

لعشْبُ محفوظ بن حَامد



للمزيد من العصريات زورونا على مدونة الكتب العصرية
<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>
<https://www.facebook.com/koutoubhasria>

عَقْدُ الْإِذْعَانِ فِي الْقَانُونِ الْمَدَنِيِّ الْجَزَائِرِيِّ وَالْمُقَارَنِ

مدونة الكتب العصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

المؤسسة الوطنية للكتاب
ENTREPRISE NATIONALE DU LIVRE

لعشْبَ محفوظ بن حَامد

عَقْدُ الإِذْعَانِ فِي القانون المدني الجزائري والمقارن

المؤسسة الوطنية للكتاب
3 ، شارع زبروت يوسف
الجزائر

الإهداء
الى والدي ووالدي ، واستاذي
الدكتور محمد حسنين
أهدي هذه الثمرة المتواضعة

© رقم النشر : 2278/86

المؤسسة الوطنية للكتاب

الجزائر 1990

مقدمة

ان تطور العقود على مر العصور هو ثمرة للتطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والمادي، وان بلادنا التي تشهد نموا اقتصاديا وثقافيا واجتماعيا ملحوظا، ليدفعنا الى مناقشة موضوع من أهم المواضيع التي تفرضها الحياة المعاصرة.

وهذا الموضوع هو عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، وهو من صميم الدراسات التي يجب بحثها بعناية كبيرة، لأنه وان كان يرتبط بدراسة العقد وأنواعه بصفة عامة الا أن له وضعاً خاصاً بالنسبة للنظرية العامة للعقد.

فضلا عن أنه لم يستقر فيه الفقه على رأي، ولا يزال محل نزاع بين فقهاء القانون العام والخاص، ولم يرس أحدهم على تكييف لطبيعته القانونية دون انتقاد.

وانطلاقاً من أن العقد يجب أن يعرف تعريفاً جامعاً مانعاً، ومن خلال تفحصنا للدراسات التي اعتمدها الفقهاء فإننا وجدنا عدة تساؤلات قد طرحت نفسها حول تكوين هذا العقد ومحتواه التعاقدي.

وهذا قد دفعنا أيضاً الى التساؤل عما اذا كان الاذعان عقداً من العقود ذات طبيعة قانونية وخصائص متميزة عن بقية العقود الأخرى، أم هو مجرد صفة أو طريقة دفعت هؤلاء الدارسين الى أن جمعوا مجموعة من العقود ذات الخصائص المشتركة أو تلك التي تتشابه من حيث تكوينها، وصاغوها على أنها عقود اذعان؟

وإذا كان دور الارادة أساسياً في تكون العقود كما نعرف طبقاً لمبدأ سلطان الارادة، فإن تلك الارادة نجدتها تتناقض أو تفقد توازنها في هذه الفئة من العقود.

واذا كان من المعروف أن عقود الادارة «les contrats administratifs» هي عقود امتياز، كعقد التزام المرافق العامة «la concession des services publics» خاصة تلك التي تجريها بصفقتها سلطة عامة «pouvoir public» فإننا نجد ان بعض المنشآت والمؤسسات الخاصة التي تؤدي خدمات عامة قد ارتقت عقودها الى مستوى الامتياز الذي تتمتع به العقود الادارية من خلال ادراجها لبعض الشروط غير المألوفة، كتوقيع بعض الجزاءات على العامل الذي خالف النظام القانوني للمصنع، ناهيك عن أننا نجد في بعض التصرفات التي تجريها الدولة نفسها في نطاق القانون الدولي العام، كالانضمام للمعاهدات قد تقلص فيها ارادتها، وتصبح في مركز الطرف المدعى في العقود المدنية، اذ أن انضمامها دون مناقشة أو تعديل بنود المعاهدة هو اضعاف لا محالة لارادتها، واستسلام وخضوع لشروط مؤسسيها.

وعليه فإن تصورنا للبحث في هذا الموضوع وان كان يتسع الى هذا النطاق فإن تحديده بالقانون المدني الجزائري والمقارن، يجعلنا نبتعد عن معالجته على المستوى الدولي الا بذلك القدر الذي نراه ضروريا لخدمة موضوعنا.

وعليه فإننا سنقسم دراستنا وفقا للمنهج المتبع في دراسة العقود في القانون المدني فنتعرض في الباب الاول الى نشأة عقد الاذعان وطبيعته القانونية، وفي الباب الثاني الى تكون عقد الاذعان واثباته، وفي الباب الثالث الى أحكام عقد الاذعان وانقضائه.

وسنحاول استخلاص بعض الملاحظات التي نرى فيها أنها أساسية كختام لموضوعنا.

الباب الأول :

نشأة عقد الإذعان وطبيعته القانونية.

نتناول في هذا الباب نشأة عقد الإذعان وتأثير مراحل التنمية عليه في فصل أول، وفي فصل ثان نتعرض الى بحث الطبيعة القانونية لهذا العقد.

الفصل الأول:

نشأة عقد الاذعان وتأثير مراحل التنمية عليه

نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الاول نشأة عقد الاذعان وفي الثاني تأثير مراحل التنمية عليه، وفي المبحث الثالث نحاول استخلاص تعريف محدد لهذا العقد.

المبحث الاول: نشأة عقد الاذعان.

نشأ عقد الاذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو اسلوب الانتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الاولى للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الانتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي ارادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكوها مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم سوى الاذعان للطرف المحتكر، والاستسلام لشروطه.

هذا، وان مشكلة عقد الاذعان ترجع في الواقع الى مفهوم العقد الموروث عن بوتييه «Pothier» - شارح القانون الفرنسي القديم - الذي استوحاه القانون المدني على أن الانسان في الاصل لا تقيده أي رابطة قانونية فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما شاء من الشروط التي يتضمنها العقد. وبالتالي فان المؤلف الوحيد للارادات هو العقد، واتفاق ارادتين أو العديد من الارادات يكون العقد الذي

هو مصدر الحقوق بين الاشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الارادة العامة .

وهذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردي والقانون الذي تبناه الفكر الاجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر، وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة .

ومن ناحية أخرى فإن ارتفاع التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون .

وإن نمو الفن التعاقدي يتلاءم مع الرغبة في أن يحل محل القانون «المفروض» قانون «تفاوضي» (1) لكن شريطة أن يكون ذلك التفاوض مبنيا على حسن النية، ويحقق رغبة الاطراف مع مراعاة المصلحة العامة التي ينشدها القانون، ومن هنا كان قانونا تفاوضيا .

ان هذه المواجهة - (أي من جهة المفاوضة في العقد، وعدم التفاوض في القانون) - الثابتة بين العقد و القانون تؤدي بنا الى استخلاص نظرية جزئية للعقد، وهو اعتباره بذلك كمصدر للالتزام يتماشى مع حرية الارادة باعتباره شريعة المتعاقدين .

غير أنه يمكن القول بأن تحولات المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر قد أنشأت ظواهر جديدة حدت من مبدأ سلطان الارادة، وانقصت من ارادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، وبذلك تولد عقد الاذعان حتما .

وبعبارة أخرى فإن الحرية الاقتصادية أدت الى الحد من حرية التعاقد فكان من بين نتائجها عقد الاذعان .

غير أن اجتهاد الفقه خلال النصف الاول من القرن العشرين، ومن أجل إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف وتوجيه القضاء الى تلك الحلول قد انعكس على التشريع .

وعندئذ تحول الضعف التعاقدي الذي يعانيه الفرد - أعني الطرف

(1) جاكمان وشارنس، القانون الاقتصادي (1970) ص. 38 .

- Jacqueman, et Schrans, le droit économique (1970) p. 38.

عن كتاب . عقد الاذعان، لجورج برليوز، ط. 1973 بباريس، ص. 8 .

Le développement de la technique contractuelle correspond au désir de remplacer un droit «imposé» par un droit «négocié»

الضعيف في مواجهة الطرف القوي - الى ضعف تعاقدى متولد عن التدخلات التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف .

وقد نادى الفقه أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق اقامة التوازن العقدي ، وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الارادة على عقد الاذعان كما ذهب الى ذلك صاحب هذه الفكرة الاستاذ ساليي «Saleilles» . (2)

ومن ثم شهد تحولاً جديداً في مستوى العلاقات والروابط التعاقدية .

فهذا التعبير بمصطلح عقد الاذعان «contrat d'adhésion» الذي اقترح في بداية القرن من لدن ساليي كان موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا ، ومن ثم أثري «عقد الاذعان» ولاسيما من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة .

وتضاعف توسع عقد الاذعان ، وأضحى التفاوض لا يمثل الا خطوة سابقة على تكوين العقد .

وامتدت تاك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصّلها كل من الفقه والقضاء فالفقه قد خصص دراسات طويلة لهذا العقد ، وكذا القضاء عني بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد . (3)

ولم يكن صحيحاً أن المحاكم الفرنسية قد أثبتت التفرقة بين عقد الاذعان وغيره من العقود ، فالقضاء الفرنسي قد استعمل مصطلح عقد الاذعان واتخذ موقفاً عاماً بشأنه ، (وسوف نتعرض الى موقف القضاء في كل من فرنسا ومصر في حينه) .

يظهر إذن من المفيد بعد تأصيلنا لهذا العقد تاريخياً أن نذكر بأنه على الرغم من بعض المواقف التشريعية التي نراها تمنع أسباب الاذعان بطريقة غير مباشرة ،

(2) انظر في هذا المعنى : جورج برليوز ، في مؤلفه عقد الاذعان ، باريس ط 1973 ص 9 نبذة 6

– Georges Berlioz. Le contrat d'adhésion. Paris 1973. p. 9.

والمراجع التي اشار اليها في هامش ص 9 وهي :

– Fortier, des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion.

– Thèse Dijon 1909, Pichon, les contrats d'adhésion, thèse Lyon, 1913.

Dolat, les contrats d'adhésion, thèse, Paris, 1915.

(3) انظر في هذا المعنى رسالة برليوز ، المرجع السابق ص 10 .

كحماية الطرف الضعيف في العقد بصفة عامة، وترتيب البطلان على العقد للغبن أو الاكراه، وكمنع التعسف في استعمال الحق، فإن المشرع نفسه ظل يدافع عن مفهوم ومضمون الفكرة التعاقدية، وكذا الفقه المدني على الخصوص، معتقدا بذلك أنه يؤدي خدمة لاتمام القانون المدني.

هذا بالاضافة الى تقوية جانب الارادة المنفردة التي يرى فيها البعض أنها أساس مشروع «projet» هذا العقد يعد انتصارا وارتقاء للعقد وان ما وصل اليه الافراد من قوى اقتصادية قد جعلتهم في مركز المفاوض تجاه الدولة نفسها.

ثم ان ظهور الجماعات الضاغطة كالاتحادات المهنية والنقابات بقواها التنظيمية الواعية قد جعلتها تقف موقفا معادلا سواء لأرباب الاعمال أو للدولة، اذ أضحت بقراراتها تتقاسم معها قوتها الاقتصادية. وتستطيع أن تفرض هذه النقابات عقودا نموذجية يتم على أساسها التعاقد. (4)

ان ذلك التصور يبدو أكثر انطباقا على البلدان الرأسمالية، أما البلدان الاشتراكية فان الازعان فيها أكثر انتشارا اذ يكاد يمس كل العقود، وذلك مرجعه الى تركيز الاحتكار لدى شركات أو مؤسسات عامة تابعة للدولة، وهذا يمكنها من فرض شروطها دون ان تعترضها أية مناقشة من الطرف المنضم (المذعن)، وتبقى المسألة إذن مطروحة فيما يخص نوع الشروط، وحسب رأينا فان الازعان لتلك الشروط يكون موافقا للمصلحة العامة التي هي فوق كل اعتبار.

وعلى كل فإنه على الرغم مما تهدف اليه تلك المؤسسات العامة أو الشركات من بناء للاقتصاد الوطني لارتباطها بخطة التنمية الشاملة فإنها تبقى دائما ذات امتياز على الافراد بواسطة ما يسمى «بالعقود الادارية».

وقد عرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الاداري بأنه «ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير

(4) انظر في هذا المعنى، ويل، وتيري، القانون المدني، الالتزامات ط 1975 ص 104

– Alex Weill. François Terré. Droit civil, les obligations, 2è édition 1975, Imprimerie Berger - le Vanet, Nancy, p. 104.

مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام». (5)

وأهم هذه العقود هي عقد الاشغال العامة، وعقد التوريد... الخ (6) وسوف نتعرض الى الفرق بينها وبين عقود الازعان عند دراستنا لطبيعة عقد الازعان.

ولذا فإنه من المناسب جعل دراسة منهجية لعقد الازعان الذي يحظى بنظام خاص، وتحديد مفهوم له يستجيب الى حقيقة الحياة الاقتصادية والاجتماعية وذلك بعد دراسة مختلف العناصر التي ساعدت على نشأته.

المبحث الثاني :

عوامل التنمية المؤثرة على نشأة عقد الازعان.

نلقي نظرة في هذا المبحث على مراحل التنمية الاقتصادية والقانونية والاجتماعية التي أثرت على تطور عقد الازعان وذلك من خلال دراستنا للعناصر التالية :

- العوامل الاقتصادية.
- العوامل القانونية.
- العوامل الاجتماعية.
- العوامل المادية.

ونتعرض في المطلب الاول الى العوامل الاقتصادية والقانونية، وفي المطلب الثاني الى العوامل الاجتماعية والمادية.

(5) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة) الطبعة الثالثة 1975 ص 50 - دار الفكر العربي.

(6) انظر تعريف هذه العقود في دي لوبادير، في مؤلفه، بحث في القانون الاداري الطبعة السادسة 1973 ص 331 - 332.

- André de Laubadère. Traité de droit administratif, 1973, p. 331 et 332.

العوامل الاقتصادية والقانونية .

أولاً : العوامل الاقتصادية .

لقد أصبحت العقود ما بين القرن السادس عشر والتاسع عشر أداة قانونية مرنة تمكن من ضمان أمن المبادلات في اقتصاد الصفقات (7) :

وبعبارة أخرى فإن الجانب الاقتصادي أصبح يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود، كما أن العقد يكون مع ملكية الدولة اطاراً للإنتاج والمبادلات (8).

لقد كان الاستقرار الموضوعي لنية التعاقد هو الرابطة القانونية، والتأكد من العلاقة القانونية يؤدي الى ضمان حماية المتعاقدين ضد القرارات الارتجالية، والخضوع الى عدالة موزعة بالتساوي، ذلك لأنه يصعب تقديرها، لذا فإنه يجب احترام الالتزامات المتولدة عن العقد كي يكون أداة لتصرف عقلائي.

وهذا الاحترام يجب أن يسود فكرة العقد سواء أثناء نشوئه أو عند تنفيذه .

وقد أفرغ القانون المدني الفرنسي من العقد كل العلاقات الاقتصادية، وبعبارة أخرى فإن هذا القانون قد استبعد التأثير الاقتصادي للعقد، وهذا التصور كان يتلاءم مع الحقائق الاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك العصر، لأنه، لا توجد رؤوس أموال كبيرة فالتجارة والصناعة كانت تمارس في اطار تقليدي عائلي والزبائن قلة، والمنتج على معرفة شخصية بالمستهلكين، وبإمكانه أن يدخل في حوار مباشر على مستوى السوق المحلي مع أولئك المتعاقدين . وبعملية حسابية بسيطة وباحصاء الصفقات يمكن ملاحظة سريان قانون العرض والطلب .

أما على المستوى الاجتماعي فلا توجد سوى فروق بسيطة بين أرباب العمل الصغار، واليد العاملة البسيطة .

(7) جورج بربليوز، المرجع السابق ص 14 .

— Péroux : Le capitalisme, Paris, 1962, p. 27.

(8)

«Le contrat est, avec la propriété et l'Etat, le cadre de la production et des échanges».

اشار اليه بولبيوز في ص 14 ، على الهامش ، من المرجع السابق .

وقد ساعدت الرأسمالية الصناعية على ظهور عقد الازدحام بتوسيع الفارق الاقتصادي اعتمادا على نظرية الحرية الاقتصادية والفردية التي جعلت من العقد مصدرا للحق دون منازع.

ان التصنيع يشهد قوى وفوارق جد متضاعفة، وقد تجاوزت الوحدات وأنماط الانتاج قوى الفرد الذي أضحت جهوده غير كافية للسيطرة على الانتاج في سلمه الأكبر. (9)

ان التنمية الصناعية التي قادتها الرأسمالية قد سيطرت على الافراد وجعلتهم يتقبلون شروطا مجحفة، فالعامل ينزل الى سوق العمل فيجد أمامه كل يوم شروطا جديدة وفقا لقانون العرض والطلب، وتلك الاوضاع الجديدة قد حولت لأرباب الاعمال أن يملوا شروطهم على العمال، وبالتالي فإن التحولات الاقتصادية تكون هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية وتحد بالتالي من «قوة» «المفاوضة».

وعدم المساواة الصارخة تلك، بين المتعاقدين قد حولت طبيعة دور العقد، فبدل أن يكون وسيلة التفاوض والتشاور الذي يحقق مصلحة المتعاقدين أصبح نظاما قانونيا تمليه ارادة منفردة ترغب في تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح وسيلة لتسيير المنشآت الاقتصادية بانشاء التزامات تعاقدية متنوعة، ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل اقتصادية. (10)

وهكذا فإن التوسع الرأسمالي الامريكي مثلا، الذي تجاوز حدوده الوطنية عن طريق الشركات متعددة الجنسية قد أثر على العقود الدولية سواء تلك العقود التجارية التي تجري ما بين الافراد الذين ينتمون الى دول مختلفة حيث تنقل السلعة من دولة الى أخرى، أو على علاقات العمل بين العمال وأرباب الأعمال

— Freidman, law in a changing society, Londres, 1959. p. 101. CF. Weill. droit civil, les biens, 1971,

T.II, 1er vol., N°4.

(9) انظر في هذا المعنى . فريد مان، القانون والتحول الاجتماعي . لندن 1959 ص 101 . أشار اليه اليكس ويل في القانون المدني - الاموال، 1971 الجزء الثاني، الحزم الاول رقم 4 .

(10) برليوز المرجع السابق ص 20 .

— «Le contrat d'adhésion en tant que mode de conclusion est imposé par des facteurs économiques.»

بتحديد أجور تتلاءم والزيادة في تراكم رأس المال، وبالتالي تحقيق مصلحة بلد الشركة الأم.

ولذلك يقول الاقتصادي الأمريكي ريتشارد وولف: «يجب أن تتوسع بنوك الولايات المتحدة في الخارج، وتوفر وسائل قوية كي تؤثر على استثمارات رؤوس أموال الوحدات الاقتصادية في البلدان الضعيفة لتجعلها تتلاءم مع الاحتياجات العامة لنمو الولايات المتحدة الأمريكية». (11)

إن العقود التي تجريها هذه الشركات، أو ذلك التعامل وتلك العروض التي تقدمها البنوك، تدرج شروطا تحقق بها مصلحتها الاقتصادية لذا يقول عبد الفتاح عبد الباقي عن عقد الاذعان: «... هي عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي الى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيع عنها غنى» (12).

ومن هنا أضحت عقود الاذعان مصدرا للحقوق، والاطار القانوني للعلاقات بين المنشآت وزبائنهما، وهي من خلق الظروف الاقتصادية فقد أملت تلك الظروف على الموجب صاحب الاحتكار القانوني أو الفعلي أن يحدد الالتزامات التبادلية، ويضع شروطا عامة ومجردة يقدر فيها وضع منشآته من جهة، ووضع المتعاقد من جهة أخرى، ومن ثم أصبح عقد الاذعان يتعدى نطاق العلاقات الفردية ليعطيها طابع المصلحة العامة.

ويشكل بذلك فئة قانونية مستقلة وذات نظام خاص، فعقد الاذعان ليس الا تصرفا متميزا يقابل ويواجه عقود المساومة، فهو وإن انشأ التزامات متبادلة ما بين أطرافه الا أنه ذو فائدة عامة، وأداة للقانون الاقتصادي الذي يمكن المنشآت التي تتعاقد مع الجمهور من أداء وظيفتها.

(11) كريستيان بالوا. الاقتصاد العالمي الرأسمالي والشركات المتعددة الجنسية، مطبعة فرانسوا ماسبيرو. باريس. 1975. الجزء الثاني. 125، تحت اشراف شارل باتلهام وبمساعدة جاك شارير.

— Christian Palloix. L'économie mondiale capitaliste et les firmes multinationales. E.D. François Maspero, Paris, 1975, T.2. p. 125. Sous la direction de Charles Beitelheim avec la collaboration de Jacques Charrière.

(12) د. عبد الفتاح عبد الباقي. دروس في مصادر الالتزام - نظرية العقد، نبذة 51.

ومصطلح القانون الاقتصادي «droit économique» هو تعبير حديث يعنى به أن القانون ذو علاقة جدلية مع الاقتصاد، فهو يؤثر فيه ويتأثر به، وهما يهدفان الى بناء المجتمع الانساني. (13)

فالقانون الاقتصادي محوره العقود التي تجرئها المنشآت الاقتصادية بحكم تطورها في مجتمع حديث يجهل فيها صاحب المنشأة من سيتقدم للتعاقد معه ومدى امكانياته، ومن ثم فهو يوجه ايجابا عاما متماثلا يكون في خدمة الجمهور ووفقا لحساب الاحتمالات.

ثانيا: العوامل القانونية:

كان العقد المبني على حرية التعاقد يعاني صعوبات كبيرة متولدة عن الانماط المختلفة للتطور الصناعي، تستلزم توافق العقد معها ولم تكن بعض الاسباب الاجنبية كالاضرابات وصعوبات النقل بالضرورة تشكل قوة قاهرة بالنسبة للعقود تحت ظل الفقه التقليدي، وفوق ذلك كان من المرغوب فيه استبعاد المسؤولية الناتجة عن التأخير في التنفيذ.

وفضلا عن ذلك فان التطور الآلي واتساع المواد المصنعة ومخلفاتها العامة قد أدت الى اتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات (14).
ان تدهور الحرية التعاقدية بشكل ملحوظ يفسر في الضغط على هذه الحرية من طرف التشريع وذلك كمنعه لشروط معينة أو ادخال شروط إلزامية وترتيب الآثار على مخالفتها.

(13) برتالي. علم الاقتصاد والعمل. دراسة أعدت لجامعة قرونوبل، سنة 1975، ص 44.

– H. Barteli, science économique et travail. Trav. de l'université de Grenoble, 1975, p. 44.

«Ni l'économie ne doit absorber le droit, ni le droit prétendre reconstruire l'économie à son image.

Economie et droit doivent ensemble à l'établissement de la communauté des hommes.»

(14) كوليار- الآلة والقانون الخاص، دراسة لرير تحت عنوان، القانون الخاص الفرنسي في وسط القرن العشرين. 1950، الجزء الاول ص 115.

– Colliard, la machine et le droit privé. Etudes Ripert, le droit privé français au milieu du 20^è siècle,

T.1. p. 115.

أو ربط فعالية العقد بموافقة الإدارة، أو إلزامية التعاقد في أحوال أخرى (15).

كما أن حرية التعاقد قد حافظ القضاء على هويتها، فالمحاكم تحت تأثير مبدأ سلطان الإرادة، كانت تقاوم في حقيقة الأمر الجهود التشريعية من أجل الحماية الاجتماعية.

وقليل هم القضاة الذين عرفوا ما تنطوي عليه هذه الحرية من امتيازات يختفي أصحابها وراء ذلك المبدأ.

أما في العقود الموجهة التي هي ثمرة التدخلات التشريعية فإنها تتماشى مع عقد الإذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية (16).

وقد تلقت بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة فائدة عقد الإذعان كوسيلة فعالة لاعداد ظروف نشاطها ولخلق قانون مستقل للاقتصاد.

فعقد التأمين على المخاطر البحرية ترجع شروطه الى الطرف القوي الذي هو على علم بالخسائر المحتملة، فيحدد الخطر وبالتالي يحدد الشروط التي تجعل من عقده وسيلة فعالة لحماية مصالحه.

(15) ديرون. الجزء القانوني في تكوين الرابطة العقدية، المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1944. ص 73.

– Durant, la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, R.T.D.C., 1944, p. 73.

يقول هذا الفقيه عن الزامية التعاقد :

«La contrainte étatique y préside souvent, se manifestant soit dans la création du rapport juridique soit dans le premier cas, l'Etat impose aux parties l'obligation de passer un contrat, par exemple celle de s'assurer. Il existe une obligation légale de contracter. Le régime du rapport juridique ne présente alors qu'une anomalie, la seule originalité tient aux conditions dans lesquelles le consentement est donné.»

(16) د. مجدى صبحي خليل، التوجه الاقتصادي والعقود، دراسة قانونية مقارنة - فرنسا - مصر - الاتحاد السوفيات - باريس 1967 ص 3. المكتبة العامة للقانون والقضاء تحت اشراف هنري سوليس.

– Madjdi Sobhy Khalil.

Le dirigisme économique et les contrats. Etudes de droit comparé France - Egypte - U.R.S.S., Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1967, p. 3.

كما أن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الظواهر خاصة في التقنين المدني والتجاري كان سببا في أن يخلق الطرف القوي شروطا تخرج عن نطاق هذين القانونين، وكانت تلك مساهمة أو عاملا من العوامل التي أدت الى نشوء عقد الاذعان.

وكذا فإن تنمية ونشوء بعض المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساسا الى تفادي التفرقة ما بين القوى، قد جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة. (17)

كما أن تنمية الحركية القانونية «Mécanisme juridique» التي تؤدي الى تطوير أسلوبها قد كان من نتائجها الخضوع الى بعض الشروط الموحدة التي لا غنى عنها في طبيعة بعض العقود.

ويرى برليوز أنه «إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد، فإن الوسائل والنظريات القانونية قد خلقت عقود الاذعان، وهذا التحول لا يرجع الى طبيعة أطرافه، (18) ولا الى طبيعة محله وانما الى طبيعة العقد ذاته». (19)

(17) - Dévolvé, le principe d'égalité devant les charges publiques, 1969.
- ديفولفي - مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة 1969 .
اشار اليه بوليوز - المرجع السابق ص 23 في الهامش .
في نفس المعنى - راجع لوبادير المرجع السابق، الطبعة الخامسة 1970 ص 582 .

(18) مسنر، تأثير القانون الضريبي على تحرير العقود في ألمانيا الاتحادية.

- G. Misner. L'influence du droit fiscal sur la rédaction des contrats en R.F.A. Gaz. pal 29 déc. 1972.

«... l'utilisation des conditions uniformes permet une rationalisation du calcul, des coûts qui en rend la preuve plus facile d'où l'opinion que les contrats sont fiscalement avantageux.»

(19) برليوز. المرجع السابق ص 24 اذ يقول :

- «En effet, si les transformations de l'économie ont créé des contrats dont le caractère d'adhésion résulte du déséquilibre des forces en présence ou de la nature des échanges, les moyens et les théories juridiques qui se sont développés dans le contexte créant des contrats d'adhésion non par la nature des parties ou de l'objet du contrat, mais par la nature des contrats lui-même».

فعقد الاذعان يقابل ويواجه عقود الممارسة ، هذه الاخيرة التي وان كانت مبنية على اقتران الارادات الحقيقية بين الموجب والقابل الا أنها ذات فائدة خاصة ولا تتعدى كونها عمليات عابرة ومحددة بالنظر لآثارها . فهي تنشئ حقوقا شخصية ذاتية .

وعلى العكس من ذلك فإن عقود الاذعان تتميز بكونها عامة ومجردة ودائمة أشبه إلى حد كبير بالنظام القانوني « Institution » وبالتالي فإن آثارها أكثر توسعا اذ أنها تكاد تلمس الكافة لذا فهي عملية موضوعية صرفة تذوب فيها الارادة الفردية وتفقد أهميتها في حين تتجه التدخلات التشريعية الى حماية المصلحة العامة . وكذا فان دور القضاء يأخذ نفس منهج التشريع حتى في غياب هذا الاخير .

وسنبين موقف كل من الفقه والقضاء في مصر تحت ظل غياب تشريع لعقد الاذعان ثم نوضح موقف المشرع المصري الذي خصص مواد لهذا العقد ، وبذلك يعتبر أول تشريع قنن ونظم عقد الاذعان ، كما سنتعرض الى المبادئ الاساسية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، وكذا موقف القضاء والفقه الفرنسي الذي لم يدرج تشريعه إلى يومنا هذا في القانون المدني ما يفرق عقد الاذعان عن بقية العقود الأخرى ، على الرغم من الرسائل العديدة والاحكام القضائية الكثيرة التي أصدرتها مختلف درجات التقاضي في هذا البلد ، ولقد فعل مشرعنا حسنا عندما اتبع التشريع المصري وأوجد نصوصا خاصة بعقد الاذعان .

المطلب الثاني :

العوامل الاجتماعية والمادية .

أولا : العوامل الاجتماعية

الانسان مدني بطبعه ، فالمجتمع ووحدة النمط في الحياة المعاصرة قد جعللا من عقد الاذعان النوع المقنن والمنظم لهذه الحياة الاجتماعية ، والمثال النموذجي في هذا المجال هو نظام الملكية المشتركة « copropriété » الذي ينظم التعايش داخل هذا التنظيم الافقي . فالشريك المذعن ليس له من الناحية التطبيقية أية مناقشة لذلك القانون المركب المعد من طرف المؤسسين خاصة اذا كان وصوله متأخرا عن هذا البناء .

وحتى أن الفرد المعاصر من وجهة النظر النفسية أصبح يهرب من الوحدة، ويلجأ الى التجمعات وينضم اليها حتى بمناسبة نزهته وفي قضاء عطلة.

فهذه التحولات تولد بنفسها تغييرا في عقلية الافراد وتدفعهم الى البحث عن عقود الانضمام «أي الاذعان».

فالانسان المعاصر أصبح يخشى وحدته، ولا يشعر بالراحة الا مع الجماعة، فهو يبحث عن الامن بالبعد عن تفريد معاملاته وعن التفرقة بينه وبين الجماعة، فيلجأ غالبا في عقود الهامة الى الموثق الذي هو كاتب الجماعة ويخضع له، وكأن العقود الموثقة قد أصبحت عقود اذعان (20).

كما أن الانسان المعاصر يعيش في قلق دائم بسبب الاخطار الكثيرة التي يتعرض لها، والتي يترتب عليها، بجانب الاضرار المعنوية، خسائر مالية قد تكون من الضالة بحيث لا يأبه لها، وقد تكون من الكبر بحيث يحاول تفاديها أو منع وقوعها أو تخفيف عبئها على الأقل. وتشترك أنواع الاخطار التي يتعرض لها الانسان في صفتين أساسيتين ذلك أن وقوعها يؤدي الى اصابة الانسان بالخسارة المالية، كما أنها احتمالية أي أن وقوعها ليس أمرا مؤكدا، وكذا عدم وقوعها.

وغني عن البيان أن موقف الانسان ازاء الاخطار التي تواجهه - سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته أو أخطار المسؤولية المدنية - لم يكن أبدا سلبيا، فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفادها ويمنع وقوعها باستحداث الوسائل المختلفة، خاصة بتعاونه مع الآخرين، الذين يتعرضون مثله لخطر معين على توزيع الخسارة المالية الكبيرة التي تصيب واحدا منهم نتيجة امكانية تحقق الخطر عليهم جميعا، وبذلك يتحمل كل منهم جزءا بسيطا من هذه الخسارة، فيقل بذلك عبء الخطر عليهم جميعا (21).

(20) بواسن. توسع عقود الاذعان، الحياة القضائية 13 - 18 سبتمبر 1954.

- Poisson. L'extension des contrats d'adhésion, la vie judiciaire, 13-18 sept. 1954.

أشار اليها برليوز في المرجع السابق ص 25.

(21) في هذا المعنى. د. عبد العزيز فهمي هيك. مقدمة في التأمين. ط 1968. ص 7، 8.

وقد عرف الدكتور عبد المنعم فرج الصده عقد الاذعان بأنه : «العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها». (26)

ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بشأن عقود الاذعان : «أما عقود الاذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة». (27)

وبصدد الحديث عن بعض صور القبول يقول الدكتور سليمان مرقس : «مع أن الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها، فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصا معينين الى ابرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في ابرامه أو عدمه أو في ترتيب آثاره بشكل أو بآخر». (28)

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي «الأصل في التعاقد أن يتسم اجراؤه بحرية النقاش والمساومة، بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة اليه، وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها، وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الثاني الا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب الى التسليم والرضوخ والاذعان منه الى المشيئة الحقة والرضا السليم». (29)

ويقول عبد المنعم البدر اوي تحت عنوان عقود المساومة الحرة وعقود الاذعان : «عقود المساومة الحرة هي العقود التي يملك فيها كل من المتعاقدين حرية مناقشة شروط التعاقد، وهذا هو شأن غالبية العقود الخاصة، وقد كان هذا

(26) د. عبد المنعم فرج . نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974 .

(27) د. محمد كامل مرسي . العقود المسماة . الجزء الاول، الطبعة الثانية 1952 ص 27 .
- المطبعة العالمية . مصر .

(28) د. سليمان مرقس . نظرية العقد ط 1956 ص 124 .

(29) د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد ص 103 .

هو شأن العقود جميعا في المجتمعات القديمة، حيث كانت دائرة النشاط الاقتصادي محدودة، وكان الزمن يتسع لما يسبق العقد من مناقشات ومفاوضات. أما الآن فقد أدى التطور الاقتصادي الحديث الى أوضاع لا يتسع فيها المقام لمثل تلك المناقشات والمفاوضات.

فأصبح أحد العاقدین في حالات كثيرة يُحدد شروط العقد مقدما على نحو لا يقبل المناقشة، ويعرضها على الجانب الآخر الذي يكون له الخيار: اما أن يقبلها كما هي بدون مساومة، واما أن ينصرف عن العقد، ولما كان هذا الأخير، في غالب الأحوال، مضطرا الى التعاقد لاتصاله بمرافق أساسية لا غنى له عنها، فإنه في الواقع يدعن لما يضعه الآخر من شروط». (30)

ويرى فقهاء القانون المدني الفرنسي: «أنه توجد عقود هي في الحقيقة أعدت مسبقا، وموجهة الى الجمهور حسب شكل موحد ولا يمكن قبولها الا جملة مع استحالة مناقشة أي شرط من شروطها». (31)

ويعرف جاك قستيان «J. Ghestin» عقد الاذعان بأنه: «الانضمام الى عقد نموذجي حرر بصورة انفرادية من أحد الاطراف، وينضم اليه الآخرون دون امكانية حقيقية لتعديله». (32)

أما الاستاذ الدكتور السنهاوري فلم يتطرق الا للقبول في عقد الاذعان فيقول: «قد يكون القبول مجرد اذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر

(30) د. عبد المنعم البدر اوي. النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري) ص 177.

(31) موسوعة دالوز. مدني 2. تحت عنوان «العقد والاتفاق». نبذة 42.

– Encyclopédie Dalloz. civ. T.2. sous titre (contrat et convention) supra. 42. (Mais il est d'autres contrats qui sont en réalité rédigés à l'avance, offerts au public selon une formule uniforme et qu'on ne peut qu'accepter en bloc sans possibilité de discussion sur tel ou tel point.)

(32) جاك قستان. شرح القانون المدني، الالتزامات، العقد. طبعة 1980، فقرة 74.

– Jacques Ghestin : Traité de droit civil. Les obligations. Les contrats, éd. 1986, supra, 74.

«Le contrat d'adhésion peut aussi être défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier).

قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك الا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة الى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر الى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الاذعان». (33)

ويرى الدكتور أبو زيد رضوان تحت عنوان: «الاذعان وعقود المساومة الحرة» «الاصل أن التعاقد يملك حرية مناقشة شروط التعاقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة من أطراف العقد، وهذا هو شأن العقود جميعا وبصفة عامة وفي ظروف كان فيها النشاط الاقتصادي محدودا والوقت متسعا لإجراء المناقشات والمفاوضات بين المتعاقدين.

أما الآن وبعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية أصبح أحد المتعاقدين يستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور الآخر اما على قبول الصفقة كلها برمتها واما أن يرفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، وغالبا ما يضطر المتعاقد الآخر الى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه، وتلك هي عقود الاذعان». (34)

ويلاحظ على هذه التعاريف الفقهية أنها اما أن تتعرض الى كون عقد الاذعان مجرد إرادة تملئ شروطها على إرادة أخرى لأفراد غير محددين دون أن تذكر محتوى العقد، واما أن تأتي في صيغة شرح للعقد أكثر من اتجاهها نحو تعريف دقيق للاذعان، وذلك اما بالاعتداد بالأسباب الاقتصادية والاجتماعية التي استحدثت في النظرية العامة للعقد في العصر الحديث، واما بالاتجاه الى وصف موقف القابل في عقود الاذعان، غير أن أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتداد به هو ما توصل اليه الدكتور عبد المنعم فرج الصده، اذ يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته.

(33) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول 1964، ص 244. دار النهضة العربية - القاهرة.

(34) د. أبو زيد رضوان. الوجيز في مبادئ الالتزام. ط 1979 ص 74.

وعقود الاذعان يطلق عليها الفرنسيون عقود الانضمام لأن من يقبل العقد انما ينضم اليه دون مناقشة .

غير أن الدكتور السنهاوري أطلق عليه (عقد الاذعان) ، ويذكر عبد المنعم فرج الصده أن «صاحب هذه التسمية» «عقد الاذعان» هو استاذنا السنهاوري ، وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الاستاذ «سالي» (اعلان الارادة فقرة 89) ، والتي معناها عقد الانضمام «contrat d'adhésion» لأن الاذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الاذعان ، اذ يشمل عقد الاذعان وغيره من العقود التي ينضم اليها القابل دون مناقشة ، كما أن لهذا السبب أيضا تفضل التسمية التي اختارها القانون اللبناني في المادة 172 موجبات وعقود حيث يسمى العقد «عقد موافقة» (35)

وما يفرق عقد الاذعان عن العقود الاخرى ، أو ما هو مهم وضروري فيها هو عدم وجود حوار مسبق أو مساومة سواء من أحد أطرافه أو من الغير بل إن تحديد محتوى العقد ومضمونه كان بارادة مقصودة ، وهذه الارادة المحددة لأركان العقد لا يعوزها سوى انضمام ارادة أخرى كي تعطي فعالية قانونية الى تلك الارادة المنفردة .

ومن هنا فاننا لا نستطيع اهمال ارادة القابل لكونها تساهم مساهمة فعالة لا في تحديد شروط العقد ، وإنما في اعطاء الفعالية القانونية وفي اثبات وصف العقد على هذه الفئة من العقود .

أما تحديد محتوى العقد فيكون من طرف الموجب ، وهو يتلاءم مع الاوضاع التي يكون عليها هذا الأخير ، وذلك من حيث مركزه في العقد وقت ابرامه ، أو في كيفية تنفيذه باعتباره سيتحمل المخاطر التي تنجم عن تطبيقه .

وفي بعض الحالات فإن المنضم الى هذه العقود ، حتى لو افترضنا أنه قد أسهم في اعداد تلك الشروط ، فإنه يبقى دائما في مركز التابع بالنسبة إلى الموجب ، وتلك التبعية التي ينبغي أن تراعى في كل عملية خاصة على حدة ، وليس بالنظر الى القوى المحدودة بمجمل الصفقات .

إن ضعف الطرف المنضم يتولد مبدئيا من ضعف تنبئه وتوقعه وإلمامه بمحتوى العقد ، اذ بالنسبة اليه فان الامر يتعلق بعملية لم يفكر فيها بصورة

(35) د. عبد المنعم فرج الصده . المرجع السابق ص 135 .

خاصة الا قبل فترة وجيزة من ابرام العقد، فهو يتعاقد خاضعا في واقع الأمر الى الموجب ولم يساهم في تحرير العقد بأكثر من توقيع يؤدي به الى أن يلعب دورين : دورا إيجابيا وهو اعطاء الحياة للعقد ووضعه بالضرورة موضع التنفيذ، وآخر سلبيًا اذا راعينا ما يتحمله من التزامات، وما يعود عليه من حقوق وتلك نتيجة منطقية حسب المقدمات التي ذكرناها.

غير أن الوضع يختلف بالنسبة للموجب اذ أنه يتعاقد وهو على بينة بمحتوى العقد، فهو من صنع ارادته، وبالتالي فانه يتنبأ بكل مراحل العقد قبل صياغة شروطه، وتنبؤه هذا يرتبط بمهل التفكير التي يمنحها لنفسه من جهة وبالتجربة التي تمكنه في كل مرة من تعديل الشروط واعطائها الوجهة الصائبة لخدمة أغراضه ومصالحه.

ذلك أنه يجري عمليات أو صفقات متعددة ومتكررة وبكيفية مختلفة ومتفرقة فأصبحت شيئا معتادا في حياته المهنية، والمذعنون ينضمون اليه بهذه الصفة.

وهذا هو وضع عقد الاذعان في الفقه، أما بالنسبة للتشريع فان التشريعات العربية أغلبها قد تعرضت الى عقد الاذعان، ولكن دون أن تتعرض الى تعريف محدد لهذه الفئة من العقود، بل أوردت كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه «يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها». وهي نفسها نص المادة 100 من القانون المدني المصري الحالي، والمادة 101 مدني سوري.

وبما أن المشرع المصري هو أول مشرع يخص عقد الاذعان بنصوص خاصة فقد كانت صياغة المادة المذكورة محل نقاش حاد، فكان حضرات مستشاري محكمة النقض المصرية قد اقترحوا (36) أن تصاغ المادة 100 كما يأتي «عقد الاذعان هو الذي يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها».

وذلك ليكون النص مطابقا لمرجعه وهو المادة 172 لبناني التي تنص على أن عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي والايجار، والمقايضة، والاقتراض).

(36) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 67 وما بعدها. المادة (100) محضر الجلسة الثانية والسيتين.

وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه يسمى العقد اذ ذاك «عقد موافقة» (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد ضمان «أي عقد التأمين» Assurance) وقد حبذ سعادة «دوس باشا» الاخذ بالاقتراح لأنه يورد تعريفا لعقد الاذعان، ولكن حضرة مندوب الحكومة اعترض على اقتراح بقوله إن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمراجع النص ثم انها لا تتضمن تعريفا يبرز جميع خصائص عقود الاذعان بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الانسب اغفاله لوجوب تجنب التعريفات في نصوص التقنين ما أمكن وخلص حضرته من ذلك الى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السياق فهو يقتصر على ايراد حكم لا تعريف وهو يورد الحكم في معرض بيان صور خاصة للقبول.

وقد قررت الأغلبية عدم الاخذ بالاقتراح، أما معالي حلمي باشا فانه يورد تعريف عقد الاذعان.

ولذلك فان التشريعات العربية قد سارت على نهج المشرع المصري فأوردت أحكاما خاصة بالقبول في عقد الاذعان دون أن تعرفه، كما أن هذا الوضع يفسر لنا سبب عدم ادراج معظم الفقهاء العرب عقد الاذعان ضمن تقسيمات العقود.

هذا وقد نص القانون اللبناني في المادة 2/172 على أنه «وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانون أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه يسمى العقد اذ ذاك عقد موافقة كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان.

وقد أسماه المشرع اللبناني بعقد الموافقة، ذلك لأن دور الطرف القابل لا يتعدى كونه موافقة على مشروع نظامي غير قابل للمناقشة.

وقد عرفت الدائرة التجارية لمحكمة مصر الابتدائية عقد الاذعان بأنه «المقصود بعقود الاذعان العقود التي يملئ فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البري والبحري وعقود توريد المياه والنور الى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروطا متشابهة وضعت لجميع العملاء». (37)

(37) محكمة مصر الابتدائية، الدائرة التجارية، 21 أبريل 1940، دائرة القضاة محمد كامل أمين ملش، مصطفى فاضل، مصطفى حسن. المحاماة 21 (رقم 126) ص 267.

أما القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح الاذعان في العديد من الاحكام القضائية، وبمناسبة النزاع في قضايا تتعلق بالتعامل بالعقد الدولي (38)، وقد وضح هذا الحكم بأنه سواء في اللوائح الدولية أو الداخلية فإنه يعتد بالارادة المشتركة للمتعاقدين، وهي الارادة الحقيقية دون الاعتداد بالالفاظ الخارجية، كما يجب أن يعتد في عقد الاذعان بما أعد مسبقا من ايجاب.

كما أن استعمال العبارات وتفسيرها يجب أن يكون وفقا للمصطلح العرفي المتعارف عليه سواء في العقود الداخلية أو الدولية. (39)

(38) مجلس قضاء ديجون 1 ديسمبر 1931 قازيت دي باليه. 1932. 1. 93.

– Cour d'appel de Dijon, 1er déc. 1931. (gaz. pal. 1932.1.93)

« Considérant qu'il est de principe admis aussi bien en matière de règlements internationaux qu'en droit interne, qu'on doit s'attacher à ce qui a été la commune intention des parties à l'époque de la convention, plutôt que de s'arrêter au sens littéral de celle-ci, surtout lorsque certaines de ces mentions créant quelques ambiguïtés, c'est la comparaison de toutes les clauses qui doit faire ressortir la portée exacte des termes employés, que d'autre part, lorsqu'il s'agit d'un emprunt offert au public on doit tenir le plus grand compte des prospectus et notices qui ont été distribués préalablement à l'émission et qui constituant la pollicitation, éclairent le contrat d'adhésion qui résultera de la souscription. »

(39) 28 فيفري 1960. قازيت دي باليه 1960. 1. 317.

– 28 fév. 1960, gas. pal. 1960. 1.317.

Note de M. Fcujas sur la signification de mot «ARRHES»

«Il est ainsi en matière de réservation dont l'arrêt les usages à la convention passée entre l'Association internationale de l'hôtellerie et la Fédération internationale des agences de voyages sur l'emploi du mot «ARRHES» en Algérie au lieu et place du mot «acompte» v. cass. civ 19 oct. 1955. (gaz. pal. 1.T).

وكذا في عقد التأمين حيث تراعى طبيعة العقد الاقتصادية ومدى الخدمات التي يؤديها وتوقع جزاءات على من يخالفها. (40)

وهكذا يتضح أن القضاء الفرنسي وإن كان قد استعمل مصطلح الاذعان في العديد من الأحكام إلا أنه من الصعوبة بمكان القول بأنه قد أوجد تعريفا جامعاً مانعاً لعقد الاذعان، ولا شك أن صعوبة تحديد تعريف دقيق إنما مرجعه إلى تعدد أنواع هذه العقود.

وعلى كل فإنه من خلال التعاريف السابقة التي أوردها الفقهاء وبعد الاطلاع على بعض الأحكام القضائية يمكن أن نقترح التعريف التالي: «عقد الاذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة».

(40) – Tribunal correctionnel de Chalon-sur-Saône 15 mai 1953. gaz. pal. 1953.2.244 «Attendu qu'il serait vraiment soutenu que les prestations de services personnels promises par les quatre premières stipulations susvisées, l'important dans l'économie générale de l'acte sur les prestations d'assurances prévu par les trois suivantes, ces dernières n'en constituent que l'accessoire et comme telles, ne peuvent modifier le caractère de contrat d'agence d'affaires de l'ensemble et nulle comme affecté. D'une condition purement potestative. Tandis que les trois suivantes n'offrent que des prestations de services d'intérêt secondaire comparativement aux autres, qu'en doit la circonstance qu'une stipulation d'assurance se présenterait comme aberrante dans un contrat d'adhésion dont toutes les autres clauses seraient de nature différente.»

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان .

ان تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة اذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة .

ولا شك أن هذه الطبيعة، كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا إلى فريقين فمنهم من يرى أنها ليست عقودا حقيقية، وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود، ويرجع سبب الخلاف أساسا إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين لذا يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصده « . . . كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد » .

وللوقوف على الطبيعة القانونية لهذا الموضوع «عقد الإذعان» فإنه يجب علينا عقد موازنة الآراء الفقهية التي تعرضت إلى ذلك تباعا :

إذا نظرنا إلى فقهاء القانون المدني الفرنسي وهم يحررون عنوان العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصفة عامة، فإننا نرى أنهم كانوا ينظرون أساسا إلى التصرفات القانونية التي توزن شروطها وتناقش لحظة تنفيذ العقد الذي أراده الطرفان، فالاتفاق إذن يستخلص من تعاون الأطراف، أو من مساعدة مختلف الأشخاص بحيث يكون معبرا عن الإرادة المشتركة، ولكن نتيجة لمختلف العوامل التي تعرضنا إليها ما فتىء أن تحول الوضع الاجتماعي خلال القرن التاسع عشر، إذ وجدت إلى جانب المحلات الصغيرة التي يمكن أن يتفاوض في العمليات التي تجربها، محلات كبرى قوية وشركات عامة جد معقدة وذات نظام

سلمي، حيث لا يتمكن المتعاقد من رؤية الشخص القانوني الذي يتعاقد معه ولكن هناك عمال يكتبون بترديد ما كلفوا به من قول، ومن هنا فلا يمكن مناقشتهم.

في هذه الادارات كل شيء ينفذ مباشرة اذ لا توجد حتى امكانية التعاون فيما بينهم مع الزبناء الذين يرغبون في اجراء عقود مشتركة، فالامر يقتصر على ايجاب محدد للسعر ومرفوق بشروط ونماذج مطبوعة مسبقا ومن العبث الاعتراض على تعقيدها أو غموضها، انهم يقدمونها جملة اما أن يأخذها الزبون أو يدعها، وغالبا ما يأخذها «أي يدعنها لها وينضم الى مجموع العقد»، وعندئذ يتولد عقد قد يكون من الصعب ادراجه في اطار العقود المبنية على حرية الارادة، ان هذا التصرف هو الذي نريد في هذه الدراسة تحديد طبيعته القانونية. ولقد تعرض هذا الموضوع منذ أن عبر عليه «ساليي» (بعقد الانضمام) - كما سبق أن أشرت الى انتقادات في التسمية من طرف الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، كما أن الاستاذ «ديرو» يرى أنه من باب أولى ان يعبر عنه بمصطلح «عقد بانضمام» «Contrat par adhésion» لأننا اذا قلنا عقد الانضمام فانما قصدنا عقدا خاصا بعينه يسمى الانضمام، ويمكن أن يكون على قدم المساواة مثلا مع عقد البيع، وعقد الايجار، والعقود الأخرى، ونحن في الواقع نريد أن نعين الاتفاق الذي ينجز بمجرد الانضمام فنقول: «إنه عقد الانضمام» كما نقول «وصية بيد موثق» أو «مبدأ دليل بالكتابة». (41)

ونلاحظ أن جمهور الفقهاء يفضلون تعبير «عقد الاذعان» على انتقاده. فما هي الطبيعة القانونية الحقيقية لهذا التصرف القانوني؟

ان جمهور فقهاء القانون الخاص يقولون بمنحه طبيعة تعاقدية، اذ أنها تطبق قواعد القانون المدني على هذه العقود، ويقول «جورج ديرو»: بأننا قد وجدنا أنفسنا ملزمين بتطبيق قواعد القانون المدني على هذه العقود (42) وأضاف قائلا: «وقد بدا لنا في حقيقة الأمر بأن تطبيق هذه القواعد من الصعوبة بمكان، وبأنه يجب أن ننبه الفقهاء ولكننا لم ننهك أنفسنا في التماشي مع مبدأ النظرية التقليدية، وعلى العكس من ذلك فإن الفقهاء الذين انتقدناهم يضربون بالمبدأ عرض

(41) جورج ديرو. المجلة الربع السنوية للقانون المدني 1910. ص. 504. والمرجع الذي أشار اليه.

(42) ديرو، مجلة القانون المدني ربع السنوية. 1910. ص. 504 والمرجع الذي أشار اليه.

- Déreux. R.T.D. civ. 1910p. 504., Voir aussi, de l'interprétation des actes juridiques privés, 1905. p.153. et suiv.

الحائط، وأن مابدا لنا منهم بأنه عقد، فإنه في نظرهم لا يتعدى كونه تصرفا من جانب واحد هو ارادة الموجب وليس ارادة المنضم (المدعن) هي التي تعطي الكيان أو الوجود للعقد.

فارادة الموجب هي التي تحدد آثاره، وهذا الوضع بسيط جدا لأن الانضمام لا يغير من طبيعته».

وتلك هي الآراء التي سنتعرض لها تفصيلا، ففي عقد الانضمام يوجد تسلط محض لارادة منفردة، تنصرف وتملي قانونها ليس على فرد معين ولكن على جمهور الناس، وتلزم مسبقا وبصورة انفرادية بالتزامات مع من ينضم بقبول قانون العقد، (43) وهذا هو أيضا رأي ديجيه «Duguit» (44) وهو يدلي بأحدى ملاحظاته بـ (Recueil Sirey) قد تعرض لدراسة هذه المسألة التي يرى فيها أن القول «بعقديتها» مبالغ فيه، فيقول: «إن عقود الانضمام ليس لها من العقد سوى الاسم... لأن العملية عند تحليلها هي نتاج ارادة تصنع لائحة «Volonté réglementaire» وتأتي ارادة أخرى لتنضم إليها، وتلك الارادة التي فرضت اللائحة هي الوحيدة التي تؤخذ بعين الاعتبار عند التفسير، وهي أيضا التي تؤخذ بعين الاعتبار في نظر اختصاص القاضي وفي طبيعة الطعن.» (45)

المبحث الأول:

رأي القائلين بالصفة التعاقدية لعقد الاذعان.

إن أغلبية فقهاء القانون المدني * قد رفضوا اتباع الافكار التي أوردها كل من ساليي وديجيه ومن تبعهم، وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الاذعان.

(43) ساليي . المرجع السابق ص 229 .

(44) ديجيه، القانون الموضوعي والقانون الوضعي . ص 55 فيقول:

«Peut-on parler raisonnablement d'un contrat de louage de service, l'employeur puissant capitaliste, et l'ouvrier ?... de contrat il n'y en a point.»

-- Note de M. Houriou. S. 1908. 3.9 (col 1 et 3)

(45)

فيقول الدكتور سليمان مرقس: «وقد ثار الشك أول الأمر حول اعتبار الاذعان قبولاً ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعن له علاقة لائحية ينظمها القانون ان كان الاحتكار قانونياً.

والراجع الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعاً تحته لا يبلغ حد الاكراه الذي يعدم الرضا، ولا حتى الذي يفسده، وبالتالي فإن القبول بطريق الاذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالايجاب عقد حقيقي» (46).

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: «إنه اذا كانت ارادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الضغط الاقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها، ولا يعتبر حتى سبباً من شأنه أن يفسدها» (47).

ويقول الدكتور عبد المنعم البدرأوي عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الاذعان: «لكن لوحظ على هذا الرأي (يقصد منكري عقدية الاذعان) أن عقد الاذعان كسائر العقود ينعقد بموجب إرادتين لا بإرادة واحدة.

وأن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية وليس عقد الاذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة فهي موجودة في العقود التي يعقدها ناقص الأهلية تلك التي يقبلها أحد طرفيها على مافيه من غبن أو التي يكون فيها السعر محدداً.» (48)

وهكذا فإن هذه النظرية لا تفترض استبعاد عقود الانضمام عن القواعد العامة التي تحكم كل العقود، لأنها تتولد من إرادتين، إرادة الموجب وإرادة المنضم، (وهذا الانضمام ما هو الا نوع خاص من القبول). وأثاره القانونية محددة

* وهم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا، وجميعهم في مصر.

(46) د. سليمان مرقس. مؤلفه نظرية العقد ط 1956 نبذة 93، ص 124.

(47) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق بنبرة 51، ص 103.

(48) د. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري بند 77 ص 119.

أيضا بإرادة الطرفين اللذين كونه، وفي عقود الانضمام « لا يوجد فيها شيء جديد إلا اسمها ».

وأهم الاعتبارات التي تدافع عن هذه النظرية هي الآتية :

1 - إنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرة ومتساوية بالنسبة الى الطرفين ، لأن مفهوم العقد يفترض الاتفاق أي رضا مزدوجا ، ولكنه لا يفترض أن تكون قبل «الاذعان» قد نوقشت الشروط من الطرفين .

إنه منذ قرون خلت يطلق لفظ العقود على عمليات يحدد فيها أحد الاطراف شروطه وعلى الآخر أن يقبلها أو يرفضها جملة ، حتى في القانون الروماني كان الثمن محددًا في البيع ولم يمنع ذلك أبدا من وصفه بأنه عقد بيع ، والمهم أن يكون القابل بالشروط المعروضة عليه غير مرغم أي حرا في القبول أو الرفض ، فإذا قبل فإنه يكون قد أدلى برضاه فيتكون بذلك العقد على الرغم من تحريره تحريرا مسبقا من جانب العاقد الآخر وانعدام كل مساومة ، وغاية ما في الأمر أن الطرف المذعن يكون جديرا بالحماية من تعسف الطرف المحتكر . (49)

ان الامر لا يتعلق بحماية الطرف المذعن بقدر ما يتعلق بدعوة القاضي الى تفسير العقد آخذا بعين الاعتبار فقط الارادة التنظيمية لأطرافه ، وأن الاعتراف بعقدية الاذعان يظهر ضروريا عند هؤلاء الفقهاء لأنهم يؤسسونه على واقع الارادة المشتركة للطرف القوي والضعيف المستخلص من القصد المشترك للطرفين .

2 - لا يشترط قانونا لاتفاق الارادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق ، أو أن يكون من عمل الطرفين ، وكل ما يرد على حرية التعاقد في عقد الاذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا يؤثر على صحة التراضي ، وجميع العقود مقيدة بدرجة أو بأخرى ، قليلا أو كثيرا ، بضرورات النظام الاقتصادي والسلطة اللائحية التي يراد اعطاؤها للموجب وهي سلطة خطيرة لأنها تؤدي الى الاضرار بصالح الطرف المذعن . (50)

(49) د . سليمان مرقس المرجع السابق ص 125 .

(50) د . عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974 بند 83 .

3 - إذا اردنا أن توجد فئة من التصرفات القانونية خارج إطار القانون المدني فإنه يستوجب علينا، على الأقل تعريفها، كما يجب تعيين معيار تمييزها، ولهذا فإن مناهضي هذه النظرية لا يعطون سوى تبريرات غير مقنعة، وقليلة في نظر أصحاب عقدية الاذعان الذين يرون أن الحجج التي سنوردها لأصحاب النظرية غير العقدية ينقصها معيار دقيق يفرق عقد الاذعان عن غيره من العقود، وهذا ما يؤدي بالمحاكم الى عدم الدقة والتردد.

كما اعتبر أصحاب النظرية غير العقدية أن كل ما يبدو في صورة قانون جماعي (51) «Loi collective» هو عقد اذعان، ولكن هل هذا كاف؟ ان محاولة اتخاذ معيار كهذا لا يجيب عن كل التساؤلات بل يكتفي واضعوه بذكر بعض العقود، كعقد العمل في الصناعات الكبرى وعقد النقل بواسطة السكة الحديدية، وهذا المعيار في الحقيقة جد واسع وبالتالي لا يرضي المشتغلين بهذه المسألة من الفقهاء، فما معنى عبارة « كل ما يكتسي طابع قانون جماعي؟ »
«Ceux qui revêtent comme un caractère de loi collective ?»

يقول ديرو في مناقشته لهذه العبارة «إننا إذا أردنا فهم هذه الصيغة فإنها تؤدي بنا في الظاهر الى أنه يكون عقد اذعان في كل مرة يوجه فيها موجب الى مجموعة غير محددة، وأي شخص يمكن له أن يقبل هذا الايجاب الموجه الى الجمهور لا يمكن القول إنه انضم الى قانون جماعي». (52)

ويعطي أمثلة لذلك فيقول «في عروض المحلات الكبرى لبيع الملابس الجاهزة نلاحظ على تلك الملابس ثمننا معيناً، ومع ذلك نشترى البضاعة، فهل هذا يشكل عقداً من عقود الاذعان؟ وأمام واجهة مكتبة أختار مؤلفاً واشترته بثمن محدد فهل يشكل هذا عقداً من عقود الاذعان؟ وكل المحلات والدكاكين التي نواجهها في عصرنا الحاضر هل تقدم اليها عقود اذعان؟».

غير أن هذه ليست عقود اذعان، بل إنه بمعناها الفني تشكل ايجاباً ملزماً، وغني عن البيان أن الايجاب الملزم موضوع أساسه بنص تشريعي فنصت المادة 93

(51) جورج ديرو: الطبيعة القانونية لعقود الاذعان. المقالة السابقة المنشورة في المجلة الربع سنوية للقانون المدني. 1910 ص 509 وما بعدها.

(52) ديرو. نفس المقالة السابقة ص 508.

من القانون المدني المصري الحالي - على أنه «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.»

وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة «ويقابل نص هذه المادة في القانون المدني الجزائري المادة «63».

ويقول الأستاذ السنهاوري في شرح هذه المادة «فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقا لنص التقنين الجديد. ولم نعد بعد هذا النص في حاجة إلى البحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم، أي أن الالتزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقا لنص القانون، وهذه هي إحدى الحالات التي نص التقنين الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدرا للالتزام» (53) ويسقط الإيجاب في حالتين:

الحالة الأولى: أن يرفض الموجب له الإيجاب فيسقط ولو لم تنقض المدة، وقد يكون ذلك في صورة قبول يتضمن تعديلا للإيجاب، وقد يكون رفضا محضا، أو بتقديم إيجاب جديد.

الحالة الثانية: حالة انقضاء المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزما، وغني عن البيان أن الإيجاب الملزم هو إرادة منفردة بينما عقد الإذعان هو عقد يقتضي اتفاق ارادتين وتكون آثاره القانونية كسائر العقود الأخرى فالباعة المتجولون الذين يعلنون عن الثمن دون أن يحددوا شخصية القابل فيبحثون عن قابل أي كان لهذا الإيجاب وهذا لا يشكل عقد إذعان ولا يتعدى كونه إيجابا ملزما.

ولكن أصحاب النظرية التي تقول بأنه عقد يردون على ذلك بأن كثرة الشروط أو قلتها لا تكفي لتغيير طبيعة العقد.

والواقع أن الجمهور نفسه مقتنع بأن التأمين أو شراء تذكرة للسفر بالقطار أو تذكرة لمشاهدة مسرحية أو أية مادة يعرضها محل ما يعد عقدا ويبدو هذا الرأي سليما من الوجهة القانونية لأن انضمام الجمهور هو الذي يكون عقد الإذعان أما قبل الانضمام فيبقى مجرد إيجاب ولا يترتب أي أثر قانوني من الآثار التي ترتبها العقود.

(53) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام. ط 1964. ص 223، 224.

ويقول ديرو: «إذا كان القانون المدني قد أخطأ فرضاً» ولكن يجب التدليل على هذا الخطأ، فضلاً عن أننا إذا وصلنا إلى إخراج هذا المفهوم من القانون المدني فإن هذه الفئة من العقود تظل غير معرفة تعريفاً دقيقاً.

وبالتأكيد إذا اعتبرناها «عقوداً بالاذعان» فما هي النتائج العملية التي تترتب على ذلك؟ اننا نجد أنفسنا أمام جزء كبير من الحقوق غير منظمة وما هي المحاكم المختصة أو القانون الذي يحكمها؟ وماذا يكون الوضع بالنسبة إلى رجال الأعمال الذين يضحون غير متأكدين من القانون الذي سيعتمد عليه القضاء في أحكامه؟ ثم أين يجدون المبادئ العامة التي تقود الفقهاء في هذا الموضوع عند طرح القانون المدني؟» (54).

وفي الحقيقة إن التصرف بالاذعان هو عقد، ومن أجل التدليل على ذلك مباشرة فإننا نعتمد على الكيفية التي يتولد بها عقد الاذعان وعلى آثاره القانونية. إن تكوين عقد الاذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة للطرفين أو للعديد من الأطراف، وبدون وجود هاتين الإرادتين واتجاههما لإحداث أثر قانوني معين لا نستطيع في الواقع القول بأننا بصدد عقد.

فلا المنطق القانوني السليم، ولا القانون المدني نفسه يسمح بذلك، فالحق أو الالتزام هما علاقة بين شخصين أو أكثر، ولا يوجد معنى للفهم بأن إرادة واحدة يمكن أن تظهر هذه العلاقة أو الرابطة كما تقول القاعدة الأصولية: (RES INTER ALIOS ACTA ALIIS NEC NOCET NEC PRODEST) ومعناها «أن العقد لا يسري على من لم يكن طرفاً فيه». والحقائق التي تبررها أيضاً هو أن الشخص لا يستطيع أن يلزم غيره، ولا للغير أن يلزمه تجاه نفسه، أضف إلى ذلك أن الجميع يعترف بأنه لتطبيق هذه التصرفات التي ندرسها، أي أن الاذعان ضروري. وهذا خير دليل على أنه لا ينشأ بإرادة منفردة.

وإذا سلمنا أنه من نتاج إرادة منفردة فكيف لا ينتج آثاره إلا بظهور إرادة أخرى موافقة!

لا يوجد تصرف قانوني صحيح لا ينتج أثره، وعليه فإن آثار التصرف بالاذعان يلزم فيه المذعن في حدود ما قبله، وهذا طبيعي ولا يخرج عن نطاق

(54) ديرو. المقالة السابق الإشارة إليها ص 509، 510.

النظرية العامة للعقد. وإذا كان ثمة رأي في الفقه بأن هناك أوجها عملية يجب مراعاتها فإنه يجب أن يؤكد أن المدعن قد خضع الى التزامات لم يرض بها.

ان السلطة العامة هي وحدها التي يحق لها أن تملّي قواعد وتفرضها على الغير دون رضاه، وإن اغفال هذا المبدأ الأساسي قد أدى بالفقهاء الذين ناقشوه الى منح السلطة التنظيمية الى الافراد. والفقيه هوريو (وهو من فقهاء القانون الاداري) قد اعترف بذلك على الأقل في تعبيره «ان عقود الازعان هي عقود ذات طابع تنظيمي». (55)

وعندما يتساءل عن كيفية حياة الشركات أو الاشخاص (المؤمنين، وأرباب الأعمال... أو غيرها) الذين لهم سلطة تنظيمية يقول: فإذا منحنا السلطة العامة «Pouvoir public» الى كل الأشخاص، الا يعني ذلك هدم هذه السلطة؟ وكذا الحال اذا منحنا السلطة التنظيمية «Pouvoir réglementaire» الى كل لاشخاص فان ذلك يعني هدم هذه السلطة.

ويقول جورج ديرو: «وبصورة نهائية فان آثار النظرية الحديثة قد ضيقت الخناق على نفسها بل وقعت في مأزق لا يمكن تفاديه. لنفترض ان نتاج عقود الازعان محددة بالارادة المشتركة للطرف على كل النقاط التي تعرضت لها، أما ما عداها فيحكم بقواعد العدالة وبالعرف أو بالقانون، وعندئذ نجد أنفسنا كما لو كنا نعامل جميع العقود بالضبط، فنطبق بكل بساطة قواعد النصين 1143، 1135 من القانون المدني الفرنسي، ونجد أنفسنا شيئا فشيئا فيما عرضته النظرية التقليدية، أما اذا قلنا بالعكس، أي بإبعاد هذه القواعد يجب أن نبعد أيضا الارادة المشتركة للطرف وكذا القانون وقواعد العدالة ولكن أي فقه، أو أي ذوق فقهي يقبل هذا؟». (56)

والحقيقة يجب أن تمنح سلطة عامة للعقود الادارية التي من فئة عقد الازعان وسلطة تنظيمية لعقد الازعان الذي من القانون الخاص. لذلك يضيف ديرو قائلا: «الحقيقة أن كل عقود الازعان من القانون الخاص ومن القانون الاداري، وكذا كل العقود الواردة على التسيير (التي تقابل تصرفات السلطة العامة) محكومة بمبادئ القانون المدني فيما يخص الالتزامات الاتفاقية (التعاقدية).

(55) ديرو. المقالة السابقة، ص 506، وملاحظة هوريو التي أشار اليها.

(56) ديرو المقالة السابقة ص 511.

ان القضاء مستقر على هذا المفهوم، لذلك اذا رجعنا الى أحكام القضاء المدني فإننا نجد سلسلة من الاحكام المتعلقة بالعقد، سواء كان عقد تأمين أو نقل بواسطة السكة الحديدية فاننا نجد لها مؤسسة على الارادة المشتركة للاطراف المتعاقدة». (57)

والقضاة، لا يعطون أهمية للنظرية غير العقدية حتى بمحاولة تنفيذها أو على الاقل ذكرها، أليس هذا دليلا قاطعا على أنها لا تستجيب للاحتياجات العملية؟

وهكذا استخلص أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الاذعان عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدا، وكذا خطورتها اذا كانت تهدف الى الوصول الى اعطاء فعالية قانونية للارادة المنفردة، واعطاء سلطة تنظيمية للمؤسسات الخاصة وذلك خلافا للادارة العامة (Administration publique) فان لها سلطة عامة، ويمكن اعطاؤها سلطة تنظيمية على هذا الاساس.

المبحث الثاني :

النظرية القائلة بأن عقد الاذعان مركز منظم «Institution»

وهذا الفريق الذي ينكر وصف العقد على الاذعان يرى فيه مركزا قانونيا منظما تنشئه ارادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها. وينكرون وجود عقد الاذعان انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف، وحرية المفاوضة بينهما، في عقد الاذعان يوجد من جهة عدم المساواة بين المتعاقدين كوضع المنشأة بالنسبة إلى العامل ولا توجد مساهمة أو مشاركة للطرفين في وضع الشروط واعدادها التي تنطبق عليها الارادة من جهة أخرى.

وهذه المعطيات هي التي أدت بالمناهضين للنظرية العقدية الى تقريب عقد الاذعان من «المراكز القانونية المنظمة» أي الى التصرفات التي يحكمها القانون

(57) انظر في هذا الصدد خاصة - نقض مدني 15 يناير 1906 .

«واطرء القضاء على أن النظام الاساسي للمصنع لا يلزم العامل الا اذا كان على دراية كافية به» .

العام، والتي بمقتضاها تكون السلطة العامة منفردة تخلق قواعد وشروطا معينة تفرضها على الأفراد.

ومن هنا يجب أن يفسر الاذعان، كما يفسر القانون أو اللائحة وان يطبق تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها.

وقد ذهب البعض الآخر الى القول بأن عقد الاذعان لا يعدو أن يكون تصرفا تنظيميا.

وهؤلاء هم المغالون المتطرفون، اذ أن تلك المنشآت الجماعية بكثرة عدد أعوانها وزبائنها وبالمصلحة والفوائد الكثيرة التي تحققها تشبه الى حد كبير المرافق الادارية العامة وخاصة بواسطة «سلطتها التنظيمية»، فيجب على رئيس المنشأة الذي هو مدعو أيضا الى تحقيق مصالح حقيقية للجمهور أن تكون له سلطة هامة عن طريق «عقد الاذعان» الذي يظهر بحدوده في مستوى ميدان القانون العام. (58)

أما الاذعان فليس من شأنه أن يغير من طبيعة هذا المركز لأنه لا يخلق الالتزام وانما يجعله منتجا فقط.

وعلى هذه الاسس المشتركة تركز عدة اتجاهات فكرية مختلفة تبناها أغلب الفقهاء المتخصصين في القانون العام أمثال ساليي، وديجي وهوريو نوضح رأي كل منهم فيما يلي:

1 - طبيعة عقد الاذعان عند «ساليي» «Raymond Saleilles» وهو من فقهاء القانون المدني، وقد كرس جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الارادة المنفردة في كتابه «التعبير عن الارادة» (59).

وقد ذهب الى أن عقد الاذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالارادة المنفردة. وقد كتب «ساليي» بأن «عقد الاذعان»

(58) د. فكر سالي في مؤلفه (الالتزامات في القانون الألماني) ص. 228.

– Saleilles : de la déclaration de volonté, 1901, p. 229 et 230.

(59)

المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد». (60)

وحسب رأيه فإن القيمة القانونية «لعقد الاذعان» لا تجد مصدرها في التوافق الارادي، ولكن في الارادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه ولا يتعدى كونه مكملا لشرط موضوع للتنفيذ من المنشئ ذاته.

فمصدر الرابطة او العلاقة القانونية تجد نفسها في الارادة المنفردة لمحرر العقد، ان هذا الاخير هو الذي خلق قانونها، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن وذلك تحت شرط اذعان الاطراف الاخرى، ولعل هذا هو الذي أدى بسالبي الى التمسك بـ:

- إنه من غير المجدي البحث بالعناية التي يوليها القضاء - ذلك لأن التقنين لم يذكر عقد الاذعان، بل إن القضاء هو الذي كان يعطي له تفسيرات عديدة كما سنرى - الذي يعتنق النظرية العقدية اذا ما كان المذعن على علم بشروط العقد أم لا اذ يكفي أنه من المفروض أن يعلم وقد تبعه في ذلك بعض الفقهاء (61).

- ان تفسير عقد الاذعان يجب أن يخرج عن القواعد العامة لتفسير العقود لأن هذه الاخيرة تفسر بالبحث عما اتجهت اليه ارادة العاقدین المشتركة، لكننا هنا لا نجد ارادة مشتركة، وبالتالي يجب الاعتداد بارادة محرر العقد «أي الارادة المنفردة» كما هو الحال بالنسبة إلى قواعد القانون اذ يبحث فيها القاضي عما اتجهت اليه نية المشرع.

وكما يقول سالبي، اننا لا نبحث عن ارادة المحكومين عند تفسير القانون فنرجحها، نفس الشيء بالنسبة إلى «عقد الاذعان» فاننا لا نبحث عن ارادة المنضمين (الزبائن) ولا نعتد بها، ونأخذ فقط بإرادة محرر العقد الذي يعتبر مركزه كمركز المشرع هنا، وتكون ارادته هي القاعدة في التفسير.

(60) انظر في هذا المعنى أيضا، دولا، عقود الاذعان. باريس 1905. ص 133. وما بعدها.

- Dollat, Les contrats d'adhésion, Paris, 1905, p. 133 et suiv.

(61) انظر في هذا المعنى، الدكتور الشيتي في رسالته (في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد) والتي تقدم بها الى معهد القانون المقارن بباريس 1949.

فحسب «ساليي» لا يوجد توافق الارادتين ما دام الأمر على هذه الصورة فإن «عقد الاذعان» المزعوم ليس عقداً.

2 - رأي ليون ديجي «Léon Duguit» .

وهو من فقهاء القانون العام ، وقد أخذ برأى مشابه لـ «ساليي» ، فعنده أن «عقود الاذعان» هي شكل من أشكال التصرف بالارادة المنفردة ، والقيمة القانونية لهذا التصرف لا تكمن في الارادة المنفردة في حد ذاتها كما يرى ساليي ولكنه يأتي بفكرة أساسية سواء في القانون العام أو الخاص على أساس أن الارادة لا تخلق القانون ، وإنما الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة التي يطلق عليها «الضرورات الاجتماعية» . (62)

فبقدر مطابقة الارادة للضرورات الاجتماعية يمكن أن تستقي قيمتها القانونية .

عند انشاء مؤسسة للنقل ، أو شركة للتأمين ، فإن الفرد يقرر حالة واقعية ، وإذا كانت هذه الحالة الواقعية مطابقة للضرورات الاجتماعية التي تشترط لتنمية تلك المنشآت أو المؤسسات فإن الفرد الذي هو السيد يستطيع أن يقترح القواعد الضرورية لتنظيمها وتنمية تلك الحالة الواقعية ، وتصبح تلك القواعد من القانون الموضوعي ، ولكن الذي يعطي أو يكسب تلك الأحكام قيمة قانونية وصيغتها كقواعد قانونية ليست ارادة رئيس المنشأة ، ولكن مدى مطابقة تلك الارادة للضرورات الاجتماعية ، وفي هذه الحالة فإن انضمام العميل يصبح هو الشرط لتطبيق هذا القانون الموضوعي . وينتج عن هذا القول أن تفسير عقد الاذعان لا يتوقف على ارادة محرر العقد ، بل ان التفسير الذي يجب أن يذهب اليه القاضي يقترب من ذلك التفسير الذي يفترضه عندما يتعلق الامر بتفسير اللوائح الادارية .

– Léon Duguit – L'Etat et le droit objectif, p. 55,432

(62)

– Les transformations de droit privé, p. 115 et suiv.

ديجيه ، الدولة والقانون الموضوعي ص 55 ، 432 .
وأيضا مؤلفه ، تحولات القانون الخاص ص 115 وما بعدها .

فالقاضي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار، الى حد ما، ارادة محرر اللائحة ومعددها، ولكنه ملزم أن يأخذ بعين الاعتبار وقبل كل شيء ضرورات التوفيق للصالح العام وفوائد المجموعة أو المرافق العامة ومصالح المواطنين كأفراد. انه من الضروري، من أجل تحسين مرفق سواء كان عاما أو خاصا، أن يتقدم أحد الأطراف ويعد تنظيما له شريطة أن يستوحى من ضرورة المحافظة على الصالح العام.

وليس له أن يملئ شروطا بهدف أناني محض أو بقصد الاستغلال لأحد الاطراف.

وإذا كان صاحب المنشأة الخاصة لم يراع قبل كل شيء مصلحة المرفق فانه يكون بذلك قد ارتكب شيئا يقترب من تجاوز السلطة في القانون الاداري.

وفي نظر ديجي وهو ما أخذت به القوانين الحديثة فان على القاضي بالضرورة أن يتدخل لازالة الشروط التعسفية أو المشددة ولا شك أن المشرع الجزائري يعتبر متفقا مع هذا الرأي من حيث نتيجته، وهي التدخل لازالة الشروط التعسفية بمقتضى نص المادة 110 م. ج، لكنه يختلف عنه من حيث تكييف طبيعة عقد الازعان، لان المشرع الجزائري عندما أخذ بتدخل القاضي لازالة الشروط التعسفية فانما على أساس مبدأ عام أخذ به وهو نظرية التعسف في استعمال الحق.

3 - رأي الفقيه هوريو «Hauriou» .

وقد اتبع رأي الفقيهيين السابقين، فعقد الازعان عنده، ليس سوى مركز قانوني يتميز باستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها. بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه.

اذ أن العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد اذعان وخضوع، «فعقد الازعان» أقرب الى أن يكون نظاما أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ولذا يجب أن يفسر كما يفسر القانون، وتراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها. (62)

(62) مكرر مقالة السيد هوريو. 1908، 3، 19.

- Note de M. Hauriou, s. 1908.3.19. (col 1 et 3).

«C'est la volonté réglementaire seule qui compte au point de vue de l'interprétation.

C'est elle seule aussi qui compte au point de la compétence du juge et du point de vue de la nature du recours qui peuvent être intentés.»

وقد تبع هوريو الاستاذ ديموج في أن عقد الاذعان هو مركز قانوني منظم "Institution" ويجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولا ثم بما يستحق الحماية من كل من طرفي العقد ثانيا (63)

ويرى مناصرو النظرية غير العقدية التي هي الاتجاه لدى فقهاء القانون العام، أن عقد الاذعان هو في الحقيقة تصرف بارادة منفردة، وأن الانضمام اليه بعيد كل البعد عن أن يغير من طبيعته ويجعله تصرفا من الجانبين، ويقول ديرو: عندما يكون القطار على سكة الحديد ينتظر صفارة رئيس المحطة فان الاذن بالتحرك لا يعني أبدا مشاركة الصفارة في انشاء الحركة (64).

غير أن هذا التشبيه غير سديد وقد غفل عن ذهن واضعه أن القبول عمل قانوني وليس عملا ماديا.

ويضيف ديرو: «إذا ما رغبتنا في مقارنة تكون أكثر قانونية فاننا نأخذ بالمقارنة التالية:

إن القانون لا يشرع في تطبيقه الا بعد مصادقة رئيس الجمهورية عليه، فهل نستطيع القول: إن القانون الذي صادق عليه الرئيس صادر عن إرادتين: إرادة المجلس الشعبي الوطني (برلمان) ورئيس الدولة؟

ان المصادقة على القانون هي مجرد إعطائه اشارة للتنفيذ، فهي ضرورية قبل الاصدار، وتصبح بعده مسألة عابرة وفرعية، لذلك فان الآثار التي يربتها القانون لا تكون الا وفقا لما أراده المجلس (السلطة التشريعية).

ومع أننا لا نشاطر رأي الفقيه في اعتبار مصادقة رئيس الجمهورية على التشريع مسألة شكلية، ذلك أن تلك المصادقة هي جزء من عملية وضع التشريع، لذلك فهي ترتب آثارا من حيث التطبيق والسريان... الخ. الا أننا نوافقه في أن القاضي المفسر للنصوص التشريعية لا يبحث عن نية رئيس الدولة الذي صادق على القانون، ولكن يبحث فقط عن ارادة المشرع الذي أعده، كذلك عقد الاذعان يرى فيه أنصار هذه النظرية أنه نتاج محض لارادة الموجب الذي قدمه الى الجمهور، ولكي يكون قابلا للتنفيذ لا بد أن يكون محلا للاذعان،

(63) د. السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام). ط 1964 ص 247.

(64) ديرو. المقالة السابق الاشارة اليها ص 512.

اذعان حر وواع ، كما هو الشأن بالنسبة إلى المصادقة على القانون ، فصحة الاذعان لم تستبعد الا أنها تحولت من ضرورة الى فرعية ، وأثار العقد تحددها ارادة الشخص الحقيقي لمعد العقد .

ونورد بعض الحجج التي تسند هذه النظرية :

1 - يرى «ديجي» أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الاحوال ما بين المتعاقدين (65) ، وهذا هو الاتجاه العام في القانون المدني الذي عالج العديد من العقود التي تتضمن شروطا تعاقدية ليس فيها مساواة بين أطرافها كما هو الحال بالنسبة إلى عقود الشركات ، تنص المادة 426 مدني جزائري على أنه إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا .

ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط الا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله ، وتقابلها المادة 1855 م . فرنسي وكذا بالنسبة إلى حق الفسخ بالنسبة إلى الغبن الزائد ، بنسبة 7/12 في بيع العقارات في القانون المدني الفرنسي ، وفي دعوى تكملة الثمن في القانون المدني الجزائري فتنص المادة 358 م . ج على أنه : «إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل»

ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

إن القانون المدني في نظر الفقهاء ، وأصحاب النظرية غير العقدية قد وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافها متساوية ، وهذه النتيجة واردة في الاوضاع التي يعتبرونها عقد اذعان .

ففي هذه الاخيرة اذا ما وازنا بين أطرافها فاننا نجد أبسط الاشخاص منهم من له دراية بالاعمال ومنهم ذو الحاجة ، وفي مرات أخرى أميين بينما الطرف الآخر مؤسسات للتأمين ذات مصالح ومحامين كبار ورؤوس أموال تعد بالملايين ، أو أرباب مصانع كبرى تحت سلطنة جيوش حقيقية من العمال ، والآلات ، أو لشركات أخرى يفوق رأس مالها ميزانية بعض الدول .

(65) ديجيه ، المرجع السابق ص 298 .

أو أيضا الدولة نفسها، وهي مصدر كل القوانين الوضعية، فهذه السلطة لا يمكن أن تكون محدودة بارادة فرد معين، فهل يمكن أن يكون ما يجريه الفرد معها عقودا حقيقية تعتمد على الارادة المشتركة؟

وهل منا من ينكر ضرورة تواجد بعض المساواة بين المتعاقدين؟

انه على الاقل يجب أن نعترف بأن العقد يفترض بالضرورة ارادات حقيقية جديرة بهذا الاسم، أي ارادات حرة وواعية، ففي نظام المصنع «Règlement d'atelier» مثلا هل يقبله العامل بارادة حرة وواعية؟

ان الفقيه «Aubert Valleroux» وهو أحد مشاطري النظرية العقدية يقول في إحدى مقالاته: «انه محرر من طرف رئيس المصنع، وفي بعض الاحيان، وتلقائيا يستشار عماله ويلصق المطبوعات في المصنع، ويفترض أن كل عامل دخل المصنع يعتبر قد قبل ضمنا، أي أن العقد يشكل بالقبول الضمني» (66).

فالعامل قد دخل المصنع ولم يقرأ بعد النظام الاساسي المعلق بداخله، ولم يخطر حتى بوجوده، فعند دخوله لأول مرة لا يجد نفسا في قراءة كل المطبوعات (الملصقات)، ولكي تستقيم النظرية العقدية لا بد أن يكون قد قرأ كل الملصقات بارادة واعية وحررة، وقد يخالف العامل في تلك اللحظات حكما من أحكام تلك الملصقات فيبادره رب العمل بتسليط غرامات قد تعادل خدمة 15 أو 20 يوما، حتى ولو كان الخطأ بسيطا، أو بتأخير دفع أجرته (67).

ويقول ديرو بشأن تطبيق نظام المصنع على العامل:

«ان العامل الذي لم يحس بوجود هذه الملصقات لا يمكن اعتبار جهله بأحكامها ارادة منه، وبالتالي فإنه لا يمكن افتراض قبوله بها، اذ من الغرابة أن توجد ارادة تجهل نفسها» (68).

(66) فاليرو. مجلة الاقتصاد السياسي، 1901 ص 891.

– M. Hubert Valeroux, Revue d'économie politique, 1901. p. 891. «Rédigés par le chef d'industrie, qui, parfois, et à titre absolument gracieux et spontané, consulte son personnel, ils sont imprimés et affichés dans l'atelier, et chaque ouvrier est présumé par le fait de son entrée, les avoir acceptés. C'est par cette acceptation tacite que se forme le contrat.»

(67) كايو، مشكلة نظام المصنع بفرنسا، مجلة الاقتصاد السياسي 1901 ص 891.

– Caillex, La question des règlements d'atelier en France. Revue d'économie politique, 1901, p.891.

(68) ديرو. المقالة المشار اليها سابقا ص 515.

ويجب أصحاب النظرية العقدية بأنهم قد اعترفوا لقاضي الموضوع بسلطة ابعاد نظام المصنع، عند اللزوم، أي عند عدم علم العامل به، الا أن ديرو يعلق على ذلك بأن الدور التصحيحي غير كاف، لانه حتى وان تمت مراعاة ذلك فإنه يحكم بعدم استجابة العامل الى حاجيات عملية، لأن العامل عند دخوله في أغلب الأحيان لا يقرأ النظام، وحتى لو اتخذ رب العمل الاحتياطات اللازمة كأن يجعل العامل يوقع على نسخة من نظام المصنع في الوقت الذي يقبل العمل، فإن هذه النسخة الموقعة تكون في ظروف لا تتيح للعامل ماديا أن يقرأها في البداية على أمل وأنه يستطيع قراءتها بعد ذلك، ولكن يكون الامر قد انتهى فالعقد قد انعقد، ويستحيل عليه عندئذ اضافة شروط جديدة الا بمقتضى عقد آخر، والا استطعنا القول بأن المرور المتكرر للعامل على ملصقات ليس ملزما بقراءتها كاف بأن يكون هذا العقد الجديد، وهذا التبادل الجديد في الرضى؟

لذا يذهب أصحاب النظرية غير العقدية الى أن ذلك التصور غير معقول، واذا لم نقبله فان صحة نظام المصنع لا تركز على ارادة رب العمل و ارادة العامل، وبعبارة أخرى فان النظرية القائلة بأنه عقد تدفعنا الى الاعتراف بوجود عقد وهمي أو الى انكار الاحتياجات العملية.

ونستطيع أن نحقق ذلك في مختلف عقود الازعان، فتساءل مثلا عن آثار الشروط المطبوعة على تذاكر النقل البحري فنجد أن المحاكم تحت تأثير الفقه التقليدي، قد قبلت بأن هذه الشروط لا يحتج بها على المسافرين الذين لم تتح لهم امكانية قراءتها أثناء أخذهم التذاكر. (69)

غير أن الاحتياجات العملية يجب حتما أن تؤدي الى تغيير موقف القضاء الذي قبل هذا الوضع «فيما عدا حالي الغش والتدليس، اذ يعتبر أخذ المسافر للتذكرة وهو على هذا الوضع قبولا للشروط المطبوعة» (70) فهذا القضاء سليم، ولكن كيف يمكن ربطه بالنظرية غير العقدية؟

(69) ديرو، المقالة السابقة ص 516، والحكم الذي أشار اليه لمحكمة دواي 17 مارس 1847.

- Douai, 17 mars 1847, S. 1847.2.207.

(70) عن ديرو، نفس المقالة والصفحة، محكمة النفى الفرنسية 16 مارس 1896.

- Cass. Civ. 16 mars 1896, pond. France, 1897.1.40.

كيف نفرض كما تقتضي النظرية العقدية بأن المسافر قد قبل تلك الشروط المطبوعة بإرادة حرة وواعية، أننا لا يمكن أن نجهل الواقع ونتناسى كيف تحدث فيه هذه الأشياء .

فعندما يرغب شخص في السفر فإنه يتقدم الى شبك التذاكر ويجد نفسه أمام استحالة مادية لاجراء مناقشات مع بائع التذاكر لأنه بمجرد أن يحدد المكان الذي يتجه اليه ينطبق عليه ثمن محدد، وتكون التذكرة امامه، اذا لم يقبل بعد ذلك بعض الشروط فان العقد يكون قد انعقد، ان هذا المثال الذي أورده ديرو، رغم تحمسه للارادة المنفردة الا أننا نجد في نفس التعبير ردا في قوله «اذا لم يقبل بعض الشروط فإن العقد يكون قد انعقد» .

وهذا ما يؤدي بنا الى القول بأن مجرد تقدم المواطن للانضمام الى الايجاب يعتبر قبولا ينعقد به عقد حقيقي، ونستخلص من ذلك على العكس من ديرو أن المسافر قد قبل حقيقة شروط التعاقد .

ويضيف أنصار النظرية القائلة بأن عقد الاذعان هو مركز قانوني منظم مثالا آخر مفاده «كيف يعقل أن المؤمن له يقبل بإرادة حرة وواعية كل محتوى بوليصة التأمين التي تحتوي على أوراق عديدة، وصفحاتها مطبوعة وبخط رقيق، وبأسلوب صعب، والتزاماته المفروضة عليه عديدة يكاد احترامها يكون مستحيلا، وكل شروط السقوط التي تصنع دون نهاية المؤمن له تحت تقدير الطرف الآخر، وان كان المؤمنون أنفسهم لا يجروون دائما على اظهار الحقوق المخصصة لهم تخوفا من تثبيط عزيمة الجمهور.» (71)

ونحن نرى غرابة هذا المثال اذ لا يشك أحد من الفقهاء في أن التأمين عقد، وتقسيماته هي أيضا تشكل عقودا كعقد التأمين البري، والبحري . . . الخ . وهي تابعة لهذا العقد الأصلي، ثم ان التشريعات المختلفة، ومنها التشريع

(71) ديرو المفاتنة السابقة والمراجع التي أشار إليها في ص 518 وهي :

– Gouionin : – Les causes de déchéance, dans les polices d'assurance contre l'incendie 1905,
– Le compte rendu de la séance de la société d'études législatives du 25 mai 1905 (Bulletin de la société n°6) V. également. Etude de G. Derreux. de l'interprétation des actes juridiques privés, 1905 p. 168 à 174 et 187 à 197.

الجزائري سواء في التقنين المدني أو في التقنين الخاص بالتأمين، تتحدث عن عقد التأمين وتحدد له تعريفاً.

وعن النقل بالسكك الحديدية فإنه يستدعي ملاحظات خاصة عند أنصار النظرية غير العقدية، إذ أن التفاوض الحر بين المؤسسة وعميلها لا تصطدم فقط باستحالة مادية، ولكن أيضاً تصطدم باستحالة قانونية في بعض البلدان كالألمانيا مثلاً التي تنص فيها المادة 453 من القانون التجاري الألماني على أنه: «لا يمكن للسكة الحديدية التي توفر خدماتها للجمهور، فيما يخص نقل البضائع، أن ترفض نقل البضائع إلى محطة معينة من محطات ألمانيا الخاصة بنقل البضائع شريطة أن يخضع المرسل إلى شروط النقل والاحكام العامة التي تأمر بها السكة الحديدية». (72)

أما الاسعار المتجانسة فلها في الواقع قوة ملزمة، ويذهب سدى الاتفاق الذي يتم بين العميل والهيئة فيما يخص التخلي عن بعض الشروط، فهذه تبقى جزءاً لا يتجزأ من العقد المبرم فتطبق رغم عدم قبول الزبون لها قبولاً حقيقياً.

ونفس الاعتبارات يمكن الأخذ بها فيما يخص تسعيرة البريد، أو الغاز أو أي عرض يقدمه شخص معنوي خاص وذو نفع عام، فهو يقترب بذلك من العقود الادارية، تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها، والتي مبناهما الاذعان، لأن للإدارة سلطة ليست محل جدال. فعقودها محدودة بقوانين ولوائح، وهذه القوانين وتلك اللوائح تدمج بالاتفاق بصورة غير قابلة للفسخ وتضفي عليها صفة السلطة العامة وبالتالي التصرف بالارادة المنفردة.

غير أن أصحاب النظرية غير العقدية يرون، أنه إذا كان أرباب العمل في الصناعات الكبرى، أو هيئات التأمين، أو المرافق العامة لا يرغبون في مناقشة شروط العقد مع كل فرد على حدة فإن ذلك له ما يبرره، لأنهم وضعوا الشروط للكافة، لاستحالة مثل تلك المناقشة. فلو كان على رأس مصنع يدوي رجل

(72) – Art. 453 du code de commerce allemand «un chemin de fer servant au public pour le transport de marchandises ne peut refuser d'entreprendre les transports à une station située dans l'empire d'Allemagne et organisée par le transport des marchandises à la condition que: 1° l'expédition se soumettra aux conditions de transport et aux mesures générales ordonnées par le chemin de fer.»

محسن خير، قرر أن يتناقش مع كل العمال واحدا واحدا في تفاصيل نظام المصنع ، فإنه لا يخرج الا بنظام يقضي على المصنع ويؤدي به الى الافلاس .

نفس الشيء بالنسبة إلى التأمين فهو عقد يفترض بالضرورة مجموعة كبيرة من الاشخاص يخضعون لنفس الخطر، كيف نتصور اذا كانت البوليصة محررة على أساس وضع شخص معين؟ إنها سوف تتأثر به بدون شك فنكون بذلك أمام عقد ولكنه ليس عقد تأمين بل عقد رهان حقيقي ، ذلك لأن عقد التأمين مؤسس على الاحصائيات وعلى قانون العدد الاكبر، لذا فانه يدوس على الارادات الفردية ويكون بذلك عقدا بارادة منفردة هي ارادة المؤمن . (73)

المذهب الوسط

توجد ما بين الرأيين السابقين آراء وسطى تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الازعان من قدر تعاقدى أو غير تعاقدى ، فمنها ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الازعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وان كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب الى ذلك ديموج (74) .

ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية فيعتبر عقد الازعان خليطا من جزئين أحدهما تعاقدى والآخر لائحي وهو رأي الاستاذ جونو (75) .

وقد اتبع رأي جونو الفقيه لويس لوكا . (76)

ومنها ما يقرب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية وهو الاستاذ ديرو، فيقول: «اننا في الواقع نعتقد في المبدأ القائل بعقدية

(73) يقول ديرو:

– Derreux R.T.D. Civ. 1910, p. 519.

«La véritable assurance est fondée sur la statistique, sur la loi des grands nombres, elle doit donc fouler aux pieds les volontés individuelles, et être un acte unilatéral de l'assureur ou ne pas être.»

(74) د . عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد ط 1974 نبذة 83 ، دار النهضة العربية بيروت .

(75) جونو . مبدأ سلطان الارادة، رسالة من جامعة ديجون 1912 ص 227 - 303 .

– Gouionien : Le principe de l'autonomie de la volonté. Thèse. Dijon, 1912, p. 227-303.

(76) لويس لوكا . رسالة في الارادة والسبب جامعة ديجون 1918 ص 250 وما بعدها .

الاذعان، ولكن ليس على الصورة التي وضعها الفقه التقليدي في الاعتداد بالارادة الحقيقية للطرفين ولكننا قد انقذنا الى اعتبار العقود التي تتم بطريقة الاذعان بنوعين من الشروط:

الشروط الاساسية (الضرورية أو الجوهرية)، وهذه غالبا ما يتفق عليها الطرفان، وتكون اما مشافهة أو بالكتابة.

والشروط الثانوية أو التبعية وتلك هي الشروط المطبوعة.

فالشروط الجوهرية في أغلب الاحيان يقبلها المتعاقد بحرية، أما التبعية فاذا ما أخذناها بحرفيتها فإننا نعتبرها مكملة للالتزامات الاساسية الناتجة عن الشروط الجوهرية المقدمة، ولا نجعلها ترقى الى مستوى يغير أو يعدل من طبيعة وجوهر العقد» (77).

ونحن لا نوافق رأى الفقيه «ديرو» في أن الشروط الجوهرية هي التي تكون مخطوطة أو مشافهة، بل أن أغلب الشروط الجوهرية تكون مطبوعة في عصرنا الحاضر. وكان رأيه ربما ينطبق على عصره (1910). اذ لم تكن العقود النموذجية قد تطورت بعد، أما ونحن في النصف الثاني من القرن العشرين فان الوضع يختلف، فشروط العقد الجوهرية في أغلب عقود الاذعان مطبوعة وهذا لا يعني عدم اضافة شروط جوهرية مكتوبة ولكنها غالبا ما تكون على سبيل الاضافة أو التعديل.

وما يدعم رأينا هذا ما ذهب اليه القضاء الانجليزي من أن اضافة الشرط يجب أن يكتب بحبر أحمر، وما ذهب اليه القضاء الأمريكي من جعل خط أحمر تحت كل شرط مضاف.

(77) ديرو المقالة المشار اليها سابقا. ص 526 اذ يقول:

— «Cela posé, la doctrine que nous croyons juste est en principe contractuelle. Mais à la différence des auteurs classiques nous nous efforçons d'éliminer de cette matière toute fiction, de ne tenir compte que des volontés réelles des parties, nous sommes aussi conduit à considérer dans les contrats par adhésion deux sortes de clauses : les clauses essentielles, qui sont généralement verbales ou manuscrites et les clauses accessoires qui sont généralement imprimées.

La plupart du temps les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles.

هذا وإن التساؤل المطروح عن طبيعة عقد الاذعان لئن كان في الاراء التي تناولت طبيعته القانونية قد انصب على عقدية الاذعان، أو عدم عقديته، الا أنه يمكن أيضا التساؤل عن مدى طبيعة العقد ونوعه أهو أحيانا عقد خاص وأحيانا عقد إداري وتتغير طبيعته حسب ما اذا كان خاصا أو إداريا؟

ان نظرة بسيطة عابرة لمعيار العقد الاداري سوف تعطينا الاجابة عن هذا التساؤل. فعقود الاذعان نظرا لتوسع مجالها ولكونها لا تختلف عن سائر العقود قد تكون عقودا ادارية أحيانا، وقد تكون عقودا خاصة مدنية أو تجارية أحيانا أخرى.

ومع أن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر قد اختلفا في معيار تحديد العقد الاداري، الا أنه يمكن اجمالا القول بنوعين من العقود الادارية:

1 - العقود الادارية بتحديد القانون، وهي التي أدرجها المشرع في اختصاص القضاء الاداري في فرنسا سواء في اختصاص مجالس الولايات «Les conseils de préfectures» التي أصبح الآن يطلق عليها اسم المحاكم الادارية الاقليمية أو في اختصاص مجلس الدولة، ولما كان هذا الأخير يطبق قواعد القانون العام فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقودا ادارية بتحديد القانون، وذلك كعقد الاشغال العامة، فهو من أوائل العقود الادارية بتحديد القانون، مع أن النظرة الحالية اليه تؤكد أن هذا العقد أضحي من العقود الادارية بطبيعته.

وقد يكون العقد الذي نص على اختصاص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات المتعلقة به من عقود القانون الخاص في كل الاحوال، وهنا نكون أمام فكرة العقد الإداري بتحديد القانون كما هو الحال في المنازعات المتعلقة بعقود بيع أملاك الدولة الخاصة الادارية.

هذا بالنسبة الى فرنسا ومصر اللتين تعملان بازدواجية القضاء أي القضاء العادي والقضاء الاداري، اذ من الصعب التفرقة بين العقود الادارية والعقود المدنية وفقا لهذا المعيار.

أما في الجزائر ونظرا لعدم وجود قضاء مستقل اداري، ومدني، فإننا نجد مثلا المنازعات المتعلقة بعقد الاشغال العامة تطرح أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها، مكان تنفيذ الأشغال (المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية). وبالنسبة إلى عقد التوريد وأجور العمال أو الصناعات يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الاتفاق أو تنفيذه، وذلك

متى كان أحد الاطراف مقيما في ذلك المكان، (المادة 9 من قانون الاجراءات المدنية) (78).

2 - المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية (79)

لقد عرف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العقد الاداري بأنه «ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام».

ويقوم المعيار كما هو واضح من التعريف على الأسس التالية:

- أن تكون الادارة طرفا في العقد.

- أن يتصل العقد بالمرفق العام.

- وسائل القانون العام، بمعنى أن تتجه نية الادارة الى أسلوب القانون العام وتطبيقه، وعليه فان عقود الاذعان طبقا للمعايير السابقة فإنه من الصعب القول عنها بأنها عقود ادارية، أو عقود خاصة خالصة، ذلك لأنه وان كان يوجد في الجزائر قانون اداري وعقود ادارية بكل تأكيد، فإنه لا يوجد قضاء اداري متميز عن القضاء العادي، وبالتالي فلا تثار لديها مشكلة الاختصاص القضائي بذلك القدر الذي هي عليه في مصر وفرنسا. ومع أن لديها غرضا ادارية على مستوى المجالس القضائية والمجلس الاعلى، الا أن العديد من العقود الادارية هي من اختصاص المحاكم الابتدائية.

هذا، وان كانت ملكية الدولة قد توسعت في اطار التطبيق الاشتراكي بواسطة تأميم أغلب المؤسسات الخاصة الحيوية، الا أنها قد وضعت في صورة شركات أو مؤسسات تحت وصاية الدولة، غير أن نظامها القانوني غالبا ما يخضع للقانون الخاص، وعلى الرغم من أنها تعتبر مرافق عامة الا أن روابطها بالمنتفعين

(78) قانون الاجراءات المدنية الجزائري الصادر بموجب الامر رقم 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ. الموافق 8 يونيو 1966. الجريدة الرسمية العدد 47 بتاريخ 9 يونيو 1966.

(79) د. سليمان الطماوي. الاسس العامة للعقود الادارية ط 1975 دار الفكر العربي ص 50.

يجعلها مرتبطة أكثر بالقانون الخاص (80)، خاصة تلك الشركات ذات الطابع الاقتصادي كشركات الغاز والكهرباء، والسكك الحديدية والتأمين.

وتنص المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية على أنه: «يجوز عدم تطبيق هذا القانون على عقود التأمين والنقل وتوريد الغاز والكهرباء والماء التي حددت قواعدها من قبل بموجب تنظيمات، إلا أنه يجب أن تراعي هذه التعهدات التنظيم المطبق في موضوع الميزانية والمحاسبة.

ولا يجوز مبدئياً أن تبرم هذه الاتفاقيات إلا مع المؤسسات العمومية باستثناء عقود النقل المبرمة بين الجماعات المشار إليها في المادة 191 من الأمر رقم 67 - 24 المؤرخ في 18 يناير 1967 والمتضمن القانون البلدي (81).

وهكذا وبفضل تدخل الدولة في توجيه الحياة العامة، والحفاظ على التطبيق السليم للخطة الاقتصادية فإنها أنشأت ما يسمى بالعقود المبرجة، وحصرت ميدانها في المؤسسات الاشتراكية أو الشركات ذات الاقتصاد المختلط، ذات الأغلبية العمومية.

وهذا ما نصت عليه المادة 11 من الأمر رقم 76 - 11 المؤرخ في 10 صفر عام 1396 هـ الموافق 20 فبراير 1976 والمتضمن تعديل الأمر رقم 67 - 90 المؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

وهكذا فإن العقود الموجهة التي أغلبها عقود اذعان قد أصبحت تدعى فيها المؤسسات العامة والشركات ذات الاقتصاد المختلط إلى اجراءات يفرضها القانون، وإلى تنظيمات خاصة تنشأ من طرف السلطات العامة حفاظاً على المال العام، وعلى خطة التنمية الشاملة خاصة في بلد يسير نحو الاشتراكية كبلادنا.

(80) فلاشوجورج النظام الاقتصادي والاداري للجزائر. الجزء الثاني 1973 ص 297 الشركة الوطنية للنشر والتوزيع.

- Georges S. Vlachos. Institutions administratives et économiques de l'Algérie. T.2. SNED, 1973, p.297.

(81) قانون الصفقات العمومية الجزائري الأمر رقم 67 - 90 المؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 هـ الموافق 17 يونيو 1967. ويعرف هذا القانون في المادة الأولى معنى الصفقات العمومية بأنها «أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمال أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية، قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات امتياز ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون».

وبالتالي فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقود تضيق دائرته ويتحول مفهومه تحت ظل المبادئ الاشتراكية فيراعي ظروف التطور الاقتصادي والاجتماعي والمادي للجماعة بإنشاء هذا النوع من القواعد القانونية المنظمة للعقد.

فطبيعة عقد الازعان تختلف باختلاف ما اذا كنا بصدد عقد اداري أو مدني، فالأول له أحكامه التنظيمية الخاصة به سواء في ابرامه أو في آثاره، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن النظرية القائلة بأنه مركز قانوني منظم تصدق على هذه العقود، اذ يراعى فيها ما يخوله التشريع للادارات العامة من امتياز، وأن عقد الازعان الاداري يفسر وفقا للاحكام التي تضبطه.

أما الثاني فتحكمه القواعد العامة للقانون المدني، الا ما ورد فيه نص خاص، كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، وبالتالي فإن أحكام النظرية القائلة بأنه عقد تصدق على عقود الازعان الخاصة. وبذلك لا يوجد تعارض بين النظريتين ولكن لكل منهما تطبيقا ملائما لطبيعة التصرف الذي تحكمه.

المبحث الثالث: خصائص عقد الازعان.

خصائص عقد الازعان.

بالرجوع الى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد نجد أنها تجمع خصائص عقد الازعان فتقول: «وتتميز عقود الازعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الاولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

والثاني احتكار السلع أو المرافق، احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.

والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق الى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها.

وعلى هذا النحو تعتبر من عقود الازعان تلك العقود التي يعقدها الافراد

مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين. » (82)

ولذلك نرى أن معظم الفقهاء في مصر يلخصون في مؤلفاتهم هذه الخصائص:

1 - أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة.

2 - أن يكون الموجب محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق.

وهذه الخاصية كغيرها من الخصائص الأخرى تفترض عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين المتعاقدين.

ويقول عبد المنعم فرج الصده: «إذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفا في هذا الرفض وتترتب مسؤوليته». (83)

وإذا كان من حق الموجب كقاعدة عامة أن يرفض التعاقد، إلا أنه بالنسبة إلى من يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي ويرفض التعاقد لسبب مشروع فإنه يقع تحت طائلة نص المادة 41 مدني جزائري التي تنص على أنه يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتقابل هذه المادة في القانون المصري المادة الخامسة مدني.

(82) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري 2 المادة 100 .

(83) د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد ص 139 . (المرجع السابق).

فاذا كان الموجب قد رفض التعاقد ووجد عدم تناسب بين ما يعود عليه من نفع من الرفض وما يلحق الطرف الآخر من ضرر من جراء هذا الرفض وقعت عليه المسؤولية .

ويقول أليكس ويل (Alex Weil) وفرانسوا تيري (F. Terré) «إنه في عقد الاذعان لا توجد مساواة اقتصادية أو اجتماعية بين المتعاقدين ، وهذا أساس ارتكازه ، اذ أن أحدهما يتمتع بأموال أو خدمات يرغب فيها الآخر ، ومن هنا يأتي تفوقه خاصة اذا كانت منشأته تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي» (84) .

فهذه الخاصية كغيرها من الخصائص الأخرى ، الا أنها كادت تهيم على عقد الاذعان ، وهذه الهيمنة أو ذلك التفوق يزداد الى حده الأقصى عندما تتمتع المنشأة باحتكار السلعة أو الخدمة التي يعرض عليها توزيعها الى حد أن بعض الفقهاء يميلون الى تخصيص مفهوم عقد الاذعان كلما وجد الاحتكار الفعلي أو القانوني .

وهذا الاحتكار موجود فعلا ودائما ، فمثلا عندما نحتاج الى بعض السلع أو الخدمات فإننا نجد أنفسنا ملزمين بالتوجه الى الشركة صاحبة الاحتكار أو صاحبة الامتياز القانوني ، وقد يكون فعليا أو واقعا فقط ، فمثلا المفروض في العامل أنه حر في اختيار الشركة التي يرغب في العمل بها ، غير أنه قد توجد ظروف في الواقع تؤدي به الى التوجه الى شركة معينة بذاتها ، كأن يكون أحد العمال الفنيين قاطنا بلدة لا توجد بها سوى شركة واحدة تشغل الاختصاص الفني الحاصل عليه ذلك العامل ، فلكي يوفق هذا الأخير بين مسؤوليته العائلية والعمل الفني فإنه يجد نفسه ملزما بالتوجه الى المؤسسة المذكورة راضحا ومذعنا للشروط التي يملئها عليه رب العمل دون أن يبحث عن نفس الاختصاص في بلدة أخرى اذ تبعده عن القيام بمسؤولياته وأعبائه العائلية (85) .

(84) ويقول اليكس ويل ، وفرانسوا تيري في مؤلفهما - القانون المدني - الالتزامات 1975 ص 95 .
- «Le contrat d'adhésion suppose une inégalité économique et sociale entre les deux contractants, telle que l'un d'eux est plus ou moins maître des biens ou des services que l'autre peut désirer
La supériorité est passée au degré maximum quand l'entreprise jouit d'un monopole pour les biens ou les services qu'elle se propose de fournir à tel point que certains auteurs inclinent à réserver la notion de contrat d'adhésion à cette hypothèse de monopole soit de droit soit de fait.»

(85) ويل ، وتيري ، المرجع السابق ص 95 .

وهذا الاحتكار يضيق ويتسع مجاله وفقا للنظام السياسي الذي يتبعه البلد، ففي البلدان الرأسمالية وان بدا أن استغلال المنشآت قائم على نظام المنافسة الحرة، وموزع على شركات قد تكون خاصة أو عامة الا أننا نصادف الاحتكار الفعلي والقانوني.

أما في البلدان الاشتراكية فان احتكار معظم المرافق الحيوية في يد الدولة، ومع ذلك فإن الحماية التشريعية التي توليها الدولة للفرد في الواقع تحميه من التعسف في استعمال الشروط وتضمينها في العقود، فبدون شك حين توجد الرغبة في تأمين عقار ضد الحريق فان المالك يؤمن ذلك لدى شركة تأمين يختارها (هذا المثال ينطبق على البلدان الرأسمالية) ولكن الواقع انه نظرا لقلّة هذه الشركات ولاتحاد مصالحها فإنها تتفق مع بعضها البعض على الشروط التي تملئها على أي مؤمن فيصبح في الواقع ذلك الاختيار ظاهريا.

ولعل أبرز مثال على ذلك هي حالات الترسـت «Trust» في أمريكا والكارتل «Cartel» في ألمانيا، اذ في الحقيقة أن المتعاقد معها ليس له الخيار ما دام الاحتكار لدى قلة من الشركات التي تتحزب تجاه المتعاقد، فهي تحتكر الخدمات احتكارا يجعل المنافسة محدودة النطاق.

أما في الدول الاشتراكية فان الاحتكار يرجع الى شركة واحدة مختصة تعمل ضمن تحقيق أهداف خطة التنمية.

3 - أن يصدر الايجاب الى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الايجاب بات ونهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الايجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، والا وقعت عليه مسؤولية بناء على التعسف في استعمال الحق ان كان محتكرا فعليا، أو لتجاوزه حدود حقه اذا كان الاحتكار قانونيا.

ولذلك تنص المادة 63 م. ج. على أنه: «اذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الاجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة». وذلك هو الايجاب الملزم وقد سبق شرحه.

ويقول عبد المنعم فرج الصده: «الواقع أن أساس التزام الموجب للقبول أن العقد يتم بهذا القبول فيرتبط به الموجب ما دمنا نعتبره في حالة ايجاب دائم.

وإذا كان للموجب أن يرفض القبول في بعض الصور لسبب مشروع فإن أساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية في الايجاب تتعلق بصالح العمل الذي يقوم به». (86)

4 - وهي عقود دائمة «durables» وتوضع بشكل مستمر كعقود نموذجية ولمدة غير قصيرة.

والعقد النموذجي «هو العقد الذي تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى، كعقود الايجار النموذجية التي تضعها وزارة الاوقاف والمجالس البلدية والنقابات» (87)

ومع ذلك فإن مفهوم العقود النموذجية لا تصبح بالضرورة عقد اذعان على الرغم من الحالات الكثيرة والمتعددة التي تكون فيها تلك العقود، كذلك لكون محتواها نتاج محض لارادة منفردة.

ولا يفوتنا هنا أن نفرق بين مضمون العقد أو محتواه، وبين العقد ذاته، فالعقد متكامل فيه كل الاركان من رضا، ومحل، وسبب وباعث والشكلية في بعض العقود كما سنبين ذلك تفصيلا عند حديثنا عن انعقاد عقد الاذعان، أما مضمون العقد فهو محتواه أو شروطه.

وهو يمثل في عقد الاذعان الشروط التي يتقدم بها الموجب ويحررها مسبقا. كما يختلف مضمون عقد الاذعان عن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (Avant contrat-promesse de contrat-contrat préliminaire) فهذه المصطلحات ذات دلالة خاصة ولها أحكام في كيفية انعقادها، ونوجز هذه المفاهيم في الآتي:

فالصورة العملية للوعد بالتعاقد كأن يتوقع شخص حاجته في المستقبل الى أرض بجوار مصنعه أو منزله، أو هو الآن في حاجة اليها، ولكنه لا يستطيع شراءها فوراً، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الارض على أن يتعهد هذا الأخير ببيع الارض له اذا أبدى رغبته في الشراء خلال مدة معينة، فيتقيد صاحب هذه الارض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر.

(86) عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 139.

- Picard et Besson -- Traité d'assurance terr. T 3 n°108.

(87)

«Les contrats types d'assurance entre compagnies d'assurances sont des contrats d'adhésion».

وكأن يفتح مصرف حسابا جاريا لعميل قبل أن يقترض فيكون هذا وعدا بالاقراض. ان العقد في هذه الحالة ملزم لجانب واحد وهو الواعد أما الموعود له فلم يلتزم بشيء. (88)

فالوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الايجاب والتعاقد النهائي، فالوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي عقد كامل لا مجرد ايجاب ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي.

ويشترط أن تعين فيه جميع المسائل الجوهرية لذا تنص المادة 71 م.ج، 101 مدني مصري على أن «الاتفاق الذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها».

واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ومن آثار الوعد بالتعاقد ما نصت عليه المادة 72 مدني جزائري.

«اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد».

ويستخلص من ذلك أن عقد الاذعان يختلف في خصائصه عن تلك المفاهيم.

كما أنه من جهة أخرى يختلف مفهوم العقد النموذجي الالزامي عن عقد الاذعان، لأن مفهوم العقد النموذجي الالزامي يرتبط في الواقع بشروط محددة بصورة نموذجية لمحتوى العقد الذي سيوجد في المستقبل، وعلى العكس من عقد الاذعان فإنه يعتد أو يأخذ بعين الاعتبار الطريقة التي تلتقي بها الارادات في العقود الفردية ويوازن القوى الاقتصادية للمتعاقدين، ولذلك فإن عقود الاذعان ليست كلها عقودا نموذجية.

فمثلا من الممكن أن تفرض إحدى المنشآت الاقتصادية ارادتها على متعاقد ضعيف بمناسبة عقد واحد مستغلة ظروفه دون أن ترجع الى أي نموذج معد مسبقا.

(88) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 نظرية الالتزام. ط 1964 ص 266 - 267.

فكل ما يخضع المتعاقد من قوى لتقبل الشروط يشكل عقد اذعان، (89)
أما العقود النموذجية المعدة للتأمين البري من طرف هيئات التأمين هي عقود
اذعان. (90)

ولا تكون كذلك اذا كانت متعلقة بالتأمين البحري (91).

ومن ثم فإن العقود النموذجية الالزامية لا تكون بالضرورة عقود اذعان.

5 - وهي عقود تفسر تفسيراً ضيقاً «Rigide et strict» لنفس الخصيصة السابقة
فكونها عقوداً نموذجية تقرر شروطها مقدماً لا يمكن تغييرها أو تعديلها تبعاً
لشخص القابل. (92)

6 - عقد الاذعان عقد مركب (93):

اذ غالباً ما يعتمد هذا العقد على عناصر فنية يستخلصها الموجب من السير
الوظيفي لمنشأته أو مؤسسته بحيث يعود عليه بالفائدة، وعليه فان العناصر الفنية
تستوجب بالضرورة استبعاد كل مناقشة بين المسيرين والزبائن أو الاعوان، فأي

(89) جاك لبوتي، المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1948، ص 429.

- Jacques Léauté. R.T.D. civ., 1943, p. 429.

«... A l'inverse tout les contrats-types obligatoires ne sont pas des contrats d'adhésion.

Arme de guerre le contrat-type obligatoire peut être aussi un instrument de paix. Ceux qui s'entendent pour l'établir et qui s'engagent ensuite pour l'appliquer sont alors d'anciens adversaires qui concluent une trêve dans la lutte économique en 1913. Par exemple, les compagnies d'assurance incendie établie par accord avec la ligne des assurés.»

- Picard et Besson. Traité d'assurance terrestre, T.3. n°108.

(90)

- Ripert : Droit maritime, édi, 1952, n°1406, 1963.

(91)

(92) د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق ص 28.

(93) ويل، وتيري، المرجع السابق ص 96.

- «Le contrat d'adhésion est en général, un contrat complexe... (le fait que l'entreprise repose sur une organisation technique complexe exclut une discussion individuelle entre les dirigeants de l'entreprise et chacun des clients ou des agents.»

مفاوضة تكون غير مجدية، وذلك لتنوع هذه المنشآت من جهة ولأن المتعاقدين لا يمكن أن يلموا بالحاجيات الفنية الواجب توافرها لضمان سيرها.

فبولىصة التأمين مثلاً، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك محررة بطريقة خاصة إذ تعتمد على الاحصائيات، ووفقاً لقانون العدد الأكبر، وحساب الاحتمالات، وأغلب المؤمنين عندما يتعلق الأمر بالتأمين على الحياة يصبح مستحيلاً عليهم فهم السير الوظيفي للتأمين، وهذا الأمر ربما ينطبق على كل عقود الغرر.

7 - شروط عقد الاذعان نتاج محض لارادة واحدة:

وأهم خصيصة من خصائص عقد الاذعان تكمن في كون شروط العقد هي نتاج محض لارادة واحدة، هي ارادة المسير للمنشأة أو الشركة اذ ينفرد بوضع تلك الشروط. (94)

ومن أجل تسيير حسن ومراعاة لمصلحة المنشأة، فإن الشروط يجب أن تكون متماثلة بالنسبة إلى كافة أو على الأقل بالنسبة إلى كل الذين يوجدون في وضع واحد.

فمشروع عقد الاذعان يكون صادراً عن ارادة منفردة، ودقيقاً، وموجه إلى الجمهور كافة من قبل موجب يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي.

والى جانب الشروط العامة الواردة فيه، توجد شروط أخرى غالباً ما تبدو ليست ذات أهمية بالنسبة إلى المتعاقد لتكرارها في الكثير من العقود، غير أنها في الواقع ذات أهمية كبيرة بالنسبة إلى الموجب ولحفظ السير الفني لمؤسسته.

8 - ونتساءل هنا هل أن عقد الاذعان هو من العقود الفورية أو الممتدة أو المستمرة أو الزمنية؟ ومن أجل الاجابة عن هذا السؤال نبدأ بأبرز عقد اذعان وهو التأمين، فهل يعتبر التأمين عقد مدة؟

وللاجابة عن السؤال الأخير يجب أن نستعرض مسألتين:
التأمين البسيط وتأمين الاشتراك.

من الشراح من لا يعتبر عقد التأمين البسيط عقد مدة، لأن محله حدث وحيد، على العكس من تأمين الاشتراك فإنه يعتبر عقد مدة لأنه ينصب في هذه الحالة الأخيرة على حادث يتكرر في الزمان.

(94) ويل، نيري، المرجع السابق ص 95، 96.

وقال آخرون إن التأمين البسيط وتأمين الاشتراك يعتبران من عقود المدة :

أ - تأمين الاشتراك «Assurance par abonnement» أو التأمين العائم «Flottante» :
هو عقد يلتزم المؤمن بموجبه أن يضمن ، لمدة معينة ، عددا غير معين من الأخطار
يمكن تعيينه شيئا فشيئا بواسطة اقرارات تسمى «Déclaration d'abiment» وكلمة
اشتراك «Abonnement» تفيد استمرار العقد ، أما كلمة العائم «flottante» فتفيد عدم
تعيين الأشياء المؤمن عليها .

وقد أثار هذا التأمين في إيطاليا خلافا بين الفقيهين دوناتي «Donati» وفيري
«Ferri» : فعند دوناتي يعتبر عقد تأمين الاشتراك عقد مدة ذي تنفيذ دوري أسوة
بعقد التوريد وبالمرتب مدى الحياة .

ويحتج لرأيه بأن هذا التأمين البسيط باشتماله على عنصر سببي جديد هو
استمرار ضمان الأحداث خلال مدة من الزمن . (95)

أما «فيري» فعنده أن تأمين الاشتراك لا يعتبر عقد مدة ، ذلك لأن المدة ولو
أنها مهمة في هذا العقد إلا أن دورها فيه ليس كدورها في عقود المدة ، فعنده أن
في عقود المدة بضفة عامة وفي العقود الدورية التنفيذ بضفة خاصة تستطيل آثار
العقد وتتكرر في الزمان ، أما في عقد تأمين الاشتراك فيرى أن للزمن وظيفة أخرى
هي تعيين المواد المؤمن عليها أي تعيين فحوى ارادة العاقلين . ولكن يرد على ذلك
أن العقد لا يعتبر عقد مدة إلا لان المدة تستخدم في تعيين فحوى ارادة
المتعاقدين ، ولما كان هذا هو دورها في تأمين الاشتراك لزم اعتبار هذا العقد من
عقود المدة (96) .

ب - التأمين البسيط : «Assurance simple» .

ذهب بعض الفقهاء ومنهم جيرك (Gierke) الى أن عقد التأمين سواء كان ذا
حادثة وحيدة أم كان متكرر الحوادث ، وسواء كان تأمينا على الحياة أم كان تأمينا
على الحوادث فإنه يعتبر عقد مدة بسبب طبيعة الاداء الذي ينطوي عليه العقد .

(95) د . عبد الحي حجازي ، رسالة تحت عنوان عقد المدة أو العقد المستمر . والدوري التنفيذ
ط 1950 ص 56 . ويشير أنه قد نقل . ذلك عن

– Donati : contratto. di assieurazione in abbonamento, 1935, p.39.

(96) د . عبد الحي حجازي المرجع السابق ص 56 .

وفرق مذهب ثان وعلى رأسهم (Devato) بين نوعين من التأمين: تأمين ذو حادثة وحيدة لا تتكرر ولو أنها لا تتحقق الا بعد مضي مدة طويلة وهذه هي حالة التأمين ضد الوفاة وهذا لا يعتبر عقد مدة، وتأمين ضد الحوادث، وهذا يعتبر عقد مدة وذلك لان المؤمن في هذا العقد يلتزم في كل وقت طوال مدة التأمين بأن يدفع مبلغ التأمين في كل مرة تقع فيها حادثة.

ثم ان التزامه لا ينقضي بوقوع الحادث وانما ينقضي بانتهاء المدة. ففي هذا النوع من التأمين يضمن المؤمن خطرا دائما أو مستمرا.

فالسيارة التي سببت اليوم حادثة يمكن أن تحدث مثلها غدا وبعد غد، والمؤمن الذي ضمن الحادثة التي وقعت اليوم يظل ملتزما باصلاح الضرر الذي ينشأ من الحوادث التي تقع فيما بعد، ان احتمال تكرار الحوادث المتعاقبة هو الذي يعطي طابع المدة لهذا العقد.

وذهب رأي ثالث الى عدم اعتبار هذا العقد من عقود المدة، ولا يعتد هذا المذهب الا بالتزام المؤمن اذ يلتزم هذا الاخير بأن يدفع للمستأمن المبلغ المؤمن به عند تحقق الخطر.

وهذا التزام ذو تنفيذ دوري، أما المدة التي تمضي بين انعقاد العقد ودفع مبلغ التأمين فلا يقابلها - في هذا المذهب - أي تنفيذ مستمر مقصود به اشباع حاجة مستمرة.

ان هي إلا مدة أدى الى وجودها كون التزام المؤمن معلقا على شرط واقف وغير جائز أن يقال إن الالتزام يصبح التزاما ممتدا بمجرد تعليقه على شرط مؤقت.

ويرى عبد الحي حجازي (97) أن عقد التأمين سواء كان تأميناً على الحياة أو كان تأميناً على الأشياء يعتبر عقد مدة. وذلك اعتماداً على الحجج التالية فيقول:

«ونحن نرى أن المدة التي ينطوي عليها هذا العقد ليست كما زعم أصحاب الرأي الثالث مجرد فاصل زمني لا يقابله تنفيذ مستمر مقصود به اشباع حاجة مستمرة، ان المدة هنا يقاس كم من التزام المؤمن. ان المستأمن يريد الحصول على الضمان مدة معينة من الزمان، ويلتزم المؤمن من جانبه أن يكفل له هذا الضمان في كل لحظة ابتداء من يوم انعقاد العقد حتى آخر يوم فيه، بمعنى أن التزامه بدفع

(97) د. عبد الحي حجازي. الرسالة المشار اليها سابقا ص 56، 57.

مبلغ التأمين يكون قابلاً للاستحقاق في كل لحظة ضرورة أن الحادثة قابلة للتحقق من وقت لآخر، ثم ان حساب الاقساط قد قدر بحيث يقابل كل قسط مدة ضمان مستقلة.

فالتزام المؤمن يقاس اذن وفقاً للمدة، كما أن حقه في الاقساط يقاس كذلك وفقاً للمدة، فهو لا يكتسب من الاقساط الا بقدر ما يعطي من الضمان، ان التأمين بالنسبة إليه أمر متجدد الحدوث (98) كما يعتبر من عقود المدة عقد امتياز المرافق العامة وهو عقد يقصد به ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الادارة المختصة بتنظيم هذا المرفق أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن.

فهذا العقد عقد مدة ويتميز بطول مدته، وعلى أي حال يجب الا يكون هذا العقد مؤبداً ضرورة أن السلطة العامة غير قابلة للتصرف، ولهذا يجب أن يكون هذا العقد قابلاً للتصفية لمصلحة الادارة.

وكذا فان أغلب العقود التي تعتبر عقد اذعان تعتبر من عقود المدة كعقد فتح الاعتماد المستندي، فهو عقد رضائي بمقتضاه يلتزم شخص (البنك) بأن يضع تحت تصرف شخص آخر (المعتمد) مبلغاً من النقود يكون لهذا الأخير أن يحصل عليه جملة واحدة أو على عدة مرات خلال مدة معينة أو غير معينة.

وعقد الحساب الجاري وهو عقد يتفق شخصان بمقتضاه على أن يضعاً في حساب جار جميع العمليات القانونية التي ستحصل بينهما بحيث تتقاص هذه الاداءات مع بعضها البعض أولاً بأول ولا يشترعان في تصفية علاقتهما الا بعد إقفال الحساب. (99).

كما يمكن طرح السؤال السابق عن عقد التوريد، فهل يعتبر من العقود الزمنية؟

ان عقد التوريد هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص أن يقدم لآخر أداءات دورية أو مستمرة في مقابل ثمن لكل أداء.

(98) عبد الحفي حجازي. المرجع السابق 58، وقد أخذ بما أخذ به بيكار وبيسون. في المرجع السابق ص 205.

(99) ربيير، الوجيز في القانون التجاري، 1948 ص 765 بند 2075.

– Ripert : traité élémentaire de droit commercial, 1948. p. 765, n°2075.

يتكون هذا لعقد من أداءات يستقل بعضها عن بعض كأن يصلح كل منها أن يكون موضوعا لعقد مستقل ، وكأن يمكن بذلك أن يكون ثمة عقود بقدر عدد هذه الاداءات .

ولكن لما كنا نعتد ليس بهذه الاداءات المتقابلة فحسب ، بل كذلك وعلى الأخص بتكرار هذه الاداءات كنا بصدد عقد واحد تنشأ منه وحده كل هذه الاداءات .

ولما كان الغرض من عقد التوريد هو اشباع حاجة دورية أو مستمرة لزم أن يستمر العقد ما استمرت الحاجة المراد منه اشباعها ، ولزم من ذلك اعتباره عقد مدة .

9 - عقد الازعان كما سبق أن بينت ذلك عند حديثي عن الطبيعة القانونية لعقد الازعان قد يكون عقدا يحكمه القانون الخاص ، وقد يكون من عقود القانون العام .

10 - عقد الازعان من العقود الملزمة للجانبين ، ذلك لأنه من عقود المعاوضة ، وليس من عقود التبرعات ، لعدم امكانية تصور الازعان في عقود التبرع .

تلك الخصائص أو المميزات هي التي تحدد كون العقد عقد اذعان أم لا . بالاضافة الى ما يجب مراعاته في هذا المجال من أن عقد الازعان هو فئة ذات خصائص مشتركة ناتجة عن تطور التنمية .

ومعلوم أن العقد الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متبادلة في ذمة كل متعاقد .

وقد جاء في المادة 57 مدني جزائري « يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء ، يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له » .

فالعقد التبادلي إذن هو من العقود الملزمة للجانبين وقد نصت المادة 58 مدني جزائري على أن « العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء أو فعل شيء ما » . فعقد البيع هو من عقود المعاوضة وهو ملزم للجانبين

- Art 1102. C.C. «le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.»

(م 351 م. ج). وقد جاء في المادة 1102 مدني فرنسي (يكون العقد ملزما للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان كل منهما تجاه الآخر بالتزامات متبادلة).

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو الذي لا ينشئ التزامات الا على أحد الاطراف ولا يتم هذا العقد الا بتوافق ارادتي أطرافه ولهذا التقسيم أهمية كبيرة تتمثل في النتائج التالية :

أ - إن العقد الملزم للجانبين يمكن فسخه اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أما في العقد الملزم لجانب واحد فإنه لا امكانية للمطالبة بالفسخ بل تقتصر المطالبة على تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول.

ب - في العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فان المتعاقد الآخر يمكن له أن يمتنع عن تنفيذ ما في ذمته بدلا من المطالبة بالفسخ .

أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل له بهذا الدفع .

ج - في العقد الملزم لجانب واحد تبعة الهلاك بقوة قاهرة تقع على الدائن أما في العقد الملزم للجانبين فتقع هذه التبعة على المدين .

د - في العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سببا لالتزام المتعاقد الآخر.

11 - عقد الاذعان من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع .

فعقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه كعقد البيع والقرض بفائدة .

أما عقد التبرع ، فهو الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه ، ومثاله الهبة بدون عوض والقرض بلا فائدة والوديعة والوكالة .

وحيث لا يتصور عقد الاذعان في عقود التبرع لأنه من عقود المعاوضة فان للتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع أكثر من فائدة :

أ - من حيث المسؤولية فإن مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوز .

ب - من حيث عيوب الارادة ، فان الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع ، ولا يؤثر في عقود المعاوضة الا في حالات خاصة وهي اذا ما كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار .

ج - من حيث الإثبات فإنه يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصة دون حاجة الى اثبات سوء نية متلقي التبرع أما في عقود المعاوضة فلا بد من اثبات سوء النية .

12 - عقد الاذعان بين الرضائية والشكلية :

قد يكون عقد الاذعان رضائيا وقد يكون شكليا ، وتجب التفرقة أولا بين العقدين :

أ - فالعقود الرضائية «Contrats consensuels» هي التي تتم بمجرد الايجاب والقبول ولا تتوقف مهمتها على وجوب تسلم العين محل العقد ولا على استيفاء اجراءات اخرى .

وأغلب العقود رضائية ذلك لأن القاعدة أنه يكفي لتكوّن أي عقد مجرد تطابق الايجاب والقبول الا اذا نص القانون على وجوب استيفاء اجراء اخرى .

غير أنه لا مانع من أن يكون العقد رضائيا ، ويشترط في اثباته شكلا مخصوصا ولا يغير هذا من كونه عقدا رضائيا . الا أن هناك فائدة عملية تميز بين اشتراط الكتابة للاثبات والكتابة للانعقاد ، فالكتابة وان كانت لازمة للاثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز اثباته باليمين أو الاقرار . اما اذا كان ركنا شكليا في العقد فان العقد يوجد بوجود الشكلية وينعدم بانعدامها حتى مع الاقرار أو اليمين .

وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكوين العمل القانوني . واذا قام شك في تفسير قصد المتعاقدين فالقضاء في مصر وفي فرنسا يلتزم من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين والا فان الكتابة تعد للاثبات . (100)

ب - العقد الشكلي :

والمقصود بالعقد الشكلي «Contrats solennels ou formels» هو ذلك العقد الذي يشترط فيه الى جانب الايجاب والقبول شكلا معينا كي يتم انعقاده كتحرير ورقة رسمية Acte authentique ومثاله الرهن الرسمي أو التأمين (م 883 م . ج) ، وعقد المرتب مدى الحياة م 615 م . ج وتنص على أن «العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من

(100) انظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة ، 18 ماي 1933 م 45 ص 291 .

شكل خاص لعقود التبرع». والعقود الشكلية التي لم تراعى الشكل الخاص الذي نص عليه القانون تكون باطلة بطلانا مطلقا.

وعلى الرغم من أن عقد الاذعان أغلبه يكون مكتوبا لأن أهم مصدر له هو العقود النموذجية إلا أن أساس الالتزام العقدي فيه رضائي، وغني عن البيان أن القاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود، ولا يخرج عقد الاذعان عن هذا، أما الشكلية فترد استثناء، غير أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن عقدا رضائيا بطبيعته، كعقد البيع، لا ينعقد إلا بالكتابة، اذ ليس في ذلك ما يخالف النظام العام وحسن الاداب.

وطبقا لارادة المتعاقدين فلا يوجد هذا العقد الا اذا اتخذ الشكل المتفق عليه، ويجب أن تكون فيه نية العاقدين صريحة في ذلك، أنهما لم يقصدا أن تكون الكتابة للاثبات فقط، وعند الشك يرجح أن تكون الكتابة للاثبات، الا أنه لا يجوز الاتفاق على جعل عقد شكلي عقدا رضائيا.

الباب الثاني : تكوين عقد الاذعان واثباته .

نتناول هذا الباب في فصلين ، نبين في الفصل الاول تكوين عقد الاذعان ونخصص له مبحثين ، نتعرض في المبحث الاول الى ركن الرضا وفي الثاني الى بقية الاركان الأخرى .

وفي الفصل الثاني ندرس اثبات عقد الاذعان .

الفصل الأول : تكوين عقد الاذعان .

يعرف العقد بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو على نقله، وقد عرف القانون المدني الجزائري في المادة 54 العقد بأنه «اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما» (101).

(101) يلاحظ أن النص باللغة الفرنسية أسلم ذلك لأن النص العربي قد أهمل المقابلة التي من المفروض أن تكون بكلمة «اتجاه شخص أو أشخاص آخرين» وهو خطأ يرجع الى الترجمة.

– Art 54 C.C. (le contrat est une convention, par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à faire, ou à ne pas faire-quelques choses.)

وقد عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 1101 بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو الامتناع عن فعله». وبذلك نرى أن القانون المدني الفرنسي يفرق بين «الاتفاق والعقد، فالعقد نوع أما الاتفاق فجنس». وقد تأثر القانون المدني الفرنسي بأفكار كل من بوتييه ودوما - انظر أيضا كل من الفقهاء أوبري ورو، وريبير وبولونجير. وهم أنصار الفقه التقليدي اذ أنهم يميزون بين العقد والاتفاق، استنادا الى أن الاتفاق يشمل انشاء الالتزام كعقد الايجار، الذي ينشئ التزامات على عاتق كل من المستأجر والمؤجر، أو نقله، فالحوالة تنقل الحق أو الدين من دائن الى دائن ومن مدين الى آخر، أو تعديله كالاتفاق على اضافة أجل الى الالتزام وتعليقه على شروط، أو ائنهائه، كالوفاء الذي ينهي الدين في حين أن أثر العقد يقتصر على انشاء التزامات فقط، دون الأمور الأخرى، فالاتفاق وفقا لهذا الاتجاه، أوسع معنى من العقد، فالاتفاق بمثابة الجنس في حين أن العقد بمثابة النوع، فكل عقد يعتبر اتفاقا، ولكن ليس كل اتفاق يعتبر عقدا.

الا أن بعض التشريعات مدعمة بأراء الفقه قد نبذت هذه التفرقة ومنها الاستاذ السنهاوري، الوسيط الجزء الاول فقرة 37، واسماعيل غانم وسليمان مرقس منتقدين ما ذهب اليه التشريع الفرنسي المادة 1101 والتشريع اللبناني المادة 165 من قانون الموجبات والعقود واستقروا على أن الاتفاق والعقد مترادفان يؤديان الى معنى واحد وهو «التعبير عن توافق ارادتين على انشاء التزامات أو نقلها أو تعديلها أو ائنهائها».

ويعرف في الفقه الاسلامي بأنه «ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في العقود عليه» (102).

ويعرفه الدكتور السهوري بأنه «توافق ارادتين على احداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاء» (103)

ولكي ينعقد العقد لا بد له من شروط معينة تتمثل في الرضا، والمحل، والسبب، والشكلية في بعض العقود، ولكي يكون العقد صحيحا منتجا لآثاره فلا بد أن يكون صادرا عن ذي أهلية وبارادة حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الارادة، وستتطرق هنا الى شروط تكوين عقد الاذعان ثم الى شروط صحته.

المبحث الاول: ركن الرضا في عقد الاذعان.

ان أهم ركن في العقد هو التراضي، أي الايجاب والقبول وانطباقهما بارادة حرة واعية، لذا ندرس الايجاب والقبول في مطلب أول، وشروط صحته الرضا في مطلب ثان.

المطلب الأول: الايجاب والقبول في عقد الاذعان.

أولا: الإيجاب في عقد الإذعان

في العقود التي تتم بطريق الممارسة يتم العقد فيها بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية م 59. م. ج، 89 م. مصري.

فتتعدد العروض من الجانبين، وقد يكون القبول النهائي صادرا من الموجب، المبادر، وهذا ما يعرف بمرحلة المفاوضات في العقود فمن يصدر منه الايجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر ايجابا باتا الا بعد مفاوضات قد تطول.

(102) د. وحيد الدين سوار. التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية 1979 ص 12 الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر.

(103) د. السهوري. المرجع السابق ص 140.

ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه كأن يضع اعلانا ينبيء أنه يعرض منزلا للبيع أو للايجار دون أن يذكر الثمن أو الاجرة. وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فلا يعد ايجابا بل دعوة الى التفاوض أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد، أما اذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا ايجابا. (104)

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يشتمل على نص المادة (134) ويقضي بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر ايجابا، أما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة الى الجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا وانما يكون دعوة الى التفاوض.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالإسكندرية، بأنه لا يعد ايجابا باتا بل يكون من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (105).

والقانون لا يرتب في الاصل على هذه المفاوضات اثرا. فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد، ولا مسؤولية على من عدل، بل هو لا يكلف اثبات أنه قد عدل لسبب جدي.

وليست المفاوضات الا عملا ماديا لا يلزم أحدا، لذلك لا يعد السمسار نائبا لأنه يمهد للمفاوضات وهي عمل مادي لا قانوني.

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها اذا اقترن العدول بخطئه منه، والمكلف باثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول، فاذا اثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جادا عند الدخول فيها أو كان جادا ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة، كان له الحق في التعويض.

تلك هي مرحلة المفاوضة في العقود العادية، أما في عقد الاذعان فان للايجاب والقبول ميزات واضحة اذ لكل منهما طابع خاص. فالايجاب في عقد الاذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية

(104) السنهوري، الوسيط ج1 ص 206.

(105) السنهوري، المرجع السابق ص 207 والاحكام التي أشار اليها.

- محكمة الاستئناف المختلطة 2 مارس 1904 م 16 ص 147.

- انظر أيضا حكما آخر في 24 أبريل 1902 م 14 ص 264.

والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة، ومن ثمة فإن تمام العقد يحتاج الى أكثر من أن ينضم قبول يكون بمثابة اذعان لما صدر من الموجب من شروط ولا يستثني هذا الحكم سوى العرض الذي تكون فيه شخصية القابل محل الاعتبار، وفي هذه الصورة الأخيرة فإن العرض الصادر من الطرف القوي في العقد يعتبر مجرد دعوة الى التعاقد لا ترقى الى مستوى الايجاب (106).

فالايجاب في عقد الاذعان هو «الشرط» والشرط يقصد به «ذلك الذي يضعه أحد الاطراف ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية المحتملة ويكون غير قابل للمناقشة» . . .

فهو شرط محرر بارادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشرط غالبا ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضعه.

وعلى سبيل المثال لا الحصر في العقود النموذجية المعدة من قبل جمعيات مهنية فاننا نجد الشكلية المستعملة فيها تحمي مصالح عمال تلك المهنة ومن هنا فان الشرط هو الذي يحدد نطاق التعاقد.

ولا يمنع في بعض الصور أن يكون الايجاب مصحوبا بتحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع، كما هو الحال بالنسبة الى مصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين اذا كانت الاماكن قد نفذت.

ومع ذلك فحتى في هذه الصورة يكون العرض فيما عدا هذه التحفظات الضمنية وتلك الاعتبارات الشخصية متضمنا لكل شروط التعاقد. ويكون الايجاب في عقد الاذعان موجها بصورة عامة ومجردة الى مجموعة غير محددة من طرف المحتكر القانوني أو الفعلي.

وما دام الايجاب يصدر بصورة قاطعة، وبصورة عامة، فإنه يقتضي ايضا أن يكون دائما، أي أن يكون ملزما لمدة تكون أطول من المدة العادية التي تكون عليها العقود الاخرى.

وطول مدة الايجاب كما يقول عبد المنعم فرج الصده «آتية من طبيعة الايجاب وظروفه» (107).

(106) د. عبد المنعم فرج الصده. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (المرجع السابق ص 136 بتصرف).

(107) د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية) بند 82.

وأظهر ما يكون فيه الإيجاب صادرا من محتكر قانوني أن يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفه تخضع لموافقة السلطة العامة، وهذه التعريف لا يلحقها التعديل عادة الا بعد مدة طويلة، ومن ثم تتسم بطابع الثبات والاستقرار.

ويفترض فيمن يتقدم للتعاقد علمه بشروط الإيجاب، وذلك لأن هذا الإيجاب واجب النشر، اذ ينشر بطريقة يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليها. لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أنه يتقيد من اشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو بالباخرة بالشروط الموجودة في التذكرة (108) كذلك بالشروط الواردة في التعريف الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور والتي تشير اليها تذكرة السفر كمرجع. (109).

ولكن لا يتقيد بالشروط الواردة في تذكرة السفر بالباخرة اذا كان لم يأخذ التذكرة الا بعد حجز محله. (110).

وبمجرد علم العامل باللائحة التي تنظم سير المصنع يكون ملتزما بها خاصة اذا اتخذ صاحب المصنع وسيلة كفيلة بتيسير هذا العلم كأن تكون اللائحة معلنة في مكان يرتاده العمال بطريقة منتظمة.

والإيجاب في عقد الإذعان يكون باتا، ذلك لأن من يزاول تجارة أو يمتهن حرفة ينطوي موقفه على دعوة الجمهور الى التعاقد، واذا صدر منه إيجاب كان ذلك بمحض اختياره، أما في عقد الإذعان فإن الامر يختلف على ذلك الأصل لأن من يحتكر سلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الاولى للجمهور يحتم عليه أن يكون في حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار.

وتتضح حتمية الإيجاب البات في عقد الإذعان بصورة أكثر جلاء من غيرها في حالة الاحتكار القانوني ذلك لان المحتكر في هذه الحالة يقدم السلعة أو يؤدي الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور بناء على عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة.

(108) نقض فرنسي في 21 نوفمبر 1911. سيري 1912 - 1 - 486.

مع تعليق للاستاذ ليون كان (عن عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق بند 82).

(109) نقض فرنسي في 11 فبراير 1908 سيري 1909 - 1 - 486 (عن المرجع السابق لعبد المنعم فرج الصده).

(110) محكمة استئناف باريس 2 نوفمبر 1981 - قازيت ديالليه 1921 - 2 - 466.

وكذا الحال في حالة الاحتكار الفعلي فإنه كلما تأكدت صفة الضرورة للسلعة أو الخدمة المحتكرة يكون الموجب مطالبا بسد حاجات الجمهور معها.

ومن ثم يبدو واضحا مفهوم الايجاب في تلك العقود، وهو يختلف اختلافا بينا عن الايجاب في عقود المساومة والذي يمر بمراحل معينة أهمها مرحلة المفاوضة فإذا خرج الايجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح ايجابا باتا.

وتقرير ما اذا كان الايجاب قد وصل الى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه من قضاء النقض. (111).

فكل المراحل المذكورة آنفا لا توجد في ايجاب عقد الاذعان، فهذه العقود كما يقول الاستاذ السنهاوري تتم عادة دون مفاوضات تسبقها منها:

العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية، وهي تقتضي السرعة والبت في التعامل، وعقد الاذعان يتميز بايجاب بات في بادئ الأمر يعقبه اذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه كما سنرى (112).

ثانيا: القبول في عقد الاذعان.

1 - المبدأ العام في القبول: لا الزام على من وجه اليه الايجاب بأن يقبله. اذا وجه الايجاب فان الموجب لا يحتم على من وجه اليه الايجاب القبول، بل يكون الموجه اليه الايجاب حرا في أن يقبله أو يرفضه، واذا رفضه يظل الايجاب مجرد ايجاب ولا ينعقد العقد.

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم، فان حرية من يوجه اليه الايجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الاحوال، اذ أن ظروفها قد تجعل الموجب له ملزما بالقبول.

ويتحقق ذلك اذا كان هو الذي دعا الموجب الى التعاقد معه.

(111) د. السنهاوري. الوسيط ج1. ص 206، 207، 208.

(112) د. السنهاوري المرجع السابق. هامش ص 206.

● كانت المادة 136 من المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا اليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد الا اذا استند الى اسباب مشروعة»، مجموعة الاعمال التحضيرية ج2 ص 45، 46.

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المصري يشتمل على نص في هذا المعنى غير أنه قد رؤي حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة .

بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج العرض (كتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق، وصاحب المطعم أو رب العمل إذا رفض استخدام عامل لسبب غير مشروع) أما إذا كان يستند امتناعه عن التعاقد الى أسباب مقبولة، فإن من حقه أن يرفض الاستخدام .

والواقع أن القواعد العامة تكفي للاخذ بمثل هذا الحكم ولا سيما بعد أن ظفرت نظرية التعسف في استعمال الحق بتنظيم تشريعي، المادة 41 مدني جزائري والمادة 5 مدني مصري (113). لذلك فإن الرفض التعسفي يسأل عنه من وجه الدعوة الى التعاقد، وللقاضي الخيار بين أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال أو يصل الى حد اعتبار العقد قائما على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك . (114)

(113) ويقابلها في القوانين الأخرى . المادة 5 مدني ليبي، م 124 من قانون الموجبات اللبناني وهي تنص على أنه «يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزة، أثناء استعماله حقه حدود حسن النية، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق». وهذا النص يقرر نفس ما قرره مشروع القانون الفرنسي - الايطالي . ذلك أن واضع مشروع القانون اللبناني هو الفقيه جوسران . والمادة 226 من القانون المدني الألماني تنص على أنه «لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الاضرار بالغير». وكذا القانون المدني السويسري الصادر سنة 1907 فتنص المادة 2 منه على أنه «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون» .

م 2 من القانون السوفياتي «إن القانون يكفل الحقوق المدنية، إلا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله» .

م 135 من القانون المدني البولوني «إن كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه، يكون ملزما بضمائه، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق» .

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 74 من مشروع القانون الفرنسي الايطالي للالتزامات أنه «يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير، متجاوزا في استعماله حقه حدود حسن النية أو الهدف الذي من أجله أعطي هذا الحق» .

ويمكن الاطلاع بصورة مفصلة على محتوى التعسف في استعمال الحق في كل القوانين العربية والأجنبية في رسالة الدكتور فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق .

(114) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المصري . مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص 50 .

- الوسيط للسنيهوري ج 1 فقرة 110 .

- عبد المنعم فرج الصده - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية فقرة 80 .

2 - الطريقة التي يتم بها القبول في عقد الاذعان :

أما القبول في عقد الاذعان فيكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الايجاب، لذا نصت المادة (70) مدني جزائري على أنه «يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

ويقابل هذه المادة في القانون المصري الحالي (م 100) التي تنص على أن «القبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» (115).

وهي مطابقة لنص المادة 101 مدني سوري، والمادة 100 من القانون المدني الليبي، والمادة 1/161 تجاري كويتي، والمادة 85 مدني سوداني.

وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة 167 مدني عراقي جديد «القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه».

أما المادة 172 من التقنين اللبناني فقد نصت على أنه، عقد التراضي هو الذي تجرى المناقشة والمشاركة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالباع العادي، والايجار، والمقايضة، والاقراض).

وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما تضمنه يسمى العقد اذ ذلك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان).

وأصل المادة 100 من القانون المدني المصري الحالي، سالفه الذكر قد وردت في المادة 145 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي:

«القبول في عقود الاذعان يكون مقصورا على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

(115) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص 6. «أما القبول فقد عرض المشروع لبعض صوره. فاعتبر السكوت قبولا في بعض الفروض وجعل لهذه الفروض ضابطا مرنا ينطبق على الحالات التي ذكرها وعلى غيرها «المادة 100» وعلق القبول في العقد الذي يتم عن طريق المزايدة على رسو المزاد، أو على اقفال المزاد دون أن يرسو على أحد (101) وهو بذلك يحسم خلافا طال عهد الفقه به.

وأخيرا عرض المشروع لعقد الإذعان حيث يكون القبول مقصورا على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (المادة 102) وبهذا النص يكون المشروع قد اعتبر تسليم التعاقد ضربا من ضروب القبول».

ولما تلي النص في لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقا للنص الوارد في القانون الحالي، (وأصبح رقم المادة 102 في المشروع النهائي ووافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم 100، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي:

«من حق عقود الاذعان وهي ثمرة التطور الاقتصادي في العهد الحاضر أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلع الى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية».

وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت في رأي بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد.

على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأي الى غايته بل احتجز بذكر هذه العقود واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربا من ضروب القبول. فثمة قبول ملحوظ في اذعان العاقد، فهو أقرب الى معنى التسليم منه الى معنى المشيئة (116).

ويقتضي هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التي تسري على عقود الممارسة، وذلك كأن يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن دائما كان أو مدينا، خلافا للقواعد العامة.

ولا يمكن للموجب أن يرفض القبول، لأنه من المنطقي القول بأنه في عقد الاذعان اذا اعتبرنا أن القبول الذي يتم عن طريق الرضوخ والاستسلام لشروط مقررة هو قبول «بالمعنى الحقيقي للكلمة فان الموجب لا يستطيع التحلل من التزامه حتى وان أراد لأن العقد يكون قد انعقد حينئذ.»

المطلب الثاني : شروط صحة تكوين عقد الاذعان .

ولكي ينعقد عقد الاذعان صحيحا ويصبح منتجا لآثاره القانونية فانه يخضع كسائر العقود الى شروط صحة العقد .

فيجب أن يصدر ممن هو أهل للتعاقد، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا اذ تنطبق عليه القواعد العامة (المادة 78 م . ج)، كما يجب أن يكون خاليا من عيوب الارادة .

(116) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 67 .

فلكي ينعقد العقد لا بد من تطابق الايجاب والقبول ويكون ذلك التطابق بإرادة خالية من أي عيب من العيوب وهي الاكراه، التدليس، الغلط، والاستغلال والغبن (المواد من 79 الى 91 مدني جزائري).

غير أن عيوب الرضى بصورتها التقليدية غير ظاهرة في عقد الاذعان لان دورها يتناقض ويكاد ينعدم أحيانا عند القابل.

إلا أن القضاء قد جرى على حماية الطرف المذعن وجعل يتوسع في تقرير عيوب الارادة حتى يهيء طريق الخلاص من العقد.

ولقد حاول بعض الفقهاء تحليل بعض العيوب التي يمكن أن تصيب عقد الاذعان، ونرى هنا، هل تؤدي تلك العيوب الى نشوء عيب في الرضى أم تؤدي الى انعدام العقد؟

وبتحليل عنصر الرضى في عقد الاذعان نراه ينحصر غالبا في الشروط الخاصة بهذا العقد، وقد أرجعها برليوز الى عيبين أساسيين:

- الرضى عن طريق الغش أو التدليس.

- الرضى عن طريق الاكراه. (117).

وندرس ذلك تباعا:

أولا: الاذعان عن طريق الغش.

ان الانضمام يتضمن دائما نصيبا هاما من الثقة، وقد تكون الثقة تولدت نتيجة غش من الموجب سواء تجاهلا منه أو متعمدا في ذلك.

وحفاظا على عدم تقويض المبدأ الذي يقوم عليه هذا الاذعان باعتباره أداة اقتصادية فإنه من الضروري ترتيب جزاء على هذا الغش.

وعندما لا يكون الغش عمديا أو من الصعب اقامة الدليل على صفته العمدية فان القضاء يجنح الى الغلط والتدليس.

(1) - الغلط: ان الغلط باعتباره عيبا يشوب الارادة، هو توهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له أمرا على غير حقيقته، بمعنى أن يجعله يعتقد بوجود واقعه أو صفة غير موجودة أو العكس، فيعتقد مثلا أن الخاتم من الماس ثم يظهر من

(117) جورج برليوز، المرجع السابق ص 99.

الزجاج، أو ساعة معتقد أنها من الذهب، في حين أنها من النحاس، أو يهب شخص ماله لآخر معتقد أنه قريبه ثم يتضح أنه ليس قريباً له. (118)
(أنظر المواد 81، 82، 83، 84، 85، م. ج). (119).

وعقد الاذعان بصفة عامة عبارة عن وثائق معقدة يصعب قراءتها ويعسر فهمها فالموجب فيها يسعى الى أن يحتمي ضد كل الاحتمالات أكثر من سعيه الى افهام العامة، وبالتالي من السهل أن يقع المتعاقد في الغلط.

ليس إذن من الغريب أن يقع الطرف المذعن في الغلط سواء فيما يتحمله من التزامات أو فيما له من حقوق، فغلط المذعن يصبح إذن أدنى لاعتباره مغتفراً.

وإنه من الممكن أن نتساءل اذا كانت هذه النظرية في الواقع ليست خاصة بعقد الاذعان؟

اننا نلمح في الواقع أن القضاء الذي يركز (120) على هذه النظرية (نظرية الغلط المغتفر) المتعلقة بعقد الاذعان، لا تسلم من بعض المخاطر التي تنشأ عنه، ومع ذلك فإن المحاكم تهدف الى حماية المتعاقد فتعطي مفهوماً واسعاً في تفسير الغلط والتدليس، كي تتمكن من ابطال العقد في المواد التجارية. (121)

ولتفادي مثل هذا الغلط فإن القضاء يفرض على الموجب الالتزام بحسن النية عندما يكون عقد الاذعان معقداً وتصبح قراءته على المذعن الذي ليس له في أغلب الأحيان الوقت أو المعرفة لقراءته.

(118) د. بدر جاسم اليعقوب: أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الطبعة الاولى 1981. ص 235. مطابع دار القبس - الكويت.

(119) انظر احكام الغلط في القوانين العربية المادتين 120، 121 م. مصري والمادة 147 مدني كويتي، والمادتين 121، 122، من القانون المدني السوري، والمادتين 120، 121 مدني ليبي، والمواد 117، 118، 119، مدني عراقي والمواد 151، 152، 153 مدني أردني.

(120) جاك قستان، مفهوم الغلط في العقود. رسالة من باريس 1963. ص 89.
- Ghestin, la notion d'erreur dans les contrats, Thèse, Paris 1963, p. 89.

(121) المؤتمر الثاني والثمانون للمؤتقين المنعقد بفرنسا حول تكوين العقود ص 68، راجع التفاصيل في الاحكام الآتية ايكس 1950/12/15. منشور في دالوز الدوري 1950 - 1 - 548.

لذا فان انضمامه يستند الى حسن نية الموجب، وهذا الالتزام المفروض على الموجب لا يقتصر على عدم ايقاع المتعاقد في الغلط فحسب بل يجب عليه الادلاء بكل المعلومات، والتفسيرات الكافية حتى ينضم للعقد وهو على معرفة كافية بشروطه.

وفي حالة عدم احترام هذه المبادئ فان خطأ الموجب يعد غير مغتفر بل وحتى اذا كان المتعاقد نتيجة جهله أو اهماله قد وقع في الغلط.

وقد ذهب القانون الانجليزي الى نفس ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في الاعتداد بحسن النية في المعاملات.

وقد ذهب القضاء في ألمانيا واستعمل نص المادة 138 مدني وهو النص المقابل للمادة «6» فرنسي في مراقبة محتوى العقد، والتي تنص على أن كل تصرف مخالف للنظام العام أو الآداب يعد باطلا، ولقد استخدمت هذه المادة لتفادي التعسف الناتج عن الشروط المبالغ فيها في عقد الاذعان.

فعندما يكون محرر الشروط العامة للعقود مستندا الى احتكار أو تفوق اقتصادي سواء بنفسه أو كانت تلك الشروط مستعملة بصفة عامة في المهنة فانه في كل الاحوال يجب عليه الا يتعسف بالتأثر بهذا الوضع العام السائد.

فالمحاكم الألمانية قد جرت على أن أي شخص ينتهز فرصة معينة لفرض شروطه المجحفة بالمتعاقد فان تلك الشروط مآلها البطلان وفقا للمادة 1/138. وانه على الرغم من أن القانون الألماني لا يحرم تحديد المسؤولية إلا في ميدان المسؤولية التقصيرية (122).

ومع ذلك فانه بالنسبة الى أولئك الذين يتيح لهم الاحتكار لخدمة معينة كالناقلين والوسطاء في التجارة الدولية، فانه يعتبر الشرط المجحف المدرج ضمن الاحكام العامة لاغيا، كما أن القانون الألماني قد نص على حسن النية في المعاملات (المادة 242 مدني ألماني).

خاصة بمناسبة تحرير الشروط العامة للعقد أثناء اعداده من جانب واحد. وقد أعطى القضاء الألماني تطبيقات متعددة كادت تغطي على كل الاحكام لهذا المبدأ.

(122) انظر المادة 2/267. مدني ألماني، وحكم محكمة هانوفر 1955/2/17.

2 - التدليس :

كان القضاء يعتبر مدح البضاعة وإعطاءها قيمة غير حقيقية من الامور العادية التي لا يمكن اعتبارها طرقا احتيالية يشكل بها التدليس في عقد البيع وبالتالي لا يبطل العقد (123).

فالمشتري يجب أن يكون حذرا في مثل هذه الظروف اذ تعتبر من الامور الطبيعية غير أن المتعاقد يمكن أن يكون له غرض يدفعه الى التعاقد فيجب الاعتراف بهذا الغرض الخاص واعتباره.

غير أن موقف القضاء قد تطور اذ يفرض في عقد الاذعان على الموجب الادلاء بمعلومات كافية لضمان الثقة الضرورية للمعاملات من جهة، ومن الجهة الاخرى فان التدليس يمكن أن يكون مفترضا في عقد الاذعان أكثر منه في العقود الاخرى، وهذا هو ما أكدته الدكتور جورج برليوز، من أن القضاء المتطور يحكم بأن التدليس يمكن افتراضه بسهولة في عقد الاذعان. (124)

والتدليس يطلق عليه في الفقه الاسلامي التغرير، وهو استعمال طرق احتيالية بقصد ايقاع شخص آخر في غلط يدفعه الى التعاقد بحيث لولاها، لما ارتضى العقد، وقد أورد المشروع الجزائري أحكام المادتين 86، 87 م. ج (125) وتنص المادة 86 م. ج على أنه «يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

(123) برليوز، المرجع السابق ص 103. والحكم الذي أشار اليه (ريوم. 12 ماي 1886 سيري 13.2.85).

(124) برليوز، نفس المرجع السابق ص 103، اذ يقول:

«Mais une évaluation s'est fait jour, la jurisprudence considère que le dol est plus facilement présumé dans les contrats d'adhésion.»

(125) انظر أحكام التدليس في قوانين البلاد العربية 152 مدني مصري، المادة 151 مدني كويتي والمادة 126 من القانون المدني السوري والمادة 143 من القانون المدني الاردني والتشريعات الاجنبية (المادة 1116 مدني فرنسي، والمادة 23 من مدونة الالتزامات السويسرية).

وهذه الفقرة الأخيرة من المادة كافية لحل الكثير من المشاكل التي يطرحها عقد الاذعان .

ثانيا: الاذعان الجبري (الانضمام بالاكراه).

المفروض أن يكون القبول نتاج ارادة حرة يكون له أثر قانوني ، أما اذا كان قد تولد نتيجة ضغط أو اكراه تأثرت به الارادة ، فان وجود هذا الضغط يعيبه ويصبح بذلك قابلا للابطال بسبب الاكراه لمصلحة الطرف المذعن :
1 - الاكراه :

يعرف الاكراه بصورة عامة بأنه : ضغط يقع على المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة تدفعه الى ابرام العقد (126) .

وأحكام الاكراه في القانون المدني الجزائري قد بينتها المادتان 88 ، 89 م .
ج (127) ان المشاكل الخاصة التي يفرضها تطبيق هذا المفهوم على عقد الاذعان هي الامكانيات التي تؤثر بدرجة معينة في الرضى فتعيبه ، ومن تلك الامكانيات ،
النماذج والضغوط التي يمكن أن تصيب عقد الاذعان ، والتي تؤثر في اقتصادية هذا العقد . (128)

وغني عن البيان أن الاكراه يمكن أن يكون حسيا كما يمكن أن يكون معنويا ، ومن أمثلة الاكراه المعنوي الذي يصيب عقد الاذعان ، ما يمكن حصوله في عقد العمل ، اذ يرى بعض الفقهاء أن مفهوم الاكراه المعنوي يمكن أن يعيب رضا الاجير الذي يعاني من بؤس البطالة للغاية ومن الضروري أن يحصل على عمل فيقبل الاجر المعروض عليه مذعنا خاصة عندما يكون رب العمل صاحب وحدة فريدة تشغل نفس اختصاص العامل (129) .

(126) انظر في ذلك أصول الالتزام . د . بدر جاسم يعقوب ، المرجع السابق ص 247 .

(127) انظر أحكام الاكراه في التشريعات العربية 128 مدني مصري ، 129 من القانون المدني السوري ، المادة 128 من القانون المدني الليبي ، المادة 156 مدني كويتي .

(128) حول الضغوط الاقتصادية المؤدية الى عقد الاذعان ، ر ، ملاحظات الاستاذ كورني المنشورة في المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1971 ص 168 .

- Cornu, à propos des clauses pénales dans les contrats de leasing. R.T.D.C., 1971, 168.

(129) اليكس ويل ، فرانسوا تيري ، المرجع السابق ص 95 .

فحاجته الاجتماعية والاقتصادية ونوعية جنسه من المفروض أن تراعى من طرف الموجب، ولذلك تنص المادة 88/3 م. ج على أنه «يراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الاخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامه الاكراه».

والا فان العقد يصبح مجرد استسلام لتلك الشروط، وعلى أية حال فإننا نرى أن معظم الفقهاء يؤكدون على بعض عيوب الرضى التي تناسب عقد الاذعان انما مرجعها اقتصادي حتى ولو كان الدافع اليها معنويا، الا أن غايتها اقتصادية فالقانون المدني الجزائري (130) لم يأخذ بعين الاعتبار تقدير الجنس والسن فقط وإنما راعى أيضا الحالة الاجتماعية، وهذا مما يؤدي الى تفسير الاكراه على أساس الشروط الاقتصادية والاجتماعية، وعلى كل فان الاكراه ان وصل الى الحد الذي ينعدم فيه الرضى، فإنه يبطل عقد الاذعان، أما ان كان العقد قد احتوى على اكراه أدى الى أن يقبل المتعاقد الشروط التعسفية فإن المشرع قد قرر ابطال الشرط التعسفي وتعديل العقد.

2 - التبعية الاقتصادية.

أشرنا سابقا الى العوامل الاقتصادية التي أدت الى نشأة عقد الاذعان، ويزداد ظهور عقد الاذعان عندما تكون هناك تبعية اقتصادية، اذ تصبح هناك سيطرة تامة من طرف الموجب القوي على التابع، (المتعاقد الضعيف).

وتصبح تبعية اقتصادية مؤثرة على العقد الذي يتم بينهما لذلك يقول كورني. (131)

– «Les moyens conaminatoires que la partie dominante met en réserve entrent dans l'économie du contrat d'adhésion, au même titre que le couteau sous la table fait partie du jeu».

وتظهر تلك التبعية في العقد الذي يتم بين أفراد تابعين لدولتين مختلفتين حيث تعبر التجارة الحدود، وهذا العقد الذي نقصده لا يختلف عن العقود الداخلية الا بتوفير عناصر معينة، كاختلاف الموطن التجاري للمتعاقدين،

(130) برليوز، المرجع السابق ص 104 .

(131) برليوز. المرجع السابق ص 104 .

وانتقال السلعة من بلد الى آخر، أو تمام التسليم في بلد غير الذي تم فيه الايجاب والقبول، وغالبا ما يتأثر بالتبعية الاقتصادية (132).

اذ تظهر تلك التبعية في العقد الدولي وما ينتج عنه من آثار كالتحكيم الدولي والتقسيمات الدولية للعمل.

لذا فاننا لا نستطيع اليوم أن نفحص اقتصادية منشأة معينة دون أن نرتب مكانتها بادماجها ضمن الاقتصاد العالمي، ويبدو هذا الادماج أكثر عمقا في المجال الصناعي، لما تشهده العلاقات الاقتصادية الدولية من تغير أو أزمات وان التقسيمات الدولية للعمل تخضع الى أسس مالية صناعية وفنية تظهر بعض مزاياها في العوامل الاقتصادية.

والتنظيم الدولي للإنتاج الصناعي الذي نراه اليوم قد سهل انتقال رؤوس الاموال مستعملا في ذلك نقل الخبرة الفنية، بواسطة عقد نقل الخبرة الفنية، الذي يعتبر عقد اذعان، ويعرفه بعض الفقهاء بأنه «ذلك العقد الذي ينقل مجموع المعلومات والاختصاصات والطرق والادوات الضرورية للتصنيع واستعمال أشياء نافعة» (133). وهذا العقد عندما يتم بين الشركات متعددة الجنسية، والاشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين من بلدان العالم المتخلف، لا شك أن مدلوله مباشرة يؤدي الى عدم المساواة بين الاطراف، فليس الذي في مركز القوة اقتصاديا، كتلك الشركات كالذي لا يملك الا الخضوع والاذعان.

وهذا الاذعان يظهر سواء في اختيار القانون الذي يطبق أثناء النزاع، أو في تحديد الشروط العامة للعقد، لذا غالبا ما تختار بعض العقود النموذجية الدولية كتلك المتعلقة بميدان التجارة الدولية، وبالتالي يلزم المذعن بالاستسلام لتلك القواعد.

ولذا فإنه نتيجة للآثار السيئة التي تصيب المتعاقدين من البلدان الفقيرة من جراء هذه العقود قد اقترحت الجزائر أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة جعل مخطط لتطبيق نظام اقتصادي دولي جديد (134). وذلك للتخفيف من عبء

(132) برنار، جادو، روبير بليزان، قانون التجارة الدولية 1976 د دالوز، ص 56.

– Bernard, Jadaud et Robert Plaisant. Droit du commerce international, Dolloz, 1976, p.56.

(133) فرانسوا بيزاك، نقل التكنولوجيا.

– René François Bizec, le transfert de technologie.

(134) د. محمد البجاوي. من أجل نظام اقتصادي دولي جديد. اليونسكو 1978.

الالتزامات التي تترتب على العقود التجارية بالنسبة إلى المتعاقدين الذين ينتمون للبلدان الفقيرة أو النامية ولعل عدم رضى هؤلاء المتعاقدين عن الوضع الاقتصادي الحالي واضح ، غير أنهم لا يزالون يعقدون صفقات وعقودا كثيرة مع الشركات الاحتكارية متعددة الجنسية التي تحتكر احتكارا فعليا أو قانونيا للأساليب الفنية المتقدمة وهم مذعنون بحكم هذه التبعية الاقتصادية حيناً وبضعف اقتصادهم أحياناً أخرى .

لذلك فإن عقد الإذعان لا يقتصر على العقود الداخلية فقط بل يتعدى إلى العقود الدولية الخاصة ، وذلك لامتداد خاصية الاحتكار إلى المستوى الدولي وما أكثرها بالنسبة إلى الشركات الاحتكارية متعددة الجنسية وهذا ما أدى بالبعض أن يقرنوا معنى الإذعان بالاحتكار .

المبحث الثاني : المحل والسبب والشكلية في بعض العقود .

وندرس هذه الأركان في المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول : المحل .

نص المشرع الجزائري عن محل العقد في المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني الجزائري ، ومحل الالتزام هو كل ما يلزم به المدين ، وهو إما التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء ويقصد به نقل أو إنشاء حق عيني . وشروط محل الالتزام هي أن يكون ممكناً ، فإذا كان مستحيلاً كان العقد باطلاً وجرى الفقه في حالة الالتزام بإعطاء شيء على اشتراط أن يكون المحل موجوداً بدلاً من عبارة ممكن ، والواقع أن الامكان في هذه الحالة هو وجود المحل .

وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين وذلك مهما كانت صورته إذ يجب أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد ، وأن يكون محل الالتزام مشروعاً ، أي قابلاً للتعامل فيه إذا كان الالتزام بإعطاء شيء .

وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب والا كان العقد باطلاً (المادة 6 مدني فرنسي ، 135 مدني مصري ، 96 مدني جزائري) .

فكل هذه الاحكام تنطبق على عقد الاذعان، ولا شك أن عقد الاذعان لا ينحصر محله في أشياء معينة، بل إنه أكثر العقود اتساعا اذ تكاد تغطي قائمة المسائل التي يرد عليها كل مواضيع الحياة اليومية، لكونه فئة من العقود التي لها صور مختلفة، فقد يكون محل الالتزام هو القيام بعمل كالنقل البري أو البحري أو الجوي، اذ يقوم الناقل فيه بعمل هو شحن البضاعة المنقولة أو توصيل المسافر الى نقطة معلومة.

وقد يكون عقد تأمين على مخاطر مختلفة متضمنة في بوليصة التأمين، غير أن الذي يميز عقد الاذعان هو كونه محررا من لدن الموجب وحده، وهو ما يمكنه من ادراج بعض الشروط التعسفية.

والعقود النموذجية التي فرضتها طبيعة الانتاج والتوزيع للجمهور محرة بصورة منفردة من جانب الموجب وهي في الواقع محل لشروط تعسفية كما لاحظ ذلك تقرير غرفة التجارة والصناعة بباريس (135).

ويضرب التقرير أمثلة بالشروط الأكثر شيوعا في الحياة اليومية (136)، وهو أن البائع يحدد ثمن البيع وفقا لتسعيرته، ويحتاط الى احتمال تعديل صفة الشيء المطلوب دون تخفيض الثمن، ويعفي نفسه اعفاء كليا أو جزئيا من الضمانات القانونية بالنسبة إلى العيوب الخفية، ويجعل تاريخ التسليم شكليا، ولا يرتب على التأخير أية مسؤولية... وكذلك بالنسبة الى نقل المورد للبضاعة فانه قد يحمل التبعة على المشتري.

بالاضافة الى بعض الشروط الاخرى كالشرط الجزائي الذي من الممكن أن يقع على المذعن فقط، وشروط التجديد الضمني أو التلقائي التي تربط الزبون

(135) جاك قستان، المرجع السابق: ط 1980، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ص 3، عن تقرير قدم باسم لجنة التجارة الداخلية من طرف السيد/جيبارق. وقد وافقت اللجنة على التقرير في محضر جلستها يوم 8 أفريل 1976 وقد جاء فيه:

«Il peut se faire dès lors que le rédacteur d'un contrat informément applicable à un grand nombre de contractants, en profite pour insérer des clauses qui obligent ses propres obligations et alourdissent sans contrepartie celle de ces contractants.»

(136) ان الامثلة التي أوردها التقرير هي مستخلصة من المقالة التي كتبها بريل « وأليسي »
« حول عقود الاذعان وحماية المستهلكين قازيت دي باليه 1973. ص 713.

مدة طويلة، وادخال شروط التحكيم أو المحددة للاختصاص والتي تعطي امتيازاً للطرف الموجب. (137)

فالمحل في عقد الاذعان هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل بها نظاماً في العلاقة القانونية وتكون غير قابلة للمناقشة، فقواعده عموماً تكون محررة بارادة منفردة من الطرف القوي.

أما في عقود الممارسة فإن محل العقد يناقش بصورة واضحة خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد أطرافه على علم وخبرة بذلك الميدان فيناقشان بكل حرية الشروط التي تتضمنها وثيقة العقد ويستبعدان ما يريان استبعاده فيكون بذلك تراضياً، وذلك الرضى المنصب على المحل هو الذي يعطي الأثر القانوني لتلك الشروط.

وبمعنى آخر فإنه يكون للمتعاقدین أن يتفاوضا في معظم الشروط ومع ذلك فإن الاختلاف في شرط جوهري واحد يمنع أثر تلك الشروط لكون التراضي لم يتم بعد.

أما في عقد الاذعان فلا توجد تلك المفاوضة ولا تلك المساواة، فشروط التعاقد تعد مسبقاً من الموجب دون مناقشة من الطرف الآخر فيقبل العقد كما كان عليه محله في حالة الإيجاب، وعدم وجود الحوار والمفاوضة يجعل المحل ثابتاً مستقراً لا يمكن استبعاد أي شرط من شروط محتواه سواء كان في وثيقة العقد، أو كان شرطاً آخر تابعا له في وثائق أخرى.

وفي الواقع فإنه لا يحد من تلك الشروط سوى النظام العام أو الآداب وكذا مدى مطابقتها للقانون، وفقاً لنوع العقد، فإذا كانت بعض الشروط مخلة بالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام تكون باطلة.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة 622 م. ج على أنه :

«يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم الا اذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية .

(137) برليوز المرجع السابق ص 37 - بند 59، عن ريج، العقد النموذجي وعقد الاذعان ص 109

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو تقديم المستند اذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقا بحالة من الاحوال التي تؤدي الى البطلان أو السقوط .

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

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

المطلب الثاني : السبب .

السبب : هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه .
والفرق بينه وبين المحل - كما يقال عادة - هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟ أما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين؟ والسبب في هذا المعنى لا يكون عنصرا في كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدي، اذ الالتزام غير العقدي لم يقم على اتجاه ارادة الملتزم لاحداث الاثر القانوني، حتى يصح السؤال عن الغرض الذي قصد اليه من وراء التزامه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي انها يتصل أوثق الاتصال بالارادة .
والحق أن السبب ليس هو الارادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت اليه الارادة (138) .

ولذلك فان السبب ركن في العقد غير ركن الارادة ولكن الركنين متلازمان .
غير أن نظرية السبب قد انتابتها تطورات منذ العصر الروماني الى القانون الكنسي فالى القانون الفرنسي القديم ثم الى التشريعات الحديثة .

فالسبب في نظرية القضاء الفرنسي، التي أخذ بها المشرع المصري والجزائري وهو الباعث الدافع الموجه للملتزم في أن يلتزم «mobile impulsif et déterminant» وما دامت الارادة قد أصبحت حرة طليقة في

(138) د. السنهاوري المرجع السابق ص 452 .

أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها فيجب أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب. فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به. ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده، إذ يكون هو السبب. بهذا المنطق الصحيح شق القضاء الفرنسي طريقه إلى النظرية وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق.

وهكذا فإن القضاء يطبق هذه النظرية على كل العقود.

وقد اعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة مثل القانون المصري إذ نصت المادة 97 م. ج على أنه «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً». وهي تقارب المادة 136 مدني مصري جديد مع فارق بسيط في الصياغة إذ تنص هذه الأخيرة على أنه «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً». وفي القانون المدني الفرنسي تنص المادة 1131 على أنه لا ينتج الالتزام أثراً ما إذا لم يكن مبنياً على سبب أو كان مبنياً على سبب كاذب أو على سبب غير مشروع. وقد نصت المادة 94 مدني مصري قديم على أنه «يشترط لصحة التعهدات والعقود أنه تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً».

وعلى كل فإن العقد إذا لم يذكر فيه سبب يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك (المادة 98 مدني جزائري، م 137 مدني مصري 1132 م. فرنسي) وبما أن عقد الإذعان هو عقد نموذجي، كعقد التأمين البري، والبحري وعقود النقل بأنواعها الثلاث، وما يرد عليها، فإن سببه دائماً يكون مشروعاً إلى أن يثبت العكس.

ويقول الدكتور السهوري «والقضاء في مصر كان أكثر تمسكاً من الفقه مع النظرية الحديثة فأخذ بها في كثير من أحكامه، وقد اقتفى في ذلك القضاء في فرنسا» (139).

(139) د. السهوري، المرجع السابق ص 518.

الشكلية في بعض العقود.

ان أكثر العقود في القانون الحديث رضائية اذ يكفي لانعقادها اقتران الایجاب والقبول . ولا يمنع من أن تشترط الكتابة لاثبات العقد الرضائي ، اذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة اثباته .

فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لإثباته الكتابة والفائدة العلمية من هذا التمييز أن الكتابة اذا كانت لازمة للاثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو باليمين أما إذا كانت الكتابة ركنا شكليا في العقد فان العقد غير المكتوب يكون باطلا ، والقاعدة العامة في العقود هي الرضائية والاستثناء هي الشكلية .

والعقود الشكلية هي تلك التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بل يجب أن يقع التراضي في شكل خاص نص عليه القانون كعقد الشركة التجارية والرهن الرسمي ، «Acte authentique» ومثالها الرهن الرسمي أو التأميني المادة 883 م . ج والمادة 1031 مدني مصري ، وفي عقد المرتب مدى الحياة جاء في المادة 615 م . ج التي تقابل المادة 743 مدني مصري «العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع» (140) .

وفي عقود الشركة نصت المادة 418 م . ج على أنه «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا .

وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد» . وهي تقابل المادة 751 مدني مصري . (141)

غير أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن عقدا رضائيا بطبيعته ، كعقد البيع ، لا ينعقد الا بالكتابة ، اذ ليس في ذلك ما يخالف النظام العام وحسن الآداب .

(140) ر . المادة 708 قانون سوري ، والمادة 779 من القانون العراقي .

(141) وتقابل في الدول العربية المادة 1/475 من القانون المدني السوري ، والمادة 1/628 من القانون العراقي .

وطبقا لارادة العاقدين فلا يوجد هذا العقد الا اذا كان مكتوبا ويجب أن تكون نية المتعاقدين صريحة في ذلك، وأنهما لم يقصدا أن تكون الكتابة للاثبات فقط، وعند الشك يرجح أن تكون الكتابة للاثبات، الا أنه لا يجوز الاتفاق على جعل عقد شكلي عقدا رضائيا.

وكان المشروع التمهيدي للقانون المصري الحالي يشتمل على نص المادة 148 منه الذي جاء فيه:

1 - اذا فرض القانون شكلا معيناً لعقد من العقود فلا يكون العقد صحيحا الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

2 - «واذا قرر القانون للعقد شكلا معيناً وجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل، لا فيما يضاف اليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه».

وقد علق المذكرة الايضاحية للمشروع على هذا النص بما يأتي:

«يقضي التقنين الألماني في المادة 125 والتقنين السويسري المادتان 11، 12 والتقنين البرازيلي المادة 130 بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذي يرفضه القانون له يستتبع البطلان أصلا ما لم ينص على خلاف ذلك» وقد أثر المشروع اتباع هذا المذهب فخالف مذهب التقنين البولوني المادة 110 في هذا الشأن.

فاذا تطلب القانون شكلا خاصا وأطلق الحكم بغير تعقيب فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطا لوجود العقد.

أما اذا كان الشكل قد فرض لتهيئة طريق للاثبات فحسب، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك، وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلا اذا لم يستوف الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تنطوي على مثل هذا التعارض، فالاتفاق على ترميم منزل بيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس الا شرطا تفصيليا لا ضرورة للكتابة فيه، ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف الى التعاقد الأول من شروط، ونصوص جديدة (فيك ومولار، تعليقات على تقنين الالتزامات السويسري ح 1. المادة 12 نبذة 4، 5). (142).

(142) د. محمد كامل مرسي. المرجع السابق ص 13، 14.

الفصل الثاني : اثبات عقد الازعان .

نجل هنا القواعد العامة في الاثبات التي أوردها المشرع الجزائري في الباب السادس من القانون المدني ثم نعرض لاثبات عقد الازعان .

المبحث الاول :

اثبات الالتزام في القانون المدني الجزائري :

تنص المادة 323 م . ج «على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه» . ولكي يثبت الدائن الالتزام لا بد أن يثبت مصدره سواء كان العقد أو الارادة المنفردة أو الفعل النافع أو الفعل الضار أو القانون .

ويكون الاثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته 1000 دينار جزائري لذلك تنص المادة 333 م . ج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك» .

والاثبات بالكتابة يكون اما بورقة رسمية أو عرفية ، والورقة الرسمية يعرفها المشرع في المادة 324 م . ج بأنها «الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للاوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه» .

أما العقد العرفي فيعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وامضاء أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار، ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق .

ولا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله ، أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ، أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص ، وفي حالة الوفاة من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وامضاء ، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الاحكام فيما يتعلق بالمخالصة المادتين (327 ، 328 م . ج) ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ويجوز الاثبات بالنية اذا كانت زيادة الالتزام على الألف دينار جزائري لم تأت الا من ضم الملحقات الى الأصل .

ولا يجوز الاثبات بالبينة ولو لم ترد القيمة على الألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي .

أو اذا كان المطلوب هو الباقي ، أو هو جزء من حق لا يجوز اثباته إلا بالكتابة واذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد قيمته على ألف دينار جزائري ثم عدل عن طلبه الى ما لا يزيد على هذه القيمة م (334 م . ج) غير انه يجوز الاثبات بالبينة فيما يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وهي :

- كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال (م 335) . أو اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي واذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن ارادته (م 336) .

كما يمكن الاثبات عن طريق القرائن ، وهي اما قانونية أو قضائية .

والقرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك م 337 م . ج . و ثم قرائن قانونية لا تقبل اثبات العكسي كالاحكام الحائزة لقوة الأمر المقضي اذ تنص المادة 338 م . ج على أن «الاحكام التي جازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع

قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً.

أما القرينة القضائية فمقتضاها أن يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التي يميز فيها القانون الاثبات بالبينة (م 340).

ويكون الاثبات بالاقرار، الذي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة (م 341 م. ج).

والاقرار حجة قاطعة ولا يتجزأ على صاحبه الا اذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الاخرى.

كما أن اليمين، - وهي اما حاسمة أو متممة - يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر. على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم متعسفا في ذلك، ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين. م 343 م. ج.

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى (م 344 م. ج). وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه.

أما اليمين المتممة، فقد خول المشرع المدني الجزائري للقاضي في المادة 348 أن يوجه اليمين المتممة تلقائياً الى أي من الخصمين لبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به.

ويشترط في توجيه هذه اليمين الا يكون دليلاً كاملاً، والا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

ولا يجوز للخصم الذي وجهها اليه القاضي أن يردها على خصمه (م 349 م. ج).

المبحث الثاني:

اثبات عقد الاذعان بالرجوع إلى مصدره.

علينا التعرض الى اثبات مصدر عقد الاذعان المتمثل في:

- الشروط العامة .

- العقود النموذجية .

- بعض المصطلحات الأصلية .

وندرسها على الترتيب في ثلاثة مطالب ونعقبها بمطلب رابع نبين فيه اثبات عقدين من عقود الاذعان وهما عقد النقل وعقد العمل .

المطلب الاول :

الشروط العامة .

ونعني بالشروط العامة تلك التي تقدم في صورة قائمة وترفق بالعقد، أو تلك التي يعتمد عليها العقد كمرجع، ويطلق عليه قائمة الشروط (Cahier des charges) وتكون هذه الشروط معدة من أحد الاطراف. وهي تظهر غالبا في صورة لوائح داخلية أو في صورة ملصقات. فالشركة الجزائرية للتأمين مثلا قد طبعت نشرة (كتيب) ضمنتها الاحكام أو الشروط العامة لعقد التأمين ويوجد لدى كل مكتب من مكاتب التأمين بعنوان «الشروط العامة لعقد التأمين - عقد التأمين المتعدد الاخطار المهنية».

وتظهر الشروط العامة في عقد البيع نتيجة لتكاثرها وسرعة المعاملات التي اقتضتها الحياة التجارية اذ نجد أن عقد البيع يتم في صورة طلب بضاعة (Bon de commande) يبين فيها نوع السلعة المطلوبة وميعاد تسليمها وقد تكون جاهزة وتقدم للمشتري للتوقيع عليها دون مراعاة لفارق القوى الاقتصادية، ولكن غالبا ما تكون تلك الشروط العامة محاطة بقواعد تشريعية مما يخفف من صفة الاذعان فيها.

غير أنه في بعض العقود يحاول طرفا العقد (البائع، والمشتري) أن يتخلص كل منهما من المسؤولية التي من الممكن أن تقع على أحدهما مما يؤدي بهما الى ما يسمى بحرب الصيغ «Bataille des formulaires» . (143) لإثبات وجود الشرط أو عدمه .

وقد اتسعت الشروط العامة وأصبحت تقابل الافراد في كل تصرفاتهم

(143) برليوز، المرجع السابق ص 33 .

اليومية فالمسافر وهو يضع امتعته في مخزن الودائع، أو يركب القطار، والمتعامل مع البنوك أيضا يخضع لهذه الشروط العامة.

ولهذا فانه يمكن اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى هذه الشروط العامة المتداولة، بالاضافة الى أن القاضي يرجع عند تفحصه لهذا النوع من القضايا الى التشريع المطبق في مجال تلك العقود، فيقارن تلك الشروط العامة الثابتة في لوائح الشركة أو المصرف بذلك التشريع، لأنه بتدخله دائما ينشد العدالة فيفسر تلك الشروط التفسير الصحيح (لأن وظيفة القاضي التفسير فقط وليس وضع الشروط والا كان قد تدخل في تكوين العقد).

وقد بين المشرع الليبي أحكام هذه الشروط ومدى سريانها على العقد وقد جاء في المادة 150 مدني ليبي: «تسري على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتى لو أعارها انتباه الشخص العادي، وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسؤولية أو تحلل من العقد أو توقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدة وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفع أو قيود تمس حرية التعاقد في العلاقات مع الغير وتحديد العقد أو تجديده، ولا اثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء اذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا» (144).

«فاذا انصب النزاع على اثبات الشروط العامة، فان هذه الشروط تكون مكتوبة ويسهل الرجوع اليها، وتطبيق أحكامها».

المطلب الثاني:

اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى العقد النموذجي.

تعتبر العقود النموذجية مصدرا هاما من مصادر عقد الاذعان (145)، واذا كان مصطلح «العقد النموذجي» ليس ذا أصل قوي فانما يرجع ذلك ليس الى حدائته وانما الى التعديلات التي تدخل عليه في كل مرة.

(144) د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ط 1974 نبذة 86. دار النهضة العربية - بيروت.

(145) جاك ليوتي. المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1953 ص 429.

- J. Léauté, R.T.D.C., 1953, p. 429.

ومنذ قرون خلت، اعتاد رجال القانون الى الرجوع الى صيغ معينة تتم عليها التصرفات والعقود، ويمكن ملاحظة ذلك بالرجوع الى الشكليات والاعراف التي استقرت في تلك العصور.

فالرجوع الى الاعراف، خاصة في بلدان ما يسمى بالشرعية العامة «common law»، يوفر الرجوع اليها الاطمئنان لدى المتعاقدين، اذ أنها عبارة عن قواعد أرسيت نتيجة خبرة طويلة.

وتظهر الفائدة في العقود النموذجية عندما تكون مصدرا لعقد الادعان في سهولة اثباته، وذلك بمقارنة العقد النموذجي المكتوب، أو القانون العرفي المثل للعادات المهنية بالعقد محل النزاع.

لذلك يقول السنهوري: «... وذلك بالرجوع اليها لكونها تحتوي على قواعد عامة ومجردة، وذات انماط خاصة، وما على الفرد الا أن يحافظ على تلك الانماط باستعمالها». (146)

فالعقود النموذجية تعتبر مشروع عقد الى أن يقبلها الطرف المذعن فتظهر عقدا تحت عنوان آخر، وبذلك تكون نموذجا لعقد مستقبلي (147). فالعقود النموذجية تحتوي على شروط عامة ومجردة وما على المذعن الا ان ينضم اليها لذلك فهي تتضمن نوعا من عدم التوازن واستعمالها يكون من الطرف القوي الذي يجعله ممتازا في انفراده بوضع تلك الشروط التعاقدية وتحديدها.

ان العقود النموذجية التي يتزايد استعمالها يوما بعد يوم، كانت محل اقتراح المنظمات والنقابات المهنية من أجل حل المشاكل المتعلقة بتكوين العقود وتنفيذها والمسؤولية الناجمة عن عدم التنفيذ.

وقد اقترحت تلك النقابات شروطا نموذجية من شأنها أن تسد الفراغ المتعلق بقواعد الايجاب والقبول، وتلك حقيقة نجدها حتى في ميادين النشاط

(146) د. السنهوري، المرجع السابق ص 236.

(147) برليوز، المرجع السابق ص 34 يقول:

– Tant que "le contrat-type" reste une "formule type de contrat" il ne constitue pas un contrat au sens de l'article 1101 du code civil, mais un modèle pour un futur contrat»

أبرز مثال هو العقود الدولية البحرية، فقد جرى التعامل فيها على ايجاد صيغ عقود نموذجية «Contrats-types» بحيث ترم أغلب العقود على منوالها. وأشهر هذه النماذج نموذج عقد جانكو «Gencon» الانجليزي ونموذج لوتيسيا «Lutetia» الفرنسي، وهما خاصان لإيجار السفينة بالرحلة، وبالتييم «Balttime» فيما يختص بعقود ايجار السفينة بالمدة.

التي تستعمل فيها نماذج للعقود بصورة موسعة، كالعقود المتعلقة بالنشاط الصناعي والتجاري وبنقل الخبرة الفنية (التكنولوجيا) بصورة عامة.

غير أن صعوبة تحرير الشروط في نماذج متماثلة، وفي نفس الوقت تتماشى مع اعداد أنواع مختلفة من الروابط العقدية يبقى ادائها السبب في أن تكون تلك النماذج محل شروط تعسفية، ذلك لأنها توكل الى اختصاصيين وفنيين يراعون في تحريرها مصلحة المؤسسة أو المشروع أو الهيئة التي كلفتهم بهذا الاعداد. الا أن العقد النموذجي لا يخلو من فائدة في اثبات عقد الاذعان فهو عقد مكتوب ويمكن الرجوع اليه عند النزاع ولا يكلف القاضي عناء كبيرا سواء في اثبات العقد ذاته، عندما يتعلق الامر بعقود تكون الكتابة فيها ركنا في العقد كايجار السفينة، وعقد الشركة، أو في تنفيذها اذ تبين كيفيات التنفيذ في العقد.

المطلب الثالث :

الاثبات عن طريق المصطلحات الاصلية.

ان ايراد المصطلحات قد يبدو غريبا، الا أن هذه المصطلحات اذا ما استعملت خاصة في العقود الدولية فانها تساعد على اثبات مصدر عقد الاذعان، كما يلتجئ، اليها القاضي بعد تكوين العقد في تفسيره. لذلك فان كل مصطلح من المصطلحات التي سنبينها يعني تكوين عقد الاذعان بطريقة معينة يمكن للقاضي أن يثبت بها العقد، ولذلك يعبر عنها بالمصطلحات الاصلية «les termes normalisés» فهي تحقق نوعا من ارجاع الشروط الى أصول معينة لمختلف العقود النموذجية، ونجدها تشكل مصدرا من مصادر عقد الاذعان فتساعد القاضي على التفسير السليم وتجعل تلك الشروط في اطارها القانوني.

وأشهرها مجموعة المصطلحات التي أقرتها غرفة التجارة الدولية (148) والتي يطلق عليها «Incoterms» واستعملها يرافق في أغلب الاحيان كل العقود التجارية الدولية، فمثلا في عقد التأمين تستعمل المصطلحات التالية :

FOB, CF, FOR, FAS وكذلك في البيوع الدولية. ونورد شرح بعضها في ما

يلي :

(148) برليوز، المرجع السابق ص 35، نبذة 56.

1 - البيع سيف . . . أو البيع كاف، وهو أكثر البيوع الدولية استعمالاً في عصرنا الحاضر، أوجده التعامل الأمريكي، ويتميز بأن البائع يسلم البضاعة للمشتري في مرفأ الشحن، إلا أنه يلتزم بأن يتولى عمليتي الشحن وعقد التأمين على البضاعة ضد الاخطار البحرية من هلاك أو تلف، وفي مقابل ذلك يدفع المشتري للبائع ثمن البضاعة المتفق عليه، ونفقات الشحن، وقسط التأمين، وبذلك يتميز البيع سيف بـ:

أ - أن المشتري يصبح مالكا للبضاعة منذ شحنها إلا أن انتقال الملكية اليه يقتضي أن تكون هذه البضاعة معينة بذاتها، ويتحقق ذلك بفضل وثيقة الشحن التي تعين فيها البضاعة بوزنها ونوعها وعلاماتها المميزة.

ب - يجب على البائع أن يجري عقد النقل خلال فترة زمنية يحددها العرف التجاري بحسب طبيعة البضاعة، وبلد المقصد، وهي عادة شهران من تاريخ العقد في الحالات العادية وثلاثة أسابيع في الحالات المستعجلة، ويمكن أن يشترط المشتري في حالات العجلة القصوى أن يكون الشحن بأسرع ما يمكن، وفي هذه الحالة يجب أن تشحن البضاعة على أول سفينة مغادرة.

ج - يجب على البائع أن يعقد تأميناً بحرياً على البضاعة وتتم هذه العملية بين البائع وشركة التأمين لحساب المشتري، وترفق وثيقة التأمين مع وثيقة الشحن (149).

د - تشكل عملية التأمين والشحن جزءاً من عقد البيع، إذا لم يقر بهما البائع فللمشتري أن يطلب فسخ العقد وطلب التعويض.

هـ - يجب على البائع أن يحدد للمشتري دفع الثمن وقسط التأمين وأجور الشحن، وهي إما أن تدفع نقداً أو أن تدفع بموجب ما يسمى بالاعتماد المستندي.

2 - ومصطلح البيع (FOB) هو أيضاً عقد بيع تنتقل فيه ملكية المبيع للمشتري بمجرد تسليمه البضاعة في مرفأ الشحن بحيث يصبح مسؤولاً عن هلاك البضاعة أو تعييبها بعد ذلك.

ومع ذلك يختلف البيع «سيف» عن البيع «فوب» في أن البائع في البيع فوب لا يلزم بإجراء عقد النقل والتأمين لحساب المشتري وإنما يجب على المشتري أن

(149) د. هشام فرعون - القانون البحري - 1975، 1976 ص 247، 248 مطبعة كرم، دمشق.

يباشر هاتين العمليتين شخصيا أو من قبل وكيله، وبذلك تنتهي في البيع فوب التزامات البائع تجاه المشتري بمجرد تسليم البضاعة المباعة في مرفأ الشحن (150).

3 - وهكذا فإن كل مصطلح من المصطلحات يمثل قواعد عديدة (أنظر بقية المصطلحات في قانون التجارة الدولية للاستاذين جادو، وبليزان، اذ يفسر معاني المصطلحات (EXQUAY. EX. SHIP. FRET.F.A.S.) (151). وقد يجهلها المتعاقد خاصة اذا لم يكن من المشتغلين بالتجارة الدولية وبذلك تكون مصدرا للاذعان.

المطلب الرابع :

في اثبات بعض عقود الاذعان.

ونظرا لاتساع فئة عقود الاذعان فإننا سنقتصر هنا على إعطاء مثال يتعلق باثبات عقد النقل الذي هو من أبرز عقود الاذعان، وآخر لعقد العمل.

أولا : عقد النقل .

عقد النقل هو «اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص يطلق عليه أمين النقل أو الناقل بنقل أشخاص أو أشياء من جهة الى أخرى بواسطة اداة نقل في مقابل أجر».

وتتحدد أركان عقد النقل في ضوء طبيعته، وأركانه هي :

من حيث النشأة : فهو عقد رضائي تبادلي، ومن حيث محله، فهو ينصب على تغيير المكان وتستوي في ذلك البضائع أو الاشخاص.

(150) د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص 249.

(151) برنار جادو، وروبير بليزان، قانون التجارة الدولية 1976 ص 68.

- Bernard Jadaud et Robert Plaisant, droit de commerce international, 1976, 68.

وأیضا الوثيقة السادسة المتعلقة بالتأمين البحري والتي يصدرها معهد الاقتصاد والنقل البحري ط 1974، ص 61، 62.

- Brochures, Institut d'économie des transports maritimes. 6.

Assurance maritime, 1974, 61-62.

ومن حيث السيطرة على الموضوع، يجب أن يكون للناقل اليد العليا في إدارة النقل تجاريا وفنيا.

ومن حيث الاحتراف، يجب أن يكون الناقل محترفا لنشاطه أي يتقاضى أجرا عن كل عملية.

وعقد النقل هو من فئة عقود الاذعان، لذا يقول مصطفى كمال طه «على أن هذا العقد في الحقيقة من عقود الاذعان، إذ أن الناقل يعلن عن الشروط التي يقبل التعاقد بمقتضاها ويحدد ثمن النقل، ولا يملك الراكب الا الاذعان لهذه الشروط». (152)

والذي يهمنا هنا هو اثبات عقد النقل من حيث نشأته :

ينشأ عقد النقل بمجرد التراضي بين طرفين أو عدة أطراف، فلا تشترط له شكلية معينة، وعلى ذلك قد يكون عقد النقل مكتوبا، وقد يكون مشافهة، فالكتابة ليست ركنا في العقد، بل وليست ركنا في الاثبات، وتترتب على ذلك امكانية اثبات العقد بكافة طرق الاثبات التي أشرنا اليها بما فيها شهادة الشهود والقرائن، وهذا المعنى هو الذي تؤكدته المادة 30 من القانون التجاري الجزائري : ونصها يثبت كل عقد تجاري بالسندات الرسمية، سندات عرفية . . . بالاثبات بالبيننة أو بأية وسيلة أخرى اذا رأت المحكمة بوجوب قبولها.

على أن هذه القاعدة تقتصر حدودها على من كان عقد النقل، تجاريا بالنسبة اليه وهو الناقل، أما اذا كان النقل مدنيا بالنسبة إلى أحد الاطراف كغالبية المسافرين ومرسلي البضائع فان اثبات النقل في مواجهته لا يكون الا بالكتابة ما لم يكن المبلغ المدعى به في حدود ما يقابل الاثبات بكافة طرق الاثبات تطبيقا لقواعد القانون المدني (المادة 333 م. ج).

ومن الواضح أن امكانية إثبات العقد بكافة طرق الاثبات في مواجهة الناقل ما هي الا نتيجة طبيعية لكون عقد النقل يعد عملا تجاريا بحسب طبيعته أو موضوعه، وفي أغلب الأحوال يحرر الناقل ما يعرف بتذكرة الشحن «connaissance» في حالة نقل البضائع وما يعرف بتذكرة السفر في حالة نقل الأشخاص ولكن كلا من تذكرة الشحن وتذكرة السفر ليست الا نوعا من كتابة العقد، فيمكن للمسافر أو لمرسل البضاعة اثبات عقد النقل في مواجهة الناقل بدونها.

(152) د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف بالاسكندرية ص 367.

ووثيقة الشحن : هي ورقة من صورتين يحررها الناقل ويوقع عليها كل من الناقل والمرسل ، وهي تحتوي على البيانات الأساسية المتعلقة بالبضاعة المرسله ، وجهة الارسال واسم المستلم ، وتسلم نسخة من هذه الورقة الى المرسل الذي يستطيع أن يحتفظ بها اذا شاء في حين استلام البضاعة أو يمكن ارسالها الى مستلمي البضاعة تيسيرا عليه في عملية الاستلام ووجود البوليصة في يد المرسل أفضل عند نشوب منازعة أو حادث للبضاعة اذ تصبح عملية الاثبات ميسرة له ، ومع ذلك فان عدم وجود تذكرة الشحن ليس معناه عدم امكان اثبات النقل بل يثبت الاخير بكافة طرق الاثبات .

أما تذكرة السفر فهي لنقل الاشخاص وتتضمن البيانات الأساسية كمحطة القيام ومحطة الوصول وأجرة السفر . . . الخ .

وتذكرة السفر لا تعني أكثر من كونها دليلا كتابيا على نشأة أو قيام عقد النقل ، أما تنفيذ عقد النقل فغالبا ما يكون لاحقا لتذكرة السفر (153) ، وأهمية ذلك هي أن التزام الناقل بسلامة المسافر لا تبدأ الا منذ بدء تنفيذ العقد ، وليس منذ نشأته ، ولكن الحصول على تذكرة السفر ليس هو الدليل الوحيد على قيام عقد النقل ، ففي حالة الاستعجال أو الضرورة يمكن للمسافر أن يركب القطار مثلا بدون قطع تذكرة ، ولكن عدم وجود تذكرة في يده يجعل من العسير عليه اثبات عقد النقل . وبالتالي ففي حالة حدوث ضرر له نتيجة النقل فإن فشله في اثبات عقد النقل ينقل عبء اثبات المسؤولية عن التعويض من الناقل الى المسافر ، وبتعبير أوضح تصبح مسؤولية الناقل تقصيرية وليست تعاقدية بما يؤدي اليه هذا الوضع من تحميل المسافر الذي لا يحمل تذكرة السفر عبء اثبات أركان هذه المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وهكذا فان عقد الاذعان الذي مصدره العقود النموذجية مثلا يمكن اثباته بالرجوع الى النموذج والى تفحص الشروط الواردة فيه ثم ان كل شرط من الشروط يمكن اثباته وفقا للاحكام العامة المقررة في القوانين الخاصة بها .

(153) يقول الدكتور مصطفى كمال طه (المرجع السابق ص 367)
«فاذا كان الدخول في عربات الناقل محظورا الا لمن يحمل تذكرة كما هو الحال في السكك الحديدية ، فان العقد لا ينعقد الا بتسليم التذكرة أما اذا كان الدخول في عربات الناقل حرا غير مشروط كما هو الحال في النقل بطريق الترام أو الا وتوبيس ، فان العقد ينعقد بمجرد دخول الراكب الى العربة دون أن يتوقف ذلك على دفع ثمن التذكرة» .

ذلك أنه لا يمكن اعطاء صيغة موحدة في طريق اثباته ، وأن ما يمكن قوله هو أن أغلب عقود الاذعان بالرجوع الى مصادرها نجدتها مكتوبة ، ثم أنها مركبة وفي كل وثيقة يحتويها العقد قوة خاصة في مجال الاثبات . وعلى سبيل المثال نتعرض الى قوة وثيقة الشحن في الاثبات .

تنص المادة 748 من القانون البحري الجزائري (154) على أنه «بعد استلام البضائع يلتزم الناقل أو من يمثله بناء على طلب الشاحن ، بتزويده بوثيقة شحن تتضمن قيودا بهوية الاطراف والبضائع الواجب نقلها وعناصر الرحلة الواجب اتمامها وأجرة الحمولة الواجب دفعها» .

يفرض القانون البحري أن تتضمن هذه الوثيقة عدة بيانات .

فتنص المادة 752 من القانون البحري الجزائري «يجب أن تتضمن وثيقة الشحن من جملة ما يجب أن تشتمل عليه :

أ - العلاقات الرئيسية والضرورية للتعريف بالبضائع على الحالة المقدمة فيها كتابة من قبل الشاحن قبل البدء بتحميل هذه البضائع ، وإذا كان طبع وختم هذه العلامات واضحا بأي شكل كان وعلى كل قطعة من البضاعة أو تخزينها .

ب - عدد الطرود والاشياء وكميتها ووزنها كما قدمت كتابة من قبل الشاحن وذلك حسب كل حالة .

ج - الحالة والتكييف الظاهران للبضاعة» .

ويقول الدكتور القريشي «أنه يمكن استخدام وثيقة النقل في مهام اثبات تختلف باختلاف الطرف أو الاطراف الذين تستخدم ضدهم . فيمكن أن يثبت التزامات الناقل ، أو تلك التي تعهد بها المرسل أو التزامات المرسل اليه .

ويمكن أن تستخدم لاثبات حالة ومحتوى البضاعة المنقولة أو المستلمة من طرف الناقل أو المسلمة اليه .

وتتغير شروط تحريرها ، ويختلف الشخص أو الاشخاص الذين ينظمونها تبعا لما تشاء اثباته .

تقضي القاعدة العامة أن لا يسمح لأي مدعي أن ينشئ سند اثباته بمفرده فاذا أريد اثبات التزامات الناقل ، ينبغي أن تكون الوثيقة منشأة من قبله أو أن

(154) الامر رقم 76 - 80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 - الموافق 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري ، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 29 بتاريخ 10 أبريل 1977 .

يكون قد وقعها أو قبلها في ظروف لا تدع مجالا للشك في صحتها، وفي الحالة الأخيرة ينبغي أيضا دعم الوثيقة بعناصر الإثبات الأساسية، انما لا تكفي وحدها، فاذا أريد اثبات الالتزام الأخير للناقل (وهو تسليم البضاعة في حالة استلامها)، فلا يمكن أن تكون الوثيقة منشأة أو على الأقل متممة الا بعد التسليم، وإذا أراد الناقل اثبات التسليم، فعليه أن يقدم سند مخالصة، موقعا من قبل المستلم. والواقع أنه إذا كانت الوثيقة محررة على استمارة مطبوعة للنقل، وتحتوي بظهرها على «الشروط العامة للنقل»، كما هو جار في النقل البحري، فإنها تصلح على العموم أن تكون دليلا لاثبات جميع شروط العقد. (155).

وتدرج بيانات البضائع ضمن وثيقة الشحن على أساس التصريح الكتابي للشاحن (م 753 من القانون البحري الجزائري).

وطبقا للمادة 754 ق. ب. ج فانه اذا لم يذكر اسم الناقل في وثيقة الشحن عد مجهز السفينة التي تحمل البضاعة على متنها هو الناقل، وكذلك الحال عندما يذكر اسم الناقل في وثيقة الشحن بشكل غير دقيق أو غير صحيح.

وتنص المادة 761 ق. ب. ج على أنه «تعد وثيقة الشحن الموضوعة طبقا لاحكام هذا الفصل ثابتة بالقرينة بالنسبة الى استلام البضاعة من قبل الناقل في الحالة والكمية المبينة في الوثيقة الا اذا أثبت ما يخالف ذلك.

ولا يقبل ما يخالفها اذا نقلت الوثيقة لحامل من الغير بحسن نية.

وفي مجال قوة إثبات وثيقة الشحن عند اختلاف نسخها تنص المادة 762 ق. ب. ج على أنه «اذا اختلفت نسخ وثيقة الشحن، لا يمكن لكل طرف أن يتمسك بالبيانات المدرجة في النسخة التي يحملها الا اذا كانت هذه البيانات واردة أيضا في النسخة الموجودة بين يدي الطرف الآخر».

ويتمتع الناقل الذي يكون قد دفع تعويضا لصاحب البضاعة، نظرا لمسؤوليته التضامنية الناتجة عن وثيقة شحن مباشرة، بحق الرجوع على الناقلين الآخرين والمسؤولين بموجب وثيقة الشحن.

بيد أنه لا يمكن ممارسة هذا الرجوع ضد ناقل يثبت بأن الضرر لم يحصل على مسافته. طبقا للمادة 766 ق. ب. ج.

(155) د. جلال مصطفى القريشي. مطبوعة النقل السداسي الثامن ص 56، 57، وقد ألفت على طلبة كلية الحقوق - الجزائر، 1979 - 1980.

وإذا لم يمكنه أن يثبت في أي جزء من النقل التابع لوثيقة الشحن المباشرة وحصلت الخسائر والاضرار للبضائع، عد كل من الناقلين مسؤولاً بنسبة أجرة الحمولة التي قبضها، وفقاً للمادة 767 ق. ب. ج.

وتلعب وثيقة الشحن دوراً أساسياً في مجال اثبات تقادم الدعوى الموجهة ضد الناقل فتنص المادة 743 ق. ب. ج على أنه «تتقادم كل دعوى ضد الناقل بسبب الفقدان أو الاضرار الحاصلة للبضائع المنقولة بموجب وثيقة الشحن بمرور عام واحد».

بيد أنه يمكن تمديد هذه المدة الى عامين باتفاق مبرم بين الاطراف بعد وقوع الحادث الذي ترتب عليه رفع الدعوى».

وفي سوريا مثلاً فرق المشرع فيما يتعلق بحجية وثيقة الشحن في الاثبات ما بين الوثيقة التي استوفت البيانات القانونية المطلوبة، والوثيقة الناقصة، كما أنه جعل هذه الحجية تختلف بالنسبة إلى أطراف الوثيقة عما هي عليه تجاه الغير (156).

أ - الوثيقة الكاملة : - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 199 قانون بحري سوري على أن «وثيقة الشحن التي استجمعت البيانات سالفة الذكر، تثبت استلام الناقل للبضائع كما هي مبينة في الوثيقة ما لم يقدم دليل معاكس».

كما نصت المادة 200 ق. ب. سوري بأن «ليس للناقل أن يتذرع بمغايرة المعلومات الواردة في الوثيقة للحقيقة تجاه أي شخص كان غير الشاحن».

ويتضح من هذين النصين أن وثيقة الشحن تعتبر حجة كاملة بالنسبة الى طرفيها لاثبات عقد النقل الذي هو من عقود الاذعان وما ورد فيه من شروط وبنود، لكن هذه الحجية ليست مطلقة بل يجوز لاحد الطرفين أن ينفيها بدليل كتابي معاكس أو ما يقوم مقامه كالاقرار واليمين، كأن يثبت الشاحن مثلاً أنه سلم الناقل مائة طرد بدلاً من ثمانين طرداً كما هو مدون في وثيقة الشحن.

أما بالنسبة للغير ومنهم المرسل اليه فتعتبر وثيقة الشحن بما تضمنته من بيانات حجة مطلقة في مواجهة كل من الناقل والشاحن دون أن يكون للأخير أبداً أن يثبت في مواجهة الغير عكس ماورد في الوثيقة، ذلك أن الغير يتحدد مركزهم

(156) د. هشام فرعون، المرجع السابق ص 180، 181، 182.

من وثيقة الشحن باعتمادهم على البيانات الواردة فيها ولا يعرفون حقيقة ما كان قد دار بين طرفيها.

ب - الوثيقة غير الكاملة : - نصت المادة 198 من القانون البحري السوري على أن كل وثيقة شحن خلت من ذكر البيانات القانونية المطلوبة لا تصلح الا كمبدإ ثبوت بالكتابة وعلى ذلك فانه يجوز اثبات عكس ما ورد فيها من بيانات أو شروط بكافة طرق الاثبات سواء بين طرفيها أو بينهما وبين الغير.

سردنا هذا على سبيل المثال لأن عقود الاذعان واسعة جدا وتحتوي على شروط عديدة، كالشروط المتعلقة بنية الطرفين التي يمكن أن تفرض الالتزام بنتيجة أو الالتزام بوسيلة.

- والشروط ذات الطابع التقني (الضمانات التقنية أو مكان الاستغلال).
- الشروط المتعلقة بالتسليم المحدد للزمان والمكان.
- الشروط المتعلقة بالضمانات والتأمينات.
- الشروط الواردة على تحديد الثمن واجراءات الدفع.
- الشروط الجزائية وشروط الاصلاح.
- الشروط الموصوفة بأنها قانونية (تحديد نوعية الاختصاص القضائي).
- التحكيم.
- الشروط المسقطة للدعوى، تعديل قواعد الاخطار - الحجز، التنفيذ . . . الخ.

ثانيا : عقد العمل

نصت المادة الثانية من قانون العمل الجزائري الصادر بالامر رقم 75 - 31 لسنة 1975 على أنه «تنشأ علاقة العمل بموجب عقد مكتوب أو غير مكتوب، وتتكون العلاقة على أية حال بمجرد القيام بعمل لحساب صاحب عمل» (157).

(157) ويقول الدكتور علي عوض حسن في مؤلفه «الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد» الصادر بالامر 75 - 31 بتاريخ 29 أفريل 1975 ط. 1975 ص 64. «المستفاد من هذا النص أن علاقة العمل أوسع مدى من عقد العمل contrat de travail ، لان لفظ «عقد» غالبا ما يطلق على الاتفاقات المكتوبة أما علاقة العمل فقد تكون مكتوبة بمقتضى عقد وقد تكون شفوية بمجرد أن يرتبط شخص بالعمل لدى شخص آخر تحت ادارته واشرافه مقابل أجر، وقد أطلق قانون العمل الجزائري على الشخص الذي يؤدي العمل لحسابه «صاحب العمل».

وما يستفاد من هذا النص أنه ليس لابرار عقد العمل شكل معين فهو عقد رضائي حتى اذا تم بطريقة مكتوبة فلا يشترط القانون فيه الا توافر أركان العقد المعروفة .

ولذا تنص المادة الثالثة من قانون العمل الجزائري «يثبت عقد العمل ضمن الاشكال التي يتعين على الاطراف المتعاقدين الاتفاق عليها» .
وعندما يكون عقد العمل مكتوبا فانه يجب أن تدرج فيه البيانات التالية على وجه الخصوص :

- المنصب أو المهام التي يتعهد بها العامل .
- الاجر الاساسي وملحقاته .
- مكان الاستخدام .
- المدة وفترة التجربة .
- المدة اذا كان العقد محدود المدة .

وحفاظا من المشرع الجزائري على الطرف الضعيف في العقد فانه قد نص في المادة «8» من قانون العمل على عدم الاعتماد بأي شرط يدرج في عقد العمل ويكون مضرا بالعامل أو يكون مخالفا للاحكام التشريعية والتنظيمية واتفاقيات العمل الجماعية الجاري العمل بها .

وفيما يخص اثبات هذا العقد، فما دام المشرع الجزائري يسمح بأن يكون العقد شفويا فان اثباته يكون بكافة الوسائل والطرق .

ولكن اذا كان مكتوبا فانه أوجب أن يتضمن البيانات الجوهرية ومع ذلك فان الكتابة ليست ركنا من أركان عقد العمل وانما هي مجرد وسيلة لاثباته .

فاذا كان العقد مكتوبا فلا يجوز لأي من الطرفين - العامل وصاحب العمل - أن يثبت عكس ماورد بالكتابة وهذا مبدأ مقرر في القواعد العامة في القانون المدني .

ونحن لا نوافق على هذا الرأي لسبب واضح وبسيط هو أن العقد يمكن أن يكون مكتوبا ويمكن أن يكون غير مكتوب، فالكتابة ليست ركنا في أغلب العقود .
أضف الى ذلك مدى العلاقة التي تربط بين المتعاقدين مصدرها العقد ذاته ولا يتصور أن تكون العلاقة أوسع نطاقا من العقد الا اذا فرضها القانون، بمعنى اذا كان مصدرها القانون أو اللائحة التنظيمية .

ونستنتج من ذلك أن الكتابة ليست هي الطريق الوحيد لاثبات عقد العمل في القانون الجزائري ، اذ نصت المادة الرابعة منه على أنه «يجوز اثبات عقد العمل أو علاقة العمل بكل وسيلة» .

ونستخلص من كل ما تقدم أن اثبات عقد الاذعان يتكيف مع طبيعة ونوع كل عقد، فان كان عقدا تجاريا ، طبقت عليه قواعد الاثبات في المواد التجارية وان كان عقدا مدنيا فانه تنطبق عليه قواعد الاثبات في القانون المدني .

الباب الثالث :

أحكام عقد الاذعان وانقضاؤه.

نقسم هذا الباب الى فصلين نتعرض في الفصل الاول منه الى أحكام وآثار عقد الاذعان، وفي الفصل الثاني الى الطرق التي ينقضي بها عقد الاذعان.

الفصل الاول:

أحكام وآثار عقد الاذعان.

ان أحكام العقد هي آثاره أو الالتزامات والحقوق الناشئة عنه بالنسبة إلى كل من طرفيه، ولذلك سنتعرض في مبحث أول الى أنواع عقود الاذعان المشهورة، والتزامات وحقوق الطرفين فيها، ثم ننتقل في مبحث ثان الى تفسير العقد أو قوة عقد الاذعان من حيث موضوعه.

المبحث الاول:

أنواع عقد الاذعان.

تمهيد: كل العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة يمكن أن تندرج ضمن عقد الاذعان، كما يبين ذلك من القائمة التالية، التي ليست على سبيل الحصر:

1 - كل أشكال التأمين بصفة عامة هي عقد اذعان لأن المؤمن يكتب في بوليصة تأمين محررة مسبقا من طرف الهيئة المختصة دون أن يناقش الشروط التي تتضمنها. فالمؤمن له لا يتسلم بوليصة التأمين المتضمنة للشروط الا بعد التوقيع على الالتزام وفي معظم الاحيان فانه لا يكلف نفسه عناء بقراءة الشروط الا بعد وقوع الكارثة المؤمن ضدها.

وفي أحوال أخرى يمكن أن يكون للمتعاقد الخيار بين بوالص متعددة ومختلفة في المفاهيم ولكنها كلها متماثلة بالنسبة إلى الإعدادات المسبق .

2 - كل عقود النقل سواء البرية أو البحرية أو الجوية لا يتاح فيها للمتعاقد مناقشة تذاكرها المطبوعة في بوالص النقل .

3 - كل العقود المعدة لايجارة الخدمات الى المستهلكين كسائقي سيارات الأجرة فانهم يبرمون عقد الازعان .

4 - معظم الإيصالات المطبوعة يمكن اعتبارها عقود اذعان ، والعقد يمكن أن يكون في شكل نموذجي يعد مسبقا من طرف الترس (Trust) أو من طرف كتلة المؤجرين وما على من يرغب في الايجار الا أن يخضع لتلك الشروط المطبوعة .

5 - العقود المصرفية (البنكية وهي تعد فيها البنوك محتوى العقد مسبقا وبشروط تضعها وحدها ولا تقبل المناقشة الا في حالات خاصة جدا كأن تكون العملية المصرفية هامة للغاية (كعقد القرض ، وفتح للحساب الجاري . . . الخ)

6 - ونذكر أيضا التوريد والاشتراك «Abonnement» .

7 - عقود النشر أو الانتاج الفني التي تسير بواسطة عقود نموذجية ، والعقود التي تجرى مع دور التربية والفنادق ووكالات السفر ، وعقود الجمهور مع المطاعم ودور السينما والمسارح .

وهكذا فان القائمة تكاد تغطي معظم عقود الحياة الجارية (158) ونتيجة لاستعصاء بحث آثار كل عقد من العقود المذكورة بشكل واف لانها من الممكن أن تكون موضوعا لبحوث متعددة فاننا سنقتصر على دراسة أشهرها وهي :

- الازعان في عقد التأمين .
- الازعان في عقود النقل .
- الازعان في عقد العمل الفردي .
- الازعان في العقد الدولي .
- الازعان في العقود التي تجريها البنوك .
- الازعان في عقد النشر .

(158) برليوز المرجع السابق ص 39 نبذه 60 .

الاذعان في عقد التأمين .

عرفت المادة 619 م . ج عقد التأمين بأنه «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي الى المؤمن له أو الى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو ايرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن» وقد أخذ القانون المدني المصري بهذا التعريف عن الفقهاء المعاصرين وأورده في المادة 747 مدني مصري .

ويستخلص من هذا التعريف أن شخصا يسمى المؤمن له، يتعرض لخطر في شخصه كما في التأمين على الحياة، أو في ماله كما في التأمين ضد الحريق، أو التأمين عن المسؤولية، فيعمد الى تأمين نفسه من هذا الخطر، بأن يتعاقد مع شركة تأمين - تسمى المؤمن - يؤدي لها أقساطا دورية أو أية دفعة مالية أخرى في نظير أن يتقاضى منها مبلغا من المال عند تحقق الخطر.

ويجوز أن يشترط المؤمن له دفع مبلغ التأمين لزوجته أو لأولاده أو لأي شخص آخر يسمى «المستفيد» .

ومن خلال التعريف السابق يتبين أن للتأمين عناصر ثلاثة هي :

أ - الخطر المؤمن منه :

الغرض من عقد التأمين هو دائما تأمين شخص من خطر يتهدهده، أي من حادث يحتمل وقوعه، فاذا ما تحقق الخطر ووقع الحادث سمي كارثة، ومع ذلك فقد يكون الحادث المؤمن منه له طبيعة أخرى أقرب للادخار، كتأمين الاولاد عندما يتقاضى المؤمن له مبلغ التأمين كلما رزق بولد، وهناك تأمين الزواج يتقاضى المؤمن له فيه مبلغ التأمين اذ ما تزوج قبل بلوغه سنا معينة، وهناك التأمين لحالة البقاء يتقاضى فيه المؤمن مبلغ التأمين اذا ما عاش الى تاريخ معين فهذه كلها حوادث سعيدة ومع ذلك يجوز التأمين منها (159) .

ويشترط في الخطر أن يكون متفرقا، فلا يتجمع وقوعه في وقت واحد، بل يتفرق على أوقات متباعدة، وأن يكون متماثلا فيتجانس في طبيعته، وأن يكون

(159) د. غريب الجبال، التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ط 1975 ص 12 . دار الفكر العربي.

منتظم الوقوع الى درجة مألوفة لكي يمكن تقدير الاحتمالات بدرجة أقرب ما تكون الى الدقة.

كما يعتبر الخطر هو المحل الرئيسي في عقد التأمين، فاذا كان القسط محل التزام المؤمن له ومبلغ التأمين هو محل التزام المؤمن فان الخطر هو محل التزام كل من المؤمن له والمؤمن، ويشترط في الخطر ثلاثة شروط.

- 1 - أن يكون غير محقق الوقوع.
- 2 - ألا يكون متعلقا بمحض ارادة أحد طرفي العقد.
- 3 - أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام.

ب - قسط التأمين :

وهو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه، ويحسب قسط التأمين على أساس الخطر واذا تغير الخطر تغير معه قسط التأمين وهو مبدأ نسبة القسط الى الخطر.

ولكي تتوافر الدقة في حساب الاقساط يجب أن يتم وفقاً لقاعدتي الكثرة والارتكاز على الاحصاءات الدقيقة.

ج - مبلغ التأمين :

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

أنواع التأمين :

يقسم الفقهاء المعاصرون التأمين الى قسمين رئيسيين تأمين اجباري أو اجتماعي، وتأمين اختياري أو خاص، وكلاهما يقوم على أسس فنية واحدة، وإن اختلفا من حيث الفلسفة والتنظيم، ويتفرع عن هذا التقسيم تقسيم آخر، فالتأمين اما أن يكون عاماً تباشره منشآت تقيمها الدولة والهيئات العامة الأخرى، وفي ظل أحكام القانون العام، واما أن يكون التأمين خاصاً تباشره منشآت وهيئات تتخذ أشكالاً قانونية متنوعة مملوكة للأفراد أو المجموعة منهم (شركات أو جمعيات) وتعمل في ظل القانون الخاص. (160).

(160) د. غريب الجمال، المرجع السابق، ص 40

أما في الجزائر فإن التأمين تمارسه شركات تأمين تابعة للدولة التي تحتكر عمليات التأمين اذ تنص المادة الاولى من القانون المتعلق بالتأمينات «تمارس شركات تأمين الدولة احتكار الدولة لعمليات التأمين».

وتكلف شركات الدولة مباشرة بتطبيق عمليات التأمينات، غير أنه يجوز بموجب مرسوم يصدر بناء على تقرير من وزير المالية تأهيل الهيئات، التي سبق لها أن مارست نشاط التأمين والتي لا تسعى الى هدف مريح، بممارسة عمليات التأمين ودون سواها من الهيئات المشار اليها أعلاه» (161).

وقد أورد المشرع الجزائري في الفصل الثالث القسم الثاني من القانون المدني، تحت عنوان أنواع التأمين، أحكاما تخص التأمين على الحياة وعلى حياة الغير، والمسؤولية عن الغير، والتأمين على الحريق.

وعقد التأمين يضرب عادة كأبرز مثال لعقد الاذعان، والامر المهم الذي يؤدي بادراج عقد التأمين ضمن فئة عقد الاذعان لا يرجع الى دور المبادرة كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء، وانما لأن الموجب يحدد بصورة عامة شروط العقد بارادة منفردة يدعن لها من يرغب في التأمين، وغالبا ما يلجأ في تحديد تلك الشروط الى استعمال أشخاص متخصصين.

لذا يقول عبد المنعم فرج الصده «والموجب يتوفر له من الامكانيات ما يجعله يستخدم متخصصين يتوفرون على تحرير العقود بالوضوح، الكافي وهذا ما لجأت اليه فعلا شركات التأمين» (162).

ومع ذلك فلا بأس من أن نتعرض الى دور المبادرة في عقد التأمين التي يرى البعض أنها سبب الاذعان (163)

ان هذه المسألة من التعقيد بمكان، فشركة التأمين قد يتقدم لها المؤمن له، وقد تسعى هي بواسطة أعوانها الى المؤمن له وهو في عقر داره.

(161) انظر القانون رقم 80 - 07 المؤرخ في 28 رمضان عام 1400 الموافق 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 33/1980.

(162) د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق (نظرية العقد بند 86).

(163) برليوز، المرجع السابق ص 43 تحت عنوان (دور المبادرة).

وعلى فرض أن هذه الأخيرة هي التي تسعى دائما فان بوليصة التأمين الذي يرغب فيه المتعاقد وما الى ذلك. (164) ثم ترسل الى المقر الرئيسي نسخا وفقا للخطر المحتمل ثم يحتفظ المركز الرئيسي بنسخة من تلك النسخ ويعطي احداها الى المؤمن... وهكذا... فمن خلال تلك العمليات الاجرائية المتتالية من الصعب أن نحدد أو نفرق بين من يقوم بالمبادرة، ونقول بأنه هو الموجب وفي الامكان وسط هذا الاخذ والرد، وهذا التعقيد أن نحدد، ذلك اعتبارا للطرف الذي بارادته المنفردة قد خطا الخطوة الاولى، غير أن ذلك لا يغير من العقد في شيء اذ أن المعيار أن الموجب هو الذي يعد شروط العقد مسبقا، وهي شركة التأمين.

اذعان المؤمن له :

ان المؤمن له هو الطرف المذعن في عقد التأمين، اذ لا يناقش شروط العقد، وقد شبه أميرجون المؤمن له باليتيم الذي هو بحاجة الى حماية (165) اذ يكفي ما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل بالشروط المقترحة التي يملئها أو هي بالاصح من نشاط طائفة المؤمنين.

فالمؤمنون يعدون وثائق تأمين نموذجية ويلتزمون بمراعاتها أما المؤمن لهم فانهم يلتزمون بقبول شروط الوثيقة وهذا لكونهم لا يجدون لدى غيرهم من يقدم اليهم غير ذلك، حيث يوجد احتكار للتأمين، وهكذا في البلدان التي تأخذ بنظام المنافسة الحرة حيث ان كتلة المؤمنين غالبا ما تتفق على نماذج معينة وتقدمها للجماهير.

ومثل هذا المفهوم أدى بالمشرع الى أن تدخل في صالح المؤمن لهم وهذه هي الفكرة العامة التي تتجلى في قانون 13 جويلية 1930، المتعلق بالتأمين البري في فرنسا، أما بخصوص التأمين البحري فان الحاجة الى مثل هذه الحماية كانت أقل الحاحا لأن النقل البحري أقل حاجة الى التنظيم من النقل البري وهذا يرجع الى سببين :

(164) بيكار وبيسون، الوجيز في التأمين. الجزء الاول (عقد التأمين 1964 ص 712).

- Picard et Besson, traité des assurances. T.1. (contrat d'assurance), 1964, 712.

(165) ر، بيير، القانون البحري ط 1953، الجزء الثالث ص 401.

- G. Ripert : Droit maritime, édition, 1953, T.3, p. 401.

1 - أن المؤمن لهم يبرمون عقود التأمين وهم على بينة من الأمر بالنسبة للعقود البحرية، فهذا التأمين يخص المجهزين والمتعاقدين الذين يكونون على بينة ودراية بالامر، اذ يعرفون جميع بنود العقد ويمكن أن يندموا على حتمية تحملها لكن يتحملونها وهم قد قبلوا بها.

ان للتأمين البحري طابعا دوليا أكثر مرونة من غيره من التأمينات الأخرى بحيث أن المؤمنين لا يستطيعون فرض بعض الشروط لعمالئهم خوفا من منافستهم من طرف المؤمنین الأجانب.

وقد انتقد هذا التكوين في القانون التعاقدي من طرف طائفة المحترفين بحجة أن المؤمنین البحريين هم وحدهم صانعو قانونهم.

ويرى ربيير بأن هناك تنظيما عرفيا للعقد، بحيث أن المؤمن له لا يخضع لارادة المؤمن ولكن يخضع للعرف المعمول به، وهذا العرف الذي ساهم كل من المؤمنین والمؤمن لهم في تكوينه، بحيث أن الطرف الاخير في درجة من القوة الاقتصادية التي مكنته من المساهمة في وجود هذا العرف الذي يرعى مصالحه. (166)

وما يمكن قوله، إن عقد التأمين البحري عقد اذعان بناء على الاقل على ما يستعمله من وثائق نموذجية.

وهذا الوصف ينطبق بالخصوص على التأمين على البضائع أكثر منه على التأمين على السفن، حيث يكون المؤمن له في التأمين على البضائع في مستوى ضعيف بموازنته مع شركات التأمين.

بخلاف الامر بالنسبة الى مجهز السفينة الذي يتمتع بقوى اقتصادية ودراية فنية قد تفوق قوة ودراية شركات التأمين.

ومع ذلك فان تفسير عقد التأمين كغيره من عقود الاذعان يجب أن يكون متفقا مع مبدأ حسن النية فقد قررت المادة 17 من قانون التأمين البحري الانجليزي 1906 هذا المبدأ عندما نصت على أن «عقد التأمين يبنى على منتهى حسن النية واذا لم يراع أحد الطرفين هذا المبدأ فانه يحق للطرف الآخر ابطال العقد».

(166) ر، بيير، المرجع السابق ص 402.

على أن ذلك يعني أن العقد يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً إذ أن عقد التأمين كغيره من العقود يجب تفسيره وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين تبعاً للعرف الجاري في المعاملات (المادة 105 مدني جزائري).

ويقول برليوز «إن عقود التأمين هي الأولى التي تصيها المخاطر وتحددها فالعقد يخضع للاذعان، أي اذعان المتعاقد الذي لا يستطيع أن يناقش المصطلحات التي يتضمنها العقد». (167)

وقد كان عقد التأمين، من بين المسائل التي لفتت انتباه المشرع الفرنسي في قانون 13 جويلية 1930 وهو يمثل أول تدخل تشريعي يوجب فيه المشرع الالتزام ببعض الاجراءات، فالمشرع قد اتخذ احتياطاته كي يتساوى كل المؤمنين ويفهمون بوليصة التأمين وذلك باثارة الانتباه الى نقاط هامة، فالبوليصة وكل الوثائق المستعملة من طرف المؤمن يجب أن تكون محررة بالفرنسية بالنسبة إلى كل العقود التي يتم اكتتابها وتنفيذها في فرنسا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن تكون محررة بصورة ظاهرة، وذلك تفادياً لما كان مطبقاً سابقاً من محررات لا تقرأ إلا بعدسة مكبرة.

كما يجب أن تحرر بعض الشروط بصفة أكثر وضوحاً من غيرها خاصة شروط بطلان العقد، وشروط السقوط ومدة العقد وهو في هذا يهدف إلى تنبيه المتعاقد إلى اجراءات مختلفة.

(167) برليوز المرجع السابق. ص 21

– Berlioz : le contrat d'adhésion, p.21. (les assurances sont les premières à avoir dans leurs contrats choisi et limité les risques qu'elles prenaient, l'exemple fut rapidement suivi. Le contrat soumis à l'adhésion d'un contractant qui ne peut négocier les termes et qui souvent ne peut se passer de biens ou de services offerts ou qui dépend de la partie forte, devient instrument de calcul et de limitation des risques).

وقد جاء على لسان القاضي الانجليزي ديننج «Dening» إنني موافق على أن الشرط المعقول، يجب أن نعطيه نوعاً من الاشهار فبعض الشروط التي رأيتها يجب أن تكون مكتوبة بحبر أحمر وبيد حمراء فنعينهما حتى يعتبر الاشهار بها كافياً (168).

«Je suis d'accord que moins une clause raisonnable, plus on doit lui donner la publicité certaines clauses que j'ai vues devraient être indiquées à l'encre rouge avec une main rouge les désignant avant que l'on puisse considérer que la publicité est suffisante.»

وقد أدخلت بعض التشريعات هذا الشرط منها قانون التأمين بكاليفورنيا الذي يقضي بأن بعض الشروط يجب أن تكون مطبوعة بالاحمر.

كما يقضي قانون التأمين بمقاطعة كيبك (كندا) بأنه في حالة تغيير بعض شروط العقد لأبد أن تكتب بلون مخالف للنصوص القديمة (169).

وعقد التأمين من عقود الاذعان، والمؤمن هو الجانب القوي ولا يملك المؤمن له الا أن ينزل عند شروط المؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوعة ومعرضة على الناس كافة، وهذه هي أهم خصائص عقد الاذعان. على أن تدخل المشرع في أغلب الدول في تنظيم عقد التأمين لحماية المؤمن لهم خفف كثيراً من تعسف المؤمن بالمؤمن له، وهذا لأن بعض الفقهاء (170) يزّون أن قيام التأمين على الاسس الفنية الصحيحة يمنع أحد الطرفين من أن يجور على الآخر، ويجعل التأمين يؤدي مهمته الحقيقية وهي تنظيم التعاون بين المؤمن لهم المعرضين لخطر مشترك، ومساهمة كل منهم بنصيبه اذ انزل بأحد منهم خطر، ويجعل الهيئة القائمة بالتأمين تقوم بدورها الصحيح وهو دور الوسيط بين المؤمن لهم لتنظيم التعاون فيما بينهم لا دور المتعاقد القوي الذي يستغل ضعف المتعاقد الآخر.

ولكل ذلك تعنى التشريعات بحماية المؤمن لهم، وتجعل الكفة متوازنة بينهم وبين المؤمن.

(168) انظر برليوز. المرجع السابق ص 85.

(169) برليوز المرجع السابق ص 85.

(170) د. غريب الجمال. المرجع السابق ص 26.

فالنصوص التي تنظم عقد التأمين والتي تهدف في مجموعها الى حماية المؤمن له ، تعتبر نصوصا لا تجوز مخالفتها الا أن تكون ذلك لمصلحة المؤمن له ، أما اذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فان الاتفاق يكون باطلا .

كما تعتبر باطلة الشروط الجائرة التي قد تتضمنها بعض وثائق التأمين مثل :

(1) - الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح الا اذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية .

(2) الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن لدى السلطات ، أو في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

(3) - شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

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

يضاف الى ما تقدم أن الهيئات القائمة بعمليات التأمين تعمل تحت رقابة دقيقة من قبل الدولة وعلى ذلك يراعى في شروط وثائقها الا تجحف في حق المؤمن لهم مما يخفف من آثارها عليهم بوصفها عقود اذعان .

فتنص المادة 182 من قانون التأمين الجزائري على أنه «تهدف رقابة الدولة الى ضمان شرعية عملية التأمين وحماية حقوق المؤمن لهم والمستفيدين الآخرين ، والمساهمة في نمو نشاط القطاع الحالي للتأمينات نموًا منسجمًا» .

وتنص المادة 187 من قانون التأمين الجزائري على أنه «تخضع لمراقبة الدولة جميع شركات التأمين الاجنبية التي هي في طريق التصفية» .

المطلب الثاني :

الاذعان في عقد النقل

عرفت المادة 36 من القانون التجاري الجزائري عقد النقل بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء الى مكان معين» .

وهذا التعريف يتعرض الى نقل الاشخاص ونقل الاشياء .
ونتناول في هذا المطلب كلا من النقل البري والنقل البحري .

أولاً: النقل البري:

سبق أن أشرنا الى أن عقد النقل بالسكك الحديدية أو عن طريق الحافلات يعتبر شكلاً من أشكال عقد الاذعان، وذلك لتحديد سعر التذاكر من طرف واحد هو الجهة الناقلة .

اذن فالإيجاب الذي يتم في عقود النقل هو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر ويكون ملزماً لمدة أطول من العقود العادية، وهو إيجاب يجب أن ينشر بحيث يكون في وسع الجمهور أن يطلع عليه .

لذلك يقول الدكتور القرشي «...» ان هذه القواعد تطبق على عقد النقل، ولكنها كثيراً ما تعدلت بسبب صفة الإيجاب الناقلين العامة والدائمة، ان طبيعة الإيجاب هذه أدت ببعض الكتاب إلى إنكار القول بتمثل الحرية القانونية في قبول هذه العقود .

يقولون إن هناك بالآخرى اذعان، لاقبول وقد ساعد هذا التعبير على إيجاد فئة جديدة من العقود، شخّصت بين أعدادها الاغلبية العظمى لعقود النقل، خاصة النقل الحديدي .» (171) .

لذلك يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصده «أن من اشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو بالباخرة بالشروط التي كان يمكنه أن يعرفها لو كلف نفسه ذلك . فهو يتقيد بالشروط الموجودة في تذكرة السفر وكذلك بشروط التعريف الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور والتي تشير إليها تذكرة السفر» .

ويذهب الى ذلك بعض الفقهاء في فرنسا الذين يرون أنه من غير الممكن اخراج تذاكر السفر من عقد الاذعان ما دامت اسعارها ذات صفة أمرة ومحددة بارادة منفردة (172) .

(171) د. جلال مصطفى القرشي، مطبوعة النقل الفصل الثامن، 1979/80. ص 13. (كلية الحقوق والعلوم الادارية بالجزائر).

(172) همار، المجلة ربع السنوية للقانون التجاري 1968 ص 116 .

- J. Hemard, R.T.D, com. 1968. p. 116.

وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية في فرنسا الى اعتبار وقوف سيارة الاجرة في المحطة المخصصة لها ايجاباً عاماً موجهاً الى الجمهور، وكل من تقدم وفتح الباب ولو لم يتم ركوبه يعتبر العقد تاماً بينه وبين الناقل الذي يلتزم بضمان السلامة، ويكون مسؤولاً لو تضرر المسافرون من جراء الاقلاع بدون تحفظ.

ذلك لأن العقد يرتب على الناقل الالتزام بضمان السلامة بينما يرى آخرون بأن العقد لا يتم لكون الناقل يلتزم بتحقيق غاية. وهذا القول مبالغ فيه لأنه حتى وان كانت التذاكر لا تؤخذ الا داخل الحافلات فان مجرد وقوف الحافلة ينبيء عن وجود أماكن مخصصة للركاب وعليه تكون المسؤولية.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكم استئنافي صادر عن مجلس قضاء باريس تحديد مسؤولية الناقل بواسطة الملصقات لعدم وجودها في وثيقة الشحن (173).

وقد ذهب القضاء المصري الى عدم سريان الشرط الذي لم يعلم به الطرف في تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل (174).

وقد ذهب القضاء المصري أيضاً فيما يخص عقود النقل الى اتخاذ مبدأ وهو أن الشروط الواردة في تذكرة الشحن يجب أن تطبق بوصفها شريعة للمتعاقدين متى خلت مما يتعارض مع النظام العام (175).

ثانياً: النقل البحري:

لقد عرفت المادة 738 من القانون البحري الجزائري عقد النقل البحري بأنه «يتعهد الناقل بموجب نقل البضائع عن طريق البحر بايصال بضاعة معينة

(173) تجاري. 1950/1/31. قازيت دي باليه 1950. 1. 241.

- Seine, 2.6. 1947, Gaz. pal, 1948, 1.18.

انظر أيضاً، السين 2. 6. 1957. قازيت دي باليه 1948 - 1 - 18.

(174) استئناف مختلط 21 مايو 1901 (مجموعة التشريع والقضاء 13 ص 317. و) يقضي بعدم سريان شرط يحد من مسؤولية الناقل بالسكك الحديدية عن تلف الامتعة. لم يذكر في تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل (انظر عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق نبذة 85).

(175) استئناف مختلط 90، أبريل 1927 (39 ص 305).

من ميناء إلى ميناء آخر، ويتعهد الشاحن بدفع المكافأة له والمسماة أجر الحمولة». وتضمنت المادة 739 من القانون البحري الجزائري «يبدأ عقد النقل البحري بمجرد ما يأخذ الناقل البضاعة على عاتقه وينتهي بتسليم البضاعة الى المرسل اليه». (176)

فمن خلال هذا التعريف يتبين أن عقد النقل البحري هو عقد رضائي ومن عقود المعاوضة ومن العقود الملزمة للجانبين، وهو عقد تجاري دائما بالنسبة الى الناقل، أما بالنسبة إلى الشاحن فيعتبر تجاريا إذا كان تاجرا وأجرى عقد النقل تأمينا لحاجات تجارته «أي بالتبعية كما أنه من عقود المقاولة والخصيصة التي تهمنا هو أن عقد النقل البحري عقد اذعان، ذلك لأن الرضائية في العقود تستدعي أن يكون رضى المتعاقدين صادرا عن ارادة حرة ونتيجة بحث ومناقشة بين أطرافه الا أن النقل البحري قد تطور، اذ أصبح على خطوط الملاحة البحرية المنتظمة، تحتكره اليوم شركات كبرى تضمن وثائق الشحن التي تصدرها في شروط مطبوعة لا يقوى الشاحنون على مناقشتها، مما جعل هذا العقد من قبيل عقود الاذعان التي تجعل الشاحن مضطرا لقبول هذه الشروط (177).

وقد أثار ذلك اهتمام التشريعات الحديثة وحملها على التدخل لحماية الطرف الضعيف ذو الحاجة في العقد من وطأة الشروط الجائرة التي يفرضها الناقل وخاصة ما يتعلق منها باعفائه من المسؤولية وقد تحققت هذه الحماية بأبرام معاهدة بروكسل سنة 1924 المتعلقة بتوحيد بعض احكام النقل بسندات الشحن، والتي انضمت اليها الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 71 - 64 الصادر في 2 مارس 1964، وبالتالي تعتبر نصوص هذه الاتفاقية أمرة تتعلق بالنظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافها. (178)

(176) قارن المادة 2/174 من القانون البحري السوري ونصها (عقد يتعهد فيه الناقل لقاء أجرة أن يوصل الى مكان معين أمتعة أو بضائع على أن ينقلها بطريق البحر في كل مدة السفر أو في بعضها).

(177) د. إلياس حداد. القانون التجاري (1980/1981) ص 460، مطابع مؤسسة الوحدة دمشق. (سوريا).

(178) ر. مطبوعة الدكتور القريشي، المقررة على طلبة السنة الرابعة السداسي الثامن بكلية الحقوق. ابن عكنون. 1980/1979 ص 4.

وقد انضمت الجزائر الى اتفاقيتي بيرن المنعقدتان عام 1890 (CIM)، (CIV) بموجب الامرين المرقمين 72، 72/35 - 36 في 27 جويلية 1972.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي «أن عقد النقل كثيرا ما يحدث خلط بينه وبين عقد الامتياز اذا كان موضوعه ينصب على نقل الأشياء كما في حالة امتياز نقل الخطابات بالسفن «Service postal maritime» والغالب أن يكون ثمة عقد امتياز اذا كان النقل منتظما وبمقتضى رسم مقدر مقدما وكان مسموحا به للإدارة وللأفراد على السواء.

ويكون عقد نقل اذا كان النقل مقصورا على مرة واحدة أو على مرات غير محدود مقدما وغير مسموح به للأفراد. (179)

على أية حال فانه ونتيجة للظروف الخاصة التي تتم فيها عمليات النقل البحري وشدة مسؤولية الناقلين التعاقدية. فقد درج هؤلاء على تضمين عقود النقل شروطا تعفيهم من المسؤولية وهذا ما جعل من العقد عقد اذعان واستتبع ذلك أن أهمل الناقلون تنفيذ التزاماتهم بالعناية بالبضاعة اعتمادا على عدم مسؤوليتهم عما يلحقها من ضرر.

وقد أثار ذلك شكوى الشاحنين وشركات التأمين والبنوك لأن اشتراط الناقل اعفاءه من المسؤولية يحرم شركة التأمين من الحلول محل الشاحن في حقوقه تجاه الناقل.

كما تؤدي شروط الاعفاء الى اضعاف ضمانات المصارف عند تقديمها الاعتمادات المستندية التي يقدمها المصرف للبائع مصدر البضاعة بموجب وثائقها ومستندات التي تكون تحت يده، ووجود شرط الاعفاء في وثائق الشحن يعطل هذه الضمانة من الناحية العملية.

وهذا ما أدى الى حماية الشاحن باعتباره الطرف الضعيف في معاهدة بروكسل سالفة الذكر (180).

(179) د. سليمان الطماوي. المرجع السابق ص 125.

(180) د. إلياس حداد. المرجع السابق ص 483 يقول (صدر قبل هذه المعاهدة قانون هارتر في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1893 وكانت الولايات المتحدة في ذلك التاريخ تعتبر دولة شاحنة وبمهما حماية مصلحة الشاحنين.

وقد فرق هذا القانون بين الاخطار التجارية التي تتعلق بشحن البضاعة وتنفيذها والمحافظة عليها وتسليمها، وهي لا يجوز اشتراط عدم المسؤولية عنها، والاطار البحرية التي تقع في معرض قيادة السفينة من الوجهة الفنية ويعني الناقل منها بقوة القانون بشرط أن يكون قد بذل العناية المعقولة كجعل السفينة في حالة صالحة للملاحة.

والتي أدخلت عليها تعديلات بموجب بروتوكول بروكسل الصادر في 1968/2/23 وكذا التعديل الصادر في عام 1973 .

كما أن عقد النقل البحري يعتبر من فئة عقود الاذعان كذلك عقد التأمين البحري (181) . اذ يعتبر من تلك العقود التي تبرم بعيدة عن كل مناقشة .

فالغالب أن تحرر شركات التأمين وثائق الضمان بشروطها المختلفة بشكل مسبق بحيث لا يبقى أمام المنضم الا الاستسلام لشروطها (182) .

هذا وقد ذهبت محكمة استئناف باريس الى أن المسافر لا يتقيد بالشروط الواردة في تذكرة السفر بالباخرة اذا كان لم يأخذ التذكرة الا بعد حجز محله (183) .

المطلب الثالث :

الاذعان في عقد العمل

يمكن تصور الاذعان في عقد العمل الفردي ، وهو ذلك العقد الذي يتم بين العامل ورب العمل ، اذ يقدم هذا الأخير شروط عقد العمل في صورة إيجاب دائم ، لكونه صاحب احتكار قانوني أو فعلي ، وما على العامل الا أن ينضم الى هذه الشروط فتحدد بذلك علاقة العمل بين العامل ورب العمل ، ونتيجة لعدم التكافؤ الواضح بين الطرفين فقد التجأت التشريعات العمالية الحديثة الى ايجاد قواعد قانونية تحمي الطرف الضعيف في العقد ، وهو العامل . كما التجأ العمال الى تنظيم نقابات تنظم شروط العمل بالتفاوض مع أرباب الاعمال في صورة عقد عمل جماعي ، لذلك نتساءل هنا عن مدى الاذعان في عقد العمل الجماعي الذي عرفه الدكتور عبد المنعم البدر اوي بأنه «اتفاق تنظم بمقتضاه شروط العمل بين

(181) عرفت المادة 293 من القانون البحري السوري الضمان البحري بأنه «عقد يرصى بمقتضاه الضامن تعويض المضمون عن الضرر اللاحق به في معرض رحلة بحرية عن هلاك حقيقي لقيمة ما ، مقابل دفع قسط على ألا يجاوز هذا التعويض قيمة الاشياء الهالكة» .

(182) د . إلياس حداد . المرجع السابق ص 484

(183) استئناف باريس في 2 نوفمبر 1921 غازيت دي باليه - 1912 - 2 - 466 .

- Cour d'appel de Paris, 2 Nov. 1921, Gaz. Pal, 1921. 2. 466.

نقابة أو أكثر من نقابات العمال أو اتحاد نقابات العمال أو بين واحد أو أكثر من نقابات العمال الذين يستخدمون عمالا ينتمون إلى تلك النقابات (184)

لذلك يمكن القول بأن هذا النوع من العقود هو نتاج للتطور الاجتماعي والاقتصادي الذي أدى إلى تدخلات تشريعية أرسى قواعد قانونية تتلاءم والحالات المتوقعة للتطور.

كما يمكن أن يكون التشريع قد أهمل بعض الأوضاع نتيجة للتركيب الاجتماعي المعقد.

وقد تقتصر نظريته على القواعد التي تراها التنمية تحقق منفعتها وهذا ما نراه في تطور قواعد التشريع التي تحكم علاقات العمل.

لذلك تختلف تشريعات العمل من بلد إلى آخر وفقا للنظام الاقتصادي والسياسي والاجتماعي الذي تنتهجه البلاد.

وكثيرا ما لاحظنا في البلدان الرأسمالية عدم استقرار هذا التشريع وذلك ناتج عن الصراع المستمر بين أرباب الاعمال والعمال فكان ذلك السبب في أن يلتقي ممثلو العمال للتفاوض جماعيا، لاعداد اتفاقات بين العمال وأرباب العمل تكون بمثابة القانون الذي يحكم مهنتهم.

ويقول ميشال ديسباكس في مؤلفه عن العقود الجماعية «ففي فرنسا لاحظنا أن التطور التشريعي للعمل قد غطى جزءا كبيرا من الحقوق وما بقي كان محلا للاتفاقات الجماعية.

أما في الولايات المتحدة وبريطانيا فان الاتفاقات الجماعية كانت هي الاداة الاساسية للنهوض الاجتماعي، بينما في فرنسا لا تلعب الاتفاقات الجماعية للعمل الا دورا ثانويا، ثم ان ميدان الاتفاقات الجماعية للعمل متغير ومؤقت وفي كل يوم تضاف له أحكام جديدة.

ذلك أن أرضية هذا الموضوع لا تزال خصبة ومحتاجة إلى تدخل تشريعي من شأنه أن يفسح المجال أمام هذه الاتفاقيات الجماعية لازالة كل العوائق.

(184) د. عبد المنعم البدرأوي . النظرية العامة للالتزامات ط 1968 ص 115 .
● وقد عرف المشرع الجزائري اتفاق العمل الجماعي بأنه «هي اتفاقية تتعلق بشروط العمل مبرمة بين هيئة الاتحاد العام للعمال الجزائريين وبين صاحب عمل واحد أو أكثر (م 85 من قانون العمل الجزائري).

وميدان الاتفاقات الجماعية واسع جدا، غير أنه نتيجة للنقص في ميدان الاعلام، فإن الكثير من البلدان لم تتحصل على الوجهة الحقيقية لهذه الاتفاقات من الناحية التطبيقية». (185)

ويضيف هذا الفقيه، أنه في فرنسا لا يمكن معرفة عدد الاجراء الذين مستهم تلك الاتفاقات ولا نسبة وجودهم في كل قطاع من قطاعات النشاط مع أن ميدان تلك الاتفاقات يمتد الى قطاعات كثيرة، كالنقل البري والنسيج والسينما والصحافة والنشر والاذاعة والتلفزيون، كما أن عدة مهرجانات قد أقيمت على اتفاقات جماعية ولكن في ميدان الفلاحة قد قدرت نسبة الاجراء الذين مستهم الاتفاقات بـ 30٪ ومن المفروض أن تكون النسبة ضعف ذلك في الميدان غير الفلاحي وتكون في ميدان الصناعة أعلى منها في التجارة والخدمات.

ولقد كان من نتاج هذه الاتفاقات الجماعية في العمل أن ظهرت مفاهيم جديدة كالأجر والعمل المضمون مع مفهوم رأس المال للضمان الاجتماعي وتسوية المدخول، ونظام المنح الاضافية على الاداءات في التأمين الاجتماعي الممنوحة للمرضى والمصابين بحوادث العمل ومنح الوفاة والمنح الاضافية للبطالة وزيادة مدة العطل مدفوعة الأجر الى أكثر من أربعة أسابيع.

كل هذا أثر في نفسية العامل وجعله ينضم الى العمل بالشروط التي تحددها الاتفاقيات الجماعية.

وبتحليل الاتفاقات الجماعية فإن أصلها يرجع الى ظروف اجتماعية شعر بها أرباب العمل وكذا العمال في حالة غياب تشريع يحدد الاطار العميق لعلاقات العمل. فقبل 19 مارس 1919 في فرنسا كان العامل يتقدم مدعنا لسوق العمل دون أن يستظل باتفاقية وكان العقد يحجر بعيدا عن كل قانون مهني حتى ظهرت الاتفاقات الجماعية ورأى أرباب الاعمال أن التشريعات ألقت عليهم أعباء كثيرة، وأنه من الخطر أن يضاف الى ذلك خطر آخر عن طريق أحكام اتفاقية جماعية ذلك أن التفاوض مع مجموعة ممثلي العمال من شأنه أن يجعل العامل في مركز يعادل رب العمل المفاوض. (186)

(185) ميشال ديسباكس. الوجيز في قانون العمل (الاتفاقات الجماعية) ط 1966 ص 4.

– Michel Despag : Traité de droit du travail. (conventions collectives) Ed. 1966, p.4.

(186) ميشال ديسباكس. المرجع السابق ص 5. والمراجع التي أشار إليها.

– H.V. Herman. La politique du patronnat français, 1936. 1955.

– Sellier, stratégie de la lutte sociale, p. 217.

– Sellier et Tirano. Economie du travail, p. 541.

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الاتفاقيات الجماعية قد تفرض شروطا لا يمكن أن تتحملها بعض الشركات الخاصة الضعيفة اقتصاديا والتي كانت تنمو على حساب اهمالها لبعض الضمانات الاجتماعية .

أما موقف النقابات العمالية تجاه الاتفاقيات الجماعية فتعتبرها النقابة مكسبا لذلك فهي تسعى الى المزيد منها .

واتفاقيات العمل الجماعية ذات مزايا كبرى للعمال وأصحاب الاعمال على السواء فبالنسبة إلى العمال يكون من الافضل لهم أن يتفقوا جماعة على أنسب شروط للعمل احسن من أن يتفقوا فرادى ، وبالنسبة إلى أصحاب الاعمال فالاتفاقية تعتبر وسيلة سلمية لتسوية الخلافات التي تنشأ بينهم وبين عمالهم مما يؤدي الى التقليل من الاضرابات .

وقد تدخل قانون العمل الجزائري ببعض الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب مراعاتها في انعقاد اتفاقيات العمل الجماعية ، كما نص على بيانات اجبارية يتعين تضمينها الاتفاقية الى جانب البيانات الاختيارية التي يراها الطرفان .

فيجب أن تكون الاتفاقية الجماعية للعمل مكتوبة وتبرم لمدة غير محددة كما يجب أن ينص في الاتفاقية على الاوضاع التي يمكن فسخها أو تجديدها أو اعادة النظر فيها ولا سيما مدة الاخطار المسبق . ●

(187) الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد . تأليف د . علي عوض حسن ط 1975 ص 186 .

- - ويجب أن تتضمن الاتفاقية الجماعية الاحكام المتعلقة ب :
 - 1 - عناصر الاجور المطبقة عن كل طائفة مهنية محددة عاى أساس «عمل مساو يقابله أجر مساو» ودون تمييز في الجنس أو السن مع مراعاة أحكام التشريع فيما يختص بالتمارين وهذه العناصر هي :
 - أ - الحد الادنى للاجور المهنية للعمال غير المؤهلين .
 - ب - الاعتبارات السليمة المتعلقة بمختلف المؤهلات المهنية أو مختلف مناصب العمل التي تعتمد لتعيين الحد الادنى للاجور على كل أهلية مهنية أو كل منصب أو مجموعة مناصب عمل .
 - ج - شروط أجرة العمل حسب العائد بالنسبة إلى الطوائف المعنية .
 - د - الاستخدام في وقت محدود لطوائف المستخدمين وشروط أجرة عملهم .
 - هـ - معدلات وشروط أجرة العمل عن الساعات الاضافية وساعات العمل الليلية وأيام الراحة الاسبوعية وأيام الاعياد الرسمية .
 - و - تعويضات النفقات المهنية وتعويضات التنقل .

كما يمكن أن تتضمن الاتفاقية أحكاما أكثر فائدة للعمال من أحكام القوانين والنظم الجاري العمل بها ولكن شريطة ألا تتضمن أحكاما تخالف أحكام النظام العام المحددة بهذه القوانين والنظم ولا سيما الأحكام المتعلقة بالأجور والتعويضات والمكافآت من أي نوع كانت (المادة 89 من قانون العمل الجزائري). ●

والعامل الذي يعقد عقودا تدخل في إطار الاتفاقيات الجماعية للعمل وإنما رضائه يكون بمدى اقتناعه بما توصل اليه ممثلو العمال من ادماج للشروط التي يطالب العمال بتوفيرها.

وقد لا يقتنع بعض العمال ويظهرون عدم رضائهم ومع ذلك فإنه يسري الاتفاق الجماعي في حقهم. (188)

ز = الزيادات الخاصة بسبب الاقدمية والتعويضات عن الاعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة بالصحة.
ح = مبلغ المكافآت والتعويضات من كل نوع وكيفية تخصصها بالنسبة إلى كل طائفة مهنية بما في ذلك الامتيازات العينية.

- 2 - شروط تشغيل العمال وتسريحهم.
- 3 - فترة التجربة.
- 4 - مهلة العطلة وبدل الاخطار.
- 5 - العطل المدفوعة الأجر.
- 6 - الاحكام المتعلقة باجراءات اعادة النظر في الاتفاقية أو تعديلها أو فسخها بكاملها أو لجزء منها.
- 7 - كيفية تنظيم التدريب (التمهين) ومحو الأمية والتكوين المهني.
- 8 - الشروط الخاصة بعمل النساء والاحداث.

● - وتحضر مشاريع الاتفاقات النموذجية من قبل اللجنة الوطنية للاتفاقات الجماعية أوها أن تطلب من الادارات المعنية القيام بكل تحقيق والاطلاع على جميع الوثائق الضرورية لاداء مهمتها ويحدد تشكيل اللجنة الوطنية للاتفاقات الجماعية بموجب مرسوم وتجتمع بناء على دعوة من رئيسها (المادتان 102 ، 103 من قانون العمل الجزائري).
وبهذا الاتجاه الذي اتخذه المشرع الجزائري يزول الاحتكار الذي يكاد اسمه يلتصق بكل عقود الاذعان.

ولكن مع ذلك فإننا مع ايماننا بأن الاحتكار هو السبب المباشر في الاذعان فإنه يؤدي بنا الى القول بأن للنقابة دور هام فهي تمهد للعقود ما لا يستطيع أن يعده الفرد الواحد من مخططات ومطالب وشروط تدرج أثناء مفاوضاتها مع أرباب الاعمال وبذلك تعيد التوازن وتضمن الفعالية الضرورية لتطبيقها ولتوجيه التشريعات العمالية من جهة أخرى. كما أن موقف الدولة أنها يجذب هذه الاتفاقات الجماعية لتساعد على الاستقرار والتعايش السلمي بين العمال وأرباب الأعمال.

(188) د. عبد المنعم البدرأوي. المرجع السابق ص 115.

وعليه فان قبوله بالعقود الجماعية المبنية على تلك الاتفاقات يذوب في وسط قبول الجماعة واراדתه تختفي لتحل محلها الارادة الجماعية وكأنها يكون قد تحقق قول ليون كان «اذا كان القرن التاسع عشر هو عصر ازدهار مبدأ سلطان الارادة الفردية فان القرن العشرين سيكون هو عصر مبدأ ازدهار الارادة الجماعية» .

وعلى الرغم من أن عقد العمل الجماعي لم يقتصر على البلدان الاشتراكية وانما نجد ايضا له مجالا واسعا في سائر الدول الا أن تدخل الدولة يختلف وفقا لطبيعة النظام، فتغلب هذا المبدأ في البلدان الاشتراكية وأصبحت تشريعات العمل عامة، أي أن القانون الاساسي العام للعامل لم يفرق، بين وضع العامل في القطاع العام أو الخاص . ورتب حقوقا وواجبات للعمال ووفر مختلف الضمانات وأن نصوصه التطبيقية بدأت تظهر مهتدية بهذا النص العام .

وفي مصر تضمن المشروع التمهيدي نصين أحدهما خاص بعقود الجماعة والثاني بالعقود النموذجية . فكانت المادة 146 من المشروع التمهيدي تنص على أنه «في عقود الجماعة يتم القبول برضاء الاغلبية وترتبط الاقلية بهذا القبول»، ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعي وهو الذي ينظم شروط العمل ما بين أصحاب الأعمال وطائفة العمال (189) .

وقد أصبح رقم المادة 155 في المشروع النهائي .

ويقول السنهوري «وهنا ترى أن كل فرد من الاقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفا فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف في عقد فردي عن نصوص العقد الجماعي ، وهذا خروج بين على القواعد المدنية، يعلله أن عقود الجماعة أقرب الى القوانين منها الى العقود وهي على كل حال تنشئ مراكز قانونية منتظمة» .

والذي نستنتجه من ذلك أن الفرد أصبح يذعن لما تمليه الجماعة وبهذا المعنى يكون عقد العمل الجماعي عقد اذعان .

المطلب الرابع : الاذعان في العقد الدولي

العقد الدولي هو ذلك الاتفاق الذي يتم بين شخص أو عدة أشخاص ينتمون الى دول مختلفة ويخضعون في تعاملهم الى مجموع العلاقات القانونية المتبعة

(189) د. السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 ص 235 .

دوليا والمتولدة من القوانين الداخلية، والمعاهدات الدولية والقوانين المهنية الدولية وكذا الاعراف الدولية.

وأبرز مثال على ذلك هو عقد البيع الدولي، وهو عقد مركب إذ أنه مرتبط بتجاوزه للحدود فيقتضي إبرام عقود النقل البرية والجوية والبحرية التي لها قواعدها القانونية ومخاطرها الخاصة بالإضافة إلى أن كل هذه العقود من فئة عقد الإذعان.

والمشتري أو البائع في العقد التجاري الدولي يجب عليهما أن يعقدا تأميناً «Assurances» ضد هذه المخاطر وهي المخاطر التقليدية كالحوادث والحرائق، والغرق، ولكن المشتري دائماً يؤمن ضد أخطار بوليصة النقل ويحصل كما هو الحال في النقل البري على تأمين ضد المخاطر النادرة كالهزات الأرضية والتجارب النووية والحروب.

ومن جهته فإن البائع يمكن أن يأخذ بعين الاعتبار عدم الاستقرار السياسي للبلد المستورد، وكذا مدى ملاءة المشتري فنجد في فرنسا مثلاً أن الهيئة الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية تتحمل نتائج هذه المخاطر.

(190). Compagnie française pour le commerce extérieur (C.O.F.A.C.E.)

وتحكم البيع التجاري الدولي قواعد خاصة يذعن لها كل من طرفي العقد وهي غالباً ما تسمى بالشروط العامة، وغالباً ما تختلط بالعقود النموذجية خاصة إذا كانت معدة من طرف هيئة مهنية (191).

(190) روبر بليزان، وبرنار جادو. قانون التجارة الدولية 1976 ص 58.

– Bernard Jadaud et Robert Plaisant : droit de commerce international, 1976. p.58.

(191) برليوز، المرجع السابق ص 32. يقول.

– “On assiste aussi à l'internationalisation du contrat à cause de l'incertitude qui pose parfois sur les contrats de caractère international en raison de complexité, du droit international privé d'une part et des difficultés rencontrées pour obtenir des renseignements sûrs au sujet d'un système juridique étranger, d'autre part”. Des normes originales du commerce international se forment le mot, “commerce” et ici employé dans le sens de l'ensemble des relations économiques internationales à l'exception de celles qui se ressentent en présence que des collectivités publiques agissant selon les procédés qui leur sont propres”.

Des normes se forment par l'adhésion à des règles abstraites et générales incorporées dans des contrats-types et interprétées en fonction de règles standardisées d'interprétation.”

وهكذا فقد تطور مفهوم الاذعان ولم يصبح مجرد خضوع أحد الاطراف لارادة منفردة يملئها الموجب في العقود البسيطة العادية الداخلية بل امتد ليشتمل العقود الدولية .

ولا شك أن المصطلحات التي أشرنا اليها سابقا والتي أعدها غرفة التجارة الدولية خير شاهد على ذلك .

كما أننا نعرف بأن العقود التجارية الدولية كانت وليدة أعراف دولية استقر عليها التجار وأدخلوها في عقودهم .

كما أن الاذعان لتلك الشروط لم يقتصر فقط على ابرام العقد بالانضمام اليه تحت لواء الشروط التعسفية التي تعد من خلق التجار .

بل إن التشريعات الدولية قد تطورت لتدعن كلا طرفي العقد الى إجراءات خاصة حتى في مجال منازعاتها فأنشأت قسما ما لتسوية المنازعات وهذا ما يسمى بالتحكيم التجاري الدولي .

وأبرز مثال للعقود التجارية الدولية هو عقد البيع الدولي ، كما سبق أن أشرنا ، اذ تستعمل فيه نماذج للعقود ، ولا يكفي في هذا العقد تحرير مجرد عقد بيع ولكن يجب أن يكون مصحوبا بعقد النقل والتأمين التي تمكن من تنفيذه .

فلابد على كل من البائع والمشتري أن يبحثا عن أمن اضافي عن طريق البنوك التي تكلف بعمليات الدفع في الخارج وكذا أخذ الاحتياط اللازم عن المخاطر السياسية والاجتماعية والتأكد من ملاءة المدين ، لذلك يستعملان القروض . فالبائع يستعمل ما يسمى « بفن الاعتماد المستندي » « Technique du crédit documentaire » بحيث أن هذا القرض تسلم فيه وثيقة مقابل الدفع « Document contre paiement » ووثائق مقابل القبول « Document contre acceptation » .

المطلب الخامس :

الاذعان في العقود التي تجريها البنوك .

من خلال دراستنا لتكوين عقد الاذعان فاننا لاحظنا أنه عقد موجه الى الكافة بصورة متماثلة ، أي أنه بعيدا عن الاخذ بالاعتبار الشخصي ، غير أنه كما سنرى ، يمكن الاخذ بهذا الاعتبار ضمنيا أو صراحة .

فالعقود التي تجربها البنوك غالبا ما تكون مطبوعة مسبقا في نماذج معينة وما على المتعاقد الا أن يستسلم لتلك الشروط لهذا فهي الاخرى من فئة عقد الاذعان، الا أنها على الرغم من ذلك تتأثر بالاعتبار الشخصي (192).

ولعل أبرز مثال على ذلك هو عقد القرض الذي يعتبر أحد العقود التي تقوم بها البنوك غير أن أساسه الثقة والائتمان في المتعاقد المنضم (المدعن) ولا تتولد هذه الثقة الا بالاخذ بالاعتبار الشخصي مع أن بعض الاحكام القضائية في فرنسا تؤكد أن أي اختيار للمتعاقد يعتبر من باب التفرقة يخل بصفة التماثل في عقد الاذعان (193).

وكذا بالنسبة إلى فتح حساب جار لدى بنك معين فانه يتم بمقتضى عقد بين البنك وعميله، ويلزم لقيام هذا العقد رضى الطرفين به، وقد يكون رضى العميل ضمنيا، كما اذا كان هناك تعامل سابق بين البنك والعميل وترك العميل في يد المصرف مبالغ نقدية يستطيع سحبها في أي وقت وتثبت موافقة العميل كما يثبت عقد فتح الحساب أيضا بتسليم العميل دفتر شيكات مقابل اتصال به ولا بد أيضا من موافقة البنك.

وللبنوك دائما حق رفض فتح الحساب لعميل غير مرغوب فيه، ومن هنا فان الحصول على ثقة البنك جد هامة ولها اعتبار. فلكي يؤكد العميل هذه الثقة لا بد أن يدعن لكل الشروط التي تفرضها البنوك.

وتعد البنوك عقودها وتضمنها شروطا ولا تقبل المفاوضة فيها الا عندما تكون الصفقة هامة (194)

(192) برليوز، المرجع السابق ص 48. والمراجع التي أشار اليها.

Rives Langes : les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte, Thèse, Paris, 1959, p.12. ef. tribunal. conn. scine 27 juin 1960. Gaz. pal. 1960. 2.219. obs. de M. le doyen Hamel, barreau, 1959, p.6. Morin, banque 1960.P.532.

(193) ليون، 16 ماي 1928. دالوز. 1928 - 2 - 197.

Lyon : 16 mai 1928. D. 1929.2.197.

(194) برليوز، المرجع السابق ص 40. اذ يقول :

"Les contrats bancaires sont établis sur des formules préétablies par la banque, à des conditions que celle-ci, sauf dans de cas d'opérations extrêmement importantes, n'accepte pas de discuter."

فالعقود البنكية تعتبر في الواقع المثل الوصفي لعقد الاذعان بطبيعته، فكثرة العمليات اليومية التي تقوم بها البنوك لا تخول مفاوضة عميقة بشأن كل عملية على حدة، وضرورة حركيتها ونشاطها وعقلانيته يفرض ثباتها وتمثلها.

لذلك فان النماذج المطبوعة تقدم الى العميل لامضائها وتكون متماثلة بالنسبة إلى العمليات التي على نفس النمط وتسير وفقا لتصميم متماثل. فالعميل يتقدم الى البنك وهو راضخ لكل الاجراءات سواء تلك المتعلقة بفتح الحساب الجاري أو النقل المصرفي كما يخضع لشروط المدفوعات وتطبق عليه مبادئ من خلق هذه المؤسسات كمبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري، ومبدأ عدم التجزئة والاعتداد بالرصيد المؤقت. والحجز على الحساب الجاري، والقيود العكسية وغيرها مما يؤدي بنا الى القول بأن عميل البنك وهو يتعاقد يستسلم لأنظمة غالبا ما يكون جاهلا لها ولا تقبل أي تعديل ولا مناقشة لانها من صنع تلك المؤسسات الضخمة التي تفوقه قوة، وأنه يخضع لها ليحصل على الائتمان والثقة في معاملاته التجارية خاصة اذا تعلق الامر بالتعامل في مجال التجارة الدولية.

ومع ذلك فانه ليس في كل الاحوال يمكن أن يكيف التعامل مع البنوك على أنه عقد اذعان ذلك أن المعيار هو مدى حرية الاختيار فمثلا قد حكم بأن «عقد التوريد الذي يقترض شخص بمقتضاه مبلغا من أحد البنوك مقابل تعهده بايداع مقدار معين من القطن فيه ضمانا لوفاء ذلك القرض - لا يعتبر من عقود الاذعان التي لا يكون فيها لأحد الطرفين حرية الاختيار، لان تجارة القطن ليست محصورة في جهة أو فئة معينة، بل تشتغل بها في مصر بيوت تجارية متعددة وأفراد من مختلف التجار فلم يكن هناك ما يدعو ذلك المقترض الى عقد الصفقة مع هذا البنك الى الاذعان الى الشروط الواردة في عقده وكان في وسعه أن يتعاقد مع غيره أن يكون حرا في اختيار من يتعامل معه ومن ثم يكون هذا العقد محترما ومنتجا لجميع آثاره القانونية ما دامت لا تتعارض نصوصه مع النظام العام» (195).

المطلب السادس:

الاذعان في عقد النشر.

وعقد النشر هو اتفاق يلتزم بمقتضاه ناشر يقوم بطبع ونشر الطبعة أو الطباعات المتفق عليها مقابل أجر يتلقاه المؤلف.

(195) محكمة مصر الابتدائية الدائرة التجارية 6 فبراير 1941 المحاماة 21 رقم 341 ص 1043.

فطرفاه هنا المؤلف والناشر. ويعتبر الناشر رب العمل والمؤلف مقاول فهو بذلك صورة من عقد المعاولة، وهو في القانون المصري عقد رضائي ملزم للجانبين ومن العقود الزمنية ويخضع في اثباته للقواعد العامة في القانون المدني. غير أنه عقد شكلي طبقا للتشريع الجزائري اذ نصت المادة 44 من قانون حق المؤلف «أن عقد النشر هو العقد الذي يخول المؤلف بمقتضاه وبشروط معينة حقه للناشر في أن يصنع أو يأمر بتصنيع نسخ تخطيطية من الانتاج على أن يتحمل طبعه ونشره هذا باستثناء العقد المبرم لحساب المؤلف أو ما يسمى بعقد المناصفة.

«Contrat dit: de compte à demi» ولا بد أن يكون هذا العقد مكتوبا والا وقع تحت طائلة البطلان (196) فالكتابة ركن في العقد وليست للاثبات في التشريع الجزائري. وبموجب عقد النشر ينبغي على الناشر أن يقوم أو يأمر بصنع النسخ حسب الكيفيات والأشكال المنصوص عليها في العقد. ولا يمكن أن يدخل أي تعديل «Aucune modification» على انتاج المؤلف دون موافقته.

ويعتبر عقد النشر عقد اذعان، ذلك لان الناشر يضع شروطا مسبقة لأنه صاحب احتكار قانوني، اذ أن النشر في الجزائر مثلا تحتكره الشركة الوطنية للنشر والتوزيع (S.N.E.D) وما على المؤلف إلا أن يخضع للشروط التي يتقدم بها الناشر. وقد حمى المشرع الجزائري بموجب الأمر السابق الإشارة إليه حقوق المؤلف.

المبحث الثاني :

قوة عقد الاذعان من حيث موضوعه.

نتناول أولا تفسير العقد ثم ننتقل ثانيا الى مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في المطلبين التاليين.

(196) الامر رقم 73 - 14 المؤرخ في 29 صفر عام 1383 هـ الموافق 3 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 29/1973 بتاريخ 10 أبريل 1973.

في تفسير العقد.

أولا : القاعدة العامة لتفسير العقود.

يقصد بتفسير العقد ذلك التفسير الذي يلجأ اليه القاضي عند نشوب نزاع بين المتعاقدين ، فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الارادة المشتركة لعاقديه . (197)

وكل العقود تعقد بقصد المتعاقدين وقواعد العدالة ، فيجب أن تنفذ بحسن نية المادة 1134 / 3 مدني فرنسي والمادة 1156 م ف «يجب في العقود البحث عن قصد المتعاقدين وعدم الاقتصار على المعنى اللغوي» .

وقد نص القانون المصري القديم في المادة 138 المقابلة للمادة 1156 م فرنسي على أنه «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للالفاظ المستعملة فيها مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري» .

ولقد جاءت المادة 111 مدني جزائري موافقة للمادة 150 فقرة أولى مدني مصري ، وهي تماثل المادة 193 مدني كويتي ، واضعة القاعدة العامة في تفسير العقود اذ نصت على أنه اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات .

فالقانون المدني الجزائري قد نظر الى حالات ثلاث في تفسير العقد فاذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر لها .

أما اذا كانت عبارة العقد غير واضحة فيجب البحث عن النية المشتركة أو الارادة المشتركة التي دفعت المتعاقدين الى التعاقد ، فان كان هناك شك في تبين هذه الارادة فسر لمصلحة الملتزم في غير عقد الاذعان .

(197) مازو. دروس في القانون المدني . الجزء الثاني . الطبعة الرابعة فقرة 373 .

Mazeaud : Leçon de droit civil, T. 2, 4e ed. par Juglart, N° 373.

وسوف نتعرض الى الاجابة عن السؤال التالي : لماذا يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ، مع أن الشك كقاعدة عامة يفسر لمصلحة المدين ؟ عند تفسير عقد الاذعان في الفقه والتشريعات العربية (198) .

ثانيا : تفسير عقد الاذعان في الفقه والتشريعات العربية :

وبالنسبة إلى تفسير عقد الاذعان فإنه لا يمكن أن يعامل مثل العقود الأخرى التي ينطبق عليها نص المادة السابقة وذلك لغياب الارادة المشتركة في عقد الاذعان .

لذلك تقضي المحاكم بأنه يجب تفسير عقد الاذعان ، ليس على أساس القصد المشترك للمتعاقدين بل على حسب الغرض الذي سعى اليه المتعاقدان وبذلك تتوصل في أغلب الاحيان الى تفسير عقد الاذعان لمصلحة القابل (الطرف المذعن) .

وقد أورد المشرع المدني الجزائري نص المادة 112 التي تقابل المادة 151 مدني مصري «يؤول الشك في مصلحة المدين .

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن» . (199)

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري عن الفقرة الثانية من المادة 217 «الاصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين ، عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الاصل عقود الاذعان فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا» (200) .

(198) للمزيد من البحث في القواعد العامة في تفسير العقود راجع :

- د . السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 ص 511 الى 616 .

- د . الشيتي . في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد (رسالة تقدم بها الى معهد القانون المقارن بجامعة باريس 1949) .

(199) - راجع فوانين البلاد العربية المادة 2/152 مدني سوري والمادة 2/153 مدني لبيي والمادة 161 تجارى كويتي ، والمادة 2/141 مدني سوداني والمادة 1/240 مدني أردني وهي مطابقة للمادة المصرية .

(205) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد المادة 151 ص 99 .

وهذا ما أدى بالمشرع العراقي في المادة 3/167 الى النص على أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا».

ويقول الدكتور سليمان مرقس «ومن ناحية أخرى خص المشرع عقود الاذعان بمزية أخرى خرج بها على القاعدة العامة في تفسير العقود وهي تقضي بأن يفسر الشك في مصلحة المدين» (المادة 1/151).

اذ رأى أن الطرف القوي في عقود الاذعان قد يكون مدينا، فلا يجوز له أن يستفيد من غموض الشروط التي أملاها هو وفرضها على الطرف المذعن دون أن يترك خيارا في شأنها فنص في المادة 2/151 على أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

أي أن الشك يجب في عقود الاذعان أن يفسر لمصلحة المذعن دائما كان أو مدينا» (201).

فالتشريع المصري يرى «أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقلين يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة فاذا لم يفعل ذلك بخطئه أو تقصيره حمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض».

ونصت المادة 1288 من التقنين الاسباني وكذلك المادة 915 من التقنين النمساوي على أن «ابهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه».

ويقول الدكتور بدر جاسم اليعقوب بصدد التعرض الى تفسير عقد الاذعان في القانون المدني الكويتي «أما اذا كان العقد من عقود الاذعان فان الارادة المشتركة تكاد تختفي تماما، حيث يتوارى الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع على عقد التأمين، ولذلك رأى المشرع تحقيقا للعدالة أن يفسر غموض عبارة العقد لمصلحة الطرف المذعن سواء كان هذا الطرف دائنا أم مدينا» (202).

(201) د. سليمان مرقس نظرية العقد ط 1956 ص 26 نبذة 939.

(202) د. بدر جاسم اليعقوب. أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي الطبعة الاولى 1981 ص 287. مطابع دار القبس بالكويت.

وما ذهب اليه القانون المصري والتقنيات المدنية العربية كان قد استقر عليه القضاء المصري من قبل . (203)

لذلك يقول عبد المنعم فرج الصده «كذلك استخدم القضاء التفسير في صالح الطرف المدعن، ففسر غموض الشرط في صالح الطرف المدعن لان تبعة هذا الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد وكان المجال الخصب لهذه القاعدة هو عقد التأمين». (204)

وحالة تفسير عقد الاذعان كغيره من العقود لا تخلو من أوضاع ثلاثة، فاما أن تكون عبارته واضحة، واما أن تكون غامضة، واما أن يشك القاضي في اتجاه الارادتين.

1 - الحالة الأولى : عندما تكون عبارة عقد الاذعان واضحة :

تنص المادة 111 فقرة أولى مدني جزائري على أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين».

وهذه الفقرة تفيد أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة في جملتها في الدلالة وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت اليه هذه الارادة، فان العقد هنا، لا يحتاج الى بذل جهد لتفسيره، بل إن على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر لها، وهذا ما ذهب اليه التشريعات العربية.

ويقول جميل الشرقاوي «وأسمى المشروع تفسيراً لنص الواضح «اعترافاً» للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين» (205).

وينطبق هذا الحكم الذي أوردته النصوص على عقد الاذعان كما ينطبق على كل أنواع العقود الأخرى.

وقضي في ذلك بأنه «من المقرر أنه اذا كانت عبارات المحررات أو العقود واضحة ظاهرة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة

(203) محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 12 أبريل 1926 م 40 ص 295 وهو يفسر الالتزام في مصلحة الطرف المدعن.

(204) د. عبد المنعم فرج الصده. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق بند 85.

(205) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص 354.

محرريها أو المتعاقدين اذ لا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح وانه وان كان من سلطة محكمة الموضوع تفسير الاتفاقات والمحركات للتعرف على حقيقة القصد منها فان ذلك مشروط بالألا يكون في التفسير خروجاً عما تحتمله عبارات الاتفاق أو المحرر أو تشويهاً لحقيقة معناها» (206).

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي «بيد أنه لا يكفي أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها حتى تكون في غير حاجة الى تفسير، وانما يجب أن تكون فوق ذلك واضحة بالنسبة إلى دلالتها على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين المشتركة، اذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها ولكن يعثرها الغموض بالنسبة الى حقيقة مدلولها» (207).

2 - الحالة الثانية : عندما تكون عبارة العقد غامضة :

تنص المادة 111 / 2 مدني جزائري على أنه «أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعقد الجاري في المعاملات».

فاذا كانت عبارة العقد غير واضحة فلا مفر من تفسير العقد بحسب ما قصد اليه المتعاقدان، وتنص المادة 1156 مدني فرنسي بأنه «يجب في العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ».

“On doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes”.

وتنص المادة 193 / 2 من القانون المدني الكويتي «اذا كان هناك محل لتفسير العقد فانه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدین من مجموع وقائعه وظروف ابرامه دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته مع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل».

(206) د. بدر جاسم اليعقوب. المرجع السابق ص 284.

(207) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية الالتزام، مذكرات على الرونيو، لطلبة السنة الثانية كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت ص 305.

وبذلك يكون المشرع قد وضع عدة عوامل يستهدي بها القاضي للوصول الى غرضه من تفسير العقد وهي طبيعة التعامل ، والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل ، وأيضا ما بينهما من أمانة وثقة .

وتعتبر هذه العوامل ارشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد ، وليس ملزما بها ، بحيث لا يقتصر عليها لذا عليه أن يبحث في وسائل أخرى للوصول الى الارادة المشتركة للمتعاقدين .

والمقصود بطبيعة التعامل الواردة في النص ، هو طبيعة العقد ذاته فاذا كانت عبارة العقد مثلا تحمل أكثر من معنى ، فانه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق وطبيعة العقد ذاته .

كما يستعين القاضي أيضا في تفسير ارادة المتعاقدين بالعادات الجارية بما لا يخالف بطبيعة الحال النظام العام والآداب .

وعلى كل فان القاضي يسترشد بقدر الامكان ، بما أشار اليه التقنين دون أن ينسى أن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة (208) .

3 - الحالة الثالثة : عندما يكتنف الشك ارادة المتعاقدين :

تنص المادة 112 مدني جزائري على أنه :

«يؤول الشك في مصلحة المدين .

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الازعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى» .

وقد سبق بيان أصل المادة وتفسيرها ، غير أن الذي يسترعي الانتباه أن المشرع الكويتي قد أورد المادة 1/194 ينفرد بها عن بقية التشريعات العربية وممتنها «اذا تعذر ازالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض ، وبقي شك في حقيقة مقصد المتعاقدين منه فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره» .

فيتضح من خلال متن النص أن المشرع الكويتي قد جعل تفسير الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره وبذلك يكون قد

(208) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي (تعليق على المادة 1/193) نقلا عن بدر جاسم اليعقوب ، للمرجع السابق ، ص 286 .

ابتعد عن الطريق الذي نهجته التشريعات الاخرى. (209) التي تبنت أن الشك يفسر لمصلحة المدين.

وقد ناصر هذا الرأي الدكتور بدر جاسم اليعقوب اذ يقول «وخيراً فعل المشرع بابتعاده عن هذا الاتجاه، لأنه وان كان يصدق في حالات غالبية في العمل أن من شأن اعمال الشرط الغامض في العقد أن يحمل المدين بالالتزام أو تشديد العبء عليه، الا أن هذا الوضع ليس صحيحاً على اطلاقه، فهناك حالات من المسلم فيها أن الشك يفسر ضد من يتحمل الالتزام، أي ضد المدين ومنها حالات الإعفاء من المسؤولية على الوجه الذي يقضي به القانون (210) سواء كانت مسؤولية ناجمة عن عمل غير مشروع، أم عن اخلال بالتزام ناشئ عن العقد. فلو أن المضرور، وهو الدائن بالتعويض، اتفق مع محدث الضرر وهو المدين بالتعويض، على اعفاء هذا الاخير من المسؤولية وثار الشك في مدلول الشرط القاضي بهذا الاعفاء، في وجوده أو في مداه، فانه من المسلم فقها وقضاء أن الشك يفسر في المعنى الذي يضيق الاعفاء، أي أنه يفسر لمصلحة المضرور، وهو الدائن بالتعويض وليس لمصلحة محدث الضرر، وهو المدين بالتعويض» (211).

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تعديل عقد الاذعان.

تمهيد: احترام القاضي لقانون العقد:

الاصل هو احترام القاضي لقانون العقد ولا يملك تعديله والا استهدف حكمه للنقض. وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهو قائم على مبدأ

(209) انظر في ذلك. المادة 116 مدني عراقي، 1/240 قانون مدني أردني، المادة 1/151 مدني سوري المادة 151 مدني ليبي والمادة 472 موجبات لبناني.

(210) د. بدر جاسم اليعقوب المرجع السابق ص 286.

(211) المذكرة الايضاحية (تعليق على المادة 1/194 كويتي) أشار اليها د. بدر جاسم اليعقوب المرجع السابق ص 207.

سلطان الارادة وقد ساند مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المذهب الفردي ، وهو يرد كل شيء الى الارادة فهي مصطلحة في كل العلاقات القانونية فلا تعاقدا الا بعد توافر ارادتين وينبثق من هذا المبدأ فكرة حرية التعاقد دون أي دخل لأي عنصر خارجي ولكنه نتيجة العوامل التي سبق أن أشرنا إليها وقعت تقلبات حتى في فكرة الملكية، والارادة الظاهرة، اذ أن الملكية أصبحت لها وظيفة اجتماعية، وعقود العمل والنقل والتأمين وعقود الاذعان بصفة عامة تدخلت فيها اعتبارات اقتصادية تفرض الالتزام بعنصر معين وهو احترام الخطة في دولة اشتراكية. وهناك اعتبار اجتماعي يصدق على البلدان الاشتراكية والرأسمالية على السواء فعدم احترام المبدأ يؤدي الى عدم استقرار المعاملات.

وهناك اعتبار خلقي لا يزال قائما وهو التزام المحافظة على الكلمة وغني عن البيان أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تترتب عليه نتيجة ايجابية ونتائج سلبية، فالأولى هي أن للمتعاقدین إلغاء أو تعديل العقد اما الثانية فهي النتائج السلبية المتمثلة في أنه :

1 - لا يجوز لاحد المتعاقدين الانفراد بتعديل العقد أو إلغائه.

2 - لا يجوز للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد.

3 - لا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد.

ولكن ترد على هذه النتائج السلبية عدة استثناءات :

- أنه يجوز للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد (باصدار تخفيض إلزامي على كل العقود، كالايجار مثلا فيصدر قانونا جديدا معدلا).

- يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد في ظروف خاصة هي :

أ - يمكن أن يتدخل القاضي لمجرد منح أجل للمدين دون أن يمس جوهر الالتزام كالمهلة القضائية «Délai de grâce» .

ب - يمكن أن يتدخل لتعديل أحد شروط العقد، كالشرط الجزائي وهو عبارة عن تعويض متفق عليه بين المتعاقدين يتوقعه الطرفان في حالتي عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، وليس شرطا أن يكون واردا في العقد بل يمكن أن يكون شرطا لاحقا ويظل معتبرا كشرط جزائي فيخفف بحسب الظروف.

ج - لاعادة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد، حسب مقتضيات العدالة نتيجة الغبن والاستغلال.

فيتدخل القاضي اذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد وفقا لنظرية الاستغلال التي تعطي الحق للقاضي في تعديل العقد ومعالجة الغبن الذي وقع أثناء تكوين العقد فيعدل من الشروط التعسفية *Clauses léonines* او يعفي منها الطرف الضعيف خاصة في عقد الاذعان .

وهناك غبن لاحق على تكوين العقد نتيجة الظرف الطارئ (نظرية الحوادث الطارئة) فاعادة التوازن لا يتحملها المدين وحده وانما توزع على الطرفين .

أولا: سلطة القاضي الجزائي في تعديل عقد الاذعان مقارنا ببعض التشريعات العربية :

رأينا فيما سبق أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها في عقد الاذعان ، وأصل هذه السلطة مبني على نص المادة 110 مدني جزائري ، التي تنص على أنه «إذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» .

ولعل خير شرح لهذه المادة هو ارجاعها الى مصدرها التاريخي وهي المادة 149 مدني مصري التي تنص على أنه «إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . (212)

ولقد ورد نص المادة 149 مدني مصري في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد تحت رقم 217 فقرة أولى كالتالي :

«إذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم ينتبه الى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير» . (213)

(212) ولقد جاءت المادة 2/167 مدني عراقي مطابقة لنص المادة 149 مدني مصري وكذا المادة 2/161 تجاري كويتي والمادة 138 مدني سوداني والمادة 204 مدني أردني مع اختلاف بسيط في الصياغة اذ تنص على أنه «إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها ، وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» .

(213) ر. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 291 وما بعدها .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي «تناول المشروع فيما تقدم بيان الاحوال التي يتم فيها التعاقد بطريق الاذعان (م 145) وقد قصد الى التخفيف مما يلزم هذا الضرب من التعاقد من شدة وخرج بالنسبة إلى العاقد المذعن فأقام لصالحه، استثناءين من أحكام القواعد العامة في تفسير العقود.

فالاصل أن الحاجة الى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الاذعان من الشروط الجائرة فالالتجاء الى التفسير يتعين بشأنها، ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق.

فمن واجب القاضي أن يثبت في هذه الحالة ما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه الى هذه الشروط، فإذا استوفى من تنبه هذا العاقد اليها كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع، تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات، أما اذا تبين أن العاقد المذعن لم ينتبه الى الشروط الجائرة فعليه أن يستبعدا وينزل على أحكام القواعد العامة.

وفي هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء، فلا يبلغ الامر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار ثم ان ما يولي من حماية الى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلا لاحكام تشريعية عامة كما هو الشأن في حالة الاستغلال أو التشريعات الخاصة وبعد مناقشات (214) تمت الموافقة على النص بشكله المذكور».

(214) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 291 وما بعدها.

«واقترح تعديل النص على الوجه التالي «إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط او يعفي الطرف المذعن من تنفيذها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». وأصبح رقم المادة 153 في المشروع النهائي.

وفي مجلس النواب وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت نفس الرقم، غير أن هذه المادة كانت محل مناقشات في مجلس الشيوخ وبعد تلاوتها في محضر الجلسة الرابعة عشرة قال محرم بك (وهو أحد أعضاء لجنة القانون المدني): (ان هذا النص جديد وليس له مقابل في التقنيات الأجنبية وأنه وضع لمصلحة المتعاقدين من مع شركات الاحتكار، وهو يعطي للقاضي سلطة خاصة في تفسير عقود الاذعان لأن شركات الاحتكار في مصر لها وضع خاص بالنسبة إلى المتعاقدين معها مما استوجب وضع مثل هذا النص».

فقال سعادة الرئيس، ان هناك صورا من عقود الاذعان يعتقد أن المادة لا تحلها وضرب لذلك مثلا بشخص أرسل رسالة تلغرافية الى عميله يطلب ارسال البضاعة بحرا «By trail» فوصلته الرسالة تقول بارسالها بالقطار «By train» خطأ. وكان الفرق في التكاليف عشرات آلاف الجنيهات ولما كانت مصلحة

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي «على أن أهم الاحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء في المادة 149 وهذا حكم خطير خص المشرع به عقود الاذعان، وخول بمقتضاه للقاضي سلطة اجراء التعديل في شروطها التعسفية، بل اهدارها اذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الامر وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة الى العقود على مجرد تفسيرها بغية اعمال حكم القانون فيها». (215)

ويرى الدكتور عبد المنعم البدر اوي «أنه لكي يضمن المشرع توفير هذه الحماية للطرف المذعن أضيفت المادة (يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

فلا يجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية ذلك أنه لو كان من الجائز مثل هذا الاتفاق، لما تأخر الطرف القوي عن أن يجعله من شروط العقد ولانعدمت في الواقع الحماية القانونية التي وضعها للطرف المذعن». (216)

التلفونات والتلغرافات تضع شروطا في عقودها أنها غير مسؤولة عن تعويض ما يقع من ضرر بسبب الخطأ في النقل فهل تسأل المصلحة بالتعويض طبقا للنص أم لا رغم وجود مثل هذا الشرط». فرد عليه محرم بك «إن هذه الفروض تحلها قواعد قانونية أخرى كقواعد انعقاد العقد وقواعد المسؤولية.

واقترح سعادة العشراوي باشا تعديل المادة بحذف كلمة «وذلك» وإضافة عبارة «دون اخلال بحق المذعن في التعويض ان كان له محل».

ووافقت اللجنة بالاجماع على هذا الاقتراح وبذلك يصبح نص المادة كالآتي : «إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن من تنفيذها وفقا لما تقضي به العدالة دون اخلال بحق المذعن في التعويض ان كان له محل ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

ونجد في محضر الجلسة الخامسة والاربعين ما يلي : كانت اللجنة قد أدخلت هذه المادة تعديلا بإضافة عبارة «دون اخلال بحق المذعن بالتعويض ان كان له محل» لتفيد أن حق المذعن لا يقتصر على طلب التعديل أو الاعفاء من الشروط التعسفية بل يتناول التعويض ان كان له محل. المضافة ولذلك وافقت أغلبية اللجنة على رفع الاضافة واستبدال منها «بعبارة» من تنفيذها.

وقد أصر سعادة العشراوي باشا على رأيه وهو أن المادة لا تفيد بصيغتها أن للمذعن الحق في التعويض اذا نفذت الشروط التعسفية وأصبح رقم المادة 149. وبعد مناقشات المجلس وافق على المادة كما عدلتها اللجنة.

(215) د. عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق نبذة 49 ص 100.

(216) د. عبد المنعم البدر اوي. النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري نبذة 77. 119 وما بعدها.

ويقول الدكتور عبد المنعم فرج الصده بمناسبة هذا النص (149 م . مصري) «يتضمن هذا النص احدى الحالات البارزة في القوانين العربية الحديثة التي أعطيت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد، وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير، فاذا بان للقاضي أن عقد الاذعان يشتمل على شرط تعسفي كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف، بل له أن يعفي الطرف المذعن منه اعفاء تاما، وليس هناك من حدود لما يراه في هذا الشأن الا ما تقتضيه العدالة .

وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي وتقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة إذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام ولو جاز لتعطلت الحماية التي قصد اليها الشارع من ذلك الحكم ولا يسري هذا الحكم في القانون اللبناني حيث لم يرد فيه نص يقرره» (217).

ويقول عبد المنعم البدرأوي «أما القانون اللبناني فعلى الرغم من نصه على تقسيم العقود الى عقود التراضي وعقود الموافقة (كما يسمي عقد الاذعان) الا أنه لم يتضمن حماية خاصة للطرف المذعن ضمن الاحكام العامة للعقود، وان كان قد نظم عقد العمل (624 - 656 من قانون الموجبات . وقانون 1946 ، وعقد التأمين في المواد من 950 - 1020 موجبات» (218).

أما القانون الليبي فيتضمن بالاضافة الى نص المادة 149 ليبي الموافقة لنص المادة 110 م ج والمادة 149 م مصري نصين آخرين يسري حكمهما على سائر العقود ومع ذلك نورد ههنا لما فيهما من الحماية التي يكفلانها للمتعاقد وتتجلى بصفة خاصة بالنسبة الى الطرف المذعن في عقد الاذعان، وهما المادتان 150 ، 151 مدني ليبي .

فتنص المادة الاولى على أنه «تسري على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتى لو أعارها انتباه الشخص العادي .

(217) د . عبد المنعم فرج الصده . نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (المرجع السابق) نبذه 86 .

(218) د . عبد المنعم البدرأوي ، المرجع السابق ص 121 .

وعلى كل حال لا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفع أو بقيود تمس حرية التعاقد في العلاقات مع الغير وتحديد العقد أو تجديده، ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء وإن لم يتم الاتفاق على تحديد خطيا.

ولا شك أن المشرع الليبي قد تأثر في صياغة هذه المادة ومدلولها بأحكام قضائية استقر عليها القضاء في مصر.

إذ أن هذا القضاء، قد لجأ إلى وسائل لحماية الطرف المذعن من مثل الشروط الضارة التي نصت عليها المادة حيث كان يقضي بعدم سريان الشرط الذي لم يعلم به الطرف المذعن ولم يكن في إمكانه أن يعلم به أثناء التعاقد، لأن مثل هذا الشرط لم يتم التعاقد عليه، وذلك انطلاقاً من القواعد العامة.

لذا يقول الصده «لكن الشارع الليبي لم يكتف بهذا القدر إلا بالنسبة إلى شروط العقد العامة، أما الشروط الخاصة التي أحصاها النص، وهي شروط يضعها الطرف القوي لمصلحته وتكون ضارة بالطرف الآخر، فلا يكفي لسريانها أن يعلم بها هذا الأخير أو يكون في وسعه أن يعلم بها ولا يكفي فوق ذلك أن ترد مطبوعة في نموذج أعد مقدماً، بل يجب أن يتم الاتفاق على تحديد خطيا.

وبذلك يصبح المتعاقد في مأمن من أن يفاجأ عند النزاع بشرط من هذه الشروط يكون ضد مصلحته ولم يحط به عند التعاقد» (219).

أما النص الثاني الذي أورده المشرع الليبي (م 151) فينص على أنه:

«في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية إذا تنافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية».

وهو في هذا النص أيضاً قد جرى ما استقر عليه القضاء المصري إذ كان يعفي الطرف المذعن من الشرط الذي يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقاً على نية المتعاقدين، حيث غلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة، وهو ما كان غالباً في صالح هذا الطرف.

وغني عن البيان أن المشرع الليبي قد أكد بإيراده لهذا النص حماية الطرف المذعن بحيث أنه لو وجدت شروط مطبوعة أو معدة مسبقاً من قبل الموجب في

(219) د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 151.

نماذج ثم أضيفت عليها شروط أخرى تتعارض مع الشروط المطبوعة فالقاضي لا يلتجئ الى التوفيق بينهما بل يجب عليه طبقاً للنص أن يأخذ بالشروط المضافة ويهدر الاخرى ولو كانت الشروط المطبوعة لم تشطب.

وبعد أن تعرضنا الى الحماية التشريعية للطرف المذعن في التشريعات المقارنة، واستخلصنا أن القضاء المصري كان له دور الرائد في توجيه تلك التشريعات نتعرض الآن الى هذه الحماية القضائية.

ان القاعدة التي سيطرت على أحكام القضاء في تطبيق عقود الاذعان في مصر هي «أن العقد شريعة المتعاقدين» كما هو الحال بالنسبة الى أي عقد آخر فكان الطرف المذعن يؤخذ بكل شروط العقد اذا علم بها أو كان في امكانه أن يعلم بها، وذلك لأن القانون المصري القديم لم يتعرض الى أحكام خاصة بعقد الاذعان، فكان الطرف المذعن يؤخذ بكل الشروط لا فرق بين المخطوطة أو المطبوعة ولا يعفيه من ذلك أن يكون الشرط جائراً أو شديداً ما دام لا يخالف النظام العام والآداب.

وقد طبق القضاء هذه القاعدة على عقد العمل فقيده المستخدم في هذا العقد باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها. (220)
وطبقها على عقود التأمين بالنسبة الى الشروط المطبوعة (221) بلغة أجنبية لا يعرفها الطرف المذعن (222).

وطبقها على عقد النقل فقضى بصحة الشرط الذي يعفي الناقل من المسؤولية أو يخفف منها في حالة ضياع البضاعة أو هلاكها أو تلفها سواء في النقل البري (223)، أو البحري وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم.

(220) محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 22 يناير 1919، مجموعة التشريع والقضاء المختلط 31 ص 134.

(221) محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة 29 يناير 1890 مجموعة التشريع والقضاء المختلط 2 ص 360 وفي 11 أبريل 1906 نفس المجموعة 18 ص 188.

(222) محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 28 مايو 1936، مجموعة التشريع والقضاء المختلط 48 ص 294.

(223) محكمة الاستئناف في 2 ماي 1922 - المحاماة 3. 29. 12.
وقد أشار لهذه الاحكام الدكتور عبد المنعم فرج الصده في مرجعه السابق نظرية العقد في قوانين البلاد العربية بند 85.

ويقول عبد المنعم فرج الصده «على أن مراعاة القضاء ، للقواعد العامة في هذا الصدد لم تحل بينه وبين أن يتخذ في حدود هذه القواعد من الوسائل القانونية ما يحقق به بعض الحماية للطرف المؤمن» .
ورد هذه الوسائل الى طوائف ثلاث :

1 - فقد كان القضاء يقضي بعدم سريان الشرط الذي لم يعلم به الطرف المدعن ولم يكن في امكانه أن يعلم به عند التعاقد ، لأن مثل هذا الشرط لم يتم التعاقد عليه ، كما هي الحال بالنسبة الى الشرط الذي يحد من مسؤولية الناقل بالسكك الحديدية عن تلف الأمتعة اذا كان هذا الشرط لم يذكر في تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل (224) .

وكان يقضي كذلك بعدم سريان الشرط الذي يراه قاسيا اذا كانت المخالفة التي يترتب عليها سريانه قد وقعت من الطرف المدعن بحسن نية كما هي الحال بالنسبة الى شرط عقد التأمين الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين في حالة كتمان المؤمن له بيانات معينة أو اعطائه عنها تقارير غير صحيحة اذا كان هذا التقرير أو ذلك الكتمان قد وقع من المؤمن له بحسن نية اعتقادا منه أنه يكتم أمرا لا أهمية له أو يقرر طبقا للحقيقة .

وكان يقضي أيضا بعدم سريان الشرط في حالة عدم توفر حكمة الالتزام المفروض على الطرف المدعن ، وهذا ما يحدث بصفة خاصة في عقد التأمين اذا كان المؤمن له قد أغفل ذكر ظرف لا يغير علم المؤمن به الفكرة التي يكونها عن الخطر.

2 - كذلك استخدام القضاء التفسير في صالح الطرف المدعن فيذكر أحد الأحكام «أن المقصود بعقود الاذعان العقود التي يملئ فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه ، كعقود التأمين البحري والبري وعقود توريد المياه والنور الى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروطا متشابهة وضعت لجميع العملاء» .

فبعد أن عرفت المحكمة عقد الاذعان أوردت أحكامه فتقول «فاذا وردت في تلك العقود شروط جديدة مكتوبة باليد تناقض الشروط المطبوعة ، فان

(224) محكمة استئناف الإسكندرية المختلطة في 21 مايو 1901 مجموعة التشريع والقضاء المختلط 13 ص 317 . (عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق بند 85) .

الشروط المكتوبة تتغلب على الشروط المطبوعة اذا وجد أنها أكثر انطباقا على نية المتعاقدين .

وفي حالة الشك في تفسير الالتزام يجب تفسير الشك في مصلحة المدين (225) فتفسير غموض الشرط أو الشك فيه يكون في صالح الطرف المذعن، لأن تبعة هذا الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد، بتحرير العقد وكان المجال الخصب لهذه القاعدة هو عقود التأمين .

كما أن هذا الحكم قد أعفى الطرف المذعن من الشرط الذي يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقا على نية المتعاقدين حيث غلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة وهو ما كان غالبا في صالح المذعن .

ولم يعتد القضاء بالشرط الذي تنسخه ارادة لاحقة، كما اذا اشترط في عقد التأمين أن تدفع الاقساط في محل الشركة ثم تعتاد الشركة بعد ذلك تحصيلها في محل المؤمن له. اذ أن هذا التصرف من جانب الشركة يعتبر نزولا عن الشرط (226) .

كما قرر القضاء التزامات في صالح الطرف المذعن مع تخفيف عبء الاثبات عنه، ففيما يتعلق بعقد العمل فرض على رب العمل التزاما قانونيا بأن يتخذ من الاحتياطات وأسباب الوقاية ما يحافظ به على سلامة العمال، وذلك مع التساهل في اثبات خطأ رب العمل وتقصيره في القيام بهذا الواجب .

وفيما يتعلق بعقد النقل رتب على العقد التزاما بمقتضاه يتضمن الناقل سلامة المسافر، وبذلك أصبحت مسؤولية الناقل عن اصابة المسافر مسؤولية عقدية، وليست تقصيرية، تكفل مركزا ممتازا من حيث الاثبات، وقد قضي بأنه لا يجوز للمؤمن أن ينازع في سقوط اشتراط عقد التأمين بدعوى أن الاشتراط كان مطبوعا (227) .

(225) محكمة مصر الابتدائية، الدائرة التجارية 21 أبريل 1940، دائرة القضاء محمد كامل أمين ملش، مصطفى فاضل، مصطفى حسن .

(226) حكم ينسخ الارادة السابقة بالارادة اللاحقة (16 يناير 1928 قازيت 20 رقم 93 ص 87) .
فقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له في محل اقامته لتستوفي الاقساط يلغي الشرط القاضي بأن الدفع يكون في محل الشركة .

(227) استئناف مختلط 15 أبريل 1905 (18 ص 188) ب 18 مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص 67 .

وأن الشروط المطبوعة في عقود التأمين لها من قوة الإلزام ما للشروط المخطوطة بالنسبة إلى المؤمن (228).

كما أبطل القضاء الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية (229) كما يفسر الالتزام في مصلحة الطرف المدعى. (230). وتتشدّد المحاكم في اعمال شروط الاسقاط في بوليصة التأمين (231).

3 - كما التجأ القضاء المصري أيضا في هذا الخصوص الى فكري النظام العام والتعسف في استعمال الحق، ف قضى ببطلان الشرط الذي يعفي من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها أو يقيدها في حالتي الغش والخطأ الجسيم وذلك سواء في عقد النقل البري أو البحري، وأخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق عند مخالفة شرط عقد الايجار الذي يحرم على المستأجر النزول عن الايجار أو التأجير من الباطن، فلم يجب المؤجر الى طلب فسخ العقد في هذه الحالة الا اذا كان يستند في ذلك الى سبب مشروع كما أخذ بهذه الفكرة أيضا في حالة فسخ عقد العمل فكان يقضي للعامل بالتعويض اذا كان هذا الفسخ رغم مراعاة مهلة الاخطار فيه لا يستند الى مبرر معقول (232).

ذلك هو وضع القضاء المصري وموقفه من أحكام عقد الاذعان والذي كما سبق أن أشرت قد أثر على التشريعات العربية وعلى التشريع المصري بصفة خاصة. ولكن بعد أن أرسيت قواعد القانون المدني المصري قد قررت قواعد قانونية تحكم عقد الاذعان فاننا نجد أن محكمة النقض المصرية قد قررت مجموعة من المبادئ، نرى ايراد موجزها من يناير 1956 الى آخر ديسمبر 1960.

لقد قررت محكمة النقض المبادئ التالية:

(228) استئناف مختلط 29 يناير 1890 (ب 2 ص 360) عن مجموعة الاعمال التحضيرية جـ 2 ص 67.

(229) استئناف مختلط في 11 يونيو 1913 م 25 ص 435.

(230) استئناف مختلط في 12 أبريل 1922 م 40 ص 295.

(231) استئناف مختلط 6 ديسمبر 1944 م 57 ص 18.

(232) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق نبذة 85.

1 - الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام كما أن عقد الايجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الاذعان (233).

2 - الشك بأن قيود البناء الواردة في عقد البيع، الصادرين من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الاذعان التي لا سبيل للمشتري عند توقيعه الى المناقشة فيها. ولا يصح التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (234).

3 - اذا كان يبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف بعد أن تبين أن الحكم الجنائي الذي قضى بادانة سائق السيارة، المؤمن عليها قام على تحميل تلك السيارة بأكثر من الحمولة المقررة بطنين وبأنها كانت في حالة غير صالحة للعمل من حيث فراملها وعملية قيادتها.

عرضت لما أبدت به شركة التأمين الطاعنة في دفاعها من أن هاتين الحالتين لا تدخلان في نطاق التأمين اذ نصت المادة الثانية من وثيقة التأمين على أن التأمين لا يشملها.

ولم تأخذ بهذا الدفاع وأسست وجهة نظرها في التقرير بمسؤولية الطاعنة عن دفع مبلغ التأمين على أن ما احتوته وثيقة التأمين من شروط مطبوعة عدت فيها الحوادث والاضرار التي تعفي فيها الطاعنة من المسؤولية. يوصل الى القول بأن الشركة قد اعتبرت نفسها في الواقع متحللة من دفع التأمين عن الحوادث التي تقع نتيجة مخالفة القوانين واللوائح عموما، بما يترتب عليه عدم الاعتداد بهذا الشرط واهداره للقانون ذلك انه وان كان مؤدى ما انتهى اليه ذلك الحكم هو اعتبار وثيقة التأمين موضوع الخصومة الحالية والتي عقدت في ظل أحكام القانون المدني القديم عقد اذعان، الا أنه لا يتأدى من ذلك أن يهدر نص المادة الثانية بجميع ما تضمنته من الصور والحالات التي نص فيها على أن التأمين لا يشملها، ذلك أن ما يسوغ ابطاله في هذه الحالة، انما يقتصر على الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام، ولما كان ما ورد بالبندين

(233) الطعن رقم 230 س 24 ق. جلسة 13/11/1958 مجموعة أحكام النقض المصرية. س 9 ص 689.

(234) الطعن رقم 280 س 25 ق. جلسة 25/2/1960 مجموعة أحكام النقض س 11 ص 29.

ثانيا ورابعا من المادة الثانية من العقد من أن التأمين لا يشمل بصفة خاصة ما يقع من الحوادث والاضرار نتيجة لتحميل السيارة بأكثر من حمولتها المقررة رسميا أو نتيجة لعدم العناية بها (وهاتان الحالتان هما عماد الحكم الجنائي في ادانة سائق السيارة المؤمن عليها).

ولا يعتبر من الشروط القائمة على التعسف والمناقضة لجوهر العقد، ولا مخالفة فيها للنظام العام بل أن مبناها الشرعية المشروعة في الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الخطر الاشد احتمالا، فانه يتعين لذلك اعمال مقتضاها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فانه يكون متعين النقض» (235).

ثانيا: حكم عقد الاذعان في الفقه والقضاء الفرنسي:

يرى بعض الفقهاء في فرنسا أن السبب في ادراج الشروط التعسفية في عقود الاذعان انها يرجع الى الطريقة التي يتم بها تحرير مشروع العقد، وهي الارادة المنفردة، وأن العقود النموذجية التي اعتبرناها مصدرا للاذعان قد اعتبرها هؤلاء مصدرا خطيرا للتعسف. وقد ورد في تقرير لغرفة التجارة والصناعة بباريس ما يلي «أذ يمكن أن يحدث في العمل، من خلال، أن المحرر للعقد الذي سيطبق نموذجه على عدد كبير من المتعاقدين ينتهز الفرصة لادراج شروط تحمي التزاماته الذاتية وتثقل في المقابل المتعاقدين معه» (236).

ويعرض التقرير أمثلة أكثر جريانا في العمل، فالبائع يحدد ثمن البيع حسب تعريفه يحددها بمفرده يوم التسليم، ويحتفظ بإمكانية تعديل خصائص الشيء المطلوب دون تخفيض في الثمن كما يعفي نفسه كليا أو جزئيا من الضمانات القانونية أو من ضمانات العيوب الخفية كما أن تاريخ التسليم يعطى على سبيل استكمال البيانات وتأخيره لا يرتب أية مسؤولية.

فهذه الشروط التعسفية تطبق غالبا في صورة شروط عامة، لا يعلم بها المتعاقد أو على الاقل لا يكون مدركا بصورة جدية لآثارها الحقيقية.

(235) الطعن رقم 296، س 25 ق. جلسة 1960/2/21 س 11 ص 330.

(236) الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ص 3، من التقرير الذي قدم باسم لجنة التجارة الداخلية. من طرف السيد (جيبارق M. GIBERGUES)، والتي صادقت على ملخصاته غرفة التجارة والصناعة بباريس في جلستها بتاريخ 8 أبريل 1976.

كما أن العقود النموذجية لا تطبق في الاتفاقات في أغلب الأحيان إلا في شكل مرجع لبعض الوثائق والتي يتطلب العلم بها، أو على استثمارات من الخلف.

«اذ يغيب في العمل على المتعاقد أن يدرسها قبل أن يلتزم بها وكذا فإن حجم النص وكيفية اظهاره في شكل ينفر القارئ منه وتعقيد تحريره يمكن أن يكون مؤديا الى عيب الغبن في الرضى .

كما أن الفقه قد جارى القضاء فيما يخص تفسير هذه العقود فاعتبر الشروط التعسفية «Clauses léonines» من الشروط المخلة بالنظام العام اذ أن أساس بطلانها هو افتراض عدم الثقة وهذا الاخير هو الذي يؤدي الى بطلانها خاصة فيما يتعلق بابرام العقود المهنية (237) اذ لا فعالية للاحتجاج بها وذلك كالاغفاء الكلي من المسؤولية . وهذا الرأي قد أخذ به أيضا سافاتييه (René Savatier) . (238)

وقد أرجع تاندلر «Tandler» سبب ادراج المؤسسات والوكالات الشروط التعسفية الى عدم تمكن هذه الوكالات من دراسة كل طلب وفحصه، وبذلك تدرج شروطا عامة تعفيها من المسؤولية، لذلك قال عنها بأنها شروط تعسفية موحدة في عقود الاذعان تكون واقية من الاخطاء الجسيمة . (239)

(237) د. برليوز. عقد الاذعان ط 1973 فقرة 119

«L'hypothèse suivant laquelle la confiance est à la base de cette annulation ou inopposabilité des clauses limitant la responsabilité du stipulant ressort nettement de l'analyse des clauses de responsabilité dans les contrats conclus avec les professionnels, les clauses non responsabilité sont interdites, non seulement pour tous les professionnels dont la mission de conseil est d'ordre public. Mais même ailleurs "une clause de non responsabilité pourrait incompatible avec la mission de conseil car cette initiative de l'imité pour le profane du conseil contenu de sorte que la stipulation d'un prix pour un service qu'il ne rend pas devient léonine cela vaut même en matière commerciale.»

(238) سافاتييه . عقود المجالس المهنية في القانون الخاص . د. دالوز 1972 ص 138 .

– René Savatier, les contrats de conseils professionnels en droit privé D.1972. Ch p. 138.

(239) ملاحظات السيد تاندلر عن حكم صادر بمحكمة ليون في 27 أكتوبر 1971 ، منشور في دالوز 1972 ، ص 327 .

– Note de M. Tandler. Lyon 27 oct. 1971, D. 1972, J.P. 327

وفيهما يتعلق بتفسير عقد الاذعان فقد ذهب الفقهاء الفرنسيون الى أنه وبصفة خاصة في مسألة التسعيرة الموحدة، تفسر كما يفسر القانون بالنسبة الى عقود الاذعان، وبالتالي فانها تكون تحت رقابة محكمة النقض (240).

وكذلك يرى بعض الفقهاء (كأيسمان، ولوسوارن، وبرودان) (Eismenn, Lousouar, et Bredin.) أن الرجوع الى المصطلحات الاصلية يلعب دورا كبيرا في تفسير عقود الاذعان خاصة في العقود التجارية الدولية اذ يستفيد بها رجال الاعمال الذين يبحثون دائما عن وضوح قواعد التعامل.

ويجد القضاة صعوبة في تفسير عقود الاذعان ذلك لأن الموجب في هذه العقود يبحث عن أسلوب عام وموحد ليغطي به حالات كثيرة وهكذا ينشأ عدم التحديد دائما من كثرة المصطلحات المستعملة على حد تعبير بيسون «Besson» (241)

ولذلك فان تفسير عقد الاذعان يبدو أكثر أصالة وأكثر فنية وهو جد هام للاطلاع على حقيقة الشروط المتضمنة فيه.

غير أن القضاة يجدون صعوبة كبيرة في تفسير هذه العقود.

اذ يجدون أنفسهم في مجال التطبيق أمام مذهبين متناقضين فمرة يحس القاضي بارتباطه بمبادئ النظرية التقليدية للعقد فيحكم بالسلطة الشرعية في التفسير ويحاول علاج القوة الملزمة له (242).

(240) فيبين التعسف في عقود الاذعان ويقول :

"Les Agences de renseignements reçoivent un nombre toujours croissant de demandes, il leur est de plus en plus difficile de fournir dans chaque cas des renseignements minutieusement vérifiés. Elles vont être tentées de multiplier dans leurs conditions générales de services des clauses supprimant leur responsabilité."

(241) بيسون. انظر دالوز، تحت عنوان العقد والاتفاق. رقم 101.

- Besson : répertoire Dalloz - contrat et convention, p.101.

"l'imprécision naît le plus souvent de la trop grande généralité des termes employés."

(242) ملاحظات كافالدا. عن حكم. نقض تجاري. 12 جويلية 1971. دالوز 1972. 2. 153.

- Cavaldi. n. sous cass. comm. 12 juillet 1971, D. 1972, II, p. 153.

وأحيانا أخرى يجد فيها القاضي نفسه مضطرا لتجسيد قواعد العقد المجردة على خلاف ما تفترضه عقود المساومة ويعطيه نفس درجة القانون وهنا يقع في خلاف مع النظرية التقليدية كما ذهب الى ذلك كاربونييه «Carbonnier» (243).

أما القانون الفرنسي فلم يأت بنصوص خاصة بعقود الاذعان على الرغم من أن ظهور فكرة الاذعان كان قد سبق اليها الفقهاء الفرنسيون، وعلى الرغم من ذلك فإن القضاء قد التجأ في تطبيقاته الى أعمال القواعد العامة، ففي تفسير العقد يلتجئ الى نص المادة 1156 مدني فرنسي التي تنص على أنه «يلزم في تفسير العقود الوقوف على القصد المشترك للمتعاقدين» (244).

وكذا نص المادة 1143 م. فرنسي التي تقول «إن قصد المتعاقدين المشترك يعتبر بمثابة قانونها» (245).

وهذا ما ذهبت اليه أغلب التشريعات الاجنبية بالاضافة الى اعتبار تفسير العبارة عند عدم وضوحها الى صالح الطرف الصادر ضده (246).

كما أن القضاء مدعو من طرف الفقه الى أن يستعمل قواعد موضوعية في تفسير نصوص القانون المدني وذلك من أجل حماية الطرف المدعن، ومن أجل نزاهة تفسير عقود الاذعان ولذلك يقول جونو «Manuel Gunot»: «إنه اذا كانت الارادة غير موجودة أو مشكوك فيها فإن على القاضي أن يبحث على غرض التعاقد «Quand la volonté est inexistante ou douteuse, le juge cherche le juste objectif». وقد ذهب الى نفس الرأي الفقيه، كابيتان «Henri Capitant».

— Carbonnier. Droit civil, 1970, p 214.

(243)

(244) المادة 1146 مدني فرنسي.

"On doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes."

(245) المادة 1134 مدني فرنسي.

"Ce qui est censé voulu par les deux parties fait la loi de ces parties."

(246) انظر النص النمساوي المادة 915 والنص الأسباني المادة 1288 اللذين ينصان على أن «اهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه». وقد أشارت اليهما المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري (الجزء الثاني) (مذكرة المشروع التمهيدي عن الفقرة الثانية من المادة 217).

وقد لاحظ برليوز على المادة 1162 التي تنص على أنه في حالة الشك في الاتفاق يفسر ضد من صدر الشرط عنه لفائدة المتعاقد الملتزم وذلك سواء كان دائنا أو مدينا حسب المفهوم التقليدي للمادة (247).

ولم يكن هذا النص في الماضي يلعب الدور الذي يجب أن يلعبه في عقود الاذعان أما الآن فقد أصبح يطبق تطبيقا خاصا (248).

فالمادة 1162 لها صورتان تطبيقيتان، فعند تطبيقها على عقد التأمين نجدها تنطبق على الدائن الذي هو المؤمن له عندما نريد معرفة الحقوق المنصوص عليها في شرط من شروط العقد.

وفي نفس الوقت قد لاحظ الفقيه برليوز بأنه في عقد العمل فان التطبيق الحرفي للمادة 1162 يكون له نتائج فقط بالنسبة الى الديون المتتالية وللأطراف ويجب أن تفسر بالتتابع. على العكس من مبدأ الحرية التعاقدية، وخاصة بالنسبة الى دين أجر العامل في مواجهة صاحب العمل. فهذا التطبيق يجعلنا نشك في المبدأ. (249).

(247) نقض مدني 12 جانفي 1857. د. 1.57. 407. 3 أفريل 1872. دالوز 1973. 1. 131، نقض مدني 1918. دالوز 1921. 224.

"cass. req. 12 janvier 1857, D. 57. 1. 407., 3 av. 1872. D. 73. 1. 131 cass. civ. 1918. D. 1921. 1. 224.

– Voir aussi Besson, droit des assurances. P. 58. "bien que normalement le doute s'interprète en faveur du débiteur (Art 1162. C. CIV), en l'espèce en faveur de l'assureur lorsqu'il s'agit de sinistre, la jurisprudence a tendance, sans le dire expressément, à les interpréter à l'encontre des assureurs, parcequ'ils sont les rédacteurs des polices".

(248) سان ريمي، مراجعة الشروط التعسفية في عقود الاذعان. رسالة باريس 1928 ص 71. وقد أشار إليها برليوز في المرجع السابق ص 125.

– De Saint Remy, la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion. Thèse, Paris, 1928, p. 71.

(249) برليوز المرجع السابق ص 125.

"... On a noté que dans le cas du contrat de travail une application littérale de l'article 1162 aurait pour conséquence que les créances respectives de chacune des parties devraient être interprétées respectivement comme contraires au principe de la liberté et ce notamment pour la créance de salaire de l'employé contre son employeur une telle application faisait douter du principe."

لذلك فانه يجب أن يطبق هذا النص تطبيقاً خاصاً: فالقاضي يجب عليه أولاً أن يستخرج الصفة الاختيارية وذلك من أجل ألا يجعل من هذه المادة أداة للتعسف الناتج من التحرير المسبق للعقد (250).

ثم يعطى للمادة 1162 تطبيقاً نوعياً، فلا يجعل من المذعن دائماً بالترفة ما بين المدين والدائن وفقاً للشرط (251).

وقد طبق القضاء الفرنسي بصورة واسعة الحدود المرسومة للعقد، وهي النظام العام والآداب وعدم الإساءة أو التعسف في استعمال الحقوق ووقف ضد الاحتكار اذ قضت محكمة دواي بأن في القضية التالية عسفاً:

«كانت مصانع الأقمشة في شمال فرنسا تجبر على صباغة أقمشتها في المصانع المحتكرة لهذه المهنة احتكاراً فعلياً فأنشأ أحد أصحاب هذه المصانع مصبغة في مصنعها ولكنها لم تكن لصباغة جميع أقمشته فالتجأ إلى المصانع المحتكرة لصبغ بقية الأقمشة فرفضته معلنة في قرار اتحادها أنها لا تقبل طلبات من يكون لديهم مصانع إلا بشروط معينة من المتعذر قبولها، وكان ذلك بقصد تلافي ما يؤثر على احتكارها.

فحكمت محكمة دواي بأن في ذلك عسفاً في استعمال الحق موجبا للمسؤولية. (252).

وحكمت محكمة النقض الفرنسية في 19 أبريل 1896 عندما أرادت إحدى الشركات القائمة بإدارة محل عام (كازينو) في بلدة نيس أن تستعمل حقها المطلق في قبول ورفض من ترى من المترددين حسبما تشاء فقررت هذه المحكمة بأن ليس من أساس لذلك إذ أن الامتياز الذي تختص به هذه الشركة (وهو الاحتكار وعدم وجود محلات أخرى في المنطقة لا يجعل لها الحرية الكاملة في وضع ما تراه مبرراً لمنع من يريد ارتياد الكازينو بغير أن يكون لذلك أسباب مقبولة (أي أسباب مشروعة) (253).

(250) نقض 13 فيفري 1883. سيري 1.83.466.

(251) مدني 10 ماي 1948. قازيت دي باليه 1948. 2. 61. المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1948 ص 468 ملاحظات. هنري وليون مازو.

(252) دواي. 13 جويلية 1900 سيري. 1903. 2. 293 (في ذلك. د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى 1960، ص 172، 173 (مطبعة مصر)

(253) نقض. 19 أبريل 1896. دالوز 1. 1896. 449. انظر في ذلك. د. حسين المرجع السابق، ص 172.

غير أن الزام هؤلاء بالتعاقد ليست على إطلاقها بل هي مقيدة بالتعليمات والحدود المرسومة لها، وفقا لما تراه المحاكم من ظروف وملابسات، لما لها من سلطة تقديرية في حل المنازعات المطروحة . وهي تعتمد في ذلك على معيار المنفعة العامة والغاية الاجتماعية .

فالاشخاص المصابون بأمراض معدية وأولئك السكيرون المعتدون على حرية الاخلاق العامة، أو الاشخاص المثيرون لقلق واضطرابات نخلة بالنظام العام، يمكن أن يمنعوا من الركوب في الحافلات ذلك لأن السماح لهم بذلك يتنافى والغاية الاجتماعية التي يهدف اليها الايجاب العام الموجه الى الجمهور في عقد النقل، فالتعاقد مع مرافق الاحتكار هذه سواء كانت عامة أم خاصة يجب أن يكون وفقا لما تهدف اليه الغاية الاجتماعية للحق .

هذا واننا نرى أن التمسك بالحرية التي مؤداها الزام التعاقد مع أولئك الأشخاص (الزبائن) يصبح في حد ذاته اعتسافا في حق محتكري هذه المرافق . وذلك تماشيا مع الاراء الحديثة التي تميل الى تغليب العنصر الاجتماعي في القانون وعلى اعتبار الاعمال القانونية انها تستحق حماية القانون اذا كانت محققة لغرض اجتماعي .

وقد فعلت المحاكم حسنا عندما قررت أن الامتناع عن التعاقد يكون عسفا اذا تعارضت نتائجه مع المصلحة الاجتماعية . وذلك فضلا عما هو مقرر من وجود العسف اذا كان الدافع الى رفض التعاقد مقصود به الاضرار .

اننا ركزنا على عنصر الاحتكار بدل أن نتلفظ بالاذعان ، ذلك لأن مفهوم الاحتكار لا يكاد يفارق الاذعان ان لم نقل إنه السبب المباشر له .

لذلك حكم بمسؤولية شركات الاحتكار التي تمتنع عن تلبية حاجيات الافراد بغير أسباب معقولة . فالاحتكار المشروع هو الذي يلبي الحاجيات الاجتماعية بمعنى أن تنفيذه يجب أن يكون بحسن نية .

وأبرز مظهر للحالات التي يغلب فيها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة نجده في المنازعات الناشئة عن عقد العمل أو الاستخدام لما يتصل به من أحوال اجتماعية أو اقتصادية أو ميول سياسية .

وكان القضاء الفرنسي يرى في بادئ الامر أن لا اعتبار على من يستخدم عمال منافسيه على أساس أنه انما يستعمل حقا مقرر له في ذلك (254) .

(254) محكمة استئناف باريس 28 ماي 1892 . دالوز 1893 . 2 . 399 .

ثم استقر الرأي على مسؤولية من يستخدم عامل أحد منافسيه اذا كان يعلم بالظروف التي تقضي بمنع الاستخدام، أي اذا كان تصرفه ينم عن سوء نية (255).

ولقد كانت كل المحاولات المقترحة من طرف الفقه والقضاء تستهدف حماية الطرف المذعن وذلك بازالة الشروط التعسفية، سواء من متن العقد ذاته أو في طريقة انعقاده وتعرض لهذين الجانبين:

1 - التدخل على مستوى موضوع عقد الاذعان:

ان منع التعسف يمكن أن يستخلص عن طريق التدخل التشريعي وذلك باعمال بعض القواعد أو عن طريق الرقابة القضائية.

أ - تقنين محتوى العقود:

ويمكن أن نلاحظ ذلك في عقود النقل، وعقود العمل والتأمين. فمثلا يمنع ادخال بعض الشروط بهدف حماية المذعن بأحكام ترجع الى النظام العام الذي يحد من حرية التعاقد.

فبالنسبة إلى عقد النقل تدخل المشرع الفرنسي بقانون 17 مارس 1905 الذي أطلق عليه اسم قانون رابيه «Rabier» (256) الذي يحد من الشروط التعسفية التي يدرجها الناقل للبضائع بالنسبة إلى نقل البضائع برياً. (263)

وفي النقل البحري هناك تدخلات تشريعية أيضاً على المستوى الداخلي في فرنسا وذلك كالحكم بالبطلان على كل شرط يعفي الناقل البحري الداخلي من المسؤولية (258). وكذا الامر بالنسبة إلى شرط تحديد المسؤولية في النقل الدولي (259).

(255) حكم محكمة النقض الفرنسية 8 نوفمبر 1904 دالوز 1906 . 1 . 489 .

(256) هنري، وليون، جون، مازو، دروس في القانون المدني الجزء الثاني الطبعة الرابعة (الالتزامات النظرية العامة) بند 637 ص 651 .

(257) انظر معاهدة جنيف 19 ماي 1956 (المادة 29) والمادة (41). وقد انضمت الجزائر الى هذه المعاهدة التي تدعى (C.M.R.).

Convention internationale pour le transport routier des marchandises.

وفي هذا الموضوع، مطبوعة الدكتور القريشي السابق الاشارة اليها. ص 4 .

(258) المادة 29 من القانون رقم 420 المؤرخ في 28 جوان 1966 .

(259) انظر معاهدة بروكسل التي أشرنا اليها سابقا المؤرخة في 25 أوت 1924 المادة 3 فقرة 8 .

وفي مجال النقل الجوي توجد تدخلات قانونية داخلية كالمرسوم الفرنسي رقم 333 المؤرخ في 30 مارس 1967. وكذا على المستوى الدولي كمعاهدة فرسوفيا بتاريخ 12 أكتوبر 1929.

وبخصوص النقل الجوي انضمت الجزائر الى اتفاقية وارسو المبرمة في 12 أكتوبر 1929 والمعدلة في 1955، 1963، 1971، 1975 بموجب الامر رقم (64 - 74 المؤرخ في 2 مارس 1964).

وكل هذه التشريعات كان الهدف منها حماية المتعاقد وفي نفس الوقت المحافظة على تنمية شركات الاحتكار.

وبالنسبة إلى عقد التأمين فقد أورد المشرع الجزائري بعض أحكامه في القانون المدني الفصل الثالث من الباب العاشر من المادة 619 الى 643 (260) ثم خصه بالقانون رقم 80 - 07 المؤرخ في 9 أوت 1980.

ولحماية المتهنين في القطاع الخاص أصدر القانون رقم 81 - 07 المؤرخ في 27 يونيو 1981 المتعلق بالتمهين.

ب - الرقابة القضائية :

ان القانون يستطيع أن يعطي للقاضي سلطة الرقابة والمراجعة وهو الحل الأكثر ملاءمة لعقد الاذعان. فالقضاء يتدخل لتفسير أو تطبيق الاحكام التشريعية للنظام العام. وذلك طبقا للقواعد العامة للقانون. ولكن من الممكن أن يعطي القانون للقاضي سلطة خاصة في تفسير وتحديد الشروط التعسفية كما هو الحال مثلا في فرنسا، فان قانون 9 جويلية 1975 ينحول للقاضي مراجعة الشرط الجزائي الناتج عن العقد. وكما هو الحال في التقنين المدني الجزائري المادة 184 التي تنص على أنه «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

فالشرط الجزائي اذا كان مغالى فيه، كشرط في العقد، واذا تعسف الدائن في التمسك به فانه يعتبر شرطا تعسفيا من شروط عقد الاذعان اذا كان قد ورد في عقد من عقود الاذعان وبالتالي فان للقاضي الجزائري مكنيتين باعمال أحكام المادة

(260) الامر رقم 75 - 85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 1975/78.

184 م. ج، أو المادة 110 م. ج المتعلقة بعقد الاذعان. وهو ما يفتقده القاضي الفرنسي.

ويمكن أن تكون الرقابة القضائية على عقود الاذعان بطريقة غير مباشرة أي عن طريق تفسير العقد، تفسيراً ماهراً (261) (Interprétation ingénieuse) أو تفسيراً تكملياً (262) (Interprétation complétive) أو تفسيراً وظيفياً (Fonctionnelle) (263) وعن طريق التفسير يمكن للقاضي أن يستبعد بعض الشروط وذلك بأعمال الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وبصورة أكثر وضوحاً يمكن أعمال الأحكام التقليدية، كالعدالة، والغبن، والسبب، والآداب التجارية (264).

ومهما كانت أساسيات الرقابة القضائية فانه يخشى أن تتهم هي ذاتها بالتعسف وذلك لغياب قواعد قانونية صريحة يركز عليها القاضي فدور القاضي في ظل التشريع الفرنسي الحالي يبقى دائماً محدوداً كما هو الحال بالنسبة إلى بعض الشروط التي تطبق غالباً في العقود النموذجية، التي هي مصدر من مصادر عقد الاذعان، ولذلك تبقى كما ذكرت مطبقة في أغلب الأوضاع، لهذا فان هذا الدور التصحيحي (Corrective) يجب أن يتجه إلى أصل الشروط التعسفية أي إلى تحرير العقد بصورة نمطية.

ولعل المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية الأخرى بمماراته للقانون المدني المصري قد فاق التشريع الفرنسي في هذا المجال بحيث أعطى للقاضي حصانة قانونية وذلك بتمكينه صراحة في نص المادة 110 م. ج بأن يتدخل لتعديل الشروط التي يراها تعسفية في عقد الاذعان، أو باعفاء الطرف المدعى منها.

(261) برليوز، المرجع السابق ص 131.

(262) برليوز، المرجع السابق ص 134.

(263) برليوز، المرجع السابق ص 137.

(264) بالنسبة إلى القانون الفرنسي. انظر ملاحظات. كورني عن حكم المحكمة التجارية باريس 14 أبريل 1972. المنشور في (قازيت دي باليه 8 - 9 نوفمبر 1972) ونشرت هذه الملاحظات في المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1973 ص 145.

2 - التدخل على مستوى تكوين عقد الاذعان :

ان الهدف الاساسي من هذا التدخل هو محاولة استبعاد تحرير العقد بارادة منفردة، وهذا لا يتسنى الا باعطاء الرابطة الارادية التعاقدية مفهومها الصحيح، أو بتمكين المفاوضات الجماعية في العقود النموذجية.

أ - اعطاء فعالية للرابطة التعاقدية :

لا تكون الرابطة التعاقدية صحيحة منتجة لآثارها القانونية الا اذا كانت بناء على ارادتين متطابقتين، بمعنى تزويد الطرف المذعن بالمعلومات الكافية قبل التعاقد كي يتمكن من معرفة الشروط والظروف الحقيقية التي سيتم انضمامه اليها وبذلك يكون حرا وانضمامه يكون بارادة حرة واعية، وبالتالي فان القاضي يمكن أن يتوسع في استعمال عيوب الارادة كسبب للبطلان بناء على الغلط أو الاكراه، ولكن بصورة لا تبعد القاضي عن التفسير العام لاحكام العقود لذلك يمكن اقتصارها على بعض أنواع العقود كما هو الحال بالنسبة الى بعض عقود البيع التي تدخل تحت طائفة عقد الاذعان، اذ يمكن فرض اعلام محدد لمثل هذه العقود كما أنه يمكن علاج ذلك بفرض بعض الاجراءات التي من شأنها أن تزود الطرف المذعن بالمعلومات كاعطاء مهل للتفكير قبل انعقاد العقد نهائيا.

ب - المفاوضات الجماعية في العقود النموذجية :

يقول الدكتور السنهوري «إن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الامر لا يكون بانكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي. ويكون ذلك باحدى وسيلتين أو بهما معا: الاولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الاذعان» (265).

وفعلا فانه في عقود العمل الجماعية، نرى أن الاتفاقات الجماعية تحدد بصورة واسعة محتوى العقود الفردية، وذلك بالمفاوضة ما بين أرباب الاعمال والهيئات الممثلة أو النقابات التي لها حق التمثيل.

(265) د. السنهوري. مصادر الحق في الفقه الاسلامي الجزء الثاني الطبعة الثالثة 1967 ص 76.

لذلك يمكن أن نتصور تعميم هذه المفاوضات الجماعية حتى بالنسبة الى الجمعيات الاستهلاكية فيما يخص الشروط العامة للعقود التي يبرمها المستهلك مع امكانية مراجعة تلك الشروط من حين لآخر وهذا ما نادى به الفقهاء في فرنسا (266).

هذا واننا نرى أن نجاعة هذا الاسلوب تكمن في مدى التمثيل الصحيح الذي يكون عليه الاعضاء الممثلين، غير أن هذا التمثيل خاصة في البلدان الرأسمالية يكون دون مستوى طموحات العمال الذين تتزايد مطالبهم يوما بعد يوم، وقد اعترف بهذا النقص صراحة من طرف بعض الفقهاء بالنسبة إلى بعض القطاعات على الاقل في بلد كفرنسا (267).

وهكذا فان ما خوله القانون المدني من سلطة تقديرية للقضاء في ازالة الشروط التعسفية أو التخفيف منها هو خروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي له ما يبرره في عقد الاذعان كما هو الحال بالنسبة إلى نظرية الظروف الطارئة والشرط الجزائي المغالي فيه والذي يصبح مرهقا للمدين، والمهلة القضائية، ذلك لان عقد الاذعان هو وسيلة لتنفيذ برامج الخطة الاقتصادية في البلدان الاشتراكية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، فهو الاداة القانونية الاكثر ملاءمة لتحريك المنشآت وما تهدف اليه من بناء للاقتصاد الوطني والذي يرجع في النهاية بالفائدة على المجتمع ضمن الملكية الجماعية لوسائل الانتاج بينما يكون أداة لتنفيذ أغراض وبرامج أنانية تسطرها المنشآت الاحتكارية والشركات متعددة الجنسية في البلدان الرأسمالية لتحقيق أكبر ربح وابتزاز أموال الافراد واستغلالهم.

(266) انظر في القانون الفرنسي . ريج . العقد النموذجي وعقد الاذعان ص 112 نبذه 14 .
وبيهل . نحو قانون استهلاكي . قازيت دي باليه . 1974 . 2 . ص 767 .

V. En droit français. A. Reig. Contrat-type et contrat d'adhésion, p.112. 14.L. Bihel, vers un droit de consommation. Gaz. pal. 1974, 2. doct. p. 767

(267) جاك قستان، المرجع السابق ص 60 .

"L'exemple des conventions collectives de travail montre d'ailleurs que leur efficacité ne dépend pas nécessairement de la connaissance des bénéficiaires.

L'objection la plus sérieuses tient au manque actuelle de représentativité au moins en France des associations de consommateurs. Mais il semble que la négociation collective soit justement l'un des moyens d'accroître leur audience."

وهذا وانه نظرا لاتساع مجال هذه الفئة من العقود من حيث تطبيقها فان كل عقد من العقود الداخلية في ذات التركيب ينطبق عليه القانون أو الاعراف الخاصة به ، ذلك أن عقد الاذعان لا يمكن أن يحظى بنظام خاص يجمع تلك العقود كلها تحت نصوص واحدة، وان كان في الامكان أن يحظى بنظام يجمع صفات مشتركة تطبق عليها جميعا القواعد العامة التي قررها القانون المدني لهذا العقد كما هو الحال بالنسبة إلى تفسيره .

ولقد حمت البلدان الاشتراكية عقد الاذعان بما وفرت من تشريعات وقوانين تنظم معظم العقود التي يمكن أن تدرج في فئة عقد الاذعان . وهذا التدخل التشريعي ليس معناه القضاء على مبدأ سلطان الارادة بل هو تحول في مبناه من مبدأ حرية الارادة الفردية الى مبدأ سلطان الارادة الجماعية .

ومن هنا فان عقد الاذعان يطبق ضمن منظور جماعي وتحت ظل قوانين حمائية تحمي الاطراف الضعيفة في العقد، ولا أدل على ذلك من القوانين الخاصة بالتأمين والتشريعات العمالية .

ومع أن القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة قد دخلت في تشريعات جميع الدول خلال هذا القرن الا أن صورة التدخل ونوع الحماية يختلفان من بلد الى آخر وفقا للنظام الاقتصادي والسياسي والاجتماعي الذي يتجهجه كل بلد، لذا نلاحظ اتساع مجال تدخل القوانين في البلدان الاشتراكية بصورة توفر حماية أكثر من البلدان الرأسمالية .

ثالثا: حكم عقد الاذعان في الفقه الاسلامي :

يقول الاستاذ الدكتور السهوري في مؤلفه «مصادر الحق في الفقه الاسلامي تحت عنوان (عقد الاذعان في الفقه الاسلامي) . «لا ننتظر أن نجد في الفقه الاسلامي ما نراه في الفقه الغربي الحديث في صدد عقد الاذعان .

فان النظم الاقتصادية قد تطورت تطورا كبيرا، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللبيع الضرورية، ونعرف معها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال وغير ذلك . ثم لا ننسى أن فكرة عقد الاذعان في الفقه الغربي لم تنبثق الا منذ عهد قريب .

ولكن الجوهر في كل ذلك هو، كما قدمنا، الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيرفع من سعرها، ويبيعها للناس على ما يريد، فتدعن الناس لإرادته،

وترضخ للسعر الذي يفرضه، لحاجتها الشديدة الى هذه السلعة، وذلك أيا كان النظام الاقتصادي القائم.

وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكون الفقه الاسلامي لم يقتصر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار، وتضرب على أيدي المحتكرين، وتدفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الاذعان» (268).

وقد كره الفقه الاسلامي - في مختلف مذاهبه - الاحتكار بوجه عام، ثم تعقبه في صورتين من صوره التي كانت مألوفة وقتئذ.

في بيع متلقي السلع وفي بيع الحاضر للبادي فنورد النصوص والاحكام في هذه المسائل الثلاث.

1 - الاحتكار.

يقول الدكتور السنهاوري جاء في الفتاوي الهندية (جزء 3 ص 213 - 214) في مذهب الحنفية. «الاحتكار مكروه، وذلك أن يشتري طعاما في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس، كذا في الحاوي، وان اشترى في ذلك المصر وحبسه، ولا يضر بأهل المصر، لا بأس به، كذا في التتارخانية ناقلا عن التجنيس.

واذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاما الى المصر وحبسه وذلك يضر بأهله، فهو مكروه، هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو احدى الراويتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار، هكذا في الغياثية، وان اشترى طعاما في مصر وجلبه الى مصر آخر واحتكر فيه فانه لا يكره، هكذا في المحيط، وكذلك لو زرع ارضه وادخر طعامه فليس بمحتكر، كذا في الحاوي ولكن الافضل أن يبيع ما فضل عن حاجته اذا اشتدت حاجة الناس اليه» (269).

(268) د. السنهاوري. مصادر الحق في الفقه الاسلامي. الجزء الثاني. الطبعة الثالثة 1967 ص 77. الصادر عن معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية.

(269) نقلا عن الدكتور السنهاوري المرجع السابق ص 77، 78.

ونخلص مما نقلناه عن الدكتور السنهوري أن حكم الاحتكار في الفقه يرقى الى درجة المكروه، وهو ما يَأْثُم الانسان على فعله ولا يعاقب على تركه، وكذا فإن الاحتكار معياره الاضرار بالناس، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف، لا ضرر ولا ضرار، فمتى احتكر الشخص طعاما أو سلعة وكان ذلك الاحتكار يضر بأهل البلدة التي يقطنها كان ذلك مكروها.

أما اذا كان الاحتكار لسد حاجته أو حاجة أهله دون زيادة فلا يعد محتكرا، وأما التريص باحتكار السلعة الى حين غلائها فمكروه ويمنع على بائعها أن يستغل ظرف الحاجة ويبيعها بتسعيرة لا يتغابن الناس في مثلها، فانه ينهى عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس في المرة الثالثة.

أما في الفقه المالكي فقد جاء في المدونة الكبرى (جزء 10 ص 1234):

إن المالكية يمنعون الاحتكار، «قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق... قال مالك يمنع من يحتكره... قال فان كان ذلك لا يضر بالسوق، قال مالك فلا بأس بذلك» (270).

ومن هنا نرى أن المالكية أيضا يأخذون بمعيار الضرر في الاحتكار، غير أن الحكم يختلف عن الحنفية إذ أن عندهم المنع، والمنع هو التحريم فيعاقب المرء على فعله ويثاب على تركه، ويشير الامام مالك الى السلع الضرورية كالطعام والزيت والكتان وهي لا غنى عنها بالنسبة إلى كل فرد. ما دام احتكارها يؤدي الى الضرر فهو ممنوع.

وعند الشافعية الاحتكار حرام؛ وقيل مكروه؛ والاحتكار عندهم في الطعام دون غيره: ويكون اذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن، أما اذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه اذا اغلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب.

جاء في المهذب (جزء أول ص 292): «ويحرم الاحتكار في الاقوات، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه. ومن أصحابنا من قال يكره ولا

(270) نقلا عن الدكتور السنهوري المرجع السابق ص 79.

يحرم وليس بشيء، لما روى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الجالب مرزوق والمحتكر ملعون. وروى معمر العروي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يحتكر الا خاطيء، قول على أنه حرام». (271)

والحنابلة كالشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه في الطعام دون غيره ويميزون بين الجالب والمحتكر، ويقيدون الاحتكار المحرم بشروط ثلاثة:

1 - أن يكون المحتكر قد اشترى الطعام ليحتكره.

2 - أن يكون ما اشتراه قوتا للانسان.

3 - أن يضيق على الناس بشرائه.

2 - بيع متلقي السلع:

أو الجلب أو الركبان، وهذا البيع صورة من صور الاحتكار قال فيه صاحب البدائع (جزء 5 ص 232): «ومنها (أي مما يكره من البيوعات) بيع متلقي السلع واختلف في تفسيره. قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة، ويدخل المصر فيبيع ما يشاء من الثمن. وهذا الشراء مكروه، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تتلقوا السلع حتى تهبط الاسواق»، سواء تضرر به أهل البلد بأن كان أهله في جذب وقحط. فان كان لا يضرهم فلا بأس - وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون سعر البلد، وهذا أيضا مكروه، سواء تضرر به أهل البلد أم لا، لانه غرهم والشراء جائز في صورتين جميعا، لأن البيع مشروع في ذاته، والنهي في غيره، وهو الاضرار بالعامّة على التفسير الاول وتغريب أصحاب السلع على التفسير الثاني». (272)

فبيع متلقي السلع هو صورة من صور الاحتكار المبنية على الاضرار بالمصلحة العامة ومصلحة الافراد على السواء، ومن هنا نستنتج أن الفقه الاسلامي يهدف الى التكافل والتضامن الاجتماعي ويمقت الاستغلال لعدم العلم بالسعر الحقيقي أو التحرية. ومن ثم فهو يهدف الى الموازنة ما بين مصلحة الجماعة فلا ضرر ولا اضرار.

(271) د. السنهوري، المرجع السابق ص 80.

(272) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق. ص 83.

3 - بيع الحاضر للبادي :

ويقصد ببيع الحاضر للبادي أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لأهل البادية بثمان غال، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يبيع حاضر لباد، ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» .

ومعنى هذا الحديث أن الرزق يجب أن يوزع فيستفاد منه أهل الحاضر وأهل البوادي فلا يضر أهل الحاضر من جراء هذا الاحتكار لذلك فإن كانوا في سعة وخصب فلا بأس لانعدام الضرر.

كما أن الفقه الاسلامي يمنع المضاربات في الاسعار كأن يتقدم سمسار ويقول لصاحب السلعة لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا وأزيد في ثمنها .

وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «يسروا ولا تعسروا» وفي المضاربة تعسير على الناس .

«ويخلص من ذلك أن بيع الحاضر للبادي ينطوي على ضرب من الاحتكار اذ البادي يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق . فيمسك السمسار السلعة ولا يعرضها في السوق جملة واحدة، بل يحبسها عن الناس وهم في حاجة اليها . فيقل العرض ويشتد الطلب، وعلى وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيؤ لاستغلال حاجة الناس، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من ثمن . وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحا مكروها . أو باطلا لا أثر له، على خلاف ما تقدم بيانه .» (273) .

(273) د. السنهوري . المرجع السابق ص 86 .

الفصل الثاني : انقضاء عقد الاذعان .

ونتطرق في هذا الفصل الى الطرق العامة لانقضاء العقود في مبحث أول وفي مبحث ثان الى طرق انقضاء العقود التي تدخل في فئة عقد الاذعان .
وذلك لان عقد الاذعان في الحقيقة لا يختلف عن سائر العقود من حيث الانقضاء وانما الاختلاف يبرز في طريقة انعقاده وفي تفسيره كما سبق أن أشرنا .

المبحث الاول : الطرق العامة للانقضاء .

ينقضي العقد بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها ، (274) وهذا هو مصيره المألوف ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه ، أو قبل البدء في تنفيذه فينحل ، فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل

(274) مازو، المرجع السابق ص 958 .

Mazeaux : le droit civil, p. 958.

"Les causes d'extinction "stricto sensu" des obligations : l'extinction, le paiement, est le mode normal d'extinction de l'obligation : celle-ci disparaît par son accomplissement le créancier cesse d'être créancier, parce qu'il a obtenu du débiteur la prestation à laquelle celle-ci était tenu."

أن يتم تنفيذه، أما الانقضاء قد يكون عند تمام التنفيذ وقد يكون دون تنفيذ (275).

وانحلال العقد غير ابطاله، ومع أن كلاهما زوال « للعقد، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحا ثم ينحل بأثر رجعي ودون أثر رجعي.

أما الابطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الاحوال والعقد في حالة الابطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي لا يزول فحسب بل يعتبر كأن لم يكن.

ونرى الآن حالات انقضاء العقد بصورة موجزة:

تنشأ عن كل عقد التزامات متبادلة ما بين أطرافه، تتميز تلك الالتزامات بكونها مؤقتة وبالتالي لا بد أن تنقضي بانقضاء الالتزام أي بتنفيذ العقد وهو ما يسمى بالوفاء.

وقد ينقضي بما يعادل الوفاء ويشمل:

- 1 - الوفاء بمقابل، ويسمى في القانون اللبناني بأداء العوض.
- 2 - التجديد وهو انشاء التزام جديد محل الالتزام القديم الذي ينقضي.
- 3 - المقاصة وهي انقضاء الدين الموجود من حق مقابل له للمدين في ذمة الدائن.

4 - اتحاد الذمة وهو انقضاء الدين باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد.

وقد ينقضي الالتزام دونها وفاء ويشمل:

- 1 - البراء.
- 2 - استحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

وقد أورد المشرع الجزائري حالات الانقضاء في المواد من 258 الى 322 م

ج.

واذا كانت تلك هي الطرق العامة التي ينقضي بها أي التزام فان الكلام عن انقضاء عقد الادعان، انها يرتبط ارتباطا وثيقا باسم العقد وطبيعته، وذلك

(275) الدكتور السنهاوري. الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ج 1 ص 689.

لأن الاذعان فئة من العقود جد واسعة اذ تكاد قائمتها تغطي كل تصرفات الحياة اليومية .

وعليه فان كان العقد عقد عمل فتطبق عليه قواعد انقضاء عقد العمل سواء كان فرديا أو جماعيا ، وان كان العقد من عقود النقل فتطبق عليه أيضا أحكام انقضاء عقود النقل وكذا الامر اذا كان عقد تأمين فيطبق عليه أحكام هذا العقد .

ان القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري قد جمعا الفسخ والانفساخ والدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد في المواد من 119 الى 122 مدني جزائري والمواد من 157 الى 161 مدني مصري ، فلنبين هذه المصطلحات بإيجاز.

1 - فسخ العقد : هو حق العاقد في العقد التبادلي (الملزم للجانبين) في أن يطلب حل العقد ليخلص بدوره من التزامه متى تخلف الآخر عن التنفيذ، فيترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي . (276) .

ويؤنس الفسخ في كل من القانون الجزائري والمصري على نظرية السبب وللفسخ ثلاثة شروط :

أ - أن يكون العقد تبادليا حيث تتقابل فيه التزامات الطرفين .

ب - أن يتخلف أحد الطرفين في العقد عن تنفيذ التزامه ، دون أن يكون سبب التنفيذ راجعا الى سبب أجنبي .

ج - أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو هو مستعد لتنفيذه .

ويتقرر الفسخ اما بحكم القضاء أو بالاتفاق ، ويترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير . فالفسخ كالبطلان يتجاوز أثره العاقدين الى الغير ، ومع ذلك فانه يوجد فرق بين البطلان والفسخ ويقول الاستاذ السنهاوري في هذا الموضوع «الفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع الى عيب في ركن من أركان العقد ، أما الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها فينشأ العقد صحيحا ، ثم لا ينفذ أحد العاقدين التزامه فيفسخ العقد أو يفسخ بأثر رجعي ، فيستند أثر الفسخ الى وقت نشوء العقد ولذلك لا يكون الفسخ الا للعقد الملزم للجانبين . ففي كل عقد ملزم للجانبين كالبيع

(282) د . محمد حسنين . الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها) في القانون المدني الجزائري مطبوعة لطلبة السنة الثانية 1981 : 1982 . ص 108 . معهد الحقوق بالجزائر .

والإيجار، إذا لم يقيم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، فلم يسلم البائع مثلاً المبيع أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة كان للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد فإذا حكم القاضي بالفسخ تحلل العاقد الآخر من التزامه، المشتري من دفع الثمن والمستأجر من دفع الأجرة. ولا بد في فسخ العقد من صدور حكم به، فالحكم من شيء للفسخ ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ فقد يرى ألا يحكم به، وأن يعطي العاقد المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه أما العقد القابل للإبطال فيبطل هو أيضاً بحكم القاضي، فالحكم من شيء للإبطال، ولكن ليس للقاضي سلطة تقديرية في إبطال العقد بل لا بد أن يقضي بالإبطال متى طلب العاقد ذو المصلحة ذلك». (277).

2 - انفساخ العقد.

هو حل الرابطة العقدية بسبب استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين في وقوعه، كمن يشتري بضاعة ويستحيل على البائع تسليمها له نتيجة حريق اندلع بالمخزن الذي توجد به، لا يد للبائع في وقوعه، ومن ثم تزول الالتزامات المقابلة على العاقد الآخر بقوة القانون (278).

ويقول الأستاذ السهوري «وينفسخ العقد أيضاً من تلقاء نفسه بحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلاً بسبب أجنبي فعند ذلك يسقط هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الأول فينحل العقد من هذا الطريق، ويعتبر منفسخاً دون حاجة إلى حكم إلا للكشف عن أن العقد قد انفسخ لا لإنشاء هذا الفسخ». (279).

ولكي نكون بصدد انفساخ العقد لا بد من توافر الشروط التالية:

أ - يجب أن تنشأ الاستحالة في التنفيذ بعد قيام العقد. فإن كانت قبله أو عند إبرامه فإن العقد يكون باطلاً لاستحالة محله.

ب - أن تكون هناك استحالة في التنفيذ. فإن كانت الاستحالة كلية انقضى التزام المدين بسببها وإن كانت جزئية فإن العقد لا يفسخ بقوة القانون

(277) د. السهوري: مصادر في الفقه الإسلامي ط 2، 1967. الجزء الرابع ص 96.

(278) د. بدر جاسم يعقوب. المرجع السابق ص 313، 314.

(279) د. السهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. ط 2، 1967. الجزء الرابع ص 96.

وانما يكون للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن تنفيذه أو أن يطالب بفسخ العقد كلية .

ج - يجب أخيرا أن تكون الاستحالة في التنفيذ راجعة الى سبب أجنبي لا يد للمدين في حدوثه .

المبحث الثاني : انقضاء بعض عقود الإذعان

نبين في هذا المبحث انقضاء بعض عقود الإذعان . ونتناول أبرز عقد من عقود الإذعان وهو عقد التأمين . ثم بايجاز عقد العمل البحري .

أولا : انتهاء عقد التأمين :

ينتهي عقد التأمين اما بانقضاء مدته أو بالفسخ وذلك على التفصيل التالي :

1 - انقضاء المدة :

بيّنا سابقا أن التأمين من العقود الزمنية ، ومن ثم فلا بد أن يقترن بمدة زمنية ينتهي بانقضائها . ولذلك فإن المدة تدرج في وثيقة التأمين ، ويجوز أن تكون المدة غير متواصلة .

ولكن يوجد قيدان على حرية المتعاقدين في تحديد هذه المدة :

أ - اذا زادت المدة التي حددها على خمس سنوات جاز لكل منهما أن ينهي العقد في غير عقد التأمين على الحياة .

ب - أما في التأمين على الحياة فمهما كانت المدة التي حددها الطرفان فانه يجوز للمؤمن له أن يتحلل في أي وقت من العقد باخطار كتابي يرسله الى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية م 631 مدني جزائري .

واذا لم يحدد المتعاقدان مدة العقد صراحة أو ضمنا ، لا يبطل العقد لهذا السبب ، وتفترض أن تكون المدة سنة (280) .

وقد بين المشرع الجزائري في هذا المجال احكامه ضمن المادة 11 من قانون التأمين والتي تنص على أنه «يحدد الطرفان المتعاقدان مدة العقد وتخضع شروط

(280) د. عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع المجلد الثاني ص 1350 .

الفسخ للأحكام المتعلقة بكل صنف في التأمين . ومع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتأمين على الأشخاص ، يجوز للمؤمن وللمؤمن له في العقود التي تفوق مدتها ثلاث سنوات أن يطلب فسخ العقد كل ثلاث سنوات عن طريق إشعار مسبق بثلاثة أشهر .

ويجوز أن يتفق المتعاقدان على أن تكون مدة العقد غير محددة ويكون ذلك إذا كان المؤمن له شركة مدتها غير محددة ، ويتفق المتعاقدان على أن تكون مدة عقد التأمين هي مدة بقاء الشركة .

كما تكون المدة غير محددة أيضا في جمعيات التأمين المتبادلة فان المؤمن له يكون عضوا في هذه الجمعية ويبقى عقد التأمين ما دام عضوا فيها .

2 - فسخ عقد التأمين :

ويكون الفسخ في حالات متعددة .

أ - إذا ما استجدت ظروف تؤدي الى زيادة الخطر .

يستخلص من تطبيق القواعد العامة في التأمين ، ولما يقضي به الطرف التأميني وفقا للشروط التي جرت العادة بادراجها في وثائق التأمين ، أنه إذا استجدت في أثناء سريان عقد التأمين وما يهدف اليه من استمرار تغطية الخطر ما أمكن ذلك تقضي بافساح المجال للطرفين حتى يستبقيا العقد بعد زيادة قسط التأمين على الا يخل ذلك بحق المؤمن في طلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة وحقه في استبقاء العقد دون زيادة في القسط اذا رغب في ذلك . ويترتب على فسخ العقد أن ينقضي ولكن دون أثر رجعي ، فعقد التأمين عقد زمني ، والعقود الزمنية لا يكون لفسخها أثر رجعي فينقضي التزام المؤمن له بدفع الاقساط من وقت الفسخ ، ويجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له ما تقاضاه مقدما من الاقساط عن مدة تكون تالية لوقت الفسخ اذ لا يتحمل المؤمن أية مسؤولية عن هذه المدة . (281)

ب - اخلال المؤمن له بدفع القسط .

إذا امتنع المؤمن له عن دفع القسط أو تأخر في دفعه كان للمؤمن بعد اذار المؤمن له ، أن يطلب قضاء إما الفسخ أو التنفيذ العيني .

وإذا لم يختَر المؤمن لا الفسخ ولا التنفيذ العيني ، بقي عقد التأمين مدفوعا الى أن يحل القسط الجديد .

(281) د . غريب الجمال التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ، 1975 ص 36 ، 37 دار الفكر العربي .

ج - هلاك الشيء المؤمن عليه (انفساخ العقد).

اذ هلك الشيء المؤمن عليه، كانهدام المنزل المؤمن عليه من الحريق فان العقد ينفسخ ويكون للمؤمن الحق فيما يستحق من الاقساط الى يوم انهدام المنزل، أما ما لم يستحق من الاقساط الى ذلك اليوم فان ذمة المؤمن له تبرا منه (282).

وقد بين المشرع الجزائري في المادتين 37 و38 من قانون التأمين بأنه في حالة فقدان الشيء المؤمن عليه بسبب حادث غير منصوص عليه في وثيقة التأمين، ينتهى التأمين قانونا، ويجب على المؤمن أن يعيد الى المؤمن له حصة القسط المدفوعة مسبقا والمتعلقة بالمدة التي لا يسري فيها ضمانه الخطر، كما أنه إذا تلف الشيء المؤمن عليه وأصبح غير معرض للأخطار أثناء اكتتاب العقد كان هذا الاكتتاب عديم الأمر ووجب إرجاع الاقساط التي دفعها المؤمن له حسن النية، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة في حالة اثباته سوء نية المؤمن له.

د - انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه.

إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه الى خلف عام فان حقوق السلف الناشئة عن عقد التأمين تنتقل اليه. وكذلك الالتزامات الناشئة عن العقد في حدود التركة.

أما إذا انتقلت الى الخلف الخاص فان التأمين يكون من مستلزمات الشيء الذي انتقلت ملكيته أو من مكملاته فينتقل حقوقا والتزامات. غير أنه يمكن لكل من المؤمن والذي انتقلت اليه الملكية أن يحتفظ بحق الفسخ.

تلك هي القاعدة العامة في بعض التشريعات، أما المشرع الجزائري فقد بين احكامه في المادة 23 من قانون التأمين والتي تنص على أنه «إذا انتقلت ملكية

(282) د. غريب الجمال، المرجع السابق ص 39.

انظر المادة 638 مدني جزائري التي تنص على أنه «يكون المؤمن مسؤولا في التأمين من الحريق عن كافة الاضرار الناشئة عن حريق، أو عن بداية حريق يمكن أن يصبح حريقا كاملا أو عن خطر حريق يمكن أن يتحقق.

ولا يقتصر النزاهة على الاضرار الناشئة مباشرة عن الحريق، بل وأيضا الاضرار التي تكون نتيجة حتمية لذلك، وبالاخص ما يلحق الاشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائل الانقاذ أو لمنع امتداد الحريق.

ويكون مسؤولا عن ضياع الاشياء المؤمن عليها أو اختفائها أثناء الحريق ما لم يثبت أن ذلك نتيجة سرقة، كل هذا بالرغم من أي اتفاق مخالف».

الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف، يستمر أثر التأمين لفائدة الوارث المشتري بشرط أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد. ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح للمؤمن بنقل الملكية ويبقى المتصرف ملزماً بدفع الاقساط المستحقة، في حالة التصريف في الملك المؤمن عليه، ما دام لم يعلم المؤمن بالتصرف بيد أنه بمجرد اعلام المؤمن بالتصرف، لا يبقى ملزماً الا بدفع القسط المتعلق بالفترة السابقة عن التصريح.

وعند تعدد الوثائق أو المشترين، يجب عليهم دفع الاقساط مجتمعين ومتضامين.

هـ - حالة الإفلاس :

وتفترض هذه الحالة وضعين :

الاول اذا أفلس المؤمن له أو صفيت أمواله قضاء قبل انقضاء مدة عقد التأمين بقي التأمين قائماً لصالح جماعة الدائنين. التي تصبح مدينة مباشرة قبل المؤمن بمجموع الاقساط التي تستحق من يوم الحكم باشهار الافلاس أو التصفية القضائية، ويحتفظ كل من الطرفين بحق انهاء العقد في خلال مدة معينة.

والثاني اذا أفلس المؤمن، فان عقد التأمين يقف سريانه من تاريخ شهر الافلاس (أو التصفية القضائية) وتبرأ ذمة المؤمن له من الاقساط التالية. (283)

ثانياً: انقضاء عقد التأمين البحري :

وعقد التأمين البحري ينقضي وفقاً لطبيعته باحدى طرق ثلاث :

1 - بانقضاء الدين المضمون :

لما كان عقد التأمين البحري من الحقوق العينية التبعية لذلك فهو يدور وجوداً وعدمًا مع الحق الذي أنشئ ضمهنا له، فهو ينقضي بالابراء، والتقادم، والتقاضي، والوفاء..

2 - بهلاك السفينة :

ويؤدي هلاك السفينة، أداة الملاحة البحرية، الى انقضاء التأمينات التي أنشأت بضمانتها، الا أنه يشترط لذلك أن يكون الهلاك كلياً، أما الهلاك الجزئي،

(283) د. السهوري: مصادر في الفقه الاسلامي ط 2 1967. الجزء الرابع ص 96.

فلا يفيضي الى انقضاء التأمين، باعتبار أن التأمين المعقود على السفينة يشمل حطامها ما لم يكن قد اتفق على خلاف ذلك .

(المادة 65 في القانون البحري السوري) .

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 172 على اجبارية التأمين على كل بضاعة مستوردة وعلى كل سفينة مسجلة بالجزائر لدى المؤسسات الوطنية للتأمين .
وكيفيات تطبيق هذه المادة يكون كلما اقتضت الحاجة بقرار يصدر عن وزير المالية .

3 - بترقين التأمين :

ينقضي التأمين عن طريق الترقين ويتم اما رضاء أو قضاء (284) .

ثالثا : انقضاء عقد العمل البحري .

وينقضي عقد العمل البحري بأحد الاسباب الآتية :

1 - اذا كان العقد محدد المدة ينقضي بانتهاء مدته ، أما اذا كان قد ابرم على أساس الرحلة فهو ينتهي بانتهاء الرحلة .

2 - اذا كان العقد غير محدد المدة فيجوز لكل من الطرفين انهاءه مع مراعاة المهلة القانونية للاخطار .

3 - ينتهي العقد بعزل البحار، ويكون للبحار الحق في التعويض اذا كان هذا العزل بغير مسوغ مشروع .

هلاك السفينة بالغرق أو الفقد أو المصادرة يؤدي أيضا الى انتهاء عقد العمل البحري . (285)

وهكذا نخلص الى ما يلي :

1 - إن انقضاء عقود الاذعان وان كانت تجمعها خصائص مشتركة وذات طبيعة قانونية خاصة تختلف عن بقية العقود الاخرى فانها ذلك مرجعه الى طريقة

(284) د . بدر جاسم اليعقوب . المرجع السابق ص 313 ، 314 .

(285) د . السنهوري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي . ط 2 1967 الجزء الرابع ص 96 .

- انعقاد العقد أو الى الشروط المدرجة فيه أما انقضاؤها فهو كسائر العقود المدنية ان كان العقد مدنيا، وكسائر العقود التجارية ان كان العقد تجاريا .
- 2 - بما أن عقد الاذعان مركب، فان لكل عقد فيه تشريع خاص به وبالتالي يرجع الى تلك التشريعات الخاصة بكل عقد من العقود (فانقضاء عقد النقل، والتأمين والعمل، يرجع فيها الى القوانين المنظمة لها).
- 3 - إن هذه العقود تتأثر كثيرا بطبيعة محل العقد، فمنها ما ينفذ فورا ومنها ما هو عقد زمني .

المراجع باللغة العربية

- المؤلفات :

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا .
- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول مصادر الالتزام . طبعة 1964 . دار النهضة العربية القاهرة .
- الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الاول : مصادر الالتزام ط 1952 دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة .
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي : الجزء الرابع ، الطبعة الثانية 1967 معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - القاهرة .
- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع المجلد الثاني
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي . الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة 1967 معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - القاهرة .
د. سليمان محمد الطهاوي ، الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة) الطبعة الثالثة 1975 . دار الفكر العربي - مصر .
د. سليمان مرقس . نظرية العقد طبعة 1956 .
د. عبد المنعم فرج الصده . مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري 1979 .
- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية طبعة 1974 دار النهضة العربية ، بيروت .

د. عبد الرحمن عياد. أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، ط 1972.

د. أبو زيد رضوان. الوجيز في مبادئ الالتزام ط 1979.

د. عبد المنعم البدر اوي. النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات، والعقود اللبناني، والقانون المدني المصري، طبعة 1968، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت.

د. عبد الفتاح عبد الباقي. دروس في مصادر الالتزام - مكتبة نهضة مصر - القاهرة (بدون تاريخ).

د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء الاول، الطبعة الثانية 1975. المطبعة العالمية - مصر.

د. عبد الحي حجازي، رسالة تحت عنوان عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ طبعة 1950، مصر.

د. بدر جاسم اليعقوب. أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي. الطبعة الاولى. 1981 مطابع دار القبس - الكويت.

د. وحيد الدين سوار. التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية 1979. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر.

د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف بالاسكندرية (بدون تاريخ).

د. هشام فرعون، القانون البحري، طبعة 1975/1976، مطبعة كرم - دمشق.

د. مصطفى عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد طبعة 1975، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة.

د. إلياس حداد القانون التجاري، طبعة 1980/1981، مطابع مؤسسة الوحدة. دمشق.

د. محمود سمير الشرقاوي، الخطر في التأمين البحري ط 1966 - مصر.

د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت. (بدون تاريخ).

- د. حسين عامر. التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود الطبعة الاول 1960 مطبعة مصر.
- د. غريب الجمال. التأمين في الشريعة والقانون طبعة 1975 - دار الفكر العربي - القاهرة.
- د. عبد العزيز فهمي هيكل. مقدمة في التأمين طبعة 1968 دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت، لبنان.
- د. عبد العزيز محمد سرحان. قواعد القانون الدولي العام وأحكام والمحاكم وما جرى عليه العمل في مصر طبعة 1973 - القاهرة.

المطبوعات.

- د. جلال مصطفى القرشي. مطبوعة النقل السداسي الثامن 1980/1979. أقيت على طلبة كلية الحقوق - الجزائر.
- د. محمد حسنين. الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها) في القانون المدني الجزائري. مطبوعات الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بالجزائر 1983
- د. حبيب ابراهيم الخليلي، محاضرات أقيت على طلبة الفصل الدراسي الثامن بكلية الحقوق، بن عكنون، 1979/1978.

النصوص التشريعية:

- الامر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني - الجزائري.
- الامر رقم 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الجزائري.
- الامر رقم 76 - 80، المؤرخ في 29 شوال عام 1396 - الموافق 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 10 أفريل 1977.
- القانون رقم 80 - 70 المؤرخ في 28 رمضان عام 1400 الموافق 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية رقم 33/1980.

- الامر رقم 73 - 14 - المؤرخ في 29 صفر عام 1393 الموافق 3 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف : الصادر بالجريدة الرسمية العدد 29/1973 بتاريخ 10 أفريل 1973 .

الامر رقم 67 - 90 المؤرخ في 9 ربيع الاول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية .

القانون رقم 81 - 07 المؤرخ في 24 شعبان عام 1401 الموافق 27 يونيو 1981 . المتعلق بالتمهين الجريدة الرسمية العدد 26/1981 بتاريخ 30 يونيو 1981 .

الامر رقم 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري .

- الامر رقم 78/12 المؤرخ في أغسطس 1978 م المتضمن القانون الاساسي العام للعامل .

- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، الجزء الثاني .

الاحكام القضائية :

- مجموعة الاحكام القضائية الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية .

- أحمد سمير أبو شادي . مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض .

- الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والهيئة العامة ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر .

- المحاماة ، الصادرة عن نقابة المحامين ، مطبعة حجازي بالقاهرة .

- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية من يناير 1956 الى آخر ديسمبر 1960 . تحت عنوان (اذعان) .

- ALEX WEILL et F. TERRE : **Droit civil, les obligations**, 2e édition 1975, (Dalloz).
- ALEX WEILL : **Droit civil, les biens**, T. 2, 1971.
- CHRISTIEN PALLOIX : **L'économie mondiale capitaliste et les firmes multinationales**, Edition François Maspero, Paris, 1975, T.2. sous la direction de Charles Bettelheim, avec la collaboration de Jacques Charrière.
- CORNU : **A propos des clauses pénales dans les contrats de leasing**, R.T.D.C., 1971-168.
- Encyclopédie Dalloz : Civ. T.2 : sous titre (**Contrat et convention**), Supra.42.
- G.S. VLACHOS : **Institution administrative et économique de l'Algérie**, Tome II, S.N.E.D, 1973.
- G. RIPERT : **Droit maritime**, 1952.
- G. RIPERT : **Traité Elémentaire de droit commercial**, 1948.
- G. BERLIOZ : **Le contrat d'adhésion**, Thèse, Paris, 1973, Librairie générale de droit et de jurisprudence, et 2e Edition, 1976.
- H. BARTOLI : **Science économique et travail**, travaux de l'université de Grenoble, 1975.
- JACQUES LEAUTE : **Les contrats-types**, R.T.D.C., 1953. R.T.D. Civ, 1943.
- J. GHESTIN : **Traité de droit civil**, les obligations, le contrat, édition, 1980.
- J. HEMARD : R.T.D. Com., 1968-116
- M. SOBHI KHALIL : **Le dirigisme économique et les contrats**, Etude de droit comparé, France, Egypte, U.R.S.S, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- M. DESPAX : **Traité de droit de travail (conventions collectives)**, 1966.
- P. DURANT : **La contrainte légale dans la formation des rapports contractuels**, R.T.D.C., 1944, p 43.
- PICARD ET BESSON : **Traité des assurances**, T.1., (contrat d'assurance), 1964.

فهرس لمشتملات البحث

مقدمة	5
<u>الباب الأول</u> : نشأة عقد الاذعان وطبيعته القانونية	7
<u>الفصل الأول</u> : نشأة عقد الاذعان وتأثير مراحل التنمية عليه	9
المبحث الأول: نشأة عقد الاذعان	9
المبحث الثاني: عوامل التنمية المؤثرة على نشأة عقد الاذعان	13
المطلب الاول: العوامل الاقتصادية والقانونية	14
- أولا: العوامل الاقتصادية	14
- ثانيا: العوامل القانونية	17
المطلب الثاني: العوامل الاجتماعية والمادية	20
- أولا: العوامل الاجتماعية	20
- ثانيا: العوامل المادية	22
المبحث الثالث: تعريف عقد الاذعان	23
<u>الفصل الثاني</u> : الطبيعة القانونية لعقد الاذعان	33
المبحث الاول: رأي القائلين بالصفة التعاقدية لعقد الاذعان	35
المبحث الثاني: النظرية القائلة بأن عقد الاذعان مركز منظم	42
المذهب الوسط:	53
المبحث الثالث: خصائص عقد الاذعان	58
<u>الباب الثاني</u> : تكوين عقد الاذعان واثباته	73

75	<u>الفصل الاول: تكوين عقد الاذعان</u>
76	المبحث الاول: ركن الرضا في عقد الاذعان
76	المطلب الاول: الايجاب والقبول في عقد الاذعان
76	- أولا: الايجاب في عقد الاذعان
80	- ثانيا: القبول في عقد الاذعان
83	المطلب الثاني: شروط صحة تكوين عقد الاذعان
84	- أولا: الاذعان عن طريق الغش
88	- ثانيا: الاذعان الجبري (الانضمام بالاكراه)
91	المبحث الثاني: المحل والسبب والشكلية في بعض العقود
91	المطلب الاول: المحل
94	المطلب الثاني: السبب
96	المطلب الثالث: الشكلية في بعض العقود
99	<u>الفصل الثاني: اثبات عقد الاذعان</u>
99	المبحث الاول: اثبات الالتزام في القانون المدني الجزائري
101	المبحث الثاني: اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى مصدره
102	المطلب الأول: الشروط العامة
	المطلب الثاني: اثبات عقد الاذعان
103	بالرجوع الى العقد النموذجي
105	المطلب الثالث: الاثبات عن طريق المصطلحات الاصلية
107	المطلب الرابع: في اثبات بعض عقود الاذعان
107	- أولا: عقد النقل
113	- ثانيا: عقد العمل
117	<u>الباب الثالث: أحكام عقد الاذعان وانقضاؤه</u>
119	<u>الفصل الاول: أحكام وآثار عقد الاذعان</u>
119	المبحث الاول: أنواع عقد الاذعان

تمهيد :	119
المطلب الاول : الاذعان في عقد التأمين	121
المطلب الثاني : الاذعان في عقد النقل	128
- أولا : النقل البري	129
- ثانيا : النقل البحري	130
المطلب الثالث : الاذعان في عقد العمل	133
المطلب الرابع : الاذعان في العقد الدولي	138
المطلب الخامس : الاذعان في العقود التي تجربها البنوك	140
المطلب السادس : الاذعان في عقد النشر	142
المبحث الثاني : قوة عقد الاذعان من حيث موضوعه	143
المطلب الاول : في تفسير العقد	144
- أولا : القواعد العامة لتفسير العقود	144
- ثانيا : تفسير عقد الاذعان في الفقه والتشريعات العربية .	145
المطلب الثاني : سلطة القاضي في تعديل عقد الاذعان	150
تمهيد :	150
أولا : سلطة القاضي الجزائي في تعديل عقد الاذعان	
مقارنا ببعض التشريعات العربية	152
- ثانيا : حكم عقد الاذعان في الفقه والقضاء الفرنسي	162
- ثالثا : حكم عقد الاذعان في الفقه الاسلامي	174
الفصل الثاني : انقضاء عقد الاذعان	179
المبحث الاول : الطرق العامة للانقضاء	179
المبحث الثاني : انقضاء بعض عقود الاذعان	183
- أولا : انتهاء عقد التأمين	183
- ثانيا : انقضاء عقد التأمين البحري	186
المراجع	ص 189
فهرس مشتملات البحث	ص 195

