سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية -دراسة مقارنة

د. الشريف بحماوي
المركز الجامعي تامنغست

ملخص:

إذا كان الأصل في العقد أن يتم بالتراضي بين المتعاقدين وفي كثير من الحالات تسبقه مفاوضات حول شروطه، إلا أن هناك بعض العقود التي لا نلتمس فيها ذلك، حيث تنعدم فيها المفاوضات والنقاش ويضع أحد المتعاقدين شروطها مسبقا، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا قبولها دون نقاش، وهو ما يعرف بعقود الإذعان.

و بغية حماية الطرف الضعيف تدخل المشرع بوضع أحكام، وإن كانت قد هزت مبادئ قانونية عتيقة وراسخة، كالقوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطان الإرادة، إلا أنها أعادت التوازن للعقد.

Résumé :

Si la règle générale dit que le contrat se fait par le consentement des portiers contractantes, il est souvent anticipé par des négociations sur ses conditions, cependant on trouve des contrats dépourvus du consentement et négociation, ou la seule partie contractante met des conditions préalables et ne laisse à l'autre partie que l'accepter sans discussion, il est dénommé le contrat d'adhésion. Afin de partager la partie faible le législateur a intervenu en adoptant des dispositions légales qui ont bouleversé des principes généraux de droit tels que le principe de l'obligation du contrat, l'autonomie de principe de volonté, mais il a restitué l'équilibre au contrat.

مقدمة

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة[1] يقضي بأن العقد هو شريعة المتعاقدين، إلا أن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه قد يجافي العدالة، ذلك أنه في العقود التي لا تتساوى فيها المراكز القانونية للمتعاقدين (عقود الإذعان)، حيث يمكن للطرف القوي التعسف في شروط العقد، لذلك تدخل المشرع رغبة منه في إيجاد توازن لهذه العلاقة التعاقدية، وحماية للطرف الضعيف لا سيما عندما تؤدي ظروف إلى اختلال هذا التوازن.

فقد بادرت معظم الدول الصناعية التي تنتهج سياسة الاقتصاد المفتوح إلى سن قوانين خاصة تفرض حماية المستهلك وتسري على عقود خاصة هي عقود الإذعان، بعد ما ثبت قصور القواعد التقليدية في توفير هذه الحماية.

فقد صدر أول قانون في الولايات المتحدة الأمريكية يعالج الشروط التعسفية سنة 1962، ثم المشرع الألماني في قانون 1976/12/09 الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1977/01/01، ثم المشرع الفرنسي في قانون78/23 الصادر بتاريخ 1978/01/10[2].

و بناء على ما تقدم ما هي الضمانات التي قدمها المشرع لحماية الطرف الضعيف لتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان؟

و للإجابة على هذه الإشكالية وجب التطرق إلى مفهوم عقود الإذعان (المبحث الأول)، ثم إلى مجال تدخل القاضي لتعديل شروط العقد (المبحث الثاني)، ومعالجة هذه الإشكالية تتطلب منهجا تحليليا مقارنا للوقوف على موقف المشرع الجزائري ومن ورائه بعض التشريعات المقارنة من آراء فقهاء القانون المدني.

المبحث الأول -ماهية عقود الإذعان

يجب التطرق إلى تعريف عقد الإذعان (المطلب الأول) ثم إلى طبيعته القانونية (المطلب الثاني)، وإلى موقف المشرع الفرنسي منه (المطلب الثالث) وذلك في ما يلي:

المطلب الأول -مفهوم عقد الإذعان

نتطرق إلى تعريف عقد الإذعان وبيان خصائصه وتبيان معيار التعسف.

أولا -تعريف عقد الإذعان

يقصد بعقد الإذعان العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد ويسلم الطرف الآخر بقبولها دون أي نقاش، أو هو " العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب"[3]. أو هو العقد الذي يسلم فيه المشتري بشروط مقررة يضعها البائع ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة في شأنه[4].

إذن يلاحظ أن هذه عقود الاذعان لا تكون إلا في حالة احتكار للخدمة، حيث يصدر الإيجاب لجميع المستهلكين وبشكل مستمر، وعادة ما يكون مطبوعا سلفا ومحددا لشروط عادة ما تكون في صالح الموجب، ولا يمكن للشخص العادي فهمها بسهولة[5].

و قد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 23/78 الصادر في 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات، حيث جاء فيها "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة، ...الشروط المتعلقة بـ... متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"[6]. ومن أمثلة عقود الإذعان عقود توزيع الكهرباء والغاز، النقل الجوي وبالسكك الحديدية، وعقود التأمين والهاتف وغيرها من العقود التي يحتكر فيها المحترفون الخدمات والسلع. أما إذا كانت الخدمة مقدمة من طرف عدة متنافسين فإن التعاقد معها لا يعد من قبيل عقود الإذعان.

يطلق على عقود الإذعان في القانون الفرنسي عقود الانضمام Contrats d'adhésion بمعنى انضمام أحد الطرفين إلى الايجاب الصادر من الطرف الآخر، ولكنها أعم من عقد الإذعان، كون الانضمام قد يكون لشروط غير تعسفية كما في حالة البيوع بأسعار محددة التي تقوم بها المحال الكبرى. وتسمى في القانون المصري بعقود التسليم، وفي القانون اللبناني بعقود الموافقة، نظرا لموافقة المتعاقد على الشروط دون مناقشة[7].

هذا وقد ثار خلاف فقهي حول سلطة القاضي في تعديل العقد، حيث يعارض البعض توجه المشرع في إعطاء القاضي لهذه السلطة، ويرون أن هذا خروجا عن وظيفة القاضي وتعديا على مبدأ سلطان الإرادة الذي أنشأ هذا العقد. كما أن التوسع في

حماية الطرف المذعن عن طريق تدخل القاضي من شأنه أن يزعزع استقرار المعاملات، كما يؤدي إلى حلول مختلفة للمسألة الواحدة نظرا لعدم وجود معايير محددة للشروط التعسفية[8].

بخلاف بعض الفقه الذي يرى أنه لا غنى للمشرع في التدخل لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية، وهذا التدخل له ما يبرره عن الخروج عن القواعد العامة، حيث يرى الدكتور حسن عبد الباسط جميعي أن " المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الحق في الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد، يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان"[9].

ولا شك في أن هذا الرأي الأخير هو الأولى بالإتباع، ذلك أننا في عصر يغلب عليه التطور الاقتصادي والتغيرات والاجتماعية وهو ما يستدعي التدخل لحماية الطرف الضعيف (المذعن) من شروط العقد التعسفية. وفي سبيل ذلك يجوز للقاضي التدخل والاستعانة بالخبراء لفرض التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف.

ثانيا -خصائص عقد الإذعان

يتميز عقد الإذعان بعدة خصائص منها[10]:

1 -التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، حيث يكون لأحد الطرفين تفوق اقتصادي واحتكار للخدمة أو السلعة، مما يجعله ينفرد بوضع شروط العقد. فالاحتكار معناه قدرة الشخص المحترف على فرض شروط العقد مع التيقن بعدم وجود المنافس[11].

2 -يجب أن يكون موضوع العقد سلعة أو خدمة لا يمكن للمتعاقد المستهلك الاستغناء عنها، كما هو بالنسبة للماء والكهرباء والنقل وغيرها من السلع والخدمات التي لا يمكن لكل شخص توفيرها بنفسه، ولذلك تكون محل احتكار من طرف شخص معين.

3 -يجب أن يصدر الإيجاب للجمهور بصيغة العموم والدوام، وغالبا ما يصدر الايجاب في شكل مكتوب في نموذج معد مسبقا، ويبقى للمتعاقد الآخر فقط التوقيع دون مناقشة.

4 -يصدر الايجاب في قالب نموذجي، ويقبل ككل أو يرفض، وغالبا ما يكون في صيغة مطبوعة تتميز بالدقة والتعقيد. حيث تتضمن عادة شروط في مصلحة الموجب، فكثيرا ما يكون بعضها يجازي التقصيرات المحتملة من الطرف المذعن، وبعضها الآخر يعفي الموجب من مسؤوليته التعاقدية.

و جدير بالإشارة إليه أنه لا يجوز للموجب الذي يتمتع باحتكار قانوني أن يرفض القبول الموجه إليه، لأنه موجه للجمهور، ويبقى ملزما لطلباته طبقا لعقد الالتزام بالشروط التي تضمنها هذا العقد، أما إذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له رفض القبول إلا لسبب مشروع، أو اعتبر متعسفا وبالتالي توجب مسؤوليته.

و بعد أن رأينا تعريف عقود الاذعان وبيان خصائصها، نبحث الطبيعة القانونية لها، وذلك في المطلب الموالي.

المطلب الثاني -الطبيعة القانونية لعقد الاذعان

بسبب الطريقة التي يتم بها عقد الإذعان، اختلف الفقه حول تحديد طبيعته، هل هو عقد عادي كسائر العقود يخضع لنفس القواعد، أم أنه مركز قانوني منظم أنشأته إرادة واحدة، وعليه لا يخضع للقواعد العامة للعقد بل للتنظيم. وبناء عليه قد ذهب الفقه في ذلك إلى رأيين هما:

أولا -الرأي الذي يرى بأن عقود الإذعان هي عقود تنظيم[12]

يرى هذا الاتجاه وغالبيته من فقهاء القانون العام أن عقد الاذعان ما هو إلا مركز قانوني منظم Institution تنشئه إرادة واحدة منفردة هي إرادة المحتكر تكون بمثابة قانون أو لائحة، فيجب إذن أن يخضع للقواعد المطبقة بخصوص اللوائح والتنظيمات، وتبعا لذلك يجب أن تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، ومراعاة الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها. ولا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما يجب البحث عن نية المحتكر الذي وضع شروط العقد.

و قد استند هذا الرأي على عدة حجج منها:

-انعدام المساواة بين طرفي عقد الاذعان وانعدام حرية المناقشة، وقبول الطرف الضعيف وإذعانه للمتعاقد الآخر.

-عدم توافر الإرادة التعاقدية المشتركة.

ثانيا -الرأي الذي يرى بأن عقود الإذعان هي عقود عادية[13]

يرى هذا الاتجاه وأغلبه فقهاء القانون الخاص أن عقد الإذعان عقد حقيقي كغيره من العقود، يتم بتوافق الإرادتين وحججهم في ذلك:

-أن إرادة الموجب لا تنتج أثرا إلا بعد قبول الطرف الآخر، وعن تطابقهما ينتج العقد؛

- المساواة المطلوبة في العقد هي المساواة القانونية وليست الاقتصادية إذ لا يشترط التعادل في الامتيازات؛

- كما لا يشترط في العقد أن تسبقه مفاوضات ونقاش بين الطرفين.

و لقد أنهى المشرع هذا الخلاف بين الفقه بنص تشريعي في المادة 70 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"[14].

إذن من خلال هذا النص، يتبين أن المشرع ساير الاتجاه الثاني معتبرا عقود الإذعان عقود عادية تخضع للإيجاب والقبول التي يخضع لها جميع العقود.

و على الرغم من أن لكلا الاتجاهين حججهما، إلا أن الطريقة التي تتم بها عقود الإذعان ما هي إلا ثمرة تطور كبير في أساليب التعاقد فرضتها الحياة الاقتصادية الحديثة. وهو ما يجعلنا نحن نميل إلى الاتجاه الثاني الذي يرى بأن عقد الإذعان ما هو إلا عقد عادي تسري عليه الأحكام العامة في العقود. ولكنه لا يخلوا من الخطر على المستهلكين (الطرف المذعن).

المطلب الثالث -موقف المشرع والقضاء الفرنسيين من محاربة الشروط التعسفية

لقد عرفت الشروط التعسفية في فرنسا تطورا كبيرا في الفقه والقضاء، وقد صدر أول قانون في فرنسا سنة 1978[15]. حيث كان غايته محاربة الشروط التعسفية المفروضة من المحترف على المستهلك.

و قد مرت محاربة الشروط التعسفية في فرنسا بمرحلتين: مرحلة المحاربة الادارية ومرحلة تدخل القاضي.

1 -العلاج الاداري لمحاربة الشروط التعسفية

لقد اسند المشرع مهمة تحديد الشروط التعسفية للجنة إدارية تسمى بلجنة الشروط التعسفية، حيث كانت تدرس العقود النموذجية وتنظر إليها نظرة شمولية. وبالتالي تميزت هذه المرحلة بانعدام دور القاضي، حيث كان يلعب دور المنفذ فقط. وتبعا لذلك إذا قدر أن الشرط المعروض أمامه شرطا تعسفيا، فلا يمكنه فعل شيء إذا لم يكن الشرط ضمن الشروط المحددة من طرف اللجنة والعكس.

و اعتنق المشرع الفرنسي هذا الرأي خوفا من اختلاف وجهات النظر إلى الشروط التعسفية من قاض إلى آخر.

و الواقع أن العلاج الاداري لم يكن ناجعا، رغم التوجهات والتوصيات التي وصلت إليها لجنة الشروط التعسفية. وفي غياب المرسوم الذي يحدد الشروط التعسفية كان لا بد من تدخل القاضي.

2 -تدخل القاضي

عرف تدخل القاضي مراحل، فقد صدر نص قانوني[16] يسمح صراحة للقاضي أن يتدخل، ولكن في حالات خاصة، وهو قانون 14/88 الخاص بالدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلكين. ونصت في مادتها السادسة على أنه يجوز للجمعيات رفع دعاوى على المحترفين، وإن اقتضت الضرورة باللجوء إلى الغرامة التهديدية أن تأمر هذه الجهة بإلغاء الشروط التعسفية.

و الفضل الكبير يرجع إلى محكمة النقض الفرنسية التي بدأت تعترف تدريجيا بتدخل القاضي، وأن يعتمد على المادة 35 في غياب المرسوم الذي يحدد الشروط التعسفية.

و في سنة 1995 أصدر المشرع قانونا جديدا هو قانون 96/95 والذي تميز بالتوسع في الشروط التعسفية، حيث أخذ بمعيار الهيمنة الاقتصادية. وقد كان نقلا مباشرا للتوجه الأوروبي رقم 13/93، وجاء من بين النصوص الجديدة أنه في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، تعد شروط تعسفية تلك البنود التي يكون محلها أو أثرها خلق خلل فاحش أو صارخ بين حقوق والتزامات الأطراف، ومن شأن هذا الخلل الإضرار بمصالح المستهلك[17].

و الملاحظ أن النص الجديد لم يعتمد معيار الوضعية الاقتصادية التي اعتمدها القانون القديم، وإنما التفاوت الاقتصادي.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو المعيار الذي من خلاله يمكن معرفة الشرط بأنه تعسفي وما هي الحلول التي جاء بها المشرع للقضاء عليها. هذا ما سنبحثه في المبحث التالي.

المبحث الثاني -مجال تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية

في ما يلي سنبحث معيار التعسف في عقود الإذعان (المطلب الأول)، وصور تدخل القاضي في عقود الإذعان (المطلب الثاني)، وصور بعض الممارسات التعسفية (المطلب الثالث).

المطلب الأول -معيار التعسف في عقد الإذعان

نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي الحرية المطلقة في النظر في طبيعة الشرط التعسفي دون تقييده بأي ضابط غير ضرورة مراعاته لمقتضيات العدالة. وهو ما أكده في نص المادة 110 من القانون المدني التي قضت بأنه " 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 تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[18].

و نلاحظ أن المشرع لم يحدد معايير للقاضي على ضوئها يقوم بتكييف الشروط التعسفية، لذلك يعتبر تحديد الشرط ما إذا كان تعسفيا أم لا أمر متروك لسلطة القاضي، فهي إذن مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليه. ويرى بعض الفقه[19] أن عدم تحديد المعايير التي تحكم الشرط التعسفي من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة في توحيد الشروط، ولا شيء يضمن عدم انزلاق القضاء في تفسير الشروط التعسفية.

و المعيار الذي يسترشد به القاضي مراعاة مقتضيات العدالة معيار غامض، يختلف تقديره من قاض إلى آخر، بل قد يتغير بتغير المكان والزمان، لذلك عادة ما يبحث القاضي في عقود الإذعان عن كون الشرط تعسفيا أم لا.

و لقد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في القانون رقم 04/ 02 المتعلق بالممارسات التجارية، على أنه كل شرط من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[20]. وهو نفس التعريف الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة L132-1، ولكنه اختلف عنه من حيث المجال الشخصي، فبينما يحصر المشرع الجزائري الحماية في الطرف المذعن، يحددها الفرنسي بكلا الطرفين[21]. وقد اختلف المشرع الجزائري أيضا عن المشرع الفرنسي، حيث حدد دائرة العقود التي تشملها الحماية بعقود الإذعان فقط، أما المشرع الفرنسي فلم يحصر الشروط التعسفية بعقود الاذعان فقط، بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو مساومة[22].

و جدير بالإشارة إليه أن الفقه قد قسم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها وشروط تعسفية بحكم استعمالها، فالأولى تظهر منذ إدراجها في العقد، تسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها، ومن قبيل هذه الشروط الشرط الذي يعفي الموجب من المسؤولية، أو أنه يعطيه الحق في وقف تنفيذه أو الرجوع فيه. أما الثانية وهي الشروط التعسفية بحكم استعمالها فلا تظهر إلا بعد التطبيق، وذلك بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، كما هو الشأن في عقود التأمين الشرط الذي يقضي بإلزام المؤمن له إعلام المؤمن بأمور معينة خلال سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فهو لا يعد شرطا منذ إدراجه في العقد، وإنما منذ تطبيقه، خاصة إذا كان المؤمن له حسن النية، فضلا عن كونه لا يعود على المؤمن بأي فائدة[23].

و باستقرائنا للمادة 124 مكرر[24] من القانون المدني، يمكننا الجزم بأنه يمكن للقاضي الاستعانة بهذه المادة للكشف عن الشروط التعسفية.

نصت المادة الثالثة من قانون 02/04[25] على"...كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

فهذه المادة حددت أيضا معيار من خلاله التعرف على الشرط التعسفي، وهو الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين، وهو نفس المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الحالي، بعدما كان يأخذ بمعيار التفوق الاقتصادي والميزة الفاحشة في قانون 1978. وصفوة القول أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينجم عن ميزة فاحشة وتفوق اقتصادي، ويتنافى مع العدالة، هذه الأخيرة تختلف من عقد إلى آخر بحسب الظروف، وترجع السلطة التقديرية فيها لقاضي الموضوع. فيجب على الطرف المذعن أن يطلب من القاضي تعديل هذه الشروط التعسفية أو إعفائه منها طبقا لما ورد في المادة 110 من القانون المدني.

المطلب الثاني - صور تدخل القاضي في عقد الإذعان

لقد أعطى المشرع في المادة 110 قانون مدني للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها، كما أعطاه سلطة تقديرية في تفسير عقد الإذعان في حالة غموض عباراته، ونص في المادة 112 قانون مدني على أن " يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

و من هذين النصين يتضح أن المشرع أعطى للقاضي سلطة واسعة لتعديل الشروط التعسفية، بل وإلغائها ولا يحده في ذلك غير مقتضيات العدالة، وعليه نلقي الضوء على هاتين الحالتين.

أولا -حالة تعديل الشروط التعسفية

هناك بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي البتة إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها، لأن الغائها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في

عقد الإيجار أو الثمن في عقد البيع، لا يمكن إلغائها بل يمكن للقاضي إذا رأى أنها تشكل شرطا تعسفيا، أن يعدلها طبقا لمقتضيات العدالة.

و الواقع أن القضاء قد أخذ بعدة تطبيقات لتعديل الشروط التعسفية، نذكر منها على سبيل المثال:

1 -1 -في عقد العمل:

إذا كانت شروط عقد العمل تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاء على أخطاء بسيطة، كان على القاضي إذا رأى أنه يشكل شرطا تعسفيا أن يخفض هذه الغرامة، وفقا للعدالة؛ أي بالشكل الذي لا يضر العامل ولا رب العمل[26].

1 -2 -في عقد البيع:

إذا كان الشرط يتمثل في تحديد موعد التسليم، جاز للقاضي تحديده، أو كما إذا كان الثمن مبالغ فيه جاز للقاضي تخفيضه تبعا للظروف. فقد تكون هذه الشروط متعلقة بالتنفيذ، فيكون التعديل إما بالزيادة وإما بالتعديل، بالشكل الذي يجعل فيه الالتزامات متوازنة.

و مثال ذلك: في عقد شراء الكهرباء والغاز، قد يكون الشرط هو قطع الكهرباء بعد يوم من أجل الوفاء، فيجوز للقاضي تعديل الشرط بجعله أسبوع أو أسبوعين.

1 -3 -في عقد التأمين:

استخدم القضاء التفسير في صالح الطرف المذعن، ففسر غموض الشرط في صالح الطرف المذعن، لأن تبعة الغموض ترجع للموجب الذي انفرد بوضع شروط العقد، ولم يعتد بالشرط الذي تضعه إرادة واحدة لاحقا، كما إذا اشترط في عقد التأمين أن تدفع الأقساط في محل الشركة، ثم تعتاد الشركة بتحصيلها في محل المؤمن له. حيث يعتبر هذا التصرف بمثابة عدول عن الشرط[27].

و قد يكون الشرط التعسفي في شكل شرط جزائي، كأن يصل التعويض الاتفاقي لدرجة من الغلو لا تتناسب مع الضرر الذي لحق بالطرف المشترط، ويتدخل القاضي لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتخفيف هذا الشرط.

ثانيا -حالة الاعفاء من الشروط التعسفية

في هذه الحالة إذا رأى القاضي بأن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض، أي لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، جاز له أن يعفيه منه بإلغاء هذا الشرط التعسفي، كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الاعفاء من المسؤولية[28].

فمثلا، إذا تضمن عقد الكهرباء شرطا بقطع التيار نهائيا على الرغم من التزام الطرف المذعن بدفع الفاتورات دوريا، فإن للقاضي التدخل ورفع الشرط التعسفي.

و الواقع أن أهم الشروط التي يمكن اعتبارها شروطا تعسفية في عقد البيع وبالتالي وجب استبعادها هي:

- شرط استبعاد المسؤولية بالضمان؛
- شرط تعديل العقد بالإرادة المنفردة للمحتكر؛
- الشرط الجزائي في حالة المبالغة في التعويض[29].

و باستقراء نص المادة 110 مدني السابقة الذكر، يتبين أن سلطة المحكمة في التدخل جوازية، فلها أن تعدل أو تلغي الشرط التعسفي ولها أن لا تفعل ذلك، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها، غير أن بعض الفقه يرى بأنه إذا طلب الأطراف، فيجب عليها أن ترد عليه بالإيجاب أو بالسلب. وإذا رفضت ذلك فعليها توضيح أسباب الرفض[30].

المطلب الثالث - صور الممارسات التعسفية

نصت المادة 29 من قانون الممارسات التجارية 02/04 على بعض الصور التعسفية بين المحترف والمستهلك نذكر منها.

1 -وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة

و تتمثل في تلك الالتزامات والحقوق غير المتقابلة بالنسبة للمتعاقدين، حيث يفرض المحترف الطرف القوي على المستهلك الضعيف هذه الالتزامات دون أن يلتزم بها هو، وهذا ما أكدته المادة 5/3. وفضلا عن ذلك فرض واجبات جديدة إضافية على المستهلك لم تكن موجودة في العقد، ولا يعلم بها المستهلك.

2 -الانفراد بتعديل شروط العقد

حيث ينفرد المحترف بوضع شروط العقد وتحديد آثاره، كأن يحمل المشتري مصاريف النقل أو تضمين العقد شرط عدم المسؤولية، وذلك دون موافقة المتعاقد المستهلك. وانفراده بصلاحيات تفسير العقد لوحده، وهو ما أشارت إليه المادة 5/29 من قانون 02/04 المقابلة للفقرة M من الملحق الفرنسي وهو ملحق للقانون 96/95 المؤرخ في 1995/02/01[31].

3 -رفض حق المستهلك في فسخ العقد

يعتبر الفسخ من بين أهم الآثار المترتبة على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته[32]، وقد يعمد البائع المحترف إلى منع الفسخ بشرط يدرجه في العقد، وهنا على القاضي أن يرفض هذا الشرط لكونه شرط تعسفي باعتباره يخالف القواعد العامة، وفضلا عن ذلك يخلق عدم توازن في التزامات المتعاقدين[33].

خاتمة

نظرا للتطور الذي شهده العالم في شتى الميادين وخصوصا الميدان الاقتصادي، أين بدأت المنافسة بين المحترفين في أوج صورها، وظهرت الخدمات والسلع التي لا يمكن لكل فرد تقديمها، ونظرا للفوراق الاقتصادية بين المحترف الموجب والمستهلك، فقد ظهرت عقود الإذعان التي يقوم بتحريرها المحترفين وفقا لما يكون في صالحهم، الأمر الذي أدى بهم في كثير من الأحيان إلى إدراج شروط تعسفية يذعن لها المستهلك وترهق كاهله.

و هذا ما حذا بالقضاء ومن ورائه الفقه، إلى ضرورة إسعاف الطرف الضعيف المذعن من تفوق الموجب وتعسفه، وذلك بإعطاء القاضي سلطة التدخل لتعديل وإلغاء شروط الشرط التعسفي في عقود الإذعان. وبعد هذه الدراسة نخلص إلى ما يلي:

1 -ضرورة النص على بعض الشروط التي لم يعد يعتريها شك بأنها شروط تعسفية لكي يستنير القضاء على ضوئها.

2 -معيار العدالة الذي يتقيد به القاضي هو معيار يختلف الإحساس به من عقد إلى آخر، بل ويختلف من مكان لآخر، ويتغير حسب الظروف.

3 - لا بد من تحسيس القضاة بدورهم الفعال في التدخل لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، وذلك وفقا لمقتضيات العدالة كما أقر ذلك المشرع.

الهوامش:

[1] -تجسد هذا المبدأ في القانون الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 147 من القانون المدني المصري، التي تقابلها المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

[2] -انظر، راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010 -2011، ص6 وما بعدها.

[3] -انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص279.

[4] -انظر، عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1946، ص125.

[5] -انظر، جرعود ياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص63.

[6] -انظر، تعريف أورده رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 5، ص344.

[7] -انظر، محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2012/2011، ص147.

[8] -انظر، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص149.

[9] -انظر، حسن عبد الباسط جميعي، أشار إليه محمد بوكماش، المرجع السابق، ص150.

[10] -انظر، عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص136.

[11] -انظر، رباحي أحمد، المرجع السابق، ص349.

[12] -يتزعم هذا الاتجاه الفقيه ديجيه والفقيه هوريو والفقيه سالي. انظر، عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، المرجع السابق، ص140.

[13] - يتزعمه الفقهاء ريبير وإسمان وديموج والفقيه السنهوري، انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص283 وما بعدها.

[14] -انظر، أمر رقم 85/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[15] -انظر، قانون 23/78 الصادر في 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول المنتجات والخدمات، وبالخصوص المواد 35 إلى 38 منه.

[16] -انظر، قانون 14/88 الصادر في 1988/01/16.

[17] - j- HUET, propose amers sur le directive du 5 avril1993 relative aux clauses abusive, JCP, 1994, éd .E, I, 309, n03.

[18] -تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري، التي نقلت عنها معظم التشريعات العربية.

[19] -انظر، رباحي أحمد، المرجع السابق، ص.358.

[20] -انظر، المادة 5/3 من القانون 02/04 السالف الذكر.

[21] - حيث نصت المادة L32-1 على " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون شروط تعسفية..." أما المشرع الجزائري فقد خص بها المستهلك فقط. انظر، المادة الثالثة من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية.

[22] -انظر، رباحي أحمد، المرجع السابق، ص.360.

[23] -انظر، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص.160.

[24] -تنص على أن " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[25] -انظر، قانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر عدد 41، بتاريخ 2004/06/27.

[26] -انظر، استئناف مصري مختلط، في 1919/01/22، مجموعة التشريع والقضاء المختلط، 31، ص134، حيث كان الطرف المذعن يؤاخذ بكل شروط العقد بشرط أن يكون على علم بها، ولا يعفيه من ذلك أن يكون شرط تعسفي، إلا إذا كان يخالف القانون أو النظام العام .

[27] -انظر، عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، المرجع السابق، ص146.

[28] -وهنا تظهر السلطة الاستثنائية للقاضي، ويكون بذلك قد خالف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني.

[29] -انظر، جرعود الياقوت، المرجع السابق، ص65.

[30] -انظر، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص167.

[31] - "D'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause de contrat"

[32] -انظر، المادة 119 من القانون المدني التي تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

[33] -انظر، راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص.115.