مكافحة الشروط التعسفية في العقد آلية للمحافظة على الر ابطة التعاقدية

Combating arbitrary terms in a contract is a mechanism for maintaining a contractual link

*ط.د. بوعكاز خليل
المركز الجامعي مغنية
Bouakazkhalil1985@gmail.com

*د. الحاج علي بدر الدين، أستاذ محاضر أ
المركز الجامعي مغنية
Badro85@live.com

تاريخ الإرسال: 2021/09/30	تاريخ القبول: 2022/05/24	تاريخ النشر: 2022/06/10

ملخص :

تعتبر عقود الإذعان المجال الخصب الذي تظهر فيه بجلا الشروط التعسفية، نظرا لأن المهني المحترف يتولى وضع شروط العقد مسبقا بصيغة عامة وبطريقة تحقق مصلحته، حيث لا يملك المستهلك إلا الخضوع والإذعان والتسليم لهذه الشروط، أو رفض العقد برمته دون مناقشته أو تعديله، مما يترتب عليه إخلال التوازن العقدي الذي يحكم العملية التعاقدية، الأمر الذي جعل اعتبار هذه الشروط تعسفية، والذي عرفها المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ولقد اتبع المشرع الجزائري أسلوبين لمواجهتها، وهو أسلوب تنظيمي، وآخر قضائي.

الكلمات المفتاحية: عقود الإذعان؛ الشروط التعسفية؛ التوازن العقدي.

Abstract:

Contracts of obedience are considered to be the fertile domain in which arbitrary conditions appear, since the professional is in charge of prequalifying the terms of the contract in a general manner and in a manner that is in his or her interest, the consumer can only submit, obey and deliver these conditions, this made them arbitrary, the Algerian legislature has defined it in act no. 04-02 on the rules applicable to commercial practices, the Algerian legislature has adopted two methods to confront them, a regulatory method and a juridicial one.

Keywords: Coercive contracts ; arbitrary conditions; contracts balance.

***المؤلف المرسل:** بوعكاز خليل

مقدمة:

أن هذا الموضوع له أهمية كبرى في حياة الفرد والمجتمع، إذ أن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية لأطراف العلاقة التعاقدية غير المتكافئة جعل الموجب يفرض شروط غير قابلة للنقاش إلى درجة الوصول إلى الشرط التعسفي في هذه العقود، هذا باعد بين المراكز التعاقدية، وبين أطراف العقد وأظهر اختلاف في القدرات المعرفية والاقتصادية للأطراف، فأصبحت فكرة التكافؤ العقدي في بعدها الموضوعي أو في بعدها الذاتي تمثل تحد كبير لقانون العقود في النظرة الحديثة.

إن النظرية العامة تحتوي على بعض الوسائل الوقائية لإعادة التوازن في العقود غير المتكافئة، إلا أن المشكلة تكمن في مدى ملائمة الأفكار والمبادئ العامة لنظرية العقد في تفعيل هذه الوسائل، بمعنى آخر هل هذه الأفكار والمبادئ ملائمة وكافية لتحقيق التوازن العقدي؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فما هو الحل؟

هل يجب على المشرع أن يتدخل لسن قانون للاستهلاك على غرار القانون الفرنسي؟ أم أن الأفضل تدخل الفقه والقضاء للعمل على إحياء وتجديد الأفكار والمبادئ العامة لنظرية العقد لكي تكون أكثر ملائمة وقدرة على تحقيق التوازن العقدي، فكان لا بد من إيجاد طرق لتوقي استعمال المتعاقد سلطته وذلك بمكافحة الشروط التعسفية لاستعادة التوازن العقدي.

ومن ثم فإنه يتعين ونحن بصدد الحديث عن عدم التوازن العقدي أن نستعرض في نطاق الشروط التعسفية لمفهوم هذه البنود التعسفية مع التعريج قدر الإمكان على بعض المفاهيم المقارنة (المطلب الأول)، ومن ثم مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة والخاصة (المطلب الثاني)، وذلك وفقا للقانون المدني الجزائري و القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306.

المبحث الأول: مفهوم البنود التعسفية

إن مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان هو المجال الأوسع، حيث تحل المساواة الاقتصادية بين أطرافه ولا يمكن العودة إلى توازن عقدي إلا من خلال مراجعة هذه الشروط، ومن ثم نظرا لأهميتها في مجال التطبيق العملي بات لزاما علينا الوقوف على تعريف

الشرط التعسفي (المطلب الأول)، وما هو المعيار لاعتبار أن الشرط تعسفيا من عدمه (المطلب الثاني)، كل هذه المسائل جديرة بالبحث والتأصيل على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي

يقصد بالتعسف في الاصطلاح اللغوي الاستخدام المسيء، وفي الاصطلاح القانوني الاستخدام الفاحش لميزة قانونية، ويعرف هذا الشرط أنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[1].

لقد تعددت وتنوعت تعريفات الشرط التعسفي إلا أن جوهرها واحد، ولهذا سنتناول بداية في الفرع الأول بعض التعريفات التشريعية، ومن ثم التعريف الفقهي ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف التشريعي للشرط التعسفي

لتحديد مدلول الشرط التعسفي نتطرق أولا لتعريف المشرع الألماني ثم تعريف المشرع الفرنسي وأخيرا لتعريف المشرع الجزائري.

أولا- تعريف المشرع الألماني: إن المشرع الألماني لم يتطرق إلى تعريف الشرط التعسفي، وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى تعريف الشرط ضمن نص المادة الأولى من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقد الذي صدر سنة 1976 التي جاءت بما يلي "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما يمكن أن تكون هذه الشروط منفصلة على العقد فإنها تكون مندمجة في نصوص دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"[2].

لعل المبرر الذي جعل المشرع الألماني يتفادى تعريف الشرط التعسفي هو وجود تعريف سابق له ضمن القانون المدني، كما أن التكرار ليس من الأساليب القانونية، وفي هذا نصت المادة 242 من القانون المدني الألماني على أن الشرط يكون تعسفيا وباطلا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات.

ثانيا- تعريف المشرع الفرنسي: لقد تعددت النصوص التي تولت تعريف الشرط التعسفي في القانون الفرنسي بدءا من سنة 1978 والتي شهدت ميلاد أول نص خاص يتضمن تنظيم هذا النوع من الشروط، إذ نصت المادة 35 على ما يلي[3] " تلك الشروط التي يظهر أنها

مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين من خلال التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر، والتي تمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"[4].

من خلال هذا النص يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه هو ذلك الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة.

كما عرفه المرسوم التطبيقي[5] رقم 78-464 ضمن مادته الأولى الشرط التعسفي بأنه "ذلك الذي يكون موضوعه أو أثره إذعان غير المحترف أو المستهلك لشروط عقدية لم يتضمنها المحور الذي وقع عليه"[6].

ثالثا- تعريف المشرع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02 في المادة 03 في فقرتها 5 وذلك بما يلي: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"[7].

إذا التعريف أو التعريفات التي جاء بها المشرع لا تخلوا من النقص والتناقض وعدم الدقة على غرار التعريفات الأخرى لأن الأصح التعريف من اختصاص الفقه وليس المشرع ولعلنا نورد بعضا منها أي النقائص والتناقض وعدم الدقة في نقاط وهي:

• أن المشرع لم يحدد أي أنه لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد، على عكس المشرع الفرنسي والذي حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف وبين غير المحترف أو المستهلك.

• عدم دقة المصطلحات واضطرابها في بعض الأحيان، وهذا ما نلاحظه في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 06-306، والمادة 29 من القانون 04-02، إذ بالرجوع إلى نص المرسوم التنفيذي نجده يستعمل لفظ العون الاقتصادي في الكثير من المواضيع ومنها نص الفقرة الأولى من المادة الأولى فيها "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي...".

في حين جرى استخدام مصطلح البائع ضمن نص المادة 29 من القانون 04-02 وكذا المواد 07،05،04 من نفس القانون، حيث كان الأصح والأجدر توحيد المصطلح بدل التذبذب والاضطراب.

إلى جانب هذه الملاحظات على التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري نستنتج أنه لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الاستهلاك، وإنما مد مفهومه إلى عقود المهنيين، وهو بذلك يجاري التصور الألماني.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

لقد جرى الفقه الفرنسي على تعريف الشرط التعسفي بأنه "الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك نتيجة إساءة استعمال حقوقه الاقتصادية، والثاني هو حصوله بسبب ذلك على مزية مفرطة أو مجحفة"[8].

بين هذا التعريف أن الشرط لا يعتبر تعسفيا إلا إذا توافر له عنصران، أولهما هو تعسف المهني في استعمال قوته الاقتصادية، والثاني هو حصوله بسبب ذلك على مزية مفرطة أو مجحفة، ولا ينظر في تقدير هذه المزية إلى ثمن السلطة فقط.

ومن ناحية ثانية ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه "يعتبر تعسفيا ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح للأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر".

أما من ناحية أخرى فقد عرفه الفقه المصري بأنه "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[9].

وفي ذات الاتجاه ذهب البعض من الفقهاء إلى أنه يعتبر تعسفيا ذلك الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك.

المطلب الثاني: الشرط التعسفي كمعيار لاختلال التوازن العقدي

لقد نظم المشرع الجزائري الشروط التعسفية بنصوص خاصة إلى جانب نص المادة 110 من القانون المدني وذلك من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[10].

حيث تنص المادة 2 من القانون 04-02 السالف الذكر، ضمن فقرتها 05 على "الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر... أطراف العقد"، ويظهر تأثر المشرع بالتشريع المقارن[11].

حيث نستخلص من هذه النصوص أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلاله من عدمه للتوازن العقدي إخلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

الفرع الأول: تعسف النفوذ الاقتصادي للمهني

تشهد المعاملات في الوقت الراهن تفوق المهني اقتصاديا وعلميا بالمقارنة بالمستهلك، وهو الأمر الذي أدى إلى وجود بعض مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة، حيث أن هذا الأخير لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه دون أن تتوافر لديه أي إمكانية حقيقة للمناقشة، وهو الأمر الذي يؤدي إلى انعدام القدرة على الاختيار، حيث اعتبر المشرع الفرنسي الشرط تعسفيا في المادة 35 من القانون الصادر في 1978/01/10.

وتفسيرا لمعنى تعسف النفوذ الاقتصادي للمهني ذهب البعض إلى أن المقصود هو تعسف الموقف تمييزا له عن التعسف في استخدام الحق[12].

إن تحرير العقد مسبقا وبشروط ينفرد بإملائها المهني هي ممارسة لسلطة واقع وليس لحق شخصي والتعسف الوارد في المادة 35 لا علاقة له بصور التعسف في استعمال الحق[13].

أما بالنسبة لمؤشرات أو عوامل تقدير النفوذ الاقتصادي للمهني فإن الأمر يبدو أكثر غموضا وخاصة إذا ما اعتبرنا أن هذا النفوذ يقاس في ضوء حجم المشروع الذي يستغله، والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه.

حيث حاول بعض الفقه تقديم بعض المؤشرات التي تدل على أن الشرط التعسفي وفق معيار التفوق الاقتصادي، فرأوا أن مجرد أن يُرتب الشرط عدم توازن جسيم في اتفاق ما، فإن هذه النتيجة تجعل الشرط باطلا كما يمكن أيضا وبهدف تقدير القوة الاقتصادية للمهني البحث عن وضعية المهني الاقتصادي في السوق، وحالة السوق ومحله، وحالة أو وضع المستهلك نفسه.

فالمستهلك قد يكون في حالة ضعف أما المهني القوي الذي يفرض عليه شروطه بما يملكه من نفوذ وتفوق وقدرة فنية حيث لا يكون أمام المستهلك إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون وجود أي قدرة على مناقشة العناصر الضرورية للاتفاق، ومن ثم فإن هذا العنصر يوصف بأنه عنصر شخصي إذ يتم استخلاصه من الصفة الخاصة لأطراف العقد[14].

الفرع الثاني: الميزة المفرطة التي يتيحها الشرط التعسفي للمهني

لا يكفي تمتع المهني بالقوة الاقتصادية للمهني للقول بوجود الشرط التعسفي، وإنما ينبغي إلى جانب ذلك أن يحصل المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة للمستهلك، ويعد عنصر الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني عنصرا موضوعيا يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني، أيا كان نوع هذه المزايا نقدية كانت أو غير نقدية[15].

إلا أن عنصر الميزة المفرطة أو الفاحشة يعد تعبيرا غامضا بعض الشيء، ولذا حاول البعض أن يُستجل ملامح هذا الغموض مشيرا إلى أن معيار الميزة المفرطة ينبئ عن عدم توازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد، نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات، سواء عن طريق المبالغة في تعداد الالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك أو عن طريق التخفيف من التزامات المهني، ويقال أيضا أن الميزة المفرطة قد تعني انعدام سبب العقد ولو جزئيا، وأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة للشرط الوارد بالعقد[16].

لقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه معيار غامض كميا وكيفيا، ذلك أنه معيار الميزة المبالغ فيها غير محددة الكمية، كما أن طبيعة المادة غير واضحة قد تكون ذات طابع مالي وقد تكون ذات طابع معنوي أو الاثنين معا، كما يثار كيفية تقدير الميزة المبالغ فيها، تكون بالنظر إلى الشرط أم إلى العقد ككل، أم بالنظر إلى وضع طرفا العلاقة التعاقدية، كما أنه توجد صعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة، غير أن البعض من الفقه الفرنسي حاول ضبط أبعاد هذه المسألة مشيرا إلى أنه يجب تقدير المنفعة التي حصل عليها المهني في ضوء مضمون العقد الذي يتضمن هذا الشرط وغيره من العقود المرتبطة به، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكنته يكون مبررا إذا ما نظرنا إليه في ضوء مجمل العمليات التي ظهر بمناسبتها، فعلى سبيل المثال قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين[17].

رأينا الاتجاه الفقهي نحو تحديد عناصر الشرط التعسفي والذي حصرها في عنصرين هما، استعمال القوة أو النفوذ الاقتصادي للمهني، وحصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة إلا أننا نلاحظ أن الفقه الفرنسي إستاق هذه العناصر من نص المادة 35 من القانون الصادر في 1978/01/10 التي كانت تشير صراحة إلى أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يكون مفروضا على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر والمهني، وتمنحه ميزة فاحشة بمقتضى القانون رقم 93/949

الصادر في 1993/07/26 المتعلق بتقنين الاستهلاك، وأصبحت تحمل رقم L132-01، حيث أن هذه الأخيرة جرى تعديل للمادة L132-01 في 2001/08/23.

يعني ذلك أن المشرع الفرنسي لم يشترط التعسف الاقتصادي للمهني، أو أن يترتب على هذا التعسف ميزة فاحشة للمهني، وإنما بوضع معيار جديد لتحديد الشرط التعسفي يتمثل في أن يكون هدف الشرط التعسفي المدرج في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، أو يترتب عليه إنشاء عدم توازن واضح "صارخ" بين حقوق والتزامات الأطراف.

المبحث الثاني: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة والخاصة

إذا كانت نصوص التشريع قد صيغت في وقت كانت تتمتع فيها علاقات الأطراف المقبلة على التعاقد بقدر من التوازن والقدرة على التفاوض، إلا أنه في ضوء التغيرات الاقتصادية المعاصرة نشأت أنماط جديدة من هذه العلاقات في حاجة ماسة إلى التنظيم وعلى النحو الذي يكفل تحقيق حماية الطرف الضعيف في هذه المرحلة المهمة من مراحل التعاقد، حيث سنتناول الدراسة في هذا المقام لمدى فاعلية القواعد العامة في القانون المدني لمواجهة الشروط التعسفية(المطلب الأول)، ثم نتعرض للمواجهة التشريعية لهذه الشروط في القواعد الخاصة أي في القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم: 06-306 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة

يتطلب البحث عن مدى فاعلية القواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية بحثا مستفيضا ومطولا لذا سيتم تناوله بكيفية جد موجزة مع محاولة التركيز على القواعد التي لها علاقة مباشرة لعقود الاستهلاك.

يتبين من استقراء القواعد العامة عدم وجود مبدأ عام في القانون المدني يُعنى بمواجهة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي بصفة عامة، إضافة إلى غياب الوسائل الوقائية على تجنب هذه الشروط[18].

إن تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد وهذا ما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة المتعاقدين".

فوفقا لمبدأ سلطان الإرادة يصبح العقد بمجرد إبرامه قانون الطرفين، وفي الحقيقة لا نجد مبدأ عاما في القانون المدني الجزائري ولا في نظيره الفرنسي، يسعى إلى إقامة توازن عقدي بصفة مباشرة، لكن هذا لا يحول دون وجود عدة نظريات في القانون المدني يمكن أن تقيم

التوازن العقدي بصورة غير مباشرة، أو تقيد من الشروط التعسفية، أو تضيق من مجالات تطبيقها، وينطبق ذلك على نظرية السبب، ونظرية الغبن، ومبدأ حسن النية، والتعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول: دور نظرية السبب في الحد من الشروط التعسفية

انطلاقا من هذه النظرية يمكن القول بأن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب مخالف للنظام العام، أو الآداب يعد باطلا، المادة 97 من القانون المدني الجزائري التي نصت "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، والسؤال المطروح في إطار الحديث عن دور هذه النظرية في تحقيق التوازن العقدي ومواجهة الشروط التعسفية يكمن في مدى إمكانية الاعتماد على هذه النظرية كمبدأ عام في هذا الإطار، والإجابة على هذا السؤال ستكون بالنفي، ذلك أنه لا يمكن الاعتماد على نظرية السبب في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا تثور أصلا من الناحية العملية، فالمفترض أن العقد قام بسببه الصحيح والمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين، وليس إثارة غياب السبب الذي تبنى عليه هذه الالتزامات[19].

الفرع الثاني: دور نظرية الغبن في مواجهة الشروط التعسفية

يقصد بالغبن لغة "النقص"، أما في الاصطلاح فهو "عدم تساوي أحد العوضين في عقد المعاوضة للآخر" بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها[20].

ففي الغبن نجد مصلحة أحد المتعاقدين تطغى على مصلحة الآخر بحيث ينعدم التوازن بين ما يؤخذ وما يعطى، حيث تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين... القاضي كافيا لرفع الغبن"، والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة أما في عقود التبرع والعقود الاحتمالية لا وجود للغبن، وعلى الرغم من أن هناك نقطة تلاق وتماس بين أهداف مكافحة وجود الغبن، ومواجهة الشروط التعسفية التي تجدها أساسها في اعتبارات العدالة، والتي بمقتضاها يتحقق التعادل بينما يحصل عليه العاقد و بينما يعطيه بموجب العقد.

إلا أن نطاق الغبن جد ضيق لا يمكن أن يشمل إلا حالات محدودة، بحيث لا يمكن الاعتماد عليه لمواجهة عدم التوازن العقدي نظرا لأنه لا يمكن لنظرية الغبن أن تحتوي كافة مظاهر عدم التوازن المطروح في العلاقة بين المستهلك والمهني، إذ تتطلب إلى جانب الاختلال

الشديد للتعادل بين الالتزامات المتقابلة أن يستغل أحد المتعاقدين في الآخر طيشا بينا أو هوى جامح[21].

الفرع الثالث: الاستناد إلى مبدأ حسن النية لمواجهة الشروط التعسفية

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، ولذلك يجب أن يسود مبدأ حسن النية تنفيذ جميع العقود بما في ذلك عقود الاستهلاك، فأطرافه يجب أن تتعامل وفقا لهذا المبدأ بحيث لا يستغل أحد الأطراف ظروف ووضعية الطرف الآخر لإرهاقه والإجحاف بحقوقه، فالمهني يجب أن يراعي ذلك حال وضعه لشروط العقد بصورة مسبقة.

واستلزام حسن النية لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، بل يمتد إلى مرحلة إبرامه، فالعقد يعتبر جسما واحدا ومن غير المنطقي تصور تطبيقه في مرحلة التنفيذ فقط، ومن ثم فإن مبدأ حسن النية لجميع مراحل التعاقد، الأمر الذي يمكن معه اتخاذ هذا المبدأ وسيلة لتدخل القاضي لتحقيق التوازن بين المهني والمستهلك.

المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد الخاصة

في ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلكين في معظم دول العالم فإنه يمكننا ملاحظة توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في حد ذاتها في نوع معين من أنواع العقود، أو بشأن نمط معين من أنماط إعدادها، وستستقر دراستنا على المشرع الجزائري في مدى نجاعة وكفاية القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (الفرع الأول)، ومن ثم المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين المعدل والمتمم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الشروط التعسفية وفق قانون 04-02 المعدل والمتمم

إن القانون 04-02 تضمن البنود والشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والمحترف، فحسب نص المادة 03 في الفقرة 05 قد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي على غرار المشرع الفرنسي، وهذا ما ساهم في تحديد عناصر الشرط التعسفي وهي[22]:

• أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة مع ملاحظة تطبيق نصوص قانون 04-02 على عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة أو المفاوضة.

• أن يكون العقد مكتوبا.

• أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

لم يفت المشرع الجزائري إيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسة التجارية، تضمنت ثمانية أصناف، لكن هذه المادة قصرت الحماية من الشروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، ويتضح ذلك من عبارة "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..."[23].

وتؤكد عبارة "لاسيما" الواردة في المادة 29 من القانون 04-02 أن هذه القائمة مجرد قائمة استرشادية غير حصرية، والملاحظ أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يحقق حماية أفضل للمستهلك، أي أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي، حيث أن هذا الأخير متأثر بالنموذج الألماني، وذلك بترك السلطة التقديرية للقضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية[24].

الفرع الثاني: تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306

لقد حددت العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم في المادة 30 من القانون 04-02، فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سالف الذكر حيث أن المادة 05 منه اعتبرت البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي شرطا تعسفيا في الحالات:

• تقليص العناصر الأساسية للعقود لاسيما كيفية الدفع، الأسعار والتعريفات، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع...

من خلال استقراء المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 نجد أن الحالات التي تعتبر تعسفا، كانت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وأنه قصر ذلك في عقود الإذعان وفق ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 01 من المرسوم التنفيذي 06-306 حيث نصت على أنه "... يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة 04 من القانون 04-02 السالف الذكر "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد

الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[25].

أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 لجنة البنود التعسفية الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهي لجنة ذات طابع استشاري بمفهوم المادة 06 من المرسوم 06-306.

1- تشكيل اللجنة: تشكيلة لجنة البنود التعسفية عدلت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 الصادر بتاريخ 2008/02/03 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 حيث تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة مستحلفين يتوزعون كالآتي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.
- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

هذا ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها، وبالرجوع إلى المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

2- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية: لم تختلف اختصاصات لجنة الشروط التعسفية في القانون الجزائري عن نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث:

- تبحث في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تُصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، يمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.
- يمكنها مباشرة أي عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها[26].

أما المعيار الذي تستند إليه في تقدير التعسف فهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات المتعاقدين، وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها تخطر إما من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية، وكل جمعية حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[27].

3- رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم: ما يتيح مراقبة الشروط التعسفية ما تسمح به المادة 30 من القانون 04-02 "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذلك منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط تعتبر تعسفية".

كما توضح عبارة منع العمل في مختلف العقود الواردة في المادة 30 بشرط أن تكون عقود إذعان وفق المادة 03 الحالة 04 الفقرة 01 من القانون 04-02.

نلاحظ أن المشرع منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وذلك بطريقتين[28]،الطريقة الأولى: بالتحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين.

أما الطريقة الثانية فتتمثل في تخويل السلطة التنظيمية التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء المستهلكين، وهذا ما له عبارة "منع العمل في مختلف أنواع العقود" الواردة في الماد 30 سالفة الذكر، ولكن بشرط أن تكون عقود الإذعان كما جاء في المادة 03 حالة 04 الفقرة 01 من القانون 04-02 كما يلي " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرَّر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ".

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي حصرت نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك، فيما يلي " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. اخذ 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 انه يتعاقد 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 مطابقة العملية التجارية للشروط التعسفية.

5.إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه 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 تنفيذ خدمة،

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

وبالفعل وتطبيقا لنص المادة 30 من القانون 04-02 السابق، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (المادة الأولى من الرسوم).

حيث جاء في المادة 05 من هذا المرسوم انه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بتقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 02 أبرزت ماهية العناصر الأساسية، بأنها تلك التي يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، بالإضافة إلى العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع[29].

كما أن المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتعدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي: تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع "[30].

إن إيراد أي شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطا تعسفيا، وتعداد هذه العناصر جاء ي المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله.

- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد، أما الحالة الثانية وما يليها من المادة 05 من المرسوم 06-306 فنصت على:

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك،

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وما نلاحظه أن المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وهو ما يظهر من خلال الفقرة الأولى منها حيث نصت " تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي.....".

الخاتمة:

إن حماية المستهلك من الشروط التعسفية تعد من اولويات واهتمامات اغلب التشريعات وذلك نظرا للتطورات الحاصلة في العالم وخاصة في المجال التكنولوجي، مما

تطلب تدخل المشرع لحماية الرابطة التعاقدية والحفاظ على التوازن العقدي بين أطراف العقد، حيث يعتبر المستهلك هو الطرف الضعيف فيه، وذلك من خلال سن قواعد قانونية تحدد وتبين الشروط التعسفية وتكفل حماية مصالح الطرف الضعيف، وهذه الآليات إما أن تكون تنظيمية أو قضائية.

ولقد توصلت من خلال دراستي لموضوع مكافحة الشروط التعسفية في العقد آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية إلى مجموعة من النتائج نعرضها على النحو التالي:

- أن المشرع في الآونة الأخيرة، قد قطع شوطا لا يستهان به في مجال إيجاد طرق ووسائل لمكافحة الشروط التعسفية اقتداء بالتشريعات المقارنة، وهذا من خلال الكم الهائل للنصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع والتي تعمل على تكريس الحماية القانونية والإدارية والقضائية لأطراف العقد، وبالأخص حماية الطرف الضعيف ضحية الاختلال، هاته النصوص القانونية تشكل في مجملها ترسانة قانونية محكمة تترجم رغبة الإرادة التشريعية في السعي قدما لتحقيق نوع من التوازن والتكافؤ للالتزامات والحقوق المختلة.

- أن القاضي بالرغم من تمتعه بالسلطة التقديرية لمكافحة الشروط التعسفية، باستخدام آلية التعديل أو الإلغاء لإحداث وتحقيق التوازن العقدي يصطدم بالمبادئ القانونية التقليدية كمبدأ عدم المساس بالعقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، هذه المبادئ تقف كحاجز مانع لتجسيد فكرة التوازن العقدي كما ينبغي.

- أن القاضي لا يملك بموجب إرادته الذاتية أهلية وصلاحية تحقيق التوازن العقدي ومواجهة أسباب الاختلال باللجوء إلى وسائل وطرق التي يراها ملائمة لتحقيق مقتضيات العدالة، إلا إذا كان مؤهل من قبل المشرع وذلك بالاستناد إلى النص القانوني الموجود فعلا ومسبقا فيما يتخذه من أحكام وقرارات كتطبيق نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الغبن الاستغلالي.

- إن مسألة البحث عن طرق ووسائل وآليات لمكافحة الشروط التعسفية، لم تصل إلى حد الآن إلى درجة الاكتمال بالرغم من المحاولات الفقهية والاجتهادية القضائية المبذولة في هذا المجال، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى استحالة إيجاد آليات ووسائل حقيقية ثابتة تعتمدها كل التشريعات كمبادئ قانونية عامة تعمل على تحقيق التوازن العقدي، نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية المستمرة وما تحدثه من انعكاسات على

مجال التعاملات في إطار العقود، وهذا بالإضافة إلى اصطدام فكرة التوازن العقدي بالمبادئ القانونية التقليدية اللصيقة بنظرية العقد المشار إليها سابقا.

- أن المشرع الجزائري بالرغم من الجهود المبذولة في إطار الاهتمام بتحقيق العدالة التعاقدية، إلا انه يلاحظ أن هذه المجهودات لا زالت بعيدة عن الصورة والشكل النهائي لها، نظرا للغموض والإبهام والنقائص اللاحقة بالنصوص القانونية المعتمدة لمواجهة الإختلالات العقدية، هذا بالإضافة إلى التطور الاقتصادي والتكنولوجي الرهيب الذي أدى إلى خلق وسائل حديثة للتعاقد، ومن ثم نرى أنه من الضروري التدخل من جديد لإعادة النظر في مسألة توازن حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

الهوامش:

[1] سعيد سعد عبد السلام،التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص 50 .

[2] العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2010-2011 ، ص16.

[3] قانون 78-23 ل 1978/01/10.

[4] العطياوي، راضية مرجع سابق، ص17.

[5] المؤرخ في 1978/03/24.

[6] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص 18.

[7] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 (الجريدة الرسمية، عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004) يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و المتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق 15 أوت 2010، (الجريدة الرسمية، عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[8] عبد العال حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 112.

[9] الدمياطي ثامر محمد سليمان، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد 20، جانفي 2009، ص 292.

[10] مرسوم تنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية جريدة رسمية، عدد 56 بتاريخ سبتمبر 2006 .

[11] وهو يقترب كثيرا من نص المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء بها القانون 95-96 و كذلك المادة 03 الفقرة 01 من التوجيه الأوربي رقم 93-13.

[12] الدمياطي ثامر محمد سليمان، مرجع سابق، ص 295.

[13] عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 181.

[14] الدمياطي ثامر محمد سليمان، مرجع سابق ص 296.

[15] الدمياطي ثامر محمد سليمان ،نفس المرجع، ص297.

[16] عسالي عرعارة، مرجع سابق، ص 182.

[17] الدمياطي ثامر محمد سليمان، مرجع سابق، ص 197

[18] بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 47.

[19] الدمياطي تامر محمد سليمان، مرجع سابق، ص 306.

[20] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 168.

[21] الدمياطي تامر محمد سليمان ، مرجع سابق، ص 307

[22] درماش بن عزوز ، التوازن العقدي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 221.

[23] عسالي عرعارة، مرجع سابق، ص 190، درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص 221.

[24] عسالي عرعارة، نفس المرجع، ص 203.

[25] مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10-09-2006 (ج.ر. عدد 56 بتاريخ 11-09-2006) يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية معدل بالمرسوم التنفيذي 44/08 المؤرخ في 03 فبراير 2008)،(ج.ر عدد 07 بتاريخ 10 فبراير 2008).

[26] درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص 226.

[27] المادة 11 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر.

[28] عسالي عرعارة، مرجع سابق، ص 194.

[29] عسالي عرعارة، مرجع سابق، ص 196

[30] عسالي عرعارة،مرجع سابق، ص 196.