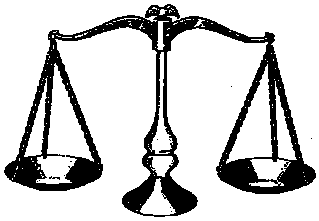
**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان**

**كلية الحقوق**



# الموضوع:

# الشّروط التعسّفية في عقود الاستهلاك

## – دراسة مقارنة –

**مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص**

**من إعداد الطالب:**

سي الطيب محمد أمين

**تحت إشراف الأستاذ الدكتور:**

كحلولة محمد

**أعضاء لجنة المناقشة**

| | | | |
|---|---|---|---|
| – أ. بن عمار محمد | أستاذ التعليم العالي | جامعة تلمسان | رئيسا |
| – أ. كحلولة محمد | أستاذ التعليم العالي | جامعة تلمسان | مقررا |
| – أ. بن حمو عبد الله | أستاذ التعليم العالي | جامعة تلمسان | مناقشا |
| – أ. تشوار الجيلالي | أستاذ التعليم العالي | جامعة تلمسان | مناقشا |

**السنة الجامعية**

**2008-2007**

# Π

[ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ
بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ
مِّنكُمْ وَ لاَ تَقْتُلُواْ
أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا]

ω

سورة النساء الآية (29)

# شكر، وتقدير

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

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

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

والشكر والتقدير ، أخيرا ، لكل من قدّم لي يد العون ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، من أجل إتمام هذا البحث.

# إهداء

إلى والديّ الكرام برا بهما واعترافا بفضلهما.
إلى كل من يؤمن بالعدالة الاجتماعية والمساواة.

# قائمة المختصرات

## أولا: قائمة المختصرات باللغة العربية:

| | |
|---|---|
| ج. | = الجزء |
| د.م.ج. | = ديوان المطبوعات الجامعية |
| ص. | = صفحة |
| ط. | = طبعة |
| م. | = المادة |

## ثانيا: قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

| | |
|---|---|
| Art. | = Article |
| Ass. Nat. | = Assemblée Nationale |
| Bull.civ. | = Bulletin civil |
| B.U.F. | = Bibliothèque Universitaire Française |
| Cass.civ. | = Cassation civile |
| Cass.com. | = Cassation commerciale |
| C.C.F. | = Code civil Français |
| Civ. | = Civil |
| Com. | = Commercial |
| Chr. | = Chronique |
| Ch. | = Chambre |
| C.E. | = Conseil d'Etat |
| D. | = Dalloz |
| Deb. | = Débat |
| D.H. | = Dalloz hebdomadaire |
| Doc. | = Doctrine |
| Defrénois. | = Répertoire du notariat defrénois. |
| éd. | = édition |
| Gaz. Pal. | = Gazette du Palais |
| I.R. | = Information Rapides |
| J.C.P. | = Juris classeur périodique |
| J.O. | = Journal officiel |
| JP. | = Jurisprudence |
| L.G.D.J. | = Librairie Général de Droit et de Jurisprudence |

| | |
|---|---|
| L. | = Loi |
| n°. | = Numéro |
| Obs. | = Observations |
| P. | = Page |
| rec. | = recueil |
| Req. | = requête |
| R.T.D.civ. | = Revue trimestrielle de droit civil |
| R.T.D.com. | = Revue trimestrielle de droit commercial |
| R.I.D.C. | = Revue International de droit comparé |
| s. | = suivant(e) (s) |
| S. | = Sirey |
| Som. | = Sommaire |
| Somm.comm. | = Sommaire commentées |
| T.G.I. | = Tribunal de Grande Instance |

# المقدّمة

## المقدّمة :

يعتبر موضوع حماية المستهلك من الموضوعات الهامة خاصة في الفترة الراهنة، إذ هذا الأخير بحاجة إلى الحماية بوصفه طرفًا ضعيفًا اقتصاديًا وخبراتياً، وذلك أياً كان النظام الاقتصادي الذي يعيش في ظلّه، فسواءً أكان اقتصادا موجهاً قائماً على التدخل والسيطرة الاقتصادية للدولة أو كان اقتصاد السوق، ولكن هو بحاجة للحماية بصفة خاصة في هذا النظام الأخير الذي يعتمد أساساً على القطاع الخاص.

هذا القطاع يقوم على طوائف من المحترفين والموزعين والبائعين الذين هم أقوى اقتصادياً وتقنياً من المستهلك أو غير المحترف، والذين لهم نوع من التفوق التفاوضي تجاه المستهلكين، بل أنّ الأمر يتعدى ذلك إلى درجة يمكن القول معها أنّ عنصر المفاوضة على شروط العقد منعدم تماماً.

والقاعدة النظرية المعروفة في القانون المدني هي أنّ الأصل في إبرام العقود أنها تتم بعد مناقشة ومفاوضات بين الأطراف المتعاقدة حول المضمون العقدي وبالأخص حول شروط العقد، وإذا ما حصل تطابق الإرادتين انعقد العقد.

فمبدأ سلطان الإرادة هو الأصل في إبرام العقود، هذا المبدأ يؤدي بنا إلى القول أن كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرّة أولاً، ولا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار ثانياً، وبالتالي فإن الإرادة الحرّة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام[1].

النتيجة المترتبة على ذلك هي "أنه لا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أنّ هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا الغبن... أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام، فهذه أشياء لا ينبغي أن تغرق في التحديد من سلطات الإرادة..."[2]، لكن هذا المبدأ قد تأثر بعد ذلك نتيجة العوامل الاقتصادية.

وإذا ما انعقد العقد فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ بإتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون، فالعقد شريعة المتعاقدين حسبما يستفاد من التقنين المدني المصري (م147)، والتقنين

1- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية 1981، بند 43، ص. 180.

2- السنهوري: الوسيط، العقد، المرجع السابق، بند 44 ص. 182.

المدني الجزائري (المادة 106)، وعلى هذا نص المشرّع الفرنسي أيضاً إذ الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني تأخذ قوة القانون بالنسبة لمن أبرموها وأنه لا يمكن العدول عنها إلا برضاء الأطراف المتبادل (م 2/1134 مدني).

لكن التطورات الأخيرة خاصة الاقتصادية منها أدت إلى عدّة تغيرات، فالثورة الصناعية قد قامت بقلب الموازين، فقد أدى تطور عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات إلى جعل القرن التاسع عشر مجالاً خصباً لنمو عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، والتي في الغالب تطرح إلى السوق في شكل عقود نموذجية معدّة مسبقاً بشكل منفرد من قبل المهنيين.

أصبحت هذه العقود تحمل شروطاً موحّدة ونموذجية، محرّرة مسبقاً ومعدّة بواسطة فريق متخصص يعدّ نص مخصّص لمواجهة جميع الإحتمالات، حيث تستعمل هذه الشّروط بعد ذلك في العلاقات العقدية المتعلقة بنفس المنتجات والسّلع أياً كان المتعاقد الآخر، تلك الشّروط قد ترد بطريق الإحالة لوثائق تتكون من عدّة نسخ، مما يصعّب الإطلاع عليها، وإما تكون معلّقة في أماكن إبرام العقد.

هذه العقود سابقة التحرير والتي لا غنى عنها في نظام الإنتاج والتوزيع بالجملة تقدم مزايا واضحة للمشروعات، إذ أنها تضمن في الوقت نفسه السرعة وسلامة المعاملات ولكنها تمثل خطورة بالنسبة للمستهلكين، فهؤلاء المستهلكين يذعنون تماماً للعقد بدون معرفة بكلّ الشروط، حيث أنهم يثقون في المهنيين، وبالتالي فإنّ هذه الثقة معرّضة لأن يخيب الضن بها، لأنّ العقود تكون مصاغة بوضوح لصالح المهنيين الذين يعرضونها، فالعقود سابقة التحرير هي في الغالب الأعم عقود غير متوازنة[1].

والأصل في إبرام العقود أنها تبرم بعد مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة في جوّ من الحرية الكاملة في المناقشة ومعرفة كل طرف لحقوقه والتزاماته وذلك على قدم المساواة بينهما وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية. إلاّ أنه في العقود التي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين وبالنظر إلى الإنتاج والتوزيع بالجملة للسلع والمنتجات وتعدّد وتشابك وتعقّد سلسلة التوزيع، ونظراً للسرعة التي تتم بها هذه العمليات ونظراً لما يتمتع به المهنيين من قوة ونفوذ اقتصاديين، كما سبق القول آنفاً، بمواجهة المستهلكين أو غير المهنيين، فإننا نجد أنّ هؤلاء المهنيين سواءً أكانوا صناعاً أم موزعين أم

1- J.Calais-Auloy : Droit de la consommation, Précis Dalloz, 3éme, 1992, n.129,p.122.

بائعين بالجملة أم بالتجزئة دأبوا على أن يدرجوا في عقودهم شروطاً وضعوها مسبقاً وبدون حرّية مناقشة لها ومن جانب واحد. هذه الشّروط تعتبر مجحفة بالطرف الآخر الذي لم تتوافر له حرّية مناقشتها، وبالتالي اختلّ مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين، مما يخلّ بالتوازن العقدي الذي يحكم العقود ولذا فهي تعتبر شروطاً تعسّفية باعتبارها توفر مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين أو غير المهنيين.

في ظل هذه الظروف حاولت بعض التشريعات احتواء أزمة اختلال التوازن العقدي الذي تحدثه الشّروط التعسّفية المفروضة على المستهلكين من طرف المهنيين.

المحاولات الأولى تضمنتها القواعد العامة في قانون العقود، فالطرف الضعيف في ظل هذه القواعد كان يتمتع ببعض الحماية وإن كانت ناقصة وغير فعالة إلى حد ما، فهي قد احتوت على مجموعة من المبادئ التي يمكن بموجبها إلغاء بعض الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك. لكن هذه القواعد التقليدية طرحت إشكالا تعلق بمدى كفايتها لحماية المستهلك من جميع أنواع تلك الشروط الظالمة؟

أمام هذا القصور والنقص الذي يشوب القواعد العامة في صدد الحماية من الشّروط التعسّفية ظهرت محاولات تشريعية في بعض الدول الأوروبية خاصة والجزائر، تسعى هذه المحاولات إلى تحديث الحماية لتتلاءم مع المستجدات الاقتصادية، وذلك عن طريق سد كثير من الثغرات التي شابت القواعد العامة في هذا المجال، فظهر لأول مرة مفهوما دقيقا للشرط التعسّفي مدعما بمعايير حديثة تكشف عن صفته هذه، وذلك في إطار طرق حديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية، وهو ما كانت تعجز عن تحقيقه القواعد العامة، إذ لم يكن هناك من مفهوم واضح للشّرط التعسّفي ولم يكن هناك معيار دقيق يحدد كون الشرط المدرج في عقد استهلاك ما تعسّفيا أم لا.

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

ما تقدم سيحتاج إلى تفصيل وتدقيق بغية الوصول إلى تحليل معمق يهدف إلى توضيح مسار الحماية للمستهلك من الشّروط التعسّفية. ولا يتم ذلك إلا بإتباع منهج تاريخي يعتمد على التسلسل المنطقي المتتابع لمرحلتين بارزتين للحماية من الشّروط التعسّفية، المرحلة الأولى هي مرحلة

الحماية بموجب القواعد التقليدية، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تحديث الحماية بموجب القواعد المعاصرة.

بالإضافة إلى المنهج التاريخي، اخترت أيضا منهجا آخرا، وهو المنهج المقارن. فقمت بإجراء مقارنة بين ثلاثة تشريعات رئيسية هي: التشريع الفرنسي، التشريع المصري، وكذا الجزائري. مع الإشارة إلى التشريع الألماني والتشريع الإنجليزي في بعض المواضع.

واعتمدت أيضا، المنهج التحليلي، وذلك عن طريق عرض الآراء المختلفة للفقه، من أجل محاولة الوصول إلى فكرة أعمق وأدق عن الموضوع.

أما فيما يتعلق بالجانب التطبيقي للبحث، فقد قمت بعرض قرارات وأحكام القضاء، خاصة تلك المتعلقة بالقانون الفرنسي، باعتبار هذا الأخير يعتبر من التشريعات الرائدة في مجال الحماية للمستهلك من الشّروط التعسّفية. وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للقضاء الجزائري، حيث أن القرارات والأحكام القضائية المتعلقة بالشّروط التعسّفية نادرة جدا، إن لم نقل منعدمة. وذلك حسب اعتقاد الطالب يرجع لثلاثة أسباب رئيسية:

السبب الأول، هو ضعف ثقافة التقاضي عند المستهلكين الذين كثيرا ما يعتقدون بإلزامية ومشروعية تلك الشّروط التعسّفية، مكتفين بالإذعان لها.

والسبب الثاني، مرده إلى كون المهنيين في فترة العمل بالنظام الاشتراكي في الجزائر، والذين يفرضون شروطا تعسّفية، كونهم في الغالب من المرافق الصناعية والتجارية العمومية أو التابعة للدولة، هذه المرافق، من ذا الذي كانت له الجرأة الكافية ليرفع دعوى أمام القضاء طاعنا في مشروعية شرط من شروط عقودها، في وقت كانت تفرض فيه احتكارا وطنيا للسلعة أو الخدمة التي يحتاج إليها المستهلك الجزائري.

أما السبب الثالث، والذي ساهم في ندرة القرارات والأحكام القضائية في صدد الحماية من الشّروط التعسّفية، فيرجع إلى حداثة التشريع الخاص بالشّروط التعسّفية، أي منذ سنة 2004 فقط، ظهر أول قانون خاص في هذا المجال (القانون رقم 02-04، المؤرخ في 27 يونيو 2004، المطبق على الممارسات التجارية)، فهذا القانون يعدّ حديثا جدا بالمقارنة مع أول قانون في فرنسا خاص بالشّروط التعسّفية، وهو القانون رقم 23-78، المؤرخ في 10 جانفي 1978، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشّروط التعسّفية.

بالإضافة إلى أن هذا القانون (رقم 02-04) يعتبر الأول من نوعه الذي أزال الغموض عن مفهوم الشّرط التعسّفي في ظل القواعد العامة بموجب أحكام عقد الإذعان، خاصة المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

فضلا عن ذلك، فإن المرسوم التنفيذي للقانون رقم 02-04، صدر هو الآخر حديثا جدا، أي في 10 سبتمبر 2006، (تحت رقم 306-06، والذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسّفية).

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

- **الفصل التمهيدي** : مفهوم عقود الاستهلاك.
- **الفصل الأول** : حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد التقليدية.
- **الفصل الثاني** : حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد المعاصرة.

# الفصل التمهيدي :

# مفهوم عقود الاستهلاك

# الفصل التمهيدي :

## مفهوم عقود الاستهلاك :

إنّ مصطلح عقود الاستهلاك قد يوحي بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها، توجد إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود. لكن هذا غير صحيح إلى حد ما، وذلك رغم استعمال هذا المصطلح في الأوساط القانونية الحديثة، والصحيح أنّ هذه العبارة أي عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أيّ عقد، سواءً كان عقد مسمى أو غير مسمى، وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكاً أو غير مهني، والطرف الآخر مهني.

بمفهوم المخالفة فإنها لا تعدّ عقود استهلاك، تلك العقود التي يكون كلّ أطرافها من التجار أو المهنيين. فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري له صفة المستهلك، وأيضا عقد القرض يكون عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك، أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك[1].

وأيضا، فإن العقود التي يكون كلا من طرفيها مستهلكين لا تعد من عقود الاستهلاك. فمثلا إذا تمّ إبرام عقد بيع بين اثنين مستهلكين بناء على إعلانات صغيرة بين الأفراد فلا يعد هذا العقد عقد استهلاك، لأن مثل هذه الحالة، لا يكون فيها أحد طرفي العقد مهنيا قويا والطرف الآخر مستهلكا ضعيفا، إذ أنّ الحماية المقرّرة في عقود الاستهلاك هي حماية تستوجبها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المهني[2].

فإذا أقدمنا على إعطاء تعريف لهذه العقود، لقلنا وبكلّ بساطة أنّ عقود الاستهلاك هي تلك العقود المبرمة بين المهنيين من جهة وبين المستهلكين أو غير المهنيين من جهة ثانية.

ولا يتأتى لنا فهم معنى عقود الاستهلاك إلاّ بالقيام بتعريف أطرافها، فتعريف المهني لم يطرح أي صعوبة بالنسبة للتشريع أو القضاء أو الفقه، بينما تعريف المستهلك وغير المهني فقد أثارا جدلاً، بخاصة في فرنسا.

1 – خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.20.

2 – خالد عبد الفتاح، السابق، ص.21.

# المبحث الأول :

# مفهوم المستهلك وغير المهني:

يعتبر المستهلك وغير المهني، الطرفين الرئيسيين في عقود الاستهلاك. وتحديد مفهومهما على درجة كبيرة من الأهمية، حيث أنّ القوانين الخاصة بحماية المستهلك تستهدف أساساً هذين الشخصين، والسؤال المطروح في هذا المقام هو هل المستهلك هو المشتري بالمعنى المعروف في القواعد العامة في البيع؟ وهل غير المهني هو تعبير مرادف لتعبير المستهلك أم أنه طائفة أخرى؟

## المطلب الأول :

## مفهوم المستهلك:

من أجل تحديد مفهوم المستهلك نعرض لكل من المفهوم التشريعي (الفرع الأول) والمفهوم الفقهي (الفرع الثاني)، انتهاء بعرض المفهوم القضائي (الفرع الثالث).

### الفرع الأول :

### المفهوم التشريعي للمستهلك :

لم يقدّم المشرّع الفرنسي تعريفاً مباشراً للمستهلك لكن باستقراء بعض تشريعات الاستهلاك- التي تناولته بصفة عرضية- يمكننا أن نستخلص مفهوما للمستهلك[1]، حيث نصت المادة 02 من القانون الفرنسي رقم 22 -78[2] والمتعلق بحماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان على أنه "يطبق القانون الحالي على كل عمليات الائتمان التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين والتي لا تكون مخصصة لتموين نشاط مهني"[3]

1- زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2006، ص. 7.

2- مؤرخ في 10 جانفي 1978.

3 - "Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opérations de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales et que ne sont pas destinées à financier les besoins d'une activité professionnelle".

نفهم من هذا النص أنّ المشرّع الفرنسي يعتبر المستهلك هو الشخص الذي تكون غايته من اقتناء السلعة أو الخدمة غاية شخصية غير مرتبطة بنشاط مهني، فالمشرع الفرنسي يأخذ بمعيار الغاية من التصرف.

ونص المشرّع الفرنسي أيضاً في قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد، القانون رقم949-93[1] في المادة L 111-1 من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بإعلام المستهلكين وتكوين العقود على أنه "يجب أن يوضّح كل مهني بائع السلع أو مؤدي خدمات للمستهلك وقبل إبرام العقد، السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة"[2] والملاحظ هنا هو إدخال عنصر السلعة أو الخدمة في إطار مفهوم المستهلك وهو ما يدل على أهميتها في تعريف المستهلك، إذ أنّ السلعة والخدمة تشيران إلى ما يسعى إليه المستهلك من وراء إبرامه لعقد الاستهلاك.

أيضاً يمكننا أن نفهم من هو المستهلك، إذا إطّلعنا على نص المادة 132-1 من القانون رقم 95- 96 الصادر في 01 فبراير 1995 المتعلق بالشّروط التعسفية، والتي تنص أنه" تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، الشّروط التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد..."[3].

هذه المادة تحصر الحماية من الشّروط التعسّفية في شخص المستهلك وغير المهني، وهذا ما يؤدي بنا إلى تصور مفهوم للمستهلك وهو غير المهني.

وقد كانت رغبة بعض البرلمانيين في فرنسا، أن يتم إيراد تعريف واضح ومحدد للمستهلك في مادة افتتاحية في قانون الاستهلاك، وقد أرجع وزير العدل عدم وجود تعريف للمستهلك في قانون

1- الصادر في 26 جويلية 1993، والذي ينقسم إلى 05 كتب: يتعلق الكتاب الأول بإعلام المستهلكين وتكوين العقد، والكتاب الثاني بتطابق وأمان المنتجات والخدمات، والكتاب الثالث باستدانة المستهلك، والكتاب الرابع بجمعيات المستهلكين، والكتاب الخامس بالمؤسسات الاستهلاكية. وقد شمل تقنين الاستهلاك الفرنسي تجميعا لقوانين الاستهلاك السابقة وهي: قانون 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع في الموطن، والقانون رقم 78-22 الصادر في 10 جانفي 1978 بشأن الشروط التعسفية، والقانون الصادر في 13 يوليو 1989 بشأن الإئتمان العقاري، والقانون الصادر في 21 يوليو 1983 بشأن أمان المستهلكين، وقانون 05 يناير 1988 بشأن دعاوى جمعيات المستهلكين، وقانون 05 يناير 1988 بشأن البيع بالمراسلة.

2 - "Tout professionnel vendeur de biens ou préstataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service".

3 - "Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat".

الاستهلاك إلى طبيعة التقنين ذاته.

"ذلك أنّ قانون الاستهلاك لسنة 1993 يضم بين طياته نصوصاً تختلف في أهدافها ومواضيعها، كما تختلف من حيث نطاق تطبيقها، إضافة إلى اعتبارات أخرى تتعلّق بتأثير قانون الاتحاد الأوروبي على قانون الاستهلاك الفرنسي نتيجة نقل الكثير من التعليمات الأوروبية. مع العلم أنّ هذه الأخيرة تتضمن تعريفات مختلفة للمستهلك، حسب نطاق تطبيقها، وحسب القوانين المعتمدة في نقل تلك التعليمات.

كلّ ذلك أدى إلى استحالة وضع تعريف موحد للمستهلك، اللّهم إلاّ إذا أجريت عملية إعادة صياغة كلية للتشريع. كما أنّ عدم وجود تعريف يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي، لا يشكل أي عائق، بل هو عامل مرونة يسمح للقضاء بتطبيق قواعد قانون الاستهلاك بعقلانية بحسب كل حالة"[1].

وعلى عكس التشريع الفرنسي، فإنّ التوجيه الأوروبي رقم 13-93 الصادر في 09 أفريل 1993 والخاص بحماية المستهلك في مواجهة الشّروط التعسّفية أتى بتعريف للمستهلك في الفقرة الثانية A من المادة الأولى جاء فيها أنه"هو كل شخص طبيعي يتصرف من أجل غايات أو أهداف لا ترتبط بنشاطه المهني"[2].

وقد اشترط التوجيه لحماية المستهلك بالنصوص الواردة فيه أن يتصرف في إطار نشاط شخصي، وأن يحصل على السلعة أو الخدمة من أجل استخدام لا يرتبط بنشاطه المهني[3].

أما المشرع الجزائري، فقد خالف المشرع الفرنسي، وقام بتعريف المستهلك، فتبنى المشرع الجزائري مفهومين متناقضين للمستهلك، الأول موسع لمفهوم المستهلك والثاني مضيق له.

فالمفهوم الموسع والذي لم يستثني المستعمل الوسيط أوردته المادة 9/3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلّق بمراقبة النوعية وقمع الغش[4] بأنّه : " كل شخص يقتني-بثمن أو مجاناً- منتوجاً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسدّ حاجاته الشخصية أو حاجة

1- محمد بودالي، مكافحة الشّروط التعسّفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص. 126.

2- Consommatteur : «Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans les faits qui n'entrent pas dans la cadre de son activité professionnelle ».

3- زيبري بن قويدر، مرجع سابق، ص. 10.

4- الجريدة الرسمية، عدد 05، لسنة 1990.

شخص آخر أو حيوان يتكفل به"

هذا التعريف يعرف المستهلك بأنّه "كلّ شخص" أي جعل من المهنيين مستهلكين أيضاً، ولو كانوا يتصرفون في مجال اختصاصهم.

وفي مقابل المفهوم الموسع للمستهلك، فقد أورد المشرع الجزائري تعريفاً آخر للمستهلك يضيّق من مفهوم المستهلك، ويتضح ذلك من التعريف الذي ورد في نص المادة : 2/3 من القانون رقم04-02[1] حينما ذهب إلى تعريفه بأنه :"كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعاً قُدّمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت، ومجرّدة من كل طابع مهني".

إلاّ أنّ هذا التناقض مردّه إلى محاولة المشرع تدارك الأمر، حيث في التعريف الأول كان يبالغ في توسيعه لمفهوم المستهلك، وظهر هذا التدارك في التعريف الثاني المضيق لمفهوم المستهلك، والذي ورد في قانون 04-02، ويظهر ذلك من خلال عبارة" ومجرّدة من كل طابع مهني"، الواردة في المادة 2/3 منه.

## الفرع الثاني :

## المفهوم الفقهي للمستهلك:

لقد ذهب كثير من الفقهاء إلى تعريف المستهلك، مثل التعريف الذي عرّفه بأنه: "هو من يتملك بشكل غير مهني سلعاً استهلاكية مخصصة لاستخدامه الشخصي"[2].

وفي تعريف آخر فإن المستهلك هو "الشخص الذي يتملك أو يستخدم سلعاً أو خدمات للاستخدام غير المهني"[3].

وفي تعريف ثالث فإنّ المستهلك هو" ذلك الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية، غير المهنية، يصبح طرفا في عقد للتزود بالسلع والخدمات"[4].

« La personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fournitures de biens ou de services ».

1- المؤرخ في 17 يونيو 2004، المطبق على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2004 ص. 03.

2- G.Cornu : « La protection du consommateur » Travaux de l'Assosciation Capitant, 1973, p.136.

3- J.Calais-Auloy : «Droit de la consommation », précité, n.3, p. 3.

4- J.Ghestin : Traité de droit civil-les obligations, le contrat, formation, 2ème éd., L.G.D.J., 1988, n.59, p.46.

من هذه التعاريف السابقة يعاب على الأول منها أنه يقصر مفهوم المستهلك على ذلك الذي يتعاقد من أجل الحصول على السلع، ولم يذكر ذلك الذي يتعاقد من أجل الحصول على الخدمات، كما في عقد النقل أو العقد الطبي وغيرها، وذلك بعكس التعريفين الأخيرين اللّذين يشتملان على السلع والخدمات أيضاً.

إذن يدخل في هذا النطاق تعاقد المستهلك على سلع أو خدمات لغرض غير مهني كالسلع المنقولة سواء القابلة للاستهلاك مثل المواد الغذائية أو المنتجات الصيدلانية أو السلع المعمرة مثل السيارات أو الأثاث أو الأجهزة المنزلية. أما الخدمات فهي متعددة سواءً أكانت مادية مثل النقل أو الإصلاح أو التطبيق أو خدمات مالية مثل التأمين أو الفكرية كالعلاج الطبي أو الاستثمارات القانونية[1].

## الفرع الثالث :

## المفهوم القضائي للمستهلك:

إنّ الغرض من التعاقد على السلعة أو الخدمة، هو المعيار الذي يتخذه القضاء الفرنسي من أجل تعريفه للمستهلك، فإذا كان الغرض من التعاقد هو الاستخدام الشخصي فإنه ينطبق عليه وصف المستهلك، فطبقاً لحكم قضائي يأخذ بمعيار الغرض من التعاقد، فإن :" المستهلك هو الفرد الذي يصبح طرفاً في عقد يتعلق بالتزود بالسلع والخدمات، وذلك لإشباع حاجاته الشخصية"[2].

لكن يثور التساؤل حول الأشخاص المعنوية، فهل وصف المستهلك يقتصر على الأشخاص الطبيعية فقط؟ أم أنه يمتد إلى الأشخاص المعنوية أيضاً؟ ففي حكم صادر للدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبرت أنّ شركة تجارية في حالة تصرفها كمستهلك، أي حين تقتني سلعاً وخدمات لاستعمالها الشخصي، وخارج مجال اختصاصها، تستفيد من نصوص قانون 10 جانفي 1987، الخاص بحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشّروط التعسفية، وذلك بالرغم من أنها شخص معنوي، غير طبيعي، تباشر الأعمال التجارية في مجال العقارات.

وتتلخص وقائع القضية، في أنّ الشركة إشترت جهاز للإنذار لحماية أماكنها، لكن تبين

1- J.Calais-Auloy : «Droit de la consommation », précité, n.6, p.5.

2- Tribinal Instance, Paris, 4 oct. 1979, D :1980, I.R., p.383, obs.Vasseur.

أورده، أحمد محمد الرفاعي، حماية المستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص.22.

بعد محاولة استعمال الجهاز من طرف الشركة أنه معيب، ولما إدّعت الشركة أمام القضاء لإبطال العقد، رأت المحكمة أنّ شروط العقد تعسّفية، تعتبر وكأنها لم تكن أو باطلة وفقاً لقانون 10 جانفي المذكور آنفاً. واعتبرت المحكمة أنّ الشركة رغم كونها شخص مهني يعمل في مجال الأنشطة العقارية، إلاّ أنها تعتبر خارج مجال اختصاصها فيما يتعلق بالتقنية الخاصة بنظام الإنذار، كما أنها بصدد العقد محل النزاع توجد في نفس الحالة من الجهل مثل أي مستهلك آخر[1].

إذن، بموجب هذا القرار فإن محكمة النقض الفرنسية تراجعت عن اجتهادها السابق[2]، حيث كانت ترفض استفادة الشخص المعنوي المهني من التشريع الخاص بحماية المستهلك[3].

و بالتالي، من خلال هذا الحكم نجد أنّ القضاء الفرنسي تبنى المفهوم الموسع للمستهلك، حيث يشمل هذا المفهوم، المحترف عندما يتعاقد على سلع أو خدمات غير متعلقة بأعمال مهنته، وذلك بغض النظر عن كون المهني شخصاً طبيعياً أم معنوياً، والحكمة من ذلك هي وجود المهني في نفس الحالة التي يوجد فيها المستهلك، هذه الحالة التي تعبّر عن الضعف والجهل الذي يعانيه الشخص خارج مجال تخصصه، فهو أجنبي لا يعلم بخصائص السّلعة أو الخدمة.

نستنتج ممّا سبق أنّ القاضي يقع عليه عبئ تحديد ما إذا كان التعاقد للحصول على السّلعة أو الخدمة، كان بهدف الاستعمال الشخصي أو متعلق بالأعمال المهنية، فإن كان الاستعمال شخصي كان الشخص مستهلكاً، لكن المشرع الفرنسي استعمل أيضاً مفهوم غير المهني، فمن هو هذا الأخير؟ وهل هو المستهلك؟ أم أنه شخص آخر؟.

## المطلب الثاني :

## مفهوم غير المهني:

تنص المادة الأولى من المرسوم الفرنسي رقم 78- 464، المؤرخ في 24 مارس 1978 الصادر تنفيذاً للقانون 10 جانفي 1978 الخاص بالحماية والإعلام للمستهلكين للسلع

1- Cass.civ. 1er chambre, 28 avril 1987; Dalloz, 1988, Chr.253.

2- حيث كانت تتبنى مفهوما ضيقا للمستهلك، على أساس أن من يحق له أن يستفيد من الحماية القانونية هو فقط من يتعاقد من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية.

3 - G.Paisant : « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives»; D. 1988, Chr.253.

والخدمات من الشّروط التعسّفية بأنه" في العقود المبرمة بين مهنيين، من ناحية، وغير المهنيين أو المستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محرماً في مفهوم الفقرة الأول للمادة 35 من هذا القانون الشّروط التي يكون محلها أو أثرها تأكيد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه..."[1].

هذا النص أثار إشكالاً وذلك رغم إلغائه من طرف مجلس الدولة فيما بعد[2]، ويتمثل هذا الإشكال في المقصود من تعبير "غير المهني"؟ هل يقصد به طائفة أخرى غير المستهلك أم أنه مرادف له وتكون الحماية قاصرة على المستهلك فقط؟

بمعنى أوضح هل نعتبر العقد الذي يكون أحد طرفيه غير مهني والطرف الآخر مهني، عقداً من عقود الاستهلاك؟ باعتبار أنّ غير المهني هو نفسه المستهلك، فهل يمكن مثلا اعتبار العقد الذي أبرمه المهني في المحاماة، مع المهني البائع، ويكون محل عقد البيع شراء جهاز كمبيوتر لصالح المحامي، هل يمكن اعتباره عقد استهلاك؟

لقد ثار جدال في الأوساط القانونية حول مصطلح" غير المهني"، ومدى اعتبار هذا الأخير مستهلكاً. لذا حاول كل من الفقه (الفرع الأول)، والقضاء (الفرع الثاني)، حل هذه المعضلة.

## الفرع الأول :

## المفهوم الفقهي لغير المهني:

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى رأيين، الرأي الأول يعتبر غير المهني مستهلكاً (أولاً)، أما الرأي الثاني فيعتبره طائفة قائمة بذاتها (ثانياً).

### الرأي الأول : غير المهني هو المستهلك:

يرى أنصار هذا الرأي، وهو رأي يضيّق من نطاق الحماية من حيث الأشخاص، أن تعبير غير المهني هو نفسه تعبير المستهلك، إذ أنّ المهنيين الذين يتصرفون في نطاق غرض مهني، ولكنه غير داخل في مجال اختصاصهم، كالتاجر الذي يركب جهاز للإنذار لمحله، ليسو مستهلكين، رغم أنهم يبرمون عقوداً محلها أشياء تخرج عن مجال اختصاصهم، وبالتالي فرغم كونهم ضعفاء في مواجهة

1 - أنظر في شرح هذه المادة، ص. 138، 139.

2- أنظر الصفحة 138 وما يليها.

المحترفين الذين يتعاقدون معهم، إلاّ أنهم "ليسوا بالضرورة أشخاصاً عزل لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم"[1].

فهذا الرأي يدعمه أنصاره بحجة أنّ المستهلك "يكون دون سلاح، بوصفه يوجد في وضعية ضعف في مواجهة المحترف الذي باستطاعته إملاء شروطه، إذ أنّ المستهلك هو شخص عادي في مواجهة المحترف الذي هو بالضرورة شخص متبصر"[2]، وما غير المهني إلاّ تعبيراً مرادفاً لتعبير المستهلك.

**الرأي الثاني : غير المهني، طائفة قائمة بذاتها :**

هذا الرأي مفاده أنّ مصطلح غير المهني يعني أنه ليس مهنياً من نفس تخصص الطرف الآخر في العقد[3]. هذا الرأي يوسع من مفهوم غير المهني على أساس الاختصاص أو عدم الاختصاص لغير المهني أي ذلك الذي يتصرف بعيداً عن أعمال مهنته، حتى لو كان ذلك للإنتاج وليس للاستهلاك[4].

وبالتالي هذا الرأي يدخل في وصف غير المهني، ذلك المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه، ويعتبره مثل المستهلك العادي الأجنبي الذي لا يعرف تفاصيل السلعة أو الخدمة. أما المهني فهو الشخص الذي يبرم تصرف قانوني ليس فقط في مجال تخصصه وإنما أيضاً لتلبية حاجات مشروعه.

إذن فغير المهني هو شكل مختلف عن تسمية المستهلك حسب هذا الرأي.

## الفرع الثاني :

## المفهوم القضائي لغير المهني :

في البداية اتجه القضاء الفرنسي، إلى تشبيه غير المهني بالمستهلك، وذلك من خلال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 أفريل 1982[5]. حيث أنّ أحد المزارعين قام بإبرام عقد مع أحد بيوت الخبرة، لكنه تلقى بعد ذلك عروضاً أخرى تقدم له مزايا أكثر، ممّا جعله يعدل عن

1- J.Calais-Auloy : Droit de la consommation, précité, n.9 et 10, p.7.

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 124.

3- O.Carmet : Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi, n.78-23 du 10 janv. 1978; R.T.D.com., 1982, p.9.

4- P.Godé : « Protéction des consommateurs, clause abusives »; R.T.D. civ., 1978, p. 744.

5- D., 1984; Jurisprudence, p. 139.

العقد الذي أبرمه مع الشركة الأولى، مستنداً في ذلك على أنه يستعمل رخصة العدول التي ينص عليها قانون 22 ديسمبر 1972 الخاص بالبيع بالمترل في مادته الثالثة والتي تعطيه الحق في العدول في خلال 07 أيام (و هي مهلة للتفكير).

لكن الشركة رفضت ذلك ودفعت بأنّ هذا النص لا يطبق على المزارع بحجة أنّ هذا القانون لا يحمي سوى المستهلك، وأنّ المزارع كان يتصرف في نطاق مهنته، وبالتالي فلا يعد مستهلكاً.

رفض هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف، ولما طعنت الشركة في القرار بالنقض أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف، وقالت أنّ العقد المتنازع حوله والذي كان يتعلق بتقدير كارثة تخرج من نطاق اختصاص المهني المزارع، وبالتالي فهو مستهلك يستفيد من نصوص قانون 22 ديسمبر 1972، ويستفيد من رخصة العدول.

نستنتج من هذا القرار أنّ محكمة النقض تتبنى مفهوماً موسعاً للمستهلك يشمل المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه وهو ما يسمى "غير المهني"، مع الإشارة إلى أنّ القانون محل النزاع، أي المتنازع حول تطبيقه من عدمه هنا يخص المستهلكين وحمايتهم من عمليات البيع بالمترل.

لكن في 15 أفريل 1986، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اجتهادها المذكور، حيث أنها رفضت إفادة شركة تأمين من نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاصة بالشّروط التعسّفية، بحجة أنّ الشركة كانت قد تعاقدت بصفتها المهنية.

ففي هذا القرار الأخير ضيقت من مفهوم المستهلك، وذلك برفضها تشبيه غير المهني بالمستهلك[1].

إلاّ أنّ هذا الوضع لم يدم طويلاً، حيث عادت محكمة النقض الفرنسية إلى اتجاهها الأوّل، وذلك بموجب قرار صادر لها، أكد أنّ محكمة النقض تعتبر غير المهني مستهلكاً، وذلك في 28 أفريل 1987 الصادر عن الدائرة المدنية الأولى[2]، والتي اعتبرت أن الوكالة العقارية رغم أنها شخص مهني إلاّ أنها فيما يتعلق بنظام الإنذار تعتبر شخصاً غير مهني، لأنها غير متخصصة في مجال نظام الإنذار.

1 - Cass. civ., 15 avril 1986; Bull. civ.-I- n. 90, p. 91.

2- أنظر القرار بالتفصيل في الصفحة 20.

وبالتالي فالوكالة العقارية عند إبرامها لعقد تركيب جهاز الإنذار كانت في نفس الحالة من الجهل مثلها مثل أيّ مستهلك آخر، وبالتالي تستفيد من أحكام قانون 10 جانفي 1978 السابق ذكره.

نستخلص مماّ سبق، أنّ "القضاء في فرنسا كرّس مفهوماً جديداً للمستهلك هو (المحترف– المستهلك) La notion de professionnel-consommateur.

ومنذ سنة 1995 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكاً وبالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية، كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني[1].

وقد استقت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المنظم للسعي التجاري الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1989، والذي تمّ إدراجه في المادة 121- 22 من قانون الاستهلاك. ثم وسّعت محكمة النقض استعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشّروط التعسفية، وكذا تلك المتعلقة بالائتمان الاستهلاكي والعقاري"[2].

وبتبني محكمة النقض الفرنسية للمفهوم الموسع للمستهلك على النحو السابق بيانه، ذهب أنصار المفهوم الضيق للمستهلك، إلى أن ذلك أدى إلى "تفجر مفهوم المستهلك"[3]، والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية، فمفهوم المستهلك في الحماية من الشّروط التعسّفية ليس هو ذاته بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الاستهلاك. مما جعل القانون الفرنسي في حاجة إلى مفهوم موحد للمستهلك تجتمع حوله نصوص الحماية المختلفة، ويؤدي إلى تحقيق التناسق بينها[4].

1 - Civ., 1ère, 17 juillet 1996 : JCP. 1996-11- 22747, note Paisant (J).

2- محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2005، ص .64، 65.

3 - J. SINAY – CYTERMANN: « Protection ou surprotection du consommateur », J.C.P., éd. D. 1990 -I- p.514.

4- محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مرجع سابق، ص .65، 66.

## المبحث الثاني :

## مفهوم المهني:

سبق القول أنّ مفهوم المحترف أو المهني، الذي يعتبر الطرف الثاني في عقد الاستهلاك لم يثر إشكالاً في الأوساط القانونية، مثلما هو الحال بالنسبة للمستهلك أو غير المهني.

لذا سنعرض للمفهوم الفقهي والتشريعي للمهني (المطلب الأول)، مع تبيين كيف أنّ المرافق الاقتصادية العامة تكتسب وصف المهني (المطلب الثاني).

### المطلب الأول :

### المفهوم الفقهي والتشريعي للمهني:

إنّ تحديد مفهوم المهني يعدّ ذات أهمية بالغة، من أجل تحديد نطاق عقود الاستهلاك. لذا يتوجب عرض بعض التعاريف الفقهية (الفرع الأوّل)، وبعض التعاريف الّتي تبنتها التشريعات للمهني (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول :

#### المفهوم الفقهي :

لقد أورد الفقه عدة تعاريف للمهني نذكر منها :

التعريف الذي عرّفه بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما، سواءً أكان هذا النشاط صناعياً أم تجارياً أم حرفياً أم حراً أم زراعياً أم غير ذلك"[1].

وفي تعريف مشابه، فإن المهنيين هم "الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، عامة أو خاصة، الذين يعرضون أموالاً أو خدمات في ممارستهم لنشاط اعتيادي"[2].

« Les professionnels sont les personnes physiques ou morales publiques ou privés, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle ».

1- J. Calais–Auloy : « Droit de la consommation", précité, n.7, p.5.

2- J. Calais–Auloy : « Propositions pour un nouveau droit de la consommation », La documentation française, Paris, 1985, p. 139.

يستفاد من هذين التعريفين أنّ تعريف المهني يجب أن يشتمل على عنصرين، العنصر الأول هو عرض الأموال أو الخدمات، والثاني هو ممارسة نشاط بصفة اعتيادية.

## الفرع الثاني :

## المفهوم التشريعي :

المشرّع الفرنسي لم يعرّف المحترف أو المهني تاركاً الأمر للفقه والقضاء، بينما المشرع الجزائري قد أقدم على تعريف المحترف في المادة الثانية، فقرة أولى من المرسوم التنفيذي رقم 90-226 بأنه كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك، كما هو محدّد في المادة: 01 من قانون 02/89[1]".

إذن المحترف من خلال النص السابق هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته: كاستئجاره لمحل تجاري لتجارته أو شراءه لسلع بقصد إعادة بيعها، وكلمة محترف أو مهني متأتية من حرفة أو مهنة ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك : كل نشاط منظم لغرض الإنتاج، أو التوزيع أو أداء الخدمات[2].

## المطلب الثاني :

## مدى اعتبار المرافق الاقتصادية العامّة مهنية:

المرافق الاقتصادية (ذات الصبغة التجارية أو الصناعية) هي التي تقوم على أساس مزاولة نشاط من جنس نشاط الأفراد، ومن أمثلتها مرافق السكك الحديدية أو السيارات أو الطائرات والبريد والتلغراف والتيليفونات وتوريد المياه والغاز والحمامات العمومية والسينما والمسارح[3].

يثور التساؤل بالنسبة لهذه المرافق التي تمارس فيها الدولة نشاطاً من جنس نشاط الأفراد،

1- المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1989.

2- محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في مجال عقود الخدمات، السابق، ص 68، هامش 01.

3- سليمان الطماوي، القانون الإداري، بدون دار نشر، 1984، ص. 328.

عن مدى اعتبارها شخصاً مهنياً، وكذلك حالة تقديم تلك المشروعات لخدمات عامّة صناعية أو تجارية، ممّا يسمح باعتبار العقد الذي تبرمه مع المستهلكين عقد استهلاك يقع تحت طائلة قوانين الاستهلاك؟

هذه الخدمات العامة الصناعية والتجارية التي تتعلق بالقانون الخاص لها خصوصية وهي أنّ لها سلطة معترفاً بها في إدراج شروط فاحشة من القانون العام في تعاملها مع العملاء. ومن ثم فإنّ الأمر في حاجة إلى البحث حول مدى الملائمة بين مشروعية هذه الشّروط الفاحشة والجزاء على الشّروط التعسّفية[1].

أجاب القضاء الفرنسي عن هذه المسألة، بأنّ المرافق الاقتصادية في تعاملها مع العملاء تكتسب وصف المهني، باعتبار أنها تتوافر على صفات المهني وهي التفوق التقني والقانوني، والوضع المسيطر بل والاحتكاري، ففي نزاع بين شركة الكهرباء الفرنسية وبين أحد المشتركين حيث قالت محكمة Angers أنه ليس من شك في أنّ العلاقة بين شركة الكهرباء الفرنسية E .D.F والمشتركين هو من طبيعة عقدية، وليس من شك أنّ الإمداد بالطاقة الكهربائية له خاصية البيع، وأنّ الشركة تمثل كل خصائص المهني وبصفة خاصة التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري، بينما المشتركون المتعاملون معها يمثلون كل خصائص المستهلك، في هذه الظروف فإنه ينبغي اعتبار أنّ نصوص المادة 02 من مرسوم 24 مارس 1978[2]، تطبق على العلاقات العقدية بين شركة توزيع الكهرباء الفرنسية ومستخدميها، في الوقت الذي تعتبر فيه هذه الشركة منشأة عامة مكلفة بإدارة خدمة عامة صناعية وتجارية[3].

وهذا الاتجاه أكدته محكمة الاستئناف[4] عند الطعن بالاستئناف أمامها بصدد هذا الحكم، وذلك باعتبارها لشركة توزيع الكهرباء الفرنسية مهنياً، واعتبارها المزارع مستهلكاً. وسببت ذلك بأنّ المزارعين أطراف هذه الدعوى كانوا على نفس حالة الجهل التي يوجد عليها أي مستهلك آخر،

1- B. Starque : Droit civil- obligations, -2- contrat, 4ème éd., H. Roland et L. Boyer – litec., 1989, n. 649, p .279.

2- الصادر بالتطبيق لقانون 10 جانفي 1978، والتعلق بحماية المستهلكين ضد الشّروط التعسّفية والمسمى بقانون Scrivener، أنظر نص المادة 02 منه، الصفحة 132.

3- T.G.I.Angers, 11 mars 1986 : J.C.P., 1987, 11, 20789, note J.P. Gridel.
أورده، الرفاعي، السابق، ص.35.

4- Cour d'appel d'Angers, 16 décembre 1987, D. 1988, Chr., 260, G. Paisant.
أورده، الرفاعي، السابق، ص.36.

ويجب بالتالي اعتبارهم غير مهنيين أو مستهلكين في مواجهة الـE.D.F، والتي اعتبرها قضاة الدرجة الأولى تتميز بالتفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري.

وخلاصة القول، هي أنّ هذه الأشخاص المعنوية العامة ينطبق عليها وصف المهني أياً كان الشكل الذي تتخذه أو الطبيعة القانونية : شركات تملكها الدولة، منشآت عامة أو حاصلة على امتياز باستغلال مشروع ما...إلخ.

إذن العقود التي تبرمها هذه الأشخاص المعنوية العامة مع المستهلكين هي بلا شك عقود استهلاك.

# الفصل الأول :

# حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية

# في ظلّ القواعد التقليدية

# الفصل الأول:
# حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية
# في ظلّ القواعد التقليدية:

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

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

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

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

1- ظهور تعاريف المستهلك والمحترف ظاهرة حديثة جدا، دعت إليها الجدالات التي ظهرت، حول من يستفيد من قوانين حماية المستهلك، وهذا بشكل خاص في فرنسا أنظر الصفحة 15 و ما يليها.

## المبحث الأول :

## الحماية العامة للمستهلك من الشّروط التعسّفية:

المقصود بالحماية العامة، تلك الآليات المتوفرة في القواعد العامة، والتي تسمح بتعطيل أنواع من الشّروط غير المحددة مسبقا، والتي قد تقع تحت طائلة النص المعتمد عليه، وهي عكس الحماية الخاصة.[1]

ورد نص في التشريعات العربية، من بينها التشريع المدني المصري بموجب المادة 149، والتشريع المدني الجزائري بموجب المادة 110، وهو نص غير موروث عن التشريع المدني الفرنسي، يعطي القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشّرط التعسّفي الوارد في عقد إذعان، (المطلب الأول)، بالإضافة إلى أن القواعد العامة تضمنت آليات أخرى يمكن أن يسهم إعمالها في إعادة توازن العقد، وهي نظرية السبب، قاعدة حسن النية، ونظرية الغبن والإستغلال، (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

### عقد الإذعان والشّروط التعسّفية:

لاحظ المشرع المصري لسنة 1948 ما شاب مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي، ومدى الإختلال الخطير في حرية التعاقد، فآثر أن يتلاقى تلك العيوب، التي كشفت عنها التطورات الإقتصادية الحديثة، وعمد إلى حماية الطرف المذعن حماية فعّالة، بأن صاغ نظرية عقود الإذعان، حدّد فيها أبعاد سلطة القاضي. فبعد أن حسم جدلا فقهيا بشأن طبيعتها ووضع معيار التعرف عليها في المادة 100 من التقنين المدني، اتجه إلى صياغة حكم عام يسري على كل عقود الإذعان[2] تضمنته المادة 149 مدني، التي تنص على أنه" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسّفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشّروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

وبلغة مطابقة تماما، نص المشرّع الجزائري في المادة 110 مدني أنه:" إذا تم العقد بطريق

1- أنظر بصدد الحماية الخاصة من الشّروط التعسّفية، الصفحة 63.

2- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط. 2002 ، ص. 431 .

الإذعان، وكان قد تضمّن شروطا تعسّفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشّروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

وبهذا خول كلّ من المشرّع المصري والجزائري للقاضي حق الرّقابة على الشّروط التعسّفية، بتعديليها أو إعفاء الطرف المذعن منها عند اللّزوم. وبذلك يكونان قد بلغا ما لم يبلغه المشرع الفرنسي بشأن نظرية عقود الإذعان، على الأقل في ظلّ القواعد التقليدية للقانون المدني، أي قبل ظهور القواعد الحديثة لحماية المستهلك. فالتشريع الفرنسي لم يورد نص مماثل، وذلك لأن جانبا من الفقه الفرنسي كان يرى أن تخويل القضاة حق مراجعة شروط العقد بحجّة ما بها من جور وتعسّف، يطلق يدهم في التحكم، مما حدا بهم إلى معارضة وضع نظام خاص لحماية الطرف المذعن من الشّروط التعسّفية[1].

ولكن يرى البعض[2]، عدم سلامة هذا الرأي، إذا أن تحكم الموجب أو المحترف، في عقد الإذعان أخطر من تحكم القاضي على منصة القضاء، إذ الأول لا رقيب عليه، بصفته المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، أما الثاني فيخضع لرقابة محكمة النقض من خلال تسبيباته.

ولتوضيح أحكام حماية الطرف المذعن من الشّروط التعسّفية نتطرق تباعا في أربعة فروع إلى ما يلي: في الفرع الأول نوضح مفهوم عقد الإذعان وواقعه في الحياة الإقتصادية، على أن نبين بعد ذلك المفهوم التقليدي للشرط التعسّفي في القواعد التقليدية لعقد الإذعان، وهو الفرع الثاني، وفي فرع ثالث نفصّل كيفية حماية الطرف المذعن من الشّروط التعسّفية عن طريق تعديل هذه الأخيرة أو استبعادها كلية من العقد من طرف القاضي، أما الفرع الرابع فنخصصه لقاعدة تفسير الشك في مصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا.

1- تجدر الإشار إلى أن هذا التوجه لم يعد له من أساس، في التشريعات المعاصرة في فرنسا والخاصة بحماية المستهلك، حيث وبعد عدة مراحل مر بها القضاء الفرنسي أصبح الأمر على نقيض ذلك، بأن أصبح القاضي يملك سلطة التدخل لإلغاء الشّروط التعسّفية، وهو ما سيتم تفصيله في الفصل الثاني من هذه المذكرة، أنظر الصفحة 148.

2 - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص.433 ، هامش 2.

## الفرع الأول:

## مفهوم عقد الإذعان وواقعه في الحياة الاقتصادية:

**أولاً: مفهوم عقد الإذعان:**

نتطرق إلى التعاريف المختلفة لعقد الإذعان (أ)، ثم إلى خصائص هذا العقد (ب).

**أ) تعريف عقد الإذعان:**

يرى البعض بخصوص تعريف عقد الإذعان أنه لم يكن غير قابل للتعريف بدقّة، حتى أنه كان ينازع في أنه يتجاوب مع مفهوم محدّد، ذلك بأن اللاّمساواة في القوة الإقتصادية بين الأطراف المتعاقدة، أو بشكل أبسط اللاّمساواة التي تخلقها العجلة وكثافة الحاجة موجودة في كل مكان دائما. لذا من غير المعقول القول أن كل هذه العقود المبرمة في هذه الظروف هي عقود إذعان[1].

ويضيف نفس الاتجاه أن الملاحظة في محلها، بيد أن المسألة الحقيقة ليست الأخذ في الحسبان اللامساواة بين الفريقين- المحترفين من جهة والمذعنين بشكل عام والمذعنين المستهلكين بشكل خاص من جهة أخرى- مما لا يسمح إلا بفوارق في الدرجة[2].

والقانون كما لاحظ العميد RIPERT، لا يقيس بمقياس القوى، قوة الإيرادات، فالمشكلة التشريعية متأتية من أن هذه اللامساواة تتيح للمحترفين أن يستبدلوا في الواقع الأحكام التشريعية بتنظيم أحادي الجانب أحكامه في الغالب ذات طابع تعسّفي، والتي يجري التشهير بها اليوم إجماعيا[3]. ونتيجة لما سبق فإن البحث عن تعريف لعقد الإذعان يجب السعي إليه تبعا لهذه الصعوبة.

ولمحاولة تعريف هذا العقد يمكن انطلاقا من هذه الملاحظة غير المنازع فيها بأنه يفترض في جوهره، أن يقبل المذعن إجماليا، بدون إمكانية المناقشة لشروط العقد الذي يعرضه عليه المحترف أو الموجب، وبتعبير آخر يتقلص الاختيار لدى المتعاقد المنضم بالنسبة لشروط العقد.[4]

---

1- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى 2000م.، ص. 96 .

2- نفس المرجع، ص. 96 .

3- نفس المرجع، ص. 96.

4- جاك غستان، المرجع السابق، ص. 96 .

ويضاف إلى عنصر الإذعان، عنصر ثاني، وهو التحرير الأحادي الجانب لعقد الإذعان من طرف المحترف.

وقد عرّف جانب من الفقه عقد الإذعان بقوله أن "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدّد بل على مجموعة غير محدّدة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد".[1]

يلاحظ أن هذا التعريف اهتم بالإرادة المنفردة وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة، التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد[2].

وعرّف جانب آخر من الفقه عقد الإذعان بأنه"انضمام لعقد نموذجي يحرّره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"[3].

يلاحظ على التعريفات الغربية السابقة أنها لا تشترط عنصر الإحتكار في عقود الإذعان، وبالتالي فهي تأخذ بمفهوم واسع لعقود الإذعان وذلك عكس ما هو سائد عند فقهاء البلدان العربية.

فقد عرّف أحدهم عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيها يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[4].

وهذا التعريف الأخير يعتبر أبرز تعريف فقهي عربي يمكن الاعتداد به في ظلّ القوانين المدنية العربية. إذ يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد، كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري

1- Saleilles (De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand), Paris, 1929, Art.133, n°. 89, s., p.229; «Les contrats d'adhésion dans lesquels il ya une seule volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. »

مأخوذ عن لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدنى الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990 ، ص. 23

.

2- لعشب محفوظ بن حامد، المرجع المسابق، ص. 23.

3- جاك غستان، السابق، ص. 97.

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

يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته[1].

**ب) صفات ومميزات عقد الإذعان:**

من التعريف الأخير لعقد الإذعان، يمكن لنا أن نستخلص صفات ومميزات هذا العقد وهي:

1- أنه يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعدّ من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

2- احتكار الموجب لهذه السّلعة أو المرافق أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق. فعقد الإذعان يسود في ظلّ الاحتكار، غير أن ظاهرة الاحتكار ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى، فقد يستطيع حرفي صغير أن يفرض احتكارا في القرية التي يتواجد فيها وهذا ما تفطن له المشرع الجزائري في ظل القواعد المعاصرة لحماية المستهلك كما سنرى[2].

3- عمومية الإيجاب، أي أن الإيجاب في عقد الإذعان، يكون إيجابا عاما، فلا يكون إيجابا موجها إلى شخص معين، بل إيجابا موجها إلى الجمهور عامة، أو إلى طائفات من هذا الجمهور، تتوافر فيه صفة معينة، بشكل دائم وموحد[3].

4- الطابع الاضطراري للقبول، فقد يكون القبول مجرّد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاءه موجود، ولكنه مفروض عليه[4]، وهو ما عبّرت عنه المادة 70 (مدني جزائري) والتي يعود أصلها إلى المادة 149 (مدني مصري). بأنه " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها".

**ثانياً: واقع عقود الإذعان في الحياة الاقتصادية :**

1- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص. 26.

2- أنظر الصفحة 105 وما يليها.

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

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص. 244.

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

على أن معظم العقود ذات الأهمية هي اليوم عقود إذعان، فالفقيه ساليي هو أول من لفت في فرنسا الانتباه إلى هذه العقود عندما لاحظ أن محتواها كان يفرضه في الواقع أحد الفريقين (المحترف) على الآخر، (المستهلك) الذي يكتفي بإعطاء انضمامه[2].

و عقود الإذعان يبدو عليها اليوم أنها في توسع مستمر (أ)، وتحريرها الأحادي الجانب يؤدي إلى إدخال شروطاً تعسّفية (ب).

**أ) توسع مجال عقود الإذعان:**

إنّ عقود الإذعان غدت شائعة في بداية القرن، وهي اليوم على الأقل بالنسبة إلى الأفراد، الطريقة العادية لعقد اتفاقية لها بعض الأهمية. فعمليات التأمين، النقل، والمصرف، والبيع، على الأخص البيع بالائتمان، وتقديمات الخدمات التي توفرها وكالات السفر أو الفنادق، بقطع النظر عن عقود العمل، هي بصورة أعم عقود إذعان، وهذا النمو مشترك مع عدّة بلدان، ولاسيما في أوروبا الغربية وفي أمريكا.وهذا النمو يتيح أينما كان إساءات استعمال بالإضرار بمن ينضم أو بالمذعن.[3]

وعقود الإذعان في الواقع الحالي، يفرضها الإنتاج الضخم والتوزيع الكثيف. فالاستخدام الواسع للعقود النموذجية وغياب المفاوضة على الشروط الواردة بها سببه الكم الكبير للإنتاج والتوزيع والعلاقات العقدية الكثيفة، وعدد العقود وتكرارها، والسرعة الضرورية لإبرامها، وتدخل التابعين[4] الذين ليست لهم أي سلطة قرار، تمنع في الواقع، في التوزيع العصري للأموال والخدمات،

1- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق،ص. 9.

2- جاك غستان، مرجع سابق، ص. 96 .

3- جاك غستان، مرجع سابق، ص.95 .

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

أي مفاوضة يمكن أن تعدّل الشّروط العقدية التي تحررها مسبقا المصالح المتخصصة التابعة للمهنيين.

ويصلح التحرير المسبق للعقد من طرف المهنيين للحد من المخاطر التي يريدون تجنبها، مثل التخلص من الدعاوى المرفوعة ضدهم، عن طريق وضع شروط تحدد مسؤوليتهم المدنية.

إذن عقود الإذعان بهذه الصفات، تشكل عقودا لا غنى عنها في إدارة المقاولات، وهي تسهل الانضمام باستعمال شروط مطبوعة مسبقا، تبدو للمستهلك العادي غير قابلة للمسّ بها، وتدفعه للشعور بمساواة في المعاملة مع غيره من المنضمين للعقد، مما يجعل عملية الانضمام هذه تختلط بسهولة مع العدالة[1].

**ب) يؤدي التحرير الأحادي الجانب لعقود الإذعان إلى إدخال شروطاً تعسّفية:**

إذا كان الإنتاج الضخم والتوزيع الكثيف يفرضان استعمال العقود النموذجية المعدّة مسبقاً، فإن تنظيمها الأحادي الجانب من طرف المهنيين يؤدي بلا شك إلى إساءات استعمال خطيرة ضدّ المستهلكين. فيمكن أن يستفيد محرّر عقد مطبق بشكل موحد على عدد كبير من المتعاقدين من ذلك لكي يدخل شروطا تخفف من التزاماته الخاصّة وتثقل، بدون مقابل التزامات المتعاقدين معه. ومن الشّروط ما هي شائعة الاستعمال، كأن يحدد البائع ثمن البيع حسب تعرفته الخاصة بتاريخ التسليم، يحتفظ لنفسه بإمكانية تعديل خصائص الشيء المبيع بدون تخفيض للثمن، ويعفي نفسه من الضمان القانوني المتعلق بالعيوب الخفية كليا أو جزئيا. والناقل يعفي نفسه من أيّ مسؤولية عن ضياع أمتعة الرّكاب. وهناك نص على بنود جزائية قاسية على المستهلكين المذعنين. بالإضافة إلى شروط تمديد ضمني أو آلي تربط الزبون لمدّة طويلة جدا. ويتم إدخال شروط تحكيمية غالبا ما تكون في صالح المهنيين وحدهم[2].

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

1- جاك غستان، مرجع سابق، ص. 98 .

2- جاك غستان، مرجع سابق، ص.99.

وتقديمه المقروء بصعوبة، وغموضه وصياغته المبهمة في الغالب بالنسبة إلى غير المحترفين أو المستهلكين قليلي الخبرة، تزيد من الطابع الوهمي للرضى[1].

## الفرع الثاني :
## المفهوم التقليدي للشّرط التعسّفي في عقد الإذعان:

المشرّع المصري عند أخذه بنص المادة 149 والمشرّع الجزائري الذي أخذ بنفس النص في المادة 110، والقوانين العربية الأخرى التي أخذت بهذا النص[2]، لم تعرف جميعها أو تحدّد معنى الشّرط التعسّفي أو على الأقل بيان معاييره.

و هناك اتجاه في الفقه المصري ذهب إلى تعريف الشّرط التعسّفي، بعد أن إعترف بصعوبة هذه المهمة بقوله إنه :"ذلك الشّرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة"، ويضيف قائلا أن "هذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة"، وينتهي إلى القول : "أن أمر تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع"[3].

فهذا التعريف في نظر البعض[4]، لم يأت بجديد أولا وأنه أشبه بمن يعرّف الماء بالماء ثانيا.

ونفس الاتجاه المذكور آنفا[5]، أورد تعريف آخر للشّرط التعسّفي بأن قال : "أن الشّرط التعسّفي ينقسم إلى شرط تعسّفي بذاته، وهو الذي يظهر التعسّف فيه منذ إدراجه، وتكشف عنه ذات ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط أخرى تعسّفية بحكم استعمالها، فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسّف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق، بالتمسك بحرفتيها، وعدم مراعاة روحها".

1- جاك غستان، مرجع سابق، ص. 99 .

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

3- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 436.

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

5- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 434.

لكن ينتقد البعض هذا التعريف[1]، الذي يقسم الشّروط التعسّفية بأنه لا يعتبر تعريفا بقدر ما يعتبر تصنيفا للشّروط التعسّفية، وأن صاحبه قد تأثر في هذا التعريف بتعريف محكمة النقض المصرية للشرط التعسّفي بأنه[2] : " هو الشّرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام..."[3].

## الفرع الثالث :

## حماية المستهلك المذعن من الشّروط التعسّفية:

من أجل إعطاء فكرة واضحة عن الحماية المقررة للمستهلك المذعن من الشّروط التعسّفية في القواعد العامة نأتي على توضيح شروط استفادة هذا الأخير من الحماية (أولا)، مع تبيين الإمكانية الممنوحة للقاضي بأن يعدّل الشّروط التعسّفية أو يستبعدها إذا وجد أنها مدرجة في عقد إذعان، مع تبيين المعيار الذي يستند عليه للكشف عن الطابع التعسّفي للشّرط، بالإضافة إلى تبيين الطبيعة القانونية لسلطته في تعديل أو إلغاء الشّرط التعسّفي (ثانيا).

**أولاً : شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية:**

لتطبيق الحماية للطرف المذعن من الشّروط التعسفية، يجب توافر ثلاثة شروط، هي أن يتعلّق الأمر بوجود عقد قائم صحيح، على أن يتضمّن هذا الأخير شرطا أو عدّة شروط تعسفية، والّتي يقف المذعن موقف الضعف منها.

**الشّرط الأول : وجود عقد قائم، صحيح:**

يفترض لسريان الرقابة على الشّروط التعسّفية المدرجة في عقد الإذعان أن يكون هناك عقد قائم صحيح، توافر له عنصر التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحا، خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه، إذ أن رقابة التعديل أو الإلغاء، تأتي حصيلة تفسير لشروط العقد للوقوف على ما بها من تعسّف، وهذا التفسير تسبقه أوليات معينة وهي قيام العقد صحيحا بين

1- أحمد محمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 214.

2- نقض مدني مصري، 21 أفريل 1960 – مجموعة أحكام النقض – السنة 11 – رقم 50 – ص. 330.

3- ستكون لنا وقفة طويلة مع تحديد ماهية الشّرط التعسّفي في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه المذكرة، فإلى ذلك نحيل.

طرفيه[1].

**الشّرط الثاني : تضمّن العقد شرطا أو عدّة شروط تعسّفية:**

إذا توافر الشّرط الأول سالف الذكر، أي وجود عقد قائم صحيح، جاء دور الشّرط الثاني، والمتمثل في اشتمال العقد على شرط أو عدّة شروط تعسّفية، تبرّر رقابة القضاء. إذ الهدف الذي أراده المشّرع من قاعدة المادة 149 مدني مصري، والمادة 110 مدني جزائري، هو حماية الطرف المذعن لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه، وإذا لم يكن العقد متضمنا لأي من هذه الشّروط فلا محلّ لمراجعة القاضي وإلا عدّ تدخّله تحريفا للعقد، الأمر المبرر لنقض الحكم[2].

**الشّرط الثالث : الضعف الإرادي :**

يجب أيضا لسريان الرقابة على الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان، أن يكون المستهلك المذعن ضعيفا أمام الشروط التي يفرضها المهني، حيث لا يمكنه إلا أن يسلم بها. بمفهوم المخالفة إذا كنا بصدد قبول صادر بعد مناقشة لشروط العقد، بحيث كانت هذه الشّروط حصيلة مفاوضات الطرفين، فإننا يجب أن نطبق بشأنها نص المادة 1/147 مدني مصري (أو المادة 106 مدني جزائري)، باعتبار هذا التعاقد شريعة الطرفين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما، أو للأسباب التي يقررها القانون، حتى ولو كانت شروطا تعسّفية، طالما كانت مقبولة بمحض الاختيار الكامل للطرف الملزمة له. والقول بخلاف ذلك يعني تحريف العقد، ونقض جوهره، وهذا أمر محظور قانونا،فيجب أن ينظر القاضي إلى الطرف الضعيف وموقفه من الشّروط التعسّفية، فإذا كانت إرادته ضعيفة وكان دورها في العقد مجرّد التسليم، فقد قام مبرّر تدخله، حتى ولو كان منتبها إليها، عالما بما شابها من تعسّف، إذ لن يستطيع رغم هذا العلم أن يفعل شيئا سوى الإذعان لها[3].

**ثانياً : إمكانية تعديل الشّروط التعسّفية أو استبعادها:**

يقول البعض: أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء في المادة 149 مدني مصري – والتي تقابلها المادة 110 مدني جزائري – وهذا حكم خطير خصّ المشرّع به عقود الإذعان، وخوّل بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسّفية

1- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 434.

2- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 434.

3- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 436.

بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر، وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة إلى العقود على مجرّد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها[1].

و بالتالي فسلطة القاضي إزاء الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان في ظل القواعد التقليدية تشمل إما التعديل أو الإلغاء، بمعنى تعطيل الشّرط أو إعفاء الطرف المذعن منه. والنوع الأول من الرّقابة لا يقف حائلا دونه وضوح عبارات الشّرط، إذ أن هذه الصفة ليست بيت القصيد في هذه الشّروط، بل الأمر يتعلق بما شابها من تعسّف، إذ أن وضوح الشّرط ودقته لا يمنعان من تعديله، فلم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئا رغم هذا الوضوح وهذه الدقة، إذ الغموض ليس بشرط حتى يتدخل القاضي[2].

ويعتقد البعض[3]، أن حالة الوضوح هي التي تبرّر تطبيق حكم هذه المادة في الواقع، إذ الشّرط الغامض يفسّره القاضي عند الشك لصالح الطرف المذعن، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من المادة 151 مدني مصري – والتي تقابلها المادة 2/112 مدني جزائري – أما الشّرط الواضح المعنى فإن هذه المادة الأخيرة تقف عاجزة دونه، ومن ثم يجب أخذ الطرفين بحكمه، وبالتالي فقد تجنّب المشرّع ذلك بفرض الرقابة القضائية على هذه الشّروط، حتى ولو كانت واضحة، طالما قدّر القاضي أنها شروط تعسّفية، فإذا انتفت عنها هذه الصفة كانت مراجعتها من قبيل التحريف.

أما عن رقابة الإلغاء فهي أشدّ جرأة من رقابة التعديل، وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشّرط بأنه تعسّفي أن يعطله، فيعفي الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك القاعدة الشهيرة في قانون العقود والتي نصت عليها 1/147 مدني مصري[4]، والتي توازيها المادة 106 مدني جزائري، والتي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

ويرى جانب من الفقه[5]، بأن إعطاء سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص بعقود الإذعان طريقة لها أخطارها المخفية وتنطوي على عدم حكمة، لأن ذلك يهدم توازن العقد ويحدث الاضطراب في العلاقات الإقتصادية بسلطة تحكمية.

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

2- عبد الحكم فودة، السابق، ص.437.

3- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 437 .

4- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 438 .

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

وينتقد جانب آخر من الفقه[1]، هذا الرأي بأن توازن العقد قد اختل قبل تدخل القاضي، الذي يجيء دوره لإعادة هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي، برفع التعسّف عنه. وأما عن سلامة العلاقات الإقتصادية فلا يجب أن ننسى أن هذه العلاقات تقوم أيضا على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها، وأما عن التحكم فإن في رقابة محكمة النقض عن طريق كفاية الأسباب من شأنها أن تضع حدا لأي تطرف يحدث.

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

**أ) المعيار التقليدي لتقدير الطابع التعسّفي للشرط :**

نصّ المشرّع المصري في المادة 149 مدني، المذكورة سابقا، والتي تقابلها–المادة 110 مدني جزائري – على العدالة كمعيار[2] يتم على أساسه تعديل الشّروط التعسّفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، وما يلاحظ على هذا المعيار أنه مشوب بالغموض، وغير محدّد وواضح المعالم، وذلك لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر وبالتالي من قاضي لآخر، وقد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة، وهو ما سيؤدي حتما إلى تضارب أحكام القضاة بخصوص نفس الشّرط. فقد ينضر قاضي في مصر إلى شرط ما بأنه تعسّفي ويطبق نص المادة 149، بينما يرى قاضي في الجزائر عكس ذلك تماما ولا يعمد على تطبيق نص المادة 110 على نفس الشّرط، بل أنّ اختلاف الأحكام بصدد نفس الشرط قد يحدث بين قاضيين يمارسان مهامهما في نفس المحكمة. وهذا ما من شأنه أن يهدم استقرار المعاملات.

إلا أن جانب من الفقه[3]، "يرى أنه رغم غموض هذا المبدأ، أو معيار العدالة، إلا أنّ هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم، ويبعدهم عن التعسّف، وهذا الإحساس الطبيعي هو الذي يحرّك القاضي في تعديله للشّرط أو إعفاء المذعن منه". ويضيف هذا الجانب من الفقه "أن العدالة هي قاعدة من قواعد

1– عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 438.

2– أتت القواعد المعاصرة التي تحمي المستهلك من الشّروط التعسّفية في القانون المقارن (الفرنسي، الجزائري...) بعدّة معايير يسترشد بها القاضي لتقدير الطابع التعسّفي للشرط، ومن بين هذه المعايير : معيار التعسّف في استعمال القوة الإقتصادية، ومعيار الميزة المفرطة ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وإلتزامات الطرفين. وهو ما سيرد بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الثاني، ص 110 وما يليها.

3– عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 439.

القانون الطبيعي، إن لم تكن جوهر ذاته، وأساس القيم الأخلاقية الصحيحة، إذ أن العدالة تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير، ولا إثراء على حسابه، كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله، سواء في المحادثات السابقة عليه، أو عند إبرامه أو تنفيذه، فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلاقى ما به من ثغرات".

فالقاضي إذن يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشّرط تعسّفياً ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، لأن ذلك من مسائل الواقع، فإذا عنى له شرطا أنه تعسّفياً في عقد إذعان، كان له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسّف، وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحدّ معين سوى ما تقتضيه العدالة[1].

**ب) الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو إستبعاد الشّرط التعسّفي :**

يقول البعض[2] :"أنه لكي يضمن المشرع فعالية الحماية للطرف المذعن، أضيفت للمادة 149 مدني مصري – والتي تقابلها المادة 110 مدني جزائري- عبارة يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك– فلا يجوز إذن الإتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشّروط التي يراها تعسّفية"، ذلك أنه لو كان من الجائز مثل هذا الإتفاق، لما تأخّر الطرف القوي عن أن يجعله من شروط العقد، ولانعدمت في الواقع الحماية القانونية التي وضعها للطرف المذعن.

فلولا إضافة هذه العبارة لكانت الحماية صورية، إذ من السهل على الشركات المحتكرة أن تضمن العقد شرطا يحجب القاضي عن مراقبة الشّروط التعسّفية فيه، ثم تفرضه على الطرف المذعن الذي لا يستطيع إلا التسليم به.

ولكن إذا كان حكم هذه الحماية من الأحكام الآمرة التي لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، فهل هو ملزم بالنسبة للقاضي أيضا؟ بمعنى أنه إذا نعت الطرف المذعن شرطا معينا بصفة التعسّف، فهل يلزم القاضي بتعديله أو إعفاءه منه؟ أم له السلطة التقديرية في ذلك؟

أوضح النص المذكور آنفا، أن رخصة التعديل أو الإعفاء جوازية للقاضي وليست وجوبية، إذ رغم وجود الشّروط التعسّفية فإن للقاضي الامتناع عن استخدام هذه الرخصة، إذ ترجع المسألة

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج1، المجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1988، ص. 250.

2- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ط. 1968، ص. 119.

لتقديره ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه[1].

وفي الأخير يمكن القول أنّ تعديل الشّروط التعسّفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها، لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني.

ويرى بعض الفقه[2]، ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشّروط التعسّفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي، لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشّروط التعسّفية.

## الفرع الرابع :

## تفسير الشك لمصلحة المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً :

بالإضافة إلى الحماية المباشرة التي توافرت للطّرف المذعن في مواجهة الشّروط التعسّفية الواردة في عقود الإذعان بموجب المادة 149 مدني مصري، و110 مدني جزائري، السالفة الذكر، فقد تدخل كلا المشرعين بهدف إسباغ الحماية على الطرف المذعن في مواجهة الشّروط الغامضة والتي يحيط الشك بحقيقة المقصود منها.

فبالرغم من أن نص المادة 1/151 من القانون المدني المصري قد أتى مكرّسا للقواعد العامة في التفسير والتي تقضي أن "الشك يفسّر لمصلحة المدين" فقد ورد نص الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". وبلغة متطابقة تماما نص القانون المدني الجزائري في المادة 2/112 على أنه : " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

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

1- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 439.

2 - محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 76.

والقاعدة العامة في التفسير لا تخرج عن حالات ثلاثة هي :

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

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

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

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

وقد يكون سبب الإبهام هو التناقض بين الشّروط المختلفة في نفس العقد، كما هو الحال مثلا بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين، مما يؤدي إلى التساؤل عن أي شرط يعتد به منهما؟[1].

وتجب الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما، وليس أيضا وليد رعونه واضعه وهو المحترف، ولكن في كثير من الأحيان يكون متعمدا، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر على التعاقد[2].

لذا جاء الاستثناء المذكورة سابقا، أي يجب أن لا يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا، على أساس أنه إذا كانت الشّروط تحمل لبسا أو إبهاما، فمن العدل أن يتحمل المهني جريرة تقصيره في إيضاح شروط العقد، وأن لا يستفيد من

1- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 79.

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 79.

غموض الشّروط التي أملاها وفرضها على المستهلك المذعن[1].

والجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي وإن لم يورد نص في القانون المدني مماثل لنص المادة 149 مدني مصري – 110 مدني جزائري – الذي يعطي القاضي حق تعديل شروط العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها[2]، إلا أنه أورد نصوصا أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود لصالح الطرف المذعن أو المستهلك على وجه الخصوص، فإضافة إلى نص المادة 1162[3] مدني فرنسي، المقابل لنص المادة 151 مدني مصري، و112 مدني جزائري، هناك نص المادة 1602[4] مدني فرنسي، الذي بمقتضاه يلتزم البائع بأن يوضح ما يلتزم به المشتري، فإذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد فسِّر ضده، سواء كان دائنا أو مدينا، وذلك باعتبار أن البائع هو الطرف الأقوى في العقد إذ هو شيده والمملي لشروطه، بالإضافة إلى أنه يعلم الشيء المبيع جيدا، وبالتالي يكون عليه أن يوضح كل ما يتعلق به[5].

وخلاصة القول أن السلطات الواسعة التي منحها كل من المشرع المصري والمشرع الجزائري للقاضي، فيما يخص حماية المذعن من الشّروط التعسّفية، وإن كانت كافية إلى حد ما لحماية المستهلك في عقود الإذعان، إلا أن هذا الأخير عرضة لتعسّف المحترف، ليس في عقود الإذعان فقط، وإنما في جميع عقود الاستهلاك، إذ على الرغم من أن عقود الإذعان تمثل جزءً هاماً من العقود المبرمة مع المستهلكين والتي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد، من حيث المقدرة والخبرة، إلا أن هذه العلاقات التعاقدية ليست كلّها عقود إذعان، مما جعل بعض الفقه العربي[6]، يصرّح أن الحماية المقرّرة للمستهلك في عقود الإذعان في التشريعات العربية عموما، والتشريع المصري خاصة، غير كافية البتة وحدها لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية. ودعا نفس الاتجاه من الفقه إلى ضرورة اقتداء التشريعات العربية بالخطوة التي خطاها المشرع الأوروبي عندما منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل أو الإلغاء للشّروط التعسّفية في جميع عقود الإستهلاك،

1- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 82.

2- يجدر أن نشير إلى أن سياسة المشرع الفرنسي بعدم إعطاء القاضي حق تعديل أو إلغاء الشّرط التعسّفي قد تراجع عنها في القواعد الحديثة الخاصة بحماية المستهلك، وهو ما سنتعرض له بالتفصيل في الفصل الثاني. أنظر الصفحة 148 وما يليها.

3 - "Dans le doute, la convention s'interpréte contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation".

4 - "Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur".

5- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 313.

6- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 38.

والتي منها ما ينطبق عليه وصف الإذعان، وهي خطوة حاول المشرع الجزائري الاقتداء بها ولو بصفة جزئية حيث وسّع من مفهوم عقود الإذعان، كما سنرى في الفصل الثاني.[1]

## المطلب الثاني :

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

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

فغياب السبب، مكّن القضاء من إبطال بعض الشّروط الأكثر فداحة (الفرع الأول). وقاعدة حسن النية التي تسمح بتقدير ما إذا كان سلوك المتعاقد خاطئا أم لا؟ تستعمل في بعض التشريع المقارن بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود، والأشدّ وقعا (الفرع الثاني). أما عيوب الرضى وبالتحديد الغبن والإستغلال، فلها وإلى حد ما دور وإن كان ضئيلا في تصحيح بعض إساءات الاستعمال التي تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة عموما، وبين المحترف والمستهلك خصوصا (الفرع الثالث).

### الفرع الأول :

### دور نظرية السبب في الحماية من بعض الشّروط التعسّفية :

بداية تجدر الإشارة إلى أن اللّجوء إلى غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشّروط التعسّفية المفرطة، يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد يكون قد تضرّر من الشّرط التعسّفي،

1 - أنظر الصفحة 105 وما يليها.

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

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

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

**أولاً : الإستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب :**

تباينت التشريعات من حيث الميل لإحدى النظريات التي تتنازع نظرية السبب – النظرية التقليدية والنظرية الحديثة – وهو ما يتيح الفصل في إمكان أو عدم إمكان إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشّروط التعسّفية، في كلٍّ من هذه التشريعات، وذلك حسب النظرية التي أخذت بها.

ففي القانون المدني الفرنسي تنص المادة 1131 على أن "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع"[3].

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

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

3- « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

يعتبر هذا النص أثرا من آثار الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب. والتي كانت تشترط في السبب وجوب أن يكون صحيحا، ومشروعا علاوة على اشتراطها أن يكون موجودا.

يعني هذا الشّرط 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 تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل، وهو تنفيذ هذا الالتزام المقابل، فإن عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، مما يؤدي إلى بطلان العقد[1].

وفي مقابل التشريع الفرنسي، والذي اعتمد فيه على النظرية التقليدية للسبب، فإن المشرع الجزائري اعتمد على النظرية الحديثة للسبب، هذه الأخيرة تنظر إلى السبب باعتباره الغرض، أو الغاية غير المباشرة التي يريد المتعاقد الوصول إليها من وراء تعاقده، وبهذا يصبح السبب في نظرها هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

ويرى البعض[2]، مع أغلبية الفقه العربي، أن القانون الجزائري مثله مثل القوانين العربية قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب، وإن كان يسلّم أن المادة : 97 أسندت السبب إلى العقد، ثم عادت المادة 1/98 فأسندت السبب إلى الالتزام، ثم عادت المادة 2/98 فأسندت السبب إلى العقد.

ووفقاً لنص المادة 97 مدني جزائري، فإنه لا يشترط في السبب إلا شرط واحد وهو أن يكون مشروعا، حيث نصت أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

وأفصحت المادة 136 مدني مصري على وجوب أن يكون للالتزام سبب، رغم كون ذلك محلّ خلاف كبير بين الفقهاء في مصر حيث يرى البعض[3] أن نص هذه المادة يمثل اعتناقا للنظرية الحديثة، ونبذا للنظرية التقليدية حتى مع وجود عبارة "إذا لم يكن للالتزام سبب..." في صدر المادة المذكورة على أساس ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.

1- J. CARBONNIER: Droit civil, les obligations, B.U.F., 1979, p.210.

2- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، د.م.ج.، 1992، ص. 88، 89.

3- السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج. 1، المجلد 1، المرجع السابق، ص. 514.

ولكن جمهرة الفقهاء في مصر تقول بازدواجية السبب، أي سبب العقد وسبب الالتزام[1]، ونفس القول أيضا عند بعض الفقه بخصوص القانون المدني الجزائري[2].

إذن فالقول بالنسبة للقانون المدني المصري والقانوني المدني الجزائري بخصوص إمكانية استناد القاضي على غياب السبب، لإبطال بعض الشّروط التعسّفية يحتاج إلى اجتهاد فاصل بإمكانية ذلك، أي بالتسليم من طرف القضاء بفكرة انعدام السبب، كما فعل القضاء الفرنسي الحديث، وذلك من أجل إبطال الشّروط التعسّفية، أو على الأقل الصنف الخاص بالشّروط المعفية أو المحددة للمسؤولية.

**ثانياً : نمو الإجتهاد القضائي بصدد الإستناد على غياب السبب للحماية من بعض أنواع الشّروط التعسّفية:**

في محاولة لتحقيق التوازن العقدي، ظهر في فرنسا في السبعينات اتجاه قضائي، مدعما بجانب من الفقه، طور بشكل كبير وظيفة السبب، بأن وسع مجال سبب الالتزام، بتضمينه الباعث الدافع الداخل في المجال التعاقدي[3]. فأصبح معول على غياب السبب لإبطال الشّروط المفرطة التي يكون من نتيجتها إعطاء أحد المتعاقدين، والذي حرّر الشّرط نفعا غير مشروع لأنه مجرّد من المقابل.

وقد جرى قبول هذا الحل أولا في مادة التأمين، حيث قرّرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية[4]، وتراجعا منها عن اجتهادها السابق، بأن الشّرط الوارد في عقود التأمين والذي يشترط أن لا تكون مضمونة" إلا المطالب الحاصلة خلال مدة صلاحية وثيقة التأمين" هو شرط تعسّفي باطل.

وفي قرار آخر، استنتجت الغرفة التجارية لمحكمة النقض[5]، أنه يقتضي أن يعتبر شرط عقد التأمين الذي بمقتضاه يكون ضمان أضرار كهذه ساريا بعد فسخ عقد التأمين مقابل دفع أقساط

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي، الجزء الأول ، مطبوعات جامعة الكويت ، (بدون تاريخ)، ص. 391.

2- علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، 2001، ص. 202.

3- درماش بن عزور، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2006، ص. 86.

4- Cass. civ., 1ère ch., 19 desembre, 1990: Bull. civ.-I- n°.303; p.372.

5- Cass.com., 28 mai 1993.

أورده، جاك غستان، السابق، ص.996.

لاحقة في بعض الحالات غير مكتوب، أي شرط تعسّفي باطل، لأن قسط إضافي كهذا هو في الواقع مجرّد من أي مقابل، وبالتالي مجرّد من السبب.

وتوالت القرارات المماثلة في القضاء الفرنسي، والتي تستند على غياب السبب لإبطال الشّروط التعسّفية. على أن أهم قرار على الإطلاق، والذي أثار جدلا فقهيا، هو القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض[1]، والذي عرِّف بقرار Chronopost.

ففي هذا القرار، استندت الغرفة التجارية على غياب السبب كأساس لإلغاء الشّرط المبالغ فيه. حيث تتلخص وقائع القضية في تكفل شركة النقل السريع 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 يحدِّد مبلغ التعويض عن التأخير في حدود مصاريف النقل المدفوعة من الزبون فقط، لكن محكمة النقض، وبمقتضى المادة 1131 من القانون المدني – المذكورة سابقا– قرّرت أن الشّرط المحدّد للمسؤولية الذي يناقض التزاما أساسيا بإيصال الطرود بسرعة فائقة، يعتبر غير مكتوب[2]، أي اعتبرته شرطا تعسّفياً باطلا.

إذن، فإن الغرفة التجارية لمحكمة النقض، استندت على غياب السبب من أجل إبطال الشّرط التعسّفي الذي فرضته الشركة وهو الشّرط المحدّد لمسؤوليتها عن التأخير، والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، فنقل الطرود بحدِّ 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[3].

**ثالثاً : موقف الفقه من الإجتهاد :**

تباين موقف الفقه من الإجتهاد الذي يستند على غياب السبب من أجل إبطال بعض الشّروط التعسّفية.

1- Cass. com., 22 oct. 1996: Bull. civ. IV, n°.261; GAJC, 11e éd., n°.156: D. 1997, 121, not Sériaux; Defrénois 1997, 333, obs. D. Mazeaud.

2- درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص. 86.

3- درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص. 88 .

فقال البعض أن هذه التقنية لا تؤدي سوى إلى إبطال بعض الشّروط، وليس إلى إزالة عدم التوازن العقدي برمته، فضلا عن أن إعمال فكرة انعدام السبب وفقا للمعنى الموروث من النظرية التقليدية للسبب، يؤدي إلى بطلان العقد برمته[1]. وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك، والذي من مصلحته إبطال الشّرط وحده والإبقاء على العقد.[2]

إلا أن القضاء، سرعان ما لا حظ أن إبطال العقد برمّته لا يخدم لا المتعاقد المتضرّر من الشّرط، ولا العقد في حد ذاته، باعتبار أن إبطال العقد برمّته قد يمسّ بإستقرار المعاملات.

ونتيجة لذلك ذهب قضاة النقض وهم بصدد قضية Chronopost إلى أن الأمر يتعلق 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، مفضلين بذلك بطلانا جزئيا للعقد، وذلك بإلغاء الشّرط التعسّفي المدرج فيه وحده، وترك العقد قائما. وإلغاء الشّرط لم يكن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بالسرعة المطلوبة، والدقّة في الآجال، وإنما لمخالفته المبدئية للرغبة المشروعة التي كان ينتظرها المدين، وهذه الرغبة موجودة منذ تكوين العقد[3].

إلا أن هذا الاتجاه الجديد لقضاة النقض، واجه انتقادا، كما حضي ببعض التأييد:

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 الشّرط، كشرط جزائي مبالغ فيه. إلا أن قضاة النقض أرادوا الابتكار، من خلال التمسّك بغياب السبب كأساس لقرارهم، والذي تمثل في التقصير في أداء التزام أساسي.[4]

وذهب اتجاه آخر من الفقه[5] منتقدا القرار، أن نظرية السبب لا تسمح للقاضي بمراقبة

1- J. CARBONNIER , précité, p.107.

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 72.

3- درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص. 88 .

4- J-M. GUEGUEN : « Le renouveau de la cause, en tant qu'instrument de justice contractuelle » Dalloz, 1999, 33e cachier, p. 353.

مأخوذ عن درماش بن عزوز، مرجع سابق. ص. 87.

5 - "C. LAROUMET, C. DANIEL"

H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE: Les grands arrêts de la jurisprudence civil, Tome II, 11ème édition; Dalloz 2002, Paris, p.82.

مدى التكافؤ بين الأداءات المتقابلة، وإقامة توازن حقيقي في العقد، لأن وجود عوض حقيقي كاف ليكون للالتزام سبب، وهذا ما هو محقّق في قضية الحال، فالعوض موجود، والتعادل المتفق عليه كذلك، فالثمن المقترح من شركة النقل، وإن كان يفوق ثمن البريد العادي، إلا أنه لا يعتبر ثمنا فاحشا.

وفي هذا السياق يقول جانب من الفقه المنتقد: "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 أداء التزامه، والدليل على ذلك هو لو أن شركة النقل ارتكبت خطأ على درجة معينة من الخطورة (غش أو خطأ جسيم) لأصبحت مسؤولة دون اعتبار للشّرط المحدّد للمسؤولية"[1].

أما بالنسبة للاتجاه الفقهي الذي أيّد التوجه الجديد لقضاة النقض بخصوص القرار نفسه، ذهب إلى أنّ قرار Chronopost، قد أخرج السبب من النطاق الذي حصره فيه الفقه التقليدي. فلم يعد السبب مجرّد وسيلة لتحقيق تعادل موضوعي للعقد بغض النظر عن التفاوت الذي يمكن أن يتضمنه، وإنما أصبح أداة موازنة حقيقية للعقد ببعدها الشخصي، فالالتزام الأساسي الذي تحمّله الناقل، والمتمثل في دقة وانتظام المواعيد، شكل جوهر البنية التجارية، والهيكل الإشهاري للناقل، ومن جهة أخرى الدافع الحاسم الذي حرك إرادة الزبون.[2] وعليه فالقرار كان موفقا، لأنه سيسمح بمكافحة ممارسات، تعمل على منح وعود مدعمة بحملات إشهارية واسعة، وفي نفس الوقت، إدراج شروط تعسّفية خفية ضمن الشّروط العامة، تجعل من هذه الوعود مجرد أوهام. [3]

وخلاصة القول، أن تبني وظيفة جديدة للسبب من طرف القضاء الفرنسي كوسيلة للحماية من الشّروط التعسّفية بالإستناد على غياب السبب، أصبح أمر مقبول في الأوساط القانونية، وذلك رغم الانتقادات التي سبق ذكرها، والتي وجّهت إلى هذه الوسيلة من طرف بعض الفقه

---

وأنظر في نفس المعنى، درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص. 89.

1 - C. LAROUMET: Cité par: H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, précité, p.45.

2- D. MAZEAUD: « Cause illicite » Revus des contrats (RDC), Chronique, 2005/2, p. 83, 84, n°.15.

مأخوذ عن درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص. 89، 90.

3- F-J. PANSER et R. WINTGEN: Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, édition ellipses 2000, Paris,p.52.

و أنظر درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص. 90.

المعارض.

أما بالنسبة للتشريع المصري والتشريع الجزائري، وكما سبق القول[1]، فإن الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي يفتح باب الحماية من الشّروط التعسّفية، بالإستناد على غياب السبب المقابل للالتزام، وذلك بغرض إبطال الشّروط التعسّفية التي لا تقع تحت طائلة المادة 149 مدني مصري الرديف لنص المادة 110 مدني جزائري، والخاصة بتعديل أو إلغاء القاضي للشّرط التعسّفي المدرج في عقد الإذعان.

وتبني هذا الحل من طرف القضاء المصري والقضاء الجزائري، سيعزز بدون شك، الحماية المقرّرة في القواعد العامة، خاصة وأن هذه الطريقة مناسبة جدا لإلغاء الشّروط التحديدية للمسؤولية، إذا علمنا أن المشرع الجزائري على الأقل يجيزها. من حيث المبدأ، بنص المادة 1/178 من القانون المدني.

1 - أنظر الصفحة 50 وما يليها.

## الفرع الثاني :

## دور مبدأ حسن النية في حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية:

إن مبدأ حسن النية يعتبر آلية عامة مكّن إعمالها على الأقل في بعض التشريع المقارن، وإن كان ذلك في حدود ضيقة، من توفير بعض الحماية من الشّروط التعسّفية، سواء للمستهلك، أو غيره من المتعاقدين الضعفاء. لهذا سنحاول إلقاء نظرة وجيزة على هذا المبدأ، من حيث تعريفه (أولا)، ومن حيث عرض مدى إمكانية الإعتماد عليه للحماية من الشّروط التعسّفية (ثانيا).

**أولاً : تعريف مبدأ حسن النية:**

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

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

إذن فالسؤال المطروح هو، إلى أي مدى يمكن أن يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية لإبطال الشّروط التعسّفية المدرجة في العقد بسوء نية من طرف المحترف؟

**ثانياً : مدى إمكان الإعتماد على مبدأ حسن النية للحماية من الشّروط التعسّفية:**

توجب الفقرة الثالثة من المادة 1134[2] من القانون المدني الفرنسي أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية. فهذه الفقرة تقع تحت طائلتها كل العقود دون استثناء، فقد أراد المشرع بوضع هذه القاعدة أن تكون حدا قانونيا مضروبا على الإرادة، حتى ترتد إلى الحدود الصحيحة للأمانة[3].

ويثور التساؤل بشأن النص السابق، لماذا يتعلق الأمر بالحماية من الشّروط التعسّفية، على

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

2 - "… Elles doivent être exécutées de bonne foi".

3– عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 155.

الرغم من أنه يتكلم عن تنفيذ الإتفاقات؟

هناك رأيين متعارضين في هذا الصدد، وذلك رغم أن الفقه لم يولي اهتماما كبيرا بمبدأ حسن النية، كآلية لإعادة التوازن إلى العقد. فالرأي الأول[1]، يذهب إلى أن مبدأ حسن النية يراعى فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة بمكان ترك شروط العقد لمحض تقدير القاضي بالإستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة 1134 مدني فرنسي[2].

على أن الرأي الثاني يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظل العقود جميعها، سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها[3].

فالمادة 142 (مدني ألماني)، مثلا، نصت على هذا المبدأ بوصفه مبدأ عام، بشرط أن لا يؤدي إعماله إلى المساس باستقرار المعاملات، كما أن المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود والأشدّ وقعا، عن طريق إبطال الشّروط التعسّفية بمسائلة محرّرها عن سوء نيته، إذ أن المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976، والمتعلق بالشّروط العامة للعقود، منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشّروط العامة على التوازن العقدي، والعمل على تحقيقه، كما نصت المادة 09 من نفس القانون على تحديد معنى الشّروط العامة بوصفها شروطا تحقّق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية[4].

وتتردد المحاكم في فرنسا في تبني موقف القانون الألماني، وإن كانت أحيانا تتطلب أو تستوجب حسن النية عند تنفيذ العقد، بما يسمح بتقدير فيما إذا كان سلوك المتعاقد سويا أم لا. مما يفسح المجال لإعمال ميكانيزمات تقنية مختلفة أخرى مثل المسؤولية والفسخ وغيرها[5].

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

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

2 - محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 64.

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

4- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 65، 66 .

5- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 66.

العقدي[1].

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نصت المادة 1/107 مدني على أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وفي ذلك "اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، فضلا عن استخلاص نهيه بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد"[2]. وإذا علمنا أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدّد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، فإن ذلك يفسّر انعدام الإجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية من أجل إعادة التوازن إلى العملية العقدية لصالح الطرف الضعيف، إذ أن إدراج شرط تعسّفي من طرف المهني في عقد الاستهلاك الذي يربطه بالمستهلك ما هو إلا تصرف ناجم عن سوء نيته، "وهو ما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي في القانون الجزائري"[3].

## الفرع الثالث :

## دور نظرية الغبن والإستغلال في حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية:

إنّ الإستغلال أمر نفسي يعدّ الغبن مظهرا ماديا له[4]، لذا فقد نصت المادة 129 من القانون المدني المصري على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

بينما نصت المادة 90 من القانون رقم 05-10، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري[5]، أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن

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

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج.1، المجلد 1، المرجع السابق، ص. 700.

3- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 66، 67.

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

5- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ...".

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

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

وبالتالي يمكن القول أن تأثر المشرعين المصري والجزائري بالقانون الألماني في هذا المقام، أي باعتناقهما للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن قد تجنبا القصور التشريعي في القانون الفرنسي، والتي اعتنق المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيقة، ولا شك أن سلطة القاضي عند

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

2 – محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 60، 61.

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

4– محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 61 ، 62 .

تقرير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقا منها في النظرية الموضوعية[1].

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

ومن المؤكد أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقييم الشّروط التي يمليها أحد المتعاقدين (المحترف) على الآخر(المستهلك)[3]، فحتى وإن لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشّروط على الأداء المالي للعقد بشكل مباشر، فإن هذه الشّروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشر[4].

كذلك في نظرية الإستغلال لا ينظر إلى اختلاف قيم الأشياء بمعيار موضوعي من خلال تحديد نسبة معينة من نقصان القيمة يعد غبنا ما يجاوزها. وإنما يقاس بمعيار شخصي، ووفقا لظروف كل حالة على حدة، مع ملاحظة أن المشرع المصري يشترط في الغبن المصحوب بالإستغلال وفي جميع الأحوال أن يصل إختلال القيمة إلى حد باهظ[5]، ونفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الجزائري.

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

ومن خلال ما سبق، يمكن القول: أن إدراج الشّروط التعسّفية في عقود الإستهلاك- وهذه الأخيرة تعد أبرز مثال على العقود غير المتكافئة- والناتج عن ضعف إرادة المستهلك الذي يحتاج إلى السلعة أو الخدمة هو ما يتيح لنا أن نقول بإمكانية تطبيق نظرية الإستغلال لحماية هذا المستهلك المغبون من بعض الشّروط التعسّفية ذات الطابع المالي والتي قد تخل بتوازن العقد.

إلا أن بعض الفقه يرى أن هذا الحل غير كاف، إذ لا يمكن تعميم نظرية الغبن والإستغلال

1- محمد بودالي، نفس المرجع، ص. 62 .

2- عامر قاسم أحد القيسي، مرجع سابق ص. 30 .

3- عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976 ، ص. 429 وما بعدها.

4- توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، 1966، الإسكندرية، ص.129 .

5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، دار النهضة العربية، 1976، ص. 346.

على نطاق واسع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات واهتزاز الأمن القانوني[1].

بالإضافة إلى أن هذه الوسيلة لا يمكن أن تحمي المستهلك في جميع الحالات، بإبطال الشّروط المخلة بتوازن العقد، إذ أنها تصطدم بالحقائق الآتية:

1. لا يستفيد المستهلك المغبون من الحماية إذا قدّر القاضي أن عدم التعادل بين الالتزامات ليس جسيما، لأن المشرّع يشترط أن يكون عدم التعادل جسيما[2]. خاصة إذا علمنا أن المحترفين في الوقت الراهن يعتمدون على كسب ميزات مالية ضئيلة في كل عقد يبرمونه مع المستهلك، على أن العدد الكبير من عقود الإستهلاك التي يبرمها المحترف في اليوم الواحد، بل في الساعة الواحدة، هو الذي يوفّر له ميزة فاحشة.
2. من ناحية أخرى، فإن النص القانوني وحتى في النطاق الضيق لتطبيقه يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعيب أو ضعف في إرادة المستهلك المغبون، وهو ما لا يتمكن هذا الأخير من القيام به في أغلب الأحوال[3]، بالإضافة إلى المصاريف التي تتطلبها دعوى البطلان أو الإبطال أو دعوى الإنقاص، مما يؤدي إلى تثبيط همم المستهلكين في سلوك هذا الطريق[4].
3. و من ناحية ثالثة، فليس الطيش أو الهوى، دليلا في حدِّ ذاته على وجود الضعف النفسي، يضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف قد تم تحديدها بتعابير محدّدة، اتفق الفقه عليها، وهذا يعني أكثر أن المشرّع حصر أسباب الدفع بهذا العيب في أضيق نطاق ممكن[5].
4. بالإضافة إلى أن عيب الغبن، كما سبق القول، قد يوفر حماية محدودة جدا تقتصر على بعض الشّروط ذات الطابع المالي فقط، دون الأنواع الأخرى من الشّرط التعسّفية.

1- B. Starck: Droit civil, obligations, Librairies Thechniques, 1972, p.479.

و أنظر محمد بودالي، مرجع سابق، ص.64 .

2- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 31 .

3- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 31 .

4- محمد بودالي، مرجع سابق، ص.64 .

5- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 32 .

## المبحث الثاني:
## الحماية الخاصّة للمستهلك من الشّروط التعسّفية
## في بعض القواعد المتفرقة:

على عكس الحماية العامة[1]، التي وردت في القواعد التقليدية لقانون العقود، لمواجهة أكثر من نوع من الشّروط التعسّفية التي يمكن أن تدرج في عقد إستهلاك، فإن الحماية الخاصة جاءت لتواجه شروطا تعسّفية معينة، أو مسماة إن صح القول، وذلك بموجب قواعد متفرقة في ثنايا القواعد العامة.

لذا سنتناول في هذا المبحث طائفتين من الشّروط التي تسوّس عقود الإستهلاك، عن طريق الإضرار بأضعف طرفيها، وهو في الغالب الأعم المستهلك[2]. فنتطرق في المطلب الأول إلى الشّروط التي تتضمن تعسّفا، وهي الشّروط الجزائية، والشّروط الإرادية، على اعتبارها الطائفة الأولى. أما الطائفة الثانية والتي نوردها في المطلب الثاني فهي تتعلق بالشّروط التعسّفية بذاتها، ممثلة في عدة أنواع.

### المطلب الأول:
### الحماية من الشّروط المتضمنة تعسّفاً :

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

لذا نتناول في هذا العنصر الحماية المقرّرة للمستهلكين من الشّروط الجزائية المبالغ فيها أو

1- أنظر المبحث الأول، ص 32.

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

المفرطة (الفرع الأول)، على أن نخصّص (الفرع الثاني) للحماية من الشّروط الإرادية.

## الفرع الأول :

## الحماية من الشّروط الجزائية المفرطة :

غالبا ما يستخدم المهنيون الشّرط الجزائي، نظرا لما يتمتعون به من نفوذ اقتصادي، وذلك بغية الحصول على مزايا فاحشة بفرض تعويض اتفاقي فاحش على المستهلكين. بالنظر لعدم المساواة الإقتصادية بين هذين الفريقين أقرّت التشريعات للقاضي سلطة النظر فيما إذا كان التقدير الإتفاقي للتعويض فاحشا أم لا [1]. وبتعبير آخر تدّخل المشرّع من أجل إلغاء مبدأ عدم المساس بالشّرط الجزائي عندما يؤدي إلى نتائج ظالمة بشكل واضح لواقع عدم المساواة الإقتصادية والخبراتية بين المحترفين من جهة والمستهلكين أو غير المحترفين من جهة أخرى، وهذا كله بسبب تعسّفات ليست محلّ شك، في حالة إدراج شروط جزائية مطابقة لإرادة محرّر العقد بإرادة شبه منفردة، لأن إرادة المستهلك في الواقع غالبا ما تكون وهمية، حيث يقول البعض[2] : أن هذه الشّروط الجزائية مؤكدة للتحديد الرهيب والتحكمي، وذلك بصفة أساسية في عقود البيع الايجاري، وعقود البيع بالائتمان.

لتوضيح ما سبق نأتي على تعريف الشّرط الجزائي وتمييزه عن شرط تحديد المسؤولية (أولا)، على أن نفصّل سلطة القاضي في مراجعة الشّرط الجزائي (ثانيا).

**أولاً : تعريف الشّرط الجزائي وتمييزه عن شرط تحديد المسؤولية:**

### 1- تعريف الشّرط الجزائي:

يلجأ المتعاقدون إلى تقدير التعويض المستحق على أحدهم في حالة عدم التنفيذ الكلي للعقد أو عدم التنفيذ الجزئي له، وذلك بهدف تجنب صعوبات التقدير القضائي للتعويض، والحد من سلطة التقدير الممنوحة للقاضي، يتم ذلك بالإتفاق مقدّما بينهم على تحديد مبلغ مالي يدفعه

1- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 275 .

2 - B. BOCCARA : « La réforme de la clause pénale : Conditions et limites de l'intervention judiciaire », J.C.P., 1975, p.2742.

المدين في حالة عدم الوفاء بالتزامه، وهو ما يعرف بالشّرط الجزائي[1].

وبغرض التدقيق نعرض بعض التعاريف التشريعية (أ)، وبعض التعاريف الفقهية، (ب)، للشرط الجزائي.

**أ) التعريف القانوني:**

عرّف المشرع الفرنسي الشّرط الجزائي في مادتين، المادة 1226 مدني، والمادة 1229.

تنص المادة 1226[2] مدني فرنسي على أن : " الشّرط الجزائي هو الشّرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ" أما المادة 1229[3] مدني فرنسي فقد عرّفت الشّرط الجزائي بأنه : "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشّرط مقررا لمجرد التأخير".

يلاحظ على هذين التعريفين، أن الأول هو تعريف عام من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر ناقصا، إذ اقتصر على عدم التنفيذ[4].

أما التعريف الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذي كان يعتبر الشّرط الجزائي عقوبة، كما انتقد هذا التعريف لكونه جاء مخالفا لروح نص المادة 1152[5] مدني فرنسي، والتي بمقتضاها يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشّرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه أي ضرر[6].

أما المشرع المصري والمشرع الجزائري، فلم يعرّفا الشّرط الجزائي، تاركين هذه المهمة للفقه والقضاء، فاكتفوا بتأكيد شرعيته في المواد 223 مدني مصري، و183 مدني جزائري. وبيّنا أحكامه في المواد 244 و245 مدني مصري، و184، 185 مدني جزائري.

---

1- أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 274.

2- Art. 1226, C.C.F. « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'éxécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

3- Art. 1229, C.C.F. «La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obliguation principale. Il ne peut demmander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

4- نجاري عبد الله، الشّرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1983، ص.7.

5- أنظر نص المادة 1152 مدني فرنسي، ص. 68 ، 69.

6- نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص. 10.

**ب) التعريف الفقهي :**

لقد عرّف الفقه الشّرط الجزائي بتعاريف مختلفة نذكر منها ما يلي :

عرّفه بعض الفقه العربي[1] بأنه : "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه".

وعرّفه جانب آخر من الفقه العربي[2] أيضا بأنه:" تقدير اتفاقي للتعويض، وعلى وجه التفصيل مبلغ جزائي يقدّر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر".

يؤخذ على هذا التعريف، أن الشّرط الجزائي ليس من الضروري أن يكون محله ماليا، كما أورده التعريف، وإنما يمكن أن يكون محله أداء أو امتناعا عن عمل[3].

وفي مقابل الفقهاء العرب، فإن بعض الفقهاء الغربيين عرّفوا الشّرط الجزائي بتعاريف مختلفة نذكر منها التعريف الذي جاء فيه، بأنّ الشّرط الجزائي هو: " ذلك الشّرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه"[4]. وفي تعريف آخر فإن الشّرط الجزائي هو: " اتفاق تبعي للاتفاق الأصلي، بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ"[5].

لكن هذا التعريف الأخير، أخفق هو الآخر حينما قصر محل الشّرط الجزائي على مبلغ من النقود فقط.

ويستخلص من هذه التعاريف المختلفة للشرط الجزائي أن الفقه مجمع على أن الشّرط الجزائي ما هو إلا تعويض، وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام الشّرط الجزائي في الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض، كما يستنتج أيضا من هذه التعاريف أن الشّرط الجزائي قد يكون مقررا لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ[6].

ونستنتج أيضا أن الشّرط الجزائي يتضمن خاصيتين: الأولى عمل شيء، والثانية أنه يكون

---

1- أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة، بيروت، 1980، ص. 71.

2- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة،1990، بند 155، ص. 188.

3- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 274 .

4 - Toullier : Droit civil francais suivant d'ordre du code,Tome 2, 6ème éd., page 316, n°. 789.

5 - P. Guiho: Cours de droit civil, les obligations, Tome4, éd. 1979, page 161.

6- نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص. 10 .

ضمانا لتنفيذ الإتفاق، وأن جوهره كونه تهديديا، وليس من الضروري أن يكون محله ماليا كما سبق القول آنفا، فقد يكون محله أداء أو امتناعا عن عمل[1]. إذن فالشّرط الجزائي يحمل صفة تعويضية، وهو كذلك إما وسيلة ردع باعتبار أنّ المبلغ المالي يمكن أن يكون أعلى من قيمة الضرر الحاصل، وأما شرط إعفاء من المسؤولية حينما يكون المبلغ المالي المشترط أقل من الضرر، وهذا ما يستدعي التمييز بين الشّرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية.

## 2- تمييز الشّرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية:

إن المسؤولية العقدية تهدف إلى معالجة الوضع المترتب على عدم تنفيذ المدين الإلتزام العقدي، أو تأخره في هذا التنفيذ. وقد قرّر القانون جزاء هذه المسؤولية وهو الحكم على المدين بالتعويض، غير أن هذا التنظيم القانوني للمسؤولية العقدية ليس مفروضا على الأطراف، حيث أجاز القانون للأطراف الإتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية، كما أجاز لهم الإتفاق على قيمة التعويض. وقد يشتبه الشّرط الجزائي مع هذه الإتفاقات المعدّلة للمسؤولية[2].

على أن الإتفاقات المعدّلة للمسؤولية نوعان: الأولى معفية من المسؤولية والثانية محدّدة لها، وهذه الأخيرة وحدها هي التي تشتبه مع الشّرط الجزائي.

فقد يتفق الطرفان المتعاقدان على وضع حد أقصى لمقدار مسؤولية المدين، لا يجوز تجاوزه، كما لو اشترطت شركة السكة الحديدية أو إدارة البريد أن لا تتجاوز مسؤوليتها مبلغا معينا في حال ضياع طرد أو رسالة[3].

فإذا زاد الضرر عن هذا المبلغ المعين، لا تدفع الشركة أو المصلحة أكثر من مبلغ متفق عليه، يعتبر حدا أقصى للمسؤولية، وإذا قل الضرر عن الحد الأقصى، نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي، وهذا الشّرط هو ما يسمى بالشّرط المحدّد للمسؤولية[4]. وهو يختلف عن الشّرط الجزائي من النواحي الآتية:

لا ينزل التعويض في الشّرط الجزائي، عن المبلغ المقدّر، حتى ولو كان الضرر الفعلي أقل قيمة من الشّرط الجزائي، إلا في حالات استثنائية. أما في الشّرط المحدّد للمسؤولية، فهناك تحديد

1- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 274 .

2- نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص. 64 .

3- أنظر الصفحة. 52.و ما يليها، والتي تتضمن مثال مفصل عن هذه الحالة.

4- إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، 1991، ص. 43.

للحد الأعلى، وفيما عدا ذلك يخفض التعويض إذا كان الضرر الفعلي أقل من الحد الأعلى المحدّد.

الشّرط المحدّد للمسؤولية يشترط دائما لصالح المدين فقط، وهو المهني أو المحترف في عقود الإستهلاك. أما الشّرط الجزائي، فيمكن تبعا لقيمة الجزاء أن يفيد منه أحد الفريقين المتعاقدين. غير أنه تحت غطاء الشّرط الجزائي يمكن إخفاء شرط محدّد للمسؤولية، أو محاولة تجنب أوضاع شرعية تمنعها شروط الإعفاء التام في بعض الحالات. فيكفي أن يحدّد الشّرط الجزائي بمبلغ طفيف بحيث يؤدي إلى إلغاء ضمني للمسؤولية، فشرط كهذا يعتبر باطلا[1].

**ثانياً : سلطة القاضي في مراجعة الشّرط الجزائي:**

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه قد مرّ بتطورات حتى وصل إلى إعطاء القاضي سلطة في مراجعة الشّرط الجزائي. ففي البداية كان المشرّع الفرنسي يعتنق مبدأ عدم جواز المساس بالشّرط الجزائي، أي عدم جواز تخفيضه، حيث كانت المادة 1152 مدني تنص على أنه "عندما يتضمن الإتفاق أنّ من يقصّر في تنفيذ التزامه يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص"[2].

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

فالقاضي لم يكن يستطيع التدخل لتخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه، ويبدوا ذلك إعمالا لمبدأ أن الإتفاقات المبرمة قانونا تأخذ قوة القانون، وأنها يجب أن تنفذ بحسن نية، أي إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة[3]، ولكن كان القاضي الفرنسي يملك التدخل فقط على حد تعبير البعض " فيما لو أراد ذلك وفيما لو كانت قواعد العدالة تتطلب هذا التدخل، لعقاب تعسّف ما"[4].

غير أن هذا الوضع سرعان ما تغير، فوضع المشرّع الفرنسي حدا للاستعمال التعسّفي للشرط الجزائي،و ذلك في 09 جويلية 1975، حيث قام بتعديل أحكام الشّرط الجزائي بمقتضى

1- Weill et Terré: Droit civil, les obligations, Précis Dalloz, 1975, n°. 546.

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

3- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 277.

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

القانون رقم 597-75، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152، كما أعاد صياغة المادة 1231 الخاصة بحالة عدم التنفيذ الجزئي للعقد كما سنراه لاحقا. فأصبحت المادة 1152 تنص على أنه " عندما يتضمن الإتفاق أن من يقصّر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض، لا يسمح للطرف الآخر أن يطلب زيادة أو نقص، غير أنه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"[1].

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

إذن فسلطته مقيدة وفقا لقانون 09 جويلية 1975 المشار إليه آنفا. إلا أن المشرّع الفرنسي تدارك الأمر فقام بتوسيع سلطة القاضي إزاء الشّرط الجزائي، وأجاز له التدخل لمراجعة الشّرط من تلقاء نفسه متى كانت العقوبة فاحشة جدا أو تافهة وذلك دون انتظار أن يطلب منه ذلك[2]، وذلك وفق التعديل الحديث الذي أدخله المشرع بمقتضى قانون 11 أكتوبر 1985 على المادة 1152[3].

في مقابل التشريع الفرنسي، فإن المشرع المصري ومنذ وقت مبكر، قد أعطى للقاضي سلطة إجراء الرقابة على تطبيق الشّرط الجزائي، وذلك كوسيلة لمقاومة التعسّف الذي يباشر على الطرف الضعيف في العقد[4]، فوفقا للقانون المصري يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفِّذ في جزء منه المادة

1- Art. 1152, paragraphe n° 2, "Néomoins, le juge peut moderer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou derisoire.
Toute stipulation contraire sera reputée non écrite ».

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

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

4 – أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 276.

2/224 من القانون المدني المصري.

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

غير أن بعض الفقه الجزائري[1]، يرى بأن القانون الجزائري بتوقفه عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشّرط الجزائي في حالة المغالات فيه ولم يزد إلى ذلك ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه، قد جعل هذه الحماية ناقصة، ويرى أيضا أن إعمال نص المادة 184 يتطلب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف من أجل ذلك، وهو ما يدفعه إلى تناسي المطالبة بمراجعة الشّرط الجزائي أمام القضاء.

والجدير بالذكر أن نطاق سلطة القاضي تجاه الشّرط الجزائي تشمل جميع العقود من حيث المبدأ، وخاصة عقود البيع بالائتمان وعقود البيع الإجاري[2]. فسلطة المراجعة ليست قاصرة على عقود الإستهلاك أو عقود الإذعان، لكن الواقع يثبت أنها "على وجه الخصوص لحماية المتعاقدين الأكثر ضعفا، ومن بينهم المستهلكين، الذين يباشر القاضي سلطة المراجعة لصالحهم"[3]، معنى ذلك أن القاضي يستطيع التدخل لتعديل أو زيادة الجزاء المنصوص عليه من تلقاء نفسه (في القانون الفرنسي)، أو بناء على طلب الأطراف، متى كان هذا الجزاء فاحشا إلى حد كبير أو كان تافها، وسواء ورد ذلك في عقد بيع بالائتمان أو بيع إيجاري أم أي عقد من عقود الإذعان بما فيها العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين[4].

و ما سبق يثير التساؤل حول المعايير التي يستهدي بها القاضي ليقرر كون العقوبة المسلّطة على المتعاقد الضعيف وخصوصا المستهلك، كونها فاحشة جدا أم أنها معقولة؟

**أ) معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي :**

1- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 90.

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

3- J. Calais- Auloy : Droit de la consommation, précité, n°. 143, p.136.

4- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 278.

يستخلص من الفقرات الثانية من المواد 1152 مدني فرنسي، 244 مدني مصري، و184 مدني جزائري، أنه لا يمكن للقاضي أن يتدخل بكل حرية لتعديل الجزاء المتفق عليه. بل أن تدخله هذا يتوقف على توافر شرط أساسي يتمثل في أن يكون الشّرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها. ولكن المشرعين لم يحددوا مفهوم المبالغة أو التافهة، بعبارة أخرى لم يضع أيا منهم ضابطا لتحديد المبالغة والتفاهة.

فعندما تكون العقوبة فاحشة فإن ذلك يعني أنها مفروضة باستخدام تعسّف من جانب الطرف القوي، بمعنى أنه تبدوا أهمية الصفة الفاحشة للعقوبة في أنها تكشف عن وجود التعسّف. ومن ثم يلزم تدخل القاضي للحد من التعسّف لإعادة التوازن للعملية العقدية بتخفيض العقوبة الفاحشة جدا، إذا كانت لا تتناسب مع الضرر، وقد يصل الأمر بالقاضي إلى حد إعفاء المدين منها كلية في حالة انعدام الضرر[1]، وهو ما سيرد لاحقا. وكما يقول البعض: أنه يجب على القاضي محاربة التعسّف، التجاوز الواضح، ازدياد الظلم والانتهاك المتكرر للعدالة[2].

نتيجة لما سبق ذكره اتجه الفقه والقضاء إلى محاولة وضع معايير لتقدير العقوبة الفاحشة جدا، فخلصوا إلى معيارين بارزين هما: المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي.

## 1- المعيار الموضوعي :

أساس هذا المعيار هو أخذه بفكرة الضرر الحقيقي في تقدير كون قيمة الشّرط الجزائي فاحشة أم لا، بمعنى أبسط، أن القاضي يلجأ من أجل التقدير إلى معايير موضوعية تستند إلى المقارنة ما بين الضرر الحاصل فعلا والجزاء المنصوص عليه في العقد في تقدير الصفة الفاحشة جدا التي "لا يمكن أن تقدّر إلا من خلال المقارنة بين الضرر الفعلي اللاحق بالدائن ومبلغ التعويض المنصوص عليه فالضرر الحقيقي هو بمثابة المؤشر Paramètre الذي يجب أخذه في الاعتبار"[3].

إن الصفة الفاحشة جدا لقيمة الشّرط الجزائي، هي وإن صحّ القول الزيادة التي تتنافى وقواعد العدالة، خاصة وإن علمنا أن المعني هو المستهلك بالدرجة الأولى، والذي يكون غالبا في

1- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 278.

2- « l'abus, l'exés manifeste, léscalade dans le démesure, la violation flagrante de l'équité ».
G. CORNU: R.T.D. civ., 1971, p.170.

3- Ph. DELEBEQUE: « La clause pénale »; Juris-classeur, éd. 1985, art . 1146.

موقف الضعيف المضطر.

لكن ما سبق يعتبر مجرّد موقف فقهي، وهذا ما يؤدي إلى التساؤل عن موقف القضاء من هذا المعيار؟.

فالإجابة هي أن القضاء طبّق المعيار الموضوعي، فقد اعتدّ بقيمة الضرر ومقداره في تقدير الصفة الفاحشة للجزاء، ويعني ذلك أن التعديل القضائي لمبلغ التعويض قد يكون زائدا عن ذلك المبلغ المنصوص عليه، وقد يكون أقل، فمن أحكام محكمة النقض الفرنسية والذي جاء فيه، أنه "لا يشترط المساواة بين قيمة الشّرط الجزائي المنصوص عليه في العقد والضرر"[1]. ويجوز للقاضي أن يعطي الدائن مبلغا أقل من مبلغ الضرر الحاصل[2]. كما يجوز للقاضي أن يعفي المدين كلية من دفع التعويض المنصوص عليه إذا ما رأى أن الضرر غير موجود أصلا[3]. ويجوز له أيضا أن يحكم بتخفيض قيمة الشّرط الجزائي إلى فرنك رمزي[4].

إلا أن هذا المعيار السابق لم يسلم من النقد، فقد وجد اتجاه فقهي في فرنسا[5]، يرى بأن سلطة القاضي في تخفيض الشّرط الجزائي تتوقف عند ضرورة تحديده بمبلغ يفوق الضرر، على أساس أن المادة : 1152 تجيز للقاضي تخفيض الشّرط الجزائي لا إبطاله كليا، لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاء للشرط الجزائي، وإحلال لتعويض محله[6].

**2- المعيار الشخصي :**

من أجل تقدير الصفة الفاحشة جدا للشّرط الجزائي، يلجأ القاضي، وفقا لهذا المعيار، إلى الظروف الشخصية والصعوبات التي يتحملها المدين في التنفيذ للالتزام الرئيسي، كما له أن يلجأ إلى سوء نية الأطراف[7].

إلا أن محكمة النقض الفرنسية ترى أن وضع المدين (أي المعيار الشخصي) لا يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند التقدير[8]. وعلى العكس من ذلك فإن اتجاه قضائي آخر[1] يعتد بوضع المدين

1- Cass. com.29 janv 1991: Bull. civ., 1191, n. 43, p.27.

2- Cass. civ. 24 juillet 1978: Bull. civ. 1978-1-n.280.

3- Cass. com. 28 avril 1980: Bull. civ. 1980-1-n.167,p.132.

4- Com.11 février 1997 : Défrénois 1997, p. 740, obs. Delebecque (PH.).

5- J. CARBONNIER: précité, p. 292.

6- بودالي محمد، مرجع سابق، ص. 88.

7- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 280.

8- Cass. com : 02 oct. 1979, Bull.civ.1979-1-n. 242,p.195.

وظروفه، أي يعتد بالمعيار الشخصي، إضافة إلى مبادئ العلاقة العقدية والعادات.

وقاضي الموضوع له سلطة تقدير ما إذا كان الجزاء فاحشا أم لا، لكنه مقيد بتسبيب حكمه الذي اعتبر فيه أن الشّرط الجزائي فاحش، أو ذلك الحكم الذي لم يعتبر فيه أن الشّرط فاحشا. فوفقا لمحكمة النقض[2]، التي ترى أنه لا تخفض العقوبة إلا إذا كانت فاحشة إلى حد كبير، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف التي تخفض العقوبة المتفق عليها مع تحققها من أنها لم تكن فاحشة، فإن حكمها يتعرض للنقض.

أما بالنسبة للمشرع المصري فيبدوا أنه يأخذ بالمعيار الموضوعي، حيث ذهب إلى أنه يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة...، أو أنه لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر (مادة 224 مدني مصري).

و يبدو الأمر مماثلا بالنسبة للتشريع الجزائري، ويظهر ذلك من خلال المادة 184 من القانون المدني الجزائري، والتي أقرت بدورها للقاضي أن يخفض قيمة الشّرط الجزائي إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشّرط الجزائي كان مبالغا فيه أو أن الدائن لم يصبه أي ضرر.

**ب) حالة التنفيذ الجزئي للعقد :**

قد ينفذ المستهلك جزء من التزامه الأصلي تجاه المحترف، ورغم ذلك يجبر على دفع قيمة الشّرط الجزائي كاملة، وهذا ما يتنافى والعدالة، لأن العدالة تكمن في تخفيض قيمة الشّرط بقدر ما ينفّذ من التزام المستهلك. وهذا ما دفع المشرعين إلى محاولة توفير بعض الحماية لهذا المتعاقد الضعيف.

ففي حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام، فإن القاضي يملك طبقا للقانون أن يقوم بإجراء تخفيض للمبلغ في حدود ما تم تنفيذه.

المشرّع الفرنسي نظم هذه الحالة بموجب المادة 1231 مدني التي تنص على ما يلي " إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه تخفيض الجزاء المتفق عليه وذلك بما

1 - Paris, 6ème ch., 16 déc.1982, JP.,n.028500.
2 - Cass. com. 12 nov. 1986; Bull.civ., 1986-1-n.204, p.177.

عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ الجزئي ودون الإخلال بالمادة 1152[1]، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"[2].

إذن طبقا لنص المادة 1231 مدني، فإنه يجب على القاضي تخفيض الشّرط الجزائي حسب الفائدة التي عادت على الدائن[3] من جراء التنفيذ الجزئي، ولكن ليس كل بدء في تنفيذ الالتزام هو تنفيذ جزئي. بل لابد من استفادة الدائن من هذا التنفيذ حتى يمكن اعتبار ذلك تنفيذا جزئيا. إذ في بعض الحالات لا يترتب على التنفيذ أي فائدة أو مصلحة للدائن[4].

و تظهر أهمية التخفيض الجزئي للعقوبة المشترطة في حالات البيع الإيجاري والبيوع بالتقسيط، حيث إن الشّرط الذي ينص على أنه في حالة عدم الدفع للإيجار أو القسط، فإن العقد سيكون مفسوخا بقوة القانون وأن السلعة المؤجرة أو المبيعة، ستردّ للدائن، كجزاء على الفسخ، ومن ثم فإنه مع تزايد استخدام الشّرط الجزائي في هذا النوع من العقود، والحاجة التي تجعل المستهلك يلجأ إليها للتزود بالأجهزة أو الأدوات وبالتالي تعتبر مجالا للظلم والتعسّف الذي يقع على المستهلك[5].

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الحالات التي لا يقبل فيها الالتزام التنفيذ الجزئي، بعبارة أخرى هناك التزامات تكون غير قابلة للانقسام بسبب القانون أو الإتفاق، وهنا لا محل للتنفيذ الجزئي لأنه لا فائدة للدائن منه، وبالتالي لا يتأثر الشّرط الجزائي بالتنفيذ الجزئي، فقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية أن تحديد قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع[6].

أما المشرّع المصري، فإنه قد أعطى للقاضي سلطة تخفيض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (م 2/224)،

1- أنظر نص م. 1152، الوارد في الصفحة 68، 69.

2- Art. 1231 : « Lorsque l'engagement à été éxécuté en partie, la peine convenue peut même d'office être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'éxécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152, Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

3- والدائن في هذه الحالة هو المحترف الذي يفرض الشّرط، أما المدين فهو المستهلك الذي نفذ تنفيذا جزئيا للعقد.

4- نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص. 149.

5- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 281

6- Cass.civ. 3ème ch., 5 mars 1970, J. Thilmamy : « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé » R.I.D.C.,1980, p. 17.

فالقاضي يستطيع في حالة عدم التنفيذ الجزئي، من قبل المدين أو المستهلك، للالتزام الرئيسي الذي أبرم الشّرط لضمان تنفيذه، أن يخفض العقوبة بما يتناسب مع المصلحة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي. وهذا ما يشبه السلطة المخولة للقاضي الفرنسي بموجب المادة 1231 مدني فرنسي، المذكورة آنفا.

والتشريع الجزائري بدوره منح نفس السلطة للقاضي، وذلك بموجب المادة 2/184 التي نصت على أنه " يجوز للقاضي أن يخفض المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه، أو كان الالتزام قد نفِّذ في جزء منه".

في الأخير يمكن القول أن الحماية المقرّرة للمستهلك في حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام، تبدو ذات أهمية كبيرة لأنها تعد بمثابة ردع ضدّ تعسّف المهني الذي قد يجبر المدين على التنفيذ الكامل للشرط، كما أن المستهلك يعتبر جديرا بالحماية في حالة التنفيذ الجزئي، إذ أن هذا التنفيذ الجزئي يعد بمثابة دليل على حسن نيته في تنفيذ العقد[1]. لكن هناك حدود لسلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي، فما هي؟

**ج) حدود سلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي :**

متى وجد قاضي الموضوع أن مبلغ التعويض الناجم عن التطبيق للشّرط الجزائي فاحش إلى حد كبير، فإن له، من حيث المبدأ، سلطة مطلقة في تقدير الضرر اللاحق بالدائن. " أي أن التحديد الإجمالي لمبلغ التعويض الذي يمنحه للدائن، يكون للقاضي فيه الحرية متى وجد أنه فاحش إلى حد كبير، هذه الحرية تتضمن نفس السلطة المطلقة في التقدير للصفة الفاحشة إلى حد كبير للشرط"[2].

إلا أن محكمة النقض[3] بدوائرها المجتمعة أكّدت على أن سلطة القاضي في تقديره للصفة الفاحشة، وبالتالي تخفيضه للمبلغ المتفق عليه، مقيدة بقيد التسبيب. أي أن قاضي الموضوع ملزم بإظهار الأسباب التي دفعته إلى اعتبار أن المبلغ فاحش جدا، بمعنى آخر على القاضي أن يسبب حكمه الذي قرّر من خلاله أن المبلغ المتفق عليه فاحشا جدا، ويلزم أيضا بالتسبيب في حالة

1 – أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 284.

2- G. Cornu: La clause pénale; R.T.D.civ., 1979,p.150.

3- 20 janv.1978, D. 1978, I.R., p. 229, note, Vasseur. et Cass.com. 7 nov. 1978, Bull. civ.1978, n.225.

حكمه بأن العقوبة تافهة جدا.

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

إن إعطاء القاضي سلطة مراجعة الشّرط الجزائي على النحو السابق بيانه، يمثل سبيلا ناجعا لمحاولة إعادة التوازن للعملية العقدية، خاصة إذا كان أحد أطراف هذه العملية مستهلكا ضعيفا مضطرا للحصول على السلعة أو الخدمة، وجاهلا بمخاطر الشّرط الجزائي. وهذا بالرغم من أن هناك وإلى حد ما، مساسا بمبدأ الحرية العقدية، لكن ما يضعف هذه الفكرة أي المساس بالحرية العقدية، هي فكرة أخرى وهي تتلخص في أنه ما دام أن أطراف العقد ليسوا على قدم المساواة، مما لا يمكن الجزم معه بوجود حرية عقدية بالمعنى الدقيق للكلمة.

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

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

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

ففي فرنسا، تعتبر الحماية من الشّرط الجزائي، حماية مكملة لقانون 10 جانفي 1978،

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

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

3- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق ص. 283.

المتعلق بحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، وقانون الإستهلاك لعام 1995[1].

بمعنى أوضح أن سلطة القاضي الفرنسي في مراجعة الشّرط الجزائي تعتبر وسيلة للحد من التعسّف في العقود التي تخرج من نطاق قانون 10 جانفي 1978 وقانون الإستهلاك لعام 1995، كما في عقود الإيجار، والائتمان أو البيوع بالتقسيط خاصة إذا لم يتوافر شرط من شروط تطبيق القانون المذكور.

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

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

## الفرع الثاني:

## الحماية من الشّروط الإرادية:

## Conditions potestatives

في العقود الملزمة للجانبين، والتي يكون فيها كل طرف دائن ومدين في الوقت ذاته للطرف الآخر، حيث يكون المهنيين أو المحترفين مدينون دائما بتقديم سلعة أو أداء خدمة للمستهلكين، نجد أن الشّروط الإرادية تجد لها مجالا خصبا في هذه العقود. وبالتالي فإن القواعد العامّة تضمّنت تحريما قائما ضدّ المهنيين الذين قد يضمنون عقود الإستهلاك مثل هذا النوع من الشّروط .، هذه الأخيرة التي يجعلها المحترف معلّقة على محض إرادته. فهذه الشّروط تؤدي إلى بطلان العقد برمّته[3].

فمن الخطورة على المستهلك أن تتضمن العقود التي يبرمها شروطا قد يمثل التعسّف فيها بأسا شديدا عليه، وهو ما يمكن تسميته بالإرهاب العقدي. إذ أنّ مضمون الشّرط الإرادي، هو

1 – وهو ما يرد الحديث به تفصيلا في الفصل الثاني، أنظر ص 124.

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

3 – J. Calais-Auloy : « Droit de la consommation », précité, n.141, p.135.

أن يكون تنفيذ المهني لالتزاماته مرهون بشكل مطلق على إرادته المستقبلية، لأن الشّرط في حدّ ذاته يتميز بالغموض والتعقيد، وهاتين الصفتين الأخيرتين للشّرط يستغلها المهنيون ذوو النوايا السيئة ليتعسّفوا ويتملصوا من التزاماتهم نحو المستهلك. حيث أن صياغة الشّرط على النحو الذي يجعله معلّقا على محض إرادة المهني، لا تخلو من الخداع والتضليل.

لتوضيح فكرة الشّرط الإرادي ومدى خطورته على المستهلك، يجب علينا توضيح مفهوم الشّرط الإداري (أولا)، وتبيان نوعيه (ثانيا). على أن نوضّح صورة بارزة للشّرط الإرادي، وهي خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني (ثالثا).

**أولاً : مفهوم الشّرط الإرادي:**

الشّرط الإرادي هو ذلك "الشّرط الذي يجعل التنفيذ للاتفاق متوقفا على حدث ما والذي يكون بوسع أحد الأطراف تحقق هذا الحدث أو عدم تحققه" (م 1170 من القانون المدني الفرنسي )[1].

وأيضا فإن" أي التزام يكون قد تمّ التعاقد عليه تحت شرط إرادي من جانب ذلك الذي يلتزم يكون باطلا" ( المادة 1174 مدني فرنسي )[2].

بعبارة أخرى "لا يكون الإلتزام قائما إذا علِّق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم" ( المادة 267 مدني مصري، والتي تقابلها وبنفس الصياغة المادة 205 مدني جزائري).

إذن فالشّرط الإرادي يعتبر باطلا. لكن البطلان يكون قاصرا على الالتزامات الخاضعة لمحض إرادة المدين، بينما الالتزامات الخاضعة لإرادة الدائن، رغم وصفها بأنها إرادية، إلا أنها لا تعتبر باطلة[3].

**ثانياً: نوعي الشّرط الإرادي:**

يجب التمييز بين الشّرط الإرادي البسيط (أ) والشّرط الإرادي المحض (ب) حيث الأول صحيح بينما يعتبر الثاني باطلا.

1 - "La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher".

2 - "Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige".

3- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 286.

**أ) الشّرط الإرادي البسيط :**

عرّف جانب من الفقه[1] الشّرط الإرادي البسيط بأنه ذلك الشّرط الذي "يتعلّق بإرادة أحد طرفي الالتزام، دون أن تكون هذه الإرادة مطلقة بل تتقيد بإرادة أخرى غير معينة، أو بظروف اقتصادية أو اجتماعية، أو ملابسات أخرى".

مثال الشّرط الإرادي البسيط، الذي لا يلحقه البطلان، ما قرّرته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية[2]، في عقد البيع، عندما يورد البائع شرطا مفاده أن لهذا الأخير الحق في فسخ عقد البيع في حالة تقاعس المشتري عن دفع رسوم الماء والكهرباء والتدفئة، ومرور 30 يوما على إعذاره بالتنفيذ، وذلك إذا وجد البائع أن ذلك في مصلحته. فهنا هذا الشّرط ليس معلّقا على محض إرادة البائع، وإنما يتوقف على إرادة البائع وعنصر آخر هو عدم التنفيذ من طرف المشتري فضلا عن عنصر الإعذار.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة استئناف باريس[3]، التي اعتبرت أن الشّرط الوارد في عقد الإيجار، والذي بمقتضاه يشترط المؤجرون زيارة في الإيجار بنسبة 20 % من مبلغ الإيجار في حالة تشغيل المصعد، لا يعتبر شرط إرادي محض، وإنما هو شرط إرادي بسيط، نظرا لوجود عنصر آخر إلى جانب إرادة المؤجرين ألا وهو قرار مجموع الشركاء في العقار. وبالتالي فإنّ الشّرط مشروع، لا يقع تحت طائلة المادة 1174 من القانون المدني.

إذن يتضح ممّا سبق أنّ القضاء مستقر على مشروعية الشّروط الإرادية البسيطة. وذلك على العكس تماما من الشّروط الإرادية المحضة والتي تعتبر باطلة وتقع تحت طائلة النص السابق، وذلك كما يتبين من العنصر الموالي.

**ب) الشّرط الإرادي المحض:**

الشّرط الإرادي المحض، والذي يعدّ باطلا، هو الشّرط الذي يتوقف بموجبه تحقّق الالتزام على محض إرادة المدين أو الملتزم[4]، وهو في الغالب الملتزم بتقديم سلعة أو خدمة لصالح المستهلك.

فالشّرط الإرادي المحض من جانب المدين يؤدي إلى إفناء فكرة الالتزام ذاتها، حيث إنه

1- محمود جمال الدين زكي، دروس النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة جامعة القاهرة،1991، ص. 437.

2- Cass. civ. 25 nov.1986, J.C.P., 1987-1-éd.,p.405.

3- Paris,12 mai- 1989,D.1989-2-somm.commentées,p.400, Ph. Bihr.

4- المواد 267 مدني مصري، 205 مدني جزائري، 1170 مدني فرنسي وهي المواد المذكورة سابقا.

يوجد تناقض بين القول بأنني ألتزم وفيها لو أردت، في هذه الحالة لا يوجد التزام إطلاقا[1]. وبالتالي فإن الالتزام الآخر يجب أن يبطل أيضا، لعدم وجود السبب، حتى لا يكون الطرف ملتزماً بعقد تافه، فما يبرر البطلان هو أن الالتزام الخاضع لإعلان إرادة من قبل المدين، أي حالة الشّرط الإرادي المحض، يعتبر منعدما قانونا أي غير موجود، فمعيار وصف الشّرط بأنه إرادي محض هو أننا نكون بصدد تسلط من جانب إرادة واضع الشّرط[2].

إذن فإن ما يؤدي لبطلان الشّرط هو كونه ناتجا عن تقدير تحكمي- وهو ما يقترب من مفهوم التعسّف وإن لم يكن هو نفس المفهوم- من جانب المدين، وذلك كما في صدد شرط إرادي محض يلتزم بمقتضاه المؤجر بالتحديد للإيجار إذا ما قام المستأجر بإتمام الأعمال، وبشرط أن تخضع هذه الأعمال لموافقة المؤجر حسب تقديره[3].

و في قرار بارز صادر عن محكمة استئناف باريس، والتي عبّرت عن موقفهما من شرط إرادي محض أدرجه أحد المهنيين ضمن الشّروط العامة للبيع، والذي أراد به تحديد الاختصاص القضائي، فجاء فيه أن المشتري يقبل أي محكمة، سواء أكان ذلك في إنجلترا أم في أي مكان آخر سوف يحدّده البائع وفقا لإرادته وذلك لحل الخلاف الذي ينجم عن العقد، أي أنه في الحالة التي يكون فيها البائع هو المدعى عليه فإنه سيكون بإمكانه أن يفرض على المدعي الجهة القضائية المختصة سواء في إنجلترا (حيث مقر البائع) أم في بلد آخر، يسمح هذا الشّرط بالخداع والتحايل على قواعد الاختصاص. فقرّرت محكمة الاستئناف أنه ينبغي استبعاد هذا الشّرط، باعتبار أنه يترك للمدعي الاختيار مستقبلا، وبدون تحديد الجهة القضائية المختصة[4].

**ثالثاً: خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني:**

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

1- B. Starck: Droit civil, obligations , 2 contrats, 3è éd.,par Rolande et Boyer, Litec 1989,n. 1054,p.435.

2- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 288 ، 289 .

3- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 289.

4- Paris,5 juillet 1989,J.D.I., 1990-1-p.151, note A.Huet.

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

على أن القاعدة في تحديد الثمن أن لا يكون خاضعا لتحكم أو تسلط إرادة أحد الأطراف، فيجب أن يكون التعيين النهائي للثمن مستقلا عن إرادة طرفي العقد. بمفهوم المخالفة، فإن توقف التقدير للثمن على إرادة أحد أطراف العقد يعني عدم وجود تراضي وتطابق الإيجاب والقبول على هذا العنصر الأساسي، وبالتالي لا يوجد عقد بيع بالمعنى الصحيح للكلمة، ويكون بطلان العقد إما على أساس عدم التحديد للثمن وإما على أساس وجود شرط إرادي محض.

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

وأهمية هذه المسألة تبدو إذا ما أخذنا في الاعتبار أن للثمن تأثيرا كبيرا على إرادة الأطراف، فالقواعد العامة تقضي بضرورة علم المتعاقد بشروط العقد، وأن ما يعني المتقاعد هو العلم بالثمن، حيث يتوقف على مقداره قبوله التعاقد من عدمه وفقا لمقدرته. ففي البيع ما بين المهني والمستهلك نجد عدم التوازن واضحا وظاهرا في عملية التفاوض حول الثمن، بل أنه منعدم لانعدام المفاوضة[5].

1- Req. 7 janv. 1925, D.H. 1925, p. 57.

2- Cass. civ.20 mai 1981.Bull.civ. 1981-1-n.179,p.146.

3- Cass. civ.20 mai 1981; Bull.civ. 1981-1-n.179,p.146.

4- جاك غستان، مرجع سابق، ص. 776.

5- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 296 .

إلا أن مصلحة المستهلك تكمن في بطلان الشّرط الإرادي فقط وبقاء العقد، وذلك كما يقول البعض" إن البطلان للعقد لا يعتبر بمثابة جزاء تام بالنسبة للمستهلك، حيث إنه معرض لأن ينقلب البطلان ضده، بحيث أن البطلان يمنع المستهلك من الحصول على سلعة أو خدمة هو في حاجة إليها. إنّ ما يرغب فيه المستهلك عموما هو الإبقاء على العقد وإخفاء الشّرط[1]".

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

## المطلب الثاني:

## حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية بذاتها :

سبق القول[2]، أن الشّروط المتضمنة تعسّفا هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسّف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق، بالتمسك بحرفيتها، وعدم مراعاة روحها. أما الشّروط التعسّفية بذاتها فهي الشّروط التي يظهر التعسّف فيها منذ إدراجها في العقد، حيث تنبئ ذات ألفاظها بأنها تحمل معنى الظلم.

القواعد العامة للقانون المدني نصت على عدة شروط تعسّفية بذاتها من بينها الشّروط التعسّفية المحضور إدراجها في وثيقة التأمين (الفرع الأول)، والشّروط التحديدية للمسؤولية التي تسبب كثيرا من المعانات للمستهلكين (الفرع الثاني)، وفي (الفرع الثالث) نتطرق إلى شرط إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي في عقد البيع، وفي (الفرع الرابع) نتحدث عن شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل.

### الفرع الأول:

### الشّروط التعسّفية في وثيقة التأمين:

سبق القول، أنه لاعتبار عقدا ما عقد إستهلاك، يجب أن يكون أحد طرفيه مهنيا مدينا

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

2- أنظر الصفحة 63 وما يليها.

بتقديم سلعة أو خدمة إلى المستهلك الذي يعتبر الطرف الثاني في عقد الإستهلاك. ولما كان عقد التأمين عقدا يبرم في كثير من الأحيان بين شركة التأمين المدينة بتقديم خدمة التأمين، وبين شخص يحمل وصف المستهلك أو غير المهني، فإن هذا العقد يمكن اعتباره من أهم عقود الإستهلاك، لأن هدف المستهلك من إبرامه هو الحصول على خدمة التأمين.

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

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

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

– الشّرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذا المخالفة على جنابة أو جنحة عمدية. "يبرّر هذا البطلان على أساس أن غالبية حوادث السيارات مثلا تنجم عن مخالفة القوانين والنظم أي اللوائح. كما أنه من المسلم به هو جواز مسائلة المؤمّن عن الخطر إذا وقع بخطأ المؤمن له غير العمدي أو نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وعدم جواز مساءلته عمّا يقع من المؤمن له عمدا أو غشّا، ولو إتفق على غير ذلك"[2].

– الشّرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. "فهذا الشّرط أبطله المشرع في حالة وروده في وثيقة التأمين، ويبطل هذا الشّرط أيا كانت الصورة التي يرد عليها، أي سواء ورد ضمن الشّروط العامة المطبوعة أو في صورة اتفاق خاص أو وضع بشكل

1– أنظر الفرع الثالث من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول، ص 40.

2– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 101 .

ظاهر وواضح"[1].

فهذا الشّرط يعد باطلا في جميع الحالات لأنه ينطوي على التعسّف. فإذا اشترط المؤمن في التأمين من السرقة مثلا أن المؤمن له يجب أن يبلغ الشّرطة أو النيابة فور وقوع الحادث، وإلا تعرّض حقه في مبلغ التأمين إذا لم يفعل ذلك للسقوط فهذا الشّرط يعدّ شرطا تعسّفياً، وقد أبطله المشرّع لأنه ينطوي على التعسّف ويؤدي إلى إهدار حقوق المؤمّن له دون مبرّر[2].

وقد اشترط المشرّع لبطلان هذا الشّرط أن يكون التأخر في الإبلاغ عن واقعة السرقة للسلطات المختصة لعذر مقبول، وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية فيكون من حقّ المؤمّن مطالبة المؤمّن له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا التأخر في الإبلاغ، والمؤمن هو الذي يتحمل عبئ إثبات ما وقع عليه من ضرر، ومدى هذا الضرر، ويكون من حق المؤمن له نفي ذلك بإثبات أن المؤمّن لم يصب بأي ضرر من جراء التأخير في إبلاغ السلطات. وفي هذه الحالة التي يبطل فيها شرط السقوط يكون من حق المؤمّن له المطالبة بمبلغ التأمين[3].

أما عن سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في تقديم المستندات للمؤمن، فإن هذا الشّرط يبطل أيضا إذا كان التأخر لعذر مقبول. "وقد أبطل المشرّع هذا الشّرط لأنه يعدّ من قبيل الشّروط التعسّفية وذلك حتى لو كان هذا الشّرط ضمن اتفاق خاص بين المؤمّن والمؤمّن له، أو مكتوبا أو مطبوعا بشكل بارز وظاهر. فإذا اشترط المؤمّن على المؤمّن له في التأمين من المسؤولية أن يقوم المؤمّن بإدارة دعوى التعويض التي يرفعها المضرور على المؤمّن له، وفي هذه الحالة يلزم المؤمن له بتقديم جميع المستندات التي تحت يده والتي تساعد المؤمّن في إدارة هذه الدعوى وإلا تعرّض حقه في مبلغ التأمين للسقوط إذا تأخر في تقديم هذه المستندات للمؤمّن. فهذا الشّرط كما سبق القول آنفا، يعد من قبيل الشّروط التعسّفية الباطلة التي أبطلها المشرّع. ولكن هذا البطلان لا يمنع المؤمّن من المطالبة بتعويض من المؤمّن له وفقا للقواعد العامّة. ويقع على المؤمّن عبئ إثبات الضرر ومداه ويكون من حق المؤمّن له نفي ذلك"[4].

1- فايز أحمد عبد الرحمان، الشّروط التعسّفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص.72.

2 - فايز أحمد عبد الرحمن، السابق، ص.72.

3- فايز أحمد عبد الرحمان، السابق، ص.73.

4- فايز أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص. 73، 74.

– كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. على أن يقتضي ذلك أن يطبع مثلا بحروف مغايرة وكبيرة إذا ورد في الشّروط المطبوعة، أو بوضع خط تحته أو أن تكون مطبوعة بالأحمر[1].

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

– كل شرط تعسّفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمّن منه. وبهذه الفقرة الأخيرة يكون المشرّع قد فتح الباب أمام القاضي ليتمكن من إبطال أي شرط تعسّفي آخر غير عادي ذي أثر على وقوع الحادث المؤمّن منه[2].

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

## الفرع الثاني :

## الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية:

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

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

وتستخدم شروط الإعفاء عادة في مثل هذه العلاقات التعاقدية – فيما يتعلق بتنفيذ العقد – عندما تكون مخاطر العقد متفاوتة بالنسبة لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر – ويمكن أن

1- محمد بودالي، مرجع سابق ص. 102.

2- عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 457.

3- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 103.

4- نادية محمد معوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001، ص. 06.

5- نادية معوض، السابق، ص.06.

تظهر هذه المخاطر على سبيل المثال من طبيعة الصفقة أو حجم رأس المال المدفوع للخدمة المقدمة، أو من القيمة المرتفعة لمحل العقد. فإذا نفّذ العقد في مثل هذه الحالات بشكل غير مناسب فيمكن المطالبة بتعويض الأضرار التي لا يمكن للمضرور أن يتحملها. وفي هذه العلاقات نجد أن القواعد القانونية للمسؤولية لا تؤدي إلى نتيجة عادلة[1]، إذ أنها تجيزها من حيث المبدأ إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم[2].

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

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

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

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

ونتيجة لمبدأ الالتزام بالسلامة في بعض العقود نصّ المشرّع الفرنسي صراحة في نص المادة 1386 – 1/15[7] (مدني) على حضر الشّروط التي ترمي إلى إسقاط أو تحديد المسؤولية عن

1- نادية معوض، السابق، ص. 08.

2- حيث تنص المادة 1/178-2 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها : " يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

3- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتراه الدولة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، ص. 258.

4- قادة شهيدة، السابق، ص. 260.

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

6- أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص.52.

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

فعل الأشياء المعيبة، واعتبارها كأنها غير مكتوبة، أي شروط تعسّفية باطلة.

ونصّ المشرّع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، القانون المعدّل والمتمّم للقانون المدني أنه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه..."، بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن المشرّع قصد ضمنا بطلان أي شرط محدّد لمسؤولية المهني عن الضرّر الذي يسببه منتوجه المعيب.

بالإضافة إلى ذلك فإن شرط تحديد المسؤولية، يقع تحت طائلة نص المادة 110 مدني جزائري إذا ورد في عقد إذعان، لذا يجوز للقاضي بموجب هذه المادة أن يعدّله أو يلغيه.

وفي إطار حماية المستهلك، فصل كل من المشرّع الفرنسي[1]، والمشرّع الجزائري[2]، في الخلاف والجدل الفقهي والقضائي الذي ثار بشأن جواز أو عدم جواز الشّروط المعفية أو المخففة من المسؤولية، واستغنى عن التفرقة بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء العمدية أو الجسيمة، وذلك بالنص على أنها شروطا تعسّفية إذا وردت في عقد إستهلاك، وهو ما يرد به الحديث في الفصل الثاني.

## الفرع الثالث :

## شرط إسقاط أو إنقاص الضمان:

المادة 1643[3] مدني فرنسي تجيز للبائع الذي يجهل وجود عيب خفي في الشيء المبيع أن يدرج شرطا في عقده مع المشتري، يسقط به أو ينقص من ضمانه لصالح هذا الأخير، وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم فإنه إذا كان البائع يعلم بوجود العيب الخفي وقت البيع، فإن شرطه الذي يقضي بإسقاط أو إنقاص الضمان يعتبر باطلا ولا ينتج أي أثر[4].

لكن نتيجة لما كرّسه القضاء الفرنسي منذ الخمسينات، حيث ذهب إلى افتراض علم البائع

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

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

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

4- عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص. 66.

المحترف بعيوب المبيع[1]، وحرمه من الاستفادة من الميزة التي تقررها المادة 1643 مدني للبائع حسن النية، واعتبر الشّروط المسقطة أو المنقصة للضمان شروطا تعسّفية تعد غير مكتوبة وبالتالي باطلة[2].

وهذا البطلان وجد بعد ذلك سندا تشريعيا في القانون الفرنسي، جعله أكثر رسوخا، في صدد عقود البيع المبرمة مع المستهلكين، والذي يتمثل في القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين، وتحديدا المادة 1/35 منه[3].

أما المشرع الجزائري، فإنه هو الآخر يجيز هذه الشّروط كمبدأ عام بموجب المادة 1/384 (مدني)، غير أنه يعتبر هذه الشّروط باطلة إذا تعمد البائع إخفاء العيب في الشيء المبيع (2/384 مدني). كما ذهب أيضا إلى النص على بطلان شرط إسقاط أو إنقاص الضمان بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306[4].

## الفرع الرابع:

## شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل:

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

وسبق القول[5]، أن شروط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية أو تقييدها باطلة في حالة الغش لمخالفة ذلك للنظام العام، وكان القضاء الفرنسي يسوي بين الخطأ الجسيم والغش في حكم الخطر[6].

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

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

2- محمد بودالي، السابق، ص. 91.

3- أنظر الفصل الثاني، الصفحة 124.

4- أنظر الصفحة 137 ، رقم 11، 12.

5- أنظر الصفحة 86.

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

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

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

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

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

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

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

2- عبد الحكم فودة، السابق، ص. 425.

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

4- فودة، السابق، ص. 426.

5- فودة، السابق، ص. 426.

6- محمد بودالي، السابق، ص. 92، هامش 01.

لكن قبل أن يصدر قانون Rapier كانت هناك- بالإضافة إلى استثناء الغش والخطأ الجسيم-حالة عدم سريان الشّرط على الأضرار الجسمانية إذ هو قاصر على تلف أو هلاك البضائع، فليست سلامة الأشخاص محلا للمساوية[1].

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

ومن جهة أخرى نصت المادة 3/52 من نفس القانون، على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاء كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها[2].

غير أن الشّروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة من حيث المبدأ في التشريع الجزائري[3].

1- فودة، السابق، ص. 426.

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

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

وخلاصة القول، أنّ القواعد التقليدية قد وفّرت بعض الحماية من الشّروط التعسّفية، وإن كانت هذه الحماية غير كافية، وتميزت بالنقص، وذلك خاصة في التشريع الفرنسي، الذي لم يكن للقاضي فيه دور كبير في الرقابة على شروط العقد، وذلك خلافاً للتشريعات العربية التي أعطت القاضي سلطة إبطال أو تعديل الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان، إلاّ أنّها تبنت مفهوماً ضيقاً لعقود الإذعان، وذلك لأنها تشترط عنصر الاحتكار في هذه العقود، ممّا يجعل الحماية من الشّروط التعسّفية محصورة في أضيق الحدود.

وتضمّن القواعد العامة لنصوص متفرقة تحمي المستهلك من بعض أنواع الشّروط التعسّفية، لم يكن كافياً إلى حدٍ ما، خاصة وأنّ بعضها يؤدي إلى بطلان العقد برمّته، في الوقت الذي يكون من مصلحة المستهلك بطلان الشّرط وبقاء العقد.

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

# الفصل الثاني :

# حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية

# في ظلّ القواعد المعاصرة

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

على عكس الحماية التقليدية التي تميزت قواعدها بالنقص والقصور في مجال حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، فإنّ القواعد المعاصرة لحماية المستهلك وفي ظلّ الظروف الإقتصادية التي فرضت تحديث الحماية لتتلاءم مع هذه الظّروف المستجدة، قد جاءت بطرق جديدة لحماية المستهلك، وخاصة تلك الحماية الموجهة ضدّ الشّروط التعسّفية.

لذا سنتطرق في هذا الفصل، إلى المفهوم الحديث للشّرط التعسّفي، ومعاييره، وهو المبحث الأول. على أن نتطرق في المبحث الثاني إلى الطرق الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية.

## المبحث الأول :

## مفهوم ومعايير الشّرط التعسّفي :

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

### المطلب الأول :

### مفهوم الشّرط التعسّفي :

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

#### الفرع الأول :

#### تمييز التصرف التعسّفي عن التصرفات المشابهة له :

ثار خلاف كبير حول الفرق بين التصرف المجحف، والتصرف التعسّفي، وقيل بأنّ التصرف التعسّفي، هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته، وعلى العكس، فإنّ التصرف المجحف لا يحول الفعل أو الحق عن وظيفته الاجتماعية العادية، ولكنه تصرف غير مقبول[1].

ويميز البعض الآخر بين التعسّف والتجاوز، على أساس أنّ التعسّف ذات صفة خطئية، فالمالك على سبيل المثال، له أن يفعل في ملكه ما يشاء دون قصد الإضرار بالغير. أمّا وقد قصد ذلك فإنه يكون متعسّفاً. لذا يوجد فكرة الإجحاد أو الإنكار في جزاء التعسّف في استعمال الحق،

1- السيد محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة، ص.32، هامش 02.

وعلى العكس، فإنّ التجاوز عبارة عن أنّ الشخص في استعماله واستغلاله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث ضرراً للغير (الجيران). لذا يعتبر التعسّف أكثر شخصية، أما التجاوز فأكثر موضوعية. ولكن في بعض الأحيان يكون التجاوز تعسّفاً، وفي أحيان أخرى يكون التعسّف تجاوزاً، لأنه يضاف في كلا الحالتين شيء آخر إلى الممارسة العادية للحق[1].

والحقيقة أنّ فكرة الشّرط التعسّفي قد أثيرت في كثير من المناقشات بدءاً من الأعمال التحضيرية حتى صدور التشريع الفرنسي المتعلق بالحماية من الشّروط التعسّفية في 10 جانفي 1978، وقد عرضت نظريات قانونية كثيرة، كالتعسّف في استعمال الحق، الغبن، الاستغلال، وكالشّرط التحكمي وشرط الأسد[2].

## الفرع الثاني :

## تعريف الشّرط التعسّفي :

أقدم الفقه على محاولة تعريف الشّرط التعسّفي (أولاً)، وهو ما ذهب إليه المشرّع أيضاً (ثانياً).

**أولاً : التعريف الفقهي للشّرط التعسّفي :**

عرّف جانب من الفقه الغربي الشّرط التعسّفي بأنه يعتبر تعسّفياً "الشّرط المحرّر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، فتعريفه إذن شيء غير محدّد، ويمكن أن يعتبر تعسّفياً تطبيقاً لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحدّدة لها، الشّروط الجزائية وشروط إسناد الاختصاص"[3].

يلاحظ على هذا التعريف أنه يعترف بصعوبة تعريف الشّرط التعسّفي.

وأورد اتجاها آخر من الفقه الغبي أيضا، تعريفاً جاء فيه : "في عقد مبرم بين مهني ومستهلك، محرّر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني، يعتبر شرطاً تعسّفياً كل شرط، بالنظر للميزة القاصرة على المهني، يؤدي إلى عدم توازن في حقوق والتزامات الأطراف"[4].

1- السيد عمران، السابق، ص. 32، هامش 02.

2- السيد عمران، السابق، ص. 33.

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

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

وفي مقابل الفقه الغربي فإنّ جانب من الفقه العربي وبالتحديد الجزائري[1]، أقدم على تعريف الشّرط التعسّفي بأنه : "ذلك الشّرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدّر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة".

يلاحظ على هذا التعريف أنه متأثر بنص المادة 110 مدني جزائري[2]. إذ أنّ هذه المادة قرّرت أنّ القاضي في تقديره للطابع التعسّفي للشرط، يقوم بذلك "وفقاً لما تقضي به العدالة".

لذا يؤخذ على هذا التعريف أنه تبنى معيارين في آن واحد لتمييز الصفة التعسّفية للشرط، الأول هو معيار الميزة الفاحشة، الذي واجه انتقادات من طرف الفقه[3]، أما الثاني فهو معيار العدالة[4]، وكما سبق القول أنّ هذا المعيار الأخير، أي معيار العدالة هو معيار غامض وغير واضح، لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر، وهو ما قد يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القضاة بصدد نفس الشّرط، بالإضافة إلى اختلاف مفهوم العدالة باختلاف الزمان والمكان.

وعرّف جانب آخر من الفقه العربي الشّرط التعسّفي بأنه : "شرط يفرضه المهني على المستهلك، مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشّرط المحرّر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواءً كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره"[5].

يلاحظ على هذا التعريف أنه يكرّر نفس المعيار في آنٍ واحد، فهو يستعمل معيار الميزة الفاحشة، ومعيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وإلتزامات الطرفين، إذ أنّ هذا المعيار الأخير اعتبره الفقه مجرّد ترديد لمعيار الميزة الفاحشة[6].

1- محمد بودالي، السابق، ص. 77.

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

3- أنظر فيما يتعلق بمعيار الميزة الفاحشة، الصفحة 115.

4- أنظر فيما يتعلق بمعيار العدالة، الصفحة 43.

5- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 215.

6- أنظر فيما يتعلق بمعيار الإختلال الظاهر في التوازن العقدي، ص 118.

**ثانياً: التعريف القانوني للشّرط التعسّفي :**

عرّف المشرّع الفرنسي في البداية الشّرط التعسّفي في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات، بأنه : "في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرّمة، محدّدة أو منظّمة... الشّروط المتعلقة بـ....حينما تبدو هذه الشّروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسّف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"[1].

وبهذا النص يكون المشرّع الفرنسي قد أثار مسألة تعريف الشّرط التعسّفي، حيث كان الإتجاه يتمثل قبل صدور هذا القانون في ترك تحديد التعريف للقضاء، لكن هذا الخيار قد استبعد لأنه "كان سيلزم عدّة سنين لأجل أنّ تأخذ محكمة النقض موقفاً إزاء كل شرط أو نموذج من الشّروط"[2].

ووفقاً لمرسوم تنفيذي صادر في هذا الصدد، والذي اعتبر فيه شرطاً تعسّفياً "الشّرط الذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه"[3]، وكذلك الشّرط الذي محله أو أثره يلغي أو ينقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أياً كانت[4].

وتجدر الإشارة إلى أنّ الأعمال التحصيرية للقانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات المذكور آنفاً، كانت قد تضمنت تعريفاً للشّرط التعسّفي جاء فيه : "الشّرط التعسّفي هو كل شرط أو مجموع الشّروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين

1- Art. 35 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées…., les clauses relatives au…., lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et conférent à cette derniére un avantage exessif ». Art. 35 de loi n. 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protéction et l'information des consommateurs de produits et de services.

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

وكذلك أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 213.

3- مادة 01 من مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لقانون 10 يناير 1978، إلاّ أنّ هذه المادة قد ألغيت من قبل مجلس الدولة الفرنسي في 03 ديسمبر 1980، وكان سبب الإلغاء هو تجاوز الحكومة لسلطاتها وذلك لتحريمها الشّروط الواردة بطريق الإحالة وهذا مالا يدخل في إختصاصها. أنظر الصفحة 138.

أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 213.

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

حقوق والتزامات الأطراف"[1]، وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين طبقاً لنموذج معد كلياً أو جزئياً من جانب المهني، ويخضع له المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له[2].

وتطبيقاً لهذه النصوص السابقة، فإنّ محكمة النقض الفرنسية، تعتبر أنه من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين مهني ومستهلك، ويمثل هذا العقد ولو جزئياً، خاصية البيع فإنه يخضع للمادة الثانية من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرماً باعتباره تعسّفياً في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، الشّرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت، إذن فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي تبناه المشرع للشرط التعسّفي. وقالت أنّ الشّرط يعتبر تعسّفياً "إذا كان يتضمن تصرفاً غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكلٍ غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي"[3]، هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين العميل والبنك[4].

لكن بعد إصدار المشرع الفرنسي لقانون 95-96 بتاريخ 01 فيفري 1995 المعدّل للقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالإستهلاك استجابة للتوجيه الأوروبي لـ 05 أفريل 1993 المتعلق بالشّروط التعسّفية، والقاضي بوجوب تعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء لتنسجم معه في مادة الشّروط التعسّفية[5]، أصبح تعريف الشّروط التعسّفية منصوص عليه بموجب المادة132-5/1 من قانون 95-96، بأنها تلك "التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق- على حساب غير المحترف أو المستهلك- عدم توازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[6].

يلاحظ على هذه المادة أنها تختلف من حيث الصياغة عن المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 السابقة، وهذا الاختلاف يقتصر على الشكل فقط لا الموضوع، حيث كان

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

2- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 214.

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

4- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 215.

5- زبيري بن قويدر، مرجع سابق، ص. 92.

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

المعيار آنذاك يعتبرها تعسّفية الشّروط التي يظهر أنها فرضت على المستهلك عن طريق تعسّف في الهيمنة الإقتصادية لأحد المتعاقدين، وما يترتب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة[1].

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

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

إذن القانون الألماني "لا يقصر الحماية من الشّروط التعسّفية على فئة المستهلكين، بل يمد الحماية إلى المهنيين أنفسهم، كما أنها ليست مقبولة إلاّ بالنسبة لعقود الإذعان، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها وخاصة المستهلك"[2].

وبالنسبة للمشرّع الجزائري، فإنه أعطى هو الآخر تعريفاً للشرط التعسّفي بموجب المادة 03، الحالة 05، من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية[3]، بأنه "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : ....شرط تعسّفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطرف العقد".

نستنتج من هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري لم يقصر مفهوم الشّرط التعسّفي على عقود

1- محمد بودالي، السابق، ص. 29.

2- محمد بودالي، السابق، ص. 18.

3- القانون المؤرخ في 27 يونيو سنة 2004، الجريدة الرسمية عدد 41.

الإستهلاك، وإنما مدّ مفهومه إلى عقود المهنيين، وذلك توافقاً مع المشرع الألماني، وخلافاً للمشرع الفرنسي.

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

## الفرع الثالث :

## عناصر الشّرط التعسّفي :

تختلف عناصر الشّرط التعسّفي باختلاف التعريفات التي تبنتها التشريعات، فعناصر الشّرط التعسّفي في القانون الفرنسي (أولاً)، ليست ذاتها عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الجزائري (ثانياً).

**أولاً : عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الفرنسي :**

يجب لاعتبار شرط بأنه تعسّفياً توافر 03 عناصر هي : أن يكون مجال الشّرط عقد استهلاك (أ)، وأن يكون الشّرط مكتوب (ب)، وأن يكون هذا الأخير سبباً في إختلال توازن العقد (ج).

**أ) أن يكون مجال الشّرط عقد استهلاك :**

سبق التوضيح أن عقود الإستهلاك هي تلك العقود المبرمة بين مهنيين من جهة ومستهلكين أو غير مهنيين من جهة ثانية[1].

وفي القانون الفرنسي وحسب التعاريف السابقة، يستخلص أنّ الشّرط التعسّفي هو ذلك الشّرط الذي يكون مدرجاً في "العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين" وفي "نماذج الاتفاقات" التي اعتاد المحترفون عرضها على غير المحترفين أو المستهلكين. وبمفهوم المخالفة فإن قضاء النقض في فرنسا يرفض تطبيق الأحكام الخاصة بقانون الإستهلاك على العقود التي لها صلة مباشرة مع النشاط المهني للشخص، بمعنى آخر فإن هذه الأحكام لا تطبق على عقود المهنيين أي العقود المبرمة بين مهني ومهني[2]، وبالتالي ينتج أنّ الشّرط المدرج في عقد مبرم بين مهنيين ليس

1- أنظر الفصل التمهيدي.

2- محمد بودالي، ص. 26.

شرطاً تعسّفياً بمفهوم قانون الإستهلاك الفرنسي، لأنّ غاية هذا الأخير هي حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، الذي هو المستهلك أو غير المهني.

ففي قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية[1]، والتي رفضت بموجبه هذه الأخيرة إفادة تاجر من الأحكام المتعلقة بالشّروط التعسّفية، بمناسبة إبرامه لعقد توريد الكهرباء، وفي قرار آخر لنفس الغرفة[2] رفضت إفادة زجاج Vérrier من أحكام قانون الإستهلاك بمناسبة إبرامه لعقد توريد الماء. وفي قرار آخر[3]، تعلق الأمر بمجموعة زراعية بمناسبة شراءها لأجهزة سقي.

وبهذا يكون المشرّع الفرنسي قد خالف غالبية التشريعات الأوروبية الخاصة بالحماية من الشّروط التعسّفية. "فالقانون الألماني ذهب بموجب قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشّروط العامة للعقود إلى عدم قصر الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين وحدهم. أي أنّ الحماية تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان، والذي لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حرّ، يستوي أن يكون مستهلكاً أم غير ذلك.

والقانون الإنجليزي بدوره لم يقصر الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين وحدهم، ولا على عقود الإذعان فقط. وإنما نصّ في القانون المسمى Unfair contract terms act لسنة 1977، على جواز استبعاد القاضي للشّروط غير الشريفة في أيّ عقد كان، حتى ولو كان هناك نصوصاً خاصّة بالعقود المبرمة مع المستهلكين"[4].

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

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول الشّروط الواردة في العقود الإدارية، هل تقع تحت طائلة قانون الإستهلاك في فرنسا؟ أو هل تعتبر عقود استهلاك تحمل شروطاً تعسّفية بمفهوم هذا القانون؟

1- Civ.1er ch., 24 janvier 1995 : D.1995. Som., p. 229, obs. Delebecque (PH.).
2 - Civ.1er ch., 3 janvier 1996; J.C.P.,éd.E, 1996, II, p. 380, note Leveneur.
3- Civ.1er ch., 10 juillet 1996 : D.1996, I.R., p. 191.
4- محمد بودالي، مرجع سابق، ص.120.

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

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

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

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

**ب) أن يكون الشّرط مكتوب :**

إضافة إلى وجوب أن يكون مجال الشّرط التعسّفي عقد استهلاك في القانون الفرنسي، هناك شرط ثاني، وهو أن يكون الشرط الموصوف بالتعسّف مكتوبا. فالنظام الذي جاء به قانون الإستهلاك يطبق على جميع الشّروط التعاقدية، ما دامت مكتوبة،وذلك بغض النظر عن الركيزة التي تظهر عليها، فقد تظهر مثلاً في : وصلات طلب الشراء أو الفواتير، أو وصلات الضمان، أو وصلات التسليم أو التذاكر أو على ظهر لوحات أو لافتات، (المادة 132-1/4/2 من قانون الإستهلاك الفرنسي)[6].

---

1- أنظر الصفحة 27 وما يليها الخاصة بمدى اعتبار المرافق العامة الصناعية والتجارية مهنية.

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

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

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

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

6 - "Ces dispositions ont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi, notamment, des bons de commandes, factures, bons de garanties,

بغض النظر أيضاً، عن طبيعة الشّروط فيجوز أن تتناول كيفيات دفع الثمن، أو تسليم الشيء، أو عبئ المخاطر، أو مدى المسؤولية، أو الضمان، وكذا شروط التنفيذ والفسخ ... وهكذا فإنّ قائمة الشّروط ليست محدّدة على سبيل الحصر. كما لا يهم أيضاً القانون الواجب التطبيق على العقد"[1].

ويتضح من نصوص قانون الإستهلاك، أنّ النظام المأخوذ به، وضع أساساً للشّروط التي تتضمنها "الشّروط العامة"[2] المعدة سلفاً، والتي لا تكون موضوع تفاوض وبالتالي فإذا كان هناك شرط محلاً لمفاوضة، فإنه نادراً ما يقضى باعتباره تعسّفياً[3].

**ج) أن يكون الشّرط سبب في الإختلال الظاهر لتوازن العقد :**

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

وذهبت المادة 132-5/1 من قانون الإستهلاك الفرنسي إلى أن الطابع التعسّفي للشرط يقدّر –وقت إبرام العقد– بالإستناد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذلك بالنسبة للشّروط الأخرى للعقد. وأن يقدّر بالرجوع إلى الشّروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانوناً للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع.

وإذا تعلّق الأمر بتقدير الطابع التعسّفي لشّرط وارد في عقد معين سبق إبرامه، فإنّ ذلك يتم إستناداً لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد.

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

---

bor dereaux ou bons de livraisons, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies".

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

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

3- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 28.

والنظام المتأتي من التعليمة الأوروبية وضع لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي التي تسببها الشّروط التعسّفية، وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، لهذا السبب ذهب المشرّع في تعديل آخر أدخله على نص المادة 132-7/1[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي إلى أن: تقدير الطابع التعسّفي لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة"[2].

**ثانياً : عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الجزائري :**

من التعريف السابق للشّرط التعسّفي والذي أورده المشرّع الجزائري في المادة 03 من قانون 04-02 المذكورة سابقاً[3]، نستخلص عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الجزائري، والتي تتلخص في كون مجال الشّرط عقد إذعان (أ)، على أن يكون مكتوباً (ب)، وأن يؤدي إلى إحداث إختلال ظاهر في توازن العقد (ج).

**أ) أن يكون مجال الشّرط التعسّفي عقد إذعان :**

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

كما قام المشرّع الجزائري بتكرار هذا التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسّفية[4]. وذلك في المادة الأولى الفقرة الثانية منه بأنه : "يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقاً للمادة 03 الحالة 04 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان

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

2- محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 29، 30.

3- أنظر نص المادة 03، الوارد في الصفحة 101.

4- الجريدة الرسمية، العدد 56، ص. 17.

الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

نستخلص من هذا التعريف لعقد الإذعان، أنّ المشرّع الجزائري قد تبنى المفهوم الواسع لعقد الإذعان، وهو المفهوم الرائج في أوساط الفقه الفرنسي الحديث[1]، إذ أنه لم يذكر عنصر الاحتكار، ويكون بهذا التعريف قد هجر المفهوم الكلاسيكي لعقد الإذعان، والذي يتحدد بموجبه عقد الإذعان في نطاق محدّد وضيق ذات خصائص محدّدة، أو كما يقول البعض[2] "أنّ عقود الإذعان لا تكون إلاّ في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :

1. تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.
2. احتكار الموجب لهذه السّلع احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدّدة النطاق.
3. صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدّة غير محدّدة".

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

فقد كان من أثر الإنتاج والتوزيع للسلع والتركيز الصناعي والرأسمالي ظهور عدم المساواة بين المهنيين والأجانب نتيجة التفوق الكبير لصالح المهنيين في العلاقات العقدية، وبالتالي يكون الطرف الآخر في وضع ضعف، وذلك حتى مع عدم وجود الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة، لكن هذا الضعف أو النقص يكون واضحاً بشكلٍ خاص في العلاقات بين المنتجين والموزعين، من ناحية،

1- أنظر في صدد مفهوم عقد الإذعان عند الفقه الغربي، ص 35.

2- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (1) مصادر الإلتزام، المجلد الأول العقد، الطبعة 03، دار النهضة العربية، 1981، بند 116، ص. 293، 294.

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

4- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 08.

والمستهلكين من ناحية أخرى[1].

إذن بتبني المشرّع الجزائري للمفهوم الموسع لعقود الإذعان، يكون قد وسّع الحماية من الشّروط التعسّفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حدٍّ سواء. أما من حيث شكل العقد فقد حصرها في عقود الإذعان دون عقود المساومة.

وذلك عكس القانون الفرنسي الذي حصر الحماية من الشّروط التعسّفية في شخص المستهلكين دون المهنيين[2].

لكنه توافق مع القانون الألماني في هذا الصدّد، حيث أنّ المشرّع الألماني لم يقصر الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين فقط وإنما مدّها حتى إلى المهنيين. كما أنها ليست مقبولة أي الحماية من الشّروط التعسّفية إلاّ بالنسبة لعقود الإذعان فقط، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة[3].

وهناك دليل آخر على أنّ المشرّع الجزائري يوسّع الحماية من الشّروط التعسّفية إلى كل من المستهلك والعون الاقتصادي (أي المهني) على حدٍّ سواء، ورد هذا الدليل بموجب المادة 01 من القانون 02-04، السابق، حيث نصت هذه الأخيرة على أنّ هذا القانون يهدف إلى "تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

**ب) أن يكون العقد مكتوباً :**

سبق ذكر تعريف عقد الإذعان الذي تبناه المشرّع الجزائري في المادة 03 الحالة 04 الفقرة 01 من قانون 04-02، والتي اعتبر فيها المشرّع أنّ عقد الإذعان الذي يكون مجالاً للشّروط التعسّفية يجب أن يكون محرّراً مسبقاً، فمن عبارة "حرِّر مسبقاً" نستخلص أنّ الحماية من الشّروط التعسّفية في القانون الجزائري تقتصر على الشّروط المكتوبة مسبقاً دون تلك التي لم تكتب.

وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فإنّ المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقاً، ممّا

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

2- أنظر الصفحة 101 وما يليها.

3- أنظر الصفحة 100 وما يليها.

يجعلها تتعلق بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة[1].

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

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

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

إذن فأهم ما يمكن تسجيله هو تنوع أشكال عقود الإذعان المتضمنة لشروط التعاقد العامة، والتي لا تقف تحت حصر. ويكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معين هو المحترف أو العون الاقتصادي، يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواءً كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين[2].

**ج) أن يكون الشّرط سببا في الإختلال الظاهر لتوازن العقد :**

سبق ذكر التعريف الذي أعطاه المشرّع الجزائري للشّرط التعسّفي، وذلك وفقاً للمادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 السابق، والذي أكدّ فيه على أنّ الشّرط التعسّفي هو الشّرط الذي يكون من شأنه إحداث إختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[3].

وبالتالي نستنتج أنّ المشرّع الجزائري يأخذ بمعيار الإختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرط ما تعسّفيا. متأثراً في ذلك بما ذهب إليه المشرّع الفرنسي، عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 132-1 من قانون الإستهلاك، والذي نقله هذا الأخير عن التعليمة الأوروبية لسنة

1- محمد بودالي، السابق، ص. 118.

2- محمد بودالي، السابق،ص. 118.

3- المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 "... شرط تعسّفي : كل بند أو شرط بمفردة أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

1993. علما أنّ القانون الفرنسي كان يتبنى معيارين آخرين وفقاً لقانون 10 جانفي 1978، وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن معايير الشّرط التعسّفي والتطورات التي مرّت بها.

## المطلب الثاني :

## معايير الشّرط التعسّفي :

سبق القول أنّ قواعد القانون المدني تضمنت معياراً تقليدياً يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشّرط المدرج في عقد إذعان تعسّفياً أم لا، وهو معيار العدالة، وسبق أن أوضحنا أنّ هذا المعيار يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، لاختلاف الشعور بالعدالة من قاضٍ لآخر، وهو ما يهدد استقرار المعاملات[1].

لكن القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، أدّت إلى ظهور عدّة معايير يتحدّد وفقها كون الشّرط المدرج في عقد استهلاك أو عقد إذعان، تعسّفياً من عدمه.

ففي البداية أتى المشرّع الفرنسي بمعيارين، وذلك بموجب نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978[2]، الواردة في الفصل IV المتعلق بالشّروط التعسّفية، التي نصت أنه تعتبر تعسّفية الشّروط التي "يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسّف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة"[3].

إذن يظهر من خلال هذه المادة معيارين يجب تطلبهما لاعتبار الشّرط تعسّفياً، أحدهما اقتصادي وهو تعسّف النفوذ الاقتصادي، والآخر معيار قانوني وهو معيار الميزة المفرطة أو الفاحشة التي حصل عليها المهني.

لكن بعد تبني المشرّع الفرنسي للتعليمة الأوروبية لسنة 1993 السابقة الذكر، هجر المعيارين السابقين، وأخذ بمعيار جديد بموجب المادة 132-1 من قانون الاستهلاك، المذكورة

1- أنظر معيار العدالة، ص 43.

2- وهو القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات.

3- أنظر النص الفرنسي للمادة 35، ص 98.

سابقاً، هذا المعيار الجديد هو معيار "الإخلال الظاهر بالتوازن". وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا المعيار الأخير هو الذي تبناه المشرّع الجزائري بموجب المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02.

وتتجلى أهمية تحديد المعايير التي يعتبر بموجبها الشّرط تعسّفياً من عدمه في التمكن من تقديم حماية أفضل للمستهلك من جهة، ومن جهة ثانية فإن أهمية ذلك تكمن في توحيد أحكام القضاء تجنبا للمساس باستقرار المعاملات.

## الفرع الأول :

## معيار التعسّف في إستعمال القوة الإقتصادية :

## L'abus de puissance économique du professionnel :

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

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

إذن هذا المعيار بغموضه طرح تساؤلين، الأول هو ما المقصود بالتعسّف؟ هل هو تعسّف الموقف أم تعسّف الحق؟ أما التساؤل الثاني فهو حول ضرورة هذا المعيار وحول مدى نجاح المشرع في اختياره؟

فعن التساؤل الأول، أي ما المقصود بالتعسّف؟ حاول فريقين الإجابة عنه: فذهب الفريق الأول إلى أنّ "أول ما يتطرق للذهن هو الاعتقاد بأنّ ثمة عيبا في الرضاء قد حدث، ألاّ وهو

1- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 140.

2- P. Godé : « Protection des consommateur », R.T.D.civ., 1978, p. 744, et 746.
وكذلك أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 218.

الخشية التي تلحق بالإرادة في عنصرها الاختياري، وبمعنى أكثر وضوحاً أنّ المقصود هو تعسّف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، ذلك التعسّف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة"[1]. بمعنى أنّ تعسّف الموقف المستخدم في نطاق الإبرام للتصرفات القانونية، يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال استخدامه لوسائل غير أمينة والإستغلال لوضع الضعف للطرف الآخر، قد أدى بهذا الأخير لإبرام تصرّف قانوني والذي يحصل منه هذا المتعاقد على ميزة فاحشة[2].

أما الفريق الثاني فذهب إلى أنّ المقصود بالتعسّف هنا هو التعسّف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة، وهو ما يظهر من المناقشات البرلمانية عند وضع قانون 10 جانفي 1978[3]، المذكور آنفا. حيث قال أحد النواب أنّ مشروع هذا القانون[4] يحرّم على المهني الذي يملي شروطه، تجاوز هذه السلطة، إضراراً بالمستهلك، وبالنظر إلى ذلك وتحليله فإنّ ذلك لا يعني سوى التعريف التقليدي للتعسّف في استخدام الحق، الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية[5]. وهذا يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا، ويرى البعض أنّ التحرير المنفرد للعقود النموذجية هي اليوم بمثابة ضرورة لا غنى عنها. وأنه ليس واضحاً أنّ هذا التحرير المنفرد أمر مشروع، وإنما هو يمثل ممارسة لسلطة واقع وليس من حق شخص، وعلى هذا فإنه يبدوا من الصعب، في هذه الظروف، النظر للتحريم للشّروط التعسّفية على أنه مجرّد تطبيق لمفهوم التعسّف في إستعمال الحق[6]. إذن فالإستناد إلى مفهوم تعسّف الحق أمر منتقد[7].

أما التساؤل الثاني الذي طرحه هذا المعيار فهو حول ضرورة هذا المعيار؟ فإنه يبدوا لأول وهلة ومن الناحية النظرية ألاّ ضرورة لاستلزام اقتران التعسّف الواضح في الشّرط بمعيار اقتصادي وهو تعسّف النفوذ الاقتصادي، غير أنه من المؤكد أنّ خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي

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

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

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

4- المقصود هو قانون 10 جانفي 1978 السابق.

5- J.Ghestin : « Traité de droit civil. Introduction général ». 3e éd. 1990, n. 693, p. 674.

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

7- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 217.

يجعله يقبل بمثل هذه الشّروط وإلاّ فإنّ البديل هو أن تكون هذه الشّروط قد فرضت عليه فرضاً، وسهل إثبات الخضوع، إذ يسيطر على هذه الأنواع من العقود خصوصاً وإنه يتم طباعتها وإعدادها مسبقاً لينضم إليها المستهلكون، بغض النظر عمّا يستشعرونه فيها من تعسّف أو عدم توازن[1].

وفي هذا الصدد يقول البعض[2]، أنّ هذا المعيار غير واضح أو مبهم imprécis لأنه لا يشير إلى أيِّ شيء يمكن الإستناد إليه حتى نتحسّس (نكشف) النفوذ الاقتصادي. ونتسائل عمّا إذا كان من الضروري اعتبار ذلك بمثابة شرط؟[3]، أي اعتبار هذا المعيار ضروري للكشف عن الطبيعة التعسّفية للشرط؟.

أمام عدم تضمن المعيار ما يمكن بواسطته تحسّس تعسّف النفوذ الاقتصادي فإنّ الفقه حاول القيام بهذه المهمة واقترح عدّة مؤشرات، حيث يرى أنّ من هذه الدلائل أو المؤشرات أنه "ابتداءً من اللّحظة التي يمثل فيها الشّرط عدم تعادل جسيم في اتفاق ما، فإن هذا المؤشر البسيط يكفي لاعتباره غير فعال"[4]، أي اعتبار الشّرط باطلاً.

ومن المؤشرات أيضاً التي يمكن الإستناد إليها، هي وضع المهني في السوق، ليس من خلال حصته في السوق لأنّ ذلك صعب تحديده، وإنما يجب أولاً تحديد معنى أو مفهوم السوق، وذلك عن طريق استخلاص طبيعة السوق ومحله وما إذا كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار، عند تقدير وضع المهني، السوق المحلي فقط أم على مستوى الدولة، ثم بعد ذلك تقدير وضع المشروع الذي يملكه المهني في هذه السوق، بل وحتى استخلاص التأثير الذي يمكن أن يمارسه في السوق أخيراً[5].

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

1- عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 270، وكذلك عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص. 141.

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

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 218.

4- B. Starck : précité, n. 629.

5- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 218.

التقني هو بالضرورة فقط ما يملكه كل المهنيين[1].

ولتوضيح مفهوم الوضع الاقتصادي للمهني فإنه من المناسب اللّجوء إلى قانون المنافسة المشروعة لمقارنة ذلك بتعسّف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها، على أنّ مفهوم الوضع المسيطر أو الهيمنة لم يحض بتعريف واضح، والتشريعات لم تعرّفه أيضاً[2]، لكن حسب السلطات القضائية للاتحاد الأوروبي، فالوضع المسيطر أو الهيمنة في قانون المنافسة هي : "القوة الإقتصادية المحوزة من طرف مؤسسة والتي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق وانتهاج سلوك يتسم بقدرٍ كافٍ من الاستقلال إزاء منافسيها وعملائها وأخيراً إزاء المستهلكين"[3].

"أو أنّ الوضع المسيطر حسب مجلس المنافسة الفرنسي، يتميز بواقع أنّ سلطة تنتزع تكليفات من السوق وتلزم المتنافسين على أن يوفقوا أوضاعهم وفق تصرفها الخاص[4]. أو أنّه، المشروع، الذي يؤدي بالسلطة التي يملكها هذا المشروع، من واقع نفوذه الاقتصادي، إلى تبني تصرفات مستقلة إزاء منافسيه، عملائه والمستهلكين، والوضع المسيطر يسمح للمستفيد منه لإبطال تأثير نفوذ خصومه ويؤدي إلى جعلهم مجبرين على الخضوع له[5]. أما من ناحية التعسّف، فإنه يقوم إبتداءاً من الوضع المسيطر، وبواسطة الحصول على شروط ملائمة له بشكلٍ مبالغ فيه[6]. وأنّ الوضع المسيطر، يوجد للوهلة الأولى، في المنظمة من خشية متكونة من استخدام وضع مسيطر لإبطال فرص نجاح الغير وأخذ عدد متزايد عادة للعميل[7] وعلى هذا فمفهوم تعسّف النفوذ الاقتصادي، في قانون المنافسة، يتجاوز بشكلٍ كبير جداً نطاق الشّروط العقدية المفروضة"[8].

بالإضافة إلى ما سبق فإنّ وضع المستهلك نفسه، يصلح كمؤشر يستشف من خلاله التقدير للنفوذ، ذلك أنّ المهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي ليس له خيارات متعدّدة، فهو إما يتعاقد أو يرفض ذلك، على أنه في الغالب غير قادر على مناقشة شروط العقد، وبالتالي فهو في

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 219.

2- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 218.

3- محمد شريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص.61، وكذلك زيبري بن قويدر، مرجع سابق، ص. 94.

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

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

6- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص 219.

7 - J. P. Gridél : précité, p. 157.

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

مركز ضعف. إذ أنّ المهني يفرض عليه شروط العقد من منطلق نفوذه وتفوقه في التقنية، والمستهلك في وضعه هذا في أشد الحاجة إلى السّلعة أو الخدمة، يبرم العقد إبراماً مقترناً بقبول زائف.

كذلك يمكن الاستدلال على تعسّف النفوذ الاقتصادي، من خلال ما سبق قوله في صدد تعريف الشّرط التعسّفي من وجود عدم توازن في العملية العقدية، ومن خلال غياب حسن النية وكون موضوع الشّرط أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات المهني[1]، إضافة إلى ذلك فإن تعسّف النفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة فاحشة وهو المعيار الثاني الذي أخذ به المشرّع الفرنسي.

## الفرع الثاني :

## معيار الميزة الفاحشة :

## L'avantage excessif donné au professionnel:

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

لذلك يبدو من الوهلة الأولى أنّ هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي أنّ الميزة الفاحشة هي النتيجة أو المحصلة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسّفية، ويعتبر مرتبطاً به بعلاقة سببية أو كما قال البعض[2] : "فإن المشرع قد أعطى تعريفاً للتعسّف مخصصاً إياه بمقدار نتيجته، حيث أنّ الشّرط لن يكون تعسّفياً إلاّ إذا أعطى ميزة فاحشة"[3].

لكن هذا المعيار أثار عدّة إشكالات قانونية وعملية، فتعرض لانتقادات من طرف الفقه، هذا لأنه معيار غامض وليس محدّد الكمية من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ نص المادة 35 لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة الميزة، أهي ذات طابع مالي فقط، أم أكثر من ذلك؟، فضلاً عن ذلك ومن جهة ثالثة هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير الميزة، هل ينظر بموجبه للشرط

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق،ص. 220.

2- P. Godé : précité, p. 746.

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

منعزلاً أم أنه يجب النظر إلى مجموع العقد؟.

فعن الإشكال الأول، وهو كون معيار الميزة الفاحشة غير محدّد الكمية، "ذلك لأن المشرع لم يحدّد رقماً معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سبباً لإبطال بعض العقود إذا بلغ حداً معيناً، فهذا المعيار غير محدّد برقم معين"[1]. وهذا ما دفع بالبعض إلى اعتبار صيغة نص المادة 35 لا تعدو أن تكون مجرّد حشو لا معنى له إذ أنّ الميزة الفاحشة ليست محدّدة الكمية إطلاقاً[2].

وجدير بالذكر، أنّ هذا الإشكال، وهو كون الميزة الفاحشة غير محدّدة الكمية، كان هو السبب الذي من أجله كان المشروع المبدئي المقدم من الحكومة يستلزم عدم توازن ظاهر، وقد حلّ معيار الميزة الفاحشة محل معيار عدم التوازن الظاهر هذا[3]، وهذه الصيغة قد إستبعدت لأنها كانت تثير بطريقة فاحشة مسألة الغبن، أما الميزة الفاحشة، فهي لا تثير مسألة الغبن وإنما تقترب منها، ذلك أن نص المادة 35 إشتمل على عنصر موضوعي أي الميزة الفاحشة، وعنصر شخصي، أي الخشية الناتجة عن تعسّف النفوذ الاقتصادي، وكما هو معروف فإنّ القواعد العامة التي تعاقب على الغبن تتطلب توافر هذين العنصرين[4].

إذن الميزة الفاحشة التي أوجدها تعسّف النفوذ الاقتصادي من طرف المهني لها نفس معنى الغبن تقريباً، فالفكرتين ترتبان لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، حيث يؤديان إلى إخلال التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين[5]. لكن هناك اختلاف بين الفكرتين أي فكرة الغبن وفكرة الميزة الفاحشة، وهذا الاختلاف يكمن في محلّ التعسّف، الذي هو في الغبن ينصب على الثمن، بينما الميزة الفاحشة للشّرط تنصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة[6]، إذ هذه الشّروط لا تنصب على الثمن فقط، وإنما تتعدى ذلك إلى الشّروط التي ليست ذات طابع مالي.

فهذه الفكرة الأخيرة أثارت بدورها إشكالاً، في البداية، وذلك كون معيار الميزة الفاحشة ينصب على عدم توازن بين الإلتزامات المتولدة عن العقد نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات، لكن

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 129.

2- P.Godé :précité, p. 746.

3- هذا المعيار، عدم التوازن الظاهر، قد عاد إليه المشرع فيما بعد، أنظر الصفحة 118.

4- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 221.

5 - محمد بودالي، السابق، ص. 130

6- زبيري بن قويدر، السابق، ص. 95.

ما هي طبيعة عدم التوازن هذا؟.

يرى البعض أنه من الطبيعي أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي، وهي تكون كذلك حينما يتعلق الشّرط المعني بمبلغ الثمن أو نماذج الدفع للثمن، لكن ليس من الضروري أن تكون ذات طابع مالي. فالشّروط التي عدّدتها المادة 35، والتي تتعلق بجوهر الشيء، أو التسليم أو عبئ المخاطر أو شروط التنفيذ.....إلخ[1]، هي بالتالي ليست ذات طابع مالي، إذن فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة[2].

أما الإشكال الثاني الذي طرحه معيار الميزة الفاحشة، فهو الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة، وهل يجب النظر للشّرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني منعزلاً عن غيره من الشّروط التي يتضمنها عقد الإستهلاك المعني، أم أنه يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها؟.

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

لهذا يسلّم البعض[4]، "بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشّروط العقدية"، أي وجوب النظر إلى جميع الشّروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي. لأنّ الشّرط إذا نظر إليه بصفة منفردة، قد يبدوا تعسّفياً، إلاّ أنه يكون مبرراً إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضاً في ثمن السّلعة لفائدة المستهلك.

وبالنسبة للمشرّع فإنه تدارك النقص وأخذ بهذه الفكرة في المادة 132-5/1 من قانون الإستهلاك الفرنسي، حيث هذه المادة تذهب إلى أنّ الطابع التعسّفي للشّرط يقدر بالإستناد – وقت إبرام العقد– إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشّروط الأخرى للعقد.

ويقدّر أيضاً بالرجوع إلى الشّروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيهما أحدهما قانوناً للآخر،كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع[5].

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

2- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 222.

3- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 140.

4 – أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 222.

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

والمشرّع الجزائري بدوره ذهب إلى أن الشّرط التعسّفي لا ينظر إليه على أنه كذلك وهو منفرد، بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، أي ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد، (المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 السابق).

هذا الحل يبدوا صالحاً من الناحية النظرية، إلاّ أنه يواجه صعوبات عملية، فكيف يتم حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة؟ فهل يتوازن العقد الذي ورد به تقييد لمسؤولية المحترف لأنه يعطي المستهلك الحق في الفسخ بإرادته المنفردة؟ وفي أيِّ مدى وفي ظلّ أيِّ حدود يتم حساب التوازن بين هذه الإلتزامات[1]؟

حاول البعض الإجابة على هذا الإشكال، بأنه رغم ذلك يبقى العقد كلاً واحداً منصوص فيه على شروط عديدة، ولتقدير الصفة التعسّفية لشرط ما، فإنه يبدوا من الضروري الأخذ في الاعتبار الأداءات المتبادلة في مجموعها، من أجل التحقق من عدم التوازن العقدي، ويكون الشّرط تعسّفياً إذا كان يؤدي إلى عدم توازن في مبادئ العقد. فهذه المسألة تتوقف على حكمة القاضي[2].

وبالتالي ممّا سبق نستنتج أنّ الميزة الفاحشة هي مقابلاً مغالي فيه (مفرط) مفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري[3].

هذان هما المعياران اللّذان وضعهما المشرع الفرنسي في قانون 10 جانفي 1978، المذكور سابقا، لتحديد ما إذا كان الشّرط يعد تعسّفياً أم لا وهما معياران مرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة ويمكن من خلالهما إعادة التوازن للمضمون العقدي[4].

غير أن المشرع الفرنسي وبموجب قانون الإستهلاك لسنة 1995، تبنى معياراً جديداً، هذا الأخير أخذ به المشرع الجزائري أيضاً، وهو المعيار الموالي.

## الفرع الثالث :

## معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات :

## Déséquilibre significatif :

1- عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص. 140.

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

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 223.

4- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 223.

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

فنص على هذا المعيار في المادة 132-5/1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[1]، إلاّ أنّ البعض رأى في هذا الصدد أنّ المعيار الجديد ليس سوى ترديداً لمعيار الميزة المفرطة[2]، أي أنّ مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أنّ الاختلاف يكمن فقط في التسمية.

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

ولما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرّد ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فإنّ ما سبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بالإلتزامات، سواءً في القانون الفرنسي أو القانون الجزائري. إضافة إلى ذلك فإن ما يتعلق بالإشكال الذي طرحه معيار الميزة المفرطة بشأن اقترابه من فكرة الغبن، ونفس الإشكال طرّح أيضا بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر، إذ هذا الأخير "لا يعدوا بدوره أن يكون مجرّد تبني مغلّف لفكرة الغبن المجرّد، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة"[3].

لكن هذا الإشكال لم يدم على حاله، حيث ذهب المشرّع الفرنسي، وللتأكيد على الاختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن، حرص هذا الأخير على إضافة الفقرة 07 إلى المادة 132-1 من قانون الإستهلاك، هذه الفقرة نصّت على أنّ تقدير الطابع التعسّفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة. وهو تأكيد من المشرع على أنّ الهدف من المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد

1- أنظر نص المادة 132-5/1، الصفحة 99.

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

3- محمد بودالي، السابق، ص. 133.

وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة[1].

وفي مقابل المشرّع الفرنسي، فإن المشرّع الجزائري سكت عن هذه الحالة، وهو ما يبقي على إشكال اقتراب المعيار من فكرة الغبن في القانون الجزائري.

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

1- محمد بودالي، السابق، ص. 134.

## المبحث الثاني :

## الطرق الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية:

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

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

### المطلب الأول :

### الرقابة القانونية والإدارية على الشّروط التعسّفية :

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

#### الفرع الأول :

#### إيراد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية بموجب قانون :

لقد تضمنت قوانين الحماية من الشّروط التعسّفية قوائم تحدِّد الشّروط التي تعتبر تعسّفية، فهناك نظام القوائم السوداء والقوائم الرمادية للشّروط التعسّفية، والتي ابتدعها المشرّع الألماني في البداية، وبعده المشرّع الفرنسي الذي أورد قائمتين من الشّروط التي اعتبرها تعسّفية، وهو ما فعله المشرّع الجزائري أيضاً. ونعرض لهذه القوائم في التشريعات الثلاث تباعاً حسب التسلسل التاريخي.

يعتبر المشرّع الألماني من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشّروط التعسّفية، وهو قانون 09 ديسمبر 1976، المتعلق بالشّروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 01 أفريل 1977، تضمّن هذا القانون قائمتين من الشّروط التعسّفية، الأولى قائمة سوداء، حيث تعتبر الشّروط الواردة بها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أيّ سلطة تقديرية، والثانية قائمة رمادية، والتي أعطى بصددها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حدّدها القانون المذكور آنفا[1].

حيث تشمل القائمة السوداء Clauses dites noires، 08 أصناف من الشّروط الممنوعة، نصت عليها المادة 10 من القانون السابق، وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبّرر، أو في تعديله، آخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك. وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه. وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يبرّر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[2].

أما القائمة الرمادية Clauses dites grises، تشمل 10 أصناف من الشّروط التعسّفية، نصت عليها المادة 11 من القانون الألماني السابق. وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلّم أو يوفى بثمنها في خلال مدّة أربعة أشهر. وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس. وبحرمان المستهلك من خيار اللّجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي. والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد،

1- عامر قاسم أحمد القيسي، السابق، ص. 148، 149.

2- محمد بودالي، السابق، ص. 21.

أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه. واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[1].

"ولعلّ أهم هذه الشّروط التعسّفية هو ذلك الشّرط المتعلق بالضمان. حيث نصت المادة 11 السابقة، على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيعة الجديدة. بموجب الشّروط العامة :

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

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

هذا ويعترف القانون السابق صراحة بصحة الشّرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب، واستبعاد بالتالي خيار الفسخ أو إنقاص السعر. لكن بشرط أن يتضمن الشّرط السابق حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح.

علاوة على ذلك، فإنه يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبيع، مثل مصاريف النقل، والتنقل، واليد العاملة، والأدوات الضرورية.

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

وكما هو الحال أخيرا بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلاً أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية، وهو 06 أشهر تسري من وقت التسليم، للإعلان عن وجود العيب"[2].

أما بالنسبة للمشرّع الفرنسي فقد قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود والتي تكون محلاً للشّروط التعسّفية في حالة مخالفتها، وذلك بموجب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 تتعلق هذه العناصر بتكوين العقد، وبالشّروط المتعلقة بالخاصية المحدّدة أو قابلية

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 21، 22.

2 - محمد بودالي، السابق، ص.22، 23.

التحديد للثمن ومدّتها، وشروط الفسخ أو التجديد، وكذلك تنفيذ العقد والشّروط المتعلقة بالدفع للثمن، وتلك المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشّروط المتعلقة بعبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمانات، وشروط التنفيذ والفسخ[1].

وتجدر الإشارة أنّ هذه القائمة أتت على سبيل الحصر، وما يؤكد ذلك هو القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي[2] في 03 ديسمبر 1981[3].

وفي عام 1995 قام المشرّع الفرنسي بإيراد ملحق بقانون الإستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسّفية، إذا توافرت فيها العناصر الثلاثة للشّرط التعسّفي المذكورة سابقاً.

وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية لعام 1993. وقد جاءت شاحبة على حدِّ تعبير البعض[4]، فهي من جهة تفتقر للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم، ومن جهة أخرى تحمِّل المدعي عبئ إثبات الطابع التعسّفي للشّرط وفقا لنص المادة 132-1 من قانون الإستهلاك[5].

وهي تضم سبعة عشر نوعاً من الشّروط تتعلق بـ :

- استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية، نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.
- استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم – الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
- النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، وتعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.
- إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، في حالة تراجع المحترف نفسه.

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 225.

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

3- أنظر القرار بالتفصيل ص 138 وما يليها.

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

5- محمد بودالي، السابق، ص. 33.

- فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضاً مبالغاً فيه وغير متناسب.
- إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، وعدم الإعتراف بنفس الحق للمستهلك.
- إجازة بإنهاء عقد محدّد المدّة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب الجسيم.
- التمديد التلقائي لعقد محدّد المدّة.
- الإثبات القاطع لإذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.
- إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.
- إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة ...
- النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.
- منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.
- تقييد التزام المحترف في احترام الإلتزامات المتخذة من قبل وكلائه ...
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
- النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.
- استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن ...

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الفرنسي أصدر قانون 28 جانفي 2005 المسمّى قانون Châtel نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلّف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام، وتمثيل وحماية المستهلكين. وقد عدّل هذا القانون قانون الإستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب IV تحت عنوان أحكام مختلفة، وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشّروط التي يمكن أن تعدّ تعسّفية، الشّرط الذي يلزم المستهلك على قبول – بشكل خاص– نظام بديل لتسوية النزاعات[1].

وأخيراً، فإن المشرّع الجزائري، اقتدى بالمشرّع الفرنسي، وقام بإيراد قائمة من الشّروط التعسّفية بموجب المادة 29 من قانون 04-02[2] السابق، تضمنت 8 أصناف منها، لكن هذه المادة قصرت الحماية من الشّروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 35، 36.

2- وهو القانون المتعلق بالممارسات التجارية، المذكور سابقا.

المهني، ويتضح ذلك من عبارة "تعتبر بنوداً وشروطاً تعسّفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشّروط التي تمنح هذا الأخير..."

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

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

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

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشّروط التعاقدية.
5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.
8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

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

## الفرع الثاني :

## الرقابة الإدارية على الشّروط التعسّفية :

تنقسم هذه الرقابة إلى رقابة لجنة الشّروط التعسّفية (أولاً)، ورقابة الحكومة عن طريق تحديد الشّروط التعسّفية بموجب مراسيم (ثانياً).

**أولاً : رقابة لجنة الشّروط التعسّفية :**

أنشأت هذه اللجنة الإدارية بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات، من الشّروط التعسّفية، لدى الوزير الفرنسي المكلف بالإستهلاك، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995 [1]. وكان مشروع الحكومة لعام 1978 يعهد من أجل استبعاد الشّروط التعسّفية للمحاكم، وفي أعقاب انتقادات الجمعية الوطنية، فإن المشرّع قد فوض هذه السلطة للحكومة، التي تستشير لجنة الشّروط التعسّفية. والمشرّع الجزائري هو الآخر أنشأ لجنة البنود التعسّفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية.

وتشكيلة هذه اللجنة جاءت تعكس الغاية من إنشائها (أ)، ولها في سبيل ذلك عدة اختصاصات (ب).

**أ) تشكيل لجنة الشّروط التعسّفية :**

تتشكل اللّجنة في القانون الفرنسي من 13 عضواً هم :

- قاضيين، أحدهما رئيساً والآخر نائباً له.
- شخصين مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود، يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.

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

- 04 أشخاص من ممثلي المحترفين.
- 04 أشخاص من ممثلي المستهلكين.
- و أخيراً محافظ الحكومة، التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة والإستهلاك.

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

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

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

فنص في الفصل الثالث من المرسوم رقم 06-306 على تنصيب لجنة البنود التعسّفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهي ذات طابع استشاري، وتدعى في صلب النص "اللّجنة" (المادة 06 من المرسوم).

ونصت المادة 08 منه على أنّ اللّجنة تتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم :

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيساً.
- ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو (1) من مجلس المنافسة.
- متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلين (2) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون

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

2- محمد بودالي، السابق، ص. 36.

الأعمال والعقود.

وأضافت المادة 08 منه، أنه يمكن اللّجنة الاستعانة بأيِّ شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

**ب) اختصاصات لجنة الشّروط التعسّفية :**

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

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

ولجنة الشّروط التعسفية أصبحت في سنة 1993 تملك دور استشاري لدى القضاء الفرنسي، وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993، وإن كان غير ملزم برأيها الاستشاري حول الشّروط محل النزاع.

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

كذلك فإنّ الوزير المسؤول عن الإستهلاك، يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللّجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللّجنة ذاتها، وأنّ هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعدّ اللّجنة كل سنة تقريراً عن نشاطها وتعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة، وينشر هذا التقرير[2].

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 234.

2- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 235.

لكن هذه اللّجنة ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية، أي أن توصياتها ليست لها أي صفة إلزامية. فهي لا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين، ويعتبر قصر سلطاتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرّع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشّروط، كما أنّ هذا الإتجاه يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي، التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات[1].

لكن توصيات لجنة الشّروط التعسّفية وإن لم يكن لها قوة إلزامية، إلاّ أنها تشكل ضغطاً نفسياً على المحترفين، لهذا فإنّ دورها يمكن اعتباره دوراً تحريضياً بحتاً، وذلك بخلاف المراسيم التي تمنع الشّروط التعسّفية وهو ما سنراه لاحقاً. بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن تكون توصياتها فعّالة إلاّ إذا وجدت دعاية واسعة[2].

وبالفعل تقوم اللّجنة كل سنة منذ إنشائها بنشر تقرير عن أعمالها، "فقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها حتى عام 2000 الخمسين توصية، تتضمن كلّ واحدة منها العديد من الشّروط، منها ما هو ذات طابع عام[3]، ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة[4].

إلاّ أنه رغم عدم إلزامية هذه التوصيات، فإنّ المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسّفي لشرط معين[5]، كما كان لها الفضل في دفع المشرّع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشّروط في قطاعات معينة[6]، وعموماً فإنّ توصيات لجنة الشّروط التعسّفية ليست مولدة لقواعد يفتح تجاهلها طريق الطعن بالنقض[7].

والجدير بالذكر، أنّ اللّجنة في دراستها لنماذج العقود المعروضة على المستهلكين، فإنها

1- محمد بودالي، السابق، ص. 37.

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

3- وأهمها تلك المتعلقة بعقود الضمان (رقم 79-01)، الطعون القضائية (رقم 08-03)، آجال التسليم (رقم 80-06)، ...

4- وهي أكثر عدداً 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 السيارات (رقم 96-02)، الحراسة التلفزيونية (رقم 97-01)، الاشتراك في الكابل والتلفزيون مدفوع الثمن (رقم 98-01)، الإيجارات السكنية (رقم 2000-01)، ...

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

6- حيث أصدر المشرّع الفرنسي عدّة تشريعات مستهدياً بتوصيات اللّجنة 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. وأخيراً قانون 18 جويلية 1992 المتعلق بآجال التسليم والذي أصبح يشكل حالياً المادة 114-1 من قانون الإستهلاك.

7- محمد بودالي، السابق، ص. 38.

تدرس نظام الشّروط وطريقة صياغتها وطريقة طباعتها، حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة، وهي مسألة مهمة، ولا يجب الاستهانة بطريقة صياغة تلك الشّروط الخاصة بالضمان وغيرها لتأثيرها على تنوير رضاء المستهلك، وفي ذلك أيضاً تحقيق لنوع من التوازن العقدي في شروط العقد[1].

أما بالنسبة لاختصاصات لجنة البنود التعسّفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حدٍ كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي. حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسّفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، (المادة 07 من مرسوم 06-306 السابق)[2].

وفي سبيل قيام اللّجنة بمهامها، تخطر إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك (المادة 11 من المرسوم).

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

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

**ثانياً : رقابة الحكومة على الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم :**

يستفاد من المادة 35-1[3] من القانون الفرنسي لـ 10 جانفي 1978 السابق، أنها تجيز للحكومة إصدار مراسيم لتحديد أنواع من الشّروط واعتبارها شروطاً تعسّفية، وذلك بعد استشارة لجنة الشّروط التعسّفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معاً.

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 235.

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

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

بوصف هذه الشّروط التعسّفية غير مشروعة، يجوز إبطالها لمخالفتها لأحكام هذه المراسيم[1].

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

النوع الأول يتعلق بتحريم الشّرط الذي يكون محلة أو أثره يلغي أو يخفض حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت (المادة 02 من مرسوم 24 مارس)[2].

وحضر هذا الشّرط الذي يخص البيع فقط، أدى إلى تعديل عميق في نصوص القانون المدني المكملة للإرادة في مادة البيع. فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا يتعلقان بالنظام العام، وبالتالي كان لا ضير من الإعفاء، أو التخفيف منها، عن طريق الاتفاق، صارت من طبيعة أخرى، وأصبحت بعد صدور مرسوم 24 مارس من النظام العام[3].

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

ففي صدد شرط محدّد للمسؤولية عن التعويض قرّرت محكمة النقض الفرنسية تطبيق المادة 02 من مرسوم 24 مارس، على عقد مختلط إذ يعتبر عقد مقاولة وعقد بيع في نفس الوقت، وذلك في قرار بتاريخ 25 جانفي 1989[4]. هذا ما أكدته محكمة النقض في 06 يونيو 1990، حيث قررت التطبيق للمرسوم السابق على العقد متى كان يمثل، حتى ولو بصفة جزئية، خاصية البيع، أي لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع، فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشّرط التعسّفي[5].

1- محمد بودالي، السابق، ص. 32.

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

3- السيد عمران، مرجع سابق، ص. 38.

4- D. 1989 JP., p. 253, not, Ph. Malaurie.

5- Cass. civ. 6 juin 1990, Bull. civ. 1990, n. 145, p. 104.

لكن هذا الوضع لم يدم طويلاً، أي اقتصار الحماية من الشّرط المحدد للمسؤولية على تلك الشّروط الواردة في عقد البيع فقط، حيث قام المشرّع الفرنسي بإيراد قائمة محددة للشّروط التعسّفية بموجب المادة 132-1 من قانون الإستهلاك في سنة 1995[1]، من بين شروط هذه القائمة، شرط تحديد المسؤولية، هذه القائمة تطبق على جميع العقود.

أما النوع الثاني من الشّروط التي حرّمها مرسوم 24 مارس، فيتعلق بالشّرط أياً كان محله أو أثره الذي يحتفظ للمهني بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة المؤداة، بالإرادة المنفردة. هذا الشّرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين وهو هنا المدين بتقديم سلعة أو خدمة[2] (المادة 03 من مرسوم 24 مارس)[3].

فالقواعد العامة التقليدية تبطل العقد كله لاقترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين وهو المحترف[4]، بينما نص المادة 03 من مرسوم 24 مارس، تبطل الشّرط وتبقى على العقد، لأنّ ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج للسلعة أو الخدمة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الشّرط الأخير، لا يقتصر على عقد البيع مثل سابقه، وإنما يجوز للمستهلك الإستناد على المادة 03 السابقة، التي تحضره، مهما كان العقد الذي كان بصدده.

ويرى البعض أنّ المشرّع الفرنسي أحسن صنعاً في منع البائع، أو المنتج، أو المورد، والمحترف بشكل عام، من حق تعديل الشيء محل العقد أو الخدمة بنفسه، وذلك عن طريق إيراد شرط في العقد يجعل التزامه معلق على محض إرادته[5].

وأخيراً فإنّ مرسوم 24 مارس، حضر نوع ثالث من الشّروط، وهي الشّروط المتعلقة بالضمان فألزمت البائع بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته، وبضمان العيوب الخفية للشيء المبيع أو الخدمة المؤداة للمشتري (المادة 04 من مرسوم 24 مارس)[6]، على أنّ

1- وهو ما سبق بيانه، أنظر الصفحة 124.

2- السيد عمران، المرجع السابق، ص. 38.

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

4- أنظر بشأن الشّرط الإرادي المحض في القواعد العامة، ص 80.

5- السيد محمد سيد عمران، السابق، ص. 38، 39.

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

حضر هذا الشّرط يتفق مع ما كان يذهب إليه القضاء الفرنسي، الذي كان يوسع من فكرة الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع، وذلك في ظل القواعد العامة[1].

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري، فهو الآخر أخذ بنظام حضر الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة، في هذا الصدد نصت المادة 30 من قانون 04-02، وهو القانون المطبق على الممارسات التجارية، والمذكور سابقاً، على أنه : "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشّروط التي تعتبر تعسّفية".

نستنتج من المادة 30 أنّ المشرّع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، وذلك عن طريق محورين، المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشّروط التي تعتبر تعسّفية، لكن هذا المحور الثاني، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الإستهلاك، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشّروط التعسّفية في جميع العقود سواءً كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء والمستهلكين، ويتضح ذلك من عبارة "... منع العمل في مختلف أنواع العقود..." الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان (المادة 03 الحالة 04 فقرة 01 من قانون 04-02).

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

وبالفعل وتطبيقاً لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306[2]، الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية (المادة الأولى من المرسوم).

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

1- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و03 من نفس المرسوم، فالمادة

1- أنظر بشأن توسيع فكرة الضمان من طرف القضاء، ص 88 وما يليها.

2- وهو المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 2006م.، الجريدة الرسمية، العدد 56.

02 نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

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

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

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كيفيات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.
- كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

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

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

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

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

6- فرض بنود لم يكن المستهلك على 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، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

9- فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.

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

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

12- يحمّل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

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

إلا أنه وبالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحدّدة للشروط المعتبرة تعسّفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306، تبدو حصرية. إلا أن المادة 30 من قانون 04-02 تعطي الحكومة حق إصدار المراسيم تورد قوائم أخرى جديدة محدّدة للشّروط التعسّفية. وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر.

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

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

## المطلب الثاني :

## الرقابة القضائية على الشّروط التعسّفية :

تنقسم الرقابة القضائية في هذا الصدّد إلى رقابة القضاء الإداري (الفرع الأول)، وإلى رقابة القضاء المدني (الفرع الثاني)، على الشّروط التعسّفية التي تتضمنها عقود الاستهلاك.

### الفرع الأول :

### رقابة القضاء الإداري على الشّروط التعسّفية:

يملك القضاء الإداري سلطة رقابية على مدى مطابقة المراسيم التي تورد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية والتي تصدرها الحكومة طبقاً للقانون الذي خوّل لها هذه السلطة، هذا من جهة (أولاً)، ومن جهة أخرى يملك القضاء الإداري أيضاً أن يقرّر الطابع التعسّفي للشّروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وبين المستهلكين المرتفقين، (ثانياً).

**أولاً : الرقابة على المراسيم الحكومية المحدّدة للشّروط التعسّفية :**

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

وكما سبق القول، أنّ الحكومة استعملت السلطة المخولة لها بموجب المادة 35 وتطبيقاً لها، فأصدرت المرسوم رقم 78-464، المؤرخ في 24 مارس 1978، وهو المرسوم الوحيد منذ ذلك الحين، جاء هذا المرسوم بـ 05 مواد، ما يهمنا فيه هو المادة الأولى منه، التي كانت محل طعن أمام

مجلس الدولة[1]، حيث أنها كانت تنص على أنه : "في العقود المبرمة بين مهنيين، من ناحية، وغير مهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محرماً باعتباره تعسّفياً في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني الشّرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه". وهو ما يعرف بشروط الإحالة[2].

نص المادة الأولى من نفس المرسوم كان يحرم الشّروط المدرجة بالإحالة إلى ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد، ولم يرها المستهلك الذي يوقع على العقد. إلاّ أنّ عملية الإحالة إلى شروط وملاحق أخرى توجد في العديد من عمليات التوثيق، كما في البيع لمكان مملوك ملكية مشتركة. وبالتالي فإنه كان على البائع المهني إذا كان الطرف الآخر غير مهني أو مستهلك، أنّ يرفق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى يوقعها الطرف الآخر وإلاّ بطلت تلك الشّروط. وبالتالي فقد لوحظ تزايد كبير في إعداد أجزاء الملاحق التي يحفظها الموثقون والحفظة، وكذلك تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل. مما أدى إلى الشكوى من قبل الموثقين والحفظة، وكذلك نفس الشيء مع شركات التأمين والشركات العقارية، وعلى ذلك فقد رفعت 05 شركات تأمين دعوى بإلغاء هذه المادة أمام مجلس الدولة[3].

فأصدر المجلس قراراً يقضي بإلغاء تلك المادة (رقم 01 من مرسوم 24 مارس 1978)، واستند مجلس الدولة في ذلك بأنه باعتبار أنّ الحكومة ليست مصرحاً لها باستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 1978 إلاّ من أجل تحريم، تحديد أو تنظيم فقط للشّروط المتعلقة بالعناصر العقدية[4] المعدودة على سبيل الحصر في تلك الفقرة[5].

وأضاف القرار أنّ هذه الفقرة، التي لا تكشف في كل الحالات عن تعسّف في النفوذ الاقتصادي، والتي لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمهنيين، من هنا فإنّ هذه النصوص بسبب عموميتها، فإنها لا تدخل في صلاحيات الحكومة التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون السابق، وبناءً عليه فإنّ المادة الأولى من المرسوم محل الطعن فيها تجاوز للسلطة. وعلى ذلك فإنه يفهم من القرار كما هو واضح أنّ الشّروط الواردة بالمادة 35-1 واردة على سبيل

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

2-أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 236.

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 236، 237.

4- أنظر العناصر العقدية التي عددتها المادة 35 فقرة 01 من قانون 1978، ص 124.

5- Arrêt, 3 déc. 1981, précité.

الحصر، ولا يجوز للحكومة تجاوزها، وإن فعلت ذلك فإنها تتجاوز سلطتها حيث إنها أبطلت الشّروط الواردة بالإحالة بالمادة الأولى محل الطعن[1]. وكما قال مفوض الحكومة: فإنّ القاضي الإداري يجب عليه التحقق من الظروف التي أدخل فيها الشّرط ومعنى ذلك التحقق من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة تعسّف النفوذ الاقتصادي[2].

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

كذلك فإنّ مجلس الدولة في بحثه حول مدى صحة المراسيم الصادرة بالتطبيق للقانون ويبحث في مدى اعتبار الشّرط تعسّفياً، أي يبحث عن استخدام النفوذ الاقتصادي في إعطاء ميزة فاحشة للمهني، فإنّ ذلك يمثل رقابة إضافية تباشرها المحاكم الإدارية بشأن الشّروط التعسّفية3، وهو ما نتطرق له في العنصر الموالي.

**ثانياً : الرقابة على شروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية :**

إذا كان يستخلص من نصوص قانون الإستهلاك أنها لا تسري إلاّ على الشّروط ذات الطبيعة التعاقدية، أي عقود القانون الخاص. إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من وجود شروط في بعض عقود المرفق العام أو العقود الإدارية أصبحت مفروضة بموجب قانون أو لائحة، كما هو الحال بالنسبة لعقد الإستغلال في مجال توزيع مياه الشرب. وشروط هذه العقود تكون في حالات كثيرة تعسّفية في حق المرتفقين، إلاّ أنها لم تكن تقع تحت طائلة قوانين حماية المستهلك، وهو ما ناضلت من أجله جمعيات حماية المستهلك في فرنسا[4].

وأمام هذا السكوت التشريعي، ظهر جانب من الفقه يعتقد بأنّ الشّروط الواردة في مثل تلك العقود يصح أنّ تقع تحت طائلة قانون الإستهلاك، ويجوز للمحاكم الإدارية التصدي لها. وذلك بدليل قرار مجلس الدولة الذي ألغيت بموجبه المادة الأولى من مرسوم 24 مارس[5]، وأنه إذا

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 237.

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

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 238.

4- محمد بودالي، السابق، ص. 114.

5- قرار مجلس الدولة السابق، ص 139.

كان قرار القضاء الإداري الذي ترجع له السلطة في القول ما إذا كان في العقد الذي يربط الخدمة العامة الصناعية أو التجارية والعميل لهذه الخدمة، يوجد نقص في التشريع حول الشّروط التعسّفية[1]، أي يمكن للقاضي الإداري أن يعوّض السكوت التشريعي حول هذه الشروط ويحكم ببطلان شروط عقود المرفق العام التي تحمل طابعاً تعسّفياً.

وأمام دعوات جمعيات حماية المستهلكين، والفقهاء في فرنسا جاء تدخل القضاء، والذي كان يذهب في البداية إلى التفرقة ما بين الشّروط الواردة في دفتر الشّروط والمتعلقة بعقد الإستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب، وهي ذات طابع تنظيمي، حيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي أن تعلن بأنّ مثل هذه الشّروط تعسّفية وفقاً لمعناها الوارد في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978[2].

وفي اجتهاد نوعي لمجلس الدولة الفرنسي[3] في سنة 2001 في مجال تقدير شرعية الشّروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية. ذهب إلى أنّ الطابع التعسّفي للشرط يتم تقديره ليس بالرجوع إلى هذا الشّرط في حدِّ ذاته، ولكن بالرجوع إلى مجموع الاشتراطات التي يتضمنها العقد.

وعندما يتعلق موضوع هذا العقد بتنفيذ مرفق عام فإنّه يجب الأخذ بعين الاعتبار المميزات الخاصة بهذا المرفق. ولما كان من شأن الأحكام الواردة في المادة 12/ ب من دفتر الأعباء أن تقود إلى تحميل المرتفق نتائج الأضرار التي يمكن أن تنسب إليه، ودون أن يكون بالإمكان إقامة خطأ المستغل، وأنّ هذه الشّروط تتعلق بمرفق عام هو موضوع احتكار، وقد تضمنها عقد إذعان، فإنها بهذا الشكل ليست مبرّرة بالنظر إلى المميزات الخاصة بهذا المرفق، وأنها بالتالي تحمل طابع الشّرط التعسّفي وفقاً لأحكام المادة 132 من قانون الإستهلاك، ومن هنا فهي غير قانونية منذ وضعها[4].

تظهر أهمية هذا القرار في أنه فتح المجال للقضاء الإداري، ليتمكن من تقدير الطابع التعسّفي للشّروط التنظيمية أو اللائحية المدرجة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الإقتصادية وبين المستهلكين المرتفقين، وذلك بتطبيقه نصوص قانون الإستهلاك المتعلقة بالشّروط التعسّفية عليها.

1- B. Starck : Les obligations., précité, n. 649, p. 279.

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

3- Conseil d'Etat, 11 juillet 2001, Rec. Lebon à paraître ; J.C.P. éd.2001, p. 1260.

4- محمد بودالي، السابق، ص. 116.

وأخيراً، فإنّ هذا التطور الذي شهده القضاء الإداري الفرنسي، بخصوص الرقابة على الشّروط التنظيمية في إطار قانون الإستهلاك، يمكن اعتماده في الجزائر من طرف قضاءنا الإداري، نظراً لتماثل النظام القضائي الإداري في صدد الشّروط التنظيمية أو اللائحية.

## الفرع الثاني :

## رقابة القضاء المدني على الشّروط التعسّفية:

لقد سبق الذكر، أنه في ظلّ القواعد العامّة، فإنّ المشرّع الفرنسي كان يرفض، من حيث المبدأ، إعطاء القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، بينما المشرّع الجزائري ونظيره المصري، أعطيا هذه السلطة للقاضي، وهو ما سبق ذكره بصدد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشّرط التعسّفي في عقود الإذعان[1].

لكن في ظلّ تلك القواعد التقليدية، كان القاضي الفرنسي يملك الإستناد إلى بعض المواد التي وردت أغلبها في القانون المدني، لتصحيح إساءات الإستعمال لشروط العقد. على أنّ هذه التصحيحات لم تقتصر على عقود الإستهلاك، وإنما إمتدت حتى إلى العقود المبرمة بين المهنيين فيما بينهم. لكن هذه القواعد لم تكن لتغطي إلاّ جزء صغير جداً من أنواع الشّروط التعسّفية، بل إقتصرت على البعض منها، وهو ما ورد به الحديث سابقاً[2].

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

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

1- أنظر الصفحة 41.

2- أنظر المبحث الثاني من الفصل الأول.

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

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

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

لكن ما أثار التساؤل بعد صدور مرسوم 24 مارس 1978، هو ما هو دور القضاء العادي إذا ما عرِّضت عليه منازعات حول تلك الشّروط السابقة بأنواعها، والتي لم يصدر مرسوم تطبيقي يعتبرها تعسّفية؟

وذلك خاصة إذا علمنا أنّ المشروع المبدئي حول الحماية للمستهلك سنة 1977 كان قد إعترف بوضوح بإعطاء القاضي السلطة في مراقبة تلك الشّروط. لكن في أثناء المناقشات البرلمانية هاجم رئيس لجنة التشريعات سلطة القاضي في الرقابة ووصفها بعدم الدستورية[4]. وكان هذا بإيعاز من المهنيين، إذ أنّ سلطة رقابة شروط العقد من طرف القضاء تتعارض مع مصالحهم، وبالتالي لم يكن قانون 10 جانفي 1978 ليعزّز سلطة القاضي الفرنسي في رقابة شروط العقد.

لكن هذا الوضع لم يدم طويلاً، إذ أنّ القاضي الفرنسي حاز بعد ذلك على إعترافٍ صريح

1- R. Rodière : Not sous cass. civ. 23 oct. 1961: D. 1962, JP., p.45.

2- Cass. civ. 22 mai 1991, J.C.P. 1991, n. 31 juillet 1991, p.276.

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 339.

4- J.O. Ass. Nat., n. 8 déc. 1977.

يعطيه سلطة إبطال الشّروط التعسّفية، حتى ولو لم تكن هذه الأخيرة قد صدر بها مرسوم يحرمها أو لم تصدر بشأنها توصية من لجنة الشّروط التعسّفية. على أنّ ذلك تأتى له في خلال مرحلتين : الأولى إتسمت بالتردد والخوف من تحكم القاضي من على منصة القضاء (أولاً)، أما المرحلة الثانية فتتمثل في الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض في البداية، وإنتهاءً بالإعتراف التشريعي الصريح (ثانياً).

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

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

**أ) الجدل الفقهي :**

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

**1- الإتجاه الفقهي الرافض :**

يرى الإتجاه الذي يرفض أنّ القاضي له سلطة مطلقة في الرقابة على شروط العقد، بأن المشرع بموجب قانون 10 جانفي 1978 قد منح الإدارة وحدها ممثلة في الحكومة حق تقرير ما إذا كان الشّرط يحمل طابع التعسّف أم لا، وذلك بإصدارها مراسيم بهذا الصدد، وهي غير مقيدة في ذلك إلاّ بإحترام المعايير التي جاءت بها المادة 35 من قانون 10 جانفي. وفي رأي هذا الإتجاه أيضاً أنّ القاضي وإن كان دوره من منظور الدستور هو إقامة العدالة بين الأفراد، إلاّ أنّ دوره هذا مستبعداً في مجال شروط العقد، إذ أن إستناده على نص المادة 35 لإعتبار شرط أنه تعسّفياً لم يصدر به مرسوم يعتبره كذلك، غير كافٍ، وبالتالي يكون حكمه غير مؤسس[1].

وهناك إتجاه آخر يستشهد بالمناقشات البرلمانية السابقة لقانون 10 جانفي 1978، والتي أشارت إلى أنّ المشرّع يرفض منح هذه السلطة للقضاة، وبالتالي فإنّ إستناد القاضي على نص

1- B.Starck : Les obligations., précité, n. 122, p. 172.

المادة 35 من قانون 1978 لإبطال شرط غير معلن بأنه تعسّفي بموجب مرسوم، يعتبر غير كافي[1].

**2 – الإتجاه الفقهي المؤيد:**

يرى هذا الإتجاه أنّ القاضي يمكنه أن يبادر بإبطال مفعول الشّروط التعسّفية، حتى ولو لم يصدر مرسوم تطبيقي يعتبرها كذلك. فيرى البعض أنه حتى ولو لم يعترف المشرّع للقاضي بهذه السلطة، والتي كان منصوص عليها بموجب المشروع المبدئي، إلاّ أنه لا يمكن الإستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد، بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات، ويضيف أنه ما دام أنّ القاضي يمكنه التدخل في صدد الشّرط الجزائي، فلا مبرّر من منعه من التدخل في صدد الشّروط التعسّفية الأخرى[2].

ويرى البعض الآخر أنه على الرغم من أن قانون 10 جانفي 1978 ،لم يعط القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد في غياب مرسوم تطبيقي، لكن هذا القانون لا يمنعه صراحة من النطق ببطلان شرط تعسّفي بالإستناد لنصوص عامة من القانون المدني، مثل المادة 1134 التي تذهب إلى أنّ العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، أو بالإستناد إلى نص المادة 1135، والتي مفادها أنّ الإتفاقات لا تلزم فقط بما هو وارد فيها، ولكن تشمل الملحقات وفقاً للعدالة[3].

**ب) التردد القضائي:**

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

**1– إتجاه التفسير الضيق:**

هذا الإتجاه يأخذ بالتفسير الضيق لنصوص قانون 10 جانفي 1978، ويرفض إبطال الشّروط محل النزاع والتي لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعلن أنها تعسّفية، ففي قرار صادر عن محكمة

1- Calais-Auloy : Droit de la consommation, précité, n. 146,p. 142.
2- G.Berlioz : «Droit de la consommation et droit des contrats », J.C.P. 1979-1-2954.
3- Ghestin : Le contrat., précité, n. 608 p.700 et 704.

إستئناف باريس في 22 ماي 1986[1]، ذهبت المحكمة إلى أنّ قانون 10 جانفي حول الحماية للمستهلكين من الشّروط التعسّفية، ومرسوم 24 مارس 1978، الصادر بالتطبيق له، لا يحتملان سوى التفسير الضيق. ومن ناحية أخرى فإنّ هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية (الحكومة) فقط، بالتقدير للصفة التعسّفية لمثل تلك الشّروط والتحديد للعقود التي يحضر إدراجها فيها والتنظيم لتلك الشّروط.

وفي حكم آخر في 20 مارس 1980، حيث رفضت محكمة Aix-En-Provence إبطال الشّرط رغم أنّ هذا الشّرط كان ينطوي على تعسّفين، الأول أنه كان ينص على مدة إيجار طويلة هي 15 عاماً لآلة تليفون، والآخر أنه كان ينطوي على صيغة رياضية للمراجعة للإيجار، صعبة وغير مفهومة بالنسبة للمستهلك. ورفضت اعتباره تعسّفياً بحجة أنه لم يكن محل مرسوم تطبيقي[2].

**2- إتجاه التفسير الموسع :**

ثمة اتجاه قضائي فتح الباب قليلاً أمام التفسير الموسع لنصوص قانون 1978، لإعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشّروط التعسّفية، تلك الشّروط التي لم تكن محلاً لمرسوم تطبيقي. تمثل هذا الإتجاه في قرار 16 يونيو 1978، الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، هذا القرار علّق عليه البعض[3] بأنه بارقة أمل في المقاومة للشّروط التعسّفية[4].

تتلخص وقائع القضية في بيع أثاث حيث إنّ المشتري كان قد وقّع على طلب بضاعة (سند)، وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة بطريقة واضحة في وجه السند إلى مدّة للتسليم هي شهران، ثم يشير بحروف صغيرة على أنّ ذلك "منصوص عليه بصفة إرشادية"، وفي ظهر السند كان مدرجاً من بين شروط أخرى عديدة، مادة مفادها "أنّ تواريخ التسليم التي نلتزم باحترامها دائماً، ليست معطاة إلاّ على سبيل الإرشاد (الدلالة)، وأن يكون واضحاً أنّ التأخير في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا للفسخ للطلب الحالي، ولا يعطي الحق في تعويضات. إلاّ أنّ المشتري سيكون بوسعه طلب الإلغاء لطلبه والاسترداد بدون فوائد أخرى غير تلك المنصوص عليها بالقانون، للمبالغ المدفوعة في حالة عدم التسليم للبضاعة في خلال 90 يوماً من الإعذار". وبعد انتظار

1- D. 1986, JP., p. 560, not, Delebécque.

2- Aix–En-Provence : 20 mars 1980, D. 1982, p. 131, note, Delebécque.

3- Calais-Auloy : Not sous- cass. civ. 1er ch. 16 juillet 1987, D. 1988, p. 49.

4- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 246.

04 أشهر، ولعدم التسليم، أعذر المستهلك البائع بالتسليم. وبعد مضي شهر و08 أيام أخرى عرض البائع التسليم، لكن المشتري رفض، وطلب الإبطال للعقد متذرعاً بالتأخير الكبير في التسليم، وذلك لمدة 05 شهور وثمانية أيام بعد توقيع الطلب[1].

عرض النزاع أمام محكمة مونبلييه، التي أصدرت حكمها في 25 سبتمبر 1984 برفض طلب المستهلك مسببة ذلك بأنّ الشّرط محل النزاع لم يكن تعسّفياً.

لكن محكمة النقض في قرارها بتاريخ 16 جويلية 1987، نقضت القرار السابق، وذهبت أنه بالنظر للمادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، حول الحماية والإعلام للمستهلكين للسلع والخدمات من الشّرط التعسّفية، والمواد 2، 3 من مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لهذه المادة: حيث أنه ينتج عن المادة الأولى أنها تعتبر محرّمة، ومعتبرة كأن لم تكن (أي باطلة)، الشّروط المتعلقة خاصة، بالتسليم للشيء وبشروط الفسخ للاتفاق، حينما تبدوا أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الآخر ميزة فاحشة. وينتج عن المادة الثانية أنه يكون تعسّفياً الشّرط الذي من شأن موضوعه، أو أثره، إنقاص حق غير المهني في التعويض، في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت[2].

"وذهبت المحكمة أيضاً إلى أنّ الشّرط محل النزاع تعسّفي، لأنه يمنح البائع المهني ميزة فاحشة، خاصة تركه له رخصة التقدير لمدة التسليم، ومخصصا له الحق في التعويض الوارد بالمادة 1610 من التقنين المدني لصالح المشتري غير المهني، في حالة عدم وفاء البائع بالتزامه الأساسي بالتسليم في الوقت المتفق عليه.

وصرّحت المحكمة بأنّ مثل هذا الشّرط يجب أن يعدّ غير مكتوب، ولهذا نقضت قرار الاستئناف لمخالفته للنصوص المعنية، ورغم أنّ المحكمة اعتبرت هذا العقد مقاولة، طبقت عليه المادة 02 من مرسوم 24 مارس 1978 الخاصة بالبيع فقط، وهذا يفسر اتجاه المحكمة إلى إعطاء القاضي سلطة بحث الصفة التعسّفية للشرط رغم كونه ليس محل أي مرسوم تطبيقي"[3].

نستخلص من هذا القرار أنّ المادة 02 من مرسوم 24 مارس، التي تحرّم الشّروط التي تلغي أو تنقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض، في حالة عدم قيام البائع المهني بأحد التزاماته

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 246، 247.

2- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 247.

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 247.

أياً كانت، وذلك باعتبارها تعسّفية، هذا التحريم يطبق تماماً على شرط الإعفاء من المسؤولية[1]، وبالتالي على الشّرط الذي ينص على مدّة معطاة بشكل إرشادي، وهذا يعني أنّ المحكمة تفسر القانون بطريقة مرنة بعكس القرارات السابقة على هذا القرار.

وهذا القرار رغم أنه لم يعلن صراحة، عن أنّ قضاة الموضوع يمكنهم إبطال الشّروط التعسّفية الواردة في نزاعات معروضة أمامهم والتي لم يصدر بشأنها مرسوم تطبيقي، إلاّ أنّ هذا القرار قد أعطى القضاة هذه السلطة بلغة مفهومة ضمنياً. بالإضافة إلى أنّ هذا القرار مثّل النواة الأولى للاعتراف الصريح للقاضي الفرنسي بتلك السلطة.

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

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

**أ) الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض :**

أتى الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد جميعها، حتى ولو لم تكن موضوع مرسوم تطبيقي يحرّمها، في قرارها الصادر في 14 ماي 1991[2]. حيث تعلّق الأمر بشرط إعفاء من المسؤولية وارد في عقد وديعة، بمقتضاه يستبعد المهني مسئوليته في حالة فقد أفلام Diapositive أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها على الورق. وقد اعتبرته محكمة الموضوع تعسّفياً وبالتالي لا يحتج به على العميل حسن النية. رفضت محكمة النقض طعن المودع لديه، وذهبت إلى أنّ محكمة الموضوع أبانت أنّ الشّرط المدرج في نشرة الإيداع، الذي كان يعفي المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور، وأنّ الحكم المطعون عليه قد استنتج أنّ مثل هذا الشّرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي من واقع وضعه الاقتصادي، كان في وضع مكّنه من فرضه على العميل، وقد قرّرت المحكمة أنّ هذا الشّرط يتضمن صفة تعسّفية ويجب أن يعدّ غير مكتوب Non-écrite، أي كأن لم يكن. وهو ما يؤدي إلى القول بأنّ قانون

1- تجدر الإشارة أنّ وقائع هذه القضية والفصل فيها جرى قبل تحريم شرط الإعفاء من المسؤولية بموجب القائمة الملحقة بقانون الإستهلاك لعام 1995، أنظر الصفحة 124.

2- R.T.D.civ., 1991, p.526, not, J.Mestre.

10 جانفي 1978 كان ماثلاً في ذهن المحكمة وهذا ما يستشف من مؤشرات تتمثل في: أولاً، استشهادها بعناصر الشّرط التعسّفي المنصوص عليها بهذا القانون، ثم توقيعها جزاءً على الشّرط باعتباره غير مكتوب[1]، وهذا ما ينص عليه القانون السابق، وبالتالي أصبحت الكرة في ملعب البرلمان[2].

وأخيراً فإنّ هذه التطورات القضائية دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، تلك الشّروط التي لم تحرم بمرسوم، وهو ما نتطرق له في العنصر الموالي.

**ب) الإعتراف التشريعي الصريح:**

ففي عام 1991، أضاف المشرع الفرنسي مادة جديدة برقم 09، إلى نصوص الحماية من الشّروط التعسّفية التي جاء بها قانون 10 جانفي 1978، نصت هذه المادة "أنه بمناسبة نزاع معروض على القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشّرط المتعلق بالخاصية المحدّدة أو قابلية التحديد للثمن وكذلك بدفعه، بحقيقة الشيء أو بتسليمه، بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ، بالفسخ، الإلغاء أو التجديد للاتفاقات، حينما يبدو أنّ هذا الشّرط مفروضاً على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسّف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العقد ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"[3].

يستفاد من هذا النص أنّ المشرّع أعطى القاضي سلطة اعتبار الشّرط باطلاً، وذلك بأن أعطاه سلطة تقدير الطابع التعسّفي للشّرط بالإستناد على معايير الشّرط التعسّفي. علماً أنّ الإستناد إلى هذه المعايير كان بموجب قانون 10 جانفي 1978 قاصراً على الحكومة وحدها.

على أنّ هذا النص وسّع كثيراً من مجال سلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد، لكن لم يعطه السلطة المطلقة في سبيل ذلك. إذ هو مقيد بالحالات المذكورة في النص، وهذه الحالات

1- أنظر في صدد الجزاء على الشّرط التعسّفي، ص 153.

2- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 251، 252.

3- Art. 9 « A l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation ou reconduction des conventions, lorsqu'une telle clause apparaît imposée au non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie au contrat et confère à cette dernière un avantage excessif ».=
= J.O. Débats parlementaires, Ass. Nat., n.25, jeudi 25 av. 1991, p. 1693 et s.

رغم أنها تبدو كافية، إلاّ أنها لا تشمل جميع الحالات التي تكون محلا للشروط التعسّفية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا التوجه الجديد للمشرع الفرنسي، قدّ تجسد أيضاً بموجب قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1995، حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسّفي للشرط بالإستناد إلى التعريف الذي أوردته المادة L.132-1 من قانون الإستهلاك في فقرتها الأولى[1]، هذا التعريف تضمن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين كمؤشر على أنّ الشّرط تعسّفي، وكما سبق الذكر أنّ هذا المعيار هو نفسه معيار الميزة الفاحشة. على أنّ سلطته بموجب قانون الاستهلاك لسنة 1995 تتسع لتشمل جميع مجالات التعسّف في عقود الاستهلاك.

وبالإضافة إلى استناد القاضي إلى نص المادة L.132-1 من قانون الإستهلاك لتقدير الطابع التعسّفي للشّرط، أصبح يملك أيضاً طلب رأي لجنة الشّروط التعسّفية بشأن الشّرط محل النزاع المطروح عليه، وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993، الذي أسند للجنة الشّروط التعسّفية مهمة استشارية لدى القضاء، وإن كان غير ملزم بها[2].

وإعلان الشّرط تعسّفياً من قبل قضاء الموضوع بالإستناد على تعريف الشّرط التعسّفي الوارد بنص المادة L.132-1 من قانون الإستهلاك، يخضع لرقابة محكمة النقض[3]، مما يؤدي إلى التوحيد لمعايير التقدير، وبالتالي إلى استقرار المعاملات[4].

أما بالنسبة للقاضي الجزائري، فإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني الذي يعطيه سلطة تعديل الشّرط التعسّفي، أو إعفاء الطرف المذعن منه، فإن تعريف الشّرط التعسّفي الوارد بالقانون 04-02 السابق، يعزز من هذه السلطة الممنوحة له، وتحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم بها قضاة الموضوع. وذلك فضلاً عن رجوعه إلى القائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 منه، والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-306 في المادة 05 منه، ليستهدي بها.

ويتفق ما سبق مع ما قرّره المشرع الألماني، في شأن رقابة الشّروط العامة ، ذلك أنّ قانون

1- محمد بودالي، السابق، ص. 49.

2- محمد بودالي، السابق، ص. 50.

3- حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنّ الطابع التعسّفي لشرط ما مسألة قانونية تخضع لرقابتها :
Civ. 1er ch., 6 janvier 1994 : D.1994, Som. 209, obs Delebeque (Ph).

4- محمد بودالي، السابق، ص. 50.

09 ديسمبر 1976 السابق، منح القاضي سلطة تقدير الشّروط العامة ومن ثمّ الحكم ببطلانها إن كانت تحمل طابع التعسّف.

وخلاصة القول، أنّ الإعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشّرط التعسّفي، يمثل تقدم هام في مجال الحماية للمستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إعادة التوازن للعملية العقدية وتقريب الشقة البعيدة الناجمة عن عدم المساواة الإقتصادية بين أطراف العملية العقدية، فهذا أدعى إلى الثبات والاستقرار القانوني والاجتماعي الذي هو مهدّد ما بقي عدم توازن عقدي بين الأطراف[1].

ورغم الإعتراف للقاضي بسلطة رقابة الشّرط التعسّفي، في صدد النزاع المعروض عليه، بواسطة الأطراف، لكن الواقع أثبت أن المستهلكين قد يتقاعسون عن رفع الدعوى بطلب بطلان الشّرط التعسّفي، نظراً لما قد يتكبده المستهلكين من نفقات بسبب مصروفات الدعوى المرتفعة في الوقت الذي تكون فيه السلعة أو الخدمة محل الدعوى زهيدة القيمة، إضافة إلى طول إجراءات التقاضي. لذلك اعترف المشرّع (الفرنسي والجزائري) للجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلك بحق رفع الدعوى نيابة عن المستهلكين، ولكن بحدود وشروط معينة. وهو العنصر الموالي.

## الفرع الثالث:

## دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية:

تفادياً لتقاعس المستهلكين عن رفع دعاوى إبطال الشّروط التعسّفية، بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي. فإنّ التشريعات ذهبت إلى حل المشكلة عن طريق منح جمعيات المستهلكين حق رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين.

فبمقتضى القانون 05 جانفي 1988 والمتعلق بدعاوى جمعيات المستهلكين، أعطى المشرّع الفرنسي لجمعيات الدفاع عن المستهلكين الحق في طلب الإلغاء للشّروط التعسّفية المدرجة في عقود الإستهلاك من طرف المهنيين، وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحق ضرراً مباشراً أو غير مباشرٍ بالمصلحة الجماعية للمستهلكين (المادة 01 منه)، وبالتالي فإنه يجب حسب هذا القانون وجود مخالفة جنائية، وأن تلحق هذه المخالفة ضرراً مباشراً

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 257.

أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين.

و تستطيع الجمعيات أن تطلب من القضاء المدني الأمر، عند الاقتضاء بالقوة، الإلغاء لشروط تعسّفية في نماذج الاتفاقات المعروضة عادة من جانب المهنيين على المستهلكين (المادة 06 من القانون السابق).

والشّروط المعنية هنا هي كل شرط تعسّفي ترى المحاكم أنه تعسّفي سواءً صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالاً ظاهراً[1].

"وفي سنة 1991 أعطى المشرّع الفرنسي لجمعيات الدفاع عن المستهلكين حق رفع دعوى مدنية مقترنة بالدعوى الجناية. بأنّ أضاف مادة جديدة للقانون 05 جانفي 1988، مرقمة بـ 8-1[2] تلي المادة 08 منه. مفادها أنه عندما تلحق أضراراً مادية بعدد من المستهلكين من الأشخاص الطبيعيين المعروفين والتي حدثت من جراء فعل المهني نفسه، ويكون مصدر هذه الأضرار مشتركاً، فإن لجمعيات الدفاع عن المستهلكين، وذلك بعد حصولها على وكالة من قبل اثنين من المستهلكين المعنيين على الأقل، أن تدعي بحق مدني أمام أي جهة قضائية جنائية باسم هؤلاء المستهلكين. ويجب أن تكون الوكالة مقدمة كتابة من قبل كل مستهلك.

وبوسع الجمعية في هذه الحالة أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم، وإن لم يوجد، فأمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين."[3]

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

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 263.

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

3- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 264.

من ناحية أخرى[1].

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري فإنه هو الآخر أعطى بموجب المادة 1/65 من قانون 04-02 المذكور سابقاً، لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، حق رفع دعوى أمام العدالة ضدّ كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02.

كما أعطاها الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلكين (المادة 2/65 منه).

والقضاء بصدد نظره الدعاوى المرفوعة من أجل إبطال الشّروط التعسّفية له أن يقرّر عليها الجزاء المناسب إذا رأى أنها تحمل وصف التعسّف، وهو ما يجّرنا إلى الحديث عن جزاء الشّرط التعسّفي في العنصر الموالي.

## الفرع الرابع :

## الجزاء على الشّرط التعسّفي:

نصت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي، المتعلّق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشّروط التعسّفية على أن : "...الشّروط التعسّفية، التي تمَّ الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة "[2].

وبعد وضع تقنين الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993، أعاد المشرّع النص في المادة 132-6/1 منه، على اعتبار الشّروط التعسّفية كأن لم تكن مكتوبة.

اتفق أغلب الفقه على أنّ عبارة "كأنها غير مكتوبة" réputées non écrites تعني باطلة[3]. ونوع البطلان المقرّر في نص المادة 132 هو بطلان نسبي ، مقرّر لمصلحة المستهلك، ومتعلّق بالنظام العام[4]. ذلك لأنّ البطلان النسبي للشّروط التعسّفية يتلاءم ومصلحة المستهلك،

1- أحمد محمد الرفاعي، السابق، ص. 267

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

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

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

وكذلك محمد بودالي، السابق، ص. 53.

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

فالبطلان المطلق ينقلب ضدّ هذا الأخير، لأنه يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السّلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل، والتي لا غنى له عنها. وإعمال البطلان النسبي يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على جزاء مدني للشرط التعسّفي في القانون 04-02 السابق. ويرى البعض[1] أنّ هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرّع، وهو نقص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشّرط التعسّفي، وبقاء العقد صحيحاً إذا أمكن أن يستمر قائماً دون تلك الشّروط الباطلة.

واكتفي المشرّع الجزائري بترتيب جزاء جنائي، وهو الغرامة في نص المادة 38 من نفس القانون، التي نصت بأنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة، وممارسات تعاقدية تعسّفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون. ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5000.000 دج".

ولعلّ المشرّع الجزائري أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 78–464 المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[2].

1- محمد بودالي، السابق، ص. 142.

2- محمد بودالي، السابق، ص. 139، 140.

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

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

# الخاتمة

## الخاتـمة :

في نهاية هذه الدراسة، يتوجب علينا أن نعرض لأهم ما جاء فيها مع إبراز النتائج التي توصلنا إليها. كانت نقطة البداية أن هناك طائفة من العقود إصطلح حديثا على تسميتها بعقود الاستهلاك. هذه الأخيرة يتحدّد نطاقها عن طريق الأخذ بعين الاعتبار لصفة أطرافها، إذ أن عقود الاستهلاك هي تلك العقود المبرمة بين المهنيين من جهة وبين المستهلكين أو غير المهنيين من جهة ثانية، وذلك بغرض قيام الطرف الأول بتقديم سلعة أو خدمة لصالح الطرف الثاني.

هذه العقود تتميز عن غيرها من أصناف العقود الأخرى، لأنها تتسع فيها خاصية عدم التوازن الاقتصادي والخبراتي بين طرفيها، حيث أنها تبرم بين طرف قوي اقتصاديا وفنيا، والذي هو المحترف، وطرف آخر ضعيف جدا، وهو المستهلك أو غير المهني. مما يسمح للطرف الأول، أي المهني، أن يفرض شروطا تعسّفية قاسية على الطرف الثاني.

وعدم التوازن هذا يعتبر ظاهرة طبيعية استفحلت، خاصة، مع ظهور الثورة الصناعية في العصر الحديث، وهو ما دعا إلى ضرورة حماية الطرف الضعيف من تلك الشّروط. فكيف تمت وتطورت هذه الحماية؟ قلنا أن ذلك تم خلال مرحلتين أساسيتين مكملتين لبعضهما البعض، الأولى هي مرحلة حماية الطرف الضعيف من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد التقليدية، والثانية هي مرحلة حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد المعاصرة.

ففيما يتعلق بالمرحلة الأولى، أي مرحلة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد التقليدية لقانون العقود، فإنها تميزت بالقصور والنقص. حيث كثر استعمال الشّروط التعسّفية من قبل المهنيين في ظلّ ظروف قانونية تمجد مبدأ سلطان الإرادة، وتعتبر شروط العقد بمثابة قانون طرفيه، الذين لا يمكنهم التحلل منها.

فضلا عن ذلك فإن القواعد التقليدية لم تعط مفهوما للشّرط التعسّفي، وحتى الفقه عجز عن تعريفه. ومعيار الشّرط التعسّفي (معيار العدالة) المعمول به في تلك القواعد، تميز هو الآخر بالإبهام والغموض.

لكن رغم ذلك، فإن القواعد العامة للقانون المدني تضمنت بعض القواعد التي تحمي المستهلك من الشّروط التعسّفية، منها ما هي عامة تتعلق بشروط تعسّفية غير معينة، ومنها ما هي

خاصة بشروط معينة.

والقواعد العامة التي تتعلق بشروط تعسّفية غير معينة تتمثل في عدة مبادئ وردت في القانون المدني، الأولى تتعلق بسلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشّروط التعسّفية المدرجة في عقود الإذعان، هذه القاعدة تبنتها التشريعات العربية (التشريع المصري المادة 149 مدني، والتشريع الجزائري المادة 110 مدني) وهي غير موروثة عن التشريع الفرنسي، إذ هذا الأخير كان يرفض في ظل القواعد العامة التقليدية إعطاء القاضي الفرنسي سلطة الرقابة على الشّروط التعسّفية المدرجة في عقود الإذعان، بحجة أن ذلك من شأنه المساس باستقرار المعاملات.

والإضافة إلى رقابة الإلغاء والتعديل التي منحتها التشريعات العربية للقاضي بصدد نظره في مشروعية شرط من شروط عقد إذعان مطروح عليه، فإنها أعطت له أيضا سلطة أخرى تتعلق بتفسير الشك في معنى شرط من شروط هذه العقود لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، وهذه السلطة الأخيرة منحت أيضا للقاضي الفرنسي.

لكن ما يضعف هذه الحماية في التشريعات العربية، أنها تبنت فكرة ضعيفة لعقود الإذعان، محددة في نطاق ضيق جدا، إذ هي اشترطت في هذه العقود عنصر الاحتكار، وهو ما أدى إلى قصور تلك الحماية، لأن عقود الإذعان تمثل جزء ضئيلا من عقود الاستهلاك التي يختل فيها التوازن العقدي.

بالإضافة إلى القواعد التي وفّرت الحماية للمستهلك في عقود الإذعان، هناك قواعد أخرى تقليدية وفّرت، أيضا، بعض الأمان للمستهلك من الشّروط التعسّفية، تمثلت هذه الأخيرة في قيام القضاء الفرنسي بالاستناد على نظرية السبب لإبطال مفعول بعض أنواع الشّروط التعسّفية، وخاصة تلك الشّروط المحددة لمسؤولية المهني. وتمثلت أيضا في مبدأ حسن النية، إذ أن العقود ومن منطلق العدل والإنصاف يجب أن تنفذ بحسن نية، لأنه إذا قام المهني بإدراج شرط تعسّفي في عقد الاستهلاك، فإن ذلك يعد قرينة قاطعة على أنه ينوي تنفيذ العقد بسوء نية. وبالإضافة إلى ذلك فإن فكرة الغبن والاستغلال لها دور- وإن كان ذلك في حدود ضيقة- في إزالة الشّروط التعسّفية ذات الطابع المالي.

أما عن القواعد التي تضمنها قانون العقود والتي توفر الرقابة على شروط تعسّفية معينة بذاتها أو مسماة، وهذه الأخيرة كثيرا ما تؤدي إلى اختلال توازن عقود الاستهلاك على حساب

المستهلك. من بين هذه القواعد، تلك التي توفر الحماية من الشّروط الجزائية المبالغ فيها، والشّروط الإرادية المحضة، والشّروط التعسّفية في وثيقة التأمين، الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية، وشروط إنقاص الضمان، وغيرها.

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

وقلنا أيضا، أن القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشّروط التعسّفية أتت بعدة معايير للكشف عن الطابع التعسّفي للشّرط. ففي البداية استعمل المشرع الفرنسي معياران، الأول: معيار تعسّف النفوذ الاقتصادي، والثاني: معيار الميزة الفاحشة. وبعد ذلك لجأ إلى معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد. هذا المعيار الأخير، تبناه المشرع الجزائري أيضا.

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

وذلك على العكس تماما مما هو سائد في التشريع الألماني، حيث تشريع هذا الأخير الخاص بالشّروط العامة للعقود، يعتبر مفتوحا من حيث الأشخاص، إذ لا تقتصر في هذا التشريع الحماية من الشّروط التعسّفية على المستهلكين فقط، وإنما تمتد إلى أي طرف تضرّر من الشّرط.

أما مجال تطبيق الحماية من حيث الأشخاص في القانون الجزائري، قد جاء متأثرا بالتشريع الألماني، وعلى خلاف التشريع الفرنسي. حيث تبنى المشرع الجزائري نظام الحماية الموسعة من

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

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

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

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

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

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

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

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

وبعد اتصال القضاء بالدعوى، سواء عن طريق رفعها من طرف المستهلك أو عن طريق رفعها من طرف جمعيات الدفاع عن المستهلكين، فإن القاضي يملك، إذا رأى أن الشّرط محل النزاع

تعسّفيا أصاب العقد باختلال ظاهر، أن يعتبره كأن لم يكن، أي يبطل مفعوله، ليتمكن من إعادة التوازن إلى العقد.

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

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

# قائمة المراجع

# قائمة المراجع

## أ) مراجع عامة، متخصصة، مقالات، وملاحظات :

### أولا: المراجع باللغة العربية:

#### I. الكتب العامة:


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

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

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

4- سليمان الطماوي، القانون الإداري، 1984، (بدون دار نشر).

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

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

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

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

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

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

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

12- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 1992.
13- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، (بدون سنة).
14- علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، 2001.
15- عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
16- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط. 2002.
17- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.
18- محمود جمال الدين زكي، دروس النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، 1991.

## II. الكتب المتخصصة:

1- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994.
2- إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد اللّيزينغ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، 1991.
3- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
4- خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
5- سيد محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية.

6- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
7- عبد المنعم فرج الصدّة، عقود الإذعان، القاهرة، 1946.
8- فايز أحمد عبد الرحمن، الشّروط التعسّفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التامين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
9- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
10- محمد بودالي، مكافحة الشّروط التعسّفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007.
11- محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2005.
12- نادية معوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001.

## III. المذكرات والرسائل الجامعية والمجلات:

1- أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.
2- درماس بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006.
3- زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006.
4- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2005.

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

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

## ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

**I. <u>Ouvrages généraux</u>:**

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

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

3- **GHESTIN (J.):** - Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, 1ère édition, L.G.D.J.1980.

- Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, 2ème éd., L.G.D.J.1980.

- Traité de droit civil, introduction générale, 3ème édition, 1990.

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

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

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

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

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

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

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

## II. Ouvrages spéciaux et thèses:

1- **BERLIOZ (G.):** Le contrat d'adhésion, 2ème éd., L.G.D.J., 1976.
2- **BIHL (L.):** Le droit de la vente (Vente immobilière), Dalloz 1996.
3- **BOURGOIGNIE (TH.) et GILLARDIN (J.):** Droit des consommateurs, Bruxelles. F.U. Saint-Louis, 1982.
4- **BRICKS (H.):** Les clauses abusives, Thèse, Paris, 1982.
5- **CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.):** Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz 2000.
6- **CALAIS-AULOY (J.):** Droit de la consommation, Précis Dalloz 3ème, 1992.
7- **CALAIS-AULOY (J.):** Proposition pour un nouveau droit de la consommation; la documentation Française, 1985.
8- **CALAIS-AULOY (J.):** Droit de la consommation, Précis Dalloz, 3ème, 1992.
9- **CORNU (G.):** La protection du consommateur, Travaux de l'Association H.Capitant, 1973.

## III. Notes et articles:

1- **AUBÈRT (J-L.):** Note sous cass.civ. 31 mai 1988, D.1988, sommaire, p.400.
2- **BOCCARA (B.):** La réforme de la clause pénale: conditions et limites de l'intervention judiciaire, J.C.P.1975, 274.2.
3- **BIHR (PH.):** Note sous Paris, 12 mai 1989, D.1989 sommaire, p.400.
4- **CARMET (O.):** Réflexion sur les clauses abusives au sens de la loi, n.78-23 du 10 janv. 1978 R.T.D.com., 1982, p.9.
5- **CORNU (G.):** La clause pénale, R.T.D.civ., 1979, p.150.

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

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

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

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

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

11-**GRIDEL (J-P.):** Note sous T.G.I. Angers, 11 mars 1986, J.C.P.1987, II, 20789.

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

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

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

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

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

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

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

19-**THILMAMY (J.):** Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, R.I.D.C., 1980, p.17.

## ب) النصوص القانونية :

### أولا: أهم القوانين:

**I- En droit Français:**

**1/ Les lois:**

1- Le code civil français.

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

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

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

5- La loi n°.93-949 du 26 Juillet 1993, relative au code de consommation français, modifiée par la loi n°.95-96 du 01 Février 1995. Et l'ordonnance n°.2000-741 du 23 Août 2000. Et par la loi châtel, 28 Janvier 2005.

**2/ Textes réglementaires:**

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

## II- في القانون المصري:

1- القانون المدني المصري.

## III- في القانون الجزائري:

### 1/ القوانين:

1- القانون المدني الجزائري.
2- القانون رقم 89-02، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1989، والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.
3- القانون رقم 02-04، المؤرخ في 27 يونيو 2004، المطبق على الممارسات التجارية.

### 2/ النصوص التنظيمية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 39-90، المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش (الجريدة الرسمية عدد 05، لسنة 1990).
2- المرسوم التنفيذي رقم 226-90 ، الصادر بالتطبيق للقانون 02-89، المؤرخ في 27 فبراير 1989، والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.
3- المرسوم التنفيذي رقم 306-06، المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية (الجريدة الرسمية عدد 56).

## ثانيا: قائمة التعليمات:

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

## ج) أهم القرارات والأحكام القضائية :

### أولا: القرارات والأحكام القضائية الفرنسية:


- Cass.civ.29 jan. 1859.S.1850,1,316.
- Cass. civ.27 dec.1905,S. 1906,1,286.
- Cass. civ. 23 oct. 1961. D. 1962, JP., p.45, not R. Rodière.
- Cass.civ. 3ème ch., 5 mars 1970, J. Thilmamy : « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé » R.I.D.C., 1980, p. 17.
- Cass. civ., 1ère ch., 03 juin 1970, D. 1971, p.373, not RABUT.
- Cass., 20 janv.1978, D. 1978. I.R., p. 229, note, Vasseur. et cass.com. 7 nov. 1978; Bull. civ.1978, n.225.
- Cass. civ. 24 juillet 1978; Bull. civ. 1978-1-n.280.
- Cass. com : 02 oct. 1979; Bull.civ.1979-1-n. 242,p.195.
- Cass. com. 28 avril 1980; Bull. civ. 1980-1-n.167,p.132.
- Cass. civ.20 mai 1981; Bull.civ. 1981-1-n.179,p.146.
- Cass.civ. 1èr ch., 15 avril 1982, D.1984, Jurisprudence, p. 139.
- Cass. civ. 15 avril 1986; Bull. civ. I. n. 90, p. 91.
- Cass. com. 12 nov. 1986; Bull.civ. 1986-1-n.204, p.177.
- Cass. civ. 25 nov.1986.J.C.P., 1987-1-éd.N, p.405.
- Cass. com. 14 janv. 1987; Bull. civ.1987-1-n.8, p.5 et Cass. civ. 23 fév. 1982, Bull. civ. 1982-1-n. 85, .p.74.
- Cass.civ. 1er chambre, 28 avril 1987; Dalloz, 1988, Chr.253.
- Cass. civ. 1er ch. 16 juillet 1987; D. 1988, p. 49, not J. Calais-Auloy.
- Cass. civ. 1er ch., 31 mai 1988 ; D.1988. Som., p 406, obs. Aubert (J-L).
- Cass. civ. 6 juin 1990; Bull. civ. 1990, n. 145, p. 104.

- Cass. civ., 1ère ch., 19 décembre, 1990; Bull. civ.I, n°303; P.372.
- Cass. com.29 janv : 1991; Bull. civ.1191, n. 43, p.27.
- Cass. 1er ch., 14 mai 1991; R.T.D.civ., 1991, p.526, not, J.Mestre.
- Cass. civ. 22 mai 1991, J.C.P. 1991, n. 31 juillet 1991, p.276.
- Cass. com. 27 nov. 1991; Bull. civ. IV, n°.367.
- Cass. com., 28 mai, 1993.

أورده، جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، 2000، ص.996.

- Civ. 1er ch., 6 janvier 1994; D.1994, Som., 209, obs Delebeque (ph).
- Cass. civ.1er ch., 24 janvier 1995; D.1995. Som., p. 229, obs. Delebecque.(PH).
- Cass. civ.1er ch., 3 janvier 1996; J.C.P.,éd.E, 1996.II, p. 380, note Leveneur.
- Cass. civ.1er ch., 10 juillet 1996; D.1996, I.R., p. 191.
- Civ., 1ère ch., 17 juillet 1996; JCP. 1996-11- 22747, note Paisant (J).
- Cass.com., 22 oct., 1996; Bull. civ. IV, n°261; GAJC, 11e éd., n°156: D. 1997. 121, not Sériaux; Defrénois 1997, 333, obs. D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1er, 10 Février 1998; R.T.D., civ., 1998, p. 674, obs. Mestre (J).

- Conseil d'Etat du 3 déc. 1981; J.C.P., 1981-2-19502.
- Conseil d'Etat, 11 juillet 2001; Rec. Lebon à paraître ; J.C.P. E.2001, p. 1260.

- Cours d'appel, Paris, D. 1986; JP., p. 560, not, Delebécque Ph.
- Cour d'appel d'Angers, 16 décembre 1987; D. 1988. Chr. 260, G. Paisant.

- Tribunal d'instance, Paris, 4 oct. 1979; D:1980, I.R.,p.383, obs.Vasseur.
- T.G.I.Angers, 11 mars 1986; J.C.P. 1987, 11, 20789, note, J.P. Gridel.
- T.G.I. Paris, 17 janvier 1990; D.1990, p. 289, note J. GHESTIN.

- Aix-En-Provence : 20 mars 1980; D. 1982, p. 131, note, Delebécque.
- Paris, 6ème ch., 16 déc.1982; JP.,n.028500.
- Paris, 12 mai- 1989;D.1989,-2-Som.commentées,p.400. Ph. Bihr.
- Paris, 5 juillet 1989; J.D.I., 1990-1-p.151, note. A.Huet.


## ثانيا: القرارات القضائية المصرية:


- نقض مدني مصري، 21 أفريل 1960 – مجموعة أحكام النقض – السنة 11 – رقم 50 – ص. 330.
- قرار النقض المدني المصري، 13 فبراير 1978 طعن رقم 726 لسنة 44، أشار له عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1976، الهامش 2، ص.294-295.

# الفهرس

# الفهرس

**الآية**..... II
**شكر، وتقدير** ..... III
**إهداء**..... IV
**قائمة المختصرات** ..... V
**المقدّمة** ..... 7
**الفصل التمهيدي** : مفهوم عقود الاستهلاك ..... 8
**المبحث الأول** : مفهوم المستهلك وغير المهني ..... 15
**المطلب الأول** : مفهوم المستهلك..... 15
**الفرع الأول** : المفهوم التشريعي للمستهلك ..... 15
**الفرع الثاني** : المفهوم الفقهي للمستهلك..... 18
**الفرع الثالث** : المفهوم القضائي للمستهلك..... 19
**المطلب الثاني** : مفهوم غير المهني..... 20
**الفرع الأول** : المفهوم الفقهي لغير المهني ..... 21
**الرأي الأول** : غير المهني هو المستهلك: ..... 21
**الرأي الثاني** : غير المهني، طائفة قائمة بذاتها : ..... 22
**الفرع الثاني** : المفهوم القضائي لغير المهني ..... 22
**المبحث الثاني** : مفهوم المهني..... 25
**المطلب الأول** : المفهوم الفقهي والتشريعي للمهني ..... 25
**الفرع الأول** : المفهوم الفقهي ..... 25
**الفرع الثاني** : المفهوم التشريعي..... 26
**المطلب الثاني** : مدى اعتبار المرافق الاقتصادية العامّة مهنية..... 26
**الفصل الأول** : حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد التقليدية..... 30
**المبحث الأول** : الحماية العامة للمستهلك من الشّروط التعسّفية ..... 32

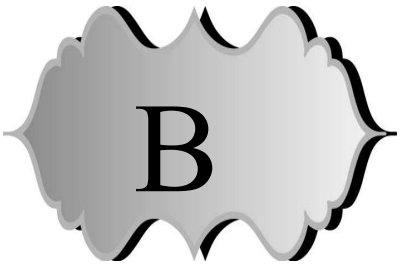
**المطلب الأول** : عقد الإذعان والشّروط التعسّفية ..... 32
**الفرع الأول** : مفهوم عقد الإذعان وواقعه في الحياة الاقتصادية..... 34
**أولاً**: مفهوم عقد الإذعان: ..... 34
أ) تعريف عقد الإذعان: ..... 34
ب) صفات ومميزات عقد الإذعان:..... 36
**ثانياً**: واقع عقود الإذعان في الحياة الاقتصادية :..... 36
أ) توسع مجال عقود الإذعان:..... 37
ب) يؤدي التحرير الأحادي الجانب لعقود الإذعان إلى إدخال شروطاً تعسّفية:... 38
**الفرع الثاني** : المفهوم التقليدي للشّرط التعسّفي في عقد الإذعان..... 39
**الفرع الثالث** : حماية المستهلك المذعن من الشّروط التعسّفية ..... 40
**أولاً** : شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية: ..... 40
**الشّرط الأول** : وجود عقد قائم، صحيح: ..... 40
**الشّرط الثاني** : تضمّن العقد شرطا أو عدّة شروط تعسّفية:..... 41
**الشّرط الثالث** : الضعف الإرادي :..... 41
**ثانياً** : إمكانية تعديل الشّروط التعسّفية أو استبعادها: ..... 41
أ) المعيار التقليدي لتقدير الطابع التعسّفي للشرط : ..... 43
ب) الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو إستبعاد الشّرط التعسّفي : ..... 44
**الفرع الرابع** : تفسير الشك لمصلحة المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً ..... 45
**المطلب الثاني** : دور السبب، ومبدأ حسن النية، وعيب الغبن والإستغلال في الحماية من الشّروط التعسّفية..... 48
**الفرع الأول** : دور نظرية السبب في الحماية من بعض الشّروط التعسّفية..... 48
**أولاً** : الإستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب :..... 49
**ثانياً** : نمو الإجتهاد القضائي بصدد الإستناد على غياب السبب للحماية من بعض أنواع الشّروط التعسّفية:..... 51
**ثالثاً** : موقف الفقه من الإجتهاد : ..... 52

**الفرع الثاني** : دور مبدأ حسن النية في حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية ..... 56
**أولاً** : تعريف مبدأ حسن النية: ..... 56
**ثانياً** : مدى إمكان الإعتماد على مبدأ حسن النية للحماية من الشّروط التعسّفية:.. 56
**الفرع الثالث** : دور نظرية الغبن والإستغلال في حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية 58
**المبحث الثاني**: الحماية الخاصّة للمستهلك من الشّروط التعسّفية في بعض القواعد المتفرقة 63
**المطلب الأول** : الحماية من الشّروط المتضمنة تعسّفاً..... 63
**الفرع الأول** : الحماية من الشّروط الجزائية المفرطة..... 64
**أولاً** : تعريف الشّرط الجزائي وتمييزه عن شرط تحديد المسؤولية:..... 64
1- تعريف الشّرط الجزائي:..... 64
أ) التعريف القانوني: ..... 65
ب) التعريف الفقهي :..... 66
2- تمييز الشّرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية:..... 67
**ثانياً** : سلطة القاضي في مراجعة الشّرط الجزائي: ..... 68
أ) معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي :..... 70
1- المعيار الموضوعي : ..... 71
2- المعيار الشخصي : ..... 72
ب) حالة التنفيذ الجزئي للعقد : ..... 73
ج) حدود سلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي : ..... 75
**الفرع الثاني** : الحماية من الشّروط الإرادية..... 77
**أولاً** : مفهوم الشّرط الإرادي: ..... 78
**ثانياً**: نوعي الشّرط الإرادي:..... 78
أ) الشّرط الإرادي البسيط : ..... 79
ب) الشّرط الإرادي المحض: ..... 79
**ثالثاً**: خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني:..... 80
**المطلب الثاني** : حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية بذاتها..... 82

**الفرع الأول** : الشّروط التعسّفية في وثيقة التأمين ..... 82
**الفرع الثاني** : الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية ..... 85
**الفرع الثالث** : شرط إسقاط أو إنقاص الضمان..... 87
**الفرع الرابع** : شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل..... 88
**الفصل الثاني** : حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في ظلّ القواعد المعاصرة ..... 93
**المبحث الأول** : مفهوم ومعايير الشّرط التعسّفي..... 95
**المطلب الأول** : مفهوم الشّرط التعسّفي ..... 95
**الفرع الأول** : تمييز التصرف التعسّفي عن التصرفات المشابهة له ..... 95
**الفرع الثاني** : تعريف الشّرط التعسّفي ..... 96
**أولاً** : التعريف الفقهي للشّرط التعسّفي : ..... 96
**ثانياً**: التعريف القانوني للشّرط التعسّفي :..... 98
**الفرع الثالث** : عناصر الشّرط التعسّفي ..... 101
**أولاً** : عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الفرنسي :..... 101
أ) أن يكون مجال الشّرط عقد استهلاك : ..... 101
ب) أن يكون الشّرط مكتوب :..... 103
ج) أن يكون الشّرط سبب في الإختلال الظاهر لتوازن العقد : ..... 104
**ثانياً** : عناصر الشّرط التعسّفي في القانون الجزائري :..... 105
أ) أن يكون مجال الشّرط التعسّفي عقد إذعان : ..... 105
ب) أن يكون العقد مكتوباً :..... 107
ج) أن يكون الشّرط سببا في الإختلال الظاهر لتوازن العقد : ..... 108
**المطلب الثاني** : معايير الشّرط التعسّفي ..... 109
**الفرع الأول** : معيار التعسّف في إستعمال القوة الإقتصادية..... 110
**الفرع الثاني** : معيار الميزة الفاحشة ..... 114
**الفرع الثالث** : معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات..... 117
**المبحث الثاني** : الطرق الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية..... 120

**المطلب الأول** : الرقابة القانونية والإدارية على الشّروط التعسّفية ..... 120
**الفرع الأول** : إيراد قوائم محدّدة للشّروط التعسّفية بموجب قانون..... 120
**الفرع الثاني** : الرقابة الإدارية على الشّروط التعسّفية ..... 126
**أولاً** : رقابة لجنة الشّروط التعسّفية :..... 126
أ) تشكيل لجنة الشّروط التعسّفية : ..... 126
ب) اختصاصات لجنة الشّروط التعسّفية :..... 128
**ثانياً** : رقابة الحكومة على الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم : ..... 130
**المطلب الثاني** : الرقابة القضائية على الشّروط التعسّفية..... 136
**الفرع الأول** : رقابة القضاء الإداري على الشّروط التعسّفية ..... 136
**أولاً** : الرقابة على المراسيم الحكومية المحدّدة للشّروط التعسّفية :..... 136
**ثانياً** : الرقابة على شروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية :..... 138
**الفرع الثاني** : رقابة القضاء المدني على الشّروط التعسّفية ..... 140
**أولاً** : مرحلة الجدل الفقهي والتردد القضائي حول رقابة القاضي على شروط العقد:
..... 142
أ) الجدل الفقهي : ..... 142
1- الإتجاه الفقهي الرافض : ..... 142
2 – الإتجاه الفقهي المؤيد:..... 143
ب) التردد القضائي:..... 143
1- إتجاه التفسير الضيق: ..... 144
2- إتجاه التفسير الموسع : ..... 144
**ثانياً** : مرحلة الإعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد :..... 146
أ) الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض :..... 146
ب) الإعتراف التشريعي الصريح:..... 147
**الفرع الثالث** : دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية..... 149
**الفرع الرابع** : الجزاء على الشّرط التعسّفي ..... 151

**الخاتمة** ..... 156
**قائمة المراجع**..... 162
**الفهرس** ..... 175



# ملخص البحث

**– باللّغة العربية:**

**إنّ القواعد التقليدية لقانون العقود ومنذ وقت طويل، مجّدت مبدأ سلطان الإرادة. وفرضت على المتعاقدين الامتثال الصارم لشروط العقد. وذلك رغم أنّها كافحت بعض أنواع الشّروط الّتي تنطوي على تعسّفات مضرّة بالمتعاقدين الضّعفاء، لكنّها لم تكن كافية. لهذا فإنّ التشريعات الحديثة المتعلّقة بحماية المستهلك أتت بطرق فعّالة لمكافحة الشّروط التعسّفية، خاصة تلك المدرجة في عقود الاستهلاك.**

**– الكلمات المفتاحية:**

**الشّروط التعسّفية ـ عقود الاستهلاك ـ المستهلك ـ المحترف ـ الحماية.**

## Résumé de la recherche :

**– Français:**

**Les règles traditionnelles du droit des contrats ont pendant longtemps, glorifiées le principe d'autonomie de la volonté. Elles obligent les contractants à se conformer strictement aux clauses du contrat. Quoiqu'elles aient lutté contre quelques types de clauses impliquant du abus nocifs aux contractants les plus faibles, cela n'a pas été suffisant. C'est pourquoi, les législations modernes relatives à la protection du consommateur on mené une véritable lutte contre les clauses abusives notamment cette incluses dans les contrats de consommation.**

**– Mots clés:**

**Les clauses abusives – les contrats de consommation – le consommateur – le professionnel – la protection.**

## Research summary:

**– English:**

**The traditional rules of contracts law for a long time, glorified the principle of autonomy of choice. They require contractors to adhere strictly to the terms of the contract. Although they fought against some types of clauses involving harmful abuses to the weakest contractors, it has not been sufficient. This is why, modern legislations on the protection of consumers conducted on a real fight against unfair terms such as those included in consumption contracts.**

**– Key words:**

**Unfair terms – consumption contracts – the consumer – the professional – the protection.**