

حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم

د. محمدي سليمان

استاذ محاضر ، كلية الحقوق ، بن عكنون

يرى البعض أن الاستهلاك هو إشباع لحاجات شخصية من مأكّل ومشرب وملبس بينما الاستهلاك يشمل أيضا أشياء أخرى ضرورية للشخص مثل المسكن، فتدمج عقود البيع والإيجار والقرض العقاري ضمن عقود الاستهلاك. ويعرف المستهلك بأنه الشخص الذي يتحصل أو يستعمل السلعة أو الخدمة أو الأموال لأغراض غير مهنية.

فعقود الاستهلاك عموما هي العقود التي يبرمها الشخص لإشباع حاجة شخصية، وفي المجال العقاري، هي العقود التي يبرمها الشخص لإشباع حاجته للسكن. فتعرف المادة 3 فقرة 1 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹ المستهلك على النحو التالي: "المستهلك: 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 تعرف الفقرة 17 من نفس المادة السلعة على النحو التالي: "السلعة: كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا."² ولا شك أن هذا المفهوم يشمل العقارات والمنقولات على حد السواء.

وتعرف المادة 3-1 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³ العون الاقتصادي بأنه: "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.

ولا شك أن المتعامل العقاري يندرج تحت هذا المفهوم إذ تنص المادة 3 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري⁴ على ما يلي : " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 2 السابقة متعاملا في الترقية العقارية.

ويعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا،....."

يلاحظ أن غالبية التشريعات الأجنبية أصبحت اليوم تحمي المستهلك من الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك ، وإن كان بعض الفقهاء قد اعترضوا على تعميم هذه الحماية خوفا من القضاء كلياً على مبدأ سلطان الإرادة.

كما يؤكد اليوم الفقه الغالب عندنا على التقييد بمبدأ سلطان الإرادة⁵ ، فإن كان العقد هو الذي يحدد نطاق التعاقد والتنظيم القانوني لا يمكنه أن يكون إلا مكملاً لإرادة المتعاقدين ولا مقيداً لها في ظل مبدأ حرية التعاقد ، ولكن هذا القول يقتضي أن تكون إرادات الأطراف متكافئة، فالواقع أن هناك سيطرة طرف على طرف آخر لما للطرف الأول من قدرة فنية أو اقتصادية أو قانونية أو تكنولوجية، فهناك خطر تعسف في مجال العقود وسيتفاقم ذلك نتيجة عدم المساواة بين الأطراف مما لا يصح معه إعمال مبدأ سلطان الإرادة، فلا يمكن ترك إرادة الطرف الأقوى تسيطر على العقد إذا لم تكن للطرف الآخر إرادة واعية مدركة لمضمون ومخاطر العقد، فيجب إدراك أن قانوننا تأثر بقانون نابوليون فلا وجود في القواعد العامة ما يحفظ التوازن العقدي إلا نادراً⁶.

والحقيقة أن النظرة الكلاسيكية هي التي تهدر مبدأ سلطان الإرادة عندما تقر القوة الإلزامية لشروط لم يكن أحد المتعاقدين أقرها أو وافق عليها و يعد القضاء على هذه الشروط التعسفية تطبيقاً لمبدأ حسن النية في العقد، إذ القول بترك الأفراد يتعاقدون وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يتم تحديد العدالة والتوازن العقدي داخل إطار العقد فالموجب المحترف يضع شروط للعقد لا تقبل المناقشة، فمثلاً في العقود النموذجية تكون موافقة الطرف الآخر الغير خبير شكلية⁷ ، لا تدل على قبول فعلي لعقد وتتضمن

شروط غامضة، فيجب أن تحدد جميع شروط العقد بوضوح ويستحسن إضافة نصوص تنظم تفسير القاضي لهذه العقود ، فالشرط الغامض أو القابل للتأويل يفسر لمصلحة المستهلك (دائنا كان أو مدنيا).

و إن كان المشرع يشرط في بعض العقود كالبيع على التصاميم أن تكون الشروط واضحة إلا أنه رغم ذلك ترك أسس تقدير الثمن للمتعاقدين إلى جانب تقدير التعويض في حالة التأخر عن التسليم.... الخ

ففي العصر الحديث توجد علاقات جديدة لا يمكن أن نحلها وفقا للنظرة الكلاسيكية لمبدأ سلطان الإرادة وعلى أساس القوة الإلزامية للعقد التي تتطلب اتفاق الطرفين، أما إذا كان ضغطا لمتعاقد على متعاقد آخر فنكون حتما أمام أحد عيوب الإرادة الجديدة. ويرجع عدم كفاية مبادئ القواعد العامة في إعادة التوازن العقدي إلى أنها قد وضعت في ظل المذهب الفردي أما الآن فالتطور المستمر يفرض علينا إعادة النظر في هذه المبادئ.

فالتكافؤ لم يعد قائما بين المستهلك والمحترف والأمر غير قاصر على عقود الإذعان التي تتطلب احتكار للسلعة أو خدمة، فقد نكون أمام تعدد المتعاملين ومع ذلك تدرج شروط تعسفية، إذ أن الشرط التعسفي هو شرط يحرره مسبقا الطرف صاحب نفوذ اقتصادي ويخوله ميزة دون أن تقابلها ميزة للطرف الآخر.

فالعقود النموذجية المطبوعة مسبقا أصبحت من سمات العصر، فهي عقود معدة مسبقا توفيراً للوقت والنفقات ولا يمكن المتعاقد إلا ملء الفراغ، وغالبا ما تعد هذه العقود من طرف خبراء فنيين أو قانونيين، مع الملاحظة أن هذه العقود قد لا يتوافر فيها إذعان إذ ما يميزها غالبا هو مناقشة الطرف المتعاقد لشروط العقد ولكن هذا من الناحية النظرية فقط ، فغالبا ما يمضي المتعاقد دون استيعاب للشروط الموجودة إذ ما يهمله في الأخير هو السلعة أو الخدمة.

ففي العقود النموذجية رضا المتعاقدين هو مجرد أمر خيالي فأصبحت الشروط المضمنة في العقود النموذجية بمثابة قواعد مكملة⁸.

وسأعرض في هذا الموضوع لتحديد إطار الشرط التعسفي (أولا) ثم إلى سلطة القاضي في تحديد أو تقدير وجود الشرط التعسفي في العقد (ثانيا)

أولا : تحديد إطار الشرط التعسفي

يتطلب الأمر تحديد نوع العقود التي تُراقب فيها الشروط التعسفية (1) فهل الأمر يقتصر على عقود الإذعان أم يمتد إلى عقود أخرى؟ كما أن العقود النموذجية التي جاءت بمراسيم تنفيذية تتطلب معالجة خاصة أيضا (2).

1 - تحديد الشرط التعسفي وفقا لنوع العقد

عرف المشرع العقد في المادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على أنه "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 هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

فاستعمال كلمة "إذعان" في تعريف العقد توحى أن الحماية مقصورة على العقود التي تتطلب احتكار الخدمة أو السلعة من جانب المشتري وقد تكون بعض العقود النموذجية هي وسيلة العصر الحديث لإبرام هذه العقود إذ توضع من طرف أصحاب الخبرة والمتخصصين في ذلك وهي لا تمكن المتعاقد الآخر من المناقشة ووضعت لربح الوقت ولعدم إمكانية إعداد عقد خاص بكل مستهلك وحسب الشروط التي يرضاها، فهي معدة مسبقا من طرف المتعاقد المحترف، لذا يجب حماية المستهلك من الشروط الواردة في العقود سواء كانت عقود إذعان أم لا.

ويجب أن تتوفر الحماية لمجرد أن أطراف العقد هما مستهلك ومحترف مع ضرورة اعتبار المتعامل العقاري محترف.

فإن اختلاف القدرة والخبرة لا الاحتكار هو الذي يفرض هذه الحماية، فقد لا يكون الاحتكار فعليا إذا وجدت منافسة في السوق، ولكن يجب توفير حماية للمستهلك بمجرد وجود اختلاف في القدرات الفنية والقانونية والاقتصادية في فترة معينة.

فإذا كان في عقد الإذعان في الماضي يتطلب احتكار السلعة أو الخدمة ، فقد أصبح اليوم للاحتكار مفهوم جديد فهو الذي يمكن أحد الأطراف من فرض شروطه دون مناقشة فعلية من المتعاقد الآخر و يشترط أيضا أن تكون السلعة ضرورية أي لا غنى للناس عنها فيضطر المستهلك إلى شرائها لتلبية حاجة خاصة ضرورية.⁹

فأمام تطور العقود يجب أن يتغير تعريف عقود الإذعان إذ أن تحرير العقد بصفة منفردة ستتضمن حتما بنود تخدم مصلحة محرر العقد ، وفي هذا الوضع وتجدر حماية الطرف الآخر من هذا الأمر، ويتطلب ذلك تغيير مفهوم الإذعان أو إدماج العقود النموذجية ضمن عقود الإذعان.¹⁰

يجب تقبل أن الاحتكار ليس شرط في حد ذاته بل هو قرينة على اقتصار القبول على مجرد التسليم بشروط التعاقد، فيجب تدخل المشرع لوضع حد لاختلال التوازن. ففي البيع على التصاميم مثلا فوجود المشتري أمام أزمة السكن يجعله في وضع ضعيف يسمح للبائع بفرض شروط التعاقد.

ويعترف الفقه اليوم باختلال التوازن العقدي بالنسبة لهذه العقود التي لم يعد يستوعبها المفهوم السائد لعقود الإذعان ولا الحماية القانونية المقررة في القواعد العامة. إن تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 3 فقرة 5 من القانون 04 لأ 02 المتعلق بالممارسات التجارية التي تنص على ما يلي: ' شرط تعسفي :كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد. "

يستخلص من هذا النص أن الحماية تشمل جميع العقود التي لم تكن محلا للمفاوضات الفردية بل وتذهب اليوم لتشريعات دول مختلفة منها القانون الفرنسي والانجليزي¹¹ إلى أن الحماية تشمل جميع العقود التي تبرم بين المهنيين والمستهلكين طالما هناك اختلال ظاهر في التوازن بين الحقوق و الواجبات و هذا ما انتهجه مشرعنا ويستخلص ذلك من تعريفه للشرط التعسفي السابق بيانه بل فإن النص الفرنسي لهذه المادة استعمل كلمة adhere وهي تعني الموافقة على العقد دون نقاش ، مع الملاحظة بأنه زيادة على هذا

فبعض العقود تعتبر مختلطة إذ توجد عقود نموذجية محررة مسبقا لا يناقشها المتعاقد الآخر ولكنها تستكمل باشتراطات عقدية إذ تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 94 لأ 58 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم¹² على ما يلي : " يمكن ان يستكمل نموذج العقد المذكور في المادة الأولى أعلاه بينود أخرى تعتبرها الأطراف المتعاقدة مفيدة، شريطة ألا تخالف تلك البنود الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، السارية على المعاملات التجارية العقارية . "

فإذا تمت مناقشة بنود معينة في العقد ولم تناقش بنود أخرى أو بند معين واختل التوازن بسببه بين الحقوق والواجبات فيجب إلغاء هذا البند التعسفي لتحقيق التوازن العقدي ، فحماية المستهلك تتطلب التدقيق بخصوص جميع بنود العقد إذ غالبا ما يكون البند التعسفي من بين البنود التي تم الاتفاق عليها.

2- الشروط التعسفية ونماذج العقود الواردة في نصوص تنظيمية

غالبا ما تحدد نصوص تنظيمية نماذج للعقود مثل المرسوم التنفيذي المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم ، فهل يستطيع القاضي مراقبة الشروط الواردة في نص قانوني متعلق بنموذج عقد معين وهل يمكن اعتبارها تعسفية ؟

في الحقيقة يجب التفرقة بين النصوص الآمرة والتي لا يمكن أن ندمجها ضمن الشروط التعسفية فلا يستطيع القاضي تعديلها، إذ يفترض أن هذه الشروط لا تكون تعسفية¹³ ويكون هناك تداخل في السلطات إذا تعرض لها القاضي (السلطة التشريعية والسلطة القضائية).

وعلى كل يعد القانون الخاص بممارسات التجارية عندنا تالي للقانون المدني ويمكن اعتباره استثناء أو قيودا عن نماذج العقود الواردة في مختلف المراسيم .

وتأتي مراقبة الشروط التعسفية المدرجة في نصوص تنظيمية ضمن مراقبة القاضي لشرعية المراسيم، فإذا قبلنا أن القانون الذي تتم مناقشته في غرفتي البرلمان قد يكون غير دستوريا وقد يأتي مخالفا للدستور فلماذا لا نتقبل أن مرسوم قد يتضمن شروط

تعسفية؟ وقد اعتبر التشريع الفرنسي مثلا إعفاء المتعامل العقاري من التضامن بصدد الضمان العشري شرطا تعسفيا.¹⁴ بينما لم يتعرض له مشرعنا على هذا النحو.

وتجدر الملاحظة أن الضمان العشري يشمل ما يوجد في المباني من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وهذا ما نص المشرع عليه في المادة 554 مدني على ما يلي "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا.

ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين." وقد نص المشرع في المادة 8 من المرسوم 03/93 أنه تسلم نسخة تأمين المهندسين والمعماريين والمقاولين إلى المشتري قبل التسليم إذ تنص المادة 8 فقرة 2 و 3 على الخصوص على ما يلي: "وقبل أي تسليم

بناية إلى المشتري، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني، لا سيما المادة 554 منه، وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لا سيما مواده من 94 إلى 99.

تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشتريين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل."

وهذا يعني أن المقاول العقاري غير ملزم بهذا الضمان إلا إذا لم يقدم شهادة التأمين بينما يجب أن يظل في جميع الحالات المتعامل العقاري ضامنا ولو وجد التأمين من مسؤولية المهندسين والمقاولين المعماريين بل يكون ضامنا لهم أو معهم وهذا هو الشأن في القانون الفرنسي حاليا.¹⁵

ولكن نموذج العقد الملحق بالمرسوم التنفيذي 58-94 تضمن أيضا إمكانية إعفاء المتعامل العقاري من المسؤولية في إطار الضمان العشري إذ تنص المادة 8 فقرة 2 على ما يلي: " يتكفل المتعامل في الترقية العقارية بمراقبة الضمان العشري ومتابعته في طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناية ويصرح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم إزاء المشتري والأطراف الأخرى إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه "

فما هذا التضامن الذي يمكن الإعفاء منه بإثبات انتفاء الخطأ الشخصي للمتعامل!، فهو في الحقيقة إقرار بعدم التضامن بل يعد هذا بمثابة تحلي عن المسؤولية كما هو منصوص عليه في المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06 - 306 .

وتجدر الملاحظة إلى أن المرسوم التنفيذي 94-58 صدر قبل تبلور فكرة حماية المستهلك من الشروط التعسفية بل صدر في إطار تدعيم مبدأ سلطان الإرادة، يتطلب الأمر إعادة النظر فيه وتحديثه وفقا للمتطلبات الجديدة التي جاء بها القانون 04 لأ 02 السابق ذكره والمرسوم التنفيذي 06 لأ 306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعدان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.¹⁶

فأرى أن الشرط التعسفي قد يوجد في نص تنظيمي تضمن عقد نموذجي ويمكن للقاضي مراقبته.

وبالنسبة للنصوص اللاحقة فيجب بشأنها تفعيل دور مجلس الدولة الاستشاري عندنا بحيث يمكنه يتصدى لهذه الشروط التعسفية قبل عرضها على البرلمان وهذا وفقا للمادة 119 من الدستور.

وما اقترحه من تعديل يخص نصوص مكملة أصبحت تدرج في نماذج العقود بصفة تلقائية بحيث لا يترك للمستهلك مناقشتها، ويبقى للقاضي دور في مراقبتها وإلغاء الشروط التعسفية المدرجة منها.

ثانيا : دور القاضي إزاء الشرط التعسفي

إن المادة 29 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية السابق ذكره تبين بعض البنود والشروط التعسفية على سبيل المثال وليس حصرا وكذلك الحال بالنسبة للمادة 5 من المرسوم 06-306 السابق ذكره.

يلاحظ أن ذكر هذه الشروط في إطار قائمة يجعل القاضي يتردد في تحديد شرط تعسفي على خلافها (وإن جاءت على سبيل المثال فقط) ولهذا فتبقى مسائل متعددة تعتبر تعسفية إذا أدرجت في العقد، لم تشر إليها المادة 29 المذكورة أعلاه مثل تحديد المدين المحترف لتعويض منخفض كشرط جزائي في حالة تأخره عن تنفيذ التزامه علما أن مشرعنا يسمح للقاضي وفقا للقواعد العامة تخفيض الشرط الجزائي ولا يسمح له رفعه بينما المشرع الفرنسي يسمح للقاضي¹⁷ بالزيادة والتخفيض.

كما أن مشرعنا نص في المادة 4/29 على اعتبار شرط انفراد المحترف بقرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية شرطا تعسفيا ، ولكن ملاحظة المطابقة للمواصفات إذا لم يستعن بصددها المستهلك بمهني متخصص لن تفيده ، مما يتطلب ضرورة اشتراط أن تتم المعاينة بواسطة خبير كشرط لإعفاء المحترف من العيوب الظاهرة .

كما أن المشرع نص أيضا في المادة 29 على أن إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلتزم المحترف يعد اشروطا تعسفيا ورغم ذلك ففي النصوص الخاصة بنموذج عقد البيع على تصاميم لم يتعرض لتنظيم الدفع المسبق للأقساط .

كما أن المادة 6 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 94-58 السابق ذكره تخول تحديد مراجعة الثمن الذي ينفرد المتعامل العقاري بتحديدته دون وضع المشرع لحد أقصى لا يمكن تجاوزه، فيجب أن يقابل الزيادة في الثمن حق المشتري في الفسخ، المقرر في المادة 13 فقرة 2 من النموذج، دون تعويض إذ كيف يعوض المقاول من الباطن مثلا في هذه الحالة. فمن المفروض أن يكون العقد باطلا إذا كانت الزيادة المطلوبة من المشتري فاحشة فتكون بمثابة المساس بعنصر جوهري في

العقد وهو الثمن و لم يتعرض المشرع لهذه الأمور. وإن كان نص المادة 5 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 06 لأ 306 يشير إلى هذا فيجب أن تكون للقاضي سلطة في إلغائها وتحقيق التوازن العقدي، و يلاحظ بالنسبة للثمن الإضافي غالبا ما لا يدرج في العقد بل في فواتير إضافية، ويجب في إطار ذلك أن تكون مراقبة الشرط التعسفي بالنظر إلى هذه الفواتير أو المخالصات وهذا ما نص عليه المشرع في قانون الممارسات بصدد تعريف العقد.

وإن كان بعض الفقه الفرنسي يتخوف من إطلاق سلطة القاضي في مراقبة الشرط التعسفي لأن ذلك قد يؤدي بالمساس بالقوة الإلزامية للعقد إلى جانب تعارض الأحكام القضائية واختلافها في تحديد الشرط التعسفي نظرا للحجية النسبية للأحكام القضائية لكن لا يمكن وضع قوائم لشروط تعسفية بصفة مستمرة فهذا أمر من الصعب تحقيقه¹⁸ و يمكن لتسهيل مهام القاضي أن تضع لجنة الشروط التعسفية¹⁹ لتوصيات حول بنود تعتبرها تعسفية، تكون هذه التوصيات مساعدة للقاضي على سبيل الاستئناس وليس الإلزام ولكن يجدر القول أن تشكيلة اللجنة حاليا تحتاج إلى تدعيم من طرف ذوي التخصص في صياغة العقود²⁰، ويستحسن أن يكون للجنة البنود التعسفية أيضا دورا استشاريا في كل نص تشريعي أو تنظيمي له صلة بالشروط التعسفية.

كما يجب توسيع مجال نشاط جمعية حماية المستهلك في إطار الحماية من الشروط التعسفية وإعطائها إمكانية المطالبة بإبطال الشرط التعسفي الوارد في نماذج العقود المتداولة وهذا الدور يكون وقائيا²¹ بينما يظل عندنا دور جمعية حماية المستهلك في القانون 09-03 قاصر على دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار إذ تنص المادة 23 على ما يلي: " عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني" كما لهذه الجمعية إخطار لجنة البنود التعسفية وهذا ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق ذكره.

فتفعيل دور الجمعية الوقائي بإلغاء الشرط التعسفي ولو لم يلحق المستهلك ضررا بل وفقا للضرر المحتمل سيقبل من المنازعات التي تطرح على القضاء.

وألاحظ أخيرا أن الجزاء في حالة تحقق الشروط التعسفية إن كان من الضروري أن يكون جنائيا لكي يتم حضر استعمال الشروط التعسفية من طرف المهنيين ذلك لأن البطلان كجزاء مدني لا يكفي لجعل المهنيين يكفون عن إدراج هذه الشروط مع مستهلكين آخرين باعتبار نسبية الأحكام القضائية، ولكن إن كان للقاضي أن يحكم ببطلان الشرط التعسفي إذا كان مدرجا في قائمة محصورة وفقا للنظام العام الاقتصادي ففي حالة استخلافه للشرط التعسفي وفقا لسلطته التقديرية و وفقا لتعريف الشرط التعسفي- الوارد في المادة 3 فقره 5 من المرسوم التنفيذي 04-02 - لا يوجد نص يخول له الإبطال.

لذا يجب أن يتضمن نص قانوني بطلان الشروط التعسفية ، أما القول بأننا أمام نظاما حمائيا يترتب عليه قابلية العقد للإبطال سيمنح المستهلك التراجع عن العقد بصفة انفرادية بينما الغرض من الحماية في مجال البنود التعسفية هي إعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب البند التعسفي ويمكن تحقيق ذلك بوضع نص خاص يقضي ببطلان الشرط فقط.

الهوامش :

- 1 - القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مؤرخ في 25 فبراير 2009
- 2- استعمل النص الفرنسي للمادة 3 فقرة 17 اصطلاحاً " ويعني مال وهذا أدق من مصطلح شيء الذي يوحى إلى شيء منقول، فنزود -
- 3 - القانون رقم 04 لأ 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية مؤرخ في 23 يونيو . 2004 .
- 4- مرسوم تشريعي رقم 93 لأ 03 مؤرخ في أول مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري.
- 5 - وهذا ما يفسر به البعض اليوم تعديل عقود الإيجارات المدنية والتجارية.
- 6 - كما بصدد الغبن، والشرط الجزائي، ونظرية الظروف الطارئة.
- 7- Calais -Auloy (J)Steinmetz (F)Droit de la consommation 4 ed Dalloz, Paris,1996, p357-358.
- 8-Ghestin (J): Traité de droit civil, la formations du contrat,3 éd, l.g.d.j. Paris, 1996, p 75.
- 9- Ghestin: op-cit, p 76.
- 10-Calais-auLOY et steinnmetz: op-cit, p 148.
- 11-Calais-auLOY et steinnmetz: op-cit, p 167.
- 12 - مرسوم رقم 94 لأ 58 مؤرخ في 7 مارس 1994 يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية.
- 13- Stark (B), Roland (H), Boyer (L): droit civil, les obligations, 2 le contrat, 6 éd , Litec, Paris, 1998, p 286.
- 14 -Art 1792/5 code civil français.
- 15 - Art1831 /1 code civil français.
- 16 - مرسوم تنفيذي رقم 06 لأ 306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.
- 17- Art 1152 code civil français
- 18 - Larroumet (CH): droit civil, les obligations, tome3, le contrat, 3éd, Economica, Paris, 1996, p402 et 403.
- 19- تم انشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي 06 لأ 306 (المادة 6)
- 20- يستحسن تدعيم تشكيلة اللجنة (الورادة في المادة 8) بقضاة ومستشارين قانونيين مؤهلين في مجال العقود.
- 21- لقد اعتمد المشرع الفرنسي الدور الوقائي لجمعية حماية المستهلك Art 421-6 code consommation