

البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق

*Search for an arbitrary condition under
the theory of right usage*

الباحث: سعدون يسين

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

Researcher: Sadoun yacine

Faculty of Law and Political Science

Mouloud Mammeri University - Tizi Ouzou -

Email: sadounyacine2851988@gmail.com

تاريخ النشر: 2019/06/01

تاريخ القبول: 2019/03/04

تاريخ إرسال المقال: 2017/10/30

ملخص:

شكل التعسف في استعمال الحق نظرية عامة تطبق على جميع الأفعال الصادرة عن الفرد ولو تدخل في ضمن ممارسة حقه ضمن الإطار الذي يسمح به القانون، غير أنه يخالف الوظيفة الاجتماعية للحق لأن طبيعة الحق لا يضر بالغير ولا يمكن أن يجانب مبدأ حسن النية، وذلك بإتيان الفرد سلوك يتضمن الغش.

وردت نظرية التعسف في استعمال الحق في ظل الأمر 58-75 في المادة 40 قانون مدني وذلك في الكتاب الذي يتضمن الأحكام العامة، غير أنه بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نقلت المادة 40 السالفة الذكر إلى نص المادة 124 مكرر قانون 05-10 وذلك في الباب الثاني المتضمن الالتزامات والعقود، يثور السؤال عن مدى امكانية تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق.

الكلمات المفتاحية: العقد ؛ التعسف ؛ الحق ؛ القانون ؛ الوظيفة الاجتماعية ؛ الأخلاق ؛ السلوك.

Summary:

Abu of right is a general theory that applies to all acts performed by a person who is not prohibited by a rule of law may be contrary to the social function of law, that of not harming the other and is not contrary to the principle of good liver.

The theory of the Abu of right is quoted by the ordinance 75-58 article 40 of civil code in the book containing the general rule, May the modification of civil code by the law n ° 05-10 which dated January 20, 2005 Article 40 precedes been transferred to Article 124 bis of Law 05-10 in Chapter Two containing the obligations and contracts, so a question arises on the basis of the unfair clause on the theory of law.

Key words: *Contract; abuse; right; law; social function; morality; conduct.*

مقدمة

ليست نظرية استعمال الحق بالنظرية الحديثة، بل هي فكرة عتيقة تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة، وإذا كان بعض، كالقانون الروماني قد اقتصر على إيراد بعض التطبيقات لها، إلا أن نظاماً أخرى كالشريعة الإسلامية قد عرفتها كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق.

ويتبنى قانون حماية المستهلك الفرنسي معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية كمعيار في تحديد الشرط التعسفي، ثار جدل في الفقه في مدى تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق. يعتبر هذا المعيار معياراً شخصياً، فالمادة 35 من قانون 1978 تتطلب أن يكون الشرط مفروض على غير المحترفين أو المستهلكين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي. ولقد احتدم الخلاف الفقهي حول المقصود بالتعسف *Abus*، أهو تعسف الحق؟ أو تعسف الموقف؟ وقد ذهب بعض الفقه إلى القول إن التعسف المقصود هو تعسف في استعمال الحق حسب ما هو معروف في القواعد العامة. ومرد هذا الرأي ما رآه أحد النواب في البرلمان الفرنسي، وهو بصدد مناقشة مشروع قانون 10 - 01 - 1978 أن المشروع المطروح للنقاش يمنع المحترف الذي ينفرد بوضع شروط العقد أن يتجاوز حدوده التعاقدية (السلطة) إضراراً بالمستهلك، لأن هذا التجاوز لا يعني سوى التعسف في استعمال الحق الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية وتدفقها الخصوص مسألة ما إذا كان أفراد المحترف بوضع شروط العقد بمحرر يعد مسبقاً ليعرض على المتعاقد هل يعتبر بمثابة حق شخصي أم لا؟.

يشكل مبدأ حسن النية قاعدة أخلاقية ترتب التزامات على عاتق المتعاقدين، بالامتثال لسلوك تقتضيه القواعد الاجتماعية، ويشكل معيار الرجل العادي النزاهة مقياس في تحديد السلوك التعسفي والإضرار بالغير، حاول بعض الفقه تأسيس التعسف في عقد الإذعان على أنه سلوك منافي للوظيفة الاجتماعية للحق (أولاً)⁽¹⁾، بينما ذهب *STOFFEL-MUCK* وبعض الفقهاء في فرنسا إلى عكس ذلك ويرى أن التعسف هو تجاوز لحدود الحرية بشكل يخالف القاعدة القانونية الملزمة التي تحد من حرية الإرادة (ثانياً)⁽²⁾.

أولاً- التعسف سلوك منافي للوظيفة الاجتماعية للحق - (نظرية التعسف في استعمال الحق)-

حاول بعض الفقه مقارنة الشرط التعسفي بالاستعمال التعسفي للحق، وذلك باعتبار حرية التعبير عن الإرادة يمثل ممارسة حق (1)، مما أدى إلى البحث عن الشرط التعسفي على ضوء المادة 124 مكرر قانون مدني (2).

1- حرية التعبير عن الإرادة هو ممارسة حق

يترب عن الالتزام الثاني في مبدأ حسن النية التزام بالتعاون بين المتعاقدين الأمر الذي يفرض على المتعاقدين سلوك لا يتنافى مع مبدأ حسن النية (التعسف في استعمال الحق)⁽³⁾.

يرى *demogue* أنه لا ينحصر مبدأ حسن النية في قواعد النزاهة والثقة فحسب، وإنما يشمل بعد أخلاقي، يفرض التعاون بين المتعاقدين، وذلك لأن العقد بحسب رأيه يحقق مصالح متقابلة، وهذا يقتضي على المتعاقدين

سلوك لا يتنافى مع قواعد حسن النية وفقاً لمعيار الرجل العادي، وهذا عملاً بالنظرية الاجتماعية للعقد التي تكون العدالة أساسها⁽⁴⁾.

ويرى أن استغلال أحد المتعاقدين وضعيته الاقتصادية في التعسف في تحديد شروط العقد يشكل خطأ وفق مقتضيات مبدأ حسن النية⁽⁵⁾، ويتضمن الخطأ حسب عنصرين، عنصر موضوعي يتمثل في اعتداء على حق، وعنصر شخصي يتمثل في أن يكون المعتدي مدركاً أو كان في وسعه أن يدرك الاعتداء على حق الغير⁽⁶⁾. ذلك أن مبدأ حسن النية يقتضي التعاون بين المتعاقدين في تكوين العقد، ويجب أن يكون الهدف من التعاون تحقيق مصالح متبادلة بشكل يراعي الطرف القوي في إدراج بنود العقد مصلحة المتعاقد الضعيف، وبالنتيجة فإن استغلال أحد المتعاقدين وضعيته العقدية في إدراج شروط تعسفية يشكل تعسف في استعمال الحق⁽⁷⁾.

وحاول جانب من الفقه تبرير هذا الطرح الذي جاء به *demogue* من خلال مقابلة الحرية التعاقدية بالحق، ويرون أن التعبير عن الإرادة ناتج عن ممارسة الحق⁽⁸⁾، وهذا الوضع هو الذي يفسر تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن الإرادة عاجزة على إنشاء آثار قانونية، إن لم يكن التعبير عنها ناتجاً عن ممارسة الحق، لأن الإرادة ما هي إلا العضو المنفذ، فممارسة الحق هي التي تعطي القدرة لصاحبه حتى ينشأ حقوق أخرى عن طريق العقد⁽⁹⁾.

ويقارب هذا الاتجاه بين الحرية والحق لأن حرية التعاقد ليست إلا مظهراً من مظاهر الحرية، و يرى الأستاذ *ANCEL* " لا يمكن التمييز بين الحق والحرية وأن المحاولات الفقهية المختلفة في التمييز بين الحق والحرية انتهت بنتائج متعارضة، هذا ما يبين أنه لا يمكن فصل الحق عن الحرية "⁽¹⁰⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الحق وجه من أوجه الحرية، لأن مجال الحرية أوسع من الحق، وإذا كان كل حق يقابله حرية فليس كل حرية يقابلها حق، ويقول الفقيه *Rouast* "الحق وجه من أوجه الحرية لأن الحرية تشمل الحق ولا ترادفه "⁽¹¹⁾.

وتبنت محكمة الاستئناف الكندية البعد الأخلاقي لمبدأ حسن النية من حيث إقرار فكرة احتواء التعسف في استعمال الحق وضعية التعسف في استغلال وضعية التفوق الاقتصادي، وذلك من خلال قرار مؤرخ في سنة 1990 في قضية *houle* الذي ورد فيه⁽¹²⁾: (يكون استعمال الحق حسب قواعد العدالة والنزاهة، والذي يعد السلوك الذي ترتضيه القواعد الاجتماعية). وتقول *Brigitte lefevre* في هذا الشأن " يفرض التفسير الواسع لمبدأ حسن النية جزاء على استغلال المحترف وضعية التفوق الاقتصادي "⁽¹³⁾.

وتبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه واعتبرت أن التعسف في الوضعية العقدية يشكل إخلالاً بمبدأ حسن النية في بعده الأخلاقي، وبالنتيجة إخلال بالالتزام عقدي طبقاً لنص المواد 1134 و 1135 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁴⁾، حيث صدر قرار عن الغرفة المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1 ديسمبر 1995 ورد

فيه: (إذ لم يتم تحديد ثمن المبيع في العقد الأساسي، واتفق المتعاقدين على أن يقوم البائع بتحديدده لاحقاً، يترتب على حالة تعسف البائع في تحديد الثمن فسخ العقد والتعويض، دون أن يمتد الأثر إلى البطلان)⁽¹⁵⁾.

يتبين من هذا القرار أن التعسف في استعمال الحق هو أساس الشرط التعسفي، وهذا ما يتجلى في الأثر الذي رتبته محكمة النقض الفرنسية على الشرط التعسفي، إذ لا يشكل عيب في تكوين العقد، وإنما يمتد إلى تنفيذه من خلال الجزاء الذي أقرته المحكمة في التعويض والفسخ⁽¹⁶⁾.

ثانياً- البحث على الشرط التعسفي على ضوء نص المادة 124 مكرر 1 قانون مدني:

وأيد الفقه الفرنسي هذا القرار غير أنه اختلف بين طرف يرى أن الشرط التعسفي أساسه نية المتعاقد القوي في الإضرار بالغير الواردة في الحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 124 مكرر 1 تقنين مدني جزائري⁽¹⁷⁾، ويرى جانب آخر أن التعسف أساسه الغرض في تحقيق فائدة غير مشروعة، وهذا المفهوم ينطبق مع الحالة الثالثة التي جاءت بها نص المادة السالفة الذكر، لأن التعسف يأتي فعل خارج عن النظام العام والآداب⁽¹⁸⁾.

وهذا المفهوم لا ينطبق مع مفهوم الشرط التعسفي، لأن المتعاقد القوي لا يهدف من خلال تعاقد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وإنما يهدف المتعاقد القوي إلى تحقيق ميزة مفرطة⁽¹⁹⁾، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه على أساس أن المتعاقد القوي يبحث عن ميزة مفرطة، والتعسف غالباً ما يصاحبه نفوذ اقتصادي، فالميزة المجحفة التي تمثل نتيجة الشرط التعسفي وهدفه، تتمثل في ذلك التفاوت الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغير وبين المنفعة التي تعود على صاحب الغير، دون أن تقتزن بغاية غير مشروعة⁽²⁰⁾.

أن تحديد المقصود من التعسف يسترشد فيه وفي نفس التوجه رأى بعض الفقه العربي بنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري، التي تنص على ثلاثة أحوال يكون فيها استعمال الحق تعسفياً. ولما كان الشرط في العقد حقاً فإنه يكون تعسفياً لو انطبق عليه أي من أحوال نص المادة الخامسة. وعليه يكون الشرط في العقد تعسفياً إذا لم يقصد منه صاحبه سوى الإضرار بالطرف الآخر، كأن يورد رب العمل في لائحة المؤسسة بندا مفاده أن العامل يجب أن يكون أمام المؤسسة ساعة على الأقل قبل أوقات العمل صباح كل يوم⁽²¹⁾، أو إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع الأضرار التي تصيب الطرف الآخر بسببها، من ذلك اشتراط المؤمن أن يقدم المستأمن في عقد التأمين ضد العجز عن العمل، شهادة بعجزه عن العمل صادرة عن كبير أطباء الطب الشرعي في العاصمة، في الوقت الذي يمكن الاكتفاء بشهادة أي طبيب شرعي في المكان الذي يقطن به المستأمن. أو إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجه في العقد.

-من حيث الموضوع: كان ينبغي على المشرع النص على الأصل في استعمال الحق، وهو أن استعماله استعمالاً مشروعاً دون تعسف لا يترتب المسؤولية إذا أحدث ضرراً للغير، ومن ثم إذا استعمل الحق استعمالاً تعسفياً يترتب مسؤولية في حق صاحبه إذا أضر بالغير⁽²²⁾.

لكن المشرع الجزائري أورد الاستثناء وأهمل ذكر الأصل، وهذا خلاف ما ذهب إليه باقي التشريعات وكان من المفترض أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير أن يتمشى وما أوردته الفقه من ملاحظات حول وضع هذه النظرية، لكن ما حدث أن المشرع تبني اتجاهها آخر بصدد هذه النظرية، وألحقها باباب المسؤولية عن الأعمال الشخصية بعد استحداثه لنص المادة 124 وإلغاء نص المادة 41 من القانون المدني، والغريب أن المشرع بموقفه هذا يكون قد تبني الرأي المرجوح المهجور الذي لا يميل إليه أغلب الفقه العربي والغربي على السواء، والذي يرى أصحابه أن التعسف في استعمال الحق هو تجسيد لفكرة الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

والذي يبدو غير مبرر أن المشرع قد تبني هذا الرأي في الوقت الذي تذهب فيه أغلب التشريعات وآراء الفقه إلى القول بشمول فكرة التعسف في استعمال الحق لكل فروع القانون⁽²³⁾، والابتعاد عن القول بأن باب المسؤولية يغطي هذه الفكرة ومن هذا نخلص بشأن الرأي القائل بأن التعسف في التفوق الاقتصادي هو التعسف في استخدام الحق، إلى القول بأنه من الصعب في ظل الظروف المشار إليها، والانتقادات الموجهة إلى هذا الرأي النظر لتحريم الشروط التعسفية على أنه مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في استخدام الحق.⁽²⁴⁾

ثانيا- التعسف تجاوز حدود الحرية التعاقدية:

يرى جانب من الفقه أنه لا يشكل التعسف تجاوز في حدود الحق، لأنه يستند بطبيعته الى قانون يقره، بينما التعسف ما هو إلا ممارسة حرية بشكل يجاوز حدودها على أساس قواعد قانونية خاصة تحد من هذه الحرية بهدف حماية المصلحة العامة والخاصة⁽²⁵⁾، فالتعسف إذن ما هو إلا تعسف في ممارسة سلطة واقع (1)، وهو مستقل عن مبدأ حسن النية يستند إلى نصوص خاصة تفرقه (2).

1- التعسف ممارسة سلطة واقع:

لا تخلو نظرية التعسف في استعمال الحق من النقد سواء لاعتبارات شكلية أو موضوعية فبالنظر إلى موقع المادة 124 مكرر 1 تقنين مدني جزائري بعد تعديل القانون المدني بموجب أمر 05-10 الذي قام بنقل المادة 41⁽²⁶⁾، التي كانت تقع ضمن الأحكام العامة للقانون إلى نص المادة 124 مكرر 1 الواردة ضمن أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، وبالنتيجة فإن التعسف في استعمال الحق نظرية أجنبية عن العقد لأنها لم ترد ضمن الأحكام العامة ولا في المواد الخاصة بالعقد⁽²⁷⁾.

وإن الاتجاه الذي تبني نظرية التعسف في استعمال الحق أساس الشرط التعسفي، يساوي بين الحق والحرية، من حيث أن كلاهما يؤديان وظيفة اجتماعية، حدد القانون مضمونها غير أنه تتعارض الوظيفة الاجتماعية مع مبدأ الحرية التعاقدية بذاته، حيث يرى *STOFFEL MUNCK* أنه لا يمكن أن تؤدي الحرية التعاقدية وظيفة اجتماعية، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها النظام الرأسمالي، في إزالة القيود أمام المبادرة الفردية⁽²⁸⁾، وما في الأمر أنه تحافظ الحرية التعاقدية على قداستها لكن تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، يجعلها مبدأ غير مطلق وإنما محدد بقيود لا يجوز للمتعاقد تجاوزها، المتمثلة في القانون الذي يسمو على إرادة الفرد⁽²⁹⁾.

ويختلف الحق عن الحرية خاصة في أساس كل منهما، حيث إذا كان أساس الحق واقعة قانونية يستند إلى قاعدة قانونية في نشأته، بينما لا تستند الحرية إلى نص قانوني معين وإنما تنشأ الحرية مستندة إلى المبادئ العامة، كما أن الحق ينشأ للشخص الذي حدده القانون بينما الحرية تنشأ لأشخاص غير محددين، ويكون موضوع الحق محدد بينما موضوع الحرية غير محدد وواضح⁽³⁰⁾.

ويتبين من خلال التمييز بين الحق والحرية أن التحديد الأحادي لبند العقد حرية وليس حق لأنه لا يستند إلى نص قانون معين، وإنما ينشأ عن الواقع الاقتصادي الذي أفرز مراكز عقدية غير متساوية، ويمثل التحديد الأحادي لبند العقد ممارسة سلطة واقع، وهذا ما جاء به (V) Lasbordes في كتابه العقود الغير المتساوية⁽³¹⁾ "les *contrats déséquilibres*" أنه أفرز الواقع الاقتصادي سلطة فعلية يتمتع بها صاحب المركز القوي في الساحة الاقتصادية بخوله سلطة فرض بند العقد على الطرف الضعيف ولا يمكن لهذا الأخير مناقشتها، ويرى أنه يترتب عن تعسف المتعاقد القوي في استعمال سلطة التفوق الاقتصادي انتشار الشروط التعسفية⁽³²⁾.

2- التعسف يخالف قاعدة قانونية:

يختلف التعسف عن الإخلال بالقواعد الأخلاقية المنبثقة عن مبدأ حسن النية⁽³³⁾، حيث لا يشترط إثبات أن التعسف مخالف لقواعد النزاهة والثقة في التعامل، وإنما يكفي إثبات أن السلوك يحظره القانون لأنه يشكل إخلال بتوازن العقد الذي ينظمه قانون حماية المستهلك⁽³⁴⁾ (أ)، أو يشكل اعتداء على توازن السوق الذي يحدد قواعده قانون المنافسة⁽³⁵⁾ (ب).

أ- الإخلال بتوازن العقد (الإخلال بقانون حماية المستهلك):

تبني القضاء الألماني من خلال نص المادة 142 قانون مدني مبدأ حسن النية أساس في إبطال الشروط التعسفية، إذ أن المادة 10 من قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة⁽³⁶⁾ منحت القضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي، والعمل على تحقيقه، كما نصت المادة 9 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة التي تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية⁽³⁷⁾.

وعلى عكس القضاء الألماني، لم يتبنى القضاء الفرنسي مبدأ حسن النية كمعيار في تحديد التعسف في عقد الإذعان، وإنما ربطه بالقانون الذي يحدد السلوك الذي يمكن اعتباره تعسفاً⁽³⁸⁾ وهذا ما ذهب إليه طرح *STOFFEL-MUNCK*، أنه يمثل القانون قيد على حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد، ويشكل تجاوز المحترف حدود حريته في تحديد مضمون العقد تعدي على القوة الملزمة للقواعد القانونية⁽³⁹⁾.

و هذا ما ذهب إليه قانون حماية المستهلك رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى تحديد الشروط التي تعد تعسفية من خلال نص المادة 29 منه⁽⁴⁰⁾، وكذا نص المادة 1-132 قانون الاستهلاك الفرنسي، وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي تبني مبادئ عامة أمام وجود نص خاص.

ب- الإخلال بتوازن السوق (الإخلال بقواعد المنافسة):

يضمن قانون المنافسة أحكاماً تخص حماية المستهلك من الآثار السلبية للممارسات المنافسة للمنافسة التي ترمي إلى تقييد المنافسة واحتكار السوق وهذه الممارسات تعد إخلالاً بمبدأ حسن النية في بعده الأخلاقي الذي يفرض التعاون بين المتعاقدين قبل التعاقد وأثناء تكوين العقد وتنفيذه⁽⁴¹⁾.

ومن المعروف أن المنافسة ترمي إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، والمستهلك هو المعني بالدرجة الأولى بالعملية التنافسية، بما توفره له من الاختيار الحر بين عدد من السلع والخدمات وبما تحققه من خفض للأسعار تساعد على رفع قدراته الشرائية ولذا فإن تقييد المنافسة وإخراجها عن مسارها الطبيعي يعتبر عملاً غير مشروع وسلوكاً محظوراً يخل بأهداف المنافسة الحرة كوسيلة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية⁽⁴²⁾.

ويندرج قانون المنافسة الجزائري الصادر في 1995 ضمن الإصلاحات الاقتصادية التي تستمد أساسها القانون 01-88 من القانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽⁴³⁾ كما تكمن أهميتها أيضاً في كونه من النصوص الرسمية التي اعترفت ضمناً بمبدأ حرية التجارة والصناعة قبل أن يكرسها الدستور في 1996 حيث نص على أن " حرية التجارة والصناعة مضمونة "⁽⁴⁴⁾.

وإن قانون المنافسة فتح المجال واسعاً للتزاحم والتنافس في المجالات التجارية والصناعية، وهذه الحرية المتاحة لممارسة النشاط الاقتصادي تحتاج إلى تنظيم وضبط⁽⁴⁵⁾، وإذا كانت القيود التي تضعها السلطة على حرية المنافسة متعددة ومتنوعة، تلعب دور في حماية المستهلك وضمان سلع وخدمات بأقل ثمن وأكثر جودة⁽⁴⁶⁾.

غير أنه يختلف التعسف في قانون حماية المستهلك عن نظيره في قانون حماية المنافسة فالأول يهدف إلى حماية المستهلك من اختلال توازن العقد، بينما الثاني لا يهدف إلى حماية العون الاقتصادي الضعيف، وعلى العكس يضمن بقاء المتعاملين الاقتصاديين الأكثر كفاءة الذين يزودون السوق بالمنتجات الأكثر جودة، فقانون حماية المستهلك يضمن توازن العقد بينما قانون المنافسة يضمن توازن السوق⁽⁴⁷⁾.

ويؤثر القانونين على النشاط الاقتصادي بصفة عامة، بينما يختلفان من حيث أنه يضمن قانون حماية المستهلك توازن العقد من خلال السعي إلى استقرار المعاملات القانونية وذلك بالتدخل في إبطال أو تعديل الشرط التعسفي دون إبطال العقد، بينما يضمن قانون المنافسة توازن السوق من خلال الحفاظ على المنافسة الحرة، بمنع العراقل التي تزيل حرية العون الاقتصادي في الدخول إلى السوق، وحرية المستهلك في اختيار المنتجات الأكثر جودة والأقل ثمن الأمر الذي يؤدي إلى زوال المتعاملين الاقتصاديين الأقل كفاءة نتيجة المنافسة الحرة الزهيدة⁽⁴⁸⁾.

ويختلف الإخلال بقواعد المنافسة عن السلوك المنافي لمبدأ حسن النية من حيث عدة وأوجه⁽⁴⁹⁾، ومن أهمها أن هذا الأخير يمس المصلحة الخاصة وتنطبق عليه قواعد المسؤولية، بينما يمس السلوك المنافي لقواعد المنافسة بالمصلحة العامة المتعلقة خصوصاً بتوازن السوق، ويرتب القانون جزاءات جزائية في مواجهة السلطة العامة⁽⁵⁰⁾.

خاتمة:

إن التحرير الأحادي الجانب للعقود، كما أنه قد يكون خلاصة خبرة فنية 15 النموذجية أضحي اليوم ضرورة في المعاملات الحديثة وقانونية، وربما خبرة عملية ذات سوابق، وبالتالي فإن وضع هذه العقود له أهميته من جانب توفير الوقت في إعداد العقد في ظل التطورات الحديثة التي أضحت تتسم بالسرعة والوفرة، وسد القصور التشريعي عن حل كل المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود، كما له أيضا أهميته من حيث توحيد الشروط الموضوعية العامة. وعلى هذا يظهر أن التحرير المسبق للعقد من قبل أحد طرفي العلاقة التعاقدية يتمثل في الممارسة لسلطة واقع، وليس من خلال ممارسة لحق شخصي، ولذلك لا يمكن اعتبار التعسف الوارد في المادة 35 قانون الاستهلاك الفرنسي مجرد تطبيق للتعسف في استعمال الحق.

(1) - **CROTEU (N)** , *Le contrôle des clause abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi* , RDUS , Rn°26 , 1996 , P21.

(2) - **STOFFEL-MUNCK (P)** , *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)* , LGDJ , Paris , 2013 , P420.

(3) - **CATHIARD (A)** , *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat* , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2006 , P281.

(4) - **DEMOGUE (R)** , *De la violence comme vice de consentement* , revue , dalloz , 1914 , P 450.

(5) - **Idem** , P451.

(6) - **الجبار ناجي الملا صالح**، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير قدمت في القانون الخاص، دار الرسالة للطباعة، العراق، 1975، ص45.

(7) - **GHAZAL (J-P)** , *De la puissance économique en droit des obligations* , Tome 1 , thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Université de PIERRE MENDES France , Grenoble , 1996 , P23.

(8) - **DEMOGUE** , *Traité des obligations en général, sources des obligations*, T1, ROUSEAU , Paris, 1923 , P21.

9-Idem, P21

(10) - **ANCEL (P)**, *Critère et sanction de l'Abu de droit en matière contractuelle*, cahier de droit de l'entreprise, 1998, P 150.

(11) - **ROUAST (A)** , *Les droit discrétionnaires et les droit contrôlés* , RTD CIV , 1944 , P 144.

(12) - **LEFEBVRE Brigitte** , *la bonne foi : notion protèiforme* , article , revue n ° 26 , 1996 , p 4

(13) - **LEFEBVRE (B)** , *Op-cit* , P21.

(14) - **Idem** , P 45.

(15) - **CATHIARD (A)** , *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat* , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2006.

(16) - **Idem** , P66.

(17) - تنص المادة 124 مكرر قانون مدني جزائري : (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.)

(18) - **عنترى بوزار شهناز**، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - 2012-2013، ص13.

(19) - **PLEGION-ZIKA (C-M)** , *La notion de clause abisive au sense de l'article 132-1 de code de la consommation* , These de doctorat , Droit privé , Université Panthéon-Assas , Paris, 2013 , P55 .

(20) - اختلف الفقه في تكيف نظرية التعسف في استعمال الحق، بين رأي يرى انما ليست الى تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، وانقسم هذا الرأي الى اتجاهان، اتجاه يرى أن التعسف هو تصرف خارج حدود الحق، واتجاه اخر يرى أن التعسف هو تصرف في حدود الحق غير أنه خطأ ذو طبيعة متميزة، ويرى

الاتجاه الثاني أن التعسفي يختلف اختلافا كبيرا عن المسؤولية التقصيرية وانقسم هذا الرأي الى اتجاهان، اتجاه يرى أن التعسف وسيلة اخلاقية تندمج في استعمال الحق، ويرى اتجاه آخر أن التعسف يتجاوز المبادئ العامة في القانون، والرأي الراجح فقها هو الرأي الأول القائل أن التعسف في استعمال الحق هو خطأ تقصيري، للمزيد من التفاصيل، الرجوع الى: **مُحَمَّد مصطفى غازي زيدان**، مرجع سابق، ص 228 .

(21) - **رباحي أحمد**، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5، جامعة شلف، ص 352.

(22) - **رباحي أحمد**، مرجع سابق، ص 21.

(23) - **PLEGION-ZIKA (C-M)**, *Op-cit*, P13.

(24) - **رباحي أحمد**، مرجع سابق، ص 21.

(25) - **STOFFEL-MUNCK (P)**, *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)*, *Op-cit*, P420.

(26) - تنص المادة من أمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني : (يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.)

(27) - **عنتر بوزار شهناز**، مرجع سابق، ص 13.

(28) - **STOFFEL-MUNCK (P)**, *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)*, *Op-cit*, P420

(29) - **LUCAS de LEYSSAC (C)**, *Transparence, dépendance et partenariat*, *Colloque Lille*, 1996, P5 ; (*L'èpoque de l'économie administrée est révolue [...] La règle de droit ne doit pas peser sur le fonctionnement normal du marché*).

(30) - **مُحَمَّد السعيد جعفرور**، مدخل الى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر 2011، ص 45.

(31) - **LASBORDES (V)**, *Les contrats déséquilibrés*, *Presses universitaires D'Aix-Marseille*, 2000.

(32) - *idem*, P. 214.

(33) - **STOFFEL-MUNCK (P)**, *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)*, *Op-cit*, P420.

(34) - **LUCAS de LEYSSAC (C)**, *Op-cit*, P85

(35) - **CATHIARD (A)**, *Op-cit*, P89.

(36) - **سي طيب مُحَمَّد أمين**، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2008، ص 56.

(37) - **سي الطيب مُحَمَّد أمين**، مرجع سابق، ص 56.

(38) - **CATHIARD (A)**, *Op-cit*, P56.

(39) - **STOFFEL-MUNCK (P)**, *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)*, *Op-cit*, P420.

(40) - وتضمنت المادة 29 من القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية على ثمانية شروط تعسفية، والتي تتمثل في -اخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك....).

(41) - **LEFEBVRE Brigitte**, *la bonne foi : notion protéiforme*, *Article précité*, P47.

(42) - **مُحَمَّد الشريف كتو**، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 23، 2002، ص 57.

(43) - قانون 01-88 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988

(44) - المادة 37 من دستور 96، ج ر عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

(45) - **مُحَمَّد الشريف كتو**، مرجع سابق، ص 57.

(46) - **ارزيل الكاهنة**، الموازنة بين النشاط التنافسي و حقوق المستهلك، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 126.

(47) - **STOFFEL-MUNCK (P)**, *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)*, *Op-cit*, P440.

(48) - **CATHIARD (A)**, *Op-cit*, P56.

(49) - **CROTEAU (N)**, *Op-cit*, P425.

(50) - **STOFFEL-MUNCK (P)**, *L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie)*, *Op-cit*, P440.