ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك

La nécessité d'abandonner liés les clauses abusives par des contrats d'adhésion afin d'élargir la protection du consommateur

أ. خليفة كرفة محمّد
أستاذ مساعد قسم "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية، حسيبة بن بوعلي بالشلف
khalifa 02DZ@yahoo.fr

الملخص:

يعد موضوع مكافحة الشروط التعسفية من أهم ما أولى له المشرع اهتماما كبيرا من خلال قوانين متعاقبة خاصة بحماية المستهلك، حرصا من المشرع على تحقيق التوازن العقدي بين أطراف عقد الاستهلاك المهني، كطرف قوي من جانب، والمستهلك بصفته الطرف الضعيف من جانب آخر. و من أجل مكافحة الشروط التعسفية اختلفت التشريعات المعاصرة حول طبيعة العقود المعنية بالحماية ضد الشروط التعسفية وما اذا كانت عقود إذعان أو عقود استهلاك، ومن الطبيعي أن نطاق هذه الحماية يتأثر بطبيعة العقود المعنية، ففي الوقت الذي يتسع نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية في حالة كون العقد عقد استهلاك، بالعكس يضيق نطاق هذه الحماية في الحالة التي يكون العقد هو عقد إذعان، ولهذا فان وجود أي رغبة تشريعية تهدف إلى حماية حقيقية للمستهلك ضد الشروط التعسفية تستوجب مراعاة هذه الفكرة. و من هنا تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال التطرق للاختلاف التشريعي حول طبيعة العقود المعنية بالحماية ضد الشروط التعسفية، ثم تبيان موقف المشرع الجزائري إزاء ذلك.

الكلمات الدالة:

الشروط التعسفية _ حماية المستهلك _ عقد الإذعان.

Résumé:

Le problème des clauses abusives est un des grands problèmes dont le législateur lui a consacré, s'est intéressé grandement à travers les lois successifs particuliers pour la protection du consommateur.

Restant vigilant quand à réalisé l'équilibre contractuel entre les parties du contrat, Des consommateurs comme un partie faible, et le professionnel autre partie fort.

Pour la luttes les clauses abusives, la législation c'est différencié autour de la nature des contrats intéressées de la protection contre les clauses abusives, et si c'étais des contrats d'adhésion ou des contrats de consommation.

Il est naturel que la marge de cette protection, soit influée par la nature des contrats intéressés.

Entre temps s'élargit la marge de la protection contre les clauses abusives dans le cas des contrats de consommation et au contraire se contracte la marge de cette protection Dans le cas ou le contrat est un contrat d'adhésion.

C'est pour cela, que nous ne trouvons aucune envie ou raison pour légiférer dans le but de la protection réelle du consommateur, et qui prend en compte cette l'idée.

De cela, apparait l'intérêt de cette étude de ce problème ; à travers les déférences de législation autour de la nature des contrats types de protection contre les clauses abusives, et puis la prise de position du législateur algériens envers cela.

Les mots clés:

les clauses abusives _ protection du consommateur _ contrat d'adhésion

مقدمة:

إن تشريعات الاستهلاك تفترض في الغالب عدم المساواة بين أطراف عقد الاستهلاك، المتدخل من جهة والمستهلك من جهة أخرى، لهذا كان من بين أهم أهداف هذه التشريعات محاولة تحقيق التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد، بعدما أصبحت عقود الاستهلاك، في غالب الأحيان، عقود إذعان أو عقودا نموذجية، بحيث يفرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف، وليس أمام هذا الأخير مناقشة بنود العقد، فما عليه إلا قبولها أو رفضها جملة وتفصيلا. وفي سبيل تحقيق هذا الهدف- وضعت تشريعات الاستهلاك نظاما قانونيا محكما لمكافحة الشروط التعسفية[1].

في ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلكين في معظم دول العالم، فما يمكن ملاحظته هو توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر الشروط التعسفية في حد ذاتها في نوع معين من أنواع العقود أو بشأن نمط معين من أنماط إعدادها[2].

و المشرع الجزائري على غرار تلك التشريعات لم يتوان في وضع نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية أو المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. إن كفاءة أي نظام تشريعي يستهدف الحماية من الشروط التعسفية من بين ما يرتهن به طبيعة العقود التي تتضمن هذه الشروط أي النطاق الموضوعي للشروط التعسفية، حيث أن نطاق الحماية من هذه الشروط يتراوح اتساعا و ضيقا بالنظر إلى المجال المادي للشروط التعسفية.

في الحقيقة إن الإشكال لا يطرح بشأن عقود الاستهلاك التي تتصف بالإذعان، ذلك أن الحماية من الشروط التعسفية في هذه العقود مقررة بنصوص قانونية و لا حاجة لاجتهاد الفقه في هذا الصدد، و الإشكال يطرح بشأن مدى إمكانية الحماية من الشروط التعسفية في عقود استهلاك ينتفي عنها وصف الإذعان، أي تلك العقود التي يتم إبرامها في ظروف تتسم بالتفاوض والمناقشة بين أطراف العقد حول الشروط التعاقدية.

المبحث الأول: الاختلاف التشريعي حول تحديد موضوع الشروط التعسفية

إن تحديد موضوع الشروط التعسفية مرتبط بطبيعة العقود التي يمكن أن تتضمن هذه الشروط، فلا يمكن الجزم بأن كل عقود الاستهلاك قابلة لاحتواء شروط ذات طابع تعسفي، و هذا ما يؤكد الاختلاف التشريعي بشأن ذلك، وعلى هذا الأساس يتوقف تحديد النطاق الموضوعي للشروط التعسفية، اتساعا وضيقا على اتجاه كل مشرع بشأنها، ويمكننا تصنيف هذه الاتجاهات إلى طائفتين:

أولها: الاتجاه الذي يحدد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

ثانيا: الاتجاه الذي يحدد نطاق الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك.

المطلب الأول: الاتجاه الذي يحدد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان

تتجه الكثير من التشريعات[3] إلى حصر نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان، علما أن أهم خاصية لهذه العقود _ هي محل اتفاق كل من الفقه التقليدي والفقه الحديث وحتى التشريعات الخاصة بالقانون المدني- والتي تتعلق بتحرير المهني لشروط العقد غير قابلة للنقاش من المستهلك على حد قول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي"...وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الثاني إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة بحيث أن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقة والرضا السليم"[4].ولما كان نطاق الشروط التعسفية يتحدد بعقود الإذعان وفقا لهذا الاتجاه التشريعي، فالأكيد أن ذلك يترتب عليه نتيجتين:

النتيجة الأولى: إن عقد الاستهلاك الذي ينفرد بمقتضاه المهني بتحرير شروط لا نقاش فيها. هو شرط لتدخل القاضي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية إن وردت في هذا العقد.

النتيجة الثانية: هي اعتبار فرصة التفاوض والنقاش حول بنود العقد ضمانة حقيقية ينتفي وصف الإذعان بوجودها. ومن ثم انتفاء أي إمكانية لتدخل القاضي في تعديل العقد أو استبعاد الشروط التعسفية، وإذا كان عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يستقل بموجبه الطرف القوي بتحرير مسبق لشروط لا نقاش فيها من الطرف الضعيف، فبمفهوم المخالفة فإذا كانت فرصة المستهلك في النقاش والتفاوض حول شروط العقد قائمة ضمانة في وجودها ينتفي وصف الإذعان وبالتالي لا يعتبر هذا العقد مجالا للحماية من الشروط التعسفية[5]. و في هذا السياق يرى بعض الفقه أنه لا مبرر للحماية من الشروط التعسفية اذا تم العقد عن طريق المساومة "إن الغرض الأساسي من مكافحة الشروط التعسفية هو محاولة إعادة التوازن بين حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة نتيجة الاختلال الظاهر بين هذه الحقوق و الالتزامات بسبب فرض أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون مناقشة، و من ثم اذا خضعت شروط العقد لمفاوضة حرة كما هو الشأن في عقود المساومة على الأقل بالنسبة للشرط الذي يظهر أنه تعسفي فلا مبرر للحماية في هذه الحالة"[6].

يرى الفقه أن مبررات اتجاه بعض التشريعات إلى ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان لها علاقة وطيدة بهذه الأخيرة في حد ذاتها، حيث أنه يعتبر عامل مساعد على فرض هذه الشروط من جانب أول، وتبني المفهوم الواسع

لعقود الإذعان من جانب ثان، و مد الفقه خصائص عقود الإذعان إلى عقود الاستهلاك أو ما يعرف بأذعنة عقود الاستهلاك من جانب ثالث.

أولا: عقد الإذعان يعد المجال الخصب لفرض الشروط التعسفية

من الثابت فقها وقانونا أن عقد الإذعان هو عقد صحيح يرتب كامل آثاره القانونية شأنه شأن سائر العقود الأخرى، كما وأن المشرع وتحت تأثير المذهب الاجتماعي أحاط عقود الإذعان بنظام قانوني لمواجهة الشروط التعسفية لتمكين القاضي من التدخل في العقد بقصد تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها. لكن السؤال الواجب طرحه هو لماذا ربط المشرع بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان؟. والواقع أن الارتباط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان يجد سببه في الظروف المحيطة بإبرام عقد الإذعان، فهذا الأخير يتم بإعداد الطرف القوي لشروط العقد دون مناقشته، أو نظرا لأن هذا الطرف يهدف من وراء التعاقد إلى تحقيق مصالحه، فهو إما أن يعمل على الإنقاص من التزاماته أو الزيادة في التزامات الطرف الضعيف وأمام هذا الوضع لا يمكن تكييف هذه الشروط إلا أنها تعسفية، فالتعاقد عن طريق الإذعان يشكل فرصة مواتية لفرض وجود الشروط التعسفية.

ويترتب على ذلك أن إبرام عقد إذعان لا يعني بالضرورة وجود الشروط التعسفية في هذا العقد، كما أن التعسف في العقد لا ينشأ مباشرة وبصفة تلقائية عن عقد الإذعان، وإنما يعتبر عامل يساعد على فرض مثل هذه الشروط، مما يعني أن فرض الشروط التعسفية في عقد الإذعان يبقى احتمال وارد أكثر من أي عقد آخر[7].

مما يعني أن الشرط التعسفي لا يعد ملازما لعقود الإذعان، كما أن هذا التوجه لا يعد مبرر حاسم ومقنع لتحديد موضوع الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

ثانيا: تبني المفهوم القانوني لعقد الإذعان

إن الفقه الحديث قد بذل جهدا ملموسا للبحث عن مفهوم واسع لعقد الإذعان قابل لاحتواء وصف عقود الاستهلاك حتى يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية عن طريق تطبيق نظام الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، لذلك يصبح من الملائم تبني الفقه لمعايير واسعة تساعد على التوسع في مفهوم عقد الإذعان وفي المقابل يقتضي هذا التخلي على كل معيار يتعارض مع هذا التوجه للفقه. ولهذا السبب استبعد الفقه المعيار الاقتصادي بالرغم من العلاقة الوطيدة القائمة بين الظروف الاقتصادية وعقد الإذعان، ذلك أن الإبقاء على معيار التفاوت الاقتصادي من شأنه أن يساهم بشكل كبير في تضييق مفهوم عقد الإذعان نظرا لكونه غير كاف لتغطية كل حالات الضعف التي تعتري الطرف الضعيف في العقد، ناهيك على أن هذا المعيار ليس بدليل قاطع و لا يعكس بالضرورة وجود الشروط التعسفية بإلحاق وصف الإذعان بعقد ما.

لذلك لجأ الفقه إلى ضرورة تبني معيار واحد ذو طابع قانوني كفيل في نظره بالعمل على توسيع مفهوم عقد الإذعان، وهو معيار رفض التفاوض حول بنود العقد أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد.

و على ذلك، يرى هذا الفقه أن مجرد إملاء الطرف القوي لشروط لا نقاش فيها على الطرف الضعيف كاف لإضفاء وصف الإذعان على عقد ما. أي أن العقد الذي ينفرد فيه المهني بتحرير مسبق لشروط غير قابلة للنقاش من

المستهلك يعتبر عقد إذعان، وبالتالي يصبح بالإمكان أن يكون محل لتطبيق النظام القانوني الخاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية[8].

ولكن هذا الاتجاه الفقهي يتعارض مع الواقع العملي و يعتبر محلا للنقد من جانبين:

أولا: إن مناقشة بنود العقد بين طرفي العقد ليست ضمانة حقيقية لحماية الطرف الضعيف. فالواقع العملي يؤكد أن المهني له من الوسائل ما تمكنه من فرض إرادته وشروطه في العقد، حتى في ظل توافر إمكانية لمناقشة شروط العقد مع المستهلك، ويتحقق هذا الفرض في الحالة التي تكون فيها المفاوضة صورية أي يتضح من الظاهر أن المهني قد ناقش المستهلك في شروط العقد، لكن الحقيقة هي انفراده بتحرير شروط العقد[9]. و لهذا فان غياب التفاوض المسبق في إبرام العقد ليس بالضرورة علامة لاستغلال وضعية المذعن، فهذا الأخير يمكن أن يكون ضحية القوة التفاوضية للطرف الذي سوف يتعاقد معه[10].

ثانيا: إن فرض وجود الشروط التعسفية يكون قائما في عقود لا تتصف بالإذعان، و هذا يعني أن تبني المفهوم القانوني لعقد الإذعان لا يعتبر حلا كافيا لمكافحة الشروط التعسفية الواردة بعقود الاستهلاك، على اعتبار أن هذه الأخيرة قد تتضمن شروط تعسفية بالرغم من تخلف وصف الإذعان لوجود مناقشة بين طرفي العقد، وهذا يمثل حماية ناقصة للمستهلك ضد الشروط التعسفية[11].

ثالثا: جواز إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان

يرجع هذا الفرض إلى ما كان سائدا لدى الفقه في السابق، و في ظل انعدام قانون خاص بحماية فئة المستهلكين من الشروط التعسفية، وأمام هذا الوضع لم يجد هذا الفقه سبيلا لمواجهة هذه الشروط إلا من خلال مد الحماية المقررة في عقود الإذعان لتشمل عقود الاستهلاك، أي أن الفقه كان يرى ضرورة إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان لوجود تطابق بينهما، مما يستلزم خضوعهما لنظام قانوني واحد و هو ذلك المقرر في عقود الإذعان.

1_ وحدة أسباب عدم التوازن

تشترك كل من عقود الإذعان وعقود الاستهلاك في الأسباب التي تؤدي إلى عدم التوازن والتي تتمثل في انعدام القدرة لدى المستهلك في مناقشة شروط العقد من جانب أول وتفوق المحترف في مجال العقد من جانب آخر.

-عدم مناقشة شروط العقد

تشترك كل من عقود الإذعان وعقود الاستهلاك في كونها تتم بدون مناقشة الطرف المذعن في عقد الإذعان والمستهلك في عقد الاستهلاك لشروط العقد وان اختلف سبب ذلك في كل منهما. ففي العقد الأول يرجع عدم مناقشة الطرف المذعن لشروط العقد[12]، إلى الحظر المفروض بخصوص ذلك، والصادر من الطرف الذي يتولى التحرير المسبق لنموذج العقد بإرادته المنفردة[13]، وفي هذا ورد لدى بعض الفقه " أن خصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو في سعي المتعاقد ورغبته في التفاوض أو إحجامه و عزوفه عن ذلك، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر، ذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد. لذا فان مراعاة الدقة تقتضي القول أن الإذعان ليس دائما وليد انعدام المفاوضات، إنما يتحقق بالأحرى كنتيجة لحظرها"[14].

أما بالنسبة للعقد الثاني، فعدم مناقشة شروط العقد- ناهيك عن تلك العقود التي تتصف بالإذعان- فإنه في الغالب عدم إجراء ذلك هو أمر يرجع سببه إلى المستهلك نفسه؛ إذ أنه في بعض العقود التي يكون هذا الأخير طرفا فيها و حتى في ظل توافر إمكانية لمناقشة بنود العقد، إلا أن الذي يحدث عملا هو أن انعدام كفاءة المستهلك الفنية، كالخبرة القانونية التي تجعله يقف عاجزا أمام التفاوض حول شروط معقدة مدرجة بإحكام في العقد، مما يعني أن افتراض المناقشة لا يعدو أن يكون- في الغالب- أمرا نظريا بعيدا عن الواقع. و النتيجة، لا اختلاف بين عقد إذعان وعقد استهلاك في هذا الصدد، ولو تضمن هذا الأخير احتمال مناقشة المستهلك لشروط العقد[15].

وفي بعض الحالات، فان المستهلك في ظل هذه الظروف، وحتى لو افترضنا أنه ساهم في إعداد تلك الشروط، فإنه يبقى في مركز التابع بالنسبة إلى المهني[16]، طالما أنه أقل كفاءة أو خبرة قانونية، وحتى إن تدخل في صياغة شروط العقد، فإن تدخله سيكون بدون جدوى، وسيقبل بهذه الشروط دون أن يتمكن من تقدير أثارها على مركزه القانوني والمالي [17] **_ تفوق المحترف والمذعن إليه في مجال المعاملة**

تتمثل قوة المحترف والمذعن إليه في أن كلا منهما يقوم بعمليات متكررة ومتشابهة يكتسب من خلالها خبرة في مجال تخصصه تمكنه من وضع شروط العقد بما يحقق مصالحه و أهدافه وقد يصل بهما الأمر إلى صياغة كافة بنود العقد وشروطه بشكل يتيح لهما فرض شروط مجحفة على الطرف الآخر.

2_ تماثل ظروف التعاقد في كل من عقود الإذعان وعقود الاستهلاك

نشأت عقود الإذعان كأثر للتكتلات الاقتصادية التي شهدها العالم في أواخر القرن الماضي، نتيجة لتركيز آلة الإنتاج في عدد محدد من المنشآت الصناعية الكبرى، الأمر الذي ساعدها على الإعداد المنفرد لشروط العقد، و قد صاحب ذلك انعدام التوازن بين أطراف هذه العقود.

إن اتجاه هذا الرأي إلى إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان أمر يخالف قواعد التكييف القانوني من منطلق أنه تجاهل تأثير الثورات الصناعية الجديدة على نشأة علاقات قانونية تتسم بخصوصية تميزها عن عقود الإذعان، لأجل ذلك فان وحدة الخصائص المميزة لعقود الإذعان وتلك المميزة لعقود الاستهلاك لا يعد مبررا كافيا لإلحاق وصف الإذعان بهذه الأخيرة، وهذا ما يتفق مع رأي بعض الفقه[18] الذي يرى بأنه:" لا يجوز إلصاق وصف عقد الإذعان لهذا العقد لمجرد أنه قد أبرم بين مهني متخصص وغير مهني".كما أن الفقيه calais-Auloy صرح بأن:" العقود المبرمة بين المهني وغير المهني أو المستهلك هي في الغالب عقود إذعان" [19] مما يعني احتمال أن تكون هذه العقود عقود مساومة و لو في حالات نادرة.

المطلب الثاني:الاتجاه الذي يحدد نطاق الشرط التعسفي بعقود الاستهلاك

اتجهت بعض التشريعات[20]_على غرار التشريع الفرنسي _ إلى عدم حصر نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان، وذلك عن طريق التوسع في نطاق هذه الشروط لتشمل جميع العقود مهما كان نوعها، أو شكلها، أو أساسها. وللإشارة، فان المشرع الفرنسي سلك هذا الاتجاه من خلال القانون 1978 و قانون الاستهلاك لسنة 1995، الذي جاء في مادته ل -132-1-4 ما يلي:" هذه النصوص تطبق مهما كان شكل أو أساس العقد، وتكون على

الأخص... اشتراطات، سواء أتم مناقشتها أم لا، أو الإحالة على شروط عامة مقررة سلفا " وبالرغم من موقف المشرع الفرنسي الصريح في هذا الشأن إلا جانبا من الفقه لا يزال متمسك بموقفه الداعي إلى ضرورة تحديد نطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فحسب هذا الرأي أن عقود الاستهلاك في الحقيقة ليست إلا عقود إذعان، وأن القانون لم يستهدف الحماية إلا منها. كما أنه بالإمكان مصادفة شروط تعسفية في عقود لا تتصف بالإذعان، وفي فرض كهذا، وفي ظل إمكانية المناقشة التي تتم بين الأطراف، يصبح من الصعب تحديد متى يكون الشرط تعسفيا. خاصة إذا علمنا بأنه يمكن أن يرد بالعقد شرطا تعسفيا، ولكن ما يخفف من طابعه هذا بالنسبة إلى المستهلك، هو وجود شرط يقابله و يحقق مزايا لهذا الأخير، مما يعني أنه بإجراء موازنة بين شروط العقد في مجملها ينتفي وضع عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك [21].

ولكن ما يلاحظ أن هذا الرأي يبقى معزولا بالرغم ما جاء به من حجج منطقية بالنظر إلى كونه مخالف لرأي غالبية الفقه واتجاه القضاء الذي كان يصب في نفس اتجاه المشرع.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد النطاق الموضوعي للشروط التعسفية

في ظل الاختلاف التشريعي حول طبيعة العقد الذي يتضمن الشروط التعسفية، يصبح من اللاّزم إبراز اتجاه المشرع الجزائري إزاء ذلك المطلب الأول، ثم العمل على تقدير موقف المشرع في خياره بتحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان المطلب الثاني.

المطلب الأول: اتجاه المشرع إلى تحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان

خلافا للمشرع الفرنسي، إن المشرع الجزائري قد سلك نهج الاتجاه التشريعي الذي يحدد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان، وذلك كما جاء في المادة 5/5 من قانون الممارسات التجارية:" شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد " ويتبين من طبيعة العقد الوارد بهذه المادة على أنه عقد إذعان بالرجوع إلى الفقرة الرّابعة من ذات المادة والتي جاء فيها: " عقد:كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". كما أن المشرع أكد مرة أخرى على طابع الإذعان الذي يجب أن يكتسي العقد بمناسبة تحديد المقصود بالعقد من خلال المادة 2/1 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يتعلق..... التي جاء فيها: " يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3، الحالة 4 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، والمذكور أعلاه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". وبهذا يكون المشرع قد حسم هذه المسألة بما لا يدع مجالا للشك أو التأويل أن نطاق التطبيق الموضوعي للشروط التعسفية محدد بعقود الإذعان، وبمفهوم المخالفة استبعاده لعقود المساومة من مجال الشروط التعسفية حتى في الحالات التي تتضمن شروطا تعسفية[22].

وينبغي الإشارة إلى أن مصطلح الإذعان هو معروف من قبل في القانون المدني من خلال المادة 70 منه التي تنص على أنه:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب لا يقبل مناقشة فيها". وما يلاحظ في هذا السياق أن المشرع الجزائري اهتدى إلى تعريف عقد الإذعان في قوانين الاستهلاك، بعد اكتفائه بإبراز بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره في القانون المدني[23]. و هي كما أوردها بعض الفقه الجزائري[24].

-" أنها شروط مقررة" أي انفراد الموجب بالتحرير المسبق لشروط العقد.

- " أن هذه الشروط غير قابلة للنقاش فيها"، أي حظر التفاوض بشأنها.

- أن يتم القبول بهذه الشروط بمجرد "التسليم" أي الرضوخ التام لإرادة الموجب.

إن التعريف الوارد في المادة 3 /4 المذكورة أعلاه يكاد يكون مطابقا لما جاء في المادة 70 من القانون المدني، وما يلاحظ أن المشرع لم يأخذ بعناصر عقد الإذعان و التي جاء بها الفقه التقليدي والتي هي[25]:

_أن يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

_ احتكار الموجب لهذه السلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل تجعل المنافسة بشأنها محدودة النطاق.

_ أن يكون الإيجاب عاما أي موجها إلى الجمهور كافة، بشكل دائم و موحد.

إن استبعاد هذه العناصر من تعريف عقد الإذعان سواء في المادة 70 من القانون المدني أو في المادة ¾ من قانون الممارسات التجارية، دليل على أن المشرع تبنى المفهوم الحديث لعقد الإذعان، باعتباره كما ورد عن أحد الفقهاء" انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"[26]

إن التعريف الحديث لعقد الإذعان يرتكز على معيار واحد وهو حظر المفاوضة حول شرط العقد، إما قبول شروط العقد كما هي، أو الانصراف عن موضوع العقد. دون التوقف عند مدى توافر عناصر العقد وفقا للمفهوم التقليدي[27].

المطلب الثاني: تقدير موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد الشروط التعسفية بعقود الإذعان

إن اتجاه المشرع إلى ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان محل نقد من زوايا مختلفة، من حيث أن الشرط التعسفي نظام مستقل عن عقود الإذعان (الفرع الأول)، من حيث التضييق من مجال الحماية من الشروط التعسفية (الفرع الثاني)، ومن حيث تقييد سلطة القاضي التقديرية إزاء الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشرط التعسفي نظام مستقل عن عقود الإذعان

يبدو من الوهلة الأولى بأن الشروط التعسفية ترتبط بعقود الإذعان وجودا وعدما، مما يعني بأنه لا يمكن تصور وجود الشروط التعسفية خارج دائرة عقود الإذعان. و ما يؤكد هذه الفكرة هو ما يكشفه الواقع العملي من اختلاف في المراكز

القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية الواحدة، التي تجمع بين طرف ضعيف وآخر قوي. و الذي من أبرز صوره التفاوت الاقتصادي بين الطرفين وما يترتب على ذلك من احتمال تعسف الطرف القوي في تحريره للعقد بشكل منفرد

ومسبق في تحقيق مصالحه. وهذا ما دفع الفقه قديما إلى الاعتقاد بأن عقود الإذعان تمثل التربة الخصبة التي تنمو فيها الشروط التعسفية و ويكثر استعمالها من جانب الطرف القوي اقتصاديا[28].

لكن التأمل في العلاقة بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان يكشف أن هذه الأخيرة قابلة لاحتواء الشروط التعسفية، لكن ليس إلى الحد الذي يدفع إلى الجزم بأن عقود الإذعان هي المجال المادي الحصري و الوحيد للشروط التعسفية.

و هذا ما دفع ببعض الفقه[29] إلى التدخل بوجهة نظر منطقية مفادها:" أن الصور الحديثة للتعاقد تدل على أن خضوع المتعاقد لا يتحقق بصدد عقد معين من العقود. وإنما يتحقق تقريبا في معظم الصور المعاصرة للتعاقد".

إن وجود الشروط التعسفية لا يتوقف على وصف عقد ما بالإذعان، وبالمقابل إن غياب الشروط التعسفية لا يغير نتيجة حتمية لحد وصف عقد ما بالإذعان، إذ الواقع العملي يؤكد احتمال وجود الشروط التعسفية في ظل عقود لا ينطبق عليها وصف الإذعان، وهي العقود التي تتم عن طريق تفاوض الأطراف على شروط وبنود العقد، أو أن العقد يمكن أن يكون عقد إذعان من العقود الموجهة، ولكن يحرص فيه الطرف القوي كأن يكون جهة حكومية على تحقيق مصلحة الطرف الضعيف. مما يعني انتفاء الطابع التعسفي على شروط واردة بهذا العقد.

كما أن انفراد الطرف القوي بإعداد مسبق لعقد ما بما فيه من شروط حتى ولو كانت ذات طابع تعسفي لا تستلزم بالضرورة أن العقد المراد إبرامه عقد إذعان بالمعنى الحقيقي.

وهذا ما يؤكده بعض الفقه[30] بقوله: "لا يعني ذلك ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فان رغم تماس دوائرهما إلا أنه يظل لكل منهما ذاتيته المستقلة ومجاله الذي يعمل فيه آثاره". و هذا ما دفع بعض الفقه[31] إلى التصريح أن المشرع لم يكن موفقا بموقفه هذا " ويكون بذلك قد فوت فرصة مناسبة من أجل الخروج عن نطاق عقود الإذعان".

الفرع الثاني: التضييق من الحماية القانونية من الشروط التعسفية

إن ملاءمة شروط الحماية من الشروط التعسفية للمستهلك، وعدم التشدد فيها، والتوسع في مفهوم الشروط التعسفية، تعد مؤشرات حقيقية على قوة النظام القانوني الحمائي المتعلق بالشروط التعسفية، من حيث الآليات القانونية المكرسّة لمواجهته وتحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات في عقود الاستهلاك، ولذلك فان الوسيلة الحمائية تكون ذات فاعلية كلما تم التضييق من الشروط الخاصة بها، وكلما كانت محل استفادة من الشخص الذي تقررت لمصلحته بشكل تلقائي، يضمن التوسع في نطاق الحماية وخضوع المهني للنظام القانوني لهذه الوسيلة الحمائية، والعكس صحيح حيث تقل درجة الحماية كلما تم تقييدها بشروط تجعل من الشخص المعني بهذه الحماية يحصل عليها بشق الأنفس [32]، ولما كان الأمر كذلك فمن الواجب التخلي عن الشرط الذي يقضي بأن يتم تحديد المجال المادي للشروط التعسفية بعقود الإذعان، مما يعني ضرورة تحديد المجال المادي لهذه الشروط بعقود الاستهلاك بصرف النظر عما إذا كانت هذه العقود تتصف بأنها عقود إذعان أم عقود مساومة، وهذا ما سيؤدي إلى تحقيق حماية شاملة من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

وحسب رأي جانب من الفقه أنه كان ينبغي على المشرع مد نطاق تطبيق نصوص القانون رقم 04-02 إلى عقود المساومة، مما يؤدي إلى توسيع مجال الحماية في مواجهة الشروط التعسفية [33]، ومن وجهة نظرنا أنه لا يوجد ما يفسر اعتماد المشرع لهذا الموقف في القانون المدني – خاصة إذا علمنا أن هذا الأخير ثبت قصور أحكامه عن تحقيق حماية شاملة للمستهلك في مجال مكافحة الشروط التعسفية– ثم التأكيد عليه في قوانين الاستهلاك في الوقت الذي كان يستوجب عليه استبعاده، وتبني الاتجاه الذي يحدد نطاق الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك، نظرا لمساهمته في تحقيق حماية واسعة للمستهلك في هذا الصدد.

الفرع الثالث: تقييد السلطة التقديرية للقاضي إزاء مجال الشروط التعسفية

إن اتجاه المشرع في ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان لا شك أنه يؤدي بالقاضي إلى رفض وجود الشروط التعسفية خارج هذا الصنف من العقود، حتى و لو كانت هذه الشروط فعلا هي شروط تعسفية وفي الوقت ذاته يشكل اتجاه المشرع هذا قيدا على استعمال القاضي لسلطته التقديرية[34].

كما أن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، يؤدي بالقاضي إلى بذل جهد إضافي، و هو ضرورة التحقق من أن العقد يتصف بالإذعان أو لا قبل مباشرة عملية تقدير الطابع التعسفي للشرط، بخلاف عدم اشتراط المشرع أن يكون الشرط واردا بعقد الإذعان، فالقاضي في هذه الحالة يتعامل مباشرة مع الشرط، وما اذا كان ينطبق عليه معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، ولا شك أن هذا يساعد القاضي كثيرا في أداء مهامه.

خـاتمـــــة:

مما سبق يمكننا تلخيص أهم النتائج المتوصل إليها من خلال النتائج التالية:

الاختلاف التشريعي حول طبيعة العقود التي يتحدد على أساسها نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

أن التشريعات التي تحدد نطاق الحماية من الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك عموما هي التي تكفل حماية واسعة للمستهلك مقارنة بالتشريعات التي تحصر هذه الحماية في نطاق عقود الإذعان.

إن ما يؤكد أن حصر الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان لا يكفل إلا حماية قاصرة للمستهلك هو تعرض التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه إلى نقد غالبية الفقه.كما أنه من الناحية القانونية و المنطقية، فإن النظام القانوني الذي يهدف إلى حماية شاملة للمستهلك، يجب أن ألا يعلق تطبيق قواعده الحمائية على حتمية توافر أسباب معينة بشكل حصري.

اتجاه المشرع الجزائري إلى تحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان، و هذا ما يعني أن المشرع لم يأت بجديد بخصوص هذه النقطة في إطار قوانين حماية المستهلك، بالنظر إلى أنه كان يعتمد هذا الاتجاه منذ صدور القانون المدني لسنة 1975، حينما ربط وجود الشروط التعسفية بوجود عقد الإذعان دون عقد المساومة.

لهذه الأسباب نقدم الاقتراح الآتي:

ضرورة إحداث تعديلات على تشريعات الاستهلاك التي تعالج موضوع مكافحة الشروط التعسفية، لاسيما نص المادة 3 الحالة 4 من قانون الممارسات التجارية مفادها إسقاط الشرط الذي يقضي بوجود الشرط التعسفي بعقود

الإذعان، حتى يستفيد المستهلك من الحماية ضد الشروط التعسفية، وبدلا عن ذلك، ملاحقة الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك عموما، بقطع النظر عما إذا كان العقد يتصف بالإذعان أم أنه عقد مساومة، ما دام أن القانون أقر ضعف المستهلك و تفوق المهني من جانب أول، و أعلن مكافحة الشروط التعسفية حماية للمستهلك وتحقيقا للتوازن العقدي من جانب ثاني، و بهذا الاتجاه تتحقق حماية واسعة للمستهلك ضد الشروط التعسفية.

1_شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه جامعة الجزائر، 2016.

2_حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهظة العربية، مصر، 1996، ص 259.

3_ أن المشرع الألماني يتجه إلى حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان بموجب المادة الأولى من قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة بالعقد التي تناولت تعريف الشروط التعسفية، بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الأخر أثناء إبرام العقد. و كما قد تكون هذه لشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه، دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه. أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007 ص 18.

_كذلك المشرع الكيبكي يحدد نطاق الحماية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان وفقا لنص المادة 1437 من القانون المدني. أنظر محمد بودالي، مرجع سابق، ص120.

4_ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص24.

5_عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة،2014، ص75.

6_شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 398.

7_إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص35،36.

8_ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، 74،.75

9_عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 76

10_شوقي بناسي، مرجع سابق، ص401.

11_عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص .465

12_عسالي عرعارة، التوازن العقدي أثناء نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، ص 154.

13_محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابط العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهظة العربية، 2011، ص 81. 14_حسن عبد الباسط الجميعي، مرجع سابق، .126

15_محفوظ لعشب، مرجع سابق، ص 27.

16_حسن عبد الباسط الجميعي، ص 126.

17_أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي، دار النهظة العربية، 1995، ص100 نقلا عن إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص84.

18_Calais-Auloy ,droit de la consommation, Dalloz,1980 n°202 نقلا عن العطياوي راضية، مرجع سابق، ص.103

19_المشرع الانجليزي أيضا لم يقصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان. فنص القانون unifair contract terms act لسنة 1977 على جواز استبعاد القاضي للشروط التعسفية غير الشريفة unconscionable في أي عقد كان. أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص120.

20_رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دكتوراه، جامعة وهران، 2008، ص .309

21_العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، ماجستير، 2010، ص 104

22_رباحي أحمد، مرجع السابق، ص .310

23_محمد بودالي، مرجع السابق، 109.

24_محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة) دار الفجر لنشر والتوزيع، 2007، ص 112، علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر- الجزائر 2010، ص 73.

25_علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر- الجزائر 2010، ص 73.

26_شوقي بناسي، مرجع سابق 397.

27_محمد بودالي، مرجع سابق، 73.

28_شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 397.

29_إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص.65

30_حسن عبد الباسط الجميعي، مرجع سابق، ص .102

31_عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص .311

32_رباحي أحمد، مرجع سابق، ص310.

33_ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص44.

34_محمد بودالي، مرجع سابق، ص112.

35_ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان و عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص 71.