تطور عقد الإذعان في عقود الاستهلاك

Evolution of compliance contracts in consumer contracts

شيباني مختارية
مخبر البحث في تشريعات النظام البيئي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
- جامعة ابن خلدون تيارت -
mokhtaria.chibani@gmail.com

علي فتاك
مخبر البحث في تشريعات النظام البيئي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
-جامعة ابن خلدون تيارت -
lawer_mail@yahoo.fr

تاريخ الارسال:2020/10/22 تاريخ القبول:2022/01/11تاريخ النشر : مارس2022

الملخص:

إن تطور وسائل التعاقد الحديث والانفتاح الاقتصادي الذي شهده العالم على إثر الثورة الصناعية خلال القرن التاسع عشر جعل الفقه ينادي بضرورة توسيع مفهوم عقد الإذعان من أجل ضمان الحماية الفعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، خاصة وأن الضعف الذي يعانيه المستهلك لم يعد اقتصاديا، بل تعداه إلى الضعف المعرفي والجهل وعدم الخبرة، وهو ما استجاب له المشرع في عقود الاستهلاك، فأسقط خاصية الاحتكار عن عقد الإذعان بموجب القانون 04-02، بحيث اعتمد على معيار واحد لتكييف عقد الإذعان وهو معيار حظر مناقشة الشروط التعسفية، وربط حماية المستهلك من الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

إن الهدف من الدراسة هو الوصول إلى مدى التطور الذي وصل إليه عقد الإذعان في عقود الاستهلاك، و لقد توصلنا إلى أن المشرع لم يأتي بالجديد فيما يتعلق بعقد الإذعان عندما ربط الحماية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

الكلمات المفتاحية: عقد الإذعان، الشروط التعسفية، عقود الاستهلاك، تطور.

Abstract:

The development of contracting methods and the economic openness that the world witnessed following the industrial revolution during the nineteenth century made the jurisprudence call for the need to expand the concept of compliance contract, in order to ensure effective protection for the consumer from arbitrary conditions, especially since the weakness that the consumer suffers from is no longer economic, but rather to weakness Ignorance, ignorance and lack of experience, which is what the legislator responded to in consumption contracts, dropping the monopoly characteristic of the grant contract according to Law 04_02, so that it relied on one criterion to adapt the compliance contract, which is the standard of prohibiting discussion of arbitrary conditions, and linking consumer protection from arbitrary conditions to compliance contracts.

The aim of the study is to reach the extent of the development reached by the compliance contract in consumption contracts, and we concluded that the legislator did not

introduce new developments regarding the compliance contract when linking protection from arbitrary conditions with compliance contracts.

Keywords: Compliance contract, arbitrary terms, consumption contracts, development

مقدمة:

إن الأصل في العقود أنها تتم بحرية وتفاوض بين الأطراف المتعاقدة، تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، والحقيقة أن هذا المبدأ ما هو إلا انعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص، التي تأكدت خلال القرن الثامن عشر بحيث تضمنتها تشريعات الثورة الفرنسية التي قامت على مبدأ أساسي هو "دعه يعمل دعه يمر" [1].

إلا أنه ومع التطور الاقتصادي والصناعي الذي أفرزته الثورة الصناعية خلال القرن التاسع عشر، ظهرت الشركات الضخمة التي تمتلك رؤوس الأموال مما جعلها تسيطر على الإنتاج وتحتكر السلع والخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا وهو ما أدى إلى ظهور التفاوت الصارخ في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، فئة تمتلك القوة الاقتصادية وفئة تحتاج إلى هذه السلع والخدمات بحيث لا تستطيع الاستغناء عنها كونها من الضروريات.

جعلت القوة الاقتصادية الطرف القوي يفرض شروطه مسبقا على الطرف الضعيف، الذي لا يملك حق مناقشتها، فإما أن يقبلها جملة واحدة أو يرفضها جملة واحدة، ومنه ظهر مصطلح عقد الإذعان الذي ارتكز على خاصية احتكار السلع والخدمات الضرورية من طرف الموجب، وسعيا لحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في العلاقة العقدية تدخلت أغلب التشريعات لإعادة التوازن العقدي في مثل هذه العقود وذلك بمنح القاضي سلطات استثنائية لتعديل عقد الإذعان خروجا عن مهمته الأساسية التي تقتصر على تفسير العقد [2] .

تطورت وسائل التعاقد والانفتاح الاقتصادي فلم يعد المتعاقد يعاني ضعفا اقتصاديا فحسب بل تعداه إلى الضعف المعرفي وجهله بالسلع والخدمات وعدم الخبرة، مما جعل الفقه يدعوا إلى ضرورة توسيع مفهوم عقد الإذعان، و ذلك بإسقاط خاصية الاحتكار عن هذا العقد، وهو ما استجاب له المشرع في التشريعات الخاصة بعقود الاستهلاك [3]، حيث أكد على معيار واحد لتكييف عقد الاذعان وهو رفض التفاوض حول بنود العقد، أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، إلا أنه ومن جهة أخرى ربط

---

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 181.

[2] – سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، (العقد ،الإرادة المنفردة الطبعة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديدان للالتزام الحكم والقرار الإداري)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 42– 43.

[3] – بموجب المادة 03 الحالة 04، الفقرة الأولى من القانون 04–02، المؤرخ في 2004/06/23، يتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (الجريدة الرسمية، العدد41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، ص 3)، المعدل والمتمم.

الشروط التعسفية بعقود الإذعان، الأمر الذي أدى إلى حصر حماية المستهلك من الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

تتجلى أهمية الموضوع في تحديد أن ليس كل عقود الاستهلاك بالضرورة هي عقود إذعان، بل أن هناك عقود مساومة يضطر فيها المستهلك لقبول الشروط التعسفية التي يضعها المحترف نظرا لوضعية القوة التي يمتلكها، فضلا على أن المفاوضة بشأنها تكون صورية.

إن الهدف من الدراسة هو الوصول إلى المفهوم الواسع والمتطور لعقد الإذعان في عقود الاستهلاك وفقا للتشريع الجزائري، من أجل تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، خاصة مع تطور وسائل التعاقد والانفتاح الاقتصادي، مما يساهم في فرض الشروط التعسفية، كما أننا نقف على الآليات الفعالة لمكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، على غرار التشريعات التي سبقت المشرع في وضع منظومة قانونية فعالة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

وعليه فإن الاشكال الذي يمكن طرحه هو إلى أي مدى تطور عقد الإذعان في عقود الاستهلاك وفقا للتشريع الجزائري في ظل تكريس المشرع للمفهوم الواسع لعقد الاذعان وحصر الحماية من الشروط التعسفية بعقود الاذعان؟

للبحث في هذه المسائل القانونية فإننا اعتمدنا على المنهج التحليلي، وذلك بدراسة الموضوع وتحليل الجوانب الفقهية والقانونية المرتبطة به، وقد اعتمدنا على الخطة المنهجية الثنائية، وذلك بتقسيم البحث إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول المفهوم التقليدي لعقد الاذعان، والذي تناولنا فيه مفهومه وخصائصه وطبيعته القانونية، كما أننا تطرقنا إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان، بينما خصصنا المبحث الثاني لتطور عقد الاذعان في عقود الاستهلاك، بحيث تطرقنا إلى تكريس المشرع للمفهوم الواسع لعقد الاذعان وحصر نطاق مكافحة الشروط التعسفية بعقود الإذعان، وسلطات القاضي في ذلك.

المبحث الأول: المفهوم التقليدي لعقد الاذعان

ظهر عقد الاذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الذي حدث على اثر الثورة الصناعية خلال القرن التاسع عشر، مما أدى إلى ظهور الشركات الضخمة التي تمتلك رؤوس الأموال، وتحوز على خاصية الاحتكار للسلع و الخدمات الضرورية للمستهلك، احتكارا قانونيا أو فعليا، وتملي شروطها المعدة مسبقا على الطرف الضعيف الذي ليس له حق مناقشتها، فإما أن يقبلها جملة واحدة أو يرفضها جملة واحدة[1]، هذا ما جعل الفقه ينظر إلى هذا القبول أنه مجرد إذعان للطرف الآخر لأن رضاه لم يكن صادر عن حرية واختيار وإنما اختار لأنه مكره، بسبب حاجته للسلع أو الخدمات والتي لا يستطيع الاستغناء عنها، وهذا هو المفهوم التقليدي لعقد الاذعان وهو ما نتناوله في (المطلب الأول)، ومن أجل إعادة التوازن

[1] – محفوظ لعشب بن حامد، عقود الاذعان في القانون المدني والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص 9.

العقدي في عقود الاذعان التي قد تتضمن شروطا تعسفية فقد وضع المشرع للطرف المذعن حماية تشريعية ضمن القواعد العامة، وهو ما نتناوله في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الاذعان

إن التطرق لمفهوم عقد الاذعان وفقا للفقه التقليدي يتطلب تعريفه وهو ما نتناوله في (الفرع الأول)، وبيان خصائصه في (الفرع الثاني)، بينما نخصص (الفرع الثالث) لطبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف عقد الاذعان

إن عقد الاذعان له عدة مفاهيم تناولها الفقه **(أولا)**، أما المفهوم التشريعي فقد تناول عقد الإذعان دون أن يحدد له تعريفا **(ثانيا)**.

أولا –التعريف الفقهي

يعتبر الفقيه سالي Saleilles صاحب أول فكرة للإذعان والذي يرى أن: "عقد الاذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد".

يلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بالإرادة المنفردة في إملاء شروط على الطرف الآخر، وفي طريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة، التي تضع شروط العقد ويكون إيجابا موجه إلى عدد غير محدد من الأفراد لكنه لم يتطرق إلى موضوع العقد[1].

أما جورج برليوز فقد عرف الاذعان على أنه: "عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد".

إن هذا التعريف يتفق مع التعريف السابق إلا أنه أضاف خاصية التحديد المسبق لمحتوى العقد"[2].

وعرف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[3] .

أما الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري فلم يتطرق في عقود الإذعان إلا للقبول فيقول: " قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه

[1] – محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 23.

[2] – يمينة بليمان،" عقود الاذعان وحماية المستهلك"، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 51، جوان 2019، ص 558.

[3] – عامر رحمون، "عقود الاذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد الأول، العدد 33، ص 219– 220.

فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثمة سميت هذه العقود بعقود الاذعان"[1].

ويعتبر الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري أول من أطلق عقد الاذعان على هذا النوع من العقود[2]، وهي أصح من التسمية التي قال بها الفقيه سالي Saleilles في كتابه الاعلان عن الارادة، حيث سمى العقود التي يكون فيها القبول على النحو السابق بعقود الإنضمام contrats d'adhésion، لأن الاضطرار في القبول يدل على معنى الاذعان، بينما الانضمام أوسع دلالة من الاذعان إذ يشمل عقد الاذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة [3]، وقد استقرت هذه التسمية في أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري[4].

إن الإكراه المتصل بالقبول في عقد الاذعان ليس هو الاكراه المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بالعوامل النفسية[5].

ثانيا –التعريف التشريعي

تعرضت أغلب التشريعات العربية لعقد الإذعان، ولكن دون أن تتعرض إلى تعريفه بل أوردت كيفية حصول القبول فيها وهو ما تناوله المشرع في المادة 70 من القانون المدني[6] على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهو التعريف الذي كرسه المشرع المصري فأورد أحكاما خاصة بالقبول في عقد الإذعان دون أن يعرفه[7].

إن الفقه والقضاء في مختلف أقطار الدول العربية ومن بينها الجزائر سار على الاتجاه الضيق لمفهوم عقد الاذعان والذي يعتمد على عنصر الاحتكار[8] كخاصية لعقد الإذعان على الرغم من أن مفهوم المادة 70 من القانون المدني المذكورة أعلاه لم تنص على اشتراط عنصر الاحتكار، وكذلك نص المادة 110 [9]من القانون المدني كما سيأتي بيانه في المطلب الثاني لم تقيد عقد الاذعان بهذه القيود الكثيرة،

---

[1] – أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول مصادر الالتزام بوجه عام الطبعة، الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000 ص 244.

[2] – المرجع نفسه، ص 245، هامش 1.

[3] – محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 27.

[4] – عامر رحمون، المرجع السابق، ص 221.

[5] – أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 245.

[6] – تقابلها المادة 100 من القانون المدني المصري، والمادة 101 من القانون المدني السوري، والمادة 172 من القانون المدني اللبناني.

[7] – محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 25.

[8] – كخاصية الإيجاب الذي يكون عاما ودائما موجها لأشخاص غير معدودين، وأن يكون محل العقد يتعلق بسلعة أو خدمة تكون من الضروريات بالنسبة للمستهلكين.

[9] – تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري، والمادة 167 فـ2 من القانون المدني العراقي، والمادة 149 من القانون المدني الليبي.

والتي مازال الفقهاء يرددونها بنفس عباراتها القديمة على الرغم من التطور الكبير الذي مس كيفيات وأساليب التعاقد[1].

الفرع الثاني: خصائص عقد الاذعان

يتميز عقد الاذعان بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود وهي كالآتي:

أولا –خاصية الاحتكار الفعلي أو القانوني لمحل العقد

تعني خاصية الاحتكار أن يكون الموجب في مركز اقتصادي قوي لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضح [2] ويتكرس التفوق الاقتصادي في نقطتين:

1–أن يتمتع الموجب باحتكار قانوني، مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف، فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني لأنها الوحيدة التي يمكنها تقديم هذه الخدمات دون مناقشة.

2–تمتع الموجب باحتكار فعلي، مثلما هو الحال في منطقة لا توجد بها إلا شركة تأمين وحيدة[3].

إن الاحتكار يعني قدرة الموجب على فرض شروط العقد مع علمه يقينا بأن المتعاقد الآخر لن ينصرف عن العقد ويخضع لأنه لن يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر، ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد وبشروط مختلفة عما يفرضه عليه[4].

ثانيا –أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية

إن الخاصية الثانية لعقد الإذعان هو أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها، فبالإضافة إلى خاصية الاحتكار يشترط أن تتصف السلع والخدمات محل العقد بالسلع الضرورية الأولية بحيث لا يستطيع الأفراد الاستغناء عنها[5].

---

[1] – سارة بوفلكة، سلطة القضاء في التدخل لإعادة التوازن لعقد التأمين، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، العدد التسلسلي20، أكتوبر 2019، ص ص 491– 510، ص 382.

[2] – محمد فواز الألوسي، " التعسف في عقود الاذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث عشر، 2018، ص 192.

[3] – علي صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2011، ص 26.

[4] – المرجع نفسه، ص 27.

[5] – محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، علوم إسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر– باتنة–، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، السنة الجامعية: 2011– 2012، ص 151.

ثالثا –أن يكون الإيجاب عاما في قالب نموذجي

أن يكون العرض عاما موجها إلى الجمهور كله وليس إلى شخص بذاته، وهو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر، ويجب أن ينشر فالإيجاب في عقد الإذعان يتصف بالديمومة ويجب أن ينشر بحيث يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليه، أما القبول في عقد الإذعان فيقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة دون مناقشة [1].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الاذعان

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقود الاذعان هل هي عقود حقيقية تنشأ بتوافق إرادتين وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود، أم أنها عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب وبالتالي لا يخضع لما تخضع له العقود من أحكام وقواعد وإنما تخضع للقواعد الخاصة بهذه المراكز القانونية المنظمة [2] وهو ما نتناوله تباعا:

الاتجاه الأول: عقود الإذعان مركز قانوني منظم

أنكر سالي Saleilles و ديجيه و هوريو على عقود الإذعان الصبغة التعاقدية واستندوا في ذلك على أن العقد يستلزم توافق إرادتين تكون كل منهما حرة ومختارة، أما في عقد الإذعان فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الاذعان أقرب أن يكون قانونا، ويجب أن يفسر كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي يحكمها [3] .

الاتجاه الثاني: عقود الاذعان عقود حقيقية

يمثل الاتجاه الثاني غالبية فقهاء القانون المدني الذين يرون أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق الإرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه الظاهرة اقتصادية وليست قانونية، لأن المساواة القانونية متحققة، فالمتعاقد المذعن يتعاقد برضاه دون إجبار، وكما سبق وأن مر معنا فهذا الإكراه هو إكراه اقتصادي ولا علاقة له بالعنصر النفسي للطرف المذعن [4]، وأضاف جانب من الفقه أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية وبرر ذلك بأن ارادة الطرف القوي اقتصاديا لا تكفي وحدها لإبرام العقد [5].

---

[1] – مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر1، كلية، بن عكنون، السنة الجامعية: 2014– 2015، ص 59.

[2] – عامر رحمون، المرجع السابق، ص 221.

[3] – أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 246– 247.

[4] – عامر رحمون، المرجع السابق، ص 221– 222.

[5] – علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص 32.

موقف المشرع من طبيعة عقود الاذعان

سار المشرع مع الاتجاه الثاني الذين يعتبرون أن عقود الإذعان عقودا حقيقية، ولم ينازع في طبيعة عقد الاذعان في الأحكام العامة وفي القواعد الخاصة [1] كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني، ولقد كرس المشرع موقفه من عقد الاذعان بموجب المادة 70 من القانون المدني كما يلي: "يحصل القبول في عقد الاذعان ..."[2]، وكذلك نص المادة 110 من القانون المدني[3] التي تنص: "...إذا تم العقد بطريقة الاذعان...".

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الاذعان

الأصل أن العقد قانون المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني[4]، لا يجوز لأحد الأطراف أن ينفرد بنقضه أو تعديله، كما لا يجوز للقاضي ولا حتى المشرع أن يتدخل في تعديل هذا العقد لأنه اكتسب القوة الملزمة، وأصبح بمثابة القانون بالنسبة للأطراف المتعاقدة، وهذا لأن المشرع انتهج مبدأ سلطان الإرادة، الذي نادى بحرية الفرد في التعاقد [5]، غير أنه لم يجعل هذا المبدأ على إطلاقه بل خول للقاضي سلطة التدخل في عقد الإذعان الذي اختل توازنه الاقتصادي لاعتبارات تتعلق بالعدالة العقدية فله أن يعدل الشرط التعسفي أو يلغيه وهو ما نتناوله في (الفرع الأول)، كما أن حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان تقتضي أن يفسر العقد في حالة الشك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا وهو ما نتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

منح المشرع للقاضي في عقد الإذعان سلطات واسعة على الأصل العام وهو أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا الاستثناء كان نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الإذعان الذي تضمن شروط تعسفية جائرة، فهو بذلك يقدر أولا إذا كان الشرط تعسفيا يبرر للقاضي تدخله، لأن المشرع لم يحدد ضمن

---

[1] – علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، 2013 ص 83– 84.

[2] – يراجع نص المادة 70 من القانون المدني، الصادر بموجب الأمر 75– 58، المؤرخ في 26/ 9/1975، (الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 1975/9/30)، المعدل والمتمم.

[3] – تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري، والمادة 167 من القانون المدني العراقي، والمادة 149 من القانون المدني الليبي، والمادة 161 فقرة 2 من القانون التجاري الكويتي.

[4] – تقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري، والمادة 148 فقرة 1 من القانون المدني السوري، والمادة 109 من القانون المدني الكويتي، والمادة 1103 و1193 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[5] – يعتبر مبدأ حرية التعاقد من نتائج مبدأ سلطان الارادة التي نادى بها أنصار المذهب الفردي، الذين مجدوا الفرد واعتبروا أن حرية الفرد وإرادته هي أساس التزامه، ولا يحد من هذه الارادة وهذا السلطان سوى فكرة النظام العام، يراجع في هذا الخصوص: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة)، المجلد الأول، نظرية الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 112.

القواعد العامة ما هو الشرط التعسفي، ولم يحدد له المعايير التي بواسطتها يمكن التوصل لمعرفة الشرط التعسفي، تاركا ذلك لقاضي الموضوع، الذي يعتمد على معايير حددها الفقه وهي معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة، ومعيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات، كما يحدد التعسف بالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني[1].

إن تكييف القاضي للشرط على أنه تعسفي يعطيه السلطة التقديرية في تعديله بما يزيل هذا التعسف ويعيد التوازن للعقد بناءا على طلب الطرف المذعن، فالتعديل الذي يقوم به القاضي إما يكون عن طريق الانقاص[2]، وذلك بإزالة الشرط التعسفي وتحقيق التوازن بين الأداءات المتبادلة[3].

أما الطريق الثاني الذي يمكن للقاضي أن يسلكه فهو اعفاء الطرف الضعيف من الشرط التعسفي أي تعطيله، وهي مسألة تقديرية متروكة للقاضي وفقا للعدالة ولما يراه مناسبا، دون رقابة عليه من محكمة النقض، كما أنه لا يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يقدر أنها تعسفية، لأن هذا الاتفاق يكون باطلا ومخالفا للنظام العام[4].

على الرغم من أن المشرع قد عالج اختلال التوازن العقدي ضمن نظرية الإذعان منذ أن وضع القانون المدني سنة 1975، إلا أن الحماية كانت قاصرة، فلم يعرف الشرط التعسفي، وربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان فقط، فعلى الرغم من أن عقود الاذعان تعتبر المجال الخصب للشروط التعسفية، إلا أنه لا يمكن حصر الشروط التعسفية بعقود الاذعان، خاصة في التعاقد الحديث في مجال عقود الاستهلاك، كما أنه انتهج المفهوم الضيق لعقد الاذعان عندما اشترط أن يحتوي عقد الاذعان على خاصية الاحتكار، لذلك رأى عبد الدكتور الرزاق السنهوري أن نظرية عقد الاذعان أضعف من أن تغطي الضعف الاقتصادي فقط، في حين أن نواحي الضعف تتعدى ذلك إلى الضعف المعرفي والجهل وعدم الخبرة وهذا ما تقوم عليه النظرية الحديثة لعقد الاذعان[5] وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني.

---

[1] – التي تنص على أنه: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:
– إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[2] – يراجع نص المادة 104 من القانون المدني.

[3] – حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2011– 2012، ص 87.

[4] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 184.

[5] – عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد أطروحة، لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2014–2015، ص ص 161–162–163.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير عقد الاذعان

لا يخضع تفسير عقود الإذعان للقواعد العامة في التفسير التي تطبق على جميع العقود بسبب غياب الإرادة المشتركة في عقود الاذعان[1]، لذلك نص المشرع على أن تفسر عقود الاذعان لمصلحة الطرف المذعن، فلقد نصت المادة 112 من القانون المدني[2] على أنه:"يؤول الشك لمصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

تفسر العبارات الغامضة في عقود الاذعان استثناءا على القاعدة العامة، التي تقضي بأن يفسر الشك لمصلحة المدين[3]، لأن الشك في عقود الاذعان يؤول لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا، باعتباره طرفا ضعيفا يستحق حماية القانون، ويتحمل الطرف القوي في عقد الاذعان مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو الذي وضع تلك البنود[4].

المبحث الثاني: تطور مفهوم عقد الاذعان

مع تطور وسائل التعاقد والانفتاح الاقتصادي عمد المشرع إلى توسيع حماية المستهلك في عقود الاذعان خاصة وأن المفهوم التقليدي لعقد الاذعان لا يحقق الحماية الفعالة للمستهلك، الذي لم يعد طرفا ضعيفا اقتصاديا وحسب، بل إن نواحي الضعف تتعدى ذلك إلى الضعف المعرفي والجهل وعدم الخبرة، وهذا ما كرسه المشرع في القانون 04- 02[5] بموجب المادة 03 الحالة 4، وبذلك يكون المشرع قد اعتمد على معيار واحد لاعتبار العقد من عقود الاذعان وهو حظر المفاوضة حول شروط العقد، وهذا هو المفهوم الحديث لعقد الاذعان، وهو ما نتناوله في (المطلب لأول)، كما أن المشرع وبخلاف ما كان عليه الحال في القواعد العامة فقد حدد مفهوم الشرط التعسفي ووضع قائمة تحدد الشروط التعسفية [6]، وبذلك يكون قد قيد سلطة القاضي في تقدير الشرط التعسفي وهو ما نتناوله في (المطلب الثاني).

---

[1] – محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 145.

[2] – تقابلها المادة 151 من القانون المدني العراقي، والمادة 152 فقرة 2، من القانون المدني الليبي، والمادة 161، من القانون التجاري الكويتي.

[3] – لأن الأصل في الاثبات هو براءة ذمة المدين بالالتزام، طبقا لنص المادة 323 من القانون المدني.

[4] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 146.

[5] – الذي سبقت الإشارة إليه.

[6] – بموجب المادة 29 من القانون 04- 02 التي احتوت على ثمانية شروط تعسفية ويضاف إليها اثنا عشر شرطا جاءت بهم المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306، المؤرخ في 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، (الجريدة الرسمية، العدد56، الصادرة في 2006/9/11، ص 16).

المطلب الأول: انتهاج المشرع للمفهوم الواسع لعقد الاذعان

كرس المشرع المفهوم الواسع لعقد الاذعان[1]، بحيث اعتمد على معيار واحد لاعتبار العقد عقد اذعان وهو وجود طرف يحرر العقد بصفة أحادية مسبقة مع إذعان الطرف الآخر لتلك الشروط وقبولها جملة واحدة أو رفضها دون حق المناقشة وهو ما نتناوله في (الفرع الأول)، إلا أنه وخلافا للمشرع الفرنسي فقد سلك المشرع الاتجاه التشريعي الذي يحدد نطاق الشروط التعسفية بعقود الاذعان فقط، مما يجعل الحماية القانونية للطرف الضعيف قاصرة وهو ما نتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المفهوم الواسع لعقد الإذعان

على الرغم من العلاقة الوطيدة بين عقد الاذعان والظروف الاقتصادية، التي لها أثر على التفاوت بين الأطراف المتعاقدة إلا أن الفقه الحديث قد سعى إلى البحث عن مفهوم واسع لعقد الاذعان في ظل تطور وسائل التعاقد الحديث والانفتاح الاقتصادي ليهجر بذلك المفهوم التقليدي الذي كان يعتبر خاصية الاحتكار شرط لا ضفاء صفة الإذعان على العقد مما يؤدي إلى تضييق مفهوم عقد الإذعان، لأنه كما سبق وأن مر معنا فإن الضعف الذي أصبح يعتري المستهلك لم يعد ضعفا اقتصاديا فحسب بل أصبح ضعفا معرفيا مرتبط بالجهل وعدم الخبرة، فالنظرية الحديثة لعقد الاذعان تقوم على فكرة الحاجة أو الخدمة لدى المذعن، لذلك لجأ الفقه إلى تبني معيار واحد ذو طابع قانوني كفيل في نظره بالعمل على توسيع مفهوم عقد الاذعان، وهو معيار رفض التفاوض حول بنود العقد أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد[2].

كرس المشرع هذا المفهوم الحديث لعقد الاذعان بموجب المادة 03 الحالة 04 الفقرة الأولى من القانون 04- 02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت على أنه: " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي: "...عقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلع أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع اذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير احداث تغيير حقيقي فيه، وعرف الشرط التعسفي بموجب المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت على مايلي: "شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، و بالرجوع إلى التعديل الذي مس قانون العقود والالتزامات الفرنسي لسنة 2016[3] فقد عرف المشرع الفرنسي عقد الإذعان بموجب المادة 1110 كما يلي "عقد الإذعان هو الذي تكون شروطه العامة

[1] – بموجب المادة 03 الحالة 4 الفقرة الأولى من القانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي سبقت الإشارة إليه.

[2] – محمد خليفة كرفة، "ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، نوفمبر 2017، ص 56.

[3] – بموجب الأمر 2016-131، المتعلق بتعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، الصادر بتاريخ 2016/02/10، عدد35، وأصبح نافذا اعتبارا من 2016/10/01.

غير قابلة للتفاوض، محددة سلفا من قبل الأطراف "[1]، وما يلاحظ من هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد اعتمد المفهوم الواسع لعقد الإذعان، كما سبق وأن اعتمده في عقد الاستهلاك كما سيأتي بيانه.

إن هذا المفهوم الواسع الذي اعتمده المشرع الجزائري لعقد الإذعان ينطبق على العقود التي يكون المستهلك طرفا فيها وتكون هذه العقود عبارة عن نماذج معدة مسبقا دون أي مفاوضة أو مناقشة، بحيث تفرضها شركات الانتاج والتوزيع وبذلك فإن المعيار المعتمد في عقد الاذعان بالمفهوم الحديث هو عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد بل ليس بوسعه إلا أن يقبلها جملة واحدة، أو يرفضها جملة واحدة دون أن يكن له حق المناقشة وغالبا ما تتسم هذه الشروط بالتعسف[2]، وبذلك يكون قد حصر حماية المستهلك من الشروط التعسفية بالعقود التي تتسم بطابع الاذعان فقط دون أن يمد هذه الحماية إلى العقود الرضائية التي تتم بين المحترف والمستهلك وهو ما نتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: حصر نطاق الشروط التعسفية بعقود الاذعان

بالرجوع إلى القانون 04-02 فإن المشرع قد حصر حماية المستهلك من الشروط التعسفية فقط في عقود الاذعان، ولم يوسع من نطاق الحماية في الحالة التي يستطيع فيها المستهلك المناقشة أو التفاوض بشأن شروط العقد، في حين ذهب البعض الآخر من التشريعات إلى ضرورة توسيع مفهوم عقد الإذعان إلى جميع العقود، سواء كانت رضائية أم عقود إذعان، فالعبرة أن يكون المستهلك طرفا في العلاقة التعاقدية مع المحترف [3].

لذلك فقد رأى الفقيه الفرنسي Ghestin ضرورة مد نطاق مكافحة الشروط التعسفية إلى كل العقود حتى ولو لم تكن من عقود الاذعان[4]، وهو الاتجاه الذي اتبعه المشرع الفرنسي في نص المادة 132-1-4 من قانون الاستهلاك لسنة 1995 التي نصت على مايلي: "هذه النصوص تطبق مهما كان شكل أو أساس العقد وتكون على الأخص...إشتراطات، سواء تم مناقشتها أم لا، أو الإحالة على شروط عامة مقررة سلفا"[5]، ولم يقيد المشرع الفرنسي موضوع العقد، بل أبقى المجال مفتوحا لجميع مواضيع العقود من شراء وقرض وغيرها وسواء كان موضوع التداول عقارا أو منقولا.

---

[1] – جاءت صياغة المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي المعدل كمايلي:
«Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociations, sont déterminées, à l'avance par l'une des parties ».

[2] – بشير دالي، مبدأ تأويل العقد، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2007- 2008، ص 37- 38.

[3] – سمير زوبة ، القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2016/03/13، ص 109.

[4] – جاءت صياغة المادة 132-1-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي كما يلي:
«Aux modèles de convention habituellement proposès par professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs… »

[5] – خليفة كرفة، المرجع السابق، ص 58-59.

حصر المشرع الجزائري مكافحة الشروط التعسفية و حماية المستهلك في مجال واحد وهو عقد الاذعان بموجب المادة 03 الحالة 4 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، في حين أن العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود إذعان، فقد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب الاذعان، ومع إمكانية مناقشة شروط العقد عندما يتعلق بالمناقشة الصورية التي يمتلك فيها المحترف القدرة على فرض شروطه على المستهلك[1].

كما أن المشرع خص عقود الاستهلاك بعقود البيع، وتجاهل عقود الخدمات مع أنه ذكر في المادة 29 من القانون 04-02 على أن: "الخدمة عندما تكون هي موضوع العقد ويكتنفها شروط تعسفية"، لذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أنه كان ينبغي على المشرع مد نطاق نصوص القانون 04-02 إلى عقود المساومة وعقود الخدمات مما يؤدي إلى توسيع مجال الحماية في مواجهة الشروط التعسفية[2].

إن ازدياد ظاهرة التعاقد عبر شبكة الانترنت التي يطغى عليها صور العقود النموذجية التي تكون معدة مسبقا من طرف المورد الإلكتروني الذي يتمتع بالتفوق الاقتصادي بحيث يفرض شروطه على الطرف الضعيف دون أن يكون له حق مناقشة بنود العقد، مما يؤدي الى عدم التوازن العقدي و يستوجب الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني[3] باعتباره الطرف الضعيف في العقد، هذا ما دفع المشرع الى اصدار القانون 18-05[4].

من أجل حماية المستهلك[5] في عقود الاستهلاك الالكترونية نصت المادة 12 من القانون 18-05 على مايلي: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل الزامية:

- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الالكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية..."، غيرأن القانون 18-05 لم يتطرق للشروط التعسفية التي قد يحتوي عليها عقد الاستهلاك الالكتروني، ولم يأتي بأي جديد فيما يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود المساومة، وبقي يربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان، في حين أن الواقع أثبت أن الشروط التعسفية لم تعد ترتبط بعقود الاذعان فقط، بالاضافة الى أنه ليس كل عقود الاذعان بالضرورة تتضمن الشروط التعسفية، بل **إن عقود الاستهلاك لا يمتلك فيها المستهلك سوى الاذعان للطرف القوي لأن المفاوضة تكون صورية وهي الصورة المتطورة لعقد الاذعان**، هذا ما جعل المشرع لم يخرج عن المنهج الذي اتبعه منذ صدور القانون

---

[1] – سمير زوبة، المرجع السابق، ص 110.

[2] – محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص 61.

[3] – عرف المشرع المستهلك الالكتروني بموجب المادة 6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[4] – المؤرخ في 10 ماي سنة 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية،(الجريدة الرسمية، العدد 28، الصادرة بتاريخ: 16ماي سنة 2018).

[5] – لم يعرف المشرع الشرط التعسفي بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية مما يستوجب الرجوع الى نص المادة 03 فقرة 5 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

المدني سنة 1975 بحيث بقي يربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان، بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على مد نطاق الحماية من الشروط التعسفية الى كل العقود سواء كانت عقود اذعان أو عقود مساومة بموجب المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثاني: سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك

بعدما كانت للقاضي سلطة واسعة في تقدير الشرط التعسفي ضمن القواعد العامة وطبقا للمفهوم التقليدي لعقد الاذعان، فإذا كشف بحسب تقديره الشرط التعسفي في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل هذا التعسف أو يلغيه، ولم يرسم له المشرع في ذلك إلا ما تقتضيه مبادئ العدالة [1]، كما أن المشرع في القواعد العامة لم يعرف عقد الإذعان بل اكتفى بإبراز بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره، إلا أنه وبعد اصداره للتشريعات الخاصة فقد اهتدى المشرع إلى تعريف عقد الإذعان وحدد المعيار الذي يقوم عليه الشرط التعسفي وهو ما نتناوله في **(الفرع الأول)**، كما أن انتهاج المشرع لنظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية قيد هو الآخر سلطات القاضي في تكييف ما إذا كان الشرط تعسفيا وهو ما نتناوله في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

أورد المشرع تعريفا لمصطلح الإذعان ضمن المادة 3 الحالة 4 من القانون 04- 02، كما سبقت الإشارة إليه، بحيث اعتمد على معيار حظرالتفاوض[2] بشأن الشروط التي انفرد الموجب بتحريرها مسبقا، والموجب هو المحترف في عقود الاستهلاك و عرف عقد الإذعان [3] عندما ذكر أن القبول يتم في عقود الإذعان بمجرد التسليم بهذه الشروط، أي يكون الرضوخ التام لإرادة الموجب، وبذلك يكون المشرع قد اهتدى إلى تعريف عقد الإذعان في قوانين الاستهلاك [4].

إن التعريف الوارد في المادة 03 الحالة 4 المذكورة أعلاه يكاد يكون مطابقا لما جاء في المادة 70 من القانون المدني، ومع ذلك فإن الفقه والقضاء كرس المفهوم التقليدي لعقد الإذعان بالاستناد إلى المادة 70 والمادة 110 من القانون المدني قبل انتهاج المفهوم الحديث لعقد الإذعان[5]، أي أن تعريف عقد الإذعان في قانون الاستهلاك يسلط الضوء على القواعد العامة الموجودة في القانون المدني مما يعني أن هناك موازنة من اختلال التوازن الكبير بين القانون المدني والقوانين الخاصة[6].

---

[1] – العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية،(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، سنة 2015، ص 633.

[2] – محمد خليفة كرفة ص 60.

[3] – بموجب المادة 03 الحالة 04 من القانون 04- 02 الذي سبقت الإشارة إليه.

[4] – محمد خليفة كرفة، المرجع السابق ص 60.

[5] – المرجع نفسه، ص 61.

[6] –Anne-cécile martin, le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence, revue des contrats, RDC, 2019, n 116, p 128.

كما أن المشرع اعتمد على معيار الميزة المفرطة للشرط التعسفي أي الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف وهو ما كرسته المادة 03 فقرة 5 من القانون 04-02 التي تنص: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، وأسقط خاصية الاحتكار عن عقد الاذعان، كما أنه قيد سلطة القاضي في التصدي للشروط التعسفية بعقود الاذعان بموجب المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

كما أن العقد قد يكون عابرا للحدود في العقود الالكترونية، بحيث يكون الطرفين متواجدين ومنتمين الى دول مختلفة لكل منهما قانونها الخاص، وما يعد شرطا تعسفيا بموجب أحد القوانين قد لا يكون كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى، أضف الى ذلك فإن الحكم بالنسبة للشرط التعسفي قد يختلف من دولة الى أخرى، فقد يعتبره أحد القانونين باطلا بطلانا مطلقا فيما يعتبره القانون الآخر باطلا بطلانا نسبيا، ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال المعاملات الالكترونية العابرة للحدود الوطنية نصت المادة 02 من القانون 18-05 على مايلي: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما اذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو
- مقيما اقامة شرعية في الجزائر، أو
- أوكان العقد محل ابرام أو تنفيذ في الجزائر".

رغم صدور قانون التجارة الالكترونية 18-05 إلا أنه لم يتعرض للشروط التعسفية التي قد يحتوي عليها العقد الالكتروني رغم أنه نظم الشروط الأساسية للعقد الالكتروني، وشروط التجارة الالكترونية، كما أنه لم ينص على الآليات القانونية التي توفر الحماية للمستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية، لذلك ينبغي النص على الجزاء المدني وعدم الاكتفاء بالجزاء الجزائي[1] المنصوص عليه بموجب القانون 04-02.

الفرع الثاني: اعتماد نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية

حدد المشرع قائمة الشروط التعسفية ضمن القانون 04-02 السابق الذكر، وذلك بموجب المادة 29 التي احتوت على ثمانية شروط تعسفية ويضاف إليها اثنا عشر شرطا تعسفيا جاءت بهم المادة 05 من المرسوم 06-306 على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، غير أن المشرع لم ينص على ترتيب جزاء البطلان على هذه الشروط التعسفية، بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على بطلان الشرط التعسفي بموجب المادة 131 ف 02 من قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1995 وكرسه أيضا في المادة 1171 بعد تعديل قانون العقود والإلتزامات سنة 2016.

[1] – زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،المجلد 07، العدد01، سنة 2020، ص ص 312-325، ص 323.

مع غياب أي حكم ينص على بطلان الشروط التعسفية فانه يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة وإعمال نص المادة 110 من القانون المدني، فيكون للقاضي السلطة التقديرية لتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها مع الإبقاء على العقد.

إن تحديد المشرع لقائمة الشروط التعسفية يتضمن استبعاد سلطة القاضي في تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا [1] فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بتعديلها متى كان ذلك ممكنا أو الإعفاء منها[2]، وفيما عدا هذه الشروط يبقى للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير الشرط التعسفي لأي شرط آخر، بشرط مراعاة الفقرتين 4 و5 من المادة 03 من القانون 04-02 المتعلقتين بضرورة ورود الشرط ضمن عقد الإذعان وأن يؤدي إلى الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد [3].

الخاتمة:

مع تطور وسائل التعاقد والانفتاح الإقتصادي لم يعد المتعاقد يعاني ضعفا اقتصاديا فحسب بل تعداه الى الضعف المعرفي وجهله بالسلع والخدمات وعدم الخبرة، مما جعل الفقه يدعوا الى ضرورة توسيع مفهوم عقد الإذعان وذلك باسقاط خاصية الإحتكار عن هذا العقد، وهو ما استجاب له المشرع في التشريعات الخاصة بعقود الاستهلاك بموجب المادة 03 الحالة 04 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث أكد على معيار واحد لتكييف عقد الإذعان وهو رفض التفاوض حول بنود العقد، إلا أنه ومن جهة أخرى ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

كما أن اصدار المشرع للقانون 08-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية لم ينص فيه على الشروط التعسفية التي يمكن فرضها من طرف المرد على المستهلك الإلكتروني، ولم ينص على آليات الحماية من الشروط التعسفية للمستهلك الإلكتروني.

وعليه فانه ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

- إن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان يقوم على خاصية احتكار الموجب للسلع والخدمات وهو الطرف القوي في العقد، بالإضافة إلى باقي الشروط الأخرى، المتمثلة في أن يكون الإيجاب عاما ومحرر مسبقا من طرف الموجب، أما قبول الطرف المذعن يكون مجرد تسليم بهذه الشروط دون أن يملك مناقشتها.

---

[1] – وهو ما يتعارض مع المادة 03 فقرة 5 من القانون 04-02 التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية في التأكد من وجود اختلال في التوازن العقدي بين حقوق وواجبات المتعاقدين.

[2] – بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك بموجب قانون الاستهلاك الذي سبقت الإشارة إليه، في المادة 131-2، كما نص على ذلك بموجب المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي المعدل على أن كل شرط في عقد الإذعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد يعتبر كأن لم يكن واستثنى أن تقدير الاختلال الواضح في التوازن على المحل الرئيسي للعقد ولا على ملاءمة الثمن للأداء.

[3] – منيرة جربوعة، آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، ص 207- 208.

– إن الإكراه الذي تتضمنه عقود الإذعان ليس إكراها بالمفهوم الذي تقوم عليه نظرية عيوب الرضا، وإنما هو إكراه اقتصادي.

– سلطة القاضي وفقا للمفهوم التقليدي لعقد الإذعان تعد واسعة في تحديد الشرط التعسفي وتقديره لخاصية الاحتكار لتعديل الشرط التعسفي.

– إن تطور وسائل التعاقد الحديث والانفتاح الاقتصادي نتج عنه توجه المشرع إلى توسيع مفهوم عقد الإذعان باعتماده على معيار وحيد لتكييف عقد الإذعان وهو معيار حظر مناقشة شروط العقد.

– حصر المشرع لنطاق الشروط التعسفية على عقود الإذعان، على الرغم من التوجه نحو انتهاج المفهوم الواسع لعقد الإذعان، ورغم اصداره للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الأمر الذي جعله يقلل من الحماية الفعالة للمستهلك، لأن عقود الاستهلاك هي الصورة المتطورة لعقد لإذعان، وبهذا فإن المشرع لم يأتي بالجديد في عقد الإذعان بحيث اعتمد على معيار ربط الشروط التعسفية بعقد الإذعان منذ أن صدر القانون المدني سنة 1975.

– لم ينص القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على الشروط التعسفية التي قد تفرض على المستهلك الإلكتروني، كما أنه لم ينص على آليات الحماية، وأحال اخضاع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما والمطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك.

وعليه فإننا نوصي بما يلي:

– ضرورة ربط الشروط التعسفية بكل العقود النموذجية سواء كانت عقود إذعان أو عقود مساومة، لأن الواقع أظهر أن الشروط التعسفية لم تعد ترتبط بعقود الإذعان فقط، بالإضافة إلى أنه ليس كل عقود الإذعان بالضرورة تتضمن الشروط التعسفية، بل إن عقود المساومة وفقا لتشريعات الاستهلاك لا يمتلك فيها المستهلك سوى الإذعان للطرف القوي لأن المفاوضة تكون صورية، وهي صورة متطورة لعقد الإذعان.

– احداث تعديلات على تشريعات الاستهلاك لتشمل حماية المستهلك من الشروط التعسفية في كل العقود على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك، والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المادة 1171.

– ضرورة تعديل المادة 03 الحالة 4 الفقرة الأولى من القانون 04- 02 لتشمل كل العقود وليس فقط عقد البيع، وسواء كان موضوع العقد عقارا أم منقولا .

– تعديل قانون التجارة الإلكترونية بحيث يتم تحديد الشروط التعسفية التي قد يتعرض لها المستهلك الإلكتروني وآليات الحماية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ قائمة المصادر:

أ- القوانين:

1- القانون 04-02، المؤرخ في 2004/06/23، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، ص 3)، المعدل والمتمم.

2- القانون 18-05، المؤرخ في 10 ماي سنة 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية،(الجريدة الرسمية، العدد 28، الصادرة بتاريخ 16ماي سنة 2018).

3- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1934.

4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المعدل والمتمم.

5- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.

6- القانون المدني العراقي رقمى40 لسنة 1951.

7- القانون المدني الليبي لسنة 1959.

9- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

10- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، المعدل والمتمم.

11- قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 02 فيفري 1995.

ب- الأوامر:

1- الأمر 75- 58، المؤرخ في 26/ 1975/9، المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/9/30)، المعدل والمتمم.

ج- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 06- 306، المؤرخ في 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، (الجريدة الرسمية، العدد 56، الصادرة في 2006/9/11، ص 16).

ثانيا/ قائمة المراجع:

أ- الكتب

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

2- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية، (العقد والإرادة المنفردة) ، بدون ذكر الطبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.

3- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام،(العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، 2009.

4- حمدي اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2006.

5- محفوظ لعشب بن حامد، عقود الاذعان في القانون المدني والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.

6- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة)، المجلد الأول، نظرية الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.

7- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2013.

ب- الرسائل الجامعية

8- بشير دالي، مبدأ تأويل العقد، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2007-2008.

9- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، علوم إسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر- باتنة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، السنة الجامعية: 2011-2012.

10- حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2011- 2012.

11- مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجامعية: 2014- 2015.

12- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2014-2015.

13- سمير زوبة، القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2016/03/13.

ج - المقالات

1- يمينة بليمان، "عقود الاذعان وحماية المستهلك"، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 51، جوان 2019.

2- محمد فواز الألوسي، "التعسف في عقود الاذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث عشر، 2018، متوافرة على الرابط :www.iasj.net : اطلع عليه بتاريخ 2020/10/02، على الساعة 10:00.

3- سارة بوفلكة، سلطة القضاء في التدخل لإعادة التوازن لعقد التأمين، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، العدد التسلسلي 20، أكتوبر 2019، ص ص 491- 510.

4- علي صالح مصبح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية، الحقوق، قسم القانون الخاص، 2011، متوافرة على الرابط: اطلع عليه بتاريخ: 2020/10/2، على الساعة 00: 17.

https://meu.edu.jo/libraryTheses/58bbdf8b69db2_1.pdf

5- محمد خليفة كرفة، "ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، نوفمبر 2017.

6- منيرة جربوعة، آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، بدون ذكر السنة.

7- عامر رحمون، "عقود الاذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد الأول، العدد 33.

8- زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد01، سنة 2020، ص ص 312-325، ص 323.

En français

1-Anne-cécile martin, le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence, revue des contrats, RDC, 2019, n 116, p 128. اطلع عليه بتاريخ: 2021/10/11 على الساعة الساعة 10:00

متوافرة على الرابط : (Https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDC116c4