتجا لآثاره كما كان ينتجها في ظل القانون السابق، فالأفراد في نطاق عقدهم هم المشرعون ولكن على هذا المشرع الصغير أن يستمتع بحريته في

(1) مجّد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص47.

(2) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص82 و83.

تنظيم علاقاته الخاصة مع الآخرين، أو بعبارة أخرى لا يمكن أن يمس العقد بغير أطرافه سواء بترتيب التزامات عليهم أو بإنشاء حقوق لهم.⁽¹⁾

الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

على الرغم من أن الإرادة هي جوهر العقد، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، وعليه فالعقد لا يكون صحيحاً إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تحدد في غالب الأحيان بقواعد آمرة، لذلك فقد وردت على مبدأ سلطان الإرادة في شقيه الكثير من القيود التشريعية وهذا لمعالجة الأوضاع الناشئة عن التفاوت في المراكز الاقتصادية والاجتماعية من جهة وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى⁽²⁾ وبناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد⁽³⁾ منها:

1. القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد:

إذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي حرية الفرد في التعاقد وعدم التعاقد، فإنه وردت قيود على هذه النتيجة.⁽⁴⁾

فعلى نطاق انعقاد العقد يتجه كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين.

الأولى: تتلخص في إعطاء معنى واسع لفكرة النظام العام أو الآداب العامة، وهذا أمر وارد بطبيعة الحال حيث أن هذين الفكرتين تتسمان بالمرونة إذ أن القانون لم يضع تعريفا جامدا لهما.⁽⁵⁾

الثانية: تتلخص أن كل من الفقه والقضاء يتجهان على عكس ما هو مستقر تقليدياً إلى تطبيق فكري النظام العام والآداب العامة.⁽⁶⁾

(1) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص 89.

(2) محمد حسن المنصور، مصادر الالتزام _العقد والإرادة المنفردة_ الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 49 و 50.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ط 2010، ص 54.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

(5) علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2001، ص 209.

(6) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 42.

فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام والآداب في المجتمع فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا القيد موجود منذ زمن بعيد ونص عليه في المادة السادسة من المجموعة المدنية الفرنسية. ولما كانت فكرة النظام العام نسبية ومتطورة فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرا في نطاقها خاصو كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعا.⁽¹⁾ إذ أنه من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

وهذا ما حكمت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 26/01/1987 ملف رقم 44571 "...لما كان من الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسب أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم إرجاع البنت إلى والديها، طبقوا صحيح القانون."

والقرار المؤرخ في 12/03/1997 ملف رقم: 144108 والذي جاء كما يلي: "...حيث مما لا شك فيه أن التعامل في الجزائر بين جزائريين بالعملة الصعبة خارج الإطار الرسمي الجاري العمل به طبقا للقوانين السارية في مجال النظام النقدي قد يكون مخالفا لتلك القوانين وبالتالي فهو يمس بالنظام العام، حيث أن العقود التي يكون محلها مخالفا للنظام العام تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، وعليه فالوجه المثار غير سديد ويترتب على ذلك رفض الطعن."⁽²⁾

كما أن حرية عدم التعاقد قد قيدت هي الأخرى فظهرت صور للعقود الجبرية التي يجبر الشخص على إبرامها، فقد يلزم الشخص بإبرام عقد معين تحت طائلة عقوبات مدنية أو جزائية، كما هو الوضع في التأمينات طبقا للمادة الأولى من الأمر 74-15 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، وقد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين كما هو الأمر في حالة الاحتكار بالنسبة للمحتكر.

(1) مجّد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص48.

(2) القرار المؤرخ في 12-3-1997 ملف رقم 144108 غير منشور.

وقد يحرم شخص من بعض العقود كما هو الحال في احتكار الدولة للتجارة الخارجية (سابقاً)، وهذه القيود تتعلق بالحرية الأولية (الأساسية) أي حرية إبرام العقد أو الامتناع. أما القيود الواردة على الحرية الثانوية تتمثل في ثلاث مجالات رئيسية هي: فرض التعاقد معه (بالنسبة للمستهلك في حالة الاحتكار) وفرض شكل معين للعقد (العقود الشكلية)، تنظيم مضمون العقد (عقد عمل).⁽¹⁾

1. تقييد حرية تحديد آثار العقد:

لقد كان من بين تأثير الأفكار الاشتراكية أن قامت القوانين بتحديد آثار بعض العقود بقواعد أمر، من أهمها عقد العمل الذي حددت فيه التزامات وحقوق كل طرف وهو العامل ورب العمل تحديداً يكاد أن يكون شبه كامل، حيث نصت المواد 05 و06 من الباب الأول من مدونة العمل على حقوق العامل وفي المادة السابعة على واجباته.

كما نصت في المادة 15 إلى المادة 21 على شروط التوظيف وكيفياته، ونظم من خلال المواد من 27 إلى 29 المدة القانونية للعمل... إلخ. كل ذلك سعيًا من المشرع لتوحيد النظام التعاقدية في مجال عقد العمل بشكل لا يدع مجالاً للشك أو التأويل.⁽²⁾

ونجد كذلك في عقد الإيجار أنه قد تضمنت القوانين علاقة المؤجر بالمستأجر حيث أن القانون المدني يعتبر عقد الإيجار عقداً شكلياً بعدما كان رضائياً، فبدأ المشرع بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري في مادته 01/21 منه بالنص على أن تتجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوباً في عقد إيجار طبقاً للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابياً بتاريخ رسمي.

وأُتبع المشرع هذا المرسوم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 19 مارس 1994 صادق من خلالها على النموذج الذي يجب أن يكتب وفقه عقد الإيجار.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ط 2010، ص 54.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 48.

ورتب في المادة 01/21 منه على معاقبة المؤجر إذا خالف هذا الحكم طبقاً للأحكام التشريعية السارية مع بقاء عقد الإيجار ساري المفعول لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة شرط أن يجوز المستأجر على وصل يثبت العلاقة.⁽¹⁾

وإنه من المقرر قانوناً أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع، أو بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو مصادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً. وأنه من المقرر أيضاً زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها لشكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها في شكل رسمي.

ومن المقرر أيضاً أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما اعتبروا العقد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجارية، عقداً صحيحاً مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن ويترتب عليه التزامات شخصية متمثلة في إتمام إجراءات البيع، يكونوا بقضائهم هذا قد خرقوا القانون الذي يعتبر الشكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطاً ضرورياً لصحة البيع، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً كونه يمس بالنظام العام ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار.⁽²⁾

وفيما يتعلق بأن العقد شريعة المتعاقدين فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقد ومراجعة شروطه، إذا أصبح أمراً مألوفاً وذلك قصد تحقيق هدفين أساسيين هما:

أ/ تجنب عدم العدالة والتي تنشأ من المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد وذلك في حالة ارتفاع الأسعار، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنًا عن عدم العدالة المحققة من وقت إبرام العقد.

(1) هلال شعوه، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، ط2010، ص14

(2) قرار مؤرخ في 18-02-1997 ملف رقم: 136456 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول، ص10.

ب/ كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة تحقيقا لمقتضيات السياسة الاقتصادية، فقد يتدخل المشرع لتخفيض الأداءات المالية المتفق عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين الأداءات، بل لأن المشرع يهدف من تخفيض الأسعار إلى تحقيق سياسة محاربة الانكماش. وهذا ما جسده المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال المادة 03/107 حيث ينحصر للقاضي سلطة إعادة النظر في التزامات إحداها مرهقة وهي نظرية الظروف الطارئة، والمادة 110 من نفس القانون تحول للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

2. اتساع نطاق الالتزامات اللارادية:

في الأصل العام أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، أي أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد.⁽¹⁾

ولكن كثيرا ما يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد ناقصا، وطبقا لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة الأطراف، فإذا أغفل في عقد عمل تحديد أجر العامل فإن هذا العقد لا أثر له في نظر مبدأ سلطان الإرادة، بينما يلجأ القضاء في هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها في السوق وإلى العادات الاجتماعية لتحديد هذا الأجر، وذلك ليحفظ إرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائيا، وواضح أن هذه العناصر التي يبحث عنها القضاء هي غريبة تماما عن إرادة المتعاقدين،⁽²⁾ وهذا ما يفرضه المبدأ الذي يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبمحسن النية.⁽³⁾

وهذا ما قرره المادة 02/01/107 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبمحسن نية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا لقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

(1) . نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص43 و44 و48.

(2) محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص91.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ط2010، ص364.

وفي نهاية هذا الفصل نجد أن مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ الحرية التعاقد في إنشاء التصرف وتحديد آثاره مازال يمثل القاعدة الأساسية في التعاقد، وإن كانت ترد على هذه القاعدة قيوداً تزايدت في الوقت الحاضر عما كانت عليه في الماضي، بسبب تطور الأفكار والنظريات الاجتماعية وضرورة حماية الطرف الضعيف في التعاقد كما هو الأمر في عقد التأمين حيث يعتبره الفقه من العقود النموذجية التي لا يمكن للمتعاقد فيها أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له، فالصياغة الجاهزة هي قيد على حرية ورضائية المتعاقدين.

الفصل الثاني: التنظيم التشريعي لعقد التأمين.

لغرض حصول الفرد على الحماية اللازمة لنفسه أو لممتلكاته يلجأ إلى إبرام عقد التأمين، فمن أجل الوصول لغايته، يدخل في علاقات تعاقدية المتكونة من طائفتين من المتعاقدين أولهما المؤمن (شركات التأمين)، وثانيهما المؤمن لهم اللذان تتوفر لديهما عدة التزامات أو ما تسمى بالأثار المترتبة على عقد التأمين.

انطلاقاً من هذه المعطيات يتعين تحديد الإطار المفاهيمي لعقد التأمين في (المبحث الأول)، وبما أنه من العقود التي تنعدم فيه حرية التعاقد لوضع المؤمن للشروط الغير قابلة للتفاوض، فمن الإجمالي وجود تدخل من أجل حماية الطرف الضعيف في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التأمين ومميزاته.

يتطلب التعريف بالتأمين الوقوف على جميع الأفكار الأساسية التي يستند عليها التأمين، لأن هذا الأخير يتضمن مجموعة من العلاقات القانونية بين المؤمن والمؤمن له التي تستمد وجودها من عقد التأمين، كما يتميز بعدة خصائص وستعرض الى هذا في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم التأمين.

يقوم التأمين في صورته البدائية على فكرة التعاون في توزيع الأخطار بين مجموع المؤمن لهم بما يكفل لهم مواجهة مختلف أشكال المخاطر والكوارث التي تصيب الإنسان في شخصه، كالموت والمرض أو في ماله كالحريق والهلاك والتلف ومسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها.⁽¹⁾

الفرع الأول: تعريف عقد التأمين

اجتهد الفقه والتشريع لإعطاء تعريف مانع للتأمين يشمل جوانبه المختلفة، فالبعض عرفه بالنظر إلى أركانه والالتزامات المترتبة عنه، والبعض الآخر عرفه بالنظر الى العملية الفنية والاحصائية، والمشرع الجزائري ركز على الجانب القانوني، وعليه سنتطرق للتعريف الآتية:

أولاً: التعريف الفقهي

أد الفقه الغربي: لقد تعددت التعريفات الفقهية بشأن التأمين نظرا لتعدد الجوانب التي يتضمنها نظام التأمين بالإضافة إلى تعدد وظائفه، إذ يؤدي التأمين وظيفة اجتماعية والتي تقتضي التعاون بين مجموع المؤمن لهم ويقوم كل واحد منهم بدفع الاشتراك الذي يسعى إلى تغطية المخاطر والأضرار قد يتعرض لها في آن واحد.

وضع مجموعة من الفقهاء الفرنسيين تعريف لعقد التأمين نذكر منه تعريف الفقيه بلانيول PLANIOL على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه يتحصل المؤمن له على تعهد من المؤمن بأنه يقدم له مبلغا من المال في حالة وقوع خطر معين مقابل دفع قسط أو اشتراك مسبق".

(1) د مقدم سعيد، التأمين والمسؤولية المدنية، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2008، ص29.

وعرفه سوميان (sumien) بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بالتبادل مع شخص آخر يسمى المؤمن له، بأن يقدم لهذا الأخير الخسارة المحتملة نتيجة حدوث خطر معين مقابل مبلغ معين من المال يدفعه المستأمن إلى المؤمن ليضيفه إلى رصيد الاشتراك المخصص لتعويض الأخطار".
كذلك فإن الفقيه هيمار (hemard) يعرف هذا العقد بأنه: "عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين على تعهد لصالحه أو لصالح الغير في حالة تحقق خطر معين من المؤمن الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر، ويجري المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء".⁽¹⁾

ب-الفقه العربي: أما الفقهاء العرب فقد انقسموا في تعريفهم للتأمين الى فريقين:

الفريق الأول: وهو فريق متأثر بالفقه الفرنسي، ويعرف التأمين على أنه: "عقد يأخذ فيه المؤمن له أن لا يتحملها منفردا مقابل أن يدفع هذا الأخير قسطا أو اشتراكا محمدا".

الفريق الثاني: ويعرف التأمين بأنه: "عملية فنية تزاو لها هيئات منظمة مهمتها جمع أكبر عدد ممكن من المخاطر المتشابهة ويتحمل المؤمن عن طريق المقاصة أعباء هذه المخاطر وفقا لقوانين الإحصاء وبذلك يتحصل المؤمن له أو من يعنيه في حالة تحقق الخطر على تعويض مالي".⁽²⁾

ثانيا: تعريف التشريعي

أ. المشرع الجزائري:

تعرف المادة 619 من القانون المدني الجزائري التأمين بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له".⁽³⁾

وذهبت المادة 02 من الأمر 07.95 الصادر في 25\01\1995 المتعلق بالتأمينات في نفس السياق حيث على أن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن

(1) معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، د م ج، الجزائر، 2008، ص33.

(2) د/ إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري(الأحكام العامة)، ج1، د م ج، الجزائر، ط2، الجزائر، 1992، ص43.

(3) المادة 619 من القانون المدني الجزائري رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، ج ر ج، العدد 31.

يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".⁽¹⁾

ويعقب البعض على أن هذا المفهوم أنه يمتاز ببراظه لأهم عناصر العقد من أشخاص التأمين، وهم المؤمن والمؤمن له والمستفيد، ومضمونه الخطر والقسط ومبلغ التأمين، إلا أن البعض الآخر ومنهم الدكتور ابراهيم أبو النجا يأخذ على هذا المفهوم اقتصره على أحد جانبي التأمين، وهو الجانب القانوني وإغفاله لجانب آخر لا يقل أهمية وهو الجانب الفني.⁽²⁾

ب . نظرة المشرع في الدول الأخرى:

إن أغلب التشريعات العربية أخذت بنفس المفهوم الذي تبناه المشرع الجزائري، ومن ثم يمكن أن نكتفي بالإشارة إلى التعريف الذي أخذ به المشرع المصري، فقد عرفت المادة 747 عقد التأمين بشكل يكاد يكون مطابقا لتعريف القانون المدني الجزائري كما أسلفناه، وكان الأستاذ السنهاوي قد وجه انتقادات لهذا المفهوم، وفي تقديرنا أيضا فإن عقد التأمين ينبغي أن يستند بالدرجة الأولى إلى أمرين أساسيين، الأول: هو الجانب القانوني المتمثل في العلاقة التعاقدية (المؤمن والمؤمن له) والمستفيد. والثاني: هو الجانب الاقتصادي الذي يمثل جوهر العقد في حد ذاته، وهو عبارة عن مصلحة المتعاقدين، وموضوعه.⁽³⁾

الفرع الثاني: أنواع التأمين و أركانه:

أولاً: إن حاجة الإنسان في العصر الحديث ولدت أنواع كثيرة من التأمين، وسنعرض فيما يلي هذه التقسيمات بإيجاز:

1. التقسيم حسب موضوع التأمين:

(1) المادة 02 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم بالقانون 04/06، المتضمن قانون التأمينات، ج ر ج، العدد 15، المؤرخ في 12/03/2006.

(2) معراج جديدي، المرجع السابق، ص 31.

(3) معراج جديدي، المرجع نفسه، ص 32.

أ. تأمين الأشخاص: ويشمل التأمين ضد الأخطار التي تصيب الأشخاص مباشرة في حياتهم أو صحتهم مثل التأمين على الحياة، التأمين ضد المرض،... باستثناء ضمان المصاريف الطبية والصيدلانية التي تندرج تحت التأمين من الأضرار التي تبقى خاضعة للمبدأ التعويضي.⁽¹⁾

ب. تأمين الممتلكات: ويشمل التأمين ضد الأخطار التي تصيب ممتلكات الشخص كالتأمين على السرقة، التأمين على الماشية....، وغالبا ما ينطبق على أشياء محددة كالتأمين ضد الحريق لعقار موجود في مكان معين وموصوف في وثيقة التأمين، كما توجد تأمينات تتعلق بأشياء قابلة للتعين عند تحقق الخطر كأقصى تاريخ مثل التأمين على السرقة.

ج. تأمين المسؤولية المدنية: ويتعلق الأمر بالأضرار التي تصيب الغير ويكون الشخص مسؤولا عنها مثل تأمين المسؤولية المدنية للمالك عن الأضرار التي تصيب جيرانه بسبب الحريق الذي نشب في ممتلكاته، وتأمين مسؤولية أصحاب السيارات والسفن والطائرات.⁽²⁾

2. التقسيم حسب عنصر التعاقد:

أ. تأمين إجباري: وهو الذي يجبر عليه الشخص، أي يجبر على دفع الأقساط ومقاديرها، من غير اختيار منه، كما في التأمين من حوادث السيارات والضمان الاجتماعي وغيرها.

ب. تأمين اختياري (طوعي): وهو ما يكون الاختيار في التعاقد عليه، وهو غير مجبر قانونا عليه، كالتأمين على بعض الأجزاء من السيارة كزجاجها مثلا.

والمعتبر في الإلزام والاختيار أمور تختلف من أمر لآخر، ومن بلد لآخر والاتجاه نحو الإلزام بأنواع من التأمينات واضح في معظم البلاد كالتأمين على الرخصة مثلا.⁽³⁾

3/ التقسيم حسب مجال الخطر:

(1) رملة مصطفى بكة نبيل، الأحكام العامة لعقد التأمين، مذكرة ماستر، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، 2014، ص 13.

(2) رملة مصطفى بكة نبيل، المرجع نفسه، ص 13 و 14.

(3) عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2006، ص 303.

أ. التأمين البحري: هو ذلك التأمين الذي يهدف إلى تغطية المخاطر التي يتعرض لها الإنسان أو الأموال أثناء عملية النقل عن طريق البحر، ويلحق بهذا النوع من التأمين، التأمين النهري وهو يغطي المخاطر التي تلحق بالأشخاص أو الأموال أثناء عملية النقل النهري.

ب. التأمين الجوي: يغطي المخطر التي يتعرض لها الأشخاص أو الأموال أثناء عملية النقل الجوي كما يضمن المخاطر الناشئة عن سقوط الطائرات.

ج. التأمينات البرية فيشمل كل صور التأمين الأخرى.⁽¹⁾

4/التأمين حسب الغرض منه:

أ. التأمين الخاص أو التجاري: الذي يقوم على أساس تجاري بهدف الربح، وتقوم به شركات المساهمة وهيئات التأمين بالاكتتاب، أين يتم حساب قسط التأمين بحيث يغطي الخطر المؤمن منه إلى جانب نسبة إضافية أخرى لتغطية الأعباء الإدارية ونسبة الربح التي تهدف إليها هذه الهيئات.

ب. التأمين التعارفي أو التبادلي: ويقوم على أساس تعاوني لا يهدف إلى الربح حيث يضمن توفير تغطية تأمينية للأعضاء بأقل تكلفة ممكنة، إذ تتفق جماعة من الأشخاص على صرف مبالغ محددة لمن يقع له خطر معين يتعرضون له جميعاً، ويتم دفع هذه المبالغ من الأقساط التي يلتزم كل عضو بدفعها.⁽²⁾

ثانياً: أركان عقد التأمين

يخضع التأمين في انعقاده للقواعد العامة، فيشترط توافر التراضي والمحل والسبب، وهو في كل ركن من أركانه يخضع أيضاً للقواعد العامة للعقود، ومع ذلك فإن العمل جرى على ظهور التراضي فيه بصورة معينة وعلى مراحل متعددة، كما أن محل عقد التأمين وسببه يخضعان لشروط خاصة تستمد من طبيعة عقد التأمين، وعلى هذا الأساس ستعنى دراسة أركان عقد التأمين من خلال عناصر التراضي بإيضاح شروط ومحل التراضي فيه من ناحية، ومن ناحية أخرى عناصر ومحل وسببه.

1- التراضي في عقد التأمين

(1) د/ فايز أحمد عبد الرحمان، التأمين في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 20 و 21.

(2) رملة مصطفى بكة نبيل، المرجع السابق، ص 15.

عملا بالقواعد العامة وحسبما تقضيه المادة 59 من القانون المدني، ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية والإرادة التي يعتد بها هي تلك التي تصدر من طرف في العقد يتمتع بالأهلية اللازمة للانعقاد بشرط أن تكون خالية من عيوب الرضا⁽¹⁾.

أولاً- أطراف عقد التأمين

طرفا عقد التأمين هما المؤمن والمؤمن له، وهذه هي الصورة البسيطة لانعقاد العقد لكن عمليا يبرم عقد التأمين بتدخل شخصيات أخرى إلى جانب طرفيه الأصليين يدعون وسطاء التأمين:

أ- المؤمن (شركة التأمين)

التأمين يقوم أساسا على فكرة تبادل المساهمة في الخسائر بين عدد من الأشخاص، والمؤمن يتدخل لتنظيم هذه المساهمة، ويتطلب هذا التنظيم تقنيات وفنيات خاصة لا يمكن أن يقوم بها شخص طبيعي، لذلك فإنه لا يمكن أن يكون إلا شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها قانونا، ومهما كان شكلها فإن المشرع ألزمها لممارسة التأمين أن تحصل على اعتماد، وأن تكون قادرة على تكوين احتياطات وأرصدة تقنية، كما تخضع ككل شركة أخرى إلى أحكام الإفلاس والتسوية القضائية⁽²⁾.

ب- المؤمن له

المؤمن له أو المستأمن، هو الشخص الطبيعي أو المعنوي المهتد بالخطر في شخصه أو في ماله:

- فيكون مكتب التأمين أو طالب التأمين إذا تعاقد مع المؤمن، وترتبت عنه كل الالتزامات التي يربتها عقد التأمين.

- ويكون هو المستفيد إذا آل إليه مبلغ التأمين أو التعويض عند تحقق الخطر.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط 3، عقود الغرر و عقد التأمين، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 1103.

2- د. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج 1: التأمينات البرية، مطبعة خيرة، الجزائر، 2002، ص 47.

- وقد تجتمع هذه الصفات الثلاثة في ذات الشخص⁽¹⁾ كأن يؤمن شخص على سيارته من السرقة: فيكون مؤمنا له لأنه مهدد بالخطر في ماله، ومكتب تأمين لأنه يتعاقد باسمه مع شركة التأمين ويتحمل بذلك جميع الالتزامات، ومستفيدا لأنه يتقاضى التعويض من المؤمن إن سرقت سيارته.
- كما قد تتفرق هذه الصفات الثلاثة على شخصين أو ثلاثة أشخاص⁽²⁾:

فيمكن أن يكون المؤمن له ومكتب التأمين شخصا واحدا والمستفيد شخصا آخر كأن يؤمن شخص على حياته في حالة الوفاة لمصلحة أولاده، فيكون هذا الشخص مكتب تأمين لأنه يتعاقد باسمه مع المؤمن، ويكون مؤمنا له لأنه مهدد بخطر الموت، ويكون الأولاد مستفيدين لأنهم يتقاضون مبلغ التأمين إذا توفي الأب.

ج- وسطاء التأمين

الأصل أن يتعاقد المؤمن مباشرة مع المؤمن له، لكن يجوز لشركة التأمين أن تنيب عنها أشخاصا مؤهلين لإبرام العقود يعرفون بوسطاء التأمين، تصل بواسطتهم إلى الجمهور بغرض جلب أكبر عدد ممكن من العملاء والحصول على طلبات التأمين.

وقد أنشئت مهنة "وسيط التأمين" بموجب الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي خصص لها الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثالث، تاركا المجال للتنظيم في عدة جوانب، فصدر في هذا الإطار المرسوم التنفيذي رقم 95-340 المؤرخ في 30/10/1995 المحدد لشروط منح وسطاء التأمين الاعتماد والأهلية المهنية وسحبها منهم ومكافأهم ومراقبتهم، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 95-341 المتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين، وتعرف المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-340 وسيط التأمين بأنه: "كل شخص له وضع وكيل عام أو وضع سمسار تأمين"، فيما توضح المواد التي تليها شروط الالتحاق بمهنة الوكيل العام للتأمين وأجره ومسؤولية شركة التأمين عن أخطائه وكيفية انتهاء مهامه.

1- أنظر في تفصيل هذه الافتراضات، السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سابق، ص 1101.

2- د. عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 68.

لكي ينعقد عقد التأمين صحيحا يجب أن يكون التراضي فيه سليما، بأن يكون الرضا صادرا عن ذي أهلية وخاليا من العيوب ولم يرد نص خاص يتعلق بأهلية أطراف التأمين وعيوب الرضا.

2. المحل في عقد التأمين:

تحدد عناصر المحل في عقد التأمين على أساس أن هناك مصلحة مشروعة للمؤمن له في عدم تحقق خطر معين تدفعه إلى إبرام العقد، مما يجعل محل عقد التأمين هو تغطية أو ضمان خطر معين يتجسد في ضياع قيمة مالية، أو حلول أجل معين، وبصفة عامة حدوث واقعة مستقبلية، وذلك مقابل دفع القسط⁽¹⁾.

والمحل هو الالتزام الذي ينشأ بين طرفي عقد التأمين، يمثل بالنسبة للمؤمن له مجموع أقساط التأمين التي يلتزم بأدائها إلى المؤمن، في حين يمثل التعويض المادي التزام المؤمن إلى المؤمن له في حالة وقوع الخطر.⁽²⁾

نخلص إلى نتيجة مفادها أن الخطر هو السبب في التزام لدفع القسط وكذلك التزام بدفع مبلغ التأمين في حالة تحقق الخطر المؤمن منه. ولهذا السبب يشترط في الخطر المؤمن منه ثلاثة شروط للأسباب الواردة أعلاه واجب توفرها فيه وهي:

1- أن يكون الخطر غير محقق الوقوع.

2- أن يكون الخطر غير متعلق بمحض إرادة أحد طرفي العقد.

3- أن يكون الخطر مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.⁽³⁾

3. السبب في عقد التأمين:

(1) يرى السنهوري أن الخطر هو أهم عناصر التأمين وهو المقياس الذي يقاس به كل منهما، فيعتبر القسط محل التزام المؤمن له، ومبلغ التأمين هو محل التزام المؤمن أما الخطر فهو محل التزام كل منهما، فالمؤمن له يلتزم بدفع الأقساط ليؤمن نفسه من الخطر، والمؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين لتأمين المؤمن له من الخطر.

(2) بوعزيز الشيخ، مدخل إلى التأمين وإدارة الخطر، ط1، دار التنوير، الجزائر، 2014، ص 17 .

(3) شهاب أحمد جاسم العنبيكي، المبادئ العامة للتأمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 47.

هو جوهر العملية التأمينية، بمعنى هو أصل وجود عقد التأمين والغاية المباشرة التي يسعى كلا

طرفي العقد الوصول إلى تحقيقها⁽¹⁾ في عقد التأمين يمثل السبب الباعث في سعي المؤمن له الذي يدفعه في تنفيذ التزامه بسداد قسط التأمين لغرض الحصول على الحماية التأمينية، وينبغي أن يكون السبب مشروعاً كي تنتج الإرادة أثرها لذلك ينبغي أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب وذلك لحماية المجتمع من التلاعب وفي توجيه الطلب على التأمين على أمور مشروعة ويقرها القانون، وينبغي أن يتعد السبب عن الغلط أو التدليس أو الإكراه، فلا يجوز التأمين على أمر يتعارض مع الشرع والآداب مثل التأمين على دور القمار في البلدان الإسلامية أو أن الباعث يكون في محاولة التلاعب على التأمين بافتعال الحادث والمطالب بالتعويض، والقصد منها الاستفادة على حساب التأمين، وبالمقابل لا ينبغي أن ينصرف التأمين إلى الإكراه على طلبه في أمور مستحيلة الوقوع كالإجبار على تأمين بضائع واصله سالمة.⁽²⁾

تؤدي المخالفة سواء تعلقت بالقانون أو النظام العام أو الآداب إلى بطلان التأمين، وقد ورد بشأن ذلك أحكام عامة في القانون المدني وأحكام خاصة بقانون التأمين، وفي هذا الصدد نصت المادة 97 ق م ج على أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً.⁽³⁾

4 - العوض في عقد التأمين

ويعد العوض (considération) الركن الرابع للعقد في القانون الإنجليزي، الذي يقضي أن العقد كي يصبح نافذاً قانوناً لا بد أن يقدم كل طرف فيه شيئاً ذات قيمة، سواء أكان ذلك مالا (نقوداً) أو بضائع أو خدمات أو أي وعد ويقصد به تصريح يلتزم به من صدر عنه قانوناً بعمل شيء معين أو امتناع عن عمله ويجعل لمن تلقاه حقاً في توقع انجاز موضوع الوعد أو في المطالبة بإنجازه، وتطبيق

(1) بوعزيز الشيخ، المرجع السابق، ص 17.

(2) شهاب أحمد جاسم العنبيكي، المرجع السابق، ص 47.

(3) جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ط 5، د م ج، الجزائر، 2007، ص 59.

ذلك في عقد التأمين فإن العوض يمثل سداد المؤمن له قسط التأمين مقابل حصوله على الحماية التأمينية، ويقابل ذلك أن المؤمن (شركة التأمين) تقدم الحماية التأمينية كعوض عن استلامه قسط التأمين.⁽¹⁾

المطلب الثاني: خصائص التأمين وآثاره

إن عقد التأمين عقد ينظم علاقة قانونية بين طرفين وهو المؤمن والمؤمن له يتفقان على أن يؤدي الأول مبلغا ماليا للثاني، يسمى مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه نظير مبلغ مالي، يدفعه المؤمن له ويسمى القسط، سنقدم ما يتميز به عقد التأمين وبعدها الالتزامات المتبادلة بين أطرافه.

الفرع الأول: مميزات عقد التأمين

أولا: يتميز عقد التأمين بالخصائص الآتية:

1. عقد رضائي: يعد عقد التأمين من العقود الرضائية التي لا تحتاج في انعقادها إلى شكل خاص، حيث يكفي الإيجاب والقبول من أطراف العقد لانعقاده، وإذا كان المشرع قد استلزم الكتابة لإثبات هذا العقد، حيث لا يثبت إلا بوثيقة تأمين يوقع عليها من المؤمن، إلا أن ذلك لم يخرج عقد التأمين من نطاق العقود الرضائية، فالكتابة هنا متطلبية للإثبات لا لانعقاد.⁽²⁾

ويبقى عقد التأمين من المسؤولية عقدا رضائيا حتى ولو تدخل المشرع بجعله إجباريا في بعض الحالات كالتأمين الإجباري من المسؤولية الناجمة عن حوادث السير، فعلى الرغم من أن القانون يجبر مالك السيارة على إبرام عقد التأمين الإلزامي من المسؤولية بشروط وقواعد أمرة متعلقة بالنظام العام إلا أن ذلك لا ينفي أنه عقد يقوم على التراضي فيما بين أطرافه، ولا يغير من الأمر.⁽³⁾

(1) شهاب أحمد جاسم العنبيكي، المرجع نفسه، ص 48.

(2) د/ رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني العقود المسماة، (البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010، ص 509.

(3) د/ بهاء الدين مسعود خويرة، الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، الشامل للنشر للتوزيع، ط 1، فلسطين، 2017، ص 28.

2 . عقد ملزم للجانبين: يتميز بالصفة التبادلية، فهناك التزامان متقابلان،⁽¹⁾ فهو ملزم للمؤمن له بدفع أقساط التأمين، وملزم للمؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا وقع الخطر المؤمن منه، وذلك وفق التزام كل من الجانبين.⁽²⁾

ولكن يلاحظ أن هناك اختلاف ملحوظ بين التزامات طرفي العقد فالمؤمن له يلتزم بدفع أقساط التأمين إما دفعة واحدة أو على آجال معينة وهذا الالتزام محقق في تنفيذه. أما المؤمن فهو يلتزم بدفع عوض التأمين عند تحقق الغرض المؤمن منه، وقد لا يتحقق هذا الخطر فلا يدفع شيئاً، ولذلك رأى البعض أن التزام المؤمن هنا يعد التزاماً معلقاً على شرط واقف هو تحقق الخطر المؤمن منه، وهذا غير صحيح، فالتزام المؤمن هو التزام احتمالي بطبيعته وليس التزاماً معلقاً على شرط واقف.⁽³⁾

3 . عقد التأمين عقد معاوضة: لأن كلا من المؤمن والمؤمن له يعطي مقابلاً لما يأخذ، فالمؤمن يأخذ الأقساط التي يدفعها المؤمن له يدفع مقابل ذلك مبلغ تأمين،⁽⁴⁾ وفي صورة عدم وقوع الخطر المؤمن منه تصبح الأقساط التي دفعها المؤمن له مقابلاً لما يفره المؤمن من ضمانات وحماية للمؤمن له، كما يحصل كل من الطرفين على فائدة أو مصلحة، ففائدة المؤمن له هي ما يوفره له العقد من أمان من الخطر، أما فائدة المؤمن فهي ما يتحصل عليه من أقساط.⁽⁵⁾

4 . عقد التأمين عقد زمني مستمر: العقد الزمني هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث لا يمكن أن يتم تنفيذه دفعة واحدة بمجرد انعقاده وإنما يتم تنفيذ بأداءات مستمرة.⁽⁶⁾ ويعني كونه استمراريّاً أنه إذا انفسخ أو فسخ العقد، فإنه لا يكون بأثر رجعي، أي أنه لا يحق للمؤمن له استرداد شيء مما دفعه من الأقساط مهما بلغ مقداره.

(1) د/ رمضان مجّد أبو السعود، المرجع السابق، ص 509.

(2) د/ عبد القادر جعفر، المرجع السابق، ص 295.

(3) رمضان مجّد أبو السعود، نفس المرجع، ص 510.

(4) د/ عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 43.

(5) معراج جديدي، المرجع السابق، ص 35.

(6) د/ بهاء الدين مسعود خويّرة، المرجع السابق، ص 30.

وكذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام من أحد طرفيه، كأن تتلف العين المؤمن عليها بغير السبب المؤمن ضده، فإن هذا يصادف المستقبل فقط دون الماضي، فيلغى العقد، ولا يحق للمؤمن له استرداد شيء مما دفعه من الأقساط.⁽¹⁾

5. عقد التأمين عقد إذعان: والمؤمن هو الجانب القوي، ولا يملك المؤمن له إلا أن ينزل

عند شروط المؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوع، ومعروضة على الناس كافة، وهذه هي أهم خصائص عقد الإذعان. على أن تدخل المشرع في تنظيم عقد التأمين لحماية المؤمن لهم خفف كثيرا من تعسف المؤمن بالمؤمن له، هذا إن قيام التأمين على الأسس الفنية الصحيحة يمنع أحد الطرفين من أن يجور على الآخر، ويجعل التأمين يؤدي مهمته الحقيقية وتنظيم التعاون بين المؤمن لهم المعرضين لخطر مشترك ومساهمة كل منهم بنصيبه فيه إذ نزل بأحد منهم، ويجعل شركة التأمين تقوم بدورها الصحيح وهو دور الوسيط بين المؤمن لهم لتنظيم التعاون فيما بينهم، لا دور المتعاقد القوي الذي يستغل ضعف المتعاقد الآخر.⁽²⁾ كذلك الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري حيث تدخل لحماية المؤمن له من تعسف شركات

التأمين، فطبقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري، أجازت للقاضي إذا تضمن العقد شروط تعسفية أن يعدل شروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وفقا لمقتضيات العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.⁽³⁾

6. عقد التأمين من عقود حسن النية: حسن النية هو الأصل وهو مبدأ عام يجب أن يسود جميع العقود فيجب تنفيذ العقود طبقا لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية له معنى خاص في عقد التأمين لأنه من مستلزمات العقد، ذلك أن مصير كل طرف مرتب بمصير الطرف الآخر، فالمؤمن له يلتزم بالإعلان عن الخطر عند تحققه.

(1) د/ عبد القادر جعفر، المرجع السابق، ص 297.

(2) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 1141.

(3) رملة مصطفى بكة نبيل، المرجع السابق، ص 21.

كما يجب أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث الخطر أو لمنع حدوث تفاقمه إذا حدث. كما أن المؤمن يعتمد على المعلومات التي يقدمها له المؤمن له عن الخطر المؤمن منه. لذلك يجب أن يكون المؤمن له صادقا أميناً حسن النية فيما يدلي به من معلومات للمؤمن بشأن الخطر المؤمن منه ومدى احتمالات تحققه حتى يستطيع المؤمن تقدير الأمور ووضعها في نصابها الصحيح، وحتى لا يضر من جراء إلقاء المؤمن له بمعلومات خاطئة. لذلك فإن المؤمن غالباً يشترط جزاءات رادعة على المؤمن له الذي يخالف مبدأ حسن النية ويدلي بمعلومات خاطئة مع علمه بها، وقد تصل هذه الجزاءات إلى حد سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين ومبدأ حسن النية يلزم توافره عند إبرام العقد وطوال فترة سيرانه.⁽¹⁾

7. عقد احتمالي: بمعنى أنه ينصب على موضوع أو محل ما لم يكن موجوداً وقت إبرام

العقد، بحيث لا يكون بإمكان المتعاقدين معرفة مقدار ما سيؤديه كل منهما ومقدار ما سيأخذه من هذه العملية، لأن ذلك متوقف على وقوع المخاطر المؤمن منها، لذا عند ما وضع القانون المدني أحكام التأمين صنفه ضمن عقود الغرر الاحتمالية والتي عرفتها المادة 570 من ق م، وتظهر هذه الخاصية في المادة 43 من الأمر 43 من الأمر 07.95، فإذا هلك الشيء، أو أصبح غير معرض للخطر انتفى عنصر الاحتمال ولم يعد يصلح محلاً للتأمين.⁽²⁾

ثانياً: التأمين والغرر

والمراد بالغرر: الخطر، وهو الجهالة بحقيقة الشيء، ووقوعه من عدمه، كبيع السمك في الماء والطير في الهواء.

والغرر في المعاملات ممنوع خصوصاً في المعاوضات لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله (ص) عن بيع الحصاة والغرر).

ولذلك يشترط في صحة المعقود عليه، سواء كان ثمناً أو مئتماً، العلم به من كلا العقدين برؤيته، أو صفة منضبطة يعلم بها وجوده، ومقداره ونوعه، والحال التي هو عليها حين العقد، منعاً للغرر

(1) د/ فايز أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15. 16.

(2) د/ عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 43. 44.

والجهالة، وهذا شرط لا خلاف فيه بين الفقهاء، سوى خلاف يسير في الثمن، وأنه يصح مع عدم العلم به، ويكون له ثمن المثل.

كما يشترط عند جميع الفقهاء لصحة العقود المؤجلة العلم بالأجل من طرفي العقد، لأن الجهل بالأجل غرر فاحش مبطل للعقود، لقوله تعالى: "يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه".

فيحدد الأجل كما يحدد المقدار، والغرر المنهي عنه هو مطلق الغرر، إلا أنه يعفى عن اليسير منه، رفعا للحرج والمشقة عن العباد.

والفاحش الكثير هو ما كان في وجود محل العقد وعدمه أو في مقداره، أو في أجل حصوله، وقد تجتمع أنواع الغرر هذه في معاوضة واحدة، وواحدتها كافية لإبطال العقد.

والغرر قد يكون في حصول الشيء، وقد يكون في أجل حصوله، وقد يكون في قدره. وعقد التأمين مشتمل على ذلك من عدة جوانب:

أ. غرر في الحصول (الوجود): فقد يقع الخطر المؤمن منه وقد لا يقع، وعليه فقد يحصل المؤمن له على مبالغ التأمين وقد لا يحصل.⁽¹⁾

ب. غرر في الأجل: فأجل وقوع الخطر مجهول، وكذا أجل التعويض عليه.

ج. غرر في قدر العوض: إذ أن حجم ما يقع من خطر مختلف، فيكون قدر التعويض عنه مختلفا، مجهولا غير معلوم سابقا، وكذا قدر ما يدفعه المؤمن له من أقساط للجهل بأجل وظيفته أو حياته، وهذا الغرر بأنواعه كلها واقع عند إنشاء العقد ووقت الدخول فيه.⁽²⁾

وينظم أصحاب القانون عقود التأمين ضمن عقود الغرر التي تتحدث عن القمار والرهان ونحوها.⁽³⁾

. التمييز بين (التأمين) و(الرهان والمقامرة):

أ. تتماثل (التأمين) و(الرهان والمقامرة) جميعها عقود:

(1) د/ عبد القادر جعفر، المرجع السابق، ص 296 343.

(2) د/ عبد القادر جعفر، المرجع نفسه، ص 296.

(3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1140.

تنطوي على المخاطرة، ومتوقفة من حيث الربح والخسارة على المصادفة.

ب. ويختلف التأمين عن العقدين الآخرين في طبيعة، الخطر حيث: أن الخطر في الرهان والمقامرة ينشأ من فعل الرهان والمقامرة بحد ذاتها.⁽¹⁾ في حين أن التأمين في صورة نموذجية يمثل: التزاما يتعهد بمقتضاه المؤمن بتعويض المؤمن له بخصوص خطر خسارة لمصلحة يمتلكها المؤمن له بالفعل، وهذا الأمر يفضي إلى العوض للمصلحة المطلوبة في محل التأمين.

ت. وبمقتضى أحكام القانون يكون: كل اتفاق على مقامرة أو رهان محذور يكون باطلا.

ولمن خسر في المقامرة أو رهان محذور أن يسترد ما دفعه وفقا لما تقضي به من أحكام الفقرة 2 من المادة 915 من القانون المدني الأردني.⁽²⁾

. التشابه بين التأمين وكل من القمار والمراهنة: وقيل أن التأمين كالقمار والمراهنة فكل منهما عقود احتمالية ملزمة للجانبين فمن حيث أنها عقود احتمالية نجد أن المقامر أو المترهن لا يستطيع أن يحدد وقت العقد القدر الذي يعطي والقدر الذي يأخذ فالتزام كل من طرفي القمار والمراهنة يتوقف على حادث احتمالي غير محقق الوقوع.

وقيل أن التأمين يشترك مع القمار والمراهنة في عنصر المخاطرة فالتزام المؤمن والمؤمن له يتوقف على أمر تحقق الخطر المؤمن منه وهو حادث مستقبل غير محقق الوقوع ولا يتوقف وقوعه على إرادة أي من طرفي عقد التأمين فوقوع الخطر المؤمن منه يعتمد على الحظ والمصادفة وقد يدفع جميع الأقساط وينتهي عقد التأمين ولا يحصل من المؤمن على شيء، كذلك من حيث جهالة العاقبة حيث أن طرفي عقد التأمين لا يعلمان متى يقع الخطر المؤمن منه وهل سيتحقق أم لا.⁽³⁾

الفرع الثاني: الالتزامات المتبادلة في عقد التأمين

إن عقد التأمين من العقود الملزمة لجانبين، يرتب التزامات على عاتق طرفيه فنبحث فيما يلي الالتزامات التي تقع على عاتق المؤمن له وتلك التي يتحملها المؤمن.

(1) شهاب أحمد جاسم العنكي، المرجع السابق، ص 19. 20.

(2) شهاب أحمد جاسم العنكي، المرجع نفسه، ص 20.

(3) أنظر د/ فايز أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 83. 84.

أولاً: التزامات المؤمن له

يرتب عقد التأمين عدة التزامات على عاتق المؤمن من أهمها، الالتزام بدفع القسط، الالتزام بالإدلاء بالبيانات الخاصة بالخطر عند إبرام العقد وعند سيرانه ووقت وقوع الخطر، الالتزام بتغيير الخطر وتفاقمه، والالتزام بالتعهدات والالتزامات التي يفرضها القانون والتنظيمات السارية المفعول.

أ- الالتزام بدفع القسط:

✓ **تعريفه:** يعرف القسط بأنه: " قيمة الخطر المؤمن منه، أو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن له مقابل التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض، ويحسب على أساس الخطر، فإذا تغير الخطر تغير معه القسط، وفقاً لنسبية القسط إلى الخطر.⁽¹⁾

✓ **القسط نوعان:** دوري ووحيد.

- **القسط الدوري:** يعرف بأنه القسط الذي يدفعه مكتب التأمين كما كلم حل أجل الاستحقاق طوال المدة المحددة في العقد أي تدفع الأقساط في بداية كل سنة أو على شكل دورات معينة.⁽²⁾

- **القسط الوحيد:** قد يشترط المؤمن على المؤمن له أن يدفع له القسط دفعة واحدة، حتى يتمكن من الحصول على التعويضات قد يلتجم بها خلال سنة أو فترة معينة، وفي حالة ما إذا دفع المؤمن له دفعة واحدة القسط أو دفعات متعددة فإنه يحصل على المخالصة ليثبت بها تنفيذ التزامه.⁽³⁾

✓ **تقدير القسط:** إن شركة التأمين تأخذ بعين الاعتبار عدة عوامل لتقديرها، فمثلاً التأمين على الحياة تأخذ سن المؤمن، حالته الصحية الحالية والسابقة والمهن التي مارسها، ولهذا وطبقاً

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1288.

(2) أنظر المادة 81 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم.

(3) طبقاً لنص المادة 79 من الأمر 07 /95 المعدل والمتمم.

للمادة 231 من قانون التأمينات تعهد مهمة تحديد التعريفات التي تحدد بواسطتها القسط

الذي يدفعه المؤمن له إلى جهاز متخصص في مجال التعريفات لدى الوزير المكلف بالمالية.⁽¹⁾

✓ **جزاء عدم الوفاء بالقسط:** يجب التمييز في هذه الحالة بين التأمين على الأشخاص والتأمين

على الأضرار:

في التأمين على الأضرار: يكون أمام المؤمن أن يلجأ إلى وقف الضمان أولاً، ثم إلى فسخ العقد على

النحو الموالي:

- **وقف الضمان:** ويعتبر أول جزاء يطبق على المؤمن له بسبب إخلاله بالتزامه بدفع القسط فإذا تحقق

الخطر في فترة التوقف فلا يستفيد المؤمن له من الضمان ولا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ويسري

توقف الضمان ابتداء من انقضاء أجل 30 التي يتم فيها الإخطار بالوفاء.

- **فسخ العقد:** للمؤمن الحق في فسخ عقد التأمين بعد انقضاء 10 أيام من وقف الضمان، ويحق

للمؤمن أيضاً أن يبقي العقد على حاله إن أراد ذلك، لكن الضمان يبقى موقوفاً طالما لم يدفع المؤمن

له الأقساط المتأخرة، لكن إذا قرر المؤمن فسخ العقد فإن عقد التأمين ينقضي بهذا الفسخ ويعود إلى

السريان حتى اقتراح المؤمن له دفع الأقساط المتأخرة، ويجب على المؤمن أن يبلغ الفسخ للمؤمن له

بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام، ويسري الفسخ من وقت إرسال هذه

الرسالة.⁽²⁾

- **في التأمين على الأشخاص:** في هذا المجال من التأمين، وبصورة خاصة في التأمين على الحياة لا

يمكن للمؤمن أن يلزم المؤمن له بدفع الأقساط، أي بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً عن طريق رفع دعوى⁽³⁾

وللمؤمن بعد تذكير المؤمن له بموعد استحقاق القسط وبعد إخطاره بدفع القسط الحق فيما يلي:⁽⁴⁾

(1) المرسوم 47/96 المتعلق بالتعرف، الصادر بتاريخ 1996/01/17، ج ر ج، العدد 05، الصادر بتاريخ 1996/01/21.

(2) أنظر المادة 16 من الأمر المتعلق بالتأمينات.

(3) أنظر المادة 84 من الأمر المتعلق بالتأمينات.

(4) أنظر المادة 16 من الأمر المتعلق بالتأمينات.

- فسخ العقد إذا تعلق الأمر بتأمين وقي لحالة وفاة إذا لم يدفع المؤمن له القسط المستحق عن السنتين الأولتين من التأمين.

- تخفيض آثار العقد في جميع الحالات الأخرى، ولكن يشترط في هذه الحالة أن تكون الأقساط المستحقة عن السنتين الأولتين مدفوعة.⁽¹⁾

ب الالتزام بالتصريح بالبيانات والظروف المحاطة بالخطر:

من الالتزامات التي يربتها عقد التأمين على كاهل المؤمن له الالتزام بالتصريح أو الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر وذلك عند إبرام العقد وأثناء سريان العقد.

ب. 1/ الالتزام بالتصريح بالبيانات أثناء إبرام العقد: إن المؤمن له ملزم بأن يعلم المؤمن أثناء إبرامه للعقد بكل البيانات والظروف المتعلقة بالخطر، وهذا ما يسمح للمؤمن بالتقدير السليم للأخطار التي يستلجم تعويضها سواء الأمر تعلق بالتأمين على الأشخاص أو الأضرار "عن طريق استمارة أسئلة".⁽²⁾

ب. 2/ الالتزام بالإدلاء مدة سريان العقد: يقع على كاهل المؤمن له الالتزام بالإعلام على كل الظروف التي تغير من الخطر بعد إبرام العقد والتي يكون لها تأثير على هذا الخطر بزيادة درجة احتمال وقوعه ودرجة جسامته، وفي هذا الشأن يلتزم المؤمن له بأن يقدم تصريح دقيق للمؤمن، وهنا ينبغي التمييز بين التفاقم الذي يتسبب في حدوثه المؤمن له والتفاقم الذي يكون بسبب أجنبي، ففي الحالة الأولى هنا يكون للمؤمن الخيار بين أن يواصل تغطية هذه المخاطر أو يقترح على المؤمن إعادة النظر في شروط العقد وجعله يتناسب مع الظروف المستجدة.

ج الالتزام المؤمن له بالإعلان عن الظروف التي تؤدي إلى زيادة الخطر أثناء سريان العقد:

قد يتفاقم الخطر المؤمن منه، بعد إبرام العقد سواء بفعل المؤمن له، أو بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه، ففي كل الأحوال فإن المؤمن له ملزم بهذا التصريح للمؤمن، هذا ما نصت المادة 18 من الأمر 95/07 التي تقضي بما يلي: " يمكن للمؤمن في حالة زيادة وقوع الخطر منه أن يقترح معدلا جديدا

(1) د/ عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 142.

(2) المادة 01/15 من الأمر 95/07 المعدل والمتمم.

خلال 30 يوما يتم حسابها من تاريخ اطلاعه على التفاقم"، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 17 من قانون التأمين، وقد ميز المشرع بين حالة تفاقم الخطر بفعل المؤمن له وبين الحالة التي لا يرجع سبب التفاقم لإرادته، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يميز بين الحالتين، مما يعني أن الجزاء المترتب عن عدم التصريح بالظروف ينطبق عليه الحالتين.⁽¹⁾

- الجزاء المترتب على عدم الإدلاء بتفاقم الخطر أثناء سريان العقد: في حال حدوث الظروف المستجدة من شأنها زيادة احتمال وقوع الخطر أو بزيادة درجة جسامته، قد خصص المشرع قواعد لإعادة التوازن المالي.⁽²⁾

د. الالتزام بإخطار المؤمن بوقوع الخطر:

يلتزم المؤمن له بإبلاغ المؤمن بوقوع الخطر وبجميع الظروف التي أحاطت بحدوثه والنتائج المترتبة عن ذلك،⁽³⁾ كما أنه ملتزم بتقديم الوثائق والمستندات الضرورية لإثبات تحقق الخطر، وجميع المعلومات المتعلقة بجسامته وذلك خلال مدة محددة في قانون التأمينات.

د 1 / مضمون الالتزام بالخطر: يتمثل مضمون الالتزام في قيام المؤمن له بإخطار المؤمن بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخطر الذي وقع، كتوقيت ومكان وأسباب وقوعه، ويقع الالتزام بالإخطار على عاتق المؤمن نفسه أو من يخلفه، والأصل أن لا يشترط شكل خاص للإخطار، حيث يمكن أن يتم في أي شكل كتابة أو شفاهة، لكن جرت العادة على أن يتم الإخطار بملء التصريح الودي للحدث.⁽⁴⁾

د 2 / الجزاء المترتب عن عدم الإدلاء وقت وقوع الخطر: يترتب على جزاء إخلال المؤمن له بالالتزام بالإخطار مسؤولية عقدية طبقا للمادة 22 من ق ت⁽⁵⁾، وعلى هذا الأساس يجوز للمؤمن أن يطالب بالتعويض الذي أصابه بسبب إخلال بالتزامه.

(1) أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء الإماراتي، ط 3، مطبعة نادي القضاة، القاهرة، 1991، ص 211.

(2) أنظر المادة 04 / 15 من الأمر 07 / 95 المعدل والمتمم.

(3) بقاء بيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 102.

(4) محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، ط 1، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 118.

(5) المادة 22 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم، على ما يلي: " إذا خالف المؤمن له الالتزامات المنصوص عليها في الفقرتين 4.5 من المادة 15 أعلاه وترتب عن هذه المخالفات نتائج ساهمت في الإضرار في اتساع مداها جاز للمؤمن تخفيض التعويض في حدود الضرر الفعلي الذي لحق به".

ثانيا: التزامات المؤمن

إذا كان المؤمن له يلتزم بدفع مبلغ التأمين في حالة وقوع الخطر أو الكارثة، فإن المؤمن له يلتزم بدفع مبلغ التأمين سواء للمؤمن له أو المستفيد، هذا المبلغ من حيث المبدأ عادة ما يتمثل في مبلغ النقود، لكن المؤمن قد يلتزم بإصلاح الضرر العيني أو تقديم خدمة، لا سيما في مجال التأمين على الأشخاص.

أ- في حالة التأمين على الأضرار: في هذا النوع من التأمين يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن كافة الخسائر المادية التي لحقت بالشيء المؤمن عليه،⁽¹⁾ طبقا للأضرار المنصوص عليها في العقد، أما الأضرار غير المنصوص عليها فلا تلتزم شركة التأمين بالتعويض.

وتكتسي العملية التأمينية في التأمين على الأضرار الطابع التعويضي، ومفاد هذا المبدأ لا يمكن أن يزيد هذا التعويض عن المبلغ المتفق عليه في العقد من جهة، ولا يمكن أن يزيد عن الضرر الذي لحق المؤمن،⁽²⁾ وهذا ما أكدت عليه المادة 623 ق م ج.

أما بالنسبة للأضرار التي يلتزم المؤمن بتغطيتها فقد حددها المشرع الجزائري استنادا للمادة 12 من الأمر 95/07 المعدل والمتمم كما يلي:

- الخسائر والأضرار الناتجة عن الحالات الطارئة.

- الخسائر والأضرار التي يتسبب فيها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنها.

- الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ غير متعمد عن المؤمن له.

- الخسائر والأضرار التي تسببها الأشياء والحيوانات التي يكن له مسؤولا عنها.⁽³⁾

ب - التأمين على الأشخاص:

الأصل أن المستفيد من مبلغ التأمين هو المؤمن له المتعاقد نفسه إلا أنه يجوز في التأمين على الحياة الاتفاق على دفع مبلغ معين إما إلى أشخاص معينين أو إلى أشخاص يعينهم المؤمن له فيما بعد،

(1) المادة 30 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 135.

(3) المادة 12 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم.

ويكون لطالب التأمين الحق في تعيين المستفيد في أي وقت منذ إبرام العقد إلى يوم استحقاق مبلغ التأمين، وهذا تطبيقاً للاشتراط لمصلحة الغير، وبذلك يكون للمستفيد في مبلغ التأمين أن ينشأ له مباشرة في مواجهة المؤمن من وقت إبرام العقد لا من وقت قبوله دون المرور بذمة المستأمن.⁽¹⁾

وعليه يمكن القول أنه في عقود التأمين ليس للمبلغ المالي أية علاقة بوجود الضرر، خلاف لعقد التأمين على الأضرار الذي يعتبر فيه الضرر عنصراً جوهرياً وفي العمليات التأمينية وهو ما يتبناه المشرع الجزائري في قانون التأمينات، حيث يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين محدد في شكل رأسمال أو ربع عند وقوع الحدث أو عند حلول الأجل المنصوص عنه في عقد التأمين وهذا حسب نص المادة 60 الفقرة الأولى من قانون التأمينات.⁽²⁾

المبحث الثاني: التنظيم التشريعي لحرية التعاقد في مجال التأمينات.

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان حيث أن مبدأ التوازن بين مركزي المؤمن والمؤمن له غير متحقق، إذ تعتبر شركات التأمين هي المسيطرة والمتحكمة في سوق التأمين حيث تفرض شروطاً قاسية تنطوي على جانب كبير من الظلم والتعسف حيث أن مخالفة هذه الشروط التعسفية يؤدي إلى سقوط حق المؤمن له، كما أن هذا الأخير لا يملك حق مناقشة هذه الشروط التي يضعها المؤمن فإما يسلم بها وإما أن يعزف نظره عن ذلك تماماً، لذلك كان واجبا على المشرع التدخل لحماية حقوق المتعاملين مع شركات التأمين، كما يجب على الجهات القضائية أن تراعي مصلحة المؤمن له باعتباره طرفاً مدعناً، هذا ما سنتطرق إليه وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الإذعان في عقد التأمين.

ويعتبر عقد التأمين من أبرز تطبيقات عقود الإذعان لأن مضمونه يتم تحديده كلياً أو جزئياً من طرف المؤمن قبل مرحلة التعاقد، ويعد عقد الإذعان من أهم العقود المدنية المستحدثة ذات الانتشار الواسع في الآونة الأخيرة، حيث يتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، وحتى تتضح معالم هذا العقد لابد من التطرق لمفهومه والنموذج المنطبق على التأمين.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 127.

(2) المادة 60 من قانون التأمينات.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

سيتم البحث في مدى اعتبار عقود التأمين من طائفة عقود الإذعان من خلال الخوض في تعريفاته وكذا خصائصه المستخلصة من التعاريف.

أولاً: تعريف عقد الإذعان

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، وكذا التشريعات لم تحدد له تعريفاً وعليه فإننا سنقدم بعض التعريفات المختلفة على النحو التالي:

هناك من عرف بأنه: "هو العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر، بحكم وضعه الفعلي أو القانوني بوضع شروط العقد في جملتها، وهذا يعني أحد أطراف العقد يخضع لجميع الشروط التي يضعها الطرف الآخر، دون أن يملك الحق في مناقشته أو تغيير أو تعديل الشروط التي اشترطها، وتكثر هذه العقود عندما يكون أحد أطراف العقد يحتكر احتكاراً قانونياً أو فعلياً مرفقاً من المرافق التي تقدم الخدمات للجمهور أو سلعة من السلع".⁽¹⁾

وعقود الإذعان كثيرة منها عقد النقل الذي تبرمه مصلحة السكك الحديدية أو شركات الملاحة والطيران وعقد العمل.⁽²⁾

وقد عرفه علي فيلالي بأنه: "هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شروط أو قيد، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها".⁽³⁾

والمشرع الجزائري لم يعرف عقد الإذعان، وإنما تعرض لكيفية حصول القبول فيه من خلال نص المادة 70 من ق م ج والتي تنص: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهي نفسها نص المادة 100 من ق م المصري، حيث تنص على أنه:

(1) خليل أحمد حسن قداد، 27.

(2) مجد الصبري السعدي، ص 131.

(3) علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 82.

"القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد تسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".⁽¹⁾

ويؤخذ على هذه النصوص السابقة أنه لم يراع ما استجد في مفهوم عقد الإذعان، فلم يعد هذا العقد اليوم محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، وليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توفرها ليعتبر عقد إذعان في شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر المستهلك إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها.⁽²⁾

ثانيا: خصائص عقد الإذعان

من خلال تعريف عقد الإذعان نستخلص الخصائص التالية:

أ. الخصائص المتعلقة بموضوع العقد:

إن عقد الإذعان يتعلق بسلعة أو خدمة من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، بحيث لا يتصور الاستغناء عنها من طرف هؤلاء.⁽³⁾

. صدور الإيجاب على الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محدودة.⁽⁴⁾

. توجيه العروض لسلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط نموذجية موحدة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها، بحيث يأتي القبول للتسليم بما جملة واحدة بغير مناقشة أو تعديل لهذه الشروط وعدم وجود البديل بشروط أخرى.⁽¹⁾

(1) حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لدراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، ص 42.

(2) عبد الله ذيب محمود، نفس المرجع، ص 119.

(3) محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار م ج، الإسكندرية، 1998، ص 60 و 61.

(4) شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، دون دار النشر ومكان النشر، ع 2، 2009، ص 34 و 35.

ب - خصائص متعلقة بأطراف العقد:

. أن يكون الموجب محتكر احتكار فعلياً وقانونياً أو على الأقل مسيطر سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق، فعقد الإذعان يسود في ظل الاحتكار.
أما إذا لم يتوافر الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة أو خدمة فلا تكون بصدد عقد الإذعان، ولذلك فإن عقود المقاولات والأشغال العامة وكذا عقود الإيجار وإنجاز المساكن والأراضي الزراعية لا تعتبر عقود إذعان.⁽²⁾

إذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجهه إليه، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد والالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد ويحق له رفض القبول لسبب غير مشروع وإلا كان متعسفاً في استعمال هذا الحق، وتترتب عليه المسؤولية،⁽³⁾ الأمر الذي يجعل المتعاقد المحتكر مهدداً بعدم قدرته على الحصول على محل التعاقد الذي يتميز به عقد الإذعان بأنه لا يتعلق بسلع أو خدمات غير خاضعة لأي منافسة أو على الأقل لا تعرف سوى منافسة محدودة النطاق، نتيجة الظروف الاقتصادية أو الاتفاق بين أصحاب السلع والخدمات أما إذا ساءت المنافسة مرة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان حيث سيجد المستهلك دائماً من يقدم له شروطاً أفضل رغبة في جلب أكبر عدد ممكن من العملاء لكن إذا كانت عقود الإذعان تتطلب احتكاراً وسيطرة اقتصادية من جانب طائفة التجار أو مقدمي السلع والخدمات للمستهلكين حتى يتمكن وصفها أو تكييفها قانوناً بهذا الوصف إلا أن المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق لأن الاحتكار قد لا يكون واضحاً وبالتالي يصعب تحديده أو التعرف عليه كما أن الواقع العملي أفرز صور عديدة من العلاقات التعاقدية التي يخضع فيها أحد المتعاقدين لآخر دون وجود هذا المعيار الاقتصادي المتمثل في احتكار أحد الطرفين لمحل العقد فعدم التوازن بين متعاقدين وما يترتب عليه من عدم التكافؤ بين الالتزامات التعاقدية يظهر في أنواع أخرى من العقود.⁽⁴⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 36

(2) حجازي عبد الحي، النظرية العامة للالتزام وفقاً لـ م الكويتي، ج 1، مطبوعات جامعة الكويت، دون تاريخ نشر، ص 67

(3) إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 49.

(4) إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع نفسه، ص 49، 50.

ج - خصائص متعلقة بشروط العقد:

الإيجاب في هذه العقود من عمل الطرف القوي وحده، فهو وحده الذي يضع شروط العقد، لا يشاركه المتعاقد الآخر في وضعها، لا يقبل مناقشة فيها، ولا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يقبل أو يدع، وهو غالبا ما يضع الشرط بما يخدم مصلحته.⁽¹⁾

والمشرع الجزائري قد نص على خصائص عقد الإذعان في المادة 70 من ق م السالفة الذكر والتي تتمثل في:

° تضمنه "الشروط مقررّة" أي معدة سلفا من قبل الموجب

° وأن هذه الشروط " لا تقبل مناقشة فيها" أي لا تخضع للمفاوضة

° وأن يتمثل القبول في مجرد "التسليم" أي الرضوخ لها جملة وتفصيلا

من خلال هذه الخصائص تبين أن المشرع الجزائري منذ صدور القانون المدني قد تبني الاتجاه الفقهي الحديث⁽²⁾ في تحديث خصائص عقد الإذعان أساسها قيامه على شروط مقررّة مسبقا من قبل الموجب لا تقبل المناقشة والتعديل.

حيث أن في النصوص الخاصة عرفت المادة $\frac{3}{4}$ من القانون 04.02 العقد بأنه: " 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".⁽³⁾ ومن ثم فإن هذا النص يؤكد أن كل عقد استهلاكي هو عقد إذعان.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

تتميز عقود الإذعان كما سبق الذكر في أن أحد طرفيها يضع شروطه بصفة منفردة ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا التسليم بها والإذعان لها، بحيث لا يقبل منه أي مناقشة لهذه الشروط فإما أن يقبلها برمتها أو يعرض عنها وعادة لا يستطيع الإعراض عنها.

(1) د/ بودالي مجّد، الشروط التعسفية في العقود في ق ج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 57.

(4) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 159 و 160.

(3) شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 160.

ونظرا لهذا الوضع الخاص بعقد الإذعان، فقد انقسم الفقهاء بين منكر لصفة التعاقدية لهذا العقد وبين مقرر لها، فيرى الفريق الأول⁽¹⁾ وهم المنكرون لصفة التعاقدية في عقد الإذعان أن الطرف المدعن لا يملك الحرية والاختيار وهما أهم ما يتسم به أي عقد، ويعتبرون أنها عبارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز تعاقدية⁽²⁾ وبالتالي هي أقرب للقانون أو اللائحة منها للعقد، وغايتهم من تكييف عقد الإذعان بهذا الشكل هو عدم إخضاع تفسيره وتنفيذه إلى ما تخضع له العقود من قواعد، ولكن تخضع للقواعد الخاصة بتفسير القانون وتطبيقه، وعليه فإن عقد الإذعان لا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل يقتصر التفسير على إرادة واضع تلك الشروط وهو الطرف القوي الذي أذعن له الطرف الضعيف، ويجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقا لمقتضيات العدالة.

وطبقا لهذا المفهوم فإن عقود الإذعان تقوم وتتميز باجتماع ثلاثة عناصر وهي:

1/ عنصر العمومية: وهو أن يكون الإيجاب أو بعبارة أدق المشاركة في عقد الإذعان تتصف بالعمومية أي موجهة لعموم الجمهور أو إلى فئة معينة بصفاتها لا بذواتها، وتكون بنفس العبارات والشروط، كما تتصف بالاستمرارية لمدة معينة مثل الإيجاب بالتعاقد مع شركات الكهرباء والغاز.

2/ عنصر الإكراه: ويتمثل في النفوذ الاقتصادي للموجب أو المشتري الذي يؤدي إلى الاختلال الواضح بين طرفي العقد، إضافة إلى عدم إمكانية اقتراح الطرف المدعن لأي تعديل، وبالتالي لا يمكن إدراج عقد الإذعان ضمن المجال العقدي.

3/ عنصر الإذعان: وهو خضوع الطرف المدعن لشروط العقد المحددة سلفا من قبل الموجب وبالتالي ليس لإرادة المدعن إلا دور ثانوي في إنشاء العقد ذلك أن الحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة منفردة هي إرادة الموجب وهو ما يجعله عقدا بالمعنى الفني.

(1) بوكماش مُجّد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون، كلية العلوم

الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، 2011-2012، ص 153.

(2) محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك. دراسة مقارنة، د ع ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة مصر، ص 31.

ولكن الحقيقة على خلاف ذلك فعقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بوجود إرادتين لا بإرادة واحدة، وكما هو معلوم فإن كل تصرف ينعقد بإرادتين يعتبر عقداً، حتى ولو لم يكن طرفاه متساويان من الناحية الاقتصادية.⁽¹⁾

أما الفريق الثاني فقد ناصروا فكرة العقدية وأغلبهم من فقهاء القانون الخاص، واعتبروا عقد الإذعان عقداً حقيقياً يتم بتوافق إرادتين، ويخضع لنفس القواعد التي تخضع لها العقود، وردا على وجهة نظر الرأي السابق فهم يرون بأن إرادة الموجب لوحدها لا يمكنها إنشاء العقد إلا إذا اقترنت بها إرادة الطرف الآخر القابل لها، وأن المساواة المطلوبة في العقد هي المساواة القانونية وليس المساواة الاقتصادية، وهذا التباين الذي يتميز به عقد الإذعان هو مجرد نوع من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي.

فجل العقود حتى تلك التي يتم التفاوض عليها يتعرض فيها الطرفان إلى نسبة قليلة أو كبيرة من الضغط الاقتصادي وبالتالي ليس بالضرورة عند توافق الإرادتين أن يكون لكل إرادة دور معادل لدور الأخرى، فالطرف المذعن يتمتع بقدر من الحرية في الإقدام على التعاقد من عدمه، حتى وإن كان ذلك سيؤدي إلى حرمانه من السلعة أو الخدمة.⁽²⁾

أما الفريق الثالث: وهو المذهب الوسيط ما بين الرأيين تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر التعاقدي أو غير التعاقدي فمنهما ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة، ذات منفعة عامة وإن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك، ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية فيعتبر عد الإذعان خليطاً من جزئين أحدهما تعاقدي والآخر لائحي، وهو رأي الأستاذ جونو، وقد اتبع رأي جونو الفقيه لوسيس لوكا وهو ما يقرب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقدين الشروط الجوهرية والتبعيث وهو الأستاذ ديرو.⁽³⁾

(1) بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 154.

(2) بوكماش محمد، نفس المرجع، ص 155 و 156.

(3) لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 153.

أما عن موقف المشرع الجزائري فنجد من خلال نصه في المادة 70 يتبين أنه لا ينازع في الطبيعة العقدية لعملية الإذعان. (1)

من خلال المفاهيم التي سبق وأن تعرضنا إليها بخصوص الإذعان فإنه من البديهي اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان بالنسبة للمستأمن⁽²⁾، فهو الطرف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يملئها المؤمن وترد مطبوعة بالوثيقة، ومعروضة على الناس كافة، فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول، إلا أن المستأمن ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما له قبول الشروط النمطية التي يملئها المؤمن أو رفضها،⁽³⁾ فعلى غرار باقي التشريعات المقارنة لا سيما التشريع الفرنسي، فقد جسد المشرع الجزائري ذلك في ميدان التأمين بموجب الأمر 07.95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 07.04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، حيث قضى في مادته 278 بإلغاء جملة القوانين ذات الصلة بالاحتكار، وهو يمثل القانون الذي ينظم في الوقت الحاضر عقود التأمين في الجزائر، وتتمثل أهم خصائصه في:

. السماح للقطاع الوطني والأجنبي للاستثمار على أن يخضع ذلك للموافقة السابقة للدولة

. أن تتخذ تلك المقاولات شكل شركة مساهمة أو تعاونية

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

الفرع الثاني: مدى انطباق الإذعان على التأمين

أولا: الإذعان في عقود التأمين

عقد التأمين يضرب عادة كأبرز مثال لعقود الإذعان، والأمر المهم الذي يؤدي بإدراج عقد التأمين ضمن فئة هذه العقود أن الموجب يحدد بصورة عامة شروط العقد بإرادة منفردة يدعن لها من يرغب في التأمين، وغالبا ما يلجأ في تحديد تلك الشروط الى استعمال متخصصين، والمؤمن هو الجانب

(1) أنظر علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ب ع ط، الجزائر، 2008، ص 73 و 74.

(2) اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان دليل على الأخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان والقائم على معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده والذي أخذ به المشرع الجزائري.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 149.

القوي ولا يملك المؤمن له إلا أن ينزل عند شروط المؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوعة ومعرضة على الناس كافة وهذه هي أهم خصائص عقد الإذعان.⁽¹⁾

وقطاع التأمين من القطاعات التي تخضع غالبا للاحتكار، وإما أن يكون فعليا أو قانونيا، وحتى لا يتعرض المؤمن له إلى شروط تعسفية من المؤمن جعل المشرع في المادة 622 من ق م ج هذه الشروط باطلة⁽²⁾ حيث نصت على أنه: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

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

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

إذن يعتبر عقد التأمين عقد إذعان بالنسبة للمؤمن له، فهو الطرف الضعيف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يملئها المؤمن، والتي ترد مطبوعة في الوثيقة ومعرضة على الناس كافة، فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول، إلا أن المؤمن له ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما يملكه هو قبول الشروط التي يملئها المؤمن أو رفضها.⁽³⁾

فمنهم من يركز على أنه مشروع اجتماعي يهدف إلى تكوين رصيد بغرض مجابهة خسائر مالية مؤكدة، ومنهم من قال أن التأمين هو شراء الأمن، ذلك أن المستأمن يقوم بنقل عبء أخطار معينة إلى المؤمن الذي يتعهد بتعويض المؤمن له عن كل أو جزء من الخطارة المالية التي يتكبدها.

ولقد استقر الاجتهاد الفقهي منذ زمن على أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد على عقود الإذعان، ويقصد بها العقود التي تتمايز فيها مراكز المتعاقدين، إذ يقتصر دور أحدهما على القبول والتسليم بالشروط التي يضعها الطرف الآخر دون مناقشة أو تعديل.

(1) عامر رحمون عقد الإذعان في الفقه الإسلامي وق م ج، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر 01،

يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2012 2013، ص 125

(2) عامر رحمون، المرجع نفسه، ص 125.

(3) دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقيس، كلية الحقوق 2007 2008، ص

حيث تؤكد محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها أن عقد التأمين هو عقد من عقود الإذعان، لهذا السبب تدخل المشرع صراحة ليعيد التوازن إلى العقد ويوفر حماية حقيقية للطرف الضعيف وهو المؤمن له من الشروط التعسفية أو على الأقل التخفيف من آثارها باعتبارها مخالفة للعدالة.⁽¹⁾

في الواقع يمكننا استثناء حالة من حالات التأمين قد يصعب تطبيق مبدأ الإذعان عليها، وهي في حال كان المؤمن له طرفاً يتمتع بقوة اقتصادية عالية أكبر من القوة الاقتصادية لشركة التأمين أو على ذات الدرجة من تكافؤ القوى، وبالتالي لا يتمكن المؤمن من فرض شروطه على المؤمن له، فصفة الإذعان جوهرها وجود طرف ضعيف يسلم بالشروط الواردة في العقد المعد مسبقاً، لكن في الحالة المذكورة لا يتوافر هذا الاختلال في التوازن العقدي، ومن ذلك أن تطرح إحدى شركات النفط مثلاً عطاءً للتأمين، على أساس أن العطاء سيكون لشركة التأمين التي تقدم أفضل الشروط التعاقدية، وبالتالي شركة النفط لا يمكن وصفها بالطرف الأضعف كونها الطرف المؤمن له، والتي ربما هي من تملّي شروط التعاقد على شركة التأمين.⁽²⁾

. إثبات عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من بين أهم عقود الإذعان نظراً لما يتميز به هذا العقد من خصائص، تميزه عن غيره من العقود الأخرى لذلك خصه المشرع بوسائل خاصة لإثباته بحيث تتماشى مع طبيعته الخاصة، بحيث تمثلت هذه الوسائل في وسيلتين مهمتين، وهما شهادة التأمين ومذكرة التغطية المؤقتة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 08 من قانون التأمين 04/06، وعليه سوف نحاول توضيح ما هو مقصود بكل من وثيقة التأمين وشهادة التغطية من خلال ما يأتي:

أ - وثيقة التأمين: هي عقد التأمين ذاته، وتشمل هذه الأخيرة مجموعة من البيانات، زيادة على توقيع الطرفين، وهي:

1 - اسم الطرفين المتعاقدين وعنوانهم.

(1) غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، ط 1، دار وائل للنشر، الأردن، 2011، 248 و 250.

(2) - حداد حمزة، مدى انطباق مبدأ الإذعان على عقود التأمين، عمان، مؤتمر القضاء والتأمين، 2003، ص 9.

2 - الشيء المؤمن عليه، أو الشخص المؤمن له.

3 - نوع الخطر.

4 - تاريخ إبرام العقد ومدته.

5 - مبلغ الضمان.

6 - مبلغ القسط.⁽¹⁾

ولقد اشترط المشرع أن يكون عقد التأمين مكتوبا، والكتابة هنا تعد وسيلة اشترطها المشرع، لإثبات العقد، فعقد التأمين لا يثبت إلا بالكتابة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 2008 الذي أقر المبدأ القانوني الذي يقضي بأنه يمكن اثبات التزامات طرفي عقد التأمين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة التغطية المؤقتة أو بأي سند مكتوب وقعه المؤمن.⁽²⁾

ب - مذكرة التغطية المؤقتة: وهي وثيقة التأمين دعت إليها حاجة المؤمن له لتغطية المخاطر التي يتوقع حدوثها من جهة ومن جهة أخرى يكون لدى المؤمن الوقت الكافي من أجل دراسة جميع الجوانب والمعطيات المتعلقة بالمخاطر التي يرغب المؤمن له في التأمين منها: وبالتالي فإن مذكرة التغطية تعتبر دليل إثبات مؤقت للعقد النهائي إلى حين تحرير الوثيقة النهائية، حيث نصت المادة 08 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم في فقرتها الأولى: " يمكن إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة التأمين المؤقتة، أو أي سند مكتوب وقعه المؤمن.⁽³⁾

فمن تطبيقات انعدام حرية التعاقد صورة عقد التأمين الإلزامي للسيارات الذي يعتبر إجباريا بمقتضى القانون، وهذا ما سنراه في الفرع الثالث.

(1) المادة 07 من قانون 04 /06 المؤرخ في 20 فيفري، المعدل والمتمم لأمر 07 /95، المتضمن قانون التأمينات، ج ر، ع 15، المؤرخة في 12 مارس 2006.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 435466، المؤرخ في 22 /10 /2008 بين الشركة الجزائرية لتأمين النقل كانت ضد ذوي الحقوق ح ع مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2008، ص 201، 197.

(3) حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 56.

الفرع الثالث: انعدام حرية التعاقد في التأمين الإلزامي على حوادث السيارات

إن القانون الوضعي الحالي بما في ذلك نظام المسؤولية والتعويض يعد من إفرازات ظهور وانتشار التأمين، ولاسيما التأمين الإلزامي للسيارات التي تضاعفت أهميته بتضاعف عدد السيارات المتزايد وما يواكبه من حوادث مرور أليمة، أرغمت المشرع على التدخل لحماية الأفراد وممتلكاتهم من الأضرار، أرغمت المشرع على التدخل لحماية الأفراد وممتلكاتهم من الأضرار التي تلحقهم بفعل مخاطر السيارات، وذلك بالرغم من الجهود المبذولة في مختلف الميادين، كالإصلاحات المتواصلة لشبكات الطرق بصدد صناعة السيارات، حماية للمارة والتشدد الصارم أكثر فأكثر مع السائقين.⁽¹⁾

التأمين الإلزامي في تطور مستمر وفي امتداد إلى كل مجال من مجالات النشاط الإنساني؛ ومن أبرز صوره التأمين ضد حوادث السيارات، وذلك نظرا لكثرة انتشار المركبات بمختلف أنواعها وبالمقابل أصبحت تهدد حياة الإنسان.

يعتبر التأمين الإلزامي على السيارات من أبرز الأمثلة في عقد التأمين من المسؤولية، إذ يعرف الفقه تأمين المسؤولية بأنه: "عقد يهدف إلى ضمان المؤمن له، ضد الرجوع الذي يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصابهم من ضرر يسأل عنها، فهو يستهدف تأمين المؤمن له ضد الديون التي قد تشغل ذمته بسبب تحقق مسؤوليته"

تجسد التدخل التشريعي في عقد التأمين من خلال الأمر 74.15 المؤرخ في 30 جانفي 1974،⁽²⁾ المعدل والمتمم بالقانون 88.31، المتعلق بالتأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، فنصت المادة الأولى على أنه: "كل مالك مركبة ملزم بالاكتمال في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير، وذلك قبل اطلاقها للسير".⁽³⁾

وفي تعريف آخر للتأمين على السيارات أنه: "ضمان لمالك السيارة أو من تقع تحت حراسته من رجوع الغير عليه بالتعويض، ويعتبر هذا الموضوع حديث في نطاق الدراسات القانونية، ذلك أن

(1) سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 194.

(2) الأمر 74.15 مؤرخ في 6 محرم 1394 الموافق ل 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث المرور، ج ر، ع 15، لسنة 1974.

(3) القانون 88.31 المؤرخ في 5 ذو الحجة 1408 الموافق ل 19 جويلية 1988 المعدل والمتمم للأمر 74.15، ج ر، ع 29، سنة 1988.

العديد من الدول لا تأخذ به ومنها تجعله تأميناً اختيارياً على عكس المشرع الجزائري الذي جعله إجبارياً وأحاطه بمجموعة من الضمانات لحماية ضحايا حوادث المرور.⁽¹⁾

الأصل أن الشخص حر في التأمين أو عدم التأمين على المخاطر إلا ما هو إجباري بمقتضى القانون كالتأمين الإلزامي على السيارات، ويحق للشخص كذلك أن يؤمن على كل مصلحة قصد المحافظة عليها من وقوع أي نوع من الأخطار وقد أقر المشرع هذا المبدأ بمقتضى أحكام ق م وكذلك بموجب أحكام ق التأمين، فنصت المادة 621 ق م ج بأن تكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين، وتوجد كذلك مخاطر غير قابلة للتأمين لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، مثلاً لا يجوز التأمين ضد مخاطر التهريب والإتجار بالأشياء المحضورة والمخالفة للنظام العام والآداب العامة، وتستبعد أيضاً التأمينات الفردية ضد حوادث السيارات، ومعنى هذا أنه لا يطبق تأمين التصادم إذا لم يكن هناك اصطدام مع سيارة أو مع حيوان أو مع أحد المارة، وخاصة بالنسبة للأضرار الحاصلة نتيجة المناورة من أجل اجتناب التصادم، بصفة عامة التأمين يضمن كل الأضرار الناتجة عن التصادم.⁽²⁾

من حيث التعويض: في المادة 08 من الأمر 74 . 15 والتي يستخلص من نصها أنه من أجل الحصول على التعويض يكفي إثبات الضرر الجسماني⁽³⁾

يقوم الحق في التعويض بدور أساسي في انتشار وتطور تأمين السيارات وتوسع نطاقه، فهذا التطور جاء في الواقع ليوسع من دائرة ذوي الحقوق ويقر بظهور أضرار جديدة قابلة للتعويض محوراً الأشخاص الطبيعيين من جهة والأشخاص المعنوية من جهة أخرى، بصفتهم الغير مكلفون بالدفع، خصوصاً بعد حصولهم على تعويضات عن الأداءات التكميلية الممنوحة لمستخدميهم الضحايا. فأصبح من حق الضحية الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الجسماني الذي لحقه في شكل ريع

(1) معراج جديدي، المرجع السابق، ص 110.

(2) د/ راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمينات الجزائرية، د م ج، الجزائر، 1992، ص 193.

(3) نص المادة 8 من الأمر 74 . 15: كل حادث سير سبب أضراراً جسمانية يترتب عليه التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها وإن لم تكن للضحية صفة الغير تجاه الشخص المسؤول مدنياً عن الحادث ويشمل هذا التعويض وكذلك المكتب في التأمين ومالك المركبة، ومسبب الحادث ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 13 بعده.

معلوم *une rente indexée* وأن القضاء أقر في العديد من أحكامه، بوجود علاقة سببية كافية بين الحادث والضرر المثار لتعويض الأضرار المادية من ذلك الحكم الصادر بتاريخ 09 جويلية 1981 الذي قضى بأحقية مالك السيارة المتضررة في المطالبة بتعويض ما لحق السيارة من ضرر حتى ولو كان مبلغ التعويض يفوق قيمة السيارة.⁽¹⁾

ثانيا: حدود تدخل المشرع في التأمين الإلزامي على حوادث السيارات

يختلف تأمين الإلزامي على حوادث المركبات عن عقود التأمين الأخرى، في أن المشرع أجبر كل مقتني مركبة باكتتاب هذا التأمين، كما لم يترك المشرع الحرية للمتعاقدين في تحديد اغلب التزامات هذا العقد، فالأمر 74-15 والمراسيم الملحقة به، تحدد جل التزامات الطرفين، خاصة مقدار التعويض ونوعه والأشخاص المشمولين به، فمقدار التعويض يحدد حسب جدول ملحق بالأمر، حيث تنص المادة 16 من الأمر " تحدد التعويضات الممنوحة بالتراضي أو قضائيا في إطار حوادث المرور الجسمانية على أساس الجدول الملحق بالقانون.²

حيث بالرجوع للملحق نجده يحتسب مقدار التعويضات عن العجز المؤقت والعجز الدائم الجزئي أو الكلي، على أساس الأجر أو الدخل المهني للمضرور، وان لم يتم إثبات الدخل يحتسب على أساس الأجر الوطني، ولكن من يقدم تأهيلا مهنيا أو شهادة تمكنه من إثبات منصب معين يحتسب التعويض على أساس الحد الأدنى للأجر الأساسي لهذا المنصب، كما وضح الملحق طريقة التعويض عن الضرر الجمالي، ضرر التألم والضرر المعنوي، كما وضح المشرع بدقة طريقة احتساب ضرر الوفاة وكل من له الحق في الحصول عليه، من الورثة أو من هم تحت الكفالة.

كما حدد المشرع مختلف الاستثناءات من الضمان ومقدار التعويض في حالة تسبب السائق بخطئه في الحادث، مع عدم حرمان ذوي حقوقه في حالة الوفاة، وهذا ما درجت عليه المحكمة العليا في

(1) د سعيد مقدم، المرجع السابق 196 و 197.

(2) الحاج أحمد باباعمي، أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات، دراسة على ضوء قوانين التأمين الجزائرية، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، ع 5 ص 14.

اجتهاداتها، إذ في قرار رقم 196300 لسنة 1999 قررت ما يلي¹ من المقرر قانوناً أنه يسقط الحق في الضمان:

1- على السائق الذي يحكم عليه في وقت الحادث بقيادة مركبة وهو في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو المخدرات أو منومات محظورة.

2- ومع ذلك لا يحتج بسقوط هذه الحقوق على المصابين أو ذوي حقوقهم ومن ثم فإن مطالبة الطاعن عن الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي بإسقاط حق الضمان لتعويض الضحايا بسبب السياقة في حالة سكر يعد خرقاً للقانون ومتى كان ذلك استوجب الرفض¹. كما وفصل المرسوم 80-34 الصادر 16 فيفري 1986 من خلال المادة 3 والمادة 5 مختلف الاستثناءات وسقوط الحق في الضمان، كتعمد إحداث الضرر، أو انعدام وثائق سارية المفعول، أو انعدام السن القانونية للسيارة، وكذلك لا يمكن للمؤمن التمسك ضد المضرور بالدفع التي يمكن إثارتها ضد المؤمن له، وإمعاناً في الحماية في حالة سقوط الضمان أقر المشرع بحق المضرور في التعويض من طرف صندوق التعويض عن حوادث المرور⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التدخل التشريعي والقضائي للحد من الشروط التعسفية في عقد التأمين

إن الحديث عن مفهوم الشروط التعسفية يقودنا إلى ذكر وتحديد التعريفات القانونية المختلفة التي خصت الشروط التعسفية، ففي الحياة الإقتصادية التي أصبحت تعرف فيه الشروط التعسفية رواجاً واسعاً يستعمله الأقوياء لفرض سيطرتهم على الضعفاء من أجل تحقيق مصالحهم الإقتصادية أصبح من الضروري البحث عن حلول قانونية تمكن من التصدي لهذه الظاهرة بحيث يتم من خلالها إعداد طرق لمواجهة الشروط التعسفية، وهو ما سنشمله بالدراسة في الفرعين المواليين.

(1) - الحاج أحمد باباعمي، المرجع نفسه، ص 15.

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي

يعتبر الشرط التعسفي أهم ما يثقل التزام المستهلك، فهي تبدو شروط اعتيادية وفقا للقواعد العامة لا تنال من سلامة الرضا، لكن في حقيقتها هي شروط يذعن بها الطرف الضعيف في العقد، فسنقوم في هذا الفرع بتعريف الشرط التعسفي وتوضيح عناصره.

أولا: تعريف الشرط التعسفي

لتحديد الشرط التعسفي لا بد من التطرق إلى تعريفه من الناحية الفقهية وكذا من الناحية التشريعية.

1. **التعريف الفقهي للشرط التعسفي:** لقد ذهب بعض الفقهاء من الفقه الغربي في تعريفهم للشرط التعسفي بأنه: "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذه الأخيرة ميزة فاحشة من الطرف الآخر"، فتعريفه إذا شيء غير محدد ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها: الشروط الجزائية وشروط إسناد الاختصاص، ومنه يبدو واضحا الصعوبة التي وجدها الفقهاء في هذا التعريف.⁽¹⁾

كما نجد اتجاهها آخر من الفقه الغربي معرف الشرط التعسفي على أنه: "في عقد مبرم بين مهني ومستهلك محرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني يعتبر شرطا تعسفيا كل شرط بالنظر للميزة القاصرة على المهني يؤدي إلى عدم توازن في حقوق والتزامات الأطراف". وعلى غرار الفقه الغربي نجد من الفقه العربي وخاصة الجزائري أعطى تعريف للشرط التعسفي بأنه:

"ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك والذي إلى إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضيه به العدالة".⁽²⁾

يلاحظ على هذا التعريف أنه متأثر بنص المادة 110 ق م ج، إذ أن هذه المادة قررت أن القاضي في تقديره الطابع التعسفي للشرط يقوم بذلك وفقا لما تقتضيه به العدالة.

(1) سي طيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك. دراسة مقارنة. مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 2008، ص 96.

(2) محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود. دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة بلعباس، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص 77.

وعرف جانب آخر من الفقه العربي الشرط التعسفي بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جرار هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة وموضوع العقد أم كانت أثر من آثاره".⁽¹⁾

ويفهم من هذا التعريف أن الفقه تبنى معيارين لمفهوم الشرط التعسفي، معيار الميزة الفاحشة والذي هو نفسه هو معيار الاختلال الظاهر بالتوازن.

- الطريقة التي يفرض بها الشرط التعسفي ليست لها أية أهمية فالشرط يعتبر تعسفيا إذا تحققت شروطه سواء كان مكتوبا أو ملفوظا.

- يرجع سبب فرض السبب التعسفي إلى اختلال في المراكز التعاقدية نتيجة تعسف أحد المتعاقدين على الآخر في استعمال تفوقه، ولا يهم طبيعة هذا التفوق سواء كان اقتصاديا أو فنيا أو قانونيا أو ثقافيا أو اجتماعيا، أو غير ذلك مما يؤثر على حقوق والتزامات أطراف العقد.

2- التعريف التشريعي للشرط التعسفي: إن من بين الدول الأوروبية التي اهتمت بحمايتها للمستهلك، نجد ألمانيا التي كانت سباقة بإصدارها لقانون المتعلق بالشروط العامة للعقود بتاريخ 09.12.1976، والذي بدأ العمل به في 01 أفريل 1977، حيث تبنى فيه المشرع الألماني للنظام التشريعي واضعا قائمة خاصة بالشروط الباطلة معترفا في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير هذه الشروط والحكم بطلانها، هذه الشروط والتي تخل بالتوازن العقدي، والتي عرفتها المادة 01 من القانون السالف الذكر: "بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوص، دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه".⁽²⁾

(1) أحمد مجد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك - إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1994، ص 215.

(2) مجد بودالي، المرجع السابق، ص 18.

وعلى ذلك فإن الحماية من الشروط التعسفية لا تقتصر على فئة المستهلكين، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان فقط، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام المستهلك عن طريق لفت انتباه إليها صراحة، أي من خلال عرضها بطريقة مرئية في المحل أو في مكان إبرام العقد.

كما نجد من ضمن الدول الأوروبية التي بادرت بحمايتها المستهلك فرنسا في تشريعها معرفاً للشرط التعسفي في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، والمتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات، حيث تنص بأنه: " في العقود المبرمة بين مهنيين أو مستهلكين، يمكن أن تكون محرمة، محددة، أو منظمة..... الشروط المتعلقة ب..... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير مهنيين أو مستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"

يستخلص من هذا النص أن المشرع الفرنسي فقد أثار مسألة تعريف الشرط التعسفي، حيث كان الاتجاه يتمثل قبل صدور هذا القانون وترك تحديد التعريف للقضاء، لكن هذا الخيار قد استبعده لأنه كان يستلزم عدة سنين لأجل أن تأخذ محكمة النقض موقفاً إزاء كل شرط أو نموذج من الشروط.⁽¹⁾ كما نجد وبخصوص ذكر القانون الفرنسي 1978، المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 03.24.1978 الصادر بالتطبيق للقانون السالف الذكر، وفي مادته 01 والتي ألغيت من طرف مجلس الدولة الفرنسي 03 ديسمبر 1980 بسبب تجاوز الحكومة لسلطتها وذلك لتحريمها الشروط الواردة بتعريف إلا حالة معتبرا مجلس الدولة أن ذلك ليس من اختصاص الحكومة، اعتبرت المادة الأولى من المرسوم 03.24.1978 شرطا تعسفيا " الشرط الذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه".

كما نصت المادة 02 من نفس المرسوم السالف الذكر " يعتبر تعسفيا الشرط الذي من شأنه إعفاء أو إنقاص من التعويض، كأن يرد في العقد أنه في حالة إعادة النسخ مرة أخرى لا يستفيد المشتري الثاني من الضمان، ومن قراءتنا لنص هذه المادة نرى بأن المشرع الفرنسي اعتبر الشرط

(1) أحمد مجد الرفاعي، المرجع السابق، ص 213.

الذي يرد في عقد البيع والذي يضع قيود زمنية على الضمان القانوني اعتبره تعسفيا، أما إذا تضمنه عقد آخر غير عقد البيع كعقد المقاولة مثلا فلا يعد شرطا تعسفيا".⁽¹⁾

وعليه من خلال ما جاء به التشريع الفرنسي من قوانين لحماية المستهلك أجمعت على أن الشرط التعسفي يكون مدرجا في عقد مبرم بين مهني ومستهلك أو غير مهني (عقد استهلاك) وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الألماني، من خلال ما ذكرناه سابقا وما انتهجه المشرع الجزائري الذي سنتناوله في ما يلي:

ما يجب ملاحظته أن المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات، لم يأتي بتعريف للشرط التعسفي في القانون المدني، بل جاء ذلك بمناسبة إصدار القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات على الممارسات التجارية المطبقة في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة التي تكفل فيها بتحديد المفاهيم الواردة بهذا القانون بقوله في الشرط التعسفي: " 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".⁽²⁾ يتبين لنا من هذا التعريف أن المشرع الجزائري وضح أثر الشرط التعسفي على العلاقة التعاقدية، وهو حدوث اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطرافه، دون أن يأتي بما يفيد في تحديد معيار عدم التوازن الظاهر.

وهكذا تجنب المشرع الجزائري الجدل الدائر في القانون الفرنسي الذي فضل واضعوه عدم وضع تعريف محدد للشرط التعسفي، وانضم بالتالي إلى طائفة التشريعات التي نظمت الحماية ضد الشروط التعسفية، مع التعريف بالشرط التعسفي. وإن كان من هذه الطائفة الأخيرة من وسع أحيانا من مفهوم الشرط التعسفي مثل القانون الألماني والذي يستدل فيه التعسف من خلال غياب حسن النية. وفي قانون مقاطعة Québec نصت المادة 1437 من ق م على أنه يعتبر تعسفيا: "كل شرط في غير صالح المستهلك أو الطرف المدعن بصفة مفرطة وغير معقولة... وبوجه خاص يكون تعسفيا

⁽¹⁾ أنظر الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف باريس (cassation civil) (06 juin 1990 N 115 P 104)

مجلة البحوث القانونية والسياسية، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات القانونية والسياسية، جامعة الدكتور مولاي طاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيده، ع 2، سنة 2014.

⁽²⁾ القانون 02.04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر في 23 يونيو 2004، ج ر، ع 41.

الشرط الذي يؤدي إلى التباعد بين الالتزامات الرئيسية الناشئة عن القواعد التي تحكم العقد بشكل عادي، ويؤدي إلى تغيير طبيعته.⁽¹⁾

هذا، وقد اعتبر المشرع الفرنسي كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، شرطا تعسفيا ومن ثم يقع باطلا، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون وهي الالتزامات الواردة بالمواد 11، 7، 6، 5، 3، 4، من القانون (المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 والتي نصت على بطلان ذلك)، ويعتبر كذلك شرطا تعسفيا أي شرط ينتقص من حقوق المستهلك الواردة بذات القانون.⁽²⁾

3- التعريف القضائي للشرط التعسفي: تعريف الشرط التعسفي لدى القضاء يظهر من خلال تطبيق القوانين الخاصة به ويتبين جليا من خلال النقص الفرنسي ومن خلال محكمة النقض الفرنسية التي تعتبر من الوقت التي يرم فيه عقد بين مهني ومستهلك، ويمثل هذا العقد ولو جزئيا خاصية البيع فإنه يخضع للمادة الثانية من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرما باعتباره تعسفيا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، والشرط الذي من شأنه محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت.

إذن فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي تبناه المشرع للشرط التعسفي، وقالت أن الشرط يعتبر تعسفيا " إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام لحسن النية العقدي، هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين العميل والبنك".⁽³⁾

غير أن المشرع الجزائري أعطى الحق للقاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط وذلك من خلال المادة 110 من ق م التي تنص: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقا لما تقضي به

(1) د/ بودالي مجاهد، المرجع السابق، ص 79.

(2) محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 49.

(3) أحمد مجاهد الرفاعي، المرجع السابق، ص 215.

العدالة...⁽¹⁾ ومن خلال هذه التعريفات التي مرت بنا ومواقف القضاء لا يتضح لنا المفهوم الدقيق للشرط التعسفي، إلا من خلال تحديد العناصر المكونة له وهذا ما سنراه

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي

كما سبق ذكره فإن المشرع الفرنسي كان يعتمد في قانون 1978 على معيارين للشرط التعسفي وهما النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة، وبعد التعديل أصبح يعتمد على معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 03 من قانون 02.04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

1. معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

تولى المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي في القانون رقم 02.04 لسنة 2004 المتعلق بالممارسات التجارية.

وانطلاقا من التعريف السابق الذكر نحاول بيان معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لفرض الشرط التعسفي معتمدين في ذلك على ما أورده المشرع الفرنسي بهذا الشأن في قانون الاستهلاك لسنة 1995، والتوجيه الأوروبي لسنة 1993 والسبب في ذلك أن المشرع الجزائري أتى موافقا إلى حد كبير للتعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 132.1.

أما ما اختلف فيه المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي فقد اتفق فيه مع التوجيه الأوروبي، ووجه الاختلاف بين المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي يكمن في المجال الشخصي لتطبيق كلا القانونين، بينما يحدد المشرع الفرنسي أشخاص الحماية بغير المحترفين والمستهلكين بقوله " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط...."، يتجه المشرع الجزائري إلى حصر هذه الحماية على المستهلك فقط، بدليل الهدف الذي أعلن عنه في المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية بقوله " يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه،

(1) المادة 110 من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

ثم لما تولى هذا القانون تعريف بعض المصطلحات اتجه في تعريف المستهلك للأخذ بالمفهوم الضيق له، ولم يورد إطلاقاً على عكس المشرع الفرنسي طائفة غير المحترفين في هذا القانون، بنص المادة الثالثة في الفقرة الثانية التي جاء فيها "ال مستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".⁽¹⁾

ووجه آخر يفترق فيه المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي، هو أن المشرع الجزائري اعتبر أن الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين، وتكون محررة مسبقاً، ويدعن لها المستهلك، أي أن مجال الحماية يتحدد بدائرة عقود الإذعان فقط.

وهذا هو أيضاً موقف التوجه الأوروبي في المادة 1/3 التي نصت على: "ال شرط في العقد الذي لم يكن محلاً للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفاً عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويحدث أضرار بالمستهلك وعدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد". وفي هذا كله يختلف موقف المشرع الفرنسي، إذ أنه لم يحصر دائرة الشروط التعسفية بدائرة من العقود بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو عقود مساومة.

والمشرع الفرنسي أتى بهذا المعيار الجديد، من أجل أن يكون موافقاً لما جاء به التوجيه الأوروبي في المادة 1/3 السابقة، ومتخلياً به في ذات الموقف عن معايير الشرط التعسفي المعتمدة في المادة 35 من قانون 1978، والمادة 1/132 من قانون الاستهلاك لسنة 1993.⁽²⁾

2- معيار الميزة المفرطة:

عرف المشرع الفرنسي التعسف من خلال النتيجة التي يحصل عليها المحترف، فالشرط لا يعتبر تعسفياً إلا إذا منح هذا الأخير ميزة مفرطة لصالح المهني.⁽³⁾

وقد يظهر أن هذا المعيار الثاني يعتبر كنتيجة للمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي: "حاصل استخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، ويعتبر مرتبطاً بعلاقة سببية". لكن هذا المعيار أثار عدة

(1) أحمد رباحي أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع 5، ص 359.

(2) أحمد رباحي، المرجع السابق، ص 360.

(3) بودالي محمد، المرجع السابق، ص 94.

إشكالات قانونية وعملية، فانتقده الفقه لغموضه وعدم تحديده للكمية، وكذا طبيعة هذه الميزة فيما إذا كانت ذات طابع مالي أو أكثر من ذلك؟، إضافة إلى كيفية تقدير الميزة المفرطة هل ينظر بموجبه للشرط منعزلا أم أنه يجب النظر إلى مجموع العقد؟

فبالنسبة لتحديد كمية الميزة الفاحشة فإن المشرع الفرنسي لم يحدد رقما معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا في إبطال العقود غذا بلغ حدا معيناً، فهذا المعيار غير محدد برقم معين، وهذا ما دفع بالبعض إلى اعتبار نص المادة 35 لا تعدو أن تكون مجرد حشو لا معنى له إذ أن الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقاً.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون المقدم من الحكومة كان ينص على عدم التوازن الظاهر، غير أنه تم استبعاده لاختلاطه بفكرة الغبن، وتم الاحتفاظ آنذاك بمعيار الميزة المفرطة، حيث تقترب من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين.

غير أن هناك اختلاف بين الفكرتين ويتمثل في محل التعسف، فالغبن ينصب على الثمن، أما التعسف في الشروط فينصب على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد.⁽²⁾

أما عن طبيعة الميزة الفاحشة فهناك من يعتبر أنها ذات طابع مالي إذا ما تعلق الشرط المعني بمبلغ من الثمن أو طريقة دفعه، وتكون ذات طابع غير مالي إذا تعلقت بجوهر الشيء أو التسليم أو عبء المخاطر... الخ، وعليه فإن الميزة الفاحشة ليست بالضرورة ذات طابع مالي،⁽³⁾ وفيما يخص الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة الفاحشة، فيما إذا كان ينظر إلى جميع الشروط التعسفية أم لكل شرط على حدة.

فالراجح هو عدم التسرع في تقدير الشرط، ومن ثم يستحسن النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن الشرط إذا نظر إليه بصفة منفردة قد يبدو تعسفياً، لكن قد يكون

(1) سي طيب مُجد الأمين، المرجع السابق، ص 114 115.

(2) بودالي مُجد، المرجع السابق، ص 94.

(3) سي طيب مُجد الأمين، المرجع نفسه، ص 116.

هناك ما يبرره إذا تم النظر إليه من خلال جملة الشروط المدرجة في العقد، ومثال ذلك شرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.⁽¹⁾ وقد تدارك المشرع الفرنسي النقص في نص المادة 132-1 / 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فبموجب هذه المادة يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، إضافة إلى الشروط الأخرى للعقد.

كما يقدر بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيهما أحدهما على قانون الآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقتزن بالبيع، وقد سار المشرع الجزائري في نفس الاتجاه حيث ذهب إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه كذلك وهو منفرد، بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، بمعنى ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد.⁽²⁾

وبالتالي نستنتج مما سبق بأن الميزة الفاحشة هي مقابل مفرط فيه مفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة أو مخالفة للقانون.⁽³⁾

هذان هما المعياران اللذان وضعهما المشرع الفرنسي في قانون 10 جانفي 1978 السالف الذكر، لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا وهما معياران مرتبطان ببعضهما ارتباطا بالسبب بالنتيجة، ويمكن من خلالهما إعادة التوازن للمضمون العقدي.

غير أن المشرع الفرنسي تبنى معيارا جديدا بموجب قانون الاستهلاك لسنة 1995 وقد سايره المشرع الجزائري في ذلك.

3 - معيار الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات:

نظرا للانتقادات التي وجهت للمعيارين السابقين ظهرت توجيهات تنادي باعتماد معيار آخر لتحديد الشرط التعسفي، وهو ما جعل واضعي التعليمات الأوروبية لسنة 1993 يقررون معيارا آخر للشرط

(1) بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 95.

(2) المادة 3 / 5 من القانون 04.02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

(3) سي طيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص 117.

التعسفي، وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي بموجب قانون 01 فيفري 1995.

غير أن هناك من الفقه الفرنسي من يرى أن شيئاً لم يتغير من حيث الموضوع، أي أن المعيار الجديد ليس سوى ترديداً لمعيار الميزة الفاحشة، وهو ما أدى بالكثير من الشراح إلى التقليل من أهمية التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي في 1995.

وفي كل الأحوال فإن المعيار المعتمد على المستوى الأوروبي لتحديد الشرط التعسفي هو الإخلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد، ولا شك أنه معيار قانوني موضوعي، لا يعتمد على رقم معين يحسب به عدم التوازن، كما هو الحال بالنسبة للغبن وهو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 3/ 5 من قانون 04- 02 "الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".⁽¹⁾

ولما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرد ترديد لمعيار الميزة الفاحشة، فإن ما سبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق على هذا المعيار، بالإضافة إلى أن الإشكال الذي طرحه معيار الميزة المفرطة بشأن اقترابه من فكرة الغبن هو أيضاً طرحه معيار الإخلال الظاهر بالتوازن إذ أن هذا الأخير لا يعدو بدوره أن يكون مجرد تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة.

غير أن المشرع الفرنسي وحرصاً منه على حل الإشكال الأخير أضاف الفقرة 07 للمادة 132. 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي جاء فيها بأن تقدير الشرط التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو ما يعتبر تأكيداً من المشرع على أن الهدف من المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد، وليس ضمان التعاقد الكلي بين الأداءات المتقابلة.⁽²⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 146 147.

(2) سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص 118.

والمشرع الجزائري سكت عن هذه الحالة، وهو ما يؤدي بنا إلى القول أن هذا المعيار قريب من فكرة الغبن في القانون الجزائري.⁽¹⁾

كما يرى البعض بأن المشرع في الأساس تناول مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة محتشمة واكتفى بعبارات عامة في نص المادة 5/3 حين تناول مفهوم الشرط التعسفي، فيفهم من المادة أن التقدير لا يتم بصورة منعزلة، وإنما في إطار مجموع الشروط والبنود التي يتضمنها العقد، وهو ما يعاب على المشرع، إذ ما الفائدة من أن يضع تعريفا للشرط التعسفي دون أن يبين كيفية تقديره، وهو ما يؤدي إلى تعدد المفاهيم وتضارب الأحكام، الأمر الذي لا يخدم مصلحة أطراف العقد، لا سيما الطرف الضعيف، ولا يمكن القول بأن المشرع اكتفى بقواعد تفسير العقود المذكورة في القانون المدني المادتان (111 و 112) ذلك أن لموضوع الشروط التعسفية خصوصياته المميزة التي تتطلب إفراده بقواعد خاصة يزيل كل غموض يكتنفه.⁽²⁾

ثالثا: تطبيق الشروط التعسفية في وثيقة التأمين:

عقد التأمين هو عقد يبرم بين شركة التأمين الملزمة بتقديم خدمة التأمين وبين شخص يحمل وصف المستهلك أو غير المهني الذي يتعاقد بهدف الحصول على خدمة التأمين، ويعتبر عقد التأمين النموذج الحي لعقود الإذعان، فشركة التأمين تضع شروطها بطريقة منفردة، دون الدخول في مفاوضات مع الزبون، وهذا ما يجعل منه مجالا خصبا للشروط التعسفية. فبالإضافة إلى الحماية العامة التي قررها المشرع للطرف المدعن في عقد الإذعان بموجب المادتين 110 و 112 من ق م والتي سبق التطرق إليها فقد خص المشرع هذا الطرف (المؤمن له) في عقد التأمين بحماية خاصة.

فقد نصت المادة 622 ق م ج تقابلها المادة 750 ق م المصري على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين وهي:

. الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. ويرجع السبب في هذا البطلان أن غالبية حوادث السيارات

(1) سي الطيب نُجْد الأمين، المرجع نفسه، ص 119.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 148.

مثلا تنجم عن مخالفة القوانين أو النظم (اللوائح). كما أنه من المسلم به هو جواز مسائلة المؤمن عن الخطر إذا وقع بالخطأ غير العمدي للمؤمن له أو نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وعدم جواز مسائلته عما يقع من المؤمن له عمدا أو غشا، ولو تم الاتفاق على خلاف ذلك.

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. ونظرا لانتشار ادراج هذا الشرط في وثيقة التأمين حاول المشرع تقييده عن طريق اعتباره باطلا إذا تبين أن التأخر كان راجعا إلى عذر مقبول، وتجدد الإشارة إلى أن هذا النص يقتصر على حالة التأخير في التبليغ عن الحادث، ولا يسري على حالة عدم القيام بالإخطار مطلقا، وعليه يظل شرط السقوط في هذه الحالة صحيحا.

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، ويقتضي ذلك أن يطبع مثلا بحروف مغايرة وكبيرة إذا ورد في الشروط المطبوعة، أو بوضع خط تحته، أو أن تكون مطبوعة بالأحمر.

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة من بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.⁽¹⁾

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

نستنتج من كل ما سبق أن مضمون المادة 622 من ق م يمكن أن يسمح بالحفاظ على توازن العقد، وذلك عن طريق إلزام المؤمن بإبراز الشروط التي تمس بالتزامات المؤمن أو بحقوق المؤمن له الجوهرية، وهناك من اعتبر النص السالف بمثابة قائمة سوداء محددة للشروط التعسفية، والتي افترض القانون فيها افتراضا لا يقبل إثبات العكس.

الفرع الثاني: طرق مواجهة الشروط التعسفية

تضمنت القواعد المعاصرة لحماية المستهلك العديد من طرق الرقابة على شروط العقد، فبالرجوع على القانون المقارن يمكن القول أنه توجد ثلاثة أساليب لمواجهة الشروط التعسفية هي: الأسلوب

(1) بودالي نجاد، المرجع السابق، ص 76. سي طيب نجاد الأمين، المرجع السابق، ص 83 84.

التشريعي، الأسلوب التنظيمي، والأسلوب القضائي، وقد اتلفت التشريعات في تبني أي واحد أو أكثر من هذه الأساليب.

أولاً: الرقابة التشريعية على الشروط التعسفية

يقصد بهذا الأسلوب من الرقابة هو أن يتدخل المشرع ويعد قائمة بالشروط التعسفية⁽¹⁾، وهو الأسلوب الذي انتهجه المشرع الألماني كأصل عام، حيث وضع قائمتين بالشروط التعسفية الأولى سوداء تضم ثمانية أنواع من الشروط التي تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية وهي تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي، ويقع على المحترف عبء إثبات أنها لا تحقق له أية ميزة مفرطة. ولم يتبع المشرع الفرنسي هذا المنهج بمناسبة تعديله لقانون الاستهلاك في 1995 وفضل اتباع منهج التعلية الأوروبية، حيث ألحق بقانون الاستهلاك قائمة بالشروط التعسفية⁽²⁾ بموجب نص المادة 1.132/3 التي أوردت لائحتين الأولى لائحة سوداء تتضمن ثمانية عشر شرطاً تعد تعسفية بطبيعتها وفي حد ذاتها، والثانية لائحة رمادية من ستة عشر شرطاً يفترض فيها وصف التعسف، وإذا ما تضمن العقد شرطاً من الشروط التعسفية الواردة في القائمة السوداء فإن هذا الشرط يعتبر في جميع الأحوال كأن لم يكتب. أما القائمة الرمادية وباعتبارها تشمل شروطاً يفترض فيها وصف التعسف مع التحفظ لإمكان قيام المحترف بإثبات عكس ذلك باعتبار أنها لم تعطه بشكل عام أية ميزة استثنائية مبالغ فيها.

ومن الشروط التي تتضمنها اللائحة السوداء تلك الشروط التي يكون موضوعها إعفاء المحترف من مسؤوليته أو التخفيف منها في حالة عدم تنفيذ التزاماته كلياً أو في حالة التأخر في القيام بذلك، كما يدخل ضمنها شرط الإعفاء من المسؤولية أو الضمان سواء تعلقت بعقد من عقود البيع. أما اللائحة الرمادية فتشمل مجموعة من الشروط التي يتم الاتفاق عليها من قبل المتعاقدين والتي لا تحترم توصيات لجنة الشروط التعسفية.

(1) سي طيب مجد الأمين، المرجع السابق، ص 120.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 169 170.

وتعد هذه القائمة قائمة بيانية لا حصرية لأنها تسمح بتوجيه المحترفين والقضاة، لكن ليس لها قوة ملزمة على أساس أنه يمكن اعتبار شرط ما وارد فيها غير تعسفي . كحالة خاصة كما يمكن الحكم على شرط ما أنه تعسفي على الرغم من أن القائمة لم تتضمنه، ويعود سبب ذلك أن المعيار المتبع لتحديد الطابع التعسفي للشرط هو عدم التوازن الظاهر وليس هو تواجد الشرط ضمن القائمة.⁽¹⁾

أما عن المشرع الجزائري فقد اقتدى بالمشرع الفرنسي وقام بإيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون 04.02 السالف الذكر بقولها: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد ب اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

ويلاحظ من هذا النص أن المشرع قد قصر الحماية من الشروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المستهلك المهني، مخالفًا بذلك ما جاء به في النصوص السابقة من نفس القانون والتي كان يذهب فيها إلى بسط الحماية من الشروط التعسفية حتى إلى المحترفين.

(1) شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 170.

كما يستشف من الفقرة الأولى من نص المادة السابقة أن هذه القائمة وردت على سبيل المثال لا الحصر بدليل العبارة " لا سيما "، حيث وفرت حماية فعالة للمستهلك وواسعة النطاق، فيمكن للقضاء أن يعتبر شرطاً معيناً من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكره ضمن القائمة الواردة في المادة 29.(1)

ويمكن القول بأن المشرع الجزائري قد اتبع المنهج الألماني من خلال وضعه لقائمة سوداء تتضمن ثمانية أنواع من الشروط التعسفية لكن دون أن تكون حصرية ولعل المشرع قصد بذلك تجنب تحكم القضاء، حتى وإن كان ذلك يؤدي تضيق نطاق الحماية من حيث الأشخاص. ومن جهة أخرى فإن المشرع قد أورد بذات القانون تعريفاً للشرط التعسفي وهذا إلى جانب القائمة السوداء، الأمر الذي يسمح للقضاء ببسط سلطته على تلك الشروط التي لم ترد بنص المادة 29 وهذا كله تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع.(2)

ثانياً: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

اعتمدت الولايات المتحدة الأمريكية هذا النمط من الرقابة على الشروط التعسفية، حيث تنص المادة 302/2 من مدونة قانون التجارة الموحد على ما يلي: " 1. إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية منافياً للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد، أو تنفيذ باقي بنوده ما عدا ما هو مناف للضمير وذلك لتفادي الآثار المجحفة 2 عندما يدعي أو يتضح للمحكمة أن العقد أو أحد بنوده مناف للضمير، فإن المحكمة تمنح أطراف العقد فرصة معقولة لتقديم الدليل حول ملائمة التجارية، غرضه وآثاره، وذلك لإعانة المحكمة لاتخاذ قرارها" وعليه يتبين أن النص قد منح للقاضي سلطة واسعة، فله الحق في رفض تنفيذ العقد أو الشرط كما له الحق لتعديل مضمونها لرفع الإجحاف، عن الطرف الضعيف، غير أن القاضي لا يمكنه التدخل إلا إذا رفع أحد المتعاقدين دعوى بذلك، أو ظهر للقاضي أن العقد أو الشرط مناف للضمير وقت إبرام العقد، وفي بحثه هذا يستعين بالملائمة التجارية من حيث الغرض والآثار.

(1) بودالي مجّد، المرجع السابق، ص 98.

(2) بودالي مجّد، المرجع نفسه، ص 99.

ويلاحظ على المادة السابقة أنها لم تشترط أن يكون العقد قد تم وفق نموذج محدد، بل تعتبر وسيلة لمواجهة أي إجحاف يرد في العقد، وقد جاء في التعليمات الرسمية على هذه المادة أن سبب إصدارها هو من أجل تفادي التعسف والمفاجآت غير العادلة، ومنه يبدو أن الغاية من إصدار هذه المادة هو تجنب الشروط المجحفة التي تؤدي إلى عدم التوازن العقدي، ومكافحة ما ينتج عن عدم التروي والخلل في إجراءات إبرام العقد.⁽¹⁾

أما بالنسبة للوضع في فرنسا، فإنه لم يكن يعترف للقاضي بهذه السلطة، وقد احتدم الصراع بعد صدور قانون 10 / 01 / 1978 بين مؤيد ومنكر لا سيما بعد ثبوت عجز وتقصير السلطة التنظيمية عن ممارسة سلطتها في الرقابة على الشروط التعسفية.

فهناك من اعتبر أن منح الإدارة وحدها سلطة الرقابة على الشرط التعسفي يؤدي إلى استبعاد السلطة القضائية من مجال مول لها دستوريا وهو إقامة العدالة بين الطرفين، بينما اعتبر البعض الآخر⁽²⁾ أن الاعتراف للقاضي بسلطة الإعلان عن بطلان الشرط التعسفي بالرغم من غياب المرسوم هو أمر ضروري لأن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون، إضافة إلى ذلك فليس هناك مبرر لمنح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشرط الجزائي وحجبها عنه في مجالات أخرى.

ومن هذا الرأي الأخير استندت محكمة النقض الفرنسية واعترفت للقاضي بإمكانية أن يعلن الطابع التعسفي لشرط ما، وهدفت المحكمة من وراء ذلك إلى الاعتراف بدورها الطبيعي في تحقيق العدالة بين الأطراف، دون أن تولي أي اهتمام لتلك المحاولات التي تستهدف الإنقاص من سلطتها.⁽³⁾

وجدير بالإشارة إلى أن قانون 01 فيفري 1995 لم يتخذ موقفا واضحا من سلطة القاضي تجاه البنود التعسفية، مع أن تعريف الشرط التعسفي الذي جاء به يقضي بمثل هذا التدخل القضائي، مما يدل على أنه لم يكرس ما قضت به محكمة النقض إلا بصورة ضمنية يستشف ذلك من خلال المادة 132.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 177 و 178.

(2) محمد الهيني، الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2006، ص 151.

(3) محمد الهيني، المرجع نفسه، ص 152.

3/1 التي قضت بأن القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك هي قائمة بيانية غير حصرية، وهذا ما يمهّد للقضاء بالتدخل.⁽¹⁾

حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى التعريف الذي أورده المادة 132 / 1 / 1 من قانون الاستهلاك، هذا التعريف الذي تضمن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين كمؤشر على اعتبار شرط ما شرطاً تعسفياً، بالإضافة إلى ذلك يمكن للقاضي أن يطلب رأي لجنة الشروط بشأن الشرط محل النزاع المطروح، وذلك بموجب المرسوم المؤرخ في 10 مارس 1993، الذي أسند للجنة الشروط التعسفية مهمة استشارية لدى القضاء، وإن كان غير ملزم بها.

وسلطة قاضي الموضوع في الإعلان عن الشرط التعسفي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض، مما يؤدي إلى التوحيد لمعايير التدقيق، ومنه استقرار المعاملات.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد اعتبر أحكام المادة 132.1 من النظام العام، وعليه يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه ليقرر الطابع التعسفي لشرط ما ورد في العقد، وذلك حتى ولو سكت الطرف الضعيف.⁽³⁾

أما بالنسبة للقاضي الجزائري، فإضافة إلى نص المادة 110 من ق م التي منحت له سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعى منه، فإن تعريف الشرط التعسفي الوارد بالقانون 04.02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فقد عزز هذه السلطة الممنوحة له، وتحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع، وذلك فضلاً عن رجوعه إلى القائمة الواردة بالقانون 04.02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بموجب المادة 29 منه، والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06.306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في المادة 05 منه ليستهدى بها.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 178.

(2) سي طيب مجّد الأمين، المرجع السابق، ص 148.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 179.

إضافة إلى حق الطرف الضعيف في رفع دعوى قضائية نجد أن المشرع الفرنسي قد منح لجمعيات حماية المستهلك المعتمدة قانونا الحق في أن ترفع دعوى قضائية وذلك بمباشرة حقوق الطرف المدني، عن الوقائع والأفعال التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، وذلك إما أمام القضاء المدني أو الجنائي.

وإضافة إلى ذلك فإنه يمكنها المطالبة بالتعويض في شكل طلب أصلي أو عارض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية، لا الفردية للمستهلكين أو المطالبة بوقف التصرفات غير المشروعة تحت طائلة غرامة تهديدية، وأيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف.

وفي حالة عدم وجود جريمة أجاز الفصل السادس من قانون 05 جانفي 1988 لجمعيات المستهلكين الحق في اللجوء إلى القضاء المدني وطلب إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين.⁽¹⁾

والشروط المعنية هنا هي كل شرط ترى المحاكم أنه تعسفي سواء صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد اختلالا ظاهرا.⁽²⁾

كما يحق لجمعية حماية المستهلكين الانضمام إلى الدعوى الفردية للمستهلك من أجل حمايته من الشروط التعسفية، والوقوف إلى جانبه ومساعدته في الدفاع عن نفسه أمام القضاء، ويتم ذلك في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى الأصلية تعويض الضرر اللاحق بمستهلك واحد أو أكثر بسبب أفعال لا تشكل جريمة.

ومنه يتبين لنا الدور الذي تلعبه هذه الجمعيات في حماية حقوق المستهلكين الذين يفتقدون في معظم الأحيان إلى الخبرة والتجربة، كما أنهم يترددون كثيرا في رفع الدعاوى في مواجهة المهنيين إما لاقتناعهم بالزامية الشروط الموجودة في العقد ولا يمكن الطعن فيها أو لعدم جدوى اللجوء إلى القضاء بسبب تفاهة محل العقد، أو لضخامة المصاريف القضائية ومصاريف الدفاع أو لبطء إجراءات التقاضي.

(1) مجّد الهيني، المرجع السابق، ص 145.

(2) سي طيب مجّد الأمين، المرجع السابق، ص 150.

والجمعيات حماية المستهلك دور آخر مهم في توعية المستهلكين عن طريق إعلامهم بحقوقهم وتوجيههم في ميدان الاستهلاك عن طريق النشرات التي تصدرها.⁽¹⁾

كما أن المشرع الجزائري أجاز هو الآخر في القانون 04.02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بموجب نص المادة 65/1 لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية، وكل شخص طبيعي، أو معنوي ذي مصلحة، حق رفع دعوى أمام القضاء ضد أي عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04.02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.⁽²⁾

وفي نهاية هذا الفصل نجد أن عقد التأمين يمثل مجالا خصبا لانحدار مبدأ سلطان الإرادة، تاركا المجال للتدخل التشريعي للحد من انفراد الطرف القوي في صياغة عقد التأمين، وكذا إلزام المشرع المتعاقدين على إبرام أنواع معينة من التأمين، فيجبر المتعاقد على الالتزام.

(1) مُجَد الهيني، المرجع نفسه، ص 146 147.

(2) سي طيب مُجَد الأمين، المرجع نفسه، ص 151.

الختامة

من خلال الدراسة التي قمنا بها حاولنا التطرق لدور مبدأ سلطان الإرادة ومعرفة القيود الواردة عليه باستنتاجنا أن الحرية التعاقدية هي أساس الروابط العقدية، وضروري أن تعطى لها المكانة اللائقة، ولكن يجب أن تمارس في الدائرة المرسومة لها، فهي ليست مطلقة، إذ ترد عليها استثناءات وتدخلات فالعقد في العصر الحديث يستمد قوته من القانون. وأن نظرية العقد عرفت تحولا كبيرا من حيث فلسفتها، فبعدما كان ينظر إلى العقد على أنه تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية، أصبح ينظر إليه على أنه ظاهرة.

ومن أهم نتائج هذا التحول أنه لم تعد إرادة الأطراف وحدها هي التي تحدد أطراف العقد وإنما تشاركها في ذلك إرادة المجتمع التي تتمثل في التشريع و القضاء، وهكذا أصبحت النظم القانونية لا تدع الإرادة حرة طليقة من كل قيد، بل تفرض عليها قيودا يترتب على مخالفتها انعدام أي أثر لها.

ومما سبق أسقطنا المعالجة على عقد التأمين عامة، وبالخصوص حدود تدخل المشرع في مضمون عقد التأمين، إذ يهدف المشرع بتدخله في عقد التأمين إلى تنظيم العقد وتحديد محتواه تنظيميا قانونيا مباشرا وقاية من الشروط التعسفية.

من خلال بحثنا في عقد التأمين كنموذج لتراجع مبدأ حرية التعاقد، نجد أن التأمين لم يعد من العقود التي تُمثل ظواهر فردية في العصر الحالي بل تحول إلى ظاهرة اجتماعية لها أثر كبير على الاقتصاد العام.

فقد انتهجت الدولة أسلوب توجيه هذا الاقتصاد إلى أن وصلت إلى توجيه العقد، أي وضع قواعد آمرة للتنظيم العقدي، باعتبار أن العقد هو الأداة التي يتم بها توزيع الأموال، والسلع والخدمات بين الأفراد.

ومن خلال بحثنا في مضمون عقد التأمين المسؤولية عن حوادث المركبات في القانون الجزائري توصلنا إلى نتيجة مفادها أن التأمين الإلزامي لا يعدّ عقدا تاما بين المؤمن والمؤمن له، بل هو نظام للتعويض أقره القانون وأنشأ كل مراكزه، ومختلف الالتزامات المتولدة عنه، وكل من تتوفر فيه الشروط

المنصوص عليها في الأمر 74-15 المتعلق بإجبارية التأمين من المسؤولية الناجمة عن حوادث المركبات، فهو لا محالة ملتزم بالأوامر المقررة فيه.

وباعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان فإن المشرع الجزائري ملزم بفرض حماية للطرف الضعيف الذي يخضع للشروط المعدة من قبل شركات التأمين التي تخدم مصالحها أكثر مما تخدم مصالح العملاء، و من أجل ذلك فقد تدخل المشرع الإيجاد نوع من التوازن العقدي بين طرفي هذا العقد، فقام بفرض رقابة على نشاط التأمين التي يهدف من ورائها إلى حماية حقوق المؤمن لهم.

نظرا لعدم كفاية الحماية القانونية الواردة ضمن المبادئ العامة لحماية المستهلك والطرف الضعيف في عقد الإذعان في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في عقد التأمين نظرا للطابع الفني الذي يمتاز به هذا الأخير، هو ما دفع بالمشرع إلى تعزيز هذه الحماية عن طريق أحكام خاصة.

تناولنا أيضا في هذه الدراسة الشرط التعسفي ووسائل مكافحته، ففي ما يتعلق بمفهوم الشرط التعسفي فعرضنا تحديده من خلال المفاهيم الفقهية والتشريعية والقضائية، والتي أتت لنا من خلالها بتحليل للعناصر السالفة الذكر.

فالوسيلة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محددة للشروط التي توصف بالتعسفية، فلم يفت المشرع الجزائري أنه أخذ بما أخذ به القانون الفرنسي و الألماني، حيث أورد قوائم محددة للشرط التعسفي على سبيل المثال لا الحصر ومع ما يتسم به نظام التحديد هذا من عيوب، يبدو أنه مفيد من حيث أنه يؤدي إلى تلافي في تحكم القضاء.

يمكننا التعامل مع عقد التأمين كعقد مستقل يتمتع بطبيعة خاصة تختلف عن باقي عقود الإذعان، خاصة أن الهدف الذي سعى إليه فقهاء القانون والقضاء بتطبيق الإذعان على عقد التأمين والمتمثل بمنح المؤمن له بصفته الطرف الأضعف الاستفادة من الحماية العامة المتوفرة للطرف المدعن.

كما توجد حماية خاصة للمؤمن له تساهم بشكل عام في تحقيق نوعا من التوازن العقدي بين الطرفين، وتمنح القاضي السلطة بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي قد تتضمنها وثيقة التأمين.

ومما سبق يؤدي بنا القول في الأخير بأن الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود قد تغيرت، بفعل تدخل المشرع في العلاقة العقدية، بإنشاء مراكز تعاقدية، وبالتوفيق بين إرادة طرفي هذه العلاقة، فالمؤمن له مجبر على الذهاب إلى المؤمن وتوقيع العقد، وفق شروط والتزامات جُلِّها مفروضة من طرف المشرع.

التوصيات:

- تدخل المشرع بتعديل الامر 07/95 وهذا لعدم مواكبته للتطور التكنولوجي الحاصل فيما يخص ابرام العقد أو التصريح بالخطر، وكذلك عدم ملائمته مع انفتاح السوق والعملية .
- أن يقف القاضي الجزائري عند مفهوم عقد التأمين، ويعمل شروط عقد الإذعان المتفق عليها ليستقها على العقد الموجود بين يديه ، ليقرر بعد ذلك طبيعة هذا العقد وقواعده وتفسيره.

قائمة المراجع

1- الكتب:

- 1- ابراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ج 1 (الأحكام العامة)، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 2 - ابراهيم عبدالعزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- 3 - أحمد شرف الدين، أحكام التأمين - دراسة في القانون والقضاء الإماراتي، مطبعة نادي القضاة، القاهرة، 1991.
- 4 - أحمد مُحمَّد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1994.
- 5 - أنور سلطان، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1983.
- 6 - السعدي مُحمَّد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، النظرية العامة للالتزامات، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 7 - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد - الجزء الأول: أركان العقد)، ط 2، النهضة العربية، مصر، 1997.
- 8 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ط 6، د م ج، الجزائر، 2008.
- 9 - بهاء الدين مسعود سعيد خويرة، الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، ط1، الشامل للنشر والتوزيع، فلسطين، 2017.
- 10 - بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق و القانون والقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 11 - بودالي مُحمَّد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 12 - بودالي مُحمَّد، الشروط التعسفية في العقود في ق ج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

- 13 - بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج 1، التأمينات البرية، مطبعة حيدرة، 1998.
- 14 - بوعزيز الشيخ، مدخل إلى التأمين وإدارة والخطر، ط 1، دار التنوير، الجزائر، 2017.
- 15 - مقدم سعيد، التأمين والمسؤولية المدنية، ط 1، كليك للنشر، الجزائر، 2008.
- 16 - جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2000.
- 17 - جديدي معراج، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، د م ج، الجزائر، 2008.
- 18 - جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ط 5، د م ج، الجزائر، 2007.
- 19 - جديدي معراج، الوجيز في قانون التأمين الجزائري، د م ج، الجزائر، 2005.
- 20 - جعفر عبد القادر، نظام التأمين الإسلامي، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2006.
- 21 - حجازي عبد الحي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي، ج 1، مطبوعات جامعة الكويت، د س ن.
- 22 - حداد حمزة، مدى انطباق مبدأ الإذعان على عقود التأمين، مؤتمر القضاة والتأمين، عمان، 2003.
- 23 - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن.
- 24 - حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 25 - حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- 26 - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 4، الجزائر، 2010.
- 27 - راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمينات الجزائرية، د م ج، 1992.
- 28 - رمضان محمد أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني (العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010.
- 29 - زكرياء سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 30 - شهاب أحمد جاسم العنكي، المبادئ العامة للتأمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

- 31- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر وعقد التأمين، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 32- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، لبنان، 2000.
- 33- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قانون البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، د س ن.
- 34- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 8، د م ج، الجزائر، 2008.
- 35- علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - مطبعة الكاهنة، دويرة، الجزائر، 1997.
- 36- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، ج 1، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 37- علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 2008.
- 38- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 39- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 40- غازي خالد أبو عراي، أحكام التأمين، ط 1، دار وائل للنشر، الأردن، 2011.
- 41- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د م ج، بن عكنون، الجزائر، 2009.
- 42- فايز أحمد عبد الرحمان، التأمين في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 43- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط 4، د م ج، الجزائر، 2007.
- 44- مُجَّد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، د م ج، الإسكندرية، 1998.
- 45- مُجَّد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، ط 1، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2000.
- 46- مُجَّد حسن المنصور، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
- 47- مُجَّد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام المصادر الإرادية، ط 8 منشورات جامعة دمشق، 1996.
- 48- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، د س ن.

- 49 - محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد - مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د س ن.
- 50 - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
- 51 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 52 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 53 - هلال شعره، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ط 1، جسر للنشر والتوزيع، 2010.
- 54 - يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2009.

2 - المذكرات الجامعية والأطروحات:

- 1 - بوكماش مُجَّد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011. 2012.
- 2 - رملة مصطفى بكة نبيل، الأحكام العامة لعقد التأمين، مذكرة ماستر، خميس مليانة، 2014 - 2015.
- 3 - سي طيب مُجَّد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2007 - 2008.
- 4 - عامر رحمون عقد الإذعان في الفقه الإسلامي وق م ج، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر 01، يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2012 - 2013.
- 5 - مُجَّد الهيني، الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2006.

3 - المقالات:

- 1 - أحمد رباحي أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع 5.
- 2 - الحاج أحمد باباعمي، أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات، دراسة على ضوء قوانين التأمين الجزائرية، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، ع 5.
- 3 - شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون،، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02.04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 2، دون دار النشر ومكان النشر، 2009.
- 4 - مجلة البحوث القانونية والسياسية، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات القانونية والسياسية، جامعة الدكتور مولاي طاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، ع 2، سنة 2014.

4 - النصوص القانونية والمراسيم: .

- الأمر 74 - 15 مؤرخ في 6 محرم 1394 الموافق ل 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث المرور، ج ر، ع 15، لسنة 1974.
- القانون 88 - 31 المؤرخ في 5 ذو الحجة 1408 الموافق ل 19 جويلية 1988 المعدل والمتمم للأمر 74 - 15، ج ر، ع 29، سنة 1988.
- المرسوم 47/96 المتعلق بالتعرف، الصادر بتاريخ 01/17/1996، ج ر ج، ع 05، الصادر بتاريخ 01/21/1996.
- الأمر 07/95 المعدل والمتمم بالقانون 04/06، المتضمن قانون التأمينات، ج ر ج، العدد 15، المؤرخ في 03/12/2006.
- الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم.
- قانون 04 /06 المؤرخ في 20 فيفري، المعدل والمتمم لأمر 07 /95، المتضمن قانون التأمينات، ج ر، ع 15، المؤرخة في 12 مارس 2006.

5 - القرارات: .

- القرار المؤرخ في 18 /02 /1997، ملف رقم 136456، المجلة القضائية لسنة 1997، ع 01.
- القرار المؤرخ في 12 /03 /1997، ملف رقم 144108، غير منشور.

- قرار المحكمة العليا، رقم 435466، المؤرخ في 22 / 10 / 2008 بين الشركة الجزائرية لتأمين النقل كانت
ضد ذوي الحقوق ح ع مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2008.

فهرس المحتويات

10.....	الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد
12.....	المبحث الأول: مفهوم العقد
12.....	المطلب الأول: تعريف العقد
13.....	الفرع الأول: خصائص العقد
14.....	الفرع الثاني: أركان العقد
19.....	المطلب الثاني: تقسيمات العقود
19.....	الفرع الأول: التقسيم الذي يرجع أساسه إلى تكوين العقد
20.....	الفرع الثاني: التقسيم الذي يرجع أساسه إلى الآثار المترتبة على العقد
22.....	الفرع الثالث: التقسيم الذي يرجع إلى موضوع العقد
23.....	الفرع الرابع: التقسيم الذي يرجع إلى طبيعة العقد
25.....	الفرع الخامس: التقسيم الذي يرجع أساسه إلى كيفية حدوث التراضي بين أطراف العقد
26.....	المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد
27.....	المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة
27.....	الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة
30.....	الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة
34.....	المطلب الثاني: النتائج والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة
34.....	الفرع الأول: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة
39.....	الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة
45.....	الفصل الثاني: التنظيم التشريعي لعقد التأمين
47.....	المبحث الأول: التأمين ومميزاته
47.....	المطلب الأول: مفهوم التأمين
47.....	الفرع الأول: تعريف عقد التأمين

49.....	الفرع الثاني: أنواع التأمين وأكانه:
56.....	المطلب الثاني: خصائص التأمين.....
56.....	الفرع الأول: مميزات عقد التأمين.....
61.....	الفرع الثاني: الالتزامات المتبادلة في عقد التأمين.....
67.....	المبحث الثاني: التنظيم التشريعي لحرية التعاقد في مجال التأمينات.....
67.....	المطلب الأول: الإذعان في عقد التأمين.....
68.....	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.....
74.....	الفرع الثاني: مدى انطباق الإذعان على التأمين.....
78.....	الفرع الثالث: انعدام حرية التعاقد في التأمين الإلزامي على حوادث السيارات.....
81.....	المطلب الثاني: التدخل التشريعي والقضائي للحد من الشروط التعسفية في عقد التأمين.....
82.....	الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....
94.....	الفرع الثاني: طرق مواجهة الشروط التعسفية.....
101.....	الخاتمة.....
104.....	قائمة المراجع.....