جامعة باتنـــة -1- الحاج لخضر
كلـية الحقوق والعلوم السياسية
قــسـم الحـقـوق

خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد

-دراسة مقارنة -

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون
تخصص: عقود ومسؤولية مدنية

إعداد الطالبة الباحثة :
بن سعيدي سلمة

إشراف الأستاذ الدكتور:
بن حملة سامي

لجنـــة المناقشـــة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفـــة
زرارة صالحي الواسعة	أستاذ التعليم العالي	الحاج لخضر -1- باتنة	رئيسا
بن حملة سامي	أستاذ التعليم العالي	الإخوة منتوري قسنطينة	مشرفا ومقررا
محمودي سماح	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي بريكة	مناقشا
الوافي سعيد	دكتور محاضر	محمد بوضياف المسيلة	مناقشا
بولافة سامية	دكتور محاضر	الحاج لخضر -1- باتنة	مناقشا
كباهم سلطانة	دكتور محاضر	الحاج لخضر -1- باتنة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023-2024

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء:

إلى أمي وأبي أطال الله في عمريهما

إلى جميع أفراد عائلة بن سعيدي خاصة إخوتي وأخواتي الأعزاء

إلى رفيق دربي زوجي وبناتي قرة عيني ولاء نور اليقين وغيداء

سلمة بن سعيدي

شكر وعرفان:

الحمد لله وحده الذي من علي بإتمام هذه الرسالة ولا يسعني إلا أن أحمده وأشكره عز وجل .

كما أتقدم بأسمى وأرقى عبارات الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور المشرف بن حملة سامي الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا البحث ولم يبخل علي بالنصائح والتوجيهات خلال مسار إنجاز هذه الأطروحة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان للجنة المناقشة على تفضلهم ومناقشة هذا البحث، وإلى كل من مد يد العون لي من قريب أو بعيد.

مقدمة

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، غير أنه أحيانا يقوم المتعاقد الأقوى إقتصاديا بتضمين عقده ما يشاء من شروط حتى وإن كانت محجفة في حق المتعاقد الآخر، خاصة إذا كانت هذه العقود محررة مسبقا في شكل عقود نموذجية، ما ساهم في توسيع دائرة الاختلال العقدي وبسط سيطرة أحدهما على الآخر، الشيء الذي يهدد العدالة العقدية في الحالات التي يقوم فيها عدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد، وهو ما جعل البعض يرى أن هذه المعاملة ماهي إلا عقد الإذعان اتخذ مظهرا جديدا يختلف عن صورته التقليدية التي تتمثل في احتكار السلع والخدمات، وأنه أصبح لعقد الإذعان صورة جديدة تتمثل في إذعان المتعاقد الذي يملك الخبرة والمعرفة الكافية للطرف الضعيف من الناحية المعرفية، حيث أصبح من الصعب على الشخص العادي الإلمام بجميع التفاصيل الدقيقة وأمور الفنية وكيفية استعمالها وتجنب الأضرار التي تنجم عنها والتي يسببها الطرف الذي يتميز بالقوة والدراية، وهذا لا يعني أن المتدخل صاحب القوة والنفوذ هو من يضع دائما شروطا تعسفية إذ أنه تصدر أحيانا هذه الشروط من المقتني للسلعة أو الخدمة إذ رأى حاجة المتدخل لإبرام هذا العقد كالمشتري أو المستأجر.

غير أن هذه القاعدة لم تعد كافية لتحقيق التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية، كما أن القواعد العامة والخاصة لم تعد كافية لتوفير حماية كاملة للمتعاقد الضعيف، ما يتطلب أحيانا التدخل من جهات قضائية أو إدارية لإنقاص الضغط عليه، بالإضافة إلى ضرورة تمديد الحماية من الشرط التعسفي الوارد في عقود الإذعان إلى الحماية من كل شرط يعد تعسفي ومجحف في حق أحد المتعاقدين، وقد أقر المشرع عدة قواعد لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان من خلال منح القاضي سلطة تقديرية في التدخل في كل شرط من شأنه إلحاق ضرر بالمتعاقد المذعن بالإضافة إلى فرض التزام الاعلام على المتدخل قصد تنويره وتبصيره بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المزمع إبرامه، وذلك ليتحقق لديه العلم الكافي بمشتملات العقد.

وقد تكفلت القواعد العامة بتنظيم العلاقات التعاقدية غير أنه نظرا للتطور الاقتصادي والصناعي والتقدم العلمي والتكنولوجي الذي يشهده العالم اليوم، فقد تغيرت الظروف وأصبح العقد الالكتروني من أهم الأدوات القانونية لإنشاء وترتيب العلاقات بين الأشخاص وهو الشيء الذي جعل المباديء التي تحكم العقد أكثر عرضة للتطور والتغيير نظرا لعدم كفاية القواعد العامة في مواجهة التعسف اللاحق بالطرف الضعيف.

وقد تصدت التشريعات الحديثة إلى الظلم والتعسف الذي لحق بالمشترين أو المستهلكين فأصدرت قوانين حمائية لمحاربة ظاهرة الشرط التعسفي في العقود، بدءا بالقانون الألماني المؤرخ في: 1976/12/9 المتعلق بالشروط العامة للعقد، والقانون الفرنسي المؤرخ في: 1978/1/10 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين ثم قانون 1988/01/05 الذي نظم دعوى إلغاء الشرط التعسفي ثم أدمجت جميع النصوص التشريعية في قانون 949/93 المؤرخ في 1993/07/26 المتضمن قانون الاستهلاك[1]، ثم مالبث المشرع الجزائري وأن أصدر القانون 04-02[2] وأتبعه المرسوم التنفيذي 06-306[3] ثم القانون 09-03[4] بالإضافة إلى القواعد العامة التي نص عليها القانون المدني،[5] وهو الشيء الذي أدى إلى طرح إشكال كبير حول طبيعة الشرط التعسفي هل نطبق القواعد العامة أو القواعد الخاصة؟

أهمية الموضوع:

– إن موضوع خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد من أهم المواضيع التي تتطلب حماية الطرف الضعيف لكونه مرتبط بمقتضيات وأهداف تنمية المجتمعات وتطويرها، فكان لزاما الاهتمام بالنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بهذا الموضوع والبحث فيها والإلمام بمختلف الجوانب والثغرات التي قد يستغلها المتدخل في فرض شروطه وتضمين عقده ما يشاء حتى وإن كانت مجحفة في حق المتعاقد الآخر.

– كما أن موضوع الشرط التعسفي يطرح إشكالات قانونية بسبب اقبال المستهلك لاقتناء سلع وخدمات تشهد تدفقا هائلا بسبب فتح السوق الالكترونية وانتشارها.

– ضرورة أن يكون المستهلك مدركا وملما بجميع الآليات المكرسة لتفعيل حمايته من تعسف المتدخل حتى يتمكن من ابرام العقد وهو على بينة من أمره.

1/ عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 169.

2/ القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/08/15 الجريدة الرسمية صادرة في 2010/08/18، عدد 46.

3 / المرسوم التنفيذي 06-306 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المؤرخ في 2006/09/10 جريدة رسمية عدد 56 صادرة في 2006/09/11 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 08-44 جريدة رسمية عدد 07 صادرة في 10 فيفري 2008.

4 / القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 2009/02/25، جريدة رسمية الصادرة في 03/08/ 2009، عدد 15 المعدل والمتمم بالمرسوم 18-09 المؤرخ في 10يونيو 2018، جريدة رسمية صادرة في 13 يونيو 2018 ، عدد 35.

5 / الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد31.

أسباب اختيار الموضوع:

تتعدد الأسباب التي جعلتنا نختار موضوع الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد للدراسة نذكر منها:

– أن موضوع خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد في القانون الجزائري لم يحظ بنصيب وافر من البحث نظرا لحداثته، رغم أن المشرع الجزائري تطرق لهذا الموضوع من خلال القواعد العامة والخاصة إلا أننا لا نجد من الباحثين من بحث بشكل مفصل فيه بعكس المواضيع الأخرى المتعلقة بموضوع حماية المستهلك والتي طالت وتنوعت الدراسات حوله، على الرغم من الإشكاليات التي يطرحها هذا الموضوع على المستويين التقليدي والالكتروني.

– نظرا لارتباط الموضوع بالواقع الاجتماعي وكذا بحكم التخصص في دراسة العقود كما يعد موضوع الشرط التعسفي والاختلال العقدي من مواضيع الساعة التي تحتاج إلى دراسات معمقة ومفصلة خاصة وأن هذا الموضوع تحكمه نصوص قانونية كثيرة متناثرة في عدة قوانين متفرقة، ما أثار الفضول لدينا لدراسة هذه النصوص من أجل تحليلها والوقوف على دورها في تطوير المجتمع بصفة عامة والمنظومة القانونية بصفة خاصة.

أهداف الدراسة:

– تهدف دراسة موضوع خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد إلى تناول الشرط التعسفي الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، وتبيان العناصر والمعايير التي تميزه عن غيره من الشروط.

– التطرق للقواعد العامة التي جاء بها القانون المدني أو التشريعات الخاصة بالمستهلك في توفير الحماية الفعالة للمتعاقدين من التعسف والإجحاف، ومحاولة الإحاطة بالشروط التي تعتبر تعسفية وتلحق ضرر بالمتعاقد الضعيف.

– كما تهدف هذه الدراسة إلى توضيح وتحليل الأحكام الموضوعية المستحدثة المتعلقة بالشرط التعسفي وكيفية استبعاده من العقد وهو يستدعي الوقوف على مختلف الآليات الوقائية والقمعية والعلاجية التي تضمنتها مختلف القواعد العامة والخاصة بغية حماية المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفي على أرض الواقع.

– تبيان أهم الجهات الإدارية والقضائية والتي لها صلاحيات التدخل لاستبعاد الشرط التعسفي وتحديد الجزاء المقرر لذلك سواء كان جزائي أو مدني.

– كما تهدف هذه الدراسة إلى تقديم اقتراحات موضوعية وجعلها دوما في تجدد مستمر يتماشى مع التطور الاقتصادي والوقوف على مختلف الثغرات والنقائص التي تضمنتها القواعد العامة والخاصة بحماية المستهلك في مكافحة الشرط التعسفي والتي تحول دون استفادة الطرف الضعيف من الحماية اللازمة ضمن هذا الإطار ومن ثم الخروج بنتائج وتوصيات تساهم في إثراء هذا الموضوع.

الدراسات السابقة:

يعتبر موضوع خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره في توازن العقد كدراسة مقارنة بين التشريعات كبحث مستقل لم يسبق التطرق له من قبل في إطار مشاريع الدكتوراه في الجزائر باستثناء بعض الدراسات الأكاديمية التي لها علاقة بموضوع دراستنا فنجد على سبيل المثال ما تناوله الباحثين في جوانب متعددة من مواضيع حماية المستهلك وتبيان الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك الضعيف للباحثة سميرة زوبة ، رسالة دكتوراه، تيزي وزو، سنة 2016، وقد تناولت الباحثة نورة جحايشية العقد الاستهلاكي في التشريع الجزائري رسالة دكتوراه، قالمة، سنة 2021 ، وتم البحث في موضوع التوازن العقدي من طرف الباحثين: عرعارة عسالي التي تناولت التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر، 3014–2015، والباحث زمام جمعة تناول العدالة العقدية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2013–2014، والباحث درماش بن عزوز تناول التوازن العقدي ، رسالة دكتوراه، تلمسان، سنة 2013–2014 .

دون أن ننسى الدراسات التي تطرقت للدور الإيجابي للقاضي في حماية الطرف الضعيف عموما وتعديل العقد لإحداث التوازن العقدي خصوصا نذكر منها: بشير دالي ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف – دراسة مقارنة– ،رسالة دكتوراه، تلمسان، سنة 2014–2015.

راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، بغداد، سنة 2000، ورجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، تلمسان، سنة 2021–2022، ومحمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر.

ويمكن القول أن هذه الدراسات لم تكن كافية لإزالة الغموض الذي يدور حول موضوع اختلال التوازن العقدي بسبب الشرط التعسفي، ولما كان هذا الموضوع متشعب ومتعلق بعدة معاملات، فقد

حاولنا التطرق لهذا الموضوع من خلال دراسة متأنية وشاملة لتأصيل الفكرة، وحصر دراستنا حول الشرط والمعايير التي نعتمد عليها في إعتباره شرطا تعسفيا أخل بتوازن العقد.

إشكالية البحث:

الأصل أن المتعاقدين لهم كامل الحرية في إبرام تصرفاتهم القانونية كل حسب مصالحه التي يسعى لتحقيقها من خلال هذا التعاقد، حتى وإن تضمن شروطا مجحفة، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، لذا كان لزاما التدخل سواء من الهيآت القضائية أو الإدارية لوضع وسائل كفيلة لمواجهة هذه الشروط .

ونظرا لعدم وجود نص صريح يبين متى نكون بصدد الشرط التعسفي حتى يتمكن الطرفين من تجنبه، فهنا القاضي عند الفصل في مثل هذه المنازعات يجد نفسه تارة يطبق القواعد العامة التي تنص على تعديل أو استبعاد الشرط التعسفي أو إلغائها وتارة أخرى يطبق القواعد الخاصة التي تعتبر الشرط التعسفي باطل.

وعليه تتلخص إشكالية الدراسة على النحو الآتي :

إلى أي مدى وفق المشرع في وضع أحكام وآليات قانونية تعيد التوزان العقدي في العقود التي تحتوي على شروط تعسفية بما يحمي المتعاقد الضعيف في إطار هذه العلاقات التعاقدية؟

وتندرج ضمن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية تتمثل أساسا في:

1/ مالمقصود بالتوازن العقدي وهل أن العدالة التعاقدية هي نفسها التوازن العقدي؟

2/ هل أنه يستلزم إذعان أحد الطرفين حتى نكون بصدد عقد الاستهلاك بمعنى آخر هل أن كل عقد استهلاك يعتبر عقد إذعان؟

3/ ما طبيعة الشرط التعسفي وبماذا يتميز عن غيره من الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة؟

4/ ماهو المعيار الذي من خلاله يمكن القول أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي وأنه السبب في اختلال التوازن العقدي؟

5/ ماهي الوسائل التي جاء بها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والتي من خلالها يمكن التصدي للشروط التعسفية؟

6/ هل هناك جزاء كفيل بالتصدي لكل شرط يعتبر تعسفي وإعادة التوازن العقدي سواء كان هذا الجزاء مدني أو جزائي؟

المنهج المتبع :

إعتمدنا في هذه الدراسة على عدة مناهج نذكر منها المنهج المقارن وذلك من خلال التطرق للقوانين الثلاث الفرنسي والجزائري والمصري من الناحية النظرية دون التعمق في المقارنة من الناحية الواقعية أو من الناحية الموضوعية صعبة، وذلك نظرا للاختلاف بين الدول الثلاث في مجالات التقدم الصناعي والتكنولوجي والتطور القانوني، وكذلك نظرا لمدى الاختلاف في العمل في تنفيذ القانون ونوعية المجتمع، وهذه المقارنة لا تعني اختيار وتفضيل أحدهما على الأخر وإجراء مقارنة بين كل جزئيات البحث، وإنما القيام بالمقارنة متى تطلب الأمر ذلك خاصة عند وجود الإختلاف حول القواعد التي جاء بها كل من مشرع سواء من ناحية المقارنة بين نقاط التلاقي والتشابه والاختلاف، ، كما أن البحث يتطلب منا اتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية العامة والخاصة والوقوف على مختلف الأراء الفقهية والقانونية التي تدور حول الموضوع لتحليلها محاولين الوصول إلى مدى فعاليتها أو قصورها في توفير أكبر حماية للعقد من كل اختلال قد ينجم عن تعسف الطرف الأقوى في العقد والوقوف على المقصد التشريعي منها واستخراج الثغرات التي تتخللها.

نطاق الدراسة:

يدور نطاق دراستنا لموضوع خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد –دراسة مقارنة– حول الاختلال الذي يخلفه الشرط التعسفي أثناء إدراجه في العقد الاستهلاكي، وقد حاول المشرع التصدي لهذه الشروط من خلال نظرية عقد الإذعان في القواعد العامة، غير أنه ونظرا للتطور في المجال الالكتروني وانتشار العقود النموذجية بكثرة والتي غالبا ما تنطوي على شروط مجحفة ما يؤدي إلى إلحاق اختلال ظاهر بالعقد، لذا فقد حاول كل من المشرع الجزائري والفرنسي والمصري التدخل لتبيان هذه الشروط والتحذير منها ووضع الجزاء المناسب لمواجهتها من خلال استحداث قواعد خاصة .

الباب الأول:
تأثير الشروط التعسفية
على التوازن العقدي

يقوم العقد كأصل عام على مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن الإرادة المشتركة لطرفيه هي أساس هذه المعاملة التعاقدية، والتي تنشئه كما أنها الوحيدة التي تحدد آثاره ليأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة، ما يولد عنه مبدأ الحرية التعاقدية التي تعطي للأفراد حرية التعاقد وتضمين عقودهم ما يشاؤون من شروط ، غير أنه ونظرا للتطور التكنولوجي والاقتصادي وتوالي الاختراعات جعل مبدأ سلطان الإرادة يتراجع نتيجة لطبيعة هذا التطور، ما أدى إلى ظهور نمط جديد من علاقات التعاقد تتطلبها السرعة وهي عقود الاستهلاك خاصة العقود النمطية المحددة سلفا في شكل نماذج. ، وقد ركزنا في دراستنا على عقد الاستهلاك كنموذج باعتباره مجالا خصبا لاحتوائه على شروط تعسفية فهي عقود من نوع خاص تتميز عن العقود التقليدية من حيث أركانها سواء من ناحية أطراف العقد أو محل العلاقة التعاقدية أو السبب من التعاقد، كما أنها تتميز بطبيعتها الخاصة كما سنرى في هذا الباب الخاص باختلال التوازن العقدي إذ قسمناه إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول التصدي للشرط التعسفي محاولة لإعادة التوازن العقدي وفي الفصل الثاني تطرقنا إلى نطاق حماية المتعاقد من الشرط التعسفي.

الفصل الأول: التصدي للشرط التعسفي كمبرر لمراجعة شروط العقد:

يعد تنظيم الشرط التعسفي تنظيم حديث الظهور فهو مصطلح معروف في جميع التشريعات ولكن وضع تنظيم خاص به يعتبر أمرا حديث النشأة، وقد بادرت والولايات المتحدة الأمريكية في وضع تنظيم خاص بالشرط التعسفي حيث كرس القانون الأمريكي عام 1962 بموجب قانون التجارة الموحد uiformcommercial code اجتهادا قضائيا للقانون العام common low يسمح للقاضي بإبطال كل شرط يبدو تعسفيا، [1]ثم تبعتها الدول الأوربية في بداية السبعينيات وفرنسا في 1978/01/10 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين، أما في الجزائر فقد كان المشرع متأخرا في سن أول قانون لمكافحة الشرط التعسفي وذلك خلال 1982 بموجب القانون 02/89 الملغى بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم، هذا الشرط الذي يستفرد بوضعه الطرف الأقوى نظرا للمركز القوي الذي يملكه، ما يجعله يتحكم في العلاقة التعاقدية من حيث فرض شروطه على الطرف الآخر الذي يوصف بالضعيف نظرا لتدني كفاءته المعرفية والذهنية فيفرض شروط قاسية تخل بالعلاقة التعاقدية، وسنحاول تبيان ذلك من خلال المبحثين نتناول ف المبحث الأول الشرط التعسفي كسبب لاختلال التوازن في العلاقات التعاقدية والمبحث الثاني الأسس المعتمدة في تحديد الشرط التعسفي.

1/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، دراسة مقارنة ،دار هومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2007، ص 17.

المبحث الأول: الشرط التعسفي وتمييزه عن التصرفات المشابهة له.

يستعمل مصطلح الشرط في النص باللغة العربية في حين يشير النص الفرنسي إلى مصطلح clause مما يعني أن الأمر يتعلق بالبند التعاقدي وليس بالشرط العقدي كما هو مشار إليه في المادة 110 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالشرط التعسفي في عقود الإذعان والمادة 120 من نفس القانون المتعلقة بالبند الفاسخ ، فمصطلح الشروط يقصد به الظروف التي ابرم فيها العقد طبقا للنص الفرنسي.[1]

وسنتناول في هذا المبحث ماهية الشرط التعسفي في المطلب الأول أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة تمييز الشرط التعسفي عن غيره من المفاهيم المشابهة له.

المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي :

تختلفت مفاهيم الشرط التعسفي بين الفقه والقضاء والتشريع باختلاف منظورها للشرط التعسفي وهو لا يتعدى أحد المجالات التالية: فهناك من يرى أنه تعسفي إذا كان مناقضا لمبدأ حسن النية في المعاملات، وهناك من يرى بأنه يعد تعسفيا بالنظر إلى مصدر الشرط وطريقة فرضه وآثاره، وهناك من يعتمد على أطراف العلاقة التعاقدية، وهناك من يكتفي بذكر أنواع الشرط التعسفي دون تحديد مفهوم عام على أساس أنه كلما وجد شرط مذكور ضمن القائمة المحددة يعد تعسفي كما سنرى لاحقا.

وسنتناول بالتفصيل موضوع الشرط التعسفي في هذا الفرع من خلال تبيان الإطار القانوني للشرط التعسفي ثم نبين خصائصه في الفرع الثاني.

[1]/ شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 1، 2020، ص 24.

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي:

قبل التطرق للتعريف الفقهي والقانوني للشرط التعسفي لابد لنا من توضيح المفهوم اللغوي والاصطلاحي لكلمتي الشرط والتعسف .

فالشرط لغة هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[1].

وفي الاصطلاح يعرف الشرط بأنه اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف أو هو التزامات إضافية منجزة على أصل مقتضى العقد يلتزم بها المتعاقد في ضمن عقده بإرادته[2]، وهو أمر زائد على أصل العقد ومن هنا لابد من التمييز بين الشرط المقترن بالعقد والعقد المعلق على شرط ، فالأول منعقد أما الثاني فهو معلق لا ينعقد إلا بتحقيق الشرط، وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود التزام أو زواله فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوعه كان الشرط واقفا أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخا[3].

أما التعسف لغة هو من الفعل تعسف، تعسفا، متعسف، وتعسف في الأمر أي ظلم وجار واستبد ويقال عسف عن الطريق، يعسف، عسفا أي مال وعدل وسار بغير هداية[4]، وتعسف الأمر أي ركبه بلا روية وتعسف فلانا ظلمه، وتعسف في القول أخذه على غير هداية، وحمل على معنى لا تكون دلالته ظاهرة.[5]

ويعرف التعسف في الاصطلاح أن الشخص يمارس فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق تشريعي ثبت له بعوض أو غير عوض، أو بمقتضى إباحة مأذون فيه شرعا على حق يلحق بالغير ضررا أو يخالف حكمة المشروعية وعلى ذلك فالمستقر عليه أن الشرط هو مناقضة القصد.[6]

لقد حرمت الشريعة الإسلامية عدة عقود من شأنها الحاق ضرر بأحد الأطراف وأهم عقد يظهر فيه الاختلال التعاقدي هو عقد البيع بشرط، فقد يرى البائع أن آثار البيع غير وافية بحاجته فيضيف شرطا جديدا يعدل من آثار العقد بما يتفق ومصلحته[7] حتى ولو كان شرطا فاسدا.

---

[1]/ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، ص 39.

[2]/ احمد مفلح خوالدة ، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن، طبعة 1 ، سنة 2011، ص 150.

[3]/ محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2007، ص15.

[4]/ عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد البرمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة1، سنة 2115، ص 43.

[5]/ قاموس المنجد الابجدي، مطبعة دار الشرق، بيروت، طبعة 5، ص 263.

[6]/ عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 46.

[7]/ رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، سنة 2004، ص201.

والشرط الفاسد: هو ما كان شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع والعرف وكان لأحد المتعاقدين منفعة فيه[1]، في حين الشروط التعسفية هي التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف (عديم الخبرة) ويهدف من خلالها إلى ترتيب التزامات عقدية على النحو الذي تتحقق معه أكبر مصلحة له ولو كان على حساب الطرف الآخر.[2]

أولا: التعريف الفقهي للشروط التعسفية: هو البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أملى إرادته على الطرف الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة، منتقصا من حقوق الطرف الآخر الذي رضخ له وذلك لتسلط من فرض هذا البند على العقد.[3]

وعرفه الفقه الغربي بأنه الشرط المحرر مسبقا من الطرف الأقوى ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر فتعريف إذن شيء غير محدد ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبقا لذلك شرط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، الشرط الجزئي، شرط اسناد الاختصاص.[4]

فيعتبر شرطا تعسفيا بالنظر للميزة القاصرة على المهني تؤدي إلى عدم التوازن في الحقوق والتزامات الأطراف، فهو الشرط الذي يترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له أو متعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر،[5] ويترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك، فيكون تعسفيا الشرط المفروض بواسطة الطرف الأقوى وينشأ عدم التوزان على حساب الطرف الضعيف، فالشرط الذي يستأثر أحد الطرفين بفرضه تعسفا على الطرف الآخر بسبب عدم المساواة بينهما وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف وفي الغالب فإن الشروط التعسفية ترد وتكثر في عقود الاستهلاك من خلال قيام المتدخل أو المحترف بفرض شروط تعسفية تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك بغرض الحصول على مزايا معينة حيث تقوم فكرة الشرط التعسفي في الفقه القانوني على وجود عنصرين هما التعسف في استعمال السلطة والنفوذ الاقتصادي والحصول على ميزة مفرطة بسبب التفاوت الظاهر بين التزامات الطرفين.

---

[1]/ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع نفسه، ص 202.

[2]/ سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشرط التعسفي، المجلة القانونية عدد 7،سنة 2001، ص15.

[3]/ نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، لبنان، طبعة 1، سنة 2018، ص 94.

[4]/ Calais-auloy jean, op.cit ,p 129.

[5]/ حمد الله حمد الله، حماية المستهلك من الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي،دون طبعة، سنة 1997، ص 53.

أما الفقه العربي عرفه بأنه شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة مهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثرا من آثاره.[1]

نلاحظ أن اغلب التعريفات المذكورة تتفق على أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يدرج في عقد بين المتدخل والمستهلك، ويعطي للأول ميزة فاحشة الأمر الذي يؤدي إلى الاختلال في التوازن العقدي ويعتبر الشرط تعسفيا إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالطرف المذعن، كما يزخر الواقع العملي بالكثير من الأمثلة لهذه الشروط في إطار العقود التي تبرم ومنها مثلا: شرط استحقاق كل الأقساط المتبقية على المشتري من البيع بالتقسيط في حال تأخر هذا الأخير عن الوفاء بأحد الأقساط، أو شرط التنازل المسبق عن المطالبة بالتعويض عما يصيب المستهلك من ضرر مادي أو معنوي لوجود عيب في السلعة بسبب حاجة المستهلك هذه السلعة، أو الشرط الذي ينص على إعفاء البائع من كل أو بعض التزاماته في مواجهته المشتري(المستهلك) والتي تتضمن القواعد العامة للتعاقد أو الشروط المعفية من المسؤولية.

ولا تنحصر الشروط التعسفية فيما سبق ذكره من أمثلة، بل أن لكل عقد ظروفه وخصائصه فالشروط التي يلجأ إليها البائع والمنتج قد تتغير وتتطور بحسب أنواع هذه العقود وتطورها، حيث أن معظم عقود الاستهلاك تتضمن شروطا لا تتفق مع مبادئ العدالة في التعامل بالرغم من أهمية حماية المستهلك ومنع كل ما يضر بمصالحه، فالمنهي يستخدم نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة ما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرفه لوحده، ويقتصر دور المستهلك على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثرا من آثاره[2].

وقد عرفه الفقه الجزائري أنه الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي اعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي.

---

[1]/ نسرين حسن ناصر الدين، المرجع السابق، ص 95.

[2]/ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة، مصر، دون طبعة، سنة 1994، ص 215.

وهذا التعريف هو انعكاس لنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تقر للقاضي بالسلطة لتقدير الطابع التعسفي بقولها:"إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة...".

فالفقه الجزائري يعتمد على معيارين في آن واحد لتحديد الصفة التعسفية للشرط الأول هو معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة غير أن هذا الأخير غير واضح وغامض لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر كما رأينا سابقا في الفصل الأول وهو ما يؤدي إلى تضارب الأحكام بين الفقهاء بصدد نفس الشرط.

وهناك جانب من الفقه يعرف الشرط التعسفي بالنظر إلى طريقة فرضه بأنه : كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الأضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون ويترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية.[1]

ويعرفه جانب آخر بالنظر إلى أثره على العلاقة العقدية وتوازنها بأنه: كل شرط في العقد يترتب عليه عدم التوازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك المترتبة على عقد الاستهلاك، وتتمثل في مكافأة المهني بميزة فاحشة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الأخر وهو المستهلك.[2]

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الشروط إما تكون مرتبطة بتكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه وتعديله.[3]

---

[1]/ مصطفى أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة1، سنة 2011، ص 171 .

[2]/أحمد محمد الرفاعي،المرجع السابق، ص 215.

[3]/هناك بعض الأمثلة: كل شرط متعلق بالعقد ويكون متصل بحقيقة الشيء المبيع كالشرط المتعلق بتحديد الثمن فعلى سبيل المثال يقوم المتدخل بوضع سعر معين ثم يقوم برفع السعر في الفترة مابين انعقاد العقد والتسليم.

_ الشرط المتعلقة بتنفيذ العقد والمتعلق بالمسؤولية والضمان والشروط المتعلقة بالتسليم وذلك بانفراد المهني مثلا في تحديد تسليم موعد تسليم المبيع ومكانه.

_ الشروط المتعلقة بإنهاء الرابطة العقدية كشرط فسخ العقد وإنهائه أو تعديله بإرادته المنفردة.

ثانيا/ التعريف التشريعي للشروط التعسفية:

عرفها المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون الصادر في 1978/01/10 الخاص بحماية واعلام المستهلكين بقوله: في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين يمكن أن تكون محرمة محددة أو منظمة، الشروط المتعلقة ب.....، فيما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة،[1] فهي تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة.

وباستقراء المادة 35 من القانون الفرنسي الخاص باعلام وحماية المستهلكين الفرنسي عندما عرفت الشرط التعسفي وجعلت له عنصرين هما الميزة الفاحشة واستغلال النفوذ الاقتصادي فطبقا لهذا المفهوم يصبح كل شرط فرضه الطرف الأقوى في العقد سواء كانت قوة اقتصادية أو فنية أو ثقافية على الطرف الضعيف الأقل خبرة وكفاءة ما يؤدي إلى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحته وعلى حساب ومصلحة الطرف الآخر يمكن أن ينطبق عليه وصف التعسف ومن ثم ذكره في هذه القوائم.

وقد أعطت السلطة للحكومة لكي تقوم بإصدار لوائح تنفيذية بخصوص تحريم أو تحديد أو تنظيم الشرط التعسفي، وذلك بعد المصادقة من مجلس الدولة الفرنسي وأخذ رأي لجنة البنود التعسفية، ويفهم من ذلك أن مجرد صدور التوصية من لجنة البنود التعسفية لا يكفي لعد الشرط تعسفيا، بل لابد من صدور لائحة تنفيذية بشأنه من قبل الحكومة، وأعطت الصلاحية لمجلس الدولة الفرنسي للتأكد فيما إذا كانت المراسيم واللوائح الصادرة من الحكومة مطابقة لأحكام القانون.[2]

لكنه جاء بوضوح أكبر في الأعمال التحضيرية للقانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك وحماية المستهلك للسلع والخدمات في تعريف الشرط التعسفي بأنه: كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له"[3].

---

[1]/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، سنة 2000.ص26.

[2]/ أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، طبعة1، سنة 2011، ص 238.

[3]/ عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 170.

نلاحظ من خلال ما سبق أن الشرط التعسفي يظهر عندما يسيء المتعاقد استعمال قدرته الاقتصادية في حين أن الواقع لا يقتصر على هذه الأخيرة فقط بل يشير إلى القدرة الفنية أيضا، فقد يكون أحد المتعاقدين ملما بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد فيضمن عقده شروط يمكن أن ينطبق عليها وصف التعسف فضلا على ذلك فإن الشرط التعسفي يفرض على المهني فرضا، وهو ما يدل على عدم الرضا أو الإكراه، وربما كان مرد ذلك أن القضاء الفرنسي اتخذ من رقابته على ركن الرضا وسيلة لمواجهة الشرط التعسفي غير أن موقف القضاء أقرب للواقع.

وقد اتبع المشرع الفرنسي هذا القانون بالمرسوم الصادر في 1978/03/24 في المادة 01 من أجل تطبيق القانون السابق[1] والذي اعتبر فيه أن الشرط التعسفي هو كل شرط يكون محله أو أثره يؤكد اذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه، وكذلك الشرط الذي محله أو أثره يلغي أو ينقص حق غير مهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أي كانت.

لكن بعد إصدار المشرع الفرنسي قانون 96/95 المعدل والمتمم للقانون 1993/07/26 والمتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه الأوروبي 1993/04/05 والقاضي بوجوب تعديل قوانين الدول الأوربية لتنسجم معه في مادة الشرط التعسفي، أصبح تعريفه بموجب المادة 132-1 بأنه: الشرط الذي يؤدي اختلال واضح في توازن العلاقة العقدية على حساب الطرف الضعيف فيها أي الطرف المذعن أو غير المهني أو المستهلك"[2].

نلاحظ من خلال هذه المادة أن الشروط تعتبر غير عادلة تلك التي يكون لها تأثير على المستهلك، يؤدي إلى اخلال كبير بين الحقوق والالتزامات الطرفين، وهذه المادة لا تختلف عن المادة 35 من القانون 10-01-1978 فهما لهما نفس المضمون، حيث كان المعيار انذاك يعتبرها تعسفية كل الشروط التي يظهر انها فرضت على المستهلك عن طريق التعسف في الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين، وما يترتب عنه من فائدة أو ميزة فاحشة.

ويمكن القول أن المشرع الفرنسي في تعاريفه للشرط التعسفي أكد على ضرورة أن يكون مدرجا في عقد الاستهلاك المبرم بين مهني ومستهلك أو غير مهني، وجعل له عنصرين هما الميزة الفاحشة واستغلال النفوذ الاقتصادي، فطبقا لهذا المفهوم يصبح كل شرط صحيح يفرضه الطرف القوي سواء

[1]/ غير أن المشرع ألغى هذه المادة في 1980/12/03 وكان سبب الإلغاء هو تجاوز الحكومة لسلطاتها.
[2]/ Eric Jourde , Loïc Armand, op cit, p 9.

أكان ذلك من الناحية الاقتصادية أو من الناحية الفنية على الطرف الأقل خبرة أو كفاءة مما يؤدي إلى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحته وعلى حساب مصلحة الطرف الآخر يمكن أن ينطبق عليه وصف التعسف، ومن ثم إيراده في تلك القوائم[1] ونلاحظ عدة نقاط حول مسألة تعريف الشرط التعسفي بخصوص قانون الاستهلاك الفرنسي وهي:

أ/ تمثل التوجيهات الأوربية عقبة أمام نصوص القوانين الداخلية للدول الأعضاء في الإتحاد، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي بوضع صياغة جديدة جاء بها نص المادة L132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي بقوله: تعتبر تعسفية في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أي مستهلكين الشروط التي تنشئ اختلافا في التوازن بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك وترتب أضرار لهذا الأخير.

ومن ثم اعتمد المشرع الفرنسي في صياغته الجديدة لنص المادة المذكورة على المعيار الجديد للتعسف والمتمثل في عدم التوازن ذي المغزى، أي الذي يظهر في وجود اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك ومن شأنه الإضرار بهذا الأخير.[2]

ب/ في حالة النزاع بين مهني ومستهلك بصدد الشرط التعسفي فإن لهذا القانون ملحق يضم قائمة بيانية (ليست على سبيل الحصر) بالشروط التي تعتبر تعسفية تتوافق مع نص المادة السابقة، ورغم ذلك لا يعف المستهلك من عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازل بصدده.[3]

ج/ يصعب على الطرف الضعيف إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده ، ذلك أن إثقال كاهل هذا الأخير بهذا العبء يمكن تبيانه بسهولة في ظل خصوصية تكوين عقد البيع الالكتروني، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تقدير القضاء لطابع الشرط التعسفي لن يكون في ضوء ما قررته لجنة البنود التعسفية بل يكون تطبيقا للضوابط التي قررتها المادة المذكورة أعلاه والتي يتوجب على القاضي تقدير وجود التعسف من عدمه دونما اخلال بقواعد التفسير الواردة في الشريعة العامة للقانون المدني، ما يحتم الرجوع إلى الظروف التي تم فيها ابرام العقد، ومجمل الشروط الواردة في العقد ساعة إبرامه فضلا عن

---

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشرط التعسفي، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، طبعة01، سنة 2017، ص 104.

[2]/ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر،دون طبعة، سنة 2011، ص 37.

[3]/ L132-1 C.C.F :en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause le demander nn'est pas dispense dàpporter la prevue du caractére abusive de cette clause.

القيام على شروط عقد آخر أينما وجد يكون هناك ارتباط بينه وبين العقد المتنازع بصدده مادام أن تنفيذها مرتبط بحيث يتوقف أحدهما على الآخر.[1]

د/ فيما يتعلق بتقدير الطابع التعسفي للشرط يؤخذ في الحسبان بألا يكون هذا الشرط متعلقا بتحديد المهني أو الموجب الأصلي للعقد ولا بملائمة الثمن الخاص بالمبيع أو المقابل المالي المقدر لقاء الخدمة المقدمة.[2]

هـ/ يحدد هذا النص نطاق تطبيقه بصرف النظر على شكل العقد أو دعائمه.

و/ يظل العقد ساريا في مجال تنفيذه بكل شروطه غير المعتبرة تعسفية مادام أنه من الممكن بقاؤها دون أي شرط قد يقدر القضاء اتسامه بالطابع التعسفي ولا يؤثر بالضرورة على بقاء العقد وتنفيذه مع مراعاة أن أحكام هذا القانون متعلقة بالنظام العام.

ي/ هذه المادة L132-1 قد تكون في غير مصلحة المستهلك ومضمونها أنه لا يملك القاضي تقدير الطابع التعسفي من عدمه للشروط التي يتم كتابتها في العقد بين المهني والمستهلك بطريقة واضحة.

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الفرنسي قد وضع معيارين لتحديد الشرط التعسفي وهما معياران مرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية[3]، وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد عدل عن موقفه هذا، وذلك من خلال استبعاده لمعيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية والميزة المفرطة وتبنيه لمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات بين أطراف العقد كمعيار لتقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط العقدية.

أما بالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنه عرفه في المادة 10 من قانون حماية المستهلك[4]: "كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند وغير ذلك يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون".

---

[1]/ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص38

[2]/أضيفت هذه الفقرة بمقتضى المرسوم رقم 2001-741 الصادر في 2001/08/23.
"L'appréciation de caractère abusife des clauses aux sens de premier alineà na parté ni sur la difinition de l'object principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunéation au bien vendee ou au service offect".

[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 95.

[4]/ مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق، ص169.

في حين المشرع الجزائري تناوله في المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02 بأنه: 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".

والملاحظ لهذه المادة يجد أن المشرع الجزائري لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الاستهلاك وإنما مد مفهومه إلى عقود المهنيين وهو بذلك اتبع نهج المشرع الألماني إذ أنه من بداية وضع القانون 04-02 تضمن مفهوما واسعا للشروط التعسفية، أما إذا استقرأنا نص المادة 03 من القانون 04-02 والمادة 01 من المرسوم 06-306 نجد أن المشرع الجزائري كالمشرع الفرنسي في تعريفه لعقد الإذعان والسبب الذي دفعه إلى هذه الفكرة الأكثر اتساعا عوامل السوق والانتاج والتوزيع وهو اتجاه الفكر القانوني المعاصر، وذلك أن أثر الانتاج والتوزيع للسلع والتركيز الصناعي والرأسمالي وظهور عدم المساواة بين المهنيين والأجانب نتيجة التفوق الكبير لصالح المهنيين في العلاقة التعاقدية ويكون الطرف الآخر ضعيف حتى في ظل انعدام الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة وعدم التساوي بين أطراف العقد يظهر في العلاقة بين المنتجين والموزعين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى[1].

وإذا بحثنا في التشريعات التي اهتمت بمجال الحماية من الشرط التعسفي نجد المشرع الألماني الأسبق في ذلك بموجب المادة 9 من القانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود، وحماية الطرف المذعن والذي بدأ العمل به في 1977/4/1 والتي تعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشروط بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية[2]، فالمشرع الألماني على خلاف غيره من التشريعات قد حدد الشرط التعسفي الباطل ضمن قائمتين كما سنرى لاحقا وأعطى للقاضي في نفس المادة السلطة التقديرية لتحديد الطابع التعسفي للشرط من عدمه.

فالمشرع الألماني لا يحصر الحماية من الشرط التعسفي على فئة المستهلكين بل يمد الحماية إلى المهنيين نفسهم، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الاذعان مع استثناء المفاوضة والمساومة وقد اشترط القانون للاعتداد بها اعلام الطرف الآخر بها خاصة المستهلك.[3]

أما المشرع اللبناني فقد كان صريح جدا في تحديد المقصود بالبنود التعسفية في المادة 26 من قانون حماية المستهلك اللبناني حيث تنص بأنه:" تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي أو تؤدي إلى

[1]/ أحمد محمد الرفاعي،المرجع السابق، ص 08 وما يليها.
[2]/ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان ، سنة 2005، ص 287.
[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 18.

الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير"، وقد أضافت في الفقرة الأخيرة من المادة 26 من قانون حماية المستهلك أن المشرع يعتبر البنود التعسفية باطلة بطلانا مطلقا على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها.

وهذا يعني أن يبطل البند ويبقى العقد منتجا دون البند الباطل ولكن قد يكون البند التعسفي باطلا والعقد الذي ورد فيه باطلا أيضا في حالة ما إذا كان بطلان البند يؤثر في كيان العقد أي أنه لولا هذا البند لما أبرم العقد من الأساس[1].

وأيا كان الأسلوب الذي تتبعه هذه التشريعات فالملاحظ أن الغاية التي ترمي إليها واحدة، آلا وهي حماية المستهلك من مضمون هذه الشروط، والتي يتوقف تحديدها على توافر عنصرين فيها، أولهما أن تكون ناجمة عن استغلال قوة أو نفوذ اقتصادي تفرض تبعا لذلك، والعنصر الثاني المتمثل في الميزة الفاحشة التي تمنح لصاحب هذه القوة أو النفوذ، والتي ينتج عن تطبيقها حدوث الاختلال في التوازن العقدي.[2]

ثالثا: التعريف القضائي للشروط التعسفية:

لقد تعددت مفاهيم الشرط التعسفي نظرا لعدة أسباب نذكر منها:

أ/تعريف الشرط التعسفي استنادا إلى طريقة فرضه:

هي الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من نفس الناحية ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها، نظرا لضعف مركزه الاقتصادي بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها.[3]

أما من حيث طريقة فرضها فقد ذهب البعض إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط المعد سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني (تحصيل) منفعة فاحشة على حساب الطرف الآخر.[4]

وهو نفس النهج اتبعته محكمة النقض الفرنسية واعتمدت على المادة 02 من المرسوم 1978/03/24 التي تعتبر الشرط محرما باعتباره تعسفيا في مفهوم المادة 35 فقرة 01 من قانون 1978/01/10 كل شرط من شأن محله أو أثره الغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت، وهو نفس الاتجاه القضائي في تبني مفهوم للشرط التعسفي إذا

---

[1]/ نسرين حسين ناصر الدين، المرجع السابق، ص 49.
[2]/ عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص415 .
[3]/ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 2005، ص 63.
[4]/ حسين محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة1، سنة 2007، ص 38.

كان يتضمن تصرف غير مشروع ويعدل المباديء العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي وهو مانستشفه من خلال حكم صادر عن محكمة الفرنسية[1]، فالقضاء الفرنسي يرى بأنه كل شرط يعطي أحد الطرفين منفعة دون التزامه بمقابل، ويظهر هذا التعريف من خلال وقائع القضية التي تتلخص فيما يلي: حيث ورد في وثيقة التأمين شرط يقضي بالزام المؤمن له بدفع أقساط الربح السنوية للسنة الجارية والتي لم تتحقق في حالة فسخ العقد أيا كان سبب الفسخ وقد ذكرت المحكمة بأن التزام المؤمن له ليس له مقابل ولم يكن ممكنا رده إلى فكرة التعويض الناجمة عن الخطأ ولا إلى الفكرة الاحتمالية في عقد التأمين ولا إلى أي فكرة قانونية أخرى ومن ثمة يكون مجردا من الأساس والسبب"، وعليه فالمحكمة الفرنسية اعتبرت أن الشرط الوارد في وثقة التأمين هو شرط تعسفي دون التزامه بمقابل، فالشرط التعسفي يقتصر على العقود الملزمة للجانبين.

وقد جاء القضاء الفرنسي بقرينة قضائية مفادها أن شرط الاعفاء من ضمان العيوب الخفية يعد شرطا تعسفيا إذا كان البائع يعلم بالعيب الخفي أو من السهل عليه اكتشافه في المبيع، ومن ثم يكون قد ألحق ضررا بالطرف الآخر عن سوء نية، واستند القضاء إلى هذه القرينة القضائية إذا كان البائع قد أراد بيع شيء بالحالة التي يوجد بها وقت البيع وعادة يكون مجال هذا النوع من الشروط في بيع الأشياء المستعملة وهنا البائع لا يلتزم باصلاح العيب الظاهر في المبيع بعد تسلمه من المشتري ولا يلتزم بتعويضه عن اي ضرر يصيبه نتيجة لظهور مثل هذه العيوب التي كانت خفية ولا يعلم بها المشتري أو تعمد البائع إخفاءها.

لم تتفق محكمة النقض الفرنسية على تعريف واحد للشرط التعسفي فهو عموما الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام،[2]وبعبارة أوضح هو ذلك الشرط الذي يتوقف في تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقصاديا في العقد.[3]

[1]/ احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص215. (أنظر cass,n298-25 fev1990)
[2]/ نقض مدني، طعن رقم 296 جلسة 1960/04/21 مجموعة المكتب الفني، بند 50،ص330 .
[3]/ نقضان مدنيان، رقم 396 و رقم 398جلسة 1974/03/01 مجموعة المكتب الفني، بند 50، ص492 .

ب/ من حيث مناقضة الشرط التعسفي لمبدأ حسن النية:

يرى هذا الاتجاه أن الشرط تعسفيا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بدرجة مفرطة ومبالغ فيها بما يتنافى وحسن النية الواجبة في المعاملات وعلى الأخص إذا كان مخالفا أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني.[1]

وتكون الشروط متنافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو ما يستوجب من مراعاة مقتضيات حسن النية.[2]

وهو الاتجاه الذي تبنته محكمة النقض المصرية بقولها: أنها الشروط التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام، وصدر هذا القرار عن محكمة النقض المصرية بمناسبة قضية تتلخص وقائعها حول عقد عمل كان صاحب العمل قد ضمن لائحة المصنع شروطا جزائية تقتص من أجر العامل بنسبة كبيرة جدا دون أن تكون هذه العقوبة متناسبة مع المخالفة التي جاء بها، فتدخل القضاء المصري وحكم بإبطال هذه الشروط لكونها تعسفية طبقا لنص المادة 149 من القانون المدني المصري.

صحيح أن المشرع المصري تدخل لإلغاء كل شرط يرى أنه مجحف للطرف الضعيف غير أنه باستقراء النص القانوني المصري يتبين أن القضاء يقصد عقد الإذعان.

وترى محكمة النقض المصرية بأنه كل شرط يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام،[3] وقد ذهب البعض إلى التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها، فالشروط الأولى يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد وتكشف عنه ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها من ذلك مثلا: الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكان رجوعه في العقد أو وقف التنفيذ، وشروط تعسفية أخرى بحكم الاستعمال وهي شروط لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها بالعقد، وإنما عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها، ومثالها عقد التأمين الذي يعتبر من أهم وأبرز عقود الإذعان، كالشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد، وإلا سقط حقه في التعويض فهذا الشرط لا يعد شرطا تعسفيا عند

---

[1]/ le contrôle des clauses abusive dans le contrat d'adésion et la notion de bonne , ouvement des Entreprises de France (MEDEF) , Dépôt légal : mars 2010 ,p 407

[2]/ راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراء، جامعة بغداد، سنة 2000، ص 115.

[3]/ محكمة النقض المصرية، قرار رقم 296 -1960/04/21 مجموعة أحكام النقض السنة 11 رقم 50، .

ادراجه في العقد، ولكن بعد ذلك إذا تمسك به لإسقاط حق المؤمن له حسن النية بالرغم من أنه لا يعود على المؤمن بأية فائدة من الناحية العملية [1].

وإزاء هذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تحديد الشرط التعسفي، يرى الفقه ضرورة وجود نظام تشريعي ونظم إدارية مصاحبة تتولى مهمة وضع تعريف عام للشرط التعسفي يبرز العناصر الأساسية التي يجب توافرها لاعتباره تعسفيا، بالإضافة إلى توجيه القاضي في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التي لا يمكن اعتبارها كذلك إلا في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وأشخاصه[2].

من خلال ماسبق يمكن القول بأن الشرط التعسفي هو كل شرط يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة وهي صفة نسبية تختلف من حالة إلى حالة أخرى حسب ظروف التعاقد وموضوع العقد، كما تختلف بحسب المجتمعات المختلفة ويعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا عليه.

ج/ تعريف الشرط التعسفي نظرا لتصحيح العقد بطريق البطلان الجزئي للشرط أو تعديله:

ينصب البطلان الجزئي على حذف البند غير المشروع والاحتفاظ بالشق الصحيح والوظيفة الأساسية للبطلان وهي الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد ومعالجة الخلل الموجود في العقد دون وجود التعسف والتجاوز وذلك بإزالة البند غير المشروع في العقد.

ويكون باطلا كل شرط تضمن فائدة بين الأفراد في عقد القرض بين الأفراد طبقا للمادة 454 من القانون المدني الجزائري وهو ما أخذت به المحكمة العليا عن الغرفة المدنية بقولها[3]:" من المقرر قانونا أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ولما كان من الثابت في أن الاتفاق على تحديد فائدة أو أجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل فإن التعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين يبقى قائما بين الطرفين وينبغي تنفيذه لوحده وبما أن قضاة الاستئناف قرروا رفض الدعوى برمتها ولم يفرقوا بين التعاقد الأصلي الخاص بمقدار الدين وبين المسألة المتعلقة بالفائدة فإنهم عرضوا حكمهم للإبطال ويلاحظ أن المتعاقدين (ن.ح) و (أ.ب.م) قد أدرجوا شرط الفائدة في عقد القرض المبرم بينهما".

---

[1]/ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2011-2012، ص 160.

[2]/ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 162.

[3]/ قرار صادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1994، ص 22.

أما محكمة النقض المصرية فلم تعتمد على تعريف موحد فتارة ترى أن الشرط التعسفي هو الذي يتناقض مع جوهر العقد، وتارة أخرى ترى أن الشرط الذي يتوقف تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقتصاديا، وهذا تناقض واضح لأن الشرط قد يرد في العقد ولا يتناقض مع جوهر العقد لكنه يخل بالتوازن العقدي لصالح الطرف الأقوى اقتصاديا أو معرفيا أو الأقوى بالقانون مثل أن يكون الطرف الأقوى إحدى جهات الدولة المرفقية كشركة المياه أو الكهرباء أو الغاز.

الفرع الثاني: خصائص الشرط التعسفي :

إن حالة عدم التوازن بين أطراف العقد في تزايد بسبب التقدم العلمي والتكنولوجي وظهور العديد من المنتوجات المعقدة أو الخطرة والتي تسبب أضرار للمستهلك في حال لم تتوافر لديه معلومات عن خصائصها او استخدامها، وما ينتج عن هذا من أهمية وجود التزام الإعلام لتحقيق مبدأ سلامة العقود والتوازن العقدي .

ومن أهم الخصائص التي تميز الشرط التعسفي نذكر منها:

– أن حصر الشروط التعسفية التي قد ترد في العقود بشكل مطلق ونهائي يعد أمرا صعبا لأن الحرية التعاقدية تسمح دائما بممارسة المزيد من التحايل هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن لكل نوع من العقود ظروفه وخصائصه التي قد تؤدي إلى تغيير الشرط التعسفي الذي يلجأ إليها المحترفون أيا كانت صفتهم: بائع، منتج، صانع، مستورد موزع.... حسب نوع العقد .

– إن الشرط التعسفي هو الأمر الزائد عن مقتضى العقد والذي يغير من آثاره وليس الشرط الذي يرتب التزاما هو في الأصل من مقتضى العقد لأن مثل هذا الإلتزام لا يحتاج إلى شرط.

– الشرط التعسفي لا يرد على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان فقط بل إنه يرد على كل عقد يختل توازنه وتفتقد العدالة فيه بين طرفيه.

– الشرط التعسفي هو من وضع احد المتعاقدين فقط ، أما الآخر فليس له سوى الخضوع لهذا الشرط سواء كانت المناقشة غير متاحة اطلاقا كما هو في عقد الإذعان أو أنها تكون متاحة لكنها مجرد فرض نظري وهمي غير أنها لا تتحقق لأن الطرف الضعيف يكون مجبرا على عدم الالتفات إلى الشروط التي فرضت عليه.

– الشرط التعسفي قد يكون شفاهيا، غير أن المشرع الفرنسي حسم هذا الأمر واعتبر الشرط التعسفي كأنه غير مكتوب بمفهوم المخالفة يشترط أن تكون مكتوبة شروط العقد.

– يعود سبب فرض الشرط التعسفي إلى تعسف أحد المتعاقدين في استعمال تفوقه سواء الاقتصادي أو الفني أو الثقافي أو القانوني أو الاجتماعي.

– يترك الشرط التعسفي أثرا على العلاقة التعاقدية وهو حدوث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين.

– ألا يكون هذا الشرط متعلقا بتحديد المهني للمحل ولا بملائمة الثمن الخاص بالبيع أو المقابل المالي المقدر لقاء الخدمة المقدمة.

_ إن الشرط التعسفي شرط صحيح غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وغير مخالف للقواعد الآمرة في القانون.

_ ان قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر إلى كل شرط من شروط التعاقد على حدى بل بالنظر إلى مجموع تلك الشروط فقد يكون أحد الشروط وفر ميزة أو منفعة للمشترط المحترف في حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.

_ أن الحماية من الشرط التعسفي إنما وجدت للتفاوت في القدرة الفنية والاقتصادية بين المحترف والمستهلك فإذا كان الأطراف في منزلة واحدة من حيث القدرة الاقتصادية والفنية فلا سبيل لإثارة موضوع الشرط التعسفي لأن كل متعاقد واجب السهر والمحافظة على حقوقه لأنه ليس بحاجة إلى الحماية.

_ إن مصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلول يختلف عن مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق ذلك أن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه سواء اتجهت نية المشترط إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تتطور ولا يشفع للمشترط المحترف حسن نيته لأننا بصدد حماية المتعاقد الضعيف المستهلك وإثبات التعسف بافتراضه من خلال وجود المنفعة التي خولها الشروط للمحترف.[1]

هناك عدة نقاط يمكن ملاحظتها على العقد المتضمن للشرط التعسفي نذكر منها:

– إذا اقترن العقد بالشرط الصحيح فإنه ينشئ التزاما في ذمة المشروط عليه، ويجب على هذا الأخير أن يفي بهذا الإلتزام، وإذا امتنع عن تنفيذه يكون قد أخل بإلتزامه أو بالعقد، فيجبر على التنفيذ عينا فإن

[1]/ حسين عبد الله عبد الرضا، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشرط التعسفي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، عدد ،2 مجلد 26، سنة 2011، ص 231..

تعذر هذا التنفيذ أو عدل عنه فإن للمشترط الحق في فسخ العقد مع التعويض هذا هو الأصل إذا كنا بصدد التزام مقترن بشرط واقف أو فاسخ.

– غير أنه إذا اقترن العقد بشرط تعسفي فإنه ينشيء التزاما بذمة المدين ولكن السؤال المطروح هل يبطل العقد لاقترانه بهذا الشرط أم يبقى صحيحا؟

وللإجابة على هذا التساؤل اختلف الفقهاء إلا أن غالبية الفقه يرى أن الشرط التعسفي لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما يزال أثر التعسف وذلك إما ببطلان الشرط التعسفي أو تعديله أو اعفاء المتعاقد منه، لذلك يبقى العقد صحيحا نافذا فلا تأثير للشرط التعسفي بعد إزالته من مضمون العقد، وهناك حالة تؤدي إلى بطلان العقد الذي يتضمن شرطا تعسفيا وهي إن كان الشرط التعسفي هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد في هذه الحالة، وهو مانصت عليه بقوله ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا، وهذه النتيجة المنصوص عليه في قواعد الاستهلاك تتماشى مع نظرية السبب.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الشرط التعسفي هو شرط غير عادل إذا لم تتم مناقشته بشكل فردي، وفي الأغلب تتحقق هذه الحالة في العقود التي يتم تحريرها مسبقا بحيث لا يكون بوسع المستهلك التأثير على مضمون شروطها،[1]ولهذا يشترط في العقود المكتوبة أن تكون بلغة واضحة وصريحة تشترط الوضوح ليتيح للمستهلك الفرصة لتفحص جميع بنود العقد قبل انعقاده،[2]فالحماية لا تقتصر المستهلك بل تمتد الحماية إلى المهنيين أنفسهم، كما أنها لا تقتصر على عقود الإذعان فقط بل تشمل جميع العقود، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري بهذا الصدد أزال الكثير من التساؤلات التي أثيرت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير الواجب توافرها حتى يوصف الشرط بأنه تعسفي.

[1]/ نسرين محاسنة، إلتزام البائع بالتسليم والمطابقة، دار الثقافة، الأردن، طبعة 1، سنة2011، ص 116.
[2]/ المرجع نفسه، ص 118 .

المطلب الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن غيره من التصرفات المشابهة له.

يتشابه الشرط التعسفي مع عدة شروط أخرى تستدعي منا الوقوف عليها وتبيانها حتى لا نقع في خلط بينها وبين الشرط التعسفي محل الدراسة ، وسنتناول في هذا المطلب التمييز بين الشرط التعسفي والشرط غير المشروع من خلال الفرع الأول ثم نميز بين الشرط العسفي والشرط النموذجي ثانيا وذلك في الفرع الثاني من الدراسة.

الفرع الأول : تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع:

يتميز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع في عده نقاط نذكر منها:

أ/ من الناحية الاصطلاحية:

فرق المشرع الجزائري في قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بين كلمة الشرط وكلمة غير شرعي، فوصف الشرط التعسفي بالممارسات التعاقدية التعسفية contractuelles abusives pratique التي وردت في الفصل الخامس بينما عرف مفهوم غير شرعي بصورة غير مباشرة في الفصل الأول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية pratiques commerciales فالمشرع لوكان يهدف إلى توحيد اللفظين لما اورد كل لفظ في فصل مستقل.

ب/ من الناحية القانونية:

تحتل الاتفاقيات في المجال العقدي مركزا مهما من الناحية القانونية، فهي تسمو على القواعد المكملة خاصة وأن كل العقود مبنية على الاتفاق، الذي يترجم في شكل بنود وشروط حتى لو جاءت مخالفة للقواعد الآمرة التي تعد جزء من النظام العام، ولا يجوز للأطراف مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها بغض النظر على المراكز القانونية للأطراف.

ومجال الشروط بصفة عامة هو عقود الاستهلاك باعتبارها عقود عدم التوازن في المراكز القانونية ولا يمكن تصورها في العقود التي تتميز بالتوازن العقدي، حيث أن مظهر التعسف يتجلى في الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرف الأقوى صاحب السلطة، في وضع مثل هذه الشروط لمصلحته رغم أن مظهرها الخارجي تبدو وكأنها اتفاق بين طرفين، غير أنه في الغالب يلزم المستهلك على التعاقد دون أن يتفاوض حول الشروط، فالشرط غير مشروع هو المخالف لقواعد آمرة أما الشرط التعسفي فهو التعسف في استعمال سلطة، وضع شروط تتماشى مع الطرف القوي حتى وإن كانت تضر المستهلك.

ج/ من الناحية القضائية:

يقضي القاضي ببطلان الشرط غير مشروع من تلقاء نفسه، ولو لم يتمسك به الخصوم أما إذا كنا بصدد شرط تعسفي فإن القاضي لا يقرر بطلانه من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون محل دعوى للنظر فيه.

وقد تبنت محكمة الاستئناف الفرنسية الغرفة المدنية في القضية بين ufc بصفتها مستأنفة وبين association clevacances مستأنف عليها في القرار الصادر في 2008/01/15 والذي يدور موضوعه حول إلغاء الشرط التعسفي غير المشروع جبرا للضرر العام الذي أصاب المستهلكين من عقود وتأجير المنازل النموذجية الصادرة association clevacanes حيث جاء في حيثيات القرار: أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكما من النظام العام وعليه فإن البند الذي يقضي بّأن مبادرة المالك المؤجر بالعدول عن العلاقة التعاقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك المستأجر وهو بند مخالف للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا عدل من قبض العربون رده ومثله طبقا للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي والمادة 114 من قانون الاستهلاك ومخالفته لهذه القوانين يعد مخالفة للنظام العام، أما بالنسبة للشرط الذي يقضي بأنه لا يمكن للمستأجر احضار أشخاصا زائدين عن العدد المذكور في العقد إلى البيت إلا بعد أخذ رأي المؤجر، فقد اعتبرته المحكمة شرطا تعسفيا ذلك أن المألوف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل الإيجار المحل ككل بغض النظر عما إذا كان المكان يسع عدد الأشخاص الساكنين به أم لا.

فالبنود التعاقدية تكون صحيحة مادامت غير مخالفة للنظام العام وللقواعد القانونية الآمرة، وإلا كانت شروطا غير مشروعة، في حين أن البنود التعسفية يكون مجالها عقود الاستهلاك، ولا تمتد إلى العقود التي تتسم بالتوازن العقدي، وبالتالي لا يخالف الشرط التعسفي النصوص الآمرة، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الإتفاقي للعقد، ويختلف تعامل القاضي مع الشرطين، حيث أنه إذا وجد شرطا غير مشروع في العقد يقضي ببطلانه من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به الخصوم أما إذا وجد شرطا تعسفيا فالقاضي لا يقرره من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون محل دعوى مباشرة للنظر فيه.[1]

[1]/ عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2021-2022، ص 108.

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي:

يعرف الشرط النموذجي clause type بأنه الشرط المعد سلفا من قبل أحد الطرفين لاستعمال عام ومتكرر بصورة غير قابلة للتفاوض،[1]وتتكون هذه الشروط لتشكل اتفاقية ويبقى التعاقد ظاهريا إذ يمكن للأطراف وضع اتفاق آخر حول أمور خارجة عن الاتفاقية الأولى ويكون هذا القبول الظاهري للشرط النموذجي عاديا إذا حقق مصالح متوازنة للطرفين والأمر غير ذلك بالنسبة للشرط التعسفي نتيجة استغلال أحد الطرفين لقوته ونفوذه، والتدخل بين الشرط النموذجي والتعسفي واضح جدا إذ يعتبر التعسف وصف للشرط النموذجي، والشرط النموذجي يمكن أن يوصف بالتوازن فيكون شرطا نموذجيا عاديا وقد يتصف بالتعسف فيصبح شرطا نموذجيا تعسفيا، غير أنهما يختلفان في كون الشرط التعسفي يكون بصدد عقود الاستهلاك فقط وذلك استغلالا للمركز القانوني للطرف الضعيف وهو المستهلك، والشرط النموذجي مجاله غير محدد فقد يتجاوز عقود الاستهلاك إلى غيرها من العقود.

ويتميز الشرط النموذجي عن الشرط التعسفي في أن الأول أخف وطأة على المستهلك، بينما الثاني يوضع دائما خلافا لمصلحة المستهلك وخلافا لمبدأ حسن النية.

فالشرط النموذجي ليس بالضرورة أن يوضع خلافا لمبدأ حسن النية، أضف إلى ذلك أن الشرط التعسفي يعطي ميزة لطرف على حساب طرف آخر بغض النظر عن المساواة والتعادل بين الأطراف،

هذا وتتنوع الشروط التي تؤدي إلى اختلال مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ العقد فأحيانا تتعلق في الانفراد بسلطة تعديل أو تحديد بعض عناصر العقد أو تحميل الطرف الآخر مخاطر العقد أو اشتراط المشاركة في الربح دون الخسارة كما يعرف بشرط الأسد.

- ✓ **الانفراد بتحديد أو تعديل عناصر العقد:**

إنطلاقا من المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فإنه بالنظر إلى زيادة المعاملات العادية أو الالكترونية وسرعتها أصبح المتدخل ينفرد بتعديل أو تحديد بعض بنود العقد مستغلا في ذلك مركزه الاقتصادي وماعلى الطرف الآخر إلا القبول أو التراجع عن العقد دون أن يكون له الحق في مناقشة مثل هذه الشروط .

[1]/ عبير مزعيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصحوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، العدد 4، سنة 2017، ص105.

✓ **تحميل الطرف الثاني مخاطر العقد:**

يقتضي مبدأ المعاملة بالمثل أن يتبادل الطرفان تحمل المخاطر بأن توزع آثارهما عليهما معا، غير أنه نتيجة احتكار أحد المتعاقدين للخدمة المقدمة وسوق انتاجها والمجال لذي تعرض فيه، فإنه يفرض ذلك الشرط على الطرف الآخر الذي لا يكون أمامه إلا الإذعان له وقبوله.[1]

✓ **إعمال شرط الأسد:**

يعتبر أهم ركن من الأركان اللازمة لتكوين عقد الشركة هو "نية المشاركة" والتي تعبر عن موقف نفسي أو حالة مستقرة في نفوس الشركاء تدفعهم إلى الاتحاد والتعاون من أجل استغلال مشروع الشركة وقد يحدث أن يقوم أحد الشركاء بفضل هيمنته الاقتصادية بإدراج شرط في عقد الشركة بمقتضاه لا يشترك في تحمل الخسائر مع احتفاظه بحقه في الأرباح وهو ما يسمى بشرط الأسد وله وجهان: احدهما هو حصول أحد الشركاء على جميع الأرباح أو حرمان شريك آخر منها أو حصوله على جزء كاف.

والثاني هو إعفاء أحد الشركاء من الخسائر أو إدراج شروط في العقد تؤدي إلى ذلك ويترتب على شرط الأسد بطلان عقد الشركة لأنه يهدم نية المشاركة مع تقسيم الأرباح والخسائر.

✓ **تمييز التصرف التعسفي عن التصرف المجحف:**

التصرف التعسفي هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته في حين التصرف المجحف لا يحول الفعل أو الحق عن تحقيق وظيفته الاجتماعية غير أنه تصرف غير مقبول.[2]

ويميز البعض بين التعسف والتجاوز على أساس أن التعسف ذو صفة خطئيه فمثلا المالك يفعل ما يشاء في ملكه دون قصد الإضرار بالغير، وإذا قصد ذلك يكون تعسف في استعمال حقه، والتجاوز عبارة على أن الشخص في استعماله واستغلاله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث ضرر للغير ولكن أحيانا يكون التجاوز تعسفيا وأحيانا يكون التعسف تجاوزا[3].

---

[1]/ مثال ايجار سيارة مع الوعد بالبيع واشترطت الشركة البائعة أن يتحمل المستأجر وحده مخاطر أو اتلاف السيارة وحدثت أن سرقت السيارة فتوقف المستأجر عن الاستمار في دفع الإيجار مستندا إلى الطبيعة التعسفية للشرط الذي يحمله مخاطر العقد حتى ولو كانت ناتجة عن قوة قاهرة وقد انتهت محكمة النقض إلى تأييد وجهة نظر المستأجر وقضت بأن مثل هذه الشرط يخل بمبدأ المعاملة بالمثل نظرا لأنه منح الشركة المؤجرة ميزة زائدة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي منقول عن محمد محي الدين إبراهيم سليم ، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون طبعة، سنة2007، ص 28.

[2]/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف ، مصر، بدون طبعة وسنة، ص32.

[3]/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ،المرجع السابق، ص 32.

المبحث الثاني: معايير وأساليب تحديد الشرط التعسفي:

لتحديد الطابع التعسفي للشروط لا بد من توافر هذا الشرط على معيار يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة بين أطرافها، بين طرف قوي يستأثر بجميع مميزات القوة وطرف ضعيف مذعن، فلطالما حاول رجال الفقه والقانون الإعتماد على معايير موحدة من أجل ضبط كل الشروط التي تعتبر تعسفية، وتستدعي التدخل من أجل حماية المستهلك، كما أن الطابع التعسفي للشرط يحدد بالرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد، وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد، ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما البعض من الوجهة القانونية، وسنتناول هذه المعايير في المطلب الأول ثم نتناول في المطلب الثاني أساليب تحديد الشرط التعسفي.

المطلب الأول : المعايير المعتمدة في تحديد الطابع التعسفي للشرط:

بالرجوع إلى التشريعات المدنية نجدها تنص على المعيار التقليدي الذي يعتمد عليه القاضي في إصدار حكمه وتقرير ما إذا كان الشرط المدرج في العقد تعسفيا وهو معيار العدالة، غير أنه ونظرا لاستحداث قواعد حماية المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفي فقد ظهرت عدة معايير يتم الاستناد عليها في تحديد الطابع التعسفي للشرط.

وسنتناولها من خلال فرعين أولها يتعلق بالمعيار المعتمد في التشريع المقارن والفرع الثاني يتعلق بالمعيار المعتمد في التشريع الجزائري كما سنتطرق للمعيار الذي اعتمده المشرع المصري.

الفرع الأول: المعيار المعتمد في التشريع المقارن:

اعتمد المشرع الفرنسي على معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ويطلق عليه أيضا بالمعيار الشخصي وقد مثل هذا المعيار سببا هاما في تحديد مدى تعسفية الشرط، إذ يفترض أن يتمتع المهني نفسه بوضعية اقتصادية معينة حينما يتعاقد مع المستهلك، ويستغلها للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض شروط العقد بالطريقة التي يريدها لتمتعه بمركز قوي من الناحية الاقتصادية،[1]وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حين اشترط أن يكون هذا الشرط مفروض على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي،[2]وتعتبر القوة الاقتصادية المكانة التي يحظى بها المتدخل في السوق والتي تخول له أن يكون ذا تفوق وهيبة مما يجعله معروفا في السوق.

لكن هذا المعيار تعرض للانتقاد لكونه غامض جدا، فصحيح أنه لفرض شرط فاحش يجب أن يكون المتدخل ذو نفوذ، لكن النفوذ ليس مرادفا للقوة فهناك حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية[3].

ونظرا لغموض هذا المعيار فإنه يثور تساؤلين حول المقصود بالتعسف وماهي ضرورة هذا المعيار ونجاح المشرع في اختياره؟

وقد حاول فريقين الإجابة على هذا التساؤل فذهب الاتجاه الأول إلى القول أن أول ما تطرق في الذهن هو الاعتقاد بأن ثمة عيبا في الرضا قد حدث وهو ما يلحق الإرادة في عنصرها الاختياري، و بمعنى أكثر وضوحا أن المقصود هو تعسف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس بمعنى أن تعسف الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية، يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال استخدامه لوسائل غير أمنية، والاستغلال لوضع الضعف للطرف الآخر، قد أدى بهذا الأخير لإبرام تصرف قانوني و الذي يحصل منه هذا المتعاقد على ميزة فاحشة.[4]

---

[1]/ خولة بوعروج، الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر للالتزام، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، عدد 2021/12/04، ص 253.

[2]/ عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 01، سنة 2002، ص 140.

[3]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 218.

[4]/ المرجع نفسه، ص 216.

أما الاتجاه الثاني يرى أن المقصود بالتعسف هنا هو التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة، و هو ما يظهر من المناقشات البرلمانية الفرنسية حيث قال أحد النواب: أن مشروع هذا القانون يحرم على المهني الذي يملي شروطه تجاوز هذه السلطة إضرارا بالمستهلك، و بالنظر إلى ذلك و تحليله فإن ذلك لا يعني سوى التعريف التقليدي للتعسف في استخدام الحق الذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، وهذا يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا ويرى البعض أن التحرير المنفرد للعقود النموذجية هي اليوم بمثابة ضرورة لا غنى عنها، وأنه ليس واضحا أن هذا التحرير المنفرد أمر مشروع، و إنما هو يمثل ممارسة سلطة وليس حق شخص، وعلى هذا فإنه يبدوا من الصعب في هذه الظروف النظر لتحريم الشرط التعسفي على أنه مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في استعمال الحق إذن فالاستناد إلى مفهوم تعسف الحق أمر منتقد[1].

أما التساؤل الثاني فإنه يبدو من الناحية النظرية أنه لا يستلزم بالضرورة اقتران التعسف الواضح في الشرط بمعيار اقتصادي وهو تعسف النفوذ الاقتصادي، غير أنه من المؤكد أن خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بهذه الشروط وإلا فإن البديل هو أن تكون هذه الشروط قد فرضت عليه فرضا ويسهل إثبات الخضوع، إذ يسيطر على هذه الأنواع من العقود خصوصا وأنه يتم طباعتها وإعدادها مسبقا لينظم إليها المستهلكون بغض النظر عما يستشعرونه فيها من تعسف أو عدم توازن.[2]

غير أن هذا المعيار مبهم وغير واضح لأنه لا يشير إلى أي شيء يمكن الاستناد إليه حتى نكشف النفوذ الاقتصادي، ونتساءل عما إذا كان من الضروري اعتبار هذا المعيار للكشف عن الطبيعة التعسفية للشرط، وأمام عدم تضمن المعيار مايمكن بواسطته معرفة تعسف النفوذ الاقتصادي، فإن الفقه حاول اقتراح عدة مؤشرات، حيث يرى أن من هذه الدلائل أنه ابتداء من اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم في اتفاق ما فإن هذا المؤشر البسيط يكفي لاعتباره غير فعال، أي اعتبار الشرط باطلا.

ومن المؤشرات أيضا التي يمكن الاستناد إليها، هي وضع المهني في السوق، ليس من خلال حصته في السوق لأن ذلك صعب تحديده، وإنما يجب أولا تحديد مفهوم السوق وذلك عن طريق استخلاص طبيعة السوق ومحله وما إذا كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير وضع المهني في

---

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ، ص 217

2/ حسين عبد الباسط الجميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة وسنة، ص270.

السوق المحلي فقط أم على مستوى الدولة، ثم بعد ذلك تقدير وضع المشروع الذي يملكه المهني في هذه السوق بل وحتى استخلاص التأثير الذي يمكن أن يمارسه في السوق.[1]

من خلال ماسبق يتبين أن هذا الوضع الاقتصادي للمهني يتميز في الواقع بتفوق المهني، بعيدا عن حالات الاحتكار ذلك أن المتدخل في إبرامه عادة للاتفاقات التي تدخل في مهنته، يتعرف على مؤشرات مختلفة ومخاطر متكررة كثيرا، كما لديه الخبرة في التصرفات التي تدخل في نطاق مهنته هذا التفوق التقني هو ما يملكه كل متدخل فقط دون المتعاقد الآخر.

فالوضع المسيطر حسب مجلس المنافسة الفرنسي، يتميز بأن السلطة تنتزع تكاليف من السوق وتلزم المتنافسين على أن يوفقوا أوضاعهم وفق تصرفها الخاص، أو أنه المشروع الذي يؤدي بالسلطة إلى تبني تصرفات مستقلة إزاء منافسيه(عملائه والمستهلكين)، والوضع المسيطر يسمح للمستفيد منه لإبطال تأثير نفوذ خصومه ويؤدي إلى جعلهم مجبرين على الخضوع له.

أما من ناحيــة التعسف فإنه يقوم ابتداء من الوضع المسيطر وبواسطة الحصول على شروط ملائمة له بشكل مبالغ فيه وأن الوضع المسيطر، يوجد للوهلة الأولى وعلى هذا فمفهوم التعسف والنفوذ الاقتصادي في قانون المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة.[2]

بالإضافة إلى ما سبق فإن وضع المستهلك نفسه، يصلح كمؤشر يستشف من خلاله تقدير النفوذ وذلك أن المهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي له خيارات متعددة، فهو إما يتعاقد أو يرفض ذلك، على أنه في الغالب غير قادر على مناقشة شروط العقد، وبالتالي فهو في مركز ضعف إذ أن المهني يفرض عليه شروط العقد من منطلق نفوذه وتفوقه في التقنية، والمستهلك في هذا الوضع في أشد الحاجة إلى السلعة أو الخدمة ويبرم العقد إبراما مقترنا قبوله باستغلال حاجته الماسة للمنتوج.

وكذلك يمكن الاستدلال على تعسف النفوذ الاقتصادي، من خلال تعريف الشرط التعسفي ومن وجود عدم توازن في العملية العقدية، وغياب حسن النية وكون موضوع الشرط أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات المهني وإضافة إلى ذلك فإن تعسف النفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة فاحشة.

وبالرجوع لقانون 10 يناير 1978 فإن المشرع الفرنسي إعتمد على عدة معايير في تحديد الطابع التعسفي وتتمثل في: تعسف المحترف في استعمال تفوقه الاقتصادي وحصول المحترف من جراء ذلك

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 219.
[2]/ نفس المرجع ص 219 وما يليها .

على ميزة مفرطة وضرورة أن يكون ضمن القائمة الواردة في المادة 35 وأن يصدر بشأن الشرط التعسفي مرسوما عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة البنود التعسفية ثم جاء المشرع الفرنسي بالقانون95-96 المتعلق بالاستهلاك الصادر في 1995/02/01 وعدل بعض أحكام قانون 10يناير 1978 الخاص بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات وفي قانون الاستهلاك الصادر في 1993/03/26 استحدث أحكاما جديدة أيضا .

والهدف من ذلك التعديل هو ضرورة التوافق مع التوجيه الأوروبي رقم 93-13 الصادر في 1993/04/05 المتعلق بمكافحة الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك.

وبالنظر إلى المادةL1-131 من قانون 95-96 الصادر في 1995/02/01 نجد أن المشرع الفرنسي قد تخلى عن معيار الحصول على ميزة فاحشة أو مفرطة واعتمد شكل آخر اطلق عليه المشرع الفرنسي مصطلح عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين DE SE QUILLIBRE .. SIGNIFICATIF

من خلال ماسبق يمكن القول أن الرأي الراجح للفقه الفرنسي أن معايير الشرط التعسفي هي التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمهني وحصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة بالمستهلك وذلك أن هذين العنصرين متحدان وتربطهما علاقة سببية تامة فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير وهكذا فإن أحد هذه العناصر يعد نتيجة حتمية للعنصر الآخر.

الفرع الثاني: المعيار المعتمد في التشريع الجزائري:

ظهر في البداية معيار عدم التوازن الظاهر بين الالتزامات، ثم ظهر معيار آخر وهو معيار الميزة الفاحشة، إلا أن البعض يرى في هذا الصدد أن المعيارين هما وجهين لعملة واحدة، أي أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أن الاختلاف هو في التسمية فقط. فلاعتبار الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا يجب أن يكون مفروضا بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة، على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل، لذلك يبدو من الوهلة الأولى أن معيار الميزة الفاحشة هو نتيجة استخدام معيار النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، و يعتبر مرتبطا به بعلاقة سببية.

غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية من طرف الفقه هذا لأنه معيار غامض لم يتضمن ما يستشف من خلاله طبيعة الميزة، أهي ذات طابع مالي فقط أو أكثر من ذلك، فضلا عن ذلك هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير الميزة هل ينظر بموجبه للشرط فقط أم أنه يجب النظر للعقد برمته؟

فعن الإشكال الأول وهو معيار الميزة المفرطة غير محدودة الكمية، ذلك لأن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على عكس الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذ بلغ حدا معينا من الجسامة وهو الخمس، فهذا المعيار غير محدد برقم معين وهو ما يجرنا للقول بأن الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقا.

و جدير بالقول أن هذا الإشكال هو كون الميزة الفاحشة غير محدودة الكمية يستلزم عدم توازن ظاهر، وقد حل معيار الميزة الفاحشة محل معيار عدم التوازن الظاهر، وهذه الصيغة قد استبعدت لأنها كانت تثير بطريقة فاحشة مسألة الغبن، أما الميزة الفاحشة فهي لا تثير مسألة الغبن وإنما تقترب منها ذلك أن المعيار اشتمل على عنصر موضوعي أي الميزة المفرطة، وعنصر شخصي أي الخشية الناتجة عن تعسف النفوذ الاقتصادي.

إذن الميزة الفاحشة التي تؤدي إلى تعسف النفوذ الاقتصادي من المتدخل لها نفس معنى الغبن تقريبا، ولكن هناك اختلاف بين الفكرتين أي فكرة الغبن وفكرة الميزة الفاحشة وهذا الاختلاف يكون محل التعسف الذي هو في الغبن ينصب على الثمن بينما الميزة الفاحشة تنصب على شروط التبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، إذ أن هذه الشروط لا تنصب على الثمن فقط، وإنما تتعدى ذلك إلى الشروط التي ليست ذات طابع مالي فهذه الفكرة الأخيرة أثارت بدورها إشكالا في البداية، وذلك كون معيار الميزة

الفاحشة ينصب على عدم توازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات لكن ماهي طبيعة عدم التوازن في الإلتزامات المتولدة عن العقد؟

ويرى البعض أنه من الطبيعي أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي وهي تكون كذلك حينما يتعلق الشرط المعني بمبلغ الثمن أو كيفية دفع الثمن لكن ليس من الضروري أن تكون ذات طابع مالي فالشروط التي تتعلق بجوهر الشيء أو التسليم أو عبء المخاطر أو شروط التنفيذ ..... الخ ، وهي بالتالي ليست ذات طابع مالي، إذا فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة.[1]

أما الإشكال الثاني الذي طرحه معيار الميزة الفاحشة فهو الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة، وهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني منعزلا عن غيره من الشروط التي يتضمنها العقد الاستهلاكي، أم أنه يجب النظر إلى شروط العقد في مجملها، ولا يمكن القول بأن الشرط تعسفيا لمجرد منح بعض المزايا للمهني، إذ أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهة لإعطاء المستهلك من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله.[2]

لهذا يسلم البعض[3] بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع شروط العقد أي وجوب النظر إلى جميع الشروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن الشرط بمفرده قد يبدو تعسفيا، إلا أنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.

وقد حاول الفقه الإجابة على هذا الإشكال بأنه رغم ذلك يبقى العقد كاملا منصوص فيه على شروط عديدة، ولتقدير الصفة التعسفية لشروط ما فإنه يبدو من الضروري الأخذ بعين الاعتبار الأداءات المتبادلة في مجموعها، من أجل التحقق من عدم التوازن العقدي و يكون الشرط تعسفيا إذ كان يؤدي إلى عدم التوازن في مباديء العقد، فهذه المسألة تتوقف على حكم القاضي.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده اخذ بمعيار الإخلال الظاهر ويظهر ذلك من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 من قانون 04_02 المعدل والمتمم بقوله:"كل بند أو شرط... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين وواجبات أطراف العقد".

---

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص222.
[2]/عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 140 .
[3]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص222.

وقد تدخل المشرع من أجل إعادة التوازن العقدي بين العون الاقتصادي والمستهلك وذلك من خلال القانون 04-02 المعدل والمتمم المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

وإذا كان القانون المدني الجزائري بجميع مواده لم يتطرق إلى تعريف الشرط التعسفي فإن قانون 04-02 المعدل والمتمم عرفه بصريح العبارة في المادة 03 من ومن خلال هذه المادة يتبين أن تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة وإنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها[1]، فهو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف.

فمن خلال المادة السابقة يتبين أن المشرع الجزائري أخذ عند تحديده للشرط التعسفي بمعيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد مثله في ذلك كالمشرع الفرنسي ولكنه حدد دائرة العقود التي يمكن أن ترد فيها شروطا تعسفية بعقود الإذعان والتي تتميز بوجود تفوق طرف على آخر سواء كان التفوق قانوني أو اقتصادي أو تقني.

وبالرجوع إلى القانون الخاص بحماية المستهلك المصري الصادر في 06-67 الصادر في 2006 لا نجد ما يحدد معايير الشرط التعسفي في العقود المبرمة بين المحترفين أو المهنيين والمستهلكين أو غير المحترفين، ولعل هذا يمثل قصورا من المشرع المصري على عكس المشرع الفرنسي والجزائري والذي تطرق لمفهوم الشرط التعسفي بكل وضوح وبعبارة صريحة في عقود الاستهلاك، فالمشرع المصري ترك مسألة التعريف للفقه والقضاء[2] .

---

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن الشرط التعسفي، المرجع السابق، ص 96.

[2]/ تتلخص وقائع الطعن في أن المدعيين أقاموا الدعوى ضد الطاعنين طلبوا فيها سد جميع الفتحات من أبواب وشبابيك وبلكونات تطل على ملكه من الجهة القبلية وذلك استنادا إلى أنه وفقا لأحد الشروط التي تضمنها عقد التمليك فإن المطعون ضدهم أو منقول إليهم الأرض فيما بعد لهم الحق في فتح فتحات طبقا لقوانين البناء في حالة إقامتهم فيلا (مسكن خاص) أم في حالة اقامته لعمارة سكنية استغلالية فليس لهم الحق في عمل فتوحات أبواب وشبابيك أو بلكونات تطل على ملك المدعيين من الجهة القبلية بطول 40 متر وحيث أنهم أقاموا عمارة سكنية وفتحات ومناور تطل على ملكهم فإنهم بذلك يكونوا مخالفين للبند الوارد في الاتفاق أو العقد وقد قضت محكمة الموضوع برفض الدعوى واستؤنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التي قضت بالغاء الحكم والزام الطاعنين بان يدفعوا مبلغ تعويض للمدعيين ورفض مازاد عن ذلك من طلبات، ثم طعن في القرار وكان سبب الطعن أن الشرط المشار إليه في العقد هو شرط تعسفي ومخالف للقانون، لأنه يعطي الحق في فتح مطلات على ملك المطعون ضدهم من الجهة القبلية إذا أقاموا فيلا خاصة وسلبهم هذا الحق إذا أقاموا عمارة سكنية استغلالية، وقد رفض الحكم هذا الدفع وقضى بصحة الشرط مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون، وقد ردت محكمة النقض على هذا السبب من حيث أن النص غير سديد ، ذلك أن حق الارتفاق طبقا لأحكام القانون المدني المادة 1015 يدل على أن الأفراد يتفقوا على انشاء حقوق ارتفاق التي يختارونها سواء كانت إجبارية أو اختيارية مع مراعاة أن تكون في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة ،وأن الثابت من العقد أنه في البند الثاني عشر منه نص:... فإن هذا الشرط.... فيما

ويرى الفقه أن معيار تحديد الشرط التعسفي يتمثل في عدم التوازن الناتج عن تعسف أحد طرفي العقد في استعماله لحقه التعاقدي نتيجة تفوقه على الطرف الآخر وليس مجرد التوازن الظاهر في الحقوق والتزامات الطرفين[1]، من خلال الميزة الفاحشة التي تعود لأحدهما على حساب الطرف الآخر ذلك لأن انعدام التوازن موجود في عدة عقود دون استعمالها على شرط تعسفي كالعقود الاحتمالية التي يرد عليها الغبن دون اشتمالها على شروط تعسفية وكذلك العقود التبرعية وهي تلك التي يعطي فيها أحدهما بلا عوض دون وجود أدنى شرط تعسفي[2].

المطلب الثاني: أساليب تحديد الشرط التعسفي:

تتنوع الأساليب التي تم اعتمادها في تحديد مفهوم الشرط التعسفي فقد يعمد المشرع على إخضاع هذه المسألة كلها إلى السلطة التقديرية للقاضي لحماية الطرف الضعيف من الشرط التعسفي وهو ما يسمى بالأسلوب التقديري، غير أنه هناك أسلوب آخر أكثر أهمية وانتشارا في الواقع وهو أسلوب القائمة الذي يعتمد فيه المشرع على صياغة الشروط التي يرى أنها تحمل طابع التعسف، وبالإمكان أن تلحق ضرر بالمستهلك وتخل بتوازن العلاقة التعاقدية، وهذا ما سنتناوله من خلال هذه الفرعين التاليين.

مفاده حق تقرير حق الارتفاق سلبي بعدم المطل على ملك المطعون عليهم في الحالة الأخيرة (بناء عمارة سكنية) وهو أمر لامخالفة فيه للقانون، وأضافت محكمة النقض أن الحكم المطعون فيه في خصوص الرد على دفاع الطاعنين بأن هذا الشرط تعسفيا قد تعرض للحالات الثلاث التي أوردتها المادة 05 من القانون المدني والمتعلقة بالتعسف في استعمال الحق وقرر أنها غير متوفرة في الدعوى، لأن المصلحة المقصودة من هذا الشرط مشروعة ولم تثبت من الأوراق أن المطعون عليهم قصدوا النص عليها صراحة بما لا يدع مجالا للشك، والقول بأنها قليلة الأهمية بالنسبة لما يصيب الطاعنين من ضرر بسببها ، وانتهت المحكمة إلى رفض الدعوى ، نقض مدني طعن رقم 724 جلسة 1977/05/10 مجموعة المكتب الفني رند 199 ص 1158.

[1]/ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي في فرض الشرط التعسفي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 05، الجزائر، ص348.

[2]/ عبد المومن أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 68.

[2]/A-karimi les clauses abussive et the orie de l’abus de droit ,libraric gé né ral de droit et de jurisprudence paris 2001,p12.

الفرع الأول: الأسلوب التقديري:

هو الحالة التي يمنح فيها المشرع للمحكمة سلطة تقديرية في تعديل أو إبطال شروط العقد التعسفية استنادا إلى نص قانوني،[1]وقد خول المشرع المصري في المادة 149 من القانون المدني المصري للقاضي سلطة واسعة بشأن تقدير ما إذا تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية أم لا، ولم ترسم له حدود في ذلك إلا بما تقتضيه العدالة فهو يربط الشرط التعسفي بعقد الإذعان ونفس النهج أيضا اتبعه المشرع العراقي من خلال المادة 167 من القانون المدني العراقي الذي يعطي كل السلطة للقاضي في تقدير طابع التعسف أو الإذعان ويعتبر كل شرط يقيد أو يحد من السلطة التقديرية للقاضي باطلا بطلانا مطلقا لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري، فالقاضي يعتمد على مدى تعسف هذه الشروط على معايير التعسف في استعمال الحق فيعد شرط تعسفي إذا لم يقصد به سوى الإضرار بأحد المتعاقدين، أو كانت أحد المصالح التي يقصد تحقيقها من حيث الاتفاق على الشروط قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المتعاقدين من ضرر بحسبها أو إذا كانت هذه المصالح غير مشروعة.

إن إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق على هذا النحو وإن كان يسمح بإضفاء طابع التعسف على الشرط غير أن هذا التقييد بمعايير التعسف سوف يحد كثيرا من فكرة الشرط التعسفي بوجه عام، فإذا كان الشرط يفرض التزاما قاسيا على عاتق الطرف الضعيف فليس معنى ذلك أن الطرف الآخر قصد الإضرار به، أو إلى تحقيق مصالح غير مشروعة لأن الأمر يتعلق في النهاية بمصالح مالية بين الطرفين وقد لا يتعارض تحقيقها مع فكرة النظام العام والآداب العامة.

والمصلحة التي يسعى إلى تحقيقها من وراء الشرط التعسفي قد يكون في فروض كثيرة مصلحة مهمة ومشروعة، كما أن هناك أساليب أخرى أكثر نجاعة لتحديد الشروط ذات الطابع التعسفي وباعتبارها باطلة أو غير موجودة أصلا بمجرد فرضها على المستهلك.

إذ أن هذا الرأي يتعارض مع الحرية التعاقدية ذلك أنه يتعارض مع إرادة أطراف العقد ويهملها، إذ يفترض بطلان الاتفاق على هذه الشروط، مع أن هذا الاتفاق قد حصل بين ارادتين موجودتين فعلا، ولا يمكن الدفع بحجة التكافؤ بينهما كما أن الشروط المدرجة في العقود التجارية هي شروط غير معلومة للمستهلك، حتى لو كان يعلمها فإنها لا تحمل بالضرورة الطابع التعسفي لإلزامية إبطالها، على اعتبار

[1]/فراس عبد الجبار الروازق، الحماية القانونية من الشرط التعسفي دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع مصر، طبعة1، سنة2017، ص59.

أن هذه الشروط هي جزء من الاتفاق تم التعاقد عليه بتوافق ارادتين حتى وإن كانت إحداها ضعيفة تظل موجودة وغير باطلة، وهو نفس الاتجاه اتبعه المشرع المصري من خلال استقراء نصوص قانون حماية المستهلك، فهو لم يضع معيارا معين يستعان به لتعيين الشرط التعسفي، وتنص المادة 10 منه بقولها:" يقع باطلا كل شرط يرد في العقد أو في وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون"، من خلال المادة يتبين أن كل شرط من شأنه إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته بمقتضى القانون يقع باطلا لأنه ينشئ تفاوتا ظاهرا لالتزامات الطرفين .

نلاحظ أن الأسلوب التقديري يفسح المجال للقضاء لما له من سلطة تقديرية لدراسة كل حالة على حدى، ويضمن حالة كافية للطرف الضعيف ويتميز هذا الأسلوب بالمرونة والبساطة غير أنه لا يضمن معايير واضحة ومحددة يتقيد بها القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط، على نحو يفتح الباب الواسع أمام احتمالات تحكم القضاة واساءة استعمال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لهم، ويبدو أن هذا الهاجس هو الذي جعل المشرع الفرنسي يتردد في اتباع الأسلوب التقديري، إلا أن ما يشفع له أنه في ذات الوقت خول السلطة التنفيذية على الرغم من إعطائه تعريفا شاملا للشرط التعسفي حق اصدار اللائحة المحددة للشروط التعسفية.[1]

الفرع الثاني : الأسلوب اللائحي:

اعتمد المشرع الفرنسي في تحديد الشرط التعسفي على الأسلوب اللائحي وبين عناصرها ومعاييرها في قانون حماية وإعلام المستهلكين الصادر في 1978/01/23 وفي قانون الاستهلاك الفرنسي 949-93 الصادر في 1993 استبدل المشرع الفرنسي سلطة القاضي في تقدير التعسف الذي يشوب بنود العقد بأسلوب التحديد اللائحي للبنود التعسفية الذي تضعه السلطة التنفيذية وعلل هذا المسلك بالرغبة في تجنب المساوئ التي تقترن بكل تدخل قضائي.

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 63.

أولا: تعريف أسلوب اللائحة:

ويعتبر أسلوب القائمة أو اللائحة أفضل ضمانة لوجود الاستقرار أو الأمن القانوني، الذي يسعى كل النظم القانونية لتحقيقه، باعتباره الغاية المنشودة والمطلوب تحقيقها فهذه القائمة تمد القاضي بعلامات ترشده وتساعده في تحديد وتقدير وصف التعسف، وهو ما يخفف عبء كبير على هذا القاضي، كما أنه أصبح وسيلة لضمان التوافق بين الدول الأوربية الساعية لتبني تشريعات موحدة، وليس من شك أن توحيد الحلول فيها يتعلق بتحديد الشرط التعسفي يعد هدفا مشتركا لكل الدول الأوربية لأنه يؤدي إلى تحقيق مصالح مشتركة سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية[1]، فأسلوب القائمة يقدم ضمانات اجتماعية للمستهلكين الذين يبرمون عقودا مع تجار من دول أوربية أخرى فتبصير هؤلاء المستهلكين يحقق العلم المسبق لهم قدرا من الطمأنينة عند إبرام العقد.

ويتمثل هذا النوع في إعداد قوائم تتضمن تعداد الشروط التي تعد تعسفية، ومن ثم يحرم المشرع ادراجها في عقود الاستهلاك،[2]ويقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط المدرجة في القائمة، وهذا الافتراض قد يكون بسيطا يجوز نفيه ويسمى بالقائمة الرمادية وقد يكون قطعيا ويعرف بالقائمة السوداء بحيث لا يجوز نفيه.

أ/ أسلوب القائمة السوداء:

وهذا الأسلوب يتضمن الشروط التي تبطل بقوة القانون دون الاعتراف لأي سلطة بحق الإبطال، ولم يكتف المشرع الفرنسي بتحديد المعايير التي يمكن من خلالها تمييز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط، والمتمثلة في المعيار الاقتصادي والميزة الفاحشة، وإنما أخذ بأسلوب القائمة فنصت المادة 35 من قانون 1978/10/23على أنه:"في العقود المبرمة بين المهنيين وغيرهم بين المستهلكين ومع الأخذ بعين الإعتبار سلعة أو خدمة محل العقد يمكن أن تحظر أو تنظم بواسطة مراسيم تصدر عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة البنود التعسفية، الشروط المتعلقة بتعيين الثمن أو قابليته للتعيين أو الوفاء به، كذلك الشروط المتعلقة بمكونات الشيء أو عناصره أو تسليمه وكذلك تلك المتعلقة بتحمل المخاطر وبمدى المسؤولية أو الضمان وشروط تنفيذ العقد أو فسخه أو انفساخه أو تحديده عندما تبدو هذه الشروط مفروضة على المتعاقد غير المهني أو المستهلك وذلك بالتعسف في النفوذ الاقتصادي للمتعاقد

[1]/ ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفي، دراسة تحليلية، مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دراسة الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2014، ص100.
[2]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 64.

الآخر وتخويله ميزة مفرطة أو فاحشة أو مبالغ فيها ومثل هذه الشروط التي ترد في العقود تعتبر ملغاة وغير قائمة".

فالمادة 35 السابقة وضعت قائمة بالشروط التي يتجه القانون نحو مقاومتها ونظرا لأن القائمة الواردة بالقانون تشير للشروط على سبيل الحصر، فهي لا تغطي الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، وهناك نوعين من الشروط التي تعتبر تعسفية لم تعالجها اللائحة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي،[1] والمجموعة الأولى تتعلق بالشروط التي تؤكد خضوع المستهلك لشروط لم ترد في الوثائق المكتوبة التي وقعها والثانية تتعلق بالشروط التي تتصل بالتزامات المورد ومنها على سبيل المثال الشرط الذي يبيح للمورد فترة تفكير طويلة للرد على عرض المستهلك بهدف شراء سلعة أو خدمة.[2]

فالقائمة السوداء تسمى أيضا القائمة الحصرية أو الآمرة، وهي التي تتضمن تعدادا حاصرا لشروط تعد تعسفية بما لا يقبل اثبات العكس بحيث إذا ورد أحد هذه الشروط في عقد مبرم بين مهني ومستهلك وجب الحكم ببطلانه ويترتب على وصف الشرط بالتعسف بصورة الزامية وقاطعة وفق المادة 35 وأن الشرط كأن لم يكن فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا.

والهدف من ذلك هو حماية مصالح المستهلك فهو ابرم العقد للاستفادة والانتفاع منه وليس لإبطاله ككل، فيلغى الشرط التعسفي دون المساس بالعقد كما لا يمكن للمهني أن ينفي أو يثبت الطابع التعسفي للشرط، ولا يمكن للقاضي بأي حال من الأحوال التدخل وإجازة هذا الشرط فهو باطل بمجرد وروده في القائمة السوداء.

ووفقا للقانون الفرنسي لا يكون الشرط التعسفي فعال إلا إذا قررت الحكومة ذلك دون أن يعطي للقضاء أية مرونة في التدخل لتحديد الشرط التعسفي، ولاشك أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة في حصر الشرط التعسفي، خلقت منزلة وسطى بين السلطتين التشريعية والقضائية، وكان من شأن ذلك أن أصبحت هذه السلطة مصدر تعقيدات لا طائل منها وكانت سببا في دعم ما بذل من مجهود في مواجهة الشرط التعسفي .

---

[1]/ فالسلطة التنفيذية الفرنسية لم تصدر إلا مرسوما واحدا للمادة 35 المذكورة سابقا ويتعلق الأمر بمرسوم 1978/03/24 الذي ينص على ثلاث أنواع من الشرط التعسفي :أ/ الشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية المحترف في عقود البيع.
ب/ الشروط التي تجعل المستهلك خاضعا لمقتضيات تعاقدية غير واردة في العقد.
ج/ الشروط التي تمنح المحترف الحق في تعديل خصائص السلع أو الخدمات بإرادة منفردة أو تلك المعفية من الضمان.

[2]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 66.

وأسلوب القائمة السوداء يتميز بعدة مزايا بوصفه أحد الطرق المتبعة في تحديد الشرط التعسفي يمثل ضمانة فاعلة لاستقرار معاملات الطرف الضعيف فضلا على التسهيل على القاضي الذي يفصل في النزاع[1]، وهي توضح مظاهر التعسف الأكثر جسامة واضرار بمصالح المستهلك فيسهل التعرف على الشروط التعسفية التي تبلغ هذا الحد مما قد يرد في عقود الاستهلاك فتصبح هذه الشروط باطلة بقوة القانون بما لايدع مجالا للاجتهاد أو التعبير بشأن مدى توافر الطابع التعسفي لها وبهذا تؤدي القائمة السوداء دورا وقائيا مانعا[2].

ويتحقق الاستقرار القانوني للمعاملات التي تمت بين كلا الطرفين كما أنها تجعل المستهلك في مركز أقوى في حالة الصلح بين الطرفين، أو في حالة اللجوء إلى القضاء فيسهل على المستهلك إثبات أن العقد يحتوي على شروط تعسفية مذكورة في القائمة سلفا، وما يعاب على هذا الأسلوب أنه يجرد القاضي من جميع السلطات والصلاحيات حول تقدير إجحاف الشرط من عدمه، فكل ما ورد بالقائمة تعسفي وقد يكون شرط غير وارد بالقائمة غير أنه مجحف ويلحق ضرر كبير بالمستهلك دون أن يكون للقاضي أي دور في رفع الضرر عليه.

ومن التشريعات العربية التي أخذت بأسلوب القائمة نجد مشروع قانون حماية المستهلك المغربي ينص في المادة 73 منه بأنه: تعتبر على الأخص شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين البائع أو مقدم الخدمة والمستهلك الشروط التي يكون موضوعها:

1/ الالتزام التام من طرف المستهلك بالأداء الفوري مقابل اقتران التزام البائع بشرط معلق على إرادته المنفردة .

2/ تغيير الثمن وفق عناصر مرتبطة بالإرادة المنفردة للبائع أو مقدم الخدمة .

3/ احتفاظ البائع بحقه الانفرادي في تغيير خصائص السلع أو الخدمات المقدمة حتى لو كانت هذه الخصائص تكتسي طابعا جوهريا بالنسبة للمستهلك.

4/ انفراد البائع بتجديد أو تغيير تاريخ تسليم السلعة أو وقت تنفيذ الخدمة.

5/ انفراد البائع بتحديد مدى تطابق السلعة المسلمة أو الخدمة المنجزة لمواصفات محددة في العقد أو اعطاؤه الإصلاح في أجل ملائم.

---

[1]/ مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق، ص169.
[2]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 68.

6/ منع أو تقييد حق المستهلك في طلب فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزاماته التعاقدية.

7/ تقييد حق المستهلك في فسخ العقد في حالة عدم احترام البائع لالتزامه بإصلاح السلعة أو عدم انجازه لهذا الإصلاح في أجل ملائم.

8/ التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يقابله ذلك تنفيذ البائع لالتزاماته التعاقدية.

9/ السماح للبائع بإنهاء أو تعديل العقد بشكل انفرادي ودون تعويض للمستهلك مالم يكن السبب في ذلك راجعا لقوة قاهرة.

10/ إعفاء البائع من مسؤولية تابعيه أو وكلائه الناتجة عن التدليس أو الخطأ الجسيم أو عن عدم تنفيذ أي التزام أساسي.

11/ الإلغاء أو التقليص من الالتزام بضمان العيوب الخفية.

12/منع المستهلك من إجراء مقاصة بين ما عليه من دين تجاه البائع وماله من حق عليه.

13/ تحديد مبلغ التعويض الذي يلتزم به المستهلك في حالة عدم تنفيذه لالتزامه دون تحميل البائع أي تعويض مماثل في حالة عدم تنفيذ لالتزامه المقابل.

14/ تحديد وسائل الإثبات التي يمكن للمستهلك أن يحتج بها.

15/ التزام المستهلك في حالة النزاع بالتخلي عن أية وسيلة بمقاضاة البائع أو مقدم الخدمة.

16/ التزام المستهلك في حالة النزاع بالتقاضي أمام جهة قضائية غير المحكمة الابتدائية لموطن المستهلك أو المحكمة الابتدائية لمحل ابرام العقد.

17/ فرض شرط تحكمي على المستهلك بدون موافقة صريحة منه.

وفي نفس الوقت سلاح في يد المتدخل الأقوى الذي يمكنه المراوغة في صياغة شروط غير موجودة بالقائمة، غير أنه بالنظر إليها نجدها أكثر اجحافا من غيرها على عكس الأسلوب التقديري، إذ أن التطور التجاري والصناعي وحرص المشروعات الاقتصادية على حماية مصالحها يؤدي باستمرار إلى ظهور شروط عقدية جديدة تتصف بالتعسف لم يفطن إليها المشرع وهو مايقضي بالمراجعة المستمرة للقائمة بقصد استيعاب مايسفر عنه التطور من مظاهر جديدة للتعسف في عقود الاستهلاك.[1]

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 68.

ب/ أسلوب القائمة الرمادية:

وتعرف أيضا بالقائمة الاسترشادية فهي تتضمن شروطا واردة على سبيل المثال لا الحصر، ويفترض في البدء أن هذه الشروط تعسفية، ومن ثم باطلة ولكن يجوز للطرف القوي أن يثبت عكس ذلك بأن يقيم الدليل على انتفاء الطابع التعسفي عن الشروط التي يقوم بإدراجها في العقد ولو كانت مما تتضمنه القائمة.

وقد سلك كلا من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري هذا المسلك في تحديد الشرط التعسفي، ففي سنة 1995 أضاف المشرع الفرنسي ملحقا بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافرت فيها العناصر الثلاث وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوربية لعام 1993، وقد جاءت شاحبة على حد تعبير الأستاذ calais –auloy[1]من جهة افتقارها للقوة الإلزامية، التي تتميز بها المراسيم وإن من جهة تحميل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا للمادة 132-1من قانون الاستهلاك الفرنسي، وتنص المادة 132-1[2] من قانون الاستهلاك الفرنسي على 17 نوع من الشروط تتعلق ب:

---

[1]// Calais-auloy jean - frank- steinmets - op- cit –p197

[2]/ les conditions mentionnrrs dans la liste annexeé a' la loi française de la consummation qui est arlitaire.

a- L'obligation d'exculure ou d'indentifier la responsabilite en cas de décés professionnels et des consommatrurs ou des bleussures corporelles en-dommagé en raison d'un acte ou déune omission d'un proffessionnel .
b- L'obligation d'exculure ou de détterminer les droits legaux du consommateur dune autre partie en cas de nom- exécution totale ou partielle ou mauvaise totale ou partielle ou mouvais application par un profissionnel à un obligations contractuelles y compris la compensation professionnels et de religion de religion originre du visage .
c- Obligeant et consommateur qui n'aurait pas respecte ses obligations de verser des indeminités est très grande et deraissonnable .
d- Texte sur une obligation du alors que le consommateur et obligations professionnelles de sa mise en ouevre depend de la volonté de l'individu lui.
e- Permettant à un professionnel de retenir des sommes verseés par le consommatur qui à modifie ou léxeution ducontrat sans le texte sur le droit du consommateur d'obtenir une indommisation de léquivalent professionnel est modifieé contrat.
f- Autorises la résiliation arbitraire professionnelle du contrat un sens qe le consommateur de ce droit ou de permettre à un professionnel de retenir les sommes qui lui ont rendu kmekdmat pour les engagements n'ont pas encore été mises en ouvre par un professionnel bien que celuici révoque contrat .
g- Permettant à un professionnel de résilier le contrat sans en avertir le consommateur en dépit du fait que le contrat est d'une dureé fixe .
h- De reporter la mise en ouvre d'un contrat à dureé déterminée sans la volonté de l'estine de soi des consommateur anx termes n'avait pas en l'occasion de les voir.
i- Permettant au professionnel de régler ses seules paroles du contrat et sans aucune justification légetime .

1/ استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو اصابته بأضرار جسمانية نتيجة قيامه بعمل أو امتناعه منه.

2/ استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد الالتزامات المحترف.

3/ النص على تقيد المستهلك بالتزامه في حين جعل تنفيذ المحترف لالتزامه متوقف على محض إرادته.

4/ الإجازة للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن ابرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة في حالة تراجع المحترف نفسه ونقضه للعقد.

5/ الزام المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته بدفع تعويض مبالغ فيه وغير مناسب للمهني.

6/ إجازة المحترف من إنهاء العقد بصفة تقديرية وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك .

7/ تمكين المحترف من انهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق، ماعدا في حالة السبب الجسيم.

8/ التمديد التلقائي لعقد غير محدد المدة.

9/ الإثبات القاطع لاذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها بتاتا قبل إبرام العقد.

10/ تمكين المهني من تعديل العقد من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.

11/ اجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة.

---

j- Autorisant le professionnel à ajuster ses seules paroles du contrat et sans une justification des propriétés ou des caractéristiques d'article légitimes/

k- A condition que le pix de l'article est determunée au moment de la livraison ou de l'octroi du prestataire le droit d'augment le prix sans que le consommateur a le droit de résilier le contrat.

l- Saint subvention professionnel le droit de déterminer si la chose qui à donné ou service fourni compatible ou incompatible avec les termes du contrat ou accorder le droit absolu professionnel pour expliquer certains des termes du contrat.

m- Réduction de l'engagement professionnel de respecter les engagements qui repose sur ses dixiples ou agents.

n- Obligeant le consommateur à la mise en ouvre de ses engagement et de ne pas contraindre la mise en œuvre des obligatons professionnelles.

o- Le texte sur la passibilité de résilier le contrat d'un professionnelle sans donner ce droit pour le consommateur.

p- Priver le consommateur de l'exercice du doit de recours ou d'un accord pourariter le pacés intenté par le consommateur ou de refuser ces derniers à recourir à d'autres voies de recours

12/ النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.

13/ منح المحترف حق تمديد ماإذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق مع شروط العقد.

14/ تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه.

15/ التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.

16/ النص على امكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى انقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.

17/ استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن.

وقد اصدر المشرع الفرنسي قانون2005/01/28 المسمى la loi chatel نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف قبل عامين بمهمة برلمانية، تتعلق بإعلام وتمثيل حماية المستهلكين، وعدل القانون السابق قانون الاستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب 04 تحت عنوان أحكام مختلفة وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يمكن عدها تعسفية، الشرط الذي يلزم المستهلك على قبول طريق نظام بديل لتسوية النزاعات.[1]

إن القائمة الرمادية تشير إلى شروط تعسفية في ظروف معينة بتحديدها ومن ثم يقتضي إعمالها خلافا لأسلوب القائمة السوداء تحليلا وتغييرا لمضمون أثر الشرط المحقق مما إذا كان يندرج في ضمن الشروط المبينة بالقائمة أم لا، وليس لقائمة الشروط الرمادية أي قيمة قانونية فما هي إلا وسيلة إرشادية يلجأ إليها كل من طرفي العقد عندما يثار الشك حول شرط ما ليتسنى لهما الوقوف على طبيعة التعسف في الشرط كما يمكن للقاضي أن يسترشد بها في استخلاص صفة التعسف بالشرط في المنازعات التي تعرض عليه، ولكن دون التزام منه، وقد أخذ التوجيه الأوروبي الصادر في1993/04/05 بنظام القائمة الرمادية إذ أورد ملحقا يتضمن قائمة بالشروط التي تعد تعسفية، وقد أشار هذا التوجيه بقوله إلى أن هذا الملحق يتضمن قائمة إرشادية لا حصرية بالشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، وبهدف استيعاب ماقد يستجد في العمل من شروط تعسفية لم ترد في القائمة فقد اعتمدت المادة 1/3 من التوجيه الأوروبي أعلاه على معيار عام لفكرة الشرط لتعسفي، وبمقتضاه يعد الشرط تعسفيا إذا لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية وكان ينشيء خلافا ما يقضي به حسن النية وضد مصلحة الطرف الضعيف تفاوتا ظاهرا بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد.

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق، ص 30.

وقد سار على هذا الأسلوب التشريع المصري وإن كان ينص صراحة على بعض الشروط التي يمكن من خلالها أن نستشف أنه أخذ بأسلوب القائمة الرمادية بقوله[1]: أنه يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه، وينطبق ذلك على وجه الخصوص في المواضيع التي تلزم المستورد بما يلي:

1/ قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها.

2/ حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا تلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

3/ استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في انتاجها.

4/ تقييد حجم الانتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.

5/ اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في إختيار العاملين الدائمين بها.

6/ شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها.

7/ يقتصر بيع الانتاج أو التوكيل في بيعه على موردها أو الأشخاص الذين يعينهم.

وذلك كله مالم يكن أي من هذه الشروط قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتوج، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا يمكن أن يفهم من هذه المادة أنها قائمة بشرط يجوز أن تكون تعسفية ولكنها خاصة بعقود التكنولوجيا ولا تنطبق هذه المادة على العقود الأخرى.

وكما يمكن القول بأن المشرع المصري قد أخذ على نحو غير مباشر بنظام القائمة الاسترشادية كأسلوب لتحديد الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، وذلك بالنص على طائفة من الحقوق على سبيل المثال لا الحصر عدها المشرع حقوقا أساسية للمستهلك بحيث يحظر على المهني أن يبرم أي إتفاق مع المستهلك يكون من شأنه الإخلال بها.

أما إذا رجعنا إلى المشرع الجزائري من خلال المواد 124 إلى 140 من القانون المدني الجزائري نجده يرى أن كل اتفاق يهدف إلى إعفاء المسؤول عن الحاق الضرر بالغير سواء كان هذا الفعل ارتكبه

[1]/ من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

الشخص في حد ذاته، أو أحد آخر يكون مسؤولا عنه، يقع باطلا ولا يمكن إدراجه ضمن العقد لاحتوائه على الطابع التعسفي الذي يجعل أحد الطرفين في مركز أقوى من الطرف الآخر.

هذا ولم يغفل المشرع الجزائري عن عقود التأمين واعتبار بعض الشروط الواردة فيها تعسفية فيكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:[1]

1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق يشكل جناية أو جنحة عمدية.

وهذا الشرط تعززه المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه كل من ألحق ضرر بالغير يلزم بدفع تعويض عن هذا الضرر أيا كان نوع الفعل، فكل شخص لحق به الضرر الذي قام بالتأمين ضده يستحق التعويض سواء كان ظالما أو مظلوما في حدود الأقساط التي كان يدفعها ولا يسقط حقه في ذلك.

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

إذ الأصل أن المؤمن يبلغ شركة التأمين المؤمن لديها عن الحادث الذي وقع له خلال 7أيام من الحادث وإلا سقط حقه، غير أنه إذا قدم سبب جدي وقوى بشأن تأخره عن التبليغ استحق التعويض ولا يمكن للطرف المتعاقد وضع شرط سقوط التعويض في مثل هذه الحالة.

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

4- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

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

أما إذا تمعنا في القواعد الخاصة نجد أن المشرع الجزائري نص على بعض أنواع الشروط على سبيل المثال لا الحصر في بعض القوانين الخاصة كالقانون 04-02 المعدل والمتمم في المادة 29 منه، إذ تنص على ما يلي: تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

[1] / المادة 622 من القانون المدني الجزائري.

1/ أخذ حقوق 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.

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

7/ التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو أجال تنفيذ خدمة.

8/ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، وهذا تماشيا مع المادة 106 قانون مدني جزائري التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إلغائه إلا باتفاق الطرفين".

والمشرع الجزائري بهذا يكون اعتمد على تحديد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر خاصة وأنه وضع لجنة البنود التعسفية المختصة بالنظر في مدى اعتبار الشرط ذو طابع تعسفي من عدمه.

واعتبر المشرع أيضا شروط تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:[1]

1/ تقليص العناصر الأساسية للعقود والمذكورة في المادة 02 فقرة 03 من نفس المرسوم.

فقد نصت المادة 02 على أنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك: العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع ، وأو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

[1]/ المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-360 المعدل والمتمم.

على أن المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتحدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، و التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من العبارة "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي". إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطا تعسفيا.

وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

- خصوصيات السلع و /أو الخدمات و طبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كيفيات الدفع.
- شرط التسليم و آجاله.
- كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

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

3/ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

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

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

6/ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

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

8/ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

9/ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

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

11/ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

12/ يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر ذلك من عبارة ((تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي))، إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال أو الحصر، إلا أنه و بالعودة إلى نص المادة 30 من القانون 04-02 المعدل والمتمم يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم06-306 المعدل والمتمم تبدو حصرية، إلا أن المادة 30 من نفس القانون 04-02 تعطي للحكومة حق إصدار مراسيم تحدد قوائم جديدة للشروط التعسفية، وبالتالي يمكن القول أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 هي على سبيل المثال لا الحصر.

الفصل الثاني: نطاق حماية المتعاقد من الشرط التعسفي:

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية من أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة والذي يقصد به حرية الأطراف في التعاقد ووضع أي شرط يتفقون عليه، وإذا تم انعقاد العقد فإنه يصبح ملزما لطرفيه احتراما لإرادتهما، ومن هنا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد شريعة المتعاقدين باعتبار أن العقد مبني على إرادة حرة وكل ما يأتي عنها هو عادل لا يجوز لأي كان المساس بما قررته تلك الإرادة، غير أن الأخذ بهذا المبدأ جعل أحد الطرفين يستغل ضعف وحاجة الطرف الآخر ما يدفعه لتضمنين عقده ما يشاء من شروط حتى وإن كانت محجفة وتلحق ضرر بهذا الأخير.

وفي ضوء هذه المستجدات وانطلاقا من ضرورات حماية المتعاقد الضعيف أصبح كل من التشريع والقضاء والفقه يتصدى لهذا الاختلال التي تتضمنه العلاقات التعاقدية المعاصرة وذلك بهدف الحد عما يترتب عليها من آثار ضارة بالطرف الضعيف في العقد ومحاولة إعادة التوازن الحقيقي بين حقوق والتزامات المتعاقدين بسبب وجود هذه الشروط.

وارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول لدراسة مظاهر العقود التي تتميز باختلال توازنها العقدي في حين تطرقنا في المبحث الثاني طبيعة التوازن العقدي بين مقتضيات العدالة واستقرار المعاملات العقدية.

المبحث الأول: مظاهر العقود التي تتميز باختلال توازنها العقدي:

تعتبر من أهم الأسباب التي ساهمت في انتشار العقود النموذجية هي التحولات التي يشهدها العالم اليوم في شتى المجالات الاقتصادية والسياسية والثقافية والقانونية ومن زيادة في معدل الطلب على السلع والخدمات، الأمر الذي أدى إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية ومن نتائج ذلك بروز مراكز قانونية لأهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية الأمر الذي ترتب عليه حصول خلل جدي في العقود من حيث التوازن في الحقوق والموجبات بين أطرافها، وحاولنا في هذا المبحث الإحاطة بهذه العقود التي تتميز بضعف أحد طرفيها نتيجة للطبيعة الخاصة التي يتميز بها العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر وقد تناولنا عقد الإذعان باعتباره مظهر تقليدي لاختلال التوازن العقديفي المطلب الأول في حين تطرقنا للعقد النموذجي باعتبارها مظهر مستحدث لاختلال التوازن العقدي في المطلب الثصاني، مع تسليط الضوء على عقد الاستهلاك كونه مجال خصب لاحتواء الشروط التعسفية التي تعد من أهم مظاهر الاختلال العقدي.

المطلب الأول: عقد الإذعان كمظهر تقليدي لإختلال التوازن العقدي:

يعرف العقد في مفهومه التقليدي بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وقد يبرم هذا العقد بواسطة وسيلة الكترونية كما قد يتم تحريره مسبقا من إرادة واحدة فإن شاء المتعاقد الضعيف أبرم العقد وإلا صد وانصرف عنه وهو ما يعرف بعقد الإذعان كما سنتطرق في هذه الدراسة مفهوم عقد الاذعان في الفرع الأول أما الفرع الثاني نخصصه لدرسة لمظاهر اختلال التوازن في عقود الاذعان.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان:

اختلف الفقهاء في تعريف عقد الإذعان فمنهم من اعتمد على المفهوم الضيف له ومنهم من وسع في تعريفه وهو الشيء الذي أدى اختلاف رأيهم حول الطبيعة القانونية لهذا العقد كما سنرى في هذا الفرع.

فهو العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه، دون السماح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط، وإن تعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي،[1]وهو مانصت عليه المادة 70 من القانون المدني الجزائري بقولها:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها"، فهو العقد الذي يقبل فيه أحد المتعاقدين بالشروط التي يعرضها عليه الطرف الآخر التي تتاح فيها الفرصة للطرفين وعلى قدم المساواة لمناقشة جميع الشروط التي سيتضمنها العقد.[2]

وتعتبر عقود التأمين من عقود الإذعان طبقا للقواعد العامة، فهو يقضي بأن يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا[3]، وتنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على تأكيد ضمان حماية المذعن من تعسف شركات التأمين التي تملك حق إعداد نماذج عقود التأمين فهي تنص في هذا الصدد على أنه إذا تم العقد بطريقة الإذعان وتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها،[4]وقد نصت المادة 622 من القانون المدني الجزائري على جملة من الشروط التي تعتبر تعسفية ويكون العقد فيها باطلا.[5]

أ/ المفهوم الضيق لعقد الإذعان:

ترك المشرع سلطة تعريف عقد الإذعان للفقه والقضاء ولعل ذلك راجع للسياسة التشريعية التي تهدف إلى وضع مبادئ عامة مرنة تستطيع مواكبة الظروف المتجددة، فالقضاء والفقه يقومان بالتحديد

---

[1]/ خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقترنة، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 1، سنة 2013، ص 136.

[2]/ معراج جديدي، محاضرات في قانون التامين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2، سنة 2007، ص 38.

[3]/ المادة 112 من القانون المدني الجزئري.

[4]/ معراج جديدي، المرجع السابق، ص 39.

[5]/ تنص المادة 622 من القانون المدني الجزائري على:" يكون باطلا مايرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:
- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين او النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند اذا تبين من الظروف ان التأخر كان لعذر مقبول .
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي الى البطلان او السقوط.
- شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

المستمر لهذه المبادئ والأفكار العامة بالشكل الذي يضمن في النهاية قدرتها على استيعاب المستجدات التي تحدث في المجتمع.

فالفقه التقليدي حصر عقود الإذعان في طائفة ضيقة بأن قام بوضع شروط محددة على سبيل الحصر، يجب أن تتوافر في أي عقد حتى يمكن وصفه بأنه من عقود الإذعان فلابد أن يتعلق محل العقد بسلع ومرافق تعتبر من الحاجات والضروريات الأساسية بالنسبة للمستهلكين، إلى جانب كون السلع والخدمات ضرورية فإنها يجب أن تكون محتكرة احتكارا قانونيا أو فعليا، الأمر الذي يترتب عليه اختفاء أي منافسة حقيقية تصب في النهاية في مصلحة المستهلك مع ضرورة عرض السلع والخدمات إلى الجمهور وبشروط متماثلة على وجه الدوام واستقر الوضع على ثلاث معايير محددة على سبيل الحصر لعقد الإذعان [1]وهي:

- **احتكار السلع والخدمات المقدمة للمستهلك:** ويقصد بها قدرة المحتكر على فرض شروط العقد مع التيقن أن عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد لأنه لن يجد أي بديل آخر للمتعاقد المحتكر، الأمر الذي يجعله مهددا بعدم قدرته على الحصول على محل التعاقد الذي يتميز في عقود الإذعان بأنه يتعلق بسلع أو خدمات غير خاضعة لأي منافسة، حتى ولو كانت منافسة محدودة النطاق نتيجة الظروف الاقتصادية أو الاتفاق بين أصحاب السلع والخدمات، غير أن هذا المعيار مردود عليه لأنه لا يؤدي بالضرورة إلى وجود عقد الإذعان.

- **ضرورة السلعة أو الخدمة:** لابد أن يكون محل العقد هو سلعة أو خدمة ضرورية لا يستطيع الفرد الاستغناء عنها إلا بصعوبة بالغة كالكهرباء والغاز والهاتف، ويمكن القول بأن هذا المعيار له ارتباط وثيق بالمعيار الأول المتعلق بالاحتكار الذي لا يمكن أن يرد إلا على سلعة أو خدمة ضرورية.[2]

- **عمومية الإيجاب واستمراريته:** والإيجاب في عقد الإذعان لابد أن يكون حتميا يصدر في صورة قاطعة ويشمل جميع شروط العقد الجوهرية والتفصيلية ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيه، ويحتاج إلى قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب، أيضا لابد أن يكون مستمر المدة غير محددة ويتميز هذا الإيجاب بصدوره في قوالب نموذجية تحتوي على شروط مطبوعة.

[1]/ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 49.

[2]/ فالفقه والقضاء في مصر لا يسمحان بالمساواة بين التفوق الاقتصادي أو حتى الاحتكار بين وصف العقد بأنه من عقود الإذعان وإنما يلزم بالإضافة لهذا الاحتكار أن يتوافر للسلعة أو الخدمة محل للتعامل وصف الضرورة الأولية.

إن المتمعن للمواد التي تنص على عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمصري يتبين له لأول مرة أن وجود الشرط التعسفي يرتبط وجودا وعدما بعقد الإذعان، لكن هذا الارتباط لا يعبر غالبا عن الواقع، فالشرط التعسفي يمكن أن توجد في عقود أخرى غير عقود الإذعان كما سنرى في عقود الاستهلاك، كما أن هذه العقود يمكن أن تتم دون أن تحتوي على أي شروط.

ب/ المفهوم الواسع لعقد الإذعان:

ساهمت عدة ظروف في تعديل وتجديد عقد الإذعان فهناك ظروف اقتصادية وأخرى تتعلق بالعقد في حد ذاته وأخرى بعقد الإذعان خاصة.

الظروف الاقتصادية: إن تطور مفهوم عقد الإذعان أصبح ضرورة تستوجبها حماية الطرف المذعن في مواجهة مجتمعات الانتاج الضخم التي تتعامل من خلال عقود نموذجية وفي غياب أي مفاوضات أو مناقشات حقيقية بحيث يمكن القول أن عقود الإذعان أصبحت وسيلة في يد الطرف القوي لتفرض كل الشروط على الطرف الضعيف.

ظروف متعلقة بالعقد: تتمثل في ضرورة العمل على تجديد نظرية العقد التي أصبحت عاجزة أحيانا في مواكبة التطورات التي تطرأ على الواقع العملي ومعالجة هذا التقصير يكون إما بتجديد المبادئ التقليدية أو عن طريق إدخال مباديء عامة وقواعد قانونية جديدة .

ظروف المتعلقة بعقد الإذعان: والمتمثلة في طرف قوي له جميع وسائل القوة والسلطة وآخر مجرد من كل الوسائل الحمائية التي يدافع بها للبقاء وحفظ حقوقه.

كل هذه الظروف ساهمت في دفع الفقه إلى هجر المفهوم الضيق والعمل على توسيع هذا المفهوم بشكل يخدم مصلحة الطرف الضعيف ويعيد التوزان بين الأطراف، فهي عقود تقوم على الاحتكار الفعلي أو القانوني لسلعة أو خدمة معينة، بل امتد مفهوم هذه العقود ليشمل تلك العقود التي تعد من قبل أحد المتعاقدين سلفا دون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها، وما عليه إلا قبولها أو رفضها وعادة ما يكون الطرف الذي يستقل بصياغة هذه العقود في مركز قوي نظرا لإمكانياته الفنية والمادية كما هو الحال في شركات التأمين[1].

ويرى الفقه المصري الحديث أن التوسع في تعريف عقود الإذعان يمثل منهجية قانونية وضرورية يتم عن طريقها مد نطاق الحماية والنطاق القانوني لهذه العقود إلى تلك المبرمة بين المهني والمستهلك،

[1]/ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص56.

ولاشك أن هذا التوسع يضمن حماية للمستهلك، وقد تكون ملاذه الوحيد خاصة وأن المشرع لم يعتمد قانونا للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ولذلك يذهب الفقه إلى أنه يجب على المشرع إعادة النظر في القيود التي وضعها القانون المدني فيما يتعلق بمقصود عقود الإذعان فضمن متابعة ما يجري في السوق الأوروبية نجد أنها وسعت في المقصود بعقود الإذعان بما أتاح بسط الحماية المقررة لهذه العقود على أي عقد يقوم أحد أطرافه بتحريره مسبقا لينظم إليه الآخر دون مناقشة شروطه.[1]

الفرع الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي في عقد الإذعان :

اختلف الفقه القانوني حول عقد الإذعان ما إذا كان عقدا أم أنه مركز قانوني منظم وضع المتعاقد نفسه فيه بإرادته، والإذعان لم يعد يقتصر على مفهومه التقليدي فما نعيشه اليوم في عصر المعلوماتية والتقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي، وظهور العقود الالكترونية التي لا تقوم على التفاوض والمساومة حول شروط العقد بل تقوم على شروط وضعت سلفا من قبل شركات الانتاج والتوزيع، وهي شروط عامة لا تقبل المناقشة تضعها هذه الشركات وتطرحها على الراغبين في التعاقد عبر شركة الانترنيت، فإذا كان الإذعان يشكل الصفة الأساسية لمثل هذه العقود إلا أن شروطه لم تعد تتمثل في شخص معين يحتكر سلعة أو خدمة بل اتخذ الإذعان في تلك العقود صورة جديدة تتمثل في إذعان الطرف الضعيف من حيث الدراية والعلم للطرف الآخر ذي الخبرة والمعرفة،[2] وبالتالي يقدم على التعاقد وهو غير عالم بجميع الجوانب المتصلة بالعقد والتي لو علم بها لما أبرم العقد، وهذا هو المفهوم الموسع لعقد الإذعان في وقتنا الحالي حيث أن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان أصبح قاصرا على مواكبة وتلبية مستجدات التطور العلمي والتكنولوجي في إطار انتاج السلع والخدمات والذي فرض التعاقد وفق شروط لايقبل فيها الموجب أية مناقشة فلم يعد من المناسب ربط فكرة الإذعان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالتعاقد إنما لابد من الأخذ بمفهوم موسع لفكرة الإذعان حتى تستوعب التوسع الحاصل في حاجات الفرد وتوفر له سبل الحماية، وذلك في ظل تفشي ظاهرة العقود النموذجية المطبوعة في شأن سلع وخدمات كثيرة أصبحت في معظمها ضرورية لحياة المستهلك كعقود التأمين، فالفقهاء اختلفوا حول الطبيعة القانونية للعقد فظهرت نظريتين:

1/ النظرية اللائحية: يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عقد الإذعان هو عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه لما يفترض

[1]/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 314.
[2]/ السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شركة الانترنيت، الدار الجامعية ، 2006، ص69.

في هذا الأخير من التساوي بين طرفيه وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضروريات الاجتماعية تبرر أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة،[1] وقد تولدت لدى المستهلك فكرة الانضمام لمثل هذه العقود والتسليم بها دون مفاوضة حول شروطها، ويرى الفقه الفرنسي أنها ليس لها من عقد الإذعان سوى الاسم فهي تغليب لإرادة أحدهما على الأخر، فتعمل كإرادة منفردة تملي قانونها على الفرد والجماعة.[2]

1/ النظرية التعاقدية: يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس كل تصرف يتم بإرادتين هو العقد ولو لم يكن الطرفين متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن فإنه لايبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو يفسده،[3] فهو ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ذلك أن المساواة القانونية متحققة كما أن التراضي متوافر فيها والطرف المذعن ينظم إليها برضاه دون إجبار أو إكراه أو التزام.[4]

غير أن هذا الرأي فيه الكثير من المبالغة والتصنع مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به تراعى عند انعقاده وتنفيذه بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة من حيث اعتبار القبول أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة ومن حيث تفسير الشك الذي يكتنف عباراته لمصلحة المتعاقد المذعن دائنا أو مدينا.[5]

ونلاحظ أن المادة 112 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري في شأن عقود الإذعان لا مقابل لها في القانون الفرنسي، والذي كان لا يعترف بفكرة عقود الإذعان في القانون القديم، فالأصل فيه هو عدم الاهتمام بافتقاد التوازن العقدي بين المستهلك والمهني وطالما أنهما متراضيان فإنهما يلتزمان مهما كان عدم التوازن الذي يتضمنه العقد، غير أن المشرع الفرنسي استدرك الوضع بموجب التعديل الصادر في 2016 للقانون المدني الفرنسي إذا عرف عقد

[1]/محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن المرجع السابق، ص 15.
[2]/ رحمون عامر، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد 23 ، مجلد 1،دون طبعة ، دون سنة، ص 221.
[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق ص 16.
[4]/ رحمون عامر، المرجع السابق، ص 222.
[5]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 16.

الإذعان في المادة 1110 منه بقوله:" عقد الإذعان هو العقد الذي يتضمن مجموعة من الشروط غير قابلة للتفاوض والمحددة سلفا من قبل الأطراف".[1]

وعليه فإن الحماية القانونية للمستهلك في فرنسا تتحقق من خلال القواعد العامة بموجب المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي، بالإضافة إلى القواعد الخاصة في قوانين حماية المستهلك، وذلك بمحاولة الحد من الشروط غير العادلة التي يدرجها المتدخل في العقد لصالحه ضد المستهلك، وبالتالي تعكس إساءة استعمال قدراته الاقتصادية في مواجهة ذلك المستهلك الضعيف ولذلك نجد المادة 09 من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 1992/01/18 تكاد تتطابق مع نصوص المواد 111 و 112 من القانون المدني الجزائري والمواد 149و 151 من القانون المدني المصري في شأن عقود الإذعان وسلطة القاضي إزاءها، وتختلف طبيعة عقد الإذعان باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري أو مدني، فالأول له أحكامه التنظيمية الخاصة به سواء في إبرامه أو في آثاره، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن النظرية القائلة بأنه مركز قانوني منظم تصدق على هذه العقود، إذ يراعى فيها مايخوله التشريع للإدارات العامة من امتياز، وأن عقد الإذعان الإداري يفسر وفقا للأحكام التي تضبطه، أما الثاني فتحكمه القواعد العامة للقانون المدني إلا ما ورد فيه من نص خاص كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا وبالتالي فإن أحكام النظرية التي ترى بأنه عقد تنطبق على عقود الإذعان الخاصة.[2]

ويذهب جزء من الفقهاء إلى القول بأن هذه العلاقة لا تمثل سوى علاقة اقتصادية يجب أن تظل بمعزل عن القانون، غير أن هذه النظرة مردود عليها فالقانون لا يوجد إلا مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ويرى فقهاء القانون أن مثل هذه المراكز تفرض على الأطراف أو على أحدهما بغية تحقيق مصلحة عامة، فالعقد في نظرهم ليس توافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية فقط، ولكن يجب أن يتم التوافق عن حرية واختيار أما في حالة عقد الإذعان فإن قبول الطرف الضعيف ليس نتيجة رضا واختيار ولكنه مفروض عليه عنوة نظرا لحاجته الماسة إليه، وعلى ذلك فأصحاب هذه النظرية القانونية تعتبر أن عقد الإذعان يتضمن إهدارا لمبدأ حرية التعاقد كأحد المبادئ التي يقوم عليها العقد، يترتب

[1]/محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1300 إلى غاية 1386 من القانون المدني الفرنسي وفقا لمرسوم العام 2016 وقانون التصديق لعام 2018 منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، طبعة1، سنة2000 ص 89.

[2]/ لشعب محفوظ، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة ، سنة 1990 ، ص 58.

على ذلك أن علاقة الإذعان لا يمكن النظر إليها على أنه عقد، وإنما مركز قانوني تنشئه إرادة منفردة يصدرها فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها.[1]

فحماية الطرف المذعن لا يكون من خلال إنكار صفة هذا العقد بل العلاج الناجح في العمل وهو تقوية الطرف الضعيف لمنع أي استغلال من الجانب القوي ولذلك فإن أفضل صور هذه الحماية يكون من خلال تدخل تشريعي ينظم عقود الاستهلاك ويضع أسس الحماية المناسبة لها.

المطلب الثاني: العقد النموذجي كمظهر مستحدث لاختلال التوازن العقدي:

توالت التدخلات التشريعية للحد من تسلط الطرف القوي في صياغة بنود العقد وشروطه ومنه ظهرت أهمية تدعيم إرادة المتعاقد الضعيف، واعتمدت بعض التشريعات الحديثة آلية التحديد المسبق لمضمون هذه العلاقة التعاقدية التي تربط بين طرفين يختلفان في المراكز القانونية من عدة جوانب، وذلك في إطار العقود النموذجية أو نماذج العقود المحررة مسبقا les contrats tupes ou les modèle les tupes de contract).

الفرع الأول: مفهوم العقد النموذجي:

تعرف العقود النموذجية بانها العقود التي تعد مسبقا وتحدد شروطها سلفا وفق نمط معين وبصورة يمكن من خلالها مواجهة الظروف الموحدة في التعاقد، وتتلائم مع السرعة والكثافة التي تتميز بها المعاملات في الوقت الحاضر بهدف توفير الوقت وتقليل الجهد والنفقات.[2] فهي عبارة عن نماذج لعقود تتضمن بنودا لا تكون ملزمة إلا للأطراف الذين يقبلون صياغة عقودهم على غرارها[3]، وتعد وسيلة قانونية مرنة في توحيد أحكام البيوع الدولية لأن انتشارها يعني انتشار الشروط التي تتضمنها وفي ذلك اطمئنان الأطراف إلى أحكام يعرفونها مسبقا وهي بذلك خير وسيلة للتوحيد لأن وضعها يراعي عادة حقائق الحياة العملية.[4] فهو وثيقة مطبوعة معدة سلفا من قبل أحد الأطراف أو لمصلحته وتقدم للطرف الآخر لقبولها كلية أو رفضها كلية، يمكن ان نعتبرها العقد نفسه وهي تحتوي على أغلب القواعد التي تحكم العقد، ويعتبر التنظيم المسبق لشروط العقد المبرمة بين المستهلك والعون الاقتصادي آلية وتقنية

---

[1]/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، دون طبعة ، دون سنة، ص 29.

[2]/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، طبعة1، سنة 2008، ص 325.

[3]/ أسامة أحمد بدر ، تفسير نماذج وثائق التأمين وحماية المؤمن لها، الجوانب القانونية للتامين واتجاهاته المعاصرة ، المؤتمر السنوي 22، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2014، ص 21.

[4]/نغم حنا رؤوف، العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 6، سنة 2008، ص 332.

تشريعية وقائية وعلاجية مهمة وفعالة لحماية رضا الطرف الضعيف في هذه العقود وكذا حماية مصالحه الاقتصادية[1] ومن أهم العقود النموذجية وأكثرها شهرة وتأثيرا على الصعيد الدولي هي عقود البيع النموذجية التي وضعتها الجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة[2]، حيث وضعت العديد من العقود النموذجية لبضائع مختلفة .

فالعقود النموذجية لاتمثل في حد ذاتها ضررا محدقا بالمتعاقدين، وإنما هي في حقيقة الأمر ضرورة فرضتها الظروف لا يمكن انكارها أو التخلص منها، فلها الدور البارز في المحافظة على وحدة الشروط التعاقدية التي تتضمنها، كما أنها ذات أثر بالغ في شأن الوقوف على مدى الجودة الاقتصادية للمشروع موضوع المعاملة، فهي من الصور البارزة لعدم التوازن القائم في العلاقة الناتجة عن العقود النموذجية حيث أن هذه العقود ناتجة عن خبرة فنية وقانونية وعملية، لأن من وضع هذه العقود فريق متخصص يهتم بوضع بنود لمواجهة أي احتمال ممكن، وهي بالطبع أمور تعكس تفوقا علميا وفنيا في مجال المعاملة كل هذا في مواجهة المستهلك قليل الخبرة ضعيف الكفاءة ،وبالتالي تنشأ علاقة عقدية غير متكافئة، كما أنها تتميز بانفراد الطرف المحترف بحق وضع شروط تعاقدية في ضوء الحرية التعاقدية التي يتمتع بها، ويؤدي بالضرورة إلى أن تكون هذه الشروط مصاغة لتحقيق مصالحه وأهدافه على حساب الطرف الآخر مما يستقيم معه القول أن هذه العقود غير عادلة وتعد مجالا خصبا للشروط التعسفية.

كما انه من الناحية النظرية فالعقود النموذجية لا تسلب المستهلك حقه في المنافسة ولكن نظرا للسرعة التي يتم بها إبرام هذه العقود نجد أن المستهلك لا يمكن أن يتعرف على مضمونها والشروط التي تتضمنها بشكل كاف، وذلك بسبب أنه يواجه الكثير منها في صورتها المطبوعة، ومن ثم يفاجأ بوجودها والمطلوب منه هو التوقيع بعد ملء الفراغات التي تعبر عن معلوماته الشخصية وعليه فحرية المتعاقد تنعدم .

وقد اعتبر الفقه أن عدم المساواة التي تتميز بها العقود النموذجية تتفاقم بشدة بسبب استخدامها وهو ما أدى بالفقه الفرنسي للربط بين العقود النموذجية وغياب أسلوب التفاوض في المعاملات ،وفي

---

[1]/ Calais-auloy jean.l'influence du droit de la consummation sur le droit civil des contrat ,op.cit.p.248.

[2]/ قد تم انشاء هذه اللجنة سنة 1947 من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة حيث أن انشاء هذه اللجنة كان بناء على توصية من الجمعية العمومية حيث أو صت بالإجماع أن يقوم المجلس الاقتصادي والاجتماعي بانشاء لجنة اقتصادية لأوروبا من أجل مساعدة دولها المتضررة من الحرب وقد ساعدت هذه اللجنة في حفظ وتطوير الروابط الاقتصادية بين الدول الأعضاء سواء كان في مجال التعاون الصناعي أو الزراعي، وفي المجال القانوني من نشاطاتها هو ما أنشأته من عقود نموذجية لتسهيل التبادل التجاري بين أوربا الغربية والشرقية لمجموعة من السلع الأساسية.

ضوء ذلك نستطيع أن نلمس ترسيخ ظاهرة إختلال التوازن العقدي في العقود النموذجية الأمر الذي ينبغي معه مواجهته بالحماية القضائية المقررة والتي تتم بطريق الإذعان.[1]

الفرع الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي في العقد النموذجي:

نتناول في هذا الفرع العقد الالكتروني وعقد الاستهلاك باعتبارهما مجالا خصبا لاختلال التوازن العقدي واحتواء الشروط التعسفية خاصة أنها منجزة مسبقا بإرادة أحد الطرفين دون مساهمة الطرف الآخر في وضع بنودها.

أولا: العقد الالكتروني كنموذج لاختلال التوازن العقدي:

نتطرق لتعريف العقد الالكتروني ثم تبيان الطبيعة القانونية لهذا العقد.

1/ تعريف العقد الالكتروني:

يعرف العقد الالكتروني بأنه العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية أو وطنية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء وترتيب التزامات تعاقدية، فالعقد الالكتروني ينعقد بالتقاء إيجابا صادرا من شخص حول سلعة أو خدمة معروضة الكترونيا سواء كانت الوسيلة التي عرضت بها سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة اتصالات والتي يقابلها قبول من الطرف الآخر يكون بنفس الطريقة الالكترونية التي يتلقى بها إيجابه بهدف الحصول على المنتوج المتعاقد عليه سواء كان سلعة أو خدمة، فهو العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من الأشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة ومنها شبكة المعلومات الدولية بهدف إتمام العقد.[2]

فهو كل عرض وقبول عرض يوجهه الأطراف بواسطة معلومات منشأة أو مرسلة أو ملقاة أو مخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل متشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الالكتروني للبيانات والبريد الالكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي،[3] ويدخل في نطاق العقد الالكتروني الاتصالات والرسائل والبيانات الالكترونية المتبادلة بين منشأة تجارية وأخرى، غير أنه لا يشمل الاتصالات داخل المنشأة الواحدة إذ لا تعدو أن تكون الأخيرة مجرد تبادل للبيانات والمعلومات ولا ترقى إلى مستوى التعاقد الالكتروني.[4]

---

[1] /عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 331.

[2]/ مهند عزمي أبو منصور مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات طابع دولي ،مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 41 العدد 2، سنة 2014، ص 1341.

[3]/ خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص 23.

[4]/ خالد ممدوح ابراهيم، ابرم العقد الالكتروني، الدار الجامعية، مصر، طبعة 01، سنة 2007، ص 74.

2/ الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني:

لا يختلف العقد الالكتروني عن العقد التقليدي من حيث الأركان أو المضمون غير أن التساؤل المثار هو هل أن العقد الالكتروني باعتباره عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي الحر بين طرفيه ؟ أم أنه عقد إذعان يستقل أحد طرفيه بوضع شروط لا يقبل مناقشة فيها ولا يكون للطرف الآخر سوى قبولها جملة واحدة أو رفضها معا؟ ولتحديد الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني ما إذا كان عقد مساومة أو عقد إذعان فإن الفقهاء انقسموا إلى عدة اتجاهات:

أ/ حسب الاتجاه التقليدي: يعتبر العقد الالكتروني عقد إذعان إذا توافرت فيه ثلاث عناصر وهي:

- أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية .
- احتكار هذه السلع احتكارا قانونيا او فعليا
- صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط مماثلة وغير محدودة[1].

ب/ **الاتجاه الحديث:** يعتبر العقد الالكتروني عقد إذعان لأن أحد طرفيه مستهلك وهو الطرف الضعيف الجدير بالحماية التي تتمثل في رفع مظاهر الإذعان التي تعرض لها والمتمثلة في الشرط التعسفي[2].

نلاحظ أن هذا الاتجاه لا يعطي للمتعاقد الحق في مناقشة الطرف الأخر، فهو يوافق على الشروط المعروضة عليه عبر وسائل التواصل الاجتماعي المستعملة في العقد، وتجاهل التفاوض والنقاش بتاتا حول شروط العقد في حين يحق للمتعاقد الثاني بكل حرية مناقشتها وتعديلها، ويؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمرا هاما، هو أن التفاوض قائم وخاصة في حالة التعاقد على البريد الالكتروني، حيث نجد الموجب على سبيل المثال يرسل عرض يتضمن سلعة معينة ومبلغا محددا، فيرد عليه الموجب له بأنه يوافق بشروط معينة وهو مثالا، الحصول على نسبة خصم معينة، أو الحصول على قطعة إضافية مجانية من المنتوج المباع، فتبدأ عملية المساومة بين الطرفين ويتشابه مع الرأي القائل أن العقد الالكتروني يعتبر من عقود الإذعان، فالغالب أن يكون عقدا نموذجيا يعد مسبقا من أحد طرفيه الذي يستقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول هذه الشروط كما هي دون تعديل فلا يملك مناقشتها فتنعدم بذلك المفاوضة والمساومة بين طرفي العقد.[3]

---

[1]/ لشعب محفوظ ،المرجع السابق ، ص 58.

2/ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط2005، دون سنة، ص192.

3/ بلقاسم حامدي ، ابرام العقد الالكتروني، رسالة دكتوراء، جامعة باتنة، سنة 2014-2015 ،ص 34.

في حين يرى اتجاه ثالث أن العقد الالكتروني يتشابه مع عقد الإذعان من حيث كونه عقدا نمطيا معد سلفا من أحد طرفيه وهو يستقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول الشروط وبذلك تنعدم المفاوضة والمساومة معا.[1]

غير أنه يعاب على هذا الرأي أنه لا يمكن اعتبار العقد الالكتروني عقدا نمطيا دائما فقد يتمكن الطرفين من مناقشة بنود العقد وذلك حسب الوسيلة المستعملة.

وهناك اتجاه أخر يرى أن العقد الالكتروني هو عقد رضائي فعملية المساومة مازالت تسود العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له كامل الحرية في التعاقد مع أي محترف أو متدخل كما أنه يلزم لتوافر الإذعان أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد من الضروريات الأساسية التي يصعب الاستغناء عنها وأن تكون محل احتكار من جانب المورد أو المهني.[2]

ولمعرفة الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني لابد من التمييز بين الوسيلة المستعملة في ابرام العقد، فإذا تم العقد بواسطة وسائل سمعية أو بصرية فالعقد يكون رضائيا لأن كل طرف يطلع على شروط الطرف الآخر، وله حرية التفاوض حول هذه الشروط و مقارنة هذا العقد مع عقود أخرى الكترونية للحصول على أفضل عرض تماشيا مع متطلباته.

ويرى الفقه أنه عقد إذعان بالنسبة للمستهلك نظرا لظروفه الاقتصادية ولوصفه الطرف الأضعف في هذه العلاقة أمام الطرف الآخر والذي يكون غالبا شركات قوية وعملاقة من الناحية الاقتصادية ولها القدرة الهائلة على الإعلان والتسويق، ولذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى المستهلك بوصفه طرفا مذعنا في عقد التجارة الإلكترونية[3].

كما ان الشركات التي يتعاقد معها المستهلك قد تكون محتكرة للسلعة أو الخدمة عن طريق الانترنيت، ويكون المستهلك في حاجة لاقتضاء السلعة أو الخدمة بهذا الطريق ولا يملك الخيار في ذلك ولهذا يعد العقد بالنسبة له من عقود الإذعان، إذ أنه لا يملك حرية المفاضلة بين أكثر من شركة وإنما

1/ عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2014، ص 56.
2/ عجالي خالد، المرجع نفسه، ص 56.
3/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة01، سنة 2005، ص 35.

هي شركة واحدة إن قبل فلا يملك سوى التعاقد معها ولذلك فإن تكييف العقد بأنه عقد إذعان فيه تخفيف عن الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك أو الغبن الذي يقع فيه[1].

من خلال ما سبق يبدو أن الرأي السائد في الفقه وهو الحديث ويميل إلى عدم التشدد في تحدي فكرة عقود الإذعان ولا يشرط ارتباط العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية أو أن تكون هذه السلع والخدمات محل احتكار فعلي وقانوني بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث القدرة الاقتصادية أو الأجهزة المهني، فالمفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليستوعب ضرورة حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخمة، إذ يتوافر ضعف الطرف المذعن من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الآخر الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات بالصورة التي تحقق مصلحته ولا يقبل المناقشة أو التفاوض في شروطها، ، فقد ذهب البعض إلى اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف دائما وأنه بحاجة إلى الحماية، وذلك برفع مظاهر الإذعان التي تعرض لها ويستند هذا الرأي إلى نص المادة: 4-1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995، فرغم موقف المشرع الفرنسي إلا أن الفقه مزال متمسكا برأيه الداعي إلى ضرورة تحديد نطاق حماية المستهلك من الشرط التعسفي بعقود الإذعان فحسب هذا الرأي عقد الاستهلاك في الحقيقة ماهو إلا عقد إذعان ذلك أن الحماية تتحقق منه، كما أنه بالإمكان مصادفة شروط تعسفية في عقود لا تتصف بالإذعان،[2]واعتبر الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلالا عقديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك وبما يحقق مصلحة المعني،[3]وهو الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري من خلال المادة 03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم واعتبر عقود الاستهلاك بمثابة عقود الإذعان بمفهومها الواسع بأنه "عقد يحدد محتواه كليا أو جزئيا وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية" وهذا التعريف يحقق أكثر حماية للطرف الضعيف، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الأمر بما لا يدع مجالا للشك أو التأويل فنطاق التطبيق الموضوعي للشرط التعسفي محدد بعقود الإذعان وبمفهوم المخالفة استبعاده لعقود المساومة من مجال الشرط التعسفي حتى في الحالات التي تتضمن شروطا تعسفية.[4]

---

[1]/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص36.

[2]/ خليفة كرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشرط التعسفي بعقد الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع نوفمبر، 2007، ص58 و59.

[3]/ بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 33 .

[4]/ خليفة كرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشرط التعسفي بعقد الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة،المرجع السابق، ص59.

ثانيا: عقد الاستهلاك كنموذج لاختلال التوازن العقدي:

يعتبر عقد الاستهلاك مجالا خصبا لاختلال التوازن العقدي الذي مرده شرطا تعسفيا وهو يتميز عن غيره من العقود سواء من حيث التعريف الخاص به أو من حيث تحديد مضمونه أو من حيث أركانه كما سنرى في هذه الدراسة.

1/ تعريف عقد الاستهلاك:

تعني كلمة استهلاك في اللغة أن فلان قضى حاجته من شيء ما أو استنفذها أو التهم وأكل.[1]

هو عملية اقتصادية من شراء أو استئجار للحصول على أي خدمة أو حاجة مهما كان نوعها ويحتاجها الإنسان في حياته اليومية وعلى المدى القصير والبعيد، ويهدف الفرد من ذلك إلى أن يشبع أو يحصل على ما يفكر بأنه ضروري له، أو كمالي في حياته من دون أن تكون لديه نية التفكير في الحصول على الأرباح.[2]

فعقود الاستهلاك هي تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات للفرد هو المستهلك ومن أجل استخدامها الشخصي أو العائلي والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني،[3]ويبرم بوسيلة الكترونية أو تقليدية، فهو يمثل الحلقة الأخيرة في سلسلة العمليات الاقتصادية التي تحصل عليها في إطار الجماعة وهي تنطلق من استخلاص المواد الأولية كخطوة أولى لتمر إلى مرحلة التصنيع ومن ثم إعادة التصنيع والتصدير والاستيراد والتسويق إما جملة أو مفرقا لتنتهي تلك المصنوعات على أنواعها غير المحدودة سلعا كأغذية أو أدوات بين يدي المستهلك المستعمل.[4]

باستقراء المادة 02 من القانون 04-02 المعدل والمتمم نجد أن المشرع الجزائري خرج عن المفهوم الكلاسيكي للعقد الذي جاء به في المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أنه "كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك وتبنى مفهوم آخر للعقد الاستهلاكي بأنه "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير مسبق فيه".

---

[1]/ معجم المنجد في اللغة والإعلام، منشورات دار الشرق، بيروت، طبعة 31، سنة 1991، ص 71.
[2]/رباح غسان، قانون حماية المستهلك الجديد، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، دون طبعة، سنة 2006، ص 19.
[3]/ عبير مزغيش - محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص 94.
[4]/ رباح غسان، المرجع السابق، ص 23.

وكرر هذا التعريف في المادة 01 من القانون 06-306 المعدل والمتمم بقوله:" يقصد بالعقد في مفهوم المادة 03 من القانون 04-02 كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بأنه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة محررة مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه....".

وفي فرنسا عدل المشرع الفرنسي سنة 2001 قانون الاستهلاك[1] حيث عرفت المادة :121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي هذا النوع من العقود بأنه:" كل بيع مال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد[2]، وقد عرفه المشرع الفرنسي أيضا من خلال المادة L114-1 من قانون حماية المستهلك بأنها تلك العقود التي تبرم بشأن بيع مال منقول أو تقديم خدمة من جانب المهني لصالح المستهلك.[3]

ويتميز عقد الاستهلاك بجملة من الخصائص نذكر منها:

_ أن الأطراف في عقد الاستهلاك هي من تضيف عليه هذه الصفة وتعطيه خاصيته التي تميزه عن غيره من العقود .

_ أن محل التعاقد في عقود الاستهلاك يتمثل في سلعة أو خدمة ضرورية لاشباع حاجات المستهلك الشخصية أو العائلية، والتي ليس لها علاقة بنشاطه المهني كشراء مواد غذائية أو الحصول على خدمة على شبكة الانترنيت...الخ.

_ انعدام التوازن العقدي في العلاقة التي تربط بين الطرفين يرجع إلى عدم التوازن المعرفي والقانوني والاقتصادي في مواجهة المتدخل صاحب القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية ، كما أنه يكون على دراية

[1]/ La loi n°2001-420 du 15 Mai 2001, journal officiel de la republique francaise 16 Mai 2001.

[2]/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة1، سنة 2005، ص18.

[3] / آسيا بوطوطن،إشكالية عيوب الإرادة وآثارها على عقد الاستهلاك الالكتروني وفقا للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية ،مجلة المعيار، مجلد 25، العدد 63، السنة 2021، ص 980.

بكل البيانات والمعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير في قرار التعاقد أو مضمونه ومنه ظهرت عقود الاستهلاك والتشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

_ أن ميزة انعقاد عقد الاستهلاك في الأغلب تكون بطريقة عقد الإذعان والعقود النموذجية وما على الطرف الضعيف إلا الانضمام إلى العقد والموافقة على شروطه المحررة مسبقا حتى وإن كانت مجحفة في حقه دون أن يكون له الحق أو صلاحية مناقشتها.[1]

من خلال ما سبق يمكن القول بأنه كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الانضمام أو الإذعان بين المستهلك والمحترف أو المهني، وبما ان المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية غير المهنية بموجب عقد تقديم السلع والخدمات، بمعنى آخر هو الشخص الذي يبرم عقد الاستهلاك، وعليه يمكن القول بأن عقد الاستهلاك هو التصرف القانوني الذي يسمح للمستهلك بالحصول على السلعة أو الخدمة بهدف اشباع حاجاته غير المهنية أي الشخصية أو العائلية، فهو الرابط بين المتدخل الذي يتعاقد لأغراض مهنية باعتباره مقدم السلع والخدمات والمستهلك الذي يسعى إلى اشباع حاجاته من خلال حصوله على السلعة أو الخدمة المقدمة. ويشمل عقد الاستهلاك الالكتروني السلع القابلة للاستهلاك وعقود التأمين والبيع بالتقسيط وخدمات البنوك الالكترونية، فالعمليات الاستهلاكية لا تقتصر على العقود فورية التنفيذ وإنما تنطوي أيضا على العقود الطويلة الأجل والمؤجلة التنفيذ.[2]

ثانيا: تحديد مضمون عقد الاستهلاك:

يتحدد مضمون عقد الاستهلاك بطريقين إما عن طريق تحديد العناصر الأساسية المبرمة بين المستهلك والمتدخل وإما عن طريق الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك.

أ/ تحديد العناصر الأساسية المبرمة بين المستهلك والمتدخل:

لقد منح المشرع الجزائري[3] للحكومة سلطة تحديد العناصر والبيانات الإجبارية والأساسية التي ينبغي أن تندرج في جميع العقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل وتعد هذه العناصر الأساسية مرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك، ونزاهة وشفافية العمليات التجارية،

---

[1]/ عبير مزعيش، محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص94.

[2]/ خالد ممدوح إبراهيم، امن المستهلك الالكتروني، الدار الجامعية، 2008، مصر، ص 20.

[3]/ المادة 30 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم:" بهدف حماية المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية.

ومطابقة السلع أو الخدمات وكذا الضمان أو الخدمة ما بعد البيع،[1] وتهدف هذه العناصر الأساسية إلى إعلام المستهلك حول الالتزامات المتبادلة بينه وبين العون الاقتصادي مما يسمح له بإبرام العقد، وهو على معرفة مسبقة بالالتزامات المترتبة عليه والحقوق الممنوحة له، يتضح أن هذه البيانات هدفها الإعلام ولا تمس بأي حال الحرية التعاقدية.[2]

والهدف من إدراج هذه البيانات الإجبارية هو تنوير المستهلك خاصة وأن العون الاقتصادي يسعى إلى عدم ذكرها إذ أنه بإمكانه تحرير العقد بكل حرية، ويرجع حرص المشرع في الواقع على ضرورة أن يكون المستهلك على علم بهذه البيانات إلى كون عدد كبير من المستهلكين يوقعون على هذا النوع من العقود دون قراءته، لذلك كان ينبغي تحسيس المستهلكين بأهمية الوثائق العقدية لتدعيم الإعلام المسبق للمستهلكين بالبيانات الإجبارية، ويقترح الفقه الفرنسي إلزام المحترفين بتوحيد الوثائق العقدية المقدمة للمستهلكين ولا يتعلق الأمر بتوحيد العقد وإنما فقط بطريقة تقديمه أو تحريره.

وقد اعتبر جانب آخر من الفقه أن استعمال المشرع لتقنية الشكلية بتحديثها من خلال إضافة البيانات الإجبارية تقلص من مجال تطبيق الخطأ والتدليس، ومن ثمة فإن غياب هذه العناصر الأساسية من هذه العقود يسبب البطلان دون الحاجة إلى إثبات أي عيب للرضا.

والمشرع الجزائري على خلاف نظيره الفرنسي لم ينص على عقوبة البطلان صراحة غير أنه مادام يقضي بوجوب إدراج هذه البيانات الإجبارية باعتبارها قاعدة آمرة تهدف إلى حماية المستهلك، فإن هذه القاعدة من تعد النظام العام للحماية ، وبالتالي فإن مخالفتها يؤدي إلى بطلان العقد .

وعليه مما سبق يمكن القول أنه يحق للمستهلك التمسك في مواجهة العون الاقتصادي ببطلان العقد المبرم بينهما لغياب البيانات الإجبارية التي فرضها القانون لمخالفته لقاعدة قانونية تعد من النظام العام ، وذلك قبل انتهاء مدة التقادم لأن التقادم يعتبر مسقط لكل الحقوق.

ووفقا للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري التي تقضي في المادة 320 منه بأنه "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام"، وبالتالي إذا انقضى التزام العون الاقتصادي بتضمين العقد البيانات الإجبارية ، فإنه ينقضي معه حق المستهلك في المطالبة ببطلان العقد.

---

[1]/ المادة 02 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[2]/ Calais-auloy jean et frank streinnet droit de la consmmation.précis Dalloz, 5ene ed 2000.p 59.

وعليه لابد من الرجوع إلى قواعد العامة لمعرفة مدة التقادم التي تسقط التزام العون الاقتصادي والتي يمكن للمستهلك من خلالها أن يطالب بحقه بإبطال العقد بسبب غياب عناصره الأساسية الملزمة، فالمادة 101 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات"، وعليه يمكن تطبيق هذه المادة في حالة غياب البيانات الإجبارية والقول بأن مدة التقادم هي خمس سنوات من اكتشاف العيب أو من يوم اكتشاف عدم وجود البيانات اللازمة وعشر سنوات من يوم إبرام العقد.

ب/ تحديد مضمون عقود الاستهلاك عن طريق الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك:

إن مبدأ الحرية التعاقدية وفقا للقواعد العامة أن الشخص يختار من يتعاقد معه بكل حرية، ويكون للأطراف الحرية في تحديد مضمون العقد، وهذه النتائج لم يعد مسلما بها في نطاق تشريعات حماية المستهلك خاصة فيما يتعلق بمضمون العقد[1]،ونظرا لعدم قدرة المستهلك وحده على مناقشة شروط العقد بسبب مركزه الضعيف لنقص خبرته أو ضعفه الاقتصادي فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك التدخل للتفاوض مع الأعوان الاقتصاديين أو المنظمات المهنية بهدف تحقيق التوازن العقدي، غير أن هذا الإجراء لم نلاحظ اعتماده في الجزائر خاصة وأن دور هذه الجمعيات لا يزال ضعيفا جدا كونها تفتقر إلى الفعالية والخبرة.

وقد عرف المشرع الجزائري الاتفاقيات الجماعية بأنها اتفاق يتضمن مجموعة من شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية، بينما يعد الاتفاق الجماعي كل اتفاق مدون يعالج عنصرا معينا أو عدة عناصر محددة من مجموع شروط التشغيل والعمل بالنسبة لفئة أو عدة فئات اجتماعية ومهنية ويمكن ان يشكل محلا للاتفاقية الجماعية، على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يفرق بين الاتفاقيات الجماعية والاتفاق الجماعي فعرفها بمقتضى المادة 132-22 من قانون العمل والتي تنص أن:" الاتفاقية أو الاتفاق الجماعي عقد مكتوب...".[2]

واقترح الفقه الفرنسي العمل بالاتفاقيات الجماعية في مجال الاستهلاك وذلك من أجل التخلص من دعوى إزالة وحذف الشرط التعسفي وهو نفس الموقف اتخذته لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.

---

[1]/ بخيت عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك، على مباديء النظرية التقليدية للعقد،الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية لقسم العلوم الاجتماعية والانسانية والقانونية، العدد 20 جوان ، سنة 2018، ص112.

[2]/ زغودي عمر، مكافحة الشرط التعسفي كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 2 ، سنة 2014، ص 159.

وظهرت في فرنسا بوادر لمثل هذه الاتفاقيات بين منظمات المهنيين والسلطات، ثم انتشرت بين المحترفين والمستهلكين في عدة مجالات بخصوص بعض العقود، والاتفاقيات الجماعية للمستهلكين لا تلزم إلا المنظمات المهنية الموقعة عليها في مواجهة حماية المستهلكين الموقعين فقط، وبالتالي فإن المستهلك الفرد لايمكنه إلزام المحترف العضو في تلك المنظمة الموقعة بتنفيذ الالتزامات التي تعاقدت عليها المنظمة التي ينتمي إليها، وبمجرد توقيع المنظمات المهنية على هذه الاتفاقيات الجماعية يقع على عاتقها محاولة إقناع المحترفين المنظمين إليها، من أجل استعمال العقود النموذجية في علاقاتهم بالمستهلكين.

غير أن التأثير على المحترفين بهذا الشكل لا يكفي في الواقع العملي ونادرا ما يستخدم المحترفين هذا النوع من العقود النموذجية.

ونصت لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي أنه يمكن مد الاتفاقيات الجماعية ذات نطاق وطني لكافة المحترفين، إذا كانت موقعة من طرف أغلبية المنظمات ذات التمثيل الوطني الهادفة إلى حماية مجموع المستهلكين من جهة، ومن طرف منظمة وطنية أو أكثر ممثلة للمحترفين من جهة أخرى.[1]

ويرى الفقه الفرنسي[2]أنه ينبغي على المنظمات المهنية أن توقع على الاتفاقيات الجماعية بوصفها وكيل على المحترفين المنظمين إليها، ويجب أن تتضمن هذه الاتفاقيات الاشتراط لمصلحة الغير لفائدة زبائن المحترفين وبذلك يمكن للمستهلكين إلزام المحترفين بتنفيذ الاتفاقيات الجماعية من خلال رفع دعوى مباشرة ضدهم لكن الاجتهاد القضائي رفض تأسيس فكرة إلزام المحترفين على وجود نيابة أو اشتراط لمصلحة الغير، فمن الناحية القانونية لا يمكن فرض احترام الاتفاقيات الجماعية على المحترفين غير المنظمين للمنظمات المهنية الموقعة على هذه الاتفاقية .

ويتدخل القانون من أجل فض هذه الاتفاقية الجماعية بطريقة إلزامية على المحترفين المنظمين إلى المنظمات المنهية الموقعة عليها، كما يمكن تمديد هذه الاتفاقيات على كل المحترفين التابعين لقطاع معين طبقا لما اقترحته لجنة إعادة صياغة وتنقيح الاستهلاك الفرنسي.

[1]/ المادة 24 من مشروع القانون المقترح من قبل لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.

[2]/ Calais-auloy jean et frank streinnet.op.cit.n°196p 211.

حيث يتضح أنه يستفيد من هذه الاتفاقية الموقع عليها كل المستهلكين، بالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقيات الجماعية تأخذ قيمة القانون سواء بالنسبة للموقعين عليها والمحترفين الذين ينتمون للمنظمات الموقعة على هذه الاتفاقيات.[1]

ثالثا: مميزات أركان وشروط عقد الاستهلاك:

تختلف المراكز القانونية للمتعاقدين في عقد الاستهلاك عن العقود الأخرى ما يتطلب التدخل لتوفير حماية فعالة للطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

أ/ اختلاف المراكز القانونية للمتعاقدين في عقد الاستهلاك:

نتناول أولا المستهلك باعتباره الطرف الاضعف في العلاقة التعاقدية ثم نتناول غير المهني باعتباره بحاجة أيضا للحماية وأخيرا نتناول المتدخل باعتباره الطرف الأقوى في العقد.

1/ المستهلك:

ثار جدل فقهي كبير حول مفهوم المستهلك وانعكس على تطوره التشريعي، حيث كان المستهلك يقصد به كل شخص طبيعي يتعاقد لأجل حاجاته الشخصية، مثلما اعتمده المشرع الأوربي في البداية، ومن جهة أخرى تم تعريفه بطريق الإحالة أو النفي، حيث اعتبره كل شخص طبيعي أو غير مهني، وبالتالي أصبح هذا المفهوم مرادفا لمفهوم المستهلك غير أن هذا التعريف عرف الكثير من الانتقادات على اعتبار أنه لا يفرق بين المستهلك والمهني بالرغم من أن أحكام الشرط التعسفي قد تطبق على العلاقات التعاقدية التي فيها غير المحترف كطرف يتعاقد خارج إطار مهنته أو مجال تخصصه،[2] وقد ثار اتجاهين أحدهما ضيق والأخر يوسع في تعريف المستهلك.

فيتضح من المفهوم الضيق أنه لا يكسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته كشراء سلعة بإعادة بيعها، فالمعيار المعتمد في التعريف هو معيار الغرض من التعاقد ويذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تأييد هذا الاتجاه الضيق لتعريف المستهلك، ومنهم من يعرف المستهلك بأنه الشخص الطبيعي الذي يقتني المال لاستعماله الشخصي أو العائلي.[3]

---

[1]/ المادة 19 من مشروع القانون المقترح من قبل لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.

[2]/ سامي بن حملة ، إعادة التوازن بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد5، مارس 2015، ص 95.

[3]/ سارة عزوز، حماية المستهك من الاشهار المضلل في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة2016-2017، ، ص 85.

من خلال هذا التعريف يتبين أن الفقه ضيق كثيرا في مفهوم المستهلك إذ أنه استبعد الشخص المعنوي من التعريف واقتصر فقط على الشخص الطبيعي الذي يستعمل المنتوج لغرض شخصي أو عائلي، وهو اعتمده الفقيه calais– auloy بأنه الشخص طبيعي الذي يتعاقد على سلعة أو تحصيل خدمة لأغراض غير مهنية.[1]

والجدير بالذكر أن معظم الفقهاء الفرنسيين أخذوا بالمعيار الضيق للتعريف بالمستهلك متبعين في ذلك نهج المشرع الفرنسي، وعللوا ذلك بأن الاتجاه الضيق لفكرة المستهلك يبين ذاتية المستهلك، فضلا عن تميز هذا الاتجاه بالبساطة والدقة القانونية وعدم إثارته للشكوك مما يسهل مسألة تطبيقه لما يوفره من أمن المستهلك،[2]غير أن هذا الرأي مردود عليه فالمستهلك هو إما شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الخاص يقتني أو يستعمل أموالا أو خدمات لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية[3].

أما الاتجاه الموسع فيهدف إلى تحديد نطاق الحماية القانونية الخاصة بالمستهلك إلى المتدخل الذي يبرم تصرفات قانونية خارج نطاق تخصصه ولكن تخدم مهنته مثل المستهلك العادي[4].

فوفقا لهذا التعريف يعتبر مستهلكا ذلك المهني الذي يتصرف خار مجال اختصاصه فهو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أو بهدف استعمال واستخدام مال أو خدمة فمثلا من اشترى سيارة لاستخدامه الشخصي أو يستعملها في مهنته يعتبر مستهلكا لان السيارة تستهلك في كلتا الحالتين عن طريق الاستعمال، غير أنه لا يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة من أجل بيعها ويستند انصار هذه الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي اتجه إلى تمديد قانون الاستهلاك ليشمل بالحماية الأشخاص الذين يتصرفون بغرض مهني ولكن خارج اختصاصهم المهني.[5]

كما وسع المشرع الفرنسي من مفهوم المستهلك ليشمل المهني الذي يتصرف في إطار أنشطته المهنية ولكن لا تكون لديه خبرة ومعارف معينة، غير أن تخوف بعض الفقه الفرنسي من المفهوم الموسع لأنه يجعل قانون الاستهلاك غير محدد النطاق، بل مجرد تعديل لقواعد القانون المدني، وليس من المؤكد أن يتواجد المهني في مركز الضعف، إذا تعاقد خارج تخصصه، ويرى هذا الاتجاه أن البحث

---

[1]/ jean Calais- auloy -op.cit.p08.

[2]/ عبد الله ذيب محمود ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة 1، سنة 2012، ص13.

[3]/ محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب ، الجزائر ،دون طبعة، سنة 2007، ص 23

[4]/ سارة عزوز، المرجع السابق، ص 84.

5/ محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، المرجع السابق، ،ص 23.

في كل حالة على حدى يرتب نتيجة ظنية، مما أدى إلى ظهور اتجاه وسط الذي يعتبر المهني مستهلكا إذا كان ينقصه الاختصاص القانوني والفني إتجاه مهني آخر، فمثلا لا تستفيد شركة ضخمة من الحماية وفقا للأحكام المتعلقة بالشروط في مواجهة صغار المهنيين بحجة الاختصاص القانوني والفني حول مضمون العقد.[1]

وقد نص المشرع الفرنسي على تعريف المستهلك في المادة الثالثة من القانون 2014-344 المتعلق بالاستهلاك بقوله:" يعتبر مستهلكا وفق هذا القانون كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري والصناعي والحرفي أو المهني".[2]غير أن المشرع الفرنسي تدارك هذا الأمر في سنة 2016 وألغى جميع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك لاسيما القانون 93/949 وتعديلاته إلى غاية تعديل 2014 وأعاد تنظيم الموضوع من جديد من خلال الأمر 2016/301 الصادر في 14مارس 2016 حيث نص على:" أن المستهلك هو كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر أو الصناعي"[3].

والملاحظ من خلال هذه النصوص أن المشرع الفرنسي تبنى المفهوم الضيق للمستهلك بحيث قصر الحماية على الشخص الطبيعي فقط دون المعنوي، غير أنه لو رجعنا لمصلح غير المهني الذي أشار إليه في قانون استهلاكي الفرنسي[4] بأنه: "كل شخص معنوي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري والصناعي الحرفي الحر أو الزراعي".

أما المشرع المصري فقد عرفه في قانون حماية المستهلك في المادة الأولى منه بأنه: كل شخص تقدم إليه أحد المنتوجات لاشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص،[5] ولفظ المنتوج في هذا القانون يشمل السلع والخدمات معا.

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده لم يعرف المستهلك في القانون الملغى 89-02[6] المتعلق بحماية المستهلك، غير أنه أحالنا في المادة 06 منه إلى التنظيم المعمول به، وقد استدرك الوضع من خلال

---

[1]/ بن حميدة نبهات، ضمانات سلامة المستهلك على ضوء قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2018-2019، ص 43.

2 / سارة عزوز، المرجع السابق، ص90.

[3]/ جريفيلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد- دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، سنة 2017-2018، ص 30.

[4]/ La loi n°2001-420 du 15 Mai 2001, journal officiel de la republique francaise 16 Mai 2001.

[5]/ القانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك الجريدة الرسمية المصرية، صادرة في 20 ماي 2006، عدد 20.

[6]/ القانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 1989/02/07 الملغى بموجب القانون 09-03.

المادة 2 فقرة 9 من المرسوم التنفيذي 90-39 فعرف المستهلك بأنه: "هو كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

من هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري تبنى التعريف الضيق من خلال استبعاد المتدخل من هذا التعريف فهو يقتصر على الشخص الطبيعي الذي يتعاقد من أجل أغراضه الشخصية أو شخص آخر أو حيوان يتكفل به، وقد تدارك المشرع الجزائري هذا التناقض بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم بقوله: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني، أما بصدور القانون 09-03 المعدل والمتمم جاء المشرع بتعريف واضح للمستهلك بقوله: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجده يوسع بعض الشيء في مفهوم المستهلك بحيث أنه ساوى بين أن يكون المستهلك شخص طبيعي أو شخص معنوي كالشركات مثلا، مادامت تتعاقد على سلع أو خدمات لا تتعلق بأعمال مهنتها إذ أن الشركة تكون في هذه الحالة بالرغم من كونها شخص مهني إلا أنها جاهلة بالأصول الفنية شأنها شأن أي مستهلك آخر في مثل هذه الظروف، فهذا التعريف من شأنه أن يؤمن حماية فعالة للمستهلك بغض النظر عن كونه شخصا طبيعيا أو معنويا، وهو ما تمسكت به محكمة النقض الفرنسية بموجب القرار الصادر في 05 مارس2002، الذي جاء في طياته: أن المستهلك وفقا للمادةL132-1 هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد خارج اختصاصه المهني مما يجعله في نفس مرتبة الجهل والضعف كأي مستهلك.[1]

وتبنت محكمة النقض الفرنسية في عدة مواقف الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك حيث اتجهت إلى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي و قضت باعتبار أحد الشركات التجارية العاملة في مجال تخصصها مستهلكا، وذلك بغرض الاستفادة من نصوص قانون حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفي الصادر في 1978/01/10 حيث كانت هذه الشركة قد تعاقدت على شراء جهاز الإنذار بغرض حماية مواقعها إلا أنه تبين فيما بعد أن هذا الجهاز به بعض العيوب الفنية فأقامت الشركة دعوى قضائية بطلب إبطال العقد الذي يربطها بالبائع اعتبرت محكمة شروط العقد تعسفية وأن الشركة رغم أنها

[1]/ نبهات بن حميدة، المرجع السابق، ص42.

مهني تعمل في مجال العقارات إلا أن هذا التعاقد خارج نطاق تخصصها الفني والتقني الخاص بنظام أجهزة الإنذار وأن الشركة في نفس حالة عدم العلم مثلها مثل أي مستهلك آخر.

والواقع أن سبب إدخال الأشخاص المعنوية كالنقابات والجمعيات في طائفة المستهلكين له كونها لا تمارس نشاطا مهنيا تحصل منه على مواردها المالية، بينما اتجه القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية نحو المفهوم الضيق لفكرة المستهلك حيث استبعد المهني من نطاقه حماية المستهلك طالما كانت معاملاته لها صلة مباشرة مع نشاطه المهني أما إذا كانت معاملاته تبعد عن مجال تخصصه فإنه يكون مجرد مستهلك عادي، وهو ما أخذت به في قرارها الصادر في 1995/01/24[1] حيث استبعدت من نطاق الحماية المقررة للمستهلك إزاء الشرط التعسفي المتعاقد المهني طالما كان التصرف المهني الذي ابرمه له صلة مباشرة بنشاطه، وإذا كان المستهلك بصفة عامة هو أي مواطن يقتني مواد استهلاكية بمختلف أنواعها من منتجات وخدمات بهدف التغذية أو استخدامها في التنظيف أو اللباس أو لغرض منزلي أو شخصي أو للإستفادة من خدماتها في مجالات الحياة المختلفة، إلا أن وضع تعريف قانوني للمستهلك ليس بهذه السهولة، وخصوصا إذا أخذنا في الاعتبار نوع التقنية المستخدمة في المعاملات التجارية الالكترونية بين المنتج والمستهلك.[2]

ويفتقر القضاء الجزائري لهذا النوع من الاجتهاد لعل السبب في أن المشرع تناول معظم التعاريف في قوانين حماية المستهلك ولم يترك مجالا للاجتهاد تجنبا للخلاف الفقهي.

2/ مفهوم غير المهني:

ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول مدى جواز اعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلك بين اتجاه مؤيد وآخر معارض، ولعل السبب في ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم الفرنسي 78-464 الصادر في 1978/03/24 تنفيذا للقانون الصادر في 10يناير 1978 بأنه في العقود المبرمة بين المهنيين من ناحية وغير مهنيين .... من ناحية أخرى فإنه يكون في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من هذا القانون الشروط التي يكون محلها أو أثرها تأكيد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية في المحرر الذي يوقعه، وكذلك ماجاء بقانون الاستهلاك الفرنسي المتعلق بمجال الشرط التعسفي الصادر في 1995/02/01 والمادة L1/132 حيث جاء نصها على أنه "تعد شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين ...." حيث يتضح من هذا النص أن غير

[1]/ جريفيلي محمد، المرجع السابق، ص 24 .
[2]/ خالد ممدوح إبراهيم، امن المستهلك الالكتروني، المرجع السابق، ص 20.

المهني والمستهلك متساويين في المعاملة[1]، بل إنه ذهب لأبعد من ذلك حين اعتبر المهني مستهلكا حين يستغل المنتوج لغرض مهني قليل الاستعمال بالنظر إلى الاستخدام الشخصي لمحل العقد[2].

انقسم الفقه في فرنسا بين رأيين ، يرى الأول أن المهني الذي يتعامل خارج نطاق تخصصه مثل التاجر الذي يركب جهاز إنذار لمحله ، لا يعتبر مستهلكا رغم أنه يتعامل ويتصرف في أشياء لا تدخل في اختصاصه، والرأي الثاني يعطي تفسيرا موسعا لمفهوم غير المهني على أساس أن غير المهني يتصرف بعيدا عن إعمال مهنته وبالتالي يعتبر مثل المشتري العادي الذي لا يعرف شيئا عن السلعة أو الخدمة[3] .

وقد رأت لجنة البنود التعسفية التي انشأها قانون 1978/01/10 أن كلا من المستهلك وغير المهني هما كلمتان مترادفان أي أنها اعتمدت على الرأي الأول، ولكنها بعد ذلك عدلت عن موقفها وأكدت أنه هناك اختلاف بين مفهوم غير مهني ومفهوم المستهلك وأنه يجب دراسة كل حالة على حدى وأن الأمر متروك للسلطة التقديرية وللقاضي[4].

3/ الحرفي:

والمشرع الفرنسي وسع من مفهوم المنتج ومسؤوليته، وجعلها تشمل مراحل الإنتاج والتوزيع، وللمضرور الحق في رفع الدعوى على كل من المنتج والمستورد والموزع وعرفه الفقه الفرنسي بأنه: الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، عامة أو خاصة الذين يعرضون أموالا أو خدمات في ممارستهم لنشاط اعتيادي".[5]

ويقصد بلفظ المنتج صانع السلع الذي أعدها في هيئتها النهائية التي عُرضت بها للتداول سواء أكانت جميع الأجزاء التي تتركب منها السلعة من صنعه أم استعان بأجزاء من صنع الغير.[6]

لكن بعد صدور القانون رقم 98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة أصبح يستعمل مصطلح ، ويبدوا أن القانون الجديد في تحديده لمدلول المنتج ميز بين طائفتين من المنتجين وهم:[7]

---

[1]/Eric Jourde ,Loïc Armand,op.cit, p8.

[2]/ Claire-Marie Pegliom _Zika : la notion de clause abusive au sens de larticle L131- ducode de laconsommation ,these de doctorat en droit privé, université panthéon –assas- 2013 ,p61.

[3]/Cass. Civ1. 28 février 1987، Cass. Com 15 mai 2001 .

[4]/ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الالكتروني، المرجع نفسه، ص31 ومايليها.

[5]/ قادة شهيدة،المرجع السابق ، ص 47.

[6]/ منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2013، ص103.

[7]/ قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 48.

– الطائفة الأولى وهم محض المنتجين وعرفت المادة 1386–1/6 من القانون المدني الفرنسي المنتج بأنه: "يعتبر منتجا إذا عمل بصفة مهنية أو حرفية، الصانع النهائي للمنتوج، ومنتج المواد الأولية، والصانع لبعض أجزاء المنتوج"[1]

– أما الطائفة الثانية وهم الأشخاص الذين يأخذون حكم المنتج: ونصت عليهم المادة 1386 –6/2 بقولها: "ويعد في حكم المنتج في تطبيق هذا الفصل كل شخص يتصرف بصفته محترفا كل من يقدم نفسه كمنتج بوضع اسمه على المنتوج، أو علامة تجارية أو أي إشارة مميزة أخرى.

ولقد تأثر المشرع المصري في تحديد مفهوم المنتج بالقانون الفرنسي ومختلف الاتفاقيات الدولية الصادرة في هذا الغرض خاصة التعليمة الأوربية لسنة 1985 المتعلقة بفعل المنتوجات المعيبة، ولكنه تميز ببعض الأحكام الخاصة.[2]

والمتدخل حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 90–266 المتعلق بضمان المنتوجات يعرف بأنه:"هو منتج أو صانع وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك".

أما المتدخل في قانون المنافسة رقم 03/03 فيأخذ اسما آخر هو المؤسسة، وتنص المادة 3 منه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت صفته يمارس بصفة دائمة نشاطات الانتاج والتوزيع والخدمات".

في حين عرفه القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية 04–02 المعدل والمتمم في المادة 3 فقرة 1: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية ويمارس نشاطه في الإطار المهني العادي، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

[1]ART 1386-6/$_1$ du code civil français: «est producteur, lorsqu'il agit a titre professionnel : le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante»

[2]/ قادة شهيدة، المرجع السابق، ص، 51ومابعدها.

ب/ محل عقد الاستهلاك:

حتى يتسنى لنا القول بأن العقد هو من عقود الاستهلاك وله طابع خاص يتطلب التدخل لحماية أحد طرفيه من تعسف وإجحاف الطرف الآخر لابد أن ينصب محله على عنصرين مهمين هما السلعة والخدمة كما سنرى.

1/ مفهوم السلعة:

عرف المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم التنفيذي السابق 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المنتوج بأنه" كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية"، والملاحظ أن هذه المادة تناولت المنقول المادي دون الخدمة.

وبالرجوع إلى المادة 03 من القانون 09-03 المعدل والمتمم فإن السلعة هي "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا" كالمنقولات المادية بشتى صورها ولا تقتصر على الأشياء التي تستهلك بأول استعمال كالأغذية، وإنما تشمل المنتوجات التي تستهلك بمرور الزمن كالسيارات والأجهزة المنزلية كما يمتد مفهوم السلعة إلى العقارات، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، عندما تطرق إلى مفهوم المنتوج بقوله:" يعتبر منتوج كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار ولا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي" .

وتدارك المشرع الجزائري هذا التقصير من خلال القانون 09-03 الذي وسع من تعريف المنتوج بأنه:" كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"

وأخرج المشرع الجزائري بصريح العبارة الالتزام بتسليم المنتوج من مفهوم الخدمة باعتباره التزاما يقع على عاتق البائع أو المحترف في عقد البيع وهو ماتتفق معه المادة 364 من القانون المدني الجزائري بقولها:" يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

ويرى المشرع الجزائري أن هذا الاستثناء الوحيد في ذمة البائع التزاما وليس تقديم خدمة فالمشرع ضيق من نطاق الحماية في مواجهة الشرط التعسفي وحصرها في عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة، على عكس المشرع الفرنسي الذي ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بالشرط التعسفي تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها، مما جعل هذه النصوص لا تسري فقط على عقود الإذعان

وإنما على جميع العلاقات التعاقدية وأيا كان محلها عقارا أو منقولا سواء انصبت على سلع أو خدمات[1].

فالمشرع الفرنسي اعتبر محل العقد الاستهلاكي عقارا أو منقولا عكس المشرع الجزائري الذي جاء رأيه واضح وصريح في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-39 بقوله:" كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات" فهو لم يتحدث عن العقار ذو الطابع السكني غير أن البعض يميل إلى الرأي الذي يعتبرها منتوجا أو سلعة قابلة للاستهلاك،[2]ومنه يخضع المتعامل فيها للقواعد الحمائية المقررة لحماية المستهلك بصفة عامة .

2/ الخدمة :

يعتبر ومفهوم الخدمة غير مألوف في نصوص القانون وقد أصبح رائج الاستعمال في القانون الاقتصادي وهو يشمل جميع الأداءات القابلة للتقدير نقدا ويستوي أن تكون الخدمة ذات طبيعة مادية كإصلاح الأعطاب أو الغسيل أو ذات طبيعة مالية كالتأمين أو عمليات الائتمان أو ذات طبيعة ذهنية كالعلاج الطبي والاستشارات القانونية والمحاسبة.[3]

فهي كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة، وهذا طبقا للمادة 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وإذا كان الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المتدخل في مجال الخدمة هو نفسه الذي يقدم في السلع وذلك طبقا للمادتين 17 و 18 من القانون 09-03 والتي يكون فيها إعلام المستهلك عن طريق وسم الخدمة، والمادة 52 من المرسوم التنفيذي 13-378 والذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، سواء أكانت هذه الخدمة المقدمة للمستهلك بمقابل أو مجانا ويتم إعلام المستهلك من قبل مقدم الخدمة قبل إبرام العقد بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة وفي حالة عدم وجود عقد مكتوب يطبق هذا الالتزام قبل بداية تنفيذ الخدمة وهذا طبقا للمادة 53 من المرسوم 13-378.

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 82.
[2]/ Calais-auloy jean - frank- steinmets. Op.cit.p 08.
[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 82.

ج/ الشكلية في عقد الاستهلاك:

اشترط المشرع أن ينصب عقد الاستهلاك في قالب معين مع ضرورة أن ينطوي على جملة من البايانات المهمة، ونقصد بالقول الشكلية الخاصة بإثبات وجود عقد ما أو إثبات مضمونه، وهو ما يطلق عليه بالشكلية غير المباشرة[1]، على خلاف الشكلية المباشرة التي تعد ركن من أركان العقد .

وتعتبر الشكلية شرط أساسي في عقد الاستهلاك لما تلعبه من دور كبير في تحقيق أكبر حماية للمستهلك، وتعرف الشكلية بكونها مجموعة من الإجراءات التي كرسها المشرع لتوضيح الرؤية للمستهلك وتمكينه من أخذ قراره الصائب دون جهل، وتتمثل الشكلية في الكتابة إذ يتطلب الأمر أحيانا ذكر بيانات محددة في الوثيقة التي يقدمها المحترف كما قد تتجلى في اتباع شكل معين أثناء القيام بالعملية الاستهلاكية.[2]

وقد اشترط المشرع الجزائري في القانون 04-02 المعدل والمتمم أن يكون العقد الاستهلاكي مكتوبا محرر مسبقا وهو لا يقصد الكتابة الرسمية، وهذا ما تؤكده المادة الثالثة في فقرتها الرابعة بالنص على ما يلي: "يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا ".

وهذا ما اشترطه أيضا المشرع الفرنسي ضمنيا في نص المادة L132-1 عندما نص على الجزاء المدني للشروط التعسفية بقوله " تعتبر كأنها غير مكتوبة".[3]

فالشكلية الاستهلاكية هي مجموع الاجراءات التي كرسها المشرع لاعلام المستهلك واستنارة رضاه ومن ثمة حمايته.[4]

وقد أقر المشرع عقوبات جراء تخلف شرط الشكلية في عقود الاستهلاك فاعتبرت المادة L111_8 من قانون الاستهلاك الفرنسي[5] أن الأحكام المتعلقة باعلام المستهلك تعد من النظام العام، خاصة في المجال الاقتصادي، فبرز مايسمى النظام العام الاقتصادي الذي يعد من فروع النظام العام لدوره البارز في حماية المصلحة العامة، وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجده قرر جملة من العقوبات لمخالفي

[1]/ الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية، المجلد 10، العدد 02، 2019، ص 96.

[2]/ نورة جحايشية، العقد الاستهلاكي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قالمة ، سنة 2021، ص 27.

[3]/ Calais-auloy jean - frank- steinmets.op.cit p 167-168

[4]/ الزهرة رزايقية، المرجع السابق، ص97.

[5]/Ordonnance 2016-301 du 14mars 2016.

مجوع الالتزامات التي تضمنها قانون حماية المستهلك وقمع الغش خاصة فيما يتعلق بالشكلية المتعلقة باعلام المستهلك فقد نص في المادة 14 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية التي تنص على أنه" في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 والمادة 13 من القانون المذكور من طرف المورد الالكتروني، يمكن للمستهلك الالكتروني أن يطالب بإبطال العقد وبالتعويض عن الضرر اللاحق به".

من خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع الفرنسي أكثر صرامة ودقة في مجال تخلف شرط الشكلية في عقود الاستهلاك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بإلغاء عملية بيع أثاث لكون سند الطلبية الموقع من قبل المستهلك لا يتضمن كل البيانات الإجبارية وإعلان بطلان العقد لمخالفته التنظيم المعمول به، وعليه القول بأن هذا البطلان من النظام العام للأحكام التنظيمية.[1]، وقد ألزم المشرع الجزائري كل فئات الأعوان الاقتصاديين بفوترة كل المعاملات التي يقومون بها وخصص لها مرسوم تنفيذي كامل لضبطها بوضوح ، الأمر الذي يحتاج إلى توضيح أهم الوثائق التي تعبر عن الفوترة بالإضافة إلى تحديد أهم بياناتها[2].

وقد جاء المشرع الجزائري بعدة صور نص عليها بصريح العبارة وذلك من خلال المادة 3 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، وهو ما تناوله القضاء الفرنسي حين اعتبر العقد الاستهلاكي عبارة عن" كل عقد ورقي أو الكتروني يكون في شكل أوامر الشراء أو فواتير أو قسائم الضمان، أو إيصالات التسليم أو القسائم أو التذاكر وكل وثيقة تحتوي على بيانات تصف جميع بيانات المهني والمستهلك".[3]

د/ السبب أو الهدف من ابرام عقد الاستهلاك:

أخذ المشرع الجزائري بالهدف من التعاقد متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الذي نقله هذا الأخير عن التعليمة الأوربية لسنة 1993، علما أن المشرع الفرنسي كان يتبنى معيار آخر[4] في القانون الأسبق 1987/01/10، فقد يتم إبرام العقد بشكل رئيسي من أجل هدف غير مهني، وكذلك لهدف مهني في ذات الوقت كما حالة قيام عامل بشراء سيارة من أجل استخدامها بشكل رئيسي بغرض الاستهلاك الخاص وكذلك في أغراض مهنته.

[1]/ Cass 1re civ7 déc2004 Bull. civ. 2004.

[2]/ نورة جحايشية، المرجع السابق، ص84.

[3]/Eric Jourde , Loïc Armand, Eviter , les clauses abusives dans les contrats consommation,p9 .

[4]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص92.

المبحث الثاني: طبيعة التوازن العقدي بين مقتضيات العدالة واستقرار المعاملات العقدية:

تعتبر فكرة التوازن العقدي فكرة قديمة ليست حديثة النشأة، فقد ظهرت بظهور الفكر القانوني وتطوره خاصة مع ظهور العدالة في شقها التعاقدي واختلاف مفهومها، ويقوم العدل في التشريع الإسلامي على المساواة المحكمة، واتخذ الميزان رمزا له يتحقق بتساوي كفتيه ومن ثم لابد من استقامة هذا الميزان تماشيا مع قوله عز وجل: "وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان"[1] .

ويتطلب البحث في موضوع توازن العلاقات التعاقدية التطرق إلى مصطلح كل من التوازن والعدالة التي تعتبر من أسمى وأقدس الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها والوصول إليها وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول ضرورة قراءة جديدة في مفهوم التوازن العقدي وفي المطلب الثاني مظاهر اختلال التوازن العقدي.

المطلب الأول: ضرورة قراءة جديدة في مفهوم التوازن العقدي:

يعد مصطلح التوازن في حد ذاته مصطلح قديم فقد كان يعرف بتكافؤ الأداءات، وسنتطرق في هذا المطلب إلى تطور مفهوم التوازن العقدي أو العدالة العقدية عند التشريعات القديمة، ثم تبيان تأثير مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي، وذلك بدراسة تطور فكرة التوازن العقدي في الفرع الأول أما الفرع الثاني فهو يخص مفهوم التوازن العقدي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له.

الفرع الأول: تطور فكرة التوازن العقدي :

نتناول بداية مفهوم فكرة التوازن العقدي عند الفلاسفة اليونانيين خاصة أرسطو ثم مفهومه عند الرومان والفرنسيين ثم تبيان تأثير مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي ثانيا.

أولا: مفهوم فكرة التوازن العقدي في التشريعات القديمة:

أ/ مفهوم فكرة التوازن العقدي في الفلسفة اليونانية:

اعتمد أصحاب هذا الاتجاه على فكرة العدل الذي يحدد علاقة الفرد بالجماعة من حيث واجباته القانونية نحو هذه الجماعة، تماشيا مع مبدأ أن الجزء مسخر لخدمة الكل، فالصالح العام لا يتحقق إلا عن طريق الاشتراك بين الأفراد لأجل مصلحة واحدة، وهذا العدل هو الذي يبرر إخضاع الأفراد لقانون الحاكم وقواعد النظام العام.

[1]/ سورة الرحمان الآية 09.

ويعتبر العدل أوالعدالة شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء تنفيذ حكم قاعدة قانونية وتطبيقها على حالة معينة، حينما يؤذن له بذلك في نص استثنائي صريح[1].

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن العدالة تختلف عن العدل في كونها نوع من أنواعه فقط، فالعدالة تهتم بالظروف الخاصة لكل حالة، أما العدل يمتاز بالعمومية والتجريد، فهو لا يعتني إلا بالمبادئ العامة، وإذا كان العدل يمتاز بالصلابة والتشدد فالعدالة تمتاز بشيء من اللين والرحمة والإنسانية، وذلك لتخفيف الضغط على الأطراف من شدة القوانين وصرامتها في حالات معينة ، لهذا إختلف الفقهاء في تحديد مفهوم العدالة، فيعتبرها البعض مفهوم مطلق لا يتغير بإختلاف الزمان والمكان ويتعلق بمسلمات ثابتة غير قابلة للتغيير والتبديل، في حين يرى اتجاه آخر أن العدالة مفهوم نسبي يختلف من مجتمع إلى آخر ومن طائفة إلى أخرى داخل المجتمع الواحد، ويعتبر هذا الإتجاه الأخير هو الغالب في المجتمع على اعتبارها نتاج المجتمع وما يحويه من أخلاقيات وتغيرات عبر الزمان، وقد حاول الفيلسوف اليوناني أرسطو تعريف العدالة حسب النصيب الذي يستحقه كل فرد في المجتمع وذلك بتقسيمها إلى:

1/ العدالة التوزيعية : هذا النوع من العدالة يقصد به الرابطة بين الفرد والجماعة وبحسبه يتم توزيع هذا النوع من العدالة بين الأفراد، وذلك بتوزيع الأعباء والحقوق بين أفراد الجماعة وليس على أساس المساواة المطلقة وإنما المساواة التناسبية، بحيث يراعى في توزيع هذه الأعباء والحقوق الاختلاف الفطري بين الأفراد في الحاجات والقدرات والعمل[2].

فهي العدالة التي تسود علاقة الفرد بالجماعة السياسية أي الدولة بوصفهم أعضاء أو مواطنين فيها من حيث توزيع الثروات والمنافع العامة والأعباء بينهم، وهي إما عدالة تجب على الفرد للجماعة فتسمى بالتوزيعية، وإما تجب للجماعة على الفرد فتسمى عدالة اجتماعية والتي تقوم على الحرية وتكافؤ الفرص.[3]

تتجلى العدالة حسب هذا الاتجاه في توزيع المنافع والأعباء على أفراد المجتمع ويستند هذا التوزيع على المساواة، غير أنها تختلف على ماهي عليه في العدالة التبادلية فهي مساواة نسبية وليست مطلقة

---

[1]/درماش بن عزوز، التوازن العقدي ، أطروحة دكتوراه ، جامعة تلمسان ،سنة 2013-2014، ص 21.

[2]/ نفس المرجع ، ص 33.

3/ رياض أحمد عبد الغفور، شروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقد، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة النهرين العراق، العدد 13 ديسمبر 2013 ، ص42.

تراعي الاختلاف الظاهر بين الأفراد بحسب حاجاتهم وقدراتهم، فالعدالة التوزيعية تقوم على مبدأ الاستحقاق أي أن يحصل كل فرد على ما يستحقه وفق امكانياته واستعداداته وظروفه.

2/ العدالة التبادلية: ترتبط فكرة العدالة التبادلية ارتباطا وثيقا بفكرة التوازن العقدي ويظهر ذلك من خلال نطاقها، حيث تختص هذه العدالة بعلاقات الأفراد فيما بينهم، وتهدف إلى إقامة التكافؤ والتوازن بين المصالح المتعارضة على أساس المساواة التي تعتبر أساس العدل من جهة وترجمة فعلية للعدالة التعاقدية من جهة أخرى[1]، والمساواة المعتبرة في العدالة التبادلية هي مساواة حسابية مطلقة، بحيث إذا اختل العقد بسبب أحد تصرفات الأفراد لأي سبب من الأسباب تدخل القاضي لتصحيح الاختلال الحاصل ينهما، فهي العدالة التي تسود علاقات الأفراد فيما بينهم وتنظم التعاملات بينهم وبمقتضى هذه العدالة يحق لكل طرف في هذه العلاقة أن يستلم عوضا مكافئا ومعادلا وموازنا لما أعطى.[2]

ويقول أرسطو: إذا تسبب عمل أو تصرف في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فإن العدالة التبادلية تقضي على الشخص الذي تسبب في الخسارة أو استفاد منها أن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة أو ما استفاد منها، أي أن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة، بحيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف في نفس المركز الذي كان عليه من قبل[3] .

فالعدالة التبادلية أو التصحيحية عكس العدالة التوزيعية تقوم على المساواة المطلقة، ومن خلالها يمكن فهم المعنى الحقيقي للعدل، ويحق لكل طرف في العقد أن يسلم عوضا مكافئا ومعادلا لما أخذ، والهدف من العدالة التبادلية هو الحفاظ على التوازن بين الحقوق والالتزامات كلما تعرض للاختلال.

فإذا كان العدل التوزيعي يقتصر على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع أي ما يجب على الفرد (حق الفرد على غيره) ولم يبق مقصورا في نطاقه الضيق من العلاقات التعاقدية بل أصبح يشمل كل ما ينشئه الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها وهو يقوم على أساس تساوي الأفراد، وهذا التساوي يلزم على الأفراد احترام كل واحد منهم لحق الآخر إما بإعطائه له أو الامتناع عن الاعتداء عليه، وهذا الحق الذي يختص كل فرد قد يكون له ابتداء ويشمل كل ما يتعلق بوجوده أو كيانه المادي والنفسي فيعتبر ظلما الاعتداء على جسم شخص آخر بالضرب أو القتل أو الإهانة ....الخ.

---

[1]/ درماش بن عزوز ، المرجع السابق ، ص33.
[2]/ رياض أحمد عبد الغفور، شروق عباس فاضل ، المرجع السابق ، ص 42.
[3]/ درماش بن عزوز، المرجع السابق، 150-151.

وقد يثبت له اكتسابا فيخص كل الحقوق التي يكتسبها الفرد بصفة مشروعة لاحقا سواء عن طريق التبادل(من بيع وشراء) أو تقديم خدمة(إيجار وعمل) وتكون العبرة في العدل التبادلي بالمساواة المطلقة[1].

من خلال ما سبق يمكن القول أن أرسطو هو أول من حاول إرساء فكرة العدالة التعاقدية من خلال تقسيمه وتوزيعه لفكرة العدالة بين أفراد المجتمع، فالعدالة التبادلية تهدف إلى المساواة من خلال الحرية أما العدالة التوزيعية تأخذ بعين الإعتبار الحرية كشرط للمساواة.

ب/ مفهوم فكرة التوازن العقدي عند الرومان:

كان القانون الروماني يسعى إلى استقرار المعاملات وليس إلى تحقق التوازن العقدي، ويقوم مفهوم التوازن لدى الإغريق أو الرومان على أساس تحقيق نوع من العدالة في توزيع الحقوق والواجبات، ولقد ربط أرسطو بين التوازن العقدي والتوازن الاجتماعي وجعل الأول وسيلة لتحقيق الثاني فإذا إختل التوازن جاز للقاضي التدخل لإعادته لسيرته الأولى[2].

والعدالة العقدية في ظل هذا النظام لم تهتم سوى بتحقيق التساوي بين كفتي الميزان، فإذا وضع شخص شيئا في كفة فعلى الطرف الآخر وضع شيئا آخر يساويه في الكفة الأخرى.

وهو الهدف الأسمى الذي يسعى لتحقيقه الطرفين، سواء كان العقد ملزما لجانبين أو ملزم لجانب واحد وقد قام بعدة محاولات للتخفيف من عدم التوازن التعاقدي كالتسعير الجبري[3].

غير أن فكرة العدل التعاقدي تراجعت ولم تلقى الإعتراف أو القبول العام وفقا لنموذجها السابق، واستبدلت بها فكرة أخرى مضمونها أن العدل والمساواة يكونان من سمات العقد الذي تم مناقشته بحرية من قبل طرفيه، ومن ثم افتراض أن ماتم مناقشته وبحثه واقراره من قبل الأطراف المتعاقدة يعبر عن الرضا الكامل بالشروط والالتزامات التعاقدية أو عدم التعادل بين الأداءات من أسباب بطلان العقد أو فسخه إلا في فروض محددة ومحصورة في أضيق الحدود.

---

[1]/ علي فيلالي مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر،دون طبعة، سنة 2005، ص 159.

[2]/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية،مصر،دون طبعة، سنة 2007، ص7.

[3]/ ففي عهد الإمبراطور جوستيان joustiniane كان يسمح بإبطال البيع العقاري إذا لوحظ توافر عدم التوازن بين ما دفعه المشتري وبين قيمة المال الذي حصل عليه وهذا ما كان يعبر عنه فقهاء الكنيسة بالثمن الباهض. أنظر محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق، ص8.

ج/ مفهوم فكرة التوازن العقدي عند الفرنسيين:

يرى الفقيه الفرنسي بيتيه pothie: أن العدالة او التكافؤ في الأداءات هو أهم مبدأ يقوم عليه العقد إذ أن المتعاقد ليست لديه نية التبرع ولا يمكن أن يلتزم إلا بإعطاء قدر مساو ومعادل لما أعطاه المتعاقد الآخر أو ما التزم بإعطائه، فإذا التزم بعطاء أكبر فإن المساءلة تزول وتزول معها العدالة ويصبح العقد ظالما.[1]

ففكرة التوازن العقدي بالنسبة لهذا الفقيه ماهي إلا انعكاس ظاهر لنظرية الثمن العادل، فعقد البيع مثلا لابد أن يتعادل فيه الثمن والمبيع وكذلك بالنسبة لعقد الايجار لابد أن يتعادل بدل الإيجار بقيمة الانتفاع من العين المؤجرة.

فتمديد التوازن يشمل مرحلة خلق وانشاء القواعد القانونية التي ستطبق على العقد فهي تهدف إلى رسم وتحديد سياسة عامة متوازنة لمجمل العمليات التعاقدية، فالتوازن يحقق التناسب بين مراكز الأطراف العقدية أو على الأقل يجعلها متقاربة[2]، هذا ويرى الفقيه الفرنسي "دوما" "domat " أن فكرة التوازن العقدي أساسها نظرية السبب الموضوعية حيث يرى أن سبب إلتزام كل طرف في العقد الملزم لجانبين يكمن في محل التزام الطرف المقابل[3].

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي[4] تقرر أنه يجب تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن النية ، والمادة 1135 قانون مدني فرنسي تجعل العدالة والعادات والقوانين مكملين للاشتراطات التعاقدية .

غير أن القانون هنا له طابع تكميلي ، وإن مفهوم العدالة في نطاق المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي لا ينبغي أن يقودنا إلى مفهوم أن القاضي يستطيع حذف أي شرط في العقد تحت دافع العدالة، وفكرة العدالة وحسن النية ليست محددة من حيث مجال تفسيرهما بمضمون العقد فهما يحكمان أيضا التنفيذ ومن هنا استخلص الفقه والقضاء وجود الواجب بالتعاون بين الأطراف المتعاقدة ، وقد يفرض القانون نفسه بعض الالتزامات مثل الواجب بالتعاون على عاتق الدائن إذ عليه أن يساعد مدينه

[1]/ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 37.
[2]/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص10.
[3]/ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 38.
[4]/ Code civil francais,Version consolidée du code au 1er septembre 2013 .Edition : 1er decembere 2013.

في تنفيذ العقد في حدود العادات مع مراعاة مبدأ حسن النية ، وكذلك فإنه مما يتصل بالواجب بالتعاون فهنا التزم بألا يفرض أي متعاقد على متعاقد آخر مصاريف غير مجدية .[1]

من خلال ماسبق يمكن القول أن مفهوم التوازن العقدي في القانون الفرنسي له فكرتين مادية وقانونية : فالفكرة المادية يظهر من خلالها المفهوم المزدوج للتوازن العقدي باعتباره التكوين المتناسق وباعتباره وضعية نسبية للاستقرار موجود في مصطلح التوازن العقدي ، في حين تبقى الفكرة القانونية عبارة عن تصور أو مفهوم أي أنه فكرة مجردة دون مضمون معياري أو قانوني.

وهذه الخلاصة تطغى عليها الصبغة اللبرالية التي لا يزال القانون الفرنسي متأثرا بها سواء من خلال التشريعات أو الاجتهادات القضائية أو حتى الدراسات الفقهية، ففكرة التوازن العقدي في المذهب الفردي تقاس بناء على نظرة ذاتية أي كل ما يعتبره المتعاقدين متوازنا فهو متوازن ويحقق العدالة حتى ولو كان لدى الغير يعتبر مختل التوازن.

ثانيا: تأثير مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي :

إن أهم سبب يساعد في اختلال التوازن العقدي بين الأطراف هو مبدأ سلطان الإرادة الذي تلازم في نشأته مع النظام الرأسمالي، بل إن مبدأ سلطان الإرادة هو أهم الأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام الرأسمالي، خاصة وأن أنصاره يرون أن الإرادة هي أساس القانون والعقد، فالفرد في المجتمع له الحرية الكاملة في إبرام ما يشاء من عقود وأن يضمنها ما يريد من شروط، انطلاقا من مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لا للقانون ولا للقضاء التدخل في العلاقة التعاقدية بين الأفراد بما أن مبدأ سلطان الإرادة يهدف إلى احترام الإرادة التعاقدية.

وهو ما نادى به كبار الفلاسفة من أن الإرادة التعاقدية هي مطلقة من كل قيد وأنه لا قيام لالتزام إلا إذا ارتضاه الفرد وأراده، وعليه يمكن القول بأن العقد هو من خلق إرادة المتعاقدين، وبالتالي فهو يمثل مصالح أطرافه وأنه لا يمكن أن تنصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه، مما يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالح المتعاقدين، ويرى الفقه الفرنسي أن كل عدالة هي تعاقدية وأن كل ماهو تعاقدي فهو عادل، وأن الإنسان هو إرادة حرة، فالعقد هو خلق إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه مما يؤدي إلى التوازن بين مصالح المتعاقدين.

[1]/ ابراهيم سيد أحمد الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونية المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث، مصر طبعة 01 ،سنة 2003 ، ص14.

غير أن هذا المبدأ ما لبث أن ظهرت عليه عيوبه أهمها أن الطرف القوي هو من يختص بوضع بنود العقد التي يضمها ما يشاء من شروط تتناسب مع مصالحه دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الضعيف .

وقبل ظهور حركات حماية المستهلك كانت معظم المبادئ والقواعد القانونية تخدم الطرف الأقوى اقتصاديا، ولعل أهم مبدأ ساهم في ذلك هو مبدأ سلطان الإرادة والذي نشأ مع النظام الرأسمالي[1]، فالأصل أنه لا يوجود الاتفاق دون حرية الرضا[2]، بل إن هذا المبدأ يدفعنا للقول بأن كل طرف حر في إبرام ما يشاء من عقود وتضمينها ما يشاء من شروط تتماشى مع مصالحه طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا بد من احترام إرادة الشخص المتعاقدة ومن ثم لا يجوز لأي كان حتى للقاضي التدخل في هذه العلاقة التعاقدية لتعديلها أو إلغائها مادام مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يحكم تكوين العقد وتنفيذه، غير أن هذه الفكرة ما لبثت أن تغيرت فإذا سلمنا بوجود تكافؤ بين أطراف العقد فكل متعاقد يضمن عقده ما يشاء من شروط، غير أن هذا التكافؤ نظري وليس واقعي لأن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف وعلى هذا الأخير أن يذعن تحت ضغط الحاجة ويقبل مكرها ما قام به الطرف القوي وهذا تحول من أداة عادلة إلى أداة ضغط[3].

ويعتبر مبدأ القوة الإلزامية للعقد من أهم المبادئ التي يحميها القانون وهو ما يجسده مبدأ سلطان الإرادة فلا تعاقد إلا بعد توافر إرادتين وينبثق من هذا المبدأ فكرة الحرية التعاقدية دون أي دخل لأي عنصر خارجي ويترتب عنه :

---

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، ص 09.

[2]/بمناسبة عملية تجميع حققتها مجموعة توزيع "شركة رالي" قامت هذه الأخيرة باعلام مجموعة من مموليها أنها تهدف إلى مواصلة معاملاتها معهم بإضافة مجموعة جديدة من الشروط وقد قامت محكمة النقض الفرنسية بنقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التي قضت تعديل القرار 95-D-34 المؤرخ في 1995/05/09 الصادر عن مجلس المنافسة الذي يقضي بغرامة مالية على شركة رالي rallye في حين اعتبرت محكمة استئناف باريس الفرنسية أن العمل الذي قامت به مجموعة التوزيع والذي من خلاله فرضت شروط إضافية على مموليها يدخل تحت طائلة المادة 07 من الأمر المؤرخ 1986/12/01 بمعنى أن الأمر يتعلق باتفاق محظور معاقب عليه وفقا للأمر السابق، وباعتبار أن هذا العمل لا يمكن أن يكون عملا مدبرا أو اتفاقا بمفهوم المادة 07 المذكور أعلاه، وأن قرار إضافة شروط أخرى سيعرض من لا يقبلها للمقاطعة وعدم مواصلة العلاقة التجارية معه، حيث يعتبر هذا القرار مبادرة من شركة رالي والغرض منه هو انضمام الممونين إلى سلوك هذه الشركة وقبولهم للشروط الإضافية وهم غير راضيين بذلك وهو شيء سيؤدي إلى المساس والإنقاص من حرية اتخاذ القرار من طرف الممونين .
حيث سيكونون تحت سلطة شركة رالي، ولهذه الأسباب فإن محكمة الاستئناف قد خالفت النصوص القانونية المذكورة، بما أنه كان بالإمكان معاقبة ممارسة شركة رالي تحت تكييف آخر بمعنى أنه تم ارتكاب ممارسة التعسف في الهيمنة على السوق لان هدف الشركة هو التحكم واحتكار سوق التوزيع والتحكم في قرارات الممونين عن طريق الضغط عليهم وتهديدهم بالمقاطعة.
منقول عن جلال مسعد زوجة محتوت ، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية ، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2012، ص50+51.

[3]/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، مجلد1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون طبعة، سنة 1998، ص 153 وما يليها.

– أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين الانفراد بتعديل العقد أو إلغائه.

– لا يجوز للمشرع ولا للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد، غير أنه واستثناء على هذه المبادئ يمكن التدخل من المشرع لتعديل العقد كإصدار تخفيض إلزامي على كل العقود كالإيجار مثلا فيصدر قانون معدل جديد.

– ويمكن للقاضي التدخل لمجرد منح أجل المدين دون أن يمس جوهر الالتزام كالمهلة القضائية.

– ويمكنه التدخل لتعديل أحد شروط العقد كالشرط الجزائي وهو عبارة عن تعويض متفق عليه بين المتعاقدين يتوقعه الطرفان في حالتي عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ.

– ويتدخل القاضي لإعادة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد حسب مقتضيات العدالة نتيجة الغبن والاستغلال[1]، ويتخذ تقييد حرية التعاقد صور أخرى كإجبار الشخص على إبرام بعض العقود كعقد التأمين طبقا لما جاء في المادة 01 من الأمر 15/74المتعلق بإلزامية التامين على السيارات ونظام تعويض الأضرار المعدل والمتمم على أنه:" كل مالك مركبة ملزم باكتتاب عقد تأمين يغطي الأضرار التي سببتها المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير".

أو إجباره على التعاقد مع شخص معين كما هو الوضع في حالة الاحتكار والعلاقة بين المستهلك والمحتكر كما قد يتمثل هذا التقييد في فرض شكل معين لبعض العقود مثل عقد البيع أو الرهن أو الهبة المنصبة على العقارات.[2]

ونص المشرع على ضرورة الكتابة الواضحة في العقود التي تقدم للمستهلك في المادة 133-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي[3]، أما المشرع الجزائري فقد أورد في المادة 18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك المعدل والمتمم ضرورة الالتزام بالوضوح وكان مضمونها واسعا بحيث شملت العقد من خلال الإشارة إلى شروط ضمان المنتوج وأن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرتبة ومقروءة ومتعذر محوها.

---

[1]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق ، ص153.

[2]/ عليان حدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2015-2016، ص 104.

[3]/ زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك الضعيف، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2016،ص21.

إن الاختلال في التوازن في العلاقات بين المحترفين والمستهلكين يعود بالدرجة الأولى إلى عدم مساواة إعلامهما فالمهنيين يعرفون المنتوجات والخدمات الموضوعة في السوق في حين أن المستهلكين معظمهم غير قادر على الحكم على المنتوجات أو الخدمات مسبقا ولا حتى التفريق بينهما [1].

فإعلام المستهلك يعتبر عامل شفافية السوق وتطوير المنافسة فإذا كان المستهلك عالما بالمنتوج كانت له سلطة الخيار بطريقة جيدة، وقد نص المشرع الجزائري على الالتزام بالإعلام في القانون الجزائري بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم، وإذا كان الالتزام العقدي بالادلاء بالبيانات أو المعلومات ينشأ بمناسبة كل عقد على حدى وفي حدود ما يقتضيه ذلك، العقد فإن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو التزام عام في شأن كل عقود الاستهلاك ويهدف لتنوير رضا المستهلك[2].

وهذا تطبيقا للمبدأ العام القاضي بحسن النية في المعاملات التعاقدية والمادة 2/107 من القانون المدني الجزائري تنص أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام...".

الفرع الثاني: مفهوم التوازن العقدي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له:

تجاهلت قواعد القانون المدني فكرة التوازن كشرط في انعقاد العقود أو صحتها والسبب في ذلك هو سيادة مبدأ سلطان الإرادة على قواعد هذا القانون والذي لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين الطرفين، فبمجرد التعاقد يصبح هذا الأخير قانون المتعاقدين كون المبدأ العام في العلاقات التعاقدية هو التراضي.

فالتوازن العقدي طبقا لمبدأ المساواة القانونية ذو نزعة شخصية ومعياره التراضي بين الطرفين فمادام التراضي موجود فإن التوازن العقدي يعد محققا تبعا لذاك.

وتسعى عقود الاستهلاك إلى إيجاد التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف، فالتخصص الذي تم منذ 1804 لم يكن محايدا فهو يترجم إرادة واضحة للمشرع في إرادة التوازن العقدي وحماية الطرف الأكثر ضعفا، فالهدف من التشريعات الخاصة هو حماية هذا الطرف الضعيف والبحث عن التوازن بين الالتزامات والحقوق المتقابلة بينه وبين المتدخل وفرض مجموعة من الالتزامات على عاتق المتعاقد قصد

[1]/ Calais-auloy jean - frank- steinmets.op.cit. p45.

[2]/ عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 01، دون سنة، ص 370.

ايجاد التوازن العقدي، سنحاول في هذا الفرع التطرق للتعريف اللغوي للتوازن العقدي ثم تعريف التوازن في المجال الاقتصادي وفي الأخير تعريف التوازن في المجال القانوني.

أولا: تعريف التوازن العقدي:

نتطرق للمفهوم اللغوي أولا ثم التعريف الاقتصادي وأخيرا التعريف القانوني للتوازن العقدي.

أ/ التعريف اللغوي التوازن العقدي:

التوازن لغة هو مصدر الفعل وازن والوزن ثقل شيء بشيء مثله ووازنت بين شيئين موازنة ووزنا وهذا يوازن هذا إذا كان على زنته أو محاذيه ووازنه عادله وقابله[1].

وكلمة التوازن في اللغة العربية تستعمل للدلالة على معان كثيرة وهي: التعادل، التكافؤ، التناسب، الاستقرار، المساواة، وتشترك هذه المصطلحات كلها في المعنى العام لمدلول التوزان[2]. ويقال هذا يوازن هذا إذا كان على زنته او محاذيه، ويقال وازنه أي عادله وقابله وحاذاه واستقام ميزان النهار أي انتصف[3]، أما في اللغة الفرنسية فنجد مصطلح equilibre تنحدر من أصل لاتيني مركب من لفظين libre وتعني الميزان aequus وتعني مساو أو معادل egal إذ يقصد بهذا المصطلح "دقة الميزان أو استقامة الميزان".

فهو المعادلة أو المقاربة بين شيئين وفي مجال العقد يقصد به المعادلة والمقاربة بين التزامات المتعاقدين.

ب/ تعريف التوازن في المجال الاقتصادي:

يلاحظ أن حاجات الأفراد متزايدة في مقابل ندرة الموارد، فنجد كل الجهود منصبة لتحقيق هدف واحد وهو التوازن الاقتصادي lequilibre economique من خلال ايجاد حالة من التناسب بين العرض والطلب، أي بين الكتلة السلعية المتداولة والكتلة النقدية المتداولة في المجتمع ما يؤدي إلى استقرار اقتصادي، ويعرف التوازن لدى الاقتصاديين بأنه تحقيق التعادل بين الطلب الكلي والعرض الكلي في ضوء الضغوطات الاقتصادية المتاحة، كما أن التوازن الكلي هذا يعتبر محصلة لتوازنات

[1]/ اياد عبد الجبار ملوكي، التوازن العقدي بين طرفي عقد الايجار في القانون العراقي، العدد1، دون سنة، ص 153.
[2]/ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة 4، سنة 2005.
[3]/ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط،(مادة وزن)،دار الفكر، بيروت، دون طبعة، سنة 2010.

جزئية تتفاعل فيما بينها والمتمثلة في الأسواق السلعية والنقدية والعمالية والتي تقوم على الربط والتنسيق فيما بينها في إطار السياسة الاقتصادية والكلية.[1]

ج/ تعريف التوازن في المجال القانوني:

تعد فكرة التوازن العقدي فكرة قديمة يقوم كيانها على مبدأ التناسب والمساواة والموازنة في الأخذ والعطاء بين طرفي العلاقة التعاقدية فيما يأخذه كل طرف بمقتضى العقد، وينبغي أن يكون معادلا نوعا ما لما يعطيه للطرف الآخر وفي غير هذه الحالة نكون أمام اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق المتولدة عن العقد، مما يؤدي إلى اختلال موازين العدالة التعاقدية، فالفقيه "موران"يرى أن الاختلال القانوني يكمن في صميم العلاقة العقدية ومبرر الاختلال الحاصل عند النشأة ما بين الاداءات المتقابلة.[2]

ويرجع سبب اختلال التوازن العقدي إلى عدة عوامل أهمها أن أحد المتعاقدين هو الأقوى من الناحية الاقتصادية، حيث يمكنه مركزه القوي من فرض شروط محجفة في حق المتعاقد الآخر، وهذا يكون في أغلب الحالات في عقود الإذعان، وقد يكون الاستغلال ناتج عن كون أحد المتعاقدين به حاله ضعف كطيش بين أو هوى جامح أو عدم خبرته وضعف إدراكه وهذه الحالات نظمها التشريع ضمن عيوب الإرادة كما سنرى لاحقا.

صحيح أن التوازن يستلزم وجوده في مرحلة إبرام العقد وتكوينه غير أن هذا لا يكفي، إذ لابد من استمرارية التوازن حتى تنفيذ العقد، فهو تكوين متناسق لعناصر الكل أي لمضمون العقد وهذا التوزيع المتناسق يمكن تقديره بأقل أو أكثر صعوبة بحسب درجة بساطة أو تعقيد مضمون العقد[3].

من خلال ما سبق يمكن القول أن التوازن العقدي له مفهومان أحدهما عام والآخر خاص:[4]

1/ مفهوم عام: يقصد به تمديد التوازن ليشمل مرحلة خلق وإنشاء القواعد القانونية التي ستطبق على العقد، فهي تهدف إلى رسم وتحديد سياسة عامة متوازنة لمجمل العمليات التعاقدية، فالتوازن في هذه المرحلة يحقق التناسب بين مراكز الأطراف العقدية أو على الأقل يجعلها متقاربة.

---

[1]/ درواسي المسعود، السياسة المالية ودورها في تحقيق التوازن الاقتصادي حالة الجزائر (1990-2004)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم و الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2005، ص22.

[2]/ عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 35.

[3]/ درماش بن عزوز،المرجع السابق، ص 27.

[4]/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق ، ص10+11.

2/ مفهوم خاص: ويطلق عليه توازن الحالة الخاصة ويهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد من خلال مراعاة ظروف كل حالة على حدى، وتقرير عدم التوازن يتوقف إلى حد كبير على مدى ما يمارسه الطرف المتعسف من سلطات اتجاه الطرف الآخر سواء كانت السلطة التعسفية ذات طبيعة اقتصادية أو قانونية فإن ذلك يلحق بالعقد صفة الاختلال العقدي.

فالأصل أن كل شخص طبيعي أو معنوي يمكنه القيام بأي نوع من الممارسات التجارية واحترافها بأي شكل من الأشكال المتعارف عليها، دون أن تجد هذه الحرية عوائق قانونية أو تنظيمية تقف أمام ولوجها إلى الأسواق وانطلاقها الفعلي أو استمرارها داخل البيئة السوقية. وإذا كانت المادة 106 من القانون المدني الجزائري تنص على" أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين"، إلا أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه بل هو مقيد في بعض الحالات التي يجبر فيها المشرع بعض الأشخاص من إبرام بعض العقود التي ينص عليها القانون بموجب نصوص صريحة كعقد التامين مثلا فقد نص في المادة 01 من الأمر 15/74[1] بقوله:" كل مالك مركبة ملزم باكتتاب عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببتها المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير".

وهذا التقييد قد يشمل كل العقد أو ركن من أركانه أو شرط من شروطه كأن يتدخل المشرع في تحديد الثمن مثلا، فنجد الأمر 37/74[2] خول بموجبه المشرع للهيآت الإدارية التحديد المباشر للأسعار وقد يصل هذا التحديد أحيانا إلى مضمون العقد كتحديد سن العمل ب 18 سنة وهو مانص عليه في القانون 11/90.[3]

كما قد يكون هذا التقييد متعلق خاصة بالالتزامات المفروضة على المتعاقدين فالمشرع نظم جميع الالتزامات الواقعة على المتدخل كالالتزام بالضمان والسلامة والمطابقة والإعلام وغيرها في نصوص قانونية خاصة.

[1]/ الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 1974/06/30 المتعلق بإلزامية التامين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 88-31 الصادر بتاريخ 19جويلية 1988 الجريدة الرسمية العدد 29.

[2]/ الأمر 37/74 المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار جريدة رسمية عدد 38 الملغى.

[3]/ القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 1990/04/12.

ثانيا: تمييز فكرة التوازن العقدي عن غيره:

يسعى المشرع إلى تحقيق التعاون في تنفيذ الالتزامات المتقابلة بين طرفي الرابطة العقدية استنادا إلى قواعد العدالة، والتي تقتضي بعدم إثراء أحد طرفي العقد على حساب الطرف الآخر، وذلك لأن زيادة الالتزام والأعباء على نحو غير متوقع لحظة إبرام العقد ، أو التقاعس في تنفيذها، وهو ما جعل المشرع دوما يبحث عن تحقيق التوازن لوضع المتعاقدين في مركزين متساويين وسنتناول فكرة التوازن المالي للعقد وتمييزه عن التوازن العقدي وأخيرا محاولة الوصول إلى تحقيق المساواة والعدالة بين الطرفين.

أ/ مفهوم فكرة التوازن المالي للعقد:

يعبر عن التوازن المالي للعقد بأنه الموازنة بين الأرباح والتكاليف كما حسبها المتعاقد عند إبرام العقد مع الإدارة، أو بين مستحقاتها وأعبائه الفعلية التي يتحملها وهي حصوله على تعويض من الإدارة حتى ولو لم تكن قد ارتكبت خطأ ولم يرد بذلك نص في العقد[1].

ويختص العقد الإداري بمجموعة من الخصائص تميزه عن العقد العادي وشروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومن بينها حق الإدارة في تعديل العقد مما يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على المتعاقد مع الإدارة، وهو ما ينهك كاهله من جهة ومن جهة أخرى يتراجع الأفراد عن إبرام أي عقد أو صفقة مع الإدارة، لهذا تدخل القضاء الإداري واعترف للمتعاقد بحقه في إعادة التوازن المالي للعقد كلما اختل وإعادته للحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

أما التوازن المالي للعقد الإداري فقد تعددت تعاريف الفقهاء غير أنها جميعا تدور حول محاولة الحفاظ على الحالة التي كان عليها العقد وقت التعاقد وبقائه على النحو الذي اتفق عليه الطرفان.

وقد عرفه الفقه بقوله: إن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة والتي تملك زيادة التزاماته أو إنقاصها ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة فإنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه.

فالمتعاقد يقبل بهذا الالتزام لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة ويعول عليها، ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته[1].

[1]/ لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر،دون طبعة، سنة 2013، ص36.

وهناك من يرى بأنها مجرد فكرة عامة تؤسس عليها النظريات القانونية أو هي تجسيد لفكرة العدالة التي قامت على أساسها نظريات الظروف الطارئة وفعل الأمير والصعوبات المالية غير المتوقعة، حيث تلتزم الإدارة بضمان التوازن للعقد في حالة يختل فيها توازنه المالي سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أو خارج عن إرادتهم.

وتعرضت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري للنقد حيث أنه يستحيل إن لم نقل ينعدم التوازن في العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها حيث لا يتطابق التعويض المحكوم به للمتعاقد الضعيف في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد .

وبالرغم من هذا القول إلا أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري تنطوي على حقيقة لاشك فيها ولا يمكن إنكارها، فمرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة أو نقصانا على الأقل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة ومن ثم أضحت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري مسلم بها بصفة عامة وأصبحت من أهم الخصائص المميزة للعقود الإدارية.[2]

[/ تمييز التوازن المالي للعقد عن التوازن العقدي:

من خلال مفهوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري يتبين أنه يتفق مع مفهوم التوازن العقدي في كون كلا منهما يعتبر من تطبيقات العدالة التعاقدية والتي تستلزم أن يتساوى طرفي العلاقة التعاقدية في الحقوق والالتزامات، وألا يشوب هذه العلاقة تفاوت بين الأداءات ومع ذلك فإنه يوجد بعض نقاط الاختلاف بينهما نذكر منها:

- ✓ **من حيث النطاق:**

يشمل مفهوم التوازن العقدي كافة عقود المعاوضة المدنية والتجارية والإدارية وبالتالي فإن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ما هي إلا تطبيق من تطبيقات التوازن العقدي ويتضح أن هذا الأخير أوسع بكثير من مجال فكرة التوازن المالي[3].

[1] / الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة 3، سنة 1975، ص 603 ومايليها..
[2]/ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 30.
[3]/ درماش بن عزوز، المرجع نفسه، ص 30.

✓ **من حيث الطبيعة:**

تعتبر فكرة التوازن المالي تجسيدا للعدالة التي قامت على أساسها نظريات الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير[1]، حيث تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على تعويض كامل بسبب ما يتحمله من أعباء مالية لتعديل العقد الإداري من طرف الإدارة، في حين التوازن العقدي يتجاوز هذه الحالات ليمتد إلى نظرية الاستغلال والغبن وعقود الإذعان وكل عقد يتضمن شروطا تعسفية ومجحفة من شأنه اختلال التوازن بين الطرفين لصالح الطرف الأقوى، وفكرة التوازن العقدي قد تصاحب العقد أثناء تكوينه وقد تستمر معه إلى غاية تنفيذه، في حين فكرة التوازن المالي ينحصر مجالها في تنفيذ العقد فقط بفعل إجراءات تقوم بها الإدارة خارجة عن إرادة المتعاقدين.

✓ **من حيث الأثر:**

إذا كانت فكرة التوازن المالي تهدف إلى تعويض المتعاقد فإن التوازن العقدي يهدف إلى تصحيح العقد المختل، ورفع هذا الخلل وذلك إما بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو استبعاد الشرط التعسفي، أو تفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف المذعن وكل إجراء من شأنه إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بين الطرفين.

ثالثا: محاولة الوصول إلى تحقيق المساواة والعدالة بين الطرفين:

لتحقيق العدل بين الأطراف تلجأ الدولة إلى استعمال قواعد القانون العام إضافة إلى قواعد القانون الخاص الذي يترك لحرية الأطراف، ولأن العقد هو الوسيلة المتعاملة بها مع أفراد المجتمع أوجب على الدولة التدخل في العقود وجعله أكثر ملائمة مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية، فلجوء الدولة إلى استعمال أسلوب القانون العام في تكوين العقد هي ظاهرة جديدة أطلق عليها بالعيممة [2].

ويقصد بعيممة العقد أن العقد الخاص الذي كان مقصورا على الإرادة الفردية قد تدخلت فيه الإرادة العامة وهي إرادة الدولة ففقد بذلك جانبا من طابعه الخاص وتعيمم بقدر ما فقد من ذلك الطابع[3].

---

[1]/ يقصد بفعل الأمير : كل فعل تقوم به الإدارة أو السلطة العامة دون ارتكابها لخطأ ما ينتج عنه سوء مركز المتعاقد في عقد إداري ما يلزمها بدفع تعويض للمتعاقد الضعيف عن الضرر اللاحق به جراء هذا الفعل كما يجوز له فسخ العقد إذا كان فعل الأمير جعل تنفيذ العقد مستحيلا أو يتعذر عليه.

[2]/ فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، سنة 2014-2015، ص 02.

[3]/ حليس لخضر، جميعة وعيممة العقد، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة المدية، الجزائر،العدد 12، سنة 2018 ص 04

تعتبر العيمة ظاهرة قانونية بانت معالمها في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ودفعت بالدولة إلى استعمال وسائل للوصول إلى تحقيق أهدافها رغم انتهاكها حرمة العقد كما ترتب عن العيمة اضفاء الطابع الاجتماعي للعقد[1]المرهق للمتعاقد أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد لمدة محددة، كما قد يلجأ إلى الفسخ[2].

بمفهوم آخر أن العقد المبرم بين الطرفين أصبح بإمكان الدولة التدخل في تكوينه وتحرير مضمونه وقد يحل القانون محل إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه وقد يستغنى المشرع أحيانا عن فكرة العقد تماما كما فعل في القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل[3].

وإذا كان مبدأ الحرية العقدية من النظام العام يؤدي إلى عدم المساواة بين الأفراد فإن الغرض من تدخل المشرع في العقد هو تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين وأمام هذا التعارض في مبدأ الحرية العقدية ومبدأ المساواة المكرس دستوريا طبقا للمادة 29 منه فإن المشرع يجد نفسه ملزما بالبحث عن التوازن بين مبدأ الحرية العقدية ومبدأ المساواة وذلك بتأطير الحرية العقدية والمساس بها تحقيقا للمصالح العليا للمجتمع والمتمثلة في المساواة الفعلية والعدالة، ويلاحظ أن وضع تشريعات حمائية في الحقيقة ماهو إلا مساس بالحرية العقدية[4].

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ الحرية التعاقدية المسيطر على قانون العقد له مظاهر عدة من حيث حرية الشخص في أن يتعاقد أولا وتحديد مضمون وشكل العقد وكذلك الانهاء المشترك للعقد باستثناء بعض النصوص المتعلقة بالنظام العام والتي تمنع التعاقد أحيانا أو تجعله خاضعا لشروط معينة.

وهناك تطورات عديدة في القوانين الحديثة على نمط العقود والتي تلعب دورا كبيرا في مجال تكوين العقد فالإرادة الخاصة للأطراف لا تستطيع أن تحدد بحرية مضمون التصرف فهناك العديد من القيود ترد على ارادة الأطراف وهناك التزامات تابعة قد ولدت بعيدة عن ارادة الأطراف وقد أصبح العقد موجها أو حالة قانونية وهذا التراجع للحرية التعاقدية يؤثر في العقد نفسه الذي يكون محلا للمراجعة أو يمكن فسخه قبل الأجل المحدد له على عكس إرادة الأطراف وبدأ يظهر مبدأ جديد هو أن الرابطة

---

[1]/ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 15.
[2]/ أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2014-2015، ص 70.
[3]/ علي فيلالي ،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، دون طبعة،2008 ، ص 52.
[4]/ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص06.

التعاقدية لا تكون إلا إذا كان إنشاء تلك الرابطة مقبولا واجبار الدولة يظهر سواء في مجال انشاء الرابطة القانونية أو في مجال النظام الذي تخضع له.[1]

وقد ساهمت عدة وسائل في بروز تصور جديد لتحقيق المساواة بين الطرفين كالعدالة العقدية ويظهر ذلك من خلال خروج العقد عن نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية الجديدة باعتبار أن العقد وسيلة الحياة في الجماعة، فأصبح العقد لا يهم المتعاقدين وحدهما بل الجماعة ككل (المجتمع)، فالبحث عن تصحيح الإختلال في التوازن العقدي الناجم عن المساواة الاقتصادية أو الاجتماعية بين طرفي العقد هو تكريس للطابع الاجتماعي للعقد.[2]

والمشرع الجزائري عندما تطرق لتعريف العقد الاستهلاكي طبقا للمادة 03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم[3] جعل موضوعه ينصب على سلعة أو خدمة وأن يكون محرر مسبقا بصفة انفرادية، إذ لا يمكن للطرف الآخر إحداث أي تغيير حقيقي في حين نجد المادة 70 من القانون المدني الجزائري نصت على جملة من خصائص عقد الإذعان تكون مقررة من قبل الموجب وأن تكون غير قابلة للمناقشة فيها، ما يترتب عليه إما قبولها أو رفضها.

نستخلص من خلال النصين السابقين أن المشرع انتقل من صفة التشديد المتمثلة في عدم قابلية الشروط المنصوص عليها في العقد للمناقشة أو المفاوضة المنصوص عليها في القانون المدني إلى صفة التخفيف في المناقشة باستعماله جملة عدم إمكانية إحداث تغيير حقيقي، وعليه يمكن القول أن القانون المدني يستبعد المناقشة أصلا بينما قانون 04-02 المعدل والمتمم فهو ينقص منها فقط.

[1]/ ابراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق، ص 21 ومابعدها.
[2]/ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 12.
[3]/ القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم .

المطلب الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي:

إذا كانت القوانين الخاصة بحماية المستهلك والتي جاءت بها معظم التشريعات حديثة النشأة، فإن المناداة بحماية الطرف الضعيف في العقد من تعسف وجشع المتدخل أو المهني وانتهاكه لحقوق المتعاملين معه هو أمر قديم، قدم تبادل المعاملات المالية بين الأفراد.

وإذا كان التصور القديم أن مجال الشروط واختلال العقد ينحصر في عقود الإذعان، فإنه في الوقت الحالي لم يعد الأمر مقتصرا فقط على عقود الإذعان والاحتكار بل امتد ليشمل معظم العقود اليومية.
وقد اختلف الفقهاء والفلاسفة حول مسألة الاختلال كما سنرى في هذا المطلب الذي قسمناه لدراسة مفهوم اختلال التوازن العقدي أولا وأسباب اختلال التوازن العقدي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم اختلال التوازن العقدي:

يهدف كل مشرع من خلال وضعه للقانون أن يحقق العدالة العقدية بين طرفيه غير أن طبيعة كل عقد تقتضي أن يكون العقد غير متوازن وغير متكافيء، فالمساواة المجردة تفرض التوازن والتكافؤ والعدالة العقدية تحصيل منطقي لهذا التصور، لذا لابد من الاستعانة بالتكافؤ العقدي بدل التكافؤ الموضوعي لأن التبادل عقدي وليس ذاتي فالمقابل عادل كما هو وارد في المادة 57 من القانون المدني الجزائري.

وقد تجنب المشرع التمييز بين العقود المتكافئة أو المتوازنة على خلاف الفقه الذي يرى انه لابد من تقسيم العقود إلى :_ عقود فردية وعقود جماعية و عقود معاوضة وعقود إذعان و عقود تقليدية وعقود الكترونية .

والاختلال لغة مشتق من كلمة اختل اختلالا (خل) عقله أو زاغ واختل الأمر وهن وفسد، واختل توازنه: اي فقد توازنه.

والاختلال العقدي في القانون هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا، لذلك يوجد تقارب واضح بين مركزي المذعن والمكره فهما يواجهان ضغطا عند تكوين العقد فهما بحاجة إلى حماية لتحقيق العدالة.

يتبن من هذا التعريف أنه جمع بين الإكراه والاختلال العقدي إلا أن الإكراه هو عيب من عيوب الإرادة يعدم الرضا أو إرادة المتعاقدين في حين أن الاختلال العقدي لا علاقة له بتاتا بالرضا، وهناك من يرى بأنه الحالة التي أدت إلى أن يتمتع أحد المتعاقدين بمركز اقتصادي متفوق هذا التفوق أتاح له

إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطا لا تقبل بأي تعديل أو تفسير للطرف القوي ذلك لأنه يحتكر احتكارا قانونيا أو فعليا فتقديم سلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأولية للجمهور ولابد أن يتعاقد بشأنها [1].

والملاحظ لهذا التعريف أنه ربط بين عقد الإذعان والاختلال العقدي وحصر مجال إختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان فقط، غير أنه أمام التطور الحاصل اليوم أصبح الفرد يبرم عدة عقود يوميا تعد عقودا استهلاكية هي في أساسها عقود رضائية لذا يمكن القول أن اختلال التوازن العقدي هو حصول أحد المتعاقدين على مزايا لا تتعادل تماما مع ما يتحصل عليه المتعاقد الآخر من خلال إبرامه للعقد، وهناك عدة أسباب تؤدي إلى الاختلال العقدي ولعل أهمها وجود أحد المتعاقدين على قدر من القوة وتوافره على عدة آليات قانونية تساعد على تكريس عدم المساواة بين أطراف العقد.

الفرع الثاني: أسباب اختلال التوزان العقدي :

يرجع السبب في اختلال التوازن العقدي بين الطرفين إلى عدة عوامل وليس فقط إلى التفوق الاقتصادي، الذي يمكن المتعاقد الأكثر تفوقا من قوة تجعله يضمن عقده ما يشاء، بل تعداه ليشمل التفاوت في العلم والمعرفة أثناء تكوين العقد.

وهو ما أشار إليه الفقيه "ريبير" بقوله: إن قيام أو تحقق المساواة الكاملة بين الطرفين هو فرض لا وجود له، فهذه المساواة يصعب تحقيقها بين كائنين مختلفين في نمط التفكير وفي الإرادة والأهداف[2].

فإذا كانت الإرادة المعيبة هي التي تتصف بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الاستغلال أو الإكراه أو الغبن فإن هناك إرادة أخرى غير متكافئة بسب نقص في الخبرة والمعرفة والمعلومات، ومن ثم نكون أمام عقد مختل التوازن بسبب المقومات التي يملكها أحد المتعاقدين دون الآخر والتي ترجع إلى الدراية والعلم والخبرة، وإذا كان سبب التفاوت في عقد الإذعان هو احتكار أحد المتعاقدين للسلعة أو خدمة ما يجعل المتعاقد الآخر في مركز ضعيف ما عليه إلا التسليم لهذه الشروط فإن هناك أيضا عدة أسباب تتعلق بجعل أحدهما أكثر قوة نذكرها ضمن الفروع الثلاث التالية :الأول مرتبط بالتطور الاقتصادي والتكنولوجي و الثاني بظهور طائفة من المحترفين والمتخصصين والثالث بظهور وسائل وآليات مستحدثة في مجال التعاقد.

[1]/ عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، مصر، دون طبعة، سنة 1946، ص77.
[2]/ الصادق ظريفي، اختلال التوازن المعرفي بين الأطراف عند تكوين العلاقة التعاقدية، مجلة المعارف، العلوم القانونية والاقتصادية، عدد 2012/12/13، ص 89.

أولا: التطور الاقتصادي والتكنولوجي:

نظرا للتطور الذي يشهده العالم المعاصر اليوم في شتى المجالات الاقتصادية والتكنولوجية والفنية ظهرت عدة وسائل وآليات ساعدت في وجود كم هائل من السلع والخدمات في السوق التقليدي والالكتروني، كما ساهمت وسائل الإشهار والدعاية والإعلان التي تهدف إلى ترويج هذه المنتوجات في التأثير على إرادة المستهلك ودفعه للتعاقد دون أن تمنح له فرصة تقدير العواقب التي ترجع عليه بعد التعاقد.

كما أن هذا التطور أدى إلى ظهور شركات عملاقة متعددة الجنسية ذات رؤوس أموال هائلة تستخدم جميع الوسائل التكنولوجية المتطورة على جميع المستويات سواء على مستوى التصنيع والانتاج أو مستوى الترويج أو مستوى النقل وإيصال البضائع أو تقديم الخدمات أو غيرها....الخ.

وهدفها من ذلك هو محاولة جذب المستهلك بشتى الطرق والاستحواذ عليه، مما يولد عدم التكافؤ بين المتعاقدين خاصة وأن سرعة إبرام الصفقات لا يتيح للمستهلك الضعيف فرصة التمعن وتقدير مدى ملائمة العقود التي يبرمها من الناحيتين الاقتصادية والفنية ما يدفعه للتعاقد دون رضا وإرادة متبصرة.

ونظرا لهذه السرعة في المعاملات ظهر ما يسمى بالعقود النموذجية أو النمطية التي أفرزت عدم التفاوض أو النقاش حول ظروف وشروط العقد[1].

ثانيا: ظهور طائفة من المحترفين والمتخصصين :

أهم سبب من الأسباب التي تؤدي إلى الاختلال العقدي عند إبرام العقد هو أن أحد أطراف العلاقة التعاقدية يتعاقد بصفته محترفا أو مختصا يتوافر لديه العلم الكافي بكافة جوانب الصفقة أو العقد الذي يسعى إلى إبرامه، في حين يكون المستهلك مرغما على إبرام عقد لا يحقق مصالحه مدفوعا بجهله للسلعة أو الخدمة المعروضة خاصة ما يتوافر لديه المتدخل من وسائل التشهير والدعاية .

ثالثا: ظهور وسائل وآليات مستحدثة في مجال التعاقد:

أدى ظهور الوسائل الالكترونية والآليات الحديثة في مجال الاتصال إلى اختلال العلاقة التعاقدية بين الطرفين وهي وسائل أتاحت للمتعاقد الأكثر قوة إمكانية إبرام عدة عقود في ظرف وجيز دون أن يكون للمستهلك الفرصة في الحصول على معلومات كافية حول السلعة أو الخدمة المقدمة ودون الالتقاء المادي مع الشخص المتعاقد معه.

[1]/ الصادق ظريفي، المرجع السابق، ص 87.

خلاصة الباب الأول:

يبحث قانون العقود الحديث عن محاربة كل اختلال في التوازن العقدي فالبحث عن التوازن ليس مطلقا بل هو توازن نسبي، وإذا كانت نظرية عيوب الرضا غير كافية لحماية رضا المتعاقد الضعيف وإعادة التوازن في العقود التي يتم فيها استغلال الطرف المحترف للطرف غير المحترف، وهو الدافع الذي جعل المشرع يبحث عن وسائل قانونية لحماية الطرف الضعيف من خلال النظام العام الحمائي فمبدأ التوازن يجد أساسه في العدل التبادلي ويساهم في ازدياد العدالة العقدية.

فالتشريعات الخاصة اليوم تبحث عن إنشاء التوازن في إبرام العقد وتنفيذه متفادية بذلك ابرام عقود مجحفة في حق المتعاقد، فالتوازن ينتج أساسا في التدخل الآمر للمشرع .

والتدخل المباشر للمشرع يبدو لا مفر منه فهو يرتبط بقطبين ولا يكتسي نفس الأهمية، فمن جهة يحاول المشرع إنشاء بعض التوازن في عقود الاستهلاك ومن جهة أخرى يجتهد المشرع لتفادي الاختلال في التوازن.

وقد حاول المشرع البحث عن التوازن العقدي انطلاقا من عدم المساواة بين المتعاقدين في ظل عقود الإذعان والزام المتدخل بإعلام المستهلك كوسيلة حمائية للطرف الضعيف في إبرام العقد وتنفيذه ومن أجل تفادي هذا الاختلال العقدي لجأ إلى محاربة الشرط التعسفي.

فالعلاقة العقدية تبنى على تصور عام ومجرد ومساواة أمام القانون ينقصها الوسائل الملائمة والمتكيفة لمعالجة العقد ومراعاة الوضع الحقيقي للمتعاقد، وطبيعة العقد تقتضي أن يكون العقد غير متوازن وغير متكافئ، بل لا يمكن مقارنتهما أصلا كما في عقد التبرع وأحيانا أخرى أن احتمال التكافؤ لا يمكن مقارنته أيضا إذ قد يختل التوازن بين الاداءات المتقابلة وقد ينتفي تماما كما في عقود الغرر فعدم التوازن تفرضه طبيعة العقد ذاته وهو عائق يتعلق بصفة ذاتية في العقد.

الباب الثاني:
الآليات القانونية المكرسة لمواجهة الشروط التعسفية

يعد موضوع الشرط التعسفي من أهم المواضيع التي أولى لها المشرع اهتماما بالغا وهذا ما نستشفه من خلال تعاقب التعديلات التي جاء بها سواء في القانون المدني أو قوانين حماية المستهلك والتي تهدف أساسا لحماية توازن العقد من الاختلال الذي يتعرض له نظرا لما يملكه أحد المتعاقدين على حساب المستهلك الأضعف والأقل خبرة ودراية، وقد اختلفت التشريعات المعاصرة حول طبيعة العقود المعنية بمكافحة الشروط التعسفية الواردة بها، فمنهم من يضيق من نطاق عقود الاستهلاك ويجعلها محصورة في عقود الإذعان التي تعطي للقاضي صلاحيات واسعة للتدخل من أجل تفسير أو تعديل أو إلغاء هذا الشرط التعسفي ومنهم من يوسع من نطاقها لتتعدى ذلك.

وارتأينا معالجة هذا الباب من خلال فصلين ، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة الآليات التشريعية والإدارية المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي أما الفصل الثاني فهو مخصص لدراسة دور القاضي في التصدي للشروط التعسفية والجزاء المترتب عنها.

الفصل الأول: الآليات التشريعية والإدارية المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي.

الحماية هي عبارة عن آليات متوفرة في القواعد العامة والتي تسمح بالتدخل في بعض الأنواع من الشروط التعسفية في حق أحدهما وهذه القواعد جاءت لحماية الطرف الضعيف من المتدخل أو غير مهني باعتباره الأقوى في الأغلب وله الدراية الكافية لحماية نفسه من الشروط التعسفية فيتجنب الوقوع فيه.

وقد اعتمد المشرع على عدة قواعد عامة وأخرى خاصة بين من خلالها طبيعة الشرط الوارد في العقد ومتى يعتبر تعسفيا ومجحفا وكيفية التصدى له، بالإضافة إلى الوسائل الادارية التي لها دور بارز في حماية المتعاقد الضعيف من جور وتسلط المتدخل والوقوف إلى جانب المتعاقد الضعيف وهذا ما سنحاول تبيانه في هذا الفصل من خلال مبحثين الأول نخصصه لدراسة الآليات التشريعية المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي أما المبحث الثاني فنخصصه للآليات الإدارية المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي.

المبحث الأول: تصدي الوسائل التشريعية للشرط التعسفي:

ثار إشكال كبير حول مدى إمكانية اتساع عقود الإذعان بقبول عقد الاستهلاك ضمن طائفتها القانونية المحددة بهدف بسط الحماية التشريعية للمستهلك في حالة وجود شروط تعسفية يفرضها عليه المتدخل وهذا يمثل هدف قانوني لذلك حرص الفقه على ضرورة استفادة المستهلك من النظام القانوني للحماية ضد الشرط التعسفي المنصوص عليه في عقد الإذعان، وذلك بتطوير مفهوم عقد الإذعان لتجليه بصورة اوضح وتكملة ملامحه وتفاصيله، كل ذلك من أجل الوصول إلى مفهوم واسع لعقد الإذعان قادر على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف في العقد سواء كان مستهلكا وهو الأمر الشائع والغالب وقد يكون المتدخل هو الطرف المذعن والضعيف في العقد.

وقد حاول كلا من المشرع والفقه والقضاء بسط أكبر حماية ممكنة للمتعاقدين وحماية هذا العقد القائم بينهما بشتى الوسائل سواء كانت تشريعية بوضع نصوص قانونية أو بموجب مراسيم وهو ماسنتناوله في المطلب الأول أما المطلب الثاني نخصصه للتصدي لاختلال التوازن العقدي من خلال القواعد والنظريات العامة والشروط الخاصة.

المطلب الأول : الشرط التعسفي المحدد بموجب النصوص القانونية والتنظيمية :

قد يظهر التعسف من خلال الألفاظ الموجودة في العقد، وقد لا يظهر ذلك إلا بعد أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بشروطه حينها يقع تحت ضغط و إذعان الطرف الآخر ورغم الجهود المبذولة لحصر أنواع الشروط التعسفية، إلا أنه لحد الآن هذه الشروط محددة على سبيل المثال ويبقى الاجتهاد حول تحديدها مستمر، فكل مرة يتم منع بعض الأنواع سواء بموجب القانون أو المراسيم أو من طرف لجنة البنود التعسفية كما سنرى في الفرع الأول الشروط التعسفية المحددة بموجب النصوص القانونية وفي الفرع الثاني الشروط التعسفية المحددة بموجب النصوص التنظيمية .

الفرع الأول: الشرط التعسفي المحدد بموجب النصوص القانونية :

قد يثور تساؤل حول تحديد نطاق تطبيق الأحكام الخاصة بمواجهة الشرط التعسفي وهل تطبق على جميع العقود أم تنطبق فقط على عقد الإذعان ؟

إن معظم التشريعات تحدد الشرط التعسفي على سبيل المثال لا الحصر وهي الشروط التي يترتب عليها عدم التوازن العقدي، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي حين إختار نظاما أكثر تعقيدا، تميز بتعدد مصادر وقوائم الشروط التعسفية، باختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر، حيث أن المصدر الأول لمنع الشروط التعسفية هو ما قد تصدره الحكومة من مراسيم في هذا المجال والمصدر الثاني هو التوصيات التي تصدرها لجنة البنود التعسفية، والمصدر الثالث هو ما نص عليه قانون الاستهلاك الفرنسي منذ 1995 من قائمة محددة لهذه الشروط، حيث أضاف المشرع الفرنسي ملحقا يتضمن قائمة لشروط غير حصرية يمكن اعتبارها تعسفية وهي تضم 17 نوع وقد عدل المشرع الفرنسي هذا القانون باصداره لقانون la loi châtel الصادر في 2005/01/28 بإضافة شرط يلزم المستهلك على قبول عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات.

كما أن المشرع الجزائري اعتمد على تحديد الشرط التعسفي على سبيل المثال لا الحصر خاصة وأنه وضع لجنة البنود التعسفية المختصة بالنظر في مدى اعتبار الشرط ذو طابع تعسفي من عدمه بالإضافة إلى الشروط المحددة بموجب المراسيم.

الفرع الثاني: الشرط التعسفي المحدد بموجب النصوص التنظيمية:

بالرجوع إلى المادة 132-2/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي يتبين أنها تجيز للحكومة إصدار مراسيم لتحديد أنواع الشروط واعتبارها شروطا تعسفية، وذلك بعد استشارة لجنة البنود التعسفية لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا بوصف هذه الشروط تعسفية يجوز إبطالها لمخالفتها لنص قانوني.

لكن الحكومة الفرنسية ومنذ أن بدأ العمل بنظام المراسيم سنة 1978 فإنها لم تصدر سوى مرسوم واحد لا غير، وهو المرسوم رقم 464/78 المؤرخ في 1978/3/24 والصادر من أجل تطبيق المادة 35 من القانون 1978/01/10 والذي نص على ثلاث أنواع من الشرط التعسفي، فكان أول نوع جاء به المشرع الفرنسي هو منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل اللائحة أو الشروط العامة للبيع وغيرها والتي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها، غير أن هذا النوع من الشروط

المحظورة ما لبث مجلس الدولة الفرنسي أن ألغاه على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر أو توجد في التعداد الحصري للمادة 35 من قانون1978.

ويتعلق هذا النوع بتحريم الشرط الذي يكون محله أو أثره يلغي أو يخفض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت، ومنع هذا النوع من الشروط ساهم في تعديل نصوص القانون المدني، فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا تتعلق بالنظام العام، و بالإمكان الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية حتى عن طريق الاتفاق أصبحت تعد من النظام العام.

وتحديد الشروط المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها يكون مجاله عقود البيع لا غير وبالتالي لا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات، غير أن نطاق الحماية يمتد أيضا إلى العقد المختلط، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية أي أنه لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشرط التعسفي.[1]

لكن هذا الاستثناء الخاص لم يقتصر على الحماية من الشرط المحدد للمسؤولية حيث قام المشرع الفرنسي بإيراد قائمة محددة للشروط التعسفية بموجب المادة 132 -1 من قانون الاستهلاك الفرنسي في 1995 ومن بين الشروط الواردة في القائمة هو شرط تحديد المسؤولية إذ أصبح يطبق على جميع العقود ولا يختص به عقد البيع فقط .

أما النوع الثاني من الشروط التي منعها هو: الشرط أيا كان محله أو أثره الذي يحتفظ فيه المهني بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة الواردة بالإرادة المنفردة هذا الشرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين وهو المدين في هذه الحالة بتقديم سلعة أو خدمة فالمادة 3 تبطل الشرط و تبقي على العقد لأن ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج إلى السلعة و الخدمة على عكس القواعد العامة التقليدية التي تبطل العقد لاقترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين وهو المتدخل وهذا الشرط على عكس سابقه إذ لا يقتصرعلى عقد البيع فقط إنما يشمل جميع العقود.

ويتعلق النوع الثالث من الشروط التي منعها بالضمان، فالمتدخل ملزم بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته وبضمان العيوب الخفية للسلعة أو الخدمة المقدمة للمشتري حيث حظر هذا

---

[1]/ cass-civ .6juin 1990.Bull.civ.1990.n 145. P.104
حيث اعتبرت عقد المقاولة في نفس الوقت عقد بيع و ذلك في قرار 1989/01/25 وهو ما أكدته محكمة النقض في 16 يونيو 1990 حين قررت تطبيق المرسوم السابق على العقد متى كان يمثل حتى ولو بصفة جزئية خاصية البيع.

الشرط يتفق مع ما كان يذهب إليه القضاء الفرنسي الذي كان يوسع من فكرة الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع و ذلك في ظل القواعد العامة.

ويكون طبيعيا إزاء الشرط التعسفي الصادر بها مرسوم من مجلس الدولة ألا يكون للقاضي معها أي سلطة تقديرية إذ يكون حكمه في هذه الحالات كاشف لوجود الصفة التعسفية للشرط وليس منشئا لها، ورغم ذلك الجهد الملموس في مسلك المشرع الفرنسي إلا أنه يبدو أن هذه الخطوة لم تصادف أيضا قدرا من النجاح المتوقع يدل على ذلك أن عدد المراسيم بالصورة المطلوبة، والتي صدرت تنفيذا لهذا القانون لم تتجاوز مرسوما واحدا وهو المرسوم رقم 464 الصادر في 1978/03/24 والذي يحرم الشرط الذي يحد من مسؤولية المهني التعاقدية في حالة عدم وفائه بالتزامه.[1]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فهو الآخر أخذ بنظام منع الشرط التعسفي بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة، في هذا الصدد نصت المادة 30 من قانون 04-02 المعدل والمتمم على أنه:" بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

نستنتج من المادة 30 أن المشرع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، وذلك عن طريق محورين:

المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين.

أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشروط التي تعتبرها تعسفية، لكن هذا الأخير لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشرط التعسفي في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم أو بين المهنيين والمستهلكين ويتضح ذلك من عبارة "... منع العمل في مختلف أنواع العقود ..." الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان.[2]

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي تحصر نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك وتطبيقا لنص المادة 30 من قانون 04-02 المعدل والمتمم صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم (انظر المادة الأولى من المرسوم).

---

[1]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 433.

[2]/المادة 03 من قانون 04-02 المعدل والمتمم .

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر ذلك من عبارة "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي"، إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال .

إلا أنه و بالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 المعدل والمتمم يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم06-306 المعدل والمتمم تبدو حصرية، إلا أن المادة 30 من قانون 04-02 تعطي الحكومة حق إصدار مراسيم تحدد قوائم جديدة للشروط التعسفية .

وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر.

يلاحظ أن دور الحكومة لم يعد فعالا مادام أنه يجوز للقاضي الجزائري الاستناد على تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04-02 المعدل والمتمم لينعت شرطا بأنه تعسفيا رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04-02 المعدل والمتمم، ورغم ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم و ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الذي يقوم به قضاة الموضوع.

المطلب الثاني: مواجهة الشرط التعسفي من خلال النظريات العامة والشروط الخاصة.

بالرجوع إلى النصوص القانونية سواء في القواعد العامة أو الخاصة لا نجد نصا واضحا ينظم التوازن العقدي ، غير أنه من خلال تحليل هذه النصوص نجد أنها تحمل في طياتها عدة تقنيات من شأنها حماية الطرف الضعيف في العقد، ومحاولة خلق نوع من التوازن بين الطرفين، فنجد نظرية عيوب الإرادة من بين أهم الوسائل التي تخدم المستهلك بصورة خاصة دون أن ننسى الدور الإيجابي لنظرية السبب ومبدأ حسن النية وهو ما سنتناوله في الفرع الأول ونخص الفرع الثاني لدراسة التصدي لاختلال التوازن العقدي من خلال بعض الشروط الخاصة.

الفرع الأول: : التصدي للشرط التعسفي من خلال النظريات العامة:

وسنتطرق في هذا الفرع للنظريات المنصوص عليها في القواعد العامة التي يسعى المشرع من خلالها الى توفير اكبر حماية للمتعاقد الضعيف وأهمها عيوب الإرادة ونظرية السبب ومبدأ حسن النية.

أولا: عيوب الإرادة:

تتمثل عيوب الإرادة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال بالإضافة إلى الغبن في مجال بيع العقار، وقد ارتأينا أن نتناول في دراستنا كلا من عيب الاستغلال والغبن بنوع من التفصيل لارتباطهما بموضوع بحثنا مع التطرق في الأخير لباقي العيوب بصفة وجيزة.

أ/ تعريف الاستغلال وعناصره:

تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع هذه الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة".

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، وتقتضي المادة 22 من المشروع الفرنسي الايطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يفترض تبعا للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من الالتزامات".[1]

[1]/ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص149.

فالاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة ذلك أن المتعاقد المغبون كان تحت تأثير إرادة معيبة لأنها لا تتمتع بالحرية الكافية لإبرام العقود أو لأنها كانت على غير بصيرة بسبب الظروف التي تمر بها ولابد من توافر عنصرين هما:

العنصر المادي أو العنصر الموضوعي وهو اختلال التعادل أو انعدام المقابل أي أن تكون التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد وعدم التكافؤ بين التزام المغبون والتزام الطرف المستفيد يجب أن يكون فاحشا فلا يكفي إذا كان عدم التعادل مألوفا وهذا الأمر متروك للقاضي لتقديره.[1]

والعبرة في تقدير الاختلال هي بقيمة الشيء وقت التعاقد وليس بعد ذلك وأن يعتد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد المتضرر أي القيمة التي كان مستعدا لدفعها في سبيل حصوله على الشيء.

ويظهر أن العنصر المادي له صورتين: إما التفاوت بين الالتزام والعوض أو انعدام العوض أصلا، وإما التفاوت بين الربح والخسارة.

والعنصر النفسي وله مظهرين يتمثل الأول وهو الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون ويتمثل في الهوى الجامح و الطيش البين والذي يقصد حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر ولا تفكير كاف، ويتميز الشخص الطائش بالتسرع في تصرفاته دون تقدير عواقبها[2].

أما الهوى الجامح: فهو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة ويكون جامحا متى لا يكون في الإمكان مقاومته أو تفاديه بحيث يؤثر في إرادة المغبون فيعيبها دون أن يعدمها كلية والاستغلال قد يقع على الهوى الجامح وحده أو على الطيش البين وحده أو كليهما معا، أما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم شيئا من ذلك لدى المتعاقد الآخر فالعقد صحيح لعدم توافر الاستغلال.[3]

والمظهر الثاني أن يكون الاستغلال دافعا للتعاقد أي أن يستفيد أحد المتعاقدين من ظروف معينة يوجد فيها متعاقد آخر مع علمه بها، فيرغب بعد ذلك في الاستفادة منها أو استغلالها، فهو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة.[4]

---

[1]/ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة ، سنة 2009، ص 99.

[2]/ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ص 156.

[3]/ فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص 100.

[4]/ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 158.

فالاستغلال هو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا غير مألوف، ومن هنا فهو يختلف عن الغبن في أمرين أساسيين، أنه يقع في جميع التصرفات في حين الغبن لا يكون إلا في المعاوضات ولا يكون في التبرعات كما أن المعيار فيه شخصي وليس مادي.[1]

إذا توافرت عناصر الاستغلال كان للمغبون أن يطعن في العقد وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص التزاماته إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن، غير أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي إما أن يقضي بإبطال العقد، وإما ينقص التزامات هذا المتعاقد بدلا من الحكم بالبطلان، والخيار في هذين الجزائين متروك للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يخضع في هذا الأمر لرقابة المحكمة العليا، غير أنه يجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن وهو ما نص عليه المشرع في المادة 3/90 من القانون المدني الجزائري.

ب/ تعريف الغبن ومميزاته:

الغبن هو عدم التناسب بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه من مقابل[2]، فهو يمثل التفاوت المادي الموجود بين التزامات المتعاقدين فالغبن عيب قائم بذاته وهو عيب في العقد ولا دخل للاعتبارات الشخصية أو الحالات النفسية للمتعاقدين فيه، وللغبن جملة من الخصائص نذكر منها:

– أنه يقتصر على بعض العقود المتعلقة بالعقار وهي: عقد البيع، المقايضة، القسمة وهذا ما لم يوجد نص خاص يقر تطبيق الغبن على حالات أخرى.

– يعتد بالغبن فقط لمصلحة البائع أو المتقاسم دون المشتري.

– أن العبرة هي بقيمة العقار وقت إبرام العقد وفي حالة النزاع يستعين القاضي بخبير.

– الاستغلال هو عبارة عن أمر نفسي والغبن هو المظهر المادي له،[3]فقد نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه" إذا كانت التزامات أحد 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

[1]/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1 التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 5، سنة 2007، ص126-127.

[2]/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، الطبعة 4، سنة 2008، ، ص62.

[3]/ علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 164.

العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيش بين أو هوى جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد....".

و تنص المادة 169 من القانون المدني المصري:" إذ كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد".[1]

نلاحظ أن كلا من المشرعين المصري والجزائري إتبعا نهج القانون الفرنسي الذي اعتمد فيه على النظرية المادية للغبن وذلك حسب المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي والذي يعني عدم التوازن في الأداءات المقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال إلى رقم معين.

و المشرع الجزائري لم يأخذ بها على إطلاقها وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر وهذه الحالات هي:

– حق البائع في طلب تكملة الثمن إذا اثبت أن العقار بيع بغبن يزيد عن 5/1 علما أنها ميزة خص بها المشرع البائع دون المشتري ونص عليه في المادة 358 من القانون المدني الجزائري إلا أن هذه الميزة فيها إجحاف للمشتري لأنه قد يكون مغبونا أيضا بالثمن.

– وحق الشريك في نقض القسمة الاتفاقية إذا أثبت أنه لحقه منها غبن يزيد على 5/1 وهو ما نص عليه في المادة 732 من القانون المدني الجزائري.

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتماشيا مع المشرعين الألماني والسويسري، وتأسيسا على مبدأ التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات فإنه أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية والتي جعل منها سببا من أسباب إبطال العقود وهي نظرية لا تعتد عند تقدير الشيء بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية وبالنظر إلى ظروف المتعاقد، فلا يكتفي بالاختلال في الاداءات المقابلة وإنما لابد أن يكون ذلك نتيجة لاستغلال طيش أو عوز أو عدم خبرة الطرف الضعيف والجزاء هو بطلان العقد بطلانا مطلقا في القانون الألماني، على اعتبار أن الغش مخالفا للنظام العام والآداب العامة وهو غير مشروع على خلاف التشريعين المصري والجزائري فإن

[1]/ عامر القاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 29.

السلطة التقديرية تكون فيه للقاضي بين إبطال العقد وإنقاص التزامات الطرف المغبون الذي يكون في الأغلب مستهلكا.[1]

واعتمد المشرع الجزائري على النظرية الشخصية تجنبا للقصور التشريعي الموجود في القانون الفرنسي والتي اعتنق المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيقة ولا شك أن السلطة التقديرية للقاضي عند تقرير الغبن هي أكثر إطلاقا منها في النظرية الموضوعية.[2]

إذن فعدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة في العقد في القانون المدني الجزائري والمصري يتسع لكل عروض الاستغلال حتى ولو كان الأمر يتعلق بتقديم أداء مقابل أداء آخر لايساويه في القيمة، وإنما يتعلق بشروط مجحفة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر.[3]

فتقدير قيمة الاداءات المقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقسيم الشروط التي يمليها أحد المتعاقدين(المتدخل) على الآخر(المستهلك) فحتى وإن لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الأداء المالي للعقد بشكل مباشر، فإن هذه الشروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشرة، كما يرى أصحاب هذه النظرية بأن تقييم الأشياء لا يكون بمعيار موضوعي وإنما يقاس بمعيار شخصي وفقا لظروف كل حالة على حدى إضافة إلى كون الاختلاف بين الاداءات أي اختلال القيمة يصل إلى حد باهض وهو ما اعتمده كل من المشرع المصري والفرنسي والجزائري في الحالات التالية:[4]

نص المشرع الجزائري في المادة 91 من القانون المدني الجزائري على أنه يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وهذه التطبيقات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها وتتمثل هذه الحالات في:

-فيما يتعلق بعقود الإذعان فإنه يجوز للقاضي تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منها وذلك وفقا لمقتضيات العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.[5]

-كما انه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس 5/1 فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ،ويجب لتقدير الغبن في مجال بيع العقار بحسب قيمته وقت البيع وتسقط بالتقادم

---

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 49.
[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص 50.
[3]/ عامر القاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 30.
[4]/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 133 ومابعدها.
[5]/ انظر المادة 110من القانون المدني الجزائري

دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز، غير أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني.[1]

-ونصت المادة 415 من القانون المدني الجزائري على أنه تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا ومشتريا للشيء الذي قايضا عليه، ومن هنا فإن دعوى الغبن مفتوحة لكل من المقايضين باعتبار أنه تطبق أحكام البيع على عقد المقايضة.

-وفيما يخص القسمة فقد نص المشرع الجزائري على أنه من لحقه في القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا يزيد على الخمس الحق في إقامة دعوى الغبن، على أن تكون العبرة في التقدير بوقت إجراء القسمة، ويجب أن ترفع خلال السنة التالية وللمدعي عليه أن يوقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته.[2]

-وفيما يتعلق بحقوق المؤلف فقد نصت المادة 42 من الأمر رقم 14/73 الصادر في 1973/04/03[3]المعدل والمتمم تقضي بأنه يجوز للمؤلف(ضحية غبن نتيجة عقد يتعلق باستغلال مؤلفاته) إقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال المؤلفات والأجر الممنوح للمؤلف.

ولقد قررت المحكمة العليا عدة قرارات فيما يخص إبطال العقد بسبب عيوب الإرادة، وذلك حماية للطرف الضعيف من الاستغلال الذي يقع فيه بسبب المتعاقد الآخر منها حكمها الصادر في 1982/04/14 إلغاء القسمة بسبب الغبن وأن العبرة في إظهار الغبن هي المقارنة بين قيمة أموال التركة وقت القسمة وبين قيمة نصيب الوارث الذي يدعي الغبن لا بتقييم أموال التركة بصفة إجمالية مرة ثانية.[4]

والقضاء ببطلان العقد بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام مؤيدا في ذلك قرار المجلس بإلزام البائع برد ثمن سيارة مستوردة محظور بيعها بحكم القانون واللوائح التنظيمية.[5]

---

[1]/ أنظر المواد 358 و 359 و 360 من القانون المدني الجزائري.
[2]/ أنظر المادة 732 من القانون المدني الجزائري.
[3]/ الجريدة الرسمية 1973 ص 342 عدد 29 .
[4]/ نشرة القضاة 1982 ص111-112 الصادر في 1985/04/03 ملف رقم 33131.
[5]/ القرار رقم 30072 مؤرخ في 1983/02/16، المجلة القضائية سنة 1989 عدد 02 ص37.

وفي قرار آخر يقضي ببطلان العقد بطلانا مطلقا لمخالفته الآداب والنظام العام في قضية نزاع حول إيجار منزل معد لاستغلاله في الدعارة.[1]

والقرار الذي يقضي بإبطال التزام لمخالفته النظام العام والآداب العامة مؤيدا بذلك قرار المجلس الذي قضى بإرجاع البنت إلى أبويها، ورفض عقد التخلي الطاعنة للبنت دون أن توجد قرينة أي قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة التي تربطها بأبوي البنت.[2]

فإدراج شروط تعسفية في عقود الاستهلاك الناتج عن إرادة المستهلك الضعيفة وحاجته إلى اقتناء هذه السلع والخدمات يسمح لنا بتطبيق نظرية الاستغلال ذات الطابع المالي والتي قد تخل بتوازن العقد، غير أن الفقه يرى بأن تعميم هذه النظرية وحدها غير كافية لإعادة التوازن بل إن من شأنها أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات واهتزاز الأمن القانوني.

من خلال ما سبق لا يمكن اعتبار هذه النظرية كافية لتوفير مناخ مناسب لاستبعاد الشرط التعسفي الذي يحتم على المتعاقد الضعيف أثناء علاقاته التعاقدية، خاصة وأن أساس هذه النظرية هو مبدأ سلطان الإرادة الذي تعارض كليا مع مبادئ العقد الاستهلاكي.

ج/ العلاقة بين الغبن والاستغلال:

رغم أن مبدأ سلطان الإرادة قد استعاد قوته بصدور القانون المدني الفرنسي الحالي والذي تأثرت به عدد التشريعات المدنية الصادرة بعده، إلا أن حرص هذه التشريعات بوجه عام على حماية الطرف الضعيف في ظل التطورات الصناعية والاقتصادية أدى إلى زعزعة هذا المبدأ مما أدى إلى انتقال فكرة الغبن من نظرية محدودة النطاق إلى نظرية نفسية واسعة هي نظرية الاستغلال وقد اقتصر دور الغبن فيها على اعتباره مظهرها المادي.[3]

من خلال ماسبق يتبين أن القانون المصري والفرنسي لم يأخذا بالنظرية العامة للغبن في العقود إذ لا يشترط وجود تعادل مطلق بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه بموجب العقد، ورغم ذلك احتفظ كل من المشرعين بفكرة الغبن لمواجهة اختلال التعادل بين الالتزام في بعض العقود وفي بعض الحالات وذلك بهدف اسباغ الحماية القانونية على الطرف المغبون بالنظر إلى حالة الضعف التي هو عليها من خلال معيار تقديره والجزاء المترتب على وجوده.[4]

---

[1]/ القرار رقم 43098 مؤرخ في 1987/04/12 ، المجلة القضائية سنة 1990، عدد 04، ص85.
[2]/ القرار رقم 44571 المؤرخ في 1987/01/26 المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 04، ص 49.
[3]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 469.
[4]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 474

وهو ما ذهبت إليه المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي فالغبن لا يعيب الاتفاقات إلا بالنسبة لعقود معينة أو بالنسبة لأشخاص معينين وأيضا نص المادة 1313 [1]منه بأن الأشخاص بالغي سن الرشد لايحق لهم الرد بسبب الغبن إلا في الأحوال الشخصية .

ويعتبر حلول إرادة المشرع محل إرادة الأطراف سواء كانت من خلال التدخل المباشر أم عن طريق القضاء أمر يعكس عدم رضاه عن بعض التعاملات، التي قد يشوبها قدر من المبالغة إلى الحد الذي ينال من توازن العقد وعدالته فكانت مواجهته لأسباب هذا الاختلال بهدف حماية الطرف الضعيف أمرا مفروضا.

وتعد قيمة الشيء وقت التعاقد هي القيمة المأخوذ بها في اعتبارات المتعاقدين وهي محل التزام المستهلك تمثيلا صادقا، وبالتالي فإن نسبة عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وبين مايعطيه بموجب العقد وبالنظر إلى أسعار السوق يجب أن تقاس في ضوء هذه القيمة وقت التعاقد، ويعمل هذا الإتجاه على توفير قدر من الحماية للمستهلك الذي لا يجب أن يتحمل ما قد يترتب على زيادة قيمة السلعة بعد ذلك وهي القيمة التي تم تقدير وجود عدم العادل الفاحش بالنظر إليها

حرص المشرع على وضع الجزاءات التي تتلاءم مع قدر الحماية التي يراها كافية لإزالة الأضرار المحتمل ترتبها كأثر لوجود الغبن فيها ، وقد تباينت هذه الجزاءات لتتناسب مع مايحفظ لهذه العقود عدالتها واتزانها فتبدو أكثر شدة متى كانت الحاجة إلى الحماية أكثر إلحاحا ويمكن مواجهة الغبن عن طريق انقاص الضرر برفع الغبن إلى الحد المعقول، وقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في اعمال رقابته على العلاقة التعاقدية بالقدر الذي يجعلها أكثر عدلا وتارة مقيدة وتارة تكون تقديرية كما هو الأمر بالنسبة للشرط الجزائي.

د/ دور الغبن و الاستغلال في مكافحة الشرط التعسفي:

نظرا لانتشار حالات استغلال أحد أطراف العقد للطرف الآخر فالقضاء بحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض أمامه من القضايا المختلفة مايدفع القاضي لتفسير هذه النصوص، فالغبن الاستغلالي هو انتهاز أحد المتعاقدين لضعف يوجد لدى المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة، ووفقا للقانون المدني الجزائري وتحديدا المادة 90 منه لا نكون أمام الغبن إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الأخر أو نائبه، فالغبن لا يمكن أن يشمل إلا حالات محدودة جدا،

[1]/ ARt 1313 : Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent code .

ومن هذا المنطلق يتضح أن نظرية الغبن في القانون المدني الجزائري لها نطاق جد ضيق إلى حد كبير بحيث لا يمكن الاعتماد عليها لمواجهة عدم التوازن العقدي، لأنه لا يمكن أن يحتوي على عدم التوازن المطروح في العلاقة بين المستهلك والمتدخل الاقتصادي، أما بالنسبة للنظرية المادية للغبن يعني عدم التعادل أوعدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، بحيث تصل لدرجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين،[1]لكن في النظرية الشخصية والتي جعل منها سببا من أسباب إبطال العقود بحيث لايعتد فيها عند تقدير الشيء بقيمته المادية ،بل بقيمته الشخصية وبالنظر لاستغلال ظروف المتعاقد يجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلاف بالأداءات المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر والجزاء في هذه الحالة هو بطلان العقد بطلانا مطلقا، لكن المشرع الجزائري أسس الغبن على النظرية الشخصية التي يكون فيها للقاضي السلطة التقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات للطرف المغبون، الذي يكون في أغلب الأحوال مستهلكا وبالتالي يمكن القول أن تأثر المشرع الجزائري باعتناق النظرية المادية للغبن في حدود ضيقة ولا شك أن سلطة القاضي عند تقرير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقا منها في النظرية الموضوعية[2]، فانعدام التعادل بين الأداءات المتبادلة في العقد يتسع لكل فروض الاستغلال حتى ولو كان الأمر لا يتعلق بتقديم أداء مقابل آخر ولا يساويه في القيم، وإنما يتعلق بشروط تعسفية مجحفة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر.[3]

ولكن من المؤكد أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقييم الشروط التي يتم استغلالها من المتعاقدين أي المتدخلين الاقتصاديين والمستهلك[4]، فحتى وإن لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الأداء بشكل مباشر، فإن هذه الشروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشر.[5]

ويري بعض الفقه أن هذا الحل غير كاف، إذ لايمكن تعميم نظريتي الغبن والاستغلال على نطاق واسع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات واهتزاز الأمن القانوني بالإضافة إلى أن

---

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص49.
[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 50.
[3]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق،ص30.
[4]/ يحي عبد الودود، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة، سنة 1976 ، ص 429 .
[5]/ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، مصر، بدون طبعة، سنة 1966 ص129

هذه الوسيلة لا يمكن أن تحمي المستهلك في جميع الحالات، بإبطال الشّروط المخلة بتوازن العقد، إذ أنها تصطدم بالحقائق الآتية[1]:

_ إن النص القانوني لتطبيقه يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعيب أو ضعف في إرادة المستهلك المغبون حتى في نطاقه الضيق، وهو مالا يمكن لهذا الأخير من القيام به في أغلب الأحوال بالإضافة إلى المصاريف التي تتطلبها دعوى البطلان أو الإبطال أو دعوى الإنقاص مما يؤدي إلى عجز المستهلكين عن رفعها[2].

_ ليس الطيش أو الهوى دليلا في حد ذاته على وجود الضعف النفسي، ويضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف قد يتم تحديدها بتعبير محدد واتفاق الفقه عليها، وهذا يعني أن المشرع حصر أسباب الدفع بهذا العيب في أضيق نطاق ممكن.[3]

والمستهلك 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 المتدخلين الاقتصاديين في الوقت الراهن يعتمدون على كسب ميزات مالية ضئيلة في كل عقد يبرمونه مع المستهلك، على أن العدد الكبير من عقود الاستهلاك التي يبرمها المتدخل هو الشيء الذي يوفر له ميزة فاحشة، بالإضافة إلى أن عيب الغبن كما سبق القول قد يوفر حماية محدودة .

وإذا كانت النظرة السطحية لنظرية عيوب الإرادة توحي بكفايتها بتوفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف من خلال إعادة التوازن المختل في العقود التي يستغل فيها الطرف القوي احترافه وتفوقه في مواجهة الطرف الضعيف مما يسفر بالنتيجة عن تقارب بين النظرية ومقتضيات حماية الطرف الضعيف في العقد من جهة الهدف حيث يعمل كل منهما من أجل القضاء على أثار عدم تعرف المتعاقد على عناصر العقد وشروطه والوقوف على نطاق العقد وآثاره.[4]

يمكن القول أن موقف التشريعات من نظرية الاستغلال بمفهومها الحالي يبدو منطقيا ومتوافقا مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين، ففي ظل هذه المباديء ليس من المتوقع أن يبحث المشرع عن تقييد حرية المتعاقدين في ابرام العقود بحجة عدم التوازن المادي بين التزامات العقد، فإذا ما لجأ المشرع

[1]/ محمد بودالي،مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص54.
[2]/ محمد بودالي،مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص54.
[3]/ عامر قاسم أحمد القيسي،المرجع السابق، ص31.
[4]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص171.

إلى الاستثناء من خلال نظرية الاستغلال على أساس أن الاستغلال يعيب الإرادة فإن ذلك قد تم في أضيق الحدود التزاما بالقاعدة الأصلية التي تقضي بعدم التوسع في الاستثناء إلا بوجود ما يقضي ذلك.[1]

من خلال ما سبق يمكن القول أن نظرية الاستغلال في حماية المستهلك من الشرط التعسفي لا تعتد باختلاف قيم الأشياء بمعيار موضوعي من خلال تحديد نسبة معينة من نقصان القيمة، بحث يعد غبنا ما تجاوزها وهنا يقاس بمعيار شخصي ولكن وفقا لظروف كل حالة على حدة، مع ملاحظة أن المشرع المدني الجزائري يشترط في الغبن المصحوب بالاستغلال في جميع الأحوال أن يصل اختلال القيمة إلى حد باهظ.[2]

والمادة 1118[3]من القانون المدني الفرنسي تبين أن الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في عقود معينة وبالنسبة لأشخاص معينين، فهذا النص لا يدع مجالا للشك في أن القانون المدني الفرنسي يقيم بطلان العقد للغبن على عدم التعادل بين العوضين، ويضاف إلى ذلك أن المادة 1674[4]من المدني الفرنسي قد أجازت إبطال بيع العقار بسبب الغبن إذا تجاوزت نسبته سبعة أجزاء من اثني عشر من قيمته الحقيقية على أن يكون المغبون هو البائع وليس المشتري، وهذا دليل على تبني الاتجاه المادي في الغبن باعتباره عيبا في العقد لا في الرضا.

هـ/ مواجه الاختلال العقدي من خلال نظرية التدليس والإكراه والغلط:

تقر نظرية التدليس بوجوب أن يكون التغرير هو الدافع للتعاقد بحيث ما كان ليتعاقد لو لم يقع فيه فهذه النظرية لا تسعى لإبطال العقد أو وقفه وإنما بألا مكان للرجوع على المغرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ومطالبته بالتعويض وبهذا نجد أن هذه النظرية في التغرير تجعله في نطاق ضيق وتجعل التغرير وسيلة غير فعالة لحماية الطرف الضعيف من الشرط التعسفي في أغلب العقود.

غير أنه بحسب النظرية الحديثة فإنه يمكن التمسك بالإبطال أو الوقف للتدليس وإن لم يكن هو الدافع للتعاقد أي كونه لا يتناول إلا الشروط التابعة، أو التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد بشروط أكثر إجحافا ويبرر أصحاب هذه النظرية بأن إرادة المتعاقد ليست إرادة مجردة تتجه إلى إبرام عقد أيا كان

---

[1]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص32.

[2]/ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق ،ص346 .

[3]/ARt 1118 : La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

[4]/ ART 1674 Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droitde demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à lafaculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.

وإنما ابرام عقد بشروط معينة، ويضيف أيضا بأن ذلك التغرير الذي يغري المتعاقد بشروط هو تغرير دافع إلى التعاقد بهذه الشروط ولا يمكن فصل الإرادة نفسها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها.[1]

وقد ذهب القضاء الفرنسي بأن من يقوم بتضليل عديم الخبرة من خلال دس شروط تعسفية في ثنايا العقد الذي يستقل بكتابته أو يتلاعب في طريقته، أو من خلال الألفاظ المستخدمة يقوم بوسائل غير مشروعة تجيز لمن وقع في غلط بسببها طلب إبطال العقد أو وقفه بأكمله.[2]

وإذا كانت النظرة السطحية لنظرية عيوب الإرادة توحي بكفايتها بتوفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف من خلال إعادة التوازن المختل إلى التزامات عقدية في العقود التي يستغل فيها الطرف الضعيف ما يترتب عنه تقارب بين النظرية المتقدمة ومقتضيات حماية الطرف الضعيف في العقد من جهة الهدف، حيث يعمل كل منهما من أجل القضاء على أثار عدم تعرف المتعاقد على عناصر العقد وشروطه والوقوف على نطاق العقد وآثاره.[3]

وإذا كانت الاستعانة بعيوب الإرادة قد توحي بإمكانية إعادة التوازن العقدي فإن التمعن في ضوابطها وشروطها يستنتج منه أنها تتصل اتصالا وثيقا بمبدأ سلطان الإرادة على اعتبار أن الإرادة المشوبة بعيب من العيوب فلا يكون لها سلطان كامل.[4]

أيضا من خلال ما تقدم من المعطيات لم نجد في القواعد المنظمة لعيب الإكراه في القانون المدني ما يساهم في توفير حماية شاملة وكافية في إعادة التوازن إلى العقد الذي اختل فيه مركز طرفيه، على الرغم من ذلك يبقى الإثبات الذي يهدف للتحقق من شروط العقد وعدم كتابتها بطريقة واضحة ومفهومة بما يؤدي إلى ايقاع الطرف الأقل كفاءة وخبرة في الغلط يظل أمرا لا يتسم باليسر والسهولة، وهكذا يتضح أن نظرية الغلط على الرغم من نجاحها في بعض الأحيان إلا أنها قاصرة على أن تكون الوسيلة الفعالة لخدمة قضية حماية المتعاقد الضعيف.

---

[1]/ احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء1، المرجع السابق، ص 433.
[2]/ نقض فرنسي صادر في 1984/10/16 النشرة المدنية رقم 266 ص 225 .
[3]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 175.
[4]/ عبد القادر أزوا، إعادة التوازن العقدي بين المباديء القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 3، عدد 1، سنة 2020، ص30.

ثانيا: نظريــة السبب:

يعتبر السبب ركن جوهري لا ينعقد بدونه العقد ويختلف السبب عن المحل، فالمحل ما يلتزم به المدين أما السبب فهو الهدف الذي من أجله التزم المدين، فهو ما ينظر إليه المتعاقدين من وراء العقد أو هو المصلحة التي يسعى إلى الحصول إليها من وراء التعاقد.[1] وقد كانت نظرية السبب محل خلاف كبير بين الفقهاء وعليه لابد لنا من التمييز بين أصحاب النظرية التقليدية والحديثة.

أ/ **النظرية التقليدية:** وهي تميز بين ثلاث معان للسبب:[2]

– السبب المنشئ وهو مصدر الالتزام ويتمثل في العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون وهذا السبب لا علاقة له بأركان العقد أو الالتزام.

– السبب القصدي أو ما يسمى بالغرض المباشر الذي يقصده الملتزم من وراء التزامه، ففي عقد البيع يكون السبب القصدي للالتزام البائع هو الحصول على التزام المشتري بالثمن وكذلك سبب التزام المشتري الحصول على التزام البائع بنقل الملكية، فهذا هو الغرض المباشر لكل من البائع والمشتري فهو لا يختلف من بائع لآخر مهما كانت الدوافع مختلفة.

والسبب الدافع للتعاقد يختلف من بائع لآخر ومن مشتري لآخر، فيكون الباعث الدافع للتعاقد عند البائع هو الحصول على الثمن لتسديد دين مثلا، ويكون الدافع لدى المشتري لشغل المسكن أو لتخصيصه كمكتب مثلا، ويشترط في صحة السبب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وموجودا وصحيحا، ويعني هذا الشرط الأخير أن كل التزام يجب أن يكون له سبب وأن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاما غير قائم، ولا أثر له وأن قيام السبب يستمر في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه ولما كانت هذه النظرية التقليدية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين هومحل الالتزام المقابل أي تنفيذ هذا الالتزام المقابل، فإنعدام وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، مما يؤدي إلى بطلان العقد، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب المرسوم 2016/02/10[3] بأن يكون مضمون العقد مشروعا ومحددا.

---

[1]/ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 108.

[2]/ فاضلي إدريس، المرجع نفسه ص 109.

[3]/ فالمشرع الفرنسي كان ينص على السبب في المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي الملغاة واستحدث مصطلح مضمون العقد الذي يشمل كلا من المحل والسبب.

والمشرع الفرنسي أخذ بالنظرية التقليدية التي تعرف السبب بأنه: النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه.[1]

فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام وهذه النظرية التي يتزعمها الفقيه الفرنسي "كابيتان" Capitant" تشترط لقيام السبب أن يكون موجود و إلا كان العقد منعدما و أن يكون صحيحا غير صوري وألا يخالف النظام العام والآداب العامة، وأصحاب هذه النظرية يميزون بين السبب وهو الغرض المباشر وبين الباعث الذي يتمثل في الأسباب الشخصية البعيدة المبررة للسبب ذاته.[2]

ب/ **النظرية الحديثة:**

على خلاف النظرية التقليدية أصبحت العبرة بسبب العقد لا بسبب الإلتزام وأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر، ويتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، فهي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية.[3]

ويخضع الباعث لشرط واحد هو المشروعية حيث يسمح النظر في مشروعية الباعث بمراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام، فالنظرية الحديثة كفيلة بمراقبة مشروعية السبب في حين أنها لا تهتم بوجوده والغرض من ذلك هو تقديم حماية المجتمع على حماية الفرد.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة للسبب وإن كان يسلم أن المادة 97 من القانون المدني الجزائري أسندت السبب إلى العقد، بحيث نصت على أنه" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا." ثم عادت المادة 98 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري فأسندت السبب إلى الالتزام والتي جاء فيها ما يلي"كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا،ما لم يقم الدليل علي ذلك" ثم عادت المادة 98 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري فأسندت السبب إلى العقد ونصت علي أنه "يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذالك ،فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا أخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

[1]/ علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، طبعة 2،سنة 2010 ، ص 190.
[2]/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 195.
[3]/ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع نفسه 197.

فالمشرع الجزائري لم يأخذ بالنظرية الحديثة لوحدها بل تأثر بالقانون الفرنسي أيضا، وهو ما يجعلنا نقول أنه أخذ بازدواجية السبب (النظرية التقليدية والحديثة) وهو نفس القول نلاحظه بالنسبة للتشريع المصري من خلال المادة 136 من القانون المدني المصري.[1]

ومما سبق يمكن القول أنه حتى يتمكن القانون المدني الجزائري والمصري من جعل القاضي يستند على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية يحتاج إلى اجتهاد فاصل بإمكانية ذلك، أي بالتسليم من طرف القضاء بفكرة انعدام السبب كما فعل القضاء الفرنسي الحديث وذلك من أجل إبطال الشرط التعسفي.

ففي فرنسا ظهر في السبعينات اتجاه قضائي مدعما بجانب من الفقه، وطور بشكل كبير وظيفة السبب، بأن وسع مجال سبب الالتزام، بتضمينه السبب الدافع الداخل في المجال التعاقدي، فأصبح يعتمد على غياب السبب لإبطال الشروط المفرطة التي من شأنها الحصول على ميزة مفرطة لمحرر الشرط، وقد جرى قبول هذا الحل أولا في مادة التأمين، حيث قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية[2] وتراجعا منها عن اجتهادها السابق قضت بأن الشرط الوارد في عقود التأمين، والذي يشترط ألا تكون مضمونة "إلا المطالب الحاصلة خلال مدة صلاحية وثيقة التأمين" هو شرط تعسفي باطل.

وفي قرار آخر استنتجت الغرفة التجارية لمحكمة النقض،[3] أنه يقتضي أن يعتبر شرط عقد التأمين الذي بمقتضاه يكون ضمان الأضرار كهذه ساريا بعد فسخ عقد التأمين مقابل دفع أقساط لاحقة في بعض الحالات غير مكتوب، أي شرط تعسفي باطل، لأن قسط إضافي كهذا هو في الواقع مجرد من أي مقابل، وبالتالي مجرد من السبب.

وتوالت القرارات المماثلة في القضاء الفرنسي، والتي تستند على غياب السبب لإبطال الشرط التعسفي على أن أهم قرار على الإطلاق، والذي أثار جدلا فقهيا، هو القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض،[4]والذي عرف بقرار Chronopost، ففي هذا القرار استندت الغرفة التجارية على غياب السبب كأساس لإلغاء الشرط المبالغ فيه، حيث تتلخص وقائع القضية في تكفل شركة النقل السريع

[1]/ أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء1، المرجع السابق ، ص514.
[2] –/Cass.civ.,1ére ch ., 19 desembre, 1990 .
[3]/ Cass.com.28 mai 1993.
[4]/ Cass.com., 22 oct.1996:Bull

Chronopost، بنقل طرود تتضمن عرضا مقدما من شركة Banchereau للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم، وعلى مرتين تصل الطرود متأخرة ، الأمر الذي حرم الشركة من دخول المناقصة.

فرفعت هذه الأخيرة دعوى تطالب فيها بالتعويض، فعارضت Chronopost ، مشيرة إلى أن هناك شرط في العقد يحدد مبلغ التعويض عن التأخير في حدود مصاريف النقل المدفوعة من الزبون فقط، لكن محكمة النقض، وبمقتضى المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي الملغاة، قررت أن الشرط المحدد للمسؤولية الذي يناقض التزاما أساسيا بإيصال الطرود بسرعة فائقة، يعتبر غير مكتوب ، أي اعتبرته شرطا تعسفيا باطلا.وعليه فالغرفة التجارية لمحكمة النقض، استندت على غياب السبب من أجل إبطال الشرط التعسفي الذي فرضته الشركة وهو الشرط المحدد لمسؤوليتها عن التأخير، والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، فنقل الطرود بحد ذاته لا يمكن اعتباره أساسيا في نظر زبائن Chronopost، وإنما السرعة والفعالية هما اللذان يشكلان الخاصية المميزة للشركة، والتي لولاها لما أقدم الزبون على التعاقد.[1]

ويرى الفقه البعض أن هذه التقنية تؤدي إلى إبطال بعض الشروط وليس إزالة عدم التوازن العقدي برمته، فضلا عن إعمال فكرة انعدام السبب وفقا للمعنى الموروث من النظرية التقليدية للسبب، يؤدي إلى بطلان العقد برمته، وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك، والذي من مصلحته إبطال الشرط والإبقاء على العقد.[2]

إلا أن القضاء سرعان ما لاحظ أن إبطال العقد برمته لا يخدم لا المتعاقد المتضرر من الشرط ولا العقد في حد ذاته، باعتبار أن إبطال العقد برمته قد يمس باستقرار المعاملات ونتيجة لذلك ذهب قضاة النقض وهم بصدد قضية Chronopost إلى أن الأمر المتعلق بغياب جزئي فقط للسبب، وذلك من خلال قيامهم بمقارنة دقيقة بين الالتزامات المتقابلة في القضية، أسفرت على أن عدم الالتزام باحترام الأجل المتفق عليه لإيصال الطرد، هو غياب جزئي للسبب، مفصلين بذلك بطلانا جزئيا للعقد وذلك بإلغاء الشرط التعسفي المدرج فيه وحده و ترك العقد قائما، وإلغاء الشرط لم يكن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بالسرعة المطلوبة والدقة في الآجال، وإنما لمخالفته المبدئية للرغبة المشروعة التي كان ينتظرها المدين، وهذه الرغبة موجودة منذ تكوين العقد، وهذا الاتجاه الجديد لقضاة النقض، واجه انتقاد كما حظي ببعض التأييد.

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 54.
[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص 56.

فعن الانتقادات التي واجهها القرار، أن الحل الذي ذهب إليه قضاة النقض كان غير ملائم وكان الأجدر بالقضاة الاستعانة بوسائل أخرى، تؤدي إلى نفس النتيجة، كالخطأ الجسيم أو الإخلال البسيط بالتزام أساسي، أو فسخ العقد لعدم التنفيذ، أو إعادة تكييف الشرط، كشرط جزائي مبالغ فيه .

وذهب اتجاه آخر من الفقه، منتقدا القرار، أن نظرية السبب لا تسمح للقاضي بمراقبة مدى التكافؤ بين الآداءات المتقابلة وإقامة توازن حقيقي في العقد، لأنه لا يوجد عوض حقيقي كاف ليكون للالتزام سبب، وهذا ما هو محقق في قضية الحال، فالعوض موجود والتعادل المتفق عليه كذلك، والثمن المقترح من شركة النقل، وان كان يفوق ثمن البريد العادي إلا أنه لا يعتبر ثمنا فاحشا.

ويرى الفقه المنتقد أنه لا يجوز لنا القول بأن المتعاقد قد التزم دون سبب أو لسبب غير كاف، لأن مسؤولية شركة البريد تقتصر على إرجاع ثمن النقل، فتحديد المسؤولية لا يعفي الدائن من التزامه و الدليل على ذلك هو لو أن شركة النقل ارتكبت خطأ على درجة معينة من الخطورة لغش أو خطأ جسيم لأصبحت مسؤولة دون أن تولي اعتبار للشرط المحدد للمسؤولية.

أما بالنسبة للاتجاه الفقهي الذي أيد التوجيه الجديد لقضاة النقض بخصوص القرار نفسه ذهب إلى أن قرار Chronopost ، قد أخرج السبب من النطاق الذي حصره فيه الفقه التقليدي فلم يعد السبب مجرد وسيلة لتحقيق تعادل موضوعي للعقد بغض النظر عن التفاوت الذي يمكن أن يضمنه، وإنما أصبح أداة لموازنة حقيقية للعقد ببعدها الشخصي فالالتزام الأساسي الذي تحمله الناقل المتمثل في دقة وانتظام المواعيد شكل جوهر النية التجارية والهيكل الإشهاري للناقل ومن جهة أخرى الدافع الحاسم الذي ترك إرادة الزبون، وعليه فالقرار كان موفقا، لأنه سيسمح بمكافحة ممارسات تعمل على منح وعود مدعمة بحملات اشهارية واسعة، وفي نفس الوقت إدراج شروط تعسفية بالإسناد على غياب السبب أصبح أمر مقبول في الأواسط القانونية وذلك رغم الاشهادات التي سبق ذكرها والتي وجهت إلى هذه الوسيلة من طرف بعض الفقه المعارض.[1]

والمشرع الفرنسي هجر فكرة السبب في التعديل الجديد للقانون المدني لسنة 2016 وذلك لما يكتنفها من صعوبات، وهو ميزة مزدوجة للقانون الفرنسي الأولى هي تقاربه وانسجامه مع العديد من الدول التي سبقت هذا الاتجاه، والثانية هي تكريس إعادة التوازن في العلاقات العقدية والتي كان القضاء

---

[1]/ انظر القرارات الفرنسية التالية Com. 22 octobre 1996 ، Cass com 9 juillet 2002 ،Cass com 21 février 2006 ،cass Com 30 mai 2006,CA Versailles 31 mars2005 ,Cass. Com. 13 fevrier 2007.

الفرنسي قد خطا في سبيلها خطوات واسعة مستبقا عمل المشرع، وعلى الرغم من استبعاد مصطلح السبب وزواله كركن في العقد إلا أن المشرع أبقى على وظائفه من خلال الاعتماد على فكرتي المشروعية والتوازن العقدي ومنه المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على بطلان العقد حال مخالفة شروطه أو الغرض منه للنظام العام وكذلك ما نصت عليه المادة 1170 منه على بطلان الشروط العقدية التي ترد الالتزام الرئيس من ماهيته وكذا ما نصت عليه المادة 1178 من بطلان العقد الذي لا يستجمع شروط صحته.[1]

أما بالنسبة للتشريع المصري والجزائري كما سبق القول فإن الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي يفتح باب الحماية من الشرط التعسفي بالإسناد على غياب السبب المقابل للالتزام وذلك بغرض إبطال الشرط التعسفي التي لا تقع تحت طائلة المادة 149 قانون المدني المصري المقابل لنص 110 من القانون المدني الجزائري والخاصة بتعديل أو إلغاء القاضي للشرط التعسفي المدرج في عقد الإذعان.

وتبني هذا الحل من طرف القضاء المصري والجزائري سيعزز تلك الحماية المقررة في القواعد العامة، خاصة وأن هذه الطريقة مناسبة جدا لإلغاء الشروط التحديدية للمسؤولية، إذ أن المشرع الجزائري يجيزها، من حيث المبدأ بشروط محددة بنص المادة 1/178 من القانون المدني الجزائري.[2]

جاءت نظرية السبب لتبين بأن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع أنه باطل أي العقد بدون سبب عقد باطل، و السؤال المطروح في إطار الحديث عن دور هذه النظرية في تحقيق التوازن ومواجهة الشرط التعسفي هو هل يمكن الاعتماد عليها كمبدأ عام في هذا الإطار، لأن النصوص القانونية التي تبين أن نظرية السبب لا يمكن الاعتماد عليها في مجال عقود الاستهلاك لا تثار أصلا من الناحية العملية، فالمطلوب هنا هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المتدخلين الاقتصاديين والمستهلكين وليس إثارة غياب السبب الذي تبني عليه الشرط غير المتوازن التي لا يمكن أن تبطل بناء على غياب السبب.[3]

---

[1]/ اشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير ، سنة 2017 ، ص306ومابعدها.

[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 56.

3/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق،ص55.

ثالثا: مفهوم حسن النية:

يقصد بهذا المبدأ النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، أو هو القصد السوي أو الصراحة، فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير، فهذا المبدأ يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.[1]

يعد مبدأ حسن النية من القواعد الأساسية في التشريعات عموما ومن الممكن الاستعانة بتطبيقاته المتنوعة في استخلاص الحلول المناسبة في مختلف مراحل العقد، حيث تفرض على طرفي العلاقة التعاقدية توجيه إرادتيهما بطريقة تتفق مع ما تستوجبه هذه القاعدة،[2]ويعد مبدأ حسن النية من القواعد الأساسية في التشريعات وعليه يستعان بها بتطبيقاتها المتنوعة في استخلاص الحلول المناسبة في مختلف مراحل العقد، حيث تفرض على طرفي العلاقة التعاقدية توجيه إرادتهما بطريقة تتفق مع ماتوجبه هذه القاعدة.

ويظهر ذلك خاصة في إطار الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود النموذجية المعدة المحررة مسبقا من قبل المتدخل بما يحقق مصالحه مستفيدا من مركزه المتفوق في مجال خبرته، ويمكن القول إن عقود الاستهلاك هي عقود تتطلب من المتدخل الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية على نحو متشدد وواضح.[3]

والالتزام بحسن النية هو التزام متبادل بين المتعاقدين فهو ليس التزاما مفروضا على طرف لصالح الطرف الآخر فقط بل على المدين أن يمتنع عن أي فعل أو تصرف من شأنه حرمان الدائن من الاستفادة من مزايا تعاقده، وكذلك على الدائن أن يمتنع عما يجعل تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين مرهقا أو مستحيلا[4]، ويتم تقدير نزاهة المتعاقد بإحدى الطريقتين:

الطريقة الأولى: تظهر في إطار مظهر حيادي فالقاضي يقوم بتقدير النزاهة بمعيار سلبي عبر مفاهيم أخرى كالتدليس والخطأ الجسيم، والتعسف تجسيدا لسوء نية المتعاقد، فيمكن حلول مفهوم المتعاقد حسن النية محل عبارة المتعاقد المخطئ فهذا يعتبر سلوكا غير نزيه بمعنى بيان علاقتها بمفاهيم قانونية أخرى.

---

1 / مولود بغدادي، جغلول زغدود، أثر الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك على المبادي والنظريات العامة للتعاقد، مجلة معارف، مجلد 16، عدد01، سنة 2021، ص 210.

2/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 208.

3/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 222.

4/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 209 .

والطريقة الثانية تظهر كظاهرة مستقلة لها وجود خاص فالقاضي يقدر نزاهة المتعاقد بمعيار إيجابي، وهو معيار الرجل العادي الذي يظهر إلى القول فيه للمتعاقد ضمان حسن التنفيذ بطريقة نزيهة لإلتزاماته العقدية ويرى الفقه أن المدين يعد حسن النية إذا استحال عليه التنفيذ تبعا للظروف المستقلة عن إرادته[1].

وحسن النية يتردد بين معيارين: ذاتي وموضوعي متكاملان مع بعضهما البعض. إحداهما ذاتي قوامه نية المتعاقد وقد إختاره التقنين الفرنسي، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني،[2]ويقصد بالمعيار الذاتي وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حسابه، وبموجب المعيار الذاتي لا يقال لمتعاقد ما أنه حسن النية إلا إذا انتفت عنه مظاهر سوء النية والخطأ الجسيم، وفي إطار عقود الاستهلاك يتصور تحقق هذه المظاهر من جانب المحترف دون المستهلك نظرا لاعتبارات السابقة.[3]

وحسن النية مفترض ولا يحتاج صاحبه إلى اثباته وعلى من يدعي العكس إقامة الدليل على ذلك، فمجرد عدم التنفيذ يعد قرينة بسيطة على سوء نية المدين الذي يستطيع نفيها بكافة طرق الإثبات، ويرى البعض أن المقصود بحسن النية هنا هو حسن النية الموضوعي الذي يقتضيه شرف التعامل والثقة المتبادلة وليس حسن النية الشخصي الذي يرجع فيه إلى الحالة النفسية والشخصية للمدين،[4]وعليه إذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل. فالبحث في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد من مسائل الواقع التي تعطي لمحكمة الموضوع كل الصلاحيات في تقديرها.

ويرى الفقه أن الالتزام بالأمانة والشرف في التعامل كأحد صور حسن النية يقع على المدين والدائن معا، فالمدين يجب عليه أن يمتنع عن أي غش أو تدليس في تنفيذ العقد أو استخدام أي حيلة من شأنها حرمان الدائن من مزايا العقد، وكذلك الدائن فإن الأمانة تقتضي أن يمتنع عن أي غش أو حيل من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو مستحيلا بالنسبة لمدين[5]،ويرى بعض الفقه أن سوء النية في تنفيذ العقد من قبيل الغش وهو يقابل التدليس عند تكوين العقد فهما في حقيقتهما شيء واحد، فيجب أن يكون العقد خاليا من التدليس في تكوين العقد كذلك يجب ألا يدخله غش أو سوء نية في تنفيذه .

---

[1] / زمام جمعة ،العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2013-2014، ص318.
[2]/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 135.
[3]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 224 .
[4]/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص135.
[5]/عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 417.

ويتضح من ذلك أن استلزام حسن النية كما يكون في مرحلة تنفيذ العقد يكون أيضا في مرحلة إبرامه ذلك أن العقد يعتبر جسيما واحدا لأنه من غير المنطقي تطلب ذلك في التنفيذ فقط[1]، أما في فرنسا فعلى الرغم من الاعتراف بقاعدة حسن النية لكنها لا تشكل طريقة مستقلة يمكن التعويل عليها لإعادة أو تحقيق التوازن العقدي.[2]

ويعتبر القانون الألماني من أهم التشريعات التي تصدت صراحة إلى حماية الطرف المتعاقد من الشروط والذي يقضي بضرورة مراعاة حسن النية لتقويم مدى عدالة شروط العقد على أن لا يمس ذلك استقرار المعاملات،[3]وذهب القضاء الفرنسي في قضية تتلخص وقائعها في أن وثيقة التأمين تضمنت الشرط الآتي على المؤمن له أن يبين بوضوح وإلا سقط حقه في التعويض إذا كانت الأشياء المؤمن عليها مملوكة له بأكملها أو في جزء منها "... وبمقتضى أي مصلحة يعمل ،كمالك أو شريك أو كمودع لديه أو كمستأجر.... أو كمالك للرقبة أو كمنتفع..."، فتبين أن المؤمن له يعمل لحسابه لكنه في حقيقة الأمر لم يكن سوى منتفع بالأشياء المؤمن عليها ومالك لبعضها فلم يرتب القضاء على هذه المخالفة سقوط حقه في التعويض لأن ظروف القضية جعلته يعتقد ما قدمه من بيان واضح بما فيه الكفاية،[4]ورغم الاعتراف بقاعدة حسن النية في فرنسا وما توحي به من تطبيقات لبعض القواعد والأحكام فإنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها كأداة لتحقيق التوازن العقدي.[5]

ونص المشرع الفرنسي على الالتزام بمراعاة حسن النية بدءا من التفاوض على العقد وإبرامه حتى تنفيذه واعتبار ذلك من النظام العام وذلك في المادة 1104 المستحدثة في القانون المدني الفرنسي بأنه يجب أن يتم بحسن نية كل من التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها،[6]ويتجلى ذلك جليا في المادة 1112[7] من القانون المدني الفرنسي المعدل التي تستلزم بالضرورة مراعاة حسن النية من مرحلة الدعوة للتفاوض إلى غاية تنفيذ العقد، وتعزيزا لفكرة قيام العقد على مبدأ الثقة بين طرفي العقد بصرف النظر عن كون أحدهما محترفا أم لا، وانسجاما مع فرض مثل هذا الالتزام العام بحسن النية فقد كرس المشرع العديد من الحلول القضائية المستقرة في هذا الصدد والتي طبقت مبدأ حسن النية على المرحلة قبل التعاقدية فلكل شخص حرية الدعوة إلى التعاقد والتفاوض وقطع التفاوض شريطة التقييد وبصورة مطلقة

[1]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 419.
[2]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص223.
[3]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 210.
[4]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع نفسه، ص 230.
[5]/ Calais-auloy jean - frank- steinmets op.cit.184-2.
[6]/ art 1104 "contrats doivent étre négociés.formés et exécutés de bonne foi."
[7]/art 1112 "l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ."

بمبدأ حسن النية في كل ذلك ومن ثم فلا تقوم المسؤولية أخذ بما استقر عليه القضاء عن قطع التفاوض إلا إذا انطوى على سوء نية.[1]

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري بأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه العقد وبحسن النية، فهو يعترف للقاضي بسلطته في التأكد من أن المتعاقدان قاما بتنفيذ العقد بحسن النية.

غير أن القضاء الجزائري لم يصدر عنه أي سابقة حول تدخل القضاء في الزام المتعاقد بتنفيذ العقد بحسن النية ما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي.

يمكن القول بأن هذه العقود هي منتهى حسن النية وتتطلب من المتدخل الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية على محو متشدد وواضح، ومن أهم الالتزامات التي تستوجبها هذه القاعدة التزام المتعاقد بعدم إيراد شروط تعسفية بحق المتعاقد الآخر وخصوصا إذا كان هذا الأخير مستهلكا.

رابعا: موقف القانون من مسألة نظرية الظروف الطارئة في عدم التوازن العقدي

يعرف عدم التوازن حول ما يمارسه الطرف المتعسف من سلطات اتجاه الطرف الآخر، وسواء كانت السلطة التعسفية ذات طبيعة اقتصادية أو قانونية فذلك ينعت العقد بعدم التوازن، واختلال التوازن العقدي لا يخص مرحلة معينة بل يمكن ملاحظته أثناء تكوين العقد أو إبرامه أو تنفيذه ،وقد اختلفت الآراء القانونية والفقهية حول هذه المسألة وسنرى موقف القانون الفرنسي من مسألة نظرية الظروف الطارئة ثم موقف القانون الانجليزي والألماني وأخيرا موقف القانون الجزائري في معالجة الاختلال العقدي خلال نظرية الظروف الطارئة .

أ/موقف القانون الفرنسي من مسألة اختلال التوازن العقدي:

أقر المشرع الفرنسي مبدأ الحرية إذ ينص على أنه كل مالم يكن محظورا فهو مباح وكل مالم ينه عنه القانون فهو مشروع[2]، وقد سار كل من القانون والقضاء على نهج واحد من حيث عدم الإعتراف بنظرية الظروف الطارئة وإقرار مبدأ القوة الملزمة للعقد أو شريعة المتعاقدين.

[1]/ أشرف جابر، المرجع السابق، ص 296.
[2]/ أحمد مروك، المرجع السابق، ص 15.

1/ موقف القانون المدني الفرنسي:

يعتبر القانون المدني الفرنسي من أشد القوانين معارضة لنظرية الظروف الطارئة حرصا منه على التمسك بالحرية التعاقدية، ويظهر ذلك من خلال تطوره فعند صدور القانون المدني القديم أخذ بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة لأنها تعمل على زعزعة العقد وتتنافى مع قوته الملزمة.

حيث كان هذا القانون يهدف للمحافظة على العقد والإبقاء على قوته الملزمة، وعدم تعطيله مهما كانت الظروف، غير أن هذه الظروف إذا بلغت مبلغ القوة القاهرة فهنا يفسخ العقد ويتحلل المدين من تبعة التزاماته التعاقدية[1].

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي الحديث نجده لم يأخذ بفكرة الظروف الطارئة نزولا على اعتبارات القوة الملزمة للعقد، التي تفرض على المتعاقدين التنفيذ الصارم لالتزاماتهم التعاقدية وهو ماجاء به في نص في المادة 1134[2] منه على جواز تعديل العقد باتفاق الطرفين أو بسبب قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ومن خلال ذلك فإنه لا توجد قاعدة محددة توفر الحماية للطرف المدين عندما تصير التزاماته مكلفة للغاية نتيجة الظروف، وتعتبر القوة القاهرة الاستثناء الوحيد لمبدأ القوة القاهرة الملزمة للعقد، ورفض الفقهاء الفرنسيون المساس بالعقد أو إجراء أي عملية تعديل عليه.

2/ موقف القضاء المدني الفرنسي :

يعتبر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو الأصل، وقد كرس القضاء الفرنسي هذا المبدأ بصرامة، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسي رفضها المطلق لمبدأ تعديل العقد بسبب تغير الظروف، وقد رفضت نظرية الظروف الطارئة في عدة قضايا مثلا: قضية البدل الشخصي في الخدمة العسكرية 1856 CONTRAT DE REMPLACEMENT MILITAIRE وقضية كرابون CANAL DE CRAPON، وهو ماجعل الفقهاء يؤكدون اعتراف محكمة النقض الفرنسية بضرورة إعادة النظر في العقود عندما تتغير الظروف الأولية للعقد عند تنفيذه مركزا على مبدأ حسن النية.

ويتضح من خلال ماسبق الموقف الصارم الذي اتبعه كلا من التشريع والقضاء الفرنسي برفضهما المساس بالعقد في حالة اختلال التوازن العقدي وبالتالي رفض نظرية الظروف الطارئة باستثناء الحالات

[1]/ أحمد مروك، المرجع السابق، ص16.

2 / ART 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles nepeuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Ellesdoivent être exécutées de bonne foi.

الخاصة التي طبقت فيها النظرية بنص صريح، ويعود السبب في ذلك إلى احترام إرادة المتعاقدين من جهة والتأكيد على واستقرار المعاملات وعدم تعريضها لأي اضطرابات من جهة أخرى.

ب/ موقف القانون الانجليزي والألماني من مسألة نظرية الظروف الطارئة:

نتطرق لموقف القانون الانجليزي أولا ثم إلى موقف القانون الألماني حول مسألة اختلال التوازن العقدي.

1/ موقف القانون الانجليزي من مسألة نظرية الظروف الطارئة:

أظهر القانون الانجليزي موقفا صارما لمبدأ المساواة بالعقد(المسؤولية المطلقة) غير أنه ما لبث وخفف من هذه الصرامة نوعا ما، فقد كان يمنع إعفاء أي من المتعاقدين من تنفيذ التزاماته التي ابرمها بمحض إرادته، إذا ما طرأت تغيرات على تنفيذ العقد وجعلته صعبا أو مستحيلا حتى ولو لم ترجع تلك الصعوبة أو الاستحالة إلى خطأ المتعاقد نفسه، وبعبارة أخرى فإن الشخص إذا ما التزم بموجب عقد بإرادة حرة فلن يكون بوسعه التحلل من التزاماته إذا حدث بعد ذلك تغيرات في ظروف أثرت في قدرته في تنفيذ التزاماته ولا يقبل منه أي عذر لتخلصه من المسؤولية عن عدم التنفيذ[1].

وعليه فالمتعاقد يتحمل مسؤوليته التعاقدية نحو الفعل الذي قام به كما أنه لا يتحمل نتائج الحوادث الطارئة وتغيرات الظروف بالنص الصريح على ذلك في بنود العقد.

غير أن القضاء الانجليزي مالبث أن حاول التخفيف من شدة هذا المبدأ بواسطة نظرية الإستحالة،[2] حيث أنه قرب هذه النظرية من حيث المضمون مع مفهوم القوة القاهرة التي أقرها القانون الفرنسي مع وجود بعض الاختلافات من حيث شروط تطبيقها.

واتبع القضاء الانجليزي خطوة أخرى من خلال الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة فأجاز للمدين أن يتخلص من التزامه، إذا حدثت ظروف غير متوقعة أدت إلى اختلال التوازن العقدي، ففي هذه الحالة لا يقرر فسخ العقد عل أساس هلاك محل العقد هلاكا كليا وإنما لاستحالة تحقق الهدف الذي كان سببا في التعاقد، ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثلاث شروط وهي:

-أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المتعاقدين.

-أن يكون الحدث غير متوقع.

-أن يؤدي الحدث إلى تغيير جوهري في الوضع الأصلي للعقد.

---

[1]/ أحمد مروك، المرجع السابق ، ص32.

[2]/ أحمد مروك ، المرجع نفسه، ص 41.

2/ موقف القانون الألماني من مسألة نظرية الظروف الطارئة:

اتبع القانون الألماني نهج القانون الفرنسي وأقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ورفض المساس بالعقد مهما كانت درجة الارهاق الذي يعانيه المدين من جراء تلك التغيرات فلم يرد أي نص خاص لمعالجة مشكلة الاختلال التوازن العقدي.

والقضاء الألماني ساند التوجه القانوني في تكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث أصدرت المحكمة العليا الألمانية قرار لها في 1902/04/11 ورفضت فيه المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، كما رفضت تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد مقاولة طويل الأجل اختل توازنه المالي بسبب تغيير الظروف، وقد عالج القانون الألماني مشكلة الاختلال التوازن العقدي خلال مراحل تطوره بواسطة نظرية الاستحالة ونظرية زوال أساس العقد، فنص على أنه يعفي المدين من تنفيذ التزامه العقدي إذا أصبح تنفيذه مستحيلا بعد ابرام العقد ونشوء الالتزام شريطة ألا تكون الاستحالة منسوبة إليه،[1]ونصت المادة 276 من نفس القانون :" ينسب عدم تنفيذ المدين إذا نشأ من إهماله أو خطئه العمدي وكذلك خطأ أو إهمال الأشخاص الذين يضمنهم".

فمن خلال النصين يتبين وجود نوعين من الاستحالة الموضوعية والاقتصادية، فالتوسع في فكرة الاستحالة جعلها تقترب أيضا من فكرة الظروف الطارئة المطبقة في بعض الأنظمة القانونية، فمثلما اقتربت فكرة الاستحالة المادية كثيرا مع فكرة القوة القاهرة، فنجد أيضا فكرة الاستحالة الاقتصادية اقتربت من فكرة الظروف الطارئة، وقد فسر الفقه هذا التطبيق الموسع لفكرة الاستحالة بأن القضاء الألماني استخدم المادة 275 من قانون الالتزامات الألماني كأساس لتبني نظريتين مختلفتين هما : نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة .

وقد سمحت نظرية انهيار الأساس التعاقدي بتدخل القاضي لمراجعة العقد إذا أدى الحدث إلى اختلال كبير في التوازن، وهذا الاختلال قد يحدث نتيجة انخفاض قيمة العملة أو بسبب تغيرات في النظام القانوني أو الاقتصادي السائد، وقد اشترط الفقه توفر جملة من الشروط من أجل تطبيق النظرية وهي:[2]

- ألا يكون الحادث الذي أدى إلى انهيار الأساس القانوني منسوبا إلى المدين[3].
- ألا يكون الحادث من المخاطر المعتادة في العلاقات التعاقدية.
- أن تؤدي التغييرات في الظروف إلى اختلال واضح في أساس العقد.

[1] / المادة 275 من القانون المدني الألماني.
[2]/ أحمد مروك ، المرجع السابق، ص 46.
[3]/ المادة 242 من قانون الالتزامات الألماني:" يلتزم المدين بتنفيذ التزاماته كما هو مطلوب بحسن النية".

ج/ معالجة اختلال التوازن العقدي من خلال نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري:

بحسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري فإنه إذا ابرم العقد صحيحا فلا يجوز لأي طرف من أطرافه أن يستقل بنقضه أو تعديله بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الآخر.

فعندما يتفق المتعاقدان على بنود العقد يكونا بذلك قد سعوا إلى تكوين التزاماتهم العقدية متوازنة وفقا لنظرتهما المشتركة، غير أن المشرع الجزائري منح القاضي سلطة تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي، إذا اختل في مرحلة تكوينه وذلك بموجب نظرية الغبن والاستغلال، كما يمكنه أيضا إزالة الشرط التعسفي إذا أدرج في العقد كما هو الحال في عقود الإذعان، أو أنه يتدخل لإزالة الاختلال العقدي وذلك بالتعديل طبقا لنظرية الظروف الطارئة ، وعليه فالمشرع الجزائري أعطى القاضي صلاحيات تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة كما منحه الوسائل الكفيلة لإزالته الإرهاق على عاتق الطرف الضعيف.

1/ سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة :

تعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد ينجم عنه اختلال المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو أجال بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف[1].

وتعتبر سلطة تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة من أهم صور تدخل القاضي في مضمون العقد، ورغم الجدل الفقهي حول مشروعية هذا التدخل إلا أن الصراحة التي اعترف بها المشرع للقاضي بهذه السلطة تزيل جميع الشكوك، حيث تمنح للقاضي مجال واسع للمناورة لأجل إنقاذ العقد من الزوال.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري واكتفى بذكر شروطها والآثار المترتبة عنها بقوله:"... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها وأن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد للمدين الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وإذا كان المبدأ العام هو القوة الملزمة للعقد فإن نظرية الظروف الطارئة استثناء على ذلك كما تفيد تراجع مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أصبح بالإمكان تعديل التزام المتعاقد في بعض الحالات وبتوافر بعض الشروط[1].

---

[1]/ محمد صبري السعدي،المرجع السابق، 304.

[2]/ عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية أطروحة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو، سنة 2018 ، ص315.

ومثاله وباء كورونا 19 الذي اجتاح العالم والذي أعلنت عنه منظمة الصحة العالمية أنه أصبح جائحة عالمية نظرا لانتشاره السريع وسهولة انتقاله الذي احدث حالة من الهلع والقلق لتهديده الصحة العامة، فقامت الكثير من الدول باتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات الاستثنائية التي خلفت آثارا على التعاملات المدنية والتجارية ومختلف الأزمات التعاقدية سواء الوطنية أو الدولية وقد اختلفت الآراء حول تكييف الطبيعة القانونية لجائحة كورونا إذ خلص البعض إلى أنها تعد قوة قاهرة لتوفر شروطها من حيث أن هذه الجائحة تخرج عن إرادة طرفي العقد وجعلت من تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلا، فهي تعد سبب مفاجيء وغير متوقع يجزم بعدم مقاومته وعدم التحكم فيه، غير أن البعض خلص إلى أنها قوة قاهرة في حالة استحالة تنفيذ الالتزامات بالنقل، أما في حالة كان التنفيذ ممكنا إلا أنه صعب ومرهق فنكون بصدد ظرف طاريء ونخلص للقول أنه لاعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة أو ظرف طارئء لابد من عدم الاكتفاء بكلمة جائحة وإنما لابد من التأكد من شروط تحقق كل من القوة القاهرة أو الظرف الطاريء وتقديرها من طرف قاضي الموضوع لتطبيق الأحكام الخاصة بكل نظرية خاصة أنه شهدت الجزائر التدابير الصحية تتذبذب مابين غلق للنشاطات التجارية والنقل وبالتالي قد يؤدي ذلك إلى جعل الالتزام مستحيلا ومرهقا أحيانا.[2]

وعالجت نظرية الظروف الطارئة مسألة اختلال التوازن عند تنفيذ العقد وطبق المشرع هذه النظرية في عدة عقود عند توافر مجموعة من الشروط التي يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد وهي:

– أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ: ولا يشترط لقيام التراخي بالنسبة للالتزامين المتقابلين وإنما يكتفي قيامه بالنسبة لأحدهما وإن كان تنفيذ الالتزام الآخر المقابل قد تم تنفيذه فور صدور العقد، بحيث لو نفذ أحد المتعاقدين التزامه ولم يستطع الطرف الآخر تنفيذ ما التزم به ففي هذه الحالة تطبق النظرية رغم ذلك، فالعبرة أن يصبح أحد الالتزامين مرهقا وليس الالتزام الذي يقابله[3].

– أن يكون الحادث استثنائيا: هو ذلك الحادث الذي يندر حصوله (نادرا) بحيث يبدو شاذا أو خارجا عن المألوف بحسب السير العادي للأمور[4].

– أن يكون الحادث عاما، ويقصد بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاص بالمدين وحده ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عدد كبيرا من الناس[5].

---

[1]/ علي فيلالي، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق، ص371.
[2]/ عيساوي رجاء، المرجع السابق، ص 198.
[3]/ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 247.
[4]/ علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 374.
[5]/ أحمد مروك، المرجع السابق، ص 57.

– ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد، وقد وصفه المشرع في المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري بأنه الحادث الذي يهدد المدين بخسارة فادحة .

وقد نتج عن هذا الشرط اتجاهين:

– الاتجاه الأول يقوم على المعيار الذاتي أي أنه يقدر على أساس ثروة المدين فإذا كان غنيا فقليلا ما يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة اليه مرهقا.

– والاتجاه الثاني يعتمد على المعيار الموضوعي والذي أخذ به أغلب الفقه[1]، والذي يقوم على أساس الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين.

وقد اعتمدت المحكمة العليا هذا الاتجاه الموضوعي من خلال أحد قراراتها:" حيث أن قضاة الموضوع لما اقروا زادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة فإنهم يكونوا قد اخطئوا في تطبيق المادة 107 من القانون المدني الجزائري"[2].

2/ إزالة الإرهاق المؤدي إلى اختلال التوازن بسبب الظروف الطارئة :

يبدو أن المحافظة على سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة من أجل ضمان فعالية مميزة للنظرية، حيث أن سحب هذه السلطة سيؤدي في الواقع إلى إفراغ النظرية من مضمونها، كما أن الغاء سلطة القاضي بتعديل العقد سيؤدي إلى جعل مصير العقدي حصر في يد الدائن والذي قد يرفض جميع مقترحات المدين للتعديل أثناء التفاوض وبما أن القاضي لا يجوز له التدخل في التزامات الأطراف سيبقى الحل الوحيد هو إنهاء العقد سواء باتفاق الطرفين أو عن طريق القضاء.[3]

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه:"... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول".

فمن جهة أعطى المشرع للقاضي صلاحيات التدخل وتعديل العقد ومن جهة أخرى قيده بمجموعة من القيود والضوابط التي لابد من مراعاتها وهي: مراعاة الظروف المحيطة بتنفيذ الالتزامات العقدية

---

[1]/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 3، سنة 1998.ص645-646.

[2]/ قرار المحكمة العليا رقم 191705، صادر عن الغرفة المدنية، في 1999/10/24، المجلة القضائية العدد الثاني، سنة 1999، ص 95.

[3]/ عثماني بلال، المرجع السابق، ص 316.

المتأثرة بالظرف الطارئ بالإضافة إلى الموازنة بين مصلحة طرفية العقد، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تغيير الظروف إلى اختلال توازن الالتزامات المتقابلة فيه وذلك أن العقد وقت إبرامه على أساس مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل طرف في العقد يهدف من خلاله إلى تحقيق مصلحة معينة تعاقد من أجلها غير أن تغيير الظروف حال دون ذلك وأدى إلى اختلال توازن تلك المصالح وانعدام المساواة بينهما بحيث يصبح طرفا الرابطة العقدية بين كاسب وخاسر مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة لأحدهما في حين يتحقق بالمقابل لطرف الآخر ثراء فاحش لذلك حرص المشرع أن يتم تعديل العقد من طرف القاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين[1].

وبالرجوع إلى المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يبين وسيلة محددة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بل ترك سلطة واسعة في اختيار الوسيلة الملائمة لتحقيق ذلك وهو ما جعل الفقه يضع عدة وسائل يلجأ إليها القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تتمثل في انقاص لالتزام.

ومن جانب آخر طرح الباحثون في فرنسا إشكالية تفسير كلمة "يمكن" المستعملة في نص المادة 1195 فقرة 2 القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها كلمة "جاز" في نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري معتبرين أن النص جاء على سبيل الخيار بالنسبة للقاضي، والذي يمكن له رفض التدخل في العقد رغم وجود ظروف طارئة تجعل من التوازن الاقتصادي للعقد مختلا إلا أنه رغم إمكانية حدوث ذلك من الناحية النظرية إلا أنه يصعب تصور تهرب القاضي من تعديل العقد في حالة إخلال جسيم بالتوازن بين الالتزامات.[2]

[1]/ أحمد مروك، المرجع السابق، ص 69.
[2]/ عثماني بلال، المرجع السابق، ص 317.

الفرع الثاني: التصدي للشرط التعسفي من خلال الأحكام الخاصة.

إن البحث في مجال الشرط التعسفي ومكافحتها هو أهم ضمانة لحماية المستهلك من تعسف المتدخل وشروطه سواء كانت هذه الشروط تعسفية في حد ذاته وكل شخص طبيعي يمكنه اكتشاف ذلك التعسف أو كانت شروطا عادية لا يظهر فيها التعسف عند إدراجها لكنها في مضمونها وجوهرها تتضمن تعسفا يظهر عند تنفيذ العقد وبالرجوع إلى القواعد العامة نجدها تدور حول الشرط الجزائي وشروط الاعفاء من المسؤولية والضمان وهو ما سنحاول تبيانه في هذا المطلب وذلك من خلال، الفرع الأول ونخصصه للشرط الجزائي والفرع الثاني نتناول فيه بطلان شروط الاعفاء من المسؤولية أما الفرع الثالث فهو يتعلق بالإنقاص من الضمان أو الإعفاء منه.

أولا: الشرط الجزائي: نتناول تعريف الشرط الجزائي ثم نوضح أحكامه.

هو عبارة عن تعويض يتفق أطراف العقد على تحديده إما في العقد ذاته أو وثيقة أخرى لاحقة يتولى المدين أداءه للدائن إما في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو في حالة التأخر في ذلك فقط، فالتعويض هنا مقدر اتفاقا وقضاء.[1]

والشرط الجزائي هو التزام تبعي للالتزام الأصلي فهو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الإلتزام فإذا سقط الإلتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه فإن استحق تعويض الدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة.

أ/ أحكام الشرط الجزائي:

– الشرط الجزائي هو تقدير مسبق للتعويض مما يجنب الدائن مشقة إثبات الضرر وكذا تقديره، كما أنه يعتبر تهديد مالي للطرف الآخر الذي تسول له نفسه الإخلال بالالتزام التعاقدي، فهو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه، ويعتبر الشرط الجزائي صنف من أصناف الشرط التعسفي نظرا للمبالغة في تقدير التعويض لا يقبلها المستهلك إلا إذا كان مضطرا أو غير عارف بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عملية.[2]

[1]/ دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ،دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة ، سنة 2004، ص16.

2/ عواطف محي الدين، أحكام الشرط التعسفي حماية للمستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مجلد رابع، عدد 1، جانفي 2018، ص19.

– من حيث الطبيعة القانونية للشرط الجزائي فهو يعتبر التزام تبعي للالتزام الأصلي أي أن الأصل أن ينفذ المدين الالتزام الواقع عليه فإذا أخل بذلك وجب عليه تنفيذ الالتزام التبعي وهو الشرط الجزائي، غير أن بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي.

– إذا تحقق عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخيره فيه فإن الدائن يستحق الشرط الجزائي كاملا بحيث يلتزم القاضي بأن يحكم به كما هو وارد في الإتفاق، على أن المشرع أورد استثناءات لهذا الأصل بحيث أجاز للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالإلغاء أو الإنقاص أو الزيادة[1] فهو أمام ثلاث فرضيات يمكنه القضاء بإحداها متى لحق الدائن ضرر من جراء تنفيذ المدين لالتزامه كليا أو جزئيا وعليه:

– يمكن للقاضي ألا يحكم أصلا بالشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصب بأي ضرر.

– للقاضي أن يقوم بانقاص الشرط الجزائي وخفضه إلى الحد المعقول والذي يتجانس مع مقدار الضرر الذي لحق بالدائن خاصة إذا أثبت المدين أنه نفذ جزء من إلتزامه فقط.

– كما يجوز للقاضي انقاص الشرط الجزائي متى تأكد من أن قيمة التعويض المذكورة فيه مبالغ فيها إلى درجة كبيرة، وهنا يجوز له أن يخفض مبلغ التعويض إلى الحد المعقول.

– الحالة الثالثة وهي الزيادة في مقدار الشرط الجزائي إن أثبت الدائن أن الضرر الذي لحقه أكبر بكثير من قيمة التعويض المتفق عليه فهنا يرفع من قيمة التعويض حماية للطرف المغبون.

ويعرف الشرط الجزائي بأنه ذلك البند أو الشرط الذي يرد عادة في العقود والتصرفات المختلفة لكفالة احترامها وضمان تنفيذها إذ بمقتضى الشرط يلتزم المتعاقد بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر، ورغم أن الاتفاق على مقدار التعويض الاتفاقي يعني استبعاد سلطة القاضي في تقديره وأن تقديره بصورة جزافية يعني استحقاقه حتى ولو لم يتناسب مع قدر الضرر الذي أصاب الدائن وذلك بالمخالفة للقواعد العامة في المسؤولية التي تتطلب ضرورة تناسب التعويض مع الضرر.

لذا رأى المشرع ضرورة تدخل القاضي لإعادة تقدير قيمة هذه التعويضات إلى الحد المعقول وبالقدر الذي يؤدي إلى رفع الغبن عن المدين بها بهدف إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية، ويسعى القضاء في هذا الصدد إلى الموازنة بين متناقضين أولهما المغالاة والتجاوز الذي يتصف به الشرط الجزائي، والثاني احترام الوظيفة التهديدية للشرط الجزائي وآثارها الهامة في تنفيذ العقود، وتحدد سلطة القاضي عند رفع المبالغة والإسراف مع القدر الذي يتناسب لرفع الغبن الفاحش عن المتعاقد المغبون.

[1]/ أحمد عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثاني 1976 ، المرجع السابق ، ص 858.

وهذه الشروط تلعب دورا مزدوجا فهي تتوقع وتتنبأ بالجزاء المحتمل نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، وكذلك يعتبر وسيلة ضغط على المدين حيث ينفذ التزاماته قبل المتعاقد الآخر بصورة صحيحة وكذلك يعتبر تعويض عن الضرر الذي لحق الدائن من جراء التنفيذ، وإعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية فالقانون المدني الفرنسي أقر بصحة هذه الشروط وتستمد قوتها من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي فهي من النظام العام وكل شرط مخالف لها لا يعتد به.[1]

ب/ تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية والعربون:

تعريف الغرامة التهديدية:[2]

هي عبارة عن مبلغ مالي يحكم به القاضي على المدين، يحتسب عن كل مدة زمنية معينة(يوم ،أسبوع، شهر ...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا، وعلى هذا الأساس تعد الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على إرادة المدين وهي بذلك وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني، كما أن مايميزها أنها غير محددة المقدار، بحيث تخضع للتقدير التحكمي للقاضي الذي يحكم بها.[3]

ويشترط جملة من الشروط حتى يتمكن الدائن من اللجوء إلى المطالبة بالغرامة التهديدية ومتى توافرت هذه الشروط أمكن للقاضي الحكم بها عن كل يوم تأخير وهي:

– وجود التزام ممكن التنفيذ عينا وهو أمر طبيعي للحكم بالغرامة التهديدية .

– أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزاماته عينا دون مبرر وهو ما يبرر سوء نية المدين ومماطلته في تنفيذ التزاماته فكان التهديد المالي هو الوسيلة اللازمة لدفعه للوفاء بالتزامه.[4]

– أن يكون التنفيذ العيني للالتزام مازال ممكنا، وهذا المقصود من الغرامة بإجبار المدين على التنفيذ العيني فمتى كان هذا الأخير مستحيلا لم يعد للغرامة جدوى.

– أن يكون التزام المدين شخصيا أي أنه يشترط للتنفيذ العيني للالتزام تدخل المدين شخصيا ولا يمكن للغير أن يقوم مقامه في هذا التنفيذ.

– أن يطالب الدائن بتوقيع الغرامة التهديدية على المدين، وعليه فلا يجوز للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه.

---

[1]/ ابراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 74.
[2]/ أنظر المواد 174و175 من القانون المدني الجزائري والمادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[3]/ دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 20.
[4]/ بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 1، سنة 2011، ص217.

والقضاء بالغرامة التهديدية هو حكم مؤقت لا يجوز تنفيذه بتلك الحالة فإنه يلتزم القاضي بتصفية الغرامة بحيث تتحول إلى تعويض لكن يراعى فيه من جهة الضرر الذي أصاب الدائن ومن جهة التعنت الذي أصر عليه المدين بعدم تنفيذ التزامه، وهو ما يجعل الغرامة التهديدية عقوبة ذات طبيعة خاصة[1] .

الشرط الإرادي المحض: هو الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام دائنا كان أو مدينا ويمكنه أن يؤدي إلى تحقق الشرط أو منعه وقد تجنب المشرع الجزائري تعريفه على عكس المشرع الفرنسي الذي عرفه في المادة 1170 من القانون المدني الفرنسي على أنه الشرط الذي يتعلق تنفيذ الاتفاق على واقعة هي في سلطة أحد الأطراف المتعاقدة للحدوث أو المنع، غير أنه استغنى عن هذه المادة بعد تعديل 2016[2]، وظهر اتجاهين تقليدي يأخذ بمفهوم فني للشرط يقوم بالبحث عن الإرادة وجديتها واتجاه حديث يأخذ بمفهوم اجتماعي للشرط، فلا يكون البحث حول ما إذا كان الالتزام من الناحية المجردة يخضع لإرادة المدين وإنما يجب البحث بصورة واقعية فيما إذا كان الدائن يصبح تحت رحمة المدين وتحكمه ويتم تقدير ذلك في ضوء التوازن الاقتصادي للعلاقة بين الطرفين وهو اعتمده المشرع الفرنسي بموجب تعديل 2016 للقانون المدني في الماد 1304 منه بقوله: يكون باطلا الالتزام المعقود تحت شرط واقف الذي يتوقف تحققه على إرادة المدين وحدها.[3]

ثانيا: بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية:

حرصت التشريعات على النص صراحة على بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية وذلك في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المدين، وذلك حماية للطرف الضعيف في التعاقد .

وذهب القضاء الفرنسي[4]إلى اعتبار اشتراط المنتج أو البائع المهني الاعفاء من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب المستهلك من قبيل الشرط التعسفي الذي لا يعتد به كما حاول التوسع في مفهوم الخطأ الجسيم أحيانا حتى يتمكن من توفير الحماية للمستهلك فمجرد علم المتدخل أو المهني بالضرر الذي سوف يصيب المستهلك يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم، وبالتالي يبطل شرط الإعفاء ويذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى بطلان شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ولو لم يرتكب المدين سوى خطأ يسير متى لحق ضرر بالدائن.[5]

---

[1]/ انظر قرار المحكمة العليا رقم 392249 بتاريخ 2006/2/15، مجلة المحكمة العليا العدد 1 لسنة 2006.
[2]/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 77.
[3] / شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص206.
[4] /CJCE 27 juin 2000.
[5]/ جابر محمد ظاهر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، طبعة 1، سنة 2012، ص 126.

ومن خلال المادة 178 من القانون المدني الجزائري يتبين جواز هذه الشروط في مجال المسؤولية العقدية، وبطلانها في المسؤولية التقصيرية حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة على بطلان كل شرط بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها، أما القضاء الفرنسي فيأسس إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية على أساس أن أحكام المواد من 1382 إلى 1386 فهي قواعد آمرة، فكل اتفاق يهدف إلى تعديلها أو إلغائها يعد باطلا.

فالأصل أن هذه الاتفاقات باطلة إذا وقعت من قبل تحقق الضرر وتكون جائزة إذا وقعت بعد تحققه وتعتبر هذه الحالة من قبيل الصلح أو التنازل الجائزين[1]، وقد اهتدى القضاء الفرنسي إلى جواز صحة شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية على الرغم من أن الاتفاق يسبق وقوع الضرر، كما هو الحال في الاتفاق المبرم بين صاحب الامتياز على منجم وأصحاب الأراضي والمباني المجاورة المتضمن إعفاءه من الأضرار الناجمة عن استغلال المنجم[2]، والاتفاق المبرم بين مالكي الحيوانات الموضوعة تحت الحراسة في مرعى مشترك والذي يعفي بعضهم البعض من الأضرار التي تصيب حيواناتهم.[3]

أما في المسؤولية العقدية فإن العقد شريعة المتعاقدين يجوز اتفاق الأطراف على ما تشاء في حدود القانون والنظام العام وبمفهوم المخالفة للمادة 2/178 من القانون المدني الجزائري فإنها تجيز الاتفاق على الإعفاء من الأخطاء اليسيرة، أما إذا نتج الضرر عن خطأ جسيم أو نتيجة غش البائع فهنا يقع الشرط باطلا، ويميل القضاء في فرنسا إلى تسليط نفس الجزاء وهو البطلان على الشروط التي ترمي إلى استبعاد أو تخفيف مسؤولية أحد المتعاقدين عن الأضرار الجسدية التي تلحق المتعاقد الآخر، وهناك إتجاه إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا في الأضرار التي تلحق المال دون الجسم.[4] والقضاء الفرنسي حافل بمثل هذه القرارات التي تخص الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف عنها فإن الأثر الوحيد الذي نجده في القضاء الجزائري يتمثل في عبء الإثبات فبعد أن كان المدين هو الذي عليه عبء إثبات أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب لا يد له فيه، انتقل عبء الإثبات على عاتق الدائن نتيجة إعمال شرط الإعفاء من المسؤولية.

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 71.
[2]/ civ.12/12/1900 ;D1900.I.P.361.
[3]/CIV 16/11/1931 ;D1931.P.555.
[4]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 72.

واكتفى المشرع الجزائري ببطلان الشرط مع الإبقاء على العقد إلا إذا كان العقد كله يتوقف في وجوده على الشرط فهنا يبطل العقد أيضا أي إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية كان هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله ولا يتحقق هذا إلا نادرا.[1]

و بالرجوع إلى المادة 47 من القانون التجاري الجزائري نجدها تنص على أن الناقل يتحمل المسؤولية عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها، غير أن المادة 3/52 من القانون التجاري الجزائري تبطل كل شرط يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف للأشياء.

وهذا النص تقابله المادة 3/103 من القانون التجاري الفرنسي التي تمنع كل شرط ينصب على الإعفاء من المسؤولية عن الضياع أو التلف ولا يشمل التأخير الذي يجوز الإعفاء فيه، فالشروط التي تحدد المسؤولية تبقى جائزة فإذا وجد شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف فيعتبر شرطا بدون أثر، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التزام الناقل بضمان سلامة المسافر هو التزام بتحقيق نتيجة وأن إلتزام الناقل هذا إنما يرتبط بتنفيذ عقد النقل والذي يبدأ منذ صعود المسافر لوسيلة النقل حتى الوصول.[2]

والمشرع الفرنسي خطى خطوة جريئة من خلال المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه في مجال عقد البيع فإنه كل شرط يرمي إلى إنقاص أو إسقاط حق المشتري في التعويض يعتبر شرطا تعسفيا ويعتبر في نفس الوقت شرطا غير مكتوب، أما إذا كان الأمر يتعلق بعقد الخدمة وتضمن شرط الإنقاص أو الإعفاء من مسؤولية المتدخل فإنه لا يعتبر تعسفيا بقوة القانون على أساس أنه ورد في القائمة الملحقة بالحرف (ب) في قانون الاستهلاك والتي وردت على سبيل الاستئناس وبالتالي فهي لا تلزم القاضي، وعليه لا يبقى أمام المستهلك في هذه الحالة إلا التمسك بالطابع التعسفي للشرط بصفة أصلية أو إثبات صدور غش أو خطأ جسيم من المحترف بصفة احتياطية.[3]

وفي حكم آخر قضت محكمة النقض الفرنسية بإعفاء المنتج من المسؤولية في قضية حريق نشب من استعمال مادة كلورات الصوديوم من قبل شركة لتطهير الأرضية من الحشائش، وعند قيام أحد موظفيها باستعمال هذا المنتوج تبللت ثيابه ولم ينتبه لذلك إذ كان عليه نزع ملابسه بعد الاستعمال ويغسلها جيدا، حسب التعليمات المرفقة بالمنتوج، إلا أنه اخرج سيجارة وأشعلها حتى رأى ثيابه تندلع فيها

[1]/ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 762.
[2]/ إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 33.
[3]/ Calais-auloy jean - frank- steinmets. OP.CIT.P.207.

النيران ولم يتمكن من إطفائها فأصيب بحروق بليغة أودت بحياته، ورأت المحكمة أن البراميل التي كانت تحتوي على المنتوج كانت تحمل تعليمات وبيانات الاستعمال الخاصة بالمنتوجات القابلة للاشتعال، كما تسلمت الشركة منتوجها هذا مرفقا بنشرة داخلية تستلزم غسل الثياب المستعملة وقد إتضح أن المستعمل أي الموظف بهذه الشركة لم يمتثل لهذه التعليمات.[1]

وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ في حكم أصدرته 1982/12/14 وقررت أن المنتج يلتزم بالإفصاح بجميع البيانات الضرورية لاستعمال السلعة وعلى وجه الخصوص إخطار المستعمل بجميع الاحتياطات عندما تكون السلعة خطرة، فإن لم يراعها المستهلك المشتري لحقته في شخصه أو في أمواله أضرار جسيمة، فالمنتوجات الخطرة تبقى خارج التحديد إذ لا يمكن حصرها فهي من المسائل التي ترك تقديرها لقاضي الموضوع.

وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1991/03/14 بأن القاضي له السلطة في الحكم ببطلان الشرط التعسفي في صدد شرط الإعفاء من المسؤولية الواردة في عقد الوديعة ويستبعد بمقتضاه المهني مسؤوليته في حالة فقد أفلام أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها على الورق وقد عدته محكمة الموضوع تعسفيا وبالتالي لا يحتج بها على العميل حسن النية وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم الابتدائي بقولها : أن الحكم المطعون فيه قد استنتج أن مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه من واقع وضعه الاقتصادي حيث كان في وضع يمكنه من فرض الشرط على العميل وقد قررت محكمة النقض أن هذا الشرط يتضمن صفة تعسفية ويجب أن يعد كأنه غير مكتوب.[2]

ثالثا: الإنقاص من الضمان أو الإعفاء منه:

أ/ المقصود بالضمان: هو التزام يتعهد فيه المنتج بسلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له، أو من أي خطر ينطوي عليه ويسري مفعول هذا الضمان من يوم تسليم المنتوج، وقد نص المشرع الجزائري عليه في المرسوم 13-327 المحدد للشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ،[3]وأشار المشرع الجزائري للضمان في المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقوله: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في

[1]/ زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري، دار هومة ، الجزائر ، بدون طبعة، سنة 2017، ص 145.

[2]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 243.

[3]/ مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 2013/09/26 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ ، جريدة رسمية صادر في 2013/10/02، عدد 49.

حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته...."

وعرف المشرع الجزائري الضمان بالاعتماد على طرق تنفيذه وليس بمجرد اعتباره وثيقة تسلم للمشتري ليضمن بها حقه في حالة ظهور أي عيب بالمنتوج، واستدرك هذا النقص في المادة 03 في المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السابق الذكر بقوله:" كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف أو تكاليف أو كل وسيلة اثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، وتغطي كل العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة". وبالنظر إلى هذه المادة نجد أن المشرع تكلم عن الضمان بالنسبة للعيوب المغطاة أثناء اقتناء المنتوج، في حين الضمان أوسع بكثير من ذلك فهو يشمل تغطية جميع العيوب بما فيها العيوب الخفية التي لم تظهر وقت البيع بل استجدت وقت تسليم المبيع وخلال فترة الضمان.

فهو التزاملقى على عاتق أحد المتعاقدين تتحمله ذمته تجاه المتعاقد الآخر، بتنفيذ مايحمله العقد من أحكام وشروط تم الاتفاق عليها وينتج عن الإخلال به آثار قانونية، وذهب الفقه الفرنسي إلى تعريف الضمان بأنه الالتزام بتوفير الحيازة الهادئة والمفيدة للشيء الذي بيع من الغير وفي حالة عدم تمكنه من ذلك يلتزمبتعويض المشتري وفقا لأسس معينة.[1]

ب/ محل الضمان: يستفيد مستهلك أي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو مركبة أو أية مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون[2]، كما أنه يمتد إلى الخدمات وهو ما جاءت به المادة 13 من القانون 09-03 وأيضا نص عليه المشرع الجزائري في المادة 09 من المرسوم 13-327 غير أنه لم يحدد طريقة تنفيذ الضمان والتي تنص على:"يمتد الضمان القانوني أيضا إلى عيوب الخدمات المرتبطة باقتناء السلعة ولاسيما ما يتعلق برزمها وبتعليمات تركيبها أو تشغيلها عندما تنجز تحت مسؤولية المتدخل"، ولصحة الضمان لابد من توافر الشروط التالية:

- **أن يحدث الخلل في فترة الضمان:** حتى يستفيد المستهلك من أحكام الضمان لابد من وقوع العيب أثناء فترة الضمان هذا بالنسبة للمنتوجات الجديدة، أما المنتوجات المستعملة لم يحدد المشرع مدة الضمان لها وإنما اكتفى بالنص على أن لا تقل مدة الضمان فيها عن ستة أشهر، ويبدأ سريان هذه

[1] /حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2011،2012 ص 51.

[2]/ أنظر المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

المدة من تاريخ تسليم المنتوج،[1]ويمكن للمستهلك أن يستفيد من فترة ضمان أطول إذا اشترط ذلك بالاتفاق مع المحترف بدون مقابل ويكون أكثر فائدة للمستهلك على ألا تقل عن المدة القانونية،[2]فالمحترف يضمن صلاحية المنتوج أو الخدمة خلال فترة زمنية معينة، وتختلف هذه الفترة حسب طبيعة المنتوج أو الخدمة ويتوقف تحديد المدة على عدة عوامل منها ما يرجع إلى طبيعة المنتوج كفترة استخدامه أو مراحل استهلاكه ومنها ما يتعلق بتجربة مدى صلاحية المنتوج قبل اقتنائه.[3]

– **أن يرتبط الخلل الموجب للضمان بصناعة المنتوج:** وهو أمر بديهي إذ أن الشركات الانتاجية تضمن العيوب التي ترجع إلى الصناعة فقط، أما العيوب التي ترجع إلى سوء استخدام المنتوج أو مخالفة التعليمات فلا يغطيها الضمان، لكن بشرط أن يكون المتدخل قد أرفق بالمنتوج دليلا للاستعمال والتشغيل، وكذلك أن الخلل الناجم عن القوة القاهرة لا يشمله الضمان لان مثل هذا الخلل نتج عن أمر غير متوقع وخارجي يستحيل دفعه كالخلل الذي ينجم عن التغير في التيار الكهربائي لسوء الأحوال الجوية.[4]

– **حدوث العيب في المنتوج أو الخدمة وأن يكون مؤثرا:** ويبدأ سريان مفعول الضمان منذ تسليم المنتوج للمستهلك، وعليه فالخلل المؤثر في صلاحية المنتوج المعروض للاستهلاك ووجود العيب لا يخص فقط المنتوجات المصحوبة بشهادة الضمان، أو المنصوص عليها في القائمة الوزارية المحددة لها بل يشمل جميع المنتوجات المعروضة للإستهلاك مهما كان نوعها بحيث تستمد الضمان من القانون وبحسب طبيعتها تحدد مدة ذلك الضمان.[5]

والعيب الموجب للضمان ينبغي أن يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المنتوج أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه كما هو مبين ضمن المقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه.[6]

وفي فرنسا كان القضاء هو الذي تولى حماية المستهلك من تقديم منتج معيب له غير مطابق للموصفات، وكان يسند هذه الحماية إلى التزام بضمان العيوب الخفية المقررة في القانون المدني، إلا أن القضاء كان دائما يسبغ هذه الحماية على المستهلك بصفته هذه وليس بوصفه مشتر عادي.

---

[1]/ أنظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 .
[2]/ أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 266/90 .
[3]/ علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2000، ص 40.
[4]/ سي يوسف زاهية حورية،دراسة قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري، المرجع السابق، ص 24.
[5]/ علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 40.
[6]/ المرجع نفسه، ص 40.

والقضاء الفرنسي فرق بين المنتج والبائع العادي، فالمنتج رجل مهني صنع المنتوجات التي طرحت للبيع في السوق ولذلك يفترض فيه أنه يعرف مايشوب منتجاته من عيوب وقد أرسى القضاء كذلك حق المشتري المستهلك في البيوع المتتالية في الرجوع مباشرة على المنتج أو أي من الموزعين الوسطاء،[1]وهو ما قضى به المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1993 فهذه الوسيلة في الحماية المدنية تقدم ضمانة أكبر من تلك المقررة في ضمان العيوب الخفية طبقا القواعد العامة، فحسب الالتزام الأخير يكفل المشرع للمستهلك المتعاقد مجرد أن تكون السلعة المبيعة مطابقة للمواصفات المشترطة في العقد وهذا النص يتبين أنه يقدم حلول جماعية وقائية وليس حلا فرديا لكل حالة على حدى.[2]

ويتميز الالتزام بالضمان بجملة من الخصائص نذكر منها:

– أنه التزام قانوني يتقرر بقوة القانون بمجرد اقتناء المستهلك للمنتوج ولا حاجة للاتفاق على ذلك، وعلى المستهلك طلب شهادة الضمان من المتدخل فور اقتناء المنتوج والذي يسري من تسليمه.

– يعتبر الضمان من النظام العام إذ لا يجوز للمتعاقدين مخالفته أو الاتفاق على مخالفته.[3]

– أنه التزام بتحقيق نتيجة ولا يمكن للمتدخل التحلل من المسؤولية بأنه بذل العناية في تسليم المنتوج سليما في حالة ظهور خلل فيه بل يلتزم بالضمان في المدة المقررة.

– أنه التزام عرضي فهذا الالتزام بالضمان قد لا ينشأ أساسا إذ لم يتعرض المنتوج لأي عيب كما أنه قد يلحق به أي عيب في أي وقت خلال مدة الضمان فيقع الالتزام بتنفيذه.

– أنه التزام وقتي أي أنه لا يمتد لفترة طويلة بل يبقى ساريا طيلة فترة الضمان وينقضي الالتزام بانقضاء المدة المحددة للضمان.

– لا يسقط الالتزام بالضمان بالتجربة فنص المشرع في المادة 11 من المرسوم التنفيذي 23–327 بأن المستهلك له حق المطالبة بتجربة المنتوج المقتني دون إعفاء المتدخل من الزامية الضمان.

– إذا حصل العيب أو الخلل في المنتوج يتعين على المستهلك أن يقدم شكوى كتابية أو أي وسيلة أخرى لإعلام المتدخل بذلك خلال 30 يوم من ظهور العيب وأن يرفق الشكوى بالشق الثاني من شهادة

---

[1]/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص48.

[2]/ المادة 1/212 من قانون الاستهلاك الفرنسي:" المنتجات يجب من أول طرح لها في السوق أن تكون مستجيبة للقيود السارية المتعلقة بسلامة وصحة الأشخاص وبشرف المعاملات التجارية وبحماية المستهلكين".

[3]/ أنظر المادة 13-04 من القانون 09-03 المعدل والمتمم والتي تنص على: "يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة".

الضمان،[1]وفي حالة عدم استعمال المستهلك للمنتوج يحق له مدة إضافية مقدرة ب30 يوم أخرى تضاف إلى مدة الضمان المتبقية طبقا لنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي13-327 .

- ولضمان حق المستهلك في حالة عدم حصوله على شهادة الضمان أو لم تتضمن البيانات المذكورة قانونا أو في حالة ضياعها يمكن له أن يثبت ذلك بالفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء.[2]

- عند تقديم الشكوى أعطى المشرع للمتدخل الحق في طلب إجراء خبرة أو معاينة مضادة للمنتوج على حسابه وبحضوره، ومن جهة أخرى حضور المستهلك أو ممثليهما في المكان الذي توجد فيه السلعة وذلك خلال 10 أيام من تاريخ تسلم الشكوى وإذا تأكد من وجود الخلل عليه تنفيذ التزامه بالضمان وإلا للمستهلك أن ينذره برسالة مضمنة الوصول مع إشعار بالاستلام للتنفيذ خلال 30 يوم من الإشعار بالوصول.

وأجازت المادة 13 من المرسوم 13-327 للمستهلك القيام بإصلاح العيب الموجود في المنتوج على نفقة المتدخل، غير أنه بالرجوع للقانون فالمشرع لم يوضح الطريقة التي يتبعها المستهلك في حالة تقاعس المتدخل في تنفيذ التزامه بالضمان رغم الإنذار.

- ولا يمكن إعفاء البائع من الالتزام بضمان العيوب الخفية في حالة ثبوت سوء نيته وذلك عن طريق إثبات علمه بالعيب وتعمد إخفائه، فلا مجال للإعفاء في حالة حصول أضرار تعيب المستهلك في حياته أو سلامة صحته بسبب العيب ذلك أن السلامة البدنية يجب أن تكون محلا لاتفاقات مالية ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء مما يلحقها من أضرار.[3]

ج/ العقوبة المقررة لمخالفة إلزامية الضمان:

تقوم جريمتي مخالفة الزامية الضمان وعدم تنفيذ خدمات مابعد البيع في حالة مخالفة المتدخل لأحكام الضمان المنصوص عليه في المواد 13 و16 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

فمخالفة الالتزام بالضمان رتب عليها المشرع عقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة 75 من القانون 09-03 والمتمثلة في الغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج، أما مخالفة تنفيذ خدمات

[1]/ أنظر المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 2014/11/12 الذي يحدد نموذج شهادة الضمان، جريدة رسمية صادرة في 2015/04/01، عدد 16.
[2]/ أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 13- 327.
[3]/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 50.

ما بعد البيع فيعاقب عليها المشرع بغرامة من 500000 دج إلى 10000000 دج وتعتبر مخالفة الزامية تجربة المنتوج جريمة معاقب عليها بغرامة من 50000 إلى 100000 دج.

د/ أحكام الضمان:[1]

1/ **الإخطار**: لكي يطالب المستهلك المتضرر بحقه في مواجهة المنتج يجب عليه أولا أن يخطر المنتج بالعيب الموجود في المنتوج فور اكتشافه له، والإخطار يعتبر إجراء أولي لقبول دعوى الضمان، فإذا لم يقم المشتري باخطار البائع بوجود العيب الخفي خلال مدة معقولة من استلامه المبيع، اعتبرت دعوى الضمان غير مقبولة ويستوي أن يكون الإخطار بأي شكل بشرط أن يصل إلى علم المنتج وإذا لم يستجب لإخطار المستهلك انتقل إلى رفع الدعوى.[2]

2/ رفع دعوى الضمان: تتمثل دعوى الضمان في التعويض بمقابل وتتقادم بمرور سنة من يوم تسليم المبيع للمشتري تسليما فعليا وفقا للمادة 383 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:" تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

على أنه يجوز للبائع أن يتمسك بسنة لتمام التقادم إذا أثبت المشتري أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه".

فالمشرع الجزائري جعل مدة تقادم دعوى الضمان جد قصيرة وذلك لاستقرار المعاملات في أقرب وقت بدلا من أن يظل المتدخل مهددا بدعوى الضمان لمد طويلة يتعذر عليه إكتشاف سبب العيب، أهو في التصنيع أو أثناء النقل أو التركيب أو الاستعمال من طرف المستهلك لأن هناك بعض العيوب التي تتعلق بطريقة الاستعمال بطريقة خاطئة لايلتزم فيها المتدخل من الضمان.

أما في القانون الفرنسي فالمشرع لم يحدد معيارا لرفع دعوى الضمان بل اقتصر في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي،[3]مع الإشارة إلى أن هذه الدعوى يجب أن ترفع خلال ميعاد قصير يترك تقديره حسب طبيعة العيب وعرف الجهة فمحكمة استئناف باريس ترى أن تحديد المدة المعقولة لرفع دعوى الضمان تتأثر بطبيعة المبيع وطابعه الفني، فمثلا في مجال بيع الآلات الإلكترونية التي تتميز بتعقيدها ودقة تشغيلها فالعيب الموجب للضمان لا يمكن اكتشافه إلا بعد مرور وقت طويل، يتم فيه

[1]/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص135.

[2] / زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق ، ص 108.

[3]/ 1648: L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice. Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents.

فحص هذه الآلات وضبطها، وذلك عن طريق خبير يعينه القاضي المستعجل ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن هذه المدة القصيرة يبدأ سريانها من تاريخ اكتشاف العيب.[1]

ولتفادي شرط المدة القصيرة المنصوص عليها يرى بعض الفقه أن للمشتري أن يطلب إبطال العقد لغلط في الخصائص الأساسية للشيء، وفي هذه الحالة لا يطالب بالإبطال إلا إذا أثبت أن وقوعه في الغلط كان بسبب غش المنتج البائع له، وفي هذا المجال للمشتري وقت كاف للتمسك بالبطلان في خلال 05 سنوات من يوم علمه بالعيب وفقا للمادة 1305من القانون المدني الفرنسي.[2]

ويعتمد القضاء الفرنسي على أساس قرينة افتراض علم البائع بعيوب المبيع واعتباره سيء النية وقد قضى ببطلان هذه الشروط التي تؤدي إلى استبعاد الضمان القانوني، أو التقييد منه إعمالا لمصلحة المتدخل في مواجهة المستهلك، وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يعتبر تعسفيا الشرط الذي أدرجه البائع في ظهر طلب توريد المبيع، والذي جاء فيه أن المواعيد المحددة للتسليم ليست ملزمة، وأنها مجرد مواعيد استرشادية وأن الأخير في التسليم لا يعطي للمشتري الحق في فسخ أو مطالبة البائع بالتعويض حيث اتضح للمحكمة أن هذا الشرط يهدر شرطا آخر واردا في أصل العقد، ويسمح للمشتري بفسخ العقد واسترداد ما دفعه من ثمن بعد مضي تسعين يوم من تاريخ إنذار البائع بالتسليم، لكن هذا الإنذار لا يمكن حدوثه إلا بعد حلول أجل التسليم وهو مالا يملك المشتري أن يحدده لأنه رهن البائع كما ورد في الشرط المطعون فيه الأمر الذي دفع المحكمة إلى إلغائه.[3]

وتجيز المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي للبائع الذي يجهل إدراج هذه الشروط في عقده إذا كان البائع يعلم بوجود العيب وقت البيع فإن هذه الشروط تكون باطلة، ولا تنتج أي أثر ونظرا لأن العلم بالعيب مفترض في البائع المحترف فإنه يجوز له التمسك بتحديد الضمان أو الإعفاء منه بناء على شرط في العقد لأن مثل هذا يكون باطلا وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي.[4]

وإذا كان بطلان شروط الإعفاء من الضمان أو إنقاصه قد وجد أساسه ابتداء في أحكام القضاء التي ذهبت إلى افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع استنادا إلى قرينة سوء النية، هذه الاستفادة من الميزة التي تقررها المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي للبائع حسن النية، واختلف الفقهاء حول

---

[1]/ cour d'appel paris.27/01/1976.

[2]/1305 La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions

[3]/CASS. CIV . 16JUILL 1987 .D. 1987SOMM. 456. OBS AUBERT . J.C.P.1988.2.21001. R.T.D. CIV 1988 P 114.

[4]Calais-auloy jean,droit de consommation ,op,cit, p138.

صحة شرط الإعفاء من الضمان أو تحديده لما يكون المشتري مهنيا إلى ثلاث اتجاهات،[1]فذهب الرأي الأول إلى ضرورة الاعتداد ببنود تحديد الضمان أو إسقاطه التي ترد في العقود بين المهنيين على أساس أن افتراض العلم بعيوب المبيع الذي ألقى به القضاء على عاتق البائع المحترف كذلك بالنسبة للمشتري المهني فلا يكون هناك سبب لترجيح كفة على أخرى ،حيث لا يكون باستطاعة المشتري إبطال بنود الإعفاء إلا إذا اثبت سوء نية البائع أو خطئه الجسيم.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن تطبيق اتفاقيات تحديد الضمان أو استبعاده يتطلب توافر أربعة شروط وهي:

– ألا يكون الضرر الناجم عن المبيع قد أصاب المشتري في شخصه.

– وأن يكون المشتري قد قبل شرط عدم الضمان وهو على علم بالأخطار التي يتعرض لها، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان المشتري مهنيا من نفس تخصص البائع أو من تخصص مقارب له أو كان تخصص أحدهما يكمل تخصص الآخر.

– أن قبول المشتري للشروط قد جاء وليد إرادته الحرة وبعد مناقشته وألا يكون الشرط قد فرض على المشتري في عقد الإذعان.

– أن يكون العقد منصبا على أشياء يحتاجها المشتري لممارسة مهنته .

وذهب الإتجاه الثالث إلى تخفيف الشروط المطلوبة للاعتراف بصحة بنود تحديد الضمان أو استبعاده ومن ثم فهو يكتفي بكون المشتري من المتخصصين الفنيين الذي لهم الخبرة الكاملة والدراية الفنية التي يتعين عليهم كشف عيوب المبيع وأن يقبل بالشرط بمحض إرادته، مع علمه بالمخاطر التي قد يتعرض لها، أما القضاء فقد تردد بين اتجاه يقرر صحة الشروط[2] وآخر يقرر ببطلانها[3].

غير أن الأمر اختلف بعد صدور قانون 1978 في فرنسا فقد اختلف الشراح حول تحديد المقصود بكلمتي المهني والمستهلك، فمنهم من ضيق نطاق الحماية وحصر البطلان في الشروط التي ترد في العقد بين بائع مهني وبين المستهلك لتضل هذه الشروط صحيحة متى تمت بين مهنيين ولو كانوا من تخصصين مختلفين، وهناك من وسع نطاق الحماية بين المهنيين والمستهلكين والمهنيين من

---

[1]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

[2]/ الحكم الذي أصدرته الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية عام 1973 حيث ورد فيه :أن الشرط الذي يقضي بأن بيع السيارة المستعملة قد تم على مسؤولية المشتري المهني الذي يمارس نفس تخصص البائع ولا يجيز للأول أن يرجع بالضمان على الثاني الذي لم يثبت فيه أي غش / أشار إليه عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 72.

[3]/ حكم نفس الدائرة في 1975 إذ جاء فيه أن الصانع ملتزم بالعلم بعيوب الشيء الذي يصنعه ولا يستطيع بالتالي أن يحتج على المشتري ولو كان مهنيا بشرط تحديد الضمان المدرج في العقد أشار إليه عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 72.

تخصص آخر مختلف، رغم أن الاتجاه الأخير الأقرب للصواب إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتمدت الرأي الأول في حكم صادر عنها سنة 1993 أكدت فيه أن فكرة بطلان الشرط لا يجوز إثارتها في عقد تم بين مهنيين،[1] فهي ترى أن الشروط يجب قصرها على المستهلك بالمفهوم الضيق.

والمشرع الجزائري كمبدأ عام أجاز إنقاص الضمان أو اسقاطه بموجب المادة 384 من القانون المدني الجزائري بشروط محددة، فيبطل شرط إنقاص أو إسقاط الضمان إذا كان البائع عالما بعيب في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشتري غشا منه، وهو بمثابة اشتراط منه لعدم مسؤوليته عن الغش وهو أمر غير مشروع.

في حين أن المشرع الفرنسي يعتبر الشرط الذي يرمي إلى إنقاص أو إسقاط ضمان البائع المحترف للعيب في الشيء المبيع غير مكتوب، وبالتالي باطلا،[2]وقد كرسه القضاء الفرنسي استنادا إلى سوء نية البائع الذي يفترض فيه علمه بجميع العيوب الموجودة بالشيء المبيع وأخفاها قصدا عن المشتري.

من خلال ما سبق يمكن القول بأنه حتى وإن تمكن القاضي من إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الخطأ الجسيم أو الغش، فإن ذلك يستوجب الإثبات من قبل المستهلك وهذا شبه مستحيل، فالأحسن هو القضاء صراحة بإبطال هذا الشرط متى توافر في العقد واعتباره شرطا تعسفيا.

[1]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 73.
[2]/ وهو ما نصت عليه المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي.

المبحث الثاني: الآليات الإدارية المكرسة لمكافحة الشرط التعسفي:

يسعى المشرع دوما للجوء لأي طريقة من أجل إنقاص الضغط على الطرف الضعيف وتوفير حماية كافية له سواء عن طريق التدخل التشريعي ومنع التصرفات المجحفة بموجب نصوص خاصة أو عن طريق التدخل القضائي وتوسيع صلاحياته من خلال تفسيره لعبارات العقد أو إلغائه أو تعديله، غير أن هذه القواعد لوحدها لا تكفي، إلا بتدخل جهات أخرى إدارية وقائية تقف إلى جانب الطرف الضعيف وتمثله ولعل أهم الأجهزة التي وضعها المشرع هما لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك كما سنرى في هذا المبحث من خلال المطلبين الأول نخصصه لدراسة دور لجنة البنود التعسفية في الحماية من الشرط التعسفي أما المطلب الثاني نخصصه لدور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشرط التعسفي..

المطلب الأول: دور لجنة البنود التعسفية في الحماية من الشرط التعسفي:

إن ظهور لجنة البنود التعسفية يرتكز دورها في البحث في العناصر الموضوعية للشروط التعسفية التي يمكن أن تحتويها عقود الاستهلاك والجدير بالقول أن لجنة البنود التعسفية قد لعبت دورا كبيرا في حماية المستهلك عن طريق التوصيات التي تصدرها، خاصة وان الجميع يلجأ إليها سواء المشرع في حد ذاته أو القضاء أو المستهلك.

وسنبين في الفرع الأول كيفية تشكيل وإخطار لجنة البنود التعسفية بعد تحديد مفهومها أما الفرع الثاني نخصصه لتوضيح للآليات التي تملكها لجنة البنود التعسفية في مواجهة الشرط التعسفي.

الفرع الأول: تشكيل وإخطار لجنة البنود التعسفية:

نتناول أولا تشكيل لجنة البنود التعسفية ثم نتطرق إلى الطرق التي يتم بها إخطارها.

أولا: تشكيل لجنة البنود التعسفية:

أ/ تعريف لجنة البنود التعسفية:

هي عبارة عن تنظيم قضائي أوجده المشرع الفرنسي بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون معهم بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان.[1]

[1]/ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 135.

وقد نص المشرع الفرنسي على إنشاء اللجنة كسلطة إدارية تعمل على حماية المستهلك من الشرط التعسفي يعتبر جزء من منظومة تتناغم كل عناصرها دون أدنى تعارض من أجل تحقيق أهداف حمائية ذات صبغة وقائية باعتبار أن الوقاية أفضل من العلاج.[1]

ب/ تأسيس اللجنة: تأسست هذه اللجنة في فرنسا في 1978/1/10 ، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح[2]1995 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشرط التعسفي، فقد أعطى للجنة الحق في بحث الشروط المندرجة في عقود الاستهلاك للتأكد من عدم وصفها بالتعسف، ومن الجدير بالذكر أن المشرع نص على أنه للجنة الحق في إصدار تقرير سنوي يشمل ما قامت به من توصيات وهذا التقرير الذي يتم عادة نشره يمكن أن يحتوي على بعض التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى اللجنة أنه من المناسب فيها،[3] وهو حل تجنب فيه المشرع تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التي يراها تعسفية وجعلها من مهام هذه اللجنة وهي لا تقابل مجلس المنافسة لأنها لا تملك ما يملكه المجلس من صلاحيات فهي بمثابة جهاز استشاري فقط، والمشرع رخص للحكومة استشارة لجنة البنود التعسفية، كما أن هذا الاتجاه يتطابق وتقاليد القانون الفرنسي التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات.[4]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فهو الآخر اتبع نهج المشرع الفرنسي وأنشأ لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم فنص عليها في المادة 06 وعرفها بأنها: لجنة ذات طابع استشاري تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة يترأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة وهذه اللجنة تقوم بإعداد نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة.

من خلال هذا النص يتضح أن لجنة البنود التعسفية هي جهاز إداري استشاري على اعتبار أنها تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة لا يتمتع بالاستقلالية.

---

[1]/ ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 164.
[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 30.
[3]/ ابرهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 146.
[4]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 31.

تشكيل لجنة البنود التعسفية:

بالنسبة للمشرع الفرنسي نص في المادة 132 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه تتشكل اللجنة من 13 عضو:

- قاضيين أحدهما يكون رئيس والآخر نائبا له.

- شخصين مؤهلين في المجال القانوني وتقنيات العقود، يتم اختيارهم بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.

- أشخاص من ممثلي المحترفين.

- أشخاص من ممثلي المستهلكين.

- محافظ الحكومة التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة والاستهلاك.

و تعتبر لجنة البنود التعسفية حلا تجنب فيه المشرع الفرنسي تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشرط التعسفي، مفضلا أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية على تكوين لجنة البنود التعسفية على أنه :" تتكون اللجنة من الأعضاء الأتي ذكرهم:

- ممثل واحد عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية رئيسا.
- ممثل واحد عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو واحد من مجلس المنافسة.
- متعاملين اقتصاديين اثنين عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلين اثنين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق ، ص 30

إلا أن هذه المادة عدلت بموجب المرسوم التنفيذي 08-44 حيث وسع عدد أعضائها حسب نص المادة 8 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم التنفيذي 08-44 المعدل والمتمم للمرسوم 06-306 على أنه" تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

_ ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

– ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

_ ممثلان عن مجلس المنافسة.

– متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

– ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

– يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

تحدد هذه القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة و باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية.

ويتم تعيين الأعضاء لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدتهم بنفس الطريقة التي عينوا بها،[1]وعلى الأطراف الحضور الدائم لاجتماعات اللجنة وفي حالة الانقطاع النهائي لأحد الأطراف يتم استبداله بنفس الأشكال، و يتابع العضو الجديد مهام العضو المستخلف إلى غاية انتهاء العهدة ، وتنعقد اللجنة انعقادا صحيحا بحضور نصف الأعضاء على الأقل ومع ذلك يمكن للجنة أن تجتمع بعد 8 أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثان حتى وإن لم يكن قد بلغ النصاب وتداول مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، وتتخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، ويبلغ الأعضاء بحضور الاجتماع بواسطة إستدعاءات فردية إلى الأعضاء مع تحديد تاريخ الاجتماع و توقيته ومكانه وجدول أعماله قبل انعقاد الاجتماع بـ 15 يوم على الأقل غير أنه في الدورات الاستثنائية يمكن تقليص المدة إلى 8 أيام .

وتنص المادة 11 من نفس المرسوم على أنه يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية لحماية المستهلك أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، وتجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية

[1]/ المادة 9 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم .

باستدعاء من رئيسها كما يمكنها الاجتماع لدورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف الأعضاء على الأقل.

ولا يجوز لأي عضو من أعضاء اللجنة أن يشارك في أي مداولة يكون له مصلحة مباشرة له أو لأقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، وعند انتهاء المداولات تحرر في محاضر مرقمة ومرتبة وموقعة من طرف الرئيس وجميع الأعضاء.

من خلال تشكيلة لجنة البنود التعسفية سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي فإننا نلاحظ أن اللجنة تضم عناصر قضائية وعناصر إدارية ومستشارين في مجال القانون أو في مجال العقود، وعناصر تمثل المستهلكين والمهنيين، فالمشرع مثل جميع الفئات المعنية بمشكلة الشرط التعسفي في هذه اللجنة، وذلك حتى تقوم بمهامها بأحسن وجه وهذا يعكس وجه نظر المشرع في مقاومة الشرط التعسفي عن طريق أهل الخبرة والاختصاص وتمثيل كل الأطراف المعنية فضلا على أن هذه التشكيلة تمثل ضمانة للجدية لا لمجرد التشاور.

ثانيا/ إخطار لجنة لبنود التعسفية:

يمكن للجنة البنود التعسفية أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[1]. وتتم عملية إخطار اللجنة عن طريق البريد الالكتروني: *commissioncamc@gmail.com* ، أو عن طريق إيداع الإخطار على مستوى أمانة اللجنة المتواجدة على مستوى الإدارة المركزية لوزارة التجارة_ مديرية المنافسة (الطابق الثامن) أو إرساله عن طريق البريد إلى العنوان التالي: أمانة لجنة البنود التعسفية _ وزارة التجارة، الأبراج الثلاثة حي مختار زرهوني (حي الموز سابقا)_ المحمدية_ الجزائر العاصمة، علاوة على ذلك، فإن جميع الفاعلين الاقتصاديين لاسيما جمعيات حماية المستهلكين مدعوون لتقديم كل اقتراح أو شكاوى مفيدة في هذا المجال.

[1]/ المادة 11 من المرسوم 06_306 المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: الآليات المكرسة للجنة البنود التعسفية في مواجهة الشرط التعسفي:

نتناول مهام لجنة البنود التعسفية ثم دور لجنة البنود التعسفية في تفعيل الرقابة القضائية وإعادة التوازن العقدي.

اولا: مهام لجنة البنود التعسفية:

من خلال الدراسة السابقة يمكن القول أن مهام لجنة البنود التعسفية على مستوى التشريع الفرنسي تتمثل في:

– إعداد مشروعات لقرارات إدارية موضوعها تنظيم أو منع أو تقييد الشرط التعسفي في العقود النموذجية.

– التوجيه بإلغاء أو تعديل البنود التي تتضمن شروطا تعسفية.

– دورها في إعداد تقرير سنوي عن نشاطاتها متضمنا هذا التقرير اقتراحات بتعديلات تشريعية أو اللوائح الخاصة بتنظيم الشرط التعسفي.

ويرى الفقه أن قرارات هذه اللجنة غير ملزمة للأشخاص أو المشرع أو القاضي إذ ينحصر دور اللجنة في إبداء النصح والاقتراحات والتي تثمر عادة بصدور بعض التشريعات والتي تتطابق مع بعض اقتراحات هذه اللجنة، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد بين نطاق التعسف وذلك عندما أدرج قائمة بالشروط التعسفية التي تعد بطبيعتها تعسفية أو بحكم تطبيقها، فقد أوكلها إلى لجنة مواجهة الشروط التعسفية التي تصدر بين الحين والآخر قرارات تضم الشروط التي تعد تعسفية بحكم متغيرات الواقع العملي.[1]

وإذا تيقنت اللجنة أن هذه الشروط المفروضة على المستهلك تحمل الصفة التعسفية فإنها تقوم بإصدار توصية بتعديل الشروط أو إلغائها بالشكل الذي يضمن إعادة التوازن والتكافؤ بين المستهلك والتاجر، وهنا يظهر بوضوح مدى أهمية الدور الذي تلعبه لجنة مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، فهي تهدف إلى تحقيق نوع من التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها عقد الاستهلاك في مواجهة التاجر والمستهلك،[2] فهي تهدف إلى توحيد قانون الشروط التعسفية ومقاومتها وتطوير المبادئ التي تتضمنها العقود النموذجية التي يعرضها المهنيون على المستهلكين.

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق ، ص 190.
[2]/ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 147.

فوجود هذه اللجان يمثل وسيلة ضغط معنوي على المتدخل ما يجعلهم يعزفون عن تضمين عقود الاستهلاك مثل هذه الشروط التعسفية، لأنهم يعلمون جيدا أن لجنة مكافحة الشروط التعسفية تقف بالمرصاد لكل محاولة إجحاف يمارسها الطرف القوي على الطرف الضعيف حيث تقوم اللجنة بفحص نماذج العقود وتبحث عن الشروط التي تتصف غالبا بالطابع التعسفي ثم تصدر توصيات باستبعادها .

ويرى البعض أن هذا الدور لا يعكس سوى قيمة أدبية لتوصيات لجنة مكافحة الشروط التعسفية التي لا تتصف بأي طابع إلزامي كما أنها ذات طبيعة إدارية ولا تتمتع بأي دور تشريعي أو قضائي فهي وسيلة ضغط على التجار لا غير،[1]فهي لا تتمتع بأي صفة إلزامية إلا إذا تم تطبيقها من قبل مرسوم يصدر عن مجلس الدولة.

أما على مستوى التشريع الجزائري فإن لجنة البنود التعسفية تكلف لا سيما بالمهام الآتية[2]:

– تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.

– يمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.

– يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

كما يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية، وكل جمعية لحماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك.

– اكتشاف و حذف جميع بنود العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والتي تعتبر تعسفية و غير قانونية أي البنود التي يقوم من 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.

_ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

–الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.

– يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين بكل الوسائل الملائمة.

---

[1]/ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع نفسه، ص 149.

[2]/ انظر المواد رقم 7+11 وما بعدها من المرسوم 06-306المعدل والمتمم

وزيادة على ذلك يمكنها تعداد أو نشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة، وتقوم كل سنة بإعداد تقارير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة.

ثانيا: دور لجنة البنود التعسفية في تفعيل الرقابة القضائية وإعادة التوازن العقدي:

تقوم لجنة البنود التعسفية ذات الرأي الاستشاري بمراجعة العقود النموذجية المطروحة في الأسواق على غير المحترفين كما تضطلع بكل ما يهدف إلى بيان الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية ويقوم الوزير المنوط به مهمة حماية المستهلك بنشر هذا التقرير.[1]

ويتمثل دور اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات، كما أن اللجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل للشروط التي تحمل خاصية تعسفية، فاللجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين، وتبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسفا فإنها تصدر توصيات، إما بالإلغاء لتلك الشروط وإما تعديلها،[2]وهي في بحثها ذلك تقوم به وفقا للمعيار الذي وضعته المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهو معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات المتعاقدين، ذلك الاختلال الناتج عن الشرط التعسفي، والذي ذكرنا أنه مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه.

وأصبحت لجنة البنود التعسفية في 1993 تملك دور استشاري لدى القضاء الفرنسي،[3]وإن كان غير ملزم برأيها الاستشاري حول الشروط محل النزاع.

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

كذلك فإن الوزير المسؤول عن الاستهلاك، يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللجنة ذاتها، وأن هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعد اللجنة كل سنة تقريرا عن نشاطها وتعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة، وينشر هذا التقرير.[4]

---

[1]/ المادة 36 و 37 من قانون 1978/01/10.
[2]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 234.
[3]/ وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993.
[4]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 235.

لكن هذه اللجنة ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية، أي أن توصياتها ليست لها أي صفة إلزامية فهي لا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين، ويعتبر قصر سلطتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشروط، كما أن هذا الاتجاه يتلاءم مع تقاليد القانون الفرنسي التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات.[1]

نلاحظ أن توصيات لجنة البنود التعسفية وإن لم يكن لها قوة إلزامية، إلا أنها تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين، فدورها يعتبر دورا تحريضيا بحتا ولتفعليه أكثر لا بد من دعم تشكيلتها لاسيما بأعضاء ممارسين منتمين لسلك القضاء لما لهم من خبرة ومن جهة أخرى توسيع اختصاصاتها عن طريق دعم دورها الاستشاري لاسيما بشأن النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بمهامها والأهم من ذلك إضفاء الصبغة الإلزامية على بعض مهامها ولم لا الرقي بها لمصاف هيئات الضبط المستقلة.[2]

وبخلاف المراسيم التي تمنع الشرط التعسفي، لا يمكن أن تكون توصياتها فعالة إلا إذا وجدت دعاية واسعة[3]، وقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها حتى عام 1999 الخمسين توصية، تتضمن كل واحدة منها العديد من الشروط، منها ما هو ذو طابع عام[4]، ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة[5].

إلا أنه رغم عدم إلزامه بهذه التوصيات، فإن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد بها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين،[6]كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة،[7]وعموما فإن توصيات لجنة البنود التعسفية ليست مولدة لقواعد يفتح تجاهلها طريق الطعن بالنقض[8].

---

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 31.

[2] / أحمد خديجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2016، ص165.

[3]/ Calais-auloy jean droit de la consummation op,cit, p 142.

[4]/ و أهمها تلك المتعلقة بعقود الضمان (رقم 79-01)، الطعون القضائية (رقم 08- 03)، آجال التسليم (رقم 80- 06).

[5]/ وهي أكثر عددا أهمها تلك المتعلقة بشراء أشياء التأثيث (رقم 80- 05) ، تركيب المطابخ (رقم 82- 03) ، النقل البري للأشخاص (رقم 84- 02) شراء سيارة (رقم 85-04) ، الإيجار مع خيار الشراء (رقم 86- 01)، عقد بناء مسكن فردي (رقم 91- 03) بطاقات الوفاء (رقم 94- 02) إيجار

[6] –/Civ. 1 er ch., 10 Février 1998 .

[7]/ حيث أصدر المشرع الفرنسي عدة تشريعات مستهديا بتوصيات اللجنة منها: القانون المؤرخ في 23 جوان 1989 المتعلق بوكالات الزواج، وقانون 6 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن، وقانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، وقانون 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي، وأخيرا قانون 18 جويلية 1992 المتعلق بآجال التسليم والذي أصبح يشكل حاليا المادة 114- 1 من قانون الإستهلاك.

[8]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 32.

والجدير بالذكر أن اللجنة في دراستها لنماذج العقود المعروضة على المستهلكين، فإنها تدرس نظام الشروط وطريقة صياغتها وطريقة طباعتها، حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة، وهي مسألة مهمة، ولا يجب الاستهانة بطريقة صياغة تلك الشروط الخاصة بالضمان وغيرها لتأثيرها على تنوير رضا المستهلك، وفي ذلك تحقيق لنوع من التوازن العقدي في شروط العقد.[1]

أما بالنسبة لاختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حد كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، (انظر المادة 07 من مرسوم 06- 306 المعدل والمتمم).

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 (المادة 12 من المرسوم).

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، على غرار المشرع الفرنسي، ويتضح أن عمل هذه اللجنة هو عمل ذو طابع إداري وليس للجنة أية سلطة قضائية أو تشريعية بمعنى آخر إن توصياتها ليست لها صفة إلزامية، بل تمارس على المهنيين لمجرد الضغط أو الالتزام الأدبي،[2]على الرغم من النقد الموجه لها غير أنه في الواقع العملي نلاحظ دورها الإيجابي فهي تستخدم كمرشد للقاضي في التعرف على الشرط التعسفي في المنازعات التي يفصلها ويؤكد ذلك ما يمكن ملاحظته من مسلك القضاء الفرنسي الذي يظهر تبنيه لآراء اللجنة في العديد من المنازعات المنظورة أمامه،[3]ولا يستهان بالدور الذي تلعبه اللجنة في دراستها لنظام الشروط التعسفية وطريقة صياغتها وطباعتها، وعليه فإن للتوصيات المقدمة من قبل اللجنة دور كبير في اعلام المستهلك وتبصيره بالمعلومات والبيانات الضرورية والجوهرية للتعاقد والتي من شأنها أن تعيد جزءا من

---

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 235.

[2]/ وقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها منذ نشأتها إلى غاية 1999 خمسين توصية تتضمن العديد من الشروط، أشار إليها محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 36 ومابعدها.

[3]/ ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 150.

التوازن العقدي الذي اختل بسبب عدم التعادل بين المركزين من الناحية المعرفية والاقتصادية، وتتميز عقود الاستهلاك بوجود التفاوت في المعلومات بين طرفيها وإن قيام اللجنة بتحديد الشروط التي تعد تعسفية يعد وسيلة فعالة لإعلام المستهلك بصفة تعسفية في الشروط العقدية .

ويعد هذا الأسلوب وقائيا إذ تقوم اللجنة بدراسة وتحليل الشروط المدرجة في العقود لاستخلاص الصفة التعسفية فهي تقوم بنشرها وإصدار توصيات بعدم إدراجها في العقود ومن شأن ذلك تزويد المستهلك بالمعلومات التي من شأنها تنوير رضاه غير، أن ما يقلص من فعالية هذه التوصيات هو عدم توافرها على الصفة الالزامية.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن توصيات لجنة البنود التعسفية تتمتع بقيمة قانونية كبيرة، طالما أن المستهلكين يطالبون غالبا بتطبيقها أمام القضاء الذي أصبح يهتم بتوصياتها والوقوف على آخر آرائها، فالتوصيات الصادرة منها والتي لم يتم تطبيقها بمرسوم صادر من مجلس الدولة لا تكون عديمة الأثر أو الفعالية القانونية، ففي الواقع يتمسك المستهلكون في دعاواهم القضائية بالتوصيات الصادرة من اللجنة المذكورة كما قد يكون لهذه التوصيات أثرا في إختيار القاضي للحل الذي يطبق على النزاع.[1]

يمكن القول بأن لجنة البنود التعسفية لعبت دورا كبيرا في مساعدة المشرع عند وضع نظام القائمة، كما ساهمت بدور فعال في دعم القضاء أثناء نظر المنازعات التي يكون محلها البحث عن توافر الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، وإلى جانب ذلك فإنها أعطت المستهلكين وسائل مساعدة وجعلتهم يستطيعون المطالبة أمام القضاء، والتمسك بوجود شروط تعسفية في العقود التي يتحكم المحترفون في محتواها مسترشدين في ذلك بتوصيات اللجنة، وما نصت عليه من شروط تتوافر على وصف التعسف.

فالدور الذي تلعبه اللجنة هو دور البوليس التعاقدي فهي تعمل جاهدة منذ إنشائها على تحقيق هدف مزدوج فهي من جهة تهدف إلى توحيد قانون الشرط التعسفي، ومن جهة أخرى تنوير رضا المستهلك، كما أنها تعتبر حلا لتجنب اللجوء للقضاء والتخفيف عنه، وبالتالي أداة لتجسيد أسلوب الحوار على أسلوب الإكراه، ورغم الانتقادات الموجهة لها إلا أنها حققت نتائج إيجابية خطت بها نحو تحقيق حماية فعالة للمستهلك[2]، فالوسائل الوقائية هي الثمرة الحقيقية للتعامل المباشر مع الشرط التعسفي الذي تحاربه جميع النظم القانونية.

---

[1]/ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 152.

[2]/ صوالح محمد اعمارة، جبارة نورة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري،المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد5، عدد 2، سنة 2021، ،ص 186.

المطلب الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشرط التعسفي:

إن جمعيات الحماية والدفاع عن المستهلكين تهدف أساسا إلى تمثيل المستهلك قصد ضمان الحفاظ على سلامته والدفاع عن مصالحه وهي عبارة عن منظمات حديثة النشأة، فهي وليدة القرن العشرين حيث مهدت لظهورها العديد من الظروف والأسباب التي ساهمت على انتشارها في عدة دول بما في ذلك الجزائر التي عرفت هي الأخرى ظهور هذه التنظيمات. وقبل التطرق إلى دور الجمعية في تمثيل المستهلك ورفع الدعاوى سنقوم أولا بتعريف بجمعيات حماية المستهلك باعتبارها عقد ثم تعريف جمعيات حماية المستهلك باعتبارها شخص معنوي وذلك من خلال تقسيم الفرع الأول إلى دراسة الدور التوعوي والإعلامي لجمعيات حماية المستهلك لمكافحة الشرط التعسفي وفي الفرع الثاني نتناول الآليات القضائية لجمعيات حماية المستهلك لمكافحة الشرط التعسفي.

الفرع الأول: الدور التوعوي والإعلامي لجمعيات حماية المستهلك لمكافحة الشرط التعسفي :

قبل التطرق إلى الدور التوعوي والإعلامي لجمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفي لابد من ضبط مفهوم هذه الجمعية والتفريق بين مفهومها باعتبارها عقد ثم تعريف الجمعية باعتبارها شخص معنوي .

أولا: مفهوم جمعيات حماية المستهلك :

أ/ تعريف جمعيات حماية المستهلك: نتطرق إلى تعريف الجمعية أساس أنها عقد ثم تعريفها باعتبارها شخص معنوي.

عرفها المشرع الجزائري في المادة 2 من القانون الملغى رقم 90_31 بقوله أن الجمعية عبارة عن اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي ولغرض غير مربح، كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة أو غير محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص، ويجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة وأن تكون تسميتها مطابقة له، وهذا التعريف يقترب إلى حد كبير من تعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي في المادة 1من في قانون 1901 المتعلق بالجمعيات.

في حين أنه يختلف تماما عن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات[1] في المادة 2 بقوله:" الجمعية هي تجمع أشخاص يتفقون لمدة محددة أو غير محددة على جعل معارفهم وأعمالهم المشتركة فيما بينهم قصد تحقيق هدف معين لا يدر ربحا ويخضع هذا الاتفاق لأحكام القانون وكذا القوانين والأنظمة الجاري العمل بها، وكذلك قانونها الأساسي النموذجي المحدد عن طريق التنظيم ويجب أن يعين هدف الجمعية دون غموض ويكون اسمها مطابقا لها".

فالمبدأ هو أن الجمعية عبارة عقد وهو ما يتضح من خلال عبارة "اتفاقية" وعلى أساس تعاقدي و إن كان المشرع الفرنسي أكثر دقة في هذا المجال وبما أنها عقد فإن إنشاؤها يخضع لمبدأ حرية التعاقد، والذي تنشأ عنه القوة الملزمة للعقد أساسها مبدأ سلطان الإرادة، وهذا الأمر يتأكد من خلال نص المادة 6 من القانون 06/12 حيث جاء فيها ما يلي: تؤسس الجمعية بحرية من قبل أعضائها المؤسسين"، ومعنى ذلك أن إرادة المتعاقدين التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد وبالتحديد محل العقد وهدفه وآثاره، وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجد المادة 54 منه عرفت العقد بأنه :"كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"،غير أن الملاحظ لهذا التعريف يجده يتضمن الالتزام والعقد معا، وعليه جاء الفقه بتعريف أكثر دقة هو الذي يعتبر العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني أو هو تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله.[2]

وتتكون جمعية حماية المستهلك عن الأقل من 15 عضو و هذا ما نستخلصه من المادة 6 التي تنص على أنه:" تتكون الجمعية إثر جمعية عامة تأسيسية تجمع 15 عضو مؤسسا على الأقل"، على عكس المشرع الفرنسي الذي لا يشترط عددا معينا لاستثناء جمعية بل يكفي أن يتفق على الأقل شخصان على إنشاء جمعية فيصبح لها وجود قانوني ويعتد بانعقادها، وربما كانت غاية المشرع وراء ذلك هي تشجيع الحركة الجمعوية ودعم أكبر لمبدأ حرية انشاء الجمعيات .

وبما أن الجمعية عقد فإنه طبقا للقواعد العامة يشترط لقيام أي عقد توافر الأركان الثلاث التالية: الرضا المحل ، السبب، بالإضافة إلى ركني المدة، والشكلية.

[1]/ القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات الصادر في 2012/01/12، جريدة رسمية عدد 02 الصادرة في 2012/01/15.

[2]/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 424.

ب/ التعريف بجمعيات حماية المستهلك باعتبارها شخص معنوي:

نجد المشرع الجزائري تدارك الغموض الموجود في التشريعات السابقة وعرفها في القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات بأن الشخص المعنوي بصفة عامة هو شخص قانوني تكون له شخصية مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وينشأ الشخص المعنوي عادة عن تجمع أموال كما هو في نص المادة 49 من القانون المدني الجزائري:" الأشخاص الاعتبارية هي ..... والجمعيات.... وكل مجموعة يمنحها القانون الشخصية القانونية بها".

وجمعية حماية المستهلك على الرغم من إنها ذات طبيعة خاصة وتنشأ على أساس تعاقدي بين أعضائها، إلا أن ذلك لا يمنع من اكتسابها الشخصية المستقلة عن أعضائها بل إن منحها الشخصية المعنوية القانونية هو ضروري لتحقيق الهدف الذي وجد من أجله هذا العقد.

ثانيا/ أهداف جمعيات حماية المستهلك:

ومن أهداف الجمعية أنها لا تسعى لتحقيق الربح حسب المادة 21 من القانون 09-03 التي تنص على أن: "كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامة وتحسيسه وتوجيهه و تمثيله".

- كما تهدف جمعيات حماية المستهلك للدفاع عن حقوق ومصالح المستهلك وقد حرص المشرع على العمومية في النص حتى لا تتقيد الجمعيات في عملها بمجال محدد من مجالات حماية المستهلك.

- وهي تمثل المستهلكين جميعا ومجانا لدى الهيئات والإدارات الرسمية وتجاه المهني أو المتدخل وكذلك التقاضي بهدف الحفاظ على حقوقهم.

- جمع معلومات وتحاليل واختبارات ومقارنات الخاصة بالسلع والخدمات وكيفية استعمالها.

- القيام بحملات التوعية والإرشاد للمستهلكين وإصدار المجلات والنشرات والمطبوعات وإعداد البرامج الإعلامية والإذاعية التي تبث عبر وسائل الإعلام بقصد توعية المستهلك وذلك بشرط احترام الضوابط القانونية ذات الصلة.

- المساهمة في خلق علاقات ثقة وتعاون بين المستهلك والمتدخل والمشاركة في الحوار والتشاور مع الجهات المعنية.

– إجراء الدراسات والبحوث المرتبطة بحماية المستهلك[1] .

أما المادة 23 من قانون حماية المستهلك المصري فإنها تحدد اختصاصات أو أهداف جمعيات حماية المستهلك فيما يلي:

– حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها، وهو الشيء الذي تتماشى معه المحاكم الفرنسية، حيث قررت أنه لا مجال لإعمال المادة 2 من المرسوم 1978/03/24 مقررة استبعاد الشرط المعفي من المسؤولية وأن التاجر الذي يعمل في مجال المجوهرات ليس له دراية في مجال الطباعة والنشر، كما أنه في مجال تطبيق قانون 1988/01/05 فإنه يسمح لجمعيات حماية المستهلك أن تطلب من القضاء المدني تطبيق الغرامة التهديدية واستبعاد الشرط التعسفي وذلك في العقود النموذجية المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين.[2]

– عمل مسح ومقارنة الأسعار وجودة المنتوجات والتأكد من صحة البيانات الخاصة بها والتي تحد محتواها وإبلاغ الأجهزة المعنية بما يقع من مخالفات في هذا الشأن.

– تقديم المعلومات للجهات الحكومية المختصة عن المشاكل المتعلقة بحقوق ومصالح المستهلكين وتقديم مقترحات لعلاجها.

– تلقي شكاوى المستهلكين والتحقق منها والعمل على إزالة أسبابها.

– معاونة المستهلكين الذي وقع عليهم الضرر من جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة في تقديم الشكاوى للجهات المختصة، واتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم .

– المساهمة في نشر ثقافة حقوق المستهلك وتوعيته بحقوقه وانشاء قواعد البيانات اللازمة لأداء اختصاصها، ويحظر على جمعيات حماية المستهلك والاتحاد النوعي لهذه الجمعيات تلقي المنح أو الهبات أو التبرعات من الموردين أو المعلنين.[3]

في الواقع نجد أن جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر لم تلعب دور فعال في التحسيس والتوعية و لا في الدفاع عن مصالح المستهلكين فلم تبلغ بعد الهدف المحدد لها وخاصة بعد أن تزاحمت السوق الجزائرية بالمنتوجات المحلية والأجنبية المستوردة وظهور أساليب الغش والتقليد في المنتوجات

[1]/ مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق، ص 216
[2]/ ابراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 49.
[3]/ قانون حماية المستهلك المصري، رقم 67 لسنة 2006

وانعدام مطابقتها للمواصفات والمقاييس القانونية والتنظيمية[1]، ولبلوغ الأهداف المرجوة يجب تدعيم وتقويم الأجهزة المكلفة بالسهر على مراقبة الجودة وقمع الغش ومنع أي شرط من شأنه الإخلال بالعلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني: الآليات القضائية المكرسة لجمعيات حماية المستهلك لمكافحة الشرط التعسفي:

تفاديا لتقاعس المستهلكين في رفع دعاوى إبطال الشرط التعسفي، بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي، فالتشريعات ذهبت إلى حل المشكلة عن طريق منح جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين.

تعتبر الحماية القضائية من أفضل الطرق التي توفر أكبر حماية ممكنة للطرف الضعيف في مجال الشرط التعسفي من خلال تدخل القاضي غير أن هذا الإجراء يثقل كاهل الطرف الضعيف خاصة عند رفع الدعوى وإتباع الإجراءات القانونية اللازمة واحترامها ، وهنا يتجلى دور جمعيات حماية المستهلك في تمثيله أمام القضاء[2].

وتعتبر الدعاوى الجماعية كآلية تهدف الى تحقيق عدة اهداف كونها آلية ردعية لمعاقبة المنهي مدنيا بسبب الضرر الذي ألحقه للزبون فضلا عن تعويض المستهلك من جهة إلى جانب كونها آلية للحد من تصرفات المؤسسات مستقبلا.[3]

ففي فرنسا نجد المادة 64 من قانون ROYER نصت على حق الجمعيات القائمة على حماية المستهلك والمرخص لها بذلك في رفع الدعوى المدنية أمام كافة أنواع المحاكم وذلك عن الأعمال التي تضر مباشرة أو بصورة غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين، غير أن القضاء الفرنسي لم ينتظر حتى صدور القانونROYER وقرر هذا الحق لجمعيات حماية المستهلك من الدعاية الكاذبة[4] بصدور قانون 1973/12/27 بشأن الدعاية الكاذبة، فقد رخص لجمعيات حماية المستهلك بالإدعاء بالحق المدني أمام المحكمة الجنائية التي تنظر في الدعاية الكاذبة، كما خول قانون 1978/01/10 المتعلق بحماية واعلام المستهلك لجمعيات حماية المستهلك الحق في طلب انعقاد لجنة البنود التعسفية للنظر

---

[1]/ علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 68.

[2]/ Naim Sabik, Le rôle de la propriété industrielle dans la protection du consommateur, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université Jean Moulin Lyon 3 ,le 10 mai 2010,p237 .

[3] / بن حملة سامي، الاهتمام التشريعي بحقوق المستهلكين، مقاربة جديدة ضمن التشريعات الحديثة، التشريعان القطري والجزائري نموذجا، المجلة الدولية للقانون ، المجلد الثالث عشر، العدد المنتظم الأول 2024.

[4]/ غير أنه ألغى هذه المادة من هذا القانون بمقتضى أحكام القانون 1988/01/05 والذي يتعلق بالدعاوى الجماعية لجمعيات حماية المستهلك .

فيما إذا كان أحد الشروط الواردة في نموذج العقد بين المهني والمستهلك تعسفيا تمهيدا لحذفه أو تعديله ولرفع الدعوى من طرف الجمعيات، لابد أن تكون هذه الجمعيات مرخص لها بذلك، وشرط الترخيص هو شرط شكلي وشروط أخرى موضوعية تتمثل في الضرر المباشر أو غير مباشر يمس المصالح الجماعية للمستهلك،[1]ويشترط في الضرر أن يكون جماعي وأن يشكل هذا الاعتداء جريمة في نظر القانون الجنائي.[2]

وقد حرص المشرع الفرنسي في القانون 1988/01/05 المتعلق بدعاوى جمعيات حماية المستهلك حيث سمح لها بالتدخل أمام الجهات القضائية[3] وبإعلام المستهلك إما أثناء نظر إحدى الدعاوى أو بدعوى مبتدئة بهدف وقف الممارسات غير المشروعة من قبل أحد المهنيين، والتي ترتب عليها حدوث ضرر أو يحتمل أن يحدث ذلك أو أن تطلب إلغاء أو حذف أحد الشروط التعسفية المدرجة في نماذج العقود.

ووفقا للمادة 2/37 من قانون 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك فإنه يجوز لجمعيات حماية المستهلك النظر فيما إذا كانت أحد بنود العقد المبرم بين المهني والمستهلك يمكن أن يكون تعسفيا فإذا ثبت للجنة أن هذا البند تعسفيا كان لها أن تطلب إلى الوزير المختص بالاستهلاك اتخاذ الإجراء اللازم نحو حذف هذا البند أو تعديله.

كذلك نجد القانون الفرنسي المتعلق بالدعوى القضائية لجمعيات حماية المستهلك[4] قرر بأن لها الحق في اللجوء للقضاء وتمثيل المستهلك وتنص المادة 03 من القانون المذكور على: أن جمعيات المستهلكين المشار إليها في المادة الأولى أي التي تتوفر على شروط التأسيس التي يتطلبها القانون" والتي تباشر دعواها وفقا للشروط المحددة في هذه المادة ويجوز لها أن تطلب إلى المحكمة المدنية التي تنظر في الدعوى المدنية أو المحكمة الجنائية التي تنظر في الدعوى المدنية أن تأمر المدعى عليه أو المتهم (تحت تهديد الغرامة عند الاقتضاء) بوقف ممارسات غير مشروعة أو بحذف شرط غير مشروع من العقد أو نموذج العقود التي يتعامل بها مع المستهلكين.

---

[1]/ أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة مصر،دون طبعة، سنة 2007، ص 273.

[2]/ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 273.

[3] / زبيري بن قويدر، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة البحوث السياسية والإدارية، عدد 3،سنة 2008، ص181.

[4]/ قانون 1988/01/05 المتعلق بدعاوى جمعيات حماية المستهلك واعلام المستهلك .

أما المادة 05 من نفس القانون تعطي لهذه الجمعيات حق التدخل أمام المحاكم المدنية للمطالبة باتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في المادة 03 وذلك إذا كان موضوع الدعوى الأصلية وهو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمستهلك أو مجموعة من المستهلكين بسبب وقائع لا تشكل مخالفة جنائية.

في حين تعطي المادة 06 من نفس القانون للجمعيات حق التدخل أمام القضاء المدني بدعوى مبتدأه لمطالبة المحكمة بأن تأمر تحت الغرامة التهديدية عند الاقتضاء بحذف الشروط التعسفية الموجودة في نماذج الاتفاقيات التي يعرضها المهني عادة على المستهلك.

والشروط المعنية هنا هي كل شرط ترى المحاكم أنه تعسفي سواء صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهرا.[1]

فالمشرع الفرنسي رخص لجمعيات حماية المستهلكين حق رفع دعوى مدنية مقترنة بالدعوى الجنائية، بأن أضاف مادة جديدة لقانون 05 جانفي 1988، مرقمة بـ 8-1تلي المادة 08 منه ومفادها أنه عندما تلحق أضرارا مادية بعدد من المستهلكين من الأشخاص الطبيعيين المعروفين والتي حدثت من جراء فعل المهني نفسه، ويكون مصدر هذه الأضرار مشتركا، فإن لجمعيات الدفاع عن المستهلكين، وذلك بعد حصولها على وكالة من قبل اثنين من المستهلكين المعنيين على الأقل، أن تدعي بحق مدني أمام أي جهة قضائية جنائية باسم هؤلاء المستهلكين، ويجب أن تكون الوكالة مقدمة كتابة من قبل كل مستهلك، وبوسع الجمعية في هذه الحالة أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم، وإن لم يوجد فأمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين".[2]

صحيح أن قانون 1988/01/05 يقيد الحق في الإدعاء المدني على الحالات التي يعد فيها الإعتداء على المصالح الجماعية للمستهلكين جريمة جنائية إلا أنه استثنى من ذلك حالتين يجوز فيها رفع الدعوى المدنية بالتعويض حتى ولو كانت المخالفة لا تعتبر جريمة جنائية [3]هما:- حالة المطالبة بإزالة الشرط التعسفي (المادة 06 من القانون) وحالة تدخل الجمعية في دعوى مرفوعة سابقا من أحد الناس (المضرور كفرد) بحسب نص المادة 05 من القانون السالف الذكر.

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 263.
[2]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع نفسه، ص 264.
[3]/ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 288.

وتكمن أهمية هذه الدعوى في أنها تعطي للجمعية حق التدخل في الدعوى وتمنح القاضي إمكانية رقابة خاصية التعسف في الشروط العقدية، إضافة إلى ذلك أنها تؤدي إلى تحسين وضع المستهلك الذي يرفع دعوى أمام القضاء، فالدعاوى الفردية قد ثبت، ومنذ وقت طويل أنها مقيدة ولا تشجع المستهلك على ملاحقة المهني أمام المحاكم نظرا للنفوذ الاقتصادي لهذا الأخير، والمصاريف القضائية وطول وتعقد الإجراءات تمنعه من رفع الدعوى هذا من ناحية، وأن تعدد الدعاوى الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة، ويؤخر كذلك إقامة قضاء مستقر من ناحية أخرى . أصبح بمقتضى القانون الصادر في 1988/01/5 الفرنسي للجمعيات الصفة للالتجاء إلى المحاكم المدنية لإصدار أوامر بإلغاء الشرط التعسفي، مع تدعيم الأمر بصدور غرامة تهديدية.[1]يبدو أن الحماية الجماعية في فرنسا من الشرط التعسفي عاجزة في قانون 1978 وذلك نظرا لعجز وعدم كفاية الحماية الفردية وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض الفرنسية من أنه : يجوز لجمعيات حماية المستهلك أن تمارس حقها الممنوح لها عن طريق التدخل الإرادي في دعوى مرفوعة من قبل مستهلك ما.[2] فبعد تعديل 1995 لقانون الاستهلاك الفرنسي أصبح جائزا لجمعيات المستهلكين الحق في رفع نفس الدعوى ضد المنظمات والهيئات المهنية التي درجت على وضع شروط عامة موحدة تستعمل من قبل المحترفين من أعضائها في عقودهم مع المستهلكين.[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه اتبع خطى المشرع الفرنسي وأعطى هو الآخر لجمعية حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة الحق في رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02 بقولها: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية[4]، فيمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم"، وبذلك يكون المشرع قد تبنى مفهوم أكثر توسعا عندما مكن الجمعيات من رفع هذه الدعوى أمام المحاكم

[1]/ قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 276.

[2]/ civ. 1re.6 janvier 1994 .

[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 34.

[4]/ المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:"يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر ...."

الجزائية حتى ولو لم يلحق ضرر بالمستهلكين و الهدف من ذلك هو ألا يفلت المخالف لأحكام قانون حماية المستهلك من الجزاء.[1]

فجمعيات حماية المستهلك إضافة إلى دورها في مجال التحسيس، والإعلام والتوعية وتمثيل المستهلك والدفاع عن مصالحه فيحق لها القيام بأي تصرف يمكن أن يقوم به المستهلك بنفسه مثال:

– أن يقوم بدراسات وإجراء خبرات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها ومسؤوليتها وعلى هذا الأساس يمكننا تفعيل الرقابة القضائية وذلك من خلال ممارستها حق البحث و التحري حول الجرائم و المخالفات التي يحكمها قانون حماية المستهلك في بعض المنتوجات كعدم توفر المقاييس و المواصفات القانونية والتنظيمية للمنتوج.

ولقد سمح المشرع الجزائري لجمعيات حماية المستهلك بالدفاع عن الحقوق والمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر اللاحق بهم، ثم توسع دورها وأصبح لها الحق في رفع الدعوى ضد المتدخل الذي قام بالمخالفة ومكنها من التأسيس كطرف مدني أو تحريك الدعوى العمومية أمام الجهات القضائية المختصة على أساس الخطأ الجزائي.

في حين المشرع الجزائري لم يكتف بمنح جمعيات حماية المستهلك حق رفع الدعوى جبرا للضرر الذي أصاب المستهلكين أمام الجهة القضائية المدنية نتيجة خطأ مدني بل خول لهم تحريك الدعوى العمومية أمام الجهات القضائية المختصة على أساس الخطأ الجنائي.[2]

[1]/ علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 67.
[2]/ علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 67.

الفصل الثاني: دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي والجزاء المترتب عليه:

لا بد من توسيع دور القاضي في إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية ومكافحة كل شرط من شأنه إرهاق أحد المتعاقدين أو يعطي امتيازات لأحدهما على حساب الطرف الأخر، خاصة التدخل في مال تفسير عبارات العقد سواء كانت واضحة أو غامضة للوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقد أو من جهة تعديل وإلغاء كل شرط من شأنه إلحاق اختلال بتوازن العقد دون أن ننسى الطرق البديلة التي جاء بها المشرع لفض النزاع دون اللجوء إلى الدعاوى سواء كانت دعوى جزائية أو دعوى مدنية وهو ما يدفعنا إلى الحديث عن الجزاء المنصوص عليه في القانون المدني من خلال قواعد عقد الإذعان أو الجزاء المنصوص عليه في قوانين حماية المستهلك من جراء إدراج هذا النوع من الشروط التعسفية في العقد وقد إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى: المبحث الأول نتناول فيه دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي وخصصنا المبحث الثاني لدراسة الجزاء المترتب على الشرط التعسفي.

المبحث الأول: دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي:

تمنح جميع القوانين الدور الأساسي والجوهري لإرادة الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن الثابت أن مبدأ حرية الإرادة يخول إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بغض النظر عن طبيعته وظروفه وتكافؤ المراكز الاقتصادية بين الطرفين، وما دامت لا توجد مساواة في المراكز القانونية الاقتصادية، فإن السماح لهم بإعطائهم الحرية في اختيار وتحديد العقد من شأنه ألا يسمح للطرف القوي أن يضحي بمصالح الطرف الآخر، لذا فإن النتيجة المترتبة على إقرار مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من شأنها إقصاء أية حماية يوفرها المشرع للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد.

غير أن مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد قد يكون السبب الرئيسي في إجحاف الطرف القوي في العقد للطرف الضعيف، لذا كان لزاما التدخل من القضاء إما من خلال تفسير عبارات العقد كما سنرى في المطلب الأول أو من خلال تعديل وإلغاء كل شرط يرى أنه مجحف وساهم في اختلال التوازن العقدي وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تفسير عبارات العقد:

يملك القاضي السلطة التقديرية الواسعة في تفسير عقد الاستهلاك على نحو يحقق حماية أكيدة للمستهلك وعلى الأخص تفسير الشروط الواردة في عقود الاستهلاك أيا كان نوعها بما يحقق مصلحة المستهلك، ليس لكونه طرفا مذعنا ولكن من خلال نظرية عقد الاستهلاك الذي لا يقتصر على عقد الإذعان بمفهومه التقليدي الذي ينفرد أحد أطرافه بوضعه جملة وتفصيلا في حين يقتصر دور الطرف الثاني على القبول دون نقاش بل إن الفقه يرى أن ذلك ينطبق على كل عقود الاستهلاك مستندا على اتساع نطاق التشريعات التي تحمي المستهلك وعدم ربطها بالإطار الضيق لعقود الإذعان.

وقسمنا هذا المطلب إلى فرعين : الفرع الأول يتعلق سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة والغامضة وفي الفرع الثاني صور تدخل القاضي في تفسير عبارات العقد.

الفرع الأول: سلطة لقاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة والغامضة:

يعتبر التفسير الوسيلة القضائية لإظهار إرادة المتعاقدين في العقد وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وتعني كل ما اتفق المتعاقدين عليه وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه فعبرا بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونه.[1]

وقد نصت المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1156 من نفس القانون على أنه في العقود يجب دائما البحث عن قصد المتعاقدين وعدم الاقتصار على المعنى اللغوي[2]، كما أنه يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يقصده المتعاقدين مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها، مع مراعاة ما تقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري.

وهو ماذهب إليه أيضا المشرع الجزائري من خلال المادتين 111و 112 من القانون المدني الجزائري في جعل القاضي يتدخل لتفسير العقد في حالتين: حالة وضوح عبارات العقد و حالة غموض عبارات العقد.

ويندرج دور القاضي في هذا الصدد في عملية تحديد مضمون العقد وتفسير أحكامه إعمالا للقواعد العامة، وعلى ذلك فإذا قام الشك حول حقيقة المقصود من الاتفاق فإن القاضي يفسر الشك لمصلحة المدين، ويعتبر العقد قائما لايفسخ عند الإخلال بالالتزام إلا بناء على حكم يصدره إستنادا إلى سلطته التقديرية في هذا الصدد.[3]

فتأويل العقد معناه أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة، ويهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يتمكن من تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها لكي يتسنى له تطبيقه.

ويتم التفسير بالبحث عن القصد الحقيقي للمتعاقدين متى كانت الإرادة غامضة غير واضحة فإذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة لا تثور مشكلة التفسير ويتم البحث عن قصد المتعاقدين عن طريق تحليل الإرادة بقصد الوصول إلى إرادتهما المشتركة لمعرفة الأمور التي تم الاتفاق عليها حقيقة والتي حصل النزاع بشأنها[4]، وتفسير العقد من عمل القاضي فهو صاحب السلطة على هذه العملية الدقيقة، غير أن

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 203.
[2]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 144.
[3]/ محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، دون طبعة، سنة 2007، ص57.
[4]/توفيق فرج، المرجع السابق، ص 222.

المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية بشأن تفسير العقود، بل ألزمه إتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية إلى تعديل العقد، وقد نادى الفقه الفرنسي بضرورة توحيد مبادئ التفسير القضائي للعقود النموذجية وأغلبها عقود الإذعان بحث لا تؤدي حرية القاضي إلى اختلاف الأحكام في شأن العقود ذاتها في النزاعات المختلفة.[1]

استقر الفقه والقضاء على أن التفسير لا يقتصر على تفسير الشروط الغامضة وإنما قد يمتد ليشمل كل شروط التعاقد حتى ما كان منها واضحا كما أنه يعطي للقاضي سلطة استنباط عدم التوافق بين هذه الشروط والإرادة الحقيقية المشتركة[2]، وهو نفس الموقف اتخذه المشرع الجزائري، والسبب هو جعل المقصر بخطئه يتحمل مسؤوليته عن صياغة بنوده تؤدي إلى اعتبار غموض أي بند من هذه البنود خطأ مرتبا لمسؤوليته ومؤديا إلى التزامه بتعويض الضرر الذي يصيب الطرف المذعن من جراء هذه الشروط.[3]

ذلك أن نصوص القانون المدني الفرنسي تفرق بين خصوص الإلتزام بالتعويض بين البائع سيء النية والبائع حسن النية، فالأول يعلم بوجود العيب ولم يكشف عنه للمشتري وهو لذلك يكون ملتزما فضلا عن رد الثمن كافة التعويضات للمشتري، أما الثاني فيجهل وجود العيب ثم لا يكون مسؤولا إلا عن رد الثمن الذي تلقاه فضلا عن المصاريف التي يتكبدها المشتري بسبب البيع.[4]

أولا / مدى تدخل القاضي في حالة وضوح عبارات العقد:

قد يكون المقصود بوضوح العبارة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة أي أن الألفاظ والكلمات والإشارات المستعملة قد عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي الذي اعتنق النظرية الباطنة[5]، وأخذ به المشرع الجزائري في المادة 111 من القانون المدني الجزائري فيمنع على القاضي الانحراف على العبارات الواضحة في العقد، وهذا على أساس افتراض أن الإرادة الظاهرة في هذه الحالة هي الإرادة الباطنة المعبرة عن النية المشتركة، وهي قاعدة جوهرية يقتضيها استقرار المعاملات، فالوضوح المشار إليه في المادة السابقة هو مدلول العقد ككل في جميع بنوده والعقد وحدة متصلة ببعضها ومتكاملة الأحكام يفسر بعضها البعض، مما يتطلب أن يكون

---

[1]/ ونجد أن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 2003/01/21 طبقت المادة 2/134 من قانون لاستهلاك الفرنسي وقضت بتفسير الشك لمصلحة المستهلك في قضية جمعت بين البنك وزوجين لأجل الحصول على قرض .

[2]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 39.

[3]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع نفسه، ص 40.

[4]/ المادة 1646و1645 من القانون المدني الفرنسي.

[5]/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 308.

العقد واضحا في دلالته الكلية وهو المقصود بالعبارة الواضحة، وعليه فلا يجوز للقاضي الانحراف عن هذا التعبير بحجة التفسير، غير أن هذا القول يقوم على افتراض يقبل إثبات العكس فإذا ثبت أن العبارة لا تعبر عن المقصود رغم وضوحها فإنه يمكن العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود شريطة أن يبين القاضي أسباب العدول ويخضع في لرقابة المحكمة العليا، لأنه عن طريق التسبيب تستطيع المحكمة العليا مراقبة قاضي الموضوع في تطبيقه لأحكام القانون في تفسير العقود.[1]

وقد إهتم الفقه والقضاء بتحديد مدى أهمية العبارة الواضحة للعقد في تفسيره للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، وتباينت في هذا الشأن عدة اتجاهات فقهية فالبعض يركز الاهتمام على وضوح عبارات العقد بينما يدخل الآخر في دائرة اهتمامه الظروف الخارجية غير المستمدة من عباراته، فالمشرع يعول على المعنى المستمد من عبارة العقد الواضحة بإعتبار أنه يترجم إرادة المتعاقدين ولا يمكنه بعد ذلك تغيير هذا المعنى استنادا إلى ظروف خارجية فوضوح عبارة العقد يؤدي بالضرورة إلى وضوح الإرادة ذاتها، غير أنه مع عبارة عبارات العقد الواضحة لايجوز البحث عن أية ظروف خارجية من شأنها تحريف هذا المعنى فلا يبقى إلا معنى واحد مستمد من عبارة العقد ويتمثل فيه الإرادة الواضحة لأطرافه.

وعليه فإرادة المتعاقدين هي نتيجة ما يترتب من آثار التعاقد، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، وهي عبارة العقد ذاتها فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لمعرفة ما أراده المتعاقدين حقيقة من طرف التفسير أو التأويل فهي قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصا بالغا في مراعاتها، بحيث يمنع اللجوء إلى أية وسيلة مادية أو موضوعية أخرى للتعرف على الإرادة المشتركة.[2]

وينظر القانون إلى حالات التفسير إما أن تكون عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر لها، غير أنه لا يكفي أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها حتى تكون في غير الحاجة إلى التفسير، وإنما يجب أن تكون فوق ذلك واضحة بالنسبة إلى دلالتها إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة إذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها ولكن يعتريها الغموض بالنسبة إلى مدلولها الحقيقي.[3]

---

[1]/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 239.

[2]/ أحمد شوقي عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، منشأة المعارف، مصر، طبعة 1، سنة 2003، ص 14.

[3]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 150.

أما عبارات العقد غير الواضحة فيجب البحث عن النية المشتركة التي دفعت المتعاقدين إلى التعاقد، فإذا كان هناك شك في تبيين هذه الإرادة فسر لصالح الملتزم، والغاية من الصياغة هي جعل موضوع التعاقد في قوالب يقوم التواصل بين طرفيه بطريقة واضحة، وتكفل تنفيذه من دون منازعات أو مخالفات، فالصياغة لن تقوم من فراغ بل يفترض وجود موضع له معنى محدود يراد التعبير عنه بشكل صحيح وكامل، وعليه فهناك تبادل بين الموضوع والشكل عند تحرير أي وثيقة عقدية.[1]

والمعنى الواضح لعبارة العقد هو ذلك المعنى الذي جرت العادة عليه في فهم اللفظ ولا يلتفت القاضي بالتالي إلى إدعاء أحد المتعاقدين بأنه كان يقصد بعباراته معنى مخالفا،[2] وتطبيقا لذلك فإن محكمة النقض المصرية تجيز الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارة الواردة في العقد ويشترط مع ذلك أن يقوم التفسير استنادا إلى عبارة العقد في مجموعها إذ يتعين على قاضي الموضوع أن يوضح في حكمه كيف أفادت صيغة العقد المعنى الذي اقتنع به ورجح بأنه مقصود المتعاقدين.

وقد صدرت عدة قرارات عن القضاء الجزائري إذا كانت العبارات واضحة لا يجوز الانحراف عن طريق التأويل، إذ تقضي بأن سهو المتعاقدين حول التزام بسيط معين فإن الأمر يوكل إلى قاضي الموضوع الذي له كل الصلاحيات في تقدير وتفسير العلاقة التعاقدية[3]، غير أن هذا لا يعطي الحق للقاضي في تفسير ال إرادة الصريحة للمتعاقدين بما يتنافى مع هذه الإرادة متسببين بذلك بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاءه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[4].

ويتجه القضاء المصري والفرنسي إلى ضرورة التعويل على الإرادة المستمدة من عبارات العقد الواضحة ولا يجوز رفض تطبيقها أو إهدار حكمها إذ يتضمن ذلك انحرافا عن المعنى الظاهر للاتفاق،[5] وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1972/04/15 بأنه لا يجوز للقضاة عندما تكون عبارات الاتفاق واضحة وصريحة أن يقوموا بتحريف الالتزامات الناتجة عنه وتعديل الشروط التي يتضمنها وفي قرار آخر لها بتاريخ :1961/01/16 بأنه: لا العدالة ولا حسن النية ولا العرف يرخص للقاضي بتعديل الشروط الواضحة والمحددة في العقد.[6].

---

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 211.
[2]/ أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 24.
[3]/ قرار رقم 31315 صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1983/04/13 مجلة القضائية 1990 .
[4]/ أنظر قرارات المحكمة العليا رقم: 30914 الصادر في 1983/03/16 والقرار رقم 33528 الصادر في 1985/04/03.
[5]/ أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص19.
[6] / فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 213.

ولا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل فقرة أو جملة أو تعبير على حدى بل وضوح دلالة العقد بصورة عامة استنادا لمجموع ما جاء به في عباراته لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء ومتكاملة الأجزاء، ولهذا قد يتسم العقد بالغموض بالرغم من وضوح عبارته ويستدعي التفسير بحثا عن الإرادة المشتركة،[1]وبناء على ذلك فإن التزام المتعاقد بالشروط الواردة بالعقد يتطلب أن تكون مصاغة بطريقة واضحة، بحيث يكون من الممكن فهم وإدراك مضمونها ومتى كانت الصياغة كذلك فيفترض علم المتعاقد بها ورضاه، لأن ذلك مايقتضيه مسلك المتعاقد المعتاد في القدرة على الاطلاع وفهم وإدراك ما ورد في هذه الشروط.[2]

ولا يمكن للقاضي التدخل في إبطال الشروط إلا في العقود التي خصها المشرع بقواعد خاصة فينحصر دور القاضي في حماية المتعاقد المتلقي لهذه الشروط إن كانت مسيئة إلى مركزه على فرض علم المتعاقد بها، ومن ثم نكون بحاجة لوسائل أخرى لحماية المتعاقد من هذه الشروط المسيئة إلى مركزه التعاقدي في حين يكون الأمر مختلف إذا كانت هذه الشروط غامضة إذا يتجلى دور القاضي في تفسير هذه الشروط ويتسع في حماية المتعاقد الضعيف منها، وتقدير قاضي الموضوع بأن عبارة الشرط واضحة أو غامضة هو أمر يدخل في مجال سلطتة التقديرية، وهو يشترط مع ذلك لإجلاء الغموض في العقد أن يستعين أولا بعناصر داخلية فإذا تبين له وضوح عبارات العقد فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، وهو في ذلك يعتد بمعنى معين لعبارة العقد في ذاتها فلا يؤثر في وضوح عبارات العقد أن يختلف المتعاقدان في معنى الشرط الوارد فيه.

أما إذا تم التعاقد بين غائبين فإن القضاء الفرنسي اعتد بالرأي الذي يقول بأن العقد المكتوب بلغة أجنبية وأخذت محكمة النقض الفرنسية بالمعنى المقرر في المكان الذي يقيم فيه الموجه إليه بالإيجاب وأغفلت المعنى السائد في مكان الموجب، ولكن إذا كان المتعاقد بين حاضرين وحرر العقد بلغة أجنبية فيؤخذ بالمعنى الفني والقانوني الذي تعطيه اللغة الأجنبية لعبارات العقد إذ أن ذلك يتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين.[3]

من خلال ماسبق يمكن القول أن تفسير العقد هو استخراج الإرادة المشتركة من عناصره الداخلية ولا يجوز بالتالي الغلط المشترك في الصياغة بناء على الظروف الخارجية، لأن ذلك إثباتا مخالفا للدليل

1/ مقني بن عمار،القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، سنة 2008-2009، ص 118.

2/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 212.

3/ أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق ،ص 27.28.

المكتوب وهو أمر غير جائز إلا بالكتابة، ولا يلتف القاضي إلى حقيقة الإرادة الخاصة بأحد المتعاقدين إذا تعارضت مع المعنى المستمد من عبارة العقد الواضحة، طالما أن العقد لايخلو من الإشارة إلى أن هذه الإرادة الخاصة قد توافقت مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر، فالهدف من تفسير العقد هو الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين لذا يجب تفسير العقد وفقا لما توهمه المتعاقدين لأن ذلك يمثل النية المشتركة لهما، المتعاقدين لم يكونا على علم بحقيقة الشيء حتى يمكن القول بأنه تكمن فيه النية المشتركة.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ حيث أيدت محكمة الموضوع في تفسيرها لعقد بيع البضائع خاضعة للرسوم الجمركية ونص على خصم مبلغ معين مقابل الرسوم الجمركية المضافة وأهملت المحكمة هذا الاتفاق بالرغم من الغلط المشترك الذي وقع فيه المتعاقدان عند تفسيرهما للائحة الجمركية التي تحدد الرسوم الجمركية بصورة تختلف عما توهمه المتعاقدان، واستندت المحكمة في ذلك إلى أن التحديد الذي توهمه المتعاقدان للرسوم الجمركية يمثل في حقيقة الأمر النية المشتركة لهما.[1]

و اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر أن قاضي الموضوع قد أصاب في تفسيره لعقد بيع نص على بطلان العقد إذا لم يقم البائع بالحصول على ترخيص من الجهة الإدارية باستصلاح الأرض المبيعة، حيث اتجهت محكمة الموضوع إلى أن هذا الشرط قد ورد تحقيقا لمصلحة المشتري وحده، ويجوز له بالتالي التمسك بصحة العقد بالرغم من عدم حصول البائع على هذا الترخيص وعدم قيامه بالخطوات اللازمة للحصول عليه.[2]

ثانيا / تدخل القاضي في حالة العبارات الغامضة:

المشرع لم يعرفها ولكن أعطى السلطة للقاضي في اللجوء إلى تفسيرها حتى يزيل الغموض ويهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وتتمثل الإرادة عند بعض الفقهاء في الإيحاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين وتكون العبرة بهذا الفهم الحاصل فعلا أو حكما لكونه مقدر الفهم المؤكد الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين[3]، فالقاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد وهو في كشفه عنها يلجأ إلى معايير موضوعية لذا فهو لا

---

[1]/ civ 25/08/1856-1857 i38

[2]/civ05/02/1971 d1971 ,281 .

مشار إليه أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 45.

[3]/ علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 311.

يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يعتد بالإرادة الباطنة التي يستطيع أن يعتد بها،[1] وقد حاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارات ونذكر منها:

_ العبارة المبهمة التي لا تفيد شيئا فيصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين.

_ العبارة التي تحمل أكثر من دلالة فهي عبارة غير دقيقة تجعلنا نتساءل حول المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.

_ العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، هذا التعارض بين العبارات الواضحة يرتب غموضا بخصوص إرادة المتعاقدين ومضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.[2]

فلا بد من محاولة التوفيق بين شروط العقد المختلفة باعتبار أنها تمثل النية المشتركة للمتعاقدين فإن لم يمكن ذلك يرجح معنى الشرط الذي يتوافق مع قصد المتعاقدين المستمد من عبارات العقد في مجملها، وإذا تبين أن أحد هذه الشروط مبهمة المعنى يجوز استبعادها وفي جميع الأحوال لا يجوز تفسير الشرط الغامض مجردا من الشرط الواضح إلا إذا ثبت وجود تعارض بين مختلف نصوص العقد، ولا يجوز استبعاد الشرط الواضح بحجة وجود شرط آخر غامض إذا لم يكن هناك تعارض بينهما.

وتفسير العبارات الغامضة يكون إما بناء على مجموع نصوص العقد[3] أو بناء على طبيعة العقد[4]، والإرادة المشتركة للمتعاقدين هي الإرادة الممكن التعرف عليها، فهي مسألة نفسية بحتة ذات صفة شخصية يتم الكشف عنها وفقا للمادة 2/111 من القانون المدني الجزائري بوسائل مادية تقدر موضوعيا للوصول إلى الإرادة الباطنية أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وتتمثل هذه الوسائل في طبيعة التعامل، الأمانة ، الثقة ، العرف الجاري في المعاملات.

---

[1]/ دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف – دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2014-2015، ص 32.

[2]/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 311.

[3]/ وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في نزاع خاص بتفسير عقد الإيجار نص فيه على حق المستأجر في تملك الأغصان المقتطعة من أشجار المؤجر وقد ثار خلاف بين الطرفين بصدد تحديد مدى حق المستأجر في قطع الأغصان هل يحق للمستأجر أن يقطع كافة الأغصان المتفرعة من الأشجار أم يجب عليه أن يترك قدرا من الأغصان من شأنه أن يعمل على زيادة حجم هذه الأشجار وقد استعانت محكمة الموضوع بنصوص العقد . أشار اليه أحمد شوقي عبد الرحمان ، المرجع السابق ،ص 66.

[4]/ وتطبيقا لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف باريس بأن الرجوع في الوصية هو أمر يمثل أحد الخصائص الأساسية لهذا العمل القانوني وعلى ذلك فإن النص في الوصية على جواز الموصى الرجوع في وصيته هو تزيد الاثر له ويتعين بالتالي تفسير النص الذي يحدد المدة المعينة للرجوع في الوصية في أي وقت فلا يتقيد الموصي بمدة معينة طالما أن نيته اتجهت إلى الإيصاء. مشار إليه في أحمد شوقي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 68.

1/ طبيعة التعامل:

وأشار بعض الفقهاء إلى أن القاضي يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة التعامل ولو كان المعنى لا يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين، كما تطرق المشرع الفرنسي إلى طبيعة التعامل في المادة 1158 من القانون المدني الفرنسي وهو نفس الإتجاه نهجه المشرعين المصري والجزائري، كما أن طبيعة التعامل قد تفرض أوضاعا معينة بالنسبة لبعض العقود فتسري على الكافة دون تمييز وتفرض بالتالي إرادة مشتركة يتعين التسليم بقيامها رغم أنه لا تكف قائمة بالفعل في عديد من الحالات، إذ تقضي ظروف التعاقد وطبيعة التعامل إفتراض أن الكافة يعلمون بها.[1]

وفي هذا السياق وضع المشرع الفرنسي بعض القواعد التي يسترشد بها القاضي للوصول إلى الإرادة المشتركة منها:[2]

– إذا كان للعبارة معنيان يترتب على إحداهما أثر بينما يكون الثاني عديم الأثر، فيستحسن الأخذ بالمعنى الذي يرتب أثرا ويقضي كذلك الفقه الإسلامي بأن إعمال الكلام خير من إهماله.

– إذا كان للعبارة أكثر من دلالة يجب اختيار المعنى الذي يتفق مع موضوع العقد.

– تفسر بنود العقد بعضها البعض غير أن العبرة تكون بالمعنى الإجمالي للعقد.

– إذا كانت عبارات العقد العامة فلا يشمل العقد إلا الأشياء التي تبين أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليها.

– إن تخصيص حالة على سبيل الذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، كبيع محل تجاري بأكمله ويذكر بعض العتاد فقط على سبيل المثال، فهذا لا يعني أنه يقصد العتاد المذكور فقط بل يشمل جميع العتاد الموجود في المحل المباع،يمكن القول أن هذه الأحكام تساعد القاضي في البحث عن تحديد النية المشتركة للمتعاقدين ولا تلزمه بها.

[1]/ دالي بشير ، المرجع السابق، ص 61.
[2]/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 313.

2/ الأمانة والثقة:

يفسر القاضي العقد على أساس الثقة والأمانة التي يجب على المتعاقدين التحلي بها ولا يعتد بالغش والخداع لأن النية المشتركة بينهما قد تكون هي أساس العقد.

فالقاضي من خلال بحثه عن النية المشتركة الموجودة بين المتعاقدين يستنتج الأمانة والثقة فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عباراته بما تقتضيه الأمانة في التعامل ومن حق الموجب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها معتبرا أن المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب وهذا ما يوطد الثقة المشروعة التي تنطوي على الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد.[1]

3/ العرف والعادة:

هو ما تعارف عليه الناس واعتادوا على الأخذ به شرط ألا يكون مخالف للنظام العام والآداب العام، فمتى تخلف النص القانوني أجاز المشرع للقاضي اللجوء إلى العرف لتفسير عبارات العقد الغامضة، ويتعين على القاضي أن يأخذ العرف بعين الاعتبار في الأمور التي تعرض عليه ومن ضمنها استكمال نطاق العقود باعتباره مصدرا من مصادر القانون وأيضا ما يلحق به من عادات شريطة أن تكون عامة وغالبة وغير مخالفة للنظام العام.[2]

4/ حالة الشك في معنى العبارة الغامضة:

إذا اكتنف الغموض عبارات العقد وتعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال قواعد التفسير السابقة، تعين عليه في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية،[3]ويفسر الشك لمصلحة المدين لأنه يعتبر الأضعف في العلاقة التعاقدية وبذلك يعمل المشرع على حمايته، وتبرير هذه القاعدة أن الالتزام قيد استثنائي ولهذا يجب حصره عند الشك في أضيق الحدود، إذ أن هذا القدر هو الذي يفترض أن إرادة المدين قد ارتضته.

ومن ناحية أخرى ينبغي مراعاة أنه إذا بقي هناك شك لم يوفق الدائن إلى إزالته عن طريق إقامة الدليل على وجود التزام في ذمة المدين فإن من حق المدين أن يستفيد من هذا الشك.[4]

---

[1] / دالي بشير، المرجع السابق، ص 62.
[2] / المرجع نفسه، ص 63.
[3]/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 242.
[4]/ توفيق فرج، المرجع السابق، ص 227.

فالمدين الذي نصت عليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري هو الذي يتحمل الالتزام محل التأويل أو محل الشك وبالتالي فإن التأويل قد ينصرف لصالح أي من المتعاقدين حسب الالتزام محل التأويل ومن يتحمله، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإنه هو الذي يستفيد من تأويل الشك دائما للمبررات التالية:

- الأصل هو براءة الذمة والالتزام هو استثناء وهذا الالتزام يمنع من توسيع الالتزام في حالة الشك.
- الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين وعليه أن يتحمل مسؤولية إملائه المبهم.
- يتحمل الدائن إثبات الالتزام وإذا عجز عن ذلك نتيجة شك فمن المنطقي أن يتحمل النتيجة.[1]

الفرع الثاني: صور تدخل القاضي في تفسير عبارات العقد:

من أهم الظواهر التي واكبت التطور الاقتصادي التكنولوجي ظاهرة سيطرة الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف الأمر الذي يترتب عليه فرض شروطه المجحفة في العقد ولأن هذا العقد يتعلق محله بسلع ضرورية فإن الطرف الضعيف لم يكن ليستطيع رفض العقد أو المفاوضة على شروطه.

هذه الظاهرة التي نشأت نتيجة ظروف اقتصادية انتقلت إلى الفكر القانوني الفرنسي على يد الفقيه ساليه salleille الذي كشف عنها في العقود التي تتميز بتفاوت كبير بين طرفيه حيث يملك أحدهما كل وسائل القوة ويتجرد الآخر من معظمها وفي القانون المصري يعتبر الفقيه السنهوري هو أول فقيه عربي أطلق على هذه العقود مصطلح عقود الإذعان[2] وعليه نظم القانون المدني في عقود الإذعان اعتقادا منه بأنها العلاقة القانونية الوحيدة التي ينشأ في كنفها الشرط التعسفي.

وجسد المشرع الحماية المقررة للطرف الضعيف في هذا العقد في صورتين: الأولى تتمثل في الحماية من التعسف الوارد في عقود الإذعان والثانية هي أن الشك يفسر لصالح الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا.

[1]/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص300.
[2]/ ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص18.

أولا/ الحماية من التعسف الوارد في عقد الإذعان:

يعتبر عقد الإذعان من العقود الجبرية التي يختل فيها عنصر التوازن بين الأطراف بسبب قوة اقتصادية أو وجود حالة الاحتكار التي تفرض التعاقد جبرا مع الطرف القوي في العقد وهذا ما يتحقق في عقود المشاركة في خطوط الكهرباء والهاتف مثلا، إذ أن الخدمات غالبا ما تحتفظ بها المؤسسات الاحتكارية دون غيرها الأمر الذي يجعل المستهلك أمام خيار صعب هو قبول التعاقد أو رفضه أصلا.

غير أنه غالبا ما يذعن للشروط التي يمليها الطرف الآخر عليه أمام وطأة الحاجة، وخضوع إرادة الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي هو شكل من أشكال القبول والثقل الاقتصادي، والذي يتمتع به المتعاقد القوي ولا يرقى لدرجة أنه يعيب رضا الطرف الضعيف مادام الإرادة الحرة في قبول المتعاقد من عدمه، إذ أن المشرع راعى هذا التفاوت في الإمكانيات، وذلك بأن قيد هذا النوع من التعاقد يفيد عدم التعسف في وضع الشروط،[1] فهو اتفاقات ليس لأطرافها الإمكانية في مناقشة بنودها، فلا يسعهم إلا أن تقبل بمقتضياتهم فينظموا إليها جملة أو ألا يقبلوا بها فتبقى خارجة عن طائلتها.

ونلاحظ أن كلا من المشرع الجزائري والمصري أدرج علاقات الإذعان ضمن النظرية العامة للعقد فلا توجد في التشريع المدني نصوص تحمي المستهلك من الشروط التعسفية إلا في نطاق عقد الإذعان فقط، لذا تعتبر الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين وتكون محررة مسبقا ويذعن لها المستهلك أي أن مجال الحماية محصور بدائرة عقود الإذعان فقط كما حصر المشرع هذه الحماية على المستهلك فقط[2].

غير أن المشرع الفرنسي شهد خلافا كبيرا في تكييف علاقات الإذعان بين مؤيد لوصفها بالعقد وبين معارض لذلك، وهو الأمر الذي أسفر عنه عدم تبني القانون المدني الفرنسي لنظرية الإذعان، غير أنه وإذا كان هناك اختلاف كبير بين التشريعين فإن القضاء الفرنسي قد قلص من هذه الفجوة وذلك بتطويره لأحكام حماية للمستهلك ضد الشرط التعسفي.

وبهذا يكون المشرع الجزائري والمشرع المصري قد خالف الإتجاه الذي نهجه القانون المدني الفرنسي بصورة كلية، وذلك لأنه وإن أخذ بالإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، إلا أنه لم يأخذ بها بصورة مطلقة وإنما قيدها ببعض القيود من أجل تحقيق العدالة والمصلحة العامة، ولذلك قيد من سلطان الإرادة

[1]/ بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2015-2016، ص 236.

[2]/ بن خضرة زهير، المرجع السابق، ص 200.

وأعطى للقاضي سلطة تعديل العقد إذا اقتضت العدالة ذلك في عقود الإذعان(نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري).

وهو نفس نهج اتبعه المشرع المصري في المادة 149 من القانون المدني المصري بقوله:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل في هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتضح من النصين أن سياسية المشرع تهدف إلى حماية الطرف الضعيف ضد نفوذ الطرف الأقوى اقتصاديا الذي غالبا ما يضمن العقد شروطا مجحفة بالطرف الأول، وتحقيقا لهذه الغاية كان لابد من إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد الشروط التعسفية على ضوء مبادئ العدالة.[1]

وليس بالضرورة ارتباط عقود الإذعان بالشرط التعسفي فكل منهما له ذاتيته المستقلة ومجاله الذي تظهر فيه آثاره، فعقود الإذعان تتطلب احتكارا وتفوقا اقتصاديا ،غير أن مشكلة تضمين العقد لشروط مجحفة والعمل على حماية الطرف الضعيف منها وإعادة التوازن العقدي ليست محصورة في هذا النطاق الضيق، كما أنه بالنظر إلى النصوص القانونية فهي لا تنكر مثل هذه العقود ليس هناك سبيل يحول دون تفوق أحد الطرفين اقتصاديا على الآخر وعليه يرى المشرع المصري أن الحل يكمن في منع الآثار الضارة التي قد تترتب على العمل بمثل هذه العقود على أن تتحقق وذلك من خلال منح القضاء تلك السلطات الواسعة المشار إليها لا في المادة 149 قانون مدني مصري وهو بذلك يكون واجه الشرط التعسفي في مجال عقود الإذعان بما يتلاءم وفعاليات مرحلة إبرام العقد.[2]

نلاحظ أن ربط هذه الشروط التعسفية بعقود الإذعان أدى إلى حصرها في نطاق ضيق وهو نطاق الشرط التعسفي بالطرف المذعن فقط في العلاقة التعاقدية، لكن الواقع يثبت أن هناك أشخاص لا يتوافر فيها وصف الطرف المذعن.

ولقد تركت السياسة التشريعية مهمة تحديد وتعريف الشرط التعسفي إلى القاضي الذي يقوم بالرقابة عليها، في ضوء أحكام ومبادئ العدالة وهو أمر أثار العديد من الخلافات بين من يرى ضرورة تدخل القضاء بجرأة لتوسيع دائرة الحماية من الشرط التعسفي، ومدها إلى أشخاص آخرين وبين من يرى أن

[1]/ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 33.
[2]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 311.

القضاء لا يجب أن يتوسع تحت ستار التفسير ويقوم بالتوسع في تحديد هذه الشروط ومد نطاقها ونظامها القانوني إلى طوائف أخرى تستحق الحماية[1].

ورغم ما يملك الطرف القوي من سلطة تمكنه من صياغة العقود بشكل منفرد دون تدخل من الطرف الآخر، غير أن هذا لا يعني الارتباط للشروط التعسفية بعقود الإذعان فإنه رغم اتحاد دوائرهما، إلا أنه يظل لكل منهما له ذاتيته المستقلة ومجاله الذي يعمل فيه آثاره[2]، أي أن الشروط التعسفية لا تحتاج إلى علاقات الإذعان لكي يمكن القول بوجودها كما أنها لا تختفي باختفاء وصف الإذعان من العلاقة التعاقدية كما في حالة توافر عنصر المفاوضة والمناقشة بين الطرفين على بنود العقد وشروطه، فالواقع العملي نفسه يؤكد أن الشروط التعسفية تتوافر في ظل عقود وعلاقات لا ينطبق عليها وصف الإذعان.[3]

وهناك جانب من الفقه يرى أن مد نطاق نظرية الإذعان إلى عقود الإستهلاك أدى إلى تعريف المستهلك تعريفا ضيقا، ففي ظل نظرية الإذعان يقتصر الضعف الذي يصيب الطرف المذعن على الضعف الاقتصادي فقط ولا يمتد ليشمل الضعف الناجم عن جهله وعدم خبرته.[4]

تمنح نظرية الإذعان سلطات واسعة للقضاء في التدخل وتوسيع نطاق الرقابة القضائية على الشرط التعسفي وعليه فكلما زادت جرأة القضاء في التصدي لحالات عديدة يتوافر فيها الشرط التعسفي كلما زادت فاعلية الرقابة القضائية على هذه الشروط.

فربط الشرط التعسفي بعقود الإذعان هو الذي أدى إلى التضييق في نطاق تطبيقها وجعل القاضي حريص على عدم الانزلاق في التوسع في مفهوم ونطاق هذه الشروط.

يرى الفقه ضرورة الحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان لتطابق مفهوم كلا منهما مما يقتضي خضوعهما لنظام قانوني واحد وهو المنصوص عليه في عقود الإذعان وما فرضه المشرع من تدخل القضاء لتعديل الشروط التعسفية أو استبعادها من هذه العقود وهذا المسلك الفقهي في التعامل مع الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك مر بعمليتين:

– قام الفقه بإثبات التطابق بين كل من العقدين وهذه العملية ركز فيها الفقه على مفهوم عقد الإذعان ومحاولة التوسع في مفهومه القانوني لأجل تيسير سبل إلحاق عقود الاستهلاك به.

---

[1]/ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص64.
[2]/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، ص 311.
[3]/ حسن عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص 102.
[4]/ ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص65.

– العملية الثانية تمثلت في تطبيق النظام القانوني للحماية من الشروط التعسفية المطبقة في عقود الإذعان على كل الشروط التعسفية التي تتعلق بعقود الاستهلاك.

ويرى الفقه معيار واحد قانوني يعمل على توسيع مفهوم عقد الإذعان وهو معيار غياب المفاوضة والمناقشة لبنود العقد أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد.

وعليه فالفقه الموسع لمفهوم عقد الإذعان يرى أن وصف هذا العقد يتوافر في كل حالة يملي فيها الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف دون مناقشة لبنود العقد وبالتالي يستفيد من النظام القانوني المتعلق بحماية الطرف المذعن من الشرط التعسفي ويترتب على ذلك نتيجتين:

الأولى وهي أن تدخل القاضي يعني أن العقد يتم بين تاجر ومستهلك في غياب كل مناقشة لبنود العقد.

والثانية وهي اعتبار المفاوضة لبنود العقد ضمانة يترتب عليها وجودها انتفاء وصف الإذعان وبالتالي عدم تدخل القاضي لتعديل العقد أو استبعاد الشرط التعسفي.[1]

فهو العقد الذي يخضع فيه أحد المتعاقدين وهو الطرف المذعن لعقد محرر سلفا من جانب واحد بحيث يتضمن تفصيل كل الشروط اللازمة للتعاقد بدون أي مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر وعلى ذلك فلا محل لشرط احتكار الطرف القوي للسلع الضرورية كمعيار محدد لعقد الإذعان.[2]

وعليه فالمعيار الجوهري لعقد الإذعان كما يذهب الفقه أن يتم القبول في صورة التسليم بالشروط التي عرضها الموجب دون أدنى شروط مناقشة أو مفاوضة، وحظر المناقشة على المستهلك هي التي تضفي على العقد وصف الإذعان لأن هناك حالات تعاقدية لا يصاحبها أي مفاوضات، ومع ذلك لا يتوافر هذا الوصف فهناك حالات يمكن أن يسبقها مفاوضات، ولكن الطرف الآخر يهملها ولا يتمسك بها، فغياب المفاوضات هنا لا يشوب العقد بوصف الإذعان، أما منع المفاوضات وحظرها على الطرف الضعيف الذي لا يستطيع المطالبة بها فهو الذي يضفي على العقد وصف الإذعان، وخصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو في مسعى المتعاقد ورغبته في التفاوض أو إحجامه وعزوفه على ذلك وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر وذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد لذا فإن مراعاة الدقة تقتضي القول أن الإذعان ليس دائما وليد انعدام المفاوضات وإنما يتحقق كنتيجة لحظرها، فالفقه يذهب إلى تغليب المعيار القانوني على المعيار الاقتصادي.

---

[1]/ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 85.
[2]/ ابراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص 56.

ويتمثل المعيار القانوني في الانضمام لعقد نمطي أو نموذجي انفرد أحد الطرفين بصياغته وينظم إليه الطرف الآخر دون أن يستطيع حقيقة تعديله، ومن الأفضل عدم انفراد معيار واحد بتحديد مفهوم عقد الإذعان فالأفكار العامة غالبا ما تحتاج إلى أكثر من معيار.

في حين المعيار الاقتصادي يتمثل في وجود قدرة اقتصادية وفنية لأحد أطرافه تجعله في وضع أحدهما أقوى من الآخر، فخصائص عقد الإذعان يمكن مطابقتها على خصائص عقد الاستهلاك.

وعلى هذا الأساس توصل الفقه الحديث إلى المستهلك هو كل متعاقد يكون طرفا مذعنا أي قابلا في عقود الإذعان، وعلى ذلك تكون الحماية الواردة في صدد عقود الإذعان تنطبق في كل من يتوافر فيه هذا الوصف أيا كان صفته مستهلكا أو مهنيا.[1]

ويرى الفقه أن معيار عدم مناقشته الحقيقية لشروط العقد هو معيار يتوافر أيضا في عقود الاستهلاك بشكل ظاهر بمعنى أن المحترف في عقود الاستهلاك وبما له من قدرات فنية واقتصادية يستطيع أن يبرم عقدا لا يخدم سوى مصلحته الشخصية، مهدرا مصالح المستهلك الذي لا يملك سوى قبول العقد أو رفضه ولا يستطيع مناقشة المحترف في بنود العقد التي يعدها مسبقا، فعدم المساواة بين طرفي العقد يترتب عليه غياب النقاش الحقيقي بينهما، فالمستهلك من واقع ضعفه وحاجته إلى السلعة المعروضة أو الخدمة المقدمة لا يستطيع أن يكون ندا للمهني بأي حال من الأحوال[2].

ثانيا: تفسير الشك لمصلحة المدين المذعن:

يرى الفقه أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن وهذا حكم خطير خص به المشرع عقود الإذعان وخول بمقتضاها للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل إهدارها، وإذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها، فلا يجوز سلب القاضي سلطة التعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية ذلك أنه لو كان من الجائز مثل هذا الإتفاق لما تأخر الطرف القوي على أن يجعله من شروط العقد ولا انعدمت في الواقع الحماية القانونية التي وضعها الطرف المذعن.[3]

---

[1]/ ابراهيم عبد العزيز المرجع نفسه، ص 59.
[2]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، 465.
[3]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص156.

إضافة إلى الحماية المباشرة للطرف المذعن في مواجهة الشرط التعسفي التي تحتويها عقود الإذعان قد أضاف المشرع طريقة أخرى لمواجهتها، وذلك من خلال تفسير الشروط الغامضة التي يحيط الشك بحقيقة المقصود بها بما يحقق مصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا.

ليس شرط أن تتضمن العبارة الغامضة شرطا تعسفيا، غير أنه في عقود الإذعان المتعاقد القوي هو الذي يضع الشروط، ويملي إرادته على المتعاقد الآخر فهو يورد شروطا في عبارات غامضة تحتمل أكثر من معنى حتى لا يستطيع الطرف المذعن فهم مضمونه وما يقع عليه من التعسف بحقه،[1]وهنا تظهر العلاقة بين الشرط التعسفي والعبارات الغامضة.

وإذا تعلق الأمر بعقد الإذعان يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، وعلى ذلك فالطرف المذعن هو الطرف الضعيف الذي ينبغي حمايته تحقيقا لإقامة التوازن بين المتعاقدين في العلاقات التعاقدية، ويتحمل الطرف الأقوى في عقود الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو من وضع تلك البنود.[2]

ولابد من مراعاة أن إعمال هذا الحكم لا يكون إلا في حالة عدم إمكان إعمال قاعدة من قواعد التفسير فإذا عجز القاضي عن الوصل إلى قصد المتعاقدين عن طريق قاعدة من تلك القواعد وثار الشك فإنه يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا.[3]

والغموض في العبارات التي تتضمنها عقود الإذعان قد يعود إلى مصادر متعددة ومن أهمها وجود التناقض بين الشروط سواء كانت مطبوعة في شكل عقود نموذجية أو مكتوبة باليد أو شروط عامة أو خاصة أو اللغة التي حرر بها العقد أو استخدام مصطلحات فنية معقدة قد يصعب على المتعاقد البسيط غير المتخصص فهمها، كما ينشأ الغموض من النقص في الإعلام وقد ينشأ من الإفراط والزيادة في الإعلام.[4]

ففي إطار عقود الاستهلاك نجد الغموض الذي تتضمنه ليس وليد الصدفة أو أخطاء مادية، بل في أغلب الأحوال يكون وضع الشروط التعسفية من خلال صياغتها في عبارات غامضة وغير محددة المعاني على وجه الدقة متعمدا من جانب المحترف لتمرير هذه الشروط التعسفية.[5]

---

[1]/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 123.
[2]/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 317.
[3]/ توفيق فرج، المرجع السابق، ص 228.
[4]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 231.
[5]/ محمد بودالي،مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص262-263.

تنص المادة 112 من القانون المدني الجزائري على أنه يؤول الشك لمصلحة المدين غير أنه يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 2/217 التي تنص على:" فالأصل أن يفسر الشك لمصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غير أن المشرع استثنى من حكم هذا الأصل عقود الإذعان فقضى أن يفسر الشك لمصلحة المتعاقد المذعن دائنا كان أو مدينا، وعليه يمكن القول أن المفهوم الجديد لعقود الإذعان هو الذي يتوافق مع ضروريات حماية المستهلك خاصة وأن المشرع في مصر لم يشر من قريب أو بعيد إلى فكرة الاحتكار أو إلى فكرة ضرورية السلعة بالإضافة إلى أن العقود النمطية المعدة مقدما والتي لا يقبل في شأنها الموجب أي مناقشة فيها، قد أصبحت واسعة الانتشار ولا تقتصر على نطاق دون الآخر كما أنه ليست جميع الدول تصدت لحماية المستهلك كما هو الأمر في فرنسا فبقيامها بالتوسع من دائرة الحماية من عقود الإذعان تكون قد وفرت نوعا من الحماية لمصلحة المستهلك من تعسف المتدخل بصفة عامة، فقواعد عقد الإذعان لا تفي بالغرض المطلوب لإعادة التوازن العقدي، فليس كل ما يرد بخصوص تفوق أحد أطراف العقد على المستهلك يعد من قبيل عقود الاذعان حتى تتقرر له الحماية بصدد هذه العقود وإنما قد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين التزامات مع غياب الاحتكار، وفي ظل امكانية نظرية مناقشة بنود العقد كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير أثار هذه البنود على مركزه القانوني أو على مركزه المالي، أما الشرط التعسفي فهو لا يرادف دوما الشروط غير المشروعة فشرط الإعفاء من المسؤولية أو انقاص الضمان هو شرط تعسفي لكنه ليس من الشروط غير المشروعة.

على أن مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين وما ورد عليه من تخصيص بشأن المتعاقد المذعن يؤدي إلى إعمال الحماية لمواجهة الشرط التعسفي في الأوضاع الاستثنائية التي تكون هذه الشروط مكتوبة بطريقة تدعو إلى الشك في دلالتها على المقصود بها، غير أن هذا يعني أن القاعدة لا تستخدم إلا استثناءا، وتخص الحالات التي يكون فيها المتعاقد الخاضع للشروط التعسفية بوصفه مدينا أو دائنا مذعنا، وصرح الفقه بأنه بدلا من أن يكون أداة للتوفيق بين المصالح المتضاربة للأطراف فإن العقد أصبح وسيلة يملي بموجبها أحد المتعاقدين شروطه وعقد الإذعان يستعمل لإنشاء نظام إقطاعي جديد كما أن دخول الإعلام الآلي في العلاقات القانونية لا يمكنه إلا أن يساهم في تفاقم هذه الظاهرة لأنه ليس بوسع المرء مناقشة جهاز الحاسوب.[1]

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق، ص 13.

وإذا كان تفوق أحد الطرفين لا يعني بالضرورة اعتباره من عقود الإذعان فإن الواقع المعاصر أفرز صورا حديثة من العقود أضحى فيها اختلال التوازن بين إلتزامات أطرافها واضحا، وذلك في ظل عدم قدرة المتعاقد الضعيف على مناقشة بنود العقد فضلا عن عدم خبرته الفنية والقانونية يمثل واقعا لا يسمح له بتقدير أثار هذه البنود على مركزه المالي والقانوني تقديرا صحيحا.[1]

وهذه الظاهرة لا يمكن رصدها فقط في العلاقة بين المحترفين والمستهلكين بل إننا نصادفها في كل مرة يكون فيها أحد المتعاقدين على قدر من القوة لفرض شروطه المتشابهة على فئة معينة من المتعاقدين كما هو الحال بالنسبة لأرباب العمل مع العمال أو الموردين مع الموزعين، بل إن هذه الظاهرة تفشت حتى في العقود الدولية والتي هي أحوج إلى قواعد تعيد التوازن الاقتصادي الدولي المفقود.[2]

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو استبعاد الشرط التعسفي:

يحاول جانب من الفقه والقضاء إثبات أنه على الرغم من التوقيع على العقد فإنه لا يفترض أن المتعاقد قد وافق تلقائيا على جميع الشروط التي ترد فيه، وفي جميع الأحوال فإنه لا يجب التمسك إلا بالشروط التي علم بها فعلا ووافق عليها بمحض إرادته.

ولقد تطور القضاء الفرنسي في هذا الصدد فبعد أن كان في مرحلة أولى يفترض قبول أطراف العقد بكل مايرد فيه من شروط، فقد أصبح يفرض رقابته على العلم الحقيقي بالشروط الواردة في العقد وحقيقة قبول أطراف العقد بهذه الشروط وبذلك أصبح من الممكن أن يقضي القاضي بعدم نفاذ أحد الشروط التي وقع عليها الشخص وهو لا يعلم أو أنه لم يقبل بها[3]، والمشرع لم يتوقف عند منح القاضي سلطة تفسير الشروط الغامضة في تلك العقود بما فيه مصلحة الطرف المذعن، بل أنه ألزم القضاء تعديل الشروط التعسفية وهو ما سنتناوله من خلال الفرع الاول أو استبعادها وهو ما سنتناوله من خلال الفرع الثاني.

---

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 176.

[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 13.

[3]/ Calais –auloy .rapport de synthse, in les contrats dadhesion et la potection du consommateurs, paris , e,n,a,j ; 1978 p 260.

الفرع الأول : دور القضاء في تعديل الشرط التعسفي:

وسنتطرق بالتدريج إلى دور القاضي الفرنسي ثم دور القاضي الجزائري وأخيرا دور القاضي المصري في تعديل عبارات العقد.

أولا/ دور القاضي الفرنسي في التدخل لتعديل شروط العقد:

يرى بعض الفقهاء في فرنسا أن السبب في إدراج الشرط التعسفي في عقود الاذعان إنما يرجع إلى الطريقة التي يتم بها تحرير مشروع العقد، وهي الإرادة المنفردة وأن العقود النموذجية التي اعتبرناها مصدرا للإذعان قد اعتبرها هؤلاء مصدرا خطيرا للتعسف، وقد ورد في تقرير لغرفة التجارة والصناعة بباريس مايلي:" إذ يمكن أن يحدث في العمل من خلال أن المحرر للعقد الذي سيطبق نموذجه على عدد كبير من المتعاقدين ينتهز الفرصة لإدراج شروط تحمي التزاماته الذاتية وتثقل في المقابل المتعاقدين معه".[1]

كما اعتبر الفقه أن الشرط التعسفي من الشروط المخلة بالنظام العام إذ أن أساس بطلانها هو افتراض عدم الثقة وهذا الأخير هو الذي يؤدي إلى بطلانها، خاصة فيما يتعلق بإبرام العقود المهنية إذ لا فعالية للاحتجاج بها، وذلك كالإعفاء الكلي من المسؤولية، ويرجع الفقه الفرنسي سبب إدراج المؤسسات والوكالات للشروط التعسفية إلى عدم تمكن هذه الوكالات من دراسة كل طلب وفحصه وبذلك تدرج شروطا عامة تعفيها من المسؤولية لذلك قال عنها بأنها شروط تعسفية موحدة في عقود الإذعان تكون واقية من الأخطاء الجسيمة.[2]

وقد فسر الفقه الفرنسي المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي أنه في حالة الشك في الاتفاق، يفسر ضد من صدر الشرط عنه لفائدة المتعاقد الملتزم وذلك سواء كان دائنا أو مدينا، وهذا النص في القديم لم تكن له أي أهمية في عقود الإذعان أما الآن فأصبح يطبق تطبيقا خاصا، فالمادة 1162 من القانون المدني الفرنسي لها صورتان تطبيقيتان تطبق على الدائن وعلى المدين، فعند تطبيقها على عقد التأمين نجدها تنطبق على الدائن الذي هو المؤمن له عندما نريد معرفة الحقوق المنصوص عليها في شرط من شروط العقد.[3]

---

[1]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 164.
[2]/ المرجع نفسه، ص 165.
[3]/ المرجع نفسه، ص 168.

ولقد كانت كل المحاولات المقترحة من طرف الفقه والقضاء تستهدف حماية الطرف المذعن وذلك بإزالة الشرط التعسفي سواء من متن العقد ذاته أو في طريقة انعقاده كما سنرى:

1/ التدخل يكون على مستوى موضوع عقد: يكون عن طريق تدخل المشرع بادراج بعض القواعد أو عن طريق الرقابة القضائية، واصدر المشرع الفرنسي قانون RABIER الذي يحدد الشروط التعسفية التي يدرجها الناقل للبضائع بالنسبة لعقد نقل البضائع بريا، أما في عقد النقل البحري فقد أبطل كل شرط يعفي الناقل البحري المسؤولية، وفي مجال النقل الجوي توجد تدخلات قانونية داخلية كالمرسوم الفرنسي رقم333 المؤرخ في 1967/03/30، وعلى مستوى القانون الجزائري فقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية وارسو بموجب الأمر رقم 64-74 المؤرخ في 1964/03/02.

ويستطيع القانون أن يعطي للقاضي سلطة الرقابة والمراجعة وهو الحل الأكثر ملائمة لعقد الإذعان، فالقضاء يتدخل لتفسير أو تطبيق الأحكام التشريعية للنظام العام وذلك طبقا للقواعد العامة للقانون، ولكن من الممكن أن يعطي القانون للقاضي سلطة خاصة في تفسير وتحديد الشرط التعسفي كما هو الحال في فرنسا، فهو يخول للقاضي مراجعة الشرط الجزائي الناتج عن العقد، في حالة المراجعة القضائية فقضاة الموضوع عليهم ان يحددوا ما إذا كان مبلغ التعويض مبالغ فيه أو تافه القيمة، وعلى العكس من ذلك فلا يلتزم القاضي بتسبيب حكمه لأسباب خاصة عندما يرفض تعديل الجزاء المنصوص عليه إذ أن الأصل هو ألا يتدخل القاضي في إتفاق الأطراف، وإذا ما تدخل فعليه تسبيب قراره،[1]وهو الرأي الذي أخذه المشرع الجزائري في المادة 184 من القانون المدني الجزائري، والشرط الجزائي إذا كان مغالى فيه وتعسف الدائن في التمسك به فإنه يعتبر شرطا تعسفيا من شروط عقد الإذعان، وبالتالي فالقاضي الجزائري مكنه المشرع من التدخل.

2/ **التدخل على مستوى تكوين عقد:** والهدف الأساسي من هذا التدخل هو محاولة استبعاد تحرير العقد بإرادة منفردة وهذا لا يتسنى إلا بإعطاء الرابطة الإرادية التعاقدية مفهومها الصحيح أو بتمكين المفاوضات الجماعية في العقود النموذجية.[2]

إلا أن نظرية عقود الإذعان تتضمن مفهوما خاصا بفكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وهو ما يشير إليه معنى الطرف المذعن وهو بدوره ينعكس حول الحماية المقررة له وهذا مفهوم لا يشمل إلا

[1]/ إبراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص 75.
[2]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 172.

مظهرا واحدا من مظاهر الضعف التعاقدي هو الضعف الاقتصادي وهو ما ينشأ عن تدني المركز الاقتصادي للمتعاقد المذعن في مواجهة ما يتمتع به المتعاقد الآخر من نفوذ اقتصادي هائل.[1]

ثانيا/ دور القاضي الجزائري في التدخل لتعديل شروط العقد:

وقد قدر المشرع ضرورة الخروج عن القواعد العامة استجابة لما يتطلبه الطرف المذعن من الحماية لكونه طرفا ضعيفا في إطار علاقته التعاقدية مع الطرف الآخر ومن أهم المظاهر التي يوفرها المشرع لحماية الطرف المذعن:

– أجاز المشرع للقاضي إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي إذا كان مجرد التعديل لا يرفع صفة التعسف عنه وإعادة التوازن للعقد فهذا الموقف يبطل الشرط ويبقي على العقد، والهدف من وراء ذلك هو عدم حرمان المستهلك من السلعة أو الخدمة التي تعاقد من اجلها.

– لم يضع معيارا محددا لوصف الشرط بأنه تعسفي بل ترك سلطة واسعة للقضاء لتحقيق المساواة بين المتعاقدين وجعل الحماية واسعة تشمل كل شرط من شأنه الإخلال بالعلاقة التعاقدية.

– لا يجوز للأطراف الاتفاق على سلب القاضي سلطة التعديل أو الإلغاء.

من خلال ماسبق يمكن القول أن السلطات الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقضاء بشأن عقود الإذعان وإن كانت كافية لحماية الطرف المذعن إلا أنها لا ترقى للخطوة التي خطاها المشرع الأوروبي عندما منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل في الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك ومنها ما ينطبق عليه وصف الإذعان إذا على الرغم من أن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث والخبرة، إلا أن هذه العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود إذعان وهو مايجعلها غير كافية لوحدها لحماية الطرف الضعيف، فينبغي معالجة الشرط التعسفي في جميع أنواع العقود سواء كانت عقود إذعان أم عقود نموذجية أم غيرها من أنواع العقود كلما تضمنت مثل هذه الشروط وذلك من خلال تطوير نصوص القواعد العامة في القانون المدني الخاصة بمعالجة هذه الشروط أو بإيراد نصوص قانونية خاصة يتولى المشرع تنظيمها تنظيما تشريعيا وإعطاء سلطة واسعة للقضاء في الحد من هذه الشروط بوسائل يكفلها القانون له لتشمل الطرف الضعيف بالعقد بالحماية من الشرط التعسفي.

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 145.

تجنب المشرع الجزائري الجدل القائم في القانون الفرنسي الذي فضل واضعوه عدم تعريف محدد للشرط التعسفي وإنظم إلى التشريعات التي نظمت الحماية ضد الشرط التعسفي مع التعريف بالشرط التعسفي مثل المشرع الألماني والذي يرى إلى التعسف من خلال غياب حسن النية.

يترتب على إعمال مبدأ سلطان الإرادة مبدأ القوة الملزمة للعقد ومقتضى هذا أن كل شخص يملك حرية الدخول في الإطار التعاقدي بما يرتضيه وفي المقابل يمنع عليه الخروج انفرادا من هذا الإطار بعد أن ابرم العقد فيلتزم بعقده بمجرد أنه أراد التعاقد وهو ما يترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فهذه القاعدة يقصد بها أن التزام الناشئ عن العقد يعادل في قوته الالتزام الناشيء عن القانون، إلا أن الواقع العملي قد أثبت أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساس القوة الملزمة للعقد يقود بلا شك إلى ترك الطرف الأكثر قدرة وكفاءة يملي شروطه وبنود العقد دون تدخل الطرف الأقل قدرة مما يحقق عدم توازن اهر في العلاقة التعاقدية بين الطرفين، ومع تمسك الطرف القوي بالقوة الملزمة للعقد يكون الطرف الضعيف ملزما بتنفيذه رغم عدم توازنه.[1]

فالإرادة هي أساس الالتزام التعاقدي وهي في نفس الوقت الضمانة الكافية لتحقيق عدالة العقد على أساس أن إرادة الشخص لا يمكن أن تتجه إلا لما فيه مصلحته ومن ثم فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أيا كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة[2].

ولا يمكن القول بأن كل ماهو عقدي يكون عادلا مالم يكن طرفي العقد على قمد المساواة تماما في حين نجد من الناحية الواقعية أن التساوي بينهما غير متحقق إذ نجد في إطار العقود التي يبرمها المستهلك مع المحترف أن الأمر ينتهي في الواقع بفرض المحترف إرادته وشروطه على المستهلك مستغلا في ذلك تفوقه الاقتصادي والمعرفي والفني وعليه يتطلب الأمر أن يتدخل المشرع في العلاقة العقدية حماية للطرف الضعيف.[3]

ومن أهم النتائج التي تترتب على هذا المبدأ أن تكون للعقد المبرم قوة ملزمة في موضوعه أي أن المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من جهة ولا يلتزم به من جهة أخرى فالعقد في قوته الملزمة يساوي في قوته الملزمة.[4]

---

[1]/ مولود بغدادي، جغلول زغدود، المرجع السابق، ص 208.
[2]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق ،ص 134
[3]/ أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق، ص163.
[4]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 137.

فأهم النتائج هو احترام التشريع والقضاء والعقود والالتزام بعدم التدخل في الروابط العقدية باعتبارها شريعة المتعاقدين حتى ولو اتسمت بعدم التوازن لمصلحة أحد طرفيها في مواجهة الطرف الضعيف مادام تحديد مضمون العقد يعد عادلا لأنه تم بتراضي الطرفين على مضمونه ومن ثم كل محاولة لإعادة التوازن إليه من شأنها أن تمس بحرية الإرادة.[1]

فإذا كان المبدأ مقبولا بالنسبة للعلاقات التعاقدية اتسمت بقدر من التوازن والقدرة على التفاوض وإمكانية الشخص العادي الإلمام بظروف التعاقد فإن تطبيقه يبدو في غاية الخطورة عندما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التكافؤ بين المتعاقدين إذ يواجه هذا المبدأ عقودا لايكاد الطرف العادي يعرف محتواها ولا المقصود منها هذا فضلا عن ضعفه من الناحية الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر، كما أن استبعاد هذا المبدأ غير مقصور على العلاقات التعاقدية التي يحكمها القانون الوطني الداخلي، فالمشكلة موجودة كذلك بين طيات العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي حيث يرى البعض أن هذا المبدأ الذي يمنح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي هو السبب الرئيسي للإجحاف بالطرف الضعيف.

ويمكن الإشارة إلى أن أغلب العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنيت تتم من خلال عقود نموذجية تظهر في الموقع الالكتروني للمحترف، وعلى سبيل استمارة نموذجية الكترونية تتضمن تفاصيل العقد وتتوجه بشروط مماثلة إلى جمهور المتعاقدين على وجه الدوام، وتكون ملزمة لفترة طويلة ولا تقبل المناقشة أو التعديل فضلا عن ذلك لا يوجد مجلس للعقد بمعناه التقليدي بل قد يغيب العنصر الإرادي الحقيقي عن عملية إبرام العقد وبهذا يظهر ضعف المتعاقد الآخر بمجرد إعداد العقد مسبقا من قبل الطرف القوي[2].

فالظروف التي تبرم فيها العقود الالكترونية أدت إلى عدم استطاعة الطرف الضعيف دراسة شروط العقد وإجراء مفاوضة واقعية وموضوعية قبل إبرامه.

وانطلاقا من المعطيات المتقدمة اثبت الواقع العملي عدم توافر التساوي بين طرفي العلاقة التعاقدية في إطار الفرضيات، وأن المساواة المزعومة في ظل هذا المبدأ تنحصر في مساواة نظرية لا توجد على أرض الواقع وفي بيئة قانونية تحكمها قواعد صيغت في ظل هذا المبدأ، ولم يكن ممكنا البحث في شروط التعاقد لتقييم هذه الشروط وفيما إذا كانت شروطا تعسفية من عدمه.

---

[1]/ المرجع نفسه ص 137.

[2]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص169

لذا أصبح من الضروري البحث عن معالجات قانونية جديدة تكفل الحماية اللازمة للطرف الضعيف في مرحلة إبرام عقد مع الطرف القوي سواء بإيجاد قواعد قانونية خاصة أو من خلال تطويع القواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية [1].

غير أن التطور العملي كشف عن قصور نظرية العقد شريعة المتعاقدين عن تحقيق التوازن العقدي مما جعل العقد سلاح في يد الطرف القوي يستغل من خلاله ضعف وحاجة المتعاقد الضعيف عن طريق إملاء الشروط التي تحقق لهم أقصى غايات الانتفاع.

ثالثا / دور القاضي المصري في تعديل شروط العقد :

وقد وضع القضاء المصري عدة مبادئ اعتمد عليها عند تدخله لتعديل شروط العقد نذكر منها[2]:

– الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام، وعقد الإيجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الإذعان.

– الشك بأن القيود الواردة في عقد البيع الصادرة من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التي لا سبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها، ولا يصح التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع.

– إذا كان يتبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف بعد أن تبين أن الحكم الجنائي الذي قضى بإدانة سائق السيارة المؤمن عليها قام على تحميل تلك السيارة بأكثر من الحمولة المقررة بطنين وبأنها كانت في حالة غير صالحة للعمل من حيث فراملها وعلية قيادتها.

– عارضت لما أبدت به شركة التأمين الطاعنة في دفاعها كون هاتين الحالتين لا تدخلان في نطاق التأمين إذ نصت المادة الثانية من الوثيقة على أن التأمين لايشملها، ولم تأخذ بهذا الدفاع وأسست وجه نظرها في التقرير بمسؤولية الطاعنة عن دفع مبلغ التأمين على أن ما احتوته وثيقة التأمين من شروط مطبوعة عددت فيها الحوادث والأضرار التي تعفي فيها الطاعنة من المسؤولية، يوصل إلى القول بأن الشركة اعتبرت نفسها في الواقع متحللة من دفع التأمين عن الحوادث التي تقع نتيجة مخالفة القوانين واللوائح عموما بما يترتب عليه عدم الاعتداد بهذا الشرط وإهداره للقانون، ذلك أنه وإن كان مؤدى ما انتهى إليه ذلك الحكم هو اعتبار وثيقة التأمين موضوع الخصومة الحالية والتي عقدت في ظل أحكام القانون المدني القديم عقد الإذعان، إلا أنه لا يتأتى من ذلك أن يهدر نص المادة الثانية بجميع ما

[1]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع نفسه، ص 169.
[2]/ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 163 ومابعدها.

تضمنه من الصور والحالات التي نص فيها على أن التأمين لا يشملها ذلك أن ما يسوغه إبطاله في هذه الحالة إنما يقتصر على الشرط التعسفي الذي يتناقض مع جوهر العقد باعتباره مخالف للنظام العام، ولما كان ما ورد بالبندين الثاني والرابع من المادة 02 من العقد من أن التأمين لا يشمل بصفة خاصة ما يقع من الحوادث والأضرار نتيجة لتحميل السيارة بأكثر من حمولتها المقررة رسميا أو نتيجة لعدم العناية بها، ولا يعتبر من الشروط القائمة على التعسف والمناقصة في العقد ولا مخالفة فيها للنظام العام بل أن مبناها الشرعية والمشروعية في الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الخطر الأشد احتمالا فإنه يتعين إعمال مقتضاها لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون متعين النقض.

يتضح من القانون المدني الجزائري والمصري أن المشرع أراد حماية الطرف المذعن حماية فعالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية لا يملك الطرف المذعن إلا قبولها والحقيقة أن عدم وضوح الشرط أو غموضه بما يجعل من الصعب على المذعن التعرف على مضمونه أو مداه لا يتعلق بمدى التعسف المترتب عنه هذا الشرط وإنما هي مسألة تتعلق بأعمال التفسير .

وتعمد المشرع في عدم تحديد المقصود بالشرط التعسفي وذلك لترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدى وبالنظر للظروف الشخصية.[1]

[1]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الثاني: دور القضاء في استبعاد الشرط التعسفي:

يثور التساؤل حول مدى تمكين القاضي من التصدي للشروط التعسفية والقضاء ببطلانها وذلك في حال عدم صدور مرسوم من مجلس الدولة، وقد ظهر اتجاهين على مستوى القضاء اتجاه ضيق لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا صدر به مرسوم تطبيقي واتجاه آخر واسعلا يشترط صدور مرسوم تطبيقي.

أولا/ الاتجاه الضيق لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا صدر به مرسوم تطبيقي:

حسب هذا الاتجاه فلا يوجد أي دور للقضاء في إبطال الشرط التعسفي عند غياب نص أو مرسوم فالمشرع أعطى للإدارة وحدها السلطة في تقدير ذلك من خلال مراسيم يصادق عليها مجلس الدولة الفرنسي ولم يبق للسلطة القضائية سوى النطق بالبطلان للشروط المعلن أنها تعسفية، وعليه إذا لم يصدر مرسوم من السلطة التنظيمية المتمثلة في الحكومة بأن شرطا ما يعد تعسفيا فإنه لا يكون للقضاء اعتباره كذلك خاصة وأنه لدى بعض الفقهاء في شأن إعطاء القاضي سلطة إبطال الشرط التعسفي فيما لم يرد به نص ما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات فإن الغموض غالبا ما يكتنف مفاهيم التعسف والميزة الفاحشة الأمر الذي يؤدي إلى قيام هذه السلطة[1].

ب/ اتجاه الموسع لا يشترط صدور مرسوم تطبيقي :

يستند هذا الاتجاه إلى القول بان ليس هناك ما يبرر رفض إعطاء القاضي دورا في الرقابة على الشرط التعسفي ويستدل على ذلك أنه بالرغم من عمل لجنة مكافحة الشروط التعسفية ووجود السلطة للحكومة في إصدار مراسيم باعتبار شرط ما تعسفيا فإنه لا يزال هناك العديد من الشروط التعسفية التي تدرج في العقود.[2]

ويتجه القاضي إلى إعفاء الطرف الضعيف من الشرط التعسفي بغية إعادة التوازن الاقتصادي والفني والقانوني المختل وإعفاء المتعاقد الضعيف يكون إما لعدم علم المتعاقد بهذا الشرط أو لعدم تمكنه من العلم به أو لعدم تمكنه من مراعاته بسبب القوة القاهرة .

[1]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 348
[2]/ عمر محمد عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 439.

1/ العلم أو إمكانية العلم بالشرط التعسفي:

يقصد بحالة عدم العلم بالشرط وعدم إمكان العلم به هي الحالة التي لا يمكن للطرف المذعن فيها العلم بالشرط ولا يتيسر له إمكان العلم به قبل إتمام العقد، فالشروط التي يعرفها الطرف المذعن أو التي يكون بالإمكان أن يعرفها هي التي تسري عليه فقط[1]، ولهذا يبحث القضاء عن هذا الشرط على أساس عدم وجود الإرادة لدى الطرف المذعن في العقد إما لأنه لم يعلم بالشرط الوارد في العقد أو لم يكن في استطاعته العلم به وإما لأنه علم به في وقت لاحق لإبرام العقد.

وبصدور القانون 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين الفرنسي بدأ الاعتراف بسلطة القضاء في إعلان وإلغاء الشرط التعسفي لأن وظيفة تطبيق القانون تدخل في صميم اختصاص القضاء فضلا عن ذلك فإنه لا مبرر يمنح القاضي سلطة التدخل في الشرط الجزائي وحجب هذه السلطة عنه في مجالات أخرى وكان الهدف من ذلك الاعتراف لمحكمة النقض بممارسة دورها الطبيعي بتحقيق العدالة بين الأطراف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية.

2/ عدم مراعاة المذعن بسبب أجنبي أو قوة قاهرة :

وتختلف هذه الحالة عن سابقتها في أن الشرط الذي يتضمنه العقد قد قبل به المتعاقد وتعاقد عليه وهو على علم تام به، ومع ذلك يعفي المتعاقد من سريان هذا الشرط بحقه وذلك لأنه قد حالت قوة قاهرة بينه وبين القيام بالالتزام الواجب عليه بمقتضى هذا الشرط، كأن تقرر التأمين وقف تنفيذ العقد لتخلف المؤمن له عن أداء الأقساط المستحقة في ذمته.[2]

وقد اعتبرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في 1994/01/06 عقود تأجير السيارات المعروضة من قبل الشركة المؤجرة للمستأجرين هي عقود إذعان مفروضة على هؤلاء بالنظر إلى موقع الشركة الاقتصادي وبالتالي تعتبر المحكمة أن ما ورد في هذه العقود من التزامات ملقاة على عاتق المستأجر شروطا تعسفية فتبطل حتى ولو تمت في ظروف غير متوقعة أو غير قابلة للتوقيع.[3]

وهناك اتجاهان حول توسيع دائرة الحماية القضائية من الشرط التعسفي وإعادة التوازن العقدي: أحدهما يرى عدم توسيع الحماية القضائية وامتدادها إلى عقود أخرى غير عقود الإذعان إذ أن هذه الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان هي حماية استثنائية وما ورد على خلاف الأصل لا يجوز

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 231.
[2]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع نفسه، ص 235.
[3]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع نفسه ص237.

التوسع فيه أو القياس عليه، وعليه يتعذر على القاضي أن يمارس السلطة الممنوحة له في مواجهة الشرط التعسفي على عقود أخرى غير عقود الإذعان.

والاتجاه الثاني يرى إمكانية امتداد الحماية القضائية إلى عقود أخرى غير عقود الإذعان ويستند في ذلك إلى أن الآثار الناجمة عن عقود الإذعان هي خلق علاقة عقدية غير متوازنة يتسم أحد أطرافها بالضعف في مواجهة الطرف الآخر على النحو الذي يبرر الحاجة إلى تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في هذه العقود[1].

ويرى بعض الفقهاء أن القاضي يملك كامل الحق في تقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا يمكن لمحكمة النقض تقديره مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذا تبين أن الشرط تعسفيا في عقد الإذعان فله أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف وإلا فيكون له أن يلغيه وهو في ذلك غير مقيد بشيء معين سوى ما تقتضيه العدالة.[2]

نظرا لكون المشرع الفرنسي منح للحكومة سلطة تحديد وتنظيم الشرط التعسفي من خلال اصدار لوائح تنفيذية، إلا أن هذا الاتجاه سبب مشكل كبير أمام الفقه والقضاء الفرنسي فهناك شروط وردت عن اللجنة في شكل توصية غير أنه لم ينظمها أي مرسوم، كما أنه هناك شروط تعد تعسفية حسب معيار المادة 35 من القانون 1978/01/10 لكن الحكومة لم تتطرق لها بتاتا، وتبسط محكمة النقض رقابتها على تقدير الحد الأدنى للطابع التعسفي للشروط بوصفها مسألة قانون لا واقع وتهدف إلى توفير معايير التقدير وتحقيقا للأمن القانوني واستقرار المعاملات.

وقد أجمع الفقه بأن المنازعات التي تثور بسبب الشروط الصادرة بموجب مراسيم من الحكومة الفرنسية تعتبر تعسفية ويكون حكمها البطلان من طرف القاضي العادي، أما فيما يخص دور القاضي بسبب الشروط الأخرى والتي لم تصدر في مراسيم فقد إختلف الفقه حولها:

– فهناك من يرى بعدم إعطاء القاضي سلطة إبطال الشرط التعسفي لأن ذلك يصيب المعاملات بعدم الاستقرار، ويؤدي إلى الفوضى ويرى أن إعطاء القاضي سلطة التقدير ليس مؤسسا على عناصر محددة وواضحة لأن مفاهيم تعسف النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة غامضة ومبهمة، وتنشئ نوعا من الشك وعدم الاستقرار كما تؤدي إلى غض النظر عن عمل لجنة البنود التعسفية والتي تمارس رقابة سابقة في

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق ، ص 239 ومايليها.
[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 59.

حين أن رقابة القضاء العادي هي رقابة لاحقة وتختلف من قاضي إلى آخر،[1] نجد محكمة النقض الفرنسية أصدرت قرار لها على أساس أن المشرع أعطى هذه الصلاحية للحكومة فقط وقضت بأن الشرط محل النزاع مألوف ومنتشر في هذا النموذج من العقد في حين لا تعد مسألة انتشار أو شيوع إدراج الشرط في هذا النوع من العقود معيارا يعتمد عليه في هذا المجال[2].

– أما الرأي الثاني يرى أن للقضاء العادي الحق في القضاء ببطلان الشروط التي أصدرتها اللجنة في شكل توصية ولكن لم تصدر الحكومة بموجبها مراسيم تنفيذية بعد، فالفقه يرى أنه رغم منع القاضي العادي من بسط رقابته على الشرط التعسفي غير أن هذا لا يمنع المحاكم من الحكم ببطلان الشرط التعسفي استنادا إلى القواعد العامة في التشريع المدني كقاعدة حسن النية والشك يفسر لصالح المدين ونظرية التعسف في استعمال الحق[3]، وقد قضت محكمة الاستئناف الفرنسي برفض طلب المستهلك على أساس أن الشرط محل النزاع ليس شرطا تعسفيا، غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت الحكم وتصدت من جديد له بقولها: إن الشرط يكون تعسفيا مادام من شأن موضعه أو أثره إنقاص حق غير المهني في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت وأضافت: أن الشرط محل النزاع تعسفي لأنه يمنح البائع ميزة فاحشة .[4]

غير أن المشرع الفرنسي تدارك التناقض الموجود في القانون 1978/01/10 وأصدر قانون الاستهلاك الفرنسي عام 1993 وقد جاء بنظام فعال حيث أضاف ملحقا بالقانون يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن عدها تعسفية على سبيل المثال من قائمة تسمى قائمة سوداء والتي تعد تعسفية بطبيعتها وقائمة أخرى رمادية والتي يفترض فيها أنها تحمل وصف التعسف وإعطاء الحق للمتدخل لإثبات عكس ذلك، وحسنا ما فعل المشرع اللبناني في المادة 26 من قانون حماية المستهلك حين نص على أنه:"تعتبر بنودا تعسفية على سبيل المثال لا الحصر أي من البنود التالية....".

وتعتبر المحاكم الفرنسية هي أول من استشعرت حاجة المستهلك إلى الحماية من الشرط التعسفي ومكافحته، وذلك بالنظر إلى إمكانية الطرف الآخر استغلاله وإساءة معاملته إلا أن مبدأ استقلال الإرادة كان يحول بينها وبين القضاء بإلغاء هذه الشروط خاصة وأن الأطراف قد قبولها عند توقيع العقد لذا كان لابد من تدخل المشرع .

---

[1]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 240.
[2]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع نفسه ص 241.
[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 43.
[4]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 242.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري والمصري نجد أن المشرع لم يتعرض مباشرة إلى الشرط التعسفي إلا إذا تضمنتها عقود الإذعان في حين نجد أنه ليس من الضروري أن تكون جميع العقود التي يبرمها المستهلك في إطار علاقاته بالمحترف داخلة ضمن وصف عقود الإذعان أو أن تتوافر فيها العناصر التي تقوم عليها العقود[1].

3/ أسباب ضيق نطاق الشرط التعسفي في القانون الجزائري والمصري:

يتميز العقد بحرية النقاش والمساومة بين الطرفين غير أن هذه الحرية تنعدم في بعض العقود عندما يتفوق أحدهما على الآخر فهو من يضع شروط العقد إن شاء المتعاقد الآخر قبل بها وإلا إمتنع عن التعاقد، ويعود سبب ضيق نطاق الشرط التعسفي إلى عاملين مرتبطان بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين هما: عدم كفاية المساواة القانونية في تحقيق التوازن العقدي وعدم اعتبار الغبن لوحده من عيوب الإرادة.

- ✓ **الاعتقاد بكفاية المساواة القانونية في تحقيق التوازن العقدي:**

يقصد بمبدأ المساواة القانونية أن يتمتع كل متعاقد بإرادة حرة عند إقدامه على التعاقد سواء من حيث اختياره وسيلة التعبير عن إرادته، أو من حيث القبول بشروط التعاقد التي يتحدد بموجبها مضمون العقد فضلا عن تمتعه بأهلية لا تصرف وسلامة الإرادة من العيوب التي تلحق بها أو التي قد تؤثر في توجهه نحو التعاقد[2].

فالتوازن العقدي وفق مبدأ المساواة القانونية ذو نزعة شخصية ومعياره التراضي بين الطرفين فمادام التراضي موجود فالتوازن أيضا محقق وأن ما يأخذه احد المتعاقدين أقل مما يعطيه، وبالنظر إلى التساوي المفترض بين مراكز الأطراف المقبلة على التعاقد وحرصهما على تحقيق مصالحه فقد كان من المفروض أن يتحقق لهذه العقود توازنها الذاتي كأثر لوجود الرضا وقبولهم بالشروط فإذا انتفى التساوي المفترض بين الإرادتين وكانت أحدهما متفوقة على الأخرى فإن هذا يفسح المجال لفرض شروط معينة في العقد تحقق مزايا لمن يفرضها على حساب الطرف الآخر وبناء على هذا تعد هذه الشروط تعسفية.

ويعاب على هذه القاعدة أن إرادة الطرفين متساويتين حيث أن كليهما ساهم في تحديد شروط العقد وآثاره من التزامات وحقوق وقدر المزايا التي تعود عليه من العقد مقابل ما يحصل عليه الطرف المقابل بدوره من المزايا فينتج عن ذلك عقدا متوازنا لا غبن فيه لأحد طرفيه فإذا أراد أحد المتعاقدين التضحية ببعض المزايا فهو حر في ذلك.

---

[1]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 216.
[2]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 142.

ويرى الفقه بأنه من غير المقبول أن يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من خارج إطار العقد نفسه أي بطريقة موضوعية، فالمتعاقد نفسه هو الذي يحقق توازنه الذاتي يؤدي بطبيعة الحال إلى رفض أي نوع من أنواع التدخل في تنظيم العقد شكلا أو مضمونا حتى ولو كان ما يرتب على ذلك إدعاء عدم العدالة أو عدم التوازن في العقد.[1]

وينقد الفقه توجه المشرع إلى توسيع حماية الطرف المذعن لاعتقادهم أن ذلك يتعارض مع الأصول المعتبرة في التفسير القانوني، والتي تقضي بالالتزام بالمعاني المستفادة من عبارات التعاقد متى كانت واضحة وهذا الإتجاه يسوغ رفضه بأن السلطات التي منحها المشرع للقاضي تتجاوز السلطة الثابتة للقضاء عند التفسير والتي تقتصر وفقا للقواعد العامة على مجرد التفسير دون أي تدخل بإجراء التعديلات على الشروط التعاقدية أو من باب أولى التدخل بإهدار الشرط ويؤدي تفسير هذه المادة إلى تجاوز هذه الحدود عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي وإلغائه دون أي قيد.[2]

يمكن القول أنه لا يمكن نقد السلطة المخولة للقاضي على أساس خروجها عن القواعد العامة في التفسير والمطالبة بضرورة الالتزام بما ترد به الشروط واضحة العبارات لأن المشرع هو صاحب الحق في تقدير مدى ضرورة خروجه عن أحكام القواعد العامة وفقا للمتغيرات المستجدة، وخضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن القواعد العامة.

مما سبق يمكن القول أن السلطة الواسعة التي منحها المشرع للقاضي لتحديد الشرط التعسفي لا بد من وجود أنظمة تشريعية وإدارية مصاحبة لذلك وذلك على غرار ما هو متبع في القوانين الأوربية التي تختص بتحديد الشرط التعسفي بوجه عام ويوجه القضاء في شأن التمييز ببن الشروط التعسفية بطبيعتها والشروط التي لا يمكن احتسابها كذلك إلا في بعض الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وأطرافه.

[1]/ فراس جبار كريم الروازق، المرجع نفسه، ص 144.
[2]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 37.

المبحث الثاني: جزاء الشرط التعسفي:

يحق لكل شخص اللجوء للعدالة قصد الحصول على حقوقه والمطالبة بحماية مصالحة المادية أو الاقتصادية فضلا عن المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وخسارة أو فاته من كسب، غير أن القانون اشترط جملة من الشروط التي يجب توافرها في المتعاقدين وهو ماجاء به المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم من خلال المادة 13 منه والتي تقضي بأنه:"لايجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

كما يشترط القانون أن يكون ذلك عن طريق عريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة، وسنبين في المطلب الأول التسوية الودية المتعلقة بالشرط التعسفي ونتناول في المطلب صور جزاءات الشرط التعسفي.

المطلب الأول: التسوية الودية المتعلقة بالشرط التعسفي:

العقد المتضمن للشرط التعسفي كغيره من العقود الملزمة لجانبين إذا أخل أحدهما بالتزاماته التعاقدية يعرض صاحبه لجزاءات سواء كانت مدنية أو جزائية منصوص عليها في القواعد العامة، غير أنه استحدثت طرق بديلة لفض النزاع وتسويته بين المتعاقدين دون اللجوء إلى العدالة، هذه الطرق التي من خلالها يتجنب الطرف الضعيف مشقة القضاء سواء من ناحية إجراءاته أو مصاريفه أو طول آجاله القانونية.

وسنتناول في هذا المطلب هذه الطرق البديلة والتي تتمثل في الصلح كالية للتسوية الودية من خلال الفرع الأول أما الفرع الثاني فنخصصه لاجراءات التسووية الودية.

الفرع الأول: الصلح كآلية للتسوية الودية:

نخصص هذا الفرع لدراسة الصلح وذلك من خلال تحديد الإطار المفاهيمي له ثم نتكلم عن مفهوم غرامة الصلح وماهي شروط فرضها .

أولا/ تعريف الصلح:

هو وسيلة من وسائل انقضاء الدعوى المدنية في حالة قيام كل من المدعي والمدعي عليه بإجراء التصالح على قيمة المطالبة القائمة بينهما، فهو عقد يرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي،[1]ويملك المستهلكين استخدام وسائل مختلفة في الصلح، وهذه الطريقة استخدمت للمنازعات البسيطة التي تكون قليلة الأهمية وتحتاج إلى سرعة ودون تكاليف، ولكنه لا يتم التوصل فيه إلى حكم، إذ أن الحل المقترح ليس له صفة ملزمة، فالأطراف بإمكانهم رفض الحل أو قبوله، ولا يكون للحل فاعلية، إلا إذا كانت جهة الصلح تتمتع بمكانة معنوية تمكنها من إصدار توصيات يتم احترامها عفويا، ولقد صدر قانون 1978 في فرنسا ينص على تعيين شخص للمصالحة من قبل رئيس محكمة الاستئناف ولا يكون قاضيا ولكنه يختار من الأشخاص المؤهلين لمثل هذه المهمة التي تقتصر على محاولة التوصل لحل ودي بهذا النزاع، والجهات التي تقوم بهذه الطريقة متعددة ولكن يبدو أن فاعلية ما تتوصل إليه تعتمد على شخصية من يتدخل للوصول إلى حل ودي كما أن مشاكل المستهلكين ليست هي الرئيسية التي تعتني بها هذه الجهات إذ لا تشكل إلا جانبا بسيطا من نشاطها.[2]

ثانيا: مفهوم غرامة الصلح وشروطها:

يقصد بالغرامة amende المبلغ المالي الذي يدفعه أي مخالف للقانون للخزينة العمومية[3].

وتعتبر غرامة الصلح في مجال حماية المستهلك عموما بأنها وسيلة ودية من وسائل إنهاء النزاع خارج القضاء مما يجعلها وسيلة غير قضائية لتسوية النزاعات ذات الصلة بالمستهلك وهي الأثر القانوني المترتب على اتفاق الصلح المبرم بين الهيآت الإدارية الرقابية المختصة بمراقبة النشاط التجاري والاقتصادي أو العون الاقتصادي.[4]

---

[1]/ أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة، الأردن طبعة01، سنة 2007 ص87.

[2]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 219.

[3]/ سي يوسف زاهية حورية، دراسة في القانون 09-03، المرجع السابق، ص80.

[4]/ سلوى قداش، الالتزام بضمان المتوجات في عقود الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2018-2019، ص256.

وغرامة الصلح هي المبلغ المقدر قانونا لكل مخالفة والذي تفرضه الإدارة المكلفة بحماية المستهلك عند ثبوت المخالفة وتشترك مع الغرامات المنصوص عليها في قانون العقوبات كونها تحصل لفائدة الدولة، وبالرجوع إلى القانون 09-03 المعدل والمتمم نجد المشرع نص على إمكانية فرض غرامة الصلح على مرتكبي المخالفات بدلا من المتابعة القضائية، هو غرامة مالية توقع من طرف ضباط الشرطة القضائية والأعوان المنصوص عليهم قانونا وأعوان قمع الغش ضد مرتكب المخالفة المعاقب عليها لتجنب العقوبة المقررة لذلك، حيث تنقضي الدعوى العمومية في حالة قيام مرتكب المخالفة بتسديد مبلغ غرامة الصلح في الآجال ووفق الشروط المحددة قانونا[1]، وهذا يعني أنه إجراء اختياري للإدارة المكلفة بحماية المستهلك أي لها السلطة التقديرية في فرضها من عدمها، وهو ما ساعد في انتشار ظاهرة المحاباة، فكان أولى بالمشرع أن يلزم الجهات المختصة بتحصيل غرامات الصلح متى ثبتت المخالفة دون أن يترك لها السلطة التقديرية في فرضها من عدمها، وغرامة الصلح هي بمثابة قيد على تحريك الدعوى العمومية فهي وسيلة للحد من المتابعة القضائية في الجرائم المتعلقة بالمستهلك.[2]

هناك جملة من الشروط لابد من توافرها لفرض غرامة الصلح على المتدخل وهي:

- ألا تكون المخالفة معاقب عليها بعقوبة أخرى غير العقوبة المالية.
- وألا يطبق إجراء الغرامة في حالة تعدد المخالفات.
- وألا يكون المتدخل في حالة العود.[3]

[1]/ حساني علي، المرجع السابق، ص 375.
[2]/ سلوى قداش، المرجع السابق، ص 156.
[3]/ المادة 87 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: إجراءات التسوية الودية:

وسنتناول في هذا الفرع أهم الطرق التي جاء بها القانون ويتم الاعتماد عليها في تحديد غرامة الصلح أولا ثم نتكلم على الاجراءات المتبعة في تحصيل هذه الغرامة .

أولا: طرق تحديد غرامة الصلح:

بالرجوع إلى نص المادة 88 من القانون 09-03 المعدل والمتمم نجد أن المشرع إعتمد في تحديد الغرامة على طريقتين:

الطريقة الأولى: هي تحصيل الغرامة بطريقة نسبية وهذه الطريقة وفرها المشرع في حالة رفض خدمة مابعد البيع وهي تقدر ب 10 بالمائة من ثمن المنتوج المقتني.

الطريقة الثانية: تتمثل في الغرامات المحددة قانونا ومن بينها فرض غرامة الشرط التعسفي وهو مانص عليه القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بقوله: تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5000000 دج).

ثانيا: إجراءات تحصيل غرامة الصلح

في حالة ثبوت المخالفة يمكن لأعوان قمع الغش فرض غرامة الصلح وذلك بتحرير محاضر تثبت المخالفة وعليهم إنذار المخالف خلال 07 أيام من تحرير المحضر برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يبين فيه محل إقامته ومكان وتاريخ وسبب المخالفة ومراجع النصوص المطبقة ومبلغ الغرامة المفروضة عليه وتحديد الآجال الواجب التسديد فيها.[1]

وعلى المتدخل أن يدفع مبلغ الغرامة لدى مصالح الضرائب في مكان إقامته خلال 30 يوم من تاريخ تسلمه الإنذار، وإذا قام المخالف للقانون بدفع غرامة الصلح تنتهي متابعة المخالف، أما إذا لم يدفع الغرامة ولم تتلق إدارة حماية المستهلك أي إشعار بالدفع خلال 45 يوم من الإنذار يجوز لها إحالة المخالف على المتابعة القضائية.

وقد كان الجزاء المترتب على إيراد مثل هذه الشروط في مشروع اللائحة مدنيا فقط، إذ تعد هذه الشروط كأنها لم تكن ولكن الصورة النهائية للائحة صدرت بإضافة جزاء جنائي إلى الجزاء المدني وهو

[1]/ سي يوسف زاهية حورية، دراسة في القانون 09-03، المرجع السابق، ص81.

الغرامة التي لا تقل عن 1000 فرنك فرنسي ولا تزيد عن 2000 فرنك فرنسي، نتيجة لإدراج أي من الشروط المحظورة في العقود المبرمة بين المحترف وغير المحترف ولكن هذه اللائحة هي أول وآخر ما صدر حتى الآن بل ولم يعرض حتى الآن أي مشروع بنصوص جديدة في مجال حظر الشرط التعسفي.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن غرامة الصلح في حقيقة الأمر لا تفرض على المتدخل مثلما نص المشرع الجزائري في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، وإنما اقترح على المتدخل المخالف وفي حالة قبول هذا الأخير الصلح، والقيام بما يترتب عليه من آثار تنقضي الدعوى العمومية، لذلك ينبغي على المشرع إعادة النظر في مصطلح " الفرض" لأن الفرض يستلزم وجوب قيام الشخص بما فرضه عليه واستبداله بمصطلح الاقتراح كي لا يفهم من النص السابق أن غرامة الصلح إجراء وجوبي على المتدخل المخالف في حين أنها إجراء جوازي وهو ما يفهم من مصطلح" يمكن للأعوان".[2]

ولم يتوقف التفكير في مكافحة الشرط التعسفي في فرنسا عند حدود دعوى حذف أو إزالة الشرط التعسفي بل تعداها إلى البحث عن وسائل أخرى تعتمد على التحديد المسبق للشروط المتوازنة وذلك عن طريق إصدار قوانين أو لوائح أو اتفاقات جماعية تهتم بالتحديد المسبق لمضمون العقد بشكل يؤدي إلى تحقيق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف فبدلا من أن تتم صياغة العقد من جانب المحترف وحده فإنه تتم صياغته إما من طرف السلطات العامة بموجب نصوص آمرة وإما عن طريق التفاوض الذي ينتهي باتفاق جماعي على طريقة الاتفاقات الجماعية في مجال الشغل، والمشرع الفرنسي لم يتوان عن الأخذ بهذين الطريقين،[3]ويرى الفقه أن التدخل التشريعي له دور إيجابي في تحديد مضمون العلاقة الاستهلاكية وهو أحد تجليات النظام العام الحديث فرض التزامات بصفة آمرة كالالتزام بالإعلام والسلامة والمطابقة، كما يشمل التدخل السلبي المتمثل في منع وحر جملة من الممارسات كالإشهار المضلل والشرط التعسفي وغير ذلك من المحظورات قانون الاستهلاك[4].

صحيح أن غرامة الصلح هي إجراء استثنائي تتم بتوافر جملة من الشروط إلا أنه لا ننفي الدور الفعال الذي تلعبه في محاربة الممارسات التجارية المبنية على الغش، حيث أنها تمكن مرتكب المخالفة

[1]/ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 136.
[2] / سلوى قداش، المرجع السابق، ص257.
[3]/ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 40.
[4]/ بخيت عيسى، المرجع السابق، ص113.

من الاستفادة من فرصة عدم المتابعة القضائية، مع دفع غرامة صلح مقابل ذلك،مما يؤثر عليه ايجابيا وذلك بامتناعه مستقبلا من القيام بتلك الممارسات الممنوعة خاصة وأنه لن يستفيد من المصالحة في حالة العود[1].

المطلب الثاني: صور جزاءات الشرط التعسفي:

وقد خصصنا هذا المطلب الأخير من الدراسة للوقوف على الجزاء المترتب على ادراج الشروط التعسفية في العقود سواء كانت تقليدية او الكترونية او نموذجية وهذا لمعرفة مدى نجاعة هذا الجزاء في التصدي لهذا النوع من الشروط سواء كان جزاء مدني يتعلق بتفسير عبارات العقد للوقوف على المقصد الحقيقي للعقد أو بتعديل أو استبعاد كل شرط ساهم في اختلال العقد، دون أن ننسى الجزاء الذي نص عليه المشرع الفرنسي وهو بطلان الشرط، أو بعبارة أخرى يعتبره كأنه غير موجود، ويبقي على العقد بالإضافة إلى الجزاء الجزائي الذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك وهذا لردع الطرف الأقوى ومنعه من إدراج هذا النوع من الشروط في عقده، وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة:

قبل التطرق إلى الجزاء المنصوص علي في القواعد العامة جراء إبرام شروطا مجحفة ألحقت اختلالا واضحا بتوازن العقد لا بد من الحديث عن الجهة القضائية التي يلجأ إليها الطرفين للفصل في المنازعة الاستهلاكية وتبيان الإجراءات الخاصة برفع الدعاوى المتعلقة بها .

أولا: الجهة القضائية المختصة بمنازعات الاستهلاك :

الأصل أن تخضع علاقات المستهلكين لدائرة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه غير أن الأخذ بهذا المبدأ من شأنه إلحاق ضرر بالمستهلك الضعيف الذي يتحمل تبعة عبء الانتقال إلى مكان تواجد موطن المدعى عليه وهو المتدخل، وعليه فإن حماية المستهلك لا تقف عند الحماية الموضوعية فقط بل تمتد لتشمل الحماية الإجرائية وجوهر هذه الحماية هو تيسير الوصول إلى العدالة وإعفاء المستهلك من مشقة الانتقال إلى موطن المدعى عليه، خاصة إذا كانا بصدد عقد الكتروني الذي غالبا ما يكون كل طرف من دولة معينة وتكريس اختصاص هذه المحكمة لم يمنع الأطراف من حق تعديل هذا الاختصاص إذ يجوز الاتفاق على الخضوع الاختياري لمحكمة تابعة لقضاء دولة أخرى بدلا من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وعليه تختص المحكمة التي يختارها الأطراف في الفصل بمنازعاتهم بدل محكمة المستهلك أو أنها تعرض مباشرة أمام قضاء التحكيم الدولي.

[1]/ تماني جميلة، الغش في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2018-2019، ص241.

وللقاضي السلطة في الأخذ بها من عدمها، ومن ناحية أخرى بالنظر إلى تبعاته المرهقة للمستهلك يعتبر في حد ذاته شرطا تعسفيا ومن ثم يظل جديرا بالبطلان المطلق في عقود الاستهلاك في حين يرى جانب من الفقه أن تقرير البطلان لن يتم بصورة تلقائية فيقع باطلا فقط في الحالات التي يقدر فيه القاضي أنه تعسفيا فالحكم بالبطلان ليس وجوبيا وإنما تقديريا للقاضي وفقا لظروف كل حالة على حدى.[1]

وتكون منازعات الاستهلاك المبرمة على شبكة الانترنيت إما داخل حدود دولة واحدة وبذلك تجتمع كل عناصر العقد في دولة واحدة فلا يوجد هنا عنصر أجنبي ولا يعتبر العقد دولي وإما أن يكون النزاع دولي وذلك لاحتواء العقد على عنصر أجنبي ممثلا في اختلاف جنسية أطراف العقد وموطنهم أو خضوعهم لأكثر من نظام قانوني كما يكون العقد دوليا وفقا للمعيار الاقتصادي لأنه يتضمن انتقال الأموال.[2]

وتنص المادة 03 من اتفاقية روما 1980 بأنه تخضع جميع العقود لقانون الإرادة بما فيها عقود الاستهلاك لكن المادة 2/5 منها قد تحفظت في شأن قانون الإرادة وقررت استبعاده إذا كان من شأن تطبيقه حرمان المستهلك من الحماية القانونية العادية المقررة له في قانون الدولة التي بها موطنه العادي، وذلك متى كان إبرام العقد قد سبقه في هذه الدولة التي يقيم فيها تقديم عرض خاص أو إعلان وكان المستهلك قد استنفذ في هذه الدولة الإجراءات الضرورية واللازمة لإبرام هذا العقد أو كان المتعاقد الآخر أو ممثله القانوني قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان الأمر يتعلق بعقد بيع البضائع[3].

وقد ارتأت أغلب التشريعات إخضاع العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا للقانون الأصلح حيث أن قانون الإرادة يعامل معاملة الشروط التعاقدية فقط، وبالتالي لا يطبق منه إلا ما لم يكن مخالفا للقواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك، وتنص اتفاقية روما في هذا الصدد لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تعامل العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا معاملة خاصة يمكن وصفها بأنها تطبيق مبدأ القانون الأصلح للمستهلك فهي تسمح للأطراف في عقد البيع الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلكا بأن يختار القانون الواجب التطبيق على عقده

---

[1]/ طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، مصر،طبعة 01، سنة 2007، ص 215.

[2]/ أحمد محمد رزق فايد، منازعات عقود الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الانترنيت، مركز الدراسات العربية، مصر طبعة01، سنة 2017، ص 16.

[3]/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 56 ومايليها.

ويصبح هذا القانون هو الواجب التطبيق، لكن بشرط أن يحترم هذا القانون المختار الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك في القانون الذي يوجد فيه محل اقامته المعتاد، والتي تشكل قواعد ضبط من النظام العام.أما في حالة لم يختر فيها طرفي العقد المتضمن مستهلكا قانون لحكم علاقاتهم، أو اختاروا قانونا يقدم ضمانات أقل من الضمانات التي يمنحها قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك فإن هذا الأخير هو الذي يكون واجب التطبيق[1].

وتحدد المحكمة المختصة بخصوص العقود المبرمة عبر الخط من خلال القواعد الموجودة بالاتفاقيات الدولية أو القواعد الداخلية للقوانين الوطنية، ففي حالة عدم وجود أي إتفاقية دولية متعددة الجوانب أو ثنائية تحدد قواعد الاختصاص القضائي، فإن القاضي المطروح أمامه النزاع يجب عليه أن يحدد المحكمة المختصة وفقا لقانونه الداخلي، فقد نصت المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد بأن المحكمة المختصة بنظر النزاع هي المحكمة التي يقع في دائرتها المدعى عليه،[2]وهو مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني الجزائري في حين القانون الجزائي ينص على أن المحكمة المختصة هي التي يقع في دائرة اختصاصها الضرر.

كما يجوز للمدعي أيضا أن يرفع الدعوى أمام محكمة مكان التسليم الفعلي للشيء أو المحكمة التي يقع في دائرتها تنفيذ الخدمة والقانون المدني[3]يحدد الاختصاص لمحكمة معينة وفقا لمعيار الجنسية، أما في حالة عزوف الأطراف عن تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع أو في حالة عدم وجود اتفاقية دولية تحدد الاختصاص فإنه ستثور صعوبة كبيرة في تحديد المحكمة المختصة ويتضح بشكل كبير عندما يقوم شخص فرنسي بإبرام عقد مع محترف أمريكي من خلال جهاز كمبيوتر في اليابان، ويذهب أصحاب الرأي الراجح في الفقه أنه ينبغي لتوفير أكبر قدر من الحماية للمشتري أو المستهلك الذي أبرم عقدا على شبكة الانترنيت تقرير الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامته.[4]

وقد تصدت مختلف التشريعات والقوانين والاتفاقيات الدولية في حالة الاختيار الإرادي فقد وضعت ضوابط إسناد احتياطية تنهض لتحديد القانون المختص، وأن هذه الضوابط قد وضعت لتحكم العقود

---

1 / شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، العدد الرابع ،سنة 2011 ص 230.

[2]/ أحمد محمد رزق فايد، المرجع السابق، ص 17.

[3] /14 :'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pourl'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devantles tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

[4]/ أحمد محمد رزق فايد، المرجع السابق، ص 18.

بصفة عامة، وهناك من التشريعات التي ضيقت دور القاضي بإعتبار أن أحد المتعاقدين يقيم خارج اختصاصه، وهناك بعض القوانين أعطت دور بارز للقاضي في البحث والكشف عنه ولتذليل الصعوبات على القضاء في الكشف عن القانون الأكثر صلة بالعقد أقامت قرينة على أن قانون الدولة محل إقامة المدين بالأداء المميز يمثل القانون الأكثر صلة بالعقد،[1]وقد اعتمدت التشريعات والاتفاقيات الدولية في حل مشكلة تنازع القوانين في المسائل العقدية على إعمال قواعد إسناد خاصة فعند تطبيق القواعد العامة للاختصاص القضائي على عقود الاستهلاك فمن الصعب الخروج على هذه القواعد وبالتالي ينعقد الاختصاص القضائي بمنازعات هذه العقود لمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها أو تنفيذ العقد[2]وهو الاختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق.

وبشكل خاص فقد يتحكم الطرف القوي في العقد في تحديد محل الإبرام بحيث أن هذا التمديد محققا لمصلحته وضد مصلحة الطرف الضعيف، فإذا ما قام المهني بمطالبة المستهلك بأن يرسل إليه ما يفيد قبوله للإيجاب الذي وجهه إليه المهني فهو بذلك قد حدد القانون الواجب التطبيق على العقد بشكل غير مباشر فطلبه هنا تحديد مكان اتصال علم الموجب بالقبول الصادر من المستهلك [3].

أما بخصوص فكرة الأداء المميز في العقد التي تعد قرينة عامة في كل من القانون الدولي السويسري واتفاقية روما[4] على توافر الصلة الوثيقة بين دولة محل إقامة الشخص المدين بالأداء المميز، فالقانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الإرادي هو قانون دولة محل الإقامة المعتاد للشخص المدين بالأداء المميز في العقد.

وعليه فإن المدين بالأداء المميز في عقد الاستهلاك هو غالبا الشخص المهني أو المتدخل الذي يقدم سلعة أو خدمة للمستهلك لإشباع حاجاته الشخصية في مقابل دفع هذا الأخير لمبلغ مالي وعليه فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها للمتدخل محل إقامته المعتاد.

---

[1]/ بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، مصر،دون طبعة، سنة 2011، ص 239.

[2]/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 58.

[3]/ بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 240.

[4]/ تنص المادة الخامسة من اتفاقية روما على أنه تطبق هذه المادة على أن أي عقد تكون الغاية منه توريد بضائع أو تقديم خدمات إلى شخص ما(المستهلك) ولغاية تخرج عن نطاق عمله التجاري أو لأي عقد آخر يهدف إلى تمويل مثل هذا التوريد أو تقديم الائتمان أو الإعتماد له، وأشار إليه بدران شكيب الرفاعي، المرجع نفسه، ص 245.

ويشير جانب من الفقه أن هذا التفضيل لقانون بلد الحرفي لا يوفر الحماية الفعالة للمستهلك الذي يفرض عليه قانون الطرف الآخر وهو قانون أجنبي بالنسبة إليه ويمكن ألا يكون ايجابيا بالنسبة للمستهلك،[1]ولابد من التمييز بين ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل المستهلك أو ضده.

أ/ بالنسبة للدعاوى التي ترفع من قبل المستهلك ويكون هو المدعي في الدعوى:

فهذه الحالة تتسم بالطابع الاختياري أي أن المستهلك يكون له الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو موطن المدعى عليه، ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة التي اقرتها اتفاقية بروكسل والتي تقر باختصاص محكمة موطن المدعى عليه ومحكمة بلد تنفيذ الالتزام وتشير المادة 13 من نفس الاتفاقية أنه عندما يكون المتعاقد مع المستهلك ليس له موطن في إقليم دولة متعاقدة، ولكن له فرع أو أي منشأة في دولة متعاقدة فإنها تعتبر بخصوص المنازعات المرتبطة باستغلالها بمثابة موطنه على إقليم تلك الدولة".[2]

فالمستهلك غالبا ما يشير إلى موطنه الذي يقيم فيه وعليه لابد من اختيار المحكمة التي يقع فيها لعدة أسباب إجرائية كقواعد الإثبات والأدلة المقبولة فيها ومواعيد رفع الدعوى وسقوطها ومدة تقادمها بالإضافة إلى قرب هذه المحكمة من موطنه.

ب/ الدعاوى المرفوعة ضد المستهلك:

وتخضع هذه الدعاوى وجوبا لدائرة اختصاص محكمة موطن المستهلك فاختصاصها في هذه الحالة يحمل الطبيعة الآمرة وهو ما أشارت إليه المادة 2/14 من معاهدة بروكسل التي تنص على أن الدعوى المرفوعة من المتعاقد الآخر ضد المستهلك لا تعرض إلا أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن بها المستهلك،[3]والعبرة بالموطن هو وقت رفع الدعوى وليس وقت ابرام العقد أو نشأة النزاع.

ج/ اختصاص المحكمة التي يختارها الأطراف:

يعتبر الخضوع الاختياري اتفاق بين الأطراف موضوعه مسألة إجرائية محضة وهي تحديد المحكمة المختصة بمنازعتهم، أما سببه فيكمن في رغبتهم في إدراك مصلحة مشروعة لديهم وإذا كانت معاهدة بروكسل قد اقرت بصحة اتفاق الخضوع الاختياري على سبيل الاستثناء، إلا أن محكمة العدل الأوربية أعلنت رفضها لهذا الإتفاق واعتبرته تعسفيا وصدر حكمها بمناسبة النزاع الناشيء عن مجموعة

[1]/ بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 241.
[2]/ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 181
[3]/ المرجع نفسه، ص 183.

عقود أبرمتها مجموعة ناشرين مع مشترين أفراد (مستهلكين) الذين قاموا بشراء موسوعات بنظام التقسيط، ولما توقف المشترين عن دفع الأقساط المستحقة قامت هذه الشركات باختصام هؤلاء المستهلكين أمام محكمة برشلونة وهي موطن الشركات المدعية، وذلك بمقتضى الشرط الموجود في عقود البيع الذي منحها الاختصاص، والحال أنها ليست موطن لأي من المدعى عليهم المستهلكين ولما عرض الأمر أمام محكمة برشلونة، قررت وهي بصدد التحقق من مسألة اختصاصها ضرورة التصدي لتقدير مدى صحة الشرط المانح للاختصاص كمسألة أولية، فطلبت من محكمة العدل الأوربية تحديد ما إذا كانت الحماية المقررة للمستهلكين ضد الشرط التعسفي بمقتضى التوجيه الأوربي رقم 13/93 يدخل فيها السماح للقاضي الوطني بالتصدي من تلقاء نفسه لتقدير الطابع التعسفي لأحد شروط العقد المعروض أمامه وهو بصدد تقدير قبوله للدعوى.

وأصدرت المحكمة الأوربية حكمها في 27 يونيو2000 أكدت أن الشرط المانح للإختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه المستهلك يعتبر من قبيل الشروط التعسفية التي تبطل مطلقا ويحق للقاضي التصدي لها من تلقاء نفسه، فأشارت إلى أن الشرط الذي يمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعي المهني يحرم بطبيعته المستهلك الفرد من الاحتماء بالدعوى القضائية، ولاسيما إذا كانت تتعلق بمبالغ محدودة فهو على هذا النحو يعتبر في مفهوم التوجيه الأوربي تعسفيا بجميع المعايير، ومن ثم فإن تعويض انعدام المساواة بين الأطراف يستلزم بالضرورة تدخل ايجابي خارجي من جانب غير أطراف العقد ومن هذا المنطلق سمحت المادة 07 من هذا التوجيه لجمعيات المستهلكين بالتصدي لمهمة مباشرة الدعوى القضائية نيابة عن مجموع المستهلكين وعليه انتهت المحكمة إلى أنه يحق للقاضي الوطني التصدي من تلقاء نفسه لتقدير الطابع التعسفي لأحد شروط العقد.[1]وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، واتفاق الخضوع الاختياري في عقد الاستهلاك سيكون مصيره البطلان إذا ماقدرت المحكمة أنه تعسفيا سواء كان يقضي بالخضوع لولاية محكمة تجارية أو غير تجارية وهو ما اعتمدته محكمة العدل الأوربية[2].

غير أن العمل بهذا المبدأ تعرض للنقد خاصة وأن المشرع يسعى لحماية الطرف الضعيف في العقد في أحكامه الموضوعية ومثال ذلك عقد الإذعان الذي يعطي للقاضي صلاحيات واسعة في إمكانية تعديله للشروط التعسفية التي تتضمنها هذه العقود، أو حتى إلغائها على وفق ما تقضي به قواعد العدالة وأبطال كل إتفاق يقضي بغير ذلك و أن تفسير عبارات العقد في مثل هذه الظروف ينبغي ألا

[1]/ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 199 ومابعدها.
[2]/ بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 233ومابعدها.

تكون ضارا بمصلحة المذعن حتى ولو كان دائنا، وهناك من التشريعات التي تسمح للقاضي[1] بالاستناد على القانون لاستبعاد شرط الاختيار إذا ما ثبت له أنه شرط تعسفي الغرض منه الإفلات من الحماية التي توفرها القواعد الموضوعية للمستهلك في دولة الموطن المشترك للمتعاقدين أو في الدول التي تم فيها إبرام العقد.

غير أن هذا لا يعني أن عقود الاستهلاك الدولية هي دائما تتجسد في صيغة عقود الإذعان.أما بخصوص القانون الجزائري فالمشرع لم يضع قاعدة تنازع خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد استهلاكي يلحقه وصف التعسف الصادر من أحد المتعاقدين، لذا يمكن القول بأن القواعد التي يخضع لها هي نفس الأحكام العامة التي يخضع لها أي عقد دولي، أي أنه يخضع لإرادة المتعاقدين.

وفي حالة غياب الاتفاق نرجع لقواعد الإسناد المنصوص عليه في المادة 18 من القانون المدني الجزائري وما بعدها، إلا أنه في حالة ماإذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام والآداب العامة هنا تطبق أحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري واستبداله بالقانون الجزائري لقولها:" ... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة"، فإذا كان القانون الأجنبي المختار فيه إضرار كبير للمستهلك من قبل المتدخل كسماحه بوجود شروط تعسفية أو إعفائه من المسؤولية ففي هذه الحالة يعتبر من النظام العام الجزائري، على اعتبار أن قواعد حماية المستهلك في القانون الجزائري هي قواعد ضابطة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وبهذه الطريقة نصل إلى أن القانون الواجب التطبيق على العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلكا في القانون الجزائري بصفة أصلية هو القانون الذي إختاره الأطراف، مالم ينتقص من الضمانات التي يوفرها القانون الجزائري للمستهلك، فإن انتقص منها يطبق القانون الجزائري.[2]

وبخصوص عبء الإثبات فإن النظام جاء خاليا من أي نص يحدد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات ، مما دفع إلى القول بتطبيق الأحكام العامة بعبء الإثبات في القضايا المدنية وفقا للقانون العرفي والتي بناء عليها يقع على المستهلك عبء اثبات الشرط التعسفي[3] .

وينص المشرع الفرنسي في المادة L132-1 أنه في حالة النزاع حول النظر في مدى توافر عنصر التعسف في الشرط الذي يتضمنه العقد فإن المدعي لا يعفى من عبء إثبات الطابع التعسفي.

---

[1]/ المادة 167 من القانون المدني العراقي.
[2]/ شبة سفيان، المرجع السابق، ص233.
[3]/ نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دار الثقافة، الأردن، طبعة01، سنة 2011، ص 120.

غير أن المشرع الجزائري نستخلص رأيه من خلال المادة 29 من القانون 04-02 المعدل والمتمم التي تحدد الشروط ذات الطابع التعسفي فالمستهلك ليس بحاجة إلى اثبات هذا التعسف لأنه أصلا منصوص عليه في القانون، أما إذا تعلق بشروط أخرى غير محددة قانونا فإنه وفقا لقاعدة البينة على من ادعى فإن المتعاقد المضرور من الشرط الوارد في العقد عليه إثبات أن شرط تعسفي ومجحف في حقه وقد اخل بتوازن العقد.

ثانيا: مدى نجاعة الجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة في التصدي للشرط التعسفي:

يتميز عقد الاستهلاك بجملة من الشروط التي تتصف بالصفة التعسفية وهنا يثور التساؤل حول مدى صحة العقد، وهل يبطل العقد ككل أم يبطل الشرط، ويبقى العقد قائما صحيحا، وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي بوصف هذه الشروط وكأنها غير مكتوبة أي باطلة مع بقاء العقد قائما صحيحا، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإن سلطة القاضي تنحصر في حالة وجود الشرط التعسفي في تعديله أو إلغائه وليس له بعد ذلك القضاء ببطلان العقد، فإذا كان الشرط التعسفي يتمثل في المبالغة في ثمن السلعة أو الخدمة فإنه يجوز للقاضي أن يخفض الثمن وإذا كان الشرط يتمثل في اعطاء الحق للعون الاقتصادي في أن يغير في مميزات السلعة المتفق عليها دون موافقة الزبون، فإن القاضي يعتبر هذا الشرط لاغيا ويلزم المتدخل بتسليم السلعة المتفق عليها.[1]

وقد ميز الفقه بين بطلان الشرط التعسفي في العقود التي سبق إبرامها وبين إزالة الشرط التعسفي في نماذج العقود قبل إبرامها.

أ/ بطلان الشرط التعسفي في العقود التي سبق إبرامها:

فنظرا للمادة 1/132 يتحقق بطلان الشرط بهذه الصورة بمناسبة نظر القضاء لدعوى قد يرفعها أحد المتعاقدين ضد الآخر، واعتبار الشروط كأنها غير مكتوبة وبالتالي باطلة تمهيدا لاستبعادها يعد وسيلة غير كافية نظرا لأنها تفترض عرض عقد سبق إبرامه على القضاء وهو أمر نادر الوقوع في عالم الاستهلاك وحتى إذا وقع فإنه يقتصر أثره على المستهلك الطرف الوحيد في الدعوى ولا يؤدي بالتالي إلى القضاء على مشكل الشرط التعسفي، من هنا وجب العمل بالطريق الثاني وهو دعوى حذف الشروط التعسفية وإلغائها[2]. ولم ينص المشرع الفرنسي على هذا الجزاء إلا بعد تعديل المادة 1171 في المرسوم المعدل في 10فبراير 2016 على أنه في عقود الإذعان يعد غير كأن لم يكن كل شرط ينطوي على

[1]/أحمد خديجي، المرجع السابق، ص 188.
[2]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص33.

إخلال جسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد،[1]وهذا الجزاء مطابق تماما من حيث أثره لجزاء الشرط التعسفي في صورة اعفاء الطرف المذعن منه الوارد في نص المادة 224 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه جاء بصياغة أخرى وهي يعد غير مكتوب في العقد أي أنه باطل ولا يرتب أي أثر قانوني وهي صياغة مطابقة تماما لتلك الواردة في المادة 131 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تقرر بطلان الشرط التعسفي الوارد في عقد الاستهلاك، بينما يتميز هذا الجزاء عما يقابله في المادة 110 من القانون المدني الجزائري في إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ الشرط التعسفي من حيث كونه أصلي يهدف إلى مكافحة الشرط التعسفي دون مراعاة امكانية تعديله أو كما هو معروف لتطبيق جزاء الإعفاء من الشرط التعسفي وفقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري[2].

ب/ حذف الشرط التعسفي في نماذج العقود قبل إبرامها:

لم تنجح لجنة البنود التعسفية بما أصدرته من توصيات في إقناع المحترفين في حذف وإزالة الشروط المعتبرة تعسفية من نماذج عقودهم إلا نادرا نظرا لعدم اقترانها بجزاء لذلك أتبع المشرع الفرنسي قانون 78 بقانون 1988/01/05 أنشأ بموجبه دعوى مستقلة هي دعوى حذف أو إزالة الشرط التعسفي[3]، وهي دعوى متاحة فقط لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا أمام المحاكم المدنية ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود والتي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم في المستقبل بين المحترفين والمستهلكين،[4]ويؤكد القضاء لقول هذه الدعوى على ضرورة وجود عقد قائم بين المحترف والمستهلك.

وتعتمد المحاكم الفرنسية على معيار مجرد في تحديد طبيعة الشرط التعسفي بسبب العدد الهائل من المستهلكين ما يؤدي إلى عدم التوازن الذي يؤثر في المستهلكين[5] تقسم هذه الشروط بحسب الجزاء المقرر لها إلى ثلاث أنواع:

أولا: شروط تؤدي إلى بطلان العقود برمتها بحكم تضمنها لشروط تعسفية كما هو الشأن بالنسبة للشرط الإرادي، فهي شروط تبلغ حدا كبيرا من الجسامة إذا وردت في العقد وتعتبر تعسفية فيمتد البطلان للعقد

[1]/ اشرف جابر، المرجع السابق، ص 312.
[2]/ محمد خليفة كرفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 6، عدد1، 2020 ص276.
[3]/ وهو مانصت عليه المادة 421-6 من قانون الاستهلاك الفرنسي.
[4]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق، ص 34.
[5]/ Calais-auloy jean - frank- steinmets.op. cit. p 210.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 205 من القانون المدني الجزائري بقوله:" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".[1]

ثانيا: شروط تبطل ولا يبطل العقد حيث أن المشرع والقضاء الفرنسي أجازا إبطال الشرط التعسفي على أساس ما تتضمن من عدم التوازن المفرط حيث كانت تعتبر غير مكتوبة حماية للطرف الضعيف واستنادا لقاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام، كالشرط الذي يرمي إلى استبعاد أو التخفيف من مسؤولية أحد المتعاقدين فيبطل الشرط، فيكفي التمسك بالأساس القانوني الذي يحظر الشرط المذكور حتى يعتبر وكأنه غير مكتوب وبالتالي باطلا دون الحاجة إلى إثبات الطابع التعسفي للشرط،[2]ويذهب البعض إلى القول بعدم كفاية هذا الجزاء وإنما لابد من المنع بكتابته أصلا، فهي شروط تعتبر تعسفية لكنها لا تبلغ من الجسامة إلى الحد الذي يتطلب بطلان العقد الذي يحتويها فهي تبطل ويبقى العقد الذي تحتويه صحيحا.[3]

فقد تدخل المشرع الفرنسي وأجاز للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي إذا كان مبالغ فيه حتى ولو لم يطلبه الخصوم وذلك من خلال المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي.

وقد ساهمت رقابة المحكمة العليا على سلطة قضاة الموضوع في تحديد مفهوم الشرط التعسفي إلى حد كبير في توحيد معايير التقدير وبالتالي استقرار المعاملات حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسي لاعتبار الطابع التعسفي لشرط ما مسألة قانونية تخضع لرقابتها[4].

وعليه فإن البطلان الجزئي يعد وسيلة قانونية تحقق نوعا من الاستقرار في الروابط العقدية في مجال الاستهلاك حيث أن الحكم ببطلان عقد الاستهلاك بأكمله يترتب عليه تفويت الحماية وليس تكريسها لأن المستهلك يرغب في حالة وجود شرط تعسفي باطل تقرير بطلان الشرط فقط وتنفيذ باقي العقد وذلك نظرا لحاجته للسلعة والخدمة محل التعاقد.[5] وهذا وباستقراء المواد المتعلقة بحماية الطرف الضعيف نجد المشرع نص ضمنيا أنه إذا كان هذا الشرط التعسفي هو الباعث الدافع للتعاقد فهنا يبطل العقد .

---

[1]/ سفيان سوالم ، الحماية القانونية للمتعاقد من الشرط التعسفي في التشريع الجزائري ، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ، عدد رابع ، جوان 2016، ص129.

[2]/Calais-auloy jean - frank- steinmets ,P 206.

[3] / سفيان سوالم، المرجع السابق، ص130.

[4]/ CIV 1RE.26MAI 1993+ CIV 1RE .6JANVIER 1994.

[5]/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 248ومابعدها.

ورغم أن المشرع قضى بأن الشرط التعسفي هو معتبر شرط باطل غير أنه لم يحدد ما إذا كان الشرط باطل بطلان مطلق أم بطلان نسبي؟ فالبطلان المطلق يحق لكل شخص ذي مصلحة طلب بطلان الشرط لكن إذا كان البطلان نسبيا فهنا يكون للمستهلك المتعاقد وحده أن يطلب ابطال الشرط وبالتالي إذا كان بطلان الشرط مطلقا يمكن لجمعية حماية المستهلكين وكذلك المحترفين والادعاء العام وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة رفع دعاوى أمام القضاء ضد المتدخل الذي يضمن عقوده شروطا تعسفية.

بالإضافة إلى الجزاء الخاص أي اعتبار الشرط كأن لم يكن مكتوبا يخدم مصالح المستهلك ولا يخدم مصالح المهني، وتفسير ذلك يكمن في أن المستهلك الذي يقدم على إبرام العقد من أجل إشباع حاجته الضرورية في الحصول على السلعة أو الخدمة لا يكون من مصلحته إبطال هذا العقد، بل يبقى العقد مع استبعاد الشرط، فعند إستبعاد الشرط يصبح العقد محققا لآمال المستهلك التي يرغب في تحقيقها من وراء العقد.[1]

ثالثا: شروط لا تبطل ولا يبطل العقد ولكن يجوز للقاضي تعديلها: فهي شروط يتفق المتعاقدان عليها تحقيقا لمصلحتهم ثم يتبين عند تنفيذها تغير الظروف التي أبرمت فيها فتصبح تعسفية بالنسبة لأحد المتعاقدين ولاسيما إذا فرضت هذه الشروط بواسطة الطرف الأقوى في العقد ومن أمثلة هذه الشروط نجد الشرط الجزائي كأحسن مثال عنها.[2]

[1]/ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 158.
[2]/ سفيان سوالم، المرجع السابق، ص130.

الفرع الثاني: الجزاء المنصوص عليه في القواعد الخاصة :

تعتبر معظم التشريعات أن الشرط التعسفي في العقد هو شرط باطل في الأساس وهو ما نص عليه المشرع اللبناني في المادة 26 من قانون الاستهلاك اللبناني بقوله:" تعتبر البنود التعسفية باطلة بطلانا مطلقا على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها"، أما المشرع المصري فقد نص في المادة 10 من قانون الاستهلاك المصري بأنه يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون .

وقد أثار الفقه نقطة مهمة تتعلق بمدى اعتبار بطلان الشرط التعسفي هل هو بطلان مطلق أم أنه بطلان نسبي، والنقطة الأخرى تدور حول إمكانية إبطال الشرط والابقاء على العقد .

فذهب رأي الأول إلى اعتبار أن البطلان المقرر في نص المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك ومتعلق بالنظام العام ، في حين يرى اتجاه آخر أن البطلان المقصود هنا هو بطلان مطلق وهو يمثل جزاء فعال للمستهلك وأنه من غير المناسب ترك رفع دعوى الإبطال للمستهلك وحده لأنه لو تقاعس عن رفعها لأسباب عدة منها طول الإجراءات وما تستغرقه من وقت وكثرة المصاريف بالمقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها فضلا على أن البطلان المطلق يتيح لجمعيات حماية المستهلكين التدخل لرفع دعاوى إلغاء الشرط التعسفي.[1]

وتنص المادة 132-8/1 على بقاء العقد قائما وصحيحا إذا أمكن بقاؤه دون الشروط السابقة، ويعني ذلك أن البطلان ينصب على الشرط لا على العقد أي أن البطلان يكون جزئيا وهو ما يتماشى مع مصلحة المستهلك في الحصول على السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها، ويترتب على توافر الصفة التعسفية للشرط اعتباره كأن لم يكن مع ابقاء العقد قائما وصحيا إذا أمكن أن يبقى دون الشروط الأخرى المتبقية فمن هنا يظهر البطلان المترتب على الشرط التعسفي ينصب على الشرط ذاته فقط وليس كل العقد، فالهدف الحقيقي للمشرع الفرنسي من إقرار هذا الجزاء وهو استبعاد هذا الأثر الضار للشرط التعسفي دون المساس بالعقد، وهو ما يتماشى ومصلحة المستهلك الذي يسعى للاستفادة من السلعة أو الخدمة محل العقد.[2]

[1]/ محمد بودالي، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 42.
[2]/ زغودي عمر، المرجع السابق، ص 173.

وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 104 من القانون المدني الجزائري بقوله إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي

يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتميز بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد ككل.[1]

غير أنه بالرجوع للمشرع الجزائري في قانون الاستهلاك لا نجد نصا خاصا وصريحا كغيره من التشريعات الأخرى التي تنص على إبطال الشرط والإبقاء على العقد، واكتفى بفرض عقوبة جزائية تتمثل في الغرامة حسب المادة 38 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بقولها:" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة من 50000 دج إلى 5000000 دج. بالإضافة الى أنه يعاقب بالغرامة كل مخالف للالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب بموجب القانون 464/78 المؤرخ في 1978/03/24 ، ولا ننسى الدور الذي منحه للسلطة التنفيذية بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم الذي منح السلطة التنظيمية أو اللائحة التدخل:- عن طريق إصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود.

- التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط المعتبرة تعسفية.[2]

ومن جهة أخرى تنص المادة 65 من القانون 04-02 المعدل والمتمم التي تمنح الجمعيات حماية المستهلك وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي فضلا عن النيابة العامة والجمعيات المهنية الحق في رفع الدعاوى أمام القضاء ضد المحترف الذي يضمن عقوده شروطا تعسفية وبوجه عام ضد كل محترف يخالف أحكام القانون، فهي تتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار.

وتهدف معظم التشريعات إلي إبطال هذا الشرط أو الشروط المخالفة للقواعد القانونية الآمرة فيها بقوة القانون دون أن يؤخذ في الاعتبار ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، ويهدف هذا النظام إلى تحقيق حماية للطرف الضعيف والإبقاء على العقد رغم مخالفته في جزء منه للقواعد المتعلقة بالنظام العام وذلك حتى لايقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد بأكمله .

[1]/ وهو نفس الموقف اتخذه المشرع المصري من خلال المادة 144 من القانون المدني المصري .
[2]/ وهذا الموقف يشبه الدور الذي منحه المشرع الفرنسي للسلطة التنظيمية من خلال اصدار مراسيم تنص من خلالها بأن الشروط الصادرة عن لجنة البنود التعسفية في شكل توصيات تبين الطابع التعسفي من عدمه.

خلاصة الباب الثاني:

لم يركز القانون المدني على حماية المستهلك من الشرط التعسفي بشكل مباشر، بل تتأتى الحماية غير المباشرة من خلال نظرية عقود الإذعان باعتبار أن المستهلك هو الطرف المذعن، والتعامل مع الشرط التعسفي على أنها نتيجة لضعف المركز الاقتصادي للمستهلك هو جوهر التفرقة بين المنهجية التشريعية المباشرة، وغير المباشرة في التعامل مع الشرط التعسفي، فالأولى تتصدى مباشرة لتحديد المقصود بهذه الشروط من حيث معاييرها وطرق تحديدها، أما الثانية فتركز وتتعامل مع مصدر وجود هذه الشروط أو الواقعة المنشئة لها.

وهذا الاختلاف في التعامل التشريعي مع الشرط التعسفي أسفر عن جملة من النتائج أهمها ما تعلق بدور القاضي في تحديد هذه الشروط من خلال سلطته الواسعة في تفسير أو تعديل أو تعديل أو الغاء كل شرط يرى أنه أخل بالتزامات الطرفين، فالقانون المدني يلقي بكل المسؤولية على القاضي مانحا له سلطة تقديرية واسعة من خلال نظرية عقد الإذعان ولم يقيد المشرع هذه السلطة أو يضع لها حدود سوى ما يتعلق بمبدأ العدالة الذي يجب أن يقدر القاضي على ضوئه مدى توافر الشرط التعسفي أما المعاملة التشريعية المباشرة للشروط التعسفية كما هو الحال في قانون الاستهلاك.

والقاضي لا ينفرد في تحديد هذه الشروط لوحده، بل يشاركه في تحديدها سلطات إدارية أخرى تلعب دورا وقائيا، هذه الوقاية تمثل عنصرا مميز آخر للتعامل المباشر مع الشرط التعسفي وهي حماية سابقة على تنفيذ العقد على عكس الوضع القانوني الذي لا يرتب سوى حماية علاجية بعد تنفيذ العقد، فلا ننسى الدور الإيجابي لكل من جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في تحديد الطابع التعسفي للشرط لمنع المستهلك من الوقوع تحت رحمة المتدخل.

وقد تطورت النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشرط التعسفي وتبلورت خلال أعوام تبعا لتطور موقف القضاء لاسيما القضاء الفرنسي الذي كان حافلا بالاجتهادات القضائية على عكس القضاء الجزائري الذي يفتقر كثيرا إلى قرارات في هذا المجال في هذا الصدد لذلك فدراسة تطور مفهوم البند التعسفي ذا أهمية إما على صعيد التشريع والقضاء، سواء في كيفية تطور السلطة التشريعية وتجديد النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك أو من جانب السلطة القضائية في مواجهة هذا النوع من الشروط الذي أرهق كاهل الطرف الضعيف .

الخاتمة

من خلال ما سبق يمكن القول بأنه لا توجد قاعدة تنص على أن شروط العقد يجب أن تكون ناتجة عن مفاوضات حرة ومتساوية بين الطرفين، غير أن المشرعين بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة نص على أن العقد شريعة المتعاقدين كأصل عام وهذا ينطبق على العقد الاستهلاكي، الذي يفترض فيه أن طرفيه على علم تام بجميع شروط العقد، غير مرغمين في ذلك، فالقانون تدخل وأقر الحماية للطرف الضعيف المذعن، لذلك وجب إسقاط قواعد عقد الإذعان على العقد الاستهلاكي، فنصوص القانون المدني جاءت بمستوى معين من المحافظة على قيم ومبادئ العدالة خصوصا بعد زيادة انتشار اللاتوازن وتعدد العقود النموذجية، وعليه فالقانون المدني وبالأخص نظرية العقد بحاجة إلى إصلاح وبناء مبادئ جديدة أهمها مبدأ الإبقاء على العقد وإزالة الاختلال فقط.

فعقود الاستهلاك هي في الأصل عقود رضائية رغم الشكلية التي ترد في صورتها، ويسعى المشرع دوما لتنوير المستهلك وتنبيه، غير أن المستهلك يبقى حرا في اختياراته إما إتباع حاجاته والقبول بشروط المتدخل أو التفطن والتنبه لهذه الشكلية التي توضح جميع الحقوق والالتزامات المفترضة في عاتق كل منهما، وبهذا يمكن القول أن كل عقد الإذعان هو عقد استهلاك والعكس غير صحيح فكل عقد استهلاك ليس عقد الإذعان، ومن خلال الدراسة التي قمنا توصلنا إلى جملة من النتائج وهي:

– نلاحظ عند استقراء المادة 112 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري نجد أن المشرع نص على حماية الطرف الضعيف من خلال قواعد عقود الإذعان، في حين لا نجد مقابل لها في القانون الفرنسي والذي لا يعترف بفكرة عقود الإذعان فالأصل فيه هو عدم الاهتمام بافتقاد التوازن العقدي بين المستهلك والمهني طالما أن الطرفين متراضيين فهما يلتزمان بشروط العقد مهما كان عدم التوازن الذي يتضمنه العقد، وعليه فالحماية القانونية من الشرط التعسفي في فرنسا لم تتحقق من خلال القواعد العامة في القانون المدني بقدر ما هي متوفرة في القواعد الخاصة في قوانين حماية المستهلك .

– كما أن المشرع الفرنسي لا يحصر مواجهة الشرط التعسفي من خلال التشريعات التي جاء بها في مجال عقود الإذعان فقط رغم أن مشروع القانون الفرنسي الصادر في 1978/01/10 كان قاصرا على معالجة الشرط التعسفي في هذا النوع من العقود إلا أن الجمعية الفرنسية ألغت عبارة ".... في كل عقود الإذعان" من المادة 35 المذكورة سابقا وكذلك المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الصادر في 1993 والتي أشارت إلى تطبيقه على جميع العقود سواء كانت إذعان أو رضائية، ويتماشى أكثر مع الحماية الواسعة وإعادة التوازن للعقد، وإذا كانت المادة 132–1 الفقرة الأولى من قانون الاستهلاك

الفرنسي اكتفت بوضع تعريف للشرط التعسفي فإن الفقرة السادسة من نفس المادة اهتمت ببيان الجزاء المطبق على الشرط التعسفي.

– هناك تعارض بين قاعدتين وهما الشك يفسر لصالح المدين وفي عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا وهنا نقع في تعارض هل نطبق القاعدة العامة أو الخاصة بعقد الإذعان خاصة إذا قلنا أن عقد الاستهلاك هو عقد إذعان.

– يعتبر الاعتماد على الأسلوب الوقائي لتحديد للشروط التي تعتبر تعسفية الأكثر ملائمة لحماية العقد من الاختلال من خلال الطبيعة الخاصة بعقود الاستهلاك والتي تتميز بوجود التفاوت في المعلومات وفي القدرة الاقتصادية بين طرفيه فهذا التحديد يعتبر كإعلام المستهلك بالصفة التعسفية من الشروط المعروضة عليه ليأخذ حذره منها الأمر الذي يتحقق معه قدر من التوازن المفقود في هذه العقود وهو ما يساهم في إنقاص الضغط على المحاكم وعدم اللجوء إلى المنازعة القضائية وحل النزاع وديا فقط.

– والمشرع الفرنسي كان موفقا إلى حد كبير في معالجته لهذا الموضوع من جانبه الوقائي وجاء مناسبا مع آليات مرحلة إبرام العقد ومتوافقا مع ضروریاتها فكلما كان المتعاقدين على علم كاف حول الشروط التي تعد تعسفية كان بالإمكان أن يأتي الرضا خالي من عيوب الإرادة المبطلة له.

– أن القانون يضع الخطوط العريضة التي تعلن عن رغبة المستهلك في عدم إدراج الشرط التعسفي بعقود الاستهلاك ولكنه لم يضع حلا عمليا مباشرا ومحددا لتحقيق هذه الرغبة ماعدا النص على الوسائل التي من خلالها يمكن تحقق هذه النتيجة حينما ترك للسلطة التنفيذية من خلال مجلس الدولة وبعد استشارة لجنة البنود التعسفية أن تضع اللوائح الكفيلة بحظر الشرط التعسفي الذي يخل بالتوازن العقدي.

– من خلال دراسة عيوب الإرادة وخاصة منها الغبن يمكن القول أن هذه النظرية عبارة عن قاعدة غير مجدية في مكافحة الشرط التعسفي لأن الغبن هو عدم التوازن بين الاداءات المتبادلة وأنه ليس هناك تلازم بين الإذعان وبين عدم تعادل الأداءات، أي أنه لا يترتب دائما عدم تعادل في الأداءات من واقع إذعان أحد المتعاقدين للشروط التي انفرد الطرف الآخر بوضعها، فالغبن يتعلق بالإرادة، أما الإذعان يتعلق بمحل العقد ومنه لا نستطيع، كما أن الدول التي نصت على نظرية الاستغلال لم تشهد محاكمها قضايا تتعلق به ومن قلتها أصبحت النصوص بدون جدوى هذا من جهة ومن جهة أخرى لو تم العمل بها فإن ذك يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات والأمن القانوني .

– كما أن اللجوء إلى العدالة لرفع دعوى البطلان أو الإبطال أو الإنقاص تثقل كاهل المتعاقد الضعيف سواء من ناحية إثبات الغبن خاصة وأنه أمر ذاتي يتعلق بشخصه مباشرة، أو من ناحية رفع الدعوى والمصاريف المتكبدة عن ذلك بدءا بمصاريف رفع الدعوى وتبليغها إلى غاية تنفيذ الحكم ما يجعل المستهلك يعرب عن هذه الإجراءات لصعوبتها.

– أن القضاء بصفة عامة والقضاء الفرنسي بصفة خاصة قد منح المشتري في المجال العقدي حماية فعالة في حالة المنتوجات المعيبة ويكون المنتج مسؤولا عن العيوب الظاهرة وملزما بالتعويض مثلما هو مسؤول عن العيوب الخفية المتعلقة بمنتوجاته حتى في توالي البيوع أي حتى ولو لم يكن المتضرر له علاقة عقدية مع المنتج فلا يفقد حقه في الرجوع بالضمان بل يستطيع الرجوع على بائعه المباشر والذي بدوره يرجع على بائعه هو وذلك وصولا للمنتج.

–أن المتدخل لا يمكنه التنصل من المسؤولية إذا كان يعلم بالعيب الموجود في المنتوج ورغم ذلك تصرف به إلى المستهلك وهذا ما أكده القضاء الفرنسي بأنه لا يمكن للمنتج أبدا اتخاذ ذريعة عدم علمه بالعيوب التي لحقت بمنتوجه إلا إذا كانت المعطيات العلمية المتوفرة لديه لا تسمح له بالتنبؤ بالعيوب ولكن مادام المنتج يفترض فيه العلم بالعيوب التي تشوب منتجاته فهو إذا يعتبر سيء النية ولا يمكن استفادته من شرط الإعفاء .

– من خلال الجزاء المنصب على الشرط التعسفي في القواعد العامة الي جاء بها القانون المدني والنصوص الحمائية الخاصة الواردة في تشريعات الاستهلاك نلاحظ أن المشرع يهدف إلى معالجة الشرط التعسفي حفاظا على إرادة المتعاقدين حيث يتدرج في تقريره بإعطاء الأولوية للتفسير ثم التعديل وأخيرا الإلغاء مع جعل سلطة القاضي جوازية وليست إلزامية، في حين النصوص الخاصة تنص مباشرة على بطلان الشرط التعسفي لتحقيق التوازن في العقد .

– صحيح أن المشرع الجزائري أخذ بنهج المشرع الفرنسي فيما يخص لجنة البنود التعسفية التي تعتبر رقابة ردعية ووقائية لتجنب الوقوع في هذه البنود كما كفل حق جمعيات حماية المستهلك في توعية وتحسيس المتعاقد الضعيف بالفوائد والمخاطر التي تلحقه من جراء ابرام العقد وعزز ذلك بكفالة حقها في تمثيل المتعاقد في اللجوء إلى القضاء في إبطال الشرط التعسفي.

– يعتبر قانون الاستهلاك الفرنسي قد ألم إلى حد كبير بالتفاصيل الدقيقة المتعلقة بالشكلية الاستهلاكية حيث سد كل الطرق أمام المحترفين ، بينما تشريع الاستهلاك الجزائري يفتقر للتفصيل

والدقة في بعض هذه الالتزامات وخاصة منها إلزام المتدخل بتقديم مجموع الوثائق المتعلقة بالاتفاقيات التي قد يبرمها.

وقد توصلنا من خلال بحثنا إلى عدة نقاط تعبر عن النقائص التي صادفناها نذكر منها:

– أن النصوص المنظمة لصلاحيات أعوان قمع الغش وكذا منحهم إمكانية فرض غرامة الصلح على المتدخلين المخالفين لالتزاماتهم أنها تتضمن على الأقل الحد من الأضرار التي يمكن أن تلحق الأذى بالمستهلك ، لكن هذا لا يكفي لقيام هذه الفئة بواجبها على أحسن وجه وذلك لعدم تنظيم المشرع لمسؤوليتها عند الإخلال أيضا بواجب الرقابة كما ينبغي فبالرغم من صلاحيتهم في فرض غرامة الصلح على المتدخل لإجباره على احترام قواعد قانون حماية المستهلك كوسيلة لتجسيد الحماية إلا أن هذه الغرامة لا تفي بالغرض المطلوب ولعل السبب في ذلك يرجع إلى مايلي:

– هناك عدة مخالفات يرتكبها المتدخل ولا يتم الكشف عليها لعدم التزام الإدارة بالرقابة المستمرة أحيانا فهم يضطلعون للقيام بها بعد وقوع الطرف الضعيف فيها وحتى وإن تم اكتشافها يتسترون عليها وهذا بسبب السلطة التقديرية المتروكة لهم.

– كما أن فرض مثل هذه الغرامات هي إجراءات غير ردعية ولا تؤثر في المتدخل الأقوى من عدة جوانب خاصة وأنه في غالب الأحيان عبارة عن شركات عملاقة لا تتأثر بمثل هذه الغرامات البسيطة.

– يؤدي الإفراط في التدخل التشريعي والقضائي في العلاقة التعاقدية إلى المساس بالطابع الخاص بالرابطة العقدية خاصة من جهة تفسير وتعديل شروط العقد.

– صحيح أن المشرع الجزائري جاء بعدة نصوص قانونية لرفع اللبس وتوضيح المسائل المبهمة، إلا أنه بقى الغموض في عدة مواضع فنجده أقر صراحة أن المنتوج هو محل عقد الاستهلاك لكنه لم يحدد مفهوم واضح وصريح للمنتوج إذ نستشف من خلال القواعد انه يخص بالذكر السلعة فقط وأنه قصد المنقول دون العقار، كما أنه لم يوضح الأمر بالنسبة للمنقول المعنوي كبراءة الاختراع هل تعتبر محلا للعقد الاستهلاكي أم لا؟

وفي ختام دراستنا توصلنا إلى جملة من التوصيات التي ربما تكون سبب في إثراء التشريع في مجال الشرط التعسفي ومكافحته حفاظا على استقرار المعاملات التعاقدية نذكر منها:

– على المشرع التدخل وتعديل المواد التي نص فيها على العقوبات سواء كانت متعلقة بالشرط التعسفي أو المخالفات الأخرى المنصوص عليها بموجب القانونين 09-03 المعدل والمتمم والقانون 04-02 المعدل والمتمم.

– إن تدخل السلطة القضائية في تقدير الطابع التعسفي للشرط هو أكثر مرونة من الحظر الذي تمارسه السلطة التنفيذية فمن الأفضل منح القاضي سلطة على ضوء العناصر التي لا يتوافر عليها المرسوم لأنه أدرى بالواقع العملي نظرا للإشكاليات المطروحة أمامه يوميا.

– لابد للمشرع عند تحديد الغرامة مراعاة صفة المتدخل وطبيعة النشاط الذي يمارسه فمن غير المعقول فرض نفس الغرامة على التاجر البسيط وعلى تاجر الجملة أو على الشركات الكبيرة.

– ينبغي دعوة المشرع الجزائري لامتداد وسائل مكافحة الغبن إلى مجالات حماية المستهلك وذلك في ضوء التماثل بين مقومات ما تم معالجته من مسائل افترض فيها المشرع وجود قدر من الغبن، وبين ظروف إبرام العقود خاصة في ظل التعاقدات الحالية التي أصبحت تتميز بوجود تفاوت ملحوظ بين أسباب ضعف قدرات المستهلك من جانب وتفوق آليات المتدخل أو المهني من جانب آخر بصورة أدت في الغالب إلى إبرام هذا النوع من العقود رغم التعادل الواضح بين التزامات أطرافها، والمشرع الفرنسي خطى خطوة عظيمة حين عمد إلى امتداد نطاق الغبن إلى المنقول بعد أن كان قاصرا على العقار وحده من خلال المادة 1674 من القانون المدني الفرنسي .

– عدم حصر الحماية من الشرط التعسفي في عقود الإذعان والاستهلاك وجعلها تشمل جميع العقود التي يختل توازنها العقدي وتنعدم فيها العدالة بين الطرفين مادام القانون أقر ضعف المستهلك وتفوق المتدخل تعزيزا للفكرة الأساسية لنظرية الظروف الطارئة التي تسعى لتحقيق التوازن العقدي ورفع الظلم عن الطرفين بما يحقق العدل وإلغاء شرط العمومية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بجعل السلطة التقديرية للقاضي في تكييف استحقاق كل حالة من عدمها.

– ضرورة النص على عقوبات قاسية جراء إدراج شروط تلحق اخلالا بالعقد، والنص على دعوى إلغاء الشرط التعسفي كما فعل نظيره الفرنسي كإجراء وقائي لحماية المستهلك الذي رفع دعوى الإبطال إما لنقص ثقافته القانونية أو لتفادي الإجراءات التي تتطلبها المتابعة القضائية.

– ضرورة الاعتراف للقاضي بالحق في إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه ضمن أحكام النظرية العامة للعقد، دون أن يمتد البطلان إلى العقد بأكمله وهذا حفاظا على استقرار المعاملات

وترتيب آثار يستفيد منها المتعاقد المذعن من السلعة أو الخدمة التي يرغب في الحصول عليها جراء هذا التعاقد.

– صحيح أن المشرع الجزائري كرس نصوص قانونية هائلة قصد حماية المتعاقد باعتباره الطرف الضعيف في العقود إلا أنها مبعثرة في العديد من القوانين سواء في القانون 04-02 المعدل والمتمم أو في القانون 09-03 المعدل والمتمم ، أو المرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم وهي في معظمها يجهلها المتعاقد ويعود السبب في ذلك إلى انعدام التوعية الإعلامية في تبصيره بالقواعد التي سنها المشرع لبسط حمايته.

– ضرورة إنشاء لجان دولية متخصصة بمتابعة النماذج العقدية وخاصة الالكترونية منها التي يطرحها المتعاقدون المحترفون، ورصد ما تشتمل عليه من مخالفات وخصوصا الشرط التعسفي واعتباره من الشروط الباطلة وإعلام المتعاقد بذلك لأن الغالبية العظمى من المتعاقدين تجهل حقوقها ولا تدري ببطلان هذه الشروط وحقها في التمسك بالبطلان أمام القضاء.

– أن لجنة مكافحة الشروط التعسفية لها دور إيجابي فقد ساهمت كثيرا في مساعدة القضاء الفرنسي في الفصل في المنازعات المتعلقة بالبحث عن مدى توافر الشرط التعسفي فتعتبر هذه التوصيات مصدرا لإلهام القاضي المنوط به الفصل في المنازعات التي تدور حول البحث عن وجود شروط تعسفية في العلاقة التعاقدية، على خلاف ذلك في التشريع الجزائري فلا بد من تفعيل دورها أكثر مع تدعيمها ومنحها السلطة كما هو الشأن بالنسبة لهيأت الضبط الإداري.

قائمة المصادر والمراجع المعتمدة

أولا/ المصادر والمراجع باللغة العربية:

1/ المصادر:

أ/ القرآن الكريم.

ب/ المعاجم والقواميس:

1/ **ابن منظور**، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 4، بيروت 2005.

2/ **مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي**، القاموس المحيط،(مادة وزن)،دار الفكر، بيروت ،دون طبعة، 2010.

3/ **معجم المنجد في اللغة والاعلام**، منشورات دار الشرق، بيروت، طبعة 31، .1991

4/ **قاموس المنجد الابجدي**، مطبعة دار الشرق، بيروت، طبعة 05، دون سنة.

ج /الأوامر و القوانين الجزائرية :

1/الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التامين على السيارات ونظام تعويض الأضرار المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 88-31 الصادر بتاريخ 19جويلية 1988 الجريدة الرسمية عدد 29.

2/ الأمر 37/74 المؤرخ في 1974/04/29 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار الملغى ، جريدة رسمية عدد 38 .

3/ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد31.

4/ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 2005/12/06 جريدة رسمية، رقم 11 صادرة في 2005/02/29 المعدل والمتمم بالقانون 22-09 المؤرخ في 05ماي 2022 جريدة رسمية صادرة في 14 ماي 2022، عدد 32.

5/ الأمر 76-101 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون الضرائب المباشرة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09-09 المؤرخ في 22جويلية 2009 المتضمن قانون المالية لسنة 2010. المعدل والمتمم.

6/ الأمر 76-102 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون الرسوم على رقم الأعمال المعدل والمتمم بموجب الأمر 09-01 المؤرخ في 22جويلية 2009 المتضمن قانون المالية لسنة 2009، المعدل والمتمم.

7/ القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 1990/04/12، جريدة رسمية صادرة في 1990/05/25، عدد 17.

8/ القانون 02-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 والمتضمن قانون الإجراءات الجبائية المؤرخ في 2001/12/22جريدة رسمية صادرة في 2002/12/23 عدد 79، المعدل والمتمم

9/ القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/08/15 جريدة رسمية صادرة في 2010/08/18 ، عدد 46.

10/ القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية صادرة في 2008/04/23، عدد21 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12يوليو 2022 جريدة رسمية صادرة في 17 يوليو 2022، عدد 48.

11/ القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 2009/02/25، جريدة رسمية الصادرة في 03/08/ 2009، عدد 15 المعدل والمتمم بالمرسوم 18-09 المؤرخ في 10يونيو 2018، جريدة رسمية صادرة في 13 يونيو 2018 ، عدد 35.

12/ القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات الصادر في 2012/01/12 ، جريدة رسمية الصادرة في 2012/01/15، عدد 02.

13/ القانون 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الالكترونية ، جريدة رسمية صادرة في 2018/05/16 ،عدد 28.

د/ القوانين المصرية :

1/ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 1948/06/16 .

2/ قانون التجارة المصري لسنة 1999.

3/ قانون حماية المستهلك المصري المعدل والمتمم بالقانون رقم 181 لسنة 2018 الصادر في 2018/09/13، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية عدد 37 .

هـ/ المراسيم التنفيذية الجزائرية:

1/ المرسوم 05-468 المؤرخ في 2005/12/10 يحدد شروط تحديد الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك جريدة رسمية صادرة في 2005/12/11، عدد 80.

2/ المرسوم التنفيذي المؤرخ في 2005/12/22 جريدة رسمية، عدد 83 صادرة في 2005/12/25 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك .

3/ المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية صادرة في 2006/09/11، عدد 56 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44-08 المؤرخ في 2008/02/03، جريدة رسمية صادرة في 2008/02/10،عدد 07.

4/ المرسوم التنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 2013/09/26 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية صادرة في 2013/10/02، عدد 49.

5/ المرسوم 16-66 المؤرخ في 2016/02/16 الذي يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة وكذا فئات الأعوان الاقتصاديين الملزمين بالتعامل بها.

و/ القرارات الوزارية الجزائرية:

1/ القرار الوزاري المؤرخ في 2014/11/12 الذي يحدد نموذج شهادة الضمان، جريدة رسمية ، صادرة في 04/01/ 2015، عدد 16.

ي/ قرارات المحكمة العليا الجزائرية:

1/ قرار المحكمة العليا رقم: 30914 صادر في 1983/03/16 .

2/ قرار المحكمة العليا رقم 33528 صادر في 1985/04/03.

3 / قرار المحكمة العليا رقم 33131 صادر في 1985/04/03 .

4/ قرار المحكمة العليا رقم 30072 صادر في 1983/02/16.

5/ قرار المحكمة العليا رقم 31315 صادر في 1983/04/13 .

6/ قرار المحكمة العليا رقم 43098 مؤرخ في 1987/04/12 .

7/ قرار المحكمة العليا رقم 44571 المؤرخ في 1987/01/26 .

8/ قرار صار عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1994 .

9/ قرار المحكمة العليا رقم 191705، صادر في 1999/10/24 .

10/ قرار المحكمة العليا رقم 392249 بتاريخ 2006/2/15.

ة/ القرارات القضائية المصرية :

1/ نقض مدني، طعن رقم 296 جلسة 1960/04/21 مجموعة المكتب الفني، بند 50.

2/ نقض مدني، طعن رقم 709 جلسة 1982/11/18 مجموعة المكتب الفني بند 169.

3/ نقضان مدنيان، رقم 396 و398جلسة 1974/03/01 مجموعة المكتب الفني، بند 50 .

4/ نقض مدني طعن رقم 724 جلسة 1977/05/10 مجموعة المكتب الفني بند 199 .

2/ المراجع باللغة العربية:

أ/ الكتب:

1/ **ابراهيم سيد أحمد** ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونية المصري والفرنسي ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر، طبعة 01 ، سنة 2003 .

2/ **ابراهيم عبد الحميد داود**، حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفي، دراسة تحليلية، مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دراسة الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 1، سنة 2014 .

3/ **إبراهيم عبد الحميد علي**، حماية المستهلك دراسة مقارنة في القوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، طبعة 1، سنة 2018 .

4/**أبو بكر الصديق منى** ، الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، مصر،دون طبعة، سنة 2013 .

5/ أحمد أمانح رحيم، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، طبعة1، سنة 2011 .

6/ **أحمد السعيد الزقرد**، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة ،مصر، دون طبعة، 2007 .

7/ **أحمد شوقي عبد الرحمان**، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، منشأة المعارف، مصر، طبعة 1، سنة 2003.

8/ **أحمد عبد الرزاق السنهوري**،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 3، سنة 1998 .

9/ **أحمد عبد الرزاق السنهوري**، ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، الأوصاف والحوالة والانقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 3، سنة 1998 .

10/ **احمد مفلح خوالدة** ، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن، طبعة1، سنة 2011 .

11/ **أحمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ،دار النهضة، مصر ، دون طبعة ،سنة 1994 .

12/ **أحمد محمد رزق فايد**، منازعات عقود الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الانترنيت، مركز الدراسات العربية، مصر طبعة01، سنة 2017 .

13/ **إدريس فاضلي**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،دون طبعة، سنة 2009 .

14/ **أسامة أحمد بدر**، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2011 .

15/ **أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2005 .

16/ **السيد محمد السيد عمران**، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شركة الانترنيت، الدار الجامعية ،دون طبعة، سنة 2006 .

17/ **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، دون طبعة، دون سنة.

18/ **أيمن سعد سليم**، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 2005 .

19/ **الرشيد بن شويخ** ، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، طبعة1، سنة 2011.

20/ **بدران شكيب الرفاعي**، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، سنة2011 .

21/ **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 5، سنة2007 .

22/ **توفيق حسن فرج**، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، مصر، دون طبعة، سنة 1966.

23/ **جابر محمد ظاهر مشاقبة**، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية دراسة مقارنة، دار وائل للنشر،الاردن، طبعة 01، سنة 2012.

24/ **حسين محمود عبد الدايم**، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 1، سنة2007 .

25/ **حمد الله حمد الله**، حماية المستهلك من الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، دون طبعة، سنة 1997 .

26/ **خالد صبري الجنابي** ، التراضي في عقود التجارة الالكترونية ، دراسة مقترنة، دار قنديل للنشر والتوزيع ، الأردن طبعة 1، سنة 2013.

27/ **خالد ممدوح ابراهيم**، ابرم العقد الالكتروني ، الدار الجامعية، مصر، طبعة1، سنة 2007.

28/ **خالد ممدوح ابراهيم**، امن المستهلك الالكتروني، الدار الجامعية، مصر، دون طبعة، سنة 2008.

29/ **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، سنة 2004 .

30/ **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، سنة 2000.

31/ **رمضان علي السيد الشرنباصي**، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، سنة 2004.

32/ **شوقي بناسي**، الشرط في قانون العقود، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة1، سنة 2020 .

33/ **طرح البحور علي حسن**، عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 01، سنة 2007 .

34/ **عبد الله ذيب محمود**، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة1، سنة 2012 .

35/ **عامر القاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 01، سنة 2002 .

36/ **عبد الباسط حسين الجميعي**، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة وسنة.

37/ **عبد الفتاح بيومي حجازي**، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة1، سنة 2005 .

38/ **عبد المنعم فرج الصدة**، عقود الإذعان في القانون المصري، مصر، دون طبعة، سنة 1946.

39/ **عبد المنعم موسى ابراهيم**، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 1 ، دون سنة.

40/ **عبد المنعم أحمد خليفة**، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد البرمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة01، سنة2015 .

41/ **علي بولحية بن بوخميس**، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دون طبعة، سنة2000 .

42/ **علي فيلالي**، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر،الجزائر، طبعة 2، سنة 2010 .

43/ **علي فيلالي**، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة2، سنة 2005

44/ **علي فيلالي** مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، سنة 2005 .

45/ **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، طبعة 1، 2008 .

46/ **غسان رباح**، قانون حماية المستهلك الجديد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، دون طبعة، سنة 2006.

47/ **فراس جبار كريم الروازق**، الحماية القانونية من الشرط التعسفي، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، طبعة1، 2017 .

48/ **لشعب محفوظ** ، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة ، سنة 1990 .

49/ **لمياء هاشم سالم قبع**، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، سنة 2013 .

50/ **محمد بودالي**، مكافحة الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن دراسة مقارنة، الجزائر، دار هومة، دون طبعة، سنة2007 .

51/ **محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب، الجزائر، دون طبعة، سنة 2007 .

52/ **محمد حسين قاسم**، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1300 إلى غاية 1386 من القانون المدني الفرنسي وفقا لمرسوم العام 2016 وقانون التصديق لعام 2018 منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، طبعة 1، سنة 2000 .

53/ **محمد حسن قاسم**، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، طبعة1، سنة 2005 .

54/ **محمد حسين منصور**، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة ، مصر،دون طبعة، سنة 2007 .

55/ **مصطفى أبو عمرو**، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة1، سنة2011 .

56/ **محمد حسين منصور**، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2007.

57/ **محمد محي الدين إبراهيم سليم**، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون طبعة، سنة 2007 .

58/ **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، طبعة 4، سنة 2008 .

59/ **معراج جديدي**، محاضرات في قانون التامين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 02، سنة 2007.

60/ **نادية فضيل**، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 9، سنة 2007 .

61/ **نسرين حسن ناصر الدين**، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، لبنان، طبعة 1، سنة 2018.

62/ **نسرين سلامة محاسنة**، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دار الثقافة، الاردن، طبعة1، سنة 2011

63/ **هاني دويدار**، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 1، سنة 2004

64/ **يحي عبد الودود**، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 1976.

65/ الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة 3 ، سنة 1975.

ب/ أطروحات الدكتوراه:

1/ **أحمد خديجي،** قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2016 .

2/ أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2014-2015.

3/ **بشير دالي** ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف – دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2014-2015 .

4/ **بلال عثماني** ، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية أطروحة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2018 .

5/ **بلقاسم حامدي،** ابرام العقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2014-2015 .

6/ **جميلة تماني،** الغش في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2018-.2019

7/ **حدة عليان،** فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2015-2016.

8/ **خالد عجالي،** النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2014.

9/ **درماش بن عزوز،** التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2013-2014 .

10/ **درواسي المسعود،** السياسة المالية ودورها في تحقيق التوازن الاقتصادي حالة الجزائر (1990-2004)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة2005 .

11/ **راقية عبد الجبار علي**، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراء، جامعة بغداد، سنة 2000 .

12/ **رجاء عيساوي**، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2021-2022 .

13/ **زمام جمعة**، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2013-2014 .

14/ **زهيرة بن خضرة** ، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني ، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر ، 2015-2016 .

15/ **سارة عزوز**، حماية المستهلك من الاشهار المضلل في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة ،2016-2017 .

16/ **سلوى قداش**، الالتزام بضمان المتوجات في عقود الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2018-2019.

17/ **سميرة زوبة**، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك الضعيف، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2016 .

18/ **شهيدة قادة** ،المسؤولية المدنية للمنتج، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان ، سنة 2005 .

19/ **عرعارة عسالي** ، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014-2015 .

20/ **علي حساني**، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2011-2012 .

21/ **محمد بوكماش**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، سنة 2011-2012 .

22/ **محمد جريفيلي**، حماية المستهلك في نطاق العقد –دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، سنة 2017–2018.

23/ **مقني بن عمار**، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، سنة 2008– 2009 .

24/ **نبهات بن حميدة**، ضمانات سلامة المستهلك على ضوء قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2018–2019 .

25/ **نورة جحايشية**، العقد الاستهلاكي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قالمة، سنة 2021.

26/ مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2012.

27/**فاضل خديجة**، عيمة العقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، سنة 2014–2015.

ج/ المقالات:

1/ **أحمد رباحي**، أثر التفوق الاقتصادي في فرض الشرط التعسفي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، الجزائر، العدد 05، دون سنة.

2/ **أحمد رياض عبد الغفور**، **شروق عباس فاضل**، دور العدالة في تكميل العقد ، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة النهرين العراق، عدد 13 ديسمبر 2013 .

3/ **أسامة أحمد بدر**، تفسير نماذج وثائق التأمين وحماية المؤمن لها، الجوانب القانونية للتامين واتجاهاته المعاصرة، المؤتمر السنوي 22، الإمارات العربية المتحدة ، سنة 2014.

4/ **آسيا بوطوطن**، إشكالية عيوب الإرادة وآثارها على عقد الاستهلاك الالكتروني وفقا للقانون 18–05، المتعلق بالتجارة الالكترونية مجلة المعيار، مجلد 25، عدد 63، سنة 2021.

5/ **إياد عبد الجبار ملوكي**، التوازن العقدي بين طرفي عقد الإيجار في القانون العراقي، عدد 1 .

6/ اشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، سنة 2017.

7/ الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية، مجلد 10، عدد 2، سنة 2019 .

8/ **الصادق ظريفي**، اختلال التوازن المعرفي بين الأطراف عند تكوين العلاقة التعاقدية، مجلة المعارف، العلوم القانونية والاقتصادية، عدد 2012/12/13 .

9/ **حليس لخضر**، جميعة وعيممة العقد، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة المدية، الجزائر، عدد 12، سنة 2018.

10/ **حسين عبد الله عبد الرضا**، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشرط التعسفي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، عدد 2 ، مجلد6 ، سنة 2011 .

11/ **خولة بوعروج**، الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر للالتزام، مجلة العلوم الانسانية، مجلد 32، عدد 2021/12/04.

12/ **زبيري بن قويدر** ، دور الجمعيات في حماية المستهلك مجلة البحوث السياسية والإدارية، عدد3، سنة 2008.

13/ **سامي بن حملة**، إعادة التوازن بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 5 مارس 2015 .

14/ **سامي بن حملة** ، الاهتمام التشريعي بحقوق المستهلكين، مقاربة جديدة ضمن التشريعات الحديثة، التشريعان القطري والجزائري نموذجا، المجلة الدولية للقانون ، المجلد الثالث عشر، العدد الأول 2024.

15/ سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشرط التعسفي في التشريع الجزائري ، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 4 جوان 2016 .

16/ **سفيان شبة** ، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، العدد 4 ، سنة 2011 .

17/ **سميح جان صفير**، دور التشريع المقارن في مواجهة الشرط التعسفي، المجلة القانونية، عدد 7، سنة 2001 .

18/ **عامر رحمون**، عقود الإذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ، المجلد 01، عدد 23 ، دون سنة.

19/ عبد القادر أزوا، إعادة التوازن العقدي بين المباديء القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 03، عدد 01، السنة 2020.

20/ **عبير مزعيش، محمد عدنان بن ضيف**، الضوابط الحمائية المصحوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، عدد 4، سنة 2017 .

21/ عمر زغودي ، مكافحة الشرط التعسفي كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، عدد 2 ، سنة 2014 .

22/ عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك، على مباديء النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية لقسم العلوم الاجتماعية والانسانية والقانونية، عدد 20 جوان سنة 2018 .

23/ محمد اعمارة صوالح ، جبارة نورة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري،المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية المجلد05، عدد2، سنة 2021 .

24/ محمد خليفة كرفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 6، عدد1، سنة 2020 .

25/ محمد خليفة كرفة ، ضرورة التخلي عن ربط الشرط التعسفي بعقد الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، عدد 4 نوفمبر، سنة 2007.

26/ **مهند عزمي أبو منصور مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة** ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات طابع دولي ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 41 ، عدد 2، سنة 2014 .

27/ مولود بغدادي، جغلول زغدود، أثر الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك على المباديء والنظريات العامة للتعاقد، مجلة معارف، المجلد 16، عدد1، سنة 2021.

28/ **نغم حنا رؤوف،** العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية، مجلة جامعة الكويت للعلوم الإنسانية ،المجلد 14، عدد 6، سنة 2008.

ثانيا/ المصادر والمراجع باللغة الفرنسية

1/ القوانين والأوامر الفرنسية:

1/ Loi n’93-949 du 26 Juillet 1993 relative au code d.f. consommation, journal officiel de la republique francaise, du 27 juillet 1993.

2/ La loi n°2001-420 du 15 Mai 2001, journal officiel de la republique francaise 16 Mai 2001.

3/ Code civil francais,Version consolidée du code au 1er septembre 2013 .Edition : 1er decembere 2013.

4/ La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation , 18 mars 2014 journal officiel de la republique francaise, Texte 1 sur 96 .

5/ Ordonnance 2016-301 du 14mars 2016.

2/ الكتب الفرنسية:.

1/**A-karimi** les clauses abussive et the orie de l’abus de droit ,libraric gé né ral de droit et de jurisprudence paris 2001.

2/ **Calais-auloy jean ,frank- steinmets** droit de la consmmation.précis Dalloz . 5ene ed 2000

3/ **calais-auloy jean**.rapport de synthse, in les contrats dadhesion et la potection du consommateurs, paris , e,n,a,j ; 1978 .

4/ **Calais-auloy jean** droit de la consummation précis, daloz-3éme éd.1992.

5/ **jear –michel jacquet , philippe delebecque** droit du commerce intrenationnal dalloz .1997

3/ الرسائل والمقالات الفرنسية:

1/Claire- marie pegliom- zika , la notion de clause abusive au sens de L'article l 131 du code de la cinsommation, these de doctorat en droit prévé ,université panthéon – assa 2013 .

2/ Naim Sabik , Le rôle de la propriété industrielle dans la protection du consommateur, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université Jean Moulin Lyon 3 ,le 10 mai 2010.

3/ le contrôle des clauses abusive dans le contrat d'adésion et la notion de bonne , **Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) ,** Dépôt légal : mars 2010

4/ Eric Jourde , Loïc Armand, Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation, les clauses abusives dans les contrats consommation.

4/ القرارات القضائية الفرنسية:

1/ cour 05 janvier 1993 pas 29p .58 la facture acceptée: qui ne dit mot consent.

2/ cass.civ.1er .25mai 1992 en article par l'eeanard cax l difinition du consommateur septembre 2010.p.3en www.conso –confiance .f.r.fille94171

3/ Cass 1re civ7 déc2004 Bull. civ. 2004. I, n°303 JCP G2005. II. 10160 note Rzepecki LPA 7/9/2005. P 16 note bazin RTD: civ 2005 .p389. ops/ Mestre et Fages cité par Gilles PAISANT.op .cit. p 121.

4/ Cass.paris 25oct 1989 n200 .bull.d'info.c.cass,n298-25 fev1990

5/ cass-civ .6juin 1990.Bull.civ.1990.n 145.

6/ Cass.civ.,1ére ch ., 19 desembre, 1990: Bull, civ-1-n.303.

7/Cass.com.28 mai 1993.

8/Cass.com.,22 oct.1996:Bull.civ.IV.n.261;GAJC, 11e éd.n.125:D.

9/civ.12/12/1900 ;D1900.I.P.361/CIV 16/11/1931 ;D1931.

10/ cour d'appel paris.27/01/1976.

11/ CASS. CIV.16JUILL 1987 .D. 1987SOMM.456. OBS AUBERT . J.C.P.1988.2.21001. R.T.D. CIV 1988 .

12/ civ 25/08/1856 com 1857 .

13/ civ05/02/1971 d1971 ,281 rapport de Mle conseiller corney .

14/CIV 1RE.26MAI 1993+ CIV 1RE .6JANVIER 1994.

15/ Civ. 1 er ch., 10 Février 1998 : R.T.D, civ, 1998,

16/ civ. 1re.6 janvier 1994 :jcp1994 .11.22237. note paisant G.

17/ Cass.n. 296 com 21/04/1960.

18/ Cass.n.266 com 16/10/1984.

19/ Cass. Civ1 com 28 février 1987.

20/ Com. 22 octobre 1996.

21/ Cass. Com 15 mai 2001.

22/ cass com 9 juillet 2002.

23/ cass Versailles 31 mars2005.

24/ Cass com 21 février 2006.

25/cass Com 30 mai 2006/

27/Cass. Com. 13 fevrier 2007

فهرس الموضوعات:

فهرس الموضوعات	الصفحة
الاهداء	
الشكر والعرفان	
مقدمة	
الباب الأول: تأثير الشرط التعسفي على توازن العقد	13
الفصل الأول: التصدي للشرط التعسفي محاولة لإعادة التوازن العقدي	15
المبحث الأول: ماهية الشرط التعسفي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له	16
المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي	16
الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي	17
الفرع الثاني: خصائص الشرط التعسفي	30
المطلب الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن غيره من المفاهيم المشابهة له	33
الفرع الأول: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع	33
الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي	35
المبحث الثاني: معايير وأساليب تحديد الشرط التعسفي	37
المطلب الأول : المعايير المعتمدة في تحديد الطابع التعسفي للشرط	37
الفرع الأول: المعيار المعتمد في التشريع المقارن	38
الفرع الثاني: المعيار المعتمد في التشريع الجزائري	42
المطلب الثاني أساليب تحديد الشرط التعسفي	45
الفرع الأول: الأسلوب التقديري	46
الفرع الثاني : الأسلوب اللائحي	47
الفصل الثاني: نطاق حماية المتعاقد من الشرط التعسفي	60
المبحث الأول: مظاهر العقود التي تتميز باختلال توازنها العقدي	61
المطلب الأول: عقد الإذعان كمظهر تقليدي لإختلال التوازن العقدي	61
الفرع الأول : مفهوم عقد الإذعان	62
الفرع الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي في عقد الاذعان	65
المطلب الثاني: العقد النموذجي كمظهر مستحدث لاختلال التوازن العقدي	68

الفرع الأول: مفهوم العقد النموذجي	68
الفرع الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي في العقد النموذجي	70
المبحث الثاني: طبيعة التوازن العقدي بين مقتضيات العدالة واستقرار المعاملات العقدية	91
المطلب الأول: ضرورة قراءة جديدة في مفهوم التوازن العقدي	91
الفرع الأول: تطور فكرة التوازن العقدي	91
الفرع الثاني: مفهوم التوازن العقدي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له	99
المطلب الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي	108
الفرع الأول: مفهوم اختلال التوازن العقدي	108
الفرع الثاني: أسباب اختلال التوازن العقدي	109
خلاصة الباب الأول	111
الباب الثاني: الآليات القانونية لمواجهة الشرط التعسفي	112
الفصل الأول: الآليات التشريعية والإدارية المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي	114
المبحث الأول: الآليات التشريعية المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي	115
المطلب الأول : الشرط التعسفي المحدد بموجب النصوص القانونية والتنظيمية	115
الفرع الأول: الشرط التعسفي المحدد بموجب النصوص القانونية	116
الفرع الثاني: الشرط التعسفي المحددة بموجب النصوص التنظيمية	116
المطلب الثاني: التصدي للشرط التعسفي من خلال النظريات العامة والأحكام الخاصة	120
الفرع الأول: التصدي للشرط التعسفي من خلال النظريات العامة	120
الفرع الثاني: التصدي للشرط التعسفي من خلال الأحكام الخاصة	149
المبحث الثاني : الآليات الإدارية المكرسة لمكافحة الشرط التعسفي	164
المطلب الأول: دور لجنة البنود التعسفية في الحماية من الشرط التعسفي	164
الفرع الأول: تشكيل واخطار لجنة البنود التعسفية	164
الفرع الثاني: الآليات المكرسة للجنة البنود التعسفية في مكافحة الشرط التعسفي	169
المطلب الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشرط التعسفي	175
الفرع الأول: الدور التوعوي والاعلامي لجمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشرط التعسفي	175

الفرع الثاني: الآليات القضائية لجمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشرط التعسفي	179
الفصل الثاني: دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي والجزاء المترتب عليه	184
المبحث الأول: دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي	185
المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تفسير عبارات العقد	185
الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة والغامضة	186
الفرع الثاني: صور تدخل القاضي في تفسير عبارات العقد	195
المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو استبعاد الشرط التعسفي	203
الفرع الأول: دور القضاء في تعديل الشرط التعسفي	204
الفرع الثاني: دور القضاء في استبعاد الشرط التعسفي	211
المبحث الثاني: جزاء الشرط التعسفي	218
المطلب الأول:التسوية الودية المتعلقة بالشرط التعسفي	217
الفرع الأول: الصلح كآلية للتسوية الودية	217
الفرع الثاني: إجراءات التسوية الودية	220
المطلب الثاني: صور جزاء الشرط التعسفي	222
الفرع الأول: الجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة	222
الفرع الثاني: الجزاء المنصوص عليه في القواعد الخاصة	233
خلاصة الباب الثاني	235
الخاتمة	236
المصادر والمراجع	243
فهرس الموضوعات	262
تلخيص البحث	266

ملخص البحث:

باللغة العربية:

صحيح أن المبدأ العام هو أن العقد شريعة المتعاقدين والذي يفترض فيه العلم التام للمتعاقدين بجميع بنود العقد غير مرغمين عليه، غير أنه لا توجد قاعدة تنص على أن هذه المفاوضات يجب أن تكون حرة ومتساوية بين الطرفين، ماساهم في اتساع دائرة الشروط التعسفية خاصة مع التطور التكنولوجي وانتشار العقود الالكترونية والنموذجية، وهنا تثور الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن اعتبار الشرط الذي تضمنه العقد هو شرط تعسفي خاصة وأنه السبب في اختلال التوازن العقدي ؟

وتم الإجابة على هذه الإشكالية وفق عدة مناهج وذلك من خلال المقارنة بين التشريعات الثلاث الجزائرية والفرنسية والمصرية رغم ان هذه المقارنة من الناحية النظرية فقط، والمنهج التحليلي وذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية والتنظيمية المنصوص عليها، وذلك بتقسيم البحث إلى بابين تناولنا الباب الأول لدراسة التوازن العقدي في عقد الاستهلاك ثم تبيان ماهية الشرط التعسفي وتمييزه عن غيره من الشروط الأخرى الواردة في العقد وكيفية اعتباره سبب في الاختلال اللاحق بالعقد، في حين خصصنا الباب الثاني لدراسة الوسائل المكرسة لمواجهة الشرط التعسفي ومحاولة إعادة التوازن العقدي، فقد تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد وذلك بإسقاط قواعد عقد الإذعان على عقد الاستهلاك، بالإضافة إلى الصلاحيات الممنوحة للجهات الإدارية في تحديد الشروط التي تعد تعسفية وتفعيل الرقابة للحماية من هذه الشروط ، والدور الإيجابي الممنوح للقاضي في التدخل في تفسير أو تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي.

وتتمثل أهم النتائج المتوصل إليها من خلال البحث:

أن نصوص القانون المدني جاءت بمستوى معين من المحافظة على قيم ومبادئ العدالة خصوصا بعد زيادة انتشار اللاتوازن وتعدد العقود النموذجية التي غالبا ماتتضمن شروط تعسفية ترهق كاهل أحد الطرفين، وعليه فالقانون المدني بصفة عامة ونظرية العقد بصفة خاصة بحاجة إلى إصلاح وبناء مبادئ جديدة أهمها مبدأ الإبقاء على العقد وإزالة الاختلال فقط وتفعيل مبدأ التوازن العقدي لتكريس العدالة العقدية.

أن المشرع الفرنسي على خلاف المشرع الجزائري كان موفقا إلى حد كبير في معالجته لهذا الموضوع من جانبه الوقائي وجاء مناسبا مع آليات مرحلة إبرام العقد ومتوافقا مع ضروریاتها فكلما كان المستهلك

على علم كاف حول الشروط التي تعد تعسفية كان بالإمكان أن يأتي رضاه خالي من عيوب الإرادة المبطلة له.

نظرا للجزاء المنصب على الشرط التعسفي في القواعد العامة المنصوص عليها بموجب القانون المدني والنصوص الحمائية الخاصة الواردة في تشريعات الاستهلاك فإن المشرع يهدف إلى معالجة الشرط التعسفي حفاظا على إرادة المتعاقدين حيث يتدرج في تقريره بإعطاء الأولوية للتفسير ثم التعديل وأخيرا الإلغاء مع جعل سلطة القاضي جوازية وليست إلزامية، في حين النصوص الخاصة تنص مباشرة على بطلان الشرط التعسفي لتحقيق التوازن في العقد الاستهلاكي.

Abstract :

It is true that the general principle is "pacta sunt servanda" ("Agreements must be kept"), assuming that the contracting parties are fully aware of all the terms of the contract and are not coerced. However, there's no rule stipulating that these negotiations must be free and equal between the parties. This lack has contributed to the expansion of arbitrary conditions, mainly due to technological advancements and the prevalence of electronic and model contracts. From this arises the following problem:

To what extent can a condition included in the contract be deemed arbitrary, especially since it's the cause of contractual imbalance?

This issue was addressed through various approaches, comparing the legislations of Algeria, France, and Egypt, albeit theoretically. The analytical approach involved examining legal and regulatory texts, dividing the research into two sections. The first section studied contract balance in the consumption contract, delineating the nature of arbitrary conditions, distinguishing them from other contract terms, and explaining how they contribute to subsequent imbalances. The second chapter focused on mechanisms to confront arbitrary conditions and restore contractual balance. Legislative intervention aimed to protect the weaker party by excluding adhesion contract rules from the consumption contract. Additionally, administrative authorities were empowered to identify and oversee arbitrary conditions, while judges gained a positive role in interpreting, amending, or canceling them.

The most significant findings of the research are:

Civil law texts aim to preserve values and principles of justice, especially in the face of increasing contractual imbalances and typical contracts burdened with arbitrary conditions. Consequently, civil law and contract theory require reform, with emphasis on establishing new principles, notably the principle of retention, to address imbalance and establish contractual justice.

A conflict arises between two rules: interpreting doubt in favor of the debtor versus favoring the obligor in adhesion contracts. This conflict emerges when deciding which rule applies to adhesion contracts, especially if the consumption contract is categorized as an adhesion contract.

In contrast to the Algerian legislator, the French legislator effectively addressed preventive measures at the contract conclusion stage, aligning them with contractual

necessities. Better consumer awareness of considered arbitrary conditions increased their satisfaction, relieving the defects of a voided will.

Though the law broadly expresses consumers' desire to exclude arbitrary conditions, it lacks a direct and specific practical solution. Instead, it outlines means to achieve this through executive authority via the Council of State and the arbitrary conditions committee to establish regulations prohibiting such conditions and maintaining contractual balance.

Legislators aim to address arbitrary conditions, preserving the will of contracting parties by prioritizing interpretation, amendment, and cancellation in general rules and consumer legislation. While judges' authority is discretionary, special texts directly invalidate arbitrary requirements for achieving equilibrium in consumer contracts.