الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم : العلوم الإسلامية

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة لاستكمال شهادة الماستر في العلوم الإسلامية تخصص : شريعة وقانون

من إعداد الطالبين: **تحت إشراف الأستاذ الدكتور:**

- محمد حوميد **- فاتح قيش**

- عبد المجيد الحساوي

لجنة المناقشة :

	الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
01	إبراهيـــــــم بلبالي	أستاذ محاضر –أ–	رئيسا
02	فاتح قيش	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
03	محمد المهدي بكراوي	أستاذ محاضر –أ–	مناقشا

السنة الجامعية: 2021-2022 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

People'sDemocraticRepublic of Algeria

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أحمد دراية- أدرار
المكتبة المركزية
مصلحةالبحثالببليوغرافي

Ministry of Higher Education and Scientific Research
University Ahmed Draia of Adrar
The central library

جامعة أحمد دراية - أدرار

شهادة الترخيص بالإيداع

انا الأستاذ(ة): فاتح قسيس

المشرف مذكرةالماسترالموسومةبـــ : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الاسلامي والقانون الجزائري

من إنجاز الطالب(ة): محمد حوميد

و الطالب(ة): عبد الحميد الحساوي

كلية : العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية

القسم : العلوم الاسلامية

التخصص: شريعة وقانون

تاريخ تقييم / مناقشة: 25 ماي 2022

أشهد ان الطلبة قد قاموا بالتعديلات والتصحيحات المطلوبة من طرف لجنة التقييم / المناقشة، وان المطابقة بين النسخة الورقية والإلكترونية استوفت جميع شروطها.
وبإمكانهم إيداع النسخ الورقية (02) والاليكترونية (PDF).

- **إمضاء المشرف:**

ادرار في: 25/05/2022

مساعد رئيس القسم

قسم العلوم الإسلامية

د. بكراوي عبد الله
مساعد رئيس القسم مكلف بمابعد التدرج والبحث العلمي

ملاحظة :لاتقبل أي شهادة بدون التوقيع والمصادقة.

بسم الله الرحمان الرحيم

وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون

الآية: 105 سورة التوبة .

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأمدهما بوافر من الصحة والعافية وإلى الإخوة الأعزاء وإلى الأخوات الكريمات كل باسمه وإلى جميع الأهل والأصدقاء كما لا أنسى البراعم الصغار

أدم وحسام وأمير

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

ع المجيد الحساوي

الإهداء

لبسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على نبيه الكريم

وبعد:

إلى كل من علمني حرفا واحدا

إلى من أوصى الله بهما بالإحسان ,وجعل برهما سببا من أسباب دخول الجنان

إلى من علماني وربياني وأخد بيدي لأطرق أبواب العلم سيدي وخالي المُحَّد وجدتي حفظهما الله

إلى جميع أفراد الأسرة كل باسمه وخالص وسمه

أهدي هذا العمل المتواضع وأسال من الله القبول

مُحَّد حوميد

شكر وعرفان

من باب من لم يشكر الناس لم يشكر الله نتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساهم في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد ونخص بالذكر الأستاذ المشرف و كافة أساتذة قسم العلوم الإسلامية جامعة أدرار كل على حسب مرتبته ،كما لا ننسى الترحم على أستاذنا الدكتور

– مبروك المصري –

فجزى الله الجميع خير الجزاء

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا مُحَمَّد وعلى اله وصحبه أجمعين

1 التعريف بالموضوع وتحديده

إن الحياة الإنسانية لابد لها أن تسير على النهج الذي وضعها الله سبحانه وتعالى عليه ، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال المعاملات التي تتم بين الناس كل على حسب قدراته وإمكاناته سواء الحسية منها أو المعنوية، ناهيك عن إرادة كل شخص ورغبته في الحياة ،فلذا يعتبر سلطان الإرادة الأصل في إبرام العقود، فالأشخاص لهم كامل الحرية في طريقة إبرام عقودهم و أنواع الشروط التي يجعلونها خلال تعاقداتهم، لكن مع التطور التكنولوجي والنشاط الاقتصادي والاجتماعي الذي شهده العالم أصبح إبرام العقود فيه نوعا من الخطر والمجازفة خاصة من الطرف الضعيف مقابل المهني أو المحترف.

فالطرف الضعيف في العقد معرضا لنوع من التعسف والاستغلال خاصة عندما يفتقد المعرفة والخبرة وإلى البيانات والمعلومات اللازمة المتعلقة بالعقد الذي سيبرمه، بعد انتشار العقود النموذجية والتي تصاغ بعيدا عن الرقابة القضائية، حيث يقوم المحترف بوضع شروطا تتناسب مع مصالحه وتخدم أغراضه، مقابل وضع الظلم والتعسف على الطرف الآخر مع سلب حقوقه.

لكن كان لتدخل الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري دوره الفعال في حماية الطرف الضعيف ،حيث عالج الفقه الإسلامي التعسف من خلال وضع مجموعة من المعاير

والتدابير يتم من خلالها رفع الظلم على الطرف المذعن وضمان حقوقه وذلك بوضع عدة قواعد فقهية تحس على دفع الضرر و إقامة العدل.

شأنه شأن القانون المدني الجزائري فالملاحظ لمواده يجد أن المشرع قد تعرض في كثير من مواده إلى القضاء على التعسف وتحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين والتصدي لمحاولة استغلال الطرف الضعيف من قبل المحترف.

الإشكالية :

إن الإشكالية التي يطرحها الموضوع تتمثل في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية حيث أن العقود في حياة الإنسان المعاصر تكاد تكون جزءا من يومياته فالموظف يحتاج إلى إبرام عقد يسمى بعقد العمل والعامل الحر كذاك مع رب العمل والتاجر مع المستهلك، لكن هذا العقد قد يتخلله تعسف أو انتهاك لحقوق المتعاقد .

وبالتالي يمكننا طرح الاشكال الآتي:

فيما تتمثل الشروط التعسفية ؟ وكيف يتم حماية الطرف الضعيف منها ؟

وانطلاقا من هذا الإشكال العام يمكن طرح التساؤلات الفرعية الآتية :

ما أنواع الشروط التعسفية ، وفيما تتمثل معاييرها في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع :

ومن الأسباب التي أدت لاختيار هذا الموضوع استفحال ظاهر التعدي على الأشخاص والمتعاملين المتعاقدين سواء كانوا أفرادا أو جماعات ،من خلال فرض تلك الشروط المجحفة التعسفية عليهم .

وتكمن أهمية هذا البحث في كونه سبيل لمعرفة كيفية التخلص من القيود والعراقيل التي تؤدي بالأشخاص إلى الإذعان لمثل هاته العقود وغيرها من المعاملات التي يمكن أن يقال عنها أنها مما عمت به البلوى .

أهداف البحث:

ومن الأهداف التي نحسبها مرجوة من هذا البحث هي:

1 التوصل إلى تحديد العقود التي تندرج تحت ما يسمى بالعقود التعسفية .

2 معرفة كيفية تعامل كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .

صعوبات البحث :

- صعوبة تحميل بعض الكتب الالكترونية التي تحوي عناصر عن الموضوع .
- كون الموضوع ذو طبيعة مقارنة .

منهج البحث:

وقد تم في هذه الدراسة على المنهج الاعتماد على المنهج المقارن، وذلك من أخل معرفة الخلاف الذي قام بين كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري فيما يتعلق بالشروط التعسفية وحماية المتعاقد منها، كما تم اعتماد المنهج التحليلي من أجل شرح النصوص الشرعية وتحليل النصوص القانونية للوصول إلى الحكم الشرعي الذي يمكن تنزيله أو الجزاء القانوني الذي يمكن تطبيقه على الشرط أو العقد المراد دراسته .

الدراسات السابقة :

ونظرا لما تم الاطلاع عليه من كتب ومقالات علمية ومذكرات أكاديمية، نذكر منها عل سبيل الحصر كلا من:

1حنان بنت مُحَمَّد حسين جستنيه ,أقسام العقود في الفقه الإسلامي (بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي), جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية , 1998

2 عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري, مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية,2013م,(جامعة الجزائر01).

3 عبد الحميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ،رسالة دكتوراه في القانون ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،1996, (جامعة بن عكنون ،الجزائر).

وكل هاته الأبحاث أوجز فيها أصحابها العناصر الأساسية المهمة المتعلقة بالموضوع غير أن البعض لم يلفت النظر إلى المعاملات والعلاقات العقدية المستحدثة كالتجارة الالكترونية التي استفحلت في العصر الحالي رغم ما لها من تجاوزات.

خطة البحث:

وقد تم اعتماد خطة البحث في هذه الدراسة على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة ، يتم تفصيلها على النحو الاتي :

- **مقدمة**
- **المبحث التمهيدي:** مفهوم حماية المتعاقد من الشروط التعسفية
- المطلب الأول : تعريف العقد والمتعاقد
- المطلب الثاني : تعريف الشروط التعسفية
- **المبحث الأول:** الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
- المطلب الأول: أنواع الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية
- المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية في القانون
- **المبحث الثاني:** أحكام حماية المتعاقد من الشروط التعسفية
- المطلب الأول: الحماية من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي
- المطلب الثاني: أنواع الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري
- **خاتمة**

المبحث التمهيدي: مفهوم حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

إن المتتبع والمتفحص لتركيب الحروف المكونة لمصطلحات (كلمات) موضوع البحث لا يمكنه الولوج إلى مضمونها وحقيقتها إلا بعد التعمق في مدلولاتها اللغوية والاصطلاحية ومعرفة جميع ما يتعلق بها , لذا كان لزاما علينا إدراج ما يسهل ويساعد على فك القيود على العبارات المتعلقة بهذا العنصر من خلال التعريف بمصطلحات البحث المتمثلة في تعريف العقد والمتعاقد والحماية والشرط والتعسف أو بالأحرى الشرط التعسفي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي , وسنتطرق في المطب الأول إلى تعريف العقد والمتعاقد (العاقد) لغة واصطلاحا في كل من الفقه الإسلامي والقانون وفي المطلب الثاني تعريف الشروط التعسفية لغة واصطلاحا.

المطلب الأول : تعريف العقد والمتعاقد

الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحا

أولا: تعريف العقد لغة

تشتق كلمة العقد في اللغة العربية من فعل عقد «عقد الحبل والبيع واليمين والعهد ونحوها , يعقدها عقدا , أحكمها وشدها .»[1]

ويقال « عقدت البيع أي: أبرمته ووثقته , وعقد النكاح وعقدته , إحكامه وإبرامه »[2]

ويقال أيضا « وعقدة كل شيء :إبرامه ، وعقدة البيع وجوبه »[3]

كما تطلق كلمة العقد في اللغة بمعنى الشد والربط، ولذلك قالوا: « إملاك المرأة، لأن أصل هذه الكلمة أيضا العقد، فقيل إملاك المرأة كما قيل عقدة النكاح؛ وانعقد النكاح بين

---

[1] عبد الله البستاني , معجم لغوي مطول ,ط1 ,1992,(لبنان) , ص735 .

[2] مُحَمَّد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري , لسان العرب , ط 3 , 1414هـ,(دار صادر – بيروت – ,لبنان), ج3 , ص 298 .

[3] الخليل بن أحمد الفراهيدي ،كتاب العين ، معجم لغوي تراثي ،تحقيق مهدي المخزومي ,إبراهيم السامرائي,ط1، 2004 ،(مكتبة لبنان ناشرون ،بيروت, لبنان)،ج1, ص 140.

الزوجين والبيع بين المتبايعين. »[1] ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ثن ثى ثي فى في قى قي كا﴾كل[2]

وعليه فإن كلمة العقد في اللغة تطلق بعدة معان, وهذه التعريفات اللغوية تصب في معنى واحد وهو الربط والشد والإبرام وهذا الأخير هو المصطلح الأنسب لهذا البحث

ثانيا :تعريف العقد في الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني

أ– تعريف العقد في الاصطلاح الفقهي :

في اصطلاح الفقهاء يتشابه مدلولهم في تعريفهم للعقود بمعناه اللغوي فهو يدور حول معنيين أحدهما عام والأخر خاص يتجلى تفصيل ذلك فيما يلي :

أ–1المعنى العام للعقد :يطلق العقد عند كثير من الفقهاء ويراد به :«كل تصرف يصدر عن شخص فيلزمه – منفردا أو مع آخر – بشيء على وجه يترتب عليه تحقق مصلحة مشروعة » أو « هو أو هو التصرف الملزم الذي يترتب عليه تحقيق مصلحة مشروعة »[3] , وعرفه آخر بأنه :

« العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه »[4] لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود عقود المبايعات ونحوها فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى في المستقبل من الأوقات فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمي اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك[5]

أ–2 المعنى الخاص للعقد

---

[1] , أحمد بن فارس بن زكرياء القز ويني ,معجم مقاييس اللغة , (دار الفكر, مصر),1979م ,ج4, ص 86 .

[2] سورة البقرة, الآية: 235 .

[3] حسن علي الشاذلي, نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة , ط1 ,2009, (دار كنوز اشبيليا , المملكة العربية السعودية, الرياض) , ص46.

[4] أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص, أحكام القرآن ، تحقيق مُحَمَّد صادق القمحاوي ، ط 1،1994 (دار الكتب العلمية بيروت, لبنان),ج3, ص 385.

[5] نفس المرجع , ص 385.

الذي نريده هنا في حين الكلام عن العقد فهو : ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله . أي العقد بالإرادة المنفردة وهو ثابت في كتاب الله تعالى في قوله:

﴿ ٱ نز نم نن ىن ني ىٰ ير يز يم ين يى يي ﴾[1] أي عقد اليمين الملزم.

وبهذا فان العقد عند الفقهاء يشمل كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به بوجه عام وترتب على ذلك حكم شرعي سواء كان هذا الالتزام من طرفين متقابلين كعقد البيع والنكاح وغيرهما من العقود أو كان من طرف واحد كعقد الهبة والصدقة وغيرهما والذي يعرف بالإرادة المنفردة [2]

ب– تعريف العقد في الاصطلاح القانوني :

يعرف العقد في الاصطلاح القانوني بعدة تعريفات من بينها:

هو« توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله »[3]

أو هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها . ويميز بعض شراح القانون بين الاتفاق والعقد , فالاتفاق عندهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ,وأما العقد فهو أخص من الاتفاق عند هؤلاء فهو يقتصر على إنشاء التزام أو نقله فقط .[4]

أما عن المشرع الجزائري فقد عرف العقد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري بما يلي: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»[5]

ومن خلال هذا التعريف نرى أن المصطلح الذي يتوافق مع العقد هو إنشاء الالتزام وبالتالي يمكننا القول بأن تعريف العقد في الفقه الإسلامي يتفق مع تعريفه في القانون الوضعي على أن كلاهما يعتبر العقد تصرف إرادي ولا بد من توافر إرادتين لأن الإرادة

---

[1] سورة المائدة , الآية 89.

[2] ينظر : أبو بكر الرازي الجصاص , مرجع سابق , ص 385.

[3] , عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,نظرية الالتزام بوجه عام ,مصادر الالتزام , (دار إحياء التراث العربي ,بيروت, لبنان) ج1, ص137 .

[4] ينظر :عبد الرزاق السنهوري ,نفس المرجع ,ج1, ص137.

[5] عدلت هذه المادة بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو2005.

الواحدة لا تكون عقدا إضافة إلى ذلك يجب أن تحدث هاتان الإرادتان أثرا قانونيا , كما أنهما يختلفان في كون العقد بمعناه الخاص في الفقه الإسلامي يشمل جميع العقود وفي تعريفه في القانون يشمل العقد من جانبه المادي والاقتصادي .

الفرع الثاني : تعريف المتعاقد في الاصطلاح اللغوي والاصطلاح الفقهي

فبل التطرق إلى تعريف المتعاقد تجدر بنا الإشارة إلى أن هذا الأخير هو أحد أركان العقد التي لا يمكن للعقد أن يتم إلا بها وبعبارة أخرى هو أحد المقومات الأساسية للعقد.

أولا : تعريف المتعاقد في الاصطلاح اللغوي

تتعدد تعريفات المتعاقد في اللغة وعلى حسب تواجدها في اللفظ فنجد من بينها ما يلي :

«العاقد اسم فاعل من عقد , يقال: تعاقد القوم أو عاقد فلانا أي عاهده» [1]

متعاقد اسم مفعول من تعاقد متعاقد فاعل من تعاقد , متعاقد على الوفاء

ثانيا: تعريف المتعاقد في اصطلاح الفقه الإسلامي والاصطلاح القانوني

أ:تعريف المتعاقد في اصطلاح الفقه الإسلامي

لكي يتم الوصول إلى تعريف المتعاقد يلزم التطرق قبل ذلك لأركان العقد في الفقه الإسلامي إذ اختلف الفقهاء في تحديد الركن في العقود إلى قولين :

«القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن لكل عقد ركن واحد وهو الصيغة (الإيجاب والقبول) أو ما يقوم مقامهما ,أما العاقدان والمعقود عليه فهما من مقومات العقد الأساسية التي لا يمكن تصور وجود العقد بدونهما .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للعقد ثلاثة أركان ومنها العاقدان – طرفا العقد –كالبائع والمشتري في عقد البيع» .[2]

كما يتطلب العقد لوجوده ونفاذه وترتب أثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء , وذا ولاية على العقد.[3]

---

[1] أشرف طه أبو وهب , المعجم الإسلامي , ط1 ,2002,(دار الشروق القاهرة , مصر),ص393.

[2] حنان بنت مُحَمَّد حسين جستنيه ,أقسام العقود في الفقه الإسلامي (بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي),جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية , 1998 ,ص57.

[3] ينظر: نفس المرجع , ص76.

فالعاقد لابد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه ,أو بالنيابة الشرعية للتعاقد عن غيره .
جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة 361) يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من أهله أي العاقل المميز وإضافته إلى محل قابل لحكمه .[1]
والعاقدان: هما طرفا العقد , فهما المنشئان للعقد والشارع يترتب عليه الآثار, وكلام العاقدين هو ركن العقد المكون له [2]

وعلى هذا فالأشخاص يختلفون في قدرتهم على إنشاء العقود فمنهم من يصلح لإنشاء بعض العقود ومنهم من يصلح لجميعها ومنهم من لا يصلح لإنشاء أي عقد من العقود ويرجع السبب في ذلك إلى أهلية وولاية كل شخص على حدا .

ب: تعريف المتعاقد في الاصطلاح القانوني

من خلال تعريفنا للعقد سابقا في (الفرع الأول) على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين , فلكي ينشأ العقد لابد من وجود التراضي بين طرفيه فالتراضي هو ركن العقد الأساسي فلا يقوم بغير توافره ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه.

ورغم ذلك لكي يقوم الرضا بالعقد فلا بد من وجود إرادة لشخص محدد يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين ,وأن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها وأن تتطابق مع إرادة أخرى, وتوافق الإرادتين قد يتخذ بعض الصور الخاصة كما هو الحال في التعاقد بطريق المزايدة والتعاقد بالإذعان وغيرها من الطرق .[3]

---

[1] ينظر :علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكسائي , بديع الصنائع ,ط 2 , 1986 , (دار الحديث ,القاهرة),ج4 , ص176 -177 .

[2] مُحَمَّد أبو زهرة, الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية, د ت, (دار الاتحاد العربي للطباعة, مصر),ص30.

[3] مُحَمَّد صبري السعدي , الواضح في شرح القانون المدني العقد والإرادة المنفردة ,(دار الهدى, عين ميلة – الجزائر–),2019, ص 76 – 77 .

هذا وقد نصت المادة 59من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية , ويتم تطابق الارادتين بعد صدور الايجاب ثم القبول ".[1]

المطلب الثاني : تعريف الشروط التعسفية

يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية هو الأكثر تضررا وخاصة في التعاقدات الاستهلاكية والاستصناعية باعتبارها عقودا مجحفة تنال من رضاه والسبب في ذلك أن هذه العقود يصعب التفاوض في شأنها , لذا تعد الشروط التعسفية من أكثر ما يثقل كاهل المتعاقد في التزامه بهذا التعاقد, وسنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشرط التعسفي في اصطلاحه اللغوي في الفرع الأول ومن خلاله إلى تعريف الشرط التعسفي في الاصطلاح الفقهي والقانوني في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف الشروط التعسفية في الاصطلاح اللغوي

تجدر الإشارة في هذا الفرع إلى إيراد كل من تعريف الشرط والتعسف تمهيدا للوصول إلى تعريف جامع للشروط التعسفية, وبذلك فقد تعددت تعريفات كل من الشرط و التعسف في اللغة بعدة تعريفات نذكر منها البعض على سبيل المثال لا الحصر التعريفات الآتية:

فيعرف الشرط على أنه :«ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم , أي ما يتفق على وجوده وجود الشيء » [2]

ويعرف كذلك بأنه: «ما يوضع ليلتزم به في بيع أو نحوه , وعند النحاة ترتيب أمر بأمر آخر بأداة »[3]

كما يعرف أيضا بأنه : «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه , والجمع شروط »[4]

وجميع هذه التعريفات تصب في معنى الإلزام والالتزام .

هذا فيما يتعلق بتعريف الشرط, أما ما يتعلق بتعريف التعسف فكلمة عسف تأتي من المصدر عسف وتعرف بأنها:

---

[1] المادة 59 من القانون المدني الجزائري

[2] أشرف طه أبو وهب , مرجع سابق , ص340

[3] مجمع اللغة العربية , المعجم الوسيط , ط4 , 2004, (مكتبة الشروق الدولية , القاهرة ,مصر) ص479. .

[4] ابن منظور ,مرجع سابق,ص2235.

«التعسف : الميل والظلم »[1]

وقال آخ بأنه : «عسف فلان فلانا : ظلمه وتعسف ظلم, وعسف السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق وكذلك التعسف والإعتساف »[2]

فرغم اختلاف هذه التعريفات إلا إنها تصب في معنى واحد وهو الظلم والعدول .

وبالتالي يمكن أن نطلق على الشروط التعسفية في الاصطلاح اللغوي مصطلح العدول عن الالتزام أو ما يعرف بالاستخدام السيئ.

الفرع الثاني: تعريف الشروط التعسفية في الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني

سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى بعض ما أورده الفقه حول تعريف الشروط التعسفية ثم يليه عرض عدة تعاريف حسب ما جاءت به بعض التشريعات الوضعية وذلك فيما يلي.

أولا : التعريف الفقهي للشروط التعسفية.

تعددت تعريفات الفقه للشرط التعسفي واختلفت بتعدد واختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي فجاءت تعريفات مبنية على أن الشرط يعد تعسفيا إذا كان مناقضا لمبدأ حسن النية في المعاملات وأخرى على أطراف العلاقة التعاقدية، وأخرى ركزت على أثر الشروط التعسفية على العلاقة العقدية، وعليه سوف يتم إيراد جملة من التعريفات باعتبار الرؤى السابقة.

الاتجاه الأول: من حيث مناقضة الشرط مبدأ حسن النية

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تعريف الشروط التعسفية بقولهم « يكون الشرط تعسفيا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشرط مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وعلى الأخص إذا كان مخالفا , أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني »[3]

أشرف طه أبو وهب , نفس المرجع , ص165 .

[2] ابن منظور, نفس المرجع , ص 2943.

[3] آمانج رحيم أحمد ,حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة,ط1 , 2010,(شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ,بيروت, لبنان) ص205 . ينظر: فراس جبار كريم الروازق ,الحماية القانونية من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة – , ط1,2017, (المركز العربي للنشر والتوزيع ,مصر), ص97.

الاتجاه الثاني: تعريف الشروط التعسفية من حيث أطراف العلاقة العقدية .

يعرف الشرط التعسفي اعتمادا على أطراف العقد بأنه« كل بند في عقد مبرم بين تاجر محترف ومستهلك يؤدي إلى اختلال توازنه ويحقق منفعة مفرطة لمصلحة التاجر المحترف على حساب المستهلك»[1].

كما عرفه اتجاه آخر بأنه: «الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك نتيجة إساءة استعمال نفوذه الاقتصادي وبغرض الحصول على ميزة مجحفة. »[2]

وفي تعريف أخر فالشرط التعسفي هو «ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر»[3].

الاتجاه الثالث : تعريف الشروط التعسفية من حيث أثره على توازن العلاقة العقدية.

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه « كل شرط يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته بما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه »[4]

كما يمكن تعريف الشرط التعسفي اعتمادا على الأثر الذي يحدثه على مستوى توازن العلاقة العقدية على النحو التالي: هو الشرط الذي يرد في العقد الاستهلاكي، ويترتب عليه عدم توازن واضح و ممقوت بين حقوق والتزامات كل من المتدخل الاقتصادي والمستهلك، والمترتبة على تعسف المتدخل الاقتصادي في استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك[5]

---

[1] موفق حماد عبد , الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة , 2011,(منشورات زين الحقوقية , بيروت),ص249 . ينظر : فراس جبار كريم , نفس المرجع , ص 100.

[2] محمد حسين عبد العال, مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية , 2007,(دار النهضة العربية , القاهرة), ص 112 .

[3] ــ سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان،(د,ط) ، 1998 (دار النهضة العربية، القاهرة) ص50.

[4] أحمد محمد الرفاعي , مرجع سابق , ص 112 .

[5] عمر محمود عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، (د,ط) ، 2004 ,(منشأة المعارف، الإسكندرية)، ص 402.

وما يمكن أن نستخلصه من هذين التعريفين: هو أن السبب من وراء وجود شروط تعسفية يعود في الأساس إلى نتيجة تعسف أحد المتعاقدين على الآخر في استعمال تفوقه الناتج عن عدم التكافؤ في المراكز التعاقدية.

في حين أن طبيعة هذا التفوق لا تهم سواء كان اقتصاديا أو فنيا أو قانونيا أو ثقافيا أو اجتماعيا أو غير ذلك مما يؤثر على حقوق والتزامات أطراف العقد، فيؤدي بالتالي إلى حدوث اختلال ظاهر وممقوت في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطرافه، وهذا الأثر عموما يظهر في الميزة المفرطة أو الفاحشة التي تعود لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر.[1]

وبالتالي فإن العبرة في تحديد مفهوم الشرط التعسفي ليس مجرد إظهار عدم التوازن الظاهر في الحقوق والالتزامات، بالدراسة حالات تعسف أحد طرفي العقد في استعمال حقه التعاقدي نتيجة تفوقه على الطرف الآخر، لأن عدم التوازن ملحوظ في عدة عقود دون اشتمالها على شرط تعسفي كالعقود التبرعية، فأحد المتعاقدين لا يعطي عوضا دون وجود أدنى شرط تعسفي، وكذلك العقود الاحتمالية، والعقود التي يرد فيها الغبن دون اشتمالها على شروط تعسفية.

لذلك يجب التمييز بين عدم التوازن الناتج عن الشرط التعسفي و الناتج في العقود الأخرى وهذا التمييز يرتبط أساسا بأصول هذه العقود، ففي حالة العقود التبرعية وكذلك بالنسبة للعقود الاحتمالية، فعدم التوازن يستمد وجوده من طبيعة العقد ذاته، وعدم التوازن الحاصل عن الغبن ينتج عن حال ضحيته والعكس في حالة الشروط التعسفية، فعدم التوازن ينتج عن فعل المتعاقد بضحيته الأكثر ضعفا والذي لا يستطيع المقاومة أمام إرادة المتعاقد الآخر الذي يتصرف من مركز يجعله يتعسف ويفرض الشرط الذي يراه مناسبا لمصلحته[2].

ثانيا: تعريف الشروط التعسفية في الاصطلاح القانوني.

ما تجدر الإشارة إليه أولا أن تعريف الشروط التعسفية لم تأتي به أغلب التشريعات في القانون المدني، إلا أن تعريفها غالبا ما نجده واردا في القوانين الخاصة بحماية المستهلك .

---

[1] ينظر: عمر مُحَمَّد عبد الباقي ,مرجع سابق ,ص402.

2 ينظر: رباحي أحمد، مقال بعنوان: أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، عدد5 , ص 348 .

والمشرع الجزائري لم يضع تعريفا محدد لمفهوم الشرط التعسفي في القانون المدني بل اكتفى في إطار القواعد العامة، بإضفاء نوعا من الحماية على الطرف الضعيف في عقود الإذعان، فمنح القاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك حسب نص المادة 110 [1]من القانون المدني الجزائري .

بينما إذا تم الرجوع إلى المادة الثالثة من قانون الممارسات التجارية 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، فإن المشرع قد جاء بهذا التعريف في الفقرة الخامسة منها بنصها على أنه يعتبر " شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " [2]،كما صنف المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[3]

وبهذا نجد أن المشرع الجزائري أزال الكثير من اللبس و التساؤلات التي أبديت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب حماية المستهلك منها، والمعايير اللازم توافرها كي يوصف الشرط بأنه تعسفي ، أما من يقرر ما إذا كان البند تعسفيا أم لا فالمشرع الجزائري وبموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين السابق الذكر ،فإن المشرع أوكل ذلك للجنة البنود التعسفية و التي تتمثل من ممثل عن وزارة التجارة و ممثل عن وزارة العدل و ممثل عن مجلس المنافسة و ممثلين من المتدخلين الاقتصاديين و ممثلين من جمعيات حماية المستهلكين[4].

وتجدر الإشارة هنا إلى تحديد المعيار الذي يعتمد عليه لتحديد ما إذا كان هذا الشرط تعسفي أم لا حتى يتم إيراده في القوائم التعسفية , ولعل نص المادة (35) من قانون

---

[1] نصت المادة على أنه " إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل تلك الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "

[2] المادة 2 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية

[3] ينظر: صادق عبد القادر ،عبد الوافي عز الدين, حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مداخلة في ملتقى الوطني حول حماية المستهلك " الواقع والنصوص"، جامعة ادرار ، 2014،ص15.

[4]. ينظر: صادق عبد القادر ،عبد الوافي عز الدين, نفس المرجع,ص15 وما يليها.

10كانون الثاني 1978 الخاص بأعلام وحماية المستهلكين الفرنسي , عندما عرفت الشرط التعسفي جعلت له عنصرين هما الميزة الفاحشة واستغلال النفوذ الاقتصادي , فطبقا لهذا المفهوم يصبح كل شرط يفرضه الطرف القوي سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أو من الناحية الفنية أي الطرف الأقل خبرة أو كفاءة مما يؤدي إلى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحته وعلى حساب ومصلحة الطرف الآخر مما يؤدي إلى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحة وعلى حساب ومصلحة الطرف الآخر يمكن أن ينطبق عليه وصف التعسف ومن ثم إيراده في تلك القوائم .[1]

وخلاصة القول أن تعريف الشروط التعسفية ليس بالأمر اليسير لكونه من المفاهيم الحديثة التي لا زال الغموض يحيط بها من كل جوانبها ولذا من الأفضل الاكتفاء بذكر قوائم للشروط التعسفية أو الشروط التي يفترض فيها التعسف على أن تكون هذه الشروط الواردة في تلك القوائم واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر من دون ذكر أي تعريف للشروط التعسفية.

[1] ينظر : فراس جبار كريم الروازق, مرجع سابق ,ص100.

المبحث الأول : الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري

المطلب الأول: الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية

إن الأصل في الشريعة الإسلامية أن العقد يتم برضا المتعاقدين, وأن آثاره تترتب عليه بناء على ارتباط إرادتهما, إضافة إلى كون العقود تدل على مقصودها من قول أو فعل, فكل ما عده الناس بيعا أو إجارة فهو بيع وإجارة, وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ وليس لذلك حد مستقر لا في شرع ولا في غيره , لذلك نجد من العقود المستجدة في المعاملات المعاصرة التي لم يرد فيها نص ولا تندرج تحت أي صنف من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي, نضع لذلك نموذجا نحسبه من العقود والشروط المستحدثة نبين من خلاله حكم استحداث اشتراط الشروط نوجزه في الآتي:

الفرع الأول: أحكام الفقه الإسلامي في استحداث العقود

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز استحداث العقود والشروط وأن الناس أحرار فيذلك ما لم يرد نص يحرم ذلك , واستدلوا بأدلة عديدة منها قوله تعالى: ﴿يأيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود ﴾[1]وقوله تعالى: ﴿ يأيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[2].

ووجه الاستدلال كون الآية عامة في إباحة جميع التجارات والمعاملات متى وقعت بين المتعاقدين برضاهما , فلا يختص شيء منها بالتحريم ما لم يكن دليل على تحريمه , ومعنى ذلك أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد

[1] سورة المائدة, الآية:1 .

[2] سورة النساء, الآية 29.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «لم يشترط في التجارة إلا التراضي, وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة وإذا كان كذلك فإذا تراضا المتعاقدان بتجارة ثبت حلها بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرم الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك ».[1]

ومن السنة حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر, وإذا خاصم فجر, ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها » .[2]

فقد دل الحديث على أن حرمة نقض كل معاهدة إلا ما دل الدليل على حرمتها وعلى حرمة مخالفة الوعود المباحة فحينئذ يكون الوفاء بالعهد والصدق في القول واجبين من الواجبات التي لا يجور الاخلال بها، فعلى هذا إذا عقد شخص عقدا مباحا لم يرد به دليل خاص فهو واجب الوفا به بنص الحديث, لأنه إذا لم يف به فقد تحققت فيه خصلة من خصال النفاق [3]

وعن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا, والمسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» [4]

فمن خلال دراسة هذا الحديث نجد أنه دل على جواز كل مصلحة أو شرط إلا ما دل الدليل على حرمته , و المشترط أو المتعاقد ليس له أن يبيح ما حرم الله ولا يحرم ما أباحه الله تعالى حتى لا يكون عقده مبطلا لحكم الله تعالى , وبهذا يكون للمتعاقد والمشترط أن يوجبا ما لم يكن واجبا بدون العقد والشرط, إذ المقصود من بالعقود والشروط وجوب ما لم يكن

---

[1] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ط3، 2005م، (دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر)،ج29، ص155.

[2] أخرجه البخاري, فتح الباري بشرح صحيح البخاري, ابن حجر العسقلاني, كتاب: الجزية والموادعة , باب: إثم من عاهد ثم غدر, حديث رقم: 3178, ط1, 1424هـ, (مكتبة الصفا, القاهرة, مصر), ج6, ص352.

[3] علي محي الدين, القره داغي, مبدأ الرضا في العقود,ط2 ,2007 م,(دار البشائر الإسلامية ,بيروت, لبنان),ص1156.

[4] البخاري, فتح الباري بشرح صحيح البخاري, كتاب: الاجارة, باب : الاجارة السمسرة ,حديث رقم 2274, ج4, ص554.

واجبا ولا حراما , وعدم الإيجاب لا يعني النفي للقبول حتى يعد العاقد والمشترط منافيا ومناقضا للشرع [1].

وبالتالي فإنه من خلال النصوص السالفة الذكر يتبين لنا أنها محدودة , أما فيما يتعلق بالوقائع والعقود المستحدثة كالنوازل نجدها ممتدة مما يضهده واقعنا المعاش ,فإذا قلنا بأن الأصل المنع إلا ما جاء النص بإباحته لأدى ذلك لتعطيل مصالح الناس وما أكثرها في معاملات الناس اليوم وهذا مخالف لكمال الشريعة ومقاصدها, وكما أن عدم النص لا يعني عدم الدليل.

وأما فيما يتعلق بالحكم على عقد الإذعان الذي نحن بصدد استحضاره في هذا البحث هو الجوار انطلاقا من أن الأصل في العقود المعاملات الاباحة والمشروعية ما لم يأت نص يحرمها أو ينهي عنها , ومع هذا لا نجد نصا مما سبق ذكره يحرم هذه العقود بمسمياتها, وبالتالي فهي تبقى على الأصل العام الذي هو المشروعية والجواز تتابعا لما تم الدليل عليه في العقود والمعاملات بشكل عام.[2]

الفرع الثاني: أحكام الفقه الإسلامي في حرية الاشتراط :

ويقصد بحرية الاشتراط مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقررة في القوانين ،علما بأن الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع لا من عمل العاقد والفارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العقود من السلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئيا في كل عقد [3]

وهذا جزء من حرية التعاقد و للفقهاء رأيان في حرية الاشتراط في العقود هما :

---

[1] ابن تيمية, مجموع الفتاوى, مرجع سابق, ج29, ص147-148.

[2] سانو قطب، عقود الإذعان, مجلة مجمع الفقه الإسلامي,1425هـ-2004م, (جدة, السعودية),العدد14, ج3, ص337.

[3] أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1، 1418هـ-1998م،(دار القلم، دمشق، سوريا)،ج1،ص547.

1_**الرأي الأول** :ذهب الظاهرية وهم القائلون بأن الأصل في العقود المنع قالوا إن الأصل في الشروط المنع فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل [1]

2_**الرأي الثاني**: لسائر الفقهاء الآخرين وهو أن الأصل في الشروط والعقود الإباحة، لكن هؤلاء فريقان:

_**الحنابلة**: يقولون إن الأصل في الشروط العقدية الإطلاق، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائر[2]

_**أما جمهور الفقهاء** فيرون أن الأصل في الشرط التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل وما عداه فهو صحيح [3]

والرأي الذي يؤخذ به في أطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية تحقيقا لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام العقود لأغراض مشروعة، و إلا شلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفا لدى الفقهاء[4].

وبالتالي فإننا نلاحظ أن حكم عقد الإذعان انطلاقا مما سبق من حيث حرية المتعاقدين في إضافة الشروط إلى العقد هو جائز ومشروع كباقي عقود المعاوضات من حيث الصحة والفساد والبطلان

ومنه ينبغي مراقبة كل شرط يضاف في العقود من كلا الطرفين خاصة الطرف القوي، حتى لا يقع تعسف، وينبغي أن تعرض الشروط المضافة على القواعد العامة التي تحكم الشروط في العقود، فإن كان الشروط موافقة للقواعد العامة فإنه يجري التعامل بها وإن كانت مخالفة فأنها تصحيح إن كانت قابلة للتصحيح وإلا فإنها تلغى.

---

[1] ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الفتاح البنداري، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج5،ص8.

[2] ابن قدامة, المغني, ط1, 1405هـ-1985م, (دار الفكر, بيروت, لبنان),ج4, ص8.

[3] علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص1152.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، 1409 -1989م (دار الفكر، دمشق، سوريا)، ج4، ص202.

وبناء على ذلك يمكن الحكم على كل شرط من الشروط التي تتخلل عقود الإذعان فإذا سلمت تلك الشروط وحلت من معارضة الأصول العامة ومن مناقضة الشرع في العقود والمعاملات وجب الاعتداد بهذه العقود والعمل بمقتضاها بحسبانها عقودا تتوافر فيها الأركان والشروط التي يلزم توافرها في العقود في الإسلام[1]

وبهذا يتضح لنا التكييف أو الحكم الشرعي لعقود الإذعان التي عمت بها البلوى وداهمت جميع شعاب الحياة المعاصرة، بدءا بالأسواق التجارية المركزية التي توفر التموينات الضرورية والحاجية و مرورا بشركات الغاز والكهرباء والمياه والمواصلات العامة والخاصة وشركات الإيجار والمقاولات وانتهاء بشركات التأمين التجاري والصحي[2].

وخلاصة القول أن حرية المتعاقد هي الأصل العام في الشروط والعقود وهي الأساس في إبرام العقد وكل شرط لم يتناف مع مقصوده فهو صحيح ، وحديث النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » يبن لنا أن الشريعة الإسلامية أعطت الحرية للمتعاقدين في إنشاء عقودهم أنواعا وشروطا وأوجبت الشريعة الإسلامية الوفاء بها، مالم يكن في الشرع أو قواعد الفقه ما يمنع ذلك .

ومما سبق يمكن لنا القول أن عقد الإذعان هو عقد مستقل مستحدث وليس له نظير في الفقه الاسلامي رغم أنه يشترك معه في بعض المعاملات وبالتالي فهو يحتج لاستنباط حكم شرعي على ضوء المنهج الراجح من أجل مواجهة كل الشروط المستحدثة والحكم عليها سواء كان بالاعتبار أو عدمه.

المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية في القانون الجزائري

تختلف التشريعات المدنية والقوانين خاصة المتعلقة منها بحماية المتعاقد في أنواع وتقسيمات الشروط التعسفية وحصرها في نمط معين من العقود ,إما بشكل مطلق أو نهائي ,

[1] قطب سانو، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي, مرجع سابق, ج3, ص335.

[2] نفس المرجع ,ج3,ص335.

وذلك على حسب حرية المتعاقد في ممارسة التحايل حتى يتم توجيه العقد لمصلحته على حساب الطرف الآخر ,أو على حسب اختلاف مراحل العقد واتجاهات الفقه بموجب التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية , وسيتم التطرق إليها بنوع من التفصيل على النحو الآتي :

الفرع الأول: الشروط التعسفية على حسب حرية المتعاقد

أولا: شروط تحقق منفعة أو ميزة للطرف القوي :

«هي تلك الشروط التي تحقق منفعة أو ميزة للطرف المحترف وكون ذلك بصورتين ,إما أن تخفف من التزاماته أو تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له.»[1] وبهذا يمكن ادراجها على مرحلتين

1 شروط تؤدي الى تخفيف التزامات المحترف

هذه الشروط كثيرة في العقود وما يهمنا في هذا النوع هو شرط امكانية قيام المحترف بتسليم محل غير مطابق لمواصفات العقد كونه من الشروط الأكثر وقوعا في العقود بوجه عام لا سيما في العقود النموذجية[2]. ويتم ذلك بتسليم المشتري شيئا آخر يختلف في مواصفاته عما تم الاتفاق عليه في العقد من قبل المحترف وبالتالي لا يستطيع المشتري أن يرجع عليه بالضمان. [3]

وكما تجدر الإشارة إلى أن الطرف المحترف يحتاط في إيراد الشرط, وما على المشتري إلا دفع الثمن رغم أن السلعة قد لا تعود عليه بالنفع لاختلاف المواصفات عما تم التعاقد عليه ومثال ذلك الشرط الذي يرد في عقد بيع الأثاث المنزلي حيث ينص هذا الشرط على أن

---

[1] فراس جبار كريم الروازق , مرجع سابق , ص119.

[2] يقصد بالعقود النموذجية : مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية, والمكتوبة في صيغ معدة سلفا بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم ابرامها في المستقبل ويقوم على اعدادها الجمعيات والهيئات المهنية

[3] ينظر: فراس جبار كريم , نفس المرجع , ص120.

الأشكال والأحجام المتعلقة بالأثاث والمطبوعة في الكتالوجات ليست ملزمة , وللبائع أن يدخل تعديلات على التصاميم من حيث الشكل والحجم بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتبا لأية مسؤولية أو منشأ لأي التزام. [1]

وورد هذا الشرط في أحد عقود تصنيع السيارات في فرنسا، بالصيغة الأتية (لا يمكن اعتبار ما يدور في الإعلانات أو كتب المواصفات و الكتالوجات أو حتى السيارات المعروضة ،إيجابا محددا للنماذج التي يلتزم المنتج بتصنيعها.....والمنتج يحتفظ مقدما بإعلان إمكانية إدخال ما يراه من تعديلات أو تغيرات سواء كان ذلك في الآلات أم في هياكل السيارات وفي أي وقت يراه مناسبا بل ويبدي المنتج تحفظه بإمكان إدخال هذه التعديلات على السيارات التي يجري إنتاجها من ذات الموديل المطروح في الأسواق عن العام محل التعاقد). [2]

وكثيرا ما ترد هذه الشروط بصيغ مبهمة وغير مفهومة من قبل المحترف مما يدفع الطرف الأخر إلى الإقدام على التعاقد، الأمر الذي يؤدي إلى قبولها والانضمام إليها من طرف قليلو الخبرة.

نستخلص من المثال السابق أن البائع أو صانع الأثاث أو صاحب المنتوجات بإمكانه أن يغير السلعة أو شكل وحجم محل العقد رغم الضرر الذي سيلحق بالمشتري ،كما هو الشأن في شراء سيارة مثلا فالمشتري يمكن له أن يشتري السيارة التي يريد من البائع لكن الأخير بإمكانه أن يقوم بتعديلات حولها دون أن يعترض المشتري على ذلك . وبالتالي فالبائع قام بتغيير الأوصاف المتفق عليها وهذا يعد شرطا تعسفيا.

2- شروط تؤدي إلى زياد الحقوق الممنوحة للمحترف .

[1] خالد مُحَمَّد البساتين , تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك , الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن , رام الله ,حزيران , 2002,ص26-27 . / ينظر: فراس جبار كريم , مرجع سابق ,ص120.

[2] علي ماجد صاحب الجبوري ،مصدر سابق ، بتصرف , ص 71.70

نقتصر في هذا المجال على دراسة الشرط الذي يسمح للمحترف بتحديد تاريخ تسليم المبيع بإرادته المنفردة أو وضع تواريخ تقريبية لذلك بوصفه من الشروط التعسفية التي تزيد الحقوق الممنوحة له على حساب الطرف الضعيف وهي كثيرة الوقوع في العديد من العقود

ومن أمثلة الشروط التي تزيد الحقوق الممنوحة للمحترف ذلك

- تحديد المحترف تاريخ التسليم بصورة غير إلزامية أو ترك تحديد ذلك بمحض إرادته
- تحديد الثمن طبقا للسعر السائد وقت التسليم
- شروط تسمح للمحترف بتعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة وفقا لمشيئته دون تقديم مبررات لذلك التعديل أو الإنهاء [1]

ومن خلال تفحص هذه الشروط نجد أن هذا الشرط أكثر خطورة على المتعاقد الضعيف لكونه كلما زادت مدة عدم تسليم المبيع زاد ثمن السلعة , الأمر الذي يعفي البائع من أية مسؤولية عند تأخره في التسليم , وهذا شرط تعسفي يزيد من منح الحق للطرف القوي كما يلحق الضرر بالطرف الضعيف .

ثانيا: شروط تؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف

«هي تلك الشروط التي يتحقق فيها الضرر بصورتين احدهما تتمثل في زيادة الأعباء والالتزامات على عاتق الطرف الضعيف في حين تؤدي الأخرى إلى حرمانه من بعض حقوقه »[2], ومن خلال هذا التعريف يمكننا توضيحها على النحو الآتي :

1 شروط تؤدي إلى زيادة الأعباء على عاتق الطرف الضعيف

هناك العديد من الشروط الواردة في العقود التي من شأنها زيادة الأعباء على عاتق الطرف الضعيف ومن بينها الشروط الواقعة في العقود النمطية وهو الشرط الجزائي والذي يعد أحد الشروط التعسفية وسنتطرق إلى توضيحه في الآتي :

[1] موقف حماد عبد , مرجع سابق , ص255 . / ينظر: فراس جبار كريم الروازق , مرجع سابق ,ص122.
[2] فراس جبار كريم الروازق , نفس المرجع ,ص125.

يعرف الشرط الجزائي بانه :«اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه »[1]

كما يعرف أيضا بأنه : «التعويض المتفق على التزام المدين بأدائه عند إخلاله بالتزامه نحو دائنه .»[2]

فمن خلال هذين التعريفين نرى أن الشرط الجزائي إما أن يتم الاتفاق عليه مسبقا من قبل المتعاقدين او يتفقا عليه لاحقا في اتفاق يلحق بالعقد الأصلي .

ولعل هذا الشرط الجزائي يعد تعسفيا لأن المبالغة في تحديد قيمة التعويض لا يقبلها الطرف الآخر إلا عندما يكون مضطرا إليها أو في حاجة ماسة لذلك .

ومن أمثلة الشرط الجزائي نجد ما يلي :

« – اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتعاقد معه خلال مدة معينة .

– الشرط الذي يلزم المستهلك بدفع تعويض باهض نتيجة إخلاله بتنفيذ التزاماته

– اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتوقيع أنه على علم ومعرفة كافية بكافة بنود العقد وشروطه وبحالة البضائع أو طبيعة الخدمات رغم جهله بذلك.»[3]

ومن الأسباب التي تدفع الطرف القوي إلى إدراج هذا الشرط في عقده هو حصوله على الضمان الكافي ليقدم على التعاقد ,أما الطرف الآخر من العقد (الطرف الضعيف) فحاجته إلى السلعة أو الخدمة محل التعاقد تجعله يقبل مثل هذا الشرط المغالى فيه ولا يقدر وقت التعاقد خطورة قبوله لهذا الشرط , فيلزمه التعويض رغم قلة إمكانيته المادية .

2– شروط تؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من بعض حقوقه

[1] عبد المجيد الحكيم , عبد الباقي البكري, مُحَمَّد طه البشير , القانون المدني , أحكام الالتزام ,ط 3 , 2009,(العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة), ج2, ص 60 .

[2] عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير , نظرية الالتزام في القانون المدني المصري , دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي , (دار أبو المجد للطباعة , القاهرة), ص123.

[3] موفق حماد عبد , مرجع سابق ,ص255.

يمكننا تعريف هذه الشروط أنها تلك الشروط التي تؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من بعض الحقوق الممنوحة له.

والأكثر شيوعا من بين هذه الشروط في مجال التعاقد الشرط الذي يؤدي إلى ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للطرف القوي .

ومن أمثلة هذه الشروط نجد الآتي :

« – الشرط الذي يؤدي إلى ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف رغم كونه محل التزام المستهلك بغض النظر عن قبوله من الجانب الآخر

– الشرط الذي يقضي بتأجيل تنفيذ العقد محدد المدة , دون الاعتداد بإرادة المستهلك

– الشرط الذي يحد من حرية المستهلك في التعاقد مع الغير

– تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع فيها عدم التنفيذ إلى خطأ المحترف

– شرط اللجوء عند النزاع إلى التحكيم , أو إلى إجراءات التسوية الودية دون اللجوء إلى القضاء .»[1]

الفرع الثاني: الشروط التعسفية على حسب اتجاهات الفقه والتوصيات التي تضعها لجنة الشروط التعسفية

وأما فيما يتعلق ببعض التشريعات المدنية فقد أعطت بعضها سلطة تقديرية للقضاء لإمكانية تعديل أي شرط أو إلغائه يمكن وصفه بالتعسف في حالة انطباق العناصر والمعايير التي حددتها للشرط التعسفي في مجال عقود الإذعان [2]وهذا ما ذهبت إليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي :

[1] موفق حماد عبد , مرجع سابق , ص 255-256.

[2] المادة 167 من القانون المدني العراقي وتقابلها نص المادة 149 من القانون المدني المصري

" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل تلك الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .[1]

أما بالنظر للمشرع الجزائري مقارنة ببعض التشريعات الأخرى فإنه قسم أنواع الشروط التعسفية إلى ثلاثة أنواع وهي شروط تعسفية محددة بموجب القوانين وشروط تعسفية محددة بموجب المراسيم .

أولا: الشروط التعسفية المحددة بموجب القوانين :

للحديث عن هذه الشروط نلجأ للتطرق للمادة 29من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23يونيو 2004 م المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية للقول بأن هناك افتراض للطابع التعسفي للشروط الثمانية التي ذكرها المشرع الجزائري واعتبرها تعسفية وذلك في العقود بين المستهلك والبائع [2],حيث نصت المادة 29 السالفة الذكر على أنه :« تعتبر شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما تلك التي تمنح هذا الأخير :

- أخذ حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات متماثلة معترف بها المستهلك
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ,في حين أنه يتعاقد هو بشرط تحقيقها متى أراد
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم بها نفسه
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا هو أخل بالالتزام أو عدة التزامات

[1] المادة 110من القانون المدني الجزائري .

[2] ينظر: بودالي ,الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ,- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر- 2007, (دار هومة ,الجزائر),ص92.

- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة »[1]

وعليه من خلال نص المادة نستشف أن الشرط لا يكون تعسفيا إلا إذا قصد منه صاحبه الاضرار بالطرف الضعيف .

ولكننا عندما ننظر إلى معظم الشروط التعسفية في التشريعات العربية والدولية نجدها محددة على سبيل المثال لا الحصر ، فالمشرع المغربي مثلا حدد شروطا وساقها دون أن يقوم بحصرها وإنما ذكرها على سبيل المثال مثله مثل المشرع الفرنسي والجزائري .

كما أنشأ بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري تعمل على مراقبة العقود إن كانت متضمنة لشروط تعسفية مما يعزز حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية [2]

بهذا نكون قد تطرقنا إلى ما يتعلق بأنواع الشروط التعسفية حتى نتمكن من الولوج إلى معايير الشروط التعسفية والتي سنوجزها في الفرع الثالث.

الفرع الثالث : معايير الشروط التعسفية والجزاء المقرر لها

أولا: معايير الشروط التعسفية

انطلاقا مما سبق ذكره عن اختلاف أنواع الشروط التعسفية نجد أن معايير هذه الأخيرة تختلف هي الأخرى على حسب كل من استعمال القوة الاقتصادية , الميزة الفاحشة إضافة إلى الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات , الأمر الذي يلزمنا بالتطرق إليها بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

1: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

[1] نص المادة 29 من القانون 04-02 .

[2] ينظر: الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية , ينظر: الجريدة الرسمية رقم 56 ,ص18-19.

اعتمد المشرع الفرنسي من خلال المادة 35 من القانون الفرنسي المؤرخ في 10 جانفي 1978 أن الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان مفروضا على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام قوته أو تفوقه الاقتصادي , لذلك يرى البعض أن التعسف المقصود هو التعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة , والسبب في ذلك يعود إلى ما رآه أحد النواب في البرلمان الفرنسي عند مناقشته لمشروع قانون 10جانفي 1978 , أن المشروع المطروح للنقاش يمنع المحترف الذي ينفرد بوضع شروط العقد من أن يتجاوز حدوده التعاقدية إضرارا بالغير , لأن هذا التجاوز ما هو إلا تعسف في استعمال الحق يؤدي إلى تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية [1]

كما يرى المشرع أيضا أن هذا المعيار غير دقيق ومبهم نوعا ما لعدم إشارته إلى مقومات يمكن الاستناد عليها للكشف عنه الأمر الذي جعل شراح القانون يبحثون عن مقومات ومؤشرات هذا الأخير لتبرير الأخذ والتعامل به , هذا وهناك من يرى أنه يكون ابتداء من اللحظة التي تشير فيها الدلائل إلى وجود شرط في اتفاق ما يؤدي إلى وجود عدم تعادل جسيم فيعتبر ذلك كافيا لبطلان الشرط . [2]

وبالتالي فإن المتعاقد سواء كان مستهلكا أو متعامل اقتصادي يكون في وضع خياري إما أن يقبل التعاقد أو يرفضه لأنه غير قادر على مناقشة شروط العقد التي يفرضها المحترف من منطلق قوته ونفوذه , فهو بهذا يحصل على ميزة فاحشة بسبب تعسفه في استعمال نفوذه الاقتصادي

2: معيار الميزة الفاحشة

من خلال النتيجة التي يحصل عليها المحترف قام المشرع الفرنسي بتعريف الشرط التعسفي أنه : "لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح ميزة مفرطة لصالح المهني ".[3]

---

[1] رباحي أحمد , مرجع سابق , ص348 -349.

[2] نفس المرجع, ص353.

[3] سي الطيب مُحَمَّد الأمين , مرجع سابق ,ص112 .

إلا أنه قد يعتبر هذا المعيار امتدادا أو نتيجة لمعيار القوة الاقتصادية , فالميزة الفاحشة هي ‹ حاصل استخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية ,ويعتبر مرتبطا بعلاقة سببية › فأثار ذلك إشكالات قانونية تم انتقاده من خلالها لغموضه وعدم تحديده للكمية , وكذا طبيعة تلك الميزة ما إذا كانت ذات طابع مالي أم غير ذلك وكذلك ما إذا كانت الميزة المفرطة بالنظر للشرط منعزلا أو بالنظر إلى العقد كاملا ؟

ففيما يخص تحديد كمية الميزة الفاحشة فإن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الأخيرة مثل الغبن الذي يكون سببا في إبطال العقد إذا بلغ حدا معينا, الأمر الذي دفع بالبعض إلى اعتبار المادة 35 من القانون الفرنسي السالف الذكر تعد مجرد حشو لأن كمية الميزة الفاحشة ليست محددة اطلاقا .[1]

غير أنه يوجد هناك اختلاف في محل التعسف, فالغبن ينصب على الثمن أما التعسف في الشروط فيتعلق بشروط تنفيذ العقد .[2]

والشيء نفس إذا تعلق الأمر بطبيعة الميزة الفاحشة فهناك من يعتبر أنها ذات طابع مالي إذا ما تعلق الشرط المعني بمبلغ الثمن أو طريقة دفعه , وتكون ذات طابع غير مالي إذا تعلق الشرط بجوهر الشيء أو التسليم أو غيره .....إلخ , وعليه الميزة الفاحشة ليست بالضرورة ذات طابع مالي [3]

رغم هذا كله , إلا أنه يبقى الإشكال حول كيفية تقدير الميزة الفاحشة فيما إذا كان ينظر إلى جميع الشروط التعاقدية أم إلى كل شرط على حدا , فيلزم عدم التسرع في تقدير الشرط حتى نتمكن من النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي , لأن

[1] سي طيب محمد الأمين, مرجع سابق ,ص 114-115 .
[2] بودالي محمد , مرجع سابق, ص95.
[3] سي الطيب محمد الأمين , نفس المرجع ,ص116 .

الشرط إذا نظر إليه بصفة منفردة قد يبدو تعسفيا , إلا أنه قد يجد ما يبرره إذا تم النظر إليه من خلال جملة من الشروط المدرجة في العقد .[1]

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري نحى نفس المنحى الذي نحاه المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي , إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه وهو منفرد , بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى , بمعنى ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد [2].

وما يمكن أن نستنتجه من جلال ما تم التطرق إليه في معيار الميزة الفاحشة أن هذا الأخير مفروض بواسطة شرط أو عدة شروط مجحفة أو مخالفة للقانون إن صح القول , وهو مرتبط بالمعيار الذي سبقه إذ يمكن من خلالهما إعادة التوازن للمضمون العقدي.

3: معيار الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات لدى المشرع الجزائري

هذا المعيار هو معيار قانوني موضوعي لا يعتمد على رقم معين يحسب به عدم التوازن , كما هو الحال بالنسبة للغبن , وقد تبناه المشرع الجزائري في المادة 3 فقرة5 من القانون 04-02 في الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[3]

وبالتالي وطبقا لهذا النص القانوني فإن معيار تحقق تعسفية بند أو شرط ما في عقود الاستهلاك يتمثل في الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ,ومعيار الاخلال الظاهر بالتوازن هو أمثل معيار يمكن الاستناد عليه في اطار الشروط التعسفية, ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد جميع المهنيين حتى ولو لم تكن لديهم قوة اقتصادية .

ثانيا: الجزاء المقرر للشروط التعسفية

[1] بودالي مُحَمَّد, مرجع سابق, ص95.

[2] المادة 3 فقرة5 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يوليو 2004 .

[3] شوقي بناسي, مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, العدد الثاني, ص 146-147 .

إن استفحال ظاهرة التعدي على الغير سواء بقصد أو عن غير قصد على الغير في معاملاتهم اليومية جعلت البعض منهم لا يعير اهتماما إلا لمصلحته الشخصية , مغضا الطرف عن كل من يتعاقد معه من خلال فرض شروط والتزامات تجعل من هذا الأخير سوى طرفا متعد عليه في تلكم العلاقات التعاقدية, الأمر الذي أدى ببعض التشريعات إلى فرض عقوبات على بعض الشروط في حال ما إذا ثبت أنها تعسفية في حق أحد أطراف العلاقة التعاقدية, حيث تتنوع تلك العقوبات بين الجزائية والمدنية نوجزها على النحو الآتي :

1: العقوبات الجزائية

إن المشرع الفرنسي ومن خلال نص المادة 141-1 من قانون الاستهلاك المعدلة في شقها الثاني بموجب القانون رقم 07-1774 المؤرخ في 17 ديسمبر 2007 فإن مخالفة الشروط المحددة بموجب المواد 45-46-47 من الأمر 6-1243 المؤرخ في 1ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة , وهي مقننة في المادة 450-1وما بعدها من قانون التجارة .[1]

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري سار على نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث أقر عقوبات على مكافحة أحكام المادة 29 المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية , وذلك في نص المادة 38 من نفس القانون بقولها " تعتبر ممارسات تجارية تعسفية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26و27و28و29 من هذا القانون, ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف 50.000دج إلى خمسة ملايين 5000.000دج .[2]

2: العقوبات المدنية

[1] شوقي بناسي, مرجع سابق,ص183-184 .

[2] المادة 38من القانون04-02 .

تعتبر العقوبات المدنية ذات فاعلية كبيرة مقارنة بنظيرتها الجزائية, إذ أن القاضي حين يعتبر الشرط تعسفيا لا يمكنه مواجهة الطرف الضعيف به, وفي الوقت نفسه يمكنه المطالبة بالتعويض من قبل الطرف الآخر[1] .

ويمكن أن نميز نوعين من العقوبات المدنية أحدهما جزاء البطلان والآخر جزاء التعويض نوجزها في الآتي :

2-1: جزاء البطلان:

فعلى غرار ما سبق ذكره في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع من الشروط التعسفية على أن "..الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعد غير مكتوبة " , إذ أنه من خلال نص المادة وبالأخص في عبارة – غير مكتوبة – تعني أنها باطلة والبطلان إما مطلق فيؤدي إلى حرمان المتعاقد من السلعة أو الخدمة التي يحتاجها, وإما أن يكون نسبيا فيؤدي إلى إبقاء العقد قائما فيستفيد منه المتعاقد أو المستهلك من الخدمة المقدمة له أو المرجوة منه[2] .

وما نراه أو نستخلصه من خلال هذا الكلام أن قانون حماية المتعاقد لا يهتم فقط بحماية الطرف الضعيف ,وإنما يسعى أيضا لتهذيب العلاقة التعاقدية .

وكذلك هو الحال بالنسبة للأحكام المنظمة للشروط التعسفية إذ نجد أنها لا تتماشى مع البطلان النسبي الذي يتعلق بالشرط وبالتالي فالبطلان الذي يلحق الشرط لا يكون إلا مطلقا.

[1] سي طيب مُحَّد الأمين, المرجع السابق ,ص 152.

[2] ينظر: سي طيب مُحَّد الأمين, مرجع سابق, ص151-152.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة للجزاء المدني للشرط التعسفي في القانون 04-02, إذ يعد ذلك تساهلا أو سهوا منه ينبغي استكماله بالنص الصريح على بطلان الشروط التعسفية .[1]

2-2: جزاء التعويض

في هذا النوع من الجزاء يجوز للطرف الضعيف أن يرفع دعوى قضائية من أجل الحصول على حكم قضائي بتعويضه ,إلا أنه يلزمه أن يثبت أن هذا الضرر يحمل فعلا شروط الضرر المحض الذي يستحق التعويض مع توضيح العلاقة السببية بين الضرر والشرط التعسفي .

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري فإنه أجاز لجمعيات المستهلكين المطالبة بالتعويض في نص المادة 65-2 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تنص على الآتي: "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم " .

وبالتالي فإنه من خلال نص المادة يجوز لجمعيات المستهلكين والجمعيات المهنية العامة والخاصة وكل من له مصلحة, المطالبة بالتعويض من غير الحاجة إلى نص المادة 124 من القانون المدني .

[1] نفس المرجع, ص152.

المبحث الثاني: أحكام الحماية من الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

إن المعيار الذي تقوم عليه العقود هو التراضي بين طرفي العقد، فهو يعتبر من أهم أركان صحة العقد ، و التراضي ينشأ من مبدأ سلطان الإرادة، فليس بإمكان أحد أطراف العقد أن يبرمه بغير إرادته الشخصية الحرة، فإذا توافقت إرادة الطرفين المتعاقدين أبرم العقد.

لكن يطرأ على أحد المتعاقدين وهو الطرف الضعيف خلال العقد غبن أو تظلم أو استغلال من قبل المهني أو المحترف والذي يطلق عليه الطرف القوي, فهنا كان لزاما على الشريعة الإسلامية و القانون المدني التدخل لحماية الطرف الضعيف والدفاع عن حقوقه ،فمن جهة الشريعة فقد حث ﷺ على رفع الظلم ودفع الضرر ،وفقد وضع الفقهاء عدة قواعد فقهية من شأنها تمنع التعسف وتوفر الحماية كقاعدة "الضرر يزال"

أما من جهة القانون فقد عمل القانون المدني الجزائري على مواجهة التعسف الذي يقع على الطرف الضعيف، ففي المادة 110من ق م نجد أنها خولت للقاضي تعديل العقد إن كان قد تم بالإذعان و تضمن شروطا تعسفية ، ويكون هذا العقد باطلا .

المطلب الأول :الحماية من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية أعطت أهمية بالغة للعقود المبرمة بين المتعاقدين ، كما أنها عالجت معظم القضايا الناتجة بين طرفي العقد ،بداية من إبرام العقد إلى فسخه وما ينتجه من آثار إيجابية أو سلبية ،كما أن الشريعة الإسلامية قسمت العقد إلى عقد صحيح وهو المستوفى لجميع شروطه ،وفاسد وهو ما اختل فيه أحد أركان العقد

فالعقود أسباب جعلية شرعية ،أي أن الشارع هو الذي جعل العقود أسباب مفضية إلى آثارها، فالناس قد أحدثوا الأسباب المؤدية إلى الآثار التي جعلها الشارع نتيجة لتلك الأسباب[1].

وبالتالي نجد أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ذهبوا إلى أن الأصل في الشروط التقيد، واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل وما عداه صحيح.

وقد توسع الحنابلة في العقود والشروط ورأوا أن الأصل الشرعي في العقود والشروط هو الجواز والصحة وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه و أبطاله .[2]

إلا أن اتفاق الفقهاء على أن الشرط الفاسد هو الشرط الذي يشمل على أمر محرم شرعا وهذا التحريم له عدة صور من بينها :

_ أن يشترط غرر أو جهالة أو ربا

_ أن يكون مخالفا لمقصد البيع

_أيكون الثمن محرما

_أن يكون مخالفا لحكم العقد

أن يكون الشرط تعسفيا كأن يشترط عليه أن لا يبيع المبيع أو أن يهبه لفلان .[3]

وقد تصدت الشريعة الإسلامية في مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة التي حثت على رفع الظلم ودفع الضرر والقضاء على التعسف .[4]

---

[1] أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، (دار المعرفة، بيروت ،لبنان)،ص 210.

[2] مُحَمَّد سلام مذكور، المدخل الفقهي الإسلامي، (دار الكتاب الحديث ،الكويت)،ص656.

[3] مُحَمَّد بن علي القري ،عقود الإذعان ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2004م,العدد14, (جدة ،السعودية)، ص292.

[4] ينظر: عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري, مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية,2013م,(جامعة الجزائر01), ص96.

كما أن الشريعة الإسلامية لم تجعل للأشخاص الحرية التامة في استعمال حقوقهم الممنوحة لهم ،بل جعلت لها قيد وهذا القيد داخل في دائرة الشرع أولا بحيث أن يكون تصرفهم موافقا لما جاء به الدين الحنيف ، وأن تكون حقوقهم الممنوحة لهم ليس لها تعدي على حقوق الأخرين بحيث ينبغي أن يراعوا المصالح العامة والخاصة.

فالقصد إلى الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة الإسلامية فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق .[1]

ويقول الإمام الشاطبي أن :

_ استعمال الحق إذا قصد به مصلحة شخصية وصحبها قصد الإضرار بالغير فيجوز هنا منعه،إذا لم يقصد غير الإضرار ، فإذا كان صاحب الحق له وسيلة أخرى لتحقيق المنفعة أو درء المفسدة ،فإنه يمنع بلا إشكال باعتباره قاصدا الإضرار

_استعمال صاحب الحق حقه بصورة تؤدي إلى الإضرار بغيره قطعا مع أنه لو منع منه لن يصيبه ضرر ما، وهنا يمنع من الفعل استنادا إلى القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار "[2]

وتتفق هذه الصور من الذرائع مع مفهوم الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، فمن ناحية أولى فإن الشروط العقدية من الأمور المباحة والالتزام بمضمونها أمر تفرضه الشريعة وتحث عليه وإنما يكون منعها لما تقضي إليه من ضرر بالمشترط عليه [3].

ومن جهة ثانية فإن رضا شخص ما و الإضرار به مع تحقق مصلحة لصاحب الحق أمر لا يعكس قبولا لديه، وإنما يكشف عن واقع مؤداه اضطراره لقبول الشرط وما يترتب عليه من ضرر، ولا يكون ذلك متحققا إلا إذا فرض هذا الشرط بواسطة طرف قوي اقتصاديا[4].

---

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط4, 1988, (مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان)، ص243.

[2] أبو إسحاق الشاطبي ،الموافقات في أصول الشريعة ، ط1, 2002م, (دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان،), ج4،ص993.

[3] عامر رحمون، مرجع سابق ،ص96.

[4] عمر محمود عبد الباقي, مرجع سابق, ص322.

ومما يحتمل وقوع التعسف فيه من العقود عقد الإذعان فإنه قد يتخلله وجود الضرر والظلم والأذى بحيث يكون فيه أحد طرفي العقد مستفيدا والآخر متضررا لاحتوائه على شرط التعسف.

ومن أهم القواعد التي نصت على ودفع الضرر و التعسف :

أولا: قاعدة الضرر يزال

وتندرج هذه القاعدة تحت حديث رسول الله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»[1]، ومعنى هذه العبارة أن الضرر تجب إزالته.

وسقيت هذه القاعدة لبيان وجوب إزالة الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع، وقد جعل الفقهاء هذه القاعدة إحدى القواعد الخمس الكبرى المعروفة ومن ثم بنوا عليها قواعد أحرى.[2]

وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي مؤيدا قصد الإضرار: لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هوا إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.[3]

ويقول الزرقا: « هذه القاعدة من اركان الشريعة وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة، وهي اساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما انها سند لمبدأ الاستصلاح لجلب المنافع ودرء المفاسد، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريقة في طريقة تقرير الأحكام الشرعية للحوادث، ونصها ينفي الضرر نفيا مطلقا ويشمل الضرر الخاص والعام ويشمل ذللك دفعه قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره».[4]

---

[1] أحمد بن حنبل, مسند الإمام أحمد بن حنبل, حديث رقم 2870,ط1, 1993م,(دار الآفاق, القاهرة, مصر),ج1, ص408, ابن ماجة, سنن ابن ماجة,كتاب: الأحكام, باب: من بنى في حقه ما يضر جاره, حديث رقم 2430, ص252.

[2] أحمد بن مُحَمَّد الزرقا, شرح القواعد الفقهية,ط2, 1989م,(دار القلم, دمشق, سوريا),ص179.

[3] أبو إسحاق الشاطبي, الموافقات في أصول الشريعة, ط1, 1991م, (دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان), ج2,ص493.

[4] مصطفى الزرقاء, المدخل الفقهي العام ط1, 1418هـ-1998م, (دار القلم, دمشق, سوريا),ج2,ص977.

ومن خلال معاني هذه القاعدة نجد أنها تعمل على منع الأسباب التي تؤدي إلى وقوع الضرر بصفة عامة وتساهم إذا وقع يقينا في إزالة آثاره ومنها الشروط التعسفية في العقود.

ثانيا: قاعدة دفع الضرر.

والمراد من هذه القاعدة واضح هو أن الضرر يدفع شرعا فإن أمكن دفعة بدون ضرر أصلا فهو المطلوب، وإلا فيسعى لدفعه بالقدر الممكن.[1]

وبمقتضى قاعدة إزالة الضرر والتطبيق على الفرض الماثل أن نلتمس حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفية من خلال مرحلتين تنتهي أولاهما قبل وقوع الضرر وتبدأ الأخرى أثناء وقوعه وما يعقب ذلك.

وبتطبيق ذلك على الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك نجد أن قاعدة سد الذرائع تهدف إلى منع تضمين العقد أيا منها، ولكن إذا كان حدث ذلك فإن الضرر أصبح وشيك الوقوع، وبالتالي لا يكون هناك سبيل لحماية المستهلك إلا بإبطال الشرط دفعا لهذا الضرر.[2]

كما أنها تندرج تحت قاعدة لا ضرر ولا ضرار وعدد من القواعد أهمها: الضرر الأشد يزال بالأخف وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وهي قواعد تدل على دفع الضرر الواقع على المصلحة العامة أو الخاصة ومن بينها الشروط التعسفية التي يتحمل وقوعها في عقد الإذعان.

ومن أمثلته الشروط التعسفية التي وردت في الفقه الإسلامي شرط عدم ضمان التعرض، وشرط البراءة من العيوب في حالة علم البائع.

1 شرط ضمان عدم التعرض : ومثاله أن يبيع شخص سلعة لآخر ويشترط عليه أنه إذا ادعاها شخص آخر فعلى المشتري أن يردها بغير خصومة.

وقال ابن رشد : « عمن اشترى سلعة من رجل وشرط عند عقد البيع إن ادعاها مدع أن يرد بغير خصومة, فقال : لا تعجبني هذا البيع اشترط ما ليس في كتاب الله ».

---

[1] علي أحمد, الندوي, موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الكبرى, دار عالم المعرفة, الرياض, السعودية, 1419هـ – 1999م, ص63.

[2] عبد الباقي, الحماية العقدية للمستهلك, مرجع سابق, ص450.

وأضاف ابن رشد : أن مالكا رأى البيع فاسدا لما اقترن به من الشرط إذ شرط عليه رده بالدعوى دون بينة , وذلك خلافا لما أحكمه الكتاب وجات به السنة والأثر [1].

2 البيع بشرط البراءة من العيوب في حالة علم البائع

روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع غلاما له بثلاثمائة درهم وباعه بالبراءة, فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه لي , فاختصما إلى عثمان بن عفان, فقال الرجل : باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي, فقال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة , فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر باليمين أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه , فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف له وارتجع العبد , فباعه عبد الله بخمسمائة درهم[2]

فقد دل قضاء عثمان هذا المشتهر بين الصحابة ﷺ ولم ينكروه على صحة شرط البراءة من العيوب إذا كان البائع غير عالم بالعيب . فإذا تقدم الطرف الضعيف بتظلم لما وقع له في عقد الإذعان من تعسف وضرر من جانب الطرف القوي وهو الموجب , فإن القاضي ينظر في لحكم الشرعي لهذا العقد والشروط الواردة فيه .

وفي هذا الصدد فإنه «قد يقترن العقد ابتداء بشروط تعسفية جائرة فيها من العنت مالا يتحمله الطرف المذعن الذي لم يرتض العقد إلا نزولا على حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة التي يقدمها من فرض هذه الشروط , وهنا يتدخل القاضي للتخفيف من غلو هذه الشروط , وقد يصل به الحال إلى إقالة الطرف المذعن منها كلية أو تخفيفها بالتعديل حتى تتوازن العلاقة العقدية ».[3]

وإذا كانت سلطة القاضي في إطار القانون الوضعي تتدخل لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية وذلك بإزالة هذه الشروط كلية أو التخفيف منها فإن الشريعة الإسلامية

---

[1] ابن رشد الجد أبو الوليد مُحَمَّد بن أحمد القرطبي , البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة , ط 2, (دار الغرب الإسلامي),ج9, 1980م, 329.

[2] أخرجه مالك في الموطأ,كتاب البيوع , باب البيع في الرقيق ,تحقيق مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي , دار احياء التراث العربي , بيروت لبنان , ج2,ص213.

[3] معوض فؤاد, دور القاضي في تعديل العقد,2004, (دار الجامعة الجديدة, مصر),ص181.

قد أقرت من الوسائل ما يكفل حماية المستهلك, بل أعطت القاضي حق التدخل بمقتضى ولايته العامة بتعديل ما لا يتلاءم من شروط العقد مع الشريعة الإسلامية أو يخالف أصلا شرعيا عاما ,فإذا وجد القاضي أن عقدا من العقود اشتمل على شرط تعسفي أو تأباه قواعد العدالة فإنه يقوم بإزالة هذا الشرط أو تخفيفه إلى الحد الذي يعيد التوازن في العلاقة العقدية [1]

وهذا ما نص عليه فقها الشريعة المعاصرين من خلال ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي على انه نظرا لاحتمال تحكم الطرف المحتكر بالأسعار والشروط التي يمليها في عقود الإذعان وتعسفه الذي قد يفضي إلى الإضرار بعموم الناس فإنه يجب شرعا خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداء أي قبل طرحها للتعامل مع الناس من أجل إقرار ما هو عادل وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم أو إضرار بالطرف المذعن وفقا لما تقتضي به العدالة [2].

وقد قسموا عقود الإذعان بحسب الاعتبار إلى قسمين :

الأول : ما كان الثمن فيه عادلا ولم تتضمن شروطه ظلما بالطرف المذعن, فهو صحيح شرعا ملزم لطرفيه وليس للدولة أو القضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل ,لانتفاء الموجب الشرعي لذلك ,إذ الطرف المسيطر للسلعة أو المنفعة بذل لها غير ممتنع عن بيعها لطالبها بالثمن الواجب عليه شرعا , وهو عوض المثل أو مع غبن يسير ,باعتباره معفوا عنه شرعا لعسر التحرز عنه في عقود المعاوضات المالية ,وتعارف الناس على التسامح فيه, ولأن مبايعة المضطر ببدل عادل صحيحة باتفاق أهل العلم

الثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن, لأن الثمن فيه غير عادل(أي فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطا تعسفية ضارة به ,فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداء (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل , الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة بتخفيض السعر المتغالى فيه إلى ثمن المثل , أو إلغاء تعديل الشروط الجائزة بما يحقق العدل بين طرفيه [3].

---

[1] سلطح, القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة المنفردة, ط1,(دار الفكر الجامعي, مصر), ص 186.

[2] نزيه حماد, فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة,2007م, (دار القلم, دمشق, سوريا),ص225 .

[3] نزيه حماد, فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة, مرجع سابق, ص226.

إلا أننا نجد أن من مظاهر الحماية التي قررتها الشريعة الإسلامية للطرف الضعيف في مواجهة الاحتكار والشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان التسعير فما هو التسعير ؟

الفرع الثاني: التسعير وأحكامه

أولا: مفهوم التسعير

التسعير لغة : التسعير لغة هو السعر الذي يقوم عليه الثمن .[1]

والتسعير هو تقدير السعر, يقال: سعرت الشيء تسعيرا, أي جعلت له سعرا معلوما ينتهي إليه .[2]

التسعير اصطلاحا:

عرف التسعير بالقول :«أن يسعر الإمام أو نائبه على المسلمين سعرا ويجبرهم على التتابع به» .[3]

وعرف التسعير أيضا «أن يأمر السلطان أو من ينوب عنه أو كل من ولي من أمور المسلمين أهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعون من الزيادة عليه ».[4]

وقد استدل الفقهاء على مشروعية التسعير بأدلة من الكتاب والسنة من بينها:

﴿يأيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾.[5]

وعن أنس ﷺ أنه قال : «غلا السعر على عهد رسول الله فقالوا: يا رسول سعر لنا ,فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط , وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال ».[1]

---

[1] الرازي , مختار الصحاح, تحقيق حمزة فتح الله,2003م, (دار الحديث, القاهرة, مصر),ص172 .

[2] ابن منظور, لسان العرب ,مرجع سابق,ج4,ص585.

[3] البهوتي, كشاف القناع عن متن الاقناع ,د ط, 1982م, (دار إحياء التراث العربي ,بيروت), ج3, ص187.

[4] الشوكاني نيل الأوطار, د ط, د ت, (دار إحياء التراث العربي ,بيروت), ج5, ص248.

[5] سورة النساء, الآية 29.

ثانيا: حكم التسعير :اتفق الفقهاء على أن التسعير محرما جملة وتفصيلا لما جاء في أحاديث رسول الله ﷺ ،ولما فيه من تقيد حرية البائع في بيع سلعته بالسعر الذي يناسبه ،لكنهم اختلفوا في حال أراد البائع أن يبيع ما يملكه بقيمة فاحشة فيشكل غبن على الناس بحيث أنهم لا يستطيعون شراء حاجياتهم أو بأقل من قيمتها المعتادة مما يؤدي حينئذ فساد سلع التجار الآخرين ،فالفقهاء هنا اختلفوا في تدخل ولي الأمر في تحديد السعر إلى أقوال وهي :

1_مذهب الحنفية :يرى الحنفية أنه إذا تعد أرباب السلع على قيمة تعديا فاحشا يسعر عليهم الإمام إذا عجز عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير .

يقول الزيلعي :« يسعر السلطان إلا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا ،ولأن الثمن حق البائع فكان عليه تقديره ،فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعديا فاحشا و عجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي » [2].

2_مذهب المالكية :لا يجوز التسعير واستدلوا بالأحاديث التي جاءت بالنهي عن التسعير ومنها حديث أنس رضي اله عنه السابق ،واستدلوا بالمعقول بأن إجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكهم لها[3]

3_مذهب الشافعية :أنه لا يجوز التسعير مطلقا ،وقالوا : يحرم التسعير في وقت الغلاء ، حيث يقول الإمام الشافعي: «لأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئا منها بغير طيب أنفسهم إلا في المواضع التي تلزمهم وهذا ليس منها » [4].

---

[1] أبو داوود, سنن أبي داوود, كتاب البيوع, باب في التسعير, حديث رقم 3451.الترمزي, سنن الترمذي, كتاب البيوع , باب ما جاء في التسعير واللفظ له, بيت الأفكار الدولية , السعودية, 1420هـ-1999م, حديث رقم 1314, ص213.

[2] عثمان بن علي الزيلعي ،تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ،ط2،(دار المعرفة ،بيروت ،لبنان)ج6،ص28

[3] أبو الوليد الباجي ،المنتقى ،شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب الإسلامي ،القاهرة ،مصر ج5،ص17

[4] مُحَمَّد بن إدريس الشافعي، الأم ،دار المعرفة ،بيروت ،لبنان ،1990،ج4،ص191

4_مذهب الحنابلة :أنه ليس للإمام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون .[1]

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز التسعير في الشريعة الإسلامية حيث حددوا بعض الحالات التي لابد فيها للإمام من تحديد السعر كأن أراد رجلا أن يفسد السوق فوضع سعرا أقل من سعر السوق فهنا يقال له إما أن تبيع بسعر السوق أو ترفع سلعتك .

أو في حالة عجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين فالتسعير يكون جائزا بل واجبا دفعا للضرر عن المسلمين وحفاظا على حقوقهم [2].

يقول ابن القيم : «التسعير منه ما هو عدل جائز أذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على ثمن المثل فهو جائز بل واجب »[3].

كذلك في حالة حاجة الناس يمكن للإمام التدخل ووضع حد للتسعير لأجل أن يتمكن الناس من اقتناء ما يحتاجون من سلع وفي هذا يقول ابن تيمية :«إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بالتسعير العادل سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط»[4].

ومن منافع التسعير أنه يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فحاجة الناس إلى السلع ضرورة ملحة يلزم من ولي الأمر توفيرها ،كما يلزم منه أن يقضى على ظاهرة الاحتكار للسلع من قبل التجار وأصحاب المحلات .

وعليه يجوز تدخل ولي الأمر في تسعير السلع واتخاذ كل ما من شأنه حماية المستهلك ومن هنا نميل إلى تسعير السلع محافظة على المصلحة العامة ، فيكون من الضروري واللازم البيع بالأسعار المحددة من الشرع والمختصين ويحظر مخالفة ذلك ،وبالتالي يكون المخالف

---

[1] ابن قدامة ، المغني ،ط1 دار الفكر ،بيروت ،لبنان ،1985،ج4،ص239

[2] عامر رحمون ،مرجع سابق ،ص103

[3] ابن القيم ،الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان، ص252

[4] ينظر: ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، ط1، 1990م,(دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنات)، ص24.

مرتكبا لمحرم يستوجب عليه التعزير ، والقول بغير ذلك فيه ضرر كبير بالمصلحة العامة وقد يؤدي إلى التلاعب بأقوات الناس في بعض الأوقات الحرجة وهذا يتنافى مع مقاصد الشرع الإسلامي [1].

وهذا ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص مواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان بأنه يجب على الدولة شرعا دفع ضرر احتكار فرد أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل بالتسعير الجبري العادل ،الذي يكفل رعاية الحقين :حق الناس من خلال دفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط وحق المحتكر بإعطائه البدل العادل[2].

ومن مزايا هذا التسعير أنه يقدم المصلحة العامة على الخاصة، فتقديم مصلحة الناس على أن يشتروا السلع بالسعر المناسب العادل أولى على مصلحة البائع المحتكر المتعسف الذي لا يبيع السلعة إلا بالثمن الفاحش مما يسبب عجز الناس على اقتناء حاجياتهم الضرورية، والقاعدة الفقهية تقتضي أن "المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة "وأنه "يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام "[3].

وعليه يمكننا القول أن الفقه الإسلامي أدرك عقود الإذعان في صورة احتكار السلع والخدمات واعترف للقاضي بالتدخل لمنع الاضرار الناجمة عن الحكرة في الأقوات وغيرها ,سواء بتحديد سعر السلع ابتداء بحيث لا يتجاوز البائع السعر المحدد واجباره على البيع بالسعر الذي سبق تحديده أو يبيع القاضي عليه , ومما لا شك فيه أن توجهات الفقه الإسلامي غزاء الاحتكار ينطلق من مبدأ عام يحول دون الشروط التعسفية في المعاملات أو شروط الإذعان التي يفرضها طرف على آخر استغلالا لحاجته الضرورية إلى السلعة أو الخدمة مع ندرتها أو احتكاره لها .

---

[1] رمضان علي الشرباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، ط1، 1979م, (مطبعة الأمانة، مصر)،ص74.

[2] عامر رحمون، مرجع سابق، ص103.

[3] مجلة الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ،ج3، ص 524

وبذلك فإن الفقه الإسلامي لا يمنع تدخل القاضي في كل صورة من صور الإذعان يتضمنها عقد من العقود حتى ولو كان من العقود الحديثة التي لم تكن معروفة في عصر فقهاء المذاهب, وهو ما أكده الفقه الإسلامي المعاصر في نطاق عقد التأمين .[1]

فمن خلال ما تم عرضه من احكام عقد الإذعان وما قرره المشرع الجزائري من وسائل لحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان واهما اعطاء القاضي سلطة استثنائية في مواجهة الشروط التعسفية التي يحتمل ورودها في هذا العقد سواء بالتعديل أو الإلغاء , نجد انها توافق نظرة الفقه الإسلامي . وهذا من خلال موافقة قواعد الشريعة العامة ومقاصدها لمسلك حماية الطرف المذعن بالطرق التي قررتها الأنظمة الوضعية, فتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف سواء بالتسعير العادل او إلغاء الشروط التعسفية أو الغامضة بما يدفع عنهم الضرر ويحقق العدل تقرره القواعد والأصول [2]

[1] فؤاد معوض, دور القاضي في تعديل العقد, مرجع سابق, ص271.

[2] فؤاد معوض, نفس المرجع , ص275.

فالشريعة الإسلامية تتضمن الأساس القوي لتدخل القاضي في مجال العقد وتعديله بسبب الإذعان إذ تتضمن شروطا من شأنها المساس بالتوازن المطلوب بين الأداءات المتبادلة فيه , وهو ما يسجل للفقه السبق في محاربة الإذعان والتعسف والعمل على إيجاد التوازن العادل بين الأداءات المتبادلة في المعاوضات دون غبن أو ظلم .

المطلب الثاني: أنواع الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري

الفرع الأول : حماية في إطار عقود الإذعان طبقا للمادة 110 ق م

يدخل عقد الإذعان ضمن تقسيمات العقود وله آثار تترتب عليه كغيره من العقود وتتمثل في الحماية المقررة للطرف الضعيف في هذا العقد, وتأتي هذه الحماية في مرحلة تنفيذ العقد لا تكوينه بحيث تعالج اختلالا في المساواة بين طرفيه ينشأ عن اختلال التفاوت الاقتصادي الشديد بينهما, وهذا الأخير الذي يعتري الطرف المذعن هو الذي يفسر ويحدد مدى طبيعة الحماية الخاصة التي تقررت له , والتي سنوجزها في الآتي :

أولا :التعديل و الإعفاء من الشروط المجحفة في القانون الجزائري

من خلال المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : "إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ،و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1]

من خلال تحليلنا لنص المادة ،نلاحظ بأنه نص عام ، تندرج تحته جميع العقود التي أبرمت عن طريق الإذعان ،والمشرع هنا لم يخصه بفئة معينة دون أخرى كما هو الحال قانون الممارسات التجارية ،بل جعله نص عام هدفه حماية الأطراف الضعيفة مهما كانت صفتها ،وأعطى للمهني البسيط الذي لا يستطيع رفع التعسف ولا الدفاع عن نفسه الحق لجوء إلى القضاء للمطالبة برفع التعسف مستندا إلى أحكام هذه المادة ،والمشرع الجزائري جاء بحلين

[1] المادة 110 من القانون المدني الجزائر

لأجل رفع التعسف على الطرف الضعيف يتمثلان في تدخل القاضي أما بتعديل الشرط الجائر ،أو بإعفاء الطرف المذعن ، وسنتطرق لكل منهما على حدى.

1ـ مطالبة الطرف الضعيف تعديل الشرط التعسفي

مبدئيا يعتبر تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة المقرر في نص المادة 106 من القانون المدني ، فهو استثناء أملته الظروف الاقتصادية التي أدلت إلى الاختلال الظاهر بين مراكز أطراف العلاقة التعاقدية ،وبهدف حماية الطرف الضعيف المسلم بالشروط المجحفة أجاز له المشرع اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل هذه الأخيرة على المسار الذي تقتضي به العدالة [1].

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي أثناء قيامه بعملية التعديل ، يلزم من خلاله أحذ الحيطة والحذر بعدم تحريف مدلولها لأنها يمكن أن تكون هذه الشروط جوهرية في العقد مما يصعب الإعفاء منها ،دون المساس بالعملية التعاقدية فتكون عملية التعديل من أنسب الطرق لإزالة التعسف[2] .

فالتقدير يكون على حسب ما تقتضيه العدالة، فعندما نقول أن للقاضي سلطة تقديرية في إلغاء الشرط أو الاكتفاء بتعديله هذا يعني أن القاضي غير مقيد بوسيلة معينة إذ له سلطة الملائمة في اختيار الوسيلة [3] ،فقد يرفع أحد الخصوم دعوى لطلب إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان إلا أن القاضي وبعد دراسته لملف القضية وكل الظروف المحيطة بها

[1] عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق, 2003-2004م, (جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة) ، ص81 .

[2] بن شنبتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق 1990م, (جامعة الجزائر)، ص47

[3] عبد الحميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ،رسالة دكتوراه في القانون ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،1996, (جامعة بن عكنون ،الجزائر) ، ص113.

يكتفي بتعديل ذلك الشرط فقط ، ولا يستجيب لطلب إلغاءه حفاظا على العقد في حد ذاته [1]

هذا ويقع عبء إثبات الشرط التعسفي على المتعاقد المتضرر فهو من عليه إثبات الطابع التعسفي للشرط تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى"[2]

2 إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية :

عندما يرى القاضي أن وسيلة التعديل ليست بالمناسبة لرفع مظهر التعسف الذي يشوب الشرط ،و أنه لا سبيل لتحقيق العدالة العقدية بالتعديل ،يلجأ إلى الوسيلة الثانية التي منحها له المشرع و المتمثلة في إعفاء الطرف المذعن كلية من الشرط الظالم علما أن الشرط يبقى في العقد بمعنى أن القاضي في هذه الحالة لا يلغي الشرط من العقد و إنما يعفي الطرف المذعن منه [3].

فالمشرع يراعي حالة الطرف الضعيف من خلال تدخل القاضي بشكل ايجابي من أجل إقامة التوازن بين طرفي العقد حتى لا يكون هناك استغلال أو تدليس من قبل المحترف تجاه الطرف الضعيف مما يضمن حمايته من الوقوع في الشرط التعسفي .

ثانيا :تفسير الشروط لمصلحة الطرف المذعن

تفسير العقد هو ذلك العمل الذي يباشره القاضي عند قيام نزاع بين المتعاقدين بسبب مضمون العقد ،مستندا في عمله إلى مبدأ حسن النية والعدالة والقواعد القانونية اللازمة

[1] عبيد نجاة ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ،مذكرة في نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2015-2016م, (جامعة أبي بكر بلقايد ,تلمسان ، الجزائر)، ص 77.

[2] عبيد نجاة, المرجع السابق, ص77.

[3] عنتري بوزار شهناز ، مرجع سابق ،ص 81-82 .

مراعيا في ذلك طبعا طبيعة العقد المطروح أمامه ،إن كان عقد مساومة أو إذعان .ذلك أن قواعد وأدوات التفسير ليست نفسها[1].

لذلك فقد خص المشرع عقود الإذعان بأحكام خاصة خرج بها عن القاعدة العامة المتعلقة بتفسير العقود ، مراعيا بذلك خصوصية هذه العقود باشتراط ألا يكون التفسير ضارا بمصلحة المذعن لتحميل الطرف المنفرد بتحرير للشرط غموض عباراته [2]

ومن جهة أخرى أن لا يكون التفسير على أساس القصد المشترك للمتعاقدين ،وإنما على أساس الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان ،فعلى هذا الأساس أورد المشرع الفقرة الثانية من المادة 112من القانون المدني [3]،ثم إن القضاء الأعلى يعتبر خروج القاضي عن قواعد التفسير أو عدم التفسير أصلا ،خطأ يعرض حكمه للنقض .ومن جهة أحرى ليس للقاضي أن يفسر العقد رغم صلاحياته الواسعة كما يشاء ،خاصة إذا كانت عبارات العقد واضحة ،فقانون العقد يرجح بفضل وضوحه ،حيث يمكن أن تراقب صلاحيات القاضي بالعقد ،فالقاضي لا يتدخل إلا إذا كانت هناك ضرورة للتفسير [4]

وتفسير عقد الإذعان لا يخلوا من الحالتين :

1 ـ كون عبارات العقد واضحة :

طبقا لما جاء في المادة 111من القانون المدني والتي تنص على :« إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

[1] لعشب محفوظ ،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن, 1990م، (المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر) ، ص146.

[2] لعشب محفوظ, نفس المرجع ، ص148

[3] المادة 112 ق م " يؤول الشك لمصلحة المدين "

[4] بردان رشيد ،بوراس نجية ، القاضي وتفسير العقد ،مجلة القانون المجتمع والسلطة ,2018م، (جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر)، ص18.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث على النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ،مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ،وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ،وفقا للعرف الجاري في المعاملات ».

2ـ كون عبارات عقد الإذعان غامضة :

وهذا ما جاء في المادة 112 من القانون المدني « يؤول الشك في مصلحة المدين . غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن . »

فهنا يلزم من القاضي أن يفسر الغموض والتدليس إن وجد في العقد شرط أن يكون في مصلحة المذعن ، لأن المهني المحترف قد يلجأ في صياغة العقود إلى وضع غموض من شأنها أن تخدمه على حساب الطرف الضعيف ، فيتدخل القاضي لأجل بيان الغموض وتفسير العقد لأجل حماية الطرف الضعيف.

الفرع الثاني : حماية من الشرط الجزائي التعسفي في إطار المادة 183

نظم المشرع الجزائري أحكام هذا الشرط من المادة 183 إلى 185 ، من خلال هذه المواد نلاحظ أن المشرع أعطى الحرية للمتعاقدين تحديد قيمة التعويض في حال ما وقع ضرر ، وللقاضي الحق في تعديل الشرط الجزائي أو إلغائه أو إبطاله إذا وجد إفراط أو مغالاة من قبل المدين في المطالبة بمبلغ التعويض .

أولا : ماهية الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي بأنه ذلك الشرط الذي يضعه أحد المتعاقدين أو بالاتفاق ،يحددان بموجبه مبلغ التعويض المستحق ، بحيث بمقتضاه يلتزم بدفعه المتعاقد المخل بالتزامه [1]ومجالات تطبيق الشرط الجزائي كثيرة فهو يشمل :عقود التوريد وعقود الاستيراد وعقود المقاولات

[1] نجاري عبد الله ،الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير ،1983م, (جامعة الجزائر) ،ص 94

والبناء وعقود البيع ومثاله في عقد البيع لو اتفق البائع مع المشتري على شرط جزائي بمبلغ محدد في حالة عدم تسليم البائع للعين أو في حالة عدم سداد المشتري لبقي الثمن .

فالشرط الجزائي هو تقدير مسبق للتعويض الذي يتحمله المدين المخل بالالتزام الذي تعهد به .[1]

وهذا الشرط قد يكتسي طابعا تعسفيا في حالتين :

الأولى إذا كان مبالغا إلى درجة كبيرة في تقدير التعويض ،حيث نقصد بالمبالغة هنا انتقاء التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ [2]

أما الثانية تقوم في حال التنفيذ الجزائي للالتزام حيث نقصد به كل بدء في التنفيذ دوم انهائه.[3]

ثانيا :طرق معالجة الشرط الجزائي التعسفي :

النص على الشرط الجزائي في العقد يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين ،و عليه لا يكلف الدائن بإثباته و إنما يقع على المدين إثبات عدم تحققه ، كما يفترض فيه أن يقدر التعويض المتفق عليه متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن و على القاضي أن يعمل هذا الشرط مالم يثبت المدين خلاف ذلك[4]

والشرط الجزائي لا يطبق إلا بشأن الغرض الذي قصده المتعاقدان ،فما قصدا التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ الكلي للالتزام اقتصر التعويض على ذلك وإن قصدا

---

[1] بن شنبتي حميد ، المرجع السابق ص 70.

[2] نجاري عبد الله، مرجع السابق ، ص188

[3] عنتري بوزار شهناز ، المرجع السابق ص 85

[4] ينظر:إبراهيم سيد أحمد ،الشرط الجزائي التعسفي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي،ط1, 2003م, (المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، مصر)،ص 77.

التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ الجزائي أو عن التأخير في التنفيذ وجب أن بقتصر التعويض على ذلك .[1]

وقد نصت المادة 184 من القانون المدني على أنه " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحق إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " وهكذا إذا لم يثره المدين يبقى القاضي مغلول اليدين فلا يمكنه حتى بحجة تحقيق العدالة أن يعدل مبلغ الشرط الجزائي [2]

وبهذا الحال إذا وضع شرط جزائي من قبل المهني المحترف ،ثم تبين أنه تعسفي بسبب المبالغة في تقدير التعويض أو لعدم وجود مبرر لفرصه ،فيكون على إثره طلب الطرف الضعيف مراجعته أمام القضاء ، وبالنظر في الفقرة الثانية من المادة 184 نجد بأن القاضي بإمكانه التدخل لتصحيح الشرط الجزائي حيث تنص المادة على أنه :"يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " وأيضا ما جاء في المادة 185 من القانون المدني حيث نصت :" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما "[3]

فمن خلال المواد السابقة نلاحظ أن للقاضي سلطة في معالجة التعسف الذي يطرأ على الشرط الجزائي وذلك إذا كانت قيمة التعويض التي يطلبها الدائن مفرطة وتتجاور الضرر الملحق بالمدين ، فهنا يتدخل القاضي لأجل تخفيض مبلغ التعويض ، وإذا كانت أقل من

[1] ينظر: باشا سعيدة، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ،مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، 2017-2018م, (جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، الجزائر)، ص 35.

[2] نجاري عبد الله ، المرجع السابق ، ص185

[3] ينظر : عنتري بوزار شهناز ، مرجع سابق ،ص86

الضرر الملحق بالطرف الضعيف فالمشرع تدخل لأجل حمايته وهذا ما أكدته المادة 184[1] من القانون المدني .

[1] حيث نصت المادة 184 من ق م "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه."

الخاتمة :

وختاما نشكر الله عز وجل على إتمام هذا البحث ولله الحمد من قبل ومن بعد

ونذكر أهم النتائج التي توصلنا إليها في دراستنا لموضوع حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وهي ما يلي :

-انتشار الشروط التعسفية في حياتنا اليومية حيث أنه قلما تجد عقد لا تشوبه هذه الشروط كلها أو بعضها .

-الشروط التعسفية يضعها الطرق القوي إما لتحقيق منفعة أو ميزة له، أو لتخفيف إلتزامات ضده، أو زيادة الحقوق الممنوحة له، وهناك شروط تؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف وتتمثل في زيادة الأعباء عل عاتقه، وكذا حرمانه من بعض حقوقه هذا بالنسبة لحرية المتعاقد

-الحرية الشخصية وكذا مبدأ سلطان الإرادة من أساسيات إبرام العقد .

-رغم أن الشروط التعسفية ليست وليدة العصر إلا المعاملات العصرية كثر فيه التعسف والتظلم والاستغلال من قبل الطرف القوي على الطرف الضعيف.

-الشريعة الإسلامية واجهت التعسف في كثير من آيات القرآن الكريم و أحاديث النبي ﷺ وكذا في بعض القواعد الفقهية التي أجمع عليها فقهاء المذاهب الأربع .

-القانون المدني الجزائري تصدى للشروط التعسفية في عدد من مواده القانونية، كما استحدث المشرع منظومة قانونية خاصة لمكافحة التعسف من خلال المرسوم التنفيذي 06-306 الذي حدد الشروط التعسفية، وكذا القانون 04-02 الذي حدد القواعد المطبقة على المعاملات التجارية .

-القضاء له الحق في الرقابة على الشروط التعسفية بموجب التشريع فالشريعة الإسلامية والقانون المدني كل منهما أعطى للقاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية بما يضمن حقوق الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي.

-يمكن لولي الأمر أن يتدخل لأجل التسعير في حالات عدة لصيانة حقوق المسلمين وسد حاجاتهم وذلك لتقديم المصلحة العامة على الخاصة.

-يستند القاضي أثناء تفسير العقد إلى مبدأ حسن النية والعدالة والقواعد القانونية مراعيا طبيعة العقد المطروح أمامه .

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس المواد القانونية

قائمة المصادر والمراجع

1 فهرس الآيات القرآنية

طرف الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿ولا تعزموا عقدة النكاح.....﴾	البقرة	235	05
﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ..... ﴾	المائدة	89	06
﴿يأيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود.....﴾	المائدة	01	16
﴿يأيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .....﴾	النساء	29	16 41

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	الراوي	درجة الحديث	الصفحة
" أربع جلال من كن فيه كان منافقا خالصا....."	البخاري	صحيح	17
" الصلح جائز بين المسلمين ....."	الترمذي	حسن وصحيح	17
" لا ضرر ولا ضرار ....."	ابن ماجة	حسن	37

فهرس المواد القانونية

نص المادة	القانون	رقم المادة	الصفحة
" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين ....."	مدني	59	09
: "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم ." .	02-04 تجاري	65فقرة02	32
" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية ....."	مدني	110	25
«العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»	مدني	54	07

قائمة المصادر والمراجع

1 القرآن الكريم

التفاسير

- ابن رشد الجد أبو الوليد مُحَمَّد بن أحمد القرطبي , البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة , ط 2, (دار الغرب الإسلامي).

2 كتب الحديث وشروحه

- مسند الإمام أحمد بن حنبل, ,ط1, 1993م,(دار الآفاق, القاهرة, مصر)
- صحيح البخاري
- سنن الترمذي, (بيت الأفكار الدولية , السعودية) , 1420هـ-1999م.
- سنن أبي داوود

3 معاجم اللغة العربية

- أحمد بن فارس بن زكرياء القز ويني ,معجم مقاييس اللغة , (دار الفكر, مصر),1979م .
- مُحَمَّد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري , لسان العرب , ط 3 , 1414هـ,(دار صادر – بيروت – ,لبنان).
- مجمع اللغة العربية , المعجم الوسيط , ط4 , 2004, (مكتبة الشروق الدولية , القاهرة ,مصر) .
- عبد الله البستاني , معجم لغوي مطول ,ط1 ,1992,(لبنان) .
- الخليل بن أحمد الفراهيدي ،كتاب العين ، معجم لغوي تراثي ،تحقيق مهدي المخزومي إبراهيم السامرائي,ط1، 2004 ،(مكتبة لبنان ناشرون ،بيروت, لبنان).
- أشرف طه أبو وهب , المعجم الإسلامي,ط1 ,2002,(دار الشروق القاهرة , مصر).

4 الكتب الفقهية

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، 1409-1989م, (دار الفكر، دمشق، سوريا) .
مُحَمَّد بن إدريس الشافعي، الأم،(دار المعرفة ،بيروت ،لبنان)،1990.
- الشوكاني, نيل الأوطار, د ط, د ت, (دار إحياء التراث العربي ,بيروت) 2010,(شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ,بيروت, لبنان) .
- أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1، 1418هـ-1998م،(دار القلم، دمشق، سوريا).
- أحمد بن مُحَمَّد الزرقا, شرح القواعد الفقهية,ط2, 1989م,(دار القلم, دمشق, سوريا).
- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص, أحكام القرآن ، تحقيق مُحَمَّد صادق القمحاوي ، ط 1، 1994, (دار الكتب العلمية بيروت, لبنان).
- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، (دار المعرفة، بيروت ،لبنان).
- أبو الوليد الباجي ،المنتقى ،شرح موطأ الإمام مالك، (دار الكتاب الإسلامي ،القاهرة ،مصر).
- أبو إسحاق الشاطبي, الموافقات في أصول الشريعة, ط1, 1991م, (دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان).
- ابن قدامة, المغني, ط1, 1405هـ-1985م, (دار الفكر, بيروت, لبنان).
- ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الفتاح البنداري، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)،
- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ط3، 2005م، (دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر).
- ابن القيم، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان، ص252

5 الكتب القانونية

بودالي ,الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ,- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر- 2007, (دار هومة ,الجزائر).

حسن علي الشاذلي, نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة , ط1 ,2009, (دار كنوز اشبيليا , المملكة العربية السعودية, الرياض).

حنان بنت مُحَمَّد حسين جستنيه ,أقسام العقود في الفقه الإسلامي (بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي),جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية , 1998 ,ص57.

خالد مُحَمَّد البساتين , تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك , الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن , رام الله ,حزيران , 2002

الرازي , مختار الصحاح, تحقيق حمزة فتح الله,2003م, (دار الحديث, القاهرة, مصر) .

رباحي أحمد، مقال بعنوان: أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، عدد5.

رمضان علي الشرباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، ط1، 1979م, (مطبعة الأمانة، مصر)

سانو قطب، عقود الإذعان, مجلة مجمع الفقه الإسلامي,1425هـ-2004م, (جدة, السعودية),العدد14.

سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان،(د,ط) ، 1998 (دار النهضة العربية، القاهرة) ص50.

سلطح, القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة المنفردة, ط1,(دار الفكر الجامعي, مصر).

عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,نظرية الالتزام بوجه عام ,مصادر الالتزام , (دار إحياء التراث العربي ,بيروت, لبنان).

عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير , نظرية الالتزام في القانون المدني المصري , دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي , (دار أبو المجد للطباعة , القاهرة).

عبد المجيد الحكيم , عبد الباقي البكري, مُحَمَّد طه البشير , القانون المدني , أحكام الالتزام ,ط 3 , 2009,(العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة).

6 المذكرات البحثية

- باشا سعيدة، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ،مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر- بردان رشيد ،بوراس نجية ، القاضي وتفسير العقد ،مجلة القانون المجتمع والسلطة ,2018م، (جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر).

- بن شنبتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق 1990م, (جامعة الجزائر).

- حنان بنت مُحَّد حسين جستنيه ,أقسام العقود في الفقه الإسلامي (بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي),جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية , 1998 ,ص57.

- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري, مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية,2013م,(جامعة الجزائر01), ص96.

- عبد الحميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ،رسالة دكتوراه في القانون ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،1996, (جامعة بن عكنون ،الجزائر) .

- عبيد نجاة ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ،مذكرة في نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2015-2016م, (جامعة أبي بكر بلقايد ,تلمسان ، الجزائر).

- عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق, 2003-2004م, (جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة) .

- نجاري عبد الله ،الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير ،1983م, (جامعة الجزائر)

سانو قطب، عقود الإذعان, مجلة مجمع الفقه الإسلامي,1425هـ-2004م, (جدة, السعودية),العدد14.

7 المجلات والملتقيات

مُحَمَّد بن علي القري ،عقود الإذعان ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2004م,العدد14, (جدة ،السعودية).

صادق عبد القادر ،عبد الوافي عز الدين, حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مداخلة في ملتقى الوطني حول حماية المستهلك " الواقع والنصوص"، جامعة ادرار ، 2014،ص15.

رباحي أحمد، مقال بعنوان: أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، عدد5.

8 فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
المبحث التمهيدي: مفهوم حماية المتعاقد من الشروط التعسفية	05
المطلب الأول : تعريف العقد والمتعاقد	05
الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحا	05
أولا: تعريف العقد لغة	05
ثانيا :تعريف العقد في الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني	06
أ– تعريف العقد في الاصطلاح الفقهي	06
ب– تعريف العقد في الاصطلاح القانوني	07
الفرع الثاني : تعريف المتعاقد في الاصطلاح اللغوي والاصطلاح الفقهي	08
أولا : تعريف المتعاقد في الاصطلاح اللغوي	08
ثانيا: تعريف المتعاقد في اصطلاح الفقه الإسلامي والاصطلاح القانوني	08
أ:تعريف المتعاقد في اصطلاح الفقه الإسلامي	08
ب: تعريف المتعاقد في الاصطلاح القانوني	09
المطلب الثاني : تعريف الشروط التعسفية	10
الفرع الأول : تعريف الشروط التعسفية في الاصطلاح اللغوي	10
الفرع الثاني: تعريف الشروط التعسفية في الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني	11
أولا : التعريف الفقهي للشروط التعسفية.	11
ثانيا: تعريف الشروط التعسفية في الاصطلاح القانوني.	13
المبحث الأول : الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري	16
المطلب الأول: الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية	16
الفرع الأول: أحكام الفقه الإسلامي في استحداث العقود	16

الفرع الثاني: أحكام الفقه الإسلامي في حرية الاشتراط	18
المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية في القانون الجزائري	21
الفرع الأول: الشروط التعسفية على حسب حرية المتعاقد	21
أولا: شروط تحقق منفعة أو ميزة للطرف القوي	21
ثانيا: شروط تؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف	23
الفرع الثاني: الشروط التعسفية على حسب اتجاهات الفقه والتوصيات التي تضعها لجنة الشروط التعسفية	25
الفرع الثالث : معايير الشروط التعسفية والجزاء المقرر لها	27
أولا: معايير الشروط التعسفية	27
ثانيا: الجزاء المقرر للشروط التعسفية	30
المبحث الثاني: أحكام الحماية من الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	34
المطلب الأول :الحماية من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي	34
الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي	34
أولا: قاعدة الضرر يزال	37
ثانيا: قاعدة دفع الضرر	38
الفرع الثاني: التسعير وأحكامه	41
أولا: مفهوم التسعير	41
ثانيا: حكم التسعير	42
المطلب الثاني: أنواع الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري	46
الفرع الأول : حماية في إطار عقود الإذعان طبقا للمادة 110 ق م	46
أولا :التعديل و الإعفاء من الشروط المجحفة في القانون الجزائري	46

ثانيا :تفسير الشروط لمصلحة الطرف المذعن	48
الفرع الثاني : حماية من الشرط الجزائي التعسفي في إطار المادة 183	50
أولا : ماهية الشرط الجزائي	50
ثانيا :طرق معالجة الشرط الجزائي التعسفي	51
الخاتمة	53
الفهارس	55
قائمة المصدر والمراجع	57

الملخص

من خلال الدراسة التي قمنا بها في هذا العمل نستخلص أن الشروط التعسفية ليست وليدة عصرنا الحالي إلا أن استفحلت في ظل انتشار المعاملات المالية المعاصرة والتي كثر فيها التعسف من قبل المتعقدين مما يوجب التصدي لها سواء كان ذلك ببطلانها أو الجزاء المترتب عليها وذلك في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري خاصة ما ورد في القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على المعاملات التجارية والمرسوم التنفيذي 06-306 والذي يحدد القواعد المطبقة على المعاملات التجارية

الكلمات المفتاحية

العقود ، الشروط التعسفية ، الحماية

Summary

Through the study that we carried out in this work, we conclude that the arbitrary conditions are not a product of our current era, but have become exacerbated in the light of the spread of contemporary financial transactions, in which there is a lot of abuse on the part of the contracting parties, which necessitates addressing them, whether by nullifying them or the penalty ensuing from them, and that is in both Sharia. Islamic law and Algerian law, especially what is stated in Law 02-04, which defines the rules applicable to commercial transactions, and Executive Decree 06-306, which defines the rules applicable to commercial transactions.

key words

Contracts, abusive terms, protection