جامعـــــة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والإدارية

تخصص قانون أعمال

مذكـرة مكملة لمتطلبات نيــل شهادة ماستـر في القانون

إثبات عقود الإذعان في التشريع الجزائري

إعـــداد الطالبتين:

- محلق خيرة
- مكي سامية

تحت إشراف:

الدكتورة: مجدوب لامية

أعضاء لجنـة المناقشــة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د. براحلية زوبير	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر –ب–	رئيسا
02	د. مجدوب لامية	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر–ب–	مشرفًا
03	أ. يلس آسيا	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد –أ–	عضوا مناقشًا

السنــة الجامعيــة: 2018_2019

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾.

سورة المجادلة الآية 11

شكـــر وتقدير

« كن عالما...فإن لم تستطع فكن متعلما...فإن لم تستطع فأحب العلماء...فإن لم تستطع فلا تبغضهم».

بعد رحلة بحث واجتهاد تكللت بإنجاز هذا البحث، نحمد الله عز وجل على نعمه التي

منّ بها علينا فهو العلي القدير، كما لا يسعنا إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر والتقدير

الدكتورة "مجدوب لامية" لما قدمته لنا من نصح وتوجيه.

كما نتوجه بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون، ونخص بالذكر أساتذتنا

الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة(8ماي1945).

كما لا ننسى أن نتقدم بأرقى وأثمن عبارات الشكر والعرفان إلى أعضاء اللجنة الموقرة

لموافقتهم على تخصيص جزء من وقتهم لقراءة هذه الاطروحة و مناقشتها .

مقدمـــــة

إن المتأمل في الحياة اليومية يجد أن الإنسان يبرم عدة عقود في مختلف المجالات لسد إحتياجاته، وهذه العقود تحكمها وتنظمها قواعد سواء نظمت في الشريعة الإسلامية أو قننت في التشريعات الحديثة والأحكام الخاصة فيخضع العقد في تكوينه إلى مبدأ سلطان الإدارة، بحيث يكون لإدارة الأطراف دورا بارزا في إبرامه، وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تكون إرادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من العيوب الرضا، فالعقد الصحيح يترتب عليه رابطة قانونية ملزمة للدائن والمدين والتي يعبر عنها المشرع بالعقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما قضت به المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

وإذا كانت القواعد العامة التي تحكم العقود تقتضي أن يكون المتعاقدان حرين في إشتراط الشروط وترتيب الآثار العقدية عليها، إلا أن عقود الإذعان تخرج عن هذا المقتضى، حيث يعتبر هذا النوع من العقود الأكثر إنتشارا في شتى المجالات التجارية اليومية نسبة لزيادة حجم المعاملات حيث تقوم الحرية التعاقدية على ثلاث عناصر تعكس مثالية العقد هي:

حرية الفرد في التعاقد، وحريته في إختيار من يتعاقد معه، وكذا له حرية وضع ما شاء من بنود تعاقدية بالإتفاق مع الطرف الآخر.

ويقوم مبدأ سلطان الإرادة في ظل القانون المدني على مسلمة مفادها أن كل المتعاقدين متساوين في واجهة بعضهم البعض، ليس لطرف أن يغلب مصلحته على حساب الطرف الآخر، فبالرغم من أن هذا القانون قد نظم عقود الإذعان، إلا أن هذا التنظيم هو إستثناء ضيق النطاق[1].

بحيث أن المبدأ في الشريعة العامة هو أن العقد شريعة المتعاقدين، أي العقد يعتبر قانون الأطراف المتعاقدة، ومن ثم يتعين عليهما تنفيذه بأمانه وبعناية، ووفقا لما تضمنه من بنود وشروط وبحسب نية، ويترتب على إعتبار العقد شريعة المتعاقدين وجود حرية في التعاقد وأن للعقد قوة إلزامية إتجاه طرفيه، وأن القاضي الفاصل في النزاع الذي يثور بشأن تنفيذه، ملزم كقاعدة عامة بتطبيق جميع أحكامه إحتراما وتجسيد لإرادة المتعاقدين[2].

[1]– بوشارب إيمان ،حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011، 2012، ص02.

[2]– خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015، 2016، ص02.

لذلك أصبح حماية المستهلك هاجس رجال القانون حول العالم، بإعتباره العنصر الأساسي الذي تقوم عليه حركة التجارة والسوق في وقتنا الحالي الأمر الذي أدى بالدول المتقدمة والنامية وحتى تلك التي مازالت في طور النمو إلى إعتماد تشريعات وبرامج وسياسات إقتصادية، تهدف إلى حماية المستهلك في تعاملاته التي تتم بشكل تقليدي أو تلك التي تتم بإستخدام وسائل الإتصالات الحديثة[1].

إضافة إلى ذلك فقد خص المشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من التشريعات الطرف الضعيف في هذا العقد بتنظيم قانوني حمائي ذو قواعد قانونية آمرة لمحاولة إعادة التوازن العقدي[2].

وأن بلادنا التي تشهد نموا إقتصاديا وإجتماعيا وثقافيا ملحوظا، يدفعنا لمناقشة موضوع من أهم المواضيع التي تفرضها الحياة المعاصرة.

وهذا الموضوع هو عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، وهو من صميم الدراسات التي يجب بحثها بعناية كبيرة، وإن كان يرتبط بدراسة العقد وأو بصفة عامة إلا أن له وصفا خاصا بالنسبة للنظرية العامة للعقد.

أهمية الموضوع:

إن أهمية الموضوع تتجلى فيما يلي:

– جدة الموضوع: حيث أن عقد الإذعان من العقود الجديدة التي تحتاج إلى معالجة وعدم وجود دراسات سابقة وكافية في هذا النوع من العقود.

– عقد الإذعان يعتبر من العقود المستحدثة.

– إنتشار مثل هذه العقود في حياتنا اليومية ودخولها في إحتياجات الناس ومحاولة توضيحها للجمهور بإعتبارهم مستهلكين.

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

---

[1]– المادة 43 من الدستور الجزائري، المعدلة بالقانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 بحيث أصبحت تنص في فقرتها الثالثة تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

[2]– قادري هنية، حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر. تخصص قانون أعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015–2016، ص 02.

– إن أهمية الموضوع تكمن في تفاوت مراكز القوة بين طرفي هذه العقود والطريقة التي تنعقد بها من حيث النمطية وإفتقارها إلى المجاذبة والمساومة على شروط العقد، وبهذا إكتسب الموضوع أهمية وإحتاج إلى نظر وتأمل وبحث شامل.

– حداثية لأن هذا الموضوع لم يتم التطرق إليه سابقا وهو ليس موضوعا كلاسيكيا، بل هو يعكس الواقع المعاش فكل منا هو عرضة لمثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية

أسباب إختيار الموضوع:

يعود إختيارنا لهذا الموضوع لعدة أسباب:

أ– أسباب ذاتية:

تعود أساسا إلى الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع لكونه يتضمن أحكام قانونية هدفها حماية فئة واسعة من فئات المجتمع عانت من الجهل حتى بأبسط حقوقها، لذا إخترنا الإحاطة ببعض جوانب الحماية القانونية المقررة لهذا الطرف المذعن من أطراف العلاقة التعاقدية.

ب– أسباب موضوعية:

– إرتباط هذا الموضوع بالمعاملات المعاصرة.

– جمع أقوال الفقهاء في مثل هذه العقود المستجدة وما تضمنته نصوص القانون المدني.

– عدم وجود دراسة مقارنة لهذا الموضوع من الناحيتين الشرعية والقانونية

– بيان شمولية الشريعة الإسلامية لجميع متطلبات الحياة وصلاحياتها لكل المستجدات.

– يتضح أن موضوع بحثنا هذا يكتسي أهمية بالغة، التي كانت وفي ذات الوقت من أهم الأسباب الموضوعية التي دفعت بنا إلى إختياره، حيث تتجلى تلك الأهمية أساسا في أن القضاء هو الجهة التي يناط بها التدخل لإعادة التوازن العقدي عند نشوء النزاع، ومنه حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي قد يحتويها العقد، وأن الحماية التي يوفرها القضاء للمستهلك من الشروط التعسفية هي من المفروض حماية فعالة.

4– أهداف الدراسة:

– الموضوع جديد لا يحتوي على دراسات سابقة.

– إثراء المكتبة الجامعية والطلاب بمحتوى هذا الموضوع.

5- الصعوبات والعراقيل:

طبيعة الموضوع الذي يعتبر من العقود الحديثة الذي حظي بكثير من النصوص و شروح فقهاء القانون.

- قلة المراجع في المكتبات خاصة الكتب والبحوث المعاصرة التي عالجته فقهيا وخاصة في كيفية إثباته.

- طبيعة البحوث المقارنة.

- موضوع هذا البحث يلاقي قلة بالنسبة للدراسات المتطرقة له والمتخصصة فيه.

- كما أن هذا الموضوع لم يحظ بنصيب وافر من البحث نظرا لحداثة العهد به رغم أهميته إضافة على التفرع الواسع لهذا الموضوع ففيه جوانب عديدة تستحق الدراسة لم تلقى من يسلط الضوء عليها بشكل كافي.

- غلق المكتبات والجامعات بسبب المسيرات والإضرابات.

- الإمكانيات المادية التي يتطلبها البحث العلمي.

6- الإشكالية

كيف عالج المشرع الجزائري عقود الإذعان في مجال الإثبات المدني؟

ومن هذه الإشكالية تطرح التساؤلات الجزئية الآتية:

ما هو مفهوم عقد الإذعان؟ وماهي طبيعته القانونية؟ وماهي ا لوسائل القانونية التي يثبت بها عقد الإذعان؟هل كسائر العقود تخضع للقواعد العامة ؟أم خصه المشرع بطرق خاصة للإثبات؟

- منهج الدراسة:

وللإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا المنهج التحليلي والمنهج الوصفي بإعتباره المنهج الأسلم والأصلح، وبهذا نكون بدراسة فصلين للإجابة على هذه الإشكالية وكل فصل يحتوي على مبحثين.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الإذعان

الفصل الثاني: الآليات القانونية لإثبات عقود الإذعان

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد الاذعان

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لعقد الاذعان

أدى التطور المستمر في حاجيات الإنسان في حياته اليومية إلى خلق أنواع عديدة من العقود، ومن أهم وأحدث هذه العقود نجد عقود الإذعان التي جاءت وليدة التطور الصناعي والإقتصادي، وذلك من خلال تعاظم دور المؤسسات والشركات الكبرى واختصاصها بإبرام هذه العقود التي تمس السلعة والخدمات الضرورية للحياة الحديثة، والتي لا يمكن الاستغناء عنها، مثل عقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقود التأمين وعقود العمل، وعقود النقل، فهذه العقود يجد المستهلك نفسه مضطرا لعقدها، مهما كانت الشروط الواردة فيها لانعدام المناقشة بشأن هذه السلعة والخدمة أي أن القبول يقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة يضعها مقدم الخدمة أو مالك السلعة ولا يقبل مناقشتها.

وعليه سنسلط الضوء من خلال هذا الفصل على ماهية عقد الإذعان (المبحث الأول)وآثار عقد الإذعان و إنقضاءه (المبحث الثاني)

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان:

يعد عقد الإذعان من أهم العقود المدنية المستحدثة ذات الإنتشار الواسع في الآونة الأخيرة، حيث يتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، و حتى تتضح معالم هذا العقد لا بد من التطرق لمجموعة من الأفكار الأساسية (المطلب الأول) مفهوم عقد الإذعان، (المطلب الثاني) أركان عقد الإذعان .

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان :

عقد الإذعان من العقود الجديدة الذي يدخل ضمن تقسيمات العقود و للوصول إلى مفهوم عقد الإذعان لابد (أولا) بدراسة نشأته (ثانيا) تعريفه.

الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان و تعريفه:

قبل التطرق إلى تعريف عقد الإذعان نعطي (أولا) لمحة عن نشأته،(ثانيا) تعريفه

أولا : نشأة عقد الإذعان و تأثير مراحل التنمية عليه :

1-نشأة عقد الإذعان :

إن مشكلة عقد الإذعان ترجع في الواقع إلى مفهوم العقد الموروث عن "بوتيية " شارح القانون الفرنسي القديم الذي إستوحاه القانون المدني، على أن الإنسان في الأصل لا تقيده أي رابطة قانونية فهو

حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما شاء من الشروط التي يتضمنها العقد، و بالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادات هو العقد، وإتفاق إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص و عليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الإرادة العامة، و هذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردي و القانون الذي تبناه الفكر الإجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر، وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة.

ومن ناحية أخرى فإن إرتقاء التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون، و إن نمو الفن التعاقدي يتلاءم مع الرغبة في أن يحل محل القانون، لكن شريطة أن يكون ذلك التفاوض مبنيا على حسن النية، و يحقق رغبة الأطراف مع مراعاة المصلحة العامة التي ينشدها القانون، غير أنه يمكن القول بأن تحولات المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر قد أنشأت ظواهر جديدة حدت من مبدأ سلطان الإرادة، و أنقصت من إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، وبذلك تولد عقد الإذعان حتما .[1]

و لهذا نشأ الإذعان نتيجة للتطور الإقتصادي الحديث الذي إتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، و ما إستتبع ذلك من قيام شركات ضخمة و مؤسسات تتمتع بإحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلك، بحيث إستطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الإحتكارية أن تملي إرادتها و شروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر، والإستسلام لشروطه .[2]

وعليه فإنه على الرغم مما تهدف إليه تلك المؤسسات العامة أو الشركات من بناء للإقتصاد الوطني لإرتباطها بخطة التنمية الشاملة فإنها تبقى دائما ذات إمتياز على الأفراد بواسطة ما يسمى : " العقود الإدارية " و قد عرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه : " ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، و تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، و

[1]– لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص ص، 9– 10

[2]– المرجع نفسه، ص9.

ذلك أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام "[1]

و قد تطورت فكرة عقود الإذعان لتوفير الحماية للمستهلك متى كان التعاقد قد تم من خلال عقد لم يسمح له بمناقشة شروطه و تم إعداده بواسطة الطرف الآخر بما يحقق مصلحة هذا الأخير

فالتعامل مع منتج أو محترف يقوم بعملية متكررة و يستقل بإعداد العقد مقدما تكفي كمعيار لتوافر علاقة الإذعان، وبمجرد الاستقلال بإعداد العقد كفيل بتمكين المحترف أو المنتج من وضع الشروط التعسفية التي وجدت فكرة عقود الإذعان لمواجهتها .[2]

2-عوامل التنمية المؤثرة على نشأة عقد الإذعان:

نجد أن من أهم العوامل التي أثرت على بروز عقد الإذعان عديدة من أهمها ما يلي

أ_ العوامل الإقتصادية:

لقد أصبحت العقود ما بين القرن السادس عشر و التاسع عشر أداة قانونية مرنة تمكن من ضمان أمن المبادلات في إقتصاد الصفقات.

و بعبارة أخرى فإن الجانب الإقتصادي أصبح يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود، كما أن العقد يكون مع ملكية الدولة إطارا للإنتاج و المبادلات.

لقد كان الإستقرار الموضوعي لنية التعاقد هو الرابطة القانونية، و التأكد من العلاقة القانونية يؤدي إلى ضمان حماية المتعاقدين ضد القرارات و الخضوع إلى عدالة موزعة بالتساوي، ذلك لأنه يصعب تقديرها، لذا فإنه يجب إحترام الإلتزامات المتولدة عن العقد كي يكون أداة لتصرف عقلاني و هذا الإحترام يجب أن يسود فكرة العقد سواء أثناء نشوئه أو عند تنفيذه.

و قد ساعدت الرأسمالية الصناعية على ظهور عقد الإذعان بتوسيع الفارق الإقتصادي إعتمادا على نظرية الحرية الإقتصادية و الفردية التي جعلت من العقد مصدرا للحق .

وعدم المساومة الصارخة تلك، بين المتعاقدين قد حولت طبيعة دور العقد، فبدل أن يكون وسيلة التفاوض والتشاور الذي يحقق مصلحة المتعاقدين أضحى نظاما قانونيا تمليه إرادة منفردة ترغب في

---

[1]-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي،1975، ص 50.

[2]-الأهواني حسام الدين كامل، النظرية العامة للإلتزامات، الطبعة الثانية ، مصر،1995، ص 80.

تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح وسيلة لتسيير المنشآت الإقتصادية بإنشاء إلتزامات تعاقدية متنوعة، ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل إقتصادية .

ومصطلح القانون الإقتصادي هو تعبير حديث يعني به أن القانون ذو علاقة جدلية مع الإقتصاد فهو يؤثر فيه و يتأثر به و هما يهدفان إلى بناء المجتمع الإنساني .

فالقانون الإقتصادي محوره العقود التي تجريها المنشآت الإقتصادية بحكم تطورها في مجتمع حديث يجهل فيها صاحب المنشأة من سيتقدم للتعاقد معه ومدى إمكانياته ومن ثم فهو يوجه إيجابا عاما متماثلا يكون في خدمة الجمهور و وفقا لحساب الإحتمالات.[1]

ب-**العوامل القانونية:**

كان العقد المبني على حرية التعاقد يعاني صعوبات كبيرة متولدة عن الأنماط المختلفة للتطور الصناعي، تستلزم توافق العقد معها و لم تكن بعض الأسباب الأجنبية كالإضرابات و صعوبات النقل بالضرورة تشكل قوة قاهرة بالنسبة للعقود تحت ظل الفقه التقليدي، و فوق ذلك كان من المرغوب فيه إستبعاد المسؤولية الناتجة عن التأخير في التنفيذ و فضلا عن ذلك فإن التطور الآلي وإتساع المواد المصنعة ومخلفاتها العامة قد أدت إلى إتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات.

إن تدهور الحرية التعاقدية بشكل ملحوظ يفسر في الضغط على هذه الحرية من طرف التشريع وذلك كمنعه لشروط معينة أو إدخال شروط إلزامية و ترتيب الآثار على مخالفتها.

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 الإجتماعية.

و قليل هم القضاة الذين عرفوا ما تنطوي عليه هذه الحرية من إمتيازات يختفي أصحابها وراء ذلك المبدأ، أما في العقود الموجهة التي هي ثمرة التدخلات التشريعية فإنها تتماشى مع عقد الإذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية.

و قد تلقت بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة فائدة عقد الإذعان كوسيلة فعالة لإعداد ظروف نشاطها ولخلق قانون مستقل للإقتصاد فعقد الإذعان يقابل و يواجه عقود الممارسة، هذه الأخيرة التي و إن كانت ذات فائدة خاصة و لا تتعدى كونها عمليات عابرة و محددة بالنظر لأثرها و على

[1]-لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 14.

العكس من ذلك فإن عقود الإذعان تتميز بكونها عامة و مجردة و دائمة أشبه إلى حد كبير بالنظام القانوني، و بالتالي فإن آثارها أكثر توسعا فهي تكاد تمس الكافة لذا فهي عملية موضوعية .[1]

ج-العوامل الاجتماعية:

الإنسان مدني بطبعه، فالمجتمع و وحدة النمط في الحياة المعاصرة قد جعلا من عقد الإذعان النوع المقنن و المنظم لهذه الحياة الاجتماعية والمثال النموذجي في هذا المجال هو نظام الملكية المشتركة الذي ينظم التعايش داخل هذا التنظيم الأفقي، فالشريك المذعن ليس له من الناحية التطبيقية أية مناقشة لذلك القانون المركب المعد من طرف المؤسسين خاصة إذا كان وصوله متأخرا عن هذا البناء.

فالإنسان المعاصر أصبح يخشى وحدته، و لا يشعر بالراحة إلا مع الجماعة فهو يبحث عن الأمن بالبعد عن تفريد معاملاته و عن التفرقة بينه و بين الجماعة فيلجأ غالبا في عقوده الهامة إلى الموثق الذي هو كاتب الجماعة و يخضع له، و كأن العقود الموثقة قد أصبحت عقود إذعان.

كما أنه يعيش في قلق دائم بسبب الأخطار الكثيرة التي يتعرض لها، بجانب الأضرار المعنوية، خسائر مالية

وغني عن البيان أن موقف الإنسان إزاء الأخطار التي تواجهه سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته لم يكن أبدا سلبيا فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفاداها و يمنع وقوعها بإستحداث الوسائل المختلفة، خاصة بتعاونه مع الآخرين، الذين يتعرضون مثله لخطر معين على توزيع الخسارة المالية الكبيرة التي تصيب واحدا منهم نتيجة إمكانية تحقق الخطر عليهم جميعا .

وبالتالي يتحمل كل منهم جزءا بسيطا من هذه الخسارة، فيقل بذلك عبئ الخطر عليهم جميعا.[2]

د- العوامل المادية :

إن العناصر المادية في إعداد الوثائق التعاقدية قد جعلت من العقد عقد، فالوثيقة التعاقدية تطبع مقدما و تتضمن شروطا عديدة لمختلف العمليات، و ذلك مرجعه إلى ما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة، خاصة في المجال التجاري، إذ أصبح في غير مكنة الفرد نظرا لكثرة إنشغالاته، وتعدد مهامه قراءة ما يورد من شروط مطبوعة، ناهيك عن تفحصها و المناقشة في شروطها .

و في حالات أخرى قد تضاف إلى الشروط المطبوعة شروط مكتوبة ثم إن أبرز تطور في هذه الناحية المادية هو أن المعلومات أصبحت تزود للعقول الإلكترونية حسب معطيات مادية معينة حيث يصل بذلك

---

[1]-لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 17.

[2]- المرجع نفسه، ص ص، 20-21.

إلى إخراج و تحديد شروط غير قابلة للتعديل أو المناقشة و يستعصي على الفرد مناقشتها حتى و إن أراد ذلك.[1]

ثانيا :تعريف عقد الإذعان:

لم يجمع الفقه على تعريف جامع مانع لعقد الإذعان، و يتضح ذلك من خلال التعاريف التي جاء بها كل الفقهاء، و تقضي دراستنا تعريفه من الناحية اللغوية، والإصطلاحية .

1-تعريف عقد الإذعان لغة :

الإذعان هو الإسراع مع الطاعة[2] و الخضوع و الإنقياد و الإقرار، من ذعن يذعن ذعنا، و هو الإسراع مع الطاعة، تقول : أذعن لي : أي طاوعني لما كنت ألتمسه منه و سارع إليه[3]، و ذلك لقوله تعالى: "و إن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين : أي مسرعين في الطاعة.[4]

2-تعريف عقد الإذعان إصطلاحا :

لقد تعددت تعريف عقد الإذعان من الناحية القانونية على النحو التالي:

-عرفه جاك غستان بأنه : " الإنظمام إلى عقد نموذجي حرر بصورة إنفرادية من أحد الأطراف و ينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله أو مناقشته ."[5]

وهناك من عرفه بأنه : "هو العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر، بحكم وضعه الفعلي أو القانوني بوضع شروط العقد في جملتها، و هذا يعني أن أحد أطراف العقد يخضع لجميع الشروط التي يضعها الطرف الآخر، دون أن يملك الحق في مناقشته أو تغيير أو تعديل الشروط التي إشترطها، و تكثر هذه العقود عندما يكون أحد أطراف العقد يحتكر إحتكارا قانونيا أو فعليا مرفقا من المرافق التي تقدم الخدمات للجمهور أو سلعة من السلع ".[6]

---

[1]-لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 22.

[2]-https // www.kantakji.com.

[3]-محمد فواز صباح الآلوسي: " التعسف في عقود الإذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية. العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، العراق/الأنبار.2017، ص 191.

[4]- سورة النور، الآية :49.

[5]-جاك غستان، "المطول في القانون المدني تكوين العقد"، ترجمة منصور القاضي و مراجعة فيصل كلثوم، ، المجلد الثاني، المؤسسة الجماعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان،2002، ص 97.

[6]-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 27.

وعقود الإذعان كثيرة منها : عقد النقل الذي تبرمه مصلحة السكك الحديدية أو شركات الملاحة و الطيران و عقد العمل[1] بين الشركات الكبرى و العمال و عقد التأمين و عقد الإشتراك في الهاتف و المياه و الغاز و النور، و التعاقد مع مصلحة البريد و البرق.[2]

–و قد عرفه علي فيلالي بأنه : "هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شروط أو قيد، و يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة " أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها "[3]و المشرع الجزائري لم يعرف عقد الإذعان، و إنما تعرض لكيفية حصول القبول فيه من خلال نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري و التي تنص : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها ".

– و في نفس السياق عرف عقد الإذعان بأنه : "العقد الذي يعد فيه الموجب الذي يتمتع بإحتكار قانوني أو فعلي شروط يحددها مسبقا في ذلك العقد و بشكل مكتوب، و غير قابل لتعديل أو مناقشة من الطرف الآخر يوجهها الموجب للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليها، بحيث يتولى الموجب وفقا لذلك العقد بعرض سلعة أو خدمة معينة للتعاقد عليها ".[4]

الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان:

من خلال تعريف عقد الإذعان نستخلص الخصائص التالية:

أولا : الخصائص المتعلقة بموضوع العقد :

إن عقد الإذعان يتعلق بسلعة أو خدمة من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، بحيث لا يتصور الإستغناء عنها من طرف هؤلاء.[5]

---

[1]–محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر،2004، ص 131.

[2]–عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين، البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص ص، 135–136.

[3]–علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 82.

[4]–خالد معاشو، المرجع السابق، ص 38.

[5]–محمد أحمد سراج، نظرية العقد و التعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998، ص ص،60 – 61

-صدور الإيجاب على الناس كافة و بشروط واحدة و على نحو مستمر أي لمدة غير محدودة[1]

-توجيه هذه العروض لسلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط نموذجية موحدة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها، بحيث يأتي القبول لتسليم بها جملة واحدة بغير مناقشة أو تعديل لهذه الشروط، و عدم وجود البديل بشروط أخرى .[2]

ثانيا : خصائص متعلقة بأطراف العقد :

-أن يكون الموجب محتكرا إحتكارا فعليا و قانونيا أو على الأقل مسيطر سيطرة تجعل المنافسة على السلع و المرافق المحتكرة محدودة النطاق فعقد الإذعان يسود في ظل الإحتكار .

أما إذا لم يتوافر الإحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة أو خدمة فلا نكون بصدد عقد الإذعان، و لذلك فإن عقود المقاولات و الأشغال العامة و كذا عقود الإيجار و إنجاز المساكن و الأراضي الزراعية لا تعتبر عقود إذعان .[3]

وإذا كان الموجب يتمتع بإحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد والإلتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد و يحق له رفض القبول لسبب غير مشروع و إلا كان متعسفا في إستعمال هذا الحق، و تترتب عليه المسؤولية.[4]

الأمر الذي يجعل متعاقد المحتكر مهددا بعدم قدرته على الحصول على محل التعاقد الذي يتميز به عقد الإذعان بأنه لا يتعلق بسلع أو خدمات غير خاضعة لأي منافسة أو على الأقل لا تعرف سوى منافسة محدودة النطاق، نتيجة الظروف الإقتصادية أو الإتفاق بين أصحاب السلع و الخدمات أما إذا ساءت المنافسة مرة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان حيث سيجد المستهلك دائما من يقدم له شروطا أفضل رغبة في جلب أكبر عدد ممكن من العملاء[5] لكن إذا كانت عقود الإذعان تتطلب إحتكارا وسيطرة إقتصادية من من جانب طائفة التجار أو مقدمي السلع و خدمات للمستهلكين حتى يتمكن وصفها أو تكيفها قانونا بهذا

---

[1]-شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون، دون دار النشر ومكان النشر، 2009، ص ص 34-35.

[2]-المرجع نفسه،ص36.

[3]-حجازي عبد الحي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، دون تاريخ النشر، ص 67.

[4]-إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014، ص 49.

5-المرجع نفسه، ص 49.

الوصف إلا أن مشكلة ليست محصورة في هذا الإيطار الضيق لأن الإحتكار قد لا يكون واضحا وبالتالي يصعب تحديده أو التعرف عليه كما أن الواقع العملي أفرز صورا عديدة من العلاقات التعاقدية التي يخضع فيها أحد المتعاقدين لآخر دون وجود هذا المعيار الإقتصادي المتمثل في إحتكار أحد الطرفين لمحل العقد فعدم التوازن بين متعاقدين و ما يترتب عليه من عدم التكافؤ بين الإلتزامات التعاقدية يظهر في أنواع أخرى من العقود .[1]

ثالثا : خصائص متعلقة بشروط العقد :

يكون الإيجاب في عقود الإذعان موجه إلى كافة الناس و بشروط واحدة على نحو مستمر أي لمدة غير محدودة و غالبا ما تكون في صورة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز مناقشتها وأكثرها لمصلحة الموجب لأن الإذعان يعني عدم قدرة على مناقشة الشروط مفروضة .[2]

والإيجاب في هذه العقود يكون من الطرف القوي وحده يضع شروط العقد و لا يشاركه المتعاقد الآخر في وضعها و لا يكون أمام هذا الأخير إلا القبول أو الرفض،[3]و يجوز للقاضي إذا وجد في العقد شروط تعسفية أن يعدل من هذه الشروط أو يعفى منها.[4]

الفرع الثالث: معايير عقود الإذعان :

يتضح من خلال التعاريف الفقهية لعقود الإذعان، وجود معيارين رئيسيين يتجسد من خلالهما مفهوم عقود الإذعان، يتعلق الأول بتمتع المذعن له بوضع إحتكاري لسلع و خدمات ضرورية و يرتبط الثاني بالإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده.

أولا : معيار التمتع بوضع إحتكاري لسلع و خدمات ضرورية:

لكي يتصف العقد بأنه عقد إذعان لابد أن يتمتع الموجب بوضع إحتكاري فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة محل العقد، ذلك بأن ينفرد وحده بسوقه،[5] ويجب أن يكون محل العقد القائم عليه الإحتكار من

---

[1] –إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 50.

[2] – عبد الفتاح البيومي الحجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.2005.ص34.

[3] – بودالي محمد، شروط التعسفية في العقود ، قانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص57.

[4] – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، المجلد الأول، دار الكتب القانونية، لبنان،1986، ص 118.

[5] –محمد سلمان الغريب،" الإحتكار والمنافسة غير المشروعة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص36.

الضروريات بالنسبة لكافة الناس، وهو التوجه الذي أكدته بعض التطبيقات القضائية، حيث قضت محكمة الإستئناف العليا في الكويت ،"بعدم تكييف العقد بين شركة الهواتف المتنقلة كذا في الأصل و بين أحد المشتركين في خدمة الهاتف النقال بأنه من قبيل عقود الإذعان لأن الشركة لا تتمتع بإحتكار،بالإستناد على أن الخدمة ليست من الضروريات التي لا غنى للناس عنها"[1] والإحتكار نوعان:

1-إحتكار قانوني :

هو الذي يستأثر به صاحبه دون منافسيه و يحميه القانون و من أمثلته : ملكية براءات الإختراع و غيرها من حقوق الملكية الفكرية فيتمتع صاحبها بالإحتكار القانوني لمدة معينة إذا توافرت شروط موضوعية و أخرى شكلية[2]، أو كأن يتعاقد شخص خاص مع الدولة لتسيير مرفق النقل، أو أن يتولى تقييم الخدمة أو السلعة مرفق إقتصادي عام مباشرة أو عن طريق إلتزام المرافق العامة و ذلك كشركات التليفون و المياه و الكهرباء .[3]

2-إحتكار فعلي :

وهو الإحتكار الذي ينشأ نتيجة ظروف معينة خارجة عن سلطان القانون، حيث لا يتدخل في إنشاءها،ومن صوره مثلا أن يتمكن صاحب مشروع معين في الوصول إلى وضعية الهيمنة في السوق نتيجة سيطرته على المواد الأولية، أو حسن تدبيره و تسييره، أو أن يتواجد مشروع وحيد في منطقة منعزلة مما سيجعله بصورة فعلية في تلك الوضعية الإحتكارية.[4]

وما يلاحظ على معيار التمتع بوضع إحتكاري لسلع و خدمات ضرورية أنه معيار متشدد يضيق نطاق عقود الإذعان، و بالتالي تقليص الحماية المقررة في مواجهة هذه العقود، و بهذا سيلفت العديد من المهنيين الغير متمتعين بوضعية الإحتكار من توقيع الجزاء المناسب.

و بالتالي يعتبر هذا المعيار فضفاض ذلك أنه يختلف من حالة إلى أخرى الأمر الذي إعتمدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 248 لسنة 1969 حيث قضت بأنه : < لكي يعتبر العقد عقد إذعان

---

[1]- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص33.

[2]- سارة مرواني، الإحتكار التجاري صورة من صور المنافسة غير المشروعة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، شعبة حقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2017-2018، ص47.

[3]- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص34.

[4]- المرجع نفسه، ص34.

يجب أن يتضمن إحتكار قانونيا أو فعليا، و في القليل سيطرة على السلطة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ".[1]

ثانيا: معيار الإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده:

نتيجة للتطور التكنولوجي والاقتصادي لم يعد الانفراد بتحرير بنود العقد مقتصرا على شركات الإحتكار فقط فقد فرض هذا الأسلوب نفسه على كافة التعاملات في السوق، أمام عدة عوامل أهمها ضخامة الإنتاج و تزايد الطلب، الذين أديا إلى حتمية التوزيع السريع للسلع الذي لا يتلاءم و مناقشة العقد في كل مرة و كذا دخول جهاز الحاسوب عالم الأعمال من جهة ثانية، إذ أصبح المهنيون يعولون عليه في تحرير عقودهم، بعدما بات التشابه بين طلبات المستهلكين واضحا بحيث يكتفون بإعداد نموذج واحد للعقد على عدة نسخ، يقتصر دور المستهلك فيه على ملئ الفراغات الخاصة بمعلوماته الشخصية والإمضاء دون مناقشة بنود العقد، لا لأن السلعة أو الخدمة ضرورية بالنسبة له، مثلما كان يتطلبه المعيار القائم على الإحتكار، بل فقط لأن هذا الأخير يرى نفسه دائما في مركز ضعف بمجرد أنه يتعامل مع مهني يضعه أمام خيارين لا ثالث لهما هما : إما قبول العقد برمته أو رفضه برمته

والحقيقة أن أهم سبب يجعل المستهلك غير قادر على مناقشة بنود العقد هو ضعفه القانوني على وجه الخصوص، فهو غالبا ما يتعاقد خارج تخصصه و وفقا لهذا المعيار فإننا نكون بصدد عقود الإذعان في كل مرة يتم فيها قبول عقد محرر مسبقا أو بصورة منفردة دون مناقشته، بحيث لا يتدخل القابل إلا لإعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة للمذعن له .

و هذا الإعداد المنفرد للبنود هو ما يعرف بالعقود النموذجية الإنفرادية و ما دام أن العقد النموذجي الإنفرادي هو عقد إذعان فهو يشكل بالتالي مصدرا للشروط التعسفية.[2]

ثالثا: تحديد المعيار الراجح و موقف المشرع الجزائري :

لاشك أن معيار الإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده، هو المعيار الراجح و ذلك لعدة أسباب أهمها:

-جملة الإنتقادات الموجهة لمعيار التمتع بوضع إحتكاري لسلع و خدمات ضرورية و عدم تماشيه مع التطورات الإقتصادية والتكنولوجية .

---

[1]- محمد سلمان الغريب، المرجع السابق، ص ص، 121-122.

[2]-بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص ص،35،36.

-توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية إذ تدخل بموجبه عقود كثيرة، ليس فقط في مجال السلع بل الخدمات كذلك كالخدمات الفندقية و خدمات وكالات السفر و السياحة، و كراء السيارات .

-أغلب التشريعات العربية تأخذ به و منها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري.[1]

الفرع الرابع : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان :

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان كانت محل دراسات الفقهاء الذين إنقسموا إلى فريقين، فبعض منهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية و يذهب الفريق الآخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أ-الفريق الأول:

ينكر أيضا هذا الفريق على عقد الإذعان وصف العقد فيرى فيه مركزا قانونيا منظم تنشئه الإرادةالمنفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية و تطبيقها فهو يجب أن يفسر القانون كما يفسر القانون أو اللائحة، أو أن يطبق تطبيقا تراعى فيه ا
مقتضيات العدالة و حسن النية و ينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الإقتصاديةالتي وضع لتنظيمها أما الإذعان فليس من شأنه أن يغير من طبيعة هذا المركز لأنه لا يخلق الإلتزام و إنما يجعله منتجا فحسب.

وأنصار هذا الرأي على رأسهم الأستاذ تسالي و يتبعه في ذلك فريق من الفقهاء أغلبهم متخصص في القانون العام، أمثال ديجي و هوريو و حججهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوفر فيه الإرادة التعاقدية و هي الإرادة المشتركة و لا توجد فيه المساواة التي تفترضها فكرة العقد، و النقاش فيه معدوم و قبول المذعن فيه لا يكون عن حرية و بنية كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية هذا إلى أن الإعتراف للقوي خاصة التي تقوم بدور الموجب في العقد بالسلطة اللائحة ما يبرره لأنه يمكن لها من التصرف بحرية و بلا تردد فيساعدها بذلك أن تؤدي خدمات جليلة للإقتصاد القومي .[2]

ب-الفريق الثاني:

يرى هذا الفريق أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين و يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود و مهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه الظاهرة إقتصادية لا ظاهرة القانونية.

---

[1]- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص ص، 36-37.

[2]- عبد المنعم فرج الصده ،المرجع السابق، ص 140.

وأنصار هذا الرأي هم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا فيقولون أن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد إنضمامها إلى إرادة القابل إليها، و بذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد، و المساواة القانونية هي مطلوبة في العقد أما المساواة الإقتصادية فليست لازمة لأن إتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الآخر، ولا يشترط قانونا لإتفاق الإرادتين إتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق، أو أن يكون من عمل الطرفين .[1]

–و كل ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعد و أن يكون نوعا من الضغط الإقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي و جميع العقود مقيدة قليلا أو كثيرا بضرورات النظام الإقتصادي و السلطة اللائحية التي يراد إعطاؤها للموجب سلطة خطرة لأنها تؤدي إلى الإضرار بصالح الطرف المذعن ويضيفون إلى هذا التنفيذ نقد الفكرة المعارضة فيرون أن هذه الفكرة ينقصها معيار دقيق للتفرقة بين عقود الإذعان و غيرها من العقود الأمر الذي يجعل من الخطر تطبيق فقه، هذه الفكرة لأنه يؤدي بالمحاكم إلى عدم الدقة و التردد.[2]

و الواقع أن الطريقة التي يتم بها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدي، ذلك التطور الذي رأينا أنه جاء لتطور في الحياة الإقتصادية الحديثة و لهذا فإن هذه الطريقة لم تقتصر على عقد الإذعان بل نجدها في عقود أخرى كثيرة تتم بمجرد الانضمام من القابل لا نقاش فيه كما هي الحال في المشتريات بأسعار محددة من مجالات كبرى و الإكراه الإقتصادي أي حالة الضرورة التي تحمل المذعن على التعاقد لا يعتبر ضبط غير مشروع و لا أثر له في صحة التراضي.
إلا أنه و مع ذلك تنطوي عقود الإذعان على أخطار محتملة إذن يخشى أن يستفيد الموجب من تفوقه فيدخل في العقد بشروط تكون في صالحه و جائزة بالنسبة إلى طرف مذعن و من ثم يكون من الضروري حماية هذا الأخير.[3]

وعليه فإن علاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على العقد الحقيقي و لا تمكين القاضي من تفسير العقد كما يشاء بدعوة حماية ضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي .

---

[1]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، إلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ليبيا، ص 232.

[2]–عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 141.

[3]–المرجع نفسه، ص 142.

و يكون ذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معا : الأولى الوسيلة الإقتصادية فيجتمع المستهلكون و يتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر والثانية وسيلة تشريعية عليه فيدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان .[1]

ج_الفريق الثالث:

وهو المذهب الوسيط ما بين الرأيين تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر التعاقدي أو غير تعاقدي فمنهما ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة، ذات منفعة عامة و إن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك

و منها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية و غير التعاقدية فيعتبر عقد الإذعان خليطا من جزئين أحدهما تعاقدي و الآخر لائحي و هو رأي الأستاذ جونو

و قد إتبع رأي جونو الفقيه لوسيس.لوكا، ومنها ما يقرب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقدين الشروط الجوهرية و التبعيث و هو الأستاذ ديرو .[2]

الفرع الخامس: صور (نماذج) عقد الإذعان :

عقود الإذعان بمفهومها الواسع لا تقتصر على العقود المكتوبة فقط، و إنما يلحق وصف الإذعان حتى العقود التي تتم شفاهة.

و لكن نظرا لأهمية المعاملات، فإنه غالبا ما يتخذ الإذعان صورة عقد مكتوب يعده المحترف سلفا و يعرضه على زبائنه، و يتضمن العقد شروطا عامة، كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمن وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك

و سنتناول في هذا الفرع أمثلة عن عقود الإذعان و هي : عقد التأمين (أولا)، عقد العمل (ثانيا)، عقد النقل (ثالثا)، الإذعان في العقد الدولي (رابعا)، الإذعان في العقود التي تجريها البنوك (خامسا).

أولا : الإذعان في عقود التأمين :

عقد التأمين يضرب عادة كأبرز مثال لعقود الإذعان، و الأمر المهم الذي يؤدي بإدراج عقد التأمين ضمن فئة هذه العقود أن الموجب يحدد بصورة عامة شروط العقد بإرادة منفردة يذعن لها من يرغب في التأمين، و غالبا ما يلجأ في تحديد تلك الشروط إلى إستعمال متخصصين، و المؤمن هو

[1]–عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق،143.

[2]–لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 153.

الجانب القوي و لا يملك المؤمن له إلا أن ينزل عند شروط المؤمن، و هي شروط أكثرها مطبوعة و معروضة على الناس كافة و هذه هي أهم خصائص عقد الإذعان[1] و عقد التأمين عرفته المادة 619 من القانون المدني الجزائري : < التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن "

و قطاع التأمين من القطاعات التي تخضع غالبا للإحتكار، وإما أن يكون فعليا أو قانونيا، و حتى لا يتعرض المؤمن له إلى شروط تعسفية من المؤمن، جعل المشرع في المادة 622 من القانون المدني هذه الشروط باطلة[2] حيث نصت المادة 622 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية :

–الشرط الذي يقضي سقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان الخرق جناية أو جنحة عمدية .

– كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

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

–كل شرط تعسفي أخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه

إذن، يعتبر عقد التأمين عقد إذعان بالنسبة للمؤمن له، فهو الطرف الضعيف لذي لا يملك مناقشة الشروط التي يمليها المؤمن، و التي ترد مطبوعة بالوثيقة و معروضة على الناس كافة، فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب و القبول، إلا أن المؤمن له ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة و كل ما يملكه هو قبول الشروط التي يمليها المؤمن أو رفضها .[3]

---

[1]– عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة.2012–2013، ص 125.

[2]– المرجع نفسه، ص 125.

[3]– دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقيس، كلية الحقوق، 2007–2008، ص44.

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

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

حيث تؤكد محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها بأن عقد التأمين هو عقد من عقود الإذعان، لهذا السبب تدخل المشرع صراحة ليعيد التوازن إلى العقد، و يوفر حماية حقيقية للطرف الضعيف وهو المؤمن له من الشروط التعسفية أو على الأقل التخفيف من آثارها بإعتبارها مخالفة للعدالة .[1]

ثانيا: الإذعان في عقد النقل:

يعتبر عقد النقل من أهم نماذج عقود الإذعان، و هو عدة أنواع و قد عرفته المادة 36 من القانون التجاري الجزائري بأنه : "عقد النقل إتفاق يلزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين"

ويتضح من هذا التعريف أن عقد النقل يبرم بين شخصين هما الناقل من جهة، والمرسل في نقل البضاعة من جهة أخرى.

فمن تطبيقات عقد الإذعان في عقد النقل و هي على ثلاثة أنواع و هذا ما سنتناوله كالتالي:

1-النقل البري:

إذا كان النقل عن طريق السيارات الخاصة فالذي يظهر أن هذه الخدمة لا تعد من عقود الإذعان نظرا للمنافسة المفتوحة أمام الجميع، أما إذا كان النقل عن طريق الحافلات فالدول تختلف في إعتماد مواطنيها على النقل بالحافلات وإذا كانت خدمة النقل الجماعي ضرورية فإن عقد النقل هنا يعد عقد إذعان.

[1]-غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، الأردن،2011، ص ص-248-250.

أما خدمة النقل عن طريق القطارات فالأمر فيها أيضا يختلف من دولة إلى أخرى فإذا كانت ضرورية أو حاجية فالعقد هنا عقد إذعان.[1]

وعليه يمكن القول أن عقد النقل بالسكك الحديدية أو عن طريق الحافلات يعتبر شكلا من أشكال عقد الإذعان و ذلك لتحديد سعر التذاكر من طرف واحد هو الجهة الناقلة.

إذن فالإيجاب الذي يتم في عقود النقل هو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر ويكون ملزما لمدة أطول من العقود العادية، وهو إيجاب يجب أن ينشر بحيث يكون في وسع الجمهور أن يطلع عليه.[2] لذلك يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أن من إشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو باخرة بالشروط التي كان يمكنه أن عرفها لو كلف نفسه ذلك فهو يتقيد بالشروط الموجودة في تذكرة السفر، وكذلك بشروط التعريفة الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور و التي تشير إليها تذكرة السفر .[3] و لهذا يمكن القول أن المقصود بالنقل البري هو نقل البضائع أو الأشخاص أو البريد من مكان لآخر بوسائل النقل العادية على الطرق البرية و من خلال الإتفاق المبرم بين المرسل و الناقل

ومن خصائص عقد النقل البري أنه عقد رضائي حيث ينعقد بتلاقي الإيجاب و القبول و لا حاجة لإجراء شكلي لاحق لإتمامه و هو أيضا ليس من العقود العينية بحيث لا يشترط تسليم الشيئ المراد نقله حتى ينعقد العقد، و كذلك هو عقد تجاري، و هو عقد ملزم لجانبين، و عقد من عقود المعاوضة التي يلتقي كل من المتعاقدين فيها عوضا لما أعطاه، فالأساس من قيام الناقل بنقل البضائع و الأشخاص هو الحصول على الأجرة، عوضا عن إيصال البضاعة المنقولة إلى المكان المقصود .

و في الأخير يتضح أن عقد النقل البري هو عقد إذعان ففي أغلب الأحيان تكون للشركات الناقلة أسعار مدرجة سلفا حسب نوع و وزت البضاعة المنقولة و مسافة النقل، و بالتالي فإن صفة الإذعان تغلب على هذا العقد بالرغم من تعدد شركات النقل و إمكانية تعديل بعض الشروط .[4]

---

[1]–مريم بوحظيش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون أعمال، تخصص قانون أعمال، النظام القانوني للإستثمار، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2015–2016، ص 60.

[2]– لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص ص، 128–129.

[3]– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 130.

[4]– محمود محمد عبابنة، أحكام عقد النقل (النقل البحري–النقل البري–النقل الجوي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2015، ص 228.

–و لذلك يقول الدكتور القريشي : "...إن هذه القاعدة تطبق على عقد النقل و لكنها كثيرا ما تعدلت بسبب صفة إيجاب الناقلين العامة و الدائمة.

إن طبيعة الإيجاب هذه أدت ببعض الكتاب إلى إنكار القول تمثل الحرة القانونية في قبول هذه العقود.

يقولون إن هناك بالأحرى إذعان لا قبول و قد ساعد هذا التعبير على إيجاد فئة جديدة من العقود شخصته بين إعدادها الأغلبية العظمى لعقود النقل، خاصة النقل الحديدي.[1]

2– النقل البحري:

عرفته المادة 738 من القانون البحري الجزائري عقد النقل البحري بأنه : " يتعهد الناقل بموجب نقل البضائع عن طريق البحر بضاعة معينة إلى ميناء آخر، فتعهد الشاحن بدفع المكافأة له والمسماة أجر الحمولة ".[2]

يعتبر عقد النقل البحري من عقود الإذعان لأن أحد المتعاقدين هو الناقل بغية فرض شروطه على المتعاقد الآخر، بحيث يكون له أن يقبلها برمتها أو يرفضها جميعا، فالأطراف في عقد النقل غير متساوين في المراكز القانونية لأن الناقل في مركز تعاقبي أقوى من الشاحن الذي لا يملك حرية التفاوض و تحديد سعر النقل، أو تقديم شروطه، لذلك وجب الرجوع دائما إلى القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بتفسير العقود و تعديلها فيجب عند تفسير العقد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحر للألفاظ و مع ذلك لا يجوز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان، بما يضر مصلحة الطرف المذعن[3] و كذلك يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري و ذلك بقولها : "إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك .

---

[1]– جلال مصطفى القريشي، مطبوعة النقل، الفصل الثامن، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، الجزائر،1979، ص80.

[2]– الأمر رقم80/76 المؤرخ في 30أكتوبر 1976 ،متضمن القانون البحري ،الجريدة الرسمية،عدد29 ،سنة 1976،المعدل والمتمم بالقانون 05/98 الجريدة الرسمية عدد47 صادر سنة 1998 المعدل والمتمم.

[3]– نورهان حفيظ، الإطار القانوني لعقد النقل البحري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، أم البواقي،2015–2016، ص 11.

كما أوضحت المادة 739 من القانون البحري مدة سريان و إنتهاء عقد النقل البحري بقولها : "يبدأ عقد النقل البحري بمجرد أخذ الناقل البضاعة على عاتقه، و ينتهي بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني ".

–و كذلك يعرف على أنه:" عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأشخاص، و يسمى الناقل البحري بتغيير مكان بضاعة تسلم إليه بحرا، إما لمصلحة الشاحن أو المرسل إليه و ذلك مقابل أجرة ".[1]

كما أن النقل البحري يعتبر من فئة عقود الإذعان كذلك عقد التأمين البحري، إذ 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 المنظم إلا الاستسلام لشروطها[2] و من هذا يتضح أن من خصائص عقد النقل البحري أنه عقد رضائي حيث يكون العقد رضائيا عندما يكفي لإنعقاده رضا المتعاقدين على محل العقد و سببه و كذلك هو عقد من عقود المعاوضة حيث يتضمن إلتزامات من الناقل سواء كان مالكا أو مستأجرا للسفينة ينقل بضاعة من ميناء إلى ميناء و يقابله إلتزام من قبل الشاحن المرسل أو المرسل إليه حسب ما يتم الإتفاق عليه بدفع الأجرة المتفق عليها و كذلك يعتبر عقد تجاري فالنقل البحري من أهم الأعمال التجارية لاسيما و أن الإستثمار فيك يكون بمبالغ باهضة تستهدف الحصول على الربح و كذلك هو عقد إذعان فعقد النقل البحري بواسطة سندات الشحن ذات النماذج الخاصة و المحددة ببياناتها المستمدة من الإتفاقيات الدولية هي من قبيل الشروط الموضوعية المعدة سلفا و لا يستطيع الشاحن مناقشة الشروط المدرجة فيها أو يمنع الناقل من تدوين تحفظاته، و يقتصر على الشاحن التسليم بهذه الشروط، و بالتالي هو أقرب إلى عقد الإذعان عندما يكون النقل بموجب سندات الشحن بينما لا يكون الوضع بهذه الصورة عندما يكون النقل بمشارطة إيجار

والإشارة على أنه قد يصنف على أنه عقد إذعان لوجود شروط مكتوبة خطيا في سند الشخص لا تقوم على حجة مطلقة، لأن النقل البحري ليس مرفقا عاما و لا يتعلق بسلع ضرورية و يمكن للشاحن مناقشة الشروط أو اللجوء إلى ناقل آخر بشروط أفضل ، و قد يصح ذلك فقط بسندات الشحن للخطوط المنتظمة، ولذلك فإننا مع الرأي القائل أن عقود النقل البحري تصنف على أنها من قبيل عقود الإذعان إلا

[1]– نورهان حفيظ، المرجع السابق، ص9.

[2]–لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص ص، 132–133.

أن صفة الإذعان قد خف أثرها في ضوء المنافسة الدولية لحماية الشاحنين من شروط الإعفاء، ومتى توفرت صفة الإذعان التي يقدرها قاضي الموضوع أمكن تطبيق القواعد المتعلقة بعقود الإذعان.[1]

وفي هذا الإطار نص المبدأ العام لقرار المحكمة العليا في القضية (ش-ج-ت-ن-ك-ج) ضد (ش-ك-ل-ل) على ما يلي :

من المقرر قانونا أنه :" يبدأ عقد النقل البحري بمجرد ما يأخذ الناقل البضاعة على عاتقه و ينتهي بتسليمها إلى المرسل إليه ".

ومن المقرر قانونا أيضا أنه :" إذا حصلت خسائر للبضاعة المنقولة فإن على المرسل إليه تبليغ الناقل كتابيا في ميناء التحميل قبلأووقت تسليمها....وإذا لم تكن الأضرار و الخسار ظاهرة فيبلغ عنها خلال الثلاثة أيام من تاريخ إستلامها و إلا إعتبرت متسلمة حسب وثيقة الشحن لغاية ثبوت العكس"

و من المستقر عليه قضاء أن التسليم بالمعنى القانوني يتم عندما يعرض الناقل أو ممثليه البضائع للمرسل إليه، و يحصل على القبول من طرفه و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف أخلطوا بين التسليم و التفريغ حينما إعتبروا أن وصول الباخرة إلى الميناء و تفريغ البضاعة بمثابة التسليم القانوني و متى كان كذلك إستوجب النقض .[2]

3-النقل الجوي:

يخضع عقد النقد الجوي للقواعد العامة للعقود من حيث توافر الرضا و المحل و السبب، و محل العقد في حالة نقل الأشخاص هو الإنسان، بينما محل العقد في حالة نقل البضائع هي البضائع، و ينبغي أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود و أن يكون مشروعا، فلا يجوز نقل شحنة من المخدرات أو المهربات الأثرية إذا كان الناقل على علم بها و لكن يجوز نقل الغازات السامة و المواد الخطيرة و النووية بعد الحصول على تصريح مسبق .[3]

لهذا يعتبر عقد النقل الجوي من عقود الإذعان رغم أنه يقوم على مبدأ الرضائية فالإذعان مفاده الرضوخ لشروط العقد المحددة سلفا دون أن يكون لإرادة الطرف المذعن دور فيها، و يعتبر من عقود الإذعان إذ أن شركات الطيران تعرض شروطها المطبوعة على الكافة و لا تقبل مناقشة فيها، و لذلك

---

[1]- محمود محمد عبابنة، المرجع السابق،ص66.

[2]- قرار قضائي رقم: 29 49 11، صادر بتاريخ 1994/09/27، قضية: (ش.ج.ت.ن.ك.ج) ضد:(ش.ك.ل.ل)، مجلة قضائية للغرفة التجارية و البحرية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999، ص 169.

[3]- محمود محمد عبابنة، المرجع السابق، ص 293.

يكون القبول في هذه الحالة إذعانا إلا أنه لا يجرد العقد من طبيعته الرضائية، نظرا لأن المساواة المطلقة بين المتعاقدين يكاد يكون أمرا مستحيلا فأحد الأطراف في مركز ضعيف لا يخوله الوقوف على قدم المساواة مع الطرف الآخر و رغم رضوخ صفة الإذعان في عقد النقل الجوي إلا أنه كغيره من العقود يتم إنعقاده بمجرد تلاقي الإرادتين و تطابقهما.

ولما كان عقد النقل الجوي يتم إنعقاده بمجرد تطابق الإرادتين فيعتبر من العقود الرضائية سواء كان عقد نقل أشخاص أو بضائع و لا يغير من ذلك قيام الناقل الجوي بتحرير وثيقة للنقل سواء كانت هذه الوثيقة تذكرة للسفر أو للمكاتب أو سند للنقل، فهذه الوثيقة ينحصر دورها في كونها أداة لإثبات العقد و مضمونه.[1]

وكذلك يعتبر عقد النقل الجوي من العقود التجارية و عليه فلا يتصور نقل جوي مجاني في شركات الطيران التجارية، و يترتب على إعتبار العقد تجاريا أنه يجوز إثبات العقد أو ما يتعلق به بجميع طرق الإثبات، و إذا كان المسافر أو من يقوم بشحن أثاث منزله من غير التجار فإن العقد يكون تجاريا للناقل و مدنيا للمسافر.[2]

ثالثا: الإذعان في عقد العمل :

ينقسم عقد العمل إلى قسمين : عقد عمل فردي، و عقد عمل جماعي فعقد العمل الفردي يمكن أن يوصف بأنه من عقود الإذعان، و هو ذلك العقد الذي يتم بين العامل و رب العمل إذ يقدم هذا الأخير شروط عقد العمل في صورة إيجاب دائم، لكونه صاحب إحتكار قانوني أو فعلي، و ما على العامل إلا أن ينظم هذه الشروط فتحدد بذلك العلاقة بين العامل و رب العمل و نتيجة لعدم التكافؤ الواضح بين الطرفين فقد لجأت التشريعات في إيجاد قوعد قانونية تحمي الطرف الضعيف في العقد[3] و قد أفرزت محاولات فقهية و تشريعية عدة تعاريف لعقد العمل.

---

[1]–عدلي أمير خالد، عقد النقل الجوي في ضوء قانون الطيران المدني الجديد و المستحدث من أحكام النقض و آراء الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص ص،15،16.

[2]–محمود محمد عبابنة، المرجع السابق، ص 294.

[3]–عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار المعارف، مصر، ص 115.

1-التعريف الفقهي :

هناك من عرف عقد العمل بأنه: " إتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بإنجاز أعمالا مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح آخر و تحت إشرافه مقابل عوض ".

2-التعريف التشريعي:

من المعروف أنه ليس من مهمة التشريعات وضع تعاريف[1]، فيمكن تعريف عقد العمل في التشريع الجزائري من خلال نص المادة 08 : " تنشأ علاقات العمل بعقد كتابي أو غير كتابي و تقوم هذه العلاقة على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، و تنشأ عنا حقوق المعنيين وواجباتهم وفقا لما يحدده التشريع و التنظيم والإتفاقيات أو الإتفاقيات الجماعية و عقد العمل.[2]

لذلك يمكن القول أن هذا النوع من العقود هو نتائج للتطور الإجتماعي والإقتصادي الذي أدى إلى تدخلات تشريعية أرست قواعد قانونية تتلاءم و الحالات المتوقعة للتطور، كما يمكن أن يكون التشريع قد أهمل بعض الأوضاع نتيجة للتركيب الإجتماعي المعقد .

وقد تقتصر نظريته على القواعد التي تراها التنمية تحقق منفعتها و هذا ما نراه في تطور قواعد التشريع التي تحكم علاقات العمل لذلك تختلف تشريعات العمل من بلد إلى آخر وفقا للنظام الإقتصادي والسياسي الذي تنتهجه البلاد .[3]

حيث أنه من المعتاد لدى الشركات أن تعد عقدا نمطيا إلى جميع العاملين فيها التوقيع عليها ولا يكون لطالب العمل فرصة المناقشة لما يرد فيه من شروط و أحكام.

وعليه فمن خصائص عقد العمل أنه عقد إذعان[4] و أصبح يصنف ضمن العقود المسماة لا يحتاج إلى تعريف شامل يجمع عليه الفقهاء و المشرعين الأصل فيه الرضائية، ذلك أن عقد العمل ينتج آثاره بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين .

كما لا يجوز أن يتضمن العقد المحدد ما يفيد تمكين أحد الطرفين أو كلاهما بحق فسخ العقد لأن ذلك يتعارض مع أحكام هذا النوع من العقود الخاصة و الغاية التي يسعى إلى تحقيقها، و من ثم تتجلى

---

[1] -https//www.fac-droit-alger.dz/droit/pif-2014/hamia/el wajiz-bif.

[2]-المادة 08 من القانون رقم 90-11المؤرخ في 26 رمضان 1410، الموافق ل 21أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بقانون رقم 21-29، مؤرخ في 14 جمادى الثانية 1412، الموافق ل21 ديسمبر 1991، جريدة رسمية، عدد 68، سنة 1991.

[3]-لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 134.

[4]-مريم بوحظيش، المرجع السابق، ص 59.

أهمية تحديد المدة في عقود العمل المؤقتة خاصة بالنسبة للعامل في حالة الإستمرار في مزاولة عمله رغم نهاية أجل العقد .[1]

ولا يعني ذلك أن علاقة العمل تخضع لأحكام عقد العمل المبرم بين العامل و المستخدم فحسب و لكن تخضع فضلا عن ذلك للنصوص التشريعية التي تنظم ميدان العمل و التي تهدف إلى تنظيم العلاقات الفردية والإجتماعية بين العمال الأجراء و أصحاب العمل .[2]

رابعا : الإذعان في العقد الدولي :

يعبر العقد عموما عن توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، يتمثل في إلتزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص آخر أو أكثر، بإعطاء شيئ أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، مقابل تعويض مادي أو عيني.

ينطبق هذا التعريف أيضا على العقود الدولية التي تتميز بخصوصية عدم التكافؤ القانوني بين أطراف العقد و في إمكاناتهم الفعلية، مما يؤدي حتما إلى التعسف في حق المستهلك ما يحقق الإحتكار والتحديد المسبق لبنود العقد بناءا على مصالح الطرف الأقوى و قبول الطرف الضعيف بهذا الإذعان لحاجته الإقتصادية الملحة ما يؤدي بنا القول أن العقود الدولية عقود إذعان .[3]

ولهذا يمكن القول أن العقد الدولي هو ذلك الإتفاق الذي يتم بين شخص أو عدة أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة ويخضعون في تعاملهم إلى مجموع العلاقات القانونية المتبعة دوليا و المتولدة في القوانين الداخلية، والمعاهدات الدولية و القوانين الدولية والأطراف الدولية .

وأبرز مثال على ذلك هو عقد البيع الدولي.[4]

وعلى هذا الأساس فالقاعدة العامة أن مواضيع العقد الدولي تتم أو تبرم بمجرد أن يتبادل طرفاها التعبير عن إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، و يتولى القانون رسم إطار و فعالية ذلك الأثر، بل يجب فوق ذلك إفراغ الإرادة في شكل معين كورقة عرفية أو رسمية مثلا، و يكون ذلك

[1]–بن صاري ياسين، عقد العمل محدد المدة، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر،2009، ص، 20–28.

[2]–مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية و الممارسة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2011، ص ص، 20–21

[3]–مريم بوحظيش، المرجع السابق، ص 62.

[4]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 235.

عادة حينما يتعلق الأمر بتصرف معين على درجة من الأهمية، بحيث يبدوا الشكل المتطلب كوسيلة لتنبيه المتعاقدين إلى خطورة ذلك التصرف .[1]

خامسا :الإذعان في العقود التي تجريها البنوك :

تتبع البنوك من حيث موضوعها أسلوبا واضحا في النماذج المصرفية كالعقود و غيرها من حيث الشكل و الموضوع، بحيث تكون العلاقة واضحة بين أطراف التعامل بعيدة عن اللبس و الغموض و تصاغ بطريقة يسهل تفسير شروطها أما من حيث الشكل فلها شكل خاص تتبعه كافة المصارف ذات آثار خاصة كالتعامل بالأوراق التجارية و غيرها تعتمد كافة البنوك في كافة نماذجها على أسلوب موحد قد يصفها البعض بأنها عقود إذعان رغم توضيحها لحقوق و واجبات كل من البنك و عملائه .

تحمل عقود الإئتمان عموما مزايا للمستهلك تتمثل في حصوله على قروض من مؤسسات تختص بذلك، حيث ينفرد المقرض بصياغة عقد القرض على نحو يضعف من مركز المقترض، و تأسيسا على الأسلوب الموحد لكافة النماذج دون المفاوضة في بنودها، لهذا تعتبر العقود التي تجريها البنوك في الغالب هي عقود إذعان .[2]

المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان :

يخضع عقد الإذعان كسائر العقود من ناحية إبرامه إلى رضا، محل، سبب، شكلية، و هذا ما سنتطرق إليه:

الفرع الأول: الرضا:

إن الركن الأساسي في جميع العقود هو التراضي أي الإيجاب و القبول و تطابقهما بالإرادة الحرة، و يتميز الإيجاب و القبول في عقد الإذعان ببعض الأحكام الخاصة، و ذلك نتيجة لتراجع إرادة أحد المتعاقدين تراجعا كبيرا بسبب عدم التوازن الإقتصادي بين مركز طرفي العقد إذ أن أحدهما يكون في مركز إقتصادي قوي لإحتكاره سلعة أو خدمة ضرورية و الأخر يكون في مركز ضعيف نظرا لإحتياجه لهذه السلعة أو تلك الخدمة .

أولا : الإيجاب في عقد الإذعان :

يكون الإيجاب في عقد الإذعان عن طريق عرض السلعة أو خدمة على الجمهور، المستهلكين أو المنتفعين و هو عرض بات و دائم يعلم به الكافة و بشروطه و بنوده الموضوعة مقدما و تكون في

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 217.

[2]–مريم بوحظيش، المرجع السابق، ص ص، 61 –62.

شكل نماذج تعتمد من قبل جميع الأطراف[1] و يتميز الإيجاب في عقد الإذعان بأنه إيجاب يصدر في صورة قاطعة و يشمل كل شروط العقد الجهوية و التفصيلية و لا يكون الموجب على إستعداد للمناقشة فيه، و بذلك لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من مجرد القبول يكون بمثابة تسليم و إذعان لما صدر من الموجب إلا أن هذا لا يمنع بعض الصور من أن يكون العرض الصادر من الطرف القوي في العقد مجرد دعوة لا ترقى إلى مستوى الإيجاب و ذلك حين تكون شخصية الطرف المذعن محل إعتبار للعقد[2] و هذا ما نصت عليه المادة 70 من ق،م.ج

كما أن الإيجاب في عقد الإذعان يتميز بالعمومية أي أنه إيجاب عام، يوجه إلى الجمهور أو إلى فئة معينة، و لا يوجه شخص معين هذا الكلام.[3]

ثانيا : القبول في عقد الإذعان :

الأصل في القبول هو الموافقة على إنشاء العقد بناءا على الإيجاب أي التعبير البات عن إرادةالطرف الذي وجه إليه الإيجاب و يعتبر القبول في عقد الإذعان خضوع و تسليم للشروط السابقة التي إستقلالموجب بوصفها، و هذا ما نصت عليه المادة 70 ق.م.ج" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم للشروط المقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها ".

فالقبول في هذا العقد يكون بإنظمام الطرف الثاني أي القابل مذعنا بالإيجاب بشروطه دون أن يناقش تلك الشروط أو أن يغير فيها أو يعدل فيها شيئا و ربما لا يطلع عن تلك الشروط لأن الإيجاب يتعلق بالسلع و الخدمات الضرورية التي لا غنى له عنها و القبول دائما لا يعبر عن رضا الحقيقي لأن القابل لا يملك شيئا إتجاه الشروط.[4]

و يستلزم من أهم القبول في عقد الإذعان أنه لا يمكن للموجب أن يرفض القبول فإذا كان الموجب يتمتع بإحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه إذ هو ملزم بالإستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الإلتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد، و إذا كان يتمتع بإحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب غير مشروع، وإلا كان متعسفا في هذا الرفض و تترتب مسؤوليته .[5]

---

[1]–بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، دون تاريخ النشر، ص 190.

[2]–فرج الصدة، المرجع السابق، ص 137.

[3]–رسلان أنور، الموجز في مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1996، ص 64.

[4]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 282.

[5]–عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 139.

الفرع الثاني: المحل

يتمثل محل عقود الإذعان،في السلع و الخدمات،و هاذين المصطلحين غير المعروفين في اللغة القانونية الكلاسيكية،هما اليوم الأكثر إستعمالا في القانون الإقتصادي، وعلى وجه الخصوص قانون الإستهلاك.[1]

أولا : إحتكار السلعة أو الخدمة :

يتميز المحل في عقد الإذعان بأنه يتعلق بسلع أو خدمات تكون خاضعة لإحتكار قانوني أو فعلي و تكون المناقشة محدودة النطاق نتيجة ظروف الإتفاق بين أصحاب السلعة أو الخدمة .[2]

ثانيا : ضرورية السلعة أو الخدمة:

يجب أن يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة إلى الجمهور و ليس إلى شخص بعينه بحيث لا يمكن للجمهور الإستغناء عنها في حياتهم، كالكهرباء و الغاز والتأمين.[3]

الفرع الثالث: السبب:

السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد الذي يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد ،و يشترط فيه أن يكون مشروعا و إذا كان السبب غير مشروع أصبح العقد باطلا لبطلان ركنه .

–و يتميز السبب عن المحل من حيث مجال تطبيق كل منهما فالمحل ركن في كل إلتزام ، بينما السبب يكون ركنا في الإلتزام الإرادي فقط.[4]

---

[1] - jean calais – Auloy, frank steinmetz : « Droit de la consomation » 5eme edition, dalloz, parais, France, 2006, p215..

[2]– أحسن عبد الباسط الجمعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستهلاك دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص108.

[3]–عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة متعمقة و مقارنة الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ النشر، ص 96.

[4]–لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص93.

المبحث الثاني : آثار عقد الإذعان و إنقضاءه :

سنتناول من خلال هذا المبحث آثار عقد الإذعان من خلال (المطلب الأول)، وانقضاء عقد الإذعان من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار عقد الإذعان:

تتمثل أثار عقد الإذعان في أثرين إثنين مهمين و هما حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية هذا بالنسبة للأثر الأول و يتمثل الأثر الثاني في تفسير الشك لمصلحة المذعن دائنا أو مدينا . و عليه سنتناول في (الفرع الأول) حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية، في حين يبقى (الفرع الثاني) لدراسة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا.

الفرع الأول: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية:

قبل التطرق إلى هذه الحماية و مضمونها يجب أولا تعريف المستهلك و ما هو المقصود بالشروط التعسفية.

* تعريف المستهلك: " هو كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك أي بمعنى الإستعمال أو إستخدام مال أو خدمة،"[1] أو "هو ذلك الشخص الذي يتعاقد لأجل مهنته و لمباشرة نشاطه التجاري أو الفني على سبيل الإعتياد، سواء كان هذا النشاط تجاريا أو مدنيا إضافة إلى أنه ليس المستهدف النهائي للسلعة أو الخدمة."[2]

* تعريف الشروط التعسفية :

لقد إختلف الفقه في تعريف الشروط التعسفية على النحو التالي : عرف الشرط التعسفي بأنه : " شرط في العقد يترتب عليه عدم التوازن الواضح بين الحقوق و إلتزامات كل من المهني و المستهلك المترتبة على عقد الإستهلاك نتيجة إستخدام المهني قوته الإقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر و هو المستهلك ."[3]

وهناك من عرفه بأنه : " كل شرط ورد بصورة منفردة أو مشتركة مع بنود أو شروط أخرى حرر مسبقا في إطار العقود التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين و بين المستهلكين مع إذعان أحدهم ،محله

---

[1]–انظر قانون المستهلك الذي نظمه المشرع الجزائري، القانون 09–03، المعدل والمتمم.

[2]–إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014، ص27.

[3]–عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية،2004، ص25.

بيع سلعة أو تأدية خدمة بحيث يحدث هذا الشرط إخلالا ظاهرا بين حقوق و واجبات الأطراف".[1]–و مع هذا حتى نعتبر الشخص مستهلكا لابد من توفر بعض الشروط وهي :

*أن تكون هناك سلعة أو خدمة.

*أن يكون إقتناءها من طرف شخص طبيعي أو معنوي.

*الإستهلاك النهائي للمنتوج (سد حاجات شخصية أو عائلية أو لحيوان).[2]

أولا : **مضمون حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية :**

لتبيان الحماية المقررة لطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقد الإذعان لابد أولا من توضيح إستفادة هذا المستهلك المذعن من الحماية ثم تبيان كيف للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو يستبعدها نهائيا .

فإذا كان دور القاضي في القواعد العامة يتمثل في مجرد التفسير بغية إعمال القانون عليها غير أنه خروجا عن القاعدة العامة أعطاه المشرع سلطة إستثنائية لتعديل أي شرط أنه قد يلحق ضررا بالمتعاقد آخر المذعن أو إعفاءه منه[3]، و هذا ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري :" إذا تم عقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك >[4].

1–شروط إستفادة الطرف المذعن :حتى تتقرر الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، لابد من توافر ثلاث شروط :

–أولا : أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم و صحيح.

–ثانيا : أن يتضمن العقد شرطا أو شروط تعسفية .

–ثالثا : أن يكون المذعن في موقف ضعيف .

---

[1]–عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر،2012–2013، ص 12.

[2]–قنوش زينب، آليات حماية المستهلك (عقد التأمين نموذج)عن مذكرة لإستكمال نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال إستثمار، جامعة 8ماي 1945، قالمة،2016–2017 ،ص 8.

[3]–غسان رباح، قانون حماية المستهلك جديد، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 127.

[4]– الأمر رقم58/75المؤرخ في26سبتمبر1975المتضمن القانون المدني جريدة رسمية عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر1975،المعدل والمتمم رقم 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007 جريدة رسمية عدد 31 الصادر في 13ماي 2007.

أ-وجود عقد قائم و صحيح :

لبسط الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان لابد أن يكون هناك عقد قائم يتوافر على عنصر التراضي من إيجاب و قبول و أن يكون صحيحا خال من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، و التدليس، والإستغلال، والإكراه، التي قد تشوب هذا العقد، وأن يكون له محل موجود أو قابل للوجود ومشرع و بالإضافة إلى سبب العقد الذي يشترط فيه المشروعية و عدم المخالفة للنظام العام والأداب العامة.[1]

ب-تضمن العقد شرط أو عدة شروط تعسفية :

بعد قيام العقد الصحيح خال من كل عيب من شأنه إبطاله ،لابد أن يتضمن شرط أو عدة شروط تعسفية تتطلب بسط الرقابة عليها بهدف إعادة التوازن للعقد أو على الأقل التفاوت الكبير فيه و إذا لم يكن العقد متضمن لأي شرط تعسفي فلا محل لمراجعة القاضي.[2]

ج-الضعف الإرادي لطرف مذعن :

ما يميز عقد الإذعان هو ضعف الطرف المذعن في مواجهة المتدخل أو المهني الذي لا يوجد أمامه سوى الإذعان و الرضوخ للشروط المفروضة عليه، لأنه لو كانت هذه الشروط نتيجة مفاوضات بين الطرفين فإن المادة 106 من القانون المدني الجزائري هي التي تنفذ الأحكام بإعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ،و لا تعديله ،إلا بإتفاقهما و كانت الشروط التعسفية ،فما دام تم التفاوض بشأنها و قبولها فلا تطبق عليه الحماية، ذلك أن الحماية مقررة للطرف الضعيف المذعن على قبول شروط العقد دون مفاوضة حولها و مناقشتها، فإن رغب قبل و أبرم العقد، و إلا ينصرف نهائيا عن العقد فإن قبل و أبرم العقد تدخل القاضي لحماية الإرادة الضعيفة للمتعاقدين إما بالتعديل أو الإعفاء منها .[3]

2 _سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها :

حسب القواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، و خروجا عن هذه القاعدة و توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان إعترف القانون

---

[1]-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، إسكندرية، مصر، ص73.

[2]- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة معارف، إسكندرية، مصر، ص 56.

[3]-عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2002 ص ص،32-33.

بسلطة إستثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، لتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود أو الإعفاء عنها كلية .

و وفقا لنص السياق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و إنما لا يأتي له ذلك إلا بناءا على طلب الطرف المذعن المستهلك عملا لمبدأ حياد القاضي المدني.[1]

أ_الشروط القانونية لتدخل القاضي بسلطته في تعديل العقد في مجال الإذعان :

***-شرط وجود عقد الإذعان:**

لا يتدخل القاضي في عقد الإذعان إلا إذا رفع إليه نزاع يتعلق بوجود شرط تعسفي أو أكثر في هذا العقد، والتي من شانها إرهاق الطرف المذعن في هذا العقد، و ذلك نتيجة لإنفراد الطرف الآخر بإملاء شروط التعاقد، ونكون أمام عقد الإذعان إذا توافرت لدينا الشروط السالفة الذكر و هي :

-ان يكون موجب محتكرا فعليا و قانونيا أو على الأقل مسيطر سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق و أن يعد المحتكر شروطا محددة تقبل جملة أو ترفض حيث يصدر إيجابه غالبا في قالب نموذجي بصيغة مطبوعة، تحتوي على شروط تعسفية مفصلة لا تجوز مناقشة فيها، و أن يكون هذا العرض موجها إلى الجمهور بصفة عامة أي أن لا يكون موجهها إلى شخص معين بعينه، و لمدة محددة و أن يتعلق إيجاب بمرفق أو سلعة لا يتصور إستغناء الجمهور عنها .*شرط ان يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية :

القاضي هنا يتفحص العقد من حيث الشروط التي يتضمنها فإذا ما وجد ضمن شروطه شرطا تعسفيا فرضه الموجب بحكم مركزه القوي في العملية التعاقدية، فإن القاضي في هذه الحالة يجد المبرر القانوني لتدخله فيكون له الحق في تعديل هذا الشرط أو تلك الشروط بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين أو يحقق الإرهاق الذي يمكن أن يلحق الطرف المذعن أي الطرف الضعيف في العقد نتيجة الشروط التعسفية ،أو يكفي الشروط كلية عنه بحيث يعفي الطرف المذعن منها و ذلك بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص :"إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن

[1]-عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص ص، 32-33.

يعفى الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك ..."[1].

3_الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو إستبعاده الشرط التعسفي :

حتى يضمن المشرع الحماية الفعالة للطرف الضعيف أعطى للقاضي سلطة لتدخل في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه لكن الإشكالية التي تثور حول هذه المادة هي هل أن القاضي متى طلب منه الخصوم التعديل أو الإعفاء سيستجيب أم أن له السلطة التقديرية في تحديد الطابع التعسفي من عدمه

-لقد أوضحت المادة 110 من القانون المدني الجزائري أن سلطة التعديل أو الإعفاء جوازية وليست وجوبية و عليه فرغم وجود الشرط التعسفي إلا أنه للقاضي أن يمتنع عن إستخدام هذه السلطة الممنوحة له إذ ترجع المسألة إلى تقديره و مدى قناعته بإستخدام هذه الرخصة من عدمها مع التأكيد أن القاضي لا يمكنه التدخل من تلقاء نفسه عملا بمبدأ حياد قاضي .[2]

و يرى جانب من الفقه أنه تتوفر الحماية أكثر و أضاف المشرع جملة < يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك " فلا يجوز الإتفاق على سلب القاضي سلطة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية ذلك أنه لو كان جائزا مثل هذا الإتفاق لما تأخر المتدخل في جعله من شروط العقد و لا إنعدمت الحماية القانونية للطرف المذعن .[3]

الفرع الثاني : تفسير عقد الإذعان لمصلحة المذعن :

نتيجة الشروط التعسفية التي تحتوي عليها معظم عقود الإذعان، أدت هذه الأخيرة إلى تفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف فيه و هذا ما سنتناوله بدء(أولا) مفهوم التفسير، (ثانيا) تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف الضعيف،(ثالثا) إنفساخ العقد.

أولا : مفهوم التفسير :

*التفسير لغة :

هو مصدر الفعل الرباعي فسر بتشديد السين مضاعف الفعل الثلاثي فسر، بالتخفيف يقال فسرت شيئا فسرا من ضرب بينته و أوضحته و تثقيل المبالغة.

---

[1]- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 66.

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص61.

[3]- مرجع نفسه، ص 62.

التفسير إصطلاحا :

لقد تعددت تعاريف التفسير في معناه الإصطلاحي و ذلك بالنظر إلى طبيعة الشيء المراد تفسيره و أهم هذه التعاريف :

-عرف التفسير بأنه :" بيان معاني الألفاظ و دلالتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص" .

-و عرف على أساس الباعث فيصل إلى تعريفه أنه : " القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين وبالنظر في التعريف ندرك الغاية في التفسير وهي إستخلاص إرادة صاحب التعبير في التصرف الإنفرادي،و الإرادة المشتركة للمتعاقدين في العقد، و بالتالي يتحقق جلاء اللبس و الغموض الذي يلحق التصرف ".[1]

-وعرف التفسير بحسب الهدف الذي يرمي إليه : < يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، و ذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يمكن تحديد مضمون العقد، والوقوف على الإلتزامات التي يولدها"[2]

-و عرف التفسير بذكر غايته و وسائله بأنه تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما إعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد و العناصر الخارجة عنه و مرتبطة به ".[3]

ثانيا: تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف الضعيف في التشريع الجزائري :

تناول المشرع الجزائري نظرية التفسير عند معالجته لآثار العقد في المادتين 111-112 من القانون المدني الجزائري.

وحالة تفسير عقد الإذعان لغيره من العقود لا تخلو من الأوضاع الثلاثة فإما أن تكون عباراته واضحة، و إما أن تكون غامضة، و إما أن يشك القاضي في إتجاه الإرادتين:

الحالة الأولى: عندما تكون عبارة عقد الإذعان واضحة:

-تنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا كانت عبارة العقد الواضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها لتعرف على إرادة المتعاقدين ".

---

[1]-فودة عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المقارن، منشأة معارف الإسكندرية، مصر، ص 111.

[2]-مرجع نفسه، ص 112.

[3]-فودة عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 15.

وهذه الفقرة تفيد أنه عندما تكون عبارة عقد واضحة في جملتها في الدلالة و كانت هذه الدلالة مطابقة لما إتجهت إليه هذه الإرادة فإن العقد هنا لا يحتاج إلى بذل جهد إلى تفسيره بل إن على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر لها، و هذا ما ذهبت إليه التشريعات العربية .[1]و ينطبق هذا الحكم الذي أوردته النصوص على عقد الإذعان كما ينطبق على كل أنواع العقود الأخرى.

وقضى في ذلك بأنه: " من المقرر أنه إذا كانت عبارات المحررات أو العقود واضحة و ظاهرة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة محرريها أو المتعاقدين إذ لا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح و إنه و إن كان من سلطة المحكمة الموضوع تفسير الإتفاقيات والمحررات لتعرف على حقيقة القصد منها فإن ذلك مشروط بألا يكون في التفسير خروجا عما تحتمله عبارات الإتفاق أو المحرر أو تشويها لحقيقة معناها.

الحالة الثانية : غموض عبارة العقد :

تنص المادة 2/111 قانون مدني جزائري على أنه: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون توقف عند معنى الحر في الألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافرا من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعقد الجاري في المعاملات ."

ويتبين من خلال هذا النص أنه إذا كانت عبارة العقد غيرواضحة يكتنفها الغموض فإنها تصبح بحاجة إلى تفسير القضاء الذي عليه أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين فالقاضي في حالة ما إذا ثبت لديه غموض في العقد وجب عليه تفسير العبارة الغامضة و للوصول إلى معرفة النية المشتركة بين الإرادتين يحاول أن يكشف عن الإرادتين الباطنيتين لكل من المتعاقدين بواسطة إرادتهما الظاهرتين المعبر عنهما ليتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقا و هو يهتدي في ذلك بالوسائل التي أثر بها النص الوارد في المادة 111 و هي : طبيعة التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين و بالعرف الجاري في المعاملات .[2]

وتعتبر هذه العوامل إرشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد، و ليس ملزما بها، بحيث لا يقتصر عليها لذلك عليه أن يبحث في وسائل أخرى، للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين[3]

---

[1]–حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر، القاهرة، 1997، ص 153.

[2]–سليمان علي، مرجع سابق، ص 102.

[3]–علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك، دار الهدى للنشر، الجزائر،2008، ص 77.

و بذلك يكون المشرع قد أوضح عدة عوامل يستهدف بها القاضي للوصول إلى غرضه من تفسير العقد و هي طبيعة التعامل و العادات الجارية، و ما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن نية و شرف التعامل، و أيضا ما بينهما من أمانة و ثقة .[1]

الحالة الثالثة : عندما يكتنف الشك إرادة المتعاقدين :

تنص المادة 112 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات في العود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ."[2]

يتبين من نص هذه المادة أنه إذا كانت القاعدة العامة أن الشك في تفسير العقود يفسر في مصلحته المدين فإن الشك في عقود الإذعان يجب أن يفسر دائما لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا كما أن تفسير عقد الإذعان لا يكون على أساس القصد المشترك للمتعاقدين بل على حسب الغرض الذي سعى إليه المتعاقدان .[3]

لأن في عقود الإذعان ينفرد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد و إملائها على إرادة الطرف الضعيف فقد يرد في العقد شروط تحمل أكثر من معنى واحد و هذا الإبهام يكون مرده إما إيراد المتدخل شرط خاص غامض و ناقص كما هو الحال بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الأداءات التي يلتزم بهما البائع، في إطار الضمان الإتفاقي حتى يتمثل في إصلاح المبيع أو إستبداله أو رده، و قد يكون مرده أيضا إلى التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين و تنص في قسم آخر منها على نفس الخطر يغطيه التأمين و قد ذهب الفقه إلى تبرير موقف المشرع في تفسير غموض لمصلحة الطرف المذعن بأنه أحد المقصر بخطئه و حمله المسؤولية في صياغة شروط العقد بإعتباره هو السبب في الغموض أو ما يحيط بشروط العقد من شك .[4]

المطلب الثاني: إنقضاء عقد الإذعان

ينقضي عقد الإذعان كسائر العقود وفقا للقواعد العامة، وهذا ما سنتناوله(أولا)بتنفيذ الإلتزامات،(ثانيا) بالفسخ، (ثالثا) بالإنفساخ.

---

[1]–علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص ص، 79 –80.

[2]–أنظر المادة 112 من القانون المدني الجزائري

[3]–لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص 150.

[4]–خالد عبد الفتاح، محمد خليل، حماية المستهلك، دار النهضة، مصر، 1994، ص232.

أولا : إنقضاء العقد بتنفيذ الإلتزامات :

تنشأ عن كل عقد إلتزامات متبادلة بين أطرافه تتميز تلك الإلتزامات بكونها مؤقتة، و بالتالي لابد أن تنقضي بإنقضاء الإلتزام أي بتنفيذ العقد و هو ما يسمى بالوفاء، و قد ينقضي بما يعادل الوفاء.ويشمل :

1/الوفاء بمقابل.

2/التجديد و هو إنشاء إلتزام جديد محل الإلتزام القديم الذي ينقضي.

3/المقاصة و هي إنقضاء الدين الموجود من حق مقابل له للمدين في ذمة الدائن .

4/إتحاد الذمة و هو إنقضاء الدين بإجتماع صفتي الدائن و المدين في شخص واحد.

–و قد ينقضي الإلتزام دون الوفاء و يشمل:

1/الإبرام.

2/إستحالة التنفيذ بسبب أجنبي لايد للمدين فيه .[1]

ثانيا : إنقضاء العقد بالفسخ :

يقصد بالفسخ : " حل الرابطة العقدية بناءا على طلب أحد طرفي العقد، إذا أخل الطرف الآخر بإلتزامه فالفسخ جزاء إخلال العاقد بإلتزامه ليتحرر العاقد الآخر نهائيا من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد."[2]و بالتالي لا يكون الفسخ إلا فيالعقودالملزمةلجانبين، ففي كل عقد ملزم لجانبين إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ إلتزامه كان للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد.[3]

و لفسخ العقد شروط يخضع لها المتعاقد و هي ثلاثة منها إما يتعلق بالعقد المراد فسخه و الذي يشترط فيه أن يكون تبادليا أي ملزما للجانبين و منها ما يتعلق بالمتعاقد الآخر و يتمثل في إمتناعه عن تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه بموجب العقد أما الشرط الثالث فهو يخص المتعاقد الذي يطالب بفسخ العقد، إذ يجب عليه أن لا يكون مقتصرا في تنفيذ إلتزاماته .

و من الفقهاء من أضاف شرطا آخر و هو أن يكون متعاقد طالب الفسخ قادرا على إعادة الوضع على ما كان عليه قبل التعاقد، و ينتج عن فسخ العقد آثار تناولها المشرع في المادة 112 من القانون

---

[1]–لعشب محفوظ حامد، المرجع السابق، ص 189.

[2]–بلعيور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 125.

[3]– أبو الخير عبد الونيس الخويلدي ،حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 20.

المدني الجزائري تتمثل في إعادة الأطراف إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد و قد تمتد هذه الآثار إلى الغير الذي يكون قد تلقى حقا من أحد متعاقدين.[1]

ثالثا: إنفساخ العقد:

هو حل الرابطة العقدية بسبب إستحالة تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبي، لا بد للمدين في وقوعه كمن يشتري بضاعة و يستحيل على البائع تسليمها له نتيجة حريق إندلع بالمخزن الذي توجد به لا يد للبائع في وقوعه و من ثم تزول الالتزامات المقايلة على العاقد الآخر بقوة القانون .[2]

و يقول الأستاذ السنهوري: " و ينفسخ العقد أيضا من تلقاء نفسه بحكم القانون إذا أصبح تنفيذ إلتزام أحد المتعاقدين مستحيلا بسبب أجنبي، فعند ذلك يسقط هذا الإلتزاملإستحالة تنفيذه و يسقط الإلتزام مقابل لإرتباطهبالإلتزام الأول، فينحل العقد من هذا الطريق و يعتبر منفسخا دون حاجة إلى الحكم >.[3]

و لكي نكون بصدد إنفساخ العقد لابد من توافر الشروط التالية :

أ–يجب أن تنشأ الإستحالة في التنفيذ بعد قيام العقد فإن كانت قبله أو عند إبرامه فإن العقد يكون باطلا لإستحالة محله .

ب–أن تكون هناك إستحالة في التنفيذ فإن كانت الإستحالة كلية إنقضىإلتزام المدين بسببها و إن كانت جزئية فإن العقد لا ينفسخ بقوة القانون و إنما يكون للدائن خيار بين أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن تنفيذه أو أن يطالب بفسخ العقد كلية .

ج–يجب أن تكون الإستحالة في التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لايد للمدين في حدوثه .[4]

---

[1]–بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 126.

[2]–يعقوب بدر جاسم، أصول الإلتزام في القانون المدني الكويتي، طبعة أولى ، الكويت،1998، ص 313.

[3]–لعشب محفوظ بن حامد،مرجع سابق،ص،182

[4]–المرجع نفسه، ص– ص 182،–183.

خلاصة الفصل:

مما سبق دراسته من خلال هذا الفصل، الإطار المفاهيمي لعقد الإذعان ، نستنتج ان عقد الإذعان يعتبر من العقود المستحدثة التي ظهرت نتيجة للتطورات الإقتصادية والإجتماعية ويتميز هذا العقد بإحتكار القانوني والفعلي لسلعة أو خدمة من الطرف القوي في هذا العقد، ولا يكون لطرف ضعيف قبول الشروط التي يضعها الطرف القوي بهدف الحصول على تلك الخدمة الذي هو بحاجة إليها.

ومن حيث ابرام عقد الإذعان فإن إبرامه يكون كسائر العقود فهو يتطلب لإنعقاد أركان المعروفة الرضا، محل، وآثار عقد إذعان تتمثل في أثرين مهمين هما تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وحماية الطرف الضعيف في عقد إذعان من طرف المشرع الجزائري ، وأن عقد الإذعان ينقضي وفقا للطرق العامة ، إما بتنفيذ الإلتزامات أو الفسخ في حالة عدم وفاء أحد أطراف إلتزاماته ، وكذالك بإنفساخ في حالة وجود قوة قاهرة.

الفصل الثاني

الآليات القانونية لإثبات

عقد الإذعان

الفصل الثاني: الآليات القانونية لإثبات عقد الإذعان.

بعدما تطرقنا إلى الجانب النظري لعقد الإذعان من خلال الفصل الأول سوف نحاول إلقاء ضوء في هذا الفصل على آليات القانونية لإثبات عقود الإذعان في حالة نشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدة من خلال المبحثين حيث خصصنا المبحث الأول إلى دراسة أنظمة الإثبات في المواد المدنية والوسائل التي يمكن لكل طرف الأخذ بها من أجل إثبات حقه، أي وفقا للقواعد .

فحين يبقى المبحث الثاني لدراسة نماذج عن إثبات عقود الإذعان بدءا بعقد العمل وعقد التأمين لأنهما يعتبران نموذج حي عن عقود الإذعان مرورا إلى العقد النقل بأنواعه البري والبحري والجوي.

المبحث الأول: أنظمة ووسائل الإثبات المدنية وفقا للقواعد العامة

إن إبرام العقود بأنواعها قد يترتب عليه نشوء نزاعات بين أطراف العقد، مما يستوجب على كل طرف أن يثبت حقه وقبل التطرق إلى وسائل إثبات هذا الحق ندرس أنظمة الإثبات (المطلب الأول)، وسائل الإثبات (المطلب الثاني).

المطلــب الأول: أنظمــة الإثبــات:

إهتمت مختلف التشريعات بنظام الإثبات وقامت بتنظيمه، وجددت الوسائل التي يقوم عليها الدليل أمام القضاء نظرا لأهميته البالغة في الحياة العملية ولهذا سنتناول (الفرع الأول) تعريف الإثبات، (الفرع الثاني) الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات و(الفرع الثالث) أهمية الإثبات و(الفرع الرابع) المذاهب المختلفة في الإثبات.

الفــرعالأول:تعريف الإثبات

سنتناول في هذا الفرع تعريف الإثبات(أولا) ومن التعريف نستنتج أهم خصائص المميزة لوسائل الإثبات(ثانيا) وطبيعة قواعده ومكانها في القانون.

أولا: تعريفــه: حتى يتضح لنا تعريف الإثبات لابد من تعريفه لغة.

تعريفــه لغــة: مأخوذ من قولهم: ثبت الشيء ثبوتا وثباتا من باب دخل إذا دام واستقر، فيقال : أثبته وثبته وأثبت الشيء أقره والأمر حققه وصححه والحق أمام حجته[1].

[1]– أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004، ص 07.

تعريفــه إصطـلاحا: الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التي حددها القانون فهو قوام الحق الذي يتجرد من قوته ما لم يقم الدليل عليه[1]، وبالقيود التي رسمها، بقصد الوصول إلى النتائج التي تترتب على وجود واقعة قانونية متنازع عليها[2].

ومن خلال تعريف الإثبات يتضح أن محل الإثبات هو الواقعة القانونية المنشئة للحق أو الأثر القانوني، فالقاعدة العامة أن محل الإثبات ينحصر في الوقائع دون القانون وهذا يعني أن محل الإثبات ليس الحقوق في ذاتها بل الوقائع القانونية التي تعتبر مصدرا لهذه الحقوق أو سببا من أسباب إنقضاءها[3].

ثـانيـا: خصائصه

من خلال تعريفنا للإثبات وتبيان محله نستنتج أهم خصائص والمتمثلة فيما يلي:

1- التصرف القانوني ووسيلة إثباته:

هناك فرق كبير بين التصرف القانوني ووسيلة إثبات هذا التصرف ذلك أن التصرف القانوني هو إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني أما وسيلة إثبات هذا التصرف فهي الورقة المدون فيها ما تم الإتفاق عليه.

2- التمييز بين الشكلية وطريقة الإثبات:

يجب التمييز بين الكتابة كركن في العقود الشكلية في بعض التصرفات وبين الكتابة كوسيلة للإثبات، إذ يتطلب القانون شكلا خاصا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة اللازمة في عقد الشركة، وعقد بيع الأرض، وقد يتطلب القانون الكتابة لإثبات التصرف على نحو لا يؤثر تخلفها على حقيقة وجود التصرف الذي يبقى صحيحا ويمكن إثباته بوسيلة أخرى كالإقرار أو اليمين.

3- القاعدة العامة ليست محلا للإثبات:

الإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة واقعة يدعيه الخصم بما يقتضي وجود أثر قانوني لثبوت حقيقة هذه الواقعة ولهذا لابد من قاعدة قانونية ترتب وجود هذا الأثر بعد ثبوت هذه الواقعة وهو ما يتقرر أن محل الإثبات هو الواقعة القانونية سواء كانت أفعالا مادية أو أعمالا قانونية.

---

[1]- محمد شتا أبوسعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 315.

[2]- محمود عبد الرحيم الديب أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص09.

[3]- عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني ، منشورات الجامعة المفتوحة الإسكندرية، 1995، ص 252.

4- عمومية قواعد الإثبات:

تطبق قواعد الإثبات كما وردت في القانون المدني على المنازعات المدنية والتجارية والشرعية بإعتبارها القواعد العامة التي يلجأ إليها الخصوم لإثبات الوقائع التي يدعونها عند عدم وجود نص في القوانين أخرى على أن لا تتعارض هذه النصوص على القواعد الواردة في القانون المدني.

5- وسائل الإثبات من حق الخصوم:

الطرفان في الخصومة القضائية هما أصحاب الحق في تقديم البينة ليثبت بها كل منهما الواقعة التي يدعيها.

6- سريان وسائل الإثبات بأثر فوري:

تطبق وسائل الإثبات بأثر فوري مباشرة لإثبات الوقائع المادية أو القانونية التي تمت بعد صدوره وهذه الوسائل تطبق كذلك على الوقائع المادية أو القانونية كمحل للإثبات حتى وإن كانت هذه الوقائع قد تمت قبل صدور القانون الذي أجاز إثباتها[1].

ثالثا: طبيعة قواعد الإثبات ومكانها في القانون:

قواعد الإثبات لها مكانة في المنظومة التشريعية القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، فالقانون المدني يتناول قواعد الإثبات من الناحية الموضوعية وهي التي تحدد أدلة الإثبات وشروط قبولها ومدى قوتها كما تبين محل الإثبات والخصم الذي يقع عليه العبء.

أما قانون الإجراءات المدنية فإنه يتناول القواعد الشكلية التي تنظم الإجراءات الواجبة الإتباع عند الإستناد إلى أدلة الخاصة بنزاع معروض أمام القضاء، فالقاعدة التي تستلزم الكتابة لإثبات التصرف القانوني التي تزيد قيمته على مئة ألف دينار (100.000دج) تعد قاعدة موضوعية أما القواعد التي تحدد طريقة سماع الشهود والأوراق المكتوبة والطعن فيها، وحلف اليمين.

فتعد قواعد إجرائية، ومن المتفق عليه، فإن قواعد الإثبات الإجرائية تعتبر من النظام العام لأنهالا تتعلق بنظام التقاضي، أما القواعد الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام، كذلك التي تتقل بسلطة القاضي في الإثبات والتي تنظم الضمانات الأساسية لحق الدفاع لكن أغلب القواعد الموضوعية لا يعد

[1]- محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، موسوعة القضاء المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 20.

من النظام العام لأنها موضوعة أصلا لحماية المتخاصمين، فيجوز الإتفاق على مخالفتها ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، كما لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا[1].

الفـرع الثـاني: الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات :

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- يجب أن تكون الواقعة متنازعا فيها:

وهذا الشرط يفترضه منطق الإثبات ذاته ذلك إذا لم تكن الواقعة المدعاة يدور حولها نزاع بل كانت معترف بها فلا تثور الحاجة إلى إثباتها فإذا أقر الخصم بالواقعة المدعاة فإنها لا تكون محلا للإثبات.

2- يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة:

هذا الشرط يعد من طبيعة الأشياء ذلك أن الواقعة المجملة غير المحددة لا يمكن عملا إثباتها أو الإقناع بها، فمن يدعي أنه دائن لآخر بمبلغ من النقود يجب عليه أن يقيم الدليل على الواقعة المحددة التي نشأ منها هذا الدين كفعل ضار إرتكبه المدعى عليه، فأنشأ للمدعي حقا في التعويض إتجاه المسؤول ويجب أن يكون تحديدا كافيا فإذا كانت غير محددة فإنها لا تصلح للإثبات كإدعاء شخص بأنه لم يكن مدينا لأحد طوال حياته.

3- أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المدعى به (أو بالدعوى):

والمقصود به أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المتنازع فيه أي تكون على صلة قوية بموضوع النزاع، ويتحقق هذا الشرط إذا وقع الإثبات على الواقعة التي أنشأت الحق أو رتبت الأثر القانوني المدعى به.

4- أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

يقتضي الهدف الذي يرمي إليه الإثبات هو الوصول إلى تكوين عقيدة القاضي بوجود الحق أو الأثر القانوني المدعى به، أن يكون من شأن ثبوت الواقعة محل الإثبات ترتيب الحق أو الأثر القانوني المدعى به وبديهي أن الواقعة المنتجة في الدعوى لابد أن تكون متعلقة بها.

[1]- خالد داودي، الإثبات بالقرائن القانونية في المواد المدنية، الطبعة الأولى، دار الأعصار العلمي للنشر والتوزيع، الجزائر،2017 ،ص ص 20-21.

5- أن تكون الواقعة جائزة الإثبات:

رغم أن الوقائع قد يتوافر فيها كل الشروط إلا أنها قد تكون من الوقائع غير المقبولة وإما لأن القانون يمنع إثبات الواقعة لإعتبارات قد تتعلق بالمصلحة العامة أو النظام والآداب العامة[1].

الفرع الثالث: أهمية الإثبات

يحتل عنصر الإثبات مكانة مرموقة في كافة العلاقات والمجالات الشخصية والمدنية والتجارية، وهو وسيلة الأساسية للحصول على الحقوق وإلزام الآخرين بالواجبات ومن الناحية العملية ليس للحق أية قيمة عندما يعجز صاحبه عن إثباته، إذا أن إثبات الفعل المولد للحق هو الذي يعطي هذا الحق فعاليته الكاملة ويتجرد الحق من قيمته إذا لم يتم الدليل على وجوده أو على الحادث أو الفعل المولد له[2].

وكذلك للإثبات أهمية عامة إجتماعية وأخرى خاصة فردية فمن ناحية يحقق الإثبات مصلحة عامة إجتماعية وهي صميم النزاع بين أفراد المجتمع وتحقيق ما تقتضيه العدالة من كل ذي حق إلى حقه كما يحقق الإثبات مصلحة خاصة فردية لكل من الخصمين المتنازعين[3] ورغم أن الإثبات لا يعد ركن من أركان الحق، ومع ذلك فهو عنصر هام لدعم الحق، بإعتباره الوسيلة التي تمكن الشخص من الحصول على حقه حيث يفقد الحق قيمته إذا لم يستطع صاحبه أن يقيم الدليل عليه.

وتتجلى هذه الأهمية للإثبات أيضا في الفقه الإسلامي حيث تعمل الشريعة الإسلامية على التقريب بين الحقيقة الشرعية والحقيقة الواقعية مستعينة في ذلك بظواهر الأمور تاركة البواطن لعلام الغيوب ولا تقتصر أهمية الإثبات على الحقوق المالية وحدها ولكنها تمتد إلى الحقوق غير المالية كالحقوق الناشئة عن الزواج والنسب أيما يعرف بأحوال الشخصية ولا تقتصر اهمية الإثبات على القانون المدني وحده بل تمتد إلى سائر فروع القانون[4].

---

[1]- أحمد شرف الدين، أصول الإثبات، في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ،طبعةنادى القضاة، 2004، ص 23 وما يليها

[2]- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 09.

[3]- عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، 1996، ص 07.

[4]- محمود عبد الرحيم، الديب، المرجع السابق، ص 06.

الفرع الرابع: المذاهب المختلفة في الإثبات:

من أهم المذاهب المختلفة في الإثبات ندرس مذهب الإثبات المطلق أولا ومذهب الإثبات المقيد ثانيا ومذهب الإثبات المختلط ثالثا.

أولا : مذهب الإثبات المطلق أو (الحر):

يقوم هذا المذهب على إطلاق طرق الإثبات، بحيث تترك الحرية للمتقاضين في إثبات إدعاءاتهم بكل ما يرونه من أدلة بغير تحديد تشريعي مسبق لها[1]، وهذا المذهب يمكن أن يقترب كثيرا بين الحقيقة القضائية والحقيقة الموضوعية وقد أخذت به بعض الشرائع الأنجلوساكسونية (القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي) تأخذ به على حد بعيد ولكن حظ هذا المذهب ظاهر ي أكثر منه حقيقيا[2].

ويحمد لهذا المذهب سعيه بكل السبل لتحصيل وجه الحق غير أنه يعاب عليه السماح للقاضي في سبيل تحصيل وجه الحقيقة[3]، ويترك القاضي حرا في تكوين إعتقاده من أي دليل يقدم إليه[4].

ثانيا: مذهب الإثبات المقيد:

وفيه يرسم القانون طرقا محددة تحديدا دقيقا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ويعطي لكل طريقة قيمة خاصة، ويتقيد بذلك كل من الخصوم والقاضي فلا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه بأي طريقة أخرى، وهذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل[5].

وهذا المذهب يمكن أن يباعد ما بين الحقيقة الموضوعية والحقيقة القضائية فقد تكون الحقيقة الموضوعية ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق التي حددها القانون[6]

ويقوم هذا المبدأ على دعامتين:

- حصر أدلة الإثبات وتحديد نطاق وحجية كل منهما بتنظيم ملزم للخصوم والقاضي.

---

[1]- همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 70.

[2]- حلمي محمد الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، بيروت، 2007، ص 94.

[3]- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 70

[4]- خالد دوادي، المرجع السابق، ص22.

[5]- المرجع نفسه، ص 23.

[6]- حلمي محمد الحجار ، المرجع السابق، ص 94.

– إلزام القاضي بالوقوف موقف الحياد السلبي في إستقصاء الحقيقة كما يمتنع وفقا لهذا المذهب على القاضي أن يقوم بدور إيجابي في تحصيل الأدلة بحيث يقتصر دوره على موازنة بين ما يعرض عليه على التنظيم القانوني الموضوعي لنطاق وحجية كل منها والتنظيم الإجرائي الذي يوجب إتخاذ إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم وتمكين كل منهما في مناقشة ما قدمه خصمه من أدلة.

ويحمد لهذا المذهب أنه أكثر تحقيقا وحفظا لإستقرار المعاملات وضبطا لسير التقاضي بما يفرضه من تحديد مسبق لأدلة الإثبات ونطاق وحجية كل منها[1].

ثالثا: مذهب الإثبات المختلط :

هذا المذهب يوفق بين المذهبين السابقين(مذهب إثبات المطلق ومذهب الإثبات المقيد)[2].

في هذا المذهب يكون الإثبات حرا في المسائل الجنائية حيث يلتمس القاضي وسائل الإقناع من أي دليل يقدم إليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر.

ثم يتقيد الإثبات ببعض القيود في المسائل التجارية مع بقائه حرا في الأصل ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية ويعتبر هذا المذهب خير المذاهب جميعا فهو يجمع بين ثبات التعامل بما يحتوي عليه من قيود وبين إقتراب الحقيقة القضائية والحقيقة الموضوعية بما يفسح فيه القاضي من حرية التقدير[3].

رابعا: موقف القاضي من الإثبات في كل المذاهب الثلاثة:

ويتصل بما تقدم موقف القاضي من الإثبات، فهو في المذهب الحر او المطلق موقف إيجابي، ينشط القاضي فيه إلى توجيه الخصوم وإستكمال ما نقص في الأدلة، وإيضاح ما أبهم منها وهو في المذهب القانوني أو المقيد موقف سلبي محض لا يعدو القاضي فيه ان يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الخصوم دون أي تدخل من جانبه، ثم يقدر هذه الأدلة ، طبقا للقيم التي حددها القانون، فإذا رأى الدليل ناقصا أو مبهما فليس له أن يطلب إكماله او توضيحه، فيما الخصوم، وهو في المذهب المختلط ينبغي ان يكون موقفا وسطا بين الإيجابية والسلبية، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية،

[1]– همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق، ص ص، 71، 72.

[2]– خالد دوادي، المرجع السابق، ص 24.

[3]– حلمي محمد الحجار، المرجع السابق، ص 95.

فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي وقائع الدعوى، ومنه يتضح لنا أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المختلط.[1]

المطلب الثاني: وسائل الإثبات.

في حالة نشوء نزاع بين طرفي العقد، يجوز للقاضي بناءا على طلب الأطراف أو طلب أحدهم أو من تلقاء نفسه قبل الفصل في الموضوع بإجراء تحقيق أو تقديم وثيقة وذلك وفقا لعدة طرق الإثبات الحق، ولهذا فمن وسائل الإثبات نجد الكتابة والشهادة (الفرع الأول)، القرائن والإقرار (الفرع الثاني)، اليمين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الكتابة و الشهادة:

تعتبر الكتابة والشهادة الدليل القاطع للإثبات ولهذا سنتناول في هذا الفرع الكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية والشهادة (البنية)، ثم الفرق بين الكتابة الشهادة.

أولا: الكتابة

تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة[2]، وهناك نوعين من الكتابة تتمثل في:

1/ تعريف الورقة الرسمية:

يشترط حتى تعتبر الورقة رسمية عدة شروط هي:

* يجب أن يكون الذي حرر الورقة موظف رسمي أو مكلف بحدمة عامة

* أن تكون ولاية هذا الموظف قائمة وقت تحرير الورقة.

* يجب أن يكون تحرير الورقة الرسمية طبقا للأوضاع التي قررها المشرع ومن هذا القبيل ما قرره القانون بالنسبة للأوراق الرسمية التي يحررها الموثق ويجب أن تحرر باللغة العربية وبخط واضح غير مشتمل على إضافة أو كشط وأن يشتمل على البيانات المتعلقة بتاريخ التوثيق وشخص الموثق وأشخاص ذوي الشأن ومكان التوثيق ويجب أن يوقع الموثق وأصحاب الشأن والشهود على المحرر.

وإذا لم يتوافر شرط من هذه الشروط فإن الورقة لا تفقد قيمتها بل يكون لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات[3].

---

[1]– مناني فراح ،المرجع السابق،ص10.

[2]– عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ص 252.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص ص، 103، 104.

2- حجية الورقة الرسمية في الإثبات:

الورقة الرسمية هي حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا[1].

وهي تعتبر دليل إثبات قاطع بالنسبة للموقعين عليها وبالنسبة للناس كافة وذلك بمراعاة شرطين:

* أن يكون ما دون فيها يدخل في حدود مهمة محررها ويشمل ذلك ذكر تاريخ تحرير الورقة ومكان تحريرها وتوقيع الموثق وأصحاب الشأن والشهود.

* أن يكون ما دون فيها صدر من ذوي الشأن تحت سمع الموثق أو بصره سواء كان ذلك قولا أو فعلا.

ويلاحظ أن حجية الورقة الرسمية من ناحية الإثبات لا تتعلق بموضوع التصرف الذي تضمنته الورقة فهذا التصرف يقبل الطعن فيه كأي تصرف آخر بالبطلان أو الفسخ.

ومن ناحية أخرى فإن الورقة الرسمية التي يحررها الموثق فإن لها قوة تنفيذية بحيث لا يحتاج صاحب الحق فيها إلى إستصدار حكم بحقه بل يقوم مكتب التوثيق بتسليمه صورة من المحرر توضع عليها الصيغة التنفيذية[2] وحجيتها قاصرة على البيانات التي تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله من ذوي الشأن أو تداوله عنهم في حدود سلطته وإختصاصه[3].

2- الأوراق العرفية

1- تعريف الورقة العرفية: هي الأوراق الصادرة من الأفراد[4]، حيث نصت المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقفا من قبل الأطراف.

وتنقسم المحررات العرفية إلى نوعين: أوراق موقعة ومعدة للإثبات فتعتبر أدلة كاملة، وأوراق لم تعد في الأصل لتكون من أدلة الإثبات ولذلك يغلب فيها أن لا تكون موقعة، ولكنها تحتوي عناصر من الإثبات تتفاوت قوة وضعفا كالتأشير على سند الدين، والدفاتر التجارية[5].

وكذلك نصت المادة 327 من القانون المدني الجزائري بقولها:

---

[1]- عادل حسن علي، المرجع السابق، ص71.

[2]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ،ص ص104.105،.

[3]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 315.

[4]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني أحوال الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الطبعة 5 ، دار الكتب القانونية، المجلد الأول1990، 1991، ص 162.

[5]- المرجع نفسه، ص 162 .

" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو ضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".

2- حجية الورقة العرفية

أ – حجية الورقة العرفية على من وقعها:

يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق وبهذا يتضح أن الورقة العرفية حجه على من وقعها وكذلك على خلفه العام وهو الوارث.

– تفقد الورقة العرفية حجيتها إذا أنكر من يحتج بها عليه أنه وقعها أو وضع عليها ختمه أو بصمته[1].

ب- حجية الورقة العرفية على الغير:

على خلاف الورقة الرسمية التي تكون حجة على كافة فإن الورقة العرفية لا تكون حجة على غير أطرافها بالنسبة لتاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا وذلك منعا للتلاعب والتواطئ إضرارا بحقوق الغير.

وإثبات تاريخ الورقة العرفية له طرق مختلفة وهي ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني الجزائري وهي:

– من يوم أن يقيد المحرر العرفي بالسجل المعد لذلك في مكتب التوثيق.
– من يوم أن يثبت مضمون المحرر العرفي في روقة أخرى ثابتة التاريخ.
– من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص مع ذكر تاريخ التأشير.
– من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.
– من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد حررت قبل وقوعه[2].

ثانيا: الشهادة البينة:

1- تعريف الشهادة:

الشهادة في اللغة تفيد الإدلاء بخبر قاطع وهي مشتقة من المشاهدة أو المعاينة والمطالعة بإعتبار المصدر الشائع للعلم بالخبر محل الشهادة وهي إخبار بأمر معلوم لدى الشاهد بصرف النظر عن كيفية

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 107.

[2]– المرجع نفسه، ص ص 108، 109

تحصيله[1] حيث نصت المادة 01/333 من القانون المدني الجزائري بقولها: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

والمادة 334 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري.

- فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه مضمون عقد رسمي.
- إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.
- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة.

ومن خصائص الشهادة أن حجيتها غير قاطعة إتجاه الخصوم وأنها غير ملزمة للمحكمة[2].

2- حجية الشهادة في الإثبات:

أجاز المشرع إثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود إستثناءا من قاعدة الإثبات بالكتابة ويخضع تقدير قيمة الشهادة ووزنها لغايات الإثبات لقاضي الموضوع يأخذ بها أو يتركها إذا لم يطمئن لها ولا عبرة لتعدد الشهود وكثرتهم ولا عبرة لوضعهم المالي أو الإجتماعي في تقدير قيمته ما يقولون ذلك أن أقوال الشهود التي تصلح للأخذ بها للإثبات هي التي تتفق مع وقائع الدعوى[3].

لذلك لا يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة وهذا ما قضت به المادة 336 من القانون المدني الجزائري وذلك في الحالات التالية:

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

ثالثا: الفرق بين الكتابة والشهادة:

تفترق البينة عن الكتابة في أنها مجرد دليل مقنع للقاضي ليس ملزما له فقد يهمل أقوال الشهود كلية إذا لم يطمئن لها وقد يجزء أقوال الشاهد فلا يأخذ إلا بعضها هذا وليس للشهادة قوة إثبات مطلقة إلا

[1]- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 436.

[2]- المرجع نفسه، ص 437.

[3]- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 83.

فيما يتعلق بإثبات المعاملات التجارية وإثبات المعادلات المدنية[1]، بينما الكتابة هي من أهم طرق الإثبات لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة فتتميز بعدم إمكان تحريها فيجعل المشرع من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية[2].

الفرع الثاني: القرائن والإقرار

سنتناول في هذا الفرع الإثبات بالقرائن والإثبات بالإقرار كما يلي:

أولا : القرائن

1- تعريف القرينة:

القرينة وسيلة من وسائل الإثبات وهي إستنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت[3].

القرينة صلة بين واقعة معينة ونتيجتها يكون بثبوت الواقعة فيها دليلا على حدوث نتيجتها[4].

والقرينة قد ينشئها القانون فتسمى قرينة قانونية وقد يقيمها القضاء فتسمى قرينة قضائية.

والقرائن من طرق الإثبات غير المباشر بمعنى أن دلالتها لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها وإنما على واقعة أخرى تنتجها.

وتعريف الأستاذ "يحي بكوش" للقرائن فقد جاء جامعا ومبسطا بأنها: " النتائج التي يستخلصها المشرع أو القاضي من واقعة أو وقائع معلومة ثابتة لسحبها على واقعة أخرى غير موجودة، أو متنازع فيها وكان يستحيل أو يصعب إثباتها من الناحية العملية[5].

2- أنواع القرينة: القرينة نوعان: قرينة قانونية وقرينة قضائية.

1- القرينة القانونية: هي من عمل المشرع ذاته الذي يحدد الواقعة الثابتة وهو الذي يستنبط منها بعد ذلك الواقعة الأخرى التي تصبح بذلك ثابتة هي الأخرى.

---

[1]- عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ،ص ص 272، 273.

[2]- المرجع نفسه، ص 255.

[3]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 117.

[4]- محمد علي سكيكر ، أدلة الإثبات الجنائي، (في ضوء التشريع والقضاء والفقه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص 254.

[5]- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1998، ص355.

وهي وسيلة من وسائل الإثبات بقدر ما هي سبب للإعفاء من الإثبات وهو من صنع المشرع نفسه وهي أحيانا تكون قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وأحيانا أخرى تكون قرينة غير قاطعة يجوز إثبات عكسها[1] وهذا ما قضت به المادة 337 من القانون المدني الجزائري.

ب- خصائص القرينة القانونية:

للقرينة القانونية خصائص عديدة منها:

- أساسها النص القانوني فالنص القانوني هو ركن القرينة القانونية وهو الذي يحدد الوقائع ويحدد نتيجتها.

- خاصية التجريد والتعميم: فالقرينة القانونية ذات دلالة مسبقة وثابتة لأن المشرع يحددها بموجب النص القانوني مقدما دون أن تكون أمامه وقائع وملابسات النزاع الذي تطبق عليه القرينة لذلك فهي لا تتغير بتغير الظروف والوقائع.

- **خاصية الإلزام** : تتميز القرينة القانونية بالطابع الإلزامي لأنها من صنع المشرع وهي مقررة بنص القانون الذي يستوجب على القاضي بمقتضاه تطبيقها دون أن تكون له في ذلك إعمال السلطة التقديرية بشأنها[2].

2- القرينة القضائية:

هي التي يقوم فيها القاضي بدور إيجابي فهو الذي يختار الواقعة الثابتة لتستنبط منها بعد ذلك الواقعة غير ثابتة[3].

3- دور القرينة في الإثبات :

الإثبات بالقرينة هو الإستنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام الدليل على إثباتها[4].

4- حجية القرينة في الإثبات:

نصت عليها المادة 338 من القانون المدني الجزائري بقولها : " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض ولكن لا تكون لتلك

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 117.

[2]- خالد دوادي ، المرجع السابق، ص 57.

[3]-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 117.

[4]- محمد علي سكيكر، المرجع السابق، ص 256.

الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا.

ثـانيـا: الإقرار:

1- تعريف الإقرار:

الإقرار هواعتراف الخصوم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة وهذا ما قضت به المادة 341 من القانون المدني الجزائري ومن محاسن الإقرار إيصال الحق إلى صاحبه

2- أنواع الإقرار:

الإقرار إما أن يكون إقرار قضائي أو إقرار غير قضائي

1- الإقرار القضائي:

هو إعتراف من أحد الخصوم بواقعة لم تكن ثابتة قبل هذا الإعتراف بهذا المعنى هو تصرف بالإرادة المنفردة للشخص الذي صدر منه الإقرار القضائي لابد أن يصدر أمام القضاء وعليه إذا صدر الإقرار أمام النيابة أو جهة إدارية أو محكمة غير المحكمة التي تنظر النزاع موضوع الإقرار لا يعتبر إقرارا قضائيا[1].

2- الإقرار غير القضائي:

هو الذي لا يصدر أمام القاضي الذي ينظر النزاع موضوع الإقرار فإذا ثبت وجود هذا الإقرار وتبين للقاضي أن المقرر أراد به حسم النزاع فإنه يكتسب نفس حجية الإقرار القضائي أما إذا كان الإقرار غير قضائي قد صدر عفوا دون قصد حسم النزاع فإن قيمته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي قد يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوبا أو يعتبره مجرد قرينة قضائية أو قد لا يعطيه أية قيمة في الإثبات[2].

ويخضع إثبات الإقرار غير القضائي للقواعد العامة ويترتب على ذلك أنه يقع على المتمسك بالإقرار غير القضائي عبء إقامة الدليل عليه ويكون ذلك بمقتضى القواعد العامة في الإثبات.

والإقرار غير القضائي قد يصدر شفاهة أو كتابة[3].

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 122.

[2]- المرجع نفسه، ص 123 .

[3] - مناني فراح، المرجع السابق، ص ص 8- 9.

3- حجية الإقرار في الإثبات :

نصت المادة 342 من القانون المدني الجزائري بقولها: " الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجوده واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى.

4- تمييز الإقرار عن الشهادة :

يتميز الإقرار عن الشهادة من حيث:

*- من حيث الموضوع: الإقرار يتضمن إعتراف من المقر بحق عليه إتجاه المقر لصالحه، بينما الشهادة تتضمن إخبار بحق الغير على الغير وليس على الشاهد.

*- من حيث النطاق: يقبل الإقرار كدليل إثبات كقاعدة عامة في جميع المواد أيا كان نوعها أو مصدرها (واقعة قانونية أو تصرف قانوني)، أما نطاق الإستعانة بالشهادة محدود بالوقائع المادية والتصرفات القانونية غير المكتوبة والتي لا تتجاوز النصاب المحدد تشريعيا للإثبات بالبينة.

*- من حيث الحجية: الإقرار ذو الحجية قاصرة على المقر وخلفه العام في الحدود المقررة قانونا وفي حدود ما تضمنه الإقرار من إعتراف جازم بالحق.

أما الشهادة تكون غير قاطعة لمن تشهد له وعلى من تشهد عليه حيث يكون لهذا الأخير أن يثبت عكس مدلولها سواء بالتشكيك في الشهادة[1].

الفـرع الثالـث: اليمين

أولا: تعريـف اليميـن

هو إحتكام الخصم في شأن الواقعة المتنازع عليها إلى قول خصمه تحت وطأة القسم متخذا الله شاهدا على صدق ما يقوله[2] ، حيث نصت المادة 348 من القانون المدني الجزائري بقولها:" القاضي يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به. ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل[3].

[1]- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 288.

[2]- المرجع نفسه، ص 363.

[3]- مناني فراح، المرجع السابق، 9-10.

ثـانيـا: أنواع اليمين في الإثبات

هناك نوعين من اليمين إما يمين حاسمة أو يمين متممة

1- اليمين الحاسمة: وهي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه، وهي وسيلة تغنى عن الإثبات عندما لا يوجد دليل على الحق المدعى به فمن حق أي خصم يدعي حقا لا دليل له عليه أن يحتكم إلى خصمه بتوجيه اليمين الحاسمة إيه.

- ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام.

- ولا يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا رأى في توجيهها تعسفا من جانب من وجهها.

- يجب أن تكون الواقعة موضوع اليمين المتعلقة بشخص من وجهت إليه.

- يجب أن تنصب اليمين الحاسمة على كل الحق المدعى به فتحسمه ولا يجوز لمن وجهها أن تحتفظ بطلبات أخرى.

- من وجه اليمين الحاسمة لا يجوز له أن يرجع في توجيهها من قبل خصمه.

- من توجه إليه اليمين الحاسمة لا يتقيد بها دائما بل يستطيع إذا كانت منصة على وقائع مشتركة بينه وبين من وجهها إليه أن يردها إلى من وجهها.

- إذا حلف اليمين من وجهت إليه أو ردت عليه فإن ذلك يكون دليل إثبات لا يجوز تكذيبه[1].

- وقد أعطى القانون الجديد الحق للمحكمة أن تعدل هذه الصيغة بحيث تنصب بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الإستحلاف بشأنها، وتجري تأدية اليمين بالصيغة التي تقررها المحكمة ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إذا كان لا يعرف الكتابة فإذا كان يعرفها فحلفه ونكوله يتمان بها[2].

2- اليمين المتممة:

تختلف عن اليمين الحاسمة في أن القاضي هو الذي يوجهها إلى أحد الخصوم وهو يقوم بذلك بدوره في الإثبات على خلاف الأصل في مبدأ حياد القاضي بالنسبة لأدلة الإثبات ويشترط

- أن لا يكون في الدعوى دليل كامل وإلا تكون خالية من أي دليل فإذا كان الإثبات واجبا بالكتابة بحسب الأصل فيجب أن يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة يبرز توجيه اليمين المتمم إذا وجدت شهادة ضعيفة أو قرائن لا يطمئن إليها القاضي بصفة كاملة.

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص، ص، 124، 125

[2]- حلمي محمد الحجار، المرجع السابق، ص ص 188. 189.

– وعلى خلاف اليمين الحاسمة فلا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها إلى الخصم الآخر.

– يوجه القاضي أحيانا اليمين المتممة لا لإثبات الحق المتنازع عليه بل لتقدير قيمته.

وعلى خلاف اليمين الحاسمة فإن اليمين المتممة لا تحسم النزاع ولا تلزم القاضي بل تخضع قيمتها كدليل تكميلي للإثبات إلى سلطته التقديرية وإلى ما يرتاح إليه ضميره[1].

وحسب المواد 349 و350 من القانون المدني الجزائري.

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 126.

المبحث الثاني: نماذج عن إثبات بعض عقود الإذعان.

تخضع عقود الإذعان من حيث إثباتها إلى الطرق التي نظمها المشرع في المواد المدنية (الكتابة ،الشهادة ،اليمين، الإقرار)

المطلب الأول: إثبات عقد العمل

إن عقد العمل كغيره من العقود أو التعاملات التعاقدية الأخرى لا يتم إلا بتوافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني معين هما إرادتا العامل والمستخدم، حيث يتم إلزام العامل بأداء عمل لحساب صاحب العمل مقابل أن يمنحه هذا الأخير أجرا في إطار علاقة تبعية وتنظيمية، ومنه يبين لنا المشرع الجزائري بأن إبرام العقد قد يكون غير مكتوب، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: إثبات عقد العمل بالكتابة

يتم إثبات عقد العمل بالكتابة الرسمية أو العرفية، حيث تنص المادة 08 من القانون رقم 90-11 " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي ..."[1].وهو ما يعني أن عقد العمل يكون رضائي والإستثناء يكون مكتوب والمقصود من المشرع هنا أن الكتابة وضعت فقط إلا لتسهيل عملية الإثبات، وليست شرطا شكليا لإبرام التصرف بحيث يترتب على عدم وجودها البطلان[2].

الفرع الثاني: إثبات عقد العمل بالكتابة الإلكترونية.

بما أن الإثبات وأساليبه جاء وليد الواقع والتطور العلمي، فمن الطبيعي أن يتأثر بالتكنولوجيا الحديثة، فقد كشف التطور المعاصر عن ظهور شكل جديد وحديث للكتابة والمحررات والتوقيع، وهو الأسلوب الإلكتروني عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها، ذلك أنه لم يعد الإثبات يقتصر على إستعمال المحرر الورقي والتوقيع بالأحرف أو البصمة بل أصبح يشمل أيضا إستعمال المحررات الإلكترونية[3]، والكتابة الإلكترونية نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري.

---

[1]- المادة 08 من قانون 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، عدد 17 ،المؤرخة في 25 أفريل 1990 ، ص 592، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 21-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، جريدة رسمية عدد 68.

[2]- بن نونة فاطمة ، إثبات عقد العمل في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إجتماعي، جامعة عبد الحميدبن باديس ،مستغانم ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2017، 2018، ص 05.

[3]- المرجع نفسه، ص 14.

الفرع الثالث: إثبات عقد العمل بغير الكتابة :

تنص المادة 10 من القانون 90-11 : " يمكن إثبات عقد العمل أو علاقته بأي وسيلة كانت يعني ذلك أنه يمكن اللجوء إلى مختلف الوسائل كشهادة الشهود، والقرائن، واليمين، وغيرها[1].

المطلب الثاني: إثبات عقد التأمين:

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

الفرع الأول: وثيقة التأمين:

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

1- إسم الطرفين المتعاقدين وعنوانهم.

2- الشيء المؤمن عليه، أو الشخص المؤمن له.

3- نوع الخطر.

4- تاريخ إبرام العقد ومدته.

5- مبلغ الضمان.

6- مبلغ القسط[2].

ولقد إشترط المشرع أن يكون عقد التأمين مكتوبا، والكتابة هنا تعد وسيلة إشتراطهاالمشرع،لاثبات عقد فعقد التأمين لا يثبت إلا بالكتابة وهذا ما أكدته، المحكمة العليا في قرارها الصادر بالتاريخ 22 أكتوبر 2008 الذي أقر المبدأ القانوني الذي يقضي بأنه يمكن إثبات التزامات طرفي عقد التأمين إما بوثيقة التأمين واما بمذكرة التغطية المؤقتة، أو أي سند مكتوب وقعه المؤمن[3].

---

[1]- بن نونة فاطمة، المرجع السابق، ص22.

[2]-المادة 07 من قانون 04/06 ،المؤرخ في 20 فيفري المعدل والمتمم لأمر 07/95 ،المتضمن قانون التأمينات، جريدة الرسمية، عدد 15 ،المؤرخة في 12 مارس 2006.

[3]- قرار المحكمة العليا ، رقم 435366 ،المؤرخ في 2008/10/22 بين الشركة الجزائرية لتأمين النقل كانت ضد ذوي الحقوق ح ع مجلة المحكمة العليا،العدد02،سنة2008،ص-ص 197،201

الفـرع الثانـــي: مذكـرة التغطيــة المؤقتــة

مذكرة التغطية المؤقتة وهي وثيقةالتأمين دعت إليها حاجة مؤمن لـه لتغطية المخاطر التي يتوقع حدوثها من جهه ومن جهة أخرى يكون لدى المؤمن الوقت الكافي من أجل دراسة جميع الجوانب والمعطيات المتعلقة بالمخاطر التي يرغب المؤمن له في التأمين منها:

وبالتالي فإن مذكرة التغطية تعتبر دليل إثبات مؤقت للعقد النهائي إلى حين تحرير الوثيقة النهائية، حيث نصت المادة 8من الأمر 07/95 المعدل والمتمم في فقرتها الاولى:" يمكن إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة التغطية المؤقتة أو بأي سند مكتوب وقعه المؤمن"[1]

المطلب الثالـث : إثبـات عقـود النقـل

تعتبر عقود النقل بأنواعها الثلاثة سواء كانت عقود النقل البرية أو البحرية أو الجوية من أهم العقودالتجاريةوالإقتصادية التي يبرمها الأشخاص في حياتهم وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على أهم طرق اثبات هذه العقود المهمة

الفـرع الأول: إثبـات عقـد النقـل البـري للبضائـع:

إن إثبات وجود عقد النقل البري في الأصل يكون بكافة وسائل الإثبات عملا بمبدأ حرية الإثبات كسائر العقود التجارية ومع ذلك جرت العادة، على صياغة، مستند كتابي يدعى بمستند النقل لتسهيل إثباته في حالة حصول نزاع، وبالتالي ، سنتطرق لمبدأ حرية الإثبات أولا ثم للإثبات بمستند النقل.

أولا: مبدأ حرية إثبات عقد النقل البري للبضائع

تقضي المادة 30 من القانون التجاري بأنه: يثبت كل عقد تجاري بـ:

1/السندات الرسمية

2/السندات العرفية

3/ فاتورة

4/ الرسائل

5/ الإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها[2]"

1- السندات الرسمية والعرفية: (سبق التطرق إليها خلال المطلب الأول)

---

[1]- حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، دار خلدونية، الجزائر، 2011، ص 56.

[2]- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم.

ب- الدفاتر التجارية:

يوجب القانون التجاري على الناقل أن يمسك الدفاتر التجارية، غير أنه لم يعرف لنا الدفتر التجاري كما هو حال في بعض القوانين التجارية الأخرى كالقانون المصري.

ويمكن تعريف الدفتر التجاري بأنه سجل يقيد فيه التاجر عملياته التجارية بحيث تكفل مركزه المالي على وجه الدقة[1].

حيث يلتزم الناقل بمسك دفتر مهمين وهما دفتر اليومية والجرد إجباريا، ويقيد في دفتر اليومية، جميع العمليات التي تقوم بها ساعة وقوعها وهذا ما نصت عليه المادة 09 من القانون التجاري الجزائري كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر اليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا"[2].

أما دفتر الجرد فيقيد فيه عناصر أصول مقاولته وخصومها أي ماله من أموال عقارية وأموال منقولة، وحقوق لدى الغير وما عليه من ديون للغير ، وهذا ما عبرت عنه المادة 10 من القانون التجاري "يجب عليه هنا أن يجري سنويا جرد لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يفعل كافة حساباته، بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج وتنسخ بعد ذلك الميزانية وحساب النتائج في الدفتر الجرد" وبحق لناقل كذلك مسك دفاتر أخرى إختيارية تختلف حسب حاجات مقاولته "[3].

يلتزم الناقل بحفظ الدفاتر التجارية والوثائق المتعلقة بمعاملاته التجارية لمدة 10 سنوات، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من القانون نتج " يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 09 و10 لمدة 10 سنوات كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة والنسخ الرسالات الموجهة طيلة نفس المدة[4].

كما أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بالتاريخ 1988/05/08 بقولها" تحفظ الدفاتر اليومية والمستندات التجارية لمدة 10 سنوات من تاريخ إقفالها"[5].

---

[1]- إبراهيم نبيل سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة، 1995، ص 142.

[2]- انظر المادة 10 من القانون التجاري ج.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 154.

[4]- أنظر المادة 12 من قانون التجاري.

[5]- القرار رقم 46728 المجلة القضائية العدد ج 1992 المشار إليه في كتاب حمدي باشا ، القضاء التجاري الطبعة 01 دار العلوم لنشر والتوزيع عنابة ، الجزائر، 2000، ص16.

ويشترط في دفاتر الناقل إلزامية لقبولها في إثبات أن تكون منظمة أي ممسوكة بدون شطب أو بدون ترك بياض، أو الكتابة على الهامش وصفحاتها مرقمة وموقعة من طرف رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مقر مقاولته وهذا ما اقرت المادة 11 من ق. ت. ج. بنصها:

"يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد، بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل للهامش، وترقم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد"[1]

ولتقدير مدى حجية الدفاتر التجاري للناقل يجب أن نفرق بين الدعاوي التجارية، التي تكون بين الناقل والتاجر والدعاوي التجارية التي تكون بين الناقل وغير التاجر.

1/ الدعاوى التجارية التي تكون بين الناقل والتاجر:

في هذه الدعاوى دفاتر الناقل تكون حجة عليه في جميع الأحوال بمعنى أنها تصلح أن تكون دليلا كاملا يبني القاضي حكمه عليه وحده حتى لو كانت غير منظمة.

2/ الدعاوى التجارية التي تكون بين الناقل وغير التاجر:

في مثل هذه الدعاوي دفاتر الناقل لا تكون حجة له على غير التاجر وهذا ما أقرته المادة 330 ف 1 ق م ج. ، بنصها:" دفاتر الناقل لا تكون حجة على غير التجار".

والعبرة في ذلك حماية الطرف الغير التاجر لكونه لا يمسك دفاتر تجارية[2].

ج- الفاتــورة :

وثيقة تجارية صادرة عن البائع للمشتري تبين المنتجات والكميات والسعر المتفق عليه للمنتجات أو خدمات التي قدمها البائع للمشتري والفاتورة تدل على أن المشتري عليه أن يدفع وفقا لشروط الدفع[3].

وتعرف الفاتورة بأنها وثيقة مكتوبة حسابية تحرر وقت تقديم الخدمة لإثبات وجود هذا العقد متضمنة شروط إنعقاده وشروط تنفيذه[4].

---

[1]- أنظر المادة 11 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- فرحة زواوي، صالح الكامل في القانون التجاري الجزائري، طبعة 2، الجزء 1، إبن خلدون للنشر والتوزيع، وهران ، الجزائر 2003، ص144.

[3]- المرجع نفسه، ص 198.

[4]- الزهرة علاوي، الفاتورة وسيلة شفافية للممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران الجزائر،2013، ص10.

ثانيا: إثبات عقد النقل البري للبضائع بمستند النقل:

1- تعريف مستند النقل:

هو سند كتابي"، يستعمل لإثبات الالتزامات كل من المرسل والناقل والمرسل إليه، وحقيقة البضاعة المنقولة، ويوقع من جميع أطراف العقد".

2- صور مستند النقل:[1]

أ- تذكرة النقل:

تذكرة النقل في الأصل كانت عبارة عن رسالة يكتبها المرسل للمرسل إليه سلمها إليه الناقل تبين بوضوح إلتزامات هذا الأخير والبيانات التفصيلية الخاصة بالبضاعة التي تستلمها، وتعلم مرسل إليه بوصول البضاعة وتدعوه بعد مراقبة حالتها الجيدة، لدفع أجرة النقل

- وهي تعرف أيضا بأنها: "الصك الذي يتضمن كل ما يتعلق بالبضاعة المطلوب نقلها وبيانات كل من المرسل والمرسل إليه وكل بيان يؤدي إلى ايضاح طبيعة البضاعة المنقولة وأشخاص الإلتزام، والمستفيد من هذا العقد" ومستند النقل يثبت التزامات كل من المرسل والناقل والمرسل إليه[2].

ب- إيصال النقل:

هو مستند خطي يعترف بموجبه الناقل بتسليم البضائع ويثبت ذلك[3].

- مستند النقل كدليل إثبات لعقد النقل البري للبضائع.

مستند النقل سند كتابي له أهمية خاصة في إثبات العقد في نطاق البيانات الواردة فيه لاسيما إثبات الإلتزامات التي أخذها كل من المرسل والناقل والمرسل إليه، على عاتقهم وكذا حالة حقيقية البضاعة منقولة عندما يتسلمها الناقل أو الحالة وحقيقة البضاعة المسلمة للمرسل إليه وكذلك تبيان من تولى تحريره وتوقيعات مختلف أطراف العقد وعلى من يقع دفع أجرة النقل ومستند النقل يحتفظ بقيمته في إثبات البيانات الواردة به فعلا، ولو كانت البيانات ناقصة ما دامت تشتمل على عناصر الأساسية للعقد[4].

---

[1]- شتواح العياشي عقد النقل البري للبضائع ، مذكرة شهادة ماجيستر ،فرع قانون أعمال، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسنطينة السنة الجامعية 2005/2006، ص 31.

[2]- المرجع نفسه، ص30

[3]- مرجع نفسه، ص 32.

[4]- مرجع نفسه، ص 37.

الفـرع الثانــي: إثبـات عقـد النقـل الجــوي:

يمكن إثبات عقد النقل الجوي عن طريق وثيقتين تذكرة سفر، إيصال أمتعة.

أولا: تذكرة السفر:

تنص المادة 13 من القانون 14/15 الجديد الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني على ما يلي:

"يجـب أن يثبـت عقـد نقـل الأشـخاص بتسـليم وثيقـة الركـوب التـي يمكـن أن تأخـذ شـكل التـذكرة الإلكترونية"والمقصود بالتذكرة الركوب هي تذكرة السفر التي يقدمها الناقل الجوي متضمنة كل البيانات اللازمة لراكب مقابل دفعة أجرة الناقل وتحتوي وثيقة الركوب على البيانات التالية:

- إسم ولقب وعنوان المسافر ورمز شركة النقل الجوي.
- رقم الرحلة، محطة الإنطلاق، ومحطة الوصول وإن كان في رسو إحدى محطات يشار إلى ذلك.
- بيان أجرة النقل بتاريخ وميعاد الرحلة إضافة إلى طبع محتوى البنود المذكورة أعلاه في تذكرة السفر[1].

ثانيا: إستمارة نقل الأمتعة:

لقد حددت المادة 137 من القانون 06/98 المعدل والمتم بالقانون 14/15 متعلق بقانون الطيران الجزائري الجديد بيان أمتعة وإستمارة نقل والمشار اليها بالغة الفرنسية bulletin de bagage وهذه الوثيقة يجلبها المسافر معه لإثبات نقل الأمتعة غير صغيرة الشخصية التي يحتفظ بها الراكب بتسليم بيان الأمتعة أو بتسجيلها على وثيقة الركوب فالناقل الجوي ملزم بتحرير بيان أمتعة لأنه يعتبر كدليل لإثبات عقد النقل الجوي.

ويجب أن تشتمل وثيقة أو إستمارة نقل الأمتعة على البيانات الآتية:

- مكان وتاريخ إصدارها.
- نقطتي الإنطلاق والوصول.
- إسم وعنوان الناقل أو الناقلين.
- رقم تذكرة السفر.
- النص على أن يكون تسليم الأمتعة إلى حامل الاستمارة.

[1]– سويح سهام، عقد النقل الجوي ، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون اعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة،2015_2016، ص13.

– عدد الطرود ووزنها إن وجدت[1].

الفرع الثالث: إثبات عقد النقل البحري:

إن الإثبات بالنسبة لهذا العقد ذا أهمية بحيث يتضمن العقد بيانات هامة متعلقة بمواعيد إنطلاق البضاعة ووصولها وتعليمات الناقل البحري وكذلك البيانات الخاصة بالبضاعة موضوع النقل ، وهذه الأمور لا يمكن أن يترك الطرفان إثباتهما إلى شهادة شهود أو إلى القرائن بالرغم من أن عقد النقل البحري يتسم بصفة تجارية بالنسبة للناقل وكما أنه من عقود الرضائية وبالتالي فإن إثبات عقد النقل البحري يكون بوثيقة مهمة وهي سند الشحن عليه سوف نحاول توضيح ما هو المقصود بوثيقة سند الشحن وما هي قوتها في إثبات عقد النقل البحري من خلال ما يلي:

1- تعريف وثيقة سند الشحن:

لقد ظهرت فكرة تداول وثيقة الشحن البحري في بداية القرن الثامن عشر حيث كان ذلك نتيجة لإنتشار التجارة البحرية والبحث عن سرعة في تحويل الملكية للبضاعة قبل وصولها إلى ميناء التفريغ ، فلقد تمثلت في إيصال تسليمها للربان بعد التوقيع عليه إلى الشاحن بأنه تسلم البضاعة منه، ومن ثم شهد تطورا ملحوظا حتى أصبح وسيلة إثبات وصارت تعتبر وثيقة أساسية في كل العمليات التجارية البحرية وذلك لقيامها بأكثر من وظيفة فهي تعتبر أداة إثبات عقد النقل البحري وأداة إثبات إستلام الناقل للبضاعة وشحنها وأخيرا فهي أداة تمثيل البضاعة المشحونة.

ونجدأن المشرع الجزائري نظم وثيقة الشحن في الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان وثيقة الشحن من المادة 748 إلى غاية المادة 769 من قانون 80/76 المعدل بالقانون رقم 05/98 المتضمن القانون البحري.

ويعرف سند الشحن بأنه الوثيقة التي يعترف بموجبها ربان السفينة (الناقل) بتلقيه البضاعة المذكورة فيه على متن السفينة[2].

2- بيانات سند الشحن البحري:

نص المشرع الجزائري في المادة 752 من القانون البحري الجزائري يجب أن تتضمن وثيقة الشحن على ما يلي:

---

[1]– سويح سهام، المرجع السابق، ص 16.

[2]– بوقادة عبد الكريم، القوة الثبوتية لسند الشحن البحري، في القانون البحري، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون أعمال جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق العلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016 ، ص163.

– العلامات الرئيسية والضرورية للتعريف بالبضاعة على حالة المقدمة فيها كتابيا من قبل الشاحن قبل البدء في تحميل هذه البضائع.

– عدد الطرود والأشياء وكمياتها ووزنها.

– حالة البضاعة.

وبعدما يتم إستلام البضاعة يلتزم الناقل أو ممثله بناءا على طلب الشاحن بتزويده بوثيقة الشحن"[1].

ولقد أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 749 من القانون البحري الجزائري تشكيل وثيقة الشحن للإثبات على إستلام الناقل للبضاعة التي ذكرت فيها بقصد نقلها عن طريق البحر وتعتبر أيضا كسند لحيازة البضائع وإستلامها[2].

[1]– انظر المادة 772 من القانون البحري الجزائري.

[2]– أنظر المادة 749 من القانون البحري الجزائري.

خلاصــة الفصـل الثانــي:

من خلال ما تم دراسته خلال هذا الفصل الأليات القانونية لإثبات عقود الإذعان نستخلص أن هذا النوع من العقود يتم إثباته بطرق مختلفة نجدها في القواعد العامة(كالكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية، شهادة الشهود، اليمين، والإقرار) وأهم عقود الإذعان التي يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات نجدعقد العمل.

في حين يمكن اثبات عقد التأمين بوثيقتين مهمتين نص عليهما المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 7و8 من قانون التأمين الجزائري وهما وثيقة التأمين و مذكرة التغطية المؤقتة وهما يعتبران نوع من أنواع الكتابة .

ويمكن اثبات عقد النقل بأنواعه البري و البحري و الجوي بالوثائق التالية وهي أيضا تعتبر نوع من أنواع الكتابة

1- عقد النقل البري للبضائع :

يكون إثباته بكافة الوسائل عملا بمبدأ حرية الإثبات لإعتباره عقد من العقود التجارية كما يمكن إثباته عن طريق مستند كتابي يدعى بمستند النقل.

2- عقد النقل الجوي :

يمكن إثباته عن طريق وثيقتين وثيقة تذكرة السفر، ووثيقة إيصال الأمتعة.

3- عقد النقل البحري يتم إثباته عن طريق سند الشحن البحري.

كما تجدر الإشارة أن جميع عقود الإذعان يشترط فيها الكتابة ولكن هذا الشرط يكون للإثبات فقط وليس كشرط للإنعقاد ولا يبطل العقد

خاتمـــــــة

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بإثبات عقد الإذعان في التشريع الجزائري، والتي حاولنا على إثرها تقييم النظام القانوني لعقد الإذعان ووسائل إثباته من خلال الفصلين نخلص أنه من أهم النتائج التي توصلنا إليها في دراسة هذا الموضوع هي:

– يعتبر عقود الإذعان وليد التطور في الحياة الإقتصادية والإجتماعية الحديثة.

– عقد الإذعان من العقود المستحدثة التي تنعقد دون مناقشة أو مساومة بين الطرفين، بحيث يستطيع أحدهما بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على الطرف الآخر صيغة العقد وشروطه دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها، بل لا يملك إلا الإذعان غالبا ما تقترن بشروط تعسفية، يفرضها الموجب على القابل ويستبعد معها كل نقاش، كون هذه العقود تتعلق بخدمات وسلع لا غنى عنها.

– نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الإقتصادي الحديث الذي إتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، هذا ما أدى إلى قيام شركات ومؤسسات ضخمة التي تتمتع بإحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة نتيجة لسلطات الإحتكارية أن تملي إرادتها على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكوا مناقشة شروطها، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر، والإستسلام لشروطه، وتم ظهور هذا العقد مع مطلع القرن العشرين.

– على الموجب التي يتمتع بإحتكار قانوني أن لا يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذا هو ملزم بالإستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى العقد والإلتزام بالشروط التي يحددها العقد ولكن يجوز رفض القبول، في حالة ما إذا كان هناك سبب غير مشروع، وإلا يعبر متعسفا في إستعمال هذا الحق، وتترتب عليه المسؤولية.

–يختلف علماء القانون في طبيعة عقود الإذعان، فمنهم من يرى أن عقد الإذعان فيه مركز قانونيا، تنشئه الإرادة المنفردة، يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها، أما الإذعان فليس من شأنه أن يغير من طبيعة هذا المركز، لأنه لا يخلق الإلتزام، وإنما يجعله منتجا فحسب.

وهناك من يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق الإرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه الظاهرة إقتصادية لا ظاهرة قانونية.

وهناك من يوافق بين الرأيين أي في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية، وغير التعاقدية فيعتبر عقد الإذعان خليطا من جزئين أحدهما تعاقدي والآخر لائحي.

– هناك أوجه تشابه بين عقد الإذعان ومعاني الإحتكار من خلال سيطرة الطرف القوي وإنفراده بتقييم السلعة أو الخدمة للجمهور، وإنفراد الطرف الأقوى بوضع الشروط والسعر الذي يناسبه.

– عقود الإذعان بمفهومها الواسع لا تقتصر على العقود المكتوبة فقط وإنما يلحق وصفها حتى على العقود التي تتم شفاهة، فمن تطبيقات ونماذج عن عقد الإذعان:

– الإذعان في عقود التأمين حيث يظهر الإذعان فشركة التأمين هي الجانب القوي (المؤمن) تفرض شروطها وما على المؤمن له إلا قبولها أو رفضها وقطاع التأمين من القطاعات التي تخضع غالبا للإحتكار.

– الإذعان في عقد النقل الذي يتم بين الناقل والمرسل فنقل البضاعة وعقد النقل بأنواعه (بري– بحري– جوي).

– الإذعان في عقد العمل، فمن خصائص عقد العمل أنه عقد إذعان وهو عقد يبرم بين العامل ورب العمل، إذ يقدم هذا الأخير شروط العقد لكونه صاحب إحتكار وما على العامل إلا الرفض أو القبول دون مناقشة.

– الإذعان في العقد الدولي على أساس أنه يتم بين عدة أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة.

– الإذعان في العقود التي تجريها البنوك.

– عقد الإذعان كغيره من العقود يقوم على أركان وهي الرضا(أي بتوافق الإيجاب والقبول وتطابقهما بالإرادة الحرة من قبل المتعاقدين).والمحل الذي يتميز في عقد الإذعان بالإحتكار من جانب الموجب، كما أنه ضروري بالنسبة للمستهلك السبب الذي يدفع المتعاقد ويشترط أن يكون مشروع .

– من آثار عقد الإذعان توفير حماية للطرف الضعيف وذلك بتدخل القاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد.

– تفسير الشك أو الغموض يكون في مصلحة الطرف الضعيف.

– ينقضي عقد الإذعان كغيره من العقود إما بتنفيذ الإلتزامات وهو ما يسمى الوفاء وقد ينقضي لما يعادل الوفاء كالتجديد والمقاصة وإتحاد الذمة.

وقد ينقضي العقد بالفسخ أي حل الرابطة العقدية بناءا على طلب أحد الطرفين إذا أخل الطرف الآخر بإلتزامه.

وقد ينقضي بإنفساخ العقد، أي حل الرابطة العقدية بسبب إستحالة تنفيذ الإلتزام أي بسبب أجنبي وتخضع عقود الإذعان من حيث إثباتها للقواعد العامة كسائر العقود ولم يخصص لها المشرع طرق خاصة للإثبات

توصيـــات:

يجب على الدولة أن تتخذ الوسائل المناسبة الوقائية والعلاجية لإقامة العدل، وحفظ الحقوق العامة من تعسف الطرف القوي في عقد الإذعان، ومن هذه الوسائل:

- منع الإحتكار بأنواعه بفتح المنافسة أمام الجميع بما يحقق المصلحة العامة.
- وضع الأنظمة المناسبة التي تنظم عقد الإذعان.
- إعادة التوازن بين المتعاقدين.
- منع التسعير الجبري الذي يدفع للظلم والضرر.
- عدم التعسف في العقود.
- لابد من إعادة النظر في أسلوب تحديد الشروط التعسفية.
- لابد النص على جزاء مدني يلحق بإدراج شروط تعسفية، كأن ينص ببطلان الشرط التعسفي أو إعطاء عقوبات أو وضع نصوص قانونية صريحة.
- حماية الأطراف الضعيفة دون تمييز بين فئة المهنيين أو المستهلكين.

وتجدر الإشارة أن هذه هي مواضيع التي تناولناها في هذه المذكرة، والنتائج التي توصلنا إليها، وإنشاء الله الأخذ بهذه التوصيات بعين الإعتبار .

فمن كان فيه صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، وأستغفر الله من كل زلل.

قائمـــــة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر

I- النصوص القانونية:

01- دستور الجمهورية الجزائرية1996،المعدل والمتمم

02- الأمـررقم58/75 المـؤرخ فـي 26سـبتمبر1975،المتضـمن القـانون المـدني، جريـدة رسـمية عـدد78،مؤرخـة فـي30/سـبتمبر/1975،المعـدل والمـتمم بالقـانون رقـم05/07 المـؤرخ فـي 13/ماي/2007جريدة رسمية العدد 31الصادر في 13ماي2007.

03- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في26 سبتمبر1975،المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 مؤرخة في19ديسمبر1975 المعدل والمتمم.

04- الأمر رقم 80/76المؤرخ في 23أكتوبر1976 المتضمن القانون البحري ،جريدة رسمية عدد29 سنة1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/98 المؤرخ في 25يونيو 1996 جريدة رسمية عدد 47 الصادر سنة1998 المعدل والمتمم بالقانون رقم04/10 مؤرخ في15 أوت 2010 جريدة رسمية عدد 46 صادر في 18 أوت 2010.

05- قانون 04/06 ،المؤرخ في 20 فيفري المعدل والمتمم لأمر 07/95 ،المتضمن قانون التأمينات الجزائري، جريدة الرسمية، عدد 15 ،المؤرخة في 12 مارس 2006.

06- قانون 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، عدد 17 المؤرخة في 25 أفريل 1990 المعدل و المتمم.

ثانيا- المراجع:

I- الكتب باللغة العربية

01- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014

02- أبو الخير عبد الونيس الخويلدي ،حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006

03- أحسن عبد الباسط الجمعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

04- أحمد شرف الدين، أصول الإثبات، في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ،طبعة نادى القضاة، 2004

05- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة

06- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004

07- إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014

08- الأهواني حسام الدين كامل، النظرية العامة للإلتزامات، الطبعة الثانية ، مصر،1995

09- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية،دون تاريخ النشر.

10- بلعيور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

11- بودالي محمد، شروط التعسفية في العقود ، قانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007

12- بن صاري ياسين، عقد العمل محدد المدة، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر،2009.

13- جاك غستان،"المطول في القانون المدني تكوين العقد"، ترجمة منصور القاضي و مراجعة فيصل كلثوم، ، المجلد الثاني، المؤسسة الجماعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان،2002.

14- جلال مصطفى القريشي، مطبوعة النقل، الفصل الثامن، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، الجزائر،1979.

15- حجازي عبد الحي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، دون تاريخ النشر.

16- حلمي محمد الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، بيروت، 2007.

17- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة، دارالفكر، القاهرة، 1997.

18- حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، دار خلدونية، الجزائر، 2011

19- خالد داودي، الإثبات بالقرائن القانونية في المواد المدنية، الطبعة الأولى، دار الأعصار العلمي للنشر والتوزيع، الجزائر،2017.

20- خالد عبد الفتاح، محمد خليل، حماية المستهلك، دار النهضة، مصر، 1994

21- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

22- رسلان أنور، الموجز في مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1996.

23- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي،1975.

24- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني أحوال الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الطبعة 5 ، دار الكتب القانونية، المجلد الأول1990، 1991.

25- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، المجلد الأول، دار الكتب القانونية، لبنان،1986.

26- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005

27- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة معارف، إسكندرية، مصر،دون تاريخ النشر.

28- شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون، دون دار النشر ومكان النشر، 2009.

29- عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، 1996.

30- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، ، الأردن،2002.

31- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، إلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ليبيا.

32- عبد الفتاح البيومي الحجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.2005.

33- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة متعمقة و مقارنة الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ النشر.

34- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار المعارف، مصر.دون تاريخ النشر.

35- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين، البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

36- عدلي أمير خالد، عقد النقل الجوي في ضوء قانون الطيران المدني الجديد و المستحدث من أحكام النقض و آراء الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997

37- عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني ، منشورات الجامعة المفتوحة الإسكندرية، 1995

38- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك، دار الهدى للنشر، الجزائر،2008

39- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
40- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، إسكندرية،2009.
41- غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، الأردن،2011.
42- غسان رباح، قانون حماية المستهلك جديد، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.
43- فرحة زواوي صالح .الكامل في القانون التجاري الجزائري، طبعة 2، الجزء 1، إبن خلدون للنشر والتوزيع، وهران الجزائر2003.
44- فودة عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المقارن، منشأة معارف الإسكندرية، مصر.
45- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
46- محمد أحمد سراج، نظرية العقد و التعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998.
47- محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر،2004.
48- محمد سلمان الغريب،" الإحتكار و المنافسة غير المشروعة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004
49- محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
50- محمد علي سكيكر ، أدلة الإثبات الجنائي، (في ضوء التشريع والقضاء والفقه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011.
51- محمد فواز صباح الآلوسي: " التعسف في عقود الإذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية. العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، العراق/الأنبار.2017
52- محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، موسوعة القضاء المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
53- محمود عبد الرحيم الديب ،أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
54- محمود محمد عبابنة، أحكام عقد النقل (النقل البحري–النقل البري–النقل الجوي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2015.

55- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
56- همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
57- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1998.
58- يعقوب بدر جاسم، أصول الإلتزام في القانون المدني الكويتي، طبعة أولى ، الكويت،1998.

II- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-أطروحات الدكتوراه:

01- بوقادة عبد الكريم، القوة الثبوتية لسند الشحن البحري، في القانون البحري، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون أعمال جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق العلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016.

ب-رسائل الماجستير:

01 بوشارب إيمان ،حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011، 2012.
02- خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015، 2016.
03- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقيس، كلية الحقوق، 2007-2008
04- الزهرة العلوي، الفاتورة وسيلة شفافية للممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران الجزائر،2013.
05- شتواح العياشي عقد النقل البري للبضائع ، مذكرة شهادة ماجيستر ،فرع قانون أعمال، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسنطينة السنة الجامعية 2006.
06- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الجزائر 01 يوسف بن

خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة.2012-2013.

07- عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر،2012-2013

08- قادري هنية، حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر. تخصص قانون أعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015-2016.

ج-مذكرات الماستر:

01- بن نونة فاطمة ، إثبات عقد العمل في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إجتماعي، جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2017، 2018

02- سارة مرواني، الإحتكار التجاري صورة من صور المنافسة غير المشروعة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، شعبة حقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2017-2018.

03- سويح سهام، عقد النقل الجوي ، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون اعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة،2015_2016.

04- قنوش زينب، آليات حماية المستهلك (عقد التأمين نموذج)عن مذكرة لإستكمال نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال إستثمار، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016-2017

05- مريم بوخطيش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون أعمال، تخصص قانون أعمال، النظام القانوني للإستثمار، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2015-2016.

06- نورهان حفيظ، الإطار القانوني لعقد النقل البحري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، أم البواقي،2015-2016.

III- القرارات القضائية:

01- قرار قضائي رقم 29 49 11 ، صادر بتاريخ 1994/09/27، مجلة قضائية للغرفة التجارية و البحرية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999.

02- قرار المحكمة العليا ، رقم 435366 ،المؤرخ في 2008/10/22 بين الشركة الجزائرية لتأمين النقل كانت ضد ذوي الحقوق ح ع مجلة المحكمة العليا ،العدد02،سنة2008

03- القرار رقم 46728 المجلة القضائية العدد ج 1992 المشار إليه في كتاب حمدي باشا ، القضاء التجاري الطبعة 01 دار العلوم لنشر والتوزيع عنابة ، الجزائر، 2000

V- المواقع الإلكترونية:

01. https//www.fac-droit-alger.dz/droit/pif-2014/hamia/el wajiz-bif

المراجع باللغة الأجنبية:

jean calais – Auloy, frank steinmetz : « Droit de la consomation » 5eme edition, dalloz, parais, France, 2006, p215..

الفهرس

الفهرس

	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لعقد الاذعان	6
المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان	6
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان	6
الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان و تعريفه	6
الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان	7
الفرع الثالث: معايير عقود الإذعان	14
الفرع الرابع : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	17
الفرع الخامس: صور (نماذج) عقد الإذعان	19
المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان:	29
الفرع الأول : الرضا	29
الفرع الثاني: المحل	31
الفرع الثالث: السبب	31
المبحث الثاني : آثار عقد الإذعان و إنقضاءه	32
المطلب الأول: آثار عقد الإذعان	32
الفرع الأول: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية	32
الفرع الثاني : تفسير عقد الإذعان لمصلحة المذعن	36
المطلب الثاني: إنقضاء عقد الإذعان	39
الفصل الثاني: الآليات القانونية لإثبات عقد الإذعان.	44
المبحث الأول: أنظمة ووسائل الإثبات المدنية وفقا للقواعد العامة	44
المطلــب الأول: أنظمــة الإثبــات	44
الفـرع الأول: تعريف الإثبات	44
الفـرع الثـاني: الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات	47
الفرع الثالث: أهميـة الإثبـات	48
الفرع الرابع: المذاهب المختلفة في الإثبات	49
المطلب الثاني: وسائل الإثبات	51
الفرع الأول: الكتابة و الشهادة	51
الفرع الثاني: القرائن والإقرار	55

الفـرع الثالـث: اليمين	58
المبحـث الثانـي: نمـاذج عن إثبـات عقـود الإذعـان.	61
المطلـب الأول: إثبـات عقـد العمـل	61
الفرع الأول: إثبات عقد العمل بالكتابة	61
الفرع الثاني: إثبات عقد العمل بالكتابة الإلكترونية.	61
الفرع الثالث: إثبات عقد العمل بغير الكتابة	62
المطلـب الثـانـي: إثبـات عقـد التأميـن	62
الفرع الأول: وثيقـة التأميـن	62
الفـرع الثانـي: مذكـرة التغطيـة المؤقتـة	63
المطلب الثالـث : إثبـات عقـود النقـل	63
الفـرع الأول: إثبـات عقد النقل البـري للبضائـع	63
الفـرع الثانـي: إثبـات عقد النقل الجـوي	67
الفرع الثالث: إثبات عقد النقل البحري	68
الخاتمة	72
قائمة المصادر والمراجع	76
الفهرس	84
ملخص المذكرة	/

ملخص المذكرة:

تعتبر عقود الإذعان من العقود المستحدثة، التي تنعقد دون مناقشة بحيث يستطيع احدهما بحكم وضعه الفعلي أو القانوني فرض بنوده على الطرف الآخر دون أن يكون له الحق في مناقشتها، ويخضع هذا العقد من حيث إبرامه إلى الشروط الموجودة في القواعد العامة كسائر العقود (رضا – محل – سبب) ولا تشترط فيه الشكلية وإنما الكتابة للإثبات فقط وليست للإنعقاد، ولا يترتب على تخلفها بطلان العقد وينقضي هذا العقد كسائر العقود، ويترتب عليه أثرين هما حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وتفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف، أما من ناحية إثباته فيخضع للقواعد العامة، فعقد العمل يتم إثباته بكافة الوسائل، عقد النقل بأنواع يتم إثباته بالكتابة، عقد التأمين يثبت بالكتابة عن طريق وثيقتين هما وثيقة التأمين، ومذكرة التغطية المؤقتة.

Résumé

Les contrats de conformité sont des contrats nouveaux, conclus sans discussion, de sorte que l'un d'entre eux, en raison de son statut effectif ou légal, peut imposer ses statuts à l'autre partie sans droit de discussion, ce contrat est soumis aux conditions énoncées dans les règles générales, - La raison en est qu'il ne s'agit pas d'exiger une formalité, mais d'écrire uniquement à titre de preuve et non de contrat, faute de quoi le contrat ne sera pas nul. Le contrat de travail est établi Le contrat de transport doit être constaté par écrit au moyen de deux documents: la police d'assurance et la lettre de couverture provisoire.