مكافحة الشروط التعسفية في العقود

مقدمة:

إن العلاقات التعاقدية تلعب دورا هاما في ازدهار وتنمية الحياة الاقتصادية، فكلما كان التعاقد مبنيا على المساواة وحسن ونبذ الغش، كلما ازداد اطمئنان الأفراد والثقة بينهم، إلا أن العلاقات الإنسانية قد تميزت منذ القدم بعدم التوازن على مستوى الأفراد أو الجماعات وهذا نظرا لما يتمتع به أحد المتعاقدين من قوة ونفوذ اقتصاديين هذا الذي يؤدي به إلى أن يدرجوا في عقودهم شروطا وضعوها من جانب واحد هذه الشروط التي تعتبر مجحفة بالطرف الآخر الذي لم تتوفر له حرية مناقشتها وبالتالي اختل مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين .

فالتطورات التي عرفتها السلع والخدمات جعل الوقت الراهن مجالا خصبا لنمو عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، والتي في الغالب تطرح إلى السوق في شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من قبل المهنيين.

فتمثل هذه الشروط التعسفية خطورة على عاتق المستهلكين، فهؤلاء المستهلكين يذعنون تماما للعقد بدون معرفة لكل الشروط حيث أنهم يثقون في المهنيين.

وأمام هذا القصور الذي يشوب القواعد العامة بصدد الحماية من الشروط التعسفية، حاولت بعض التشريعات احتواء إشكالية التوازن العقدي الذي تحدثه هذه الشروط، المفروضة على المستهلكين من طرف المهنيين. إذ سعت المحاولات لتحديث الحماية للتلاؤم مع المستجدات الاقتصادية، ذلك عن طريق سد الكثير من النقائص التي شابت القواعد العامة في هذا المجال، وتزداد أهمية الحماية بالنظر إلى التعويض الذي يتوخاه المستهلك ضحية الممارسات التجارية غير الشرعية كالدعاية الكاذبة، وبذلك يتعاظم دور المشرع في هذا المجال وفي إطار الحماية الجماعية تظهر الوصول إلى المفاوضات الجماعية بين منظمات المهنيين وجمعيات حماية المستهلكين للوصول إلى اتفاقيات جماعية للاستهلاك خاصة فيما يتعلق بمكافحة الشروط التعسفية التي يمليها التجار على المستهلكين.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

وفي ظل الحماية التي أوردها المشرع الجزائري بإصداره لقانون 04-02 بالإضافة إلى قانون 03/09 المعدل للقانون 02/89 الذي أغفل (04-02) بعض العقوبات التي كانت موجودة في النصوص السابقة خاصة عقوبة الغلق الإداري.

ومن هنا تظهر إشكالية كيفية معالجة الشروط التعسفية في ظل التشريعات الحديثة وللإجابة عن هذا الأشكال تم إعمال المنهج المقارن متمثلا في مقارنة التشريع الجزائري بنظيره الألماني والفرنسي مع إبراز دور الفقه الإسلامي في بعض جوانب الموضوع وكذا موقف الاجتهاد القضائي بخصوص مسالة الشروط التعسفية، وتم إعمال المنهج التاريخي وذلك بتتبع تطور نظرة القانون في فكرة العقد عموما، بدءا بالقانون المدني وصولا إلى التشريعات الخاصة.

وللإجابة عن مختلف التساؤلات سيتم التعرض إلى: ماهية الشرط التعسفي (فصل أول) وآليات الحماية من الشروط التعسفية (فصل ثاني).

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

الفصل الأول: ماهية الشرط التعسفي

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم: 04-02[1]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وأشار بمناسبة ذلك إلى ما أسماه بالممارسات التعاقدية كما ذهب إلى تحديد العناصر الأساسية لبعض العقود، ومنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية.

وسيتم التعرض إلى مفهوم الشرط التعسفي (مبحث أول)، ومعايير الشرط التعسفي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مفهوم الشرط التعسفي

إعطاء مفهوم للشرط التعسفي لا يتضح إلا بذكر تعاريفه الحديثة والمختلفة (مطلب أول) ومن هذه التعاريف نستخلص العناصر الواجبة لاعتباره تعسفيا (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي

يكتمل بيان مفهوم الشرط التعسفي بتعريفه تعريفا تشريعيا (فرع أول) وتعريفا فقهيا (فرع ثاني).

الفرع الأول: التعريف التشريعي

لقد تم استبعاد ترك خيار مهمة تعريف الشرط التعسفي للقضاء وحده لأن ذلك يأخذ سنين عديدة إزاء كل شرط، أو نموذج لكن أغلب التشريعات الحديثة تعطي تعريفات رغم أنها قد تبدو غامضة أحيانا.

إذ يعتبر المشرع الألماني السباق في تعريفه وهذا من خلال إصدار قانون 09 ديسمبر 1976 والمتعلق بالشروط العامة للعقد بربط تعريف الشرط التعسفي بغياب حسن النية فقد نصت (المادة 09) منه على "بإتباع مبدأ حسن النية وهو مبدأ الوارد في المادة 242 ق.م.ا. بتقييم مدى عدالة الشرط العام".

---

[1]– قانون رقم: 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 41.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

أما المادة الأولى من قانون 1976 عرفت الشروط التعسفية على أنها "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود التي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر"[1].

وبذلك كان القانون الألماني السباق في اعتماد قوائم للشروط التعسفية التي سيتم بيانها لاحقا[2].

كما أن التعليمة الأوروبية بدورها لسنة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية عرفته على أنه:" الشرط الذي ورغم تطلب حسن النية، يؤدي إلى خلق عدم التوازن الظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والالتزامات الناجمة عن العقد"[3].

وفيما يخص المشرع الفرنسي كان له الدور البارز في التطرق إلى الشروط التعسفية وذلك في قانون 1978 المتعلق بالإعلام وحماية المستهلك والذي كان له دورا في تحديد مفهوم الشرط التعسفي من خلال (مادته 35) على أنها "تلك الشروط التي تفرض على المعنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية للطرف الآخر مانحة لهذا الأخير ميزة متجاوزة أو مفرطة"[4]، وقد كان للتوجه الأوروبي تأثيرا على المشرع الفرنسي الذي أصدر قانونا برقم: 95- 96 معدلا بذلك القانون المتعلق بالاستهلاك وبالتحديد (المادة 01-132) وعرفت الشرط التعسفي:" أنه هو الذي يكون هدفه أو أثره خلق ضرر للغير المهني أو المستهلك نتيجة لإخلال ظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد"[5]،

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد استبعد دور القضاء في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، إذ أن استقرار موقف محكمة النقض إزاء تحديد هذا الشرط يأخذ مدة من الزمن وهذا هو الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي يعرف الشرط التعسفي من خلال قانون 95-96 بتاريخ: 01 فيفري 1995 المعدل لقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك

---

(1)– أشار إليها، زوبير قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير المشروعة أثناء التعاقد، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، دفعة 2006، ص: 91- 92.

(2)– سيتم التعرض لها في الفصل الثاني، المطلب الأول في تحديد القوائم بموجب القانون الألماني، أنظر: ص 18 من هذه المذكرة.

(3)– أشار إليها، محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود و القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، ب/ط، الجزائر، 2007، ص 79.

(4)– أشار إليها، محمد بودالي، مرجع نفسه، ص 79.

(5)– أشار إليها، زوبير قويدر، مرجع نفسه، ص 92.

وذلك في المادة 137-1/5 بأنها تلك "التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق عدم التوازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وذلك على حساب غير المحترف أو المستهلك"[1].

وما نلاحظ على هذه المادة من اختلاف بينها وبين نص (المادة 35) من القانون أعلاه إلا أنها يتفقان من حيث المضمون.

وبدوره المشرع الجزائري تعرض للشرط التعسفي وحدده في القانون المدني تحديدا في عقد الإذعان على خلاف نظيره الفرنسي الذي خصه بالقوانين الخاصة بحماية المستهلك، فالمشرع الجزائري اعتبر الشرط التعسفي جزء من عقد الإذعان لأن هذا الأخير عقد ملزم لجانب واحد بالرغم من الاتفاق الذي يحدث بين المتعاقدين، بشروط يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة، إذ حاول المشرع التصدي لهذه الشروط وذلك من خلال نصوص قانونية أبرزها القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكتفصيل ذلك نصت عليه (المادة 110 ق.م.ج) " إذا تم العقد بطريق الإذعان وقد تضمن شرطا تعسفيا، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي العدالة، ويقع باطلا كل لاتفاق على ذلك"[2].

فهذه المادة تجيز للقاضي تعديل العقد رغم أن الأصل العام هو احترام لقانون العقد، ويملك تعديله وإلا استهدف حكمه للنقض وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهذا قائم على مبدأ سلطان الإرادة وهذا تحقيقا لمبدأ التوازن العقدي[3].

ولقد تم إصدار قانون 04- 02 من قبل المشرع الجزائري والذي حدده في (مادته 03) وهو "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[1].

---

[1]- أشار إليها، هني عبد اللطيف، التوازن العقدي في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص الأساسي، جامعة معسكر ، دفعة 2008، ص 71.

[2] - المادة 110 من الأمر 75- 74 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05- 10 بتاريخ: 26 جوان 2005، ج. ر. ع. 44، ص 29.

[3]– لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الجزائرية للكتاب، جامعة وهران، ب/ط، 1990، ص 151.

[1]– القانون رقم: 04- 02 سبق الإشارة إليه.

وبذلك انضم المشرع الجزائري إلى طائفة التشريعات التي نظمت الحماية ضد الشروط التعسفية، مع التعريف بالشرط التعسفي وقد وسع فيه مثله مثل التشريع الألماني، يظهر التعسف فيه من خلال غياب حسن النية.

ونظرا للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية والقانونية للتعاقد وما صاحبها من غياب للأشكال القانونية، التي يتم بها التعاقد وظهور أشكال جديدة وفرض شروط تعسفية عديدة ومثقلة جعلت المشرع الجزائري تزيد التزاماته لتنظيم هذه العلاقات القانونية[2].

وبذلك المشرع الجزائري سلك المشرع الألماني، في عدم حصر نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، على خلاف المشرع الفرنسي، وهذا الاختلاف الذي أدى إلى اختلال في العناصر الواجب توافرها في الشرط التعسفي بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

لقد وردت عدة تعريفات للشروط التعسفية من بينها التعريف الذي يعتبر "الشرط التعسفي الشرط المحرر مسبقا من قبل طرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة مقارنة بالطرف الأخر فتعريفه شيء غير محدد"[3].

ونلاحظ على هذا التعريف أنه اعترف بصعوبة مهمة تعريف الشرط التعسفي، وفي مقابل هذا التعريف الوارد في الفقه الغربي فإن الفقه الجزائري حاول تعريف الشرط التعسفي، إذ يرى الأستاذ محمد البودالي إلى "أن الشرط التعسفي في مجال عقد الاستهلاك، هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إلى إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به قواعد العدالة"[1].

---

[2]– محمد الشريف كتو، مجلة الحقوق الخاصة بالقانون الخاص، جامعة تلمسان، 2002، العدد 23، ص 314.
[3]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 69.
[1]– أشار إليه، هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 69.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

غير أن هذا التعريف جاء متأثرا بنص (المادة 110 ق.م.ج) التي وضعت معيارا لتقدير الطابع التعسفي للشرط، ألا وهو معيار العدالة، لذا واجه هذا التعريف انتقادين اثنين:

1. اعتماده على معيار العدالة في تحديد الشرط التعسفي إذ أن الشرط التعسفي وإن كان يخالف اعتبارات العدالة والأخلاق إلا أنها تبقى مفاهيم غامضة ومبهمة نظرا لكونها مفاهيم مرنة، مما يؤدي إلى اختلاف تحديد فكرة العدالة من شخص لآخر، بل ومن زمن لآخر[2].
2. فاعتماده على معيار الميزة الفاحشة الذي واجه العديد من الانتقادات.

وبالمقابل تطرقت الشريعة الإسلامية إلى مسألة الشروط التعسفية فقررت تحريمها، لكن نظرتها جاءت متميزة مع نظرة القوانين الوضعية، إذ أن مفهوم فكرة العقد في المفهوم الإسلامي تختلف عنها في القانون الوضعي حيث أن إرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من تريب الشارع، لذا يقول الفقهاء المسلمون أن العقود من الأسباب الجعلية، لا من الأسباب الطبيعة في ترتيب الحقوق والالتزامات[3]، وذلك كما يقول الإمام أبو زهرة:" أما الآثار والأحكام فيترتب الشارع، حفظا للعدل بين الخلق وصونا للمعاملات عن دواعي الفساد، ومنعا للغرر في الصفقات، وحسما لمادة الخلافات بين الناس"[4].

وقد قسم الفقه الشرط التعسفي إلى شرط تعسفي بذاته وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه وتكشف عن ذات ألفاظه، فتاتي متناقضة مع جوهره وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها، فهي شروط اعتيادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق وذلك للتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، لكن هذا لا يعتبر تعريفا بقدر ما يعتبر تضييقا للشروط التعسفية"[1].

---

[2]– هني عبد اللطيف، نفس المرجع، ص 70.
[3]– محمد أبو زهرة، الملكية في نظرية العقد والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، الإسكندرية، 1996، ص 252.
[4]– الإمام أبو زهرة، نفس المرجع، ص 253.
[1]– زوبير قويدر، مرجع سابق، ص 94.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

ولقد اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية في الشروط التي تبدو تعسفية التي أجازها بين المضيقين[2] والموسعين[3].

غير أنه في جميع الأحوال، فإن جميع الشروط التي تبدو تعسفية وتحل بالتوازن العقدي، هي عند الجميع باطلة سواء تعلقت عند الموسعين في مفهوم الشروط التعسفية، كأن يشترط البائع، إن لا حق للمشتري في إنقاص الثمن إذا أصيبت الثمرة بآفة، وكانت هذه الشروط تخل بثمن معقود عليه[4].

---

[2]– يمثلهم فقهاء ظاهرية، والحنفية الشافعية.

[3]– وهو السائد لذا فقهاء الحنابلة، المالكية.

[4]– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 70.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي

من التعريف السابق للشرط التعسفي والذي أورده المشرع الجزائري في (المادة 03 من قانون 02/04) يستخلص عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري والتي تتلخص في أن يكون الشرط مكتوبا (فرع أول) وأن يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في التوازن (فرع ثاني).

الفرع الأول: أن يكون الشرط مكتوبا

المقصود بالكتاب في هذا المقام ليس الكتابة الرسمية فقط وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، ووصل التسليم وغيره[1].

ويستخلص من هذا الشرط صراحة من القول حرر مسبقا وإن كان عقد الإذعان يتسع ليشمل موضوعه العقود المبرمة شفاهة[2].

فالمقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة.

فهذه الحالة نصت عليها (المادة 03 الفقرة 02 من قانون 04-02) بقولها:" يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"[3].

---

[1]– سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقاي، تلمسان، دفعة 2007، ص: 110- 199.

[2]– وقد أدج المشرع الفرنسي استعمال مصطلح (Les contrats pré- rédigées) ثم ما لبث أن استعمله في قانون الاستهلاك، أشار إليه الأستاذ محمد البودالي، مرجع سابق، ص 86.

[3]– أشار إليها، محمد البودالي، مرجع نفسه، ص 86.

فالجدير أن هذا العصر يتوافق وما ذهب إليه المشرع الفرنسي إذ هذا الأخير وكما سبق التبين يذهب أيضا إلى وجوب أن يكون الشرط المعني. إذن فأهم ما يمكن تسجيله هو تنوع عقود الإذعان المنظمة لشروط التعاقد العامة"[1].

الفرع الثاني: أن الشرط مختلا في العقد

لقد سبق ذكر التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للشرط التعسفي وذلك وفقا (للمادة 03 من قانون 04-02) والذي أكد فيه أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي تتوفر فيه مزايا مبالغ فيها للمحترف والتي تؤدي بالضرورة على إخلال التوازن العقدي بين الالتزامات المترتبة على العقد ويثير هذا الشرط أيضا تساؤلنا حول ضرورة نشوء عدم التوازن من الشرط بشكل مباشر وأنه يجب تقدير وجوبا عدم التوازن والمزايا الناشئة عن الشرط من خلال النظر إلى شروط وبنود العقد جميعها والعقد في مجمله[2].

فمن الأحسن أنه عدم التسرع في الحكم أن الشرط تعسفيا بمجرد إن لم يرد بعض المزايا لأحد أطراف العقد.

إذ أنه من الممكن تكوين أحد الشروط العقد الأخرى موجها إعطاء الطرف الثاني من مزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله[3].

---

[1]– أشار إليها، محمد البودالي، مرجع سابق، ص 86.

[2]– سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 109.

[3]– عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار النشر العلية الدولية، الإسكندرية، ط1، 2002، ص : 129- 130.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المبحث الثاني: معايير الشرط التعسفي

من خلال ما سبق من تعاريف للشرط التعسفي وبيان عناصره نلاحظ أن معيارين يتكرران في تحديده أو لهما: قيام المهني في ضوء نفوذه الاقتصادي باستغلال حاجة المستهلك بصورة مستفزة (مطلب أول) وثانيهما: ذلك الأثر الذي يترتب على هذا الاستغلال، وهو ترتب ميزة فاحشة للمهني على حساب المستهلك (مطلب ثان) يضاف إليه معيار الإخلال الظاهر بالتوازن (مطلب ثالث).

المطلب الأول: معيار تعسف النفوذ الاقتصادي

لقد اشترط القانون الفرنسي في البداية أن ينطوي الشرط التعسفي على استغلال محترف لمكانه ونفوذه الاقتصادي وهكذا كمعيار لتحديد للشروط التعسفية وتبعا لذلك فإن هذا المعيار آثار إشكالين الأول يخص طبيعته (فرع أول) وثاني يتعلق بمدى نجاعة هذا المعيار تحديد الشروط التعسفية (فرع ثان).

الفرع الأول: طبيعة التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي

إن مقتضى أعمال الشرط التعسفي في مرحلة إبرام العقد، أن يخلق وراءه عيبا في الرضا يلحق الإرادة، وهو التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم لعدم الأمانة لذلك وصفه بعض الفقه[1] بعدم الأمانة.

بمعنى أنه تعسف في الموقف، أي أن مركز أحد المتعاقدين يسمح له بفرض شروطه على الطرف الآخر، بشكل يقترب فيه مفهوم التعسف من التدليس[2].

وبذلك يتميز عن التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة الذي يعني تجاوز مصلحة الغير للحقوق الشخصية. وهذا منطقي في ظل ما تشهده معاملات الوقت الحاضر في شتى المجالات.

---

[1]– أشار إليها عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف للنشر، ط2، 2008، ص 379.

[2]– زوبير قويدر، مرجع سابق، ص: 94- 95.

بمعنى أنه قد لحق عيب بالعنصر الاختياري للرضا وبالتالي فرض شروط على المستهلك وهو لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه دون أن تتوفر لديه أي إمكانية حقيقية لمناقشة ما يؤدي إليه ذلك من انعدام القدرة على الاختيار[1].

إذا وإن كان لهذا النوع من العقود أضحى ضرورة لا غنى عنها، إلا أن تحديدها بصورة منفردة لا يعبر عن حق شخصي وإنما عن ممارسة سلطة واقعة، هذا ما أدى إلى صعوبة الإقرار أن الطابع التعسفي لشرط من الشروط هو نتيجة لإساءة استخدام حق من الحقوق[2].

الفرع الثاني: الهدف من استعمال النفوذ الاقتصادي

قد يبدو أن الأمر أكثر غموضا إذا اعتبرنا أن القوة الاقتصادية للمهني تقاس بمدى دور حجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه، لكن رغم ذلك أن ضخامة المشروع لا يعني دائما القوة الاقتصادية.

إذ يتمثل التعسف في استخدام وضعية الهيمنة من طرف العون الاقتصادي أو المؤسسة الاقتصادية حينما تقوم بعمل من الأعمال المحددة بإعاقة المسار المهني الطبيعي للنشاط الاقتصادي للسوق، والحكمة من حضر التعسف في استخدام وضعية الهيمنة في السوق هو أن المشرع قصد من ذلك حماية الجانب الضعيف للعقود التي يكون أطرافها غير متكافئة في القوة التفاوضية لاسيما وأن نصوص القانون المدني لا يمكنها حماية الطرف الضعيف في العقد إلا في حالات محددة كنقص الأهلية، وعيوب الرضا وأن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني يشترط فيه أن يقصد الإضرار بالغير وهو ما لا يشترط في الحالة التي تعنينا، كما أن القاضي لا يمكنه التدخل لكي يعيد تصحيح عقد في العلاقات التجارية حتى تتحقق عدالة تعاقدية وذلك نظرا لوجوب استقرار المعاملات، ولدى يبدو أن المفهوم الكلاسيكي للتعسف غير كاف للحماية[3].

---

[1]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 404.
[2]– زوبير قويدر، مرجع سابق، ص 95.
[3]– أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون، دار النهضة العربية، ب/ط، 1994، ص 223.

وبناء على ذلك فإن القضاء يتجه نحو إعادة توازن للعلاقات التعاقدية كلما كان أحد أطراف العقد ضعيفا لاسيما بعد ظهور مؤسسات قوية في مجال التعاملات.

فصفة التعسف لا تتوقف عند الالتزام الرئيسي في العقد ولا عند زيادة الثمن للشيء المبيع أو الخدمة المؤداة، وبداهة لا يدخل ما هو متوقع من اختلال للتوازن بين الأداءات الاقتصادية تحت الحماية، فالشرط المحدد للمسؤولية لا يكمن اعتباره ويعطي ميزة فاحشة إذا كان الثمن المدفوع من جانب المستهلك تافها.

ويعتبر معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو المعيار المتبع في التشريع الجزائري ومن خلال نص (المادة 03) من قانون 04-02 والتي تنص:" على أنه يعتبر تعسفيا كل شرط أو بند بمفرده أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه إخلال ظاهر التوازن العقدي"[1].

وكذلك قانون الاستهلاك الفرنسي وما لقي من أهمية فهو البحث عن سبب الإختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات بين الأطراف ويرجع إلى القاضي إجراء التقدير في كل حالة حسب ظروفها بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات[2].

المطلب الثاني: معيار الميزة الفاحشة

ذهب المشرع الفرنسي إلى وضع تعريف للتعسف من خلال ما يحصل عليه المحترف من نتيجة؛ بحيث لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة، ولم يحدد المشرع رقما معينا تصل إليه هذه الميزة وعلى غرار الغبن الذي سوف يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معينا.

وقد تثير أن الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد، تتعلق بالثمن فقط أي طبيعتها (فرع أول) أو من حيث كيفية تقدير هذه الميزة (فرع ثان).

---

[1]– القانون رقم: 04- 02، سبق التقدم إليه.

[2]– أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 223.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

الفرع الأول: طبيعة الميزة الفاحشة

"تسمح المراجعة المتأنية لقائمة الشروط الواردة في (المادة 55 من قانون 1978) بملاحظة الكثير من هذا الطابع مثل الشروط المتعلقة بالأسعار وكيفية دفعها، كما أنها لا تخلو من شروط أخرى ليست ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بالتسليم وشروط المنح، والانفساخ وتحديد العقد"[1].

فرغم الفرق ما بين الغبن الذين ينصب على الثمن والتعسف الذي ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد.

وعلى إثر ذلك ذهب جانب من الفقه[2] الفرنسي إلى أن أمر تقدير الصفة التعسفية فيما يتعلق بهذا العنصر، لا يجوز أن تتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن، إنما ذلك يؤدي إلى اختلال توازن كبير بين الحقوق والالتزامات الواقعة على طرف العقد، عندما يتعرض شرط ما للنقد من زاوية شكله أو أسلوبه، وهو ما يميزه أساسا عن الغبن[3].

"من ناحية ثانية فإن تحقيقا لحماية أشمل للمستهلكين حصرت الميزة الفاحشة في مجال ضيق وذلك حسب الأثر الذي تخلفه وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد"[4].

خلاصة القول أن المشرع الفرنسي وضع معيارين لتحديد الشرط التعسفي هما: معيار القوة الاقتصادية للمحترف، ومعيار الميزة المفرطة.

"هذين المعيارين مرتبطان ارتباطا السبب بالنتيجة، ولكنهما لا يختلطان؛ ذلك أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية"[1].

---

[1] – إبراهيم رابح، بدراني محمد:" حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، سنة (2008-2009)، جامعة جيلالي اليابس، بلعباس، ص: 18- 19.

[2]– Brushi Marc; l'amélioration de la protection du consummation, Lamy, droit économique, N° 145, nov 2001, éd 2002, P: 20. 405 أشار إليها عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص

[3] – عمر محمد عبد الباقي:" مرجع سابق"، ص 405.

[4] – عمر محمد عبد الباقي:" نفس المرجع"، ص 407.

[1] – بودالي محمد:" المرجع السابق"، ص 95.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

الفرع الثاني: كيفية تقدير الميزة الفاحشة

لتقدير الميزة الفاحشة يجب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتحديد عدم التوازن.

"وعملا بذلك فإنه يجب لتقدير المنفعة التي حصل عليها المهني في ضوء مضمون العقد الذي يتضمن هذا الشرط وغيره من العقود الأخرى المرتبطة به، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء مجموع العمليات التي ظهر بمناسبتها؛ فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين"[2].

"هذا ما دفع المشرع الفرنسي لتدارك النقص الوارد في نص المادة 35 إذ أقر من خلال المادة 05/01/132 من ق. إ. ف وجوب تقدير الطابع التعسفي للشرط وقت إبرام العقد بالنظر إلى جميع الظروف المحيطة به مقارنة بالشروط الأخرى للعقد، وبالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر وقت اقتران بعقد الاستهلاك بما يجعل أحدهما خاضع للآخر"، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 03 الحالة الخامسة من قانون 02/04[3].

"في حين قد تقدر الميزة الفاحشة عن طريق تغليب الطابع الشكلي للشرط التعسفي باعتباره معروضا من الطرف الأقوى في مجال المعاملة، لذلك يجب عدم الارتباط الوثيق بين الشرط التعسفي من جانب وبين عدم التعادل المفرط بين قيمة السلعة أو الخدمة المقدمة"[1].

بمعنى التوسيع من مجال الحماية المأمونة للمستهلك في هذا المجال خاصة في حالة الغموض بتفسير لصالح الطرف الضعيف.

---

[2] –عمر محمد عبد الباقي:" المرجع الساق"، ص 407.
[3] – القانون رقم 04- 02، سبق الإشارة إليه من هذه الدراسة.
[1] – عمر محمد عبد الباقي:" المرجع السابق"، ص 407.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المطلب الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي

سبق للمشرع الفرنسي أن تناول هذا المعيار من خلال المشروع التمهيدي لقانون 1978/01/10 المتعلق بإعلام المستهلك المقدم من قبل الحكومة الفرنسية، إلا أن هذا المعيار أسقط لدى صدور القانون بصيغة نهائية إذ تم إحلال معيار الميزة الفاحشة محله إلى أن عاد المشرع الفرنسي وتبناه استجابة للتوجيه الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية لسنة 1993 وذلك من خلال أحكام (المادة 5/4/132 من ق.ا.ف).

هذا الشيء الذي نص عليه كذلك المشرع الجزائري في (المادة 03 الحالة 05 من قانون 05/04) السابقة الذكر غير أنه يمكن تحديد في هذا المعيار إلا في التسمية وتبعا لذلك فإن كل منا تم تناوله من إشكالات بخصوص الميزة الفاحشة ينطبق على هذا المعيار إذ أن هذا الأخير (معيار الإخلال الظاهر بالتوازن في العقد) ليس إلا تبني لفكرة الغبن المجرد أو النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ في الأداءات المتقابلة إلا أن هذا الجدل قد حسمه المشرع الفرنسي وأقر اختلاف عدم التوازن الظاهر عن فكرة الغبن[2].

هذا الحسم جعل هدف هذا المعيار هو مكافحة عدم التوازن المنصب على شروط العقد، وليس ضمان التساوي بين الأداءات على اعتبار أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن لا يعدو لدوره أن يكون مجرد تبني لفكرة الغبن لمجرد لكن هذا لم يدم طويلا حيث أكد المشرع الفرنسي على الاختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر وفكرة الغبن وحرص على إضافة الفقرة 07 إلى (المادة 132-1) من قانون الاستهلاك هذه الفقرة نصت على تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن على المبيع أو الخدمة[1].

والتالي هذا تأكيد على علو هدف المعيار وهو مكافحة عدم الأداءات المتقابلة.

أخيرا إن الوضع السابق وبلا شك أنه سيوسع من تفاقم اللامساواة بين المتعاقدين، وحينها لا يمكن التحجج بالمساواة القانونية المجردة، ذلك أنه وعلى رأي البعض[2] بين

---

[2]– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 80.

[1]– زوبير قويدر، مرجع سابق، ص: 118- 119.

[2]– قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، الدار الجامعية الأزارطة، الإسكندرية، ب/ط، 2007، ص 73.

القوي والضعيف فإن الحرية هي التي تنتهك، والقانون الذي يتم تخطيه أو تجاوزه بل إن العقد في هذه الحالة لا يكون عاكسا في حقيقة الأمر إلا لإرادة الطرف الضعيف[3].

وهذه العقود تنزع منها التفاوضية واستقلالية التدبير.

وبعد التعرض للشروط التعسفية من حيث تعريفها وعناصرها ومواضيعها سيتم التعرض في الفصل الثاني إلى طرق الحماية منها.

[3]– أشار إليها، قادة شهيدة، مرجع نفسه، ص 73.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

الفصل الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية

إن حماية المستهلك تتطلب وجود جهاز فعال ومؤهل لرقابة المنتجات وإثبات المخالفات، وقد حرص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات إلى إنشاء عدة أجهزة وهيئات للرقابة منها سلطات إدارية وقضائية وهذا ما يمكن ملاحظته في توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في حد ذاتها.

كما تلخص الأسلوب التشريعي في سن قوائم محددة بالشروط التعسفية وها سيتم التعرض له في (مبحث أول) وأسلوب قضائي آخر يترك فيه القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي قبل إبطاله، والجزاءات المترتبة على ذلك (مبحث ثاني).

المبحث الأول: المكافحة القانونية

بالرغم من ضغط الشركات الكبرى على المشرعين لتلاقي سن قوانين تحد من حرية العمل بهذه الشروط، إلا أن تلك لم يمنع من وجود أنظمة اختلفت في مكافحتها لهذه الشروط التعسفية، فالقانون الألماني كان السباق في استعمال القوائم "السوداء والرمادية" (مطلب أول).

أما بالنسبة لفرنسا فتتمثل في التماسها للجنة تقوية قانون الاستهلاك بإعادة صياغة الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية حينما اقترحت قائمتين "سوداء ورمادية" (مطلب ثاني) ففي ما يخص المشرع الجزائري فتتمثل سعيه لتحقيق أكثر توازن للعلاقة التعاقدية من خلال قانون 04-02 وكذلك قانون 09-03 المعدل لقانون 89-02 وما جاء أيضا في (المادة 110 في ق.م.ج) والذي أعطى السلطة للقاضي للتدخل لتعديل عقود الإذعان (مطلب ثالث).

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المطلب الأول: قوائم تحديد الشروط التعسفية بموجب القانون الألماني

لقد ابتدعت تشريعات حماية المستهلك في سبيل الحد من الشروط التعسفية نظام القوائم المحددة.

حيث وسع من نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية إلى جميع عقود الإذعان بما فيها عقود الاستهلاك وعقد العمل فطبق أحكام المواد 9- 10-11 من القانون 19 ديسمبر 1976 المتعلقة بالشروط العامة للأعمال على جميع الشروط التعسفية المحررة في عقود الإذعان، سواء ظهرت هذه الشروط في معظم العقود الإذعان المشابهة لها أو تضمنها عقد واحد، وسواء حررت من طرف المحترف نفسه أو من طرف الغير المكلف بذلك كالمنظمات المهنية التابعة لنفس قطاع هذا المحترف[1].

إذ قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم أم لا.

أي أن المشرع الألماني حاول التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون أي دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي فيما يخص بعض الشروط المسماة شروط سوداء (فرع أول) وما بين سلطة رقابية للقضاء على طائفة من الشروط المسماة الشروط الرمادية (فرع ثاني) والتي أجاز القاضي استبعادها إذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون[2].

الفرع الأول: القائمة السوداء

تشمل القائمة السوداء ثمانية أصناف للشروط المحظورة وذلك طبقا (للمادة 10) من قانون مدني الألماني وتخص بالتحديد إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مبرر أو في تعديله، أخذا بعين الاعتبار مصالحه دون أن يكترث أو يبالي بعدم قبول المستهلك لذلك

---

[1]– بن حميدة نبيهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007، ص 36.

[2]– بودالي محمد، مرجع سابق، ص 20.

وبحقه في المطالبة بالتعويضات والمصاريف المبالغ فيها، في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه للعقد، وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول، إن لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[1].

الفرع الثاني: القائمة الرمادية

لقد نصت (المادة 11) من القانون السابق على عشرة (10) أصناف من الشروط التعسفية الباطلة، والتي تختص وتتعلق بحق المحترف في رفع الأسعار الخاصة بالمنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفع المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم، أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه.

واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[2].

فالقائمة الرمادية تفترض التعسف في شروطها، على أن تثبت محرريها عكس ذلك حتى لا تبطل شروط عقودهم، إذ تقتسم هذه الشروط إلى فئات تمثلت فيما يلي:

- الفئة الأولى: الشروط المتعلقة بأجل قبول الإيجاب فيشترط أن لا يكون الأجل طويل المدى أو غير محدد بوضوح.
- الفئة الثانية: الشروط التي تسمح بإبطال العقد دون سبب موضوعي أو تعديل التعهدات دون سبب أو مبرر شرعي.
- الفئة الثالثة: الشروط المقيدة لحق المستهلك في ممارسة العدول عن العقد.
- الفئة الرابعة: الشروط المتعلقة بفسخ العقد و فرض على الطرف الآخر مبالغ مفرطة لأداءات قدمت من قبل أو تكاليف تم صرفها[3].

---

[1]- بودالي محمد، مرجع سابق، ص 20.
[2]- بودالي محمد، نفس المرجع، ص: 20- 21.
[3]– قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 23.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

إذ يلاحظ أن المشرع الألماني قد تمسك بمبدأ حسن النية في التعاقد لتقدير الطبع التعسفي للشرط التعاقدي فربط المشرع مخالفة المبدأ بالتحرير المسبق لشروط العقد، غير أن مبدأ حسن النية مبدأ عام يسري على جميع العقود سواء تمت بالتراضي أو عن طريق لاذعان[1].

كما أن القانون الألماني نص على حق جمعيات حماية المستهلكين في اللجوء للقضاء لطلب حظر استخدام العامة التي يثبت إخلالها بالتوازن التعاقدي.

وهكذا يبدو أن هدف المشرع الألماني من هاذ التنظيم التشريعي والقضائي للشروط التعسفية الباطلة، هو إعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد، والذي قد يخل به المحترف عند إيراده للشروط العامة[2].

---

[1]- قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 24.

[2]- بودالي محمد، مرجع سابق، ص 23.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المطلب الثاني: نظام القوائم في القانون الفرنسي

يعتمد النظام الفرنسي في مكافحته للشروط التعسفية على القانون رقم: 78-23 المؤرخ في:1978/01/10 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية حيث حظر فيه التعسف، معتمدا على ضعف المستهلك اقتصاديا وفنيا، وعمل على الحد من هذه الشروط، اعتمادا على مساواة الفعلية لا على المساواة القانونية المكرسة في القانون المدني ومن هذا كانت (المادة 35) من القانون السالف الذكر والتي حولت مجلس الدولة الفرنسي إعداد اللوائح المتعلقة بالشروط المجحفة أو التعسفية بعد أن تأخذ رأي لجنة خاصة تسمى "لجنة الشروط التعسفية"[1].

كما عدت لجنة مراجعة قانون الاستهلاك والتي صدر قرار بإنشائها عام 1981 مشروعا لقانون الاستهلاك عام 1985 وأعيدت مراجعته و تنقيحه عام 1990 ولقد توج المشرع أيضا هذه الجهود بإصدار مدونة الاستهلاك سنة 1993 التي جمعت في ضفتيها كل القواعد الخاصة بحماية المستهلك المتفرقة في عدة قوانين[2].

لكن المشرع الفرنسي لم يكتفي بذلك حيث أضاف ملحقا بقانون الاستهلاك تضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية وذلك بموجب قانون 1995/11/01 وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية عام 1993 والتي نضمت سبع أنواع من العقود وهي قائمة شاحبة تفتقر إلى القوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم ومن جهة أخرى تحمل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا لنص (المادة 1/132) من قانون 1995 والتي تضم 17 نوعا من الشروط[3].

---

(1) - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ب/ط، 2008، ص 453.

(2)– عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 146.

(3)– أنور أحمد رسلان، الحماية التشريعية للمستهلك، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ب/ط، ص 41.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

أخيرا أصدر المشرع الفرنسي قانون 2005/01/28 المسمى قانون (La Loi Châtel)[1] وقد عدل القانون السابق قانون الاستهلاك الفرنسي منه الكتاب الثامن عشر (18) تحت عنوان أحكام مختلفة .

وإذا كانت نصوص القانون المدني الفرنسي قد تكلفت بهذه الحماية إلا أن المشرع الفرنسي اصدر العديد من القوانين التي تحمي المصلحة الاقتصادية للمستهلك في مختلف مظاهرها كالمساومة في الأسعار[2] .

وفي الأخير نعود إلى المشرع الذي تضمن القوائم السوداء والقائمة الرمادية والتي ستعرض على النحو التالي:

1- القائمة السوداء:

حيث تتكون من شروط تعسفية في حد ذاتها والتي ظهرت في هذا المشروع علة وجه خاص، إذ كان هدفها أو محلها إعفاء المحترفين من المسؤولية أو التخفيف منها في حالة عدم تنفيذ التزامه كلية أو في حالة التأخر في القيام بذلك، كذلك يعد تعسفيا في حد ذاته كل الشروط التي هدفها أو محلها التخفيض من التعويض الذي يلتزم به المحترف في حالة عدم تنفيذ أو التنفيذ المعيب أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ، عد شرطا تعسفيا وفقا لهذه القائمة الإعفاء من المسؤولية أو الضمان، ولهذا يكون مشروع القانون قد حسم الأمر وعمم قاعدة الحماية المقررة بشان عقود البيع لغيرها من العقود[3].

2- القائمة الرمادية:

ففي ما يخص القائمة الرمادية فهي تشمل مجموعة من الشروط التي يتم الاتفاق عليها لتنحية القواعد القانونية المكملة أو تلك الشروط التي لا تحترم توصيات لجنة الشروط التعسفية لكن بالرغم من كل هذا إلا أن هذه القائمة تعطي قيمة كبيرة له وعلى وجه الخصوص لتوصيات اللجنة فالشرط يعد تعسفيا بالضرورة من وجهة الرأي الاستشاري افترض فيه مشروع القانون ومن التعسف إلى أن أثبت المحترف عكس ذلك

---

[1]– وسمي بقانون Châtel نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الفرنسية الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام وتمثيل حماية المستهلك، أشار إليه، هني عبد اللطيف في مرجعه السابق، ص 109.

[2]– سقاس ساسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، دورة علمية، كلية الحقوق لجامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005، ص 48.

[3]– عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 147.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

فضلا عن القوائم الخاصة بتحديد الشروط التعسفية فإن القانون أعطى القاضي سلطة واسعة في تقدير الحماية اللازمة للمستهلك وأعطى كذلك الأخير العديد من الوسائل التي تمكنه من الدفاع عن حقوقه.

فيلاحظ أن المستهلك عندما يدعي عليه المحترف فغالبا ما نعجز عن حمايته نفسه أمام القضاء لما عدم خبرته أو لضعف الدفاع الذي يسانده ومن ثم استبعدها لمصلحة المستهلك[1].

[1]– عبد الله الصعيدي، الأهمية الاقتصادية لتشريعات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك الشريعة والقانون، المنعقدة بكلية الإمارات العربية المتحدة، أيام: 06-/07 ديسمبر 1992، ص 25

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المطلب الثالث: نظام القوائم في القانون الجزائري

لقد أورد المشرع الجزائري شروطا اعتبرها تعسفية وذلك بموجب القانون 02/04 محددا للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية غير الشرعية وذلك من خلال نص (المادة 29) "واعتبرت قيودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود و الشروط التي تمنع لهذا الأخير"[1].

ولقد أوردت (المادة 29) آنفة الذكر ثماني (08) أصناف للشروط التعسفية وهي:

1. أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها للمشتري.
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 العقود في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
5. إلزام المستهلك بتنفيذ لالتزامات دون أن يلزم نفسه بها.
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج وآجال تنفيذ الخدمة.
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة[2].

---

[1]- أشار إليه إبراهيم رابح، بدراني محمد، ملتقى حول حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2008، ص 22.

[2]– القانون رقم: 04-02، سبق التقدم إليه.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

ويتجلى تأثر المشرع الجزائري كثيرا بالتطورات التي شهدتها الحماية من الشروط التعسفية بفرنسا.

كما أن هذه الشروط التي أوردتها (المادة 29) تتقطع كثيرا مع ما أوردته (المادة 35) من قانون 10 جانفي 1978 والتي في نعظمها تتعلق بـــ:

1. خاصية تحديد قابلية تحديد الثمن.
2. الدفع للثمن.
3. جوهر الشيء.
4. التسليم للشيء.
5. نطاق المسؤوليات والضمانات.
6. شروط التنفيذ للعقد.
7. شروط الفسخ أو الإبطال أو التحديد للعقد.

وأول ما يتبادر للذهن هو التساؤل ما إذا كان التعداد الوارد على سبيل الحصر؟

وأهمية السؤال تتمثل في مدى الشمول للشروط المحددة بالنص وغير المحددة بالنص.

وكان البعض يرى بان التعداد طويل بما فيه الكفاية، وبهذا وضع المشرع نظاما قانونيا غير منسجم حيث أنه كان يقصد حصرها في نطاق محدد، كما أنه يريد علاوة على ذلك أن يثبت بوضوح أن قانون يناير 1978 قد وجد من أجل المقاومة ضد التعسفات المصاحبة لشروط معينة وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الأداء المقدم والثمن المطلوب[1].

وتعزز هذا الرأي بإلغاء (المادة 01) من مرسوم 24 مارس 1978 التي كانت تنص على تطبيق قانوني 1978/01/10 حتى على الاشتراطات العقدية المؤكدة للاذعان ولو لم تكن مدرجة في المحور الذي يوقعه المهيمن والمستهلكين.

---

[1]– حيث اقترحت لجنة تقوية قانون الاستهلاك الفرنسي تعديلا ضمن ما يرمي إليه أن ينص بموجب قانون قائمتين أحدهما تتضمن الشروط التعسفية المحظورة مطلقا، اقتبس المشرع بعضها ونقل حرفيا البعض الآخر وأدرجها مباشرة ضمن الفقرات 03- 04- 05- 06 من المادة 29، أشار إليها إبراهيم رابح وبدراني محمد، مرجع سابق، ص 23.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

لكن البعض يرى بان الشروط حددت على سبيل المثال لا الحصر رغم طولها يحكم أنها غير كافية لتغطية الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية، أما القانون 02/04 (فالمادة 29) منه استعملت لفظ تعتبر "بنود أو شروطا تعسفية... لاسيما..." بما يفيد أنها على سبيل المثال، خاصة عندما ندرك اتساع مجال الشروط التعسفية التي يمكن أن يدرجها التجار في مواجهة المستهلك، كما يستبعد على سبيل الحصر، بأن المستهلك الجزائري لن يعدم كل الوسائل، ذلك أنه يعود إلى القواعد العامة فيما يتعلق بعقد الإذعان في (المادة 110 ق.م.ج) التي تمنح القاضي سلطة مراقبة الشروط التعسفية[1].

ويرى البعض أنه بالرغم عمومية النظام فإنه تبقى بعض الشروط خارجة عن الحضر القانوني فالمشرع يسمح أحيانا بحق المهني في إدخال بعض التعديلات التي ترتبط بالتطور التقني شريطة إلا يتمخض عن ذلك ارتفاع في الأسعار أو فساد النوعية مع حفظ حق المستهلك بإمكانية بيان الصفات التي اتفق عليها ولا يؤاخذ المهني على أساس أنه استأثر بحق تعديل صفات الشيء الواجب التسليم[2].

هذا بالنسبة لإبداء قانون 02/04 لقائمة سوداء من الشروط التعسفية كذلك بالنسبة للمرسوم التنفيذ رقم: 06- 306 تحدد العناصر الأساسية العقود المبرة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي من بينها:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة .
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة إذا ما امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

---

[1]– عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، ب/ط، ص 97.

[2]– إبراهيم رابح بدراني، مرجع سابق، ص 25.

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته[1].

والملاحظ في هذه (المادة 05) أنها جاءت ببعض الشروط التي تورد في نص (المادة 29) من قانون 04-02.

[1]– المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427هـ الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ع، العدد 56، ص 12.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المبحث الثاني: الرقابة القضائية

في مقابل الرقابة القانونية هناك رقابة القضاء هذه الأخيرة التي تتمثل في رقابة القضاء الإداري من جهة ورقابة القضاء المدني حيث يتصل هذا الأخير بالدعوى بناء على الدعوى الاتي يرفعها المستهلك، أو الدعوى التي يرفعها جمعيات المستهلكين، وهو عليه إبطال الشروط التي تكون تعسفية في حق المستهلكين وذلك بعد الثبت من طابعها التعسفي، فضلا عن أبطال هذه الشروط فانه يجوز للقضاء تطبيق لجزاء الجنائي على المهني الذي أدرجها في العقد.

وعلى ذلك يتسم التطرق إلى رقابة القضاء المدني الجزائري (مطلب أول) ورقابة القضاء المدني الفرنسي (مطلب ثاني) فضلا عن الجزاء المترتب على هذه الشروط في (مطلب ثالث).

المطلب الأول: رقابة القضاء المدني الجزائري

لقد أعطى المشرع الجزائري سلطة رقابة الشروط التعسفية إلى القاضي فيما يخص حق الإذعان.

إذ أن هذا المبدأ في العلاقات العامة هو المساواة بين أطرافها والذي يعد من أوضح آثاره منح كل منهما الفرصة الكافية للمساومة الحرة والمناقشة المستفيضة لأحكام العقد وهو الأمر الذي يعكس حرية الإرادة المتعاقدة ويؤدي إلى توازن العقد وعدالته، فالعقد الذي أبرم في ظل وجود هذه الإرادات جدير بان يكون ملزما لطرفيه، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقررها القانون، وذلك إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"[1].

---

[1]– المادة 106 ق.م.ج. سبق التقدم إليه.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

ويقول في ذلك الدكتور الصنبوري "أن الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة أولا"[1].

وهذا المبدأ طبيعي في أي مرحلة من شانه عدم تحقق نتائجه المعقودة عليه فإن كان هناك عقد لا يتساوى أمامه المراكز القانونية بين أطرافه فإنه جدير أن تختفي معه مقومات هذه المساومة الحرة والمستفيضة أحكامها"[2].

فالقضاء الجزائري لم يمر بما مر به القضاء الفرنسي إذ أقرت (المادة 110 ق.م.ج) والتي لا يناظرها نص في القانون الفرنسي من خلال سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية بمناسبة نظرة لعقد الإذعان.

ضف إليه أن التشريعات الأخرى الخاصة والمتمثلة في قانون 02/04 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والمرسوم التنفيذي 306/06 المرتبط بالعناصر الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين تأكيدا لهذه السلطة لدى تعرضهما لتفريق الشروط التعسفية ومضمونها"[3].

فأهمية الاعتراف للقاضي بسلطة إقرار إبطال الشروط التعسفية لما يمثله من مساهمة في تحقيق التوازن العقدي لعقد الاستهلاك والذي من شأنه المساس بالاستقرار القانوني.

فبذلك المشرع الجزائري أو بالأحرى القضاء الجزائري كان له دور كبير في تحقيق الرقابة والحماية للشروط التعسفية.

فأهم ما يركز عليه قانون حماية المستهلك إقامة التوازن العقدي أو استرجاعه بواسطة القضاء وذلك لتصحيح عدم التوازن الناجم بين الشركاء المتعاقدين ذوي التصنيف المهني لواحد منهم"[4].

---

[1]– عبد الرزاق الصنبوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام-، مجلد1، دار النهضة، ب/ط، ص 122.

[2]– عبد الرزاق الصنبوري، نفس المرجع، ص 122.

[3]– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 124.

[4]– رزقي عبد الرزاق وآخرون، الحماية القانونية للمستهلك في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، جامعة معسكر، دفعة 2004، ص 73.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

ومما لاشك فيه أن حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية تشمل الشروط التي إليها وقت التعاقد والتي لم ينتبه إليها ولم يعلم بها إذ أن ذلك لم يغير من موقفه شيئا، فهو في جميع الأحوال سيذعن لشروط العقد بدون مناقشة أو تعديل[1].

فالنص بحق حماية حقيقية للمذعن إذا لا يمكن نزعها باتفاق الطرفين أو الحد منها عن طريق محكمة النقض، إذ لا رقابة لها في هذا الشأن على قاضي الموضوع.

على أنه يجب أن يلاحظ أنه ليس معنى تعلق هذه الشروط والقاعدة بالنظام العام أن يحكم القاضي من تلقاء نفسه بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ولكن أن يطلب المذعن هذه الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع[2].

وهذا لا شك فيه يشكل حماية هامة للطرف الضعيف في عقود الإذعان إذ يستطيع القاضي أن يخفف من وطأة هذه العقود على المذعن فيجوز تحت ستار التفسير أن يضيق بعض الشروط لصالحه وفقا (للمادة 111 ق.م.ج).

فقد وضعت هذه المادة القاعدة العامة في تفسير العقود على أنها إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستدلال في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين[3].

لذلك تقضي المحاكم بأنه يجب تفسير العقد ليس على أساس القصد المشترك للمتعاقدين بل على حسب الغرض الذي سعى إليه المتعاقدين وبذلك يتم التوصل بتفسير العقد لصالح الطرف المذعن.

فسلطة القاضي قاصرة على تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، فإن كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تحديد موعد التسليم بتدخل القاضي لتحديده، أما إذا كان الشرط يتمثل في إعفاء من المسؤولية جاز للقاضي إلغاءه[4].

---

[1]– محمد إبراهيم بدراني، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، في 1998/08/07، ص 20.

[2]– محمد إبراهيم بنراني، نفس المرجع، ص 20.

[3]– لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 144.

[4]– حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص 18.

وبذلك لا يجوز للقاضي أن يلغي العقد إنما يعدل فيه أو يلغي الشرط لتحقيق التوازن الاقتصادي وتحقق العدالة لطرفي العقد.

المطلب الثاني: رقابة القضاء المدني الفرنسي

إن القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 لم يغرر دور القضاء المني الفرنسي في مواجهة الشروط التعسفية بالرغم من كون مشروعه التمهيدي اقر له بذلك إلا أن هذا القرار واجهه رفض رئيس لجنة التشريعات[1].

كل هذا يدفع القضاء الفرنسي إلى استعمال سلطته في التفسير لاستبعاد ما أمكنه من الشروط العقدية التي تحمل الطابع التعسفي.

فبالرغم من ذلك فإن هذا الموقف قابلته محكمة النقض الفرنسية في بعض الأحيان بالانسحاب إلا أنها رفضت في أغلبها بحجة تحريف العقد.

ويبقى الحال كذلك بين جدل إلى أن تم الاعتراف صراحة للقضاء الفرنسي بسلطة إبطال الشروط التعسفية، وقد مر ذلك بمراحل:

1- مرحلة التراوح حول إقرار رقابة القاضي على الشروط التعسفية:

لقد تم رفض فكرة الرقابة القضائية المدنية استنادا إلى قانون 1978 فقد خول الحكومة وحدها سلطة تقدير الشروط التعسفية إضافة إلى أن الاحتجاج بدور القاضي في تحقق العدالة، كما تم رفض سلطة القضاء بهذا الخصوص، استنادا إلى المناقشات البرلمانية التي ثارت بشأن القانون المبدئي السابق والتي تمخض عنها استبعاد دور القاضي في هذا المجال إلا أنه في المقابل بعض الفقه[2] ذهب إلى الاعتراف بسلطة القاضي بالنظر في مدة التعسف، وإن لم يقر المشرع الفرنسي ذلك[3].

بمعنى أنه في البداية أكد القانون عن عدم أحقية القاضي في الرقابة على شروط التعسفية في حين أكد الفقه على أحقيته في ذلك.

---

(1)– سي الطيب محمد الأمين، مرجع سابق، ص: 119- 120.

(2) – Berlioz G., Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P, 1979, 12954.,
أشار إليها هني عبد اللطيف في مرجعه السابق، ص 121.

(3)– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 121.

غير أنه لا يمكن للقاضي التدخل بشان الشروط الجزائية، إضافة إلى أن القانون الصادر سنة 1978 وإن لم يعط للقاضي سلطة الرقابة يغير مرسوم إلا أنه لم يمنعه كذلك من النظر في هذه الشروط طبقا للنصوص العامة ومن بين المواد الناصة على ذلك (المادة 1134 ق.م.ف) والتي تقضي بضرورة تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية[1].

فالتباين الملاحظ هنا ما هو ألا انعكاس لاختلاف الأحكام القضائية التي تؤكد بعضها على تطبيق قانون 1978 وأخرى تذهب إلى فتح فرصة للقاضي بالنظر في الطابع التعسفي للشروط العقدية رغم عدم صدور مرسوم لذلك.

وقد ابرز هذا الاختلاف بفتح المجال للقاضي بالنظر للشروط التعسفية قرار محكمة النقض الفرنسية في: 16 جويلية 1987 الذي حمل بريقة أمل[2] في مواجهة الشروط التعسفية كما علق عليه الأستاذ .Calais Auloy J

2- مرحلة إقرار سلطة القضاء المدني في الرقابة على الشروط العقدية:

قلنا سابقا إن تردد قد حسمه قرار محكمة النقض في حق القاضي على رقابة الشروط التعسفية.

وقد اعترف بذلك سنة 1991 بموجب (المادة 09) والتي أضيفت إلى قانون 1978 والتي تنص على "بمناسبة نزاع معروض أمام القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب، الشرط الخاص بالخاصية المحددة أو القابلة لتحديد الثمن، وكذلك دفعه لحقيقة الشيء أو تسليمه، بعبء المخاطر بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ بالفسخ، إلغاء أو تجديد الاتفاق حينما يبدو أن هذه الشروط مفروضة غير المحترف أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادية للطرف الآخر في العقد ويمنح هذا الأخير ميزة فاحشة[3].

---

[1]- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 121.

[2] - Cass. Civ, 1er juillet 1987, D 1988, P: 19, calais Auloy J.,
أشار غليها هني عبد اللطيف في المرجع السابق، ص 121.

[3]– المادة 09 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1978، أشار إليها هني عبد اللطيف، مرجع أعلاه، ص 122.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

نفس الشيء أكدت عليه (المادة 132-1 من ق.ا.ف) لسنة 1995 إضافة إلى حق القاضي في طلب رأي اللجنة الشروط التعسفية التي اسند لها مرسوم 10 مارس 1993 مهمة استشارية لدى القضاء[1].

علما أن دور القاضي هنا مقيد برقابة محكمة النقض وذلك بقية تحقيق الاستقرار في المعاملات من خلال المعايير التي أبرزها.

وفي الجملة فان النظام القانوني الفرنسي وبعد صدور القانون 95-97 أصبح يوسع من سلطة القاضي في تقرير الشروط التعسفية إما لأنها واردة في تنظيم المرسوم وبعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية أو بالرجوع إلى القائمة الواردة في قانون الاستهلاك وهو ما قد يعني التوسع في قائمة الشروط التعسفية الملغاة[2].

بالتالي وإن كان هذا يبدو كافيا لحماية المستهلك وتحقيق التوازن العلاقات التعاقدية فالمدعي لا يعفى من إثبات الطابع التعسفي للشرط هذا ما قد يمثل عقبة أمام المستهلك المتضرر.

---

[1]- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 122.

[2]– قادة شهيدة، مرجع سابق، ص: 77- 78.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

المطلب الثالث: الجزاء المترتب عن إدراج الشروط التعسفية

إن تعداد الشروط التعسفية وتحديد عناصرها لتحقيق التوازن في عقد الاستهلاك غير كافي وإنما لابد أن تقترن هذه الآليات بوسائل ردعية متمثلة في الجزاءات التي يوقعها القاضي إذا ما كانت هذه الشروط تمس بمصالح المستهلك.

لذلك أقر كل من القانون الجزائري (فرع أول) وكذا القانون الفرنسي (فرع ثاني) مجموعة من الجزاءات لحماية المستهلكين في نطاق العقود.

الفرع الأول: الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في القانون الجزائري

تلعب الهيئات القضائية في مجال العقوبة دورا مهما عن طريق المجالس القضائية الجزائرية المختصة في الطعون ضد مقررات مجلس المنافسة والمحاكم المدنية.

فقد تتنوع العقوبات من عقوبات مالية عن طريق مصادرة المنشاة كعقوبة تكميلية وقد تكون العقوبة سالبة للحرية كالسجن مثلا، ضف إليه بعض التدابير الاحترازية كحضر مزاولة النشاط مثلا والحرمان من الحقوق والمزايا ونشر الحكم بالإدانة وهو ما يعرف بالعقوبات المهنية.

فالجزاء المترتب على المحترف وغير المهني قد يكون جزاءا مدنيا أو جزاءا عقابيا[1].

إذ نصت (المادة 110 ق.م.ج) "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شرطا تعسفيا جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدني منها وذلك وفق لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[2].

يرى البعض أنه بالرغم من الصياغة العامة للنص السالف الذكر وارتباطه بكل حالات الإذعان لكنه من المفيد أن الحكم الوارد في (المادة 110 ق.م.ج) أداة قوية في يد القاضي لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية المدرجة في العقود.

إذ أن للقاضي سلطة غير معقب عليها من طرف محكمة النقض لتقدير ما يعد شرطا تعسفيا وفق لما تقتضيه العدالة التي تأبى استخدام التعسف للنفوذ الاقتصادي

---

[1]– أحمد محمد محدود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار النشر الجامعية الجديدة، ب/ط، 2005، ص: 402-

[2]– المادة 110 من ق.م.ج، سبق التقدم إليه.

والاجتماعي لأحد أطراف العقد لاذعان الطرف الضعيف ودفعه إلى قبول بنود ضارة به أو تنقص من ضمانه وتتراوح سلطة القاضي هنا أما التعديل وإما إعفاء الطرف المذعن منها و الحكم الصادر منه يعد حكما من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته.

إذا فالمشرع الجزائري نص على الجزاء في القواعد قانون حماية المستهلك بالجزاء الجنائي على مخالفة أحكامه وقد آجال في الكثير من نصوصه إلى تطبيق قانون العقوبات وفضلا عن ذلك يعاقب على جرائم الإهانة والسب والعنف على من يقومون بمهمة الرقابة بالتفتيش ومخالفة المعاينات والأشخاص المساعدين لهم بنفس العقوبات الواردة في قانون العقوبات الجزائري[1] "بالإضافة إلى ما تحتويه النصوص التنظيمية والتطبيقية من أحكام جزائية"[2].

ومن خلال قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية غير الشرعية سار في هذا الاتجاه صراحة ورتب جزاءا عقابيا.

إذ نص في (المادة 38) " تعتبر الممارسات التجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام (المواد: 26-27- 28- 29) من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 500 ألف دينار إلى 05 ملايين دينار جزائري".

وبذلك فالمشرع الجزائري هنا أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء عندما كان يعاقب في مرسومه 78- 469 المؤرخ في: 24 مارس 1978 بالغرامة على من يخالف أو يخترق الالتزام يذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي.

من جهة أخرى أعطى القانون 04-02 السلطة التنظيمية أو اللائحية إمكانية التدخل عن طريق محورين:

1- عن طريق إصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود.

---

[1]– بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ب/ط، ص 19.

[2]– محمد شريف كتو، مرجع سابق، ص 54.

2- عن طريق التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية[1].

ويرى البعض أنها الدور يشبه لدور ممنوح للسلطة الإدارية بموجب قانون 04-02 ذات الدور المماثل الممنوح للحكومة في فرنسا بإصدار مراسيم لتحديد أنواع من الشروط التعسفية واعتبارها شروطا تعسفية[2].

من جهة ثانية فان (المادة 65 من قانون 04-02) منحت جمعيات حماية المستهلك وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي فضلا عن النيابة العامة والجمعيات المهنية الحق في رفع دعاوي أمام القضاء ضد المحترف الذي يضمن عقوده شروطا تعسفية وبوجه عام ضد كل محترف يخالف أحكام القانون السابق[3].

بمعنى يجوز أن يتأسس هذه الأطراف كطرف مدني للمطالبة في التعويض عما يلقها من إضرار ووفقا لسياق نصوص القانون فإن القضاء المقصود هنا هو القضاء الجنائي الذي ينفرد بتطبيق الغرامة أما القضاء المدني فلا دور له هنا.

فالقول بأن الأحكام العامة الواردة في القانون المدني الجزائري فإنها لم تمنح للقاضي الآليات القانونية الفعالة للرقابة على الشروط للتعسفية في عقود الاستهلاك بيد أن صدور الأمر 04-02 في (مواده 29-30) من شأنه أن يفتح آفاقا مهنية في هذا الشأن طالما أنه أتاح للقاضي فرصة التعرف على الوضعيات التعسفية بل انه قوى من سلطته الرقابية لحماية الطرف المذعن "المستهلك"[4].

صدور هذا الأمر اللاحق على نحو ما نصت عليه (المادة 30) من الأمر 04-02 كفيل بتعزيز هذه الرقابة.

---

[1]– إبراهيم رابح بدران وآخرون، مرجع سابق، ص 63.
[2]- إبراهيم رابح بدران وآخرون، نفس مرجع ، ص 64.
[3]– قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 79.
[4]- قادة شهيدة، نفس مرجع ، ص 80.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

تنص (المادة 110 ق.م.ج) السابقة الذكر أعطي القاضي سلطة لتعديل عقد الإذعان إذا تبين أنه يشمل شروطا تعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن منه كما تقضي به العدالة لحماية الطرف المذعن من هذه الشروط التي قد يفرضها المحتكر القانوني أو الفعلي على السلعة أو الخدمة[1].

إضافة إلى ما تضمنه قانون 04-02 فهذا يعتبر جزاء من جزاءات حماية المستهلك وتحقيق التوازن العقدي.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

لقد نصت (المادة 35) من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين والخدمات من الشروط التعسفية "... الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة".

وبعد وضع تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 أعاد المشرع النص في (المادة 132-6/1) منه على اعتبار الشروط التعسفية كان لم تكن مكتوبة[2]..

فقد تكون عقوبة إدراج الشرط التعسفي عقوبة إغلاق المنشاة أو وضعها تحت الحراسة أو الحرمان من الحقوق والمزايا.

وهنا نص القانون الفرنسي على عقوبة غلق المنشاة في قانونه لسنة 1945 الملغى ويشمل هذا الغلق كل ما له علاقة بموضوع المخالفة من مجال أو مكاتب أو منشات بسببهم الجاني في إدارتها كما نص على وضع المنشاة تحت الحراسة بناء على طالب صاحب الشأن[3].

---

[1]– حمة سوسن، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، (2008- 2009)، ص 43.

[2]– أشار إليها هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 153.

[3]– أحمد محمد محمود علي خلف، مرجع سابق، ص 475.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

فالقضاء الفرنسي لا يملك إلا سلطة الحكم ببطلان الشروط التعسفية والمخالفة للنص القانوني عند ما يرفع إليه النزاع ولا لكنه يمكنه بطلان هذه الشروط التي تظهر له أنها تعسفية في حالة غياب النص[1].

على خلاف نظيره الجزائري كما سبق بيانه فهناك من يرى أنه يوجد جزاء عقابي ضد الشروط التعسفية وذلك بأن أحكام (المادة 04) من مرسوم 1978/3/24 لا تتعلق فقط بالكلام عن استبعاد شرط تعسفي لكنها تفرض إعلاما واضحا للمستهلك.

وتعاقب هذه المادة في فقرتها 02 على 3000 إلى 6000 فرنك فرنسي كل مهني يورد عند إبرام العقد مع الغير المهني أو المستهلك شرطا مخالفا لأحكام الفقرة السابقة.

فرغم أن لجنة إعادة صياغة قانون للاستهلاك لا تقترح توقيع جزاءات عقابية بل أن كل ما تقترحه هو تكليف أعوان إدارة الاستهلاك وقمع الغش قانونا يبحث ويعاين أية مخالفة للقواعد المتعلقة بالعقود المحررة مسبقا وأن يزودوا بسلطة مصادرة الوثائق المجدية لتكملة مهامهم.

فقد اعتبر الشرط تعسفي وكأنه غير مكتوبة أو بطلان الشرط التعسفي استنادا إلى نص (المادة 132-6/1) فإن الشرط التعسفي تعتبر غير مكتوب مع بقاء العقد قائما وصحيحا، إذا أمكن أن يبقى دون الشروط السابقة.

ولكن هل بطلان الشروط لتعسفية هو بطلان مطلق أو نسبي؟

فقد ذهب رأي إلى أن البطلان المقرر في نص (المادة 132) من قانون الاستهلاك هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك ومتعلق بالنظام العام[2].

وقد ذهب رأي ثاني إلى أن البطلان المقصود هنا هو بطلان المطلق وهو يمثل جزاءا فعالا للمستهلك، وأنه من غير المناسب ترك رفع الدعوى الإبطال للمستهلك وحده لأنه لو ترك له ذلك لتقاعس عن رفعها لأسباب عدة كطول الإجراءات وما تستغرقه من وقت، وكثرة المصاريف بالمقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها، فضلا على

---

[1]– سيد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، جامعة الإسكندرية، ب/ط، ص 40.

[2]– أشار إليه هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 114.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

أن البطلان المطلق يتيح الفرصة لجمعيات حماية المستهلكين لرفع دعاوى إلغاء الشروط التعسفية[1].

فالرأي الأول الصائب على أساس أن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم ومصلحة المستهلك.

لأنه إذا كان من شان بطلان الشروط التعسفية بطلانا مطلقا، يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد فإعمال البطلان النسبي من شأنه أن يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي الاستفادة من السلعة أو الخدمة.

فالبطلان يقتصر فقط على الشرط لتعسفي وحدة و بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره يساهم في إرساء حماية المستهلك من حيث انه يعطي له فرصة الاستفادة من السلعة.

وخلاصة القول انه وعلى نقيض قانون 10 جانفي 1978 الذي كان يذهب إلى تأهيل السلطة التنظيمية لمكافحة الشروط التعسفية في الحدود التي رسمها لها القانون فان قانون 01 فيفري 1995 أجاز للقضاء تسليط الجزاء بشكل مباشر أو غير مباشر على الشرط التعسفي بمبادرة من الطرف المضرور.

وإن كانت الفقرة 01 من (المادة 132-1 من ق.ا.ف) اكتفت بوضع تعريف للشرط التعسفي فان الفقرة 06 من ذات المادة اهتمت ببيان الجزاء المطبق على الشروط التعسفية وقد احتفظ قانون 1995 بنظام الحضر عن طريق المراسيم الموروثة عن قانون 1978 والذي ينهي لوضع قائمة سوداء للشروط التي تفرض نفسها على القاضي[2].

---

[1]– محمد أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 41.

[2]– محمد البودالي، مرجع سابق، ص: 44- 45.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

خاتمة:

لقد أحيط المستهلك بالحماية من خلال تشريعات الاستهلاك التي جاء بها من خلال قانون 02/89 الذي عدله قانون 03/09 ومتضمن كذلك قانون 04-02 الخاص بالممارسات التجارية غير الشرعية الذي ضمن ما يهدف إلى حمايته، والذي أكد على عدم شرعية كثير من الممارسات التي يلجا إليها التجار راصدا بذلك مختلف الجزاءات.

إذ تضمن هذا البحث عدة ملاحظات و نتائج تجلت من خلال دراسة هذا الموضوع:

- وهي مجال تطبيق مجال الحماية من حيث الأشخاص في ما يخص التشريع الفرنسي، حصر هذه الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط دون تلك المبرمة بين المهنيين فيما بينهم الدين لا يمكنهم الاستفادة من نصوص قانون الاستهلاك.
- وذلك على العكس تماما لما هو سائد في التشريع الألماني الذي يمتد إلى أي طرف تضرر من الشرط.
- أما مجال تطبيق الحماية من حيث الأشخاص في القانون الجزائري، قد جاء متأثرا بالقانون الألماني حيث تبنى نظام الحماية الموسعة من حيث الأشخاص، بالإضافة إلى حصره للحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة.
- إلا أن هناك عوائق كثيرة تحول دون تجسيد هذه الحماية على ارض الواقع نذكر منها نقص وضعف الوسائل البشرية والمادية والتقنية التي تساعد على حماية المستهلك، ومن جهة أخرى هناك مخالفات كثيرة تتعلق بحماية المستهلك المتضرر الوحيد أمام أعين الإدارة والجهات المعنية لكنها لا تحرك ساكنا، وهذا ما يؤدي إلى القول أن كل هذه الترسانة الهائلة من القوانين والمراسيم المتعلقة بحماية المستهلك تحتاج إلى قرار سيد في مجاله القانوني المحدد.
- إضافة إلى ذلك تفعيل دور جمعيات حماية المستهلكين وحمايتها من ضغوطات أصحاب النفوذ الاقتصادي ومكافحة الرشوة والغش وإخطار المستهلكين عند الضرورة.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

- وبذلك فان حماية المستهلك هي قضية الجميع تحتاج إلى نصوص قانونية صارمة وإلى هيئات إدارية وقضائية وجمعيات فعالة، وهي ثقافة وحضارة تقوم على قيم سامية.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

قائمة القوانين والمراسيم

1. قانون رقم: 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41.
2. القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-10 بتاريخ: 26 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44.
3. المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427هـ الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56.
4. قانون رقم: 89-02 المؤرخ في: 07-02-1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

قائمة المراجع

أ- الكتب:

1. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون، دار النهضة العربية، ب/ط، 1994.
2. أحمد محمد محدود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار النشر الجامعية الجديدة، ب/ط، 2005.
3. بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ب/ط.
4. زوبير قدويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير المشروعة أثناء التعاقد، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، دفعة 2006.
5. سيد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، جامعة الإسكندرية، ب/ط.
6. عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، ب/ط.
7. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار النشر العلية الدولية، الإسكندرية، ط1، 2002.
8. عبد الرزاق الصنبوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام-، مجلد1، دار النهضة، ب/ط.
9. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ب/ط، 2008
10. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف للنشر، ط2، 2008.

11. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، الدار الجامعية الأزارطة، الإسكندرية، ب/ط، 2007.

12. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الجزائرية للكتاب، جامعة وهران، ب/ط، 1990.

13. محمد أبو زهرة، الملكية في نظرية العقد والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996.

14. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود و القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، ب/ط، الجزائر، 2007.

15. أنور أحمد رسلان، الحماية التشريعية للمستهلك، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ب/ط.

ب- المذكرات:

1. بن حميدة نبيهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007.

2. حمة سوسن، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، (2008- 2009).

3. رزقي عبد الرزاق وآخرون، الحماية القانونية للمستهلك في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، جامعة معسكر، دفعة 2004.

4. سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقاي، تلمسان، دفعة 2007.

ج- الملتقيات:

1. إبراهيم رابح، بدراني محمد، ملتقى حول حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2008.
2. حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.
3. عبد الله الصعيدي، الأهمية الاقتصادية لتشريعات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك الشريعة والقانون، المنعقدة بكلية الإمارات العربية المتحدة، أيام: 06-/07 ديسمبر 1992.
4. محمد إبراهيم بندراني، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، في 1998/08/07.

د- المجلات:

1. محمد الشريف كتو، مجلة الحقوق الخاصة بالقانون الخاص، جامعة تلمسان، 2002، العدد 23.
2. سقاس ساسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، دورة علمية، كلية الحقوق لجامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

قائمة المختصرات

1. ب/ط: بدون طبعة.
2. ج.ر.ع: الجريدة الرسمية العدد.
3. ق.إ.ف: قانون الاستهلاك الفرنسي.
4. ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
5. ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

فهـــــــرس

مقدمة.....أ- ب

الفصل الأول: ماهية الشرط التعسفي

المبحث الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....01

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي 01

الفرع الأول: التعريف التشريعي: 01

الفرع الثاني: التعريف الفقهي 04

المطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي.....07

الفرع الأول: أن يكون الشرط مكتوبا 07

الفرع الثاني: أن يكون الشرط مختلا في العقد 08

المبحث الثاني: معايير الشرط التعسفي 09

المطلب الأول: معيار تعسف النفوذ الاقتصادي.....09

الفرع الأول: طبيعة التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي.....09

الفرع الثاني: الهدف من استعمال النفوذ الاقتصادي 10

المطلب الثاني: معيار الميزة الفاحشة.....11

الفرع الأول: طبيعة الميزة الفاحشة 12

الفرع الثاني: كيفية تقدير الميزة الفاحشة.....13

المطلب الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي 14

مكافحة الشروط التعسفية في العقود

الفصل الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية

المبحث الأول: المكافحة القانونية.....17

المطلب الأول: قوائم تحديد الشروط التعسفية بموجب القانون الألماني.....17

الرفع الأول: القائمة السوداء.....18

الفرع الثاني: القائمة الرمادية.....19

المطلب الثاني: نظام القوائم في القانون الفرنسي 21

المطلب الثالث: نظام القوائم في القانون الجزائري.....24

المبحث الثاني: الرقابة القضائية.....28

المطلب الأول: رقابة القضاء المدني الجزائري.....28

المطلب الثاني: رقابة القضاء المدني الفرنسي 31

المطلب الثالث: الجزاء المترتب عن إدراج الشروط التعسفية.....34

الفرع الأول: الجزاء المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في القانون الجزائري 34

الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في القانون الفرنسي ..37

خاتمة.....41

قائمة المصادر والمراجع.....43

قائمة القوانين والمراسيم.....48

قائمة المختصرات.....49