وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس

مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص المعمق

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

من إعداد الطالبة :

عواد خولة

تحت إشراف الأستاذ :

بوجمعـــة يوســـف

أعضاء لجنـــــة المناقشـــــة

-1

-2

-3

السنة الجامعية : 2013 - 2014

شكـــــر وتقديـــــــــر

الحمد لله على نعمه وأفضاله ، والشكر الجزيل له على توفيقه وتسهيله لي إنجاز هذا العمل المتواضع . والصلاة والسلام على من جاء بالبشرى ورحمة للعالمين.

والشكر الجزيل للأستاذ " **بوجمعة يوسف** " على تفضله بقبول الإشراف على هذا البحث . والتقدير لتوجيهاته وملاحظاته القيمة.

والشكر الجزيل أيضا، للسادة الأساتذة المناقشين ، على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

والشكر والتقدير إلى الأستاذ " **بورحلة محمد** " على دعمه وتشجيعه لي للمضي قدما في مشواري العلمي والمهني.

والشكر أيضا لكل من قدم لي يد العون ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، من أجل إتمام هذا البحث .

إهـــــــــداء

إلى التي أوصيت بصحبتها ثلاثا ، التي حملتني ثقلا ووضعتني كرها ، إلى القلب الذي ينبض بالحب والرحمة ، إلى مهجة الروح وبهجة القلب ، إلى الحبيبة الغالية أمي رمز الحب والعطاء أطال الله في عمرها.

إلى قدوتي الأولى ونبراسي الذي ينير دربي، إلى من علمني أن أصمد أمام أمواج البحر العاتية، إلى من أعطاني ولم يزل يعطيني بلا حدود، إلى من رفعت راسي عاليا افتخارا به أبي الغالي أطال الله في عمره .

إلى إخوتي الأعزاء " محمد ياسين "، " عبد الصبور" ، " أم كلثوم "، " مارية البتول "،" زهرة "، والى الوافد الجديد ابن أخي " سراج الدين "، إلى كل أفراد عائلة " عواد " وعائلة " بلحاج ".

إلى كل من سار على درب العلم وتذوق طعمه صغيرا وكبيرا.

إلى زميلاتي اللواتي رافقنني طوال مشوار الدراسة من الابتدائية إلى الجامعة خاصة "عزابي كريمة "" موجب خديجة " "وفاء كرامة" " بلغوثي نصيرة " والى زميلات المهنة و الدراسة الأستاذتين " مناد نعيمة " و "بليل نوارة ".

إلى كل زملاء مهنة المحاماة الذين يكافحون من أجل السمو بالمهنة والحفاظ على شرفها وأخلاقياتها خاصة الأستاذ " بورحلة محمد " والأستاذ " مصطفى بدر " والأستاذ " بوخاتم فتحي " .

إلى كل من علمني حرفا من الابتدائي إلى الجامعي عرفانا وتقديرا .

إلى كل الأساتذة المدرسين بكلية الحقوق بجامعة قاصدي مرباح بورقلة الذين كانوا أول من علمني أبجديات القانون ومبادئ البحث العلمي وأخص بالذكر الأستاذ " طوايبية حسن ".

إلى كل من يؤمن بالعدالة الاجتماعية والمساواة .

قائمة المختصرات

ج .	جزء .
ج . ر .	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .
د ع ط .	بدون عدد الطبعة.
د . م . ج .	ديوان المطبوعات الجامعية .
ص .	صفحة .
ط .	طبعة .
ع .	عدد .
مدني جزائري .	قانون مدني جزائري .
مدني فرنسي .	قانون مدني فرنسي .
مدني مصري .	قانون مدني مصري .

المقدمة

مـقدمــة

يعد مبدأ سلطان الإرادة هو الأصل في إبرام العقود ، وبحسب هذا المبدأ فان إرادة الفرد تسمو فوق كل اعتبار، فالفرد له الحرية المطلقة في إبرام ما يشاء من العقود والاتفاقيات وتضمنيها بما شاء من الشروط التي تحقق مصالحه ، وهذا على أساس أن العقد يعتبر بمجرد إبرامه قانون الأطراف المتعاقدة وشريعتهم ، وبالتالي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه أو للأسباب التي يقررها القانون[1].

غير أن هذا المبدأ تراجع بعد ذلك نتيجة للتطورات الاقتصادية والصناعية بحيث انتشرت عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات وازدادت وتنوعت حاجة الفرد إليها.

حيث أن هذا الوضع أدى إلى خلق تضارب بين مصالح المحترفين أو المهنيين ومصالح المستهلكين ، فالطرف الأول يستغل حاجة الطرف الثاني ويقوم باحتكار السلعة والخدمة ، وهو ما اعتبر مجالا خصبا لظهور عقود الإذعان التي يملي فيها الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف الذي ليس في وسعه إلا قبول هذه الشروط أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشتها. وهو ما يؤدي بالضرورة إلى عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية، مما يخل بالتوازن العقدي .وعلاوة على ذلك فهي تعد شروطا تعسفية لما توفره من مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين.

وأصبحت هذه العقود تحرر مسبقا وفقا لنماذج محددة مسبقا وتتضمن شروطا موحدة، ويتم إعداد نص يخصص لمواجهة جميع الاحتمالات وذلك بواسطة خبراء ومختصين، وهو ما زاد الوضع تعقيدا .

و قد حاول الفقهاء ورجال القضاء إيجاد حلول ملائمة للوضع من خلال البحث في إطار القواعد العامة إلا أن هذه الجهود لم تصل إلى الهدف المنشود، لأن هذه القواعد أضحت

1- انظر نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "

قاصرة على توفير الحماية للطرف الضعيف الذي يتواجد في مجتمع يعيش في تقدم علمي رهيب في مجال الإنتاج والتوزيع والإعلان وتكثر فيه أساليب الخداع والتضليل البسيطة منها والمتطورة التي لا يمكن للمتعاقد البسيط أن يكتشفها بل حتى منهم أكثر علما وثقافة.

ومن ثم تعالت الصيحات والنداءات إلى ضرورة تدخل التشريعات من أجل سن نصوص تشريعية خاصة لحماية الطرف الضعيف في العقد ، وتجلت هذه المحاولات في بعض الدول الأوروبية خاصة كالمشرع الألماني الذي كان سباقا إلى إصدار قانون المستهلك في 1978 إضافة إلى المشرع الجزائري .

وقد سعت هذه التشريعات إلى مواكبة التطورات الاقتصادية عن طريق تغطية الفراغات وسد الثغرات التي شابت القواعد العامة وأقرت مجموعة من الآليات والوسائل التي لم تكن تعرفها القواعد العامة، حيث أعطت مفهوما دقيقا للشروط التعسفية كما وضعت عدة معايير للكشف عن صفة التعسف في الشرط المدرج في العقد، كما أقرت طرقا حديثة للرقابة عليها.

وعليه نطرح الإشكالية التالية :

ما هي الحماية المقررة للمتعاقد بموجب القواعد العامة في القانون المدني ؟ وما هي الحماية الإضافية الممنوحة له بموجب قانون حماية المستهلك ؟

وسنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية خلال هذا البحث الذي ترجع دراستنا له إلى سببين الأول ذاتي يكمن في ميلنا لمثل هذه الدراسات التي يكثر فيها البحث والأخذ والرد، إضافة إلى رغبتنا الشديدة في تكوين ملكة قانونية أردنا اكتسابها ، أما الثاني فهو السبب الموضوعي الذي يتمثل في أن موضوع حماية المتعاقد الذي يعتبر في أغلب الحالات مستهلكا قد أصبح اليوم يتمتع بأهمية بالغة نظرا لما يحتاجه هذا الشخص من حماية لعدة أسباب منها ضعف ثقافته الاستهلاكية وذهنية المواطن الجزائري ، وأصبح من الضروري المساهمة في تفعيل هذه الحماية على المستوى الوطني.

وقد استعنا في هذه الدراسة بالمنهج التحليلي من أجل تحليل النصوص القانونية والمنهج التاريخي لعرض تطور مراحل حماية المتعاقد ، إضافة إلى المنهج المقارن للمقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري مع الإشارة إلى القانون المصري و الألماني وهذا من أجل استنباط ما يمكن أن ينسجم مع روح القانون الجزائري.

وقد قسمنا دراستنا إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة وقسمناه بدوره إلى مبحثين تضمن المبحث الأول الحماية العامة للمتعاقد من الشروط التعسفية وفي المبحث الثاني الحماية الخاصة للمتعاقد من الشروط التعسفية في بعض القواعد المتفرقة .

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل قانون حماية المستهلك، تم تقسيمه هو الآخر إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول نطاق الحماية من الشروط التعسفية وفي المبحث الثاني تناولنا الطرق الحديثة للرقابة على الشروط التعسفية.

وختمنا هذا البحث بخاتمة تضمنت أهم النقاط التي تمت دراستها وبعض النتائج التي أمكن استخلاصها.

الفصل الأول

الفصل الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة

يعرف اختلال التوازن العقدي بأنه الحالة التي تكون فيها التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقا مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل مطلقا مع التزامات المتعاقد الآخر[1] .

ويتحقق اختلال التوازن في العقد من خلال المزايا المفرطة التي يتحصل عليها المتعاقد القوي على حساب الطرف الضعيف ، إضافة إلى قيام المحترف من خلال مركزه الاقتصادي القوي إلى استغلال حاجة الطرف الضعيف[2] ، ويقصد بهذا الأخير " الطرف الذي تنقصه القوة أو القوة الجسمية أو المعنوية ".فالضعف حسب رأي الأستاذ فريدريك لوكليرك يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمهما التخوف بحكم ضعف أحدهما وذلك لأسباب متعددة منها ضعف المؤهلات الجسمية والنفسية كنقص الأهلية، ضعف المؤهلات التقنية كضعف التجربة أو الخبرة أو الكفاءة، غياب توازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما[3] .

و مع التطور الاقتصادي الذي تشهده الحياة اليومية وهو ما يساعد في انتشار ظاهرة البند التعسفي ، مما استدعى تدخل الهيئات التشريعية في كثير من الدول من اجل إقرار مبدأ الرقابة القضائية على الشرط التعسفي لحماية الطرف الضعيف خاصة في عقود الإذعان والحلول دون التعسف في استعمال الحق[4] . حيث أن القواعد العامة تضمنت في نصوص متفرقة وغير متجانسة، مجموعة من الوسائل والقواعد لحماية الطرف الضعيف عموما من الشروط التعسفية ، سواء كان محترفا أو غير ذلك أو مستهلكا .

وعليه فان القواعد العامة قدمت الحماية من الشروط التعسفية لأي متعاقد لحقه ضرر من وراء المتعاقد الآخر الذي أدرج ضمن العقد المبرم بينهما شروطا مخالفة للقانون ، وهو ما أدى إلى عدم اضطرار القضاء والفقه والقانون إلى إيجاد تعريف لهؤلاء

---

[1] -حسين عبد الله الرضا الكلابي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية – دراسة مقارنة – ، كلية الحقوق ، جامعة بغداد ، مجلة العلوم القانونية ، 2011، ص 214.

[2]-المرجع نفسه ، ص 217 .

3- محمد الهيني ، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس ، المغرب ، 2006-2005 ، ص 4 و5 .

[4]- محمد رياض دغمان، الزمية العقد – دراسة مقارنة -، ط 1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، 2010، ص 135.

المتعاقدين على اعتبار أن الحماية من الشروط التعسفية بموجب القواعد العامة هي مقررة للجميع بما فيهم المستهلكين[1] .

وتتجلى حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة في صورتين هما الحماية العامة للمستهلك من الشروط التعسفية (المبحث الأول) وحماية خاصة للمستهلك من شروط تعسفية واردة في بعض القواعد المتفرقة (المبحث الثاني)

المبحث الأول : الحماية العامة للمتعاقد من الشروط التعسفية

من خلال مراجعة القانون الجزائري بصفة عامة ، فإننا لا نصادف مبدءا عاما يضمن بشكل مباشر توازن العقد ، إلا أن القانون المدني تضمنت نصوصه عددا من التقنيات التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي[2] والتي تسمح بتعطيل بعض الشروط الغير محددة مسبقا ، فنجد تقنيات خاصة بحماية المتعاقد في عقود الإذعان ، وتقنيات عامة تطبق على جميع العقود . وهو ما سنتطرق له خلال المطلبين المواليين.

المطلب الأول : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في عقد الإذعان

سار المشرع الجزائري في نفس الدرب الذي سارت عليه التشريعات العربية لا سيما المشرع المصري حيث تناول نظرية الإذعان والأحكام الخاصة بها في نصوص القانون المدني الجزائري التي خولت للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إلغاءها ، الأمر الذي يعتبر خروجا عن المبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين " وليس للقاضي أي دخل في تعديل أو إلغاء ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وذلك من خلال المواد الآتية :

المادة 70 : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "

---

[1]- سي طيب محمد الأمين ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة - ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، 2007-2008 ، ص 31 .

[2]- بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر- ، د .ع .ط ، دار هومه ، الجزائر ، 2007 ، ص 48 .

المادة 110 : " إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك "[1]

المادة 112 : " يؤول الشك في مصلحة المدين . غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "

الفرع الأول : مفهوم عقد الإذعان

سنتطرق الى مفهوم عقد الإذعان في النقاط التالية :

أولا : تعريف عقد الإذعان وخصائصه

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان ، وكذا فإن التشريعات لم تحدد له تعريفا وعليه فإننا سنقدم بعض التعريفات المختلفة التي جاء بها الفقهاء :

فالفقيه ساليي الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان يرى أن " **عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة ، وتملي قانونها ، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد ."**

غير أن ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف هو اهتمامه بالإرادة المنفردة وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد[2] .

وقد عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصده بأنه[3] " **العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها** "

---

[1]- تقابلها نص المادة 149 في القانون المدني المصري وهو أصلها التاريخي : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ". أشار اليها سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 32 .

[2]- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ، د ع ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990 ، ص 23 .

[3]- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 ، ص 120. أشار إليه لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ، المرجع نفسه ، ص 24 .

وهناك تعريف آخر لعقد الإذعان هو : **" عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفضها أو قبولها ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض شروطه ولا يقبل مناقشتها ، وعادة ما يكون سبب هذه السيطرة هو الاحتكار الفعلي أو القانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"**[1].

وبناءا على ذلك يمكننا استخلاص خصائص هذا العقد وهي :

1- أنه يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرفق يعتبر من الأشياء الضرورية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين .

2- احتكار الموجب لهذه السلعة أو الخدمة أو المرفق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق لأن عقد الإذعان يجد مجالا خصبا في الاحتكار وبالمقابل يندر وجوده في ظل المنافسة الحرة.

3- أن يكون الإيجاب في عقد الإذعان عاما أي موجها إلى الجمهور عامة أو إلى طائفة من هذا الجمهور تتصف بصفات معينة بشكل دائم وموحد، المهم ليس شخصا بذاته.

4- أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون من عمل الطرف القوي وحده لأنه هو من يضع شروط العقد التي تخدم مصالحه في اغلب الأحيان ، ولا يشاركه المتعاقد الآخر في وضعها ولا يقبل مناقشة فيها ولا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يقبل أو يدع[2]

غير أن الفقه الحديث تخلى عن التعريفات التقليدية وهذا بهدف توسيع دائرة عقود الإذعان من أجل توفير حماية أكبر للطرف الضعيف وأصبح يعرفه على أنه:**" انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله "**

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الفقه أصبح لا يشترط أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية يكون الموجب محتكرا إياها احتكارا قانونيا أو فعليا، أو أن يكون الإيجاب موجها للجمهور ولمدة غير محددة ، وهذا ما أدى الى اتساع دائرة عقود الاذعان لتشمل

[1]- علي فيلالي ، الالتزامات : النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، د .ع. ط ، الجزائر ، 2008 ، ص 72 و73.

[2]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 57 .

كثيرا من العقود الحديثة كعقد البيع بثمن محدد في المحلات الكبرى ووكالات السيارات ، وكذلك العقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق والمطاعم والمقاهي ...الى غير ذلك من العقود الغير قابلة للتفاوض.

وهذا الاتجاه هو محض قبول من طرف الكثيرين من خلال ما يحققه من حماية للطرف الضعيف من جهة ، ومن جهة أخرى فانه يتفق مع النصوص القانونية المنظمة لعقد الاذعان التي لا تشير مطلقا للشروط التي كان الفقه التقليدي يحدد بها نطاق عقود الاذعان .

والمشرع الجزائري قد نص على خصائص عقد الاذعان في المادة 70 من القانون المدني السالفة الذكر والتي تتمثل في :

- تضمنه "لشروط مقررة" أي معدة سلفا من قبل الموجب
- وان هذه الشروط "لا تقبل مناقشة فيها " أي لا تخضع للمفاوضة
- و ان يتمثل القبول فيها في مجرد " التسليم " أي الرضوخ لها جملة وتفصيلا.

ومن خلال هذه الخصائص يتبين ان المشرع لم يعتمد على الشروط التي كان الفقه التقليدي يحدد من خلالها نطاق عقود الإذعان ، مما يدل على أن المشرع ومنذ صدور القانون المدني يكون قد تبنى الاتجاه الفقهي الحديث[1] في تحديد خصائص عقد الاذعان، أساسها قيامه على شروط مقررة مسبقا من قبل الموجب لا تقبل المناقشة والتعديل.

كما جاء في نص المادة 4/3 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ان " عقد : كل اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حررها مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " .

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع عمد إلى تعريف عقد الإذعان وركز فيه على بيان جوهره والمتمثل في تضمنه لشروط محددة مسبقا من قبل الموجب يتعلق ببيع سلعة

1- شوقي بناسي ، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الثاني ، 2009، ص 159 و160 .

أو تأدية خدمة ، بحث لا يستطيع الموجب له تعديل تلك الشروط. كم ان المشرع ركز على عقد الإذعان المكتوب بدليل عبارة " حرر مسبقا " مع انه من الممكن تصور عقود إذعان شفوية ، إضافة إلى انه اقتصر على عقد الإذعان الذي يكون موضوعه بيع سلعة ، بالغم من أن عقود الإذعان تتعدد بتعدد عقود الاستهلاك[1] .

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

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

ونظرا لهذا الوضع الخاص بعقد الإذعان ، فقد انقسم الفقهاء بين منكر لصفة التعاقدية لهذا العقد وبين مقر لها.

فيرى **الفريق الأول**[2]وهم المنكرون لصفة التعاقدية في عقد الإذعان أن الطرف المذعن لا يملك الحرية والاختيار وهما أهم ما يتسم به أي عقد ، ويعتبرون أنها عبارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز تعاقدية[3] وبالتالي هي أقرب الى القانون أو اللائحة منها إلى العقد

وغايتهم من تكييف عقد الإذعان بهذا الشكل هو عدم إخضاع تفسيره وتنفيذه إلى ما تخضع له العقود من قواعد ،ولكن تخضع للقواعد الخاصة بتفسير القانون وتطبيقه ، وعليه فإن عقد الإذعان لا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يقتصر التفسير على إرادة واضع تلك الشروط وهو الطرف القوي الذي أذعن له الطرف الضعيف ، ويجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقا لمقتضيات العدالة.

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

1/ عنصر العمومية : وهو أن يكون الإيجاب أو بعبارة أدق المشارطة في عقد الإذعان تتصف بالعمومية ، أي موجهة لعموم الجمهور أوالى فئة معينة بصفاتها لا

---

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 161 .

[2]- بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون ،كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الحاج لخضر بباتنة ، 2011-2012 ، ص 153 .

[3]- محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك – دراسة مقارنة – ، د .ع. ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ، مصر، ص 31 .

بذواتها ، وتكون بنفس العبارات والشروط ، كما تتصف بالاستمرارية لمدة معينة مثل الإيجاب بالتعاقد مع شركات الكهرباء و الغاز .

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

3/ عنصر الإذعان : وهو خضوع الطرف المذعن لشروط العقد المحددة سلفا من قبل الموجب وبالتالي ليس لإرادة المذعن إلا دور ثانوي في إنشاء العقد ذلك أن الحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة منفردة هي إرادة الموجب وهو ما لا يجعله عقدا بالمعنى الفني .ولكن الحقيقة على خلاف ذلك فعقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بوجود إرادتين لا بإرادة واحدة ، وكما هو معلوم فان كل تصرف ينعقد بإرادتين يعتبر عقدا ،حتى ولو لم يكن طرفاه متساويان من الناحية الاقتصادية[1] .

أما **الفريق الثاني**[2] فقد ناصروا فكرة العقدية وأغلبهم من فقهاء القانون الخاص ، واعتبروا عقد الإذعان عقدا حقيقيا يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع لنفس القواعد التي تخضع لها العقود ، وردا على وجهة نظر الرأي السابق فهم يرون بأن إرادة الموجب لوحدها لا يمكنها إنشاء العقد إلا إذا اقترنت بها إرادة الطرف الآخر القابل لها ، وأن المساواة المطلوبة في العقد هي المساواة القانونية وليس المساواة الاقتصادية ، وهذا التباين الذي يتميز به عقد الإذعان هو مجرد نوع من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي .

فجل العقود حتى تلك التي يتم التفاوض عليها يتعرض فيها الطرفان إلى نسبة قليلة أو كبيرة من الضغط الاقتصادي وبالتالي ليس بالضرورة عند توافق الإرادتين أن يكون لكل إرادة دور معادل لدور الأخرى .

فالطرف المذعن يتمتع بقدر من الحرية في الإقدام على التعاقد من عدمه ، حتى وإن كان ذلك سيؤدي إلى حرمانه من السلعة أو الخدمة.

---

[1]- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 154 .

[2]- بوكماش محمد ، المرجع السابق، ص 155 و156 .

أما عن موقف **المشرع الجزائري** فنجده قد نص على عقد في نص المادة 70 من القانون المدني : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري لا ينازع في الطبيعة العقدية لعملية الإذعان ، ويضفي عليها الخصائص التالية[1] :

- " إنها شروط مقررة " من طرف الموجب وهدف المشرع من وراء استعمال هذا التعبير هو تذكيرنا بالسلطة الإدارية ، وطرق تعاملها ، حيث تصدر قراراتها دون حاجة إلى المعنيين بالأمر ، كما يظهر أن سبب اختيار المشرع لهذا التعبير هو إبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه ، وقد يتعسف في ذلك .

-" ان هذه الشروط غير قابلة للنقاش " فلا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل مهما كان ، فإما أن يقبل وإما أن يرفض الإيجاب جملة واحدة ، وهذه الخاصية الثانية تعتبر مكملة للخاصية الأولى ، إذ تترجم أيضا سيطرة وقوة الموجب بالنسبة للطرف المذعن.

-إن القبول في عقد الإذعان هو مجرد " التسليم " والمشرع أراد بهذا التعبير ابراز الضعف ضعف الطرف المذعن ، والتفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين طرفي عقد الإذعان .

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي المثار حول سلطة القاضي كوسيلة لحماية الطرف المذعن

ثار خلاف فقهي حول توجه التشريعات إلى التوسع في حماية الطرف المذعن بين مؤيد ومعارض

حيث يرى المعارضون لهذا التوجه بأن إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية يعتبر خروجا عن حدود مهمته العادية والمألوفة والمتمثلة في تفسير العقد عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإزالة ما تخللها من غموض أو إبهام إلى غاية تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها .

[1]-علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 73 و74 .

كما يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن توسع القاضي في تعديل الشروط التعاقدية من شأنه أن يزعزع الاستقرار الواجب توافره في المعاملات ، فعند إنشاء العقد يعرف كل طرف من البداية الآثار التي سينتجها العقد وحقوقه وواجباته ، وعليه إذا ما تدخل القاضي لتعديل هذه الحقوق والواجبات ، فان ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات،ونظرا لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف في الشرط فانه يؤدي إلى خروج القضاء بحلول مختلفة للمسألة الواحدة[1] .

غير انه وعلى العكس من ذلك يرى المؤيدون أن توجه المشرع لحماية الطرف المذعن في العقد هو أمر محمود ويتماشى مع تطور التشريعات الحديثة ، ويتفق مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الحالي.

حيث ان المركز الذي يكون فيه الطرف المذعن في خضوعه وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقد الإذعان[2] .

وأن التوازن في العقد قد اختل قبل تدخل القاضي الذي سيأتي فيما بعد لإعادة التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط ، أما بالنسبة لسلامة العلاقات الاقتصادية فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من حسن النية وعدالة وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها ، وأما عن التحكم بالنسبة لقاضي الموضوع ، فان رقابة المحكمة العليا سوف تضع حدا لهذا التحكم إن وجد[3] .

ويضيف أحد مؤيدي هذا الرأي بأن منح القاضي هذه السلطة أولى من ترك الطرف المذعن تحت رحمة الموجب ، خاصة وأن القاضي يعتبر طرفا مختصا ومحايدا يستطيع بنظرته الموضوعية الموازنة بين مصلحة طرفي العقد ، ورؤية موقع التعسف ويمكنه بحسه القانوني وباستعانته بأهل الخبرة والاختصاص أن يسعف الطرف المذعن ، أما عن

---

[1]- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، القاهرة ، طبعة 1984 ، ص 214و215 . خالد محمد السباتين ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القدس ، فلسطين ، ص 125و 126 . أشار إليهم محمد بوكماش ، المرجع نفسه ، ص 149 .

[2]- عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، ط 2002، ص262 .عبد الباسط جميعي ، أثر التكافؤبين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د ع ط ، 1990-1991 ، ص 265 ، أشار إليهم بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 150.

[3]- خالد السباتين ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القدس ، فلسطين ، ص 127 . أشار إليه بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 150 .

الخوف من تحكم القضاة وعدم توحده في المسألة الواحدة ،فإن المحكمة العليا تتكفل بتجنب هذا الخوف[1] .

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إلغاءها

سنتطرق أولا إلى الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي ثم ثانيا إلى إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها .

أولا : الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية :

من خلال نص المادة 110 من القانون المدني يمكننا استنتاج الشروط الواجب توافرها في العقد حتى يتمكن القاضي من تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه وتتمثل في شرطين هما :

1/ أن يكون العقد عقد إذعان .

2/ أن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن .

1) أن يتعلق النزاع بعقد إذعان :

حتى يتمكن القاضي من إعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان يجب أولا أن يكون العقد محل التعديل عقدا صحيحا من حيث أركانه ، لاسيما عنصرا التراضي من إيجاب وقبول وان يكون هذا التراضي خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة ، لأنه لو كان غير ذلك ففي هذه الحالة القاضي لا يعدل شروط العقد وإنما يبطله .

كما يجب أن تتوفر العقد محل النظر من طرف القاضي عناصر عقد الإذعان السابق بيانها ومن هنا ينطلق القاضي في مهمته والبحث عن عناصر العقد[2] والتي نذكر أهمها وهي :

- مدى أهمية موضوع العقد فيما إذا كان يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات ولا يمكن للمستهلكين الاستغناء عنها دون الوقوع في ضيق أو حرج وهو ما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي .
- احتكار الموجب لهذه السلعة أو الخدمة سواء احتكارا قانونيا أو فعليا .

[1]- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 150 .
[2]- المرجع نفسه، ص 157 .

- أن يتم عرض السلعة أو الخدمة من طرف الموجب وفقا لشروط محددة مسبقا دون أن يتمكن الطرف الآخر مناقشتها أو تعديلها .

وعليه إذا ما توافرت هذه العناصر في العقد محل الدعوى المعروضة على القاضي ، اعتبر العقد عقد إذعان ، ومن ثم ينتقل القاضي إلى البحث في موضوع الدعوى والمتمثل في البحث في مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها العقد ، وبالتالي إعمال سلطته التقديرية في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه ، أما إذا اتضح أن العقد المطروح هو عقد عادي لا تتوفر فيه خصائص عقد الإذعان ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالقواعد العامة التي تحكم العقد .

2) أن يتضمن العقد شروطا تعسفية :

بعد أن يتأكد القاضي من ان النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقد إذعان، يقوم بالبحث عن الشروط التعسفية في العقد التي يمكن اعتبارها مبررا لتدخله ، لأن الغاية من تدخل القاضي هو حماية الطرف الضعيف من الشروط التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي.

وعليه فان مهمة القاضي تكمن في انتقاء الشروط التعسفية من بين مجمل الشروط الموجودة في العقد ، وهو ما يؤدي بنا إلى ضرورة معرفة متى يعتبر الشرط تعسفيا[1] .

غير أن التشريعات التي أخذت بنص المادة 110 ولا الفقهاء العرب لم يقوموا بمهمة تعريف الشرط التعسفي ، أو على الأقل بيان معياره .

ولكن في المقابل نجد بعض المحاولات في إيجاد تعريف للشرط التعسفي فمنهم من يعرفه بأنه ذلك : **" الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة "** وهذا التعريف

في نظر البعض لم يأت بجديد من جهة ، ومن جهة أخرى فانه أشبه بمن يفسر الماء بالماء .

وهناك من عرف الشرط التعسفي في مجال الاستهلاك بأنه ذلك : **" الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك ، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن**

[1]- بوكماش محمد ، المرجع نفسه، ص 158 و159 .

الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين ، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة "[1] .

وعليه إذا لم يتضمن العقد محل النزاع المطروح على القاضي شرطا تعسفيا ، فإنه لا مجال لتدخل القاضي في تعديل العقد ، وإلا اعتبر تدخله تحريفا للعقد ،ومن ثم يستوجب نقض حكمه[2] .

ثانيا : إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

أعطى المشرع الجزائري بموجب نص المادة 110 من القانون المدني للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا ما تضمن شرطا تعسفيا بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين منح القاضي إمكانية إلغاء الشرط التعسفي إذا ما تبين له ضرورة ذلك .

1) سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي :

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه ، مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها[3] بالوسيلة التي يراها ملائمة ، وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يضمنه الطرف المذعن من بنود و شروط تعسفية في العقد[4] .

وسلطة القاضي في تعديل الشرط يتم إعمالها حتى ولو كان هذا الأخير واضحا ، حيث ان وضوح عبارات الشرط ليست بيت القصيد في هذه الشروط ، بل الأمر يتعلق بما شابها من تعسف ، إذ أن وضوح الشرط ودقته لا يشكلان عائقا أمام تعديله ، لأن الطرف المُذعَن لم يكن في إمكانه تفادي الشرط التعسفي رغم وضوحه ، فالغموض لا يعتبر شرطا لتدخل القاضي[5] .

ويعتقد البعض أن حالة الوضوح هي التي تبرر في الواقع تطبيق حكم هذا النص (أي نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري)، ذلك أن الشرط الغامض يفسره القاضي عند الشك لمصلحة الطرف المذعن وهذا ما قصدته المادة 151 مدني مصري - تقابلها

---

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 60 .
[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 41 .
[3]- سعاد النويري، الحماية الخاصة للرضا مستهلك التأمين- دراسة مقارنة- ،الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، المؤتمر السنوي 22 ، كلية الحقوق ،جامعة الامارات العربية المتحدة، 13-2014/05/14 ، ص 57 .
[4]- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 164 .
[5]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 42 .

نص المادة 112 مدني جزائري - وعلة ذلك أن هذه المادة تقف عاجزة أمام الشرط الواضح ومن ثم وجب على الطرفين الأخذ بحكمه .

وبالتالي فقد تجنب المشرع ذلك بفرض الرقابة القضائية على هذه الشروط ، حتى لو كانت واضحة ، مادام أن القاضي قدر بأنها شروط تعسفية ، وعليه إذا انتفت عنها هذه الصفة كانت مراجعتها من قبيل التحريف[1] .

2) سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المذعن منه) :

سلطة الإلغاء تعني أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي ، وأن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له ، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه، مخالفا بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ، كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية ، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة ، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع[2]

وهناك من يرى أن رقابة الإلغاء هي 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 [3].

وعليه فان قاضي الموضوع يتمتع بصلاحية تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه وفقا لما تقتضيه العدالة ، وأن ممارسة هذه الصلاحية هو أمر جوازي له ، فله أن يمارسه وله أن لا يمارسه ، حتى ولو توفرت شروط ممارستها ، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة القانون ، غير أن هناك من الفقه من يرى بأن الأمر يتوقف على طلب الطرف المذعن فإذا ما طلب هذا الأخير من محكمة الموضوع ممارسة هذه الصلاحية فلا يمكن أن تغفل عن هذا الطلب ، بل يستوجب عليها أن تفصل فيه إما بالسلب أو الإيجاب .

---

[1]- عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، ط 2002، ص 437 . أشار إليه سي طيب محمد الأمين ، المرجع نفسه ، ص 42 .

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام : مصادر الإلتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، 1952 ، ص 250 .

[3]-عبد الحكم فودة ، المرجع نفسه، ص 438 . أشار إليه سي الطيب محمد الأمين ، المرجع نفسه ، ص 42 .

وفي حال رفضها الاستجابة للطلب فعليها أن تبين سبب ذلك ، ومن حق المحكمة العليا فرض رقابتها على تسبيب محكمة الموضوع ، فإذا تبين لها عدم تسبيبه تسبيبا كافيا أو عدم صحته ، فان لها أن تنقض القرار المطعون فيه أمامها لهذا السبب [1].

جاء في نص المادة 110 السالفة الذكر " .....وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ....." ، ومنه يتبين أن هذه الفقرة تضع معيارا يسترشد به القاضي في إعمال سلطته بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وهو العدالة ، لكن المشرع لم يرسم له أنماطا معينة ، يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء ، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك .

ورغم غموض هذا المبدأ ، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم فلا يحصل الفرد إلا على ما يستحقه إذ لا مجال للإضرار بالغير، ولا إثراء على حسابه كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في جميع مراحله ، سواء في المحادثات السابقة عليه أو عند إبرامه أو تنفيذه ،فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلافى ما به من ثغرات ،وهذا الإحساس الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط أو إعفاء المذعن منه ، ومسألة تقدير القاضي وفقا لمقتضيات العدالة هي مسألة واقع لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا[2].

كما تضمنت الفقرة الأخيرة من نص المادة 110 السابقة : " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " مما يعني أن سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام ، ومنه لا يجوز لطرفي عقد الإذعان أن يتفقا على استبعاد هذه السلطة ،لأنه لو كان ذلك مسموحا لأصبح في إمكان الطرف القوي تضمين العقد بمثل هذا الشرط ، وبالتالي تصبح الحماية التي قررها المشرع للطرف المذعن من دون فائدة[3] .

الفرع الرابع : تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

يقصد بتفسير العقد ذلك **" التفسير الذي يلجأ إليه القاضي عند نشوب نزاع بين المتعاقدين،فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة لعاقديه".**

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 250 .

[2]- سعاد النويري، المرجع السابق، ص 58 و59.

[3]- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، المرجع السابق ، ص 235 – 236 .

فكل عقد ينعقد بإرادة وقصد عاقديه وقواعد العدالة ، كما يجب أن ينفذ بحسن نية . فلقد جاءت المادة 111 من القانون المدني الجزائري – تقابلها المادة 150 مدني مصري - واضعة القاعدة العامة في تفسير العقود[1] بقولها : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين . أما إذا كان هناك محل للتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات "

ثم تلتها المادة 112[2] بنصها في فقرتها الأولى : " يؤول الشك لمصلحة المدين . غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "

ومنه يتبين من خلال النصين السابقين أن المشرع قد وضع ثلاث قواعد لتفسير العقد وهي :

- حالة ما تكون عبارة العقد واضحة وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.

- حالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل .

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

وفي عقد الإذعان أين ينفرد 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 بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان الاتفاقي : هل هو إصلاح المنتوج المبيع أم استبداله أم رده ؟

[1]- لعشب محفوظ بن حامد ، المرجع السابق ، ص 144 .
[2]- تقابلها نص المادة 151 من القانون المدني المصري . أشار اليها بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 145 .

كما قد يكون سبب الإبهام هو وجود تناقض بين شروط العقد المختلفة ، ومثال ذلك وثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين ، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين . وهو ما يثير التساؤل حول عن أي شرط يعتد به منهما ؟.

كما تجب الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود لا يأت دائما بمحض الصدفة ، كما أنه ليس وليد رعونة واضعه هو المحترف ، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمدا ، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام ، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد[1] .

وبما أن عقد الإذعان تغيب فيه الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد ، فإنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا ، على أساس أنه إذا كانت الشروط تتحمل لبسا أو إبهاما ، فمن العدل أن يتحمل المهني تبعة تقصيره في إيضاح شروط العقد ، وأن لا يستفيد من غموض الشروط التي أملاها وفرضها على المستهلك[2] .

والجدير بالذكر ، أن المشرع الفرنسي وان لم يورد نص في القانون المدني مماثل لنص المادتين 110 مدني جزائري و 149 مدني مصري ، الذي يعطي القاضي حق تعديل شروط عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها ، غير أنه أورد نصوصا أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود لصالح الطرف المذعن أو المستهلك على وجه الخصوص ، فإضافة إلى نص المادة 1162 مدني فرنسي المقابلة لنص المادة 112 مدني جزائري -151 مدني مصري - هناك نص المادة 1602 مدني فرنسي ، الذي بمقتضاه يلتزم البائع بأن يوضح ما يلتزم به المشتري ، فإذا ما وجد غموض أو إبهام في العقد فسر ضده ، سواء كان دائنا أو مدينا ، وذلك باعتبار أن البائع هو الطرف القوي في العقد فهو من أقامه والمملي لشروطه ، إضافة إلى أنه على معرفة جيدة بالشيء المبيع ، وبالتالي يكون عليه توضيح كل ما يتعلق به.

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 61 .
[2]- المرجع نفسه ، ص 63 .

من خلال ما سبق يمكن أن نستخلص بأن المشرعين الجزائري والمصري قد منحا للقاضي سلطات واسعة لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية ، والتي يمكن القول أنها كافية إلى حد ما لحماية المستهلك في عقود الإذعان ، إلا أن هذا الأخير غالبا ما يكون عرضة لتعسف المحترف ، ليس فقط في عقود الإذعان ، بل في جميع عقود الاستهلاك ، فعلى الرغم من أن عقود الإذعان التي تتميز باختلال توازنها العقدي فإنها تمثل جزءا هاما من العقود المبرمة مع المستهلكين ، إلا أن هذه العلاقات ليست كلها عقود إذعان ، وهو ما أدى ببعض الفقه العربي يصرح بأن الحماية المقررة للمستهلك في عقود الإذعان في التشريعات العربية غير كافية وحدها لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية ، داعيا من وراء ذلك إلى ضرورة اقتداء التشريعات العربية بالخطوة التي خطاها المشرع الأوروبي عندما منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل أو الإلغاء للشروط التعسفية في جميع عقود الاستهلاك بغض النظر عما إذا كانت تحمل وصف عقد الإذعان أم لا[1].

المطلب الثاني : دور التقنيات القانونية العامة المتاحة في تحقيق التوازن العقدي

بالإضافة إلى الحماية التي كفلها المشرع للمتعاقد في عقد الإذعان ، هناك بعض التقنيات أو الآليات التي تضمنها القانون المدني ، والتي يمكن إعمالها بسعي من القاضي إلى إعادة بعض التوازن العقدي للعلاقة التعاقدية .

الفرع الأول : دور نظرية الغبن و الاستغلال في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

الغبن هو **"عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه أي بمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين "**[2].ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص ما يلي :

1/ أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية وعليه فان عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع لا يتصور فيها الغبن ذلك أن الأولى تقتضى طبيعتها

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 47 و48 .
[2]- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة ، ط 2 ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2004 ، ص 202 .

بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين أما الثانية فيعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ مقابلا لذلك ،وبالتالي لا مجال للحديث عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى .

2/ يتم تقدير الغبن وقت تمام العقد فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ولا عبرة بتغيير القيم فيما بعد .

3/ صعوبة تجنب الغبن أو الاحتراز منه وعليه لابد من التسامح في الغبن الطفيف اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش .

و يعتبر الغبن مشكلة اجتماعية لم يجد لها القانون حلا مرضيا ذلك لأنها قائمة على عدة اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة[1] ، وقد اختلفت المذاهب الفقهية في مدى الاعتداد بالعنصر المادي أو الشخصي للغبن وفي هذا الصدد سنتطرق إلى النظريتين الشخصية والمادية .

ففي **النظرية المادية** ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية أي أن العبرة بقيمة الشيء في حد ذاته والمرجع في تحديد هذه القيمة هو القوانين الاقتصادية خاصة قانون العرض والطلب

أما **النظرية الشخصية** فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، فقد يكون الشيء في حقيقته تافها لكنه ذا قيمة للمتعاقد الذي يريد الحصول عليه لاعتبارات شخصية .

ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر الى هذه القيمة فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء فمثلا قد يكون المتعاقد على علم بقيمة الشيء المادية ولكن يشتريه بثمن أكبر وهذا دون أن يخدع أو يكون مضطرا لأن القيمة الشخصية تعادل الثمن الذي دفعه ،وبالتالي فان مثل هذه الحالة طبقا للنظرية المادية يعتبر المتعاقد مغبونا مادام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية[2] ومنه يتبين أن الغبن في النظرية المادية هو عيب مستقل قائم بذاته وهو عيب في العقد لا في الرضا.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 356 .
[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق، ص 357 .

أما ما يترتب على النظرة الشخصية هو أن الغبن لا يكون إلا إذا رضي المتعاقد أن يدفع ثمنا هو أكبر من هذه القيمة الشخصية وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان وقع في وهم أو خداع أو اضطر إلى التعاقد ولا يكون هذا إلا بسبب طيش أو رعونة أو حاجة أو عدم تجربة بمعنى أن الغبن لا يتحقق في هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد في غلط أو تدليس أو إكراه وبالتالي فان الغبن في النظرية الشخصية لا يكون عيبا مستقلا قائما بذاته وواقعا في العقد بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا .

وتتميز النظرية المادية بميزة التحديد وهو ما يشكل ضمانا لاستقرار المعاملان لأنه يمكن معرفة وجود الغبن من عدمه في العقد من بداية الأمر وذلك عن طريق عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية وتنسب هذه القيمة إلى الثمن فان وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به .

ولكن ما يعاب على هذه النظرية أنها لا تقدم حلا عادلا للمسائل الاجتماعية التي يتغلب فيها العنصر النفسي وتختلف ظروفها مما يستوجب إيجاد حلول مختلفة باختلاف هذه الظروف[1] .

ولقد اعتنق المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي النظرية المادية في الغبن ولكنه لم يأخذ بها على إطلاقها وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر وذلك في حالتين :

الحالة الأولى : بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس[2] **:** وفي هذه الحالة أجاز المشرع للبائع المغبون أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل

الحالة الثانية : القسمة الرضائية : وهو ما نصت عليه 732 من القانون المدني والتي أجازت للشريك في الشيوع الذي لحقه غبن يزيد عن الخمس من جراء القسمة الودية أن يطلب نقضها وذلك خلال السنة التالية للقسمة[3].

---

[1]- المرجع نفسه ، ص 358 .

[2]- انظر نص المادة 358 ق م : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كلن الغبن عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع " والمادة 359 ق م : " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز . ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار "

[3]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 208 .

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي فقد أخذ بالنظرية الشخصية للغبن والتي جعل منها سببا في إبطال العقود وذلك في نص المادة 90 من القانون المدني والتي سنتناولها عند تطرقنا للاستغلال .

وبذلك يكون المشرع قد جمع بين النظريتين المادية والشخصية متلافيا في ذلك القصور التشريعي الفرنسي الذي يأخذ في حدود ضيقة بالنظرية المادية[1]

الاستغلال هو " **أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في شخص آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به "** .

فالغبن يختلف عن الاستغلال في أن هذا الأخير معياره شخصي وهو أن تكون إرادة المتعاقد قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به ، في حين أن الغبن معياره موضوعي ومادي فمثلا في دعوى تكملة الثمن يشترط فيها أن لا يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل[2] .

وقد نص المشرع الجزائري على الاستغلال في المادة 90 من القانون المدني بقولها : "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا 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 ينقص التزامات هذا المتعاقد "

من خلال هذا النص نستنتج أن هنا شرطان أساسيان يجب توافرهما حتى يقوم الاستغلال

-العنصر المادي (الموضوعي) : ويتمثل في عدم التعادل بين ما حصل عليه المتعاقد من فائدة وما تحمله من التزامات ، أي أن يكون هناك تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه .

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 49 و50 .

[2]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 203 .علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزامات : مصادر الالتزامات في القانون المدني الجزائري ، ط8 ، د.م.ج، 2008 ، ص 67.

ومسألة تحديد الغبن الفادح هي متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وذلك حسب ظروف الحال وما تعارف عليه الناس دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا إلا فيما يخص التسبيب .

-العنصر النفسي (المعنوي) : وهو ما يجعل الاستغلال من عيوب الإرادة وهو أن يكون هذا التفاوت نتيجة استغلال الطرف المستغِل الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المستغَل (المغبون) .

والطيش البين هو عدم الخبرة بالأمور والاستهانة الشديدة بعواقبها ، أما الهوى الجامح فهو الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء يتملك الإنسان فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة .

والعقود التي يمكن الطعن فيها بالاستغلال هي عقود المعاوضة وعقود الغرر أما بالنسبة لعقود التبرع فهناك من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري يرون بأنها المجال الكبير لإعمال الاستغلال[1] غير أن هناك من يرى بأنه لا مجال للاستغلال في عقود التبرع لأنها عقود تنشأ بطبيعتها مختلة أي أن المتعاقد يعطي دون مقابل وبالتالي ليس هناك في الأصل التزامات متفاوتة ، وعلاوة على ذلك فانه يمكن إعمال الاستغلال إذا كان تصرف التبرع بعوض كان يلتزم شخص مسن بهبة منزله لشخص شاب مقابل أن يرعاه هذا الأخير فهنا في هذه الحالة يمكن تصور وجود الالتزامات المتفاوتة بالنظر إلى قيمة ما وهبه الشخص وما سيحصل عليه من رعاية .

يعتبر الاستغلال عيبا من عيوب الرضا فعلى من يدعيه أن يثبته و يقيم الدليل على عدم التعادل وان الطرف الآخر قد استغله نتيجة لضعفه، ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات[2].

فاذا توافرت عناصر الاستغلال السابق بيانها جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو يعدله .

فإذا ما رفع الطرف المغبون دعوى الإبطال فالقاضي يمكن أن يستجيب لطلبه ويبطل العقد كما يمكن أن يحكم بالإنقاص بحسب ملابسات وظروف التعاقد فالأمر يخضع

[1]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 205 و206 .
[2]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 207 .

للسلطة التقديرية للقاضي ، ولكن إذا طلب الطرف المغبون الإنقاص فليس للقاضي أن يحكم بالإبطال وإلا اعتبر انه قضى بأكثر مما طلبه الخصوم .

ويلاحظ أن المشرع قد أعطى فرصة للطرف الآخر بان يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي مناسبا لرفع الغبن ، وهنا لا يشترط أن تكون هذه الزيادة متعادلة تعادلا تاما مع قيمة محل العقد فالمهم أن تكون كافية لإزالة الغبن الفاحش وهذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا رقابة عليه في ذلك. وفي حالة إذا لم يجد القاضي أن الطرف الآخر قد استغل طيش المغبون أو هواه ، رفض دعوى الاستغلال[1] .

وتجدر الإشارة إلى أن الدعوى الناشئة عن الاستغلال سواء دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت باطلة وهذه المدة هي مدة سقوط لا تقادم[2] .

من خلال ما سبق نجد أن القاضي بموجب نص المادة 90 السالفة الذكر يتمتع بسلطة تعديل العقد ولكن في حدود محصورة وذلك في وسيلة واحدة وهي الإنقاص ، غير انه بالمقابل يتمتع بسلطة واسعة تتمثل في تقدير كفاية أو عدم كفاية الزيادة التي يعرضها الطرف الآخر عند توقيه الإبطال[3] ، إضافة إلى انه لا يمكن لنظرية الاستغلال أن توفر حماية للمتعاقد في جميع الحالات عن طريق إبطال الشروط المخلة بتوازن العقد ذلك انها تصطدم بالحقائق التالية :

1) أن المستهلك المغبون لا يستفيد من الحماية إذا قدر القاضي أن عدم التعادل بين الالتزامات ليس جسيما ، لأن المشرع يشترط أن يكون عدم التعادل جسيما . 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 الاستهلاك التي يبرمها المحترف في اليوم الواحد بل في الساعة الواحدة ، هو الذي يوفر له ميزة فاحشة .

[1]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 69 .
[2]- محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 208.
[3]- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 122 .

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 الإنقاص، مما يؤدي إلى تثبيط همم المستهلكين في سلوك هذا الطريق .

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

4) بالإضافة إلى أن عيب الغبن، كما سبق القول، قد يوفر حماية محدودة حدا تقتصر على بعض الشروط ذات الطابع المالي فقط دون الأنواع الأخرى من الشروط التعسفية[1].

الفرع الثاني : دور قاعدة حسن النية في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

يقصد بحسن النية الإخلاص والاستقامة والأمانة في التعامل مع الطرف الآخر في العقد ، إذ يتفق مظهر المتعاقد مع مخبره بما يتنافى من كل غش أو تدليس أو تعسف .

والنية هي قصد يليه انعقاد العزم على أمر معين يرتب عليه القانون أثرا من الآثار، يؤثر عليها الضمير، ويحركها الباعث ويدفعها نحو تحقيق الفائدة من التعاقد .

فالنية أمر خفي يختلج في النفس لا تجليه إلا تصرفات الشخص حين إقدامه على التعاقد أو أثناء تنفيذه لما تعهد به من التزام[2].

ويتخذ حسن النية مظهران الأول هو واجب الصدق الذي يتمثل في الالتزام الذي يقع على عاتق المتعاقد خلا مراحل التعاقد بإعلام الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية من اجل التنفيذ الحسن للعقد ، وهو التزام بقع على كلا الطرفين فالمدين ملزم بتنفيذ تعهداته بكل وفاء وأمانة ونزاهة وإخلاص، والدائن يلتزم بالتنفيذ الحسن للعقد فهو مطالب بتنفيذه طبقا لتعهده بكل استقامة وأمانة ونزاهة. أما المظهر الثاني فيتمثل في واجب التعاون

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 61 .

1- دحمون حفيظ ، التوازن في العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق بين عكنون ، جامعة الجزائر ، 2011-2012 ص 65 .

الذي هو ضرورة تسهيل تنفيذ العقد واتخاذ في إطار هذا الهدف كل الاحتياطات التي تمليها المعاملات وحسن النية ، فهذا الالتزام يفرض على المهنيين باعتبارهم داخلين في علاقة قانونية فيما بينهم أو مع غيرهم ، فكل مهني متعاقد يجب أن يعلم الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية لتنفيذ هذا الالتزام[1] .

ومخالفة المتعاقد لمبدأ حسن النية قد تتخذ شكل فعلي سلبي كامتناع البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع الخفية ، وإما أن يكون فعلا ايجابيا كإدراج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المحترف والمستهلك ، يسعى المحترف من خلال الشرط إلى الحصول على ميزة فاحشة وبالنتيجة إلحاق ضرر بالمستهلك .

وقد اختلف الفقهاء بمدى إمكان الاعتماد على مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية ، حيث أن الفقه التقليدي لم يول اهتماما كبيرا به ويرى البعض أن مبدأ حسن النية يراعى فقط عند تكوين العقد أو انعقاده ، وأنه من الخطورة بمكان ترك العقد لمحض تقدير القاضي وهذا بالاستناد إلى نص المادة 1134 مدني فرنسي .

رغم نصها في الفقرة الثانية منها على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

بينما يرى آخرون أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظل العقود جميعها سواء في مرحلة انعقادها وتحديد مضمونها أو بتنفيذها[2] .

فالمادة 242 مدني[3] 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 والأشد وقعا ، عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته ،إذ أن المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976، والمتعلق بالشروط العامة للعقود ، منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي ، والعمل على تحقيقه ، كما نصت المادة 09 من

2- علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2007-2008 ، ص 18 و19 .

[2]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 51 .

[3]- " ويكون الشرط تعسفيا وباطلا ، إذا كان مجحفا أوفي غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه ، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وفقا لنص المادة 242 من القانون المدني الألماني " المرجع نفسه، ص 19 .

نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية .

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.

وبالتالي فإنه رغم الاعتراف بقاعدة حسن نية في فرنسا وما توحي به من تطبيق لبعض القواعد والأحكام ، فإنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي[1] .

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نصت المادة 1/107 مدني على أنه : **" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية "** ، وفي ذلك اعتراف القاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية .

فضلا عن استخلاص نهيه بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد. وإذا علمنا أن المشرع الجزائري لم ينص على جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد. فإن ذلك قد يفسر انعدام الاجتهاد القضائي في هذا المجال. ويؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن التعاقدي في القانون الجزائري[2] .

الفرع الثالث :دور نظرية السبب في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

تعتبر نظرية السبب نظرية معقدة وغامضة ، وهذا نظرا للخلاف الذي ثار بين الفقهاء في تحديد المعاني المختلفة لكلمة السبب ، وكذا تحديد الماهية القانونية للسبب ، فميزوا بين سبب الالتزام وسبب العقد ، فيقصد بالأول الغرض المجرد المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه وهو ما يعرف بالسبب القصدي ، أما الثاني فهو الدافع الباعث إلى التعاقد[3] .

---

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 52 .

[2]- المرجع نفسه ، ص 53 .

[3]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة ، ط3 ، الجزء الأول ، د.م.ج ، 2004 ، ص 155 و156 .

ومنه يتبين لنا أن السبب له طبيعة معنوية وبالتالي يعتبر عنصرا من عناصر الإرادة ، غير أن بعض التشريعات والفقهاء يجعلون من السبب أمرا له وجود مستقل عن الإرادة وعليه وجب أن يتمتع بشروط وهي : أن يكون موجودا ، وأن يكون صحيحا ، وأن يكون مشروعا[1] .وهو ما يعرف بالنظرية التقليدية للسبب ، وقد أخذ بها المشرع الفرنسي في نص المادة 1131 مدني فرنسي " أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب ، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح ، أو على سبب غير مشروع ." وشرط وجود السبب يعني أن كل التزام يجب أن يكون له سبب ، وأن كل التزام لا يكون له سبب يعتبر التزاما غير قائم ولا أثر له ، وأن قيام السبب يستمر في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه .

وبناء على هذه النظرية فإن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل ، فإذا لم يوجد محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب مما يؤدي إلى بطلان العقد .

وقد حاول القضاء الفرنسي بدعم من الفقه في سنوات السبعينات إلى تحقيق التوازن العقدي وذلك بالاستناد إلى نظرية السبب وما تشترطه المادة 1131 من وجوب وجود السبب في الالتزام ، من أجل إبطال الشروط المخالفة لالتزام أساسي في العقد وخاصة تلك التي تهدف إلى استبعاد أو تحديد مسؤولية أحد المتعاقدين .

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأنه " يعد خرقا لنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي ، ما ذهب إليه المجلس القضائي من تطبيق لشرط يتضمن تحديدا لمسؤولية شركة البريد chronopost عن التأخير. والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة ، مما يؤدي إلى اعتباره كأنه غير مكتوب "

غير أن القانون المدني المصري نص صراحة في المادة 136 منه على وجوب أن يكون للالتزام سبب ،وإن كان ذلك محل خلاف كبير بين الفقهاء في مصر. أما شرط

[1]- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول : مصادر الالتزام ، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص 73 .

الصحة في السبب فيدخل في نطاق الغلط وفقا للنظرية الحديثة للغلط التي تأخذ بمعيار الغلط الدافع[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري فانه من خلال نص المادة 97 من القانون المدني " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " نص المادة 1/98 من نفس القانون " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ".

ومنه يتضح بان المشرع الجزائري يعتد بسبب الالتزام وسبب العقد ، أي بفكرة ازدواج السبب ، ولو أنه لم يصرح بالتفرقة بينهما ، كما أنه قصد الأخذ بالنظرية الحديثة ، فالسبب في القانون المدني الجزائري هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وبهذا المعنى فهو ذاتي ، يختلف باختلاف العقود[2] ويشترط في السبب طبقا لنص المادتين السابقتين :

- أن يكون موجودا وهذا الشرط قد سبق بيانه حين تطرقنا للنظرية التقليدية للسبب.

- أن يكون مشروعا فهذا الشرط تضمنته المادة 2/98 بقولها " ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه " وعليه فان مشروعية السبب تفترض افتراضا ، فكل التزام من حيث الأصل يقوم على سبب مشروع ، إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك ، وعليه فان هذه القرينة هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، ويقع عبء إثباته على عاتق من يدعي عدم مشروعية السبب. كما انه إذا ذكر السبب في العقد يعتبر هو السبب الحقيقي إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك. وإذا ثبتت صورية السبب المذكور في العقد فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروعا أن يقيم الدليل على ذلك[3] .

ويرى بعض الفقهاء[4] بأن النظرية الحديثة في السبب لا تحل محل النظرية التقليدية ، بل تكملها . وبمعنى أوضح أنه عند البحث عن وجود السبب ، فإذا انعدم بطل العقد بطلانا مطلقا ، وبالتالي لا حاجة لنا في البحث عن الباعث الدافع ومدى مشروعيته . أما إذا وجد

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 53 و55 .
[2]- بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص166 .
[3]- خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص 81 .
[4]- بودالي محمد ، المرجع السابق، ص 55 .

السبب فان ذلك يقتضي وجوب البحث عن مشروعيته عن طريق إعمال فكرة الباعث الدافع حيث يؤدي الوقوف على عدم مشروعيته إلى بطلان العقد من هذه الجهة أيضا .

أما عن دور نظرية السبب في تحقيق التوازن العقدي ومواجهة الشروط التعسفية فانه يتضح بأنه لا يمكن الاعتماد عليها في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا تثار أصلا من الناحية العملية فالمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين

وليس إثارة غياب السبب الذي تبنى عليه، والشرط غير المتوازن لا يمكن أن يبطل بناء على غياب السبب[1].

المبحث الثاني : الحماية الخاصة للمتعاقد من الشروط التعسفية في بعض القواعد المتفرقة

إضافة إلى الحماية العامة التي تضمنتها القواعد العامة لمواجهة مختلف الشروط التعسفية نجد بعض القواعد المتفرقة بين القواعد العامة التي يمكن أن توفر حماية خاصة للمتعاقد عن طريق مواجهتها لشروط تعسفية معينة.

حيث سنتناول الشروط المتضمنة تعسفا في المطلب الأول ، أما في المطلب الثاني فسنتناول الشروط التعسفية بذاتها.

المطلب الأول : حماية المتعاقد من الشروط الجزائية

الشرط الجزائي هو الترجمة الاتفاقية للتعويض من جراء عدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها ، فهو اتفاق مسبق على تحديد التعويض بدلا من أن يترك الأمر إلى القضاء[2] . وهو ما يجعل المهنيين الذين يتميزون بنفوذ اقتصادي يلجئون إلى اشتراط مثل هذا الشرط الجزائي المتمثل في التعويض الاتفاقي، بهدف الحصول على مزايا فاحشة ، مما يؤدي إلى عدم المساواة الاقتصادية بين الطرفين ، الأمر الذي أدى بالتشريعات إلى إقرار نصوص تمنح للقاضي سلطة النظر فيما إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي فاحشا أم لا .

[1]- حسين عبد الله الرضا الكلابي ، المرجع السابق ، ص 245 .
[2]- محمد رياض دغمان ، المرجع السابق ، ص 136 .

الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي

سنتطرق أولا إلى التعريفات التي أوردتها التشريعات ثم نعرج على أهم التعريفات التي جاء بها الفقهاء .

أولا: التعريف الفقهي للشرط الجزائي

هناك عدة تعريفات للشرط الجزائي جاء بها الفقهاء سنورد أهمها :

حيث عرفه بعض الفقهاء العرب بأنه " اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه "

وعرفه جانب آخر من الفقه العربي أيضا بأنه " تقدير اتفاقي للتعويض ، وعلى وجه التفصيل مبلغ جزائي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر "

لكن ما يلاحظ على هذا التعريف انه جعل محل التعويض مالا ، في حين انه يمكن ان يكون محله أداء أو امتناعا عن عمل .

أما عن تعريف الفقهاء الغربيين للشرط الجزائي ، نذكر التعريف التالي الذي اعتبر الشرط الجزائي هو : " اتفاق تبعي للاتفاق الأصلي ، بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ "

لكن اقتصار هذا التعريف على محل الشرط في مبلغ النقود أدى إلى فشله .

وهناك من عرفه بأنه : " ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه "[1]

من خلال هذه التعاريف المختلفة للشرط الجزائي نستخلص ما يلي :

- الشرط الجزائي عبارة على تعويض أي يحمل الصفة التعويضية ،وهو ما أدى بالمشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام الشرط الجزائي في الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض.

- الشرط الجزائي يكون ضمانا لتنفيذ الاتفاق سواء لعدم تنفيذ الاتفاق أو التأخير في تنفيذه إذ يتميز جوهره بالطابع التهديدي .

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 66 .

- أن الشرط الجزائي ليس من الضروري أن يكون محله ماليا فقد يكون أداء عمل أو امتناع عن عمل.

وعليه فان الشرط الجزائي يعتبر وسيلة ردعية في حالة إذا كان المبلغ المالي أعلى من قيمة الضرر الحاصل ، ويعتبر شرط إعفاء من المسؤولية إذا كان المبلغ المالي المشترط اقل من الضرر ، وهو ما يؤدي بنا إلى ضرورة التمييز بين الشرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية .

حيث أجاز القانون للأطراف المتعاقدة تعديل أحكام المسؤولية العقدية ، لا سيما قيمة التعويض ، ويمكن أن يكون الاتفاق المعدل للمسؤولية أما الإعفاء منها أو تحديدها ، والاتفاق المحدد للمسؤولية هو الذي يتشابه مع الشرط الجزائي .

فقد يتفق الطرفان المتعاقدان على وضع حد أقصى لمقدار مسؤولية المدين ، لا يجوز تجاوزه ، كما لو اشترطت شركة السكة الحديدية أو إدارة البريد أن لا تتجاوز مسؤوليتها مبلغا معينا في حال ضياع طرد أو رسالة .فإذا زاد الضرر عن المبلغ المحدد لا تدفع الشركة أكثر من المبلغ المتفق عليه ، وإذا قل الضرر عن الحد الأقصى ، نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي ، وهو ما يسمى بالشرط المحدد للمسؤولية وهو يختلف عن الشرط الجزائي في النقاط التالية :

- أن التعويض في الشرط الجزائي لا ينزل عن المبلغ المحدد حتى ولو كانت قيمة الضرر الفعلي اقل من الشرط الجزائي إلا في حالات استثنائية ، بينما في الشرط المحدد للمسؤولية فيحدد الحد الأعلى للتعويض ويخفض فيما عدا ذلك إذا كان الضرر الفعلي اقل من الحد الأعلى المحدد.

- الشرط المحدد للمسؤولية يشترط دائما لمصلحة المدين فقط وهو المهني أو المحترف في عقود الاستهلاك ، أما الشرط الجزائي فيمكن تبعا لقيمة الجزاء أن يفيد منه احد الطرفين المتعاقدين[1].

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 67 .

ثانيا : التعريف التشريعي للشرط الجزائي

عرف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي في نص المادتين 1226 ، 1229 من القانون المدني .

حيث تنص المادة 1226 " الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ " ، أما المادة 1229 فقد عرفت الشرط الجزائي بقولها " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ، ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير ".

وقد عيب على التعريف الأول بأنه تعريف عام من جهة ، ومن جهة أخرى يعتبر ناقصا كونه اشتمل على عدم التنفيذ .

أما التعريف الثاني فقد تمت معارضته بشدة من طرف بعض الفقهاء الذين يعتبرون الشرط الجزائي عقوبة ، كما تم انتقاده كونه جاء مخالفا لروح نص المادة 1152 مدني فرنسي ، والتي بمقتضاها يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه أي ضرر .

أما المشرعين المصري والجزائري فلم يعرفا الشرط الجزائي ، تاركين هذه المهمة للفقه ، في حين أكدوا على شرعيته في نص المادتين 183 مدني جزائري[1] -223 مدني مصري- وبينا أحكامه ضمن المواد 184و185 مدني جزائري – 244 و245 مدني مصري -[2].

الفرع الثاني: دور القاضي في مواجهة الشروط الجزائية

يعتبر الشرط الجزائي صنفا من أصناف الشروط التعسفية ، نظرا لأن المبالغة في تقدير قيمة التعويض لا يقبلها المستهلك إلا إذا كان مضطرا أو له علم بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عملية . ومع ذلك فان المبادئ العامة تقضي بصحة الشرط الجزائي

[1]- تنص المادة 183 مدني جزائري "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق ،وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "

[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 65 .

تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " إلا أن التشريعات تنبهت لخطورة مثل هذا الشرط ، فوضعت ضوابط لصحته[1] .

حيث نجد المشرع الفرنسي واحتراما لمبدأ لسلطان الإرادة كان يحرم على القاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي وهذا ما نصت عليه المادة 1152[2] من القانون المدني الفرنسي بقولها : " عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص " ولم يرد على هذا المبدأ إلا استثناء واحد نصت عليه المادة 1231 من نفس القانون ، إذ منحت القاضي سلطة تعديل المبلغ المقدر في الشرط الجزائي إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه " إلا أن تطبيق هذا النص أدى إلى ظلم فادح ومجافاة لمبدأ العدالة خاصة مع انتشار عقود الإذعان ، مما اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل مرة أخرى بموجب القانون رقم 597 الصادر في 09 سبتمبر 1975 حيث أضاف فقرة جديدة لنص المادة 1152 " ومع ذلك يستطيع القاضي ولو من تلقاء نفسه إنقاص أو زيادة مبلغ العقوبة (الشرط الجزائي) التي تم الاتفاق عليها إذا كان مبالغا فيه أو تافها بشكل واضح ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك "

ونظرا للتضارب الذي كان حاصلا بين المادتين 1152 و 1231 من القانون المدني الفرنسي فالنص الأول يمنح للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي بينما الثاني لا يمنحه هذه السلطة إلا في حالة واحدة ، وبناء على ذلك تدارك المشرع الفرنسي الأمر بموجب القانون الصادر في 11 أكتوبر 1985 حيث منح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مقدار الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى حد كبير أو إذا كان المدين قد نفذ جزءا من التزامه الأصلي[3].

---

[1]- خالد محمد السباتين ،تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ، ص 29.

[2] - 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 ». أشار اليها سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق، ص 68.

[3]- غازي أبو عرابي ، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني –دراسة مقارنة-، مجلة دراسات ، مجلد 25 ، عدد 1 ، 1998 . ص 52.

وهو نفس ما اقره المشرع المصري بموجب نص المادة 224 من القانون المدني التي أجازت للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه[1].

أما عن المشرع الجزائري فمن خلال نص المادة 184 من القانون المدني التي أجازت للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما : إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه ، أو إذا اثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . وإضافة إلى ذلك أجاز له بمقتضى المادة 185 من نفس القانون أن يزيد قيمة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر ،وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[2].

وتجدر الإشارة إلى أن كلا المشرعين الجزائري والفرنسي لم يضعا قدرا أو نسبة للمغالاة تسمح من خلالها للقاضي تعديل الشرط الجزائي ، وإنما أوردا معيارا عاما لها تاركين تقدير هذه المغالاة إلى قاضي الموضوع الذي يكون ملزما بالبحث عن وجه المغالاة أو البخس في الشرط الجزائي وتحديده بدقة مع مقارنته بالضرر اللاحق بالدائن ، ويخضع القاضي في ذلك لرقابة المحكمة العليا .

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن تقدير طابع المغالاة في الشرط الجزائي يتم استنادا إلى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق الشرط ، وان تقرير طابع المغالاة أو البخس في الشرط الجزائي يتم بشكل موضوعي عن طريق المقارنة بين الضرر الحاصل فعلا ومبلغ التعويض المتفق عليه ، كما يؤخذ بالاعتبار الظروف الخاصة بالمتعاقد .

ويرى بعض من الفقه الفرنسي بأنه يجب على القاضي عند تخفيض الشرط الجزائي أن يحدده بمبلغ يفوق الضرر، لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعتبر إلغاء للشرط الجزائي وإحلال للتعويض محله ، وهو ما يعد مخالفا لنص المادة 1152 التي أجازت للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا إبطاله .

غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تتبنى هذا الطرح، وذهبت كما سبق ذكره إلى الاعتراف لقضاة الموضوع بحرية تحديد مبلغ التعويض ،المترتب عن تطبيق الشرط

[1]- غازي أبو عرابي ، المرجع السابق، ص 53 .
[2]- علاق عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 88 .

الجزائي إذا رأوا انه مغالى فيه ، لكن في المقابل لا يجوز لهم منح مبلغ أقل من مقدار الضرر، بل ويترتب على ذلك حرمان الدائن من كل التعويض إذا لم يصبه أي ضرر.

ومن هنا يتبين أن للمستهلك الفرنسي وسيلتان لدرء التعسف في استعمال الشرط الجزائي وهما:

- إما اللجوء إلى القضاء من أجل مراجعة الشرط الجزائي وفقا لمقتضيات المادة 1152 مدني فرنسي[1].

- وإما التمسك بنص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تقضي باعتبار الشرط الجزائي شرطا تعسفيا وبالتالي يعتبر وكأنه غير مكتوب، كما أن هذا القانون يمنح جمعيات المستهلكين الحق في رفع دعوى إزالة مثل هذه الشروط من نماذج الاتفاقات والعقود المقترحة على المستهلكين .ومنه يمكن القول أن هذا الطريق يوفر حماية أفضل من تلك التي توفرها له مراجعة الشرط الجزائي على يد القضاء .

غير أن بعض الفقه الجزائري[2] يرى بأن توقف القانون الجزائري عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة المغالاة فيه ، ولم يزد ذلك إلى ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه ، قد جعل هذه الحماية ناقصة . أضف إلى ذلك أن إعمال نص المادة 184 يتطلب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف وأتعاب ، كما أن المستهلك قد ينسى المطالبة بمراجعة الشرط الجزائي أمام القضاء سواء بمناسبة مطالبة المحترف به أو بمناسبة نظره في تنفيذ الالتزام الأصلي من عدمه.

المطلب الثاني : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية بذاتها

الشروط التعسفية بذاتها هي الشروط التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد، حيث تنبئ ذات ألفاظها بأنها تحمل معنى الظلم ، مما يؤدي إعمالها إلى اختلال التوازن العقدي ،ولهذا ذهب المشرع إلى اعتبارها باطلة مع بقاء العقد صحيحا وقائما ، وأساس بطلان هذه الشروط يرجع إلى قاعدة مستمدة من فكرة النظام العام تهدف إلى حماية أحد

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 66 و67 .
[2]- المرجع نفسه، ص 68 .

المتعاقدين ، والقواعد العامة في القانون المدني تضمنت عدة شروط تعسفية بذاتها وهي على الشكل الآتي بيانه[1] .

الفرع الأول : الشروط التعسفية في وثيقة التأمين

عقد التأمين هو عقد يبرم بين شركة التأمين الملزمة بتقديم خدمة التأمين وبين شخص يحمل وصف المستهلك أو غير المهني الذي يتعاقد بهدف الحصول على خدمة التامين ، ويعتبر عقد التأمين النموذج الحي لعقود الإذعان ، فشركة التامين تضع شروطها بطريقة منفردة ، دون الدخول في مفاوضات مع الزبون ، وهذا ما يجعل منه مجالا خصبا للشروط التعسفية.

فبالإضافة إلى الحماية العامة التي قررها المشرع للطرف المذعن في عقد الإذعان بموجب المادتين 110 و112 من القانون المدني والتي سبق التطرق اليها فقد خص المشرع هذا الطرف (المؤمن له) في عقد التامين بحماية خاصة .

فقد نصت المادة 622 مدني جزائري - تقابلها المادة 750 مدني مصري - على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين وهي :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية . ويرجع السبب في هذا البطلان أن غالبية حوادث السيارات مثلا تنجم عن مخالفة القوانين والنظم (اللوائح). كما انه من المسلم به هو جواز مسائلة المؤمن عن الخطر إذا وقع بالخطأ غير العمدي للمؤمن له أو نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، وعدم جواز مسائلته عما يقع من المؤمن له عمدا أو غشا ، ولو تم الاتفاق على غير ذلك.

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. ونظرا لانتشار إدراج هذا الشرط في وثيقة التامين ذهب حاول المشرع تقييده عن طريق اعتباره باطلا إذا تبين أن التأخر كان راجعا إلى عذر مقبول ، وتجدر الإشارة إلى

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 82 .

أن هذا النص يقتصر على حالة التأخير في التبليغ عن الحادث ، ولا يسري على حالة عدم القيام بالإخطار مطلقا ، وعليه يظل شرط السقوط في هذه الحالة صحيحا .

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

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

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

نستنتج من كل ما سبق أن مضمون المادة 622 من القانون المدني يمكن أن يسمح بالحفاظ على توازن العقد، وذلك عن طريق إلزام المؤمن بإبراز الشروط التي تمس بالتزامات المؤمن أو بحقوق المؤمن له الجوهرية[2] ،وهناك من اعتبر النص السالف بمثابة قائمة سوداء محددة للشروط التعسفية، والتي افترض القانون فيها افتراضا لا يقبل إثبات العكس.

الفرع الثاني : الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية

يمكن تعريف الشرط المعفي أو المحدد للمسؤولية بأنه **" الشرط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية "**

وتعد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية من الظواهر المستخدمة بشكل واسع النطاق ، وخاصة في إطار العقود النموذجية ،وعقود الاستهلاك حيث يستعمل المهنيون هذه الشروط للتملص من التزاماتهم أو التخلص من دعاوى التعويض التي ترفع ضدهم .

وتستخدم شروط الإعفاء عادة في مثل هذه العلاقات التعاقدية (فيما يتعلق بتنفيذ العقد – عندما تكون مخاطر العقد متفاوتة بالنسبة لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر- ويمكن أن تظهر هذه المخاطر مثلا من طبيعة الصفقة أو حجم رأس المال المدفوع للخدمة المقدمة، أو من القيمة المرتفعة لمحل العقد. فإذا نفذ العقد في هذه الحالات بشكل غير مناسب، فيمكن المطالبة بتعويض الأضرار التي لا يمكن للمضرور أن يتحملها . وفي هذه

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 76. سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 83 و84 .
[2]- سعاد النويري ، المرجع السابق ، ص 69 .

العلاقات نجد أن القواعد القانونية للمسؤولية لا تؤدي إلى نتيجة عادلة ، إذ أنها تجيزها من حيث المبدأ إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم .

حيث أنه كمبدأ عام يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية في النطاق العقدي، وعلة جواز ذلك هو عدم ارتباط أحكام هذه المسؤولية بالنظام العام فهي صنيعة العقد وتتويجا لسلطان الإرادة .

غير أنه نظرا للأثر السلبي الذي خلفه تطبيقها على المستهلكين ، تم تضييق هذه القاعدة وإدراج استثناءات لها وهو ما أدى إلى الانتقال من مبدأ حرية تعديل أحكام المسؤولية إلى عدم مشروعيتها في عدة حالات . ولقد دأب القضاء الفرنسي على إبطال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية في حالة الأضرار الجسدية بحكم ارتباطها بالنظام العام، وتكريسا لمبدأ الحق في السلامة الجسدية[1].

والمشرع الجزائري أيضا أقر في المادة 178 من القانون المدني[2] جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية باستثناء ما تعلق منها بالأضرار الجسمانية لمخالفة ذلك النظام العام .

ونتيجة لمبدأ الالتزام بالسلامة في بعض العقود نص المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1386-15/1[3](مدني) على حضر الشروط التي ترمي إلى إسقاط أو تحديد المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة ، واعتبارها كأنها غير مكتوبة ، أي شروط تعسفية باطلة

ونص المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون المدني من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني **" يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه... "**، بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن

---

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 85 و86.

[2]- حيث تنص المادة 178 من القانون المدني " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، الا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه "

[3]- « Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites. » أشار اليها سي طيب محمد الأمين ، المرجع نفسه ، ص 86 .

المشرع قصد ضمنا بطلان أي شرط محدد لمسؤولية المهني عن الضرر الذي يسببه منتوجه المعيب.

كما انه إذا ورد شرط تحديد المسؤولية في عقد الإذعان فانه يجوز للقاضي تعديله أو إلغاءه، طبقا نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري .

وفي إطار حماية المستهلك فقد فصل كل من المشرعين الفرنسي[1] والجزائري[2] في الخلاف والجدل الفقهي والقضائي الذي ثار بشأن جواز أو عدم جواز الشروط المعفية أو المخففة للمسؤولية ، واستغنى عن التفرقة بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء العمدية أو الجسيمة ، وذلك بالنص على أنها شروطا تعسفية إذا وردت في عقد استهلاك[3] وهو ما سيأتي شرحه في الفصل الثاني من هذا البحث .

الفرع الثالث : الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع

يعد ضمان العيوب الخفية وسيلة جيدة في يد المشتري (المستهلك) لإلزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليها والتي تستلزمها الأعراف وطبيعة التعامل ، وينشأ التزام البائع بضمان العيوب الخفية إذا ما وجد عيب خفي بالشيء المبيع يؤدي إلى عدم صلاحية المبيع للأغراض التي أعد من أجلها أو المتفق عليها أو إلى إنقاص قيمة هذا المبيع[4] .

ولقد حاول المشرع الجزائري وضع حماية للمشتري في عقد البيع من آفة العيوب الخفية. وأجاز للطرفين الاتفاق على الزيادة في الضمان أو التنازل عنه طبقا للمادة 384 من

---

[1] - المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي نصت على أنه في مجال عقد البيع فان الشرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص حق المشتري في التعويض يعتبر شرطا تعسفيا ، ويعتبر في ذات الوقت غير مكتوب. أشار الياها سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 87.

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

[3] - سي طيب محمد الأمين ، المرجع نفسه ، ص 86 و87 .

[4] - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك – دراسة مقارنة - ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 ، ص 462 و463 .

القانون المدني غير انه في المقابل نص على بطلان شرط الإسقاط أو الإنقاص من الضمان إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه[1].

كما أن المشرع الفرنسي نص في المادة 1643 (مدني) على اعتبار الشرط الذي يرمي إلى إنقاص أو إسقاط ضمان البائع المحترف للعيب في الشيء المبيع غير مكتوب وبالتالي يعتبر باطلا ، وهذا استنادا لما كرسه القضاء الفرنسي منذ الخمسينات من تشبيه البائع المحترف سيء النية نتيجة لما يفترض فيه من علم بالشيء المبيع وبعيوبه.

الفرع الرابع : الشرط الذي يورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي

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

ولقد وضع المشرع الجزائري بعض القواعد التي من شانها أن توفر حماية للمستهلك منها ما نص عليه في المادة 47 من القانون التجاري أين حمل الناقل المسؤولية عن الأشياء المراد نقلها ، عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها .

ومن جهة أخرى نصت المادة 3/52 من نفس القانون- تقابلها المادة 103 تجاري فرنسي-على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاء كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها.

غير ان الشروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة ، وبالتالي فإذا وجد في عقد نقل الأشياء شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف ، فيعتبر شرطا باطلا ودون أثر ، ويبقى العقد صحيحا[2] .

[1]- جرعود الياقوت ،عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2001-2002 ،ص 115 و116 .

[2]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 69 و70 .

بعد هذا العرض الذي تناولنا فيه مفهوم وآليات الحماية من الشروط التعسفية التي وفرتها القواعد العامة للمتعاقد ، نخلص إلى أن هذه الحماية لا تكفي نظرا لتطور العلاقات التعاقدية وتطور الحياة الاقتصادية ، إذ أصبح من الممكن أن يشمل خطر الشروط التعسفية حتى عقود المساومة ، لذلك فهذه الحماية غير كافية إذا ما قورنت بالتطورات الاقتصادية التي حدثت ومثالها المحلات والمنشآت الكبرى التي تعرض بضائعها أو خدماتها على الجمهور بأسعار وشروط معينة لا تقبل مناقشة فيها ولا تحيد عنها ، فيتعين على من يقبل التعامل معها بهذه الأسعار والشروط أن يذعن لها ويقبل شروطها دون مساومة .

وعليه فان نظرية الإذعان هي ليست أكثر من محاولة غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المتعاقدين من خطر الشروط التعسفية ،كما أن عقود الإذعان تتطلب احتكارا أو تفوقا اقتصاديا حتى يمكن الاعتراف لها بهذا الوصف ، في حين أن المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق لأن الاحتكار قد لا يكون واضحا كما أنه قد يكون فعليا ويصعب من ثم التعرف عليه أو تحديده قانونا .

وبالتالي فان نظرية الإذعان لا تفي بالغرض المطلوب لتوفير الحماية من الشروط التعسفية لأننا لا نستطيع أن نقول أن كل ما يرد في ميدان تفوق احد أطراف العقد يعد من قبيل الإذعان كي يستحق الحماية التي قررها المشرع بصدد هذه العقود ، وإنما قد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب الاحتكار وفي ظل إمكانية نظرية لمناقشة بنود العقد ولكن عدم الكفاءة الفنية والقانونية لا تمكن من مناقشة بنود العقد ، كما أن عدم الخبرة القانونية لا تسمح بتقدير آثار هذه البنود على المركز القانوني أو المالي للمتعاقد ، أما الشروط التعسفية فهي لا تعني دائما الشروط غير المشروعة فمثلا الشرط الذي مفاده الإعفاء من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو عن التأخير في تنفيذها ليس شرطا غير مشروع على الرغم من أنه بطبيعته من الشروط التعسفية[1] .

[1]- حسين عبد الله الرضا الكلابي ، المرجع السابق ، ص 250 وما يليها.

وتضمن القواعد العامة لنصوص متفرقة تحمي المتعاقد من بعض أنواع الشروط التعسفية، لم يكن كافيا إلى حد ما ، خاصة وأن بعضها يؤدي إلى بطلان العقد برمته ، في الوقت الذي يكون من مصلحة المستهلك بطلان الشرط وبقاء العقد.

وهو ما أدى بالتشريعات في مختلف دول العالم إلى مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية والتدخل بشكل مباشر لحظر الشروط التي تبدو أنها تعسفية وهذا بنمط حماية حديث يحتوي قواعد معاصرة وجدية وأكثر فاعلية من القواعد العامة التي سماها البعض بالقواعد التقليدية [1] وهو ما سنتطرق له في الفصل الثاني .

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 91 .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل قانون حماية المستهلك

تميزت الحماية التقليدية التي تضمنتها القواعد العامة في القانون المدني بالنقص والقصور في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، وأمام هذا الوضع وإضافة إلى التطورات الاقتصادية التي استوجبت تحديث هذه الحماية لتتناسب مع الظروف المستجدة ، تدخلت التشريعات في مختلف دول العالم وأقرت طرقا جديدة لحماية المستهلك وخاصة تلك الموجهة ضد الشروط التعسفية.

والمشرع الجزائري هو الآخر بادر إلى إصدار نصوص تشريعية لحماية المستهلك والمتمثلة في القانون 04-02 المؤرخ في 2004/04/23 المعدل والمتمم بالقانون 10- 06 المؤرخ في 15 أوت 2010 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، كما أصدر المشرع القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى القانون رقم 89-02 المؤرخ 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

المبحث الأول: نطاق الحماية من الشروط التعسفية

إن تحديد نطاق الحماية القانونية من الشروط التعسفية يستلزم منا بداية البحث عن مفهوم الشرط التعسفي ثم تحديد أطراف العقود المعنيين بهذه الحماية فيما إذا كان الأمر يقتصر على العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين ، أم يشمل أيضا تلك المبرمة بين المحترفين أنفسهم، كما يستوجب علينا البحث في طبيعة العقود المعنية بالحماية ، هل تقتصر على عقود الإذعان أم تشمل أيضا عقود المساومة .

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

ليس كل شرط يرد في العقد يعتبر شرطا تعسفيا، وحتى نتمكن من تمييز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط ، يتوجب منا أولا تعريف الشرط التعسفي وإيجاد معيار دقيق لتحديده[1].

الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي

سنستعرض أولا للتعريف الفقهي للشرط التعسفي وبعدها التعريف التشريعي .

[1] - شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 143 .

أولا : التعريف الفقهي للشرط التعسفي

تعددت تعريفات الفقهاء للشروط التعسفية ، واختلفت باختلاف وتعدد زاوية الرؤية للشرط التعسفي ،وسنحاول إيراد بعض التعريفات بحسب الزاوية المنظور منها :

- **من حيث أطراف العلاقة العقدية في الشرط التعسفي ومصدره :** عرف بأنه " الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة ".
- **ومن حيث طريقة فرضه :** فقد عرف بأنه " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي ، الذي يخوله ميزة فاحشة على الطرف الآخر ".
- **أما من حيث أثره على العلاقة التعاقدية وتوازنها :** فقد جاء في تعريفه ما يلي " شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح - ممقوت – بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك ، والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك "[1].

وعرف أحد الباحثين الجزائريين[2] الشرط التعسفي بأنه : " الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفا على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله ، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر دون مقتضى ".

وقد أوضح هذا التعريف الجوانب التي تساعد على استنباط المعنى الحقيقي للشرط التعسفي إضافة إلى ما يخرج عن هذا التعريف من محترزات كالتالي :

-الشرط التعسفي هو الشرط الزائد عن مقتضى العقد ، والذي يغير من آثاره ، ومنه لا يعتبر شرطا تعسفيا الشرط الذي يرتب التزاما هو في الأصل من مقتضيات العقد ، لأنه ليست هناك حاجة لإدراج مثل هذا الالتزام فالنص عليه مثل عدمه ، وهذا هو مقصود عبارة " فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر دون مقتضى ".

---

[1]- رباحي أحمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد الخامس ، جامعة شلف، الجزائر ، ص 346 و347.

[2]- المرجع نفسه ، ص 347 .

- الشرط التعسفي ليس مقتصرا على عقد دون آخر، بل إنه يرد على كل عقد يختل توازنه ، وتفتقد العدالة بين طرفيه .

- يتم وضع الشرط التعسفي من طرف أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فليس له سوى الخضوع لهذا الشرط ، وليس القصد في هذا التعريف هو عقود الإذعان ولهذا السبب تم إدراج عبارة " إمكانية حقيقية لتعديله " أي أن الطرف الضعيف يخضع للشرط التعسفي في كلتا الحالتين أي إذا ما أتيحت له فرصة المناقشة (وهنا لا يمكن الطرف الضعيف من المناقشة لأنه يكون مجبرا على عدم الالتفات إلى هذه الشروط المفروضة عليه) أو إذا لم تتح له الفرصة (كما هو الحال في عقود الإذعان).

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

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

- تضمن التعريف توضيحا لأثر الشرط التعسفي على العلاقة التعاقدية، وهو حدوث اختلال ظاهر وممقوت في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطرافه، وهذا الأثر عموما يظهر في الميزة المفرطة أو الفاحشة التي تعود لأحد المتعاقدين على حساب الآخر[1].

ثانيا : التعريفات التشريعية للشرط التعسفي

نشير في البداية إلى أن تعريف الشروط التعسفية لم تأت به أغلب التشريعات في القانون المدني، وسنذكر فيما يلي بعض التعريفات التشريعية الغربية والعربية :

فمن بين التشريعات الغربية نجد المشرع الفرنسي عرف الشروط التعسفية في نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 بأنها " تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق

[1]- رباحي أحمد ، المرجع نفسه ، 347 و348 .

الاقتصادي وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها " وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف هو كونه ينقصه التحديد بالإضافة إلى أنه عام وغير محدد.

ولقد عالج المشروع التمهيدي لهذا القانون الشروط التعسفية التي نظمها بنفسه، عن طريق منحه لجهة الإدارة سلطة تنظيم عقوبات جنائية توقع على المخالفين.

غير أن المشرع عدل عن ذلك نظرا لاعتبار هذه النصوص غير دستورية ذلك أن عدم تحديد المقصود بالشرط التعسفي من شأنه أن يؤدي إلى إطلاق سلطة التجريم وإنشاء الجرائم دون أن يكون عنصرها المادي محددا بدقة، وبدلا من أن يحدد المشرع بدقة تعريف الشرط التعسفي لجأ إلى العدول عن تلك الجرائم واستعاض عن ذلك بمنح الإدارة القدرة على إعداد لوائح الشروط التعسفية[1].

ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك رقم 95-96 الصادر بتاريخ 01 فيفري 1995 في المادة 1/132 منه بقولها **" في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد "**[2]

ويظهر من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي سار في نفس الاتجاه الذي جاءت به التعليمة الأوروبية عند تعريفها للشرط التعسفي في المادة 03 منها والتي تنص **" ورغم تطلب حسن النية، يؤدي إلى إيجاد عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والتزاماتها الناجمة عن العقد "**.

حيث أن تعريف المشرع الفرنسي جاء مطابقا لهذا التعريف باستثناء عدم إشارته إلى حسن النية، وهذا يعتبر أمرا طبيعيا، إذ أن الهدف من تعديل قانون الاستهلاك في فرنسا كان من أجل توحيد التشريعات الأوروبية[3].

---

[1]- سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية ،العدد الثامن، جامعة الروح القدس ، الكسليك ، لبنان ،2001، ص27.

[2]- رباحي أحمد ، المرجع السابق ، ص 345 .

[3]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 144.

وعرف القانون المدني الكيبيكي الشرط التعسفي في المادة 1437 من القانون المدني بقوله

" كل شرط يضر المستهلك أو المذعن بشكل مفرط (فاحش) وغير معقول...ويعتبر تعسفيا بالأخص، الشرط الذي يستبعد التزامات أساسية مترتبة عن القواعد التي تحكم العقد عادة فيغير منها ذلك الشرط "

أما المشرع الألماني الذي كان سباقا في مجال الحماية من الشروط التعسفية فقد عرفها وهو بصدد الحديث عن الشروط العامة في العقد وذلك في نص المادة 09 من قانون 1976 المتعلق بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن بقوله **" تعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشترط بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية "**

أما بالنسبة للدول العربية فرغم أنها كانت السباقة في مواجهة الشروط التعسفية إلا أنها لم تتكفل بهذه المسألة باستثناء المشرع الجزائري، وربما يرجع السبب في ذلك إلى حداثة الفكرة وتجنبها الخوض في التعاريف، لأن ذلك يعتبر من عمل الفقه لا من عمل التشريع[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وعلى خلاف التشريعات العربية فقد عرف الشرط التعسفي بموجب القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك في نص المادة 03 التي تكفل فيها بتحديد المفاهيم الواردة بهذا القانون ، حيث جاء في الفقرة الخامسة : **" شرط تعسفي : 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 "**

وذهب الكثير من الباحثين[2] إلى ضرورة تثمين موقف المشرع الجزائري الذي اتخذه في هذا المجال، كونه أزال الغموض والتساؤلات الكثيرة التي كانت تطرح بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية، والمعايير اللازمة كي يوصف الشرط بأنه تعسفي.

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع اعتمد على معيار واحد للتعسف وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين، ومنه يتبين انه أخذ بالمعيار الذي اعتمده

[1]- رباحي أحمد ، المرجع السابق ، ص345 .
[2]- المرجع نفسه ، ص 346 .

المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون الاستهلاك الصادر سنة 1995 ، بعد ان كان يعتمد في قانون 1978 على معيار النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة (نص المادة 35 السالفة الذكر) ، إلا أنها اعتبرت معايير ذات طابع عام ، وهو ما استوجب إجراء عملية إصلاح قادت إلى تعديل هذا التعريف والذي جاءت به المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، وأصبحت الشروط التعسفية هي تلك التي تهدف إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات طرفي العقد[1].

الفرع الثاني : معايير الشرط التعسفي

كما سبق ذكره فان المشرع الفرنسي كان يعتمد في قانون 1978 على معيارين للشرط التعسفي وهما النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة ، وبعد التعديل أصبح يعتمد على معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 03 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وعلاوة على ذلك سنراعي التطور الزمني لمعايير الشرط التعسفي بان تشمل دراستنا في هذا الفرع المعايير الثلاثة .

أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

وفقا لمقتضيات المادة 35 من قانون الفرنسي المؤرخ في 10 جانفي المذكور سابقا فان الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان هذا الشرط مفروضا على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام قوته أو تفوقه الاقتصادي .

ويرى الكثيرون[2] بأن التعسف المقصود هو تعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة ، ومرد هذا الرأي هو ما رآه أحد النواب في البرلمان الفرنسي، وهو بصدد مناقشة مشروع قانون 10 جانفي 1978 ، أن المشروع المطروح للنقاش يمنع المحترف الذي ينفرد بوضع شروط العقد من أن يتجاوز حدوده التعاقدية إضرارا بالمستهلك، لأن هذا التجاوز لا يعني سوى التعسف في استعمال الحق الذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية وهذا ما يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة

[1]- كيموش نوال ، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بين عكنون ، جامعة الجزائر ، 2010-2011 ، ص 62 .

[2]- رباحي أحمد ، المرجع السابق ، ص 348 و 349 .

حق شخصي أم لا، ويرى البعض أن هذا التحرير المنفرد للعقود النموذجية هو اليوم بمثابة ضرورة لا غنى عنها في المعاملات الحديثة، ومنه يتبين أن التحرير المسبق للعقد من قبل أحد طرفي العلاقة يتمثل في الممارسة لسلطة واقع، وليس من خلال ممارسة لحق شخصي ، وعليه لا يمكن اعتبار التعسف الوارد في المادة 35 مجرد تطبيق للتعسف في استعمال الحق[1].

ويعتبر معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي معيار جد غامض ، فحتى يتمكن المحترف من الحصول على ميزة فاحشة لابد أن يستخدم تفوقه الاقتصادي، لكن التفوق الاقتصادي ليس مرادفا للقوة أو عظم الشأن فقد يمكن لتاجر صغير أو حرفي بسيط بحكم وضعه المحلي المسيطر أن يستخدم نفوذه ويفرض ما يشاء من الشروط ، في الوقت الذي لا يمكن لصاحب مشروع كبير على المستوى الوطني أن يقوم بذلك لأنه يخشى على سمعته ويبحث عن تجنب كارثة تجارية لذلك لا يمكن لحجم المشروع أن يكون محددا لمعيار التفوق الاقتصادي .

كما يرى الفقه بان معيار القوة أو التفوق الاقتصادي هو معيار غير دقيق ومبهم لأنه لا يشير إلى مقومات يمكن الاستناد إليها للكشف عنه ، وهو ما أدى بالفقهاء إلى البحث مقومات ومؤشرات هذا المعيار من أجل تبرير الأخذ به.

فهناك من يرى بأنه يكون ابتداء من اللحظة التي تشير فيها الدلائل إلى وجود شرط في اتفاق ما يؤدي إلى وجود عدم تعادل جسيم، فيعتبر ذلك كافيا لبطلان الشرط[2] .

ومن المؤشرات أيضا التي يمكن الاستناد عليها، هي وضع المحترف في السوق، ليس من خلال حصته في السوق لأن ذلك يصعب تحديده ،لكن من خلال تحديد معنى أو مفهوم السوق وذلك عن طريق استخلاص طبيعة السوق ومحله وما إذا كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير وضع المهني، السوق المحلي أم على مستوى الدولة ، وكذا النظر إلى مشروع وضع المشروع المحترف في تلك السوق ومدى تأثيره فيه.

هذا الوضع الاقتصادي للمحترف أو المهني يتميز في الواقع بالتفوق المهني ، فالمهني عادة عند إبرامه للعقود التي تدخل في مجال مهنته يعرف مؤشرات الاشتراطات المختلفة ،

[1]- رباحي أحمد ، المرجع السابق ، ص 349 و350 .
[2]- المرجع نفسه ، ص 353 .

والمخاطر المتكررة كثيرا ، إضافة إلى انه يتمتع بالخبرة في التصرفات التي تدخل في نطاق مهنته ، فهذا التفوق التقني هو بالضرورة ما يملكه كل المهنيين .

بالإضافة إلى ما سبق فانه يمكن اعتماد وضع المستهلك كمؤشر للكشف عن النفوذ الاقتصادي ، لأن المهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي ليس له خيارات متعددة، فهو إما أن يتعاقد أو يرفض ذلك ، فهو في الغالب غير قادر على مناقشة شروط العقد، لأنه في مركز ضعيف، فالمهني يفرض عليه شروط العقد من منطلق قوته ونفوذه ، والمستهلك في وضعه هذا في أشد الحاجة إلى السلعة أو الخدمة، يبرم العقد إبراما مقترنا بقبول زائف الأمر الذي يؤدي بالمهني إلى الحصول على ميزة فاحشة بسب تعسفه في استعمال نفوذه الاقتصادي[1].

ثالثا : معيار الميزة الفاحشة

عرف المشرع الفرنسي التعسف من خلال النتيجة التي يحصل عليها المحترف، فالشرط لا يعتبر تعسفيا إلا إذا منح هذا الأخير ميزة مفرطة لصالح المهني[2] .

وقد يظهر أن هذا المعيار الثاني يعتبر كنتيجة للمعيار الأول، أي أن الميزة الفاحشة هي **" حاصل استخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، ويعتبر مرتبطا بعلاقة سببية "**.

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

فبالنسبة لتحديد كمية الميزة الفاحشة فان المشرع الفرنسي لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا في لإبطال العقود إذا بلغ حدا معينا ، فهذا المعيار غير محدد برقم معين ، وهو ما دفع بالبعض إلى اعتبار نص المدة 35 لا تعدو أن تكون مجرد حشو لا معنى له إذ أن الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقا[3] .

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون المقدم من الحكومة كان ينص على عدم التوازن الظاهر، غير انه تم استبعاده لاختلاطه بفكرة الغبن، وتم الاحتفاظ آنذاك بمعيار الميزة

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 112 و113 .
[2]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 94 .
[3]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع نفسه 114و115 .

المفرطة ، حيث تقترب من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين .

غير أن هناك اختلاف بين الفكرتين ويتمثل في محل التعسف، فالغبن ينصب على الثمن، أما التعسف في الشروط فينصب على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد[1].

أما عن طبيعة الميزة الفاحشة فهناك من يعتبرانها ذات طابع مالي إذا ما تعلق الشرط المعني بمبلغ من الثمن أو طريقة دفعه ، وتكون ذات طابع غير مالي إذا تعلقت بجوهر الشيء أو التسليم أو عبئ المخاطر...الخ ، وعليه فان الميزة الفاحشة ليست بالضرورة ذات طابع مالي[2] .

وفيما يخص الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة الفاحشة ، فيما إذا كان ينظر إلى جميع الشروط التعسفية أم إلى لكل شرط على حدة .

فالراجح هو عدم التسرع في تقدير الشرط ، ومن ثم يستحسن النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي ، لأن الشرط إذا نظر إليه بصفة منفردة قد يبدو تعسفيا ، لكن قد يكون هناك ما يبرره إذا تم النظر إلى إليه من خلال جملة الشروط المدرجة في العقد ومثال ذلك شرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك[3] .

وقد تدارك المشرع الفرنسي النقص في نص المادة 132-1/5 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، فبموجب هذه المادة يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى وقت إبرام العقد والى جميع الظروف المحيطة بإبرامه ، إضافة إلى الشروط الأخرى للعقد.

كما يقدر بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيهما أحدهما إلى قانون الآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع.

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 94 .
[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 116 .
[3]- بودالي محمد ، المرجع نفسه ، ص 95 .

وقد سار المشرع الجزائري في نفس الاتجاه حيث ذهب إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه كذلك وهو منفرد ، بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى ، بمعنى ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد[1] .

وبالتالي نستنتج مما سبق بأن الميزة الفاحشة هي مقابل مغالى فيه (مفرط) مفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة أو مخالفة للقانون[2].

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

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

ثالثا : معيار الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات

نظرا للانتقادات التي وجهت للمعيارين السابقين ظهرت توجهات تنادي باعتماد معيار آخر لتحديد الشرط التعسفي ، وهو ما جعل واضعي التعليمة الأوروبية لسنة 1993 يقررون معيارا آخر للشرط التعسفي ، وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي بموجب قانون 01 فيفري 1995 .

غيران هناك من الفقه الفرنسي من يرى أن شيئا لم يتغير من حيث الموضوع ،أي أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة الفاحشة،و هو ما أدى بالكثير من الشراح إلى التقليل من أهمية التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي في 1995 .

وفي كل الأحوال فإن المعيار المعتمد على المستوى الأوروبي لتحديد الشرط التعسفي هو الإخلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد ، ولا شك أنه معيار قانوني موضوعي، لا يعتمد على رقم معين يحسب به عدم التوازن ، كما هو الحال بالنسبة للغبن

[1]- المادة5/3 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .
[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 117 .

وهو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 5/3 من قانون 04-02 " الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "[1]

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

غير أن المشرع الفرنسي وحرصا منه على حل الإشكال الأخير أضاف الفقرة 07 للمادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والتي جاء فيها بان تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة ، وهو ما يعتبر تأكيدا من المشرع على أن الهدف من المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد، وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة[2].

والمشرع الجزائري سكت عن هذه الحالة ، وهو ما يؤدي بنا إلى القول أن هذا المعيار قريب من فكرة الغبن في القانون الجزائري[3] .

كما يرى البعض بان المشرع في الأساس تناول مسالة تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة محتشمة واكتفى بعبارات عامة في نص المادة 5/3 حين تناول تعريف الشرط التعسفي ، فيفهم من المادة أن التقدير لا يتم بصورة منعزلة ، وإنما في إطار مجموع الشروط والبنود التي يتضمنها العقد.

وهو ما يعاب على المشرع ، إذ ما الفائدة من أن يضع تعريفا للشرط التعسفي دون أن يبين كيفية تقديره ، وهو ما يؤدي إلى تعدد المفاهيم وتضارب الأحكام ، الأمر الذي لا يخدم مصلحة أطراف العقد ،لا سيما الطرف الضعيف، ولا يمكن القول بأن المشرع اكتفى بقواعد تفسير العقود المذكورة في القانون المدني (المادتان 111 و112) ذلك أن لموضوع

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 146 و147 .
[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 118 .
[3]- المرجع نفسه ، ص 119 .

الشروط التعسفية خصوصياته المميزة التي تتطلب إفراده بقواعد خاصة تزيل كل غموض يكتنفه[1].

المطلب الثاني : مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص والعقود

اختلفت التشريعات الحديثة في تحديد الأشخاص المعنيين بالحماية من الشروط التعسفية، وكذا طبيعة العقود محل الحماية ، فمن التشريعات من حصرت الحماية على المستهلك دون سواه ،ومنها من توسعت في ذلك فمدت الحماية إلى كل طرف في عقد الإذعان سواء كان مستهلكا أم لا. وعليه سنتناول في هذا المطلب مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص وبعدها مجال الحماية من حيث العقود.

الفرع الأول : مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص

باعتبار أن هذا الموضوع يتصل بالمستهلك اتصالا وثيقا باعتباره الطرف الضعيف فلابد أولا من تحديد المفهوم القانوني للمستهلك ومن نتطرق إلى الشخص الذي تجب حمايته منه وهو ما يعرف بالمهني أو المحترف،ثم بيان من يستفيد من حماية المشرع ضد الشروط التعسفية.

أولا : المفهوم القانوني للمستهلك

فالمستهلك لغة : هو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك .

والمستهلك في المفهوم الاقتصادي هو كل فرد يشتري سلعا أو خدمات لاستعماله الشخصي وليس من أجل التصنيع وقيل بأنه الشخص الأخير الذي يحوز ملكية السلعة .

ويعني أنها لا تنتقل من يده إلى يد شخص آخر بعده . وقد حدد قانون التجارة الأمريكي الموحد السلع الاستهلاكية بأنها سلع تستعمل أو تشترى للاستخدام الشخصي أو العائلي أو للأغراض المنزلية[2].

فالحقيقة أن لفظ المستهلك والاستهلاك هو لفظ مألوف ومشاع في لغة الاقتصاد إلى جانب مصطلحات الإنتاج والتوزيع، ودخوله إلى لغة القانون لم يأتي إلا نتيجة اتجاه أنظار القانونيين لحمايته ، فكان من الضروري تحديد المقصود به في مجال العلوم القانونية[3] .

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 148 .
[2]- عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص18 .
[3]- محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص 9 .

1/ التعريف الفقهي للمستهلك :

وقد اختلف الفقه حول وضع تعريف محدد للمستهلك فهناك من يضيق من مفهومه وهناك من يوسعه.

فغالبية الفقهاء يتجهون إلى التضييق من مفهوم المستهلك باعتباره **" كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لاشباع حاجاته الشخصية والعائلية ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغراض المهنة أو الحرفة" .**

ويقصد بالمستهلك بالمفهوم الواسع **" الشخص الذي يحصل على السلع والخدمات المختلفة كما هو الحال بشراء المواد الغذائية وغيرها من السلع. والمستهلك المقصود بالحماية والاهتمام، هو الشخص الذي يسعى للحصول على متطلباته الأساسية أو الكمالية من مختلف السلع الاستهلاكية وغيرها من الخدمات والوسائل التي تعينه على متطلبات الحياة من غذاء وكساء وأدوات للزينة والى ذلك من الأشياء التي يحصل عليها من الأسواق على أساس التعامل مع التجار وأصحاب المهن أو الحرف المختلفة "**[1]

ومن خلال هذين التعريفين المختلفين للمستهلك يمكن القول بأن المستهلك "هو الشخص الذي يسعى للحصول على حاجته من مختلف السلع والخدمات " أو " الشخص الذي يستهدف إشباع حاجاته بالحصول على مختلف السلع والخدمات اللازمة لذلك "

وبناء على ما سبق يمكن أن نحدد خصائص المستهلك :

1- المستهلك قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يقوم بإبرام العديد من العقود من أجل إشباع حاجاته الفردية أو الأسرية أو تلك المرتبطة بشؤون حياته اليومية .

2- أن المستهلك يبرم العقود بهدف الحصول على الخدمات لينتفع به دون أن تكون لديه نية مسبقة للمضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة بيعها أو تصنيعها ، فالفرد يحصل على الملبوسات ليلبسها هو وأفراد عائلته، والأغذية ليأكلها ، فكل فرد يمكن أن يكون مستهلكا على هذا الأساس حتى ولو كان منتجا لسلعة ما، فانه يعتبر مستهلكا لغيرها من السلع ، ومثاله صانع الأجهزة الكهربائية هو منتج لهذا النوع من

[1]- عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 19 و20 .

السلع، بينما يعتبر مستهلكا للسلع الغذائية مثلا، وعليه فانه يستحق الحماية عندما يهدف للحصول على هذه السلع الاستهلاكية لشخصه أو أسرته .

3- أن المستهلك ليست له القدرة الفنية للحكم على ما يسعى للحصول عليه من سلع وخدمات من ناحية الجودة والمتانة، كما لا يستطيع أن يقوم بالصيانة الدورية الفنية للكثير من هذه الأشياء كالآلات الكهربائية وغيرها[1].

2/ التعريف التشريعي للمستهلك :

لم تتطرق أغلب التشريعات إلى وضع تعريف دقيق للمستهلك ولكن أشارت إليه بصفة عرضية في مختلف النصوص القانونية .

حيث نجد المشرع الفرنسي في نص المادة 02 من القانون رقم 22-78 المتعلق بحماية المستهلك في بعض عمليات الائتمان على أنه[2] **" يطبق القانون الحالي على كل عمليات الائتمان التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين والتي لا تكون مخصصة لتمويل نشاط مهني ..."** ، ويفهم من هذا التعريف ان المشرع تناول تعريف المستهلك بصفة عرضية وهو كل شخص تكون غايته الاستعمال الشخصي للمنتوج دون أن يكون مرتبطا بالنشاط المهني ، فالمشرع اعتمد على معيار الغاية .

كما نص المشرع الفرنسي في نص المادة 111 /1 من قانون الاستهلاك الصادر في 26 جويلية 1993 **" يجب أن يوضح كل مهني بائع للسلع أو مؤد لخدمات المستهلك وقبل إبرام العقد السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة "** فالمشرع اعتمد هنا على إيضاح عنصر التصرف وهو السلعة أو الخدمة .

كما يمكن أن نستشف المقصود بالمستهلك من خلال نص المادة 132-1السابقة الذكر من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1995 **" تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، الشروط التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد... "** فهذا النص يشترط للاستفادة

[1]- عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 21 .

2- زوبير أرزقي ، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2011 ، ص 35 .

من الحماية أن يكون العقد بين مستهلك ومهني ، أما العقود المبرمة بين المستهلكين فلا تكون محلا لهذه الحماية .

كما تطرقت التوجيهة الأوروبية الصادرة في 05 أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، حيث نصت المادة 02 على أن المستهلك **" كل شخص طبيعي وفي إطار العقود المتعلقة بنصوص التوجيهة، يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطاته المهنية "** فالشرط الوحيد لإضفاء الحماية على المستهلك هو عدم التصرف في الإطار المهني[1]

أما عن المشرع الجزائري فرغم أنه لم يعرف المستهلك في أول قانون أصدره لحماية المستهلك سنة 1989[2] .

إلا انه تدارك الأمر بعد ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90-39[3] المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش ، حيث عرفت المادة 9/02 منه المستهلك على أنه **" كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة ، معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به "**

والظاهر من هذا التعريف أن المشرع قد تبنى المفهوم الموسع للمستهلك حيث لم يستثني المستعمل الوسيطي الذي يقتني السلع من اجل إعادة استعمالها فهذا الشخص يعتبر مهنيا كالذي يشتري مواد أولية لإعادة تصنيعها .

كما عرف المشرع المستهلك في نص المادة 2/3 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها **" مستهلك : كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "** فهذا النص أقر وصف المستهلك على كافة الأشخاص الطبيعية والمعنوية شريطة أن تكون مجردة من الطابع المهني .

---

[1]- زوبير أرزقي ، المرجع السابق ، ص 36 و37 .

[2]- قانون رقم 89-03 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق ل7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى بموجب القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج . ر، عدد 15.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 3 رجب 1410 الموافق ل 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج . ر، عدد 5 .

أما القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 25 فبراير 2009 فقد عرف المستهلك في المادة 2/3 بأنه **" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به "**[1]

من خلال التعريفات التي أوردها المشرع في النصوص السابقة نجد انه قد وقع في تناقض ، حيث اخذ بالمفهوم الموسع في نص المادة 9/2 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، وفي المقابل اقر بالمفهوم الضيق للمستهلك في نص المادة 2/3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمادة 2/3 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وأمام هذا الوضع الذي يطرح العديد من الأسئلة أهمها أي واحد من المفهومين نعتد به ؟ هناك من يرى[2] بأنه في حالة تعذر الجمع بين نصين فإننا نلجأ إلى قاعدة الإلغاء ، وبناء عليه فان النص اللاحق يلغي النص السابق بمعنى أن نص المادة 2/3 من القانون 04-02 يلغي نص المادة 9/2 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

إضافة إلى أن المشرع من خلال تعريف المادة 3/2 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يبدو انه أكد على موقفه في تبنيه للمفهوم الضيق للمستهلك .

ثانيا : مفهـوم المهنـي أو المحترف

عرف بعض الفقهاء المهني بأنه**" الشخص الذي يتصرف لحاجات مهنته فهو يشتري أشياء ليس بغرض استعمالها أو استهلاكها ، بل لإعادة بيعها أو توزيعها أو إعادة تركيبها أو تجميعها وذلك كله لأغراض مهنته "**.

ويرى البعض الآخر أن المهني هو **" الشخص، سواء كان طبيعيا أو معنويا، الذي يتمتع بثلاثة من عوامل الأفضلية على من يتعاقد معه "**.

فهو يتمتع بأفضلية من الناحية الفنية في المجال الذي يعمل فيه فهو على دراية تامة بعناصر من منتجاته ومكوناته ومميزاتها وعيوبها وما يمكن أن تتعرض له بعامل من الزمن أو الاستعمال سواء كان يعمل في مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات.

[1]- زوبير أرزقي ، المرجع السابق ، ص 43 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 153 .

وهو أيضا يتمتع بأفضلية من الناحية القانونية ذلك أن كثرة اشتغاله بهذه المهنة أو الحرفة أو الخدمة واحتكاكه المستمر بالمستهلكين لها مما يكسبه - بلا شك- خبرة في التعامل معهم من الناحية القانونية .

وهو أخيرا يتمتع بأفضلية اقتصادية مقارنة بمن يتعامل معه فهو في اغلب الأحوال محتكرا فعليا، الأمر الذي يعطيه ميزة نسبية بالنسبة للآخرين المتعاملين معه من المستهلكين.

هذه الميزات النسبية التي يتمتع بها المهني، وهي في الحقيقة تلقي على عاتقه العديد من الالتزامات كالالتزام بإعلام المستهلك، والتزامه بضمان سلامة المنتج وضمان العيوب الخفية للمبيع[1].

أما بالنسبة للتشريعات فإنها لم تعرف المهني كالمشرع الفرنسي على أساس ان التعريف هو مهمة الفقه وليس المشرع .

غير انه وعلى العكس من ذلك فان المشرع الجزائري عرف المهني في نصوص متفرقة :

حيث نصت المادة 8/03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه :**" المتدخل : كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للإستهلاك "**

كما نصت المادة 2/3 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة[2]على أن: **"المؤسسة : كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد "**.

أما المادة 2/3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد نصت على أنه : **" عون اقتصادي : كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها "**.

[1]- محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص 17 و18 .

[2]- قانون 08-12 مؤرخ في 21 جمادى الثانية 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008، ج .ر عدد 36 يعدل ويتمم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 ، ج. ر 43.

كما جاء المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات بتعريف للمهني في نص المادة 2 منه **" المحترف : هو منتج أو صانع أو وسيط حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك ..."**

يتبين من خلال هذه التعريفات التي جاء بها المشرع في نصوص متفرقة أنها تتشابه فيما بينها، فالمهني يعتبر محترفا في مجال نشاطه، كما أن المشرع لم يفرق بين المنتج والموزع والوسيط واعتبرهم متدخلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك ،مما يجعل مصطلح "المتدخل " الوارد في قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر مصطلحا عاما يدخل ضمنه كل من قام بدور في العلاقة الانتاجية ابتداء من المرحلة الأولى إلى غاية وضع المنتوج للاستهلاك[1].

ثالثا : الطرف المستفيد من حماية المشرع ضد الشروط التعسفية

ثار التساؤل من الناحية القانونية حول اتجاه الحماية فيما إذا كان الأفضل هو قصر الحماية على المستهلكين أم مدها لكل شخص، مستهلكا كان أم محترفا يكون طرفا في عقد الإذعان، وحتى نتمكن من الإجابة عن هذا التساؤل بصفة دقيقة يجب أن نجيب عن السؤال التالي وهو هل المهم في إطار الحماية من الشروط التعسفية، النظر إلى أطراف العقد أم إلى طبيعة العقد ؟ وبعبارة أوضح هل المقصود من تقرير حماية قانونية ضد الشروط التعسفية يكمن في حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، أم أنه يكمن في إعادة التوازن المفقود في عقود الإذعان ؟

ف**الاتجاه الأول** الذي يرى بان المهم في الحماية هو المستهلك وحجتهم في ذلك هو أن هذا الأخير يعتبر طرفا ضعيفا وبدون سلاح في مواجهة مهني يملي عليه شروطه ، إضافة إلى أن المستهلك رجل عادي في مواجهة المهني الذي يكون بالضرورة شخص متبصر[2].

وقد تم نقد هذا الرأي على أساس أن الحجج التي قدمها تبدو غير مقنعة فالحجة الأولى لا يقتصر وجودها على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين أنفسهم، فكثيرا ما يجد المحترفون أنفسهم دون سلاح أمام محترف أقوى منهم محتكرا لسلعة أو خدمة ما، أما الحجة

[1]- زوبير أرزقي ، المرجع السابق ، ص 47 و48 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 156 .

الثانية فليس لها علاقة وطيدة بالحماية ضد الشروط التعسفية ، حيث تتطلب إلزام المهنيين بإعلام ونصح المستهلكين، وهو ما نصت عليه كل تشريعات حماية المستهلكين.

أما **الاتجاه الثاني** الذي ينظر إلى طبيعة العقد فيحتج بطبيعة عقد الإذعان، الذي كما سبق قوله انه عقد يملي فيه احد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون أن يكون لهذا الأخير فرصة المناقشة والمفاوضة ،أما بالقبول أو الرفض جملة وتفصيلا، ففي هذا النوع من العقود يظهر جليا الاختلال في التوازن العقدي فأحد المتعاقدين يسيطر سيطرة كبيرة على المتعاقد الآخر الذي يكون مستسلما ومرد هذه السيطرة هو الاحتكار الفعلي أو القانوني للسلعة أو الخدمة من طرف المتعاقد القوي .

ويعتقد الكثيرون أن الاتجاه الثاني هو الأقرب للمنطق القانوني ويصلح كحل لمعالجة ظاهرة اختلال التوازن العقدي ، خاصة وان هذه الظاهرة انتشرت بكثرة في عقود الإذعان المبرمة بين المستهلكين والمحترفين وبين المحترفين أنفسهم على حد سواء، فكما يجد المستهلك نفسه ضعيفا أما محترف يملي عليه شروطه، يجد المحترف البسيط نفسه أيضا ضعيفا أمام محترف قوي ومن ثم فليس هناك معنى من حرمان المهني من حماية القانون ضد الشروط التعسفية في مثل هذه الأحوال، خاصة وان المعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي هو وجود اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فهذا المعيار يرتكز على ظاهرة عدم التوازن العقدي ، زمن دون شك تتواجد في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين وتلك المبرمة بين المحترفين أنفسهم[1] .

وهذا ما جعل البعض[2]يثنون على المشرع عندما أخذ بهذا الاتجاه الذي يعتبر شبيها بالنموذج الألماني، غير انه تظل بعض علامات الاستفهام قائمة حول تخصيص تعريف للمستهلك وتبني المفهوم الضيق له ، وقصر الممارسات التعسفية في المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على العقود المبرمة بين المستهلك والبائع، ولم يتدارك المشرع ذلك في التعديل الذي جاء به بموجب القانون 10-06 ، وهو ما

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص156 و157.
[2]- المرجع نفسه ، ص 157.

أدى بالبعض[1] إلى مطالبة المشرع بإلغاء المادة 2/3 الخاصة بتعريف المستهلك، وإعادة صياغة المادة 29 من نفس القانون.

الفرع الثاني : مجال الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث العقود

للبحث في مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث العقود يتوجب علينا النظر في الطبيعة القانونية لهذه العقود فيما إذا كان الأمر يقتصر على عقود الإذعان أم يمتد كذلك إلى عقود المساومة ؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى يستلزم البحث في شكل وموضوع العقد، فهل يعتد بمعيار الشكل أم لا؟ وهل الأمر يقتصر على العقود التي يكون موضوعها عقد البيع أم يمتد إلى كافة العقود ؟

أولا : الطبيعة القانونية للعقد

اختلفت التشريعات حول مسالة تحديد الطبيعة القانونية للعقد في إطار الحماية ضد الشروط التعسفية فهنا من يقتصرها على عقود الإذعان وهناك من يمدها لتشمل عقود المساومة.

تعتبر عقود الإذعان المجال الخصب لظاهرة الشروط التعسفية ، لكن هذا لا يعني بالضرورة أن يتضمن كل عقد إذعان شروطا من هذا الصنف ، فقد يحدث أن نجد عقود إذعان خالية من هذه الشروط، كما أن مد الحماية إلى عقود المساومة من شانه أن يوفر حماية اكبر للطرف الضعيف.

وبما أنه قد سبق وان تناول عقد الإذعان في الفصل الأول بكل تفصيل، فستقتصر دراستنا في هذا الجزء على الاتجاهات الحديثة في تحديد طبيعة العقد وموقف المشرع الجزائري منها.

وفي هذا الصدد نجد اتجاهين اتجاه ضيق واتجاه موسع ، فالاتجاه الضيق يقصر الحماية على عقود الإذعان باعتبارها كما أسلفنا المجال الخصب للشروط التعسفية ولقيامها على ظاهرة عدم التوازن العقدي ، وهناك مستويين لهذا الاتجاه ضيق وأضيق ، فالضيق يمثله التشريع الألماني لسنة 1976 حيث حصر الحماية على عقود الإذعان بينما وسعها من حيث الأطراف إذ سوى في الحماية بين المستهلكين والمحترفين .أما المستوى الأضيق تمثله

[1]- شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، ص 158 .

التعليمة الأوروبية لسنة 1993 والتي بدورها تحصر نطاق الحماية على عقود الإذعان كما أنها تحصرها من حيث الأطراف على العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين دون تلك التي يبرمها المحترفون فيما بينهم.

أما الاتجاه الواسع والذي يمثله التشريع الفرنسي ويظهر بصورة واضحة وأكيدة من خلال قانون 01 فيفيري 1995 الذي مد نطاق الحماية إلى عقود المساومة وذلك بشكل واضح ولا لبس فيه ، حيث جاء في المادة 132-1/4 على أن نصوص هذا القانون تطبق حتى في حالة الاشتراطات التي تم التفاوض فيها بصورة حرة ، وبهذا فقد خالف المشرع الفرنسي التعليمة الأوروبية التي خصت بالحماية الشروط التي لم تكن موضوع مفاوضة فردية[1] .

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد جاء موقفه واضحا، حيث حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان دون أن يمدها إلى عقود المساومة ، وهذا واضح منذ الوهلة الأولى إلى تحديد المقصود بعبارة "عقد" الواردة في المادة 4/3 من قانون 04-02 أن معناها هو عقد الإذعان ، وبهذا يكون المشرع قد وافق المشرعين الألماني والأوروبي في تحديد نطاق الحماية من حيث العقود ، لكنه كان أكثر موافقة للمشرع الألماني عندما مد الحماية للمحترفين والمستهلكين على حد سواء مخالفا بذلك التعليمة الأوروبية في هذه النقطة بالذات ، ومخالفا المشرع الفرنسي في نطاق الحماية من حيث الأشخاص والعقود[2].

غير أن هناك من يرى بأنه كان على المشرع أن يمد الحماية إلى عقود المساومة مما يؤدي إلى توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية .

ويعقب البعض الأخر[3] على هذا الرأي في ان المشرع قد تبنى الاتجاه الواسع في نطاق الحماية من حيث الأشخاص فإذا ما وسعنا نطاق الحماية من حيث العقود فسنكون أمام اتجاه موسع جدا من حيث العقود والأشخاص في آن واحد ، وهو اتجاه لم تأخذ به التشريعات الأوروبية ، إضافة إلى أن الهدف الأساسي من حماية المتعاقد من الشروط التعسفية هو محاولة معالجة ظاهرة عدم التوازن العقدي ، وعليه فليس هناك ما يبرر هذه الحماية إذا

[1]- شوقي بناسي ،المرجع نفسه ، ص 162 و163 .
[2]- المرجع نفسه ، ص163.
[3]- المرجع نفسه 164 .

استطاع المتعاقد التفاوض بشكل حر بخصوص شروط العقد أو على الأقل بالسبة للشرط الذي يراه تعسفيا.

ثانيا : شكل العقد وموضوعه

بالرجوع إلى نص المادة 4/3 من قانون 04-02 التي عرفت عقد الإذعان نجدها تستعمل عبارة " حرر مسبقا " مما يعني أن المشرع قصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان التي تكون مكتوبة مسبقا، أما الشفوية منها فلا تشملها الحماية .

ويلاحظ أن المشرع لم يشترط شكلا معينا تتخذه هذه الكتابة أو السند الذي ترتكز عليه حيث نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه " يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة بسند أو بسند 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 المقررة مسبقا "

ومنه يتبين أن المشرع لم يعتد بالشكل كمعيار للحماية من الشروط التعسفية مكتفيا بضرورة توافر عقد مكتوب مسبقا من طرف المحترف يستهدف إذعان الطرف الآخر، محترفا كان أم مستهلكا، بحيث لا يمكن إحداث تعديل حقيقي فيه.

وهو نفس ما اقره المشرع الفرنسي في نص المادة 132-4/1 من قانون الاستهلاك بأن نصوص هذا القانون قابلة للتطبيق مهما كان شكل أو سند العقد سواء تعلق الأمر بوصلات طلب الشراء أو الفواتير، ووصلات الضمان ، أو وصلات التسليم، أو التذاكر.

أما بالنسبة لموضوع العقد فان المشرع الجزائري يشترط أن يتعلق موضوع العقد ببيع سلعة أو تأدية خدمة ، على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يهتم بموضوع العقد الذي يمكن أن يتعلق بعقد بيع أو أداء خدمة أو عقد وكالة أو عقد وديعة[1].

المبحث الثاني : الطرق الحديثة للرقابة على الشروط التعسفية

في ظل الحياة الاقتصادية المعاصرة الذي أصبحت تعرف فيه الشروط التعسفية رواجا واسعا يستعمله الأقوياء لفرض سيطرتهم على الضعفاء من أجل تحقيق مصالحهم الاقتصادية

[1]- شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، ص 164 و165 .

أصبح من الضروري البحث عن حلول قانونية تمكن من التصدي لهذه الظاهرة بحيث يتم من خلالها إعداد طرق لمواجهة الشروط التعسفية من جهة، ومن جهة أخرى تقرير جزاء مناسب لها.وهو ما سنشمله بالدراسة في المطلبين المواليين .

المطلب الأول : طرق مواجهة الشروط التعسفية

تضمنت القواعد المعاصرة لحماية المستهلك العديد من طرق الرقابة على شروط العقد، فبالرجوع إلى القانون المقارن يمكن القول انه توجد ثلاثة أساليب لمواجهة الشروط التعسفية هي : الأسلوب التشريعي، الأسلوب التنظيمي، الأسلوب القضائي، وقد اختلفت التشريعات في تبني أي واحد أو أكثر من هذه الأساليب .

الفرع الأول : الرقابة التشريعية على الشروط التعسفية

يقصد بهذا الأسلوب من الرقابة هو أن يتدخل المشرع ويعد قائمة بالشروط التعسفية[1] ، وهو الأسلوب الذي انتهجه المشرع الألماني كأصل عام، حيث وضع قائمتين بالشروط التعسفية الأولى سوداء تضم ثمانية أنواع من الشروط التي تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية وهي تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي ،ويقع على المحترف عبء إثبات أنها لا تحقق له أية ميزة مفرطة.

ولم يتبع المشرع الفرنسي هذا المنهج بمناسبة تعديله لقانون الاستهلاك في 1995 وفضل إتباع منهج التعليمة الأوروبية ، حيث الحق بقانون الاستهلاك قائمة بالشروط التعسفية[2] بموجب نص المادة 132-3/1 التي أوردت لائحتين الأولى لائحة سوداء تتضمن ثمانية عشر شرطا **تعد تعسفية بطبيعتها وفي حد ذاتها**، والثانية لائحة رمادية من ستة عشر شرطا **يفترض فيها وصف التعسف**.

وإذا ما تضمن العقد شرطا من الشروط التعسفية الواردة في القائمة السوداء فان هذا الشرط يعتبر في جميع الأحوال كأن لم يكتب.أما القائمة الرمادية وباعتبارها تشمل شروطا يفترض فيها وصف التعسف مع التحفظ لإمكان قيام المحترف بإثبات عكس ذلك باعتبار أنها لم تعطه بشكل عام أية ميزة استثنائية مبالغ فيها.

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 120 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 169 و170.

ومن الشروط التي تتضمنها اللائحة السوداء تلك الشروط التي يكون موضوعها إعفاء المحترف من مسؤوليته أو التخفيف منها في حالة عدم تنفيذ التزاماته كليا أو في حالة التأخر في القيام بذلك ، كما يدخل ضمنها شرط الإعفاء من المسؤولية أو الضمان سواء تعلقت بعقد من عقود البيع.

أما اللائحة الرمادية فتشمل مجموعة من الشروط التي يتم الاتفاق عليها من قبل المتعاقدين والتي لا تحترم توصيات لجنة الشروط التعسفية[1] .

وتعد هذه القائمة قائمة بيانية لا حصرية لأنها تسمح بتوجيه المحترفين والقضاة، لكن ليس لها قوة ملزمة على أساس انه يمكن اعتبار شرط ما وارد فيها غير تعسفي –كحالة خاصة- كما يمكن الحكم على شرط ما أنه تعسفي على الرغم من ان القائمة لم تتضمنه ، ويعود سبب ذلك ان المعيار المتبع لتحديد الطابع التعسفي للشرط هو عدم التوازن الظاهر وليس هو تواجد الشرط ضمن القائمة[2] .

أما عن المشرع الجزائري فقد اقتدى بالمشرع الفرنسي وقام بإيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون 04-02 السالف الذكر بقولها " تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية .
5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها .

[1]- سميح جان صفير ، المرجع السابق ، ص 31 و32 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 170.

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 لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة ".

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

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

ويمكن القول بان المشرع الجزائري قد اتبع المنهج الألماني من خلال وضعه لقائمة سوداء تتضمن ثمانية أنواع من الشروط التعسفية لكن دون أن تكون حصرية ولعل المشرع قصد بذلك تجنب تحكم القضاء، حتى وان كان ذلك يؤدي تضييق نطاق الحماية من حيث الأشخاص .

ومن جهة أخرى فان المشرع قد أورد بذات القانون تعريفا للشرط التعسفي وهذا إلى جانب القائمة السوداء ، الأمر الذي يسمح للقضاء ببسط سلطته على تلك الشروط التي لم ترد بنص المادة 29 وهذا كله تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع [2].

[1]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 98 .
[2]- المرجع نفسه ، ص 99 .

الفرع الثاني : الرقابة التنظيمية على الشروط التعسفية

يقصد بها تدخل السلطة التنظيمية في لإعداد قائمة الشروط التعسفية ، وهذا الأسلوب لم يعرفه القانون الألماني الصادر في 1976 في حين اخذ به المشرع الفرنسي منذ سنة 1978.[1]

وهي تنقسم إلى رقابة لجنة الشروط التعسفية ورقابة الحكومة عن طريق تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم.

أولا : رقابة لجنة الشروط التعسفية

أنشأت هذه اللجنة الإدارية بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية ، لدى الوزير الأول وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995 .

وتتشكل هذه اللجنة من 13 عضوا تضم عناصر قضائية، وعناصر إدارية، ومستشارين في مجال القانون أو فن العقود ، وعناصر ممثلة للمستهلكين والمهنيين ، وهو ما يدل على أن المشرع حرص على تمثيل جميع الأطراف المعنية بمشكلة الشروط التعسفية في هذه اللجنة ، وهذا حتى يمكنها أن تؤدي المهمة المنوطة بها على أحسن وجه ، وهذا يعكس وجهة نظر المشرع في مواجهة الشروط التعسفية عن طريق أهل الخبرة والاختصاص وتمثيل كل الأطراف المعنية ، إضافة إلى أن هذه التشكيلة تمثل ضمانة للجدية لا مجرد التشاور.[2]

وتتمثل مهمة اللجنة في فحص نماذج العقود والوثائق المستعملة في الواقع العملي وإصدار توصيات بشأن إلغاء الشروط التعسفية واستبعادها من العقود أو تعديلها ، ويتم ذلك إما بصفة تلقائية أو بناء على طلب المهنيين أو جمعيات حماية المستهلك .

كما اسند لها اختصاص إبداء الاقتراحات التي تتعلق بمشاريع النصوص التشريعية أو التنظيمية التي يكون موضوعها حظر أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية ، كما تصدر تقريرا سنويا يتضمن عرضا لنشاطاتها ، لكن هذه اللجنة ذات طابع إداري وليس لها أي

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 172 .
[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 126 و127 .

سلطة قضائية أي أن توصياتها ليس لها صفة الإلزامية ومع ذلك فهي تمارس على المحترفين ضغطا معنويا بسيطا[1].

كما أن المشرع الجزائري انشأ لجنة مماثلة بموجب المرسوم التنفيذي[2] 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، وذلك في نص المادة 06 منه التي جاء فيه النص على تنصيب لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وهي ذات طابع استشاري ، ونص في المادة 08 من نفس المرسوم على تشكيلة اللجنة التي تتكون من: ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية (رئيسا)- ممثل عن وزير العدل مختص في قانون العقود- عضو من مجلس المنافسة –متعاملين (2) اقتصاديين 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 . يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في إعمالها.

أما عن اختصاص هذه اللجنة فهو شبيه إلى حد كبير باختصاص نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي ، كما تقوم بصياغة توصيات التي تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[3].

وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها ، تخطر أما من تلقاء نفسها ، أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة ، أو تخطر من طرف كل إدارة و جمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[4].

---

[1]- محمد الهيني ، المرجع السابق ، ص 140 و141 .

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج .ر عدد 56.

[3]- انظر المادة 07 من المرسوم 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[4]- انظر المادة 11 من نفس المرسوم .

وتنشر اللجنة 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 كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة[1].

وأخيرا فان المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء مخالفا بذلك المشرع الفرنسي[2].

ثانيا : رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم

أجازت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 للحكومة تحديد أو تنظيم أو تحريم الشروط التعسفية ، وقد أوردت عدة شروط تعسفية على سبيل الحصر تتعلق بما يلي: طابع تحديد أو قابلية التحديد للثمن ودفعه –جوهر الشيء أو تسليمه –تبعة الهلاك –نطاق المسؤوليات والضمانات –شروط تنفيذ العقد –شروط إنهاء أو فسخ أو تجديد العقد[3].

وقد أصدرت الحكومة الفرنسية منذ بدء العمل بنظام المراسيم في عام 1978 سوى مرسوم واحد بتاريخ 1978/0/24 والذي نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية ، لم يلبث مجلس الدولة وان ألغى واحدا منها[4] ، على أساس أن الشروط المتعلقة بالتكوين لم تتضمنها المادة 35 .

وعليه فان الشروط المحظورة حاليا عن طريق المرسوم هي ثلاثة :

1- في عقد البيع : الشرط الذي موضوعه أو أثره استبعاد أو إنقاص حق غير المحترف أو المستهلك في التعويض في حالة إخلال المحترف بأي من التزاماته

2- في كل العقود : الشرط الذي يسمح للمحترف بتعديل من جانب واحد لخصائص المنتوج أو الخدمة التي سيقدمها ، إلا إذا تعلق الأمر بتغيير مرتبط بالتقدم التقني دون أن يكون له انعكاس على الثمن وعلى تلف النوعية .

---

[1]- انظر المادة 12 من المرسوم 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 130 .

[3]-شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 172 .

[4]- بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص28 .

3- في عقود توريد الخدمات المالية عن بعد، الشرط الذي موضوعه أو أثره النص الذي يفرض على المستهلك عبء إثبات احترام المورد للالتزامات المتولدة عن التشريع الجديد في المادة.

وبموجب القانون الصادر في 01 فيفري 1995 أعاد المشرع هذا الأسلوب، حيث منحت المادة 132-2/1 لمجلس الدولة أن يحدد نماذج الشروط التي يجب النظر إليها كشروط تعسفية في مفهوم الفقرة الأولى وهذا عن طريق المراسيم وبعد اخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.[1]

وبالنسبة للتشريع الجزائري فان المادة 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تنص على انه " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم ، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع اخذ أيضا بأسلوب الرقابة التنظيمية فقد أجاز للسلطة التنظيمية التدخل بطريقتين تتمثل الأولى في تحديد العناصر الأساسية للعقود والثانية لمنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود.

وعلاوة على ذلك أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية حيث نجد المادة 02 منه قد حددت العناصر الأساسية بقولها " العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وامن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع" كما بينت المادة 03 أن العناصر الأساسية تتعلق بما يلي " خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها – الأسعار والتعريفات –كيفيات الدفع- 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 "

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 172 و173 .

أما من حيث البنود التي تعتبر تعسفية فقد حددتها المادة 05 بقولها تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي : " تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و3 أعلاه –الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك –عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض –التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته –النص في حالة الخلاف على مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده-فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد –الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة إذا ما 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 –تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك –الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق –يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته –يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته "

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن هو كالتالي [1]:

1) من خلال عنوان المرسوم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية يظهر أن المشرع حصر نطاق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، مخالفا بذلك المادة الأولى من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي اعتبرت أن الهدف من هذا القانون هو " تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين "

[1]- شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، ص 174 و175.

2) أن الشروط التي اعتبرها المشرع تعسفية هي التي نص عليها المشرع الفرنسي في ملحق قانون الاستهلاك .

3) أن المشرع اعتبر الشروط التي ذكرتها المادة 5 شروطا تعسفية بقوة القانون بمعنى أن لون القائمة المذكورة أعلاه هو الأسود ، وتبعا لذلك يكون المدعي معفيا من إثبات طابعها التعسفي.

4) إذا كانت المراسيم الصادرة عن الحكومة في فرنسا بخصوص الشروط التعسفية تخضع لرقابة مجلس الدولة، فان المشرع الجزائري لم ينص على نص صريح يقضي بذلك، وهو ما قد يؤدي إلى تسلط السلطة التنظيمية وتحكمها[1].

الفرع الثالث : الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

اعتمدت الولايات المتحدة الأمريكية هذا النمط من الرقابة على الشروط التعسفية ، حيث تنص المادة 2/302 من مدونة قانون التجارة الموحد على ما يلي" 1-إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية منافيا للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد، أو تنفيذ باقي بنوده ماعدا ما هو مناف للضمير وذلك لتفادي الآثار المجحفة 2-عندما يدعي أو يتضح للمحكمة أن العقد أو احد بنوده مناف للضمير، فان المحكمة تمنح أطراف العقد فرصة معقولة لتقديم الدليل حول ملائمته التجارية، غرضه وآثاره ، وذلك لإعانة المحكمة لاتخاذ قرارها"

وعليه يتبين أن هذا النص قد منح للقاضي سلطة واسعة ، فله الحق في رفض تنفيذ العقد أو الشرط كماله الحق في تعديل مضمونهما لرفع الإجحاف، عن الطرف الضعيف ، غير أن القاضي لا يمكنه التدخل إلا إذا رفع احد المتعاقدين دعوى بذلك ، أو ظهر للقاضي أن العقد أو الشرط مناف للضمير وقت إبرام العقد ، وفي بحثه هذا يستعين بالملائمة التجارية من حيث الغرض والآثار.

ويلا حظ على المادة السابقة أنها لم تشترط أن يكون العقد قد تم وفق نموذج محدد ، بل تعتبر وسيلة لمواجهة أي إجحاف يرد في العقد ، وقد جاء في التعليمات الرسمية على هذه

[1]- شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، ص 176 .

المادة أن سبب إصدارها هو من اجل تفادي التعسف والمفاجآت غير العادلة ، ومنه يبدو أن الغاية من إصدار هذه المادة هو تجنب الشروط المجحفة التي تؤدي إلى عدم التوازن العقدي ، ومكافحة ما ينتج عن عدم التروي والخلل في إجراءات إبرام العقد[1].

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

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

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

وجدير بالإشارة إلى أن قانون 01 فيفري 1995 لم يتخذ موقفا واضحا من سلطة القاضي تجاه البنود التعسفية ، مع أن تعريف الشرط التعسفي الذي جاء به يقضي بمثل هذا التدخل القضائي ، مما يدل على انه لم يكرس ما قضت به محكمة النقض إلا بصورة ضمنية ويستشف ذلك من خلال المادة 132-2/1 التي قضت بان السلطة الممنوحة للحكومة لتعيين الشروط التعسفية هي اختيارية محضة ،ومن المادة 132-3/1 التي قضت بان القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك هي قائمة بيانية غير حصرية ، وهذا ما يمهد للقضاء بالتدخل[4].

---

[1]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 177 و178 .
[2]- محمد الهيني ، المرجع السابق ، ص 151 .
[3]- المرجع نفسه ، ص 152.
[4]- شوقي بناسي، المرجع نفسه ، ص 178 .

حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى التعريف الذي أوردته المادة 132-1/1 من قانون الاستهلاك ، هذا التعريف الذي تضمن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين كمؤشر على اعتبار شرط ما شرطا تعسفيا.

بالإضافة إلى ذلك يمكن للقاضي أن يطلب رأي لجنة الشروط التعسفية بشان الشرط محل النزاع المطروح، وذلك بموجب المرسوم المؤرخ في 10 مارس 1993 ، الذي اسند للجنة الشروط التعسفية مهمة استشارية لدى القضاء ، وان كان غير ملزم بها .

وسلطة قاضي الموضوع في الإعلان عن الشرط التعسفي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، مما يؤدي إلى التوحيد لمعايير التدقيق، ومنه استقرار المعاملات[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد اعتبر أحكام المادة 132-1 من النظام العام ، وعليه يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه ليقرر الطابع التعسفي لشرط ما ورد في العقد، وذلك حتى ولو سكت الطرف الضعيف.[2]

أما بالنسبة للقاضي الجزائري ، فإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني التي منحت له سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، فان تعريف الشرط التعسفي الوارد بالقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فقد عزز من هذه السلطة الممنوحة له ، و تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع،وذلك فضلا عن رجوعه إلى القائمة الواردة بالقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بموجب المادة 29 منه، والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في المادة 05 منه ليستهدي بها.

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

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 148 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 179 .

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

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

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

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

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

ولجمعيات حماية المستهلك دور آخر مهم في توعية المستهلكين عن طريق إعلامهم بحقوقهم وتوجيههم في ميدان الاستهلاك عن طريق النشرات التي تصدرها[3].

كما أن المشرع الجزائري فقد أجاز هو الأخر في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بموجب نص المادة 1/65 لجمعيات حماية المستهلكين ، والجمعيات المهنية ، وكل شخص طبيعي، أو معنوي ذي مصلحة ، حق رفع دعوى أمام

[1]- محمد الهيني ، المرجع السابق ، ص 145 .
[2]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 150 .
[3]- محمد الهيني ، المرجع نفسه ، ص 146 و147 .

القضاء ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1].

المطلب الثاني : الجزاء المقرر للشروط التعسفية

أقرت التشريعات الحديثة فرض عقوبات جزائية وعقوبات مدنية وهذا من اجل إعطاء دفع قوي لمواجهة الشروط التعسفية.

الفرع الأول : العقوبات الجزائية

في التشريع الفرنسي ، وحسب المادة 141-1 من قانون الاستهلاك المعدلة في شقها الثاني بموجب القانون رقم 07-1774 المؤرخ في 17 ديسمبر 2007 فان مخالفات المادة 132-1 تثبت وتتابع في إطار الشروط المحددة بموجب المواد 2/1/45 و 46-47-52 من الأمر 86-1243 المؤرخ في 1986/12/1 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.وهي اليوم مقننة في المادة 450-1 وما بعدها من قانون التجارة.

وقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج حيث اقر عقوبات على مخافة أحكام المادة 29 المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك في نص المادة 38 من نفس القانون بقولها " تعتبر ممارسات تجارية تعسفية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) الى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج).

الفرع الثاني : العقوبات المدنية

تعتبر العقوبات المدنية أقوى فعالية من العقوبات الجزائية ، ذلك ان القاضي اذا اعتبر ان الشرط الوارد في العقد يحمل الطابع التعسفي ، فانه يمكنه لا يمكن بعد ذلك ان يواجه به الطرف الضعيف.كما انه يمكنه المطالبة بالتعويض[2].

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 151 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 183 و184 .

أولا : جزاء البطلان

نصت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية على أن : "....الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة "

وبعد وضع تقنيين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 أعاد المشرع النص في المادة 132-6/1 منه ، على اعتبار الشروط التعسفية كان لم تكن مكتوبة .

واتفق اغلب الفقه على عبارة " تعتبر غير مكتوبة "تعني باطلة ، ونوع البطلان المقرر في نص المادة 132 هو بطلان نسبي، مقرر لمصلحة المستهلك ، ومتعلق بالنظام العام ، ذلك لأن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم ومصلحة المستهلك ، فالبطلان المطلق قد ينقلب ضده، لأنه يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل، والتي لا غني له عنها، وإعمال البطلان النسبي يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة[1].

غير أن هناك من ينتقد[2] هذا الاتجاه على أساس أن قانون حماية المستهلك لا يهدف فقط إلى حماية الطرف الضعيف وإنما يهدف كذلك إلى تهذيب مجموع العلاقات العقدية ، هذا من جهة ،ومن جهة أخرى فان الأحكام المنظمة للشروط التعسفية لا تتماشى مع الطابع النسبي للبطلان الجزئي الذي يلحق الشرط، إضافة إلى انه كما سبق وأن رأينا انه بإمكان جمعيات حماية المستهلكين رفع دعاوى قضائية ضد الشروط التعسفية ، كما يمكن للقاضي أن يثير الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه ، مما يعني أننا أمام نظام توجيهي وليس حمائي وهو ما يؤدي الى القول بان البطلان الذي يلحق الشرط لا يكون إلا مطلقا

وبالنسبة للمشرع الجزائري فانه لم ينص صراحة على جزاء مدني للشرط التعسفي في القانون 04-02 ، ويرى البعض أن هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرع ، وهو نقص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي[3].

---

[1]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع السابق ، ص 151 و152 .
[2]- شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، 185 .
[3]- سي طيب محمد الأمين ، المرجع نفسه ، ص 152 .

ثانيا : جزاء التعويض

يجوز للطرف الضعيف الذي لحقه ضرر من جراء الشرط التعسفي أن يرفع دعوى قضائية من أجل الحصول على حكم قضائي بتعويضه، لكن عليه أن يثبت أن هذا الضرر يحمل فعلا شروط الضرر القابل للتعويض كما عليه أن يثبت العلاقة السببية بين الضرر والشرط التعسفي .

و كما سبق الذكر فانه يجوز أيضا لجمعيات حماية المستهلكين في فرنسا المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي الذي لحق المستهلكين.

والمشرع الجزائري أجاز أيضا لجمعيات حماية المستهلكين هذا الحق في نص المادة 2/65 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية " كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم ".

فهذا النص يجيز لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية وكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض دون الحاجة إلى الرجوع إلى نص المادة 124 من القانون المدني.

غير أن المادة 2/65 سمحت للجمعيات المذكورة التأسيس كطرف مدني بمعنى أنها حصرت الأمر في القضاء الجزائي ولم تشر إلى القضاء المدني[1].

[1]- شوقي بناسي ،المرجع السابق ، ص 185 .

الخاتمة

خـــاتـمـــة

في ختام هذا البحث المتواضع الذي تناولنا فيه حماية المتعاقد من الشروط التعسفية وقد بينا ان هذه الحماية لم تأت على دفعة واحدة بل جاءت على مرحلتين :

المرحلة الأولى : تمثلت في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية وهي القواعد العامة في القانون المدني ، حيث ان هذه الأخيرة تضمنت وسائل أو تقنيات قانونية منها يطبق على جميع العقود كنظرية الغبن والاستغلال وحسن النية ومنها ما يتعلق بعقد الإذعان لا سيما ما يملكه القاضي من سلطة تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها ، كما يفسر الشك لمصلحة المدين.

ومنها أيضا ما جاء في بعض القواعد المتفرقة كتدخل القاضي للحد من المغالاة في الشرط الجزائي ، إضافة إلى الحكم على بعض من الشروط بالبطلان إذا وردت في نوع محدد من العقود كالشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع، والشرط الذي يضعه الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي ، وبطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إضافة إلى الشروط التي ترد في وثيقة التأمين.

المرحلة الثانية : وهي الأهم فقد جاءت نتيجة قصور القواعد التقليدية عن توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد ومنه أصدرت التشريعات أنظمة خاصة لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية ، حيث اصدر المشرع الجزائري القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، وهي مبادرة تستحق الثناء على المشرع في إفراده موضوع مواجهة الشروط التعسفية بنصوص خاصة .

غير أن هناك بعض النقائص التي تغاضى عنها المشرع وتتمثل في :

- أن المشرع حين تعريفه للشرط التعسفي قصره على عقود البيع التي يكون محلها سلعة أو تأدية خدمة، دون أن يشمل عقود البيع التي يكون محلها عقار على الرغم من إمكانية أن تطالها الشروط التعسفية.

- أن المشرع قد وقع في تناقض حين وسع من نطاق الحماية في المادة الأولى من القانون 04-02 لتشمل المستهلكين أنفسهم والمحترفين فيما بينهم ، ثم تراجع بعد ذلك في نص المادة 29 وحصر نطاق الحماية على العقود التي تتم بين البائع والمشتري هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تبنى المفهوم الضيق للمستهلك في المادة 2/3 من نفس القانون ، والمادة 2/3 من القانون رقم 09-03.
- أن المشرع انتهج النهج القائم على وضع قوائم سوداء للشروط التعسفية وذلك في نص المادة 29 من القانون 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، إلا أن هذا النهج لا يتناسب مع وضع تعريف واسع للشرط التعسفي في المادة 5/3 من قانون 04-02 يتم تقديره بالنظر إلى مجموع بنود العقد.
- أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على جزاء مدني للشرط التعسفي إذا ما ثبت وجوده ، وهو ما يجعل الحماية التي قررها المشرع بموجب قانون 04-02 ناقصة فالقاضي يجد القانون أمامه الذي يتضمن كل الوسائل التي يحتاج اليها باستثناء الجزاء المدني.

قائمة المراجع

أولا : الكتب

1/ الكتب العامة :

- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الثالثة ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004 .
- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ،الطبعة الثانية ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام : مصادر الإلتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، 1952 .
- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثامنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008.
- علي فيلالي ، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، بدون عدد الطبعة ، الجزائر ، 2008 .
- لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ، بدون عدد الطبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ،1990 .
- محمد رياض دغمان ، الزامية العقد – دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2010 .
- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2004 .

2/ الكتب الخاصة :

- بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر-، بدون عدد الطبعة ، دار هومه ، الجزائر ، 2007 .
- عبد المنعم موسى ابراهيم ، حماية المستهلك – دراسة مقارنة- ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 .
- محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك – دراسة مقارنة – ، بدون عدد الطبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ، مصر .

ثانيا : الرسائل والمذكرات

- بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون ،كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الحاج لخضر بباتنة ، 2011-2012.
- جرعود الياقوت ،عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،كلية الحقوق ببن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2001-2002 .
- دحمون حفيظ ، التوازن في العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق ببن عكنون ، الجزائر ، 2011-2012 .
- زوبير أرزقي ، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2011 .
- سي طيب محمد الأمين ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة - ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، 2007-2008 .

❖ علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها- دراسة مقارنة- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2007-2008 .

❖ كيموش نوال ، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ببن عكنون، جامعة الجزائر، 2010-2011 .

❖ محمد الهيني ، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب ، 2005-2006 .

ثالثا : المقالات

❖ حسين عبد الله الرضا الكلابي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية – دراسة مقارنة – ، مجلة العلوم القانونية ، كلية الحقوق ،جامعة بغداد، 2011.

❖ رباحي أحمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، جامعة شلف ، الجزائر، العدد الخامس.

❖ سميح جان صفير ، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، كلية الحقوق ، المجلة القانونية، جامعة الروح القدس ، الكسليك ،لبنان، العدد الثامن، 2001 .

❖ شوقي بناسي ، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ببن عكنون ، الجزائر، العدد الثاني ، 2009 .

❖ غازي أبو عرابي ، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة- ، مجلة دراسات ، مجلد 25 ، عدد الأول ، 1998 .

رابعا : المؤتمر

❖ سعاد النويري، الحماية الخاصة للرضا مستهلك التأمين- دراسة مقارنة- ،الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، المؤتمر السنوي 22 ، كلية الحقوق ،جامعة الامارات العربية المتحدة، 13-2014/05/14.

خامسا : التقرير

❖ خالد محمد السباتين ،تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ،رام الله ، فلسطين ، جوان 2002.

سادسا : النصوص القانونية :

1) النصوص التشريعية :

❖ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 2005/06/20 ، جريدة رسمية عدد 44 ، وبالقانون 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 2007/05/13 ، جريدة رسمية 31.

❖ القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، جريدة رسمية عدد 41 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق ل 15 غشت 2010.

❖ القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، جريدة رسمية عدد 15 الذي ألغى القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1 رجب 1409 الموافق ل 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، جريدة رسمية عدد 6 .

❖ القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الأولى 1429 الموافق ل 25 يونيو، 2008 جريدة رسمية عدد 36 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19

جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43 .

2) النصوص التنظيمية :

- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 3 رجب 1410 الموافق ل 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، جريدة رسمية عدد 5.
- المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 25 صفر 1411 الموافق ل 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ، جريدة رسمية عدد 40 .
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، جريدة رسمية عدد 56 .

الفـهـرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة	4
المبحث الأول: الحماية العامة للمتعاقد من الشروط التعسفية	5
المطلب الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في عقد الإذعان	5
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان	6
أولا: تعريف عقد الاذعان وخصائصه	6
ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الاذعان	9
الفرع الثاني : الخلاف الفقهي المثار حول سلطة القاضي كوسيلة لحماية الطرف المذعن	11
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان أو الغاءها	13
أولا: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية	13
1) أن يتعلق النزاع بعقد إذعان	13
2) أن يتضمن العقد شروطا تعسفية	14
ثانيا: امكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها	15
1) سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي	15
2) سلطة القاضي في الغاء الشرط التعسفي	16
الفرع الرابع : تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن	17
المطلب الثاني: دور التقنيات القانونية العامة المتاحة في تحقيق التوازن العقدي	20

الفرع الأول: دور نظرية الغبن والاستغلال في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية	20
الفرع الثاني: دور قاعدة حسن النية في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية	26
الفرع الثالث: دور نظرية السبب في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية.	28
المبحث الثاني: الحماية الخاصة للمتعاقد من الشروط التعسفية في بعض القواعد المتفرقة	31
المطلب الأول: حماية المتعاقد من الشرط الجزائي	31
الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي	32
أولا : التعريف التشريعي للشرط الجزائي	32
ثانيا : التعريف الفقهي للشرط الجزائي	34
الفرع الثاني : دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي	34
المطلب الثاني : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية بذاتها	37
الفرع الأول : الشروط التعسفية في وثيقة التأمين	38
الفرع الثاني : الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية	39
الفرع الثالث : الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع	41
الفرع الرابع : الشرط الذي يورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الجزئي أو الكلي	42
الفصل الثاني : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل قانون حماية المستهلك	46
المبحث الأول : نطاق الحماية من الشروط التعسفية	46
المطلب الأول : مفهوم الشرط التعسفي	46
الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي	46

أولا : التعريف الفقهي للشرط التعسفي	47
ثانيا : التعريفات التشريعية للشرط التعسفي	48
الفرع الثاني : معايير الشرط التعسفي	51
أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية	51
ثانيا : معيار الميزة الفاحشة	53
ثالثا : معيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات	55
المطلب الثاني : مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص والعقود	57
الفرع الأول : مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص	57
أولا : المفهوم القانوني للمستهلك	57
1) التعريف الفقهي للمستهلك	58
2) التعريف التشريعي للمستهلك	59
ثانيا : مفهوم المهني أو المحترف	61
ثالثا : الطرف المستفيد من حماية المشرع ضد الشروط التعسفية	63
الفرع الثاني : مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث العقود	65
أولا : الطبعة القانونية للعقد	65
ثانيا : شكل العقد وموضوعه	67
المبحث الثاني : الطرق الحديثة للرقابة على الشروط التعسفية	67
المطلب الأول : طرق مواجهة الشروط التعسفية	68
الفرع الأول : الرقابة التشريعية على الشروط التعسفية	68
الفرع الثاني : الرقابة التنظيمية على الشروط التعسفية	71
أولا : رقابة لجنة الشروط التعسفية	71
ثانيا : رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب مراسيم	73
الفرع الثالث : الرقابة القضائية على الشروط التعسفية	76

المطلب الثاني : الجزاء المقرر للشروط التعسفية	80
الفرع الأول : العقوبات الجزائية	80
الفرع الثاني : العقوبات المدنية	08
أولا : جزاء البطلان	81
ثانيا : جزاء التعويض	82
خاتمة	83
قائمة المراجع	85
الفهرس	90