

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

Protection of the fragile party from the abuse of contract of adhesion.

بوراس عبد القادر

جامعة تيارت / الجزائر

bourasdroit@yahoo.fr

زروقي فايزة

جامعة تيارت / الجزائر

faiza.zerrouki@univ-tiaret.dz

تاريخ النشر: 2023/07/03

تاريخ القبول: 2023/06/20

تاريخ الإرسال: 2023/03/15

الملخص:

كان ظهور عقد الإذعان نتيجة الثورة الصناعية و التطورات الاقتصادية ؛ إذ كان الإنتاج الضخم و التوزيع الكثيف ، يفرضان استعمال عقود نموذجية معدة مسبقا من طرف المهنيين مما يؤدي بلا شك إلى إساءات استعمال خطيرة ضد المستهلكين ، وفرض جملة من الشروط التعسفية في أغلب الأحيان في العقود التي تجمعهم معهم و تقييد الحرية التعاقدية ، حتى أضحت تلك الشروط معضلة عالمية حاولت التشريعات الحديثة مكافئتها و الحد منها ؛ بما تصدره من قوانين تحضرها ، وتخول من خلالها للسلطة القضائية الحق في تعديلها أو إلغائها ، و لو اقتضى الأمر المساس بالقواعد الصلبة " القوة الملزمة للعقد " و "العقد شريعة المتعاقدين".

الكلمات المفتاحية : عقد الإذعان - الشرط التعسفي - المهني - المستهلك - الحرية التعاقدية.

Abstract:

The industrial revolution, the indispensable speed of most transactions, and the uniformity of conditions gave rise to standardized contracts, called contracts of adhesion. Many contracts are concluded with individualized conditions and sometimes contain special clauses. The abusive clauses are imposed by the professional by using his superiority and to attenuate the consequences of the principle of contractual freedom and the abuses which can result from it, the legislator introduced particular rules to the contract of adhesion, allowing the judge either to take into account this absence of discussion at the time of the interpretation of the contract and to support the adherent or to cancel or deprive of effects specific clauses.

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

Keywords: Contract of adhesion - Abusive clause - Professional - Consumer - Freedom of contract

مقدمة:

لقد كتب الفيلسوف كانت "قد يكون هناك مجال للعدالة عندما يقرر شخص شيئاً لشخص آخر، لكن لا مجال للقول بمثل هذا عندما يقرر الشخص لنفسه"؛ هو نص بسيط لكنه يخفي بداخله حقيقة منطقية، مضمونها أن كل شخص لا يمكن أن يخطئ في الاختيار أو التقدير متى تصرف في كامل حريته و بمطلق الإرادة، غير أن الحال ليس كذلك عندما تنعدم لديه الإرادة في الاختيار، حيث تنقلص فرصة العدالة و تتضاعف أحوال الاختلال، لهذا قيل "كل عدالة مردها إلى العقد ومن يقول بالعقد، يقول بالعدالة" و المقصود بالعقد في هذا المقام، الكيفية التي يتم بها التعاقد فيما إن كان هناك تفاوض أو نقاش حول بنود العقد و شروطه؛ فمتى كان هناك أخذ و رد، كان هناك مجال للعدالة، أي سلطان الإرادة هو الأصل في إبرام العقود، و أن كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، و لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدراً للالتزامات، بل هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.

لكن التطورات الأخيرة، خاصة الاقتصادية منها أدت إلى عدة تغيرات، فالثورة الصناعية قد قامت بقلب الموازين، فتطورت عمليات التصنيع و التوزيع الكثيف للسلع و الخدمات، إلى جعل القرن التاسع عشر- مجالا خصبا لظهور أنواع من العقود الجديدة، تسيطر عليها الحكومات أو تمنحها المؤسسة ما دون غيرها، فلا نجد الخدمة أو السلعة إلا في هذه المؤسسة، فتضع تلك المؤسسة الشروط كما تريد، بالثمن الذي تحدده، و يجد القابل نفسه مضطرا للانضمام لتلك العقود بدون أي فرصة للمناقشة، أو التغيير في شروطها، و هو الواقع الذي أفرزته العقود التي أطلق عليها أهل القانون تسمية "عقود الإذعان" ¹ "Contrats d'Adhésion" أو عقود خذ أو دع، "à prendre ou à laisser" و التي تعتبر عقودا يملئ شروطها و يترتب آثاره طرف واحد، و يذعن لها الطرف الثاني، و ليس لهذا الأخير الحق في مناقشة شروطها.

في ظل هذه الظروف حاولت بعض التشريعات احتواء أزمة اختلال التوازن العقدي، الذي تحدثه الشروط التعسفية المفروضة على المتعاقد الضعيف، جعلت من الواجب على المشرع البحث عن آلية قانونية تمكن من إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية إما بتعديلها أو إلغائها كليا إن اقتضى الأمر المساس بالقواعد الصلبة "العقد شريعة المتعاقدين" و "القوة الملزمة للعقد"، و بالتالي الخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

فما هي طرق الرقابة على الشروط التعسفية؟ وكيف يكفل القانون المتعاقد الضعيف في ظل عدم التوازن العقدي؟

زروقي فايذة، بوراس عبد القادر

و هذا ما سنحاول تبينه من خلال هذا البحث ، الذي قسمناه إلى مطلبين :

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

المطلب الثاني: إعادة التوازن العقدي.

1- المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

لقد أفرز الوضع الاقتصادي الجديد القائم على الاستهلاك المكثف أو اقتصاد الوفرة، ممارسات جديدة، ابتدعها المحترفون تبعاً لمركز من القوة التي وجدوا فيها أنفسهم، سواء لاحتكارهم سلعا أو خدمات ،أو لحاجة المستهلك لهذه الأخيرة و لو من غير احتكار.

1.1- الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

رغبة من المشرع في حماية المستهلك، تبعاً لتضاعف مبررات خضوعه و إذعانه من تعسف العون الاقتصادي أو المحترف تبعاً لتضاعف مبررات تسلطه و نفوذه، فقد أورد ضمن القانون رقم 02-04 تعريفاً للشرط التعسفي و حتى يتبين لنا الوقوف على مفهوم حقيقي للشرط التعسفي يجدر بنا البحث عن معايير تحديد التعسف، ومنها على الخصوص المعيار الذي اعتمدته المشرع الجزائري أثناء تعريفه للشرط التعسفي ومدى تناسب هذا المعيار مع الشروط التعسفية التي جاءت بها المادة 29 من القانون 02-04 و المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

حيث أن المشرع الجزائري و غيره من بعض التشريعات المقارنة جاء بقائمتين تتضمن الشروط (أي أنها تعسفية مما كان مبرر وجودها، فهل يتناسب هذا التوجه مع إيراد تعريف للشرط التعسفي).
تعني كلمة الشرط لغة إلزام الشيء و التزاه في البيع و نحوه، وقد جاء في كتاب العين و هو أقدم قاموس لغوي عربي مضمونه: العسف: السير على غير هدى و ركوب الأمر من غير تدبير و ركوب مفازة من غير قصد، و تعسف فلان ظلمه، استخدمه، و تعسف في القول أخذ على غير هداية جملة على معنى لا تكون دلالة عليه ظاهرة.

و تعتبر لفظة التعسف و الشروط التعسفية من الألفاظ التي كثيراً ما نستعملها، لكن قد يصعب في أحيان كثيرة تعريفها على الأقل من الناحية الاصطلاحية، هذا و لقد تعددت وتنوعت تعريفات الشرط التعسفي تبعاً لاختلاف زاوية النظر إليه.

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

أولاً: التعريف التشريعي

بالنسبة للتشريعات العربية فإنها باستثناء المشرع الجزائري لم تتناول مسألة التعريف رغم أنها كانت سباقة في مواجهة الشروط التعسفية و ربما يكون الدافع إلى ذلك هو حداثة الفكرة من جانب و تجنبها الخوض في التعاريف لأن ذلك يعد من عمل الفقه لا عمل التشريع من جانب آخر.¹

عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي ضمن المادة 03 في الفقرة الخامسة من القانون رقم 04-02 الصادر في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و ذلك بما يلي: " شرط تعسفي كل بند أو شرط، بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ثانياً : التعريف الفقهي

تعددت آراء الفقه بتعريف الشروط التعسفية و اختلفت باختلاف زاوية النظر للشرط التعسفي ، نظراً لما له من أهمية في المجال القانوني، حيث عرفه البعض على أنه الشرط الذي يعرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة، ويرى آخرون أن المقصود بالشرط التعسفي في مفهوم القانون هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بوقوع هذا التعسف.

و هناك اتجاه في الفقه المصري ذهب إلى تعريف الشرط التعسفي، بعد أن اعترف بصعوبة هذه المهمة بقوله: " ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن إككاماً يتنافى مع العدالة و يضيف قائلاً أن "هذه الصفة نسبية تختلف من عقد إلى آخر حسب ظروف التعاقد وموضوعه و حالة طرفيه "²

ما يلاحظ أن أغلب التشريعات العربية لم تأت بتعريف الشرط التعسفي في القانون المدني، إذ أن تعريفها غالباً ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك.

و من بين التشريعات العربية التي تولت تعريف الشرط التعسفي سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك القانون الفرنسي و القانون البلجيكي و كذا القانون الألماني.

هذا و تجدر الإشارة إلى غياب تعاريف الفقه الجزائري، منهم ممن تصدى لمهمة شرح و تحليل النصوص المنظمة لحماية، المستهلك عموماً، و الشروط التعسفية خصوصاً، فمنهم من مر على هذه النقطة دون التفاتة، ومنهم من ردد التعريف الذي جاءت به الفقرة السابعة من المادة الثالثة من القانون 04-02 دون إضافة أي جديد يذكر، ومنهم من أعطى تعريفاً طويلاً نوعاً ما، حاول من خلاله جمع كل العناصر الفنية وفقاً لما تقتضي- به العدالة المشكلة له و الذي مفاده: " هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، و الذي

¹ موفق حاد عبد ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، 2009
س ط ، ص 222.

² سي الطيب محمد أمين ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، س، 2007-2008، ص 38.

زروقي فايذة، بوراس عبد القادر

يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق و التزامات الطرفين و يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد و موضوعه و حالة طرفية وفقا لما تقتضي به العدالة¹ و يمكننا القول أن الشرط التعسفي هو: "الشرط الذي يتأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفا على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق و التزامات الأطراف في كل مراحله، و يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر"².

ثالثا: التعريف القضائي:

يعتبر من النادر جدا في القضاء الجزائري تطبيق الشروط التعسفية، فضلا عن الخوض في تعريفها، ولهذا كان الاعتماد على القضاء الفرنسي و ما ذهب إليه في تعريف الشرط التعسفي. و قبل الخوض في التعريف الذي جاء به القضاء الفرنسي نشير إلى التعريف الذي أورده محكمة النقض المصرية و الذي مضمونه "هو ذلك الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام". أما عن القضاء الفرنسي فيبدو أنه مضطرب بخصوص إعطاء تعريف موحد للشرط التعسفي، بين من يأخذ بعين الاعتبار الطريقة التي تم بموجبها تحرير العقد³، وبين من يأخذ بالآثار التي تترتب على إدراج شرط ما من الشروط التعاقدية⁴.

قبله القرار الصادر عن نفس الجهة القضائية بتاريخ 6 جانفي 1994 و الذي مضمونه: "لقد أصاب مجلس الاستئناف عندما اعتبر أن الشرط يمنح المؤجر مزايا مجحفة متى ألزم المستأجر في عقد إيجار طويل المدة، يتحمل جميع الخسائر التي قد تصيب الشيء المؤجر و لو كان ذلك راجع إلى حادث غير متوقع و مستحيل الدفع و هو الأمر الذي يستدعي التصريح بالطابع التعسفي"⁵.

¹ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون و المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر س ط 2006، ص و ما بعدها 347.

² Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne ; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat dénature celui-ci

³ G.Paisant, protection des consommateurs, les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles neufs, JCP/.

⁴ بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 11.

⁵ La cour d'appel a justement considéré que la clause qui fait supporter au preneur dans un contrat de location de longue durée, la totalité des risques de perte ou de détérioration de la chose louée, même lorsque ceux-ci sont dû à un événement imprévisible et irrésistible constatif de la force majeure et qu'aucune faute ne peut être imputée audit preneur, confère au bailleur un avantage excessif-cass 1^{er} civ 06 janvier 1994-Bull civ, N°8,p06

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

2.1- الفرع الثاني: بعض الشروط التعسفية و خصائصها

أولا : الشروط التي تعتبر تعسفية عامة:

أ-الشرط الذي يخالف مقتضى العقد:

الشرط الذي يخالف مقتضى العقد و لا يؤكده و لا يلائمه و لا يكون العرف قد جرى به لا يسعنا إلا أن نقول عنه أنه شرط تعسفي مخالف لمقتضى العقد.

ب-الشرط الذي ليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو الغير:

فشرط كهذا يعتبر عبثاً، إذ ليس له مطالب فيبطل و فضلا عن كون هذا الشرط يوحي به المفهوم المخالف للنص فإنه يعد تطبيقاً للقواعد العامة إذ لا بد لكل التزام من سبب مشروع.

ج-الشرط الذي يرد على محل معدوم أو مستحيل.

د-الشرط الذي يرد على محل مجهول جمالة فاحشة.¹

ثانيا – البنود التي تعتبر تعسفية بالنسبة للمشرع الجزائري

قد تولى المشرع الجزائري بيان طائفة من الشروط التعسفية التي تعتبر باطلة في عقود الإذعان.

تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1-تقليص العناصر الأساسية للعقود التي يجب ادراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي و المستهلك، العناصر التي ترتبط بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و أمن و مطابقة السلع و ،أو الخدمات و كذلك الضمان و الخدمة ما بعد البيع. وتتعلق العناصر الأساسية المذكورة أعلاه أساسا بما يأتي:

خصوصيات السلع و ،أو الخدمات و طبيعتها.

- الأسعار و التعريفات.

- كفيات الدفع.

- شروط التسليم و آجاله.

- عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم.

- كفيات الضمان و مطابقة السلع و ،أو الخدمات.

- شروط تعديل البنود التعاقدية.

- شروط تسوية النزاعات.

- إجراءات فتح العقد.

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، ص214 .

زروقي فائزة، بوراس عبد القادر

- 2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
 - 3- عدم السماح للمستهلك في حالة العقود القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
 - 4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
 - 5- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طغى ضده.
 - 6- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
 - 7- 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.
 - 8- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً بدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
 - 9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
 - 10- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
 - 11- يعني نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
 - 12- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.
- " نص المشرع على طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين"¹
- لم يكشف المشرع بالحماية العامة المنصوص عليها في المادتين: 111 و 112 من التقنين المدني الجزائري و التي يشارك فيها عقد التأمين² سائر عقود الإذعان، بل خصه بنصوص أبعد في حماية المؤمن له و الذي وصفه أحدهم بالتسيير الذي هو في أمس الحاجة إلى الحماية.
- فقد نصت المادة 622 من القانون المدني الجزائري على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين:
- 1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جنائية أو جنحة عمدية و. ويرر هذا البطلان على أساس أن غالبية حوادث السيارات مثلاً تنجم عن مخالفة القوانين و النظم أي اللوائح.
 - 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له سبب تأخره في الاعلان عن الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول

¹ المرسوم التنفيذي رقم 306-06، مؤرخ في، 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006، المادة 02، 03، 05.

² C.civ.aL art, N°619 " L'assurance est un contrat par lequel, l'assureur s'oblige, moyennant des prime ou autres versements pécuniaires, à fournir à l'assuré ou au tiers bénéficiaire au profit duquel l'assurance est souscrite, une somme d'argent, une rente ou une autre prestation pécuniaire, en cas de réalisation du risque prévu au contrat » .

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.¹

4- شرط التحكيم، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

كما نصت في النهاية على بطلان كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

إن الشروط السابقة الذكر تعتبر باطلة، وإذا أراك المستهلك استبعاد شرط منها، فما عليه إلا التمسك بالنص الذي يحظرها، حتى يتسنى للقضاء الحكم بطلانها و كأننا بصدد قائمة سوداء بالشروط التعسفية افترض القانون فيها الطابع التعسفي افتراضا لا يقبل إثبات العكس.

و سوف نرى لاحقا فعالية الأسلوب التشريعي في محاربة الشروط التعسفية و الذي تعتبر المادة 622 تقنين مدني إحدى تطبيقاته و هو أسلوب نرجو أن يتعمم ليشمل مجالات أخرى تتصل بالمستهلك كما في عقد البيع، و عقود أداء الخدمات.²

ثالثا - بعض خصائص الشرط التعسفي:

يمكن إجمال خصائص الشرط التعسفي بما يأتي:

1- إن الشرط التعسفي شرط صحيح، غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و غير مخالف للقواعد الآمرة في القانون.

2- إن قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر إلى كل شرط من شروط التعاقد على حدا بل بالنظر إلى مجموع تلك الشروط، فقد يكون أحد الشروط وفر ميزة أو منفعة للمشتري المحترف، ففي حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.

3- إن الحماية من الشروط التعسفية إنما وجدت للتعاون في القدرة الفنية و الاقتصادية بين المحترف و المستهلك، فإذا كانت الأطراف في منزلة واحدة من حيث القدرة الاقتصادية والفنية فلا سبيل لإثارة موضوع الشروط التعسفية، لأن على كل متعاقد واجب السهر والمحافظة على حقوقه لأنه ليس بحاجة للحماية.

4- إن مصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلوله يختلف عن مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق، ذلك أن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه سواء انطوت فنية المشتري إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تنطو، ولا يشفع للمشتري المحترف حسن نية لأننا

¹ بودالي محمد الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص 76.

² بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 77.

زروقي فايذة، بوراس عبد القادر

بصد حماية المتعاقد، و لسنا بصد إثبات التعسف الذي يكون بافترضه من خلال وجود المنفعة التي خولها الشرط للمحترف¹.

2المطلب الثاني: إعادة التوازن العقدي

الواقع الاقتصادي بين أن الالتزامات التعاقدية ليست متوازنة في كل العقود، و أن حرية أحد المتعاقدين في أغلب الأحيان مقيدة أو مرغمة على التعاقد و لذلك نتساءل عن الحلول الواجب وضعها لتحقيق العدالة في مجال العقود.

1.2- الفرع الأول: مكانة الطرف الضعيف في عقد الإذعان

تستدعي حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان تدخل القاضي حتى يحمي الطرف الضعيف و يلغي الشروط التعسفية المتسببة في اختلال الميزان التعاقدية.

لكن تدخل القاضي كلما شك في عدم عدالة العقد يؤدي إلى اضطراب المعاملات وافتقادها للاستقرار بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي عن طريق سن تشريع ينظم هذه العقود محدد الشروط العامة الواجب الاتفاق عليها حتى لا يختل التوازن مثل الحد الأدنى لأجر العامل، عدد ساعات العمل الأسبوعية، ومحدد للشروط التعسفية الباطلة بطلاناً مطلقاً لو ضمت للعقد، و إذا كان هناك تعسفا في العقد أو اختلال التوازن تدخل القاضي كحل أخير لتحقيق العدالة العقدية.²

و من أجل إعطاء فكرة واضحة عن الحماية المقررة للمستهلك المذعن من الشروط التعسفية في القواعد العامة نأتي على توضيح شروط استفادة هذا الأخير منها.

أولاً: شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية:

لتطبيق الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، يجب توافر ثلاثة شروط، هي أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم و صحيح، على أن يتضمن هذا الأخير شرطاً أو عدة شروط تعسفية، و التي يقف المذعن موقف الضعف منها.³

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، من دون س ط ، ص 231.

²Pour restaurer cette notion, une double démarche s'impose. Il faut, d'abord, la délimiter afin de réserver son application uniquement aux personnes qui méritent d'être protégées contre les clauses abusives et aux seules stipulations qui créent véritablement un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La notion de clause abusive apparaît alors comme un mécanisme destiné à sanctionner les abus de la liberté contractuelle dans les contrats de consommation. Il faut, ensuite, procéder à l'identification de la notion de clause abusive en cherchant à définir et à caractériser le standard du déséquilibre significatif, notamment à l'aune des critères dégagés de la pratique. Chemin faisant, la notion de clause abusive s'impose comme une notion incontournable du droit de la consommation et, plus largement du droit des contrats, notamment en ce qu'elle participe au renouveau de la théorie générale du contrat.

³ مندي آسيا ياسمينه، النظام العام للعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، س، 2009، ص31.

سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة سنة 2008، ص41.

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

أ-الشرط الأول: وجود عقد قائم

يفترض لسريان الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان أن يكون هناك عقد قائم، صحيح، توافر له عنصر التراضي من إيجاب و قبول، وكذا هذا التراضي صحيحا، خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوّهه، إذ أن رقابة التعديل أو الإلغاء تأتي حصيلة تغيير لشروط العقد للوقوف على ما بها من تعسف، وهذا التغيير تسبقه أوليات معنية و هي أن يكون قيام العقد صحيحا بين طرفيه .

ب-الشرط الثاني: تضمن العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية:

إذا توافر الشرط الأول سالف الذكر، أي وجود عقد قائم صحيح، جاء دور الشرط المتمثل في اشتغال العقد على شرط أو عدة شروط تعسفية، تبرر رقابة القضاء، إذ الهدف الذي أراده المشرع من قاعدة المادة 110 مدني جزائري هو حماية الطرف المذعن لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه، و إذا لم يكن العقد متضمنا لأي من هذه الشروط فلا محل لمراجعة القاضي و إلا عد تدخله تحريفا للعقد، الأمر المبرر لنقص الحكم.

ج-الشرط الثالث: الضعف الإرادي:

يجب أيضا لسريان الرقابة على الشروط التعسفية في عقود الإذعان أن يكون المستهلك المذعن ضعيف أمام الشروط التي يفر منها المهني، حيث لا يمكنه إلا أن يسلم بها بمفهوم المخالفة إذا كنا بصدد قبول صادر بعد مناقشته لشروط العقد، بحيث كانت هذه الشروط حصيلة مفاوضات الطرفين، فإننا يجب أن نطبق بشأنها نص المادة 106 قانون مدني جزائري باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقرها القانون حتى و لو كانت شروطا تعسفية، طالما كانت مقبولة بمحض الاختيار الكامل للطرف الملزّم له .

و القول بخلاف ذلك يعني تحريف العقد، و نقض جوهره، و هذا أمر محذور قانونا، فيجب أن ينظر القاضي إلى الطرف الضعيف و موقفه من الشروط التعسفية، فإذا كانت إرادته ضعيفة و كان دورها في العقد مجرد التسليم فقد قام مبرر تدخله، حتى و لو كان منتبها إليها، علما بما شابهها من تعسف، إذ لن يستطيع رغم هذا العلم أن يفعل شيئا سوى الإذعان لها .

ثانيا : مفهوم الطرف الضعيف بوجه عام:

أ-المقصود بالطرف الضعيف:

المقصود بالطرف الضعيف، الطرف الذي تنقصه القوة *vigueur* أو القوة الجسمية *force physique* أو المعنوية *force morale* و قد اعتبر الأستاذ فريدريك لوكليرك Frédéric Leclerc بأن الضعف يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمها التخوف بحكم ضعف أحدهما و ذلك لأسباب متعددة:¹

1- ضعف المؤهلات الجسمية و النفسية.¹

¹ Frédéric Leclerc-la protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits de lois) édition 1996 tour 1, p11.

زروقي فايذة، بوراس عبد القادر

2- ضعف المؤهلات النسبية و يتمثل في ضعف التجربة و الخبرة أو الكفاءة أو الحاجة إلى السلعة أو الخدمة، مما يعرض المستهلك لغبن المهني.

3- غياب توازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية و الاجتماعية لأحدها. فوجود الطرف القوي المهني في وضعية الأقوى اقتصاديا و ماليا و قانونيا ناتج عن وضعه المهيمن في السوق أو احتكار السلعة أو الخدمة أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بتأثير عوامل الإنتاج و التوزيع، وكذا بامتلاكه للمعلومات و المعارف بشأن أساليب أو خصائص إنتاج أو تداول السلعة أو الخدمة، أو معرفته العميقة و الدقيقة بالقانون و شروط العقد.

ب- استغلال الطرف الضعيف بسبب اختلاف المراكز التعاقدية:

إن اختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازين القوى أدى إلى استغلال الطرف الضعيف من المتعاقدين القوي حيث ساهم ذلك في:

- 1- حمل المتعاقد الضعيف بالقانون أو الواقع نتيجة تعاقد خارج تخصصه.
- 2- تعقد سوق السلع و الخدمات.
- 3- صعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية إما لأسباب راجعة للطرف الضعيف أو لسوء صياغة العقد.
- 4- عدم أخذ المتعاقد الضعيف الوقت الكافي للمقارنة بين مشاريع و شروط العقد المعروضة من طرف المهنيين.
- 5- انتشار الشروط النموذجية في العقود نتيجة استفاد الطرف المهني المشرع بتنظيم منفرد و موزع للعقد.
- 6- اعتقاد المتعاقد الضعيف بصفة خاطئة إما بقانونية أو بشرعية الشروط النموذجية أو بكونها موحدة في السوق.

- 7- الحاجة الضرورية أو المستعجلة للسلعة أو الخدمة إما واقعا أو قانونا.
 - 8- ظهور أشكال جديدة للحث على التعاقد كالإشهار.
 - 9- ظهور أشكال جديدة لتوزيع السلع أو الخدمات كالباع في محل الإقامة.
- و لما كان هذا الاجتياح أو عدم الخبرة لا يعتبر في حد ذاته عيبا من عيوب الإرادة فقد استلزم ذلك البحث عن التوازن العقدي خارج نطاق القواعد العامة لنظرية العقد التي أصبحت قاصرة عن توفير حماية فعالة لرضا الطرف الضعيف و لعل في ظل هذه المعطيات ظهر المستهلك باعتباره شخصية رئيسية و غير محجرب و سهل الإيقاع به لأن عدم كفاءته الفعلية أو القانونية لا تمكنه من مناقشة بنود العقد، كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه الشروط على مركزه القانوني و على مركزه المالي.²

¹ يتمثل الضعف الذي يلحق المؤهلات الجسمية إما في كون الشخص عديم الأهلية أو ناقصا أو لكهل أو معاق أما فيما يتعلق بالجانب النفسي فإن الضعف يتمثل إما بإصابة الشخص بمرض نفسي أو عقلي أو غير ذلك من الحالات المشابهة.

² مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 48.

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

2.2 الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف

أولاً: تدخل المشرع:

جاء القانون بحماية للطرف الضعيف و أتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة، فنصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه ذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان متضمنا شروطا تعسفية يحق للقاضي التدخل لإبطال هذه الشروط، أو تعديلها أو مراجعة العقد بصفة عامة.

أ-النصوص العامة:

تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الإذعان:

إن الأصل في تفسير الشك في العقد بصفة عامة لمصلحة المدين إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة في عقد الإذعان و ذلك لما لها من خصوصية تميزها عن العقود الأخرى حيث نصت المادة 112 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة المذعن"

فالمشرع الجزائري وقف إلى جانب الطرف المذعن في تفسير عبارات عقد الإذعان، وجعل الشك في عبارات عقود الإذعان الغامضة يؤول لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ،مثاله :في عقد التأمين يفسر- الشك لمصلحة المؤمن له و هو دائن لشركة التأمين بالمبلغ الذي سوف تدفعه له عند تحقق الخطر المؤمن منه. أي أن قبول المذعن صحيح في عقود الإذعان بمجرد موافقته على الشروط المقررة في العقد على أن يكون له الحق في التظلم منها.

ب-تنظيم بعض العقود:

كان بإمكان المشرع أن يعطي للقاضي سلطات واسعة للتدخل كلما تعلق الأمر بعقد الإذعان ،و بما أن السلطات الواسعة لتدخل مستمر تؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات كما سبق و أن قلنا لنا فضل أن ينظم بعض العقود و هذا ما فعله في النصف الأول من القرن العشرين، حيث نظم عقد العمل ،عقد النقل و عقد التأمين.

و هذا القانون تدخل أحيانا أخرى لتحديد الشروط التعسفية و منعها و هذا التدخل وقائي، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد أو إلى حماية التوازن التعاقدية.

و مثال التدخل الوقائي، منع الطرف المتعاقد القوي من فرض بعض الشروط كإجبار العامل على العمل المستمر دون إعطائه الراحة الأسبوعية و خلال ساعات تفوق تلك المحددة في قانون العمل بحجة زيادة الطلب على المنتج، و كذلك احترام الحد الأدنى للأجر المحدد في تشريع العمل.¹

¹ مندي آسيا يسمينة ، المرجع نفسه، ص 31.

زروقي فايزة، بوراس عبد القادر

كل القواعد الحامية للطرف الضعيف إلزامية لا يجوز مخالفتها و هي شكلت الآن ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الحمائي. و بفضل هذا الأخير، أصبحت هذه العقود المنظمة لا يستغل فيها المتعاقد القوي، المتعاقد الضعيف لأن هذا الأخير محمي من سلطة عليا هي السلطة التشريعية.

إذن بفضل هذا التشريع و تفاديا للتعسف الذي يعطي للقاضي الحق في التدخل لإبطاله أو تعديل العقد. و تنظيم العقود الخاصة المذكورة على سبيل المثال حددت حالات عقود الإذعان لأنه في ظل التشريع يطبق المتعاقدان تنظيم قانوني فرضته السلطة العامة حامية المصالح العامة و الفردية معا. فالتراضي تم في حدود القانون و أحدث الآثار التي نص عليها هذا الأخير، و البعض ساء بالإرادة الجماعية.

ج-تكييف القواعد القانونية الحامية للمتعاقد الضعيف:

قواعد النظام العام الحمائي إلزامية، لا يجوز مخالفتها، و بما أنها شرعت لحماية الطرف الضعيف في العقد، فمخالفتها تؤدي إلى إبطال الشرط و استبداله بالشرط المحدد في القانون و ليس إبطال العقد. فلو كان الشرط تعسفي مبطلا للعقد بطلانا مطلقا لنتج عنه عدم لجوء العمال إلى الدعاوي القضائية بحقوقهم و بالتالي قبول العقد رغم التعسف .

ثانيا : سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في العقد:

إن إرادتي المتعاقدين التي يتكون العقد بتطابقها و هي التي تمثل النية المشتركة لها لذلك يتعين على القاضي الذي يوكل النية مهمة لتفسير العقد المتنازع فيه أن يبحث عن هذه النية المشتركة.

تضمنت المادة 110 من القانون المدني الجزائري و كما سبق ذكرها أنه يجوز للطرف المذعن أن يلجأ إلى القضاء ليشكلو شروط عقد الإذعان، و إذا رأى القاضي أن هذه الشروط تعسفية و محقة بالنسبة للطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير و إذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها فيصبح العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط.

و كما قضى النص بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا، فإذا اشترط المتعاقد القوي على المتعاقد المذعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة في العقد و قبل المتعاقد المذعن ذلك، فإن قبوله لا يمنعه من مطالبة القاضي بإبطالها لأن هذا الاتفاق باطل بطلانا مطلقا.

و سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المتعاقد منها سلطة تقديرية يراعى فيها مقتضيات العدالة و لا يخضع في تقدير لرقابة المحكمة العليا و هذه السلطة أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك.¹

إن تدخل القاضي في مجال الشروط التعسفية محكوم بمبدأ يهمن على المنظومة القانونية هو مبدأ سلطان الإرادة. لذلك إن تدخل القاضي في هذا المجال التعاقدية، لن يكون إلا في إطار ما يسمح به هذا المبدأ، لهذا ينبغي البحث أولا في سلطة القاضي بتعديل الشروط أو استبعادها و ثانيا في دور القاضي في تفسير شروط العقد الغامضة.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1990، ص 39.

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

فقد تضمن نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري الإشارة إلى امكانية تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها متى وردت ضمن عقود أبرمت عن طريق الإذعان، غير أن نص المادة 110 لا يعد التقنين المدني الوحيد الذي قرره المشرع الجزائري لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إذ نص و كما سبق و أن ذكرنا ضمن المادة 110 من التقنين المدني الجزائري على أن الشك يؤول لمصلحة الطرف المذعن.

أسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

يعتبر تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية استثناء مبدأ سلطان الإرادة المقرر ضمن المادة 106 من التقنين المدني، وهو استثناء أملت الظروف الاقتصادية التي أدت إلى اختلال ظاهر بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية بعدما أصبح أحدهما عالما بكل التفاصيل و الدقائق و الثاني جاهل حتى بالعموميات أحيانا.

و رغبة من المشرع في حماية الطرف الثاني من تعسف الطرف الأول فقد أجاز للمستهلك بموجب المادة 110 من التقنين المدني الجزائري أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من عقود الإذعان على نحو ما تقتضي به العدالة، مادام القانون منح للقاضي أداة قوية يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار و المحترفين.

و القاضي بتدخله من أجل تعديل الشروط التعسفية، فإنه يبقى عليها و لا يتناولها إلا بالتعديل و بالوسيلة التي يراها ملائمة و التي تمثل في:

1- قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، مما يجعلها شروط جوهرية في العقد، فيصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف و الضرر عن المتعاقد المذعن.

2- قد يتعلق التعديل بالإلغاص، بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط، بما يحقق الغرض الذي توخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة و هو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد.

3- وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإلغاص بحسب الحالة، بما من شأنه إزالة الغبن، و القاضي هناك يتقيد بالشروط والقيود المطلوبة قانونا للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال و إنما يستند إلى الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد.

على أن ما يسهل مهمة القاضي في تقدير الشروط التعسفية، هو القائمة التي جاء بها القانون 04-02 فمن مادته 29 و التي احتوت على ثمانية شروط اعتبرها المشرع تعسفية بالإضافة إلى الشروط الاثني عشر- (12) أخرى التي جاءت في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الآنف الذكر، وهي شروط فصل المشرع في

زروقي فايذة، بوراس عبد القادر

طابعها التعسفي و ما على القاضي إلا الحكم بتعديلها من رأى امكانية لذلك، وفيما عدا هذه الشروط يبقى للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط آخر بمراجعة الفقرتين الخامسة والسابعة من المادة 03 من القانون رقم 02-04 و المتعلقةتين بضرورة ورود عقد من عقود الإذعان، و إن من شأن ذلك الشرط أن يؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق واجبات وأطراف العقد.

وفقا للنص السابق، فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و إنما لا يتأتى ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك، عملا بمبدأ حياد القاضي .

ب-سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية :

تعتبر هذه الصورة من التدخل أشد جراءة من الصورة الأولى فكما سبق و أن تطرقنا إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أي إذا كشف القاضي شرطا تعسفيا في عقد إذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له لأن يلغيه و يعفي المذعن منه و لم يرسم المشرع للقاضي حدود في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة.

و هذه السلطة تعتبر سلاحا بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يعفي القاضي الطرف المذعن من شرط تعسفي خالفها بذلك القاعدة المشهورة " العقد شريعة المتعاقدين".

ويلجأ القاضي إلى الإعفاء من الشرط التعسفي حينما يقدر، إن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المحبذة في إزالة مظهر التعسف الذي استمر به الشرط، و ذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد.

و قد يكون هذا الشرط من نوع الشروط المألوفة في العقد، وهي التي يتكرر ذكرها بصورة دائمة و قد تدرج دون أن تتعلق بها نية الطرفين، ولن يتحقق العدل إلا بإزالتها.

إن سلطة القاضي في إزالة الشرط التعسفي تتجاوز بدرجة كبيرة سلطته العادية والمألوفة، لأنها لا تخول له سلطة تعديل الشرط التعسفي بل و إهداره من اقتضت العدالة ذلك، رغم أن مهمته تقتصر في شأن العقود في تفسيرها و تطبيق الأحكام القانونية عليها ولا يجوز للمتعاقدين أن يزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام .

إضافة إلى ذلك لو أجاز مثل هذا الاتفاق لأصبح في إمكان الطرف القوي تضمين العقد مثل هذه الشروط و لأصبحت الحماية التي يقرها المشرع للطرف المذعن بغير فائدة¹.

و يرى بعض الفقهاء أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا معقب لمحكمة النقض من تقديره، ما دامت عبارات العقد واضحة تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذا رأى شرطا تعسفيا في عقود

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، مرجع سابق، ص 236 .

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

الإذعان، فيكون له أن يعدله أو يلغيه إن استوجب الأمر و هو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة¹.

و يؤسس جانب من الفقه، بطلان الشروط التعسفية على أساس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فهذا المبدأ يستند إليه القاضي عند الحكم بإعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية و أن ما يوجبه حسن النية و شرف التعامل بشأن عقد الإذعان، هو من وسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع و يتمثل حسن النية في أمور عدة هي انتقاء الخطأ العمدي و انتقاء الغش، وانتقاء التعسف في استعمال الحق .

على أن مثل هذا التأسيس و إن كان يصلح لمواجهة الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة، فإنه قد لا يكون ذلك بالنسبة للشروط التعسفية التي جاء على ذكرها المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 02-04 و مرسومه التنفيذي 306-06، ذلك لأن رغبة المشرع اتجهت إلى تبني قائمة بالشروط التعسفية التي تعتبر تعسفية بغض النظر عن حسن أو سوء نية الطرف القوي، أي النظر إلى الشرط و لا ينظر إلى شخصية أو نفسية المتعاقدين و لعله أمر المبررات التي أدت إلى قول بعض الفقه عندنا بأن القانون رقم 02-04 جاءنا ناقصا ومعيبا، و أنه من الضروري سد النقص بنصوص جديدة تعالج مسألة الجزاء الذي غفل المشرع عن صياغة أحكام لها لأن الجزاء الوارد ضمن القواعد الخاصة لا يصلح للتطبيق ضمن القواعد العامة .

ج-سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة :

بمراجعة نص المادتين 111 و 112(مدني جزائري) يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين

حالات ثلاث:

- 1-حالة وضوح عبارة النص و هنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير و التأويل.
 - 2-حالة غموض عبارة النص، وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل و الأمانة و الثقة و عرف التعامل².
 - 3-حالة الشك في التعرف على إرادة مشتركة للمتعاقدين، وهنا يتعين تفسير الشك في مصلحة المدين، ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن، ولو كان دائنا.
- قد سبق و أن رأينا أن الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد شروطا واضحة و صريحة، ولكن القاضي و هو في سبيل إعادة التوازن العقدي المحتل، يبذل جهده من أجل منع سريان تلك الشروط على المتعاقدين المذعن و وسيلته في ذلك، إما تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، إلا أن هذه الأساليب ليست وحدها التي منحها المشرع للقاضي لغرض معالجة التوازن العقدي المحتل بل إن الفقرة الثانية من المادة 112 باستثناء مشرع عقود الإذعان قضى بتفسير الشك لمصلحة المتعاقدين المذعن دائما كان أو مدينا، فالمفروض أن المتعاقدين الآخر و هو الأقوى يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة و بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره و حمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض .

¹ بودالي محمد، مرجع سابق، ص 59.

² بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 61.

زروقي فايذة، بوراس عبد القادر

يحاول القاضي عند تفسيره للعقد، تحديد مضمونه على ضوء الإرادة الظاهرة، أي التعبير عن الإرادة أو العبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد، فإذا أعسر عليه الأمر لجأ إلى الإرادة الباطنة، أي إلى ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعملوها في التعبير عن إرادتهما، أي أن القاضي يلجأ إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويسترشد في تفسيره للعقد بقواعد عامة، وبطبيعة التعامل و العرف و الأمانة و الثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين، وينبغي أن ينصب التفسير على العبارات الغامضة في العقد لإزالة غموضها، و الغموض المقصود به، هو أن تحتل عبارة العقد أكثر من معنى و لكن قد يظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود، لأن لكل معنى وجه ينهض به و لأنه لا وجه لترجيح معنى آخر.¹

و القاعدة هنا أن الشك يغير في مصلحة المدين، لأن الأصل في الشخص براءة الذمة، فإذا قام شك حول مدى التزام المدين فسر هذا الشك بالأسلوب الذي يجعل الالتزام في أضيق نطاق، ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام و لكن الاستثناء الذي جاءت به المادة 112 قام المقنن المدني الجزائري هو الابتعاد عن التفسير لمصلحة المدين عندما يتعلق الأمر بشرط غامض من شروط عقد الإذعان، و كل ما في الأمر أن هذا التغير يجب أن لا يؤدي إلى الإخلال بمصلحة الطرف المدعى و لو كان دائناً، لذلك ينصب تغير هذه العبارات الغامضة في هذه العقود لمصلحته دائناً كان أو مدنياً .

فإذا كان هناك بين القواعد العامة قاعدة تقضي- بأن الشك يفسر- لمصلحة المدين فإن مجال تطبيقها في عقود المساومة التي يقف فيها كل من الطرفين موقف الند من الطرف الآخر، أما في عقود الإذعان فليس الأمر كذلك فأحد الطرفين يملئ إرادته على الأخ و ينفرد بوضع مشروع العقد، فإذا كانت هذه الشروط التي أملاها غامضة، مهمة كان دليلاً على تقصيره و خطئه بل و على سوء نيته فيفسر الغموض في مصلحة المدعى إذا كان في مقدور الموجب أن يجعل عبارته واضحة لا لبس فيها.²

على هذا الأساس قضت المحاكم الفرنسية بأن الضمان المعطى لصاحب المشروع بالنسبة للحوادث التي تقع لمستخدميه أثناء أعمال الطلاء أو تركيب الزجاج يمتد إلى الحوادث التي تصيب هؤلاء العمال أثناء هدم حاجز م ن الألواح إذا أثبت أن هذا العمل كان إعداد أو تهيئة لأعمال الطلاء.

وكذلك قضت إحدى المحاكم المصرية بأن الشك في عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له إذ أن المؤمن الذي حرر العقد كان يمكنه أن يتلاقى كل غموض في تحديد مدى الخطر المؤمن ضده، وهكذا قضت المحكمة بتشبيه الخطأ الجسم بالغبن و قضت بالتعويض لشخص قاد سيارته في حالة سكر بالرغم من أن عقد التأمين ينفي المسؤولية عن الشركة إذا كانت الأضرار ناشئة عن غبن المؤمن .

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، المرجع نفسه، ص 249.

² حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، المرجع نفسه، ص 242 .

حماية الطرف الضعيف من تعسف عقد الإذعان

خاتمة:

من خلال هذا البحث ، يتبين أن مبدأ سلطان الإرادة الذي كان الأصل في إبرام العقود في الماضي ؛ باعتبار الإرادة هي التي كانت تهمين على جميع مصادر الالتزام ، وكان لا يتصور عدم تحقيق العدالة العقدية آنذاك ، ما دامت الإرادة المتعاقدة حرة ، لكن هذا المبدأ قد تأثر بفعل التطور الاقتصادي الذي أفرزته الثورة الصناعية التي قلبت الموازين بميلاد عقود جديدة تخرج عن قواعد العقود أخرى التي كانت تبرم في جو من الحرية الكاملة في المناقشة و معرفة كل طرف لحقوقه و التزاماته على قدم المساواة بينهما وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية ، لتأتي هذه العقود المستحدثة لينفرد الموجب بوضع شروطها دون أن يكون للقابل أي حق في الدخول لا في حوار و لا مجاذبة ، بل ليس لديه سوى أن يقبل العقد كما هو أو يدعه كما هو ، وكان في العادة يقبله لحاجته لمحلها ، فقد يقع القابل ضحية تعسف الموجب و ذلك ليس نتيجة لضعفه اقتصاديا فقط بل أيضا لعدم خبرته الفنية في مجال التعاقد .

لهذا تعالت الصيحات لغرض حماية المتعاقد من خطر الشروط التعسفية لما في ذلك من حماية اجتماعية للمجتمع بذاته و التي لا تتحقق إلا بتحقيق الاستقرار الاستهلاكي و التخلص من طائفة الاحتكار و التعسف، جاءت عدة محاولات لتقييد الإرادة من أن تفرض ما تشاء من شروط في العقد ، فتمكن الفقه و القضاء و التشريع بعدما لاحظ المشرع ما شاب مبدأ سلطان الإرادة ، و مدى الاختلال الخطير في حرية التعاقد ، فآثر أن يتلافى تلك العيوب و عمد إلى حماية الطرف المذعن حماية فعالة ، بأن صاغ نظرية عقود الإذعان ، محددًا فيها أبعاد سلطة القاضي . فبعد أن حسم فيها جدلا فقهيًا بشأن طبيعتها و وضع معيارا للتعرف عليها ، اتجه إلى صياغة حكم عام يسري على كل عقود الإذعان ، و كان نتاج ذلك تنظيمًا خاصًا بعقد الإذعان ، لكنه و رغم تمتع الطرف الضعيف بنوع من الحماية إلا أنها كانت ناقصة و غير فعالة إلى حد ما .

و أخيرا ، ندعو لنشر ثقافة قانونية واستهلاكية ، التي من خلالها يكتسب الفرد معلومات تمكنه من حماية نفسه ذاتيا ، و هنا يبرز دور التوعية التي كان من الجدير أن تنشرها جمعيات حماية المستهلك التي طالما كان دورها مستترا في مجتمعا ، وكذا إمكانية إعادة النظر في إجراءات القضاء و التقليل في مددها ، كما لا يفوتنا أن نؤكد على ضرورة معرفة مضامين العقود و الاتفاقيات قبل توقيعها ، لأن التوقيع على أي عقد دون سابق معرفة لا يعني من المسؤولية العقدية الناشئة عنه ، و لكون الألفاظ المستعملة في لغة العقود ، قد لا تتفق مع معناها اللغوي المعروف للامة ، مما يستوجب التروي و قراءة العقود بتمعن قبل التوقيع عليها .

قائمة المراجع:

- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون و المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر س ط 2006 .،
- حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، جامعة بغداد،

زروقي فايزة، بوراس عبد القادر

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1990.
- موفق حماد عبد ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ،دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، 2009س ط ،
- سي الطيب محمد أمين ،الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان،س2007-2008..
- مندي آسيا ياسمينية، النظام العام للعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، س ،2009 ص31.
- المرسوم التنفيذي رقم 03-06، مؤرخ في، 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، الجريدة الرسمية رقم 56، 2006/09/11 ، صفحة 16
- Frédéric Leclerc-la protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits de lois) édition 1996 T 1.
- G.Paisant, protection des consommateurs, les clauses abusive dans les contrats de vente de véhicules automobiles neufs, JCP/.