الشروط العامة في العقود: مصدر للقانون

The General Conditions Of The Contracts :Sources Of Law

عمروش فوزية[1] ،أستاذة محاضرة ب

[1]كلية الحقوق جامعة الجزائر 1(الجزائر) f.amrouche@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/10/09. تاريخ القبول:2010/011/04. تاريخ النشر : نوفمبر 2021.

الملخص:

كان العقد ينظّم علاقات فردية محضة وينشئ قواعدًا تطبق على أطرافه الذين يقرّرون بموجبه أشكال وحدود تعهّداتهم المتبادلة انطلاقا من مبدأ الحرية العقدية والمساواة، فينشؤون إطارا رسميا وموحّدا يتمّ فيه التبادل غير أن التطور أدى إلى تزايد العقود التي تمارس من طرف المحترفين الذين يملكون كل المعلومات الخاصة بشأن إبرامها وتنفيذها ومن أجل تحقيق للمساواة بين مختلف المتعاقدين معهم وربحا للوقت والمال أصبح هؤلاء يقومون بتحرير الشروط التفصيلية للعقود المبرمة والتي تسمّى الشروط العامة للتعاقد وتقديمها لزبائنهم دون إمكانية مناقشتها. أصبحت الشروط العامة للتعاقد مع التطور منظّمة قانونا بل وإجبارية أيضا يفرضها القانون على كل المحترفين، باعتبارها وسيلة مهمة لتنظيم العلاقات والتعاملات المختلفة في بعض النشاطات كما هو الشأن في الشركات أو الجمعيات وعلاقات العمل، فلم تعد الدولة أو السلطة العامة الجهة الوحيدة التي تعمل على تنظيم المعاملات داخل المجتمع بل يشاركها في ذلك الأفراد بموجب العقد.

الكلمات المفتاحية: الشروط العامة، مستهلك، متدخل، عقد الاذعان، عقد نموذجي، مصادر القانون.

Abstract:

The contract governs purely individual relations and lays down the rules applicable to the parties who determine the forms and limits of their reciprocal commitments on the basis of the principle of contractual freedom and equality, thus establishing a formal and unified framework for exchanges. However, the evolution has led to an increase in the number of contracts performed by professionals who, in order to achieve equality between their various contractors, have established the detailed terms of the contracts concluded, known as the general conditions of the contract, and have submitted them to their customers without any possibility of discussion. The general conditions of the contract with evolution have become legal and even mandatory for all professionals, as they are an important means of organizing relationships and transactions in certain activities, as in the case of societies, associations or in labour relations. It is no longer only the state or public authority that regulates transactions within society, but individuals participate under the contract.

Key Words: the general conditions, consumer, stakeholder, adhesion contract, standard contract, sources of law.

المؤلف المرسل: عمروش فوزية ، الإيميل المهني f.amrouche@univ-alger.dz

مقدمة:

كان العقد منذ القدم الوسيلة الأمثل لتنظيم العلاقات الخاصة أمّا القانون فلم يكن يهتم بتنظيم هذه العلاقات تاركا إيّاها للأطراف، فقد كان المشرع يهتم فقط بتنظيم العلاقات أو المصالح العامة تحقيقا للعدالة. لكن مع التطوّر الذي عرفته المجتمعات في جميع الميادين خاصة الاقتصادية حيث اختل التوازن بين أطراف العلاقة العقدية بظهور الطرف القوي أو المحترفين، أصبح المشرع يهتم بتنظيم هذه العلاقات الخاصة حماية للفئات الضعيفة وضمانا لتحقيق المصلحة العامة وحفظا للنظام العام، فظهرت الدولة الحامية التي أصبحت تلعب دورا مهمّا في تنظيم العلاقات الخاصة من خلال تنظيم العقود الخاصة ووضع العقود النموذجية، وأصبحت إرادة الدولة من خلال المشرع تتدخّل في العقد وتشارك إرادة الأطراف في تكوينه وتحديد مضمونه بتحديد التزامات الأطراف خاصة الطرف القوي في العلاقة، من أجل إعادة التوازن الذي اختلّ بين الطرفين بفعل التطوّر حماية للطرف الضعيف وحماية للمصلحة العامة أيضا، فلم يعد العقد شأنا فرديا بل يهمّ المجتمع ككل[1]. وأصبح أهم أدوات النشاط الاقتصادي، كونه الوسيلة المثلى للتبادل في ظل اقتصاد السوق الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، ما أدى تدخل المشرع من خلال تحديد مضمون العقد[2]، وفرض البنود النموذجية في بعض العقود كعقد التأمين، وفرض الشروط العامة للتعاقد وجعلها إجبارية، وهو أدّى إلى جعل العقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة والمساواة لحماية النظام العام، وذلك من خلال منع سيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف، إذ أصبح العقد يهدف إلى تحقيق نفس الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها وهي حماية المصلحة العامة.

إن التطور جعل العقود المختلفة من بيوع وغيرها تمارس من طرف المحترفين الذين يملكون كل المعلومات الخاصة بشأن إبرام العقود وتنفيذها وبالنظر إلى العدد الكبير لهذه العقود وربحا للوقت والمال وتحقيقا للمساواة بين مختلف المتعاقدين معهم قام هؤلاء بتحرير الشروط التفصيلية للعقود التي تسمّى الشروط العامة للبيع أو التأمين أو الشروط العامة للاستعمال وتقديمها لزبائنهم. في البداية كانت هذه الشروط من اختيار المحترفين، ومع مرور الوقت أصبحت منظّمة قانونا بل وإجبارية أيضا يفرضها القانون على كل المحترفين[3]، إذ أصبحت وسيلة ذات أهميّة كبيرة لتنظيم العلاقات والتعاملات المختلفة بين أطراف العقد. وبالنظر إلى ما سبق ذكره فإنّ الدولة أو السلطة العامة لم تعد الجهة الوحيدة التي تعمل على تنظيم المعاملات داخل المجتمع بل يشاركها في ذلك الأفراد عن طريق مبادلاتهم وتعاملاتهم التي تتمّ بموجب العقد[4]. فبعد أن كان العقد ينظّم علاقات فردية محضة وينشئ قواعدًا تطبق على أطرافه الذين يقرّرون بموجبه أشكال وحدود تعهّداتهم المتبادلة انطلاقا من مبدأ الحرية العقدية والمساواة، فينشؤون إطارا رسميا وموحّدا يتمّ فيه التبادل، أصبح العقد بفعل التطوّر الوسيلة أو الدعامة الأساسية لتنظيم بعض النشاطات كما هو الشأن في الشركات أو الجمعيات وعلاقات العمل[5]بل والطريقة الوحيدة لمواكبة التطوّر الحاصل في بعض المجالات، التي لا يستطيع القانون مواكبتها كما هو الشأن في الاتّصالات الإلكترونية عن طريق الأنـــترنت أو التجارة الإلكترونية[6]، وعليه ألا يمـــكن اعتبار هذه الشروط الـعامة مصدرا من

مصادر القانون في هذه الحالة؟

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فهو قانون طرفيه أو أطرافه وهو مصدر التزاماتهم[7]، هذا ما يجعل الشروط العامة التي يتضمّنها قواعدًا اتّفاقية **(أولا)**، غير أنّ هذه الشروط التي توضع من أحد أطراف العقد وهو الطرف القوي فيه أصبح يُنظر إليها على أنّها قواعد قانونية **(ثانيا)** خاصة في ظلّ تزايد التبادلات داخليا ودوليا.

أوّلا- الشروط العامة في العقود: قواعد اتّفاقية

إنّ الشروط العامة في العقود تؤطّر العلاقة العقدية وتحدّد حقوق وواجبات الأطراف، كما قد تعطي الحلول الممكنة للنزاعات التي قد تحدث مستقبلا بينهم، وهي بذلك تعتبر قواعد اتفاقية أو قانون اتّفاقي ينظّم مصالح هؤلاء، وللوصول إلى مدلول هذه الشروط يقتضي تحديد مجالها **(1)** ومصدرها **(2)** ومميّزاتها **(3)**.

1- مجال الشروط العامة في العقود

ظهرت الشروط العامة في العقود بفعل تزايد اللجوء إلى عقود الإذعان التي أصبحت الوسيلة الوحيدة لتنظيم المعاملات في ظلّ هذا التطوّر، الذي أصبحت فيه العلاقات غير متوازنة بظهور فئة المحترفين أو الطرف القوي المحتكر للسلع والخدمات، وهذه العلاقات مجالها النشاطات التجارية التي يحكمها قانون الممارسات التجارية[8] وليس العلاقات التي يحكمها القانون المدني. وقد نصّت المادّة الأولى من قانون الممارسات التجارية أنّ هذا الأخير يطبّق بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم أو بين هؤلاء والمستهلكين وهو ما نصّت عليه أيضا المادّة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[9]، وبما أنّ ظهور العقود الخاصة كان بفعل تطوّر عقود الإذعان ستناول هذا الأخير **(1.1)**، علما أنّ الشروط العامة قد يكون مجالها العقود النموذجية أيضا **(1.2)**.

1.1- عقد الإذعان

لم يعرّف المشرع في القانون المدني عقد الإذعان واكتفى بوصف الإذعان، وعلى كيفية حصول القبول في هذا العقد[10] في المادّة 70 منه " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها المناقشة" فالنصّ اعتبر الإذعان مجرّد صورة من صور القبول بالعقد، أمّا في نص المادّة 3-4 من القانون رقم 04-02 فقد عرّف العقد على أنّه" 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 أي تغير حقيقي فيه"، وهو نفس مفهوم العقد الذي أخذ به القانون رقم 18-05 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية[11]. إنّ إذعان الطرف الآخر للعقد يكون بقبوله للشروط التي وضعها الموجب أو المحترف دون إمكانية مناقشتها. وعُرّف عقد الإذعان أيضا بأنّه "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها المناقشة وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون فيها المناقشة محدودة النطاق"[12]. وعرّف أيضا بأنّه "عقد يملي فيه

المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شرط أو قيد، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، في فرض شروطه ولا تقبل قبل مناقشتها[13]، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي.

يتّضح من كل هذه التعاريف أنّها ذهبت إلى فكرة أنّ هذا العقد هو عقد يتحدّد شروطه مسبقا من طرف المتعاقد القوي ويوجّهها إلى المستهلك الذي لا يمكنه سوى قبولها كما هي أو رفضها كما هي، دون أيّ مناقشة وإن قبِلها فيكون مضطرّا لذلك نظرا لحاجته للخدمة أو السلعة[14]. وعليه فإنّه بالنظر إلى مميّزات الشروط العامة للتعاقد السابق ذكرها يتّضح أنّ هذه الأخيرة تنطبق مع فكرة عقود الإذعان.

1.2- العقد النموذجي

قد تكون الشروط العامة ضمن العقود النموذجية[15]والتي تُعدّفي الغالب مصدرا لعقد الإذعان، والعقد النموذجي عبارة عن نموذج (un modèle) أو مرجعا يعتمد عليه للعقد، وغالبا ما تضع أو تحدّد مضمونه السلطة العامة أو الجمعيات المهنية التي كُلِّفت بذلك من طرف السلطة العامة (عقود التأمين مثلا)، وما يكون للأطراف سوى ملء الفراغات دون أيّ تفاوض، أو مع تفاوض محدود كإمكانية التفاوض بشأن الثمن مثلا، وقد انتشرت هذه العقود في مجالات مختلفة خاصة في التجارة الدولية[16].

إنّ الشروط العامة المدرجة في مثل هذه العقود تتضمّن المسائل التفصيلية المتعلّقة بالعملية العقدية (كيفيات التسليم وكيفيات الدفع وآجاله، الضمان ومدّته، المسؤولية)، وتمتاز هذه العقود (إذعان أو نموذجية) أنّها تتضمّن شروطا عامة ومجرّدة معدّة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين أو من قبل الغير وما على الطرف المذعن سوى الانضمام إليها[17]دون تفاوض، وهي إيجاب موجّه لعدد غير محدود من الأشخاص، فهي بذلك عبارة عن تنظيم خاص règlement privée للعلاقات بين المتعاقدين، أو هي شريعة المتعاقدين حسب تعبير القانون المدني[18]،فهل اعتبارها كذلك يجعل منها مصدرا خاصة للقواعد القانونية؟

2- نطاق الشروط العامة في العقود

مصدر الشروط العامة هو أحد أطراف العقد الذي يقوم بتحريرها مسبقا قبل إبرامه، وقد تَرِدُ هذه الشروط في الوثيقة المكوّنة للعقد سواء كان مكوّناً من ورقة واحدة أو عدّة أوراق وقّع عليها المتعاقدان، وقد تَرِدُ في وثائق العقد الأخرى كالكُتَيِّبات الدعائية أو الإعلانات أو الملصقات أو ملاحق العقود أو غير ذلك، فتعتبر إيجابا، وإن كان كل إيجاب لا يعتبر حتما شروطا عامة. تتميز الشروط العامة عن الإيجاب في القانون المدني في كون هذا الأخير يكفي فيه أن يتضمن المسائل الرئيسية دون المسائل التفضيلية العقد حسب ما يتضح من نص المادة 65 مدني، أما الشروط العامة وإن كانت تتضمن نفس عناصر الإيجاب المطلوبة إلا أنه بالإضافة إلى المسائل الرئيسية فيحب أن تتضمن المسائل التفصيلية للعقد أيضا وذلك تحت طائلة البطلان[19]، والموجب في الشروط العامة قد يكون المهنيون في حدّ ذاتهم وهذا الغالب،

حيث يمنحهم القانون سلطة تحرير هذه الشروط، كما قد يكون السلطة العامة وذلك إمّا بصفة انفرادية أو بالتعاون مع المهنيين **(2.1)**. أمّا القابل أو الأشخاص الموجّهة إليهم فقد يكون المستهلك، كما قد يكون الأعوان الاقتصاديون **(2.2)**.

2.1- الموجب

قد يكون الموجب المهنيون –العون الاقتصادي، المتدخّل– **(2.1.1)**، وقد يكون السلطة العامة **(2.1.2)**.

2.1.1- المهنيون

تحدّد الشروط العامة للبيع مضمون العقد قبل انعقاده، وتظهر في شكل بنود يُحرّرها العون الاقتصادي، وهو ما يدلّ عليه تعريف العقد المذكور في نص المادة 3 – 4 من قانون الممارسات التجارية، فالعون الاقتصادي يحرّر هذه الشروط باعتباره الطرف القوي في العقد، أو الشخص المحتكر للسلعة أو الخدمة وذلك تحت ضرورة احترام القانون، الذي يشترط فيها–الشروط– أن تتضمّن مجموعة من البيانات الإجبارية، وكذا بعض البيانات الأخرى (المقترحة) التي قد توضع قصد جذب انتباه المستهلك وجعله يتعاقد ربحا للوقت وتجسيدا للمساواة في التعامل مع مختلف الزبائن[20]. والعون الاقتصادي حسب المادة 3 من قانون 04-02 فهو "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، وهو أيضا المتدخّل الذي عرفته المادة 3 من القانون رقم 09-03، وهو "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل (يساهم) في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، كالمنتج، المستورد والمُخَزِّن، الناقل والموزّع، والعون الاقتصادي[21]. والمتدخّل هو أيضا المورّد الإلكتروني في إطار التجارة الإلكترونية الذي عرفته المادّة 6 من القانون رقم 18-05 فقرة 4 " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

تعتبر هذه الشروط ضرورية لأيّ عون اقتصادي يمارس نشاط بيع السلع أو تسويق الخدمات[22]، فهي تشكّل القاعدة الأساسية للعلاقات التجارية بينه وبين والمستهلك أو المشتري سواء كان هذا الأخير محترفا أم لا (مستهلك أو عون اقتصادي آخر)[23]، وهي تختلف باختلاف محل البيع أو الخدمة، وتعتبر غالبا خلاصة التجارب والعادات والأعراف المهنية للتجار وقت تحريرها.

يختلف المهنيون أو الأعوان الاقتصاديون باختلاف النشاط، ففي مجال التأمين أو البنوك مثلا قد يقصد بهم الأشخاص الطبيعية التي تمارس نشاط التأمين أو البنوك أو الأشخاص المعنوية شركات التأمين أو البنوك أو ممثّليهم (الجمعيات المهنية). وقد يكون هؤلاء المهنيون على المستوى المحلي كما قد يكونون على المستوى الدولي، كما هو الأمر مثلا بخصوص العقود المتعلّقة بالتجارة الإلكترونية التي تحدّد فيها الشروط العامة من طرف المنظّمات المهنية. إنّ العقود التي يُحرّرها هؤلاء المهنيون تتضمّن المعلومات الكاملة حول العملية العقدية، ويعدّ ذلك ضمانة لتلبية رغبات زبائنهم من مستهلكين وأعوان

اقتصادين، من خلال إعلامهم بكل هذه المعلومات التي تسهّل عليهم التعاقد. هذه الشروط المعدّة مسبقا تتميّز بكونها تتضمّن قواعد عامة ملزمة ومجرّدة، كما أنّها قواعد تتضمّن قواعد تفسيرية وأخرى مكمّلة، وتطبيقها يكون عند الاتّفاق عليها صراحة، وأيضا مالم يوجد اتّفاق صريح على خلافها. ذلك أنّ واضع هذه الشروط (الأعوان الاقتصاديون- المنظّمات المهنية) لا تملك سلطة الرّدع، وما تحرّره من شروط عامة للتعاقد في هذا المجال عبارة عن صيغ عامة للعقود، وقد تكون عقودا نموذجية تشكل مرجعا يعتمد عليه ووسيلة لتطوير الشروط العامة للتعاقد، خاصة في المعاملات الدولية[24].

2.1.2-السلطة العامة

يُقصد بمصطلح السلطة العامة في هذا المجال الدولة بجميع مؤسّساتها، تتدخّل السلطة العامة ليس فقط لمحاربة الشروط التعسّفية وإقامة التوازن العقدي بين الطرفين غير المتساويين، وإنّما تتدخّل أيضا من خلال وضع شروط العقد مسبقا، بوضع أحكام آمرة يخضع لها كلّ من العون الاقتصادي والمستهلك، ويكون ذلك إمّا بصفة انفرادية أو عن طريق التفاوض مع المهنيين أو الأعوان الاقتصاديين الذي ينتهي إلى اتّفاق جماعي[25]. تتميّز الشروط العامة في هذه الحالة بتدخّل طرف آخر غير أطراف العقد في وضعها يتمثّل في السلطة العامة.

إنّ تحديد مضمون العقد مسبقا من طرف السلطة العامة يجعل من العقد في الغالب عقدا نموذجيا، ينشر بموجب مرسوم وهو ما نجده مثلا في الشروط العامة لمورّدي الكهرباء والغاز والماء أو البريد والموصلات مثلا، فهي شروط تمّ وضعها تطبيقا للنصوص التشريعية والتنظيمية، وتطبيقا للشروط المحدّدة من قبل المؤسّسات المسيّرة للخدمات المذكورة، وهي شروط مفروضة على الأطراف عن طريق الإحالة إلى النصوص القانونية ويمكن الاطّلاع عليها بسهولة.

2.2- القابل

يصدر الإيجاب إلى الكافّة وبشروط واحدة على نحو مستمرّ ودائم، والقابل أو الأشخاص الموجّهة إليهم هذه الشروط لا يملكون تعديل أيّ شرط منها وإنّما يقبل بها دون مناقشة أي يذعن لها، فشخصية القابل المذعن ليست محلّ اعتبار، كون الإيجاب الصادر لا يوجّه لشخص معيّن بذاته وإنّما بصفته كمستهلك، أو عون اقتصادي آخر.

القابل إذن في إطار الشروط العامة قد يكون المستهلك، وقد عالجت التشريعات تنظيم وتدعيم حماية المستهلك فيما يبرمه من عقود استهلاكية بوصفه الطرف الضعيف فيها، وقد عرّفه المشرع في المادة 2 من قانون الممارسات التجارية بأنّه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"، كما عرّفته المادة 3 من القانون رقم 09-03""كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به". كما يعدّ مستهلكا كذلك كلّ تاجر أو مهني يقتني السلعة أو الخدمة لاستهلاكه الشخصي[26]. والمستهلك باعتباره قابلا فإنّ قبوله لا

يصدر بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادة في العقود الأخرى، بل هو في مركزه كطرف ضعيف لا يملك إلاّ أن يأخذ أو يترك لما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه فهو مضطرّ إلى الاذعان والقبول.

كما قد يكون القابل عونا اقتصاديا آخر – شخصا معنويا يقتني سلعا أو خدمات لحاجاته الخاصة–، وهذا ما يتّضح من نص المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية التي ذكرت أنّ هذا القانون يُطبّق أيضا في العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، وأكّدته أيضا المادة 9 من ذات القانون "*يجب أن تتضمن شروط البيع إجباريا في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كيفيات الدفع وعند الاقتضاء الحسوم والتخفيضات والمسترجعات*"، فيتّضح أنّ الشروط العامة للبيع هي موجّهة أيضا من عون اقتصادي آخر. وأكّدت ذلك أيضا المادة 4 من قانون الممارسات التجارية إذ نصّت "*يتولى البائع وجوبا بإعلام الزبائن بأسعاره وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع*"، وألزمت المادة 8 من نفس القانون البائع "*.... قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة*".

يتّضح من خلال هذه المواد أنّ الشروط العامة للبيع تدخل في إطار التزام العون الاقتصادي أو المتدخّل بالإعلام، والمعلوم أنّ هذا الأخير هو التزام قانوني يترتّب على مخالفته جزاءات ذكرها القانون. وينطبق على الالتزام بالإعلام في هذا الإطار ما ينطبق على المعلومات التي يجب إعطاؤها للمستهلك بصفة عامة بأن تكون المعلومات مقروءة ومفهومة بحيث تنير رضاه، وهو ما تؤكّده المادة 12 من القانون رقم 18 –05 حيث تمر طلبية المنتوج أو الخدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية أهمها:

–وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني بحيث تمكنه من التعاقد بعلم ودراية تامة".

3– مميّزات الشروط العامة للتعاقد

تتميّز الشروط العامة أنّها شروط محرّرة مسبقا من طرف العون الاقتصادي فلا مجال للتفاوض بشأنها **(3.1)**، كما أنّها أصبحت إجبارية في بعض النشاطات كما هو الشأن في عقود التجارة الإلكترونية **(3.2)**.

3.1– شروط مُحرّرة مسبقا

ظهرت الشروط العامة نتيجة التطوّر الذي عرفه اقتصاد السوق الذي يقتضي سرعة المعاملات، فالتطور المتزايد للحياة الاقتصادية أدى إلى التفاوت في المراكز الاقتصادية، وأصبحت العقود تُبرم من طرف المحترفين الذين ينفردون بوضع شروط العقد التي لا تقبل المناقشة من المستهلك. إنّ العقد في هذا الإطار غالبا ما يبرم "على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل استلام أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا" حسب ما تؤكّده المادة 3 فقرة 4 قانون 04–02. وكون العقد يبرم وفق الأشكال المذكورة في

هذه المادة فإنّه يجب أن يكون مطابقا لخصوصيات ومراجع شروط البيع العامة المحدّدة سلفا.

الشروط العامة للبيع عبارة عن مجموعة من الاشتراطات المحدّدة سلفا من قبل هؤلاء المحترفين أو المهنيين، التي سيتمّ العمل بها مستقبلا في كلّ العقود التي ستُبرم من طرفهم، وقد تكون عبارة عن وثيقة خاصة تلحق بالعقد ذاته، وتُقدَّم للمستهلك أو الزبون في شكل مطبوعة أو مطويات أو تكون جزءًا من الوثائق التعاقدية، وهي تحرّر مسبقا أي قبل إبرام العقد من أحد أطرافه وهو العون الاقتصادي، وبغضّ النظر عن مداها أو طريقة كتابتها أو سندها (ورقي، إلكتروني) لا يكون للمتعاقد معه إمكانية التفاوض بشأنها. وعليه لا تُعدّ شروطا عامة للبيع تلك الشروط التعاقدية التي كانت محلّ تفاوض بين أطراف العقد[27]، كما قد تكون هذه الشروط العامة في إطار العقود النموذجية[28] التي يكون فيها للزبون ملء الفراغات فقط وهو ما نجده مثلا في إطار العقود الإلكترونية.

3.2-شروط إجبارية

أصبحت الشروط العامة للبيع في ظل التطوّر ضرورية كما سبق ذكره بالنسبة للأعوان الاقتصادين، فهي تساهم في ربح الوقت والمال ووسيلة لجذب المستهلك، وقد كانت في بداية الأمر من اختيار المحترفين حماية لمصالحهم، غير أنّه ونظرا لأهميّتها فقد جعلها المشرع إجبارية ألزم بها البائع أو العون الاقتصادي في إطار الالتزام بإعلام المستهلك بشروط البيع، فقد نصّت المادة 4 من القانون رقم 04-02 "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع"، ونصّت المادة 8 منه يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلّقة بمميّزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس...."، وهو ما يستفاد أيضا من نص المادة 9 من نفس القانون[29]، وعاقب على مخالفة الالتزام بالإعلام بشروط البيع طبقا للمادة 32 منه [30]. ولقد حدّدت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 العناصر الأساسية التي يجب إدراجها في العقد المبرم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وتتمثّل في " العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أ والخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع". ألزمت المادة 4 من نفس المرسوم العون الاقتصادي إعلام المستهلك بها وحدّدت المادة 5 الشروط التي تعتبر تعسفية.

إذا كان قانون الممارسات التجارية جعل هذه الشروط من ضمن المعلومات الإجبارية التي يتعيّن إعلام المستهلك بها من طرف العون الاقتصادي حماية له، وتدخل ضمن شفافية الممارسات التجارية، فإن القانون رقم 18-05 جعل هذه الشروط ضمن المتطلّبات المتعلّقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني وجعلها إجبارية في حدّ ذاتها، وهو ما يتّضح من نص المادة 11 و12 منه، إذ نصّت المادة 11" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل..... الشروط العامة للبيع،...."، ونصّت المادة 12 " تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: - وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني،

بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،....."، وعاقب القانون مخالفة المنصوص عليها في المادّتين بموجب المادة 39 منه[31].

ثانيا- الشروط العامة للتعاقد: قواعد قانونية

سبق الذكر بأنّ عقود الإذعان أو العقود النموذجية التي تتضمّن الشروط العامة للتعاقد تعتبر تنظيما خاصا، فهي تتضمّن قواعد عامة ومجرّدة أي ليست ذات طابع فردي[32] وموجّهة لعدد كبير من الأشخاص قد يكون أكبر حتى من عدد الأشخاص الذين تخاطبهم بعض القوانين، كما أنّ لهذه العقود قوّة إلزامية معترف بها قانونا وقضاء، وكثيرا ما يعترف لمحرّري هذه العقود خاصة في بعض المجالات كالتجارة الإلكترونية أو الاتّصالات الإلكترونية بسلطة تنظيمية (pouvoir règlementaire)، حيث نجد حقوق الأطراف والتزاماتهم منظّمة بصفة تعاقدية أكثر منه بصفة تشريعية أو قانونية، بل أصبح ينظر إلى العقد ليس باعتباره مصدرا للالتزام فقط، بل ومصدر للقانون أيضا، فالتطوّر الحاصل في مختلف المجالات ساهم هو الآخر في تطوّر مصادر القانون الكلاسيكية، فلم تعد هذه الأخيرة من احتكار الدولة وحدها أي أصبح للقانون مصادر خاصة، أو ما يسمّى بخوصصة مصادر القانون، وما الاتفاقات الجماعية للعمل إلاّ دليلا على ذلك، حيث تعتبر قانونا حقيقيا لا يطبّق فقط على الذين كانوا أطرافا فيه يوم إبرامه بل على كل الذين سينضمّون إليه مستقبلا[33].

غير أنّ القبول بخوصصة مصادر القانون واعتبار العقد أو الشروط العامة للعقود مصدرا له عرف جدلا كبيرا بين رافض للفكرة تماما[34] **(1)** ومؤيّد لها **(2)**.

1-رفض الشروط العامة للتعاقد كمصدر للقانون

تتميّز القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص التي بدونها لا تعتبر كذلك، فالقاعدة القانونية هي قاعدة تنظّم سلوك الأفراد في المجتمع، وهي تتميّز بكونها عامة ومجرّدة، غير أنّ العقد يختلف عن القاعدة القانونية فهو لا يتضمّن الخصائص التي تتضمّنها القواعد القانونية فهو عكس هذه الأخيرة يتميّز بطابعه الفردي **(1.1)**، كما أنّ الشروط التي يتضمّنها يغيب فيها الإجبار أو القهر **(1.2)**، كما أنّ قواعده لا تتّسم بالديمومة فهي غير مستقرّة وبالتالي لا تحقّق الأمن القانوني **(1.3)**.

1.1- الطابع الفردي للشروط العامة

تُعرَّف القاعدة القانونية على أنّها قاعدة سلوك عامة ومجرّدة وملزمة، وأن جزاء مخالفتها توقعه السلطة العامة. توضع القاعدة القانونية بغضّ النظر عن الشخص الذي ستُطبَّق عليه أي دون تحديد لذاتية من تسري عليه، فهي تولد كي تسري على كل من تتوافر فيه شروط انطباقها من كافّة أفراد المجتمع. وهي قاعدة عامة من حيث المكان والأشخاص إذ أنّ الكل مطالب بالخضوع لها وبالتالي احترامها، ومن حيث المكان فتبعا لمبدأ سيادة الدولة فالقاعدة القانونية واجبة التطبيق داخل الحيّز الجغرافي الخاضع لسيادة الدولة. أمّا من حيث الزمان فتصدر لتُطبَّق في الحال والمستقبل وهي دائمة نسبيا إلى حين إلغائها. كما أنّها مجرّدة أي أنّها لا تخاطب أشخاصا بذواتهم فهي مجرّدة من الاعتبارات

الشخصية والذاتية[35].

إنّ خصائص القاعدة القانونية المذكورة سابقا لا تتوافر عليها الشروط العامة للعقد، إذ يُنظر لهذا الأخير دائما على أنّه مصدرا للالتزام، وبالتالي اعتباره مصدرا للقانون يرى فيه الكثيرين أنّه أمرا غير عادي أو خارج عن المألوف، لأنّه ذو طابع فردي أو خاص، يخصّ أطرافه المحدّدين فيه فقط كأصل[36]، فلذاتية مكانة كبيرة كونها تعبّر عن إرادة المتعاقدين. إنّ العقد تصرّف قانوني يرتّب آثارا قانونية بين طرفيه أو أطرافه المحدّدين فيه أو المذكورين فيه، وكونه موجّه لأشخاص معيّنين بذواتهم فلا يمكن أن تكون الشروط العامة الواردة فيه قواعد قانونية كونها قواعد غير عامة كما أنّها ذاتية وغير مجرّدة، وتسعى لتحقيق المصلحة الفردية عكس القواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة. هذا الطابع الخاص أو الفردي للعقد مقارنة بالقواعد القانونية كان هو العائق الأكبر أمام تقبُّل أن يكون للعقد مكانة ضمن مصادر القانون على أساس أن السلطة العامة لم تفوّض المتعاقدين سلطة التعبير عن سيادتها باسمها، ولم تخوّل لهم إمكانية خلق القواعد القانونية.

إضافة إلى كلّ هذا فإنّ الشروط التعاقدية يشترط فيها في جميع الأحوال أن يتمّ قبولها من الطرف الموجّهة إليه كي ترتّب آثارها القانونية، عكس القانون أو القاعدة القانونية التي تُحدث آثارها دون الحاجة للموافقة أو الرضا من طرف من وُجِّهت إليهم[37].

1.2-غياب الإجبار القانوني

تتّصف القاعدة القانونية بالتجريد كونها ملزمة، بمعنى أنّه يجب على الأفراد احترامها رغما عنهم حيث لا يمكن أن يترك هذا الاحترام رهين مشيئتهم، وبما أنّ الإلزام مصدره السلطة العامة التي تكفل احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها، فإنّ الجزاء لا غنى عنه في القاعدة القانونية، والدولة أو السلطة العامة هي الوحيدة المخوّلة بفرضه، ذلك أن سلطة الأمر والإكراه لا توجد إلا بيدها، والقانون لا يجد شروط وجوده إلاّ في إطار الدولة، حيث أنّه مجموعة القواعد التي يمارس بموجبها الردع داخل الدولة.

إنّ غياب الإجبار أو القهر في العلاقات التعاقدية كان هو الآخر حجّة أمام الرافضون لفكرة أن تكون الشروط العامة في العقود مصدرا للقانون[38]، فالأطراف المتعاقدة لا تملك وسائل خاصة لتوقيع التنفيذ الجبري للالتزامات المتعاقد بشأنها بنفسها بل تلجأ للوسائل المقرّرة من طرف السلطة العامة، وهو ما يمنع أن تكون الاشتراطات التعاقدية قانونا أو قواعد قانونية كتلك التي يكون مصدرها السلطة العامة، ذلك أنّ العقد مثله مثل الفعل الضار لا يعدو أن يكون مجرّد واقعة قانونية ومصدر قوته الإلزامية هو القانون[39]. ورغم اعتبار العقد أو الشروط العامة ملزمة فهي عكس القواعد القانونية تتميّز بضعف قوّتها الإلزامية، كون مصدر الإلزام هو سلطان الإرادة الذي اعترف له القانون أصلا بذلك عكس القواعد القانونية التي تعتبر ملزمة في حدّ ذاتها.

1.3-غياب الأمن القانوني

تتميّز القواعد القانونية بالاستقرار والديمومة نسبيا (إلى غاية إلغائها)، كما أنّ طرق إلغائها

وتعديلها يكون باللجوء إلى إجراءات معيّنة حدّدها القانون، وهي تعمل على تعزيز الأمن القانوني كونها تسعى لتحقيق الصالح العام، وكلّ هذا لا يتوافر في الشروط العامة في العقود التي تسعى عموما إلى حماية المصالح الخاصة لأطرافها وليس لحماية المصلحة العامة، فالشروط الموضوعة من أحد أطراف العقد وإن كانت موجّهة لعدد غير محدود من الجمهور لا أحد ينكر أن واضعها يهدف قبل كلّ شيء إلى حماية مصالحه الخاصة، وتدعيم هيمنته لمجال النشاط.

إنّ الشروط العامة للبيع تكون غالبا في إطار المنافسة، وبالتالي فإنّ واضعها يهدف إلى جذب الزبون قصد تحقيق الربح، وهو ما ينتج عنه تضارب المصالح هذا من جهة، كما أنّها من جهة أخرى قواعد غير مستقرّة كونها من صنع إرادة الأطراف التي يسهل تغييرها وتعديلها، وهي غالبا ما تكون غير واضحة وغامضة تغيب فيها الشفافية من مرحلة وضعها إلى تنفيذها، وقد تكون صعبة التطبيق. ضف إلى ذلك فهي قواعد لا تنشر –عكس القواعد التي يكون مصدرها السلطة العامة–. وهذا دون نسيان أنّ هذه القواعد تحتاج لقبولها من المستهلك أو من طرف وجّهت إليهم ما يجعلها قواعد هشّة تنهار بمجرّد رفض الانصياع لها. كما أنّها قواعد تقوم على أساس الثقة التي تبنى أو تقوم بين واضع هذه الشروط أي العون الاقتصادي والمستهلك وليس على أساس الردع أو الجزاء، وعلى هذا الأساس فإنّ هذه القواعد ستتواجد فقط بالنسبة لمن يحترمها من المنضمّين إليها وليس لكل من وجّهت إليهم، وهي أيضا تختلف من مجال لآخر ما يترتّب عنه عدم الاستقرار وبالتالي غياب الأمن القانوني الذي يعتبر الهدف الذي تسعى إليه دولة القانون[40]، ويتحقق هذا الأمن في القواعد التي يكون مصدرها السلطة العامة كونها تهدف لتحقيق الصالح العام، وليس بتعدّد المصادر وإدخال تلك القواعد التي يكون مصدرها الأفراد من خلال العقد، ذلك أنّ القواعد التي يكون مصدرها العقد تسعى لتحقيق المصالح الخاصة لواضعها، وكلّ هذه عناصر تساهم في عدم الأمن القانوني، لذا تمّ إنكار أن يكون للأفراد القدرة على إنشاء القواعد القانونية كتلك التي يكون مصدرها السطلة العامة.

2– قبول الشروط العامة في العقود كمصدر للقانون

إنّ التطوّر الذي عرفه المجال الاقتصادي وازدهار التعاملات التجارية زاد من مكانة العقد باعتباره الوسيلة المثلى للتبادل على المستوى الوطني والدولي وأدّى التطوّر السريع لهذه النشاطات من غير الإمكان تنظيمها كلّيا من طرف الدولة كما هو الأمر بالنسبة للاتصالات الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية، إذ أصبحت القوانين التي يكون مصدرها السطلة العامة أو الدولة غير قادرة على مواكبة هذا التطوّر وهو ما جعل البعض يقبل فكرة وجود قانون ذو مصدر تعاقدي أو اتفاقي، وعدم إنكار قدرة العقد على إنشاء القاعدة القانونية[41].

العقد شريعة المتعاقدين فهو قانون الأطراف المتعاقدة والقانون ذاته اعترف له بهذه الامكانية أي خلق هذه القواعد التي تلزم أطرافه، فالعقد يستمدّ ذلك من القانون ذاته. وعلى أساس ذلك يذهب الكثيرون لقبوله ضمن مصادر القانون فسبق الذكر أنّ الشروط العامة في العقود كالشروط العامة للبيع أو الشروط

العامة للاستعمال هي عقود إذعان وقد تكون في إطار العقود النموذجية وهي قواعد منظِّمة لعلاقات الأطراف تضع شروطا عامة ومجرّدة إذ اعترف لها القانون صراحة بأنّها قانون للأطراف فهي قادرة على إنشاء قواعد مشابهة للقواعد القانونية من جهة (**2.1**) كما أنّ الشروط العامة هي قواعد ملزمة أي أنّها لا تخلو من الجزاء (**2.2**) من جهة أخرى تعتبر الشروط العامة أو العقد الوسيلة المثلى لمواكبة التطوّر من خلال تحقيق السرعة والثقة في المعاملات وهذا ما يساهم في تحقيق الأمن القانوني (**2.3**).

2.1- الشروط العامة في العقود قواعد قانونية

نصّت المادة 106 قانون مدني " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وجاء في نص المادة 1134 مدني فرنسي "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها"، ويفيد ذلك أنّ العقد والشروط التي يتضمّنها تعتبر قانونًا يسري على الأطراف، وهذا ما يرى فيه البعض أنّ العقد مثله مثل القانون، إذ يمكن بموجبه للأطراف خلق قانونهم الخاص باتّفاق إرادتهم وبالتالي الاعتراف للعقد بأن يكون مصدرا للقاعدة التي تنظّم السلوك. وهذا ما دفع بالكثيرين إلى عدم إنكار أن يكون للعقد عموما والشروط العامة للتعاقد القدرة على إنشاء القواعد القانونية وإن كان أدنى مرتبة من القانون فإنّ هذا الأخير هو الذي يعترف للعقد بهذه الإمكانية –خلق القواعد القانونية–. ويعتبر الفقيه "هانز كلسن" من أشهر من أدخل العقد ضمن مصادر القانون حيث وضع ترتيبا للقواعد القانونية على شكل تدرج هرمي ترتب فيه هذه القواعد من الأدنى إلى الأعلى كما يلي: الأوامر الفردية، الأحكام القضائية، العقود، التشريع والدستور، فيكون بذلك القواعد التي مصدرها الأفراد في مرتبة وسطى بين السلطة العامة والحكم القضائي[42].

إنّ القانون هو الذي ينظّم علاقات الأفراد إذ يحدّد حقوقهم وواجباتهم ويحدّد حريّاتهم إلخ، لكن يمكن للأطراف أيضا تنظيم علاقاتهم (تحديد الحقوق والالتزامات وتحديد حرياتهم) بموجب العقد، فالإرادة الحرّة الواعية يمكنها خلق القواعد التي اعتبرتها المادة 106 مدني بمثابة قانون وهو قانون اتّفاقي[43].

إنّ الشروط العامة في العقد كالشروط العامة للبيع أو الشروط العامة للاستعمال تتضمّن تنظيم المسائل التفصيلية للعلاقة بين المتعاقدين بصفة دقيقة (كيفيات التسليم الدفع، الضمان، المسؤولية ...)، فلا تعتبر مجرّد أحكام اتّفاقية تطبق أو تتجدّد بمناسبة كلّ عقد بل هي قواعد تطبّق على كل العقود. وهو ما دفع ببعض القوانين للاعتراف صراحة للعقد بمكانته ضمن مصادر القانون وهو ما نجده على سبيل المثال في قانون التجارة العماني لسنة 1990[44]، حيث تنصّ المادة (4) منه على أنّه "**إذا لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم، أو كان الحكم في العقد باطلاً، سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون والقوانين الأخرى، على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص**" إذ جعل هذا النص العقد المصدر الأوّل للقانون التجاري. وقد أعطى المشرع الاماراتي للعقد أهمية كبيرة فهو يطبق في حالة عدم وجود نص آمر متقدما بذلك على مصادر القانون الأخرى، لأن المصالح التجارية غالبا ما تكون مصالح خاصة بأطرافها لذا فإنّ أفضل ما يحكمها هو الاتّفاق الخاص بينهما، فإذا لم يكن هناك نص تجاري آمر

تُطبَّق أحكام الاتّفاق الخاص بين المتعاقدين وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشرط عدم تعارضها مع قاعدة قانونية آمرة أو مع قواعد النظام العام والآداب العامة[45]

سبق الذكر أنّ إنكار أن يكون للعقد عموما إمكانية إنشاء أو خلق القواعد القانونية لكون له طابع خاص وذاتي، فآثاره تنصرف كأصل لأطرافه فهو يخلو من العمومية التي تتميّز بها القاعدة القانونية، كما أنّه يخصّ أشخاصا محدّدين فيه بذواتهم فقواعده تتميّز بالذاتية عكس القواعد القانونية التي تتّصف بأنّها قواعد مجرّدة.

غير أنّ الشروط العامة في البيع هي في الغالب عبارة عن عقود إذعان أو تكون في إطار العقود النموذجية تُحرّر دون إمكانية التفاوض بشأنها، وهي تتضمّن قواعد ذات طبيعة عامة ومجرّدة كونها تُطبَّق على عدد غير محدود من الأشخاص قد يفوق أحيانا عدد الأشخاص الذين تخاطبهم بعض القوانين[46]، وهي قواعد مجرّدة لا تخاطب هؤلاء الأشخاص بذواتهم بل بصفاتهم كمستعمل أو مستهلك كما تفعل القوانين أو القواعد القانونية، وهذا دليل على عموميتها وأنّها قواعد مجرّدة وإن كان يتوجّب قبولها فرديا من طرف الموجّهة إليهم[47] وهذا يعني أنّ العقد ليس مرادفا دائما للفردية فالشروط العامة للتعاقد تتميّز بالعمومية كما أنّها مجرّدة، إضافة إلى ذلك فإنّ القانون أحيانا لا يكون مجرّدا ولا عامّا، خاصة لمّا يخاطب شخصا معيّنا بذاته (كمراسيم التعيين مثلا)، وعلى أساس ذلك فلا يوجد ما يمنع أن تكون هذه الشروط العامة مصدرا للقانون وهو الملاحظ مثلا في إطار التجارة إلكترونية أو الاتّصالات الإلكترونية عن طريق الأنترنت مثلا.

2.2- الشروط العامة للتعاقد قواعد ملزمة

كون العقد شريعة المتعاقدين فهذا يعني أنّه ملزم لأطرافه وهو بذلك لا يخلو من الجزاء، صحيح أنّ إرادة الأطراف لا تملك فعلا وسائل التنفيذ الجبري لتنفيذ الالتزام، وأنّها تلجأ إلى الوسائل المقرّرة من طرف السلطة العامة إلاّ أنّها تبقى قواعدا ملزمة مثلها مثل القواعد التي تكون مصدرها السلطة العامة، وذلك بغضّ النظر عن طبيعة الجزاء المقرّر عقديا كان أو قانوني[48].

تجدر الإشارة إلى أنّ مجال هذه الشروط العامة كما سبق ذكره هي العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم أو فيما بين هؤلاء والمستهلكين، وهذا النوع من العلاقات قائم على الثقة فانعدامها بسبب مخالفة أحد الأطراف لالتزاماته خاصة بالنسبة للأعوان الاقتصادين قد يكون أكبر جزاء قد يتعرّضون له لأنّه قد يترتّب عنه المساس بسمعتهم وما يترتّب عنه من خسارة الزبائن أو المتعاملين، ممّا يؤثّر على نشاطه[49]، وفي مجالات معيّنة يمكن للأعوان الاقتصاديين توقيع الجزاء بأنفسهم على المستهلكين المخالفين للشروط العامة للتعاقد كما في حالة إلغاء الاشتراك (قطع الأنترنت مثلا، سقوط الضمان). إضافة إلى ذلك فإنّ هذه الشروط تعتبر قواعد ملزمة للأطراف وهي نافذة في مواجهة الغير، ويلتزم القاضي بتطبيقها عند النزاع.

2.3-الشروط العامة للتعاقد ضمانة لتحقيق الأمن القانوني

كان للتطوّر الصناعي والتكنولوجي الهائل دورا كبيرا في تطوّر صيغ العقود وتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثّهم على التعاقد دون مناقشة أو مفاوضة، وذلك ما ساهم في اتّساع نطاق التعاقد الذي دخل مجالات واسعة جدّا لم يكن يعرفها من قبل وفق شروط موحّدة عامة مجرّدة معدّة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين، وهذا التطوّر الذي يتميّز بالسرعة والتغيّر المستمرّين جعل مواكبة القانون له لأجل تنظيم المعاملات أمرا صعبا إن لم يكن مستحيلا. كلّ هذا أفرز نتيجة حتمية وهي انفراد أحد الطرفين بتحرير العقد دون إمكانية مناقشته من الطرف الآخر، فكان اللجوء إلى تشجيع التعامل بالنماذج العقدية هو الحلّ من خلال تنظيم الشروط العامة للتعاقد إذ أصبحت هذه الأخيرة الوسيلة المثلى لمواكبة هذا التطوّر السريعِ[50].

إن وجود صيغة جاهزة ومعدّة سابقا للعقود حول سلع وخدمات تتضمّن تفاصيل كثيرة يؤدّي إلى تقليل الإجراءات وتخفيض تكاليف التعاقد كما يقلّل الوقوع في الأخطاء وخاصة في الحالات ذات الطبيعة المعقّدة مثل عقود بيع واستخدام برامج الحاسوب أو العقود الإلكترونية، لأنّ المستهلك في هذا النوع من العقود طرف ضعيف من ناحية الكفاءة الفنّية والاقتصادية مقارنة بالمحترف شأنه شأن المستهلك في العقود التقليدية وهذا ما يحقّق السرعة والثقة في المعاملات التي تعتبر أساس التجارة، وكلّ هذا ضمانة لتحقيق الأمن القانوني[51].

كما يعتبر وجود شروط عامة للتعاقد موحّدة ضمانة لحماية المستهلك خاصة وأنّها أصبحت إجبارية وتدخل ضمن سياسة حماية المستهلك[52]، كما أنّها تقلّل من التفاوت الموجود بين المراكز القانونية للأطراف[53]، وتجسيدا للمساواة في التعامل مع مختلف الزبائن، وتساهم في محاربة الشروط التعسفية[54] في ظلّ تحديد المشرع لتلك الشروط التي تعتبر تعسفية ما يجعل الأعوان الاقتصاديين يتجنّبونها خشية الجزاء الذي قد يتعرضون له ممّا يعد بدوره ضمانة لتحقيق الأمن القانوني.

خاتمة:

إنّ قبول الشروط العامة في العقود أو العقد عموما كمصدر للقانون أصبح واقعا لا مفرّ منه في ظلّ تزايد أهميّة العقد في ظلّ نشاطات تتميّز بالسرعة في التطوّر والتغيّر، ولم يعد القانون الصادر عن السلطة العامة قادرا على مواكبتها كما هو الشأن في مجال الأنترنت مثلا والتعاملات المختلفة التي تتمّ عبرها. وبذلك يكون العقد كمصدر مكمّل للمصادر الكلاسيكية وليس منافسا لها، وإن كانت القواعد التي قد تنشأ عن العقد تتميّز عن تلك التي تنشأ عن السلطة العامة من حيث كونها مرنة فمن الناحية الواقعية والقانونية لا يوجد ما يمنع تقبّل العقد كمصدر للقواعد القانونية، علما أن هذا الأخير- العقد- قد وُجد أصلا قبل وجود الدولة بمفهومها المعاصر.

الهوامش:

1-خديجة فاضل، *عيمة العقد*، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016، ص7.

2- خديجة فاضل، الحرية العقدية وقانون السوق، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 36.

3- علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، 2018، ص 30.

4- Jacques Chevallier, Contractualisation et régulation ; Actes du colloque « La contractualisation de la production normative » à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille,11, 12 et 13 octobre 2007, Dalloz 2008، p .5.

5- Yann Heyraud, Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés، Contribution à l'étude des fonctions du droit international privé, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne 2017, p.63. « *La contractualisation des sources avec la montée en puissance des accords collectifs et plus largement du droit négocié ; et de manière plus Générale, la privatisation des sources, laissant une part croissante au droit spontané، aux sources privées ou mixtes ; ou encore le développement de la normalisation et celui de la procéduralisation du droit* » Catherine Thibierg, Sources du droit, sources de droit : une cartographiée, in Mélanges Philippe Jestaz، Dalloz, 2006، p. 529 s.

6 -*La mondialisation de l'économie produit une véritable subversion de la souveraineté juridique des États. Les marchés ont perdu en l'État leur grand horloger. L'État est trop petit pour appréhender le marché global. Il est condamné au suivisme juridique et doit adapter sa législation aux impératifs du marché global. Le mouvement a été accentué par l'apparition des "marchés immatériels", qu'il s'agisse du marché financier ou de l'Internet. Le marché immatériel se libère du support des territoires étatiques et donc des ordres juridiques étatiques ». É. LOQUIN، « Les sources du droit mondialisé »* Dr. et patrimoine 2001, n° 96, p. 78, cité par Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet, thèse. Université d'Aix-Marseille 2016, p.51.

7- يرفض الكثير من فقهاء القانون المدني اعتبار العقد مصدرا للقانون أنظر في ذلك:

Lionel Charbonnel, La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, these, Université d'Avignon,2010 p. 28.

8- قانون رقم 06-02 مؤرّخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر العدد 41.

9- مؤرّخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006 يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصادين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر العدد 56.

10- لعشب محفوظ بن حامد، *عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن*، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص28.

11 - نصت المادة 6-2 من هذا القانون المؤرخ في 2 شعبان علم 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، ج. ر العدد 28 " العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02..... *الذي يحدد القواعد المطبقة في الممارسات*

التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء إلى حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

12- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت 1974، ص 137.

13-علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر ،2013، الجزائر، ص 82.

14-" *قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقعه 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، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان"، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية 1964، القاهرة، ص244.*

15- "ينبغي عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقود الإذعان ، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان، لأنه لم يعد عقد الإذعان اليوم محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية ،وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق ويتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف ، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط ، وهو أن الطرف في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ، ولا يكون أمام الطرف الأخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها". أنظر خولة كاظم محمد راضي المعموري، الايجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة السادسة، جامعة بابل 2014، ص391.e6ce896d39952097/download/iasj/net.iasj.www://https

16- «*Sur le fond, les contrats types se rapprochent également des normes de règlementation telles les lois. Effectivement, à l'instar de ces dernières, ils sont très précis, ce qui rend leur contenu concret* ». Céline Rousset, Les sources professionnelles du droit bancaire et financier, these, Ecole de droit – Université Clermont Auvergne, 2016, p.160 et s.

17- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 104.

18- نصّت المادة 106 مدني" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

19- يشترط المشرع في الإيجاب الإلكتروني مثلا أن يتضمن كل جوانب العقد التفصيلية والرئيسية، أنظر قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المواد 13 تحت طائلة الإبطال.

20- علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 29.

21- المتدخل هو نفسه المهني (مصطلح وارد في قانون المنافسة) وهو أيضا العون الاقتصادي (مصطلح وارد في قانون الممارسات التجارية)، وهو أيضا المحترف (مصطلح أخذ به المشرع في المرسوم المتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات الملغى).

22- Article 111- 1 du Code de la consommation Français «Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service».
23-Sinan Al Shattnawi, Les conditions générales de vente dans les contrats électroniques en droit compare franco-jordanien، these,Université Reims Champagne-Ardenne2012, p. 86 et s.
24- Ibid.p.88.
25-Lionel Charbonnel, op. cit, p .92.
26- مؤرّخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير 2009، يتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر العدد 15. كما عُرّف أيضا المستهلك الإلكتروني في المادة 6 -3 من القانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنّه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".
راجع أيضا في تحديد مفهوم المستهلك، بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي2012، ص 22 وما بعدها
27- « Les conditions générales sont toutes les conditions qui sont formulées par avance pour une multitude de contrats et que l'une des parties au contrat, le stipulant, pose à l'autre partie lors de la conclusion d'un contrat. Il importe peu que les dispositions forment une partie spéciale extérieure au contrat, ou qu'elles soient intégrées dans le document contractuel lui-même. Peu importe leur etendue, le mode d'écriture, et la forme du contrat. Ne constituent pas des conditions générales، les conditions contractuelles négociées de façon précise entre les parties »، Dahmane Ben Abderrahmane، Le droit allemand des conditions générales des contrats dans la vente commerciale franco-allemande, Librairie générale de droit et de jurisprudence، 1985، p.37, cité par Sinan Al Shattnawi, op. cit. p.101.
28-علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 30.
29- نصت المادة 9" *يجب أن تتضمن شروط البيع* ***إجباريا*** *في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كيفيات الدفع وعند الاقتضاء الحسوم والتخفيضات والمسترجعات* ".
30-" يعد عدم الاعلام بشروط البيع، مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)"،
31- نصت المادة 39" يعاقب بغرامة من 50.000 دج على 500.000 دج كل مورد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون..."
32-محفوظ لعشبين حامد، المرجع السابق، ص104.
33- Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet, these, Université d'Aix-Marseille 2016, p 129.
34-« Beaucoup de théoriciens du droit ont postulé et persistent à postuler que ne saurait être une source du droit uniquement l'institution investie constitutionnellement du pouvoir d'énoncer des propositions juridiques valides. Par suite، seules seraient des

normes juridiques celles qui sont « "dites" selon les modalités définies par la doctrine des sources promue par le pouvoir politique ». Boris Barraud, Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit, Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2016-4، n° 164، p.13.

35- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر 2010، ص 63.

36 - Lionel Charbonnel, op. cit, p .46.

37 -. *« Le consentement dans le contrat et le consentement dans la loi diffèrent assez sensiblement. Dans le contrat, les consentements qui lient les parties interviennent au moment même de la formation du contrat. L'échange des consentements, élément indispensable et le plus souvent suffisant à la naissance du contrat intervient en un seul instant. …….. Dans la loi, l'intervention du consentement est beaucoup plus complexe. On peut sans doute admettre l'existence d'un consentement originaire des citoyens qui fonde le pacte social et justifie par avance toutes les normes adoptées par l'Etat : c'est la fameuse théorie du contrat social »*. Rémy Cabrillac, La réception de la loi : consentement ou adhésion ? Actes du colloque,La contractualisation de la production normative,11, 12 et 13 octobre 2007، op. cit. p.72.

38- « ce qui fait qu'une règle est règle de droit, c'est qu'elle est posée sous la menace d'une sanction, consistant dans la possibilité d'une contrainte. Pour qu'il y ait création de droit, il faut donc que celui qui crée la règle soit capable de faire lui-même executer, par des voies de contrainte, les dispositions qu'il y a adoptées ou tout au moins d'imprimer à celles-ci force exécutoire. En d'autres termes, la notion de création du droit suppose un acte de puissance publique ». R. Carré de Malberg, Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 90-91, cité par Boris Barraud, Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit,Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2016-4, n° 164, p.13.

«Le problème de la sanction est peut-être le point noir du droit d'origine privée et, par suite,le point noir du renouvellement des sources du droit dès lors qu'il s'opère par une émancipation de ce droit d'origine privée». Boris Barraud,Les sources du droit de la communication par internet,op. cit. p.206.

39 - «l'idée de création du droit par les particuliers se heurte à un obstacle qui provient de ce que ceux-ci sont impuissants aussi bien à procurer par leurs propres moyens l'exécution forcée de leurs actes ou conventions qu'à leur donner force exécutoire. […] Les règles engendrées entre eux par leurs stipulations contractuelles, comme celles nées de leurs actes individuels, ne sauraient donc être qualifiées règles de droit, comme celles créées par une loi de l'État » R. Carré de Malberg, Confrontation de la théorie de la formation du -droit par degrés » : cité par Boris Barraud,Les sources du droit de la communication par internet, op. cit. p.169.

40 - Ibid. p. 249 et s.

41- « La contractualisation de certains marches, le développement des contrats-organisation,des contrats d'adhésion et les effets de réseau induits par l'économie numérique donnent à cet égard une force normative à part entière au contrat, dans le même temps que se développent des normes juridiques objectives d'application directe

sur le contenu du contrat ». Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, these, Université Cote d'Azur 2018، p. 536.

42- « Dans la théorie pure, le contrat est analysé dans le titre V consacré à la dynamique du droit, que l'on réduit souvent à l'image d'une pyramide de normes. Le contrat occupe une place intermédiaire dans la hiérarchie des normes. En aval de la Constitution, des lois et règlements, de la juridiction il est situé en amont de l'administration……Le contrat est un acte juridique inférieure à la loi, du moins à ses dispositions impératives. Quel que soit la place du contrat par rapport à la loi, il faut surtout insister sur le fait que le contrat est conçu comme un acte juridique créateur de normes. A cet égard, le contrat n'est pas différent de la loi ou de la Constitution. Ce qui singularise le contrat selon Kelsen, c'est le rôle de la volonté dans sa formation. ». Rafael Encinas de Munagorri, Kelsen et la théorie générale du contrat، Actualité de Kelsen en France،2001,p.1. https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01651976/document.

عرفت نظرية كلسا نقدا كبيرا، وبخصوص اعتباره العقد من مصادر للقانون يرى منتقدوه" إن الأخذ بنظرية كلسن يعني اعتبار مصادر القاعدة القانونية والالتزامات واحدة والحاصل أنه لا يمكن ذلك فأحد مصادر الالتزام يتمثل في الفعل الضار وهو ما ال يمكن أن يكون مصدرا للقاعدة القانونية، كما أن الالتزام يفتقر إلى العمومية والتجريد كأهم خصائص تتميز بها القاعدة القانونية وهو ما أخطأ فيه كلسن حين وسع من دائرة القواعد القانونية إلى القواعد الفردية سواء كانت عقود، أحكام قضائية أو أوامر فردية". أنظر في ذلك عيشة بوزيدي، محاضرات في مقياس منهجية العلوم القانونية لطلبة السنة الثانية ليسانس، جامعة يحي فارس، المدية، السنة الجامعية 2020-2021، ص16.

43-وقد ذهب المشرع الفرنسي في هذا الإطار إلى الاعتراف بوجود قانون اتفاقي في نص المادة 1140-1 من القانون المدني.

art. 1140-1 : « Toutefois, lorsque la **loi contractuelle** a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre ».

44- مرسوم سلطاني رقم 55-90 يتضمّن قانون التجارة. الصادر في 11 يوليو سنه 1990،

45-قانون المعاملات التجارية الإماراتي المادة 2 " 1)يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري آمر.2) فاذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري.3)ولا يجوز تطبيق الاتفاقيات الخاصة أو قواعد العرف التجاري اذا تعارضت مع النظام العام أو الآداب."

46 -Lider Bal، Le mythe de la souveraineté en droit international، la souveraineté de l'Etat à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international, these, Université de Strasbourg2012, p. 612.

47 - Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet op. cit. p.172 .Rémy Cabrillac، La réception de la loi : consentement ou adhésion ? Actes du

colloque La contractualisation de la production normative 11, 12 et 13 octobre 2007, op. cit. p.72.

48- الجزاء الذي يكون مصدره العقد لا يمكنه أن يسلب المتعاقد الحرية أو يحرمه من الحقوق عكس الجزاء الذي مصدره السلطة العامة.

49- Voir, Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet op. cit. p.277.

50- Jacques Chevallier, op. cit. p. 8 et s.

51 - "Le développement des contrats types s'explique, en second lieu, par un besoin de sécurité à la fois individuelle et globale. En effet, entre les parties, ces contrats créés par des structures professionnelles permettent de réduire certains risques en évitant notamment des clauses incorrectes ou mal rédigées. Surtout, les contrats types, en particulier les conventions-cadres, ont vocation, en fait, à être conclus sur les marchés dits de gré à gré……. Ainsi, les conventions-cadres apportent une sécurité globale en palliant l'inexistence sur le marché de gré à gré de normes publiques » Céline Rousset، op. cit. p.162.

52- علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 30.

53- خديجة فاضل، عيممة العقد، ص 212.

54-"تجد هذه الحماية الخاصة للمذعن أساسها في أنه لا يجب أن يفسر عقد لم يكن للمستهلك فيه أي دور في صياغته ولا في التفاوض بشأنه في غير مصلحته، إذ من العدل أن يتحمل المهني المذعن له، عبء ما اقترفت يداه، باعتباره المتسبب فيما اكتنف العقد من غموض إثر انفراده بتحريره. ضف إلى ذلك أن المستهلك المذعن يفترض فيه المشرع الجزائري أنه هو الطرف الضعيف في العقد، دائنا كان أو مدينا وهو الذي تجدر حمايته دائما." إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص152.