الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص قانون خاص أساسي

عنوان المذكرة

الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

-دراسة مقارنة-

من إعداد الطالبة:

صديق عائشة

تحت إشراف:

الأستاذ زواتين خالد

أعضاء اللجنة المناقشة

بلحاج جيلالي — رئيس اللجنة

بن قادة محمد الأمين — مناقش

السنة الجامعية: 2016-2017

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

مازلت الكتابة تسجل بألفاظها خلجات النفوس ونبضات القلوب لذلك كان لابد من كتابة نهاية العبارات التي نبدأها بشكرنا وعظيم امتناننا لربنا وحده الذي وفقنا وأيدنا بقدرته.

ثم نتقدم بشكرنا الجزيل وتقديرنا الكبير للأستاذ المشرف "زواتين خالد " على قبوله الإشراف على مذكرتنا هاته وعلى مساندته لنا خلال إنجاز هذه الدراسة وحرصه على توجيهنا.

كما نحي كل الأساتذة الذين تابعونا طيلة مشوارنا الدراسي ابتداء من المستوى الابتدائي وصولا إلى الجامعة.

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد، ولو بكلمة لإتمام هذا العمل القيم.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى نبع الحنان، فيض الإيمان، بر الأمان، هبة الرحمان،

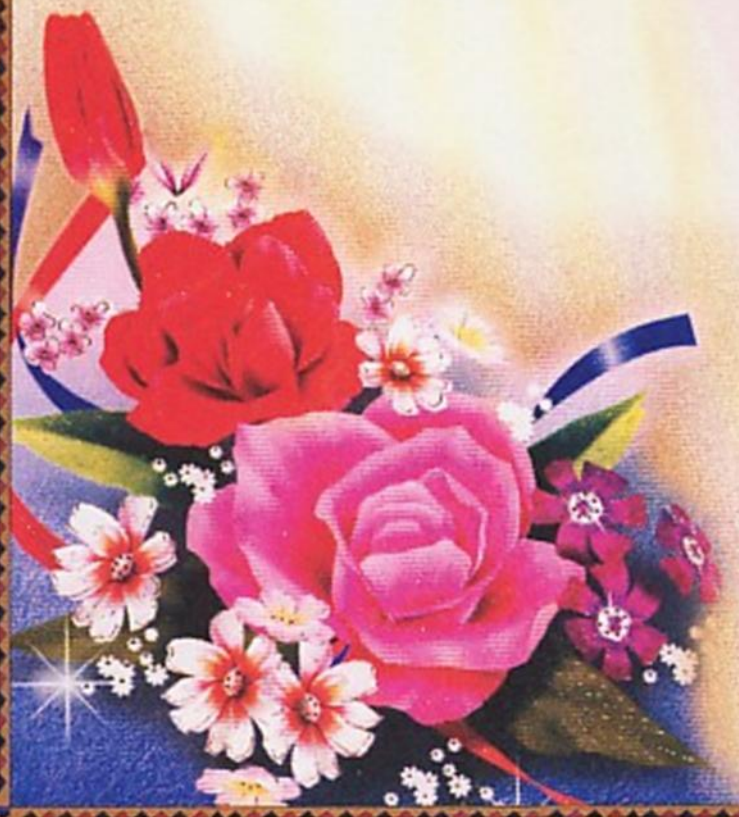
إلى من أبصر طريقي بعينيها إلى من تنفرج كربي وأحزاني بدعائها إليك أيتها العزيزة الغالية "أمي" أطال الله عمرك.

إلى مثلي الأعلى في الحياة الذي هو مصدر فخري واعتزازي إلى رمز العطاء وشعاع النور والأمل إلى من حرص على أن نعيش مكرمين محترمين إليك "أبي" الغالي رحمه .

إلى الجوهر الغالي إلى الشمعة التي تضيء الظلام أخواي "بوزيان" و "بوزيد"

إلى بلسم الحياة ومنبع الغبطة والسرور إلى شقيقاتي "فوزية" و"عودة" وبنات أخي "خديجة" و" حليمة"و" مروى" و"هاجر فاطمة الزهراء".

دون أن أنسى أخواتي المتزوجات وأولادهم و أزواجهم.....إلخ



قائمة المختصرات

أولا قائمة المختصرات باللغة العربية:

ج = .الجزء

دم.ج = .ديوان المطبوعات الجامعية

ص = .صفحة

ط = طبعة

م = .المادة

ثانيا :قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

Art. = Article

Ass. Nat. = Assemblée Nationale

Bull.civ. = Bulletin civil

B.U.F. = Bibliothèque Universitaire Française

Cass.civ. = Cassation civile

Cass.com. = Cassation commerciale

C.C.F. = Code civil Français

Civ. = Civil

Com. = Commercial

Chr. = Chronique

Ch. = Chambre

C.E. = Conseil d'Etat

D. = Dalloz

Deb. = Débat

D.H. = Dalloz hebdomadaire

Doc. = Doctrine

Defrénois. = Répertoire du notariat defrénois.

éd. = édition

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

I.R. = Information Rapides

J.C.P. = Juris classeur périodique

J.O. = Journal officiel

JP. = Jurisprudence

L.G.D.J. = Librairie Général de Droit et de Jurisprudence

L. = Loi

n°. = Numéro

Obs. = Observations

P. = Page

rec. = recueil

Req. = requête

R.T.D.civ. = Revue trimestrielle de droit civil

R.T.D.com. = Revue trimestrielle de droit commercial

R.I.D.C. = Revue International de droit comparé

s. = suivant(e) (s)

S. = Sirey

Som. = Sommaire

Somm.comm. = Sommaire commentées

T.G.I. = Tribunal de Grande Instance

المقدّمة

المقدّمة:

يعتبر موضوع حماية المستهلك من الموضوعات الهامة خاصة في الفترة الراهنة حيث أن عقود الاستهلاك قد يوحي بوجودطائفة من العقود مستقلة بذاتها، توجد إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود.

لكن هذا غير صحيح إلى حد ما، وذلك رغم استعمال هذا المصطلح في الأوساط القانونية الحديثة، والصحيح أنّ هذه العبارة أي عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أيّ عقد، سواءً كان عقد مسمى أو غير مسمى، وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكاً أو غير مهني، والطرف الآخر مهني.

بمفهوم المخالفة فإنها لا تعدّ عقود استهلاك، تلك العقود التي يكون كلّ أطرافها من التجار أو المهنيين. فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري له صفة المستهلك، وأيضا عقد القرض يكون عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك، أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك وأيضا، فإن العقود التي يكون كلا من طرفيها مستهلكين لا تعد من عقود الاستهلاك.

فمثلا إذا تمّ إبرام عقد بيع بين اثنين مستهلكين بناء على إعلانات صغيرة بين الأفراد فلا يعد هذا العقد عقد استهلاك، لأن مثل هذه الحالة، لا يكون فيها أحدطرفي العقد مهنيا قويا والطرف الآخر مستهلكا ضعيفا، إذ أنّ الحماية المقرّرة في عقود الاستهلاك هي حماية تستوجبها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المهني فإذا أقدمنا على إعطاء تعريف لهذه العقود، لقلنا وبكلّ بساطة أنّ عقود الاستهلاك هي تلك العقود المبرمة بين المهنيين من جهة وبين المستهلكين أو غير المهنيين من جهة ثانية.

وظهرت محاولات تشريعية في بعض الدول الأوروبية خاصة والجزائر، تسعى هذه المحاولات إلى تحديث الحماية لتتلاءم مع المستجدات الاقتصادية، وذلك عن طريق سد كثير من الثغرات التي شابت القواعد العامة في هذا المجال، فظهر لأول مرة مفهوما دقيقا للشرط التعسّفي مدعما بمعايير حديثة تكشف عن صفته هذه، وذلك في إطار طرق حديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية، وهو ما كانت تعجز عن تحقيقه القواعد العامة، إذ لم يكن هناك من

مفهوم واضح للشّرط التعسّفي ولم يكن هناك معيار دقيق يحدد كون الشرط المدرج في عقد استهلاك ما تعسّفيا أم لا.

فما هو إذن المفهوم الذي أتت به القواعد المعاصرة لحماية المستهلك والخاص بماهية الشرط التعسّفي؟ وما هي المعايير الدقيقة الكاشفة عن صفته التعسّفية؟ وما هي الطرق الحديثة للرقابة عليه؟

ما تقدم سيحتاج إلى تفصيل وتدقيق بغية الوصول إلى تحليل معمق يهدف إلى توضيح مسار الحماية للمستهلك من الشّروط التعسّفية ، ومنذ سنة 2004 فقد ظهر أول قانون خاص في هذا المجال القانون رقم 02-04 المؤرخ في 27 يونيو 2004 المطبق على الممارسات التجارية فهذا القانون يعدّ حديثا جدا بالمقارنة مع أول قانون في فرنسا خاص بالشّروط التعسّفية، وهو القانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشّروط التعسّفية.

بالإضافة إلى أن هذا القانون رقم 02-04 يعتبر الأول من نوعه الذي أزال الغموض عن مفهوم الشّرط التعسّفي في ظل القواعد العامة بموجب أحكام عقد الإذعان، خاصة المادة 110 من القانون المدني الجزائري و المرسوم التنفيذي للقانون رقم 02-04 ، صدر هو الآخر حديثا أي في 10 سبتمبر 2006 تحت رقم 306-06 والذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسّفية.

سنحاول الإجابة عن التساؤلات السابقة وفقا للمنهج المتبع، ومن خلال التقسيم التالي:

المقدمة

الفصل الأول :حماية المستهلك في ظل القواعد التقليدية

المبحث الأول: الحماية العامة للمستهلك من الشروط التعسفية

المطلب الأول: ماهية عقود الإذعان المفهوم التقليدي

فرع أول : واقع عقود الإذعان في الواقع الاقتصادي.

أ- توسيع مجال عقود الإذعان

ب-تحرير الأحادي لعقد الإذعان

فرع ثاني: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية

أ-امكانية التعديل للشروط

ب-تفسير الشك لمصلحة المذعن.

المطلب الثاني: دور السبب ومبدأ حسن النية وعيب الغبن والاستغلال في حماية الشرط التعسفي

فرع أول: دور السبب ومبدأ حسن النية.

أ-دور السبب

ب-مبدأ حسن النية

فرع ثاني: دور نظرية الغبن والاستغلال

أ- نظرية الغبن

ب-نظرية الاستغلال

المبحث الثاني : الحماية الخاصة للمستهلك من الشروط التعسفية

المطلب الأول: حماية المستهلك من الشروط المتضمنة تعسفا

الفرع أول: حماية المستهلك من الشروط الجزائية المفرطة

أ سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي.

ب- حدود سلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي

الفرع لثاني : الشروط الإرادية

أ- تمييز الشرط الجزائي عن شروط تحديد المسؤولية

ب-خضوع تحديد الثمن بمحض ارادة المهني.

المطلب 2 : حماية المستهلك من الشروط التعسفية بذاتها.

فرع أول : وثيقة التأمين والشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية.

أ- وثيقة التأمين

ب- الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية.

فرع ثاني: إسقاط أو إنقاص الضمان وشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل

إسقاط أوإنقاص الضمان

شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل

الفصل الثاني : حماية المستهلك في ظل القواعد المعاصرة

المبحث الأول: ماهية الشرط التعسفي

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

الفرع الأول : المفهوم الفقهي والقانوني

أ- المفهوم الفقهي

ب-المفهوم القانوني

الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي

أ-بالنسبة للقانون الفرنسي

ب-بالنسبة للقانون الجزائي

المطلب الثاني: معايير الشرط التعسفي

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة

أ- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

ب-: معيار التعسف في استعمال الميزة الفاحشة

الفرع الثاني: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات

أ- معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات

ب-تمييز التصرف التعسفي عن التصرفات المشابهة له

المبحث الثاني: الطرق الحديثة للرقابة على الشروط التعسفية

المطلب الأول: الرقابة القانونية والإدارية

الفرع الأول: الرقابة القانونية

أ- إيراد القوائم

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية

أ-رقابة لجنة الشروط

ب-رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم

المطلب الثاني : الرقابة القضائية

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري والقضاء المدني

أ- رقابة القضاء الإداري

ب-رقابة القضاء المدني

الفرع الثاني: دور دعاوي جمعية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية والجزاء على الشرط التعسفي

أ- دور دعاوي جمعية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية

ب- الجزاء على الشرط التعسفي

الفصل الأول:
حماية المستهلك من الشّرط التعسّفية
في ظلّ القواعد التقليدية

الفصل الأول:

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

في ظل القواعد التقليدية

من المعروف أن القواعد العامة التقليدية، تضمنت في نصوص متفرقة، وغير متجانسة، عدّة وسائل وقواعد لحماية المتعاقد من الشّروط التعسّفية، عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه.

هذه القواعد ومن باب التوضيح جاءت لحماية الطرف الضعيف عموما، سواء كان محترفا أو مستهلكا أو غير محترف، إذن فالقواعد العامة مدّت الحماية من هذه الشّروط إلى أي طرف متعاقد يكون قد تضرّر بسبب قيام الطرف الآخر بإدراج شرط من هذه الشّروط المغايرة للقانون في العقد المبرم بينهما، ونتيجة لذلك لم يضطر لا المشرع ولا القضاء ولا الفقه، إلى القيام بتعريف أحد هؤلاء المتعاقدين [1] لأنه لا فائدة مرجوة من ذلك في ظلّ القواعد العامة، ما دام أن الحماية في ظلّها من الشّروط التعسّفية تمتد إلى الجميع، بما فيهم المستهلكين.

فإذا حللنا الوضع من الناحية الواقعية، لاستخلصنا أن المحترف، وفي أغلب الحالات له القدرة والدراية الكافية ليحمي نفسه من الشّروط التعسّفية حتى ولو كان أضعف اقتصاديا من الطرف المقابل، وذلك بأن يتجنب إدراجها في العقود التي يكون طرفا فيها، وعلى العكس من ذلك فإن المستهلك لطالما وقع ضحية هذه الشّروط الجائرة، لذا فقد درج القضاء على حمايته بمناسبة نظره الدعوى التي يرفعها.

وحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ المبادئ التقليدية، لا تخرج عن صورتين: حماية عامة من الشّروط التعسّفية المبحث الأول، وحماية خاصة من شروط تعسّفية واردة في قواعد متفرقة المبحث الثاني.

1- ظهور تعاريف المستهلك والمحترف ظاهرة حديثة جدا، دعت إليها الجدالات التي ظهرت، حول من يستفيد من قوانين حماية المستهلك، وهذا بشكل خاص في فرنسا.

المبحث الأول:

الحماية العامة من الشروط التعسفية

هي تلك الآليات المتوفرة في القواعد العامة والتي تسمح بتعطيل أنواع من الشروط غير المحددة مسبقا والتي قد تقع تحت طائلة النص المعتمد عليه بخلاف الحماية الخاصة.[1]

أما العقد النموذجي يحرره احد الفريقين بصورة أحادية دون إمكانية حقيقية لتعديله وهذا لا يشترط عنصر الاحتكار فقد عرفه أحدهم عقد الإذعان بأنه " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيها يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها ".وهذا التعريف الأخير يعتبر أبرز فقهي عربي يمكن الاعتداد به في ظل القوانين المدنية العربية. إذ يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه ، يذكر الذي يرد عليه الانعقاد ، كتعلقه بسلعة أو موفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أوفعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها[2]، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته. ومن مميزاته :

1- يتعلق من الضروريات

2 - الاحتكار قانونا أو فعليا

3 -عمومية الإيجاب إلى الجمهور عامة أو إلى طائفات تتوفر فيه صفة معينة بشكل دائم و موحد[3] الطابع الاضطراري للقبول لا غنى عنه، وهو ما عبرت عنه المادة 70 القانون المدني الجزائري والتي يعود أصلها إلى المادة 149من القانون المدني المصري بأنه على أن يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها.

1- أنظر بصدد الحماية الخاصة من الشّروط التعسّفية، الصفحة

2- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية،ط. 1974 ، ص. 120

3- محمد بودالي، مكافحة الشّروط التعسّفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007 ، ص. 73

المطلب الأول:

المفهوم التقليدي للشرط التعسفي في عقد الإذعان:

المشرع المصري عند أخذه بنص المادة 149 و المشرع الجزائري الذي أخذ بنفس النص في المادة 110، والقوانين العربية الأخرى التي أخذت بهذا النص[1] ، لم تعرف جميعها أو تحدد معنى الشرط التعسفي أو على الأقل بيان معاييره.

وهناك اتجاه في الفقه المصري ذهب إلى تعريف الشرط التعسفي ،بعد أن اعترف بصعوبة هذه المهمة بقوله إنه : " ذلك الشرط الجائز الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة "، ويضيف قائلا أن "هذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه ، ويختلف مفهومها بحسب البيئات و المجتمعات المختلفة " ، وينتهي إلى القول :" أن أمر تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع"[2].

فهذا التعريف في نظر البعض[3] ، لم يأت بجديد أولا و أنه أشبه بمن يعرف الماء ثانيا.

و نفس الاتجاه المذكور آنفا [4]، أورد تعريف آخر للشرط التعسفي بان " الشرط التعسفي ينقسم إلى شرط تعسفي بذاته ، وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه ، وتكشف عنه ذات ألفاظه ، فتأتي متناقضة مع جوهره ، وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها، فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ، ولكن تظهر عند التطبيق، بالتمسك بحرفتيها ، وعدم مراعاة روحها" لكن ينتقد البعض هذا التعريف ، الذي يقسم الشروط التعسفية بأنه لا يعتبر تعريفا بقدر ما يعتبر تصنيفا للشروط التعسفية ، وأن صاحبه قد تأثر في هذا التعريف بتعريف محكمة النقض المصرية للشروط التعسفي بأنه:" هو الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام.

1- جاك غستان، مرجع سابق، ص. 99

2- المادة 149 مدني ليبي، 2/173 مدني عراقي ، المادة 150 مدني سوري...

3-عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 436

4-عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2002 ص. 38

الفرع الأول:

واقع عقود الإذعان في الواقع الاقتصادي.

نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم ، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات للمستهلك ، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها ، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط ، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر ، و الاستسلام لشروطه [1] .

على أن معظم العقود ذات الأهمية هي اليوم عقود إذعان ، فالفقه ساليي هو أول من لفت في فرنسا الانتباه إلى هذه العقود عندما لاحظ أن محتواها كان يفرضه في الواقع أحد الفريقين (المحترف) على الاخر .

و عقود الإذعان يبدو عليها اليوم انها في توسع مستمر (أ) ، وتحريرها الأحادي الجانب يؤدي إلى إدخال شروطا تعسفية (ب).

أ) توسع مجال عقود الإذعان :

إن عقود الإذعان غدت شائعة في بداية القرن ،وهي اليوم على الأقل بالنسبة إلى الأفراد ، الطريقة العادية لعقد اتفاقية لها بعض الاهمية . فعليات التأمين ، النقل ، و المصرف ، و البيع، على الأخص البيع بالائتمان، وتقديمات الخدمات التي توفرها وكالات السفر أو الفنادق، بقطع النظر عن عقود العمل ، هي بصورة أعم عقود إذعان، وهذا النمو مشترك مع عدة بلدان، ولاسيما في أوروبا الغربية وفي أمريكا .وهذا النمو يتيح أينما كان إساءات استعمال بالإضرار بمن ينضم أو بالمذعن.[2]

1-لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق،ص. 9

2-جك غستان، مرجع سابق، ص. 95

وعقود الإذعان في الواقع الحالي، يفرضها الإنتاج الضخم والتوزيع الكثيف. فالاستخدام الواسع للعقود النموذجية وغياب المفاوضة على الشروط الواردة بها سببه الكم الكبير للإنتاج و التوزيع والعلاقات العقدية الكثيفة ، وعدد العقود وتكرارها ، والسرعة الضرورية لإبرامها ، وتدخل التابعين[1] الذين ليست لهم أي سلطة قرار، تمنع في الواقع، في التوزيع العصري للأموال و الخدمات، أي مفاوضة يمكن أن تعدل الشروط العقدية التي تحررها مسبقا المصالح المتخصصة التابعة للمهنيين. ويصلح التحرير المسبق للعقد من طرف المهنيين للحد من المخاطر التي يريدون تجنبها، مثل التخلص من الدعاوى المرفوعة ضدهم، عن طريق وضع شروط تحدد مسؤوليتهم المدنية.

إذن عقود الإذعان بهذه الصفقات، تشكل عقودا لا غنى عنها في إدارة المقاولات، وهي تسهل الانضمام باستعمال شروط مطبوعة مسبقا، تبدو للمستهلك العادي غير قابلة للمس بها، وتدفعه للشعور بمساواة في المعاملة مع غيره من المنضمين للعقد، مما يجعل عملية الانضمام هذه تختلط بسهولة مع العدالة [2].

ب) يؤدي التحرير الأحادي الجانب لعقود الإذعان إلى إدخال شروطا تعسفية :

إذا كان الإنتاج الضخم و التوزيع الكثيف يفرضان استعمال العقود النموذجية المعدة مسبقا، فإن تنظيمها الأحادي الجانب من طرف المهنيين يؤدي بلا شك إلى إساءات استعمال خطيرة ضد المستهلكين. فيمكن أن يستفيد محرر عقد مطبق بشكل موحد على عدد كبير من المتعاقدين من ذلك لكي يدخل شروطا تخفف من التزاماته الخاصة وتثقل، بدون مقابل التزامات المتعاقدين معه.

ومن الشروط ماهي شائعة الاستعمال، كأن يحدد البائع ثمن البيع حسب تعريفه الخاصة بتاريخ التسليم، يحتفظ لنفسه بإمكانية تعديل خصائص الشيء المبيع بدون تخفيض للثمن، ويعفي نفسه من الضمان القانوني المتعلق بالعيوب الخفية كليا أو جزئيا. و الناقل يعفي نفسه من أي مسؤولية عن ضياع أمتعة الركاب.

1- التابعين هم بمثابة وكلاء ليس لهم أن يتفاوضوا بشأن شروط العقد مع المذعنين.

2- جاك غستان، مرجع سابق، ص.98

وهناك نص على بنود جزائية قاسية على المستهلكين المذعنين. بالإضافة إلى شروط تمديد ضمني أو الي تربط الزبون لمدة طويلة جدا. ويتم إدخال شروط تحكمية غالبا ما تكون في صالح المهنيين وحدهم [1].

وإساءة الاستعمال لشروط عقد الإذعان تكون خطيرة بقدر ما يكون الرضا الظاهر للمستهلك مطبقا بكثرة في شروط عامة، هو ليس على علم حقيقي بها، أو على الأقل معرفة بها. وغالبا ما لا يرد العقد النموذجي في الاتفاقيات إلا في شكل إحالات إلى مستندات لا يمكن طلب الاطلاع عليها، أو بطاقيات أو على ظهر طلبات البضاعة، أو طلبات التسليم، وليس في وسع المستهلك عمليا أخذ العلم بها أو في أي حال لا يستطيع دراستها قبل الالتزام وطول النص.

الفرع الثاني: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية:

من أجل إعطاء فكرة واضحة عن الحماية المقررة للمستهلك المذعن من الشروط التعسفية في الممنوحة للقاضي بأن يعدل الشروط التعسفية أو يستبعدها إذا وجد أنها مدرجة في عقد إذعان، مع تبيين الطبيعة القانونية لسلطته في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي (ثانيا).

أولا: شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية:

لتطبيق الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، يجب توافر ثلاثة شروط، هي أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم صحيح، على أن يتضمن هذا الأخير شرطا أو عدة شروط تعسفية، والتي يقف المذعن موقف الضعف منها :

الشرط الأول: وجود عقد دائم صحيح:

يفترض لسريان الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان أن يكون هناك عقد قائم صحيح، توافر له عنصر التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحا،

1 - جك غستان، مرجع سابق، ص.99

خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه، إذ أن رقابة التعديل أو الإلغاء، تأتي حصيلة تفسير لشروط العقد للوقوف على ما بها من تعسف، وهذا التفسير تسبقه أوليات معينة وهي قيام العقد صحيحا بين طرفه[1].

الشرط الثاني: تضمن العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية:

إذا توفر الشرط الاول سالف الذكر، أي وجود عقد قائم صحيح، جاء دور الشرط الثاني ، والمتمثل في اشتمال العقد على شرط أو عدة شروط تعسفية، تبرر رقابة القضاء. إذ الهدف الذي أراد المشرع من قاعدة المادة **149** مدني مصري، والمادة **110** مدني جزائري، هو حماية الطرف المذعن لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه، وإذا لم يكن العقد متضمنا لأي من هذه الشروط فلا محل لمراجعة القاضي وإلا عدة تدخله تحريفا للعقد، الأمر المبرر لنقض الحكم [2] .

الشرط الثالث: الضعف الإرادي:

يجب أيضا لسريان الرقابة على الشروط التعسفية في الإذعان، أن يكون المستهلك المذعن ضعيفا أمام الشروط التي يفرضها المهني، حيث لا يمكنه إلا أن يسلم بها. بمفهوم المخالفة إذا كنا بصدد قبول صادر بعد مناقشة لشروط العقد، بحيث كانت هذه الشروط حصيلة مفاوضات الطرفين، فإننا يجب أن نطبق بشأنها نص المادة **1/147** مدني مصري أو المادة **106** مدني جزائري، باعتبار هذا التعاقد شريعة الطرفين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما، أو للأسباب التي يقررها القانون، حتى ولو كانت شروطا تعسفية، طالما كانت مقبولة بمحض الاختبار الكامل للطرف الملزمة له. والقول بخلاف ذلك يعني تحريف العقد، ونقض جوهره.

وهذا أمر محظور قانونا، فيجب أن ينظر القاضي إلى الطرف الضعيف وموقفه من الشروط التعسفية، فإذا كانت إرادته ضعيفة وكان دورها في العقد مجرد التسليم، فقد قام مبرر تدخله، حتى ولو كان منتبها إليها، عالما بما شابها من تعسف، إذ لن يستطيع رغم هذا العلم أن يفعل شيئا سوى الإذعان لها [3].

1-عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 434

2- .عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 434

3 - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 436

أ- إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها:

يقول البعض: أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء في المادة **149** مدني مصري والتي تقابلها المادة **110 مدني جزائري** وهذا حكم خطير خص المشرع به عقود الإذعان، وخول بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر، وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها [1].

وبالتالي فسلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان في ظل القواعد التقليدية تشمل إما التعديل أو الإلغاء، بمعنى تعطيل الشرط، أو إعفاء الطرف المذعن منه، و النوع الأول من الرقابة لا يقف حائلا دونه وضوح عبارات الشرط، إذ أن هذه الصفة ليست بيت القصيد في هذه الشروط، بل الأمر يتعلق بما شابها من تعسف، إذ أن وضوح الشرط ودقته لا يمنعان من تعديله، فلم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئا رغم هذه الدقة، إذ الغموض ليس بشرط حتى يتدخل القاضي[2]

ويعتقد البعض [3] أن حالة الوضوح هي التي تبرر تطبيق حكم هذه المادة في الواقع، إذ الشرط الغامض و التي تقابلها المادة **2/112 مدني جزائري- أما الشرط الواضح المعنى فإن** هذه المادة الأخيرة تقف عاجزة دونه، ومن ثم يجب أخذ الطرفين بحكمه، وبالتالي فقد تجنب المشرع ذلك بفرض الرقابة القضائية على هذه الشروط، حتى ولو كانت **واضحة،طالما قدر** القاضي أنها شروط تعسفية ، فإذا انتقت عنها هذه الصفة كانت مراجعتها من قبيل التحريف.

1-عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، القاهرة (بدون تاريخ)، ص. 100

2- .عبد الحكم فودة، السابق، ص. 437

3 -عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 437

أما عن رقابة الإلغاء فهي أشد جرأة من رقابة التعديل، وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفي الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك القاعدة الشهيرة في قانون العقود والتي نصت عليها **1/147 مدني مصري**[1]، والتي توازيها المادة **106 مدني جزائري، والتي تنص على أن** العقد شريعة المتعاقدين.

ويرى جانب من الفقه [2]، **بأن إعطاء سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس** نظام خاص بعقود الإذعان طريقة لها أخطارها المخفية وتنطوي على عدم حكمة، لأن ذلك يهدم توازن العقد ويحدث الاضطراب في العلاقات الاقتصادية بسلطة تحكمية.

وينتقد جانب أخر من الفقه [3]، هذا الرأي بأن توازن العقد اختل قبل تدخل القاضي، الذي يجيء دوره لإعادة هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي، برفع التعسف عنه، وأما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فلا يجب أن ننسى هذه العلاقات تقوم أيضا على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها، وأما عن التحكم فإن في رقابة محكمة النقض عن طريق كفاية الأسباب من شأنها أن تضع حدا لأي تطرف يحدث.

لكن لقيام **القاضي بممارسة سلطة** تعديل **أو إلغاء شرط تعسّفي وارد في عقد إذعان، لابد من** معيار يستند عليه هذا الأخير ليعرف **ما إن كان الشّرط** تعسّفياً **أم لا "1." ولابد** أيضا **أن تكون** الطبيعة القانونية لهذه **السلطة من النظام العام "2".**

1-المعيار التقليدي لتقدير الطابع التعسفي للشرط : يأخذ بالعدالة قاعدة من قواعد القانون الطبيعي وذلك من شانه بهدم استقرار المعاملات حيث هو مبدأ أخلاقي بهدف تحقيق المساواة بين الأفراد إذ لا مجال للإضرار بالغير ولا إثراء على حسابه حيث أن القاضي يملك كامل الحق عاى التقرير ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره من مسائل **الواقع.**

1- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 438

2- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، القاهرة، 1946 ، ص. 407. 408

3- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 438

2 -**الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو استبعاد الشرط التعسفي:** لا يجوز الاتفاق لسلب القاضي سلطة تعديل أو الإلغاء حيث أنهما جوازية للقاضي وليست وجوبية فيمكن للقاضي الإمتناع عنها كما لا يتصدى من تلقاء نفسه إلا بناءا على أحد الأطراف عملا بمبدأ حياد القاضي المدني ويمكنه في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي بناءا لنظام قضائي متكامل.

ب- تفسير الشك لمصلحة المذعن،سواء كان دائناً أو مدينا:

بالإضافة إلى الحماية المباشرة التي توافرت للطّرف المذعن في مواجهة الشّروط التعسّفية الواردة في عقود الإذعان بموجب المادة 149 مدني مصري، و 110 مدني جزائري، السالفة الذكر فقد تدخل كلا المشرعين بهدف إسباغ الحماية على الطرف المذعن في مواجهة الشّروط الغامضة والتي يحيط الشك بحقيقة المقصود منها.

فبالرغم من أن نص المادة 151/ 1 من القانون المدني المصري قد أتى مكرّسا للقواعد العامة في التفسير والتي تقضي أن" الشك يفسّر لمصلحة المدين "فقد ورد نص الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه" ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ."وبلغة متطابقة تماما نص القانون المدني الجزائري في المادة112/ 2 على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

إذن فتفسير الشك لمصلحة المدين المذعن أمر طبيعي متفق مع القاعدة العامة، أما تفسيره لمصلحة الدائن المذعن فذلك هو الاستثناء الذي يعد خروجا على القاعدة.

والقاعدة العامة في التفسير لا تخرج عن حالات ثلاثة هي:

حالة وضوح عبارة النص والتي لا يجوز فيها الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.

وحالة غموض عبارة النص، والتي يتعين فيها اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل.

وأخيرا حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والتي يتعين فيها تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.

وفي عقد الإذعان الذي ينفرد فيه المتعاقد القوي أو المحترف بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على الطرف الضعيف، وحيث يورد شروطا تحتمل أكثر من معنى .فإن هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المحترف لشرط خاص غامض وناقص، كما هو الحال مثلا بالنسبة لوصل الضمان الذي يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان الاتفاقي.

وقد يكون سبب الإبهام هو التناقض بين الشّروط المختلفة في نفس العقد، كما هو الحال مثلا بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين.

وتجب الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما وليس أيضا وليد رعونه واضعه وهو المحترف، ولكن في كثير من الأحيان يكون متعمدا، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير لشترطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر على التعاقد[1]لذا جاء الاستثناء المذكورة سابقا، أي يجب أن لا يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا، على أساس أنه إذا كانت للشّروط تحمل لبسا أو إبهاما، فمن العدل أن يتحمل المهني جريرة تقصيره في إيضاح شروط العقد، وأن لا يستفيد من غموض الشّروط التي أملاها وفرضها على المستهلك المذعن [2] .

والجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي وإن لم يورد نص في القانون المدني مماثل لنص المادة 149 مدني مصري 110 – مدني جزائري – الذي يعطي القاضي حق تعديل شروط العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها ، إلا أنه أورد نصوصا أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود لصالح الطرف المذعن أو المستهلك على وجه الخصوص، فإضافة إلى نص المادة 31162 مدني فرنسي، المقابل لنص المادة 151 مدني مصري، و 112 مدني جزائري،

1- .محمد بودالي، مرجع سابق، ص79

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 82

هناك نص المادة 1602 مدني فرنسي، الذي بمقتضاه يلتزم البائع بأن يوضح ما يلتزم به المشتري، فإذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد في سر ضده، سواء كان دائنا أو مدينا، وذلك باعتبار أن البائع هو الطرف الأقوى في العقد إذ هو شيده والمملي لشروطه، بالإضافة إلى أنه يعلم الشيء المبيع جيدا، وبالتالي يكون عليه أن يوضح كل ما يتعلق به. 1

وخلاصة القول أن السلطات الواسعة التي منحها كل من المشرع المصري والمشرع الجزائري للقاضي، فيما يخص حماية المذعن من الشّروط التعسّفية، وإن كانت كافية إلى حد ما لحماية المستهلك في عقود الإذعان، إلا أن هذا الأخير عرضة لتعسّف المحترف، ليس في عقود الإذعان فقط، وإنما في جميع عقود الاستهلاك، إذ على الرغم من أن عقود الإذعان تمثل جزءً هاماً من العقود المبرمة مع المستهلكين والتي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد، من حيث المقدرة والخبرة، إلا أن هذه العلاقات التعاقدية ليست كلّها عقود إذعان، مما جعل بعض الفقه العربي 2، يصرّح أن الحماية المقرّرة للمستهلك في عقود الإذعان في التشريعات العربية عموما، والتشريع المصري خاصة، غير كافية البتة وحدها لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية .ودعا نفس الاتجاه من الفقه إلى ضرورة اقتداء التشريعات العربية بالخطوة التي خطاها المشرع الأوروبي عندما منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل أو الإلغاء للشّروط التعسّفية في جميع عقود الاستهلاك، والتي منها ما ينطبق عليه وصف الإذعان، وهي خطوة حاول المشرع الجزائري الاقتداء ولو بصفة جزئية حيث وسّع من مفهوم عقود الإذعان، كما سنرى في الفصل الثاني.

1- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص313 .
2- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص3 .

المطلب الثاني:

دور السبب، ومبدأ حسن النية، وعيب الغبن والاستغلال في الحماية من الشّروط التعسّفية:

بالإضافة إلى الحماية التي تكفلها القواعد العامة الخاصة بعقد الإذعان في التشريع المصري و الجزائري، كما سبق تفصيله، هناك آليات عامة أخرى وردت في الشريعة العامة، قد يمكن إعمالها من تحقيق بعض الحماية للمستهلك، عن طريق سعي القاضي انطلاقا من هذه القواعد، إلى محاولته محاربة عدم التوازن العقدي، بإبطال الشروط التي تحمل طابع التعسف ضد المستهلك.

فغياب السبب، مكن القضاء من إبطال بعض الشروط الأكثر فداحة، وقاعدة حسن النية التي تسمح بتقدير ما إذا كان سلوك المتعاقدة خاطئا أم لا ؟ تستعمل في بعض التشريع المقارن بشكل مباشر من اجل إزالة عدم التوازن في العقود، والأشد وقعا ، أما عيوب الرضي وبالتحديد الغبن و الاستغلال، فلها وإلى حد ما دور وإن كان ضئيلا في تصحيح بعض إساءات الاستعمال التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة عموما، وبين المحترف و المستهلك خصوصا.

الفرع الأول:

دور نظرية السبب في الحماية من بعض

الشروط التعسفية ومبدأ حسن النية:

سعى القاضي إلى محاولته محاربة عدم التوازي العقدي بإبطال الشروط التعسفية ضد المستهلك وذلك بـــ:

أ- دور نظرية السبب في الحماية من بعض الشروط التعسفية:

بداية تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط التعسفية المفرطة، يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد يكون قد تضرر من الشرط

التعسفي، سواء كان مهنيا أو مستهلكا، أو غير مهني. وما دام أن المستهلك أحد هؤلاء [1]، فإنه يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من بعض الشروط التعسفية في العقود بشكل عام، وفي عقود الاستهلاك بشكل خاص.

وجدير بالذكر أيضا، أن البطلان لغياب السبب لم يكن مطبق، من حيث المبدأ، على الشروط التي لا تتضمن مقابلا خاصا، وكان الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي، لكي يصلح غياب السبب كسند عام لإبطال الشروط المفرطة، أو على الأقل البعض منها، عن طريق قبول الاجتهاد لوجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، في عقد ملزم للطرفين 2 تتيح في الواقع، إلغاء الشروط التحديدية للمسؤولية غير المعوض عنها بتخفيض مناسب في الثمن.

غير أن نظرية السبب تنازعها اتجاهين فقهيين – تقليدي، وحديث – يؤدي الاستناد التشريعي إلى أحد هذين الاتجاهين إلى تقرير ما إذا كان بإمكان القاضي الاستناد على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية أم لا يمكنه ذلك، على أن هناك اجتهادا قضائيا نما في فرنسا يستند على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية، وهذا ما لقي تأييدا من طرف جانب من الفقه، ومعارضة من طرف جانب آخر.

1- الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب:

النظرية التقليدية للسبب صحيح ومشروع موجود عدم وجود محل الالتزام المقابل أي عدم وجود السبب يؤدي إلى بطلان العقد والمشرع الجزائري اعتمد على النظرية الحديثة للسبب والغاية من التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 97 أسندت السبب للعقد المادة 98لسندت السبب للالتزام المادة 98ق2لسندت السبب للعقد على حسب المادة 97 يشترط في السبب إن يكون مشروعا و إلا كان العقد باطلا ، المادة 136 ازدواجية السبب قانون مدني مصري ، أخد بالنظرية التقليدية و الحديثة أن كلاهما إمكانية استناد القاضي غياب السبب أما القضاء الفرنسي على الأقل بالشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية.

1- رغم أن المستهلك أو غير المهني في التشريع الفرنسي يمكنه أن يستغني عن الدفع المقرر لصالحه وهو غياب السبب في العقد الذي أبرم معه، للتخلص من تسلط شرط تعسفي ما، عن طريق تقديم طلباتها إلى القضاء تأسيسا على قواعد قانون حماية المستهلك، وهو طريق أسهل من الطريق الأول . وهذا ما سيرد في الفصل الثاني.

2- جاك غستان، مرجع سابق، رقم 875 ، ص. 993 وما يليها.

2-نمو الاجتهاد القضائي بصدد الاستناد على غياب السبب للحماية من بعض أنواع الشروط التعسفية:

في عقود التأمين يشترط أن لا تكون مضمونة إلا المطالب الحاصلة خلا ل مدة صلاحية وثيقة التأمين تستند على غياب السبب لإبطال الشروط التعسفية كالقرار الصادرة عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض" chronopost " نقل سريع طرود من الشركة " Banchereau " في مناقصة لتزويد اللحوم تأخر في الوصول الطرود المادة1131 الشرط المحدد للمسؤولية الذي يتناقص التزاما أساسيا بإبطال الطرود بسرعة اعتبرته شرط تعسفي باطلا على غياب السبب من اجل إيصال الطرود بسرعة كبيرة وإنما السرعة و الفعالية إما أقدم الزبون على التعاقد.

3-موقف الفقه من الاجتهاد:

لا لتقنية لا تؤدي إلى إبطال بعض الشروط وليس إلى عدم التوازن العقدي برمته وهو غياب جزئي للسبب أي بطلان جزئي للعقد وهو إلغاء الشرط التعسفي وترك العقد قائم وإلغاء الشرط من طرف القضاء ، كان غير ملائم كالخطأ الجسيم أو الإخلال البسيط بالتزام أساسي أو فسخ العقد لعدم التنفيذ أو إعادة التكييف فاردو الابتكار بالتقصير في أداء التزام أساسي.

ب- مبدأ حسن النية:

يقصد بالمبدأ تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو هو القصد السوي، أو الصراحة . فالنية الحسنة تصدسوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير .وهذا المبدأ – بصفة عامة ذو مفهوم واسع، يعبّر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.1

1- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص.153، 154

و بالتالي فأفعال المتعاقد بما يخالف حسن النية، أي أفعاله الصادرة عن سوء نيته، إما أن تكون سلبية، كامتناع البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع الخفية، وإما أن تكون إيجابية، كإدراج شرط تعسّفي في العقد المبرم بين المحترف والمستهلك، يسعى المحترف من خلال الشّرط إلى الحصول على ميزة فاحشة وبالنتيجة إلحاق ضرر بالمستهلك.

توجب الفقرة الثالثة من المادة 1134 [1] من القانون المدني الفرنسي أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية .فهذه الفقرة تقع تحت طائلتها كل العقود دون استثناء، فقد أراد المشرع بوضع هذه القاعدة أن تكون حدا قانونيا مضروبا على الإرادة، حتى ترتد إلى الحدود الصحيحة للأمانة 2هناك رأيين متعارضين في هذا الصدد، وذلك رغم أن الفقه لم يولي اهتماما كبيرا بمبدأ حسن النية، كآلية لإعادة التوازن إلى العقد .فالرأي الأول3 ، يذهب إلى أن مبدأ حسن النية يراعى فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة بمكان ترك شروط العقد لمحض تقدير القاضي .بالإستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة 134 مدني فرنسي 4 على أن الرأي الثاني يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظل العقود جميعها،سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها.5

---

1 - "... Elles doivent être exécutées de bonne foi".

2- .عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص155 .

3- Th. BOURGOIGNIE et J. GILLARDIN: Droit des consommateurs, Bruxelles, F.U. Saint-Louis 1982, p. 73.

4- محمد بودالي، مرجع سابق، ص64 .

5- J. GHESTIN: Traité de droit civil, les obligations, le contrat formation, 1ère edition, L.G.D.J. 1980, p. 140, et s.
L. BIHL: Le droit de la vente (vent immobilière), Dalloz, 1996, p. 190.

فالمادة 142 مدني ألماني، مثلا، نصت على هذا المبدأ بوصفه مبدأ عام، بشرط أن لا يؤدي إعماله إلى المساس باستقرار المعاملات، كما أن المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود والأشدّ وقعا، عن طريق إبطال الشّروط التعسّفية بمسائلة محرّرها عن سوء نيته، إذ أن المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976 ، والمتعلق بالشّروط العامة للعقود، منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشّروط العامة على التوازن العقدي، والعمل على تحقيقه، كما نصت المادة 09 من نفس القانون على تحديد معنى الشّروط العامة بوصفها شروطا تحقّق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية 1 .

وتتردد المحاكم في فرنسا في تبني موقف القانون الألماني، وإن كانت أحيانا تتطلب أو تستوجب حسن النية عند تنفيذ العقد، بما يسمح بتقدير فيما إذا كان سلوك المتعاقد سويا أم لا . مما يفسح المجال لإعمال ميكانيزمات تقنية مختلفة أخرى مثل المسؤولية والفسخ وغيرها 2

وبالتالي فإنه رغم الاعتراف بقاعدة حسن النية في فرنسا وما توحي به من تطبيق لبعض القواعد والأحكام، فإنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن . العقدي. 3

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نصت المادة 1/107 مدني على أنه " : يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وفي ذلك" اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، فضلا عن استخلاص يه بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد "4 .

1- محمد بودالي، مرجع سابق، ص65-66

2 -محمد بودالي، مرجع سابق، ص66

3- J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ: Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz, 2000, p. 184.

4-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج1 .، المجلد1 ، المرجع السابق، ص700 .

وإذا علمنا أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدّد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، فإن ذلك يفسر انعدام الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية من أجل إعادة التوازن إلى العملية العقدية لصالح الطرف الضعيف، إذ أن إدراج شرط تعسّفي من طرف المهني في عقد الاستهلاك الذي يربطه بالمستهلك ما هو إلا تصرف ناجم عن سوء نيته،" وهو ما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي في القانون الجزائري[1]

الفرع الثاني:
دور نظرية الغبن والاستغلال في
حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية:

إنّ الاستغلال أمر نفسي يعدّ الغبن مظهرا ماديا له[2] ، لذا فقد نصت المادة 129 من القانون المدني المصري على أنه" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ." بينما نصت المادة 90 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري[3] على أنه : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد،....".

1-محمد بودالي، مرجع سابق، ص 66- 67

2 -عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 29

3-قانون رقم -05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

نلاحظ أن كلا من المشرعين، المصري والجزائري، قد اعتنقا النظرية المادية للغبن، وذلك توافقا مع المشرع الفرنسي، الذي أخذ بنفس النظرية بموجب المادة 1118[1] مدني، هذه النظرية يعني الغبن في نظرها، عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، بحيث تصل درجة الإختلال في التعادل إلى رقم معين، لكن هذه النظرية لم يأخذ بها المشرعين المصري والجزائري على إطلاقها، وإنما حصرا تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محدّدة على سبيل الحصر، لا تهم .في أغلبها أحوال المستهلكين. [2]

غير أنهما وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقا مع المشرع الألماني[3] ، وتأسيسا على مبدئي التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات، فإنهما – المشرع المصري والمشرع الج زائري– أسسا الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية والتي جعلا منها سببا من أسباب إبطال العقود، وهي نظرية لا تعتد بتقدير الشيء بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف المتعاقد .فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالإختلال في الأداءات المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر .والجزاء في هذه الحالة هو بطلان العقد بطلانا مطلقا في القانون الألماني، باعتبار الغبن عملا غير مشروع ومخالفا للآداب، وفي القانونين المصري والجزائري يكون للقاضي سلطة تقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون[4] ، الذي يكون في أغلب الأحوال مستهلكا.

---

1 - "La lésion ne vice les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certains Personnes, ainsi qu'il sera expliqué en le même section".

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص60-61 .

3- المادة 138 مدني ألماني : حيث تبنى المشرع الألماني النظرية الشخصية للغبن أي الاستغلال والتي نصت على " : أن العمل القانوني المخالف للآداب يعتبر باطلا .ويعتبر باطلا بوجه خاص العمل القانوني الذي يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته، ليحصل لنفسه أولغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع"، أورده، .محمد بودالي، السابق، ص 61 .، هامش2

4- .محمد بودالي، مرجع سابق، ص-61 -62

وبالتالي يمكن القول أن تأثر المشرعين المصري والجزائري بالقانون الألماني في هذا المقام، أي باعتناقهما للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن قد تجنبا القصور التشريعي في القانون الفرنسي، والتي اعتنق المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيقة، ولا شك أن سلطة القاضي عند تقرير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقا منها في النظرية الموضوعية.[1]

إذن فعدم التعادل بين الأداءات المتبادلة في العقد، في القانون المصري وكذا الجزائري، يتسع لكل فروض الإستغلال حتى ولو كان الأمر لا يتعلق بتقديم أداء مقابل آخر لا يساويه في القيمة، وإنما يتعلق بشروط تعسّفية مجحفة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر[2].

ومن المؤكد أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقييم الشّروط التي يمليها أحد المتعاقدين المحترف على الآخر المستهلك[3]، فحتى وإن لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشّروط على الأداء المالي للعقد بشكل مباشر، فإن هذه الشّروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشر[4]. كذلك في نظرية الإستغلال لا ينظر إلى اختلاف قيم الأشياء بمعيار موضوعي من خلال تحديد نسبة معينة من نقصان القيمة يعد غبنا ما يجاوزها. وإنما يقاس بمعيار شخصي، ووفقا لظروف كل حالة على حدة، مع ملاحظة أن المشرع المصري يشترط في الغبن المصحوب بالاستغلال وفي جميع الأحوال أن يصل اختلال القيمة إلى حد باهظ[5]، ونفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الجزائري.

وعلى المستهلك الذي يدفع بالغبن، أن يثبت العنصر النفسي بشقيه، الأول، قيام الضعف النفسي، من طيش بين أو هوى جامحا، والثاني، قيام الطرف الآخر وهو المحترف باستغلال هذا الضعف، بدفع المستهلك إلى إبرام عقد استهلاك يضر بمصلحته، بأن يفرض فيه شروطا تعسّفية تؤدي إلى اختلال توازن العقد، بحيث يكون هذا الاختلال في الصالح الحاصر للمحترف.

1محمد بودالي، نفس المرجع، ص62 .
2- .عامر قاسم أحد القيسي، مرجع سابق ص30 .
3-عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976 ، ص 429 .وما بعدها.
4- .توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، 1966 ، الإسكندرية، ص129 .
5- .عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 .، دار النهضة العربية، 1976 ، ص.346

ومن خلال ماسبق، يمكن القول :أن إدراج الشّروط التعسّفية في عقود الاستهلاك -وهذه الأخيرة تعد أبرز مثال على العقود غير المتكافئة -والناتج عن ضعف إرادة المستهلك الذي يحتاج إلى السلعة أو الخدمة هو ما يتيح لنا أن نقول بإمكانية تطبيق نظرية الاستغلال لحماية هذا المستهلك المغبون من بعض الشّروط التعسّفية ذات الطابع المالي والتي قد تخل بتوازن العقد إلا أن بعض الفقه يرى أن هذا الحل غير كاف، إذ لا يمكن تعميم نظرية الغبن والاستغلال على نطاق واسع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات واهتزاز الأمن القانوني . [1]بالإضافة إلى أن هذه الوسيلة لا يمكن أن تحمي المستهلك في جميع الحالات، بإبطال الشّروط المخلة بتوازن العقد، إذا تصطدم بالحقائق الآتية:

1.لا يستفيد المستهلك المغبون من الحماية إذا قدّر القاضي أن عدم التعادل بين الالتزامات ليس جسيما، لأن المشرّع يشترط أن يكون عدم التعادل جسيما [2] .

خاصة إذا علمنا أن المحترفين في الوقت الراهن يعتمدون على كسب ميزات مالية ضئيلة في كل عقد يبرمونه مع المستهلك، على أن العدد الكبير من عقود الإستهلاك التي يبرمها المحترف في اليوم الواحد، بل في الساعة الواحدة، هو الذي يوفّر له ميزة فاحشة.

2 .من ناحية أخرى، فإن النص القانوني وحتى في النطاق الضيق لتطبيقه يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعيب أو ضعف في إرادة المستهلك المغبون، وهو ما لا يتمكن هذا الأخير من القيام به في أغلب الأحوال ، بالإضافة إلى المصاريف التي تتطلبها دعوى البطلان أو الإبطال أو دعوى الإنقاص، مما يؤدي إلى تثبيط همم المستهلكين في سلوك هذا الطريق.[3]

3. و من ناحية ثالثة، فليس الطيش أو الهوى، دليلا في حد ذاته على وجود الضعف النفسي، يضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف قد تم تحديدها بتعابير محدّدة، اتفق الفقه عليها، وهذا يعني أكثر أن المشرّع حصر أسباب الدفع بهذا العيب في أضيق نطاق ممكن .

4. بالإضافة إلى أن عيب الغبن، كماسبق القول، قد يوفر حماية محدودة جدا تقتصر على بعض الشّروط ذات الطابع المالي فقط، دون الأنواع الأخرى من الشّرط التعسّفية.

1- B. Starck: Droit civil, obligations, Librairies Thechniques, 1972, p.479.
.و أنظر محمد بودالي، مرجع سابق، ص64 .
2- .عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص31 .
3-محمد بودالي، مرجع سابق، ص64 .

المبحث الثاني:

الحماية الخاصّة للمستهلك من الشّروط التعسّفية في بعض القواعد المفرقة:

على عكس الحماية العامة ، التي وردت في القواعد التقليدية لقانون العقود، لمواجهة أكثر من نوع من الشّروط التعسّفية التي يمكن أن تدرج في عقد استهلاك، فإن الحماية الخاصة جاءت لتواجه شروطا تعسّفية معينة، أو مسماة إن صح القول، وذلك بموجب قواعد مفرقة في ثنايا القواعد العامة.

لذا سنتناول في هذا المبحث طائفتين من الشّروط التي تسوّس عقود الاستهلاك، عن طريق الإضرار بأضعف طرفيها، وهو في الغالب الأعم المستهلك [1] .فنتطرق في المطلب الأول إلى الشّروط التي تتضمن تعسّفا، وهي الشّروط الجزائية، والشّروط الإرادية، على اعتبارها الطائفة الأولى .أما الطائفة الثانية والتي نوردها في المطلب الثاني فهي تتعلق بالشّروط التعسّفية بذاتها، ممثلة في عدة أنواع.

المطلب الأول:

الحماية من الشّروط المتضمنة تعسّفاً:

الشّروط المتضمنة تعسّفا هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسّف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند التطبيق، بالتمسك بحرفيتها، وعدم مراعاة روحها . ومن أبرز هذه الشّروط الشّروط الجزائية، والشّروط الإرادية.

لذا نتناول في هذا العنصر الحماية المقرّرة للمستهلكين من الشّروط الجزائية المبالغ فيها أو المفرطة (الفرع الأول)، على أن نخصّص (الفرع الثاني) للحماية من الشّروط الإرادية.

---

1 - تجدر الإشارة إلى أن الحماية من هذه الشّروط تمتد إلى أي طرف ضعيف اقتصاديا ولو كان مهنيا، وليس المستهلك فقط، إلا أنّ هذا الأخير يمثل أكثر ضحايا هذه الشّروط من الناحية العملية.على أن إستفادة جميع المتعاقدين الضعفاء من هذه الحماية بما فيهم المحترفين، مرده إلى ورود هذه القواعد الحمائية في القواعد العامة.

الفرع الأول:

الحماية من الشّرط الجزائية المفرطة:

تعريف الشرط الجزائي : هو تقدير التعويض الملتحق عن عدم التنفيذ الكلي للعقد أو الجزئي لتجنب التقدير القضائي للتعويض والحد من سلطة القاضي بالاتفاق على مبلغ مالي يدفعه المدين في حالة عدم الوفاء بالتزاماته.

التعريف القانوني: ما بين / 229+1226م.ف من خلال هذه المواد هو تعريف عام ناقص إقتصر على عدم التنفيذ أما الم 229/ م.ف الشرط الجزائي عقوبة وهو مخالف لظلم 152 م.ف يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه أي ضرر .

التعريف الفقهي: التعويض إذا لم ينفذ المدين التزاماته أو تأخر في تنفيذه اتفاقي للتعويض المستحق عن الضرر نتيجة خطا حيث أن الشرط الجزائي ليس من الضروري أن يكون محله ماليا قد يكون أداء امتناع عن عمل بخلاف الغريبين حيث أن الشرط الجزائي ما هو الا تعويض اما لعدم التنفيذ أو التأجير حيث يتضمن خاصيتين :

1- عمل شيء

2- ضمان لتنفيذ الإتفاق وهو تهديدي وهو وسيلة ردع أن المبلغ المالي يمكن أن يكون أعلى من قيمة الضرر الحاصل شرط إعفاء من المسؤولية يكون المبلغ المالي المشترط أقل من الضرر.

أ-سلطة القاضي في مراجعة الشّرط الجزائي:

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه قد مرّ بتطورات حتى وصل إلى إعطاء القاضي سلطة في مراجعة للشّرط الجزائي ففي البداية كان المشرّع الفرنسي يعتنق مبدأ عدم جواز المساس بالشّرط الجزائي، أي عدم جواز تخفيضه، حيث كانت المادة 1152 مدني تنص على أنه "عندما يتضمن الاتفاق أنّ من يقصّر في تنفيذ التزامه يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص "[1]

1- Art : 1152/1, C.C.F : « Lorsque la convention porte que celui qui monquera de l'exécution payera une certaine somme à titre de dommage-intérêt, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ».

تعني هذه المادة أنه حينما ينص الاتفاق على أن ذلك الذي سوف ينكث بالتنفيذ سيدفع مبلغا على سبيل التعويض، وأنه لا يمكن مطالبة الطرف الآخر بمبلغ أكثر ولا أقل من ذلك المبلغ المتفق عليه.

فالقاضي لم يكن يستطيع التدخل لتخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه، ويبدوا ذلك إعمالا لمبدأ أن الاتفاقات المبرمة قانونا تأخذ قوة القانون، وأنها يجب أن تنفذ بحسن نية، أي إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة [1]، ولكن كان القاضي الفرنسي يملك التدخل فقط على حد تعبير البعض "فيما لو أراد ذلك وفيما لو كانت قواعد العدالة تتطلب هذا التدخل، لعقاب تعسّف ما "[2].

غير أن هذا الوضع سرعان ما تغير، فوضع المشرّع الفرنسي حدا للاستعمال التعسّفي للشرط الجزائي ،و ذلك في 09 جويلية 1975 ، حيث قام بتعديل أحكام الشّرط الجزائي بمقتضى القانون رقم 597-75 ، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 ، كما أعاد صياغة المادة 1231 الخاصة بحالة عدم التنفيذ الجزئي للعقد كما سنراه لاحقا .

فأصبحت المادة 1152 تنص على أنه " عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصّر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض، لا يسمح للطرف الآخر أن يطلب زيادة أو نقص، غير أنه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك "[3].

إذن نستنتج أن المشرّع سمح للقاضي بالتدخل لمراجعة مضمون الشّرط الجزائي حينما تكون Manifestement excessive العقوبة المشترطة فاحشة إلى حد كبير أو فاحشة بحسب الظاهر يستطيع القاضي التدخل لتعديل العقوبة ، Dérisoireأو تكون العقوبة تافهة ، المشترطة أو زيادتها سواء أكان ذلك في حالة عدم التنفيذ الكلي للشرط أو عدم التنفيذ الجزئي له، ولكن بشرط أن يطلب منه الأفراد ذلك، أي يكون تدخل القاضي قاصرا على دعوى مرفوعة، يطلب فيها المدين أو غيره التعديل.إذن فسلطته مقيدة وفقا لقانون 09 جويلية 1975 المشار إليه آنفا.

1-أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص277 .

2-F.Chabas : « La réforme de la clause pénale »; D. 1976, chr.,p. 229.

3- Art. 1152, paragraphe n° 2, "Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui Avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

إلا أن المشرّع الفرنسي تدارك الأمر فقام بتوسيع سلطة القاضي إزاء الشّرط الجزائي، وأجاز له التدخل لمراجعة الشّرط من تلقاء نفسه متى كانت العقوبة فاحشة جدا أو تافهة وذلك دون انتظار أن يطلب منه ذلك[1] ، وذلك وفق التعديل الحديث الذي أدخله المشرع بمقتضى قانون 11 أكتوبر 1985 على المادة 1152[2] .

في مقابل التشريع الفرنسي، فإن المشرع المصري ومنذ وقت مبكر، قد أعطى للقاضي سلطة إجراء الرقابة على تطبيق الشّرط الجزائي، وذلك كوسيلة لمقاومة التعسّف الذي يباشر على الطرف الضعيف في العقد[3] ، فوفقا للقانون المصري يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه المادة 2/224 من القانون المدني المصري.

أما المشرّع الجزائري فقد منح هو الآخر للقاضي سلطة تخفيض الشّرط الجزائي، على أن يكون له ذلك في حالتين هما : إذا نفّذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، أو إذا أثبت المدين أن 2 مدني، كما تقدير التعويض في الشّرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة المادة 184 أجاز له بمقتضى المادة 185 مدني أن يزيد قيمة الشّرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدّر، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

غير أن بعض الفقه الجزائري[4] ، يرى بأن القانون الجزائري بتوقفه عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشّرط الجزائي في حالة المغالات فيه ولم يزد إلى ذلك ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه، قد جعل هذه الحماية ناقصة، ويرى أيضا أن إعمال نص المادة 184 يتطلب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف من أجل ذلك، وهو ما يدفعه إلى تناسي المطالبة بمراجعة الشّرط الجزائي أمام القضاء.

والجدير بالذكر أن نطاق سلطة القاضي تجاه الشّرط الجزائي تشمل جميع العقود من حيث

---

1 - يملك القاضي الفرنسي أساس قانوني آخر لإلغاء الشّرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، أي إذا كان تعسّفياً، وذلك باستناده على نص المادة 132-1 من قانون الإستهلاك، وذلك إذا كان الضحية مستهلكا.

2 – « Néomoins, le juge peut, même d'office, modéres ou augmenter la peine ». (L. n°85-1097 du 11 oct. 1985).

3 -.أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 276.

4- محمد بودالي، مرجع سابق، ص90 .

المبدأ، وخاصة عقود البيع بالائتمان وعقود البيع الإيجاري .[1] فسلطة المراجعة ليست قاصرة على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان، لكن الواقع يثبت أنها" على وجه الخصوص لحماية المتعاقدين الأكثر ضعفا، ومن بينهم المستهلكين، الذين يباشر القاضي سلطة المراجعة لصالحهم[2] "، معنى ذلك أن القاضي يستطيع التدخل لتعديل أو زيادة الجزاء المنصوص عليه من تلقاء نفسه في القانون الفرنسي، أو بناء على طلب الأطراف، متى كان هذا الجزاء فاحشا إلى حد كبير أو كان تافها، وسواء ورد ذلك في عقد بيع بالائتمان أو بيع إيجاري أم أي عقد من عقود الإذعان بما فيها العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين[3] .

1- معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي:

في كل من الفقرات من المواد م. 184 ج لا يمكن للقاضي أن يتدخل بكل حرية لتعديل الجزاء المتفق عليه إما أن يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه أو تافها أي مفروضة باستخدام تعسف الطرف القوي ثم يلتزم القاضي بتدخله للحد من التعسف لإعادة التوازن للعملية العقدية بتخفيض العفوية الفاحشة إذا كانت لا تتناسب مع الضرر وعلى القاضي اعفاء المدين كلية لانعدام الضرر حيث أن هناك معيارين.

أ-المعيار الموضوعي : أي الضرر الحقيقي يستند على المقارنة بين الضرر الحاصل والجزاء في العقد المقارنة بين الضرر الفعلي اللاحق بالدائن ومبلغ التعويض وهو ما أخذ به القضاء حيث أن التعديل القضائي لمبلغ التعويض قد يكون زائدا أو أقل حيث يجوز للقاضي أن يعطي الدائن مبلغا أقل من مبلغ الضرر الحاصل كما يجوز أن يعطي المدين كلية من التعويض إذا كان الضرر غير موجود أصلا ويجوز أن يحكم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي إلى قرتك رمزي حيث أنه لم يلم من الانتقاد سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف عند ضرورة تحديده بمبلغ يفوق الضرر . وهو ما أكدته م 1152ام ف توجز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا ابطاله كليا لأن التخفيض لحدود الضرر يعني إلغاء الشرط الجزائي وكل لتعويض محله .

1- G. PAISANT : « Dixans d'application de la réforme des art. 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975). R.T.D. civ., 1985, p. 468.
2- J. Calais- Auloy : Droit de la consommation, précité, n°. 143, p.136.
3- .أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص278 .

ب-معيار شخصي : هذا يلجأ القاضي للظروف الشخصية و الصعوبات التي يتحملها المدين في التنفيذ للالتزام الرئيسي واللجوء إلى مسؤولية الأطراف والمبادئ العلاقة العقدية و العادات وقاضي الموضوع له السلطة في التقدير لكنه مقيد بسبب حكمه أما المشرع المصري مع الجزائري كلاهما يأخذان بالمعيار الموضوعي م, 224 مصري يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت أن المدين أن التقدير كان مبالغا فيه لا يكون التعويض إلا اتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر المادة 184 مدني جزائري على خلاف المشرع الفرنسي الذي يعتد بالمعيار الشخصي والعدالة.

2- حالة التنفيذ الجزئي للعقد: ففي حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام فإن القاضي يقوم بإجراء تخفيض المبلغ في حدود ما تم تنفيذه المشرع الفرنسي م/23 بالنسبة للمشرع الفرنسي يجب تخفيض الشرط الجزائي حيث الفائدة التي عادت على الدائن أما المشرع الجزائري م84ف2 الحماية المقررة للمستهلك تعد بمثابة ردع ضد تعسف المهني الذي يجبر المدين على التنفيذ الكاهل الشرط إذ أن بتنفيذه للجزئي يعد بمثابة دليل على حسن نيته في تنفيذ العقد.

ب- حدود سلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي:

متى وجد قاضي الموضوع أن مبلغ التعويض الناجم عن التطبيق للشّرط الجزائي فاحش إلى حد كبير، فإن له، من حيث المبدأ، سلطة مطلقة في تقدير الضرر اللاحق بالدائن " .أي أن التحديد الإجمالي لمبلغ التعويض الذي يمنحه للدائن، يكون للقاضي فيه الحرية متى وجد أنه فاحش إلى حد كبير، هذه الحرية تتضمن نفس السلطة المطلقة في التقدير للصفة الفاحشة إلى حد كبير للشرط "[1]

إلا أن محكمة النقض [2] بدوائرها المجتمعة أكّدت على أن سلطة القاضي في تقديره للصفة الفاحشة، وبالتالي تخفيضه للمبلغ المتفق عليه، مقيدة بقيد التسبيب .أي أن قاضي الموضوع ملزم بإظهار الأسباب التي دفعته إلى اعتبار أن المبلغ فاحش جدا، بمعنى آخر على القاضي أن يسبب حكمه الذي قرّر من خلاله أن المبلغ المتفق عليه فاحشا جدا، ويلزم أيضا بالتسبيب في حالة حكمه بأن العقوبة تافهة جدا.

2- G. Cornu: La clause pénale; R.T.D.civ., 1979,p.150.
3- 20 janv.1978, D. 1978, I.R., p. 229, note, Vasseur. et Cass.com. 7 nov. 1978, Bull. civ.1978, n.225.

على العكس ممّا سبق، فإن القاضي غير ملزم بتسبيب الحكم الذي يرفض بموجبه تعديل الشّرط الجزائي فهو في هذه الحالة يحكم بالتطبيق المحض والمجرّد لما اتفق عليه طرفي العقد.[1]

إن إعطاء القاضي سلطة مراجعة الشّرط الجزائي على النحو السابق بيانه، يمثل سبيلا ناجعا لمحاولة إعادة التوازن للعملية العقدية، خاصة إذا كان أحد أطراف هذه العملية مستهلكا ضعيفا مضطرا للحصول على السلعة أو الخدمة، وجاهلا بمخاطر الشّرط الجزائي.

وهذا بالرغم من أن هناك وإلى حد ما، مسلسا بمبدأ الحرية العقدية، لكن ما يضعف هذه الفكرة أي المسلس بالحرية العقدية، هي فكرة أخرى وهي تتلخص في أنه ما دام أن أطراف العقد ليسوا على قدم المساواة، مما لا يمكن الجزم معه بوجود حرية عقدية بالمعنى الدقيق للكلمة.

بالرغم من أن الأصل هو حرية القاضي في المراجعة للشرط الجزائي، إلاّ أنّ تلك الحرية مقيّدة مع ذلك، حيث يرى البعض" أنّ حرية القاضي في تقدير الضرّر وسلطة التعديل للمبلغ المتفق عليه ليست مطلقة، وإنما هناك حدود عليه، إذ أنه لا يمكن أن يمنح الدائن مبلغا أقل من الضرر أي لا يستطيع النزول عن هذا الحد الأدنى، أي الضرّر، في أي حال من الأحوال [2] " .

فلو أن الضرر الحقيقي هو المحدّد الأدنى لسلطة القاضي، فإن هذا الأخير لا يجب أن ينسى جانب الردع الذي يمثله للشّرط الجزائي الذي يضاف إلى جانبه التهديدي .لكن ليس معنى أن الشّرط يمثل جانب ردع أن يغفل القاضي الحماية للطرف الضعيف لا سيما وأنه لن يتدخل إلاّ إذا وجدت الصفة الفاحشة جدا والتي هي بمثابة مؤشر على استخدام التعسّف من جانب الطرف القوي[3] .

1- Cass. com. 14 janv. 1987; Bull. civ.1987-1-n.8, p.5 et Cass. civ. 23 fév. 1982, Bull. civ. 1982-1-n. 85, .p.74.

2- Cornu : La clause pénale, précité, p.150.

3- .أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق ص283 .

في الأخير نستنتج أن المشرّع، سواء الفرنسي أو المصري، أم الجزائري، بإعطائهم القاضي سلطة مراجعة الشّرط الجزائي، قد وفروا نوع من الحماية للمستهلك وهو الطرف الضعيف جدا بالمقارنة مع المحترف.

ففي فرنسا، تعتبر الحماية من الشّرط الجزائي، حماية مكملة لقانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، وقانون الاستهلاك لعام 1995 [1] بمعنى أوضح أن سلطة القاضي الفرنسي في مراجعة الشّرط الجزائي تعتبر وسيلة للحد من التعسّف في العقود التي تخرج من نطاق قانون 10 جانفي 1978 وقانون الاستهلاك لعام 1995، كما في عقود الإيجار، والائتمان أو البيوع بالتقسيط خاصة إذا لم يتوافر شرط من شروط تطبيق القانون المذكور.

أما في مصر، فالأمر على درجة قصوى من الأهمية بالنسبة للمستهلك، وذلك نظرا لعدم وجود قانون خاص بالشّروط التعسّفية على غرار القانون الفرنسي .

وعلى خلاف القانون المصري فإن المشرع الجزائري دعّم الحماية من الشّروط التعسّفية، عن طريق إصدار قانون 04- 02 القانون المطبق على الممارسات التجارية والمرسوم المطبق له.[2]

الفرع الثاني:

الحماية من الشّروط الإرادية:

Conditions potestatives

إن هذا الشرط في حد ذاته يتميز بالغموض والتعقيد على حسب نصوص كلا من المشرعين في م.170و174 من القانون المدني الفرنسي والمادة 267 من القانون المصري المدني والمادة 205 من القانون المدني الجزائري. الشرط الإرادي يعتبر باطلا للالتزامات الخاضعة لمحض ارادة المدين دون الدائن ومن نوعي الشرط الإرادي:

1- وهو ما يرد الحديث به تفصيلا في الفصل الثاني، أنظر ص124

2- وهو ما يرد الحديث به تفصيلا في الفصل الثاني.

1- الشرط الإرادي البسيط : يتعلق بالإرادة المقيدة أو بظروف الاقتصادية أو الاجتماعية **أو ملابسات أي القضاء** المستقر على مشروعية الشروط الإرادية البسيطة دون الشروط الإرادية المحضة التي تعتبر باطلة مثل دفع رسوم الناء والكهرباء والتدفئة ومرور 30 يوم على الأعذار غرفة المدنية لمحكمة نقض الفرنسية ومحكمة استئناف باريس يشترط المؤجرون زيادة في الإيجار 20 % من تشغيل المصعد من مبلغ الإيجار.

2-الشرط الإرادي المحض: يعد باطلا أي تسلط من جانب إرادة واضع الشرط.

أ-تمييز الشرط الجزائي عن شروط تحديد المسؤولية:

عدم تنفيذ المدين الالتزام العقدي أو تأخره جزاء هذه المسؤولية هو الحكم على المدين بالتعويض و للأطراف الاتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية وقيمة التعويض ويشبه الشرط الجزائي مع الاتفاقيات المعدلة للمسؤولية نوعان هما: المعفية من المسؤولية و **محددة** لها تشبه الشرط الجزائي .

فإذا زاد الضرر لا تدفع أكثر من المبلغ المتفق عليه يعتبر حد أقصى و إذا قل الضرر عن الحد الأقصى نزل التعويض إلى الضرر الفعلي ما يسمى الشرط المحدد للمسؤولية يختلف عن الجزائي لا ينزل التعويض في الشرط الجزائي عن المبلغ **المقدر** حتى ولو كان الضرر الفعلي أقل من قيمة الشرط الجزائي إلا في حالات استثنائية بخلاف الشرط المحدد للمسؤولية أي الحد الأعلى و يخفض التعويض إذا كان الضرر الفعلي أقل من الحد الأعلى المحدد ، الشرط المحدد للمسؤولية يشترط دائما لصالح المدين أما الشرط الجزائي فيمكن تبعا لقيمة الجزاء وتحت غطاء الشرط الجزائي يمكن إخفاء شرط محدد للمسؤولية أو تجنب شرعية تمتعها منت شروط الإعفاء التام يكفي أن يحدد الشرط الجزائي بمبلغ طفيف يؤدي إلى إلغاء ضمني للمسؤولية يعتبر باطلا.

ب- خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني:

المعروف أن الثمن يمثل **شرط أساسي من شروط صحة عقد** البيع، وهو **المحل** الرئيسي **لالتزام المشتري، على** أنه يجب **على أطراف العقد أن** يحددا قيمته، **وذلك من** حيث **المبدأ، وإلا** فيجوز **للأطراف أن** يضمّنا **العقد العناصر** الأساسية لتحديد **الثمن، أو** يتفقا **على ترك**

التحديد في اتفاق لاحق على أن يتم ذلك فعلا .واستقر القضاء منذ مدة طويلة [1] على أنه" ليس من الضروري أن يكون الثمن محدّدا في ذاته بطريقة مطلقة، وأنه يكفي لإبرام عقد البيع، أن يكون الثمن قابلا للتحديد، بمقتضى شروط العقد، من خلال علاقة مع عناصر لا تعتمد على إرادة أحد الأطراف أي بدون أن يتم ذلك بطريقة إرادية محضة ."كما في صدد عقد بيع حيث يدرج بائع سيارات في عقد البيع شرطا مفاده أن ثمن البيع يجب أن يكون تعريفة المصنع المعمول بها يوم التسليم، مع العلم أن هناك شرطا آخر مفاده أن يوم التسليم المدون وارد على سبيل الإرشاد وليس على سبيل القطع، إلا أن محكمة النقض [2] قالت :أن يوم التوقيع على طلب البضاعة، لم يكن محددا ولا قابلا للتحديد استقلالا عن إرادة الأطراف[3] على أن القاعدة في تحديد الثمن أن لا يكون خاضعا لتحكم أو تسلط إرادة أحد الأطراف، فيجب أن يكون التعيين النهائي للثمن مستقلا عن إرادة طرفي العقد.

بمفهوم المخالفة، فإن توقف التقدير للثمن على إرادة أحد أطراف العقد يعني عدم وجود تراضي وتطابق الإيجاب والقبول على هذا العنصر الأساسي، وبالتالي لا يوجد عقد بيع بالمعنى الصحيح للكلمة، ويكون بطلان العقد إما على أساس عدم التحديد للثمن وإما على أساس وجود شرط إرادي محض.

ففي هذا الصدد يقول البعض[4] ، أنه في هذه الحالة يمكن أن يقترب البطلان لعلّة عدم تحديد الثمن، بسبب القصد منه، من البطلان لعلّة الغبن أو النظام العام للحماية، حيث يتعلق الأمر بمحاولة إيجاد توازن عقدي، فيما يتعلق بالثمن، أي بقيمة للشيء المبيع، هذا التوازن الذي يخشى أن يختل بسبب السلطة المنوطة بأحد الطرفين بواسطة العقد .إن مبدأ العدالة العقدية يحضر إعطاء أي أثر لمثل هذا الاتفاق.

وأهمية هذه المسألة تبدو إذا ما أخذنا في الاعتبار أن للثمن تأثيرا كبيرا على إرادة الأطراف، فالقواعد العامة تقضي بضرورة علم المتعاقد بشروط العقد، وأن ما يعني المتقاعد هو العلم بالثمن، حيث يتوقف على مقداره قبوله التعاقد من عدمه وفقا لمقدرته ففي البيع ما

1- Req. 7 janv. 1925, D.H. 1925, p. 57.
2- Cass. civ.20 mai 1981.Bull.civ. 1981-1-n.179,p.146.
3- Cass. civ.20 mai 1981; Bull.civ. 1981-1-n.179,p.146.
4- .جاك غستان، مرجع سابق، ص. 776

بين المهني والمستهلك نجد عدم التوازن واضحا وظاهرا في عملية التفاوض حول الثمن، بل أنه منعدم لانعدام المفاوضة [1].

إلا أن مصلحة المستهلك تكمن في بطلان الشّرط الإرادي فقط وبقاء العقد، وذلك كما يقول البعض "إن البطلان للعقد لا يعتبر بمثابة جزاء تام بالنسبة للمستهلك، حيث إنه معرض لأن ينقلب البطلان ضده، بحيث أن البطلان يمنع المستهلك من الحصول على سلعة أو خدمة هو في حاجة إليها إنّ ما يرغب فيه المستهلك عموما هو الإبقاء على العقد وإخفاء الشّرط. [2]

وخلاصة القول أن، حكم بطلان الشّرط الإرادي المتعلق بتحديد الثمن الوارد في القواعد العامة ساهم في توفير بعض الحماية للمستهلكين خاصة، والمتعاقدين الضعفاء عامة.

المطلب الثاني:

حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية بذاتها:

أن الشّروط المتضمنة تعسّفا هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسّف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق، بالتمسك بحرفيتها، وعدم مراعاة روحها .أما الشّروط التعسّفية بذاتها فهي الشّروط التي يظهر التعسّف فيها منذ إدراجها في العقد، حيث تنبئ ذات ألفاظها بأنها تحمل معنى الظلم.

القواعد العامة للقانون المدني نصت على عدة شروط تعسّفية بذاتها من بينها الشّروط التعسّفية المحضور إدراجها في وثيقة التأمين والشّروط التحديدية للمسؤولية التي تسبب كثيرا من المعانات للمستهلكين الفرع الأول ، و تتطرق إلى شرط إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي في عقد البيع وشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل كفرع ثاني.

1- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص296 .

2- Calais-Auloy : Droit de la consommation, précité,n.141, p. 135.

الفرع الأول:

وثيقة التأمين والشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية

أ-الشروط التعسفية في وثيقة التأمين:

سبق القول، أنه لاعتبار عقدا ما عقد إستهلاك، يجب أن يكون أحد طرفيه مهنيا مدينا بتقديم سلعة أو خدمة إلى المستهلك الذي يعتبر الطرف الثاني في عقد الإستهلاك .ولما كان عقد التأمين عقدا يبرم في كثير من الأحيان بين شركة التأمين المدينة بتقديم خدمة التأمين، وبين شخص يحمل وصف المستهلك أو غير المهني، فإن هذا العقد يمكن اعتباره من أهم عقود الإستهلاك، لأن هدف المستهلك من إبرامه هو الحصول على خدمة التأمين.

وعقد التأمين من أبرز عقود الإذعان تضع الشركة شروطه بطريقة مفردة، دون الدخول في مفاوضات مع الزبون، وهذا ما يجعل منه مجالا خصبا للشّروط التعسّفية.

وقد سبق تفصيل الحماية العامة التي خصّ بها المشرع عقود الإذعان[1] والتي تتلخص في تخويل القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشّروط التعسّفية، وتفسير الشك في مصلحة المذعن دائنا كان أو مدينا.

بالإضافة إلى هذه الحماية العامّة للطرف المذعن أو المؤمن له، توفرت لهذا الأخير حماية خاصة من بعض الشّروط التعسّفية التي قد ترد في وثيقة التأمين .لهذا نصت المادة 750 من القانون المدني المصري و التي تقابلها بنفس الصياغة تقريبا المادة 622 مدني جزائري ، على أنه يقع بطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشّروط الآتية:

-الشّرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذا المخالفة على جناية أو جنحة عمدية" .يبرّر هذا البطلان على أساس أن غالبية حوادث السيارات مثلا تنجم عن مخالفة القوانين والنظم أي اللوائح .كما أنه من المسلم به هو جواز مسائلة المؤمّن عن الخطر إذا وقع بخطأ المؤمن له غير العمدي أو نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وعدم جواز مساءلته عمّا يقع من المؤمن له عمدا أو غشّا، ولو إتفق على غير ذلك "

[2]الشّرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول" .

1-أنظر الفرع الثالث من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول، ص

2-محمد بودالي، مرجع سابق، ص101

فهذا الشّرط أبطله المشرع في حالة وروده في وثيقة التأمين، ويبطل هذا الشّرط أيا كانت الصورة التي يرد عليها، أي سواء ورد ضمن الشّروط العامة المطبوعة أو في صورة اتفاق خاص أو وضع بشكل ظاهر وواضح[1] ".

فهذا الشّرط يعد باطلا في جميع الحالات لأنه ينطوي على التعسّف .فإذا اشترط المؤمن في التأمين من السرقة مثلا أن المؤمن له يجب أن يبلغ الشّرطة أو النيابة فور وقوع الحادث، وإلا تعرّض حقه في مبلغ التأمين إذا لم يفعل ذلك للسقوط فهذا الشّرط يعدّ شرطا تعسّفياً، وقد أبطله المشرّع لأنه ينطوي على التعسّف ويؤدي إلى إهدار حقوق المؤمّن له دون مبرّر[2] وقد اشترط المشرّع لبطلان هذا الشّرط أن يكون التأخر في الإبلاغ عن واقعة السرقة للسلطات المختصة لعذر مقبول، وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية فيكون من حقّ المؤمّن مطالبة المؤمّن له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا التأخر في الإبلاغ، والمؤمن هو الذي يتحمل عبئ إثبات ما وقع عليه من ضرر، ومدى هذا الضرر، ويكون من حق المؤمن له نفي ذلك بإثبات أن المؤمّن لم يصب بأي ضرر من جراء التأخير في إبلاغ السلطات .وفي هذه الحالة التي يبطل فيها شرط السقوط يكون من حق المؤمّن له المطالبة بمبلغ التأمين[3]

أما عن سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في تقديم المستندات للمؤمن، فإن هذا الشّرط يبطل أيضا إذا كان التأخر لعذر مقبول" .وقد أبطل المشرّع هذا الشّرط لأنه يعدّ من قبيل الشّروط التعسّفية وذلك حتى لو كان هذا الشّرط ضمن اتفاق خاص بين المؤمّن والمؤمّن له، أو مكتوبا أو مطبوعا بشكل بارز وظاهر .فإذا اشترط المؤمّن على المؤمّن له في التأمين من المسؤولية أن يقوم المؤمّن بإدارة دعوى التعويض التي يرفعها المضرور على المؤمّن له، وفي هذه الحالة يلزم المؤمن له بتقديم جميع المستندات التي تحت يده والتي تساعد المؤمّن في إدارة هذه الدعوى وإلا تعرّض حقه في مبلغ التأمين للسقوط إذا تأخر في تقديم هذه المستندات للمؤمّن.

1-فايز أحمد عبد الرحمان، الشّروط التعسّفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006، ص72 .
2-فايز أحمد عبد الرحمن، السابق، ص72 .
3- .فايز أحمد عبد الرحمان، السابق، ص73.

فهذا الشّرط كما سبق القول آنفا، يعد من قبيل الشّروط التعسّفية البطلة التي أبطلها المشرّع . ولكن هذا البطلان لا يمنع المؤمّن من المطالبة بتعويض من المؤمّن له وفقا للقواعد العامّة . ويقع على المؤمّن عبئ إثبات الضرر ومداه ويكون من حق المؤمّن له نفي ذلك[1] "

-كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط .على أن يقتضي ذلك أن يطبع مثلا بحروف مغايرة وكبيرة إذا ورد في الشّروط المطبوعة، أو بوضع خط تحته أو أن تكون مطبوعة بالأحمر[2]

شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامّة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص مفصل عن الشّروط العامة.

-كل شرط تعسّفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمّن منه.

وهذه الفقرة الأخيرة يكون المشرّع قد فتح الباب أمام القاضي ليتمكن من إبطال أي شرط تعسّفي آخر غير عادي ذي أثر على وقوع الحادث المؤمّن منه2 .

خلاصة القول أن المادة 750 مدني مصري، 622 مدني جزائري، تعتبر بمثابة قائمة سواء محدّدة لبعض الشّروط التعسّفية، والتي افترض القانون فيها الطابع التعسّفي افتراضا لا يقبل إثبات العكس[3] .

ب- الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية:

يمكن تعريف الشّرط المعفي أو المحدد للمسؤولية بأنه" : الشّرط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف بلستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية [4] ".

وتعدّ شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية من الظواهر المستخدمة بشكل واسع النطاق، وخاصة في إطار العقود النموذجية[5] ، وعقود الإستهلاك، حيث يستعمل المهنيون هذه الشّروط للتقلص من التزاماتهم أو التخلص من دعاوى التعويض التي قد ترفع ضدهم.

وتستخدم شروط الإعفاء عادة في مثل هذه العلاقات التعاقدية – فيما يتعلق بتنفيذ العقد

1محمد بودالي، مرجع سابق ص102 .
2- .عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص457 .
3- .محمد بودالي، مرجع سابق، ص103 .
4- .نادية محمد معوض،شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001 ، ص . 06
5- .نادية معوض، السابق، ص06 .

عندما تكون مخاطر العقد متفاوتة بالنسبة لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر – ويمكن أن تظهر هذه المخاطر على سبيل المثال من طبيعة الصفقة أو حجم رأس المال المدفوع للخدمة المقدمة، أو من القيمة المرتفعة لمحل العقد. فإذا نفّذ العقد في مثل هذه الحالات بشكل غير مناسب فيمكن المطالبة بتعويض الأضرار التي لا يمكن للمضرور أن يتحملها. وفي هذه العلاقات نجد أن القواعد القانونية للمسؤولية لا تؤدي إلى نتيجة عادلة1 ، إذ أنها تجيزها من حيث المبدأ إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم. 2

إذ أن القاعدة هي صحّة الإتفاقات المعدّلة لأحكام المسؤولية في النطاق العقدي، ولا يمكن أن نجد من تبرير لصحة تلك الإتفاقات في المسؤولية العقدية، إلا بالقول بعدم ارتباط أحكام هذه المسؤولية، كأصل عام بفكرة النظام العام، واعتبارها صنيعة العقد وتتويجا لمبدأ سلطان الإرادة. 3

لكن هذه القاعدة سرعان ما بدأت تضيق، وتستغرقها الاستثناءات، حينما تبدى للعيان الأثر السلبي الذي ينتج عن تطبيقها على حماية المستهلك ...مما أدى إلى الانتقال من مبدأ حرية تعديل أحكام المسؤولية إلى عدم مشروعيتها 4 في عدّة حالات.

لذا دأب القضاء في فرنسا على إبطال الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية في حالة الأضرار الجسدية، بحكم ارتباطها بالنظام العام، وتكريسا لمبدأ الحق في السلامة الجسدية، حيث واجهت محكمة النقض الفرنسية للشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية التي كانت تثار من قبل المهنيين في هذا المجال كدفوع بالرفض القاطع.5

ورغم صحة الاتفاقات المعدّلة للمسؤولية في القانون الجزائري م 178 المذكورة سابقا ، إلا أن هذا لا يسري على الأضرار الجسمانية لمخالفة ذلك للنظام العام. 6

1-نادية معوض، السابق، ص08 .

2-من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها " : يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو 2- /1- حيث تنص المادة178 القوة القاهرة، وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه."

3- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، ص258 .

4- قادة شهيدة، السابق، ص260 .

5- Cass. civ., 1ère ch., 03 juin 1970, D. 1971, p.373, not RABUT.

6- أعراب بلقاسم،شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987 ، ص52 .

ونتيجة لمبدأ الالتزام بالسلامة في بعض العقود نصّ المشرّع الفرنسي صراحة في نص المادة 1386-15/ 1[1] مدني على حضر الشّروط التي ترمي إلى إسقاط أو تحديد المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة، واعتبارها كأنها غير مكتوبة، أي شروط تعسّفية باطلة .ونصّ المشرّع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون رقم 05-10المؤرخ في 20 يونيو 2005، القانون المعدّل والمتمّم للقانون المدني أنه" يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه"...، بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن المشرّع قصد ضمنا بطلان أي شرط محدّد لمسؤولية المهني عن الضرّر الذي يسببه منتوجه المعيب.

بالإضافة إلى ذلك فإن شرط تحديد المسؤولية، يقع تحت طائلة نص المادة 110 مدني جزائري إذا ورد في عقد إذعان، لذا يجوز للقاضي بموجب هذه المادة أن يعدّله أو يلغيه . وفي إطار حماية المستهلك، فصل كل من المشرّع الفرنسي [2]، والمشرّع الجزائري [3]، في الخلاف والجدل الفقهي والقضائي الذي ثار بشأن جواز أو عدم جواز الشّروط المعفية أو المخففة من المسؤولية، ولستغنى عن التفرقة بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء العمدية أو الجسيمة، وذلك بالنص على أنها شروطا تعسّفية إذا وردت في عقد استهلاك، وهو ما يرد به الحديث في الفصل الثاني.

الفرع الثاني:

إسقاط أو إنقاص الضمان وشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل:

أ- إسقاط أو إنقاص الضمان:

المادة 1643 [4] مدني فرنسي تجيز للبائع الذي يجهل وجود عيب خفي في الشيء المبيع أن يدرج شرطا في عقده مع المشتري، يسقط به أو ينقص من ضمانه لصالح هذا الأخير،

1 - "Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites".

2- في المادة 132 -1 من قانون الإستهلاك الفرنسي نصت على أنه في مجال عقد البيع فإن الشّرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص حق المشتري التعويض يعتبر شرطا تعسّفياً، ويعتبر في ذات الوقت غير مكتوب.

3- المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 المؤرخ في 10سبتمبرسنة 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية، حيث نصت المادة 05 منه على أنه" :تعتبر تعسّفية، البنود التي يقوم خلالها العون الاقتصادي بما يأتي .... : التخلي عن مسؤوليته بصفة مفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته"....

4 - "Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie".

وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم فإنه إذا كان البائع يعلم بوجود العيب الخفي وقت البيع، فإن شرطه الذي يقضي بإسقاط أو إنقاص الضمان يعتبر باطلا ولا ينتج أي أثر [1] .

لكن نتيجة لما كرّسه القضاء الفرنسي منذ الخمسينات، حيث ذهب إلى افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع [2] ، وحرمه من الاستفادة من الميزة التي تقررها المادة 1643 مدني للبائع حسن النية، واعتبر الشّروط المسقطة أو المقصة للضمان شروطا تعسّفية تعد غير مكتوبة وبالتالي باطلة [3] وهذا البطلان وجد بعد ذلك سندا تشريعيا في القانون الفرنسي، جعله أكثر رسوخا، في صدد عقود البيع المبرمة مع المستهلكين، والذي يتمثل في القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين، وتحديدا المادة 35 /1 منه.

أما المشرع الجزائري، فإنه هو الآخر يجيز هذه الشّروط كمبدأ عام بموجب المادة 384 /1 مدني، غير أنه يعتبر هذه الشّروط باطلة إذا تعمد البائع إخفاء العيب في الشيء المبيع 2/384مدني .كما ذهب أيضا إلى النص على بطلان شرط إسقاط أو إنقاص الضمان بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي06 -306 .

ب-شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل:

مما لاشك فيه أن عقد النقل، يعتبر من أبرز عقود الاستهلاك لأن محله تقديم خدمة النقل إلى المستهلك، بالإضافة إلى ذلك يعتبر عقد النقل من عقود الإذعان، التي غالبا ما تحرّر شروطها بصفة منفردة من طرف المهني أو الناقل.

وسبق القول ، أن شروط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية أو تقييدها باطلة في حالة الغش لمخالفة ذلك للنظام العام، وكان القضاء الفرنسي يسوي بين الخطأ الجسيم والغش في حكم الخطر. [4]

بالنسبة لشرط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية الناتجة عن الخطأ اليسير، ذهب القضاء الفرنسي بادئ الأمر -وخلال الجزء الأكبر من القرن التاسع عشر-إلى إبطاله لمخالفته أيضا

1- .عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص66.

2 - "Le vendeur professionnel ne peut ignorer les vices de la chose vendue".
Cass. com. 27 nov. 1991: Bull. civ. IV, n°.367.

3- .محمد بودالي، السابق، ص91 .

4- Req. 15 mai 1923.S.1924.1,81.

النظام العام[1] وكانت حجته في ذلك أن الناقل لم يعد فردا يقبل النقاش حول شروط العقد، بل غالبا ما يكون طرفا قويا يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لعملية النقل، يفرض شروطه التعسّفية على الأفراد، .الذين عليهم أن يذعنوا لها[2] " .

لكن القضاء عدل عن هذا الاتجاه، وأباح للشّرط فرتب عليه نقل عبء الإثبات [3] مخالفا بذلك القواعد العامة، التي تقضي بأن الناقل يتعين عليه أن يثبت تنفيذه لالتزامه كاملا، أو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي عنه، وعلى ضوء هذا الشّرط أصبح على الطرف الآخر للشاحن أن يثبت أن الناقل أخطأ في تنفيذ التزامه، أو لم ينفذه على النحو المتفق عليه، ويكفيه في ذلك أن يثبت خطأه ولو كان يسيرا فإذا أقام الدليل انعقدت مسؤولية الناقل رغم شرط الإعفاء من المسؤولية[4] .

إلا أن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية، لانتهاء المسؤولية التعاقدية بشرط الإعفاء منها، فإذا كان الطرفان قد خرجا به من نطاق المسؤولية التعاقدية، إلا أن هذا لا يمنع من دخولها في مجال المسؤولية التقصيرية،طالما توافرت أركانها.

ولما كان عبئ الإثبات على عاتق الطرف المذعن عسيرا، ولن يفلح في القيام به، فقد رفع في 17مارس سنة 1905 ، الذي حلّ Rapier المشرع الفرنسي ذلك عن كاهله، بإصدار قانون المشكلة من أساسها، بإبطال شرط إعفاء الناقل من المسؤولية،سواء ورد للشّرط في تذكرة النقل أوفي التعريفة .أو في أي مكان آخر[5] .

هذا القانون، أي قانون Rapier أضاف فقرة ثالثة إلى المادة 103 تجاري فرنسي يبطل من خلالها شروط الإعفاء والتحديد من المسؤولية، كرد فعل على ما دأبت عليه شركات النقل بالسكك الحديدية من إيراد هذه الشّروط في عقودها علما أن منع شروط الإعفاء ينصب فقط على المسؤولية عن الضياع أو التلف، ولا يشمل التأخير والذي يبقى الإعفاء فيه جائزا .[6]

لكن قبل أن يصدر قانون Rapier كانت هناك بالإضافة إلى استثناء الغش والخطأ الجسيم

1- Civ.29 jan. 1859.S.1850,1,316.

2- .عبد الحكم فودة، السابق، ص425 .

3- Civ.27 dec.1905,S. 1906,1,286.

4- فودة، السابق، ص426 .

5- فودة، السابق، ص426 .

6- .محمد بودالي، السابق، ص 92 .، هامش01

حالة عدم سريان الشّرط على الأضرار الجسمانية إذ هو قاصر على تلف أو هلاك البضائع، فليست سلامة الأشخاص محلا للمساوية [1]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد حمّلت المادة 47 تجاري جزائري الناقل المسؤولية عن الأشياء المراد نقلها، عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخر في تسليمها.

ومن جهة أخرى نصت المادة 3/52 من نفس القانون، على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاء كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المقولة أو تلفها [2] غير أن الشّروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة من حيث المبدأ في التشريع الجزائري[3] .

وخلاصة القول، أنّ القواعد التقليدية قد وفّرت بعض الحماية من الشّروط التعسّفية، وإن كانت هذه الحماية غير كافية، وتميزت بالنقص، وذلك خاصة في التشريع الفرنسي، الذي لم يكن للقاضي فيه دور كبير في الرقابة على شروط العقد، وذلك خلافاً للتشريعات العربية التي أعطت القاضي سلطة إبطال أو تعديل الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان، إلاّ أنها تبنت مفهوماً ضيقاً لعقود الإذعان، وذلك لأنها تشترط عنصر الاحتكار في هذه العقود، ممّا يجعل الحماية من الشّروط التعسّفية محصورة في أضيق الحدود. وتضمّن القواعد العامة لنصوص متفرقة تحمي المستهلك من بعض أنواع الشّروط التعسّفية، لم يكن كافياً إلى حدٍ ما، خاصة وأنّ بعضها يؤدي إلى بطلان العقد برمّته، في الوقت الذي يكون من مصلحة المستهلك بطلان الشّرط وبقاء العقد.

نتيجة لما سبق، فإنّ كثيراً من الدول أعلنت الكفاح ضّد الشّروط التعسّفية، وذلك بتحديث الحماية بموجب قواعد معاصرة، هذه الأخيرة أكثر فعالية وأكثر جدية من القواعد التقليدية . وهو ما نتطرق له في الفصل الموالي .

1-فودة، السابق، ص426 .

2-كما نصت المادة 77/ 2 تجاري على أنه تكون باطلة وعديمة الأثر جميع الإشتراطات المخالفة بصفة مسبقة لأحكام المادة 47

3-المادة 66 تجاري جزائري، ضف إلى ذلك أنه يعتبر صحيحا شرط الإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بتوصيل المسافر إلى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد.

الفصل الثاني:
حماية المستهلك من الشّرط التعسّفية
في ظلّ القواعد المعاصرة

الفصل الثاني :
حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية
في ظلّ القواعد المعاصرة:

على عكس الحماية التقليدية التي تميزت قواعدها بالقص والقصور في مجال حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، فإنّ القواعد المعاصرة لحماية المستهلك وفي ظلّ الظروف الإقتصادية التي فرضت تحديث الحماية لتتلاءم مع هذه الظّروف المستجدة، قد جاءت بطرق جديدة لحماية المستهلك، وخاصة تلك الحماية الموجهة ضدّ الشّروط التعسّفية.لذا سنتطرق في هذا الفصل، إلى المفهوم الحديث للشّرط التعسّفي، ومعاييره، وهو المبحث الأول على أن نتطرق في المبحث الثاني إلى الطرق الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية.

المبحث الأول:
ماهية الشّرط التعسّفي:

لا يتأتى إعطاء مفهوم شامل للشّرط التعسّفي، إلاّ بتمييزه عن التصرفات المشابهة، مع ذكر تعاريفه الحديثة والمختلفة، ومن هذه التعاريف نستخلص العناصر الواجبة لاعتباره تعسّفيا وهذا في مطلب أول .على أن نأتي على ذكر معاييره في المطلب الثاني.

المطلب الأول:مفهوم الشّرط التعسّفي:

ثار خلاف حول علاقة التصرف التعسّفي بالتصرفات المشابهة له الفرع الأول ، لذا يتوجب عرض التعاريف المختلفة للشرط التعسّفي الفرع الثاني ، ومن هذه التعاريف نستخلص عناصر الشّرط التعسّفي .

الفرع الأول:المفهوم الفقهي والقانوني

أقدم الفقه على محاولة تعريف الشّرط التعسّفي ، وهو ما ذهب إليه المشرّع أيضاً.

أ- المفهوم الفقهي للشّرط التعسّفي:

عرّف جانب من الفقه الغربي الشّرط التعسّفي بأنه يعتبر تعسّفياً" الشّرط المحرّر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، فتعريفه إذن شيء غير محدّد، ويمكن أن يعتبر تعسّفياً تطبيقاً لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحدّدة لها، الشّروط الجزائية وشروط إسناد الاختصاص "[1]

يلاحظ على هذا التعريف أنه يعترف بصعوبة تعريف الشّرط التعسّفي.

وأورد اتجاها آخر من الفقه الغبي أيضا، تعريفاً جاء فيه" : في عقد مبرم بين مهني ومستهلك، محرّر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني، يعتبر شرطاً تعسّفياً كل شرط، بالنظر للميزة القاصرة على المهني، يؤدي إلى عدم توازن في حقوق والتزامات الأطراف[2]

وفي مقابل الفقه الغربي فإنّ جانب من الفقه العربي وبالتحديد الجزائري [3]، أقدم على تعريف الشّرط التعسّفي بأنه" : ذلك الشّرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدّر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة."

يلاحظ على هذا التعريف أنه متأثر بنص المادة 110 مدني جزائري [4] إذ أنّ هذه المادة قرّرت أنّ القاضي في تقديره للطابع التعسّفي للشرط، يقوم بذلك" وفقاً لما تقضي به العدالة."

لذا يؤخذ على هذا التعريف أنه تبنى معيارين في آن واحد لتمييز الصفة التعسّفية للشرط، الأول هو معيار الميزة الفاحشة، الذي واجه انتقادات من طرف الفقه[5]، أما الثاني فهو معيار العدالة [6]، وكماسبق القول أنّ هذا المعيار الأخير، أي معيار العدالة هو معيار غامض وغير واضح، لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر، وهو ما قد يؤدي إلى

1- Calais-Auloy : « Droit de la consommation », précité, n°. 140, p. 134.

2- H. Bricks : « Les clauses abusives. » Thèse, Paris, 1982, p. 9, par: Calais-Auloy, précité, n°.140, p.134.

3-محمد بودالي، السابق، ص77 .

4-المادة 110 مدني جزائري" : إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسّفية جاز للقاضي أنّ يعدّل هذه الشّروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة."....

5- .أنظر فيما يتعلق بمعيار الميزة الفاحشة، الصفحة115

6- .أنظر فيما يتعلق بمعيار العدالة،

تضارب الأحكام بين القضاة بصدد نفس الشّرط، بالإضافة إلى اختلاف مفهوم العدالة باختلاف الزمان والمكان.وعرّف جانب آخر من الفقه العربي الشّرط التعسّفي بأنه" :شرط يفرضه المهني على المستهلك، مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشّرط المحرّر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواءً كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره[1] "

يلاحظ على هذا التعريف أنه يكرر نفس المعيار في آنٍ واحد، فهو يستعمل معيار الميزة الفاحشة، ومعيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، إذ أنّ هذا المعيار .الأخير اعتبره الفقه مجرّد ترديد لمعيار الميزة الفاحشة[2] .

ب- المفهوم القانوني للشّرط التعسّفي:

عرّف المشرّع الفرنسي في البداية الشّرط التعسّفي في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات، بأنه" : في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرّمة، محدّدة أو منظّمة ...الشّروط المتعلقة ب....حينما تبدو هذه الشّروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسّف الفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة".

وبهذا النص يكون المشرّع الفرنسي قد أثار مسألة تعريف الشّرط التعسّفي، حيث كان الإتجاه يتمثل قبل صدور هذا القانون في ترك تحديد التعريف للقضاء، لكن هذا الخيار قد استبعد لأنه "كان سيلزم عدّة سنين لأجل أنّ تأخذ محكمة النقض موقفاً إزاء كل شرط أو نموذج من الشّروط[3] " .ووفقاً لمرسوم تنفيذي صادر في هذا الصدد، والذي اعتبر فيه شرطاً تعسّفياً "الشّرط الذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه[4]"

1-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص215 .
2- .أنظر فيما يتعلق بمعيار الاختلال الظاهر في التوازن العقدي،

3- C. Scrivner : J.O. Sénat, n. 18 déc. 1977, p. 4217.

.وكذلك أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص213 .

4- مادة 01 من مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لقانون 10 يناير 1978 ، إلاّ أنّ هذه المادة قد ألغيت من قبل مجلس الدولة الفرنسي في 03 ديسمبر 1980 ، وكان سبب الإلغاء هو تجاوز الحكومة لسلطاتها وذلك لتحريمها الشّروط الواردة بطريق الإحالة وهذا مالا يدخل في إختصاصها .أنظر الصفحة138

وكذلك للشّرط الذي محله أو أثره يلغي أو ينقص حق غير المهني أو المستهلك في . التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أياً كانت. [1]

وتجدر الإشارة إلى أنّ الأعمال التحضيرية للقانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات المذكور آنفاً، كانت قد تضمنت تعريفاً للشّرط التعسّفي جاء فيه" : الشّرط التعسّفي هو كل شرط أو مجموع الشّروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف "[2]، وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين طبقاً لنموذج معد كلياً أو جزئياً من جانب المهني، ويخضع له المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له [3].

وتطبيقاً لهذه النصوص السابقة، فإنّ محكمة النقض الفرنسية، تعتبر أنه من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين مهني ومستهلك، ويمثل هذا العقد ولو جزئياً، خاصية البيع فإنه يخضع للمادة الثانية من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرماً باعتباره تعسّفياً في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ، الشّرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت، إذن فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي تبناه المشرع للشرط التعسّفي .وقالت أنّ الشّرط يعتبر تعسّفي آ إذا كان يتضمن تصرفاً غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي "[4]، هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين العميل والبنك [5] .

لكن بعد إصدار المشرع الفرنسي لقانون95- 96 بتاريخ 01 فيفري 1995 المعدّل للقانون 26جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه الأوروبي ل 05 أفريل1993 المتعلق بالشّروط التعسّفية، والقاضي بوجوب تعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء

---

1 -المادة 02 من مرسوم 24 مارس 1987 ، السابق.

2- J.O.ASS.Nat., n. 3154 et 3278, n. 8-10 déc. 1977.

3- .أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص214 .

4- « ....une pratique illicite modifiante l’éconnomie génèral du contrat incommpatible avec le respect de la bonne foi contractuelle constitue une clause abusive.... ».
T.G.I., Paris, 25 oct. 1989, n. 200. Bull. d’info. C.Cass.n. 298, 25 fév.1990.

5- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص215 .

لتنسجم معه في مادة الشّروط التعسّفية1، أصبح تعريف الشّروط التعسّفية منصوص عليه بموجب المادة132- 1/ من قانون 95- 96، بأنها تلك التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق -على . - حساب غير المحترف أو المستهلك -عدم توازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد2 " .

يلاحظ على هذه المادة أنها تختلف من حيث الصياغة عن المادة 35 من قانون 10جانفي 1978السابقة، وهذا الاختلاف يقتصر على الشكل فقط لا الم وضوع، حيث كان المعيار آنذاك يعتبرها تعسّفية الشّروط التي يظهر أنها فرضت على المستهلك عن طريق تعسّف في الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين، وما يترتب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة.[3]

إذن نستنتج من تعاريف المشرّع الفرنسي للشّرط التعسّفي أنها تتفق جميعها على أنّ للشّرط التعسّفي يكون مدرجاً في عقد مبرم بين مهني ومستهلك أو غير مهني، أي يكون مدرجاً في عقد استهلاك .وهو عكس ما ذهب إليه المشرّع الألماني والمشرّع الجزائري حينما مدا الحماية من الشّروط التعسّفية حتى إلى العقود المبرمة بين المهنيين كماسنرى لاحقاً.

أما المشرّع الألماني الذي يعتبر السّباق في مجال الحماية من الشّروط التعسّفية أصدر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشّروط العامة للعقود، والذي بدأ العمل به في 01أفريل 1977 . وقد تبنى النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشّروط البطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسّفي للشّرط بالإستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة 09 من القانون المذكور، وعرّفت المادة 01 من نفس القانون الشّروط العامة المخلة بالتوازن العقدي، بأنها تلك الشّروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشّروط منفصلة عن العقد، فإذا قد تكون مندمجة في نصوصه، دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه.

1-زبيري بن قويدر، مرجع سابق، ص92 .

2- « Qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou Consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des parties au Contrat ».

3-محمد بودالي، السابق، ص29 .

إذن القانون الألماني" لا يقصر الحماية من الشّروط التعسّفية على فئة المستهلكين، بل يمد الحماية إلى المهنيين أنفسهم، كما أنها ليست مقبولة إلاّ بالنسبة لعقود الإذعان، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها وخاصة المستهلك [1] " .

وبالنسبة للمشرّع الجزائري، فإنه أعطى هو الآخر تعريفاً للشرط التعسّفي بموجب المادة 03 الحالة 05 من القانون 04/ 02 المتعلق بالممارسات التجارية[2] ، بأنه" يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي.... :شرط تعسّفي : كل بند أوشرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدّة بنود أوشروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطرف العقد".

نستنتج من هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري لم يقصر مفهوم الشّرط التعسّفي على عقود الاستهلاك، وإنما مدّ مفهومه إلى عقود المهنيين، وذلك توافقاً مع المشرع الألماني، وخلافاً للمشرع الفرنسي.

وهذا ما يؤدي إلى اختلاف عناصر الشّرط التعسّفي بين كل من التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري .وهذا ما يجرنا إلى عرض عناصر الشّرط التعسّفي في هذين التشريعين تباعا.

الفرع الثاني: عناصر الشّرط التعسّفي:

تختلف عناصر الشّرط التعسّفي باختلاف التعريفات التي تبنتها التشريعات، فعناصر الشّرط التعسّفي في القانون الفرنسي أ، ليست ذاتها عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الجزائري ب

أ - بالنسبة للقانون الفرنسي:

يجب الاعتبار شرط بأنه تعسّفياً توافر 03 عناصر هي : 1-أن يكون محل الشّرط عقد استهلاك،2- وأن يكون الشّرط مكتوب، 3-أن يكون هذا الأخير سبباً في اختلال توازن العقد

1- أن يكون محل الشّرط عقد استهلاك:

أن عقود الاستهلاك هي تلك العقود المبرمة بين مهنيين من جهة .ومستهلكين أو غير مهنيين من جهة ثانية .

2-محمد بودالي، السابق، ص18 .
3- .القانون المؤرخ في 27 يونيوسنة 2004 ، الجريدة الرسمية عدد41

وفي القانون الفرنسي وحسب التعاريف السابقة، يستخلص أنّ الشّرط التعسّفي هو ذلك الشّرط الذي يكون مدرجاً في" العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين "وفي" نماذج الاتفاقات "التي اعتاد المحترفون عرضها على غير المحترفين أو المستهلكين .وبمفهوم المخالفة فإن قضاء النقض في فرنسا يرفض تطبيق الأحكام الخاصة بقانون الاستهلاك على العقود التي لها صلة مباشرة مع النشاط المهني للشخص، بمعنى آخر فإن هذه الأحكام لا تطبق على عقود المهنيين أي العقود المبرمة بين مهني ومهني[1] ، وبالتالي ينتج أنّ الشّرط المدرج في عقد مبرم بين مهنيين ليس شرطاً تعسّفياً بمفهوم قانون الإستهلاك الفرنسي، لأنّ غاية هذا الأخير هي حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، الذي هو المستهلك أو غير المهني.

ففي قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية[2] ، والتي رفضت بموجبه هذه الأخيرة إفادة تاجر من الأحكام المتعلقة بالشّروط التعسّفية، بمناسبة إبرامه لعقد توريد من أحكام قانون الإستهلاك Vérrier الكهرباء، وفي قرار آخر لنفس الغرفة [3] رفضت إفادة زجاج بمناسبة إبرامه لعقد توريد الماء .وفي قرار آخر[4] ، تعلق الأمر بمجموعة زراعية بمناسبة شراءها لأجهزة سقي. وبهذا يكون المشرّع الفرنسي قد خالف غالبية التشريعات الأوروبية الخاصة بالحماية من الشّروط التعسّفية" .فالقانون الألماني ذهب بموجب قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشّروط العامة للعقود إلى عدم قصر الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين وحدهم .أي أنّ الحماية تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان، والذي لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حرّ، يستوي أن يكون مستهلكاً أم غير ذلك .والقانون الإنجليزي بدوره لم يقصر الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين وحدهم، لسنة Unfair contract terms act ولا على عقود الإذعان فقط .وإنما نصّ في القانون المسمى 1977، على جواز استبعاد القاضي للشّروط غير الشريفة في أي عقد كان، حتى ولو كان هناك نصوصاً خاصّة بالعقود المبرمة مع المستهلكين [5] " .

1-محمد بودالي، ص26 .

2- Civ.1er ch., 24 janvier 1995 : D.1995. Som., p. 229, obs. Delebecque (PH.).

3 - Civ.1er ch., 3 janvier 1996; J.C.P.,éd.E, 1996, II, p. 380, note Leveneur.

4- Civ.1er ch., 10 juillet 1996 : D.1996, I.R., p. 191.

5- .محمد بودالي، مرجع سابق، ص120.

لكن توجه المشرّع الفرنسي جاء موافقاً للتعليمة الأوروبية ل 05 أفريل 1993 ، التي تتعلق بالشّروط التعسّفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، وهو ما يجعل هذه التعليمة تنحصر في الشّروط المدرجة في العقود المبرمة مع المستهلكين فقط، فضلاً عن وضع التعليمة لتعريف للمستهلك في المادة 02 ، واستثناء المحترفين صراحة من الحماية.

سبق القول أنّ المرافق العامة الصناعية والتجارية تعتبر مهنية[1] ، وبالتالي العقود التي تبرمها مع المستهلكين هي عقود استهلاك، تقع شروطها التعسّفية تحت طائلة قانون الإستهلاك، "وذلك في الحالات التي تخلق فيها شروط هذه العقود نوعاً من عدم التوازن البيّن على حساب المستهلك. لكن هذه الشّروط ظلّت تفلت من تطبيق نظام قانون الإستهلاك المتعلق بالشّروط التعسّفية عليها، وهو مطلب ظلّت تنادي به جمعيات حماية المستهلك في فرنسا.

وأمام هذا الوضع جاء تدخل القضاء، والذي كان يذهب في البداية إلى التفرقة ما بين الشّروط الواردة في دفتر الشّروط والمتعلقة بعقد الاستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب وهي ذات طابع تنظيمي، حيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي أن تعلن بأن مثل هذه الشّروط تعسّفية وفقاً لمعناها الوارد في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 [2]

أما في حالة الإستغلال لمرفق عام عن طريق الامتياز كعقد توزيع المياه، والذي لا تعتبر شروطه ذات طابع لائحي، فإنه يجوز أن تقع هذه الأخيرة تحت طائلة القانون السابق[3]

لكن في اجتهاد نوعي لمجلس الدولة في سنة 2001 في مجال تقدير شرعية الشّروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية، حيث طبق قواعد قانون الإستهلاك[4] ، وأحدث عبارة المستهلكين – المرتفقين "Les Consommateurs–Usagers" [5]

2- أن يكون الشّرط مكتوب:

إضافة إلى وجوب أن يكون مجال الشّرط التعسّفي عقد استهلاك في القانون الفرنسي، هناك شرط ثاني، وهو أن يكون الشرط الموصوف بالتعسّف مكتوبا .فالنظام الذي جاء به قانون الاستهلاك يطبق على جميع الشّروط التعاقدية، ما دامت مكتوبة، وذلك بغض النظر عن

1-أنظر الصفحة الخاصة بمدى اعتبار المرافق العامة الصناعية والتجارية مهنية.

2- Civ. 1er ch., 31 mai 1988: D. 1988, Som., p.406, obs. Aubert (J.L.).

3- T.G.I. Paris, 17 janvier 1990 : D.1990, p. 289, note J. GHESTIN.

4- C.E., 11 juillet 2001, Rec. lebon à paraître, J.C.P. éd. 2001, p.1260.

5-محمد بودالي، السابق، ص 114 .وما يليها.

الركيزة التي تظهر عليها، فقد تظهر مثلاً في : وصلات طلب الشراء أو الفواتير، أو وصلات الضمان، أو وصلات التسليم أو التذاكر أو على ظهر لوحات أو لافتات، المادة 132-1/ 4/ 2 من القانون الاستهلاك الفرنسي[1] .

بغض النظر أيضاً، عن طبيعة الشّروط فيجوز أن تتناول كيفيات دفع الثمن، أو تسليم الشيء، أو عبئ المخاطر، أو مدى المسؤولية، أو الضمان، وكذاشروط التنفيذ والفسخ ... وهكذا فإنّ قائمة الشّروط ليست محد دة على سبيل الحصر .كما لا يهم أيضاً القانون الواجب التطبيق على العقد[2] ".

ويتضح من نصوص قانون الاستهلاك، أنّ النظام المأخوذ به، وضع أسلساً للشّروط التي تتضمنها" الشّروط العامة [3] "المعدةسلفاً، والتي لا تكون موضوع تفاوض وبالتالي فإذا كان هناك شرط محلاً لمفاوضة، فإنه نادرا ما يقضى باعتباره تعسّفيا [4] .

3- أن يكون الشرطسبباًفي اختلال توازن العقد:

وأخيراً، فإنّ الشّروط المعتبرة تعسّفية، هي تلك الشّروط التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق – على حساب المستهلك أو غير المحترف –عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

وذهبت المادة 132- 1 / 5من قانون الإستهلاك الفرنسي إلى أن الطابع التعسّفي للشرط يقدّر وقت إبرام العقد بالإستناد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذلك بالنسبة للشّروط

1 - "Ces dispositions ont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur Support. Il en est ainsi, notamment, des bons de commandes, factures, bons de garanties, Bordereaux ou bons de livraisons, billets, tickets contenant des stipulations ou des Références à des conditions générales préétablies".

2- حيث تفرق المادة 1/135من قانون الاستهلاك بين حالتين :فإذا كانت القواعد العامة للنزاع تحيل إلى قانون دولة عضو في الاتحاد الأوروبي فإنّ هذا القانون هو الواجب التطبيق .أما إذا كانت القواعد العامة للنزاع تحيل إلى قانون دولة ليست عضوا في الاتحاد الأوروبي، فإنّ المادة135 - 1تجيز للمستهلك الاستفادة من تطبيق القانون الفرنسي ما دام أنّ له موطناً في إقليم إحدى الدول الأعضاء في الاتحاد، وأنّ العقد كان قد عرّض فيها أو أبرم أو نفذ فيها .لمزيد من التفاصيل، أنظر، خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2002 ، ص. 73 ، وما يليها.

3-في البداية درج المشرع الفرنسي على إستعمال مصطلح 2- « Contrat prérédigé للدلالة على شروط العقد المحررة مسبقاً، وبعد ذلك تبنى مصطلح جديد في قانون الإستهلاك وهو مصطلح « Conditions général des contrats

4- .محمد بودالي، مرجع سابق، ص28 .

الأخرى للعقد وأن يقدّر بالرجوع إلى الشّروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانوناً للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع وإذا تعلّق الأمر بتقدير الطابع التعسّفي لشّرط وارد في عقد معين سبق إبرامه، فإنّ ذلك يتم استنادا لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد.

أما إذا وقع التقدير على الطابع التعسّفي للشّروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنه ولاشك يتم بطريقة مجرّدة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظروف عادية.

والنظام المتأتي من التعليمة الأوروبية وضع لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي التي تسببها الشّروط التعسّفية، وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، لهذا السبب ذهب المشرّع في تعديل آخر أدخله على نص

المادة 132- 1/ 7 [1] من قانون الاستهلاك الفرنسي إلى أن تقدير الطابع التعسّفي لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل للسعر مع المال أو الخدمة المقدمة [2] ".

ب- بالنسبة للقانون الجزائري:

من التعريف السابق للشّرط التعسّفي والذي أورده المشرّع الجزائري في المادة 03 من قانون 04-02 المذكورة سابقا، نستخلص عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الجزائري، والتي تتلخص في كون محل الشّرط عقد إذعان"1"، على أن يكون مكتوباً"2"، وأن يؤدي إلى إحداث إختلال ظاهر في توازن العقد "3".

1- أن يكون محل الشّرط التعسّفي عقد إذعان: لقد عرّف المشرّع الجزائري عقد الإذعان ولأول مرّة في المادة 03 الحالة 04 ، الفقرة الأولى من قانون 04- 02، القانون المطبق على الممارسات التجارية، بأنه" : يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي .... ": عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

كما قام المشرّع الجزائري بتكرار هذا التعريف بموجب المرسوم التنفيذي

1-بموجب الأمر رقم 2000 / 741 المؤرخ في 23 أوت 2000

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 29 – 30

رقم 06- 306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006 ، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسّفية [1] وذلك في المادة الأولى الفقرة الثانية منه بأنه" : يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقاً للمادة 03 الحالة 04 من قانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

نستخلص من هذا التعريف لعقد الإذعان، أنّ المشرّع الجزائري قد تبنى المفهوم الواسع لعقد الإذعان، وهو المفهوم الرائج في أوساط الفقه الفرنسي الحديث ، إذ أنه لم يذكر عنصر الاحتكار، ويكون بهذا التعريف قد هجر المفهوم الكلاسيكي لعقد الإذعان، والذي يتحدد بموجبه عقد الإذعان في نطاق محدّد وضيق ذات خصائص محدّدة، أو كما يقول البعض [2] "أنّ عقود الإذعان لا تكون إلاّ في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

.1تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

.2احتكار الموجب لهذه السّلع احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدّدة النطاق.

.3صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدّة غير محدّدة."

وهذا ما تتبناه محكمة النقض المصرية بصدد عقود الإذعان إذ تشترط توافر تلك الشّروط لاعتبار العقد عقد إذعان [3] وبهذا يكون الفقه والقضاء في مصر قد اعتنقا فكرة ضعيفة لعقود الإذعان نادى بها الفقه الفرنسي قديما ويسير الإتجاه المعاصر نحو هجرها إلى فكرة أكثر اتساعاً، وذلك بتأثير عوامل الإنتاج والتوزيع .[4]

---

1 -الجريدة الرسمية، العدد 56 ، ص17 .

2- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (1) مصادر الإلتزام، ا اد الأول العقد، الطبعة 03 ، دار النهضة العربية، 1981 ، بند116 ، ص294.- 293

3-السنهوري، السابق، هامش (2) ص 294- 295 وحكم النقض المدني 13 فبراير 1978 طعن رقم 726 لسنة 44 ، والمشار إليه فيه

4- .أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص08 .

فقد كان من أثر الإنتاج والتوزيع للسلع والتركيز الصناعي والرأسمالي ظهور عدم المساواة بين المهنيين والأجانب نتيجة التفوق الكبير لصالح المهنيين في العلاقات العقدية، وبالتالي يكون الطرف الآخر في وضع ضعف، وذلك حتى مع عدم وجود الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة، لكن هذا الضعف أو النقص يكون واضحاً بشكل خاص في العلاقات بين المنتجين والموزعين، من ناحية، والمستهلكين من ناحية أخرى[1] إذن بتبني المشرّع الجزائري للمفهوم الموسع لعقود الإذعان، يكون قد وسّع الحماية من الشّروط التعسّفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حدسواء .أما من حيث شكل العقد فقد حصرها في عقود الإذعان دون عقود المساومة.

وذلك عكس القانون الفرنسي الذي حصر الحماية من الشّروط التعسّفية في شخص المستهلكين دون المهنيين .

لكنه توافق مع القانون الألماني في هذا الصدّد، حيث أنّ المشرّع الألماني لم يقصر الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين فقط وإنما مدّها حتى إلى المهنيين .كما أنها ليست مقبولة أي الحماية من الشّروط التعسّفية إلاّ بالنسبة لعقود الإذعان فقط، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة .وهناك دليل آخر على أنّ المشرّع الجزائري يوسّع الحماية من الشّروط التعسّفية إلى كل من المستهلك والعون الاقتصادي أي المهني على حدسواء، ورد هذا الدليل بموجب المادة 01 من القانون02- 04، السابق، حيث نصت هذه الأخيرة على أنّ هذا القانون يهدف إلى" تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه."

2- أن يكون العقد مكتوباً:

سبق ذكر تعريف عقد الإذعان الذي تبناه المشرّع الجزائري في المادة 03 الحالة 04 الفقرة01 من قانون04-02 ، والتي اعتبر فيها المشرّع أنّ عقد الإذعان الذي يكون مجالاً للشّروط التعسّفية يجب أن يكون محرّراً مسبقاً، فمن عبارة" حرر مسبقا نستخلص أنّ الحماية من الشّروط التعسّفية في القانون الجزائري تقتصر على الشّروط المكتوبة مسبقاً دون تلك التي لم تكتب.

1-أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 08 .، وما يليها.

وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فإنّ المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقاً، ممّا يجعلها تتعلق بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة.

والمقصود بالكتابة في هذا المقام، ليست الكتابة الرسمية فقط، وإنما مجرّد إيراد الشّروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم وغيرها.

إذ هذه الحالة نصت عليها المادة 03 ، الحالة 04 ، الفقرة 02 من قانون 02- 04 بقولها : يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقرّرة سلفا."

والجدير بالذكر أنّ هذا التوجه، بخصوص عنصر وجوب أن يكون العقد مكتوباً في التشريع الجزائري، يتوافق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذ هذا الأخير وكما سبق التبيين، يذهب أيضاً إلى وجوب أن يكون للشّرط المعني مكتوبا.

إذن فأهم ما يمكن تسجيله هو تنوع أشكال عقود الإذعان المتضمنة لشروط التعاقد العامة، والتي لا تقف تحت حصر ويكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معين هو المحترف أو العون الاقتصادي، يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواءً كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين[1] .

3-أن يكون الشّرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد:

سبق ذكر التعريف الذي أعطاه المشرّع الجزائري للشّرط التعسّفي، وذلك وفقاً للمادة 03 الحالة 05 من قانون 04- 02 السابق والذي أكدّ فيه على أنّ للشّرط التعسّفي هو الشّرط الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[2].

وبالتالي نستنتج أنّ المشرّع الجزائري يأخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرط ما تعسّفيا متأثراً في ذلك بما ذهب إليه المشرّع الفرنسي، عندما أخذ بنفس المعيار

1-محمد بودالي، السابق، ص118 .

2- المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 شرط تعسّفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى.

بموجب المادة 132-1 من قانون الاستهلاك، والذي نقله هذا الأخير عن التعليمة الأوروبية لسنة 1993 علما أنّ القانون الفرنسي كان يتبنى معيارين آخرين وفقاً لقانون 10 جانفي 1978 وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن معايير الشّرط التعسّفي والتطورات التي مرّت بها.

المطلب الثاني:

معايير الشّرط التعسّفي:

سبق القول أنّ قواعد القانون المدني تضمنت معياراً تقليدياً يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشّرط المدرج في عقد إذعان تعسّفياً أم لا، وهو معيار العدالة، وسبق أن أوضحنا أنّ هذا المعيار يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، لاختلاف الشعور بالعدالة من قاضٍ لآخر، وهو ما يهدد استقرار المعاملات لكن القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، أدّت إلى ظهور عدّة معايير يتحدّد وفقها كون الشّرط المدرج في عقد استهلاك أو عقد إذعان، تعسّفياً من عدمه.

الفرع الأول :

معيار التعسّف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة:

ففي البداية أتى المشرّع الفرنسي بمعيارين، وذلك بموجب نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978[1] ، التي نصت أنه تعتبر تعسّفية ، الشّروط التي" يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسّف الفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة[2] " أحدهما ، إذن يظهر من خلال هذه المادة معيارين يجب تطلبهما لاعتبار الشّرط تعسّفياً اقتصادي وهو تعسّف الفوذ الاقتصادي، والآخر معيار قانوني وهو معيار الميزة المفرطة أو الفاحشة التي حصل عليها المهني.

أ- معيار التعسّف في استعمال القوة الاقتصادية :

L’abus de puissance économique du professionnel

1-وهو القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات.

2- .أنظر النص الفرنسي للمادة 35 ، ص98

إنه لجعل الشّرط تعسّفياً لشترطت المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 جانفي 1978المذكور سابقا، أن يكون هذا الشّرط مفروض على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسّف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي[1] .

لكن هذا المعيار تعرّض للانتقاد فالمعيار غامض جداً très vagu فإذا كان صحيحاً أنه لفرض شرط فاحش، فإنه يجب أن تكون ذا نفوذ .لكن السلطة أو النفوذ ليس مرادفاً للقوة أو عظم الشأن grandeur فثمة حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي ، المسيطر .بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني، لا يمكنه ذلك، لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية" [2].

فذهب الفريق الأول إلى أنّ" أول ما يتطرق للذهن هو الاعتقاد بأنّ ثمة عيبا في الرضاء قد حدث، ألاّ وهو الخشية التي تلحق بالإرادة في عنصرها الاختياري، وبمعنى أكثر وضوحاً أنّ المقصود هو تعسّف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، ذلك التعسّف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة [3] "بمعنى أنّ تعسّف الموقف المستخدم في نطاق الإبرام للتصرفات القانونية، يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال استخدامه لوسائل غير أمينة والاستغلال لوضع الضعف للطرف الآخر، قد أدى بهذا الأخير لإبرام تصرّف قانوني والذي يحصل منه هذا المتعاقد على ميزة فاحشة[4]

أما الفريق الثاني فذهب إلى أنّ المقصود بالتعسّف هنا هو التعسّف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة، وهو ما يظهر من المناقشات البرلمانية عند وضع قانون 10 جانفي1978 [5]، المذكور آنفا .حيث قال أحد النواب أنّ مشروع هذا القانون يحرّم على المهني الذي يملي شروطه، تجاوز هذه السلطة، إضراراً بالمستهلك، وبالنظر إلى ذلك وتحليله فإنّ ذلك لا يعني سوى التعريف التقليدي للتعسّف في استخدام الحق، الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية [6] وهذا يثير مسألة ما إذا كان التحرير المفرد

1-عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص140 .

2- P. Godé : « Protection des consommateur », R.T.D.civ., 1978, p. 744, et 746.
.وكذلك أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص218 .

3- J. Ghestin : « Les obligations, le contrat, formation », 2e éd., L.G.D.J. 1988. n. 601, p. 685 et Ghestin : « L'abus dans les contrats » Gaz. Pal. 1981 – 2 – Doc., p. 379.

4-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص 216 .، وما يليها.

5- J. O. Déb. Ass. Nat., 9 déc. 1977, p. 8469.

6-المقصود هو قانون 10 جانفي 1978 السابق.

للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا، ويرى البعض أنّ التحرير المفرد للعقود النموذجية هي اليوم بمثابة ضرورة لا غنى عنها .وأنه ليس واضحاً أنّ هذا التحرير المفرد أمر مشروع، وإنما هو يمثل ممارسة لسلطة واقع وليس من حق شخص، وعلى هذا فإنه يبدوا من الصعب، في هذه الظروف، النظر للتحريم للشّروط التعسّفية على أنه مجرّد تطبيق لمفهوم التعسّف في استعمال الحق[1] إذن فالاستناد إلى مفهوم تعسّف الحق أمر منتقد.[2]

غير أنه من المؤكد أنّ خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذه الشّروط وإلاّ فإنّ البديل هو أن تكون هذه الشّروط قد فرضت عليه فرضاً، وسهل إثبات الخضوع، إذ يسيطر على هذه الأنواع من العقود خصوصا وإنه يتم طباعتها وإعدادها مسبقاً لينضم إليها المستهلكون، بغض النظر عمّا يستشعرونه فيها من تعسّف أو عدم توازن [3]وفي هذا الصدد يقول البعض[4] ، أنّ هذا المعيار غير واضح أو مبهم لأنه لا يشير إلى أي شيء يمكن الاستناد إليه حتى نتحسّس للنفوذ الاقتصادي.أما عدم تضمن المعيار ما يمكن بواسطته تحسّس تعسّف النفوذ الاقتصادي فإنّ الفقه حاول القيام بهذه المهمة واقترح عدّة مؤشرات، حيث يرى أنّ من هذه الدلائل أو المؤشرات أنه ابتداءً من اللّحظة التي يمثل فيها للشّرط عدم تعادل جسيم في اتفاق ما، فإن هذا المؤشر البسيط يكفي لاعتباره غير فعال "[5]، أي اعتبار الشّرط باطلا. ومن المؤشرات أيضاً التي يمكن الاستناد إليها، هي وضع المهني في السوق، ليس من خلال حصته في السوق لأنّ ذلك صعب تحديده، وإنما يجب أولاً تحديد معنى أو مفهوم السوق، وذلك عن طريق استخلاص 01 طبيعة السوق ومحله وما إذا كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار، عند تقدير وضع المهني، السوق المحلي فقط أم على مستوى الدولة، ثم بعد ذلك تقدير وضع المشروع الذي يملكه المهني في هذه السوق، بل وحتى لاستخلاص.

1- Ghestin : Le contrat. précité, n. 601.

2- .أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص217 .

3-عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 ، ص 270 . ، وكذلك عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص141 .

4- B. Starck : Droit civil, obligations -2 – contrat, 3ème éd ., par Rolend et Boyer, 1989, n. 629. p. 270.

5- B. Starck : précité, n. 629.

التأثير الذي يمكن أن يمارسه في السوق أخيرا

هذا الوضع الاقتصادي للمهني يتميز في الواقع بالتفوق للمهني، بعيداً عن حالات الاحتكار، الذي يكون كبيراً في النظام التقني، ذلك أنّ المهني في إبرامه عادةً للاتفاقات التي تدخل في عداد مهنته، يعرف مؤشرات الاشتراطات المختلفة، والمخاطر المتكررة كثيراً، كما لديه الخبرة في التصرفات التي تدخل في نطاق مهنته، كما أنه يتصرف أي يتعاقد من منظمة معدّة .هذا التفوق التقني هو بالضرورة فقط ما يملكه كل المهنيين.

ولتوضيح مفهوم الوضع الاقتصادي للمهني فإنه من المناسب اللّجوء إلى قانون المنافسة المشروعة لمقارنة ذلك بتعسّف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها، على أنّ مفهوم الوضع المسيطر أوالهيمنة لم يحض بتعريف واضح، والتشريعات لم تعرّفه أيضا [1]، لكن حسب السلطات القضائية للاتحاد الأوروبي، فالوضع المسيطر أو الهيمنة في قانون المنافسة هي : "القوة الاقتصادية المحوزة من طرف مؤسسة والتي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق وانتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الاستقلال إزاء منافسيها وعملائها وأخيرا إزاء المستهلكين "[2] أو أنّ الوضع المسيطر حسب مجلس المنافسة الفرنسي، يتميز بواقع أنّ سلطة تنتزع تكليفات من السوق وتلزم المتنافسين على أن يوفقوا أوضاعهم وفق تصرفها الخاص [3] .أو أنّه، المشروع، الذي يؤدي بالسلطة التي يملكها هذا المشروع، من واقع نفوذه الاقتصادي، إلى تبني تصرفات مستقلة إزاء منافسيه، عملائه والمستهلكين، والوضع المسيطر يسمح للمستفيد منه لإبطال تأثير نفوذ خصومه ويؤدي إلى جعلهم مجبرين على الخضوع له [4] أما من ناحية التعسّف، فإنه يقوم إبتداءا من الوضع المسيطر، وبواسطة الحصول على شروط ملائمة له بشكل مبالغ فيه .[5]

وأنّ الوضع المسيطر، يوجد للوهلة الأولى، في المنظمة من خشية متكونة من لستخدام

1-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص218 .

2-محمد شريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، عدد23 2002 ص61 ، وكذلك زبيري بن قويدر، مرجع سابق ص94 .

3- E. Müler « L'abus de position dominante ». Gaz. Pal.10 et 11 juillet 1991, Doc.,p.1.

4- J. P. Gridél : « Remarque de principe sur l'article 35 de la loi, n,78-23 du 10 janv. relatif a la prohibition des clauses abusives », D. 1984 -1- Chr. xxv, p. 153.

5- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص219

وضع مسيطر لإبطال فرص نجاح الغير وأخذ عدد متزايد عادة للعميل [1] وعلى هذا فمفهوم تعسّف الفوذ الاقتصادي، في قانون المنافسة، يتجاوز بشكل كبير جداً نطاق الشّروط العقدية المفروضة "[2] .

بالإضافة إلى ماسبق فإنّ وضع المستهلك نفسه، يصلح كمؤشر يستشف من خلاله التقدير للفوذ، ذلك أنّ المهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي ليس له خيارات متعدّدة، فهو إما يتعاقد أو يرفض ذلك، على أنه في الغالب غير قادر على مناقشة شروط العقد، وبالتالي فهو في مركز ضعف .إذ أنّ المهني يفرض عليه شروط العقد من منطلق نفوذه وتفوقه في التقنية، والمستهلك في وضعه هذا في أشد الحاجة إلى السّلعة أو الخدمة، يبرم العقد إبراما مقترناً بقبول زائف .كذلك يمكن الاستدلال على تعسّف الفوذ الاقتصادي، من خلال ماسبق قوله في صدد تعريف للشّرط التعسّفي من وجود عدم توازن في العملية العقدية، ومن خلال غياب حسن النية وكون موضوع للشّرط أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات المهني، إضافة إلى ذلك فإن تعسّف الفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة فاحشة وهو المعيار الثاني الذي أخذ به المشرّع الفرنسي.

ب- معيار الميزة الفاحشة:

L'avantage excessif donné au professionnel:

حسب المادة 35 السابقة من قانون 10 جانفي 1978 ، الفرنسي، فإنه لكي يعتبر الشّرط المدرج في عقد استهلاك تعسّفياً فإنه يجب أن يكون مفروضاً بواسطة تعسّف الفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة، وهو المعيار المذكور سابقاً، على أن يمنح هذا للشّرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى، لصالح المهني.

لذلك يبدو من الوهلة الأولى أنّ هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي أنّ الميزة الفاحشة هي النتيجة أو المحصلة لاستخدام الفوذ الاقتصادي بطريقة تعسّفية، ويعتبر مرتبطاً به بعلاقة سببية أو كما قال البعض "[3] فإن المشرع قد أعطى تعريفاً للتعسّف مخصصاً إياه

---

1 - J. P. Gridél : précité, p. 157.

2-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص 219 .، وما يليها.

3- P. Godé : précité, p. 746.

بمقدار نتيجته، حيث أنّ الشّرط لن يكون تعسّفياً إلاّ إذا أعطى ميزة فاحشة [1]"

لكن هذا المعيار أثار عدّة إشكالات قانونية وعملية، فتعرض لانتقادات من طرف الفقه، هذا لأنه معيار غامض وليس محدّد الكمية من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ نص المادة 35 لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة الميزة.

وهو كون معيار الميزة الفاحشة غير محدّد الكمية،" ذلك لأن المشرع لم يحدّد رقماً معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سبباً لإبطال بعض العقود إذا بلغ حداً معيناً، فهذا المعيار غير محدّد برقم معين [2] "وهذا ما دفع بالبعض إلى اعتبار صيغة نص المادة 35 لا تعدو أن تكون مجرّد حشو لا معنى له إذ أنّ الميزة الفاحشة ليست محدّدة الكمية إطلاقا [3].

الميزة الفاحشة غير محدّدة الكمية، كان هو السبب الذي من أجله كان المشروع المبدئي المقدم من الحكومة يستلزم عدم توازن ظاهر، وقد حلّ معيار الميزة الفاحشة محل معيار عدم التوازن الظاهر هذا ، وهذه الصيغة قد استبعدت لأنها كانت تثير بطريقة فاحشة مسألة الغبن، أما الميزة الفاحشة، فهي لا تثير مسألة الغبن وإنما تقترب منها، ذلك أن نص المادة 35 لشتمل على عنصر موضوعي أي الميزة الفاحشة، وعنصر شخصي، أي الخشية الناتجة عن تعسّف الفوذ الاقتصادي، وكما هو معروف فإنّ القواعد العامة التي تعاقب على الغبن تتطلب توافر هذين العنصرين.

إذن الميزة الفاحشة التي أوجدها تعسّف الفوذ الاقتصادي من طرف المهني لها نفس معنى الغبن تقريباً، فالفكرتين ترتبان لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، حيث يؤديان إلى إخلال التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين لكن هناك اختلاف بين الفكرتين أي فكرة الغبن وفكرة الميزة الفاحشة، وهذا الاختلاف يكمن في محلّ التعسّف، الذي هو في الغبن ينصب على الثمن، بينما الميزة الفاحشة للشّرط تنصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة [4] ، إذ هذه للشّروط لا تنصب على الثمن فقط، وإنما تتعدى ذلك إلى للشّروط التي ليست ذات طابع مالي .

1-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص 220 .، وما يليها.

2-محمد بودالي، المرجع السابق، ص129 .

3- P.Godé :précité, p. 746.

4- .زبيري بن قويدر، السابق، ص95 .

فهذه الفكرة الأخيرة أثارت بدورها إشكالاً، في البداية، وذلك كون معيار الميزة الفاحشة ينصب على عدم توازن بين الإلتزامات المتولدة عن العقد نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات، يرى البعض أنه من الطبيعي أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي، وهي تكون كذلك حينما يتعلق الشّرط المعني بمبلغ الثمن أو نماذج الدفع للثمن، لكن ليس من الضروري أن تكون ذات طابع مالي فالشّروط التي عدّدتها المادة 35 ، والتي تتعلق بجوهر الشيء، أو التسليم أو عبئ المخاطر أوشروط التنفيذ.....إلخ[1] ، هي بالتالي ليست ذات طابع مالي، إذن فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة.[2]

إذ من الحكمة عدم التسّرع في جعل الشّرط تعسّفياً لمجرّد أنه يرد مانحاً بعض المزايا للمهني، إذ أنه من الممكن أن يكون أحدشروط العقد الأخرى موجها لإعطاء المستهلك من المزايا ما يعيد .التوازن إلى العقد في مجمله.[3]

لهذا يسلّم البعض ،" بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشّروط العقدية"، أي وجوب النظر إلى جميع الشّروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي . لأنّ الشّرط إذا نظر إليه بصفة مفردة، قد يبدوا تعسّفياً، إلاّ أنه يكون مبرراً إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابلهشرط آخر يتناول تخفيضاًفي ثمن السّلعة لفائدة المستهلك.

وبالنسبة للمشرّع فإنه تدارك القص وأخذ بهذه الفكرة في المادة 132-1/5 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث هذه المادة تذهب إلى أنّ الطابع التعسّفي للشّرط يقدر بالاستناد - وقت إبرام العقد -إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشّروط الأخرى للعقد. ويقدّر أيضاً بالرجوع إلى الشّروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيهما أحدهما قانوناً للآخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع [4] والمشرّع الجزائري بدوره ذهب إلى أن الشّرط التعسّفي لا ينظر إليه على أنه كذلك وهو

1- B.Starck : obligations. Précité, n.627. p.269.

2- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص222 .

3- .عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص140 .

4-محمد بودالي، المرجع السابق، ص 30 .، معاد.

مفرد، بل هو كل بند أوشرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أوشروط أخرى، ينظر إليه بالنسبة لموضوع شروط العقد، المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 السابق - .

هذا الحل يبدوا صالحاً من الناحية النظرية، إلاّ أنه يواجه صعوبات عملية .

رغم ذلك يبقى العقد كلاً واحداً منصوص فيه على شروط عديدة، ولتقدير الصفة التعسّفية لشرط ما، فإنه يبدوا من الضروري الأخذ في الاعتبار الأداءات المتبادلة في مجموعها، من أجل التحقق من عدم التوازن العقدي، ويكون للشّرط تعسّفياً إذا كان يؤدي إلى عدم توازن في مبادئ العقد .فهذه المسألة تتوقف على حكمة القاضي[1] وبالتالي مما سبق نستنتج أنّ الميزة الفاحشة هي مقابلاً مفروض بواسطة شرط أوشروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري. [2]

هذان هما المعياران اللّذان وضعهما المشرع الفرنسي في قانون 10 جانفي 1978 ، المذكور سابقا، لتحديد ما إذا كان للشّرط يعد تعسّفياً أم لا وهما معياران مرتبطان ببعضهما ارتبط السبب بالنتيجة ويمكن من خلالهما إعادة التوازن للمضمون العقدي. [3]

غير أن المشرع الفرنسي وبموجب قانون الاستهلاك لسنة 1995 ، تبنى معيارا جديدا، هذا الأخير أخذ به المشرع الجزائري أيضاً، وهو المعيار الموالي.

الفرع الثاني:

معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات

وتمييز التصرف التعسفي عن التصرفات المشابهة له:

لكن بعد تبني المشرّع الفرنسي للتعليمة الأوروبية لسنة 1993 السابقة الذكر، هجر المعيارين السابقين، وأخذ بمعيار جديد بموجب المادة 132-1من قانون الاستهلاك، المذكورة سابقاً، هذا المعيار الجديد هو معيار" الإخلال الظاهر بالتوازن ."وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا المعيار الأخير هو الذي تبناه المشرّع الجزائري بموجب المادة 03 الحالة 05 من قانون04- 02 وتتجلى أهمية تحديد المعايير التي يعتبر بم وجبها للشّرط تعسّفياً من عدمه

1-عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص140 .

2- B. Starck : obligations., précité, n. 627, p.269.

3-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص223 .

في التمكن من تقديم حماية أفضل للمستهلك من جهة، ومن جهة ثانية فإن أهمية ذلك تكمن في توحيد أحكام القضاء تجنبا للمساس باستقرار المعاملات.

أ- معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات(Déséquilibre significatif) :

سبق الذكر أنّ المشروع المبدئي المقدم من الحكومة الفرنسية، والذي يتعلق بمشروع قانون 10جانفي 1978 ، تضمن معيار عدم التوازن الظاهر بين الالتزامات، الذي استبعد وحلّ محله معيار الميزة الفاحشة، لكن هذا الوضع لم يدم، إذ أنّ المشرّع الفرنسي عاد فأخذ بالمعيار الذي كان قد ورد في المشروع المقدم من الحكومة .وهو معيار" الإخلال الظاهر بالتوازن "والذي استمده من خلال تبنيه للتعليمة الأوروبية لسنة 1993 الخاصة بالشّروط التعسّفية.

فنص على هذا المعيار في المادة 132- 5/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي إلاّ أنّ البعض رأى في هذا الصدد أنّ المعيار الجديد ليس سوى ترديداً لمعيار الميزة المفرطة[1]، أي أنّ مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أنّ الاختلاف يكمن فقط في التسمية.

ونلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أخذ بهذا المعيار الجديد، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 03الحالة 05 من قانون 04 -02 السابق فهذه المادة تعتبر لكي يكون الشّرط تعسّفياً يجب أن يكون من شأنه" الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطرف العقد."

ولما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرّد ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فإنّ ماسبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بالإلتزامات،سواءً في القانون الفرنسي أو القانون الجزائري .إضافة إلى ذلك فإن ما يتعلق بالإشكال الذي طرحه معيار الميزة المفرطة بشأن اقترابه من فكرة الغبن بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر، لا يعدوا بدوره أن يكون مجرّد تبني مغلّف لفكرة الغبن المجرّد، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة[2]"

1- J. CALAIS - AULOY et F. STEINMETZ: Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz 2000, p. 192.

2- .محمد بودالي، السابق، ص133 .

حيث ذهب المشرّع الفرنسي، وللتأكيد على الاختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن، حرص هذا الأخير على إضافة الفقرة 07 من المادة 132-1من قانون الاستهلاك، هذه الفقرة نصّت على أنّ تقدير الطابع التعسّفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة وهو تأكيد من المشرع على أنّ الهدف من المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة [1] وفي مقابل المشرّع الفرنسي، فإن المشرّع الجزائري سكت عن هذه الحالة، وهو ما يبقي على إشكال اقتراب المعيار من فكرة الغبن في القانون الجزائري.

ب-تمييز التصرف التعسفي عن التصرفات المشابهة له :

ثار خلاف كبير حول الفرق بين التصرف اللا حق، والتصرف التعسّفي، وقيل بأنّ التصرف التعسّفي، هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته، وعلى العكس، فإنّ التصرف اللاحق لا يحول الفعل أو الحق عن وظيفته الاجتماعية العادية، ولكنه تصرف غير مقبول [2].

ويميز البعض الآخر بين التعسّف والتجاوز، على أساس أنّ التعسّف ذات صفة خطئية، فالمالك على سبيل المثال، له أن يفعل في ملكه ما يشاء دون قصد الإضرار بالغير .أمّا وقد قصد ذلك فإنه يكون متعسّفا .لذا يوجد فكرة الإجحاد أو الإنكار في جزاء التعسّف في استعمال الحق، وعلى العكس، فإنّ التجاوز عبارة عن أنّ للشخص في استعماله واستغلاله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث ضرراً للغير الجيران .لذا يعتبر التعسّف أكثر شخصية، أما التجاوز فأكثر موضوعية .ولكن في بعض الأحيان يكون التجاوز تعسّفاً، وفي أحيان أخرى يكون التعسّف تجاوزاً، لأنه يضاف في كلا الحالتين شيء آخر إلى الممارسة العادية للحق [3].

والحقيقة أنّ فكرة للشّرط التعسّفي قد أثيرت في كثير من المناقشات بدءاً من الأعمال

1- .محمد بودالي، السابق، ص134 .

2 -السيد محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة، ص . 32، هامش02

3- .السيد عمران، السابق، ص 32 .، هامش02

التحضيرية حتى صدور التشريع الفرنسي المتعلق بالحماية من الشّروط التعسّفية في 10 جانفي 1978 ، وقد عرضت نظريات قانونية كثيرة، كالتعسّف في استعمال الحق، الغبن، الاستغلال، وكالشّرط التحكمي وشرط الأسد.[1]

وفي الأخير، وبعد أن بيّنا المفهوم الحديث للشرط التعسّفي، والمعايير المتبعة للكشف عن طابعه هذا، ننتقل إلى العنصر الموالي لنتعرف على الطرق الحديثة للرقابة عليه.

المبحث الثاني:

الطرق الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية:

في ظلّ القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، تعدّدت طرق الرقابة على شروط العقد، فظهرت طرق حديثة تتمثل في الرقابة القانونية وذلك عن طريق إيراد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية ملحقة بالقوانين الحمائية من تلك الشّروط .وتتمثل أيضا في الرقابة الإدارية والتي تتمثل في الرقابة التي تمارسها لجنة الشّروط التعسّفية، التي تقوم بالإطلاع على نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين أو غير المهنيين، وذلك من أجل إبداء رأيها حول طبيعة الشّروط المدرجة في هذه العقود، كذلك فإنّ هناك نوع آخر من الرقابة الإدارية، حيث تباشر الحكومة رقابة إدارية على الشّرط التعسّفي وذلك من خلال إصدارها مراسيم بتحريم أو تحديد أو تنظيم الشّروط التعسّفية

وفي مقابل الرقابة القانونية والرقابة الإدارية كمطلب أول هناك رقابة القضاء، هذه الرقابة الأخيرة تتمثل في رقابة القضاء الإداري من جهة، ورقابة القضاء المدني من جهة ثانية . حيث يتصل هذا الأخير بالدعوى بناءً على الدعوى التي يرفعها المستهلك، أو الدعوى التي ترفعها جمعيات المستهلكين، وهو عليه إبطال الشّروط التي تكون تعسّفية في حق المستهلكين أو غير المهنيين وذلك بعد التثبت من طابعها التعسّفي فضلاً عن إبطال هذه الشّروط فإنه يجوز للقضاء الجنائي توقيع الجزاء الجنائي على المهني الذي أدرجها في العقد .وهو ما يأتي به التفصيل في المطلب الثاني

1- .السيد عمران، السابق، ص33 .

المطلب الأول:

الرقابة القانونية والإدارية على الشّروط التعسّفية:

نتناول في هذا المطلب الرقابة القانونية ، ثمّ الرقابة الإدارية الفرع الأول ، هذه الأخيرة ممثلة في رقابة لجنة الشّروط التعسّفية، ورقابة الحكومة بموجب مراسيم.

الفرع الأول:الرقابة القانونية

أ-إيراد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية بموجب قانون:

لقد تضمنت قوانين الحماية من الشّروط التعسّفية قوائم تحدد الشّروط التي تعتبر تعسّفية، فهناك نظام القوائم السوداء والقوائم الرمادية للشّروط التعسّفية، والتي ابتدعها المشرّع الألماني في البداية، وبعده المشرّع الفرنسي الذي أورد قائمتين من الشّروط التي اعتبرها تعسّفية، وهو ما فعله المشرّع الجزائري أيضًا .ونعرض لهذه القوائم في التشريعات الثلاث تباعاً حسب التسلسل التاريخي. يعتبر المشرّع الألماني من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشّروط التعسّفية، وهو قانون 09 ديسمبر 1976 ، المتعلق بالشّروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 01 أفريل 1977 ، تضمّن هذا القانون قائمتين من الشّروط التعسّفية، الأولى قائمة سوداء، حيث تعتبر الشّروط الواردة بها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أيّ سلطة تقديرية، والثانية قائمة رمادية، والتي أعطى بصددها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حدّدها القانون المذكور آنفا.[1] حيث تشمل القائمة السوداء08أصناف من الشّروط الممنوعة، نصت عليها المادة 10 من القانون السابق، وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبّرر، أو في تعديله، آخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك .وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه .وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يبرّر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة [2] .

1-عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص148-149

2- .محمد بودالي، السابق، ص.21

أما القائمة الرمادية تشمل 10 أصناف من الشّروط التعسّفية، نصت عليها المادة 11 من القانون الألماني السابق .وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلّم أو يوفى بثمنها في خلال مدّة أربعة أشهر .وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس .

وبحرمان المستهلك من خيار اللّجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي .والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه .واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة . بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[1]

ولعلّ أهم هذه الشّروط التعسّفية هو ذلك الشّرط المتعلق بالضمان .حيث نصت المادة11السابقة، على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيعة الجديدة .بموجب الشّروط العامة:

حيث يعتبر باطلاً الشّرط الذي يستبعد كلياً أو جزئياً الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيعة موّردة من قبل الغير.

ويجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولاً على الغير، خاصة إذا كان حاصلاً على ضمان من المنتج .ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية

هذا ويعترف القانون السابق صراحة بصحة الشّرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب، واستبعاد بالتالي خيار الفسخ أو إنقاص السعر .لكن بشرط أن يتضمن الشّرط السابق حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح .علاوة على ذلك، فإنه يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبيع، مثل مصاريف النقل، والتنقل، واليد العاملة، والأدوات الضرورية .

1-محمد بودالي، المرجع السابق، ص21 -22

كما تعتبر بطلة مختلف الشّروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرقلتها، كما هو الحال بالنسبة للشّروط التي تربط بين تصليح الشيء المعيب والوفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه، مقارنة بعيوب الشيء .

وكما هو الحال أخيرا بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلاً أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية، وهو 06 أشهر تسري من وقت التسليم، للإعلان عن وجود العيب[1] " أما بالنسبة للمشرّع الفرنسي فقد قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود والتي تكون محلاً للشّروط التعسّفية في حالة مخالفتها، وذلك بموجب المادة 35 من قانون 10جانفي 1978 تتعلق هذه العناصر بتكوين العقد، وبالشّروط المتعلقة بالخاصية المحدّدة أو قابلية التحديد للثمن ومدّتها، وشروط الفسخ أو التجديد، وكذلك تنفيذ العقد والشّروط المتعلقة بالدفع للثمن، وتلك المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشّروط المتعلقة بعبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمانات، وشروط التنفيذ والفسخ [2].

وتجدر الإشارة أنّ هذه القائمة أتت على سبيل الحصر، وما يؤكد ذلك هو القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي [3] في 03 ديسمبر 1981 وفي عام 1995 قام المشرّع الفرنسي بإيراد ملحق بقانون الإستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسّفية، إذا توافرت فيها العناصر الثلاثة للشّرط التعسّفي المذكورة سابقا.

وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية لعام 1993 وقد جاءت شاحبة على حد تعبير البعض [4] ، فهي من جهة تفتقر للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم، ومن جهة أخرى تحمل المدعي عبئ إثبات الطابع التعسّفي للشّرط وفقا لنص المادة 132- 1من قانون الإستهلاك [5] وهي تضم سبعة عشر نوعاً من الشّروط تتعلق ب:

-استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية، نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

1-محمد بودالي، السابق، ص 22

2-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص225 .

3- Larroumet, note, D. 1981, JP., p. 228. et J.C.P, 1981 – 2 – 19502.

4- J. Calais - Auloy et F. STEINMETZ: précité, p. 192.

5-محمد بودالي، السابق، ص33 .

- استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم – الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.

-النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، وتعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.

-إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، في حالة تراجع المحترف نفسه.

-فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضاً مبالغاً فيه وغير متناسب.

-إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.

-إجازة بإنهاء عقد محدّد المدّة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب الجسيم.

-التمديد التلقائي لعقد محدّد المدّة.

-الإثبات القطع لإذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.

-إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.

-إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة...

-النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.

-منح المحترف حق تحديد ما إذا كان للشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.

-تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه...

-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.

-النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.

-استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن ...

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الفرنسي أصدر قانون 28 جانفي 2005 المسمّى قانون Châtel نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام، وتمثيل وحماية تحت المستهلكين .وقد عدّل هذا القانون قانون الاستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب IV أحكام مختلفة، وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشّروط التي يمكن أن تعدّ

تعسّفية، الشّرط الذي يلزم المستهلك على قبول – بشكل خاص –نظام بديل لتسوية النزاعات.[1]

وأخيراً، فإن المشرّع الجزائري، اقتدى بالمشرّع الفرنسي، وقام بإيراد قائمة من الشّروط التعسّفية بموجب المادة 29 من قانون 04 -02 [2] السابق، تضمنت 8 أصناف منها، لكن هذه المادة قصرت الحماية من الشّروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، ويتضح ذلك من عبارة" تعتبر بنودا وشروطاً تعسّفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشّروط التي تمنح هذا الأخير02"...

علماً أنّ نصوص القانون 04- 02 الخاصة بالشّروط التعسّفية تحمي حتى المهني من هذه الشّروط .ويتضح ذلك كماسبق القول بصدد عناصر الشّرط التعسّفي، من المادة 03 الحالة 4فقرة 01 ، والحالة 05 ، من نفس القانون.

ويتضح أيضاً من عبارة" لا سيما "الواردة في المادة 29 من نفس القانون، أنّ هذه القائمة مجرّد قائمة بيانية غير حصرية، وهو توجه سليم من طرف المشرّع الجزائري، إذ أنّ عدم حصر قائمة الشّروط التعسّفية يوفر حماية أفضل للمستهلك، وذلك بفسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسّفية، إستناداً إلى نص المادة 3 الحالة 5 من نفس القانون.

ويتمثل تعداد هذه الشّروط التعسّفية الواردة في المادة 29 من قانون 04- 02 وهي الشروط الآتية : تعتبر بنود ا وشروطاً تعسّفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشّروط التي تمنح هذا الأخير:

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

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

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

1-محمد بودالي، المرجع السابق، ص35 .
2-وهو القانون المتعلق بالممارسات التجارية، المذكورسابقا.

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

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

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

7-التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

إذن تلك هي القوائم الواردة في قوانين الحماية من الشّروط التعسّفية، وهذه القوائم تتعزز بقوائم أخرى واردة بموجب مراسيم حكومية، تصدرها هذه الأخيرة بعد استشارة لجنة الشّروط التعسّفية، وهو ما يرد به التفصيل في العنصر الموالي.

الفرع الثاني:

الرقابة الإدارية على الشّروط التعسّفية:

تقسم هذه الرقابة إلى رقابة لجنة الشّروط التعسّفية أ ، ورقابة الحكومة عن طريق تحديد الشّروط التعسّفية بموجب مراسيم ب .

أ- رقابة لجنة الشّروط التعسّفية:

أنشأت هذه اللجنة الإدارية بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات، من الشّروط التعسّفية، لدى الوزير الفرنسي المكلف بالاستهلاك، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995[1] وكان مشروع الحكومة لعام 1978 يعهد من أجل استبعاد الشّروط التعسّفية للمحاكم، وفي أعقاب انتقادات الجمعية الوطنية، فإن المشرّع قد فوض هذه السلطة للحكومة، التي تستشير لجنة الشّروط التعسّفية .والمشرّع الجزائري هو الآخر أنشأ لجنة البنود التعسّفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10

1- بموجب المادة 2 1- -132. L وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي عوضت المادة 35 /1، وما يليها من قانون 10 جانفي 1978

سبتمبر2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية .وتشكيلة هذه اللجنة جاءت تعكس الغاية من إنشائها "1" ولها في سبيل ذلك عدة اختصاصات "2" .

1-تشكيل لجنة الشّروط التعسّفية:

تتشكل اللّجنة في القانون الفرنسي من 13 عضواً هم :

-قاضيين، أحدهما رئيساً والآخر نائباً له.

-شخصين مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود، يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.

04أشخاص من ممثلي المحترفين- .

04أشخاص من ممثلي المستهلكين- .

-و أخيراً محافظ الحكومة، التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة والاستهلاك.

يتبين من هذه التشكيلة، أنّ اللّجنة تضمّ عناصر قضائية، وعناصر إدارية، ومستشارين في مجال القانون أو فن العقود، وعناصر ممثلة للمستهلكين والمهنيين، وبالتالي فإنّ المشرع قد مثّل جميع الأطراف المعنية بمشكلة الشّروط التعسّفية في هذه اللّجنة، وذلك حتى تضطلع بمهمتها على أحسن وجه وهذا يعكس وجهة نظر المشرع في مقاومة الشّروط التعسّفية عن طريق أهل الخبرة والاختصاص وتمثيل كل الأطراف المعنية، فضلاً عن أنّ هذه التشكيلة تمثل ضمانة للجدية لا لمجرّد التشاور. [1]

وتعتبر لجنة الشّروط التعسّفية حلاً تجنب فيه المشرّع الفرنسي تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشّروط التعسّفية، مفضلاً أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه. [2]

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فإنه هو الآخر اقتدى بنظيره الفرنسي وأنشأ لجنة مماثلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية.

فنص في الفصل الثالث من المرسوم رقم06-306 على تنصيب لجنة البنود التعسّفية

1- Calais - Auloy : Droit de la consommation, précité, n. 146, p. 141.

2- .محمد بودالي، السابق، ص.36

لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهي ذات طابع استشاري، وتدعى في صلب النص" اللّجنة " المادة 06 من المرسوم ونصت المادة 08 منه على أنّ اللّجنة تتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم:

-ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا.

-ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.

-عضو (1) من مجلس المنافسة.

-متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.

-ممثلين (2) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود وأضافت المادة 08 منه، أنه يمكن اللّجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

2- اختصاصات لجنة الشّروط التعسّفية:

يتمثل دور اللّجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، وأنها مسؤولة عن البحث عمّا إذا كانت تلك المحرّرات تتضمن شروطاً تحمل في طياتها خاصية تعسّفية

كما أنّ اللّجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل للشّروط التي تتمثل فيها خاصية تعسّفية، إذن فاللّجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين، وتبحث عمّا إذا كانت تتضمن تعسّفاً أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسّفاً فإذا تصدر توصيات، إما بالإلغاء لتلك الشّروط وإمّا تعديلها[1] ، وهي في بحثها ذلك تقوم به وفقاً للمعيار الذي وضعته المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، السابقة الذكر، وهو معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات المتعاقدين، ذلك الاختلال الناتج عن الشّرط التعسّفي، والذي ذكرنا أنه مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة تعسّف الفوذ الاقتصادي الذي يملكه .

ولجنة الشّروط التعسفية أصبحت في سنة 1993 تملك دور استشاري لدى القضاء

1-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص234 .

الفرنسي، وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993 ، وإن كان غير ملزم برأيها الاستشاري حول الشّروط محل النزاع.

وتقوم هذه اللّجنة بعملها، إما بناءً على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشّروط، كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها.

كذلك فإنّ الوزير المسؤول عن الاستهلاك، يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللّجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللّجنة ذاتها، وأنّ هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعدّ اللّجنة كل سنة تقريراً عن نشاطها وتعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة، وينشر هذا التقرير.[1]

لكن هذه اللّجنة ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية، أي أن توصياتها ليست لها أي صفة إلزامية .فهي لا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين، ويعتبر قصر سلطاتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرّع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع للشّروط، كما أنّ هذا الاتجاه يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي، التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات[2].

لكن توصيات لجنة الشّروط التعسّفية وإن لم يكن لها قوة إلزامية، إلاّ أنها تشكل ضغطاً نفسياً على المحترفين، لهذا فإنّ دورها يمكن اعتباره دوراً تحريضياً بحتاً، وذلك بخلاف المراسيم التي تمنع الشّروط التعسّفية وهو ما سنراه لاحقاً .بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن تكون توصياتها فعّالة إلاّ إذا وجدت دعاية واسعة [3]

وبالفعل تقوم اللّجنة كل سنة منذ إنشائها بنشر تقرير عن أعمالها،" فقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها حتى عام 2000 الخمسين توصية، تتضمن كلّ واحدة منها العديد

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص235 .

2-محمد بودالي، السابق، ص37 .

3- Calais - Auloy : Droit de la consommation, précité, n. 146, p. 142.

من الشّروط، منها ما هو ذات طابع علم [1]، ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة[2] .

إلاّ أنه رغم عدم إلزامية هذه التوصيات، فإنّ المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسّفي لشرط معين [3]، كما كان لها الفضل في دفع المشرّع الفرنسي إلى تنظيم بعض[1] الشروط في قطاعات معينة[4]، وعموماً فإنّ توصيات لجنة الشّروط التعسّفية ليست مولدة لقواعد . يفتح تجاهلها طريق الطعن بالنقض[5].

والجدير بالذكر، أنّ اللّجنة في دراستها لنماذج العقود المعروضة على المستهلكين، فإذا تدرس نظام الشّروط وطريقة صياغتها وطريقة طباعتها، حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة، وهي مسألة مهمة، ولا يجب الاستهانة بطريقة صياغة تلك الشّروط الخاصة بالضمان وغيرها لتأثيرها على تنوير رضاء المستهلك، وفي ذلك أيضاً تحقيق لنوع من التوازن العقدي في شروط العقد [6] .

أما بالنسبة لاختصاصات لجنة البنود التعسّفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حدٍ كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي .حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسّفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، المادة 07 من مرسوم 06- 306 السابق[7] وفي سبيل قيام اللّجنة بمهامها، تخطر إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك المادة 11 من المرسوم

1-وأهمها تلك المتعلقة بعقود الضمان) رقم 79- 01الطعون القضائية) رقم08-03 آجل التسليم 80-06

2-وهي أكثر عدداً أهمها تلك المتعلقة بشراء أشياء التأثيث) رقم(80- 05، تركيب المطابخ رقم 82-03 ...الاشتراك في الكابل والتلفزيون مدفوع الثمن) رقم 98-01 الحراسة التلفزيونية) رقم(94-02 - 97 ، إيجار السيارات) رقم96 الإيجارات السكنية) رقم2000 -01

3- Civ. 1er ch., 10 février 1998 : R.T.D., civ. 1998, p. 674, obs. Mestre (J).

4-حيث أصدر المشرّع الفرنسي عدّة تشريعات مستهدياً بتوصيات اللّجنة منها : القانون المؤرخ في 8جويلية 1992 و المتعلق بإيجار المساكن، وقانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، وقانون 19 ديسمبر 1990المتعلق بآجل التسليم والذي أصبح يشكل حالياً المادة114 من قانون الاستهلاك

5-محمد بودالي، السابق، ص38 .

6- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص235 .

7-الجريدة الرسمية العدد 56 ، ص 18 .، ومايليها.

وتنشر اللّجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة .على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كلياً أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة المادة 12 من المرسوم.

وأخيرا فإن المشرع الجزائري لم ينص على أيّ دور لستشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، على غرار المشرّع الفرنسي.

ب- رقابة الحكومة على الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم:

يستفاد من المادة 35-1 [1]من القانون الفرنسي ل 10 جانفي 1978 السابق ، أنها تجيز للحكومة إصدار مراسيم لتحديد أنواع من الشّروط واعتبارها شروطاً تعسّفية، وذلك بعد استشارة لجنة الشّروط التعسّفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا. بوصف هذه الشّروط التعسّفية غير مشروعة، يجوز إبطالها لمخالفتها لأحكام هذه المراسيم[2] .

لكن الحكومة الفرنسية ومنذ 1978 ، لم تصدر سوى مرسوم واحد لا غير، وهو المرسوم رقم 78- 464 والمؤرخ في 24 مارس 1978 ، والصادر بالتطبيق لنص المادة 35 من قانون 10 جانفي السابق، أتى هذا المرسوم بثلاث أنواع من الشّروط التعسّفية:

النوع الأول يتعلق بتحريم الشّرط الذي يكون محلة أو أثره يلغي أو يخفض حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت) المادة 02 من مرسوم 24 مارس. [3]

وحضر هذا الشّرط الذي يخص البيع فقط، أدى إلى تعديل عميق في نصوص القانون المدني المكملة للإرادة في مادة البيع .فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا يتعلقان بالنظام العام، وبالتالي كان لا ضير من الإعفاء، أو التخفيف منها، عن طريق الاتفاق، صارت من طبيعة أخرى، وأصبحت بعد صدور مرسوم 24 مارس من النظام العام [4]

1-عوّضت المادة 35-1 من قانون 10 جانفي 1978 بالمادة 132-2/1 من قانون الإستهلاك الفرنسي بعد دمج قانون 1978 بقانون الإستهلاك.

2- محمد بودالي، السابق، ص32 .

3- "La clause qui, dans un contrat de vente, supprime ou réduit le droit à réparation du Consommateur en cas de manquement par le vendeur à l'une quelconque de ses obligations".

4- السيد عمران، مرجع سابق، ص38 .

والقضاء يرفض تطبيق مفهوم الشّروط التعسّفية وإضفاء الحماية للمستهلك، في صدد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية، إلاّ على تلك الشّروط الواردة في عقد البيع، أما غير ذلك من العقود فلا تطبقها عليها .ولكنها تمد نطاق الحماية إلى العقد المختلط الذي يتضمن خاصية البيع أيضاً، وذلك بالاستناد إلى المادة 02 من مرسوم 24 مارس...

ففي صدد شرط محدّد للمسؤولية عن التعويض قرّرت محكمة النقض الفرنسية تطبيق المادة 02 من مرسوم 24 مارس، على عقد مختلط إذ يعتبر عقد مقاولة وعقد بيع في نفس الوقت، وذلك في قرار بتاريخ 25 جانفي 1989[1] هذا ما أكدته محكمة النقض في 06 يونيو 1990حيث قررت التطبيق للمرسوم السابق على العقد متى كان يمثل، حتى ولو بصفة جزئية، خاصية البيع، أي لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع، فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشّرط التعسّفي.[2]

لكن هذا الوضع لم يدم طويلاً، أي اقتصار الحماية من الشّرط المحدد للمسؤولية على تلك الشّروط الواردة في عقد البيع فقط، حيث قام المشرّع الفرنسي بإيراد قائمة محددة للشّروط التعسّفية بموجب المادة132-1 من قانون الاستهلاك في سنة 1995 ، من بين شروط هذه القائمة، شرط تحديد المسؤولية، هذه القائمة تطبق على جميع العقود.

أما النوع الثاني من الشّروط التي حرّمها مرسوم 24 مارس، فيتعلق بالشّرط أياً كان محله أو أثره الذي يحتفظ للمهني بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة المؤداة، بالإرادة المنفردة .هذا الشّرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين وهو هنا المدين بتقديمسلعة أو خدمة[3] المادة 03 من مرسوم 24 مارس[4].

فالقواعد العامة التقليدية تبطل العقد كله لاقترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين وهو المحترف ، بينما نص المادة 03 من مرسوم 24 مارس، تبطل الشّرط وتبقى على العقد، لأنّ ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج للسلعة أو الخدمة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الشّرط الأخير، لا يقتصر على عقد البيع مثل سابقه، وإنما يجوز

1- D. 1989 JP., p. 253, not, Ph. Malaurie.
2- Cass. civ. 6 juin 1990, Bull. civ. 1990, n. 145, p. 104.

3-السيد عمران، المرجع السابق، ص38 .

4- "La clause qui réserve au profissionnel le droit de modifier unilatéralement les caratéristiques du bien à livrer ou du service à rendre".

للمستهلك الإستناد على المادة 03 السابقة، التي تحضره، مهما كان العقد الذي كان بصدده . ويرى البعض أنّ المشرّع الفرنسي أحسن صنعا في منع البائع، أو المنتج، أو المورد، والمحترف بشكل عام، من حق تعديل الشيء محل العقد أو الخدمة بنفسه، وذلك عن طريق إيراد شرط في العقد يجعل التزامه معلق على محض إرادته. [1]

وأخيراً فإنّ مرسوم 24 مارس[2]، حضر نوع ثالث من الشّروط، وهي الشّروط المتعلقة بالضمان فألزمت البائع بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته، وبضمان العيوب الخفية للشيء المبيع أو الخدمة المؤداة للمشتري المادة 04 من مرسوم 24 مارس[2] ، على أنّ حضر هذا الشّرط يتفق مع ما كان يذهب إليه القضاء الفرنسي، الذي كان يوسع من فكرة الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع، وذلك في ظل القواعد العامة.[3]

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري، فهو الآخر أخذ بنظام حضر الشّروط التعسّفية بموجب 02، وهو القانون - المراسيم التي تصدرها الحكومة، في هذا الصدد نصت المادة

من قانون 04-02 المطبق على الممارسات التجارية، والمذكور سابقاً، على أنه بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشّروط التي تعتبر تعسّفية."

نستنتج من المادة 30 أنّ المشرّع الجزائري منح للسلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، وذلك عن طريق محورين، المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشّروط التي تعتبر تعسّفية، لكن هذا المحور الثاني، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الإستهلاك، وإنما خول للسلطة التنظيمية منع الشّروط التعسّفية في جميع العقود سواءً كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء

1- السيد محمد سيد عمران، السابق، ص. 38

" -2Dans tous les contrats conclus entre des professionnels d'une part et d'autre part des consommateurs, le professionnel ne peut garantir contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique, en tout état de cause, la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes les conséquences des défauts ou vices cachés de la chose vendue ou du service rendu.

3- أنظر بشأن توسيع فكرة الضمان من طرف القضاء.

والمستهلكين، ويتضح ذلك من عبارة ..." منع العمل في مختلف أنواع العقود "...الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان المادة 03 الحالة 04 فقرة 01 من قانون 04- 02 .

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي حصر نطاق الحماية من الشّروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك02.

وبالفعل وتطبيقاً لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1] الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية المادة الأولى من المرسوم.

حيث جاء في المادة 5 من هذا المرسوم أنه تعتبر تعسّفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و 03 من نفس المرسوم، فالمادة 02نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

على أنّ المادة 03 وردت في المرسوم 06- 306 لتعدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية - للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة" تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أسلسا بما يأتي.

إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطاً تعسّفيا وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

-خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.

-الأسعار والتعريفات.

-كيفيات الدفع.

1-وهو المرسوم المؤرخ في 11سبتمبر 2006م.، الجريدة الرسمية، العدد56

-شروط التسليم وآجاله.

-عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.

-كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.

-شروط تعديل البنود التعاقدية.

-شروط تسوية النزاعات.

-إجراءات فسخ العقد.

2-الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك.

3-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلاّ بمقابل دفع تعويض.

4-التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

5-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللّجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.

6-فرض بنود لم يكن المستهلك على علما قبل إبرام العقد.

7-الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

8-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

9-فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.

10-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

11-يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

12-يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وفي الأخير، ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم، يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر ذلك من عبارة" تعتبر تعسّفية

البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي"... ، إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال.

إلا أنه وبالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحدّدة للشروط المعتبرة تعسّفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم06-306 تبدو حصرية إلا أن المادة 30 من قانون 02 -04 تعطي الحكومة حق إصدار المراسيم تورد قوائم أخرى جديدة محدّدة للشّروط التعسّفية وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم06 -306 ليست على سبيل الحصر.

وإذا افترضنا أن الحكومة لم تصدر في المستقبل أي قائمة أخرى، فإن هذا الأمر لم يطرح أي إشكال ما دام أنه يجوز للقاضي الجزائري الإستناد على تعريف للشّرط التعسّفي، الوارد في المادة 03 الحالة 05 من قانون 04 ، لينعت شرطاً بأنه تعسّفياً رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04 -02 السابق، ورغم عدم ذكره أيضاً من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 السابق .وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع.

تلك هي الرقابة الإدارية على للشّروط التعسّفية، وهناك رقابة أخرى أكثر جرأة وأكثر فعالية، وهي رقابة القضاء.

المطلب الثاني:

الرقابة القضائية على الشّروط التعسّفية:

تقسم الرقابة القضائية في هذا الصدّد إلى رقابة القضاء الإداري الفرع الأول، وإلى رقابة القضاء المدني الفرع الثاني، على للشّروط التعسّفية التي تتضمنها عقود الاستهلاك.

الفرع الأول:

رقابة القضاء الإداري والقضاء المدني على الشّروط التعسّفية:

أ-رقابة القضاء الإداري:

يملك القضاء الإداري سلطة رقابية على مدى مطابقة المراسيم التي تورد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية والتي تصدرها الحكومة طبقاً للقانون الذي خوّل لها هذه السلطة، هذا من جهة أولا ، ومن جهة أخرى يملك القضاء الإداري أيضاً أن يقرّر الطابع التعسّ في للشّروط

الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وبين المستهلكين المرتفقين.

أولاً : الرقابة على المراسيم الحكومية المحدّدة للشّروط التعسّفية:

إنّ رقابة القضاء الإرادي في هذه الحالة تتمثل في الرقابة التي يباشرها مجلس الدولة على الشّروط التي اعتبرتها الحكومة شروطاً تعسّفية بموجب المراسيم التي تصدرها في هذا الصدد .ذلك أنه بناءً على أساس تجاوز أو عدم تجاوز السلطة، يستطيع مجلس الدولة الفرنسي التحقق مما إذا كانت المراسيم الصادرة بالتطبيق لنص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 مطابقة لهذا النص، ذلك أنه وحسب ماسبق بيانه، أنّ نص المادة 35 يعطي الحكومة سلطة تحريم، تحديد أو تنظيم الشّروط التعسّفية في العلاقات بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين .

وكماسبق القول، أنّ الحكومة استعملت السلطة المخولة لها بموجب المادة 35 وتطبيقاً لهافأصدرت المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 وهو المرسوم الوحيد منذ ذلك الحين، جاء هذا المرسوم ب 05 مواد، ما يهمنا فيه هو المادة الأولى منه، التي كانت محل طعن أمام مجلس الدولة[1] ، حيث أنها كانت تنص على أنه" : في العقود المبرمة بين مهنيين، من ناحية، وغير مهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محرماً باعتباره تعسّفياً في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني الشّرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك . لاشترطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه ."وهو ما يعرف بشروط الإحالة.[2]

نص المادة الأولى من نفس المرسوم كان يحرم الشّروط المدرجة بالإحالة إلى ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد، ولم يرها المستهلك الذي يوقع على العقد .إلاّ أنّ عملية الإحالة إلى شروط وملاحق أخرى توجد في العديد من عمليات التوثيق، كما في البيع لمكان مملوك ملكية مشتركة .وبالتالي فإنه كان على البائع المهني إذا كان الطرف الآخر غير مهني أو مستهلك، أنّ يرفق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى يوقعها الطرف الآخر وإلاّ بطلت تلك الشّروط .وبالتالي فقد لوحظ تزايد كبير في إعداد أجزاء الملاحق التي يحفظها الموثقون

1- Conseil d'Etat du 3 déc. 1981, J.C.P., 1981-2-19502.

2- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص236 .

والحفظة، وكذلك تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل .مما أدى إلى الشكوى من قبل الموثقين والحفظة، وكذلك نفس الشيء مع شركات التأمين والشركات العقارية، وعلى ذلك فقد رفعت 05شركات تأمين دعوى بإلغاء هذه المادة أمام مجلس الدولة [1].

فأصدر المجلس قرارا يقضي بإلغاء تلك المادة رقم 01 من مرسوم 24 مارس 1978 واستند مجلس الدولة في ذلك بأنه باعتبار أنّ الحكومة ليست مصرحاً لها باستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 1978 إلاّ من أجل تحريم، تحديد أو تنظيم فقط للشّروط المتعلقة بالعناصر العقدية [2] المعدودة على سبيل الحصر في تلك الفقرة [3]

وأضاف القرار أنّ هذه الفقرة، التي لا تكشف في كل الحالات عن تعسّف في الفوذ الاقتصادي، والتي لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمهنيين، من هنا فإنّ هذه النصوص بسبب عموميتها، فإنها لا تدخل في صلاحيات الحكومة التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون السابق، وبناءً عليه فإنّ المادة الأولى من المرسوم محل الطعن فيها تجاوز للسلطة .وعلى ذلك فإنه يفهم من القرار كما هو واضح أنّ للشّروط الواردة بالمادة 35-1 واردة على سبيل الحصر، ولا يجوز للحكومة تجاوزها، وإن فعلت ذلك فإنها تتجاوز سلطتها حيث إنها أبطلت للشّروط الواردة بالإحالة بالمادة الأولى محل الطعن .

وكما قال مفوض الحكومة :فإنّ القاضي الإداري يجب عليه التحقق من الظروف التي أدخل فيها الشّرط ومعنى ذلك التحقق من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة تعسّف الفوذ الاقتصادي.[4]

يتبين مما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، ورأي مفوض الحكومة، أنه يكون للمحاكم الإدارية البحث عن توافر الخاصية التعسّفية في العقود المعروضة عليها، والتي تكون مبرمة بين المهنيين الذين يرتبطون بالمؤسسات الصناعية والتجارية مثل أصحاب الامتياز، وبين المستهلكين المرتفقين.

كذلك فإنّ مجلس الدولة في بحثه حول مدى صحة المراسيم الصادرة بالتطبيق للقانون ويبحث في مدى اعتبار الشّرط تعسّفياً، أي يبحث عن استخدام الفوذ الاقتصادي في إعطاء،

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص236 .

2- أنظر العناصر العقدية التي عددا المادة 35 فقرة 01 من قانون 1978

3- Arrêt, 3 déc. 1981, précité.

4-Dalloz,1981, JP., p. 228, not, Laroumet.

ميزة فاحشة للمهني، فإنّ ذلك يمثل رقابة إضافية تباشرها المحاكم الإدارية بشأن الشّروط التعسّفية [1] وهو ما نتطرق له في العنصر الموالي.

ثانياً :الرقابة على شروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية:

وهي مثل عقود الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب هي مفروضة بموجب قانون أو لائحة يضم أن تقع تحت طائلة قانون الاستهلاك و يجوز للمحاكم الإدارية التصدي لها بقرار مجلس الدولة ، وألغيت المادة 01 وبقرار من القضاء الإداري يمكن للقاضي الإداري أن يعوض السكوت التشريعي ويحكم ببطلان شروط عقود المرفق العام التي تحمل طابعا تعسفيا حيث أن عقود الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب هي ذات طابع تنظيمي لا يجوز لمحاكم القضاء العادي أن تعلن بأن مثل هذه الشروط التعسفية ذلك حسب المادة 35 من قانون 10-01-1978 وفي 2001 أن عقود المرافق العامة الصناعية و التجارية هي خلاصة مجموع الاشتراطات ذلك بالمميزات الخاصة بهذا المرفق وهي موضوع الاحتكار المادة 02 التي تحمل طابع للشرط التعسفي حسب أحكام المادة 132 من قانون الاستهلاكي فهي غير قانونية منذ وضعها حيث فتح المجال للقضاء الإداري لتقدير الطابع التعسفي للشروط التنظيمية أو اللائحية ما شهده القضاء الإداري الفرنسي بخصوص الرقابة للشروط التنظيمية يمكن اعتماده في الجزائر نظرا لتمثال النظام القضائي الإداري في صدد الشروط التنظيمية أو اللائحية .

ب-رقابة القضاء المدني على الشّروط التعسّفية:

لقد سبق الذكر، أنه في ظلّ القواعد العامّة، فإنّ المشرّع الفرنسي كان يرفض، من حيث المبدأ، إعطاء القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، بينما المشرّع الجزائري ونظيره المصري، أعطيا هذه السلطة للقاضي، وهو ما سبق ذكره بصدد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشّرط التعسّفي في عقود الإذعان .

لكن في ظلّ تلك القواعد التقليدية، كان القاضي الفرنسي يملك الاستناد إلى بعض المواد التي وردت أغلبها في القانون المدني، لتصحيح إساءات الاستعمال لشروط العقد .على أنّ هذه التصحيحات لم تقتصر على عقود الإستهلاك، وإنما إمتدت حتى إلى العقود المبرمة بين

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص238 .

المهنيين فيما بينهم .لكن هذه القواعد لم تكن لتغطي إلاّ جزء صغير جداً من أنواع الشّروط التعسّفية، بل .إقتصرت على البعض منها، وهو ما ورد به الحديث سابقا.

وأمام هذا القصور الذي كانت تتميز به القواعد العامة في فرنسا، في صدّد الرقابة على الشّروط التعسّفية" .لجأ قضاة الموضوع إلى طريقة التفسير المبتكر، مفاد هذه الطريقة في التفسير، أنه من خلال تفسير مبتكر للعقد، فإنه يمكن الوصول إلى إعفاء المدين من مراعاة الشّروط التي لم يكن ليقبلها لو كان قد علم بها أو كان بإمكانه العلم بها، وهو ماساعد القضاة على تصحيح آثار العقد.

بمعنى أنه خلف ستار التفسير، فإنّ قضاة الموضوع، بإستخدامهم سلطتهم المطلقة في التفسير يقومون بإجراء مقارنات دقيقة، بغية الوصول إلى تسبيب بارع من أجل إستبعاد التطبيق لشروط العقد التي تبدوا تعسّفية أو تحكمية بالطبع.

لكن طريقة التفسير المبتكر لم تكن لتوفر حماية فعّالة من الشّروط التعسّفية، وهذا بسبب رقابة المحكمة العليا، التي كانت تستحسن الأمر في بعض الحالات[1] ، أو ترفضه في أغلبها [2] بسبب .ما يسمى بتحريف شروط العقد [3]

وسبق القول، أنّ المشرّع الفرنسي عام 1978 أعطى للحكومة في سبيل مكافحة الشّروط التعسّفية حق تحريم، تحديد أو تنظيم تلك الشّروط بمراسيم، تصدرها بعد الأخذ برأي لجنة الشّروط التعسّفية، لكن هناك شروط لم يصدر بها مرسوم يعتبرها تعسّفية، رغم إصدار لجنة الشّروط التعسّفية توصية تعتبرها كذلك .بالإضافة إلى أنّ هناك شروط أخرى تعتبر تعسّفية حسب معايير المادة 35 من قانون 1978 ، ولكن لم تصدر بها توصية من لجنة الشّروط التعسّفية .فضلاً عن أنّ الحكومة ومن الناحية العملية لم تمارس حقها في تحديد الشّروط التعسّفية إلاّ مرّة واحدة عندما أصدرت المرسوم 24 مارس 1978 السابق الذكر.

فبالنسبة للشّروط التي صدر بها هذا المرسوم يعتبرها تعسّفية، فلا خلاف بشأنها من حيث سلطة القاضي، فإن هذا الأخير يكمن دوره في تطبيق هذا المرسوم إذا عرض عليه نزاع بين مهني ومستهلك، ورأى أنّ الشّرط محل النزاع يقع تحت طائلة هذا المرسوم

1- R. Rodière : Not sous cass. civ. 23 oct. 1961: D. 1962, JP., p.45.
2- Cass. civ. 22 mai 1991, J.C.P. 1991, n. 31 juillet 1991, p.276.
3- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص339 .

الصادر من الحكومة .وهو الدور الطبيعي للقاضي في تطبيق القانون.

وذلك خاصة إذا علمنا أنّ المشروع المبدئي حول الحماية للمستهلك سنة 1977 كان قد اعترف بوضوح بإعطاء القاضي السلطة في مراقبة تلك الشّروط .لكن في أثناء المناقشات البرلمانية هاجم رئيس لجنة التشريعات سلطة القاضي في الرقابة ووصفها بعدم الدستورية[1] وكان هذا بإيعاز من المهنيين، إذ أنّ سلطة رقابة شروط العقد من طرف القضاء تتعارض مع مصالحهم، وبالتالي لم يكن قانون 10 جانفي 1978 ليعزّز سلطة القاضي الفرنسي في رقابة شروط العقد.

لكن هذا الوضع لم يدم طويلاً، إذ أنّ القاضي الفرنسي حاز بعد ذلك على اعتراف صريح يعطيه سلطة إبطال الشّروط التعسّفية، حتى ولو لم تكن هذه الأخيرة قد صدر بها مرسوم يحرمها أو لم تصدر بشأنها توصية من لجنة الشّروط التعسّفية .على أنّ ذلك تأتى له في خلال مرحلتين:

الأولى اتسمت بالتردد والخوف من تحكم القاضي من على منصة القضاء أولا، أما المرحلة الثانية فتتمثل في الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض في البداية، وإنتهاءً بالإعتراف التشريعي الصريح ثانيا.

أولاً : مرحلة الجدل الفقهي والتردد القضائي حول رقابة القاضي على شروط العقد:

ثار جدل في صفوف الفقه حول امتلاك القاضي لسلطة الرقابة على شروط العقد من عدمها "أ" .كما أنّ القضاء نفسه رفض الحكم على شرط بأنه تعسّفي لم يرد به مرسوم تطبيقي يعتبره كذلك "ب"

أ- الجدل الفقهي:

انقسم الفقه إلى فريقين فريق يرفض فكرة أن القاضي في فرنسا له سلطة الرقابة على الشّروط غير الواردة في مرسوم 24 مارس 1978 ، ويأتي بحجج في هذا الصدد(1) ، أما الفريق الثاني يؤيد تلك السلطة للقاضي، ويرى أنّ هذا الأخير يمكنه إبطال الشّروط المعتبرة تعسّفية بمفهوم المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ، وذلك حتى ولو لم يصدر بها مرسوم تطبيقي (2).

1- J.O. Ass. Nat., n. 8 déc. 1977.

1-الإتجاه الفقهي الرافض:

يرفض أن القاضي له سلطة مطلقة في الرقابة على شروط العقد بموجب قانون 10-01-1978، منح الإدارة حق تقرير في الشروط التعسفية بإصدار المراسيم وغير مقيدة إلا باحترام المادة 35 من القانون سابق الذكر ، من أن القاضي له دوره إقامة العدالة إلا انه مستعد في مجال شروط العقد فان حكمه غير مؤسس والمناقشات البرلمانية ، المشرع يرفض منح هذه السلطة للقاضي أيضا غير كافية.

2-الإتجاه الفقهي المؤيد:

لا يمكن الاستغناء على دور القاضي فهو القاضي الطبيعي للمنازعات حيث يمكنه التدخل في الشرط الجزائي ، فلا مبرر من منعه في التدخل ولا يمنعه من النطق ببطلان الشرط بالاستناد للقانون المدني المادة 1134 على العقود أن نفذ بحسن نية المادة 1135 من نفس القانون ، أما الاتفاقيات تشمل الملحقات الواردة في العدالة.

ب- التردد القضائي:

تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول إبطال الشّروط التعسّفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي، فإنقسم القضاء إلى إتجاهين، إتجاه يرفض الحكم ببطلان تلك الشّروط وهو إتجاه التفسير الضيق(1) ، وإتجاه آخر حكم بإبطال تلك الشّروط وهو إتجاه التفسير الموسع للنصوص .هذا الأخير لا يشترط صدور مرسوم تطبيقي لإعتبار الشّرط تعسّفياً (2)

1-إتجاه التفسير الضيق:

حيث يرفض إبطال الشروط محل النزاع لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعلن انها تعسفية قانون 24-03-1978 يساوي قانون 22-05-1986 يحتملان التفسير الضيق و القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية بالتقدير للصفة التعسفية.

2-إتجاه التفسير الموسع:

قانون 1978 إعطاء القاضي سلطة الرقابة التعسفية بارقة أمل ذلك أن التأخر في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا للفسخ ولا يعط التعويضات حيث أن المشتري طلب الإلغاء لطلبه و الاسترداد بدون فوائد بالقانون للمبالغ المدفوعة في حالة عدم التسليم للبضاعة خلال 90 يوما من الإعذار.

ثانياً : مرحلة الإعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد:

في هذه المرحلة حاز القاضي الفرنسي على اعتراف صريح، يعطيه سلطة واسعة في رقابة شروط العقد .على أنّ هذا الإعتراف الصريح جاء في البداية من طرف محكمة النقض" أ"، وبعد ذلك تجسد هذا الإعتراف تشريعياً، فاعترف المشرع أخيراً بمقولة أنّ القاضي هو القاضي الطبيعي للمنازعات، في صدد الشّروط التعسّفية "ب".

أ- الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض:

يعطي سلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد جميعها حتى ولو لم تكن موضوع مرسوم تطبيقي يحرمها 14-05-1991 بشرط إعفاء من المسؤولية في عقد الوديعة لا يحتج به على العميل حسن النية و يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه من واقع وضعه الاقتصادي على ان يتضمن صفة تعسفية ويجب ان يعد غير مكتوب قانون 10-01-1978 استشهاد بعناصر الشرط التعسفي و توقيعها جزاءا على الشرط باعتباره غير مكتوب ، أصبحت الكرة في ملعب البرلمان.

ب- الإعتراف التشريعي الصريح:

أعطى المشرع للقاضي سلطة اعتبار الشرط باطلا بتقدير للطابع التعسفي بالاستناد معايره وذلك بموجب قانون 10-01-1978 الذي كان قاصرا على الحكومة وحدها حيث 1995 المادة 132- 1ف1 تضمن معيار إخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين هو نفسه معيار الميزة الفاحشة وذلك بطلب رأي لجنة الشروط التعسفية وبموجب مرسوم 10-03-1993 وللجنة لها مهمة استشارية لدى القضاء وان كان غير ملزم بها و إعلان الشرط من قبل قضاء الموضوع يستند على تعريفه ، يخضع لرقابة محكمة النقض بالتوحيد لمعاييره واستقرار المعاملات بخلاف المشرع الجزائري و توافقا مع المشرع الألماني المادة 110 من القانون المدني الجزائري يعطيه سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه قانون 04-02 يقرر السلطة الممنوحة من خلال تعريفه للمذعن تحت رقابة المحكمة العليا ، يقوم بها قضاة الموضوع و القانون 09-12-1976 منح القاضي سلطة تقدير الشروط العامة ثم الحكم ببطلانها إذا كانت تعسفية.

اعتراف القاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي وذلك يؤدي إلى إعادة التوازن للعملة العقدية مما أدى إلى الثبات و الاستقرار القانوني و الاجتماعي ، فهو مهدد مما قد يتقاعسون عن رفع الدعوى لبطلان الشرط مما يؤدي إلى نفقات بسبب مصروفات الدعوى المرتفعة ، حيث تكون محل الدعوى زهيدة القيمة ويؤدي إلى طول إجراءات التقاضي حيث اعترف المشرع الفرنسي و الجزائري للجمعيات بحق رفع الدعوى.

الفرع الثاني:

دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية والجزاء على الشرط التعسفي

أ-دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية :

تفادياً لتقاعس المستهلكين عن رفع دعاوى إبطال الشّروط التعسّفية، بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي فإنّ التشريعات ذهبت إلى حل المشكلة عن طريق منح جمعيات المستهلكين حق رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين. فبمقتضى القانون 05 جانفي 1988 والمتعلق بدعاوى جمعيات المستهلكين، أعطى المشرّع الفرنسي لجمعيات الدفاع عن المستهلكين الحق في طلب الإلغاء للشّروط التعسّفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين، وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحق ضرراً مباشراً أو غير مباشرٍ بالمصلحة الجماعية للمستهلكين المادة 01 منه، وبالتالي فإنه يجب حسب هذا القانون وجود مخالفة جنائية، وأن تلحق هذه المخالفة ضرراً مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين.

و تستطيع الجمعيات أن تطالب من القضاء المدني الأمر، عند الاقتضاء بالقوة، الإلغاء لشروط تعسّفية في نماذج الاتفاقات المعروضة عادة من جانب المهنيين على المستهلكين المادة 06 من القانون السابق والشروط المعنية هنا هي كل شرط تعسّفي ترى المحاكم أنه تعسّفي سواءً صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالاً ظاهرا . [1]

1- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص263 .

وفي سنة 1991 أعطى المشرّع الفرنسي لجمعيات الدفاع عن المستهلكين حق رفع دعوى مدنية مقترنة بالدعوى الجنائية بأنّ أضاف مادة جديدة للقانون 05 جانفي 1988 ، مرقمة ب 8-1[1] تلي المادة 08 منه مفادها أنه عندما تلحق أضرارا مادية بعدد من المستهلكين من الأشخاص الطبيعيين المعروفين والتي حدثت من جراء فعل المهني نفسه، ويكون مصدر هذه الأضرار مشتركاً، فإن لجمعيات الدفاع عن المستهلكين، وذلك بعد حصولها على وكالة من قبل اثنين من المستهلكين المعنيين على الأقل، أن تدعي بحق مدني أمام أي جهة قضائية جنائية باسم هؤلاء المستهلكين .ويجب أن تكون الوكالة مقدمة كتابة من قبل كل مستهلك.

وبوسع الجمعية في هذه الحالة أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختص، وإن لم يوجد، فأمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين[2] ".

وأهمية هذه الدعوى تكمن في أنها تعطي للجمعية، حق التدخل في الدعوى وتمنح القاضي إمكانية رقابة خاصية التعسّف في الشّروط العقدية .إضافة إلى ذلك أنها تؤدي إلى تحسين وضع المستهلك الذي يرفع دعوى أمام القضاء، فالدعاوى الفردية قد ثبت، ومنذ وقت طويل، أنها مقيدة ولا تشجع المستهلك على ملاحقة المهني أمام المحاكم نظراً للنفوذ الاقتصادي لهذا الأخير، والمصاريف القضائية وطول وتعقد الإجراءات تمنعه من رفع الدعوى، هذا من ناحية، وأن تعدد الدعاوى الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة، ويؤخر كذلك إقامة قضاء مستقر من ناحية أخرى.

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري فإنه هو الآخر أعطى بموجب المادة 65 /1 من قانون 04-02 المذكور سابقاً، لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، حق رفع دعوى أمام العدالة ضدّ كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04 - 02 كما أعطاها الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلكين المادة 65/ 2 منه والقضاء بصدد نظره الدعاوى المرفوعة من أجل إبطال الشّروط التعسّفية له أن يقرّر

1- J.O.Ass.Nat., n.25, jeudi 25, av.1991,p.1691.

2- .أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص264 .

عليها الجزاء المناسب إذا رأى أنها تحمل وصف التعسّف، وهو ما يجّرنا إلى الحديث عن جزاء الشّرط التعسّفي في العنصر الموالي.

ب-الجزاء على الشّرط التعسّفي:

نصت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي، المتعلّق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشّروط التعسّفية على أن..." : الشّروط التعسّفية، التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة[1] " وبعد وضع تقنين الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993 ، أعاد المشرّع النص في المادة 132 -6/1 منه، على اعتبار الشّروط التعسّفية كأن لم تكن مكتوبة.

اتفق أغلب الفقه على أنّ عبارة كأنها غير مكتوبة تعني بطلة[2] ونوع البطلان المقرّر في نص المادة 132 هو بطلان نسبي ، مقرّر لمصلحة المستهلك، ومتعلّق بالنظام العام[3] ذلك لأنّ البطلان النسبي للشّروط التعسّفية يتلاءم ومصلحة المستهلك، فالبطلان المطلق ينقلب ضدّ هذا الأخير، لأنه يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السّلعة أو الخدمة موضوع العقد البطل، والتي لا غنى له عنها .وإعمال البطلان النسبي يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على جزاء مدني للشرط التعسّفي في القانون 04-02 السابق ويرى البعض [4] أنّ هذا القصور يرجع إلى سهو المشرّع، وهو قصور ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشّرط التعسّفي، وبقاء العقد صحيحاً إذا أمكن أن يستمر قائماً دون تلك الشّروط البطلة.

واكتفى المشرّع الجزائري بترتيب جزاء جنائي، وهو الغرامة في نص المادة 38 من نفس القانون، التي نصت بأنه تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة، وممارسات تعاقدية تعسّفية

1- « Le telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précédent, sont réputées non écrites ».

2- J. KULLMANN: « Remarques sur les clauses réputées non écrites »: D.1993. Chr., p. 59.

Voir aussi : V. COTTEREAU: « La clause réputée non écrite », J.C.P., éd G. 1993, Doc., 3691.

.وكذلك محمد بودالي، السابق، ص53 .

3- J. GHESTIN: Le contrat, formation, précité, n°. 606, p. 691.

4- .محمد بودالي، السابق، ص142 .

مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون .ويعاقب عليها بغرامة من 50.000دج إلى 5000.000 دج."

ولعلّ المشرّع الجزائري أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[1] .

في الأخير، فإنّ القواعد المعاصرة لحماية المستهلك، تبدو مختلفة كثيرا في صدد الحماية من الشروط التعسفية، عن تلك الّتي تضمنتها القواعد العامة .تلك القواعد المعاصرة تضمّنت أشكالا جديدة من أشكال الحماية من الشروط التعسفية لم تكن معروفة في ظل القواعد التقليدية .وهو ما أدّى إلى تشديد الرّقابة على الشروط المحرّرة مسبقا والّتي غالبا ما تحمل معنى الظلم.

هذا التشديد للرقابة، يؤدي لا محالة إلى دفع المهنيين أو المحترفين الذين قد يفكرون في الحصول على مزايا فاحشة على حساب المستهلكين الضعفاء، يدفعهم إلى إعادة صياغة شروط العقود النموذجية الّتي يطرحونها في السوق .خاصة وأنّ الأمر لم يعد محصورا في الجزاءات المدنية على تلك الشروط التعسفية، وإنّما تعدّاه إلى الجزاء العقابي ممثّلا في الغرامة، وذلك بصفة خاصة في القانون الجزائري.

.

1-محمد بودالي، السابق، ص139-140

الخاتمة

الخاتمة:

في نهاية هذه الدراسة، يتوجب علينا أن نعرض لأهم ما جاء فيها مع إبراز النتائج التي توصلنا إليها. حيث كانت في المرحلة الأولى وهي مرحلة حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية اتجاه الشخص الذي يحوي على نفوذ الاقتصادي أو القوة الاقتصادية حيث يعتبر عدم التوازن ظاهرة طبيعية تقليدية وذلك قبل ظهور الثورة الصناعية وبعدها العصر الحديث ، حيث تعتبر هذه الحماية من الموضوعات الهامة خاصة في الفترة الراهنة ، وذلك أن الطرف الضعيف هو بحاجة إلى حماية للتقليل من الأعيان و المخاطر التي تقع على القضاء وبسبب طول الإجراءات وقد تكون هذه الأخيرة حماية ضد الطرف الضعيف ولصالح أصحاب النفوذ الاقتصادي وذلك في مواجهة المتعاقد الأقوى منه ما دام أن الحماية في ظلها من الشروط التعسفية تمتد إلى الجميع وإذا تحقق من حصول الرضي فيها لم تعد من الإذعان بأي وصفة كانت ، ولقد كانت الحماية للطرف الضعيف في ظل القواعد التقليدية غير كافية و تميزت النقص و الغموض لأنها تشترط عنصر الاحتكار .

حيث جاءت القواعد المعاصرة لحماية المستهلك كرد فعل ضد القواعد التقليدية لحماية الطرف الضعيف إلا انه لم تستطيع هذه الأخيرة توفير الحماية اللازمة للمستهلك و القضاء على العنصرية بخلاف القواعد المعاصرة جاءت نوعا ما خلافا على القواعد العامة ، ووسعت فيها بشكل موسع نوعا ما يقضي بجميع حاجيات المستهلك . أما فيما يخص المرحلة الأولى أي مرحلة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقيدة من الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية لقانون العقود فإنها تميزت بالقصور و النقص حيث كثر استعمال الشروط التعسفية من قبل المهنيين في ظل ظروف قانونية تمجد مبدأ سلطان الإرادة وتعتبر شروط العقد بمثابة تخفيف من جمود القضاء أو تتلاقى ما به من تغيرات ، و ذلك من وسائل ر الواقع إذا انه يمكن تعديله.

وذلك تبادلت الآراء و اختلفت الوجهات حول مفهوم الشرط التعسفي ومعياره أي يعتبر بمعيار العدالة المعمول بها في تلك القواعد حيث أن هذا المعيار لم يستطيع أن يوفق في تحقيق المساواة كمبدأ أخلاقي حيث أطراف العقد خاصة إذا كان يمس احد أشخاص أطراف الدولة كانواطرفا في الموضوع .

وجاء القانون المدني كقاعدة عامة تضمنت سد الثغرات وان لم يكن جدير بالحماية إلا أنها لم تحمي المستهلك من الشروط التعسفية منها ما هي قواعد عامة لجا إليها المشرع كقاعدة عامة تتعلق بشروط تعسفية غير معنية وغير مفيدة ، ويمكن ان تكون في نفس الوقت طاغية ومنها ما هي خاصة بشروط معينة ، القواعد العامة التي تتعلق بشروط تعسفية غير معينة تتمثل في عدة مبادئ وردت في القانون المدني ، الأولى تتعلق بسلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإذعان ، هذه القاعدة تبنتها التشريعات العربية التشريع المصري المادة 149 مدني، و التشريع الجزائري المادة 110 مدني وهي غير موروثة عن التشريع الفرنسي، إذ هذا الأخير كان يرفض في ظل القواعد العامة التقليدية إعطاء القاضي الفرنسي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإذعان، بحجة أن ذلك من شأنه المساس باستقرار المعاملات . وذلك تماشيا مع النظام العام ومعرفة ما يجب فعله وما عليه من واجبات ويجب أن يتقيد بها للحفاظ على سلامة وأمن الدولة.

والإضافة إلى رقابة الإلغاء والتعديل التي منحتها التشريعات العربية للقاضي بصدد نظره في مشروعية شرط من شروط عقد الإذعان مطروح عليه، فإنها أعطت له أيضا سلطة أخرى تتعلق بتفسير الشك في معنى شرط من شروط هذه العقود لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، وهذه السلطة الأخرى منحت أيضا للقاضي الفرنسي إن كانت عرضة للتعسف وغير كافية لحد ما والتي يمثل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث القدرة والخبرة.

لكن ما يضيف هذه الحماية في التشريعات العربية، أنها تبنت فكرة ضعيفة لعقود الإذعان، محددة في نطاق ضيق جدا، إذ هي اشترطت في هذه العقود عنصر الاحتكار، وهو ما أدى إلى قصور تلك الحماية، لأن عقود الإذعان تمثل جزء ضئيلا من عقود الاستهلاك التي يختل فيها التوازن العقدي. حيث أن اللامساواة في القوة الاقتصادية بشكل ابسط التي تخلقها العجلة وكثافة الحاجة ، أنها من غير المعقول دائما ، بالإضافة إلى القواعد التي وفرت الحماية للمستهلك في عقود الإذعان، هناك قواعد أخرى تقليدية وفرت أيضا بعض الأمان للمستهلك من الشروط التعسفية، تمثلت هذه الأخرة في قيام القضاء الفرنسي بالاستناد على نظرية السبب لإبطال مفعول بعض أنواع الشروط التعسفية، وخاصة تلك الشروط المحددة

لمسؤولية المهني. وتمثلت أيضا في مبدأ حسن النية، إذ أن العقود ومن منطلق العدل و الإنصاف يجب أن تنفذ بحسن نية، لأنه إذا قام المهني بإدراج شرط تعسفي في عقد الاستهلاك، فإن ذلك قرينة قاطعة على أنه ينوي تنفيد العقد بسوء نية. وبالإضافة إلى ذلك فإن فكرة الغبن و الاستغلال لها دور وإن كان في حدود ضيقة في إزالة الشروط التعسفية ذات الطابع المالي.

أما عن القواعد التي تضمنها قانون العقود والتي توفر الرقابة على شروط تعسفية وعينة بذاتها أو مسماة وهذه الأخيرة كثيرا ما تؤدي إلى اختلال توازن عقود الاستهلاك على حساب المستهلك. من بين هذه القواعد تلك التي توفر الحماية من الشروط الجزائية المبالغ فيها، و الشروط الإدارية المحضة، و الشروط التعسفية في وثيقة التأمين، الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية، وشروط إنقاص الضمان، وغيرها.

تناولها في هذه الدراسة أيضا شرح للمرحلة الثانية من مرحلتي حماية المستهلك من الشروط التعسفية. هذه الحماية وفرتها القواعد المعاصرة لحماية المستهلك، تميزت هذه الأخيرة بالدقة إلى درجة أنها وصفت بمرحلة الكفاح ضد الشروط التعسفية. حيث في هذه المرحلة حاولت التشريعات إعطاء مفهوم دقيق للشرط التعسفي. فوفقا للمشرع الفرنسي فإن الشرط التعسفي هو الذي" يكون موضوعه أو من نتيجته أن يخلق- على حساب غير المحترف أو المستهلك – عدم توازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد". أما التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري فمفاده أن الشرط التعسفي هو " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

وقلنا أيضا، أن القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أتت بعدة معايير للكشف عن الطابع التعسفي للشرط. ففي البداية استعمل المشرع الفرنسي معياران، الأول: معيار تعسف النفوذ الاقتصادية، و الثاني: معيار الميزة الفاحشة. وبعد ذلك لجأ إلى معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد. هذا المعيار الأخير، تبناه المشرع الجزائري أيضا.

لكن تطبيق الحماية من الشروط التعسفية اختلف من تشريع لاخر من حيث الأشخاص، فالتشريع الفرنسي ميزته أنه يحصر الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط، دون تلك المبرمة بين المهنيين فيما بينهم، فهؤلاء الأخيرين لا يمكنهم الاستفادة من نصوص قانون الاستهلاك، ولهم الاستناد فقط على قواعد القانون المدني أو بعض القوانين الخاصة أو القانون التجاري.

وذلك على العكس تماما مما هو سائد في التشريع الألماني، حيث تشريع هذا الأخير الخاص بالشروط العامة للعقود، يعتبر مفتوحا من حيث الأشخاص، إذ لا تقتصر في هذا التشريع الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين فقط، وإنما تمتد إلى أي طرف تضرر من الشرط.

أما مجال تطبيق الحماية من حيث الأشخاص في القانون الجزائري، قد جاء متأثرا بالتشريع الألماني، وعلى خلاف التشريع الفرنسي. حيث تبنى المشرع الجزائري نظام الحماية الموسعة من حيث الأشخاص .بالإضافة إلى حصره للحماية من الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان فقط، دون عقود المساومة.

ولأجل الرقابة على الشّرط التعسّفي، ظهرت عدّة طرق في سبيل ذلك .تنوعت هذه الطرق بين الرقابة القانونية والإدارية على الشّروط التعسّفية، وبين الرقابة القضائية.

فالرقابة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محدّدة للشّروط التي تحمل وصف التعسّف، المشرع الفرنسي وبعده المشرع الجزائري استوحيا هذه الطريقة في الرقابة من التشريع الألماني.

أما الرقابة الإدارية فتمثلت في إنشاء لجنة للشّروط التعسّفية في التشريع الفرنسي، هذا النظام تأثر به المشرع الجزائري أيضا، وأنشأ لجنة البنود التعسّفية .تختص هذه اللجان بدراسة الشّروط المعروضة عادة من قبل المهنيين على المستهلكين، والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسّفا أم لا.

كذلك فإن الرقابة الإدارية تتولاها الحكومة -وذلك بعد أخذ رأي لجنة الشّروط التعسّفية- فتصدر مراسيم بتحديد أو تنظيم أو تحريم الشّروط التعسّفية.

وعن الرقابة القضائية على شروط العقد، والتي كانت محظورة على القاضي الفرنسي، فإن القاضي الألماني، والقاضي الجزائري، كانا يملكان هذه السلطة منذ مدة طويلة .لكن المشرع

الفرنسي تنبه إلى ضرورة إعطاء القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، بعد مدة طويلة من الجدل والتردد.

والرقابة القضائية على الشّروط التعسّ فية تقسم إلى رقابة القضاء الإداري بمناسبة النزاع المعروض عليه، وكذلك مجلس الدولة الذي يراقب مدى مطابقة المراسيم التي تصدرها الحكومة للقانون .وتقسم أيضا، إلى رقابة القضاء العادي على تلك الشّروط، إذ أن القاضي بوسعه الحكم ببطلان الشّرط التعسّفي الذي يدرجه المهني في عقد الاستهلاك الذي يبرمه مع المستهلك.

لكن الرقابة القضائية لا تكون فعّالة إلاّ إذا اتصل القاضي بالدعوى التي يرفعها المستهلك. هذا الأخير ونتيجة لتقاعسه عن رفع دعواه ضدّ المهني لأسباب عديدة، فإنه يأتي دور جمعيات الدفاع عن المستهلكين في تفعيل هذه الرقابة.

وبعد اتصال القضاء بالدعوى، سواء عن طريق رفعها من طرف المستهلك أو عن طريق رفعها من طرف جمعيات الدفاع عن المستهلكين، فإن القاضي يملك، إذا رأى أن الشّرط محل النزاع تعسفيا أصاب العقد باختلال ظاهر، أن يعتبره كأن لم يكن، أي يبطل مفعوله، ليتمكن من إعادة التوازن إلى العقد.

وفي الأخير وما سبق ذكره يؤدي بنا إلى القول أن النظام القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أصبح قريبا من التكامل، فأصبح في متناول القاضي قواعد قانونية دقيقة، حديثة وخاصة، بمكافحة الشروط التعسفية. وأيضا مكملة لقواعد العقود.

وهذا القرب من التكامل يبدو واضحا، على الأقل، من الناحية النظرية. أما من الناحية العملية، وبخاصة في الجزائر، فإن الزمن كفيل بتوعية المستهلكين بأن ليس عليهم الإذعان لتلك الشروط، و الاعتقاد بمشروعيتها، وإنما عليهم التصدي لها بجميع الوسائل القانونية المتاحة، بصفة فردية أم جماعية، ويمكن للفرد أن يتحداها بصفة قانونية، نأمل أن تكون الجزائر كغيرها من الدول أن توافق بين الأطراف العقد الذين من بينهم يمكن أن يكونوا مستهلكين بصفة عامة و أصحاب النفوذ الاقتصادي الذين يستغلون ضعف وحاجة المستهلك بصفة خاصة و تقليل العنصرية و التمييز وذلك بإدخال الطرف الكفيلة للحماية وتكون في متناول الجميع.

بالإضافة إلى حصره للحماية من الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان فقط، دون عقود المساومة.

ولأجل الرقابة على الشّرط التعسّفي، ظهرت عدّة طرق في سبيل ذلك .تنوعت هذه الطرق بين الرقابة القانونية والإدارية على الشّروط التعسّفية، وبين الرقابة القضائية .فالرقابة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محدّدة للشّروط التي تحمل وصف التعسّف، المشرع الفرنسي وبعده المشرع الجزائري استوحيا هذه الطريقة في الرقابة من التشريع الألماني.

أما الرقابة الإدارية فتمثلت في إنشاء لجنة للشّروط التعسّفية في التشريع الفرنسي، هذا النظام تأثر به المشرع الجزائري أيضا، وأنشأ لجنة البنود التعسّفية .تختص هذه اللجان بدراسة الشّروط المعروضة عادة من قبل المهنيين على المستهلكين، والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسّفا أم لا.

كذلك فإن الرقابة الإدارية تتولاها الحكومة -وذلك بعد أخذ رأي لجنة الشّروط التعسّفية - فتصدر مراسيم بتحديد أو تنظيم أو تحريم الشّروط التعسّفية.

وعن الرقابة القضائية على شروط العقد، والتي كانت محظورة على القاضي الفرنسي، فإن القاضي الألماني، والقاضي الجزائري، كانا يملكان هذه السلطة منذ مدة طويلة .لكن المشرع الفرنسي تنبه إلى ضرورة إعطاء القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، بعد مدة طويلة من الجدل والتردد.

والرقابة القضائية على الشّروط التعسّ فية تقسم إلى رقابة القضاء الإداري بمناسبة النزاع المعروض عليه، وكذلك مجلس الدولة الذي يراقب مدى مطابقة المراسيم التي تصدرها الحكومة للقانون .وتقسم أيضا، إلى رقابة القضاء العادي على تلك الشّروط، إذ أن القاضي بوسعه الحكم ببطلان الشّرط التعسّفي الذي يدرجه المهني في عقد الاستهلاك الذي يبرمه مع المستهلك.

لكن الرقابة القضائية لا تكون فعّالة إلاّ إذا اتصل القاضي بالدعوى التي يرفعها المستهلك . هذا الأخير ونتيجة لتقاعسه عن رفع دعواه ضدّ المهني لأسباب عديدة، فإنه يأتي دور جمعيات الدفاع عن المستهلكين في تفعيل هذه الرقابة.

وبعد اتصال القضاء بالدعوى، سواء عن طريق رفعها من طرف المستهلك أو عن طريق رفعها من طرف جمعيات الدفاع عن المستهلكين، فإن القاضي يملك، إذا رأى أن الشّرط محل النزاع تعسّفيا أصاب العقد باختلال ظاهر، أن يعتبره كأن لم يكن، أي يبطل مفعوله، ليتمكن من إعادة التوازن إلى العقد.

إذن، ماسبق يؤدي بنا إلى القول أن النظام القانوني لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية أصبح قريبا من التكامل، فأصبح في متناول القاضي قواعد قانونية دقيقة، حديثة وخاصة، بمكافحة الشّروط التعسّفية .وأيضا، مكملة لقواعد قانون العقود.

وهذا القرب من التكامل يبدو واضحا، على الأقل، من الناحية النظرية .أما من الناحية العملية، وبخاصة في الجزائر، فإنّ الزمن كفيل بتوعية المستهلكين بأنْ ليس عليهم الإذعان لتلك الشّروط، والاعتقاد بمشروعيتها، وإنما عليهم التصدي لها بجميع الوسائل القانونية المتاحة، بصفة فردية أم جماعية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أ- مراجع عامة، متخصصة، مقالات، وملاحظات:

أولا :المراجع باللغة العربية:

الكتب العامةI. :

1- .أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة،1980

2-توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية،1966

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

4-سليمان الطماوي، القانون الإداري، 1984 بدون دار نشر

5-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، الجزء الأول،1976

6-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1988

7-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية -القاهرة،1964

8-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية،1981

9-عبد المنعم فرج الصدّة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974

10-عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، بدون تاريخ

11-عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968

12-علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية،1992

13-عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، بدون سنة.

14- .علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،2001

15- .عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة،1976

16-عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط2002 .

17-محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة . القاهرة،1990

18-محمود جمال الدين زكي، دروس النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، 1991

الكتب المتخصصة II :

1-أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية،1994

2-إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن ، سلسلة أبحاث قانونية .مقارنة، 1991

3-حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة،1996

4-خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2002

5-سيد محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية.

6-عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2002

7- .عبد المنعم فرج الصدّة، عقود الإذعان، القاهرة،1946

8-فايز أحمد عبد الرحمن، الشّروط التعسّفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التامين . البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2006

9-لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب،1990

10-محمد بودالي، مكافحة الشّروط التعسّفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع،2007

11-محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع،2005

12-نادية معوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية بالقاهرة،2001 المذكرات والرسائل الجامعية والمجلاتIII. :

1-أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،1987

2-درماس بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر،2006

3-زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر،2006

4-قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر،2005

5-نجاري عبد الله، الشّرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر،1983

6-محمد شريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، عدد 23 .، الجزائر،2002

ثانيا :المراجع باللغة الأجنبية:

I. Ouvrages généraux:

1- CARBONNIER (J.): Droit civil, les obligations, BUF 1979.

2- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.): Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome II, 11ème édition, Dalloz 2002. Paris.

3- GHESTIN (J.): - Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, 1ère édition, L.G.D.J.1980.- Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, 2ème éd., L.G.D.J.1980. - Traité de droit civil, introduction générale, 3ème édition, 1990.

4- GUIHO (P.): Cours de droit civil, les obligations, Tome 4, éd. 1979.

5- GUEGUEN (J-M.): « Le renouveau de la cause, en tant qu'instrument de justice contractuelle » Dalloz, 1999, 33e cachier.

6- PANSIER (F-J.): et WINTGEN (R.): Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, éd. Ellipses 2000. Paris.

7- STARCK (B.): Droit civil, les obligations, librairies techniques, 1972.

8- STARCKE (B.): Droit civil- obligations- 2- contrat, 4ème éd., H. ROLAND et L. BOYER- Litec. 1989.

9- SALEILLES: De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand, Paris, 1929.

10-TOULLIER: Droit civil français suivant l'ordre du code, Tome 2, 6ème éd.

II. Ouvrages spéciaux et thèses:

1- BERLIOZ (G.): Le contrat d'adhésion, 2ème éd., L.G.D.J., 1976.

2- BIHL (L.): Le droit de la vente (Vente immobilière), Dalloz 1996.

3- BOURGOIGNIE (TH.) et GILLARDIN (J.): Droit des consommateurs, Bruxelles. F.U. Saint-Louis, 1982.

4- BRICKS (H.): Les clauses abusives, Thèse, Paris, 1982.

5- CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.): Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz 2000.

6- CALAIS-AULOY (J.): Droit de la consommation, Précis Dalloz 3ème, 1992.

7- CALAIS-AULOY (J.): Proposition pour un nouveau droit de la consommation; la documentation Française, 1985.

8- CALAIS-AULOY (J.): Droit de la consommation, Précis Dalloz, 3ème, 1992.

9- CORNU (G.): La protection du consommateur, Travaux de l'Association H.Capitant, 1973.

III. Notes et articles:

1- AUBÈRT (J-L.): Note sous cass.civ. 31 mai 1988, D.1988, sommaire, p.400.

2- BOCCARA (B.): La réforme de la clause pénale: conditions et limites de l'intervention judiciaire, J.C.P.1975, 274.2.

3- BIHR (PH.): Note sous Paris, 12 mai 1989, D.1989 sommaire, p.400.

4- CARMET (O.): Réflexion sur les clauses abusives au sens de la loi, n.78-23 du 10 janv. 1978 R.T.D.com., 1982, p.9.

5- CORNU (G.): La clause pénale, R.T.D.civ., 1979, p.150.

6- CINAY-CYTERMAN (J.): Protection ou surprotection du consommateur, J.C.P., éd.O.1990.I.514.

7- DELEBEQUE (PH.): La clause pénale, juris-classeur, éd. 1985. art. 1146.

8- GHESTIN (J.): L'abus dans les contrats; Gaz.Pal.1981-2-Doc. P.379.

9- GODÉ (P.): Protection des consommateurs, clauses abusives, R.T.D.civ., 1978, p. 744.

10-GRIDEL (J-P.): Remarques de principes sur l'article 35 de la loi n.78- 23 du 10 janvier 1978, relatif à la prohibition des clauses abusives, D.1984-1-Chr., xxv.p.153.

11-GRIDEL (J-P.): Note sous T.G.I. Angers, 11 mars 1986, J.C.P.1987,

II, 20789.

12-MULER (E.): L'abus de position dominante; Gaz.Pal.n.10 et 11 juillet 1991, Doc., p.1.

13-MAZEAUD (D.): "Cause illicite", Revue des contrats (RDC) chronique 2005/2.

14-MALAURIE (PH.): Note sous cass.civ. 25janv.1989.D.1989 JP., p.253.

15-MESTERE (J.): La reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive; R.T.D.civ., 1991, p.526.

16-PAISANS (G.): Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988. Chr., p.253.

17-PAISANT (G.): Dix ans d'application de la réforme des art.1152 et 1231 du code civil relatif à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975), R.T.D.civ., 1985. p.468.

18-RODIÈRE (R.): Note sous cass.civ. 23 oct. 1961, D.1962 juris, p.45.

19-THILMAMY (J.): Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit

Comparé, R.I.D.C., 1980, p.17.

ب -النصوص القانونية:

أولا :أهم القوانين:

I- En droit Français:

1/ Les lois:

1- Le code civil français.

2- La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services comprend cinq chapitres dont le quatrième est intitulé: "De la protection des consommateurs contre les clauses abusives".

3- La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978, relative à la protection et à l'information des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

4- La loi n°.88-14 du 5 Janvier 1988 sur les actions en justice des associations de consommateurs.

5- La loi n°.93-949 du 26 Juillet 1993, relative au code de consommation français, modifiée par la loi n°.95-96 du 01 Février

1995. Et l'ordonnance n°.2000-741 du 23 Août 2000. Et par la loi châtel, 28 Janvier 2005.

2/ Textes réglementaires:

1- Le décret n°.78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. "De la protection des consommateur contre les clauses abusives".

II- في القانون المصري :

1-القانون المدني المصري.

III- في القانون الجزائري :

1/القوانين:

1-القانون المدني الجزائري.

02، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1989 ، والمتعلق بالقواعد العامة 2- - القانون رقم 89 لحماية المستهلك.

04، المؤرخ في 27 يونيو 2004 ، المطبق على الممارسات التجارية 3- - .القانون رقم 02

2/النصوص التنظيمية:

90، المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش) الجريدة الرسمية عدد 1- - المرسوم التنفيذي رقم 39 05 . لسنة 1990

89، المؤرخ في 90 - 27 ، الصادر بالتطبيق للقانون 2- - 02 المرسوم التنفيذي رقم 226 فبراير 1989 ، والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

06، المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 ، الذي يحدد 3- - المرسوم التنفيذي رقم306 العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر)تعسّفية) الجريدة الرسمية عدد56

ثانيا قائمة التعليمات:

1- La directive européenne n°.93-13-CEE du 5 Avril 1993 JOCE 21 Avril
1993, n°. L95, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

ج (أهم القرارات والأحكام القضائية:

أولا :القرارات والأحكام القضائية الفرنسية:

- Cass.civ.29 jan. 1859.S.1850,1,316.
- Cass. civ.27 dec.1905,S. 1906,1,286.
- Cass. civ. 23 oct. 1961. D. 1962, JP., p.45, not R. Rodière.
- Cass.civ. 3ème ch., 5 mars 1970, J. Thilmamy : « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé » R.I.D.C., 1980, p. 17
- Cass. civ., 1ère ch., 03 juin 1970, D. 1971, p.373, not RABUT.
- Cass., 20 janv.1978, D. 1978. I.R., p. 229, note, Vasseur. et cass.com. 7
- nov. 1978; Bull. civ.1978, n.225.
- Cass. civ. 24 juillet 1978; Bull. civ. 1978-1-n.280.
- Cass. com : 02 oct. 1979; Bull.civ.1979-1-n. 242,p.195.
- Cass. com. 28 avril 1980; Bull. civ. 1980-1-n.167,p.132.
- Cass. civ.20 mai 1981; Bull.civ. 1981-1-n.179,p.146.
- Cass.civ. 1èr ch., 15 avril 1982, D.1984, Jurisprudence, p. 139.
- Cass. civ. 15 avril 1986; Bull. civ. I. n. 90, p. 91.
- Cass. com. 12 nov. 1986; Bull.civ. 1986-1-n.204, p.177.
- Cass. civ. 25 nov.1986.J.C.P., 1987-1-éd.N, p.405.

- Cass. com. 14 janv. 1987; Bull. civ.1987-1-n.8, p.5 et Cass. civ. 23 fév.
- 1982, Bull. civ. 1982-1-n. 85, .p.74.
- Cass.civ. 1er chambre, 28 avril 1987; Dalloz, 1988, Chr.253.
- Cass. civ. 1er ch. 16 juillet 1987; D. 1988, p. 49, not J. Calais-Auloy.
- Cass. civ. 1er ch., 31 mai 1988 ; D.1988. Som., p 406, obs. Aubert (JL).
- Cass. civ. 6 juin 1990; Bull. civ. 1990, n. 145, p. 104.
- Cass. civ., 1ère ch., 19 décembre, 1990; Bull. civ.I, n°303; P.372.
- Cass. com.29 janv : 1991; Bull. civ.1191, n. 43, p.27.
- Cass. 1er ch., 14 mai 1991; R.T.D.civ., 1991, p.526, not, J.Mestre.
- Cass. civ. 22 mai 1991, J.C.P. 1991, n. 31 juillet 1991, p.276.
- Cass. com. 27 nov. 1991; Bull. civ. IV, n°.367.
- Cass. com., 28 mai, 1993.
- الجامعية المؤسسة العقد، تكوين المدني، القانون في المطول غستان، جاك أورده، والنشر للدراسات
- 996 .ص ، 2000 الأولى، الطبعة القاضي، منصور ترجمة والتوزيع، .
- Civ. 1er ch., 6 janvier 1994; D.1994, Som., 209, obs Delebeque (ph).
- Cass. civ.1er ch., 24 janvier 1995; D.1995. Som., p. 229, obs.
- Delebecque.(PH).

- Cass. civ.1er ch., 3 janvier 1996; J.C.P.,éd.E, 1996.II, p. 380, note
- Leveneur.
- Cass. civ.1er ch., 10 juillet 1996; D.1996, I.R., p. 191.
- Civ., 1ère ch., 17 juillet 1996; JCP. 1996-11- 22747, note Paisant (J).
- Cass.com., 22 oct., 1996; Bull. civ. IV, n°261; GAJC, 11e éd., n°156: D.
- 1997. 121, not Sériaux; Defrénois 1997, 333, obs. D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1er, 10 Février 1998; R.T.D., civ., 1998, p. 674, obs. Mestre
- (J).
- Conseil d'Etat du 3 déc. 1981; J.C.P., 1981-2-19502.
- Conseil d'Etat, 11 juillet 2001; Rec. Lebon à paraître ; J.C.P. E.2001, p.1260.
- Cours d'appel, Paris, D. 1986; JP., p. 560, not, Delebécque Ph.
- Cour d'appel d'Angers, 16 décembre 1987; D. 1988. Chr. 260, G.Paisant.
- Tribunal d'instance, Paris, 4 oct. 1979; D:1980, I.R.,p.383, obs.Vasseur.
- T.G.I.Angers, 11 mars 1986; J.C.P. 1987, 11, 20789, note, J.P. Gridel.
- T.G.I. Paris, 17 janvier 1990; D.1990, p. 289, note J. GHESTIN.
- Aix-En-Provence : 20 mars 1980; D. 1982, p. 131, note, Delebécque.

- Paris, 6ème ch., 16 déc.1982; JP.,n.028500.
- Paris, 12 mai- 1989;D.1989,-2-Som.commentées,p.400. Ph. Bihr.
- Paris, 5 juillet 1989; J.D.I., 1990-1-p.151, note. A.Huet.

ثانيا :القرارات القضائية المصرية:

- نقض مدني مصري، 21 أفريل – 1960 مجموعة أحكام النقض – السنة – 11 رقم 50 .ص330 .
- قرار النقض المدني المصري، 13 فبراير 1978 طعن رقم 726 لسنة 44 ، أشار له عبد

الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1976 .، الهامش2 ، ص-295 -294

الفهرس

الفهرس

الأية I
شكر وتقدير II
الإهداء III
قائمة المختصرات IV
المقدمة V
الفصل الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية 1
المبحث الأول:الحماية العامة من الشروط التعسفية 2
المطلب الأول: المفهوم التقليدي للشرط التعسفي في عقد الإذعان: 3
الفرع الأول: واقع عقود الإذعان في الواقع الاقتصادي. 4
أ) توسع مجال عقود الإذعان : 4
ب) يؤدي التحرير الأحادي الجانب لعقود الإذعان إلى إدخال شروطا تعسفية : 5
الفرع الثاني: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية: 6
أولا:شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية: 6
الشرط الأول: وجود عقد دائم صحيح: 6
الشرط الثاني: تضمن العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية: 7
الشرط الثالث: الضعف الإرادي: 7
أ: إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها: 8
1-المعيار التقليدي لتقدير الطابع التعسفي للشرط : 9
2-الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو استبعاد الشرط التعسفي: 10
ب- تفسير الشك لمصلحة المذعن،سواء كان دائناً أو مدينا: 10
المطلب الثاني:دور السبب، ومبدأ حسن النية، وعيب الغبن والاستغلال في الحماية من الشّروط التعسّفية: 13

الفرع الأول: دور نظرية السبب في الحماية من بعض الشروط التعسفية ومبدأ حسن النية: 13
أ-دور نظرية السبب في الحماية من بعض الشروط التعسفية: 13
1 - الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب: 14
2-نمو الاجتهاد القضائي بصدد الاستناد على غياب السبب للحماية من بعض أنواع الشروط التعسفية: 15
3-موقف الفقه من الاجتهاد: 15
ب- مبدأ حسن النية: 15
الفرع الثاني:دور نظرية الغبن والاستغلال في حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية: 18
المبحث الثاني:الحماية الخاصّة للمستهلك من الشّروط التعسّفية في بعض القواعد المفرقة: 22
المطلب الأول:الحماية من الشّروط المتضمنة تعسّفاً: 22
الفرع الأول: الحماية من الشّروط الجزائية المفرطة: 23
أولا- تعريف الشرط الجزائي : 23
1-التعريف القانوني: 23
2-التعريف الفقهي: 23
أسطلة القاضي في مراجعة الشّرط الجزائي: 23
1- معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي: 26
أ-المعيار الموضوعي 26
ب-معيار شخصي : 26
2- حالة التنفيذ الجزئي للعقد: 27
ب- حدودسلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي: 27
الفرع الثاني:الحماية من الشّروط الإرادية: 29
1-الشرط الإرادي البسيط : 30
2-الشرط الإرادي المحض: 30
أ-تمييز الشرط الجزائي عن شروط تحديد المسؤولية: 30
ب- خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني: 30

المطلب الثاني:حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية بذاتها 32
الفرع الأول:وثيقة التأمين والشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية 33
أ-الشروط التعسفية في وثيقة التأمين: 33
ب- الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية: 35
الفرع الثاني:إسقاط أو إنقاص الضمان وشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل: 37
أ-إسقاط أو إنقاص الضمان: 37
ب-شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل: 38
الفصل الثاني : حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد المعاصرة: 41
المبحث الأول:ماهية الشّرط التعسّفي: 41
المطلب الأول:مفهوم الشّرط التعسّفي: 41
الفرع الأول:المفهوم الفقهي والقانوني 41
أ- المفهوم الفقهي للشّرط التعسّفي: 42
ب- المفهوم القانوني للشّرط التعسّفي: 43
الفرع الثاني: عناصر الشّرط التعسّفي: 46
أ - بالنسبة للقانون الفرنسي: 46
1- أن يكون مجال الشّرط عقد استهلاك: 46
2- أن يكون الشّرط مكتوب: 48
3- أن يكون الشرط سبباً في اختلال توازن العقد: 49
ب- بالنسبة للقانون الجزائري: 50
1-أن يكون مجال الشّرط التعسّفي عقد إذعان: 52
2-أن يكون العقد مكتوباً: 52
3-أن يكون الشّرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد : 53
المطلب الثاني: معايير الشّرط التعسّفي :..... 54
الفرع الأول : معيار التعسّف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة: 54
أ- معيار التعسّف في استعمال القوة الاقتصادية :..... 54

ب-معيار الميزة الفاحشة.....58
الفرع الثاني: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات وتمييز التصرف التعسفي عن التصرفات المشابهة له:..... 61
أ-معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات : 62
ب-تمييز التصرف التعسفي عن التصرفات المشابهة له : 63
المبحث الثاني: الطرق الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية:..... 64
المطلب الأول: الرقابة القانونية والإدارية على الشّروط التعسّفية: 62
الفرع الأول:الرقابة القانونية 65
أ-إيراد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية بموجب قانون:..... 65
الفرع الثاني: الرقابة الإدارية على الشّروط التعسّفية: 70
أ- رقابة لجنة الشّروط التعسّفية: 70
1-تشكيل لجنة الشّروط التعسّفية:..... 71
2- اختصاصات لجنة الشّروط التعسّفية: 72
ب- رقابة الحكومة على الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم: 75
المطلب الثاني:الرقابة القضائية على الشّروط التعسّفية: 80
الفرع الأول:رقابة القضاء الإداري والقضاء المدني على الشّروط التعسّفية: 80
أ-رقابة القضاء الإداري: 80
أولاً : الرقابة على المراسيم الحكومية المحدّدة للشّروط التعسّفية: 81
ثانياً :الرقابة على شروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية:..... 83
ب-رقابة القضاء المدني على الشّروط التعسّفية: 83
أولاً : مرحلة الجدل الفقهي والتردد القضائي حول رقابة القاضي على شروط العقد: 85
أ- الجدل الفقهي: 85
1-الإتجاه الفقهي الرافض: 86
2-الإتجاه الفقهي المؤيد: 86
ب- التردد القضائي:..... 86

1-إتجاه التفسير الضيق:..... 86
2-إتجاه التفسير الموسع: 86
ثانياً : مرحلة الإعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابةشروط العقد: 87
أ- الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض: 87
ب- الإعتراف التشريعي الصريح: 87
الفرع الثاني:دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية والجزاء على الشرط التعسفي..... 88
أ-دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية : 88
ب-الجزاء على الشّرط التعسّفي:..... 90
الخاتمة 92
قائمة المراجع.....99
الفهرس.....111