الإخلال الظاهر: معيار محدد للشروط التعسفية

Apparent breach: The criterion specific arbitrary condition

أرزقي بوعراب[1*]،
[1]كلية الحقوق جامعة الجزائر
Arezki BOUARAB[1*],
[1]Faculty of Law, University of Algiers

تاريخ الاستلام: 2022/11/01 تاريخ القبول للنشر: 2022/12/02 تاريخ النشر: 2022/12/30

ملخص:

تبنى المشرع الجزائري معيار الإخلال الظاهر لمحاربة فرض التعامل بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك. وتبين من خلال هذا البحث أنه يتسم بخاصيتين؛ الأولى يتخذ مفهوما مرنا، بينما الثانية يجد مصدرا لتقديره من القاضي، والقانون، ولجنة البنود التعسفية.

وبتحليل الخاصيتين، تبين أن المرونة تتيح لمعيار الإخلال الظاهر التكيف مع أي شرط تعاقدي يُثار نزاع بشأنه. لكن خاصية التعدد في مصادر تقديره، تنقصها النجاعة العملية بسبب عدم إقرار المشرع لضمانات حديثة لتفعيلها.

الكلمات المفتاحية:الإخلال الظاهر، الشرط التعسفي، تقدير الإخلال الظاهر.

Abstract:

The Algerian legislator adopted the criterion of apparent breach to combat the arbitrary terms in consumer contracts. It was found that it has two characteristics. The first takes on flexible concept. The second finds a source of appreciation from the judge, the law, and the committee of arbitrary clauses.

By analyzing the two characteristics, flexibility has been show to allow the apparent breach criterion to adapt to any contractual clause. But the plurality in the sources of the assessment is lacking in practical efficiency due to the failure of the legislator to approve modern guarantees.

Keywords: Apparent breach, arbitrary condition, assessment of apparent breach.

*أرزقي بوعراب bouarabarezki@gmail.com

مقدّمة:

أدى التطور الصناعي والاقتصادي إلى بروز ظاهرة عدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطراف العقد، ما انعكس سلبا على التوازن العقدي الذي أصبح الوضع الغالب في الواقع العملي للعلاقات التعاقدية.

مفاد ذلك، أن هناك علاقات تعاقدية ترتب حقوقا والتزامات في مواجهة المتعاقدين، إلا أنها تتسم بالإخلال الظاهر بين هذه الحقوق والالتزامات المتقابلة، وهي سمة الظاهرة التعاقدية المعاصرة التي أفرزت طائفتين غير متكافئتين من المتعاقدين؛ الأولى يطلق عليها مصطلح المستهلكين، أما الثانية فيطلق عليها مصطلح المتدخلين.

على الرغم من كون عدم التكافؤ في المراكز التعاقدية بين المتدخل والمستهلك يرجع لأسباب اقتصادية، إلا أنها لا يمكن أن تبقى فكرة اقتصادية محظى، إذ كان لزاما إدخالها في إطار الفكر القانوني من أجل تنظيمها و تأطيرها لتحقيق غايات حماية المستهلك من الشروط التعسفية بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمتدخل.

تجسيدا لهذا الطرح،أصدر المشرع الجزائر بالقانون رقم 04-02المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]وهو أول قانون يتضمن قواعد قانونية خاصة بمحاربة البنود التعسفية، والتي عرفتها المادة 5/3 منه على أنه: ***«شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».***

يتبيّن من نص هذه المادة، أن معيار الشرط التعسفي هو الإخلال الظاهر[2]بالتوازن بين الحقوق والالتزامات المتقابلة لطرفي العقد، فكلما كان هناك إخلال ظاهر، يتحقق وصف التعسف على أي شرط من شروط العقد.

من هنا تتبين أهمية إقرار الشروط التعسفية، فهي آلية قانونية للحد من اللاتوازن العقدي الناتج عن فرض المتعاقد الأقوى اقتصاديا شروطا تنال من حقوق المتعاقد الضعيف، عن طريق تضمين العقد شروطا توصف على أنها تعسفية كلما أدت إلى الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد[3].

---

[1]- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، صادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010، وبقانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية، ج ر عدد 76، صادر في 28 ديسمبر 2017.

[2]- وهو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري لتقدير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية، بعد نقله عن المشرع الفرنسي الذي اعتمده في المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك.

[3]-DELVAUX Paul-Henry, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisonsFranco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p85.

فإذا كان الإخلال الظاهر معيارا لازما للشرط التعسفي، فإن الإشكالية التي تطرح تتمثل فيما يلي: **كيف يساهم تحديد معيارالإخلال الظاهر في الكشف عن الشروط التعسفية؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة، فإن الأمر يطلب الإحاطة بمفهوم فكرة الإخلال الظاهر كمعيار يتحدد من خلاله الشرط التعسفي **(المبحث الأول)**، ثم التطرق إلى الآليات القانونية المتاحة لتقدير الإخلال الظاهر **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الإخلال الظاهر: مفهوم غير محدد

أكثر ما يرد من عبارات في إطار الآليات القانونية الموجهة لحماية المستهلك، نجد عبارة الإخلال الظاهر.إلا أنه وبالرغم من شيوعه في هذا المجال ووضوح الغاية المحددة منه، إلا أن الإخلال الظاهر يبقى مفهومه غير محدد[1].

لذلك، فإن الأمر يتطلب ضبط مفهوم الإخلال الظاهر، لكن ليس بدراسته كعبارة واردة في المادة 5/3من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لأن هذا لن يوصلنا إلى الغاية من هذه الدراسة، وإنما يتم ضبط مفهومه من زاوية أخرى تتم على مرحلتين: المرحلة الأولى، ضرورة ضبط كل من مصطلح «الإخلال» ومصطلح «الظاهر» **(المطلب الأول)** والمرحلة الثانية إبراز آثار صعوبة ضبط مفهوم الإخلال الظاهر**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: ضرورة ضبط مفهوم مصطلحي «الإخلال» و«الظاهر»

تعتبر عبارة الإخلال الظاهر أداة قانونية يعبر بها المشرع الجزائري في القانون 04-02 والخاص بالممارسة التجارية والذي يعتبر شرطا لازما لاعتبار أي بند تعاقدي يتضمن تعسفا من شأنه أن يؤدي إلى اللاتوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل.

يفهم من هذا أن ضبط مصطلحي «الإخلال» و«الظاهر» تتم أكثر من منظور كونها أداة قانونية لحماية المستهلك من تعسف المتدخل. وهذا ما سنبينه تواليا من خلال ضبط مصطلح الإخلال **(الفرع الأول)**، ثم ضبط مصطلح الظاهر **(الفرع الثاني)**.

[1]-DOMONT-NAERT Françoise, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996, p 229.

الفرع الأول: ضبط مصطلح «الإخلال»

تتطلب عملية ضبط مفهوم مصطلح «الإخلال» إحاطته من زاويتين؛ الأولى تتعلق بتحديد معنى مصطلح الإخلال**(أولا)**. والثانية ترتكز على إبراز طبيعة الإخلال**(ثانيا)**.

أولا – تحديد معنى مصطلح «الإخلال»

يمكن الجزم مسبقا أن مصطلح «الإخلال» الوارد في المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يفيد في معناه، التفاوت، وبدرجة أقل عدم المساواة،أو عدم التماثل.

ويقترب التفاوت من عدم المساواة في معناهما الذي ينصرف إلى عدم المساواة، وهو بهذا المعنى لا يدل بما يكفي للتعبير عما ينصرف إليه مصطلح «الإخلال»؛ لأن غاية إقراره من طرف المشرع تتعدى مجرد معنى التفاوت أو عدم المساواة بين الحقوق والالتزامات المتقابلة بين طرفي عقد الاستهلاك[1].

فبخلاف التفاوت وعدم المساواة، يبرز عدم التماثل[2]على أنه الأقرب من حيث المعنى والمدلول إلى ما يعنيه المشرع من مصطلح «الإخلال»،على أساس أن عدم التماثل يشكل أو يجسد المعنى الذي يتضمنه مصطلح «الإخلال»[3].

ومرد ذلك، أن مصطلح «الإخلال» لا يقتصر، ولا يجب أن يقتصر، على مجرد التفاوت أو عدم المساواة، وإنما يتعداه إلى عدم التماثل الذي يجسد مضمون مصطلح «الإخلال» والذي من شأنه أن يؤثر بشكل ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

ليقابل بذلك عدم التماثل مصطلح «الإخلال» وينطبق عليه؛ بحكم أن عدم التماثل يفيد الغياب الفادح للتوازن العقدي[4]، ولما كان على هذا المعنى، فهو يشمل مدلول الإخلال الذي يؤدي إلى التأثير السلبي بشكل ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك.

---

[1]-PLOTNIC Olesea, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Grenoble, juin 2013, p 276.

[2]–صبايحي ربيعة، «تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية»، الملتقي الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 07 و08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص 481.

[3]-PEGLION-ZIKA Claire-Marie La notion de clauses abusives au sens de l'article L.132-1 du Code de la Consommation, thèse de doctorat en droit privé, université Panthéon - Assas Paris 2, décembre 2013, p 245.

[4]– براحلية بدرالدين،«حماية المستهلك من الشروط التعسفية»، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و18 نوفمبر 2009، ص 198.

يَستقى هذا المعنى من خلال نص المادة نفسها؛ فباعتبارها نصا قانونيا يهدف بالدرجة الأولى لحماية المستهلك، يمكن إدراك دلالته بالربط بين معنى مصطلح «الإخلال» وغاية المشرع من وراء إقراره.

يتبين مما سبق، صعوبة ضبط مفهوم أو تحديد معنى لمصطلح «الإخلال»، الذي يتعين كذلك توضيح طبيعة هذا الإخلال.

ثانيا-تحديد طبيعة الإخلال

لتوضيح مفهوم مصطلح «الإخلال»،فإن الأمر يستوجب البحث في طبيعة هذا الإخلال، بمعنى ما هو الجانب الذي يجب أن يمسه الإخلال الذي يبرر وصف أي شرط تعاقدي على أنه يتضمن تعسفا؟

يتضح مسبقا أن الإخلال ذو طابع مادي وليس معنوي، ولا يعتد بنية المتدخل إذا ما كان عن حسن أو سوء نية منه عند وضع شروط العقد. وهو ما يستخلص من العبارة الأخيرة لنص المادة 5/3 من القانون رقم 04-02المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على أن: ***«شرط تعسفي... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد»***.

فلم يعتد المشرع بسلوك المتدخل في تحديد طبيعة الإخلال، وهو ما يؤدي إلى استبعاد أي طابع معنوي للإخلال،أي مفاده أن مبدأ حسن النية لا يعتبر وسيلة لتحديد طبيعة الإخلال[1].

فالإخلال يكون ماديا بين حقوق وواجبات أطراف العقد، أما عن طبيعته فتستخلص من نص المادة 5/3 من القانون رقم 04-02المحددللقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

لذلك، فالمشرع قام بدمج التعسف بوصفه آلية قانونية مع الإخلال بوصفه مفهوم اقتصادي من أجل تحديد طبيعة الإخلال، وهو ما يحلينا إلى اعتبار أن الإخلال ذو طبيعة قانونية اقتصادية؛ لأن العقد ما هو إلا وسيلة قانونية لتبادل المصالح الاقتصادية بين المتعاقدين[2].

وبالتالي، فطبيعة الإخلال تتحدد وفقا لعنصرين أساسيين متلازمين، الأول عنصر اقتصادي، والثاني قانوني؛ فالأمر يتعلق بفرض جزاء قانوني على غياب التماثل بين حقوق وواجبات أطراف العلاقة التعاقدية بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية للمتعاقدين، والتي يتم تقديرها من خلال شروط العقد.

الفرع الثاني:ضبط مصطلح «الظاهر»

لما كان مصطلح «الظاهر» يعتبر العنصر الرئيسي لوصف الإخلال، فإنه يلزم التمييز بين الإخلال الظاهر والإخلال العادي المسموح به قانونا. وبهذه الطريقة يمكن وضع حد معين بين الإخلال الذي تنطبق

[1]- GHESTIN Jaques, (Sous dir), L'annulation par les juges des clauses abusives (Cass. Civ, 1er, 6 décembre 1984 et 14 mai 1991), in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991, p 116.
[2]- PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 247.

عليه أحكام الشروط التعسفية والإخلال الذي يخرج من نطاق تطبيق أحكام التعسف على الشروط التعاقدية، لأنه منطقيا لا يمكن اعتبار كل إخلال تعسفا[1].

ولما كانت آليات محاربة الشروط التعسفية تشكل استثناءا على أحكام القواعد العامة التي لا تعتبر التوازن بين الحقوق والالتزامات شرطا لصحة العقد، فقد جعل المشرع من هذه الحماية تقتصر فقط على الشروط التي تشكل إخلالا ظاهرا بين الحقوق وواجبات أطراف عقد الاستهلاك.

يظهر بتطبيق هذا على مصطلح «الظاهر»الذي يلحق وصف الإخلال أنه، يجب أن يترتب عنه تفاوت حقيقي بين حقوق وواجبات أطراف العقد، بمعنى أن يكون ذا أهمية تشكل خطورة حقيقية تؤثر سلبا على حقوق والتزامات المستهلك بمقارنتها مع تلك التي تكون في مصلحة المتدخل.

مما مفاده، أن مجرد الإخلال لا يمكن لوحده أن يؤدي إلى تفعيل أحكام الحماية ضد الشروط التعسفية، لأن المشرع يستلزم أن يكون هذا الإخلال ظاهرا، وحتى يكون كذلك،يجب أن يبلغ حدا من الجسامة التي تؤثر على التوازن المنطقي الأدنى بين حقوق وواجبات أطراف عقد الاستهلاك[2].

يتبين مما سبق، أن الإخلال الظاهر باعتباره معيارا للفصل بين الشرط الذي يتضمن تعسفا والشرط الذي لا يعتبر كذلك، لا يبدو من الناحية العملية أمرا سهل تطبيقه، وهذا راجع لاعتبارات عديدة، ولعل أبرزها تكمن في اعتماد المشرع للضمانات التقليدية في تفعيلها، إذ، يقع على عاتق المستهلك إثبات التعسف في أي شرط من شروط العقد[3]،والقاضي ليس ملزما بإثارتها تلقائيا عندما يتصل بأي نزاع يتعلق بعقود الاستهلاك[4].

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الطابع غير المحدد للإخلال الظاهر

لا يخلو في الواقع العملي الطابع غير المحدد للإخلال الظاهر من آثار تنصرف إلى طرفي عقد الاستهلاك بشكل يؤثر على المراكز التعاقدية لهما، وهي الغاية من إقرار المشرع للحماية ضد الشروط التعسفية؛ فمن جهة، تشكل حمايةً للمستهلك ضد كل شرط تعاقدي ينال من مصالحه المشروعة من وراء إبرام العقد، ومن جهة أخرى تشكل آلية للحد من عدم تردد المتدخل في تضمين العقود بشروط تعسفية.

---

[1]–جميعي حسن عبد الباسط،أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 248.

[2]–لعشب محفوظ بن حامد،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 173.

[3]–بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018، ص 182.

[4]–ما يثير الاستغراب في موقف المشرع الجزائري، هو منح سلطة جوازية للقاضي بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي في إطار نظرية الإذعان في القواعد العامة في المادة 110 من القانون المدني، لكن، في إطار الآليات الحديثة التي غايتها حماية المستهلك من الشروط التعسفية، فوردت خالية من أي إشارة إلى سلطة القاضي، لا بجواز إثارتها ولا بوجوب إثارته للشروط التعسفية.

يتطلب توضيح هذه الآثار تحليلا قانونيا منطقيا وعمليا لها، وهذا بإبراز تأثيرها على المستهلك **(الفرع الأول)**، وعلى المتدخل **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: أثر الطابع غير المحدد للإخلال الظاهر على المستهلك

قد يتبادر إلى الأذهان أن الطابع غير المحدد للإخلال الظاهر يؤثر فقط بشكل سلبي على المستهلك، لكن في الواقع فإن الأمر خلاف ذلك، إذ يمنح له هذا الوضع عدة مزايا في مواجهة المتدخل، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا لا يجعله يخلو من آثار سلبية يمكن أن تنال من مصالحه، لكن، ليس نتيجة للطابع غير المحدد للإخلال الظاهر، وإنما نتيجة للضمانات المتاحة له قانونا لتفعيل الحماية من الشروط التعسفية، وهو الجانب الذي يؤخذ عليه المشرع الجزائري.

فمن ناحية المزايا التي يمنحها للمستهلك في مواجهة المتدخل، يهدف المشرع من إقرار أحكام حمائية ضد الشروط التعسفية إلى حظر الممارسات التعاقدية التعسفية التي تنال من توقعاته المشروعة وقت إبرام العقد.

ولا يفهم من هذا أنه يهدف إلى وضع المستهلك والمتدخل في مراكز تعاقدية متساوية، وإنما إقرارها قد تم من أجل التأثير على وضع كل طرف في المركز التعاقدي الخاص به، لأن مركز كل طرف متميز عن الآخر في عقود الاستهلاك[1].

فبعد إقرار تعريف للشرط التعسفي في المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي تضمن قائمة لبعض البنود التي تعتبر تعسفية، أصدر بعدها المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2]، والذي بموجبه تم تأسيس لجنة البنود التعسفية طبقا للمادة 6 منه[3]، والتي تتدخل كخبير في مجال البحث والتحري عن البنود التعسفية التي يطبقها المتدخلون عند إبرام للعقود مع المستهلك.

ولا يفهم من هذا أنه يهدف إلى وضع المستهلك والمتدخل في مراكز تعاقدية متساوية، وإنما إقرارها قد تم من أجل التأثير على وضع كل طرف في المركز التعاقدي الخاص به، لأن مركز كل طرف متميز عن الآخر في عقود الاستهلاك.

[1]-PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 255.

[2]-مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 صادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 23 فيفري 2008، ج ر عدد 07 صادر في 24 فيفري 2008.

[3]-«**تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة...**».

فمبدئيا، ومما لا شك فيه، أن هذه الإجراءات المتخذة بعد إيراد تعريف للشرط التعسفي، من شأنها أن تعزز حظر الممارسات التعاقدية التعسفية لفائدة المستهلك، فهي إثراء قانوني في سياق تحديث آليات ضمان عدالة الممارسات التعاقدية.

لكن، من ناحية الضمانات المتاحة لتكريس هذه الآليات في الواقع العملي، فإنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم مسايرة هذا التحديث من زاوية الضمانات التي تكفل سلاسة تجسيدها في الواقع العملي.

فلا يصعب ملاحظة أن عبئ إثبات التعسف في شرط أو أكثر من شروط العقد يقع على عاتق المستهلك، ويخضع في ذلك لأحكام الإثبات في ظل القواعد العامة، وهو أمر يصعب على المستهلك. إضافة لذلك، لم يقر أي حكم يلزم القاضي بإثارة أي شرط تعسفي من تلقاء نفسه عند فصله في نزاع يتعلق بعقود الاستهلاك.

الفرع الثاني: أثر الطابع غير المحدد للإخلال الظاهر في مواجهة المتدخل

يفهم من هذا العنوان أن أثر صعوبة ضبط مفهوم الإخلال الظاهر في مواجهة المتدخل يمكن أنتكون في مصلحة المستهلك، بمعنى أن هذه الآثار بالنظر إلى أنها تكون على عاتق المتدخل، فهو يتحملها، وبما أنه يتحملها، فهي بالضرورة تصب في مصلحة المستهلك.

فمن زاوية عدم وضع مفهوم محدد للإخلال الظاهر، أضفى عليه نوعا من المرونة تُسهل عملية تكييف كل شرط يخل بالتوازن بشكل ظاهر على أنه تعسفي.

فخاصية المرونة تساهم في مواجهة اجتهاد المتدخل في ابتكار صيغ جديدة للشروط التعسفية التي يتعمد تضمينها في عقود الاستهلاك على أساس أن شروط هذه العقود يحررها ويعدها المتدخل مسبقا بإرادته المنفردة[1].

وهو ما يُكرس حلا عمليا يمكن تجسيده في الواقع العملي لأنه يُضفي نوعا من التناسب بين الحل القانوني والفعل الصادر من المتدخل.

عليه، فكون الإخلال الظاهر مفهوم يتسم بالمرونة، فإنه يَثقل عاتق المتدخل بالحرص على تجنب وضع الشروط التعسفية بأي طريقة كانت، كما أنه يجد نفسه في موقع أقل تفوقا تجاه المستهلك للتمسك أمام القضاء من أجل نفي التعسف على أي شرط يُثار بشأنه النزاع.

يتبين من خلال هذا، أن مرونة مفهوم الإخلال الظاهر يضمن أفضل حماية للمستهلك ضد الشروط التعسفية؛ لأن هذه الخاصية تُمكنه من التكيف ومسايرة الشروط التعسفية التي يجتهد المتدخل في ابتكارها، ليتجاوز بذلك مفهوم الإخلال الظاهر وضعية الجمود التي تمنعه من مسايرة تزايد الحيل التي يلجأ إليها المتدخل لفرض الشروط التعسفية.

[1]- PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 254.

يُضاف إلى ما تم ذكره، رفض ادعاء المتدخل بالمساس بالأمن التعاقدي نتيجة عدم تأكده من أن شرطا من شروط العقد يتضمن تعسفا؛ فإذا ما تم إبطال الشرط واعتباره كأنه لم يكن أصلا، يتنافى مع توقعاته التعاقدية.

فهذا الادعاء مردود عليه وغير مقنع، لأنه في الواقع العملي فإن المتدخل يلجأ إلى خبراء ومختصين قانونيين في مجال إعداد العقود وتحريرها، ولا مجال للاحتجاج بالمساس بالأمن التعاقدي من أجل التحايل على الأحكام الحمائية ضد الشروط التعسفية[1].

فلو أسلمنا فرضا أن هذا الادعاء مؤسس، فكيف يبرر المتدخل تزايد الدعاوي القضائية التي موضوعها طلب إبطال أو إلغاء الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الاستهلاك؟ لذلك، لا يصعب دحض هذا الادعاء، فبالرجوع إلى الواقع العملي اليومي في مجال عقود الاستهلاك نجد الكم الهائل من الدعاوي التي يكون موضوعها الشروط التعسفية، أين يطالب المستهلك بالحكم بعدم نفاذها اتجاهه لأنها تنال من توقعاته المشروعة زمن إبرام العقد.

لنخلص إلى القول بأن الإخلال الظاهر بالرغم من صعوبة إعطاء مفهوم له بشكل محدد، إلا أن هذا يشكل ضمانة أفضل للمستهلك؛ بمعنى أن الحاجة العملية التي حكمت صعوبة هذا التحديد، هي نفسها التي يتبرر من خلالها هذا الوضع، فبداع النجاعة العملية في الحماية ضد البنود التعسفية، فقد اتسم الإخلال الظاهر بالمرونة ليتيح بذلك إمكانية تطبيقه على أي شرط كلما اقتضت الضرورة العملية ذلك.

فبحكم خاصيته التي تكمن في صعوبة تحديد مفهوم ثابت له، فإن عملية تطبيقه تتطلب أولا تقديره.

المبحث الثاني

آليات تقدير الإخلال الظاهر

مبدئيا، يكون من اختصاص القاضي تقدير مدى تحقق الإخلال الظاهر في أي شرط تعاقدي متنازع فيه، إلا أن خصوصية الإخلال الظاهر جعلت عملية تقديره لا تقتصر على القاضي فقط، وإنما تشاركه في ذلك مصادر أخرى قانونية وإدارية.

سنحاول تواليا إبراز دور كل مصدر من هذه المصادر في عملية تقدير الإخلال الظاهر،لأن كل منها تعمل في سياق ضمان الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية،وهذا ما سيتبين من خلال دور المصادر القانونية والإدارية **(المطلب الأول)**، ودور القضاء **(المطلب الثاني)**.

[1]- PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 254.

المطلب الأول: دور المصادر القانونية والإدارية

يُضاف إلى خاصية المرونة التي يتسم بها مفهوم الإخلال الظاهر خاصية أخرى، تتعلق بعملية تقديره، فهي ليست حصرا على القاضي، حيث تجد مصدرا لها من القانون مباشرة **(الفرع الأول)** ومن لجنة إدارية ذات طابع استشاري تتمثل في لجنة البنود التعسفية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: القانون كمصدر مباشر لتقدير الإخلال الظاهر

فرضت متطلبات حماية المستهلك من الشروط التعسفية تدخلا مباشرا من المشرع الجزائري لتقدير الإخلال الظاهر، لكنها ليست بالفكرة الجديدة، وإنما استقاها من المشرع الفرنسي الذي سبقه إلى هذه الآلية[1].

على غرار المشرع الفرنسي[2]، تبنى المشرع الجزائري قائمتين بيانيتين لا على سبيل الحصر لما يمكن اعتباره شرطا تعسفيا بقوة القانون، القائمة الأولى أصدرها بموجب نص تشريعي **(أولا)** أما الثانية بموجب نص تنظيمي **(ثانيا)**.

أولا –القائمة المحددة عن طريق التشريع

أورد المشرع هذه القائمة بموجب نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على أن: «تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

6-رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7-التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تقديم الخدمة،

[1]-Loi n°**78 - 23** du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. www.legifrance.gouv.fr.
[2]- Décret N° 2009-302 du 18 mars 2009, J O du 20 mars 2009.

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة».

تضمن نص المادة المذكورة ثمانية حالات لشروط تعسفية بقوة القانون، بمعنى أن كل شرط تعاقدي في عقود الاستهلاك يكون مضمونه مطابق لمضمون إحدى الحالات الثمانية المذكورة، فيتعين الحكم بأنه شرط يتضمن تعسفا ينال أو يهدد من التوقعات المشروعة للمستهلك زمن إبرام العقد.

عزز المشرع هذه القائمة المذكورة بقائمة ثانية حددها بموجب نص تنظيمي وليس تشريعي.

ثانيا: القائمة المحددة عن طريق التنظيم

بدورها تضمنت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية 12 حالة لبنود تعسفية.

ولا يسع المجال هنا لتعدادها، لأن ليس هذا هو الهدف من هذا البحث، وإنما إبراز دور القانون كمصدر مباشر لتقدير الإخلال الظاهر، لكن هذا لا يمنع من ذكرها عن طريق تصنيفها من خلال أوجه التعسف التي تضمنتها للوقوف على دور هذه القائمة في تقدير الإخلال الظاهر.

فبتصنيفها يمكن استخلاص أن أوجه التعسف التي تتضمنها تتعلق بممارسة حق فسخ العقد، وبالآثار المالية المترتبة عن عدم تنفيذه، وحرمان المستهلك من اللجوء إلى طرق تسوية النزاعات، وإخضاعه لبنود جديدة لم ترد في العقد، وبنود تعسفية أخرى تُثقل التزامات المستهلك.

يُجسد نظام القوائم التدخل القانوني المباشر كمصدر لتقدير الإخلال الظاهر، ولها خاصية تكمن في افتراض التعسف بقوة القانون للشروط الأكثر استعمالا والأكثر خطورة والتي أثبت الواقع العملي أنها تتضمن إخلالا ظاهرا بذاتها بحكم ما تمنحه للمتدخل من مزايا دون أن تمنح مثيلا لها للمستهلك[1].

وجدير بالذكر أن وجود قائمة محددة بموجب نص تشريعي وأخرى بنص تنظيمي، لا يجب أن نفهم من ذلك أن الشروط الواردة في النص الأول لها قوة إلزامية أكثر من تلك الواردة في النص الثاني. فالمسالة لا تتعلق بقوة تدرج القوانين، وإنما فقط أن القائمة التنظيمية صدرت تطبيقا لأحكام النص التشريعي[2].

الفرع الثاني:الإدارة كمصدر لتقدير الإخلال الظاهر

عملا بالآليات الحديثة لمحاربة الشروط التعسفية أسس المشرع الجزائري لجنة البنود التعسفية على غرار المشرع الفرنسي لتتدخل كخبير في مجال تقدير الإخلال الظاهر[1].

---

[1]- جميعي حسن عبد الباسط، مرجع سابق، ص 281.

[2]- صدرت القائمة التنظيمية تطبيقا للمادة 30 من القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

تأسست اللجنة بموجب المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2].

طبقا للنص القانوني المنشئ للجنة، فإن اختصاصاتها تتمثل في البحث في العقود المطبقة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ولها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، كما يمكنها مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها من تلقاء نفسها أو من طرف أي جهة لها مصلحة في دراسة بنود عقود الاستهلاك[3].

بالرجوع إلى الواقع العملي، فإن التنصيب الرسمي لأعضاء اللجنة تم بصفة رسمية مؤخرا[4] بتاريخ 20 فيفري 2018 طبقا للقرار الوزاري المؤرخ في 27 نوفمبر 2017 المحدد للقائمة الاسمية لأعضاء اللجنة من طرف الوزير المكلف بالتجارة[5].

وتضم اللجنة ممثلان عن وزير التجارة، وممثلان عن وزير العدل، وممثلان عن مجلس المنافسة، ومتعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، وفي الأخير، مثلان عن جمعيات حماية المستهلك، على أن يترأسها أحد ممثلي وزير التجارة[6]. ولها أن تستعين بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها[7].

يعتبر تأسيس لجنة البنود التعسفية مكسبا يساهم في حماية المستهلك من الشروط التعسفية بفضل المهمة المخولة لها قانونا، لتشكل بذلك مصدرا من مصادر تقدير الإخلال الظاهر.

وجدير بالذكر أنه لم يصدر إلى حد الآن توصيات عن عمل اللجنة، وهو ما لا يسمح بتقييم دورها، وهذا عكس عمل لجنة البنود التعسفية في فرنسا، والتي أصدرت خلال الفترة التي تمتد من 1978 إلى 2013،73 توصية[8]، و35 رأيا بناءا على إخطارات قضائية[9].

---

[1]- La Commission des clauses abusives a été instituée par les articles 36 et 38 de Loi n°**78 - 23** du 10 janvier 1978, relative à l'information…op cit.

[2]- **«تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة...».**

[3]- المادة 7 والمادة 11 من مرسوم تنفيذ ي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود...، سالف الذكر.

[4]- تم تنصيب أعضاء لجنة البنود التعسفية بصفة رسمية في تاريخ 20 فيفري 2018 www.commerce.gov.dz.

[5]-قرار مؤرخ في 27 نوفمبر 2017، يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج ر عدد 75، صادر في 27 ديسمبر 2017.

[6]-المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، سالف الذكر.

[7]-المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44، سالف الذكر.

[8]- PLOTNIC Olesea, op cit, p 350.

[9]- PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 287.

نستخلص مما سبق ذكره، أن للتشريع والتنظيم ولجنة البنود التعسفية دور في تقدير الإخلال الظاهر لمساهمة في وضع قوائم لشروط تعتبر مسبقا بأنها تتضمن تعسفا ولا يمكن للمتدخل أن يتعامل بها في مواجهة المستهلك.

المطلب الثاني: المصدر القضائي لتقدير الإخلال الظاهر

لا يكون القضاء مصدرا لتقدير الإخلال الظاهر إلا عند اتصاله بنزاع يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية المتضمنة في العقود التي يبرمها مع المتدخل.

فتدخله ليس مباشرا وليس تلقائيا، لأنه متوقف على دعوى قضائية يرفع غالبا المستهلك ضد المتدخل، على العكس من المصدر القانوني والإداري لتقدير الإخلال الظاهر اللذان يكون تدخلهما مباشرا.

ولا يمكن توضيح دور القضاء كمصدر لتقدير الإخلال الظاهر دون التطرق إلى نقطة أساسية لا يمكن إغفالها، وهي كيف انتزع هذا الدور **(الفرع الأول)**، ثم نبين سلطاته في تقدير الإخلال الظاهر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: انتزاع القاضي لدوره في تقدير الإخلال الظاهر.

قد يبدو هذا العنوان الذي يتضمن مصطلح «انتزاع» غريبا عن لغة القضاء، لكن تاريخيا يوجد ما يبرر استعماله، ونقصد هنا الحديث عن التجربة القضائية الفرنسية في تقديرها للإخلال الظاهر، حيث استبعد المشرع الفرنسي أي دور أو تدخل للقاضي في تقدير الإخلال الظاهر، وقصر هذا الدور على المشرع[1].

فتم منع القضاة من ممارسة سلطتهم في تقدير الإخلال الظاهر، وهو ما أكده المشرع الفرنسي في قانون 1978/01/10 المتعلق بحماية المستهلك، الذي تضمن منع القاضي من أي سلطة للرقابة على الشروط التعسفية وتقدير الإخلال الظاهر لأي شرط متنازع فيه لم يرد في نظام القوائم التي وضعها المشرع الفرنسي.

معنى ذلك أن سلطة القاضي تنحصر في التأكد من أن الشرط وارد في نظام القوائم، فإذا ما تأكد أنه وارد فيها، فيمكن أن يحكم بأنه شرط تعسفي، أما إذا لم يرد في كلا القائمتين، فلا سلطة له في تقدير طابعه التعسفي من عدمه.

لكن، القضاء الفرنسي لم يبقى على هذا المنع، بل لا يجب أن يبقى كذلك، لأن سرعة تنامي التعامل بالشروط التعسفية لا يمكن مجابهتها بالاعتماد على المراسيم التي تصدرها الحكومة الفرنسية بمنع شروط معينة.

من أجل تجاوز هذا الإشكال اتخذ القضاء الفرنسي موقفا مغايرا من هذه المسألة، فأمام فراغ وعجز السلطة التنظيمية عن مسايرة ظاهرة البنود التعسفية، أصدرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض قرارين

[1]- CALAIS - AULOY Jean, Les clauses abusives en droit français, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991, p 117.

مرجعيين[1]، الأول صدر بتاريخ 14 ماي 1991، والثاني صدر بتاريخ 26 ماي 1993، انتزعت بموجبهما سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي لأي بند بالاستناد إلى التعريف القانوني المكرس في المادة 35 من قانون الاستهلاك، واستقلالا عن المراسيم الحكومية[2].

فالضرورة العملية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، لا تغني عن وجوب تدخل القاضي لتقدير الإخلال الظاهر، وهو ما تأكد بعد ذلك، ففي البداية تم منع القضاء من إبطال أي بند غير وارد في مرسوم حكومي، وبعد انتزاع القضاء لهذه السلطة، أجاز له المشرع تقديره من تلقاء نفسه، ليصل إلى تطور مهم، وهو إلزام القاضي بإثارته من تلقاء نفسه[3].

أما عن التجربة الجزائرية، فلم تعرف مثل هذه المراحل والتطورات، وهو ما يستخلص من المادة 110 من القانون المدني التي أجازت للقاضي إعمال سلطته التقديرية في تعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي يرد في عقود الإذعان.

الفرع الثاني: سلطات القاضي في تقدير الإخلال الظاهر

تختلف سلطات القاضي في تقدير الإخلال الظاهر بين ما إذا كان بصدد فحص شرط متنازع فيه استنادا إلى نظام القوائم**(أولا)**، وبين ما إذا كان بصدد فحص الشرط المنازع فيه إعمالا لسلطته التقديرية استنادا لمعيار الإخلال الظاهر **(ثانيا)**.

أولا–سلطات القاضي استنادا إلى نظام القوائم

يقوم نظام القوائم على فكرة أساسية، وهي توفير حماية مباشرة للمستهلك ضد الشروط التعسفية عن طريق التحديد القانوني المسبق لشروط معينة تتضمن تعسفا بذاتها تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

يفهم من هذا، أن سلطة القاضي في تقدير الإخلال الظاهر تكون محدودة؛ ومرد ذلك يكمن في أن القانون أقر مسبقا بأن الشروط الواردة في القوائم تتضمن تعسفا، ولا مجال للقاضي في أن يفحص الإخلال الظاهر وفقا لسلطته التقديرية متى كان الشرط وارد في إحدى القائمتين التشريعية أو التنظيمية.

---

[1]-PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op cit, p 274.

[2]-CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, obligations, contrats spéciaux, suretés, 12eme édition, DALLOZ, Paris 2008, p 137.

[3]-« **Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application** »,Article L. 141-4 inséré dans le Code de la consommation par l'article 34 de la Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 0003 du 4 janvier 2008, modifier par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, article 81, et abrogé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, article 34, puis devenu article R. 632-1 du Code de la consommation, créé par Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relative à la partie réglementaire du Code de la consommation, selon lequel :« **Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat**».

عند فحص القاضي للشرط المتنازع فيه على أنه يتضمن تعسفا، وعند تأكده من أن مضمونه يتطابق مع أحد البنود المتضمنة في نظام القوائم، فيحكم بإلغائه واعتباره كأنه غير مكتوب في العقد.

وما ينبغي الإشارة إليه هنا، هو أن تحقق القاضي من أن الشرط المتنازع فيه وارد أم لا في نظام القوائم، لا يكون بالبحث المادي لوجود الشرط في إحدى القائمتين، وإنما يتم فحصه من زاوية إمكانية تتطابق مضمونه مع أي شرط من الشروط التعسفية بقوة القانون الواردة في القائمة التشريعية والقائمة التنظيمية.

أما إذا تأكد من أن الشرط المتنازع فيه غير وارد في إحدى القائمتين، فهنا يلجأ إلى فحصه استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر.

ثانيا-سلطات القاضي استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر

خلافا لنظام القوائم، فإن القاضي يتمتع بسلطات واسعة في تقدير ما إذا كان الشرط المتنازع فيه يتضمن تعسفا أم لا، استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد كما هو معرف في المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

تبرز السلطات الواسعة للقاضي عند تقدير الطابع التعسفي استنادا إلى معيار الإخلال الظاهر، في عدم تقييد سلطته، إذ يمكن له أن يقدر الإخلال الظاهر إما زمن إبرام العقد بالنظر إلى الظروف الموضوعية المحيطة به، وإما أن يقدره عند التنفيذ، ومرد ذلك، أن من خصوصيات الشروط التعسفية، أن لا يظهر فيها التعسف زمن الإبرام، لكن عند التنفيذ سيتبين أنها تتضمن تعسفا أدى إلى إخلال ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

إلا أن هذه السلطات في حاجة إلى ضمانات تشريعية حديثة لضمان تجسيدها بشكل أكثر فعالية في حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، فعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي يلزم القاضي بإثارة أي شرط تعسفي من تلقاء نفسه، فإن المشرع الجزائري، لم يتخذ أي إجراء حديث في مواجهة القاضي عند تطبيق الآليات الحديثة للحماية من الشروط التعسفية، واكتفي بما أقره في المادة 110 من القانون المدني التي جعلت من سلطته في مواجهة الشروط التعسفية جوازية لا إلزامية، سواء عند التعديل أو الإلغاء. وهو ما يحد من فعاليته في تقدير الإخلال الظاهر.

[1]- جميعي حسن عبد الباسط، مرجع سابق، ص، 114.

الخاتمة:

بغض النظر عن صعوبة تحديد مفهوم للإخلال الظاهر، يبقى وضع معيار واحد وموحد لتقديره أمر إيجابي في ظل آليات الحماية من الشروط التعسفية، وهذا ما تم بيانه من خلال هذا البحث، فالتبني التشريعي لمفهوم الشرط التعسفي ترتبت عنه نتائج هامة في ظل الآليات الحمائية للمستهلك ضد الشروط التعسفية. تكمن النتائج المتوصل إليها من خلال البحث فيما يلي:

– فاتسام معيار الإخلال الظاهر بالمرونة، ترتبت عنه خصوصية هامة، وهي إمكانية تكييفه مع كل شرط مستقلا عن الشروط الأخرى للعقد، أو تكييفه مع أي شرط بالاشتراك مع الشروط الأخرى للعقد.

– ترتب كذلك عن هذه المرونة تجاوز معيار الإخلال الظاهر لفخ الجمود الذي يمنعه من مسايرة تزايد الحيل التي يلجأ إليها المتدخل لفرض الشروط التعسفية.

– مكنت خاصية المرونة من منح أولوية للمستهلك في إثارة الطابع التعسفي لأي شرط يعتقد أنه ينال من توقعاته المشروعة زمن إبرام العقد.

– استتبع إقرار تعريف قانوني للشرط التعسفي على أساس الإخلال الظاهر، وضع آليات أخرى لتقديره إلى جانب دور القضاء في ذلك. فتم وضع قائمتين، الأولى تشريعية والأخرى تنظيمية، تتضمنان مجموعة من الشروط التعسفية بذاتها.

– تعززت هذه الآلية، بتأسيس لجنة مختصة تتصرف كخبير في مجال تقدير الإخلال الظاهر، وهي لجنة البنود التعسفية.

بالرغم من هذه الإيجابيات في تبني الإخلال الظاهر كمعيار لتقدير الشروط التعسفية، إلا أنها تعرف نقائص محددة تحد من فعاليتها في الواقع العملي، وهو ما يطرح بقوة ضرورة إعادة النظر في آليات تجسيدها، وفي هذا الصدد أقترح ما يلي:

1–فيما يتعلق بنظام القوائم، تبرز ضرورة توحيد القائمتين في إطار نفس القانون، ولدواعي النجاعة العملية، يجب وضعهما بموجب نص تنظيمي، لأن تعديل المراسيم أبسط من حيث الإجراءات والوقت بالمقارنة مع النصوص التشريعية.

2–ضرورة تحيين القائمتين بعد توحيدهما في نص تنظيمي، ذلك أن القائمتين لم يتم تحيينها منذ صدورهما، فلم يتم تحيين القائمة التشريعية منذ صدورها في 2004، ونفس الشيء ينطبق على القائمة التنظيمية الصادرة في 2006.

3–تزويد نظام القوائم بضمانات حديثة لجعلها أكثر فعالية في توفير الحماية من الشروط التعسفية، ويتحقق ذلك بتقرير بنص صريح بأن أحد القوائم تتضمن شروطا تعسفية لا تقبل إثبات العكس، أما القائمة

الأخرى، تتضمن شروطا تعسفية، إلا أنها تقبل إثبات العكس، لكن، يقع على المتدخل إثبات العكس، بمعنى أنها ليست تعسفية، ولا نحمل المستهلك عبئ الإثبات.

4-حتمية تقرير الجزاء المدني الذي يترتب على فرض التعامل بالشروط التعسفية، وهو اعتبار الشرط غير مكتوب، أما إذا كان إلغاء الشرط سيؤدي إلى استحالة استمرار العقد، فهنا يجب منح المستهلك حق الفسخ مع التعويض.

5-فيما يتعلق بسلطات القاضي في تقدير الإخلال الظاهر، فيجب أن يكون هناك نص تشريعي صريح يلزم القاضي عند اتصاله بنزاع يتعلق بعقود الاستهلاك، بإثارة أي شرط تعسفي، حتى ولو لم يثره المستهلك.

6-وأما فيما يخص لجنة البنود التعسفية، فللارتقاء بدورها كخبير في مجال تقدير الإخلال الظاهر، فيجب فرض إلزامية استشارتها عندما يفصل القاضي في الدعاوي ذات الصلة بعمل اللجنة، دون فرض الأخذ برأيها.

لنخلص إلى القول بأن مصادر تقدير الإخلال الظاهر، بالرغم من أهميتها وحيويتها، إلا أنها تحتاج إلى ضمانات حديثة وواقعية لتحقيق النجاعة العملية من وراء إقرارها.

قائمة المراجع

أولا:المراجع باللغة العربية:

I-الكتب:

1-بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018.

2-جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

3-لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

II-المداخلات:

1-براحلية بدر الدين،«حماية المستهلك من الشروط التعسفية»، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 و18 نوفمبر 2009.

2-صبايحي ربيعة، «تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية»، الملتقي الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 07 و08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

III-النصوص القانونية:

1-النصوص التشريعية:

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

2- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، صادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010، وبقانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية، ج ر عدد 76، صادر في 28 ديسمبر 2017.

2-المراسيم التنظيمية:

1-مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 صادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 23 فيفري 2008، ج ر عدد 07 صادر في 24 فيفري 2008.

3-قرار وزاري:

– قرار مؤرخ في 27 نوفمبر 2017، يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج ر عدد 75، صادر في 27 ديسمبر 2017.

المراجع باللغة الفرنسية:

A- Ouvrages :

1- CALAIS - AULOY Jean, Les clauses abusives en droit français, in GHESTIN Jaques, (Sous dir.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, France, 1991.

2- CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, obligations, contrats spéciaux, suretés, 12eme édition, DALLOZ, Paris 2008.

3- DELVAUX Paul-Henry, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996.

4- DOMONT-NAERT Françoise, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge (rapport belge), in GHESTIN Jaques et SOLUS Henry (Sous dir), Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons Franco-belges), L.G.D.J, Paris, 1996.

5- GHESTIN Jaques, (Sous dir), L'annulation par les juges des clauses abusives (Cass. Civ, 1er, 6 décembre 1984 et 14 mai 1991), in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Acte de la Table ronde de 12 décembre 1990, L.G.D.J, Paris, 1991.

B- Thèses :

1- PEGLION-ZIKA Claire-Marie La notion de clauses abusives au sens de l'article L.132-1 du Code de la Consommation, thèse de doctorat en droit privé, université Panthéon - Assas Paris 2, décembre 2013.

2-PLOTNIC Olesea, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Grenoble, juin 2013.

C- Textes juridiques français :

I- Textes législatifs :

1- Loi n°78 - 23du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. www.legifrance.gouv.fr.

2- Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 0003 du 4 janvier 2008. www.legifrance.gouv.fr.

3- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation. www.legifrance.gouv.fr.

4- Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de la consommation. www.legifrance.gouv.fr.

II- Décrets :

1- Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, J O du 20 mars 2009. www.legifrance.gouv.fr.

2- Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relative à la partie réglementaire du Code de la consommation JORF, N° 0151 du 30 juin 2016. www.legifrance.gouv.fr.