مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04 / 02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية

شوقي بنّاسي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق ـ ابن عكنون ـ جامعة الجزائر

في زمن سيادة المذهب الفردي، القائم على تقديس الفرد على حساب الجماعة، برز للوجود مبدأ سلطان الإرادة، وخلاصته أن الشخص لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، ومن ثم كانت الإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات[1]، وفي ظل هذا المبدإ ساد الاعتقاد أن العقد يمثل قانون المتعاقدين، وهو يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالحهما[2].

لكن مع بروز الثورة الصناعية ظهر جليا أن التوازن المزعوم بين مصالح المتعاقدين لا وجود له إلا على المستوى النظري، أما على المستوى الاقتصادي فالهوة أصبحت واسعة بين الأطراف المتعاقدة، بين أرباب العمل والعمال، ثم بين المحترفين والمستهلكين، وفي مثل هذه الظروف ظهرت فكرة عقود الإذعان، وأصبح الطرف القوي يملي شروطه على الطرف الضعيف، وليس أمام هذا الأخير إلا قبول هذه الشروط جملة وتفصيلا وإما رفضها دون أدنى حرية في مناقشتها[3].

وأمام هذه الوضعية المؤسفة لم يقف رجال الفقه مكتوفي الأيدي، بل حاولوا، جاهدين، البحث، في إطار المبادئ التقليدية العامة للعقد، عن إيجاد الحلول المناسبة لإعادة التوازن المفقود بين المتعاقدين، وكذلك اجتهد رجال القضاء في تفسير البنود التعاقدية بما يخدم مصالح الطرف الضعيف.

لكن هذه المحاولات بدت قاصرة عن بلوغ أهدافها بصورة كاملة، ومن ثم اتجهت الأنظار تترقب تدخل المشرع للحسم في هذه المسألة المهمة، وهذا ما تم فعلا في عدد من البلدان المتقدمة، بدءا بالولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1962 في قانون التجارة الموحد الذي سمح للقاضي بإبطال كل شرط يظهر أنه تعسفي، ثم انتقل الأمر إلى البلاد الأوروبية سنة 1970 بهدف حماية المستهلكين، حيث صدرت عدة تشريعات أبرزها التشريع السويدي (1971)، والتشريع البريطاني (1973، 1977)، والتشريعي الدانماركي (1974)، والتشريع الألماني (1976)، والتشريع الفرنسي (1978)[4].

ولا يزال اهتمام الدول الأوروبية قائما إلى وقتنا الحاضر بمشكلة معالجة الشروط التعسفية في العقود، وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى التعليمة الأوروبية المؤرخة في 5 أبريل 1993 والتي بادرت دول الاتحاد الأوروبي إلى إدخالها في تشريعاتها الداخلية، ومنها التشريع الفرنسي، حيث قام المشرع الفرنسي بتعديل قانون الاستهلاك بموجب قانون 01 فبراير 1995.

والحمد لله بادر المشرع الجزائري إلى مواكبة هذا التطور القانوني فأصدر القانون رقم 04 ـ 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تناول فيه تحديد المفهوم القانوني للشرط التعسفي، وعقد الإذعان، والمستهلك، والعون الاقتصادي (المحترف)، كما حدّد ما أسماه بالممارسات التعاقدية التعسفية، فهل وُفق المشرع في مبادرته هذه؟ وما مدى استفادته من التشريعات الأوروبية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

المطلب الأول: المفهوم القانوني للشرط التعسفي.

المطلب الثاني: نطاق الحماية من حيث الأشخاص.

المطلب الثالث: نطاق الحماية من حيث العقود.

المبحث الثاني: أساليب مواجهة الشروط التعسفية والجزاء المقرر لها.

المطلب الأول: أساليب مواجهة الشروط التعسفية.

المطلب الثاني: الجزاء المقرر للشروط التعسفية.

المبحث الأول: نطاق الحماية من الشروط التعسفية

إن تحديد نطاق الحماية القانونية من الشروط التعسفية، في إطار القانون رقم 04-02، يستلزم البحث في ثلاث مسائل مهمة. أولها: ما هو المفهوم القانوني للشرط التعسفي؟ (1) وثانيها: من هم أطراف العقود المحمية من الشروط التعسفية، هل الأمر يقتصر على تلك العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، أم يشمل أيضا تلك المبرمة بين المحترفين أنفسهم؟ (2). وثالثها: ما هي طبيعة العقود التي أولاها المشرع حمايته في مواجهة الشروط التعسفية، هل يقتصر الأمر على عقود الإذعان أم يشمل أيضا عقود المساومة؟ (3).

المطلب الأول: المفهوم القانوني للشرط التعسفي:

بداهة لا يعتبر أي شرط يرد في العقود شرطا تعسفيا، لهذا لا بد من اللجوء إلى معيار دقيق لتحديد الشرط التعسفي، ومنعا من الاختلاف في هذه المسألة الدقيقة وجب وضع تعريف له (أ) يُحدّد من خلاله معيار الشرط التعسفي (ب).

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي:

كان المشرع الفرنسي، في إطار قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بالمنتجات والخدمات، يعرّف الشروط التعسفية بصورة غير مباشرة في المادة

35 بأنها تلك الشروط التي: "تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"[5].

فمن خلال هذا النص يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يُفرض على غير المحترف أو المستهلك من قبل المحترف نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لنفوذه الاقتصادي بغرض الحصول على ميزة فاحشة [6].

بينما عرّفته المادة 3 من التعليمة الأوروبية لسنة 1993 بأنه ذلك الشرط: "ورغم تطلب حسن النية، يؤدي إلى إيجاد عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والتزاماتها الناجمة عن العقد"[7].

وفي نفس الاتجاه تقريبا سار المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995، حيث عرّف الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة في المادة L. 132-1 الفقرة الأولى بأنها: "تلك التي يكون موضوعها أو من أثرها أن تُوجد، على حساب غير المحترف أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[8].

فباستثناء عدم الإشارة إلى حسن النية، يبدو أن تعريف المشرع الفرنسي للشرط التعسفي مطابق لتعريف التعليمية الأوروبية، وهذا أمر طبيعي، إذ أن الهدف من تعديل قانون الاستهلاك في فرنسا كان من أجل توحيد التشريعات الأوروبية.

ومن خلال هذين النصين يظهر أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرضه المحترف على المستهلك، فيؤدي ذلك إلى إخلال واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

وبالرجوع إلى قانون 04 ـ 02 المشار إليه أعلاه نجد المشرع الجزائري لم يفوت الفرصة، وبادر من أول وهلة إلى وضع تعريف مباشر للشرط التعسفي في المادة 3 الفقرة 5 على النحو الآتي: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ومن الواضح أن هذا التعريف منقول عن التشريع الفرنسي، وهو بصورة مبسطة كل بند أو شرط ورد بصورة منفردة أو مشتركة مع بنود أو شروط أخرى يؤدي إلى إيجاد إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

ويلاحظ من جهة، أن المشرع لم يشر إلى حسن النية الذي جاء ذكره في المادة 3 من التعليمة الأوروبية، وفي اعتقادنا حسنا ما فعل المشرع، لأنه لا يضيف شيئا جديدا في الحماية القانونية، بل إنه قد يؤدي إلى بعض الغموض غير المحبذ في مثل هذه المجالات التي تتطلّب تعريفا واضحا يقوم على مبادئ واضحة المعالم سهلة التحديد نظريا وعمليا.

ويلاحظ من جهة أخرى أن المشرع لم يساير التعريف الذي كان واردا في قانون 10 جانفي 1978، بحيث أدخل عليه تعديلا جوهريا، تماما مثلما فعل المشرع الفرنسي والأوروبي، فبعدما كان التعريف السابق يقوم في تحديده للشرط التعسفي على معيارين: اقتصادي، وهو التعسف في النفوذ الاقتصادي، وقانوني، وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليه المحترف، أصبح يعتمد على معيار واحد هو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهذا ما يدفعنا إلى الكلام عن معايير الشرط التعسفي.

الفرع الثاني: معيار الشرط التعسفي:

قدمنا أن المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 كانت تعرّف الشروط التعسفية بأنها تلك التي: "تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة". ويستفاد من هذا التعريف أن هناك معيارين لاعتبار الشرط تعسفيا: أولهما اقتصادي، وهو تعسف النفوذ الاقتصادي L'abus de puissance économique. وثانيهما قانوني، وهو الميزة الفاحشة التي يتحصل عليها المحترف L'avantage excessif donné au professionnel à l'effet .

ولقد اعتبر الفقهاء هذين المعيارين مترابطين ارتباط السبب بالنتيجة، بمعنى أن أحدهما يعد نتيجة للآخر.

ويبدو أن الفقه كان ينتقد المعيار الاقتصادي على الأقل لسببين: أولا: لغموضه وعدم دقته. وثانيا: لأنه ليس من الضروري أن يكون المحترف قويا، من الناحية الاقتصادية، حتى يفرض إرادته على المستهلك، فقد نجد من الناحية العملية محترفا بسيطا يفرض شروطه مستخدما نفوذه، في حين قد نجد مشروعا كبيرا لا يفعل ذلك حفاظا على سمعته المالية[9].

ويظهر أن مثل هذه الانتقادات جعلت واضعي التعليمية الأوروبية لسنة 1993 يقررون معيارا آخر للشرط التعسفي، وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو ذات المعيار الذي قننه المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995.

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي مجرد ترديد لمعيار الميزة الفاحشة؟

ذهب عموم الشراح في فرنسا إلى التقليل من أهمية التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي، بحيث اعتبروا أن إلغاء المعيار الأول (تعسف النفوذ الاقتصادي) لا يؤدي إلا إلى إثبات حالة شيء كانت موجودة من قبل، فمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي ما هو إلا تعبير بعبارة مختلفة عن معيار الميزة الفاحشة[10]. في حين رأى بعض الفقه أنه لا يمكن التقليل من أهمية التعديل الاصطلاحي الذي جاء به قانون 1995، ذلك أن واضعي قانون 10 جانفي 1978 صرحوا بأن معيار الميزة الفاحشة لم يكن موضوعه تصحيح عيب في التوازن بين الالتزامات والحقوق، وإنما إقصاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد، وهذا الهدف كان واضحا في الأعمال البرلمانية، وهو الذي قاد إلى إبعاد الاعتماد على معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، الذي كان موجودا في المشروع الحكومي[11].

وعلى أية حال، فإن المعيار المعتمد اليوم للشرط التعسفي على المستوى الأوروبي هو الإخلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد، ولا شك أنه معيار قانوني موضوعي،

لا يعتمد على رقم معين يحسب به عدم التوازن، مثلما هو الشأن بالنسبة للغبن، وهو المعيار تبناه المشرع الجزائري صراحة في المادة 5/3 من قانون 04-02.

ويلاحظ أن هذا المعيار يطرح تساؤلا مهما يتعلق بكيفية تقدير عدم التوازن العقدي، فهل يجب أن يتم هذا التقدير بالنظر إلى الشرط في حد ذاته أم من خلال النظر إلى مجموع شروط وبنود العقد؟

بالرجوع إلى المادة L. 132-1 الفقرة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي نجدها تقرر جوابا صريحا مضمونه أن الطابع التعسفي للشرط: "يقدر بالرجوع، وقت إبرام العقد، إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة لكل الشروط الأخرى للعقد. ويقدر أيضا بالرجوع إلى تلك الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يرتبط فيه أحدهما قانونا بالآخر"[12].

ويستفاد من هذا النص الواضح أن المشرع الفرنسي اختار الحل الثاني، وهو وجوب النظر إلى مجموع العقد، فقد يكون أحد الشروط ظاهره الإخلال بالتوازن العقدي، لأنه يعطي ميزة لطرف ما، لكن بالرجوع إلى شروط العقد الأخرى نجد من بينها شرطا يعيد التوازن إلى العقد، فمثلا قد يظهر شرط ما قاسيا بالنسبة للمستهلك، لكن يمكن تبريره عندما يكون الثمن المشترط من قبل الأطراف ضعيفا. ويلاحظ أن هذا الحل يتم إعماله أيضا حتى ولو كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو الشأن إذا وُجد شرط يحدد من مسؤولية المحترف، لكن في نفس الوقت وجد شرط آخر يمنح الطرف الثاني الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة[13].

وحسب نفس المادة يتم أيضا التقدير بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين مرتبطا فيه أحدهما بالآخر ارتباطا قانونيا، كما هو الأمر بالنسبة لعقد القرض المرتبط بعقد البيع.

ودائما في إطار تقدير الطابع التعسفي للشرط نصت المادة L. 132-1 الفقرة 7 على أن هذا التقدير: "لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن مع المال المبيع أو الخدمة المقدمة"[14].

ويعتقد الفقه الفرنسي أن الغرض من هذا النص هو التأكيد على أن مواجهة الشروط التعسفية لا تعني الوسيلة التي بمقتضاها يتم، بطريقة غير مباشرة، إعادة إعمال قاعدة الغبن التي هي في الأصل غير معاقب عليها في القانون الفرنسي[15]. وبعبارة أخرى أراد المشرع الفرنسي التأكيد على أن الهدف من نظام الشروط التعسفية هو مواجهة الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وليس هو تحقيق التناسب الكلي بين الأداءات الاقتصادية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري يلاحظ أنه تناول مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة محتشمة، واكتفى بعبارات عامة جدا، أثناء تعريفه للشرط التعسفي في المادة 5/3، حيث يفهم منها أن هذا التقدير لا يتم بصورة منعزلة، وإنما في إطار مجموع الشروط والبنود التي يتضمنها العقد[16].

ولاشك أن صنيع المشرع معيب، إذ ما فائدة إيراد تعريف للشرط التعسفي دون بيان كيفية تقديره؟ ففي مثل هذه الحالات قد تتعدد الأفهام، ومن ثم تختلف الأحكام، ولا شك أن ذلك لا يخدم مصلحة أطراف العقد، لاسيما الطرف الضعيف، ولا يمكن القول في هذا الإطار أن المشرع اكتفى بقواعد تفسير العقود المذكورة في القانون المدني (المادتان 111 و 112) ذلك أن لموضوع الشروط التعسفية خصوصياته المميزة التي تتطلب إفراده بقواعد خاصة تزيل كل غموض يكتنفه.

المطلب الثاني: نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث الأشخاص:

لقد تباينت التشريعات الحديثة في تحديدها للأشخاص الذين يستفيدون من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية، فمن التشريعات من حصرت ذلك في طائفة المستهلكين فحسب، ومنها من توسعت في ذلك فمدت حمايتها لكل طرف في عقد إذعان، سواء كان مستهلكا أم لا. ولما كان هذا الموضوع ذا صلة وطيدة بمفهوم المستهلك، فلا بد

أولا من تحديد المقصود بالمستهلك (أ)، ثم بيان من يستفيد من حماية المشرع ضد الشروط التعسفية (ب).

الفرع الأول: تحديد المقصود بالمستهلك:

إذا كانت الثورة الصناعية قد أدت إلى بروز طائفة العمال كطرف ضعيف يقابل طائفة أرباب العمل، فإنها أيضا أدت مع مرور الوقت إلى بروز طائفة المستهلكين كطرف عديم أو قليل الخبرة الفنية يقابل طائفة المحترفين، الأمر الذي عجّل بظهور قانون يحمي مصالحهم اصطلح على تسميته "قانون الاستهلاك" أو "قانون حماية المستهلك"، ومن الواضح أن المحور الرئيسي لهذا الفرع القانوني الجديد هو المستهلك ذاته، فمن هو إذن المستهلك في الفقه والتشريع والقضاء؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذا المصطلح الحديث؟

أ- **المستهلك في الفقه والتشريع والقضاء**: يتنازع مفهوم المستهلك، في الفقه، تياران: أحدهما ضيق، والآخر واسع، وقد زاد قانون 10 جانفي 1978 الأمور تعقيدا حينما استعمل مصطلح المستهلك وغير المحترف كمقابل لمصطلح المحترف، الأمر الذي جعل أحكام القضاء تتضارب فيما بينهما.

أ١- **مدلول المستهلك في الفقه**: يمكن للباحث وهو يطالع مصنفات الفقه أن يسجل وجود تيارين كبيرين يتنازعان مفهوم المستهلك، أحدهما ضيق، والآخر واسع.

فعند أصحاب الاتجاه الضيق- وهم يمثلون غالبية الفقه- المستهلك هو الشخص الذي من أجل إشباع حاجاته الشخصية غير المهنية، يصبح طرفا في عقد للحصول على أموال أو خدمات[17]. وبعبارة بسيطة، وأكثر دقة، هو الشخص المقتني لأموال أو خدمات من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية [18]. ومن الواضح أن أصحاب هذا الاتجاه يخرجون من مفهوم المستهلك كل من يقتني أموالا أو خدمات موجهة لأغراض مهنية حتى ولو كانت خارجة مجال تخصصه. فمثلا لا يعد مستهلكا المحامي الذي يشتري جهاز حاسوب ليضعه في مكتبه، ولا الطبيب الذي يشتري أثاثا لمكتبه.

أما عند أصحاب الاتجاه الواسع، فيعتبر مستهلكا كل من يقتني بغرض الاستهلاك، أي كل من يقتني من أجل استخدام الأموال أو الخدمات، سواء من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو المهنية[19]. ففي المثال السابق يعد كلا من المحامي والطبيب مستهلكا، لأنهما تصرفا خارج مجال تخصصهما، فمركزهم يطابق مركز المستهلك العادي الضعيف فنيا أمام المحترف المتخصص.

ومن خلال هذا العرض الوجيز لمفهوم المستهلك في الفقه يظهر أن الفقهاء اتفقوا جميعا على أن من يقتني سلعا أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية يعد مستهلكا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اتفقوا أيضا على أنه لا يعد مستهلكا من يتصرف في مجال تخصصه أو بغية المضاربة، ولكنهم اختلفوا حول ما إذا كان من الممكن اعتبار المحترف مستهلكا إذا تصرف خارج مجال تخصصه.

وللفصل في هذه المسألة المهمة، لا بد من الرجوع - حسب اعتقادنا - إلى الحكمة المتوخاة من حماية المستهلك في التشريعات الحديثة، وهي في اعتقادنا تكمن في حماية الطرف الضعيف فنيا واقتصاديا في عقد الاستهلاك، وإذا كان الأمر كذلك فلا نعتقد استفادة المحترف من وصف المستهلك إذا تعامل خارج مجال تخصصه، ذلك أن عدم تخصصه فنيا لا يعني أبدا ضعفه اقتصاديا، فهو يملك من الأسلحة ما يمكنه من مواجهة المحترف المتخصص، في حين أن المستهلك أعزل من كل سلاح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، شتان بين مستهلك عادي ومحترف متعامل خارج مجال اختصاصه، فهذا الأخير نجده حريصا على حفظ مصالحه، ويقظا في تعاملاته، لأن الأمر يتعلق بمهنته، بينما الأول لا تتوافر فيه مثل هذه الصفات، ومن ثم كان في حاجة ماسة للحماية القانونية[20].

2أ- مدلول المستهلك في التشريع الفرنسي: لم يضع المشرع الفرنسي إلى يومنا هذا - في حدود علمي - تعريفا قانونيا للمستهلك، تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء، لكن للأسف الشديد استعمل مصطلحا غامضا أدى إلى جدل فقهي حول مدلول المستهلك، حيث أن المادة 35 من قانون 10جانفي 1978 نصت محددة نطاق الحماية من الشروط التعسفية

على أنه: "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين..."، وهنا ثار التساؤل الآتي: هل يعتبر مصطلح "غير المحترف" مرادفا لمصطلح "المستهلك" أم لا؟ إجابة عن هذا التساؤل ذهب أصحاب الاتجاه الضيق إلى القول بأنهما مصطلحان مترادفان، واستدلوا على ذلك بجملة من الأدلة لا يسع المقام لذكرها. في حين رأى أصحاب الاتجاه الواسع أن استعمال المشرع لمصطلح "غير المحترف" دليل على أنه يريد أن يمد حمايته للأشخاص المحترفين الذين يتعاملون خارج مجال تخصصهم.

ونحن من جهتنا، نعتقد صحة الاتجاه الأول بدليل أن المادة 35 وردت تحت الفصل الرابع وعنوانه: "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية"، فلو كانت في نية المشرع الفرنسي التمييز بين المستهلك وغير المحترف لجاء عنوان الفصل معبرًا عن ذلك[21].

ومن الغريب أن المشرع الفرنسي أعاد، نفس الصياغة المذكورة في المادة 35، عند تعديله لقانون الاستهلاك بموجب قانون 1 فبراير 1995، وذلك في المادة L. 132-1 الفقرة الأولى، الأمر الذي تأسف له الفقه الفرنسي، فبدل حسم الأمور بصورة نهائية، ترك المشرع الفرنسي المجال مفتوحا "للدوران القضائي"[22].

3أ- مدلول المستهلك في القضاء الفرنسي: أمام اختلاف الفقه في تحديد مدلول المستهلك، وغموض النصوص التشريعية، تضاربت أحكام القضاء الفرنسي. ففي بادئ الأمر أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمفهوم الضيق[23]، لكن بعد مدة يسيرة عادت وأخذت بالمفهوم الواسع عندما أجازت لشركة تجارية الاستفادة من الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية، ذلك أنها بصدد العقد، محل النزاع، توجد في نفس حالة الجهل مثلها في ذلك مثل أي مستهلك آخر[24].

لكن وبعد صدور التعليمة الأوروبية لسنة 1993 وتنبيها صراحة في المادة 2،ب للمفهوم الضيق للمستهلك[25]، يبدو أن محكمة النقض الفرنسية رجعت إلى رأيها الأول وهو اعتماد المفهوم الضيق، حيث أصبحت اليوم تقرر أن شخصا لا يمكنه الاستفادة من تشريع الشروط التعسفية إذا كان العقد الذي يبرمه له "علاقة مباشرة" مع نشاطه

المهني[26]. ويبدو أن القضاء الفرنسي يعتبر أن مثل هذه العلاقة توجد بمجرد أن العقد قد تم لأغراض مهنية[27].

ب ـ المستهلك في التشريع الجزائري: على خلاف المشرع الفرنسي بادر المشرع الجزائري إلى وضع تعريف للمستهلك، جاء ذلك على التوالي في المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، والقانون رقم 04ـ 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ب1 ـ تعريف المستهلك في ظل المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 39: نصت المادة 2/3 من المرسوم المذكور على أن المستهلك هو: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

هذا التعريف غير الدقيق جعل الفقه الجزائري لا يتفق على رأي واحد بخصوص موقف المشرع من مدلول اصطلاح المستهلك، فقد رأى البعض أن المشرع قد تبنى المفهوم الضيق، ذلك أنه "ظاهر من هذا التعريف أن المهني لا يدخل في مفهوم المستهلك إذا كان يتعامل لأغراض مهنية، ويقتصر الأمر على من يقتني منتوجا أو خدمة لتلبية رغبة خاصة به شخصيا أو خاصة بشخص آخر كأفراد عائلته أو خاصة بحيوان"[28]. في حين رأى البعض الآخر أن المشرع قد "أخذ بمدلول واسع لمفهوم المستهلك، فهو لم يشمل فقط محض المستهلك، أو ما يُعرف بالمستهلك النهائي consommateur final بل إن المادة السالفة قد أدخلت المستهلك الوسيطي consommateur intermédiaire ضمن ما تشمله الحماية"[29]. وأمام هذا الغموض طالب البعض بحذف عبارة "معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي" لأنها "جاءت مناقضة لما يليها من عبارة "لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به" فكيف يمكن التوفيق بين نقيضين لا يجتمعان وهما: الاستعمال لأغراض استثمارية مهنية وبين الاقتناء أو الاستعمال لسد الحاجات الشخصية أو العائلية؟" [30].

ونحن من جانبنا نرى أن التعريف السابق جاء بلغة ركيكة مما جعله غامضا مع أن المقام يتطلب التوضيح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن المشرع مال إلى تبني المفهوم الواسع للمستهلك، بدليل عبارة "معدين للاستعمال الوسيطي"، إذ المقصود بها "المستهلك الوسيطي" وهو الشخص الذي يقتني سلعا من أجل استعمالها في أغراض مهنية.

ويبدو أن المشرع الجزائري كان متأثرا في هذه الفترة بأحكام محكمة النقض الفرنسية التي كانت - كما رأينا - تتبنى المفهوم الواسع لاصطلاح المستهلك.

ب2 – تعريف المستهلك في ظل القانون رقم 04- 02: نصت المادة 2/3 من القانون المذكور على أن المستهلك هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

ومن الواضح أن هذا التعريف تقنين صريح للمفهوم الضيق لاصطلاح المستهلك، إذ هو يعتمد على معيار الغرض من التصرف، فلا يعد مستهلكا إلا من تصرف لسد حاجاته الشخصية أو العائلية، أي تصرف لأغراض غير مهنية، وهو ما أشارت إليها المادة المذكورة أعلاه صراحة عندما ختمت التعريف بعبارة: "ومجردة من كل طابع مهني". ويبدو جليا أن المشرع قد ساير الاتجاه الراجح فقها وتشريعا وقضاء في تحديد المقصود بالمستهلك.

وهكذا نجد أنفسنا في التشريع الجزائري أمام مفهومين مختلفين لاصطلاح المستهلك، أولهما واسع، وثانيهما ضيق[31]، مع ما يترتب على ذلك من نتائج جد مختلفة بينهما، لذلك فإن السؤال المطروح: بأي المفهومين يُعتد؟ وفي انتظار إجابة واضحة من القضاء الجزائري نرى وجوب الاعتداد بالمفهوم الثاني، أي الضيق، إذ من المقرر فقها أنه إذا تعذر الجمع بين نصين، فلا مناص من اللجوء إلى قاعدة الإلغاء، ومن ثم فإن النص اللاحق يلغي النص السابق، بمعنى أن نص المادة 2/3 من قانون 04- 02 يكون قد ألغى نص المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي09- 39.

الفرع الثاني: تحديد الأشخاص المستفيدين من الحماية ضد الشروط التعسفية:

لقد اختلفت التشريعات الحديثة اختلافا بيّنا في تحديد الأشخاص الذين يستفيدون من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية (أ) الأمر الذي يتوجب معه بيان موقف المشرع الجزائري (ب).

أ- **موقف التشريعات الحديثة:** بعد الإطلاع على نصوص بعض التشريعات الحديثة يمكننا أن نسجل وجود اتجاهين بارزين، أولهما يمثل التوجه الجرماني ودائرته واسعة، وثانيهما يمثل التوجه اللاتيني، ودائرته ضيقة، وهذا على النحو الآتي:

أ1- الاتجاه الواسع: يتزعم هذا الاتجاه القانون الألماني المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد، وهو يقرر حماية كل من كان طرفا في عقد إذعان مستهلكا كان أم محترفا، لأنه لم يكن في مقدوره مناقشة شروط العقد بصورة حرة. وفي نفس الاتجاه يسير القانون المدني لمقاطعة الكيباك في مادته 1437. فهذا الاتجاه ينظر بالدرجة الأولى إلى طبيعة العقد، هل هو عقد إذعان أم عقد مساومة، ولا يولي أهمية لأطراف العقد، فإذا كان العقد المبرم بين الطرفين عقد إذعان توجب عندئذ حماية الطرف الذي لم يستطع مناقشة مضمون العقد بشكل حر، ولا يهم بعد ذلك مركزه القانوني، هل هو مستهلك أم محترف. وعلى ذلك فوفق هذا الاتجاه لا تقتصر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، بل تشمل أيضا العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم[32].

أ2- الاتجاه الضيّق: أخذت بهذا الاتجاه التعليمية الأوروبية لسنة 1993، فهي تقصر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين فقط (المادة 1)، ولإزالة الغموض الذي يكتنف اصطلاح المستهلك وضعت تعريفا محددا له في المادة 2. وفي نفس الاتجاه سار المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995، غير أنه لم يردد العبارة التي استعملتها التعليمية الأوروبية، أي "العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين"، وإنما أبقى على العبارة التي كانت واردة في قانون 10 جانفي

1978، وهي العقود المبرمة "بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين". ومع ذلك يمكن القول أن كلا العبارتين تؤديان نفس المعنى على أساس أن غير المحترف يعتبر في نظر الفقه الفرنسي الراجح مرادفا للمستهلك.

ب - موقف المشرع الجزائري: بعد الإطلاع على نصوص القانون رقم 04-02 يظهر أن موقف المشرع جاء مضطربا، يجعل الباحث في حيرة من أمره، متسائلا: بأي الاتجاهين أخذ المشرع الجزائري؟ فمن الوهلة الأولى يظهر أن المشرع أخذ بالاتجاه الواسع بدليل أن المادة الأولى حدّدت الهدف من القانون المذكور والمتمثل في: "تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه". ثم جاءت المادة 4/3 تحدّد المقصود بعبارة "عقد"، فعرّفته بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". ويستفاد من مجموع هذين النصين أن كل من كان طرفا في عقد إذعان حسب مفهوم المادة 4/3 يستفيد من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية، تستوي في ذلك، حسب المادة الأولى، العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، والعقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، فالعبرة بطبيعة العقد لا بأطرافه، وهذا هو عين ما يأخذ بالقانون الألماني.

لكن بالرجوع إلى المادة 29 من نفس القانون، المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية نجدها تنص على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع..." فهذه المادة تقصر، بصريح العبارة، الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف (البائع)، ولم تشر مطلقا العقود المبرمة ببين المحترفين أنفسهم، ولاشك أن في مثل هذه العبارة تقنينا واضحا للاتجاه الضيق الذي يقصر الحماية على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين.

كما تجدر الإشارة أن المشرع اهتم بوضع تعريف لاصطلاح "مستهلك"، ومن المعلوم أن التشريعات التي تأخذ بالاتجاه الواسع لا تحتاج إلى مثل هذا التعريف، على أساس أن الحماية مقررة لكل من كان طرفا في عقد إذعان، بغض النظر عن صفته القانونية، يستوي في ذلك المستهلك والمحترف.

كل هذا يجعلنا نقول: إن موقف المشرع جاء مضطربا، فلم يحسن الاستفادة من التشريعات الحديثة، حيث جمع بين الاتجاهين، الواسع والضيق، في تقنين واحد، أو على الأقل نقول: إنه أخذ بالاتجاه الواسع في المادة الأولى، لكن أخذه هذا لم يكن بشكل دقيق، إذ بقي متأثرا بالاتجاه الضيق، خاصة وأن التقنينات اللاتينية كثيرا ما كانت مصدرا من مصادر التشريع في الجزائر.

بقي لنا أن نتساءل: أي الاتجاهين أفضل، من الناحية القانونية؟ هل الأفضل قصر الحماية على المستهلكين، أم مدّها لكل شخص، مستهلكا كان أم محترفا، يكون طرفا في عقد إذعان؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل المهم لن تكون دقيقة إلا بعد الإجابة عن تساؤل آخر، هو: هل المهم، في إطار الحماية ضد الشروط التعسفية، النظر إلى أطراف العقد أم إلى طبيعة العقد؟ وبعبارة أخرى أكثر دقة: هل المقصود من تقرير حماية قانونية ضد الشروط التعسفية يكمن في حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، أم أنه يكمن في إعادة التوازن المفقود في عقود الإذعان؟

إن من قال بالجواب الأول نجده يحتج عادة بحجتين: الأولى: إن المستهلك طرف ضعيف بدون سلاح في مواجهة محترف يملي عليه شروطه. والثانية: إن المستهلك رجل عادي في مواجهة محترف هو بالضرورة شخص متبصر. أما من قال بالجواب الثاني فيحتج بحقيقة عقد الإذعان، فهو عقد يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون أن يكون لهذا الأخير فرصة المناقشة والمفاوضة، إما القبول أو الرفض جملة وتفصيلا، ففي هذا النوع من العقود اختلال واضح في التوازن العقدي، فلأحد المتعاقدين سيطرة كبيرة على الطرف الآخر، الأمر الذي يجعل هذا الأخير في وضعية المستسلم،

وهذه السيطرة ترجع عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي.

وفي اعتقادنا إن الجواب الثاني هو الأقرب للمنطق القانوني، ويتماشى مع الفكرة الأساسية التي شغلت بال رجال القانون، قضاة كانوا أم فقهاء، خلال القرن الماضي إلى يومنا الحاضر، وهي معالجة ظاهرة اختلال التوازن العقدي، ولاشك أن هذه الظاهرة استفحل أمرها في عقود الإذعان المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وبين المحترفين أنفسهم على حد سواء، فكما يجد المستهلك نفسه ضعيفا أمام محترف يملي عليه شروطه، يجد المحترف البسيط نفسه أيضا ضعيفا أمام محترف قوي، ومن ثم فلا معنى لحرمان المحترفين من حماية القانون ضد الشروط التعسفية في مثل هذه الأحوال. وأكبر دليل على صحة كلامنا هو المعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي، فهو كما رأينا يتمثل في وجود اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فهذا المعيار، كما هو واضح، يركز على ظاهرة عدم التوازن العقدي، وهي بلا ريب موجودة في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وأيضا في العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم.

أما بالنسبة للحجج التي اعتمدها أصحاب الجواب الأول، فيبدو أنها غير مقنعة، فالحجة الأولى لا يقتصر وجودها على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، بل هي - كما رأينا- موجودة أيضا في العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، فكثيرا ما يجد المحترفون أنفسهم دون سلاح أمام محترف أقوى منهم محتكر لسلع وخدمات ما. أما الحجة الثانية فليس لها كبير علاقة بالحماية ضد الشروط التعسفية، إذ هي تتطلب إلزام المحترفين بإعلام ونصح المستهلكين، وهو ما نصت عليه كل تشريعات حماية المستهلكين[33].

وعلى ذلك نرى أن المشرع قد أحسن الفعل عندما مال إلى الأخذ بالنموذج الألماني، بحيث مد حمايته ضد الشروط التعسفية إلى المحترفين والمستهلكين على حد سواء في عقود الإذعان، من أجل إعادة التوازن المفقود، لكن مع ذلك تبقى علامات الاستفهام قائمة

حول تخصيص تعريف للمستهلك، واعتناق المفهوم الضيق له، وقصر الممارسات التعسفية في المادة 29 على العقود المبرمة بين المستهلك والبائع، لذا نطالب المشرع بإلغاء المادة 2/3 الخاصة بتعريف المستهلك، وإعادة صياغة المادة 29.

المطلب الثالث: نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث العقود:

إن بحث موضوع الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث العقود يستلزم، من جهة، النظر في الطبيعة القانونية لهذه العقود، فهل الأمر يقتصر على عقود الإذعان أم يمتد إلى عقود المساومة أيضا؟ (أ)، ومن جهة أخرى يستلزم البحث في شكل وموضوع العقد، فهل يعتد بمعيار الشكل أم لا؟ وهل الأمر يقتصر على العقود التي يكون موضوعها عقد البيع أم يمتد إلى كافة العقود؟ (ب).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد:

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد في إطار الحماية ضد الشروط التعسفية عرفت، هي الأخرى، تباينا تشريعيا من حيث التنظيم، ففي حين تقصر بعض التشريعات هذه الحماية على عقود الإذعان، نجد بعض التشريعات الأخرى تمدها أيضا إلى عقود المساومة، وعلى ذلك يتوجب الأمر تحديد المقصود بعقد الإذعان (أ)، ثم بيان اتجاهات التشريعات الحديثة وموقف المشرع الجزائري منها (ب).

أ- تحديد المقصود بعقد الإذعان: من المعلوم فقها أن للعقود تقسيمات عدة تختلف بحسب المعيار المعتمد عليه في التصنيف، ومن أهم هذه التقسيمات في وقتنا المعاصر تقسيم العقود إلى عقود إذعان وعقود مساومة، حيث غزت عقود الإذعان كافة مناحي الحياة نتيجة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي يعرفها العالم اليوم، ولما كان الأمر كذلك تعيّن تحديد المقصود بعقد الإذعان، وهو ليس بالأمر السهل الهين، خاصة مع عزوف أغلب التشريعات عن إيراد تعريف له، وبروز اتجاهين فقهيين يتنازعان تحديد نطاقه، مما يدفع الباحث إلى محاولة معرفة موقف المشرع الجزائري.

أ1- الاتجاهات الفقهية في تعريف عقد الإذعان: يتنازع تعريف عقد الإذعان اتجاهان فقهيان، أولهما تقليدي يضيق من نطاقه، وثانيهما حديث يوسع من نطاقه.

أ1-1- الاتجاه التقليدي: في غياب نص تشريعي يحدد مدلول عقد الإذعان اتجه جمهور الفقه إلى تعريفه بأنه: "هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[34].

ومن خلال هذا التعريف حدّد الفقه التقليدي نطاق عقود الإذعان بثلاثة شروط أساسية وهي:[35]

* أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

* احتكار لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدودة النطاق.

* أن يكون الإيجاب موجها إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

*وهكذا وفق هذا الاتجاه انحصرت عقود الإذعان في دائرة ضيقة شملت بعض العقود التقليدية كعقود الاشتراك في الكهرباء والغاز والمياه، دون أن تشمل العقود الجديدة التي أفرزها الواقع كالعقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق.

أ1-2- الاتجاه الحديث: بغية توسيع دائرة عقود الإذعان في سبيل توفير حماية أكبر للطرف الضعيف، تخلى الفقه الحديث عن التعريف السابق لعقد الإذعان، وأصبح يعرّفه على أنه: "انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"[36].

وهكذا أصبح المهم عند الفقه الحديث هو أن يعرض الموجب شروطا معدة من قبل لا تقبل المناقشة والتعديل ممن يرغب في التعاقد معه، بمعنى أن جوهر عقد الإذعان هو عدم القابلية للتفاوض بشأنه. وعلى ذلك أصبح الفقه الحديث لا يشترط أن يتعلق العقد بسلعة

أو خدمة ضرورية، أو أن يكون الموجب محتكرا لهذه السلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو أن يكون الإيجاب موجها للجمهور ولمدة غير محددة، وهذا ما سمح باتساع دائرة عقود الإذعان لتشمل كثيرا من العقود الحديثة "من ذلك عقود البيع بثمن محدد في المحلات العامة، مثل محلات السوبر ماركت وبيوت الأزياء، ومحلات بيع الأحذية والأجهزة الكهربائية والكتب، ووكالات بيع السيارات، وكذلك العقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق والمطاعم والمقاهي ودور السينما والمسارح والملاهي إلى غير ذلك من العقود غير القابلة للتفاوض"[37].

وفي اعتقادنا أن هذا الاتجاه جدير بالتأييد بالنظر لما يحققه من حماية للطرف الضعيف من جهة، ومن جهة أخرى لاتفاقه - كما سنرى - مع النصوص القانونية المنظمة لعقد الإذعان، التي لا تشير لا من قريب ولا من بعيد للشروط التي كان الفقه التقليدي يحدد بها نطاق عقود الإذعان.

أ2- مدلول عقد الإذعان في التشريع الجزائري: بعدما كان المشرع الجزائري يقتصر على تحديد خصائص عقد الإذعان في القانون المدني، لجأ بعد ذلك بموجب القانون رقم 04-02 إلى وضع تعريف له لإزالة كل لبس.

أ2-1- عقد الإذعان في القانون المدني: تنص المادة 70 ق م على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

يستفاد من هذا النص أن خصائص عقد الإذعان تتمثل فيما يلي[38]:

* تضمّنه "لشروط مقررة"، أي معدة سلفا من قبل الموجب.
* وأن هذه الشروط لا تقبل "مناقشة فيها"، أي لا تخضع للمفاوضة.
* وأن يتمثل القبول فيها في مجرد "التسليم"، أي الرضوخ لها جملة وتفصيلا.

ومن خلال هذه الخصائص يظهر أنه لا أثر للشروط التي كان الفقه التقليدي يحدد من خلالها نطاق عقود الإذعان متأثرا بالواقع الاقتصادي السائد آنذاك، الشيء الذي يسمح لنا أن نقول بأن المشرع منذ صدور القانون المدني يكون قد تبنى الاتجاه الفقهي الحديث

في تحديد خصائص عقد الإذعان، وجوهرها قيامه على شروط مقررة مسبقا من قبل الموجب لا تقبل المناقشة والتعديل.

أ2-2- عقد الإذعان في قانون 04-02: تنص المادة 3/ 4 من القانون المذكور على ما يلي: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

يستخلص من هذا النص أن المشرع، وعلى خلاف صنيعه في القانون المدني، عمد إلى وضع تعريف لعقد الإذعان، ركز فيه على بيان جوهره والمتمثل في تضمنه لشروط محددة مسبقا من قبل الموجب، يتعلق ببيع سلعة أو تأدية خدمة، بحيث لا يستطيع الموجب له تعديل تلك الشروط، فهو إذن اتفاق محرر مسبقا من الموجب موضوعه بيع سلعة أو تأدية خدمة، لا يمكن للموجب له مناقشته لإحداث تعديل فيه.

ويلاحظ أن المشرع ركّز على عقد الإذعان المكتوب، بدليل استعماله عبارة "حرر مسبقا" مع أنه من الممكن تصور عقود إذعان شفوية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى اقتصر على عقد الإذعان الذي يكون موضوعه بيع سلعة، مع أنه عقود الإذعان تتعدد بتعدد عقود الاستهلاك.

وخلاصة الكلام أن المشرع الجزائري اعتنق الاتجاه الفقهي الحديث في تعريف عقد الإذعان وتحديد نطاقه، سواء في القانون المدني أو في قانون 04-02، وهو اتجاه جدير بالتأييد يزيد من فرص حماية الطرف الضعيف، لولا أن المشرع ضيّق من موضوعه عندما حصره في بيع السلع، وكان من الأفضل استعمال عبارة جامعة شاملة لعقود الاستهلاك كالعرض أو الاقتناء.

ب ـ بيان الاتجاهات الحديثة في تحديد طبيعة العقد وموقف المشرع الجزائري منها: إن السؤال المطروح في هذا المقام هو: هل تقتصر الحماية ضد الشروط التعسفية في عقود الإذعان أم تمتد إلى عقود المساومة؟ ومرد هذا السؤال المهم هو أنه إذا كانت عقود الإذعان هي المجال الخصب لبروز الشروط التعسفية، فإنه ليس من الضروري أن يتضمن

كل عقد إذعان شروطا من هذا النوع، فقد توجد عقود إذعان خالية من هذه الشروط، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا تم مد الحماية إلى عقود المساومة أيضا، ففي ذلك توفير حماية أكبر للطرف الضعيف. كل هذه الاعتبارات جعلت التشريعات الحديثة تختلف في تحديد نطاق الحماية من حيث العقود بين ضيق وواسع (1)، الأمر الذي يتعيّن معه تحديد موقف المشرع الجزائري (2).

ب1- بيان الاتجاهات الحديثة في تحديد طبيعة العقد: يمكن في هذا المجال أن نرصد اتجاهين بارزين أحدهما ضيق، والآخر واسع، فالأول يحصر الحماية في نطاق عقود الإذعان، والثاني يمدها إلى عقود المساومة.

ب1-1- الاتجاه الضيق: هذا الاتجاه لا يتردّد في حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان باعتبارها المجال الخصب لبروز الشروط التعسفية، ولقيامها على ظاهرة عدم التوازن العقدي. ويظهر من خلال البحث أن هذا الاتجاه على مستويين، ضيق وأضيق. فالأول يمثله التشريع الألماني لسنة 1976، وهو التشريع الذي يحصر الحماية في عقود الإذعان، لكنه في مقابل ذلك يوسع من نطاقها من حيث الأطراف، بحيث يسوّي - كما رأينا - بين المحترفين والمستهلكين. بينما الثاني تمثله التعليمية الأوروبية لسنة 1993، والتي تحصر نطاق الحماية في عقود الإذعان، كما أنها تحصرها من حيث الأطراف في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين فحسب، دون تلك المبرمة بين المحترفين أنفسهم.

ب1-2- الاتجاه الواسع: هذا الاتجاه يمثله التشريع الفرنسي، وهو يمد نطاق الحماية إلى عقود المساومة أيضا، ظهر ذلك في قانون 10 جانفي 1978 وتأكد بصورة واضحة في قانون 1 فبراير 1995. ففي ظل التشريع الأول كان مشروع القانون في مادته 28 المقابلة للمادة 35 تستهدف عقود الإذعان فحسب، حيث كانت الحماية تقتصر على العقود "المبرمة بين مستهلك ومحترف على نموذج معروض عادة من قبل الأخير وأن المستهلك لا يستطيع إدخال تعديل عليه". ولما كان هذا النص قد ألغي ولم يعتمد في الصياغة النهائية اتجه الفقه الفرنسي إلى القول بمد نطاق الحماية إلى كل العقود ولو لم تكن من عقود

الإذعان. أما في ظل قانون 1 فبراير 1995 فإن مد نطاق الحماية إلى عقود المساومة جاء بشكل واضح لا لبس فيه، حيث نصت المادة L.132-1 في فقرتها الرابعة على أن نصوص هذا القانون تطبق حتى في حالة الاشتراطات التي تم التفاوض فيها بصورة حرة. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خالف التعليمية الأوروبية التي خصت الحماية بالشروط التي لم تكن موضوع مفاوضة فردية.

ب2- موقف المشرع الجزائري: لقد جاء موقف المشرع الجزائري واضحا بخصوص هذه النقطة، فقد حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان دون أن يمدها إلى عقود المساومة، بدليل أنه بادر منذ الوهلة الأولى إلى تحديد المقصود بعبارة "عقد" الواردة في قانون 04-02، وبيّن من خلال المادة 4/3 أن معناها هو عقد الإذعان. وبهذا الصنيع يكون المشرع قد وافق المشرعين الألماني والأوروبي في تحديد نطاق الحماية من حيث العقود، لكنه كان أكثر موافقة للمشرع الألماني عندما مدّ الحماية إلى المحترفين والمستهلكين على السواء، على خلاف التعليمية الأوروبية. وفي مقابل هذا تبدو مخالفة المشرع الجزائري للمشرع الفرنسي واضحة إن على مستوى نطاق الحماية من حيث العقود، وإن على مستوى نطاقها من حيث الأشخاص.

وتعقيبا على موقف المشرع الجزائري رأى بعض الفقه أنه كان ينبغي على المشرع مد تطبيق نصوص قانون 04 ـ 02 "إلى عقود المساومة، مما يؤدي إلى توسيع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية"[39].

وفي اعتقادنا أن هذا الرأي محل نظر، فمن ناحية أولى يجب ألا يغيب عن أذهاننا أن المشرع قد تبنى الاتجاه الواسع في نطاق الحماية من حيث الأشخاص، فإذا أضفنا إلى هذا المناداة بتبني الاتجاه الواسع أيضا من حيث العقود، فسنكون أمام اتجاه موسع جدا من حيث الأشخاص والعقود في آن واحد، وهو اتجاه لم تأخذ بهذه التشريعات الأوروبية المقارنة، فهذه الأخيرة ـ كما رأينا ـ تقصر التوسع إما من حيث الأشخاص، وإما من حيث العقود. ومن ناحية ثانية يجب كذلك ألا يغيب أيضا عن أذهاننا أن المشرع قد أخذ بالاتجاه

الحديث في تعريف عقد الإذعان، وهو اتجاه واسع شمل كثيرا من العقود الجديدة، بما يغني عن التوسع أكثر. ومن ناحية ثالثة يجب ألا ننسى أن المقصد الأساسي من حماية المتعاقد من الشروط التعسفية ? كما رأينا ? هو محاولة معالجة ظاهرة عدم التوازن العقدي، ومن ثم فلا مبرر لهذه الحماية إذا استطاع المتعاقد التفاوض بشكل حر بخصوص شروط العقد، على الأقل بالنسبة للشرط الذي يراه تعسفيا[40].

الفرع الثاني: شكل وموضوع العقد:

إذا كان المشرع قد قصر نطاق الحماية على عقود الإذعان، فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الأذهان هو: هل اشترط المشرع شكلا معينا يجب توافره في عقد الإذعان أم لا؟ (أ) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، هل لابد أن يتعلق العقد بعمليات عقدية معينة كالبيع أم يشمل جميع عقود الاستهلاك؟ (ب).

أ- **شكل العقد**: قدمنا أن جوهر عقد الإذعان، حسب الاتجاه الفقهي الحديث، الذي تبناه المشرع، هو عدم قابلية شروطه للمفاوضة. هذه الخاصية كما هي موجودة في عقود الإذعان المكتوبة، من المتصور جدا وجودها في عقد الإذعان الشفوية، لكن بالرجوع إلى المادة 4/3 التي عرّفت عقد الإذعان نجدها تستعمل عبارة "حرر مسبقا" مما يعني أن المشرع قد أقصى عقود الإذعان الشفوية من الحماية، واقتصر على عقود الإذعان المكتوبة، مراعاة منه، ربما، لرواجها في الحياة العملية، ولسهولة إثباتها.

ويلاحظ أن المشرع بعد أن اشترط الكتابة في عقود الإذعان، بيّن في الفقرة الثانية من المادة 4/3 عدم أهمية الشكل الذي تتخذه هذه الكتابة أو السند الذي ترتكز عليه، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو بسند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة مسبقا".

وهكذا لم يعتد المشرع بالشكل كمعيار للحماية من الشروط التعسفية، مكتفيا بضرورة توافر عقد مكتوب مسبقا من قبل المحترف يستهدف إذعان الطرف الآخر، محترفا كان أم مستهلكا، بحيث لا يمكن لهؤلاء إحداث تعديل حقيقي فيه.

وبهذا الصنيع يكون المشرع قد وافق المشرع الفرنسي في عدم اعتداده بمعيار الشكل، حيث قضت المادة L. 132-1 في فقرتها الرابعة من قانون الاستهلاك بأن نصوص هذا القانون قابلة للتطبيق مهما كان شكل أو سند العقد، سواء تعلق الأمر بوصلات طلب الشراء، أو الفواتير، ووصلات الضمان، أو وصلات التسليم، أو التذاكر.

ب ـ موضوع العقد: بينما لم يهتم المشرع الفرنسي بموضوع العقد، فقد يتعلق الأمر بعقد بيع أو أداء خدمة أو عقد وكالة أو عقد وديعة، باستثناء الشروط المنصوص عليها في المواد R. 132-1 و R. 211-4 المتعلقة بالبيع، نجد المشرع الجزائري، من خلال المادة 4/3 اشترط أن يتعلق موضوع العقد ببيع سلعة أو تأدية خدمة.

ب1- عملية البيع: البيع حسب المادة 351 ق م هو: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". وهو من العقود الرائجة في المجتمع، لا يكاد فرد أن يستغني عنه، لكن مع ذلك لا يعتبر العقد الوحيد الذي يباشره الأشخاص في حياتهم اليومية إشباعا لرغباتهم الشخصية أو العائلية، فما هو إلا عقد من عقود الاستهلاك المتعددة، إذ أن هذه الأخيرة تشمل أيضا عقودا أخرى بعضها تقليدي كالإيجار والتأمين والوديعة، وبعضها حديث كعقد الإشهار وفتح الحساب الجاري والبطاقة البنكية، فلا معنى لاقتصار المشرع على عقد البيع دون غيره من العقود، خاصة وأن الشروط التعسفية بدأت تعرف رواجا كبيرا في غير عقد البيع، لهذا نرى من الخطإ الفادح الاقتصار على بيع السلع، لذا يجب حذف عبارة "بيع" واستبدالها بعبارة جامعة كالاقتناء لتوفير حماية أكبر للأطراف المذعنة.

ب2 ـ السلع والخدمات: اشترط المشرع، من خلال المادة 4/3، أن ينصب البيع على السلع أو تأدية الخدمات حتى يستفيد الطرف المذعن من الحماية المقررة قانونا، في إطار القانون 02/04، فما المقصود بالسلعة والخدمة؟

ب2-1- السلعة : لم يورد المشرع، في إطار قانون 02/04، تعريفا للسلعة، بل ولم نجد، في حدود علمنا، تعريفا لها في القوانين والمراسيم المتعلقة بحماية المستهلك، وانصب اهتمام المشرع باصطلاح آخر وهو "المنتوج"، فما المقصود بالمنتوج وهل هو مرادف للسلعة؟

يبدو أن المشرع لم يستقر على تعريف موحّد للمنتوج، فقد اعتبره بموجب المادة 2 من قانون 89 ـ 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، شاملا للشيء المادي والخدمة، حيث نصت المادة المذكورة على أن: "كل منتوج، سواء كان شيئا ماديا أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/ أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية". ولكن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش اعتبره بنص المادة 2/2 شاملا للشيء المنقول المادي فحسب دون الخدمة، حيث نصت المادة المذكورة على أن المنتوج هو: "كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية". لكن سرعان ما عاد المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم90 ـ 266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، بنص المادة 2/2 واعتبره شاملا للمنتوج المادي والخدمة، حيث نصت المادة المذكورة على أن المنتوج: "هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة".

وأمام هذا التضارب في التعريف رأى البعض أن مفهوم المنتوج "في التشريع والتنظيم المتعلقين بحماية المستهلك يشمل كل المنتوجات المادية والخدمات المعروضة للاستهلاك"[41]. في حين رأى البعض أن المنتوج والخدمة مصطلحان مختلفان ومن غير المتصور إدخالهما تحت تسمية واحدة، فالمنتوج يشمل المنقول المادي دون الخدمة[42].

وفي تطور تشريعي آخر، وعلى أثر تعديل القانون المدني، بموجب القانون05ـ10، نص المشرع على مسؤولية المنتج، وقضت المادة 140 مكرر في فقرتها الثانية على أنه يعتبر منتوجا: "كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة

الكهربائية". ويستفاد من هذا النص أن المنتوج في إطار مسؤولية المنتج يشمل المال المنقول دون الخدمة من جهة، ومن جهة أخرى يشمل المنقول المادي والمعنوي.

وهكذا نجد أنفسنا أمام مفاهيم مختلفة للمنتوج في التشريع الجزائري، فتارة هو المنقول المادي والخدمة، وتارة أخرى هو المنقول المادي فحسب، وتارة هو المنقول المادي والمعنوي معا. وللتوفيق بين كل هذه المفاهيم، نرى أن للمنتوج مفهومين: **أولهما** في إطار تشريعات حماية المستهلك، ويُقصد به المنقول المادي دون الخدمة، رغم تضارب التعريفات التي أوردها المشرع، بدليل أن المشرع اهتم بوضع تعريف للخدمة، فلو كانت هذه الأخيرة مجرد منتوج لما احتاج إلى ذلك. **وثانيهما** في إطار مسؤولية المنتج، ويُقصد به المال المنقول، ماديا كان أم معنويا، وقد لجأ المشرع إلى هذا التوسع تقليدا منه للمشرع الفرنسي في المادة1386 ـ 3 ق م ف من أجل توسعة نطاق المسؤولية.

وعودة للسؤال الأول هل السلعة مصطلح مرادف للمنتوج؟ نرى أن السلعة هي الأخرى مال منقول، لكنه مال مادي، ولا يتصور أن يكون معنويا، بينما المنتوج كما قد يكون ماديا، قد يكون معنويا، وعلى ذلك، فكل سلعة هي منتوج، ولكن ليس كل منتوج هو سلعة.

والسؤال المهم الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: إذا كانت السلعة تعني المنقول المادي، فهل هذا يعني أن العقار محروم من الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية؟

إن ظاهر نصوص قانون 04 ـ 02، بل ونصوص التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك يسير في هذا الاتجاه، إذ أنها اقتصرت على عبارتي المنتوج والسلعة، وكلاهما مال منقول، مما يعني أن نطاق الحماية منحصر في الأموال المنقولة دون الأموال العقارية. ويبرر البعض ذلك بأن "التعامل في العقار يخضع إلى أحكام خاصة تتمثل على الأخص في إفراغه في شكل رسمي، وفي وجوب شهره في السجل العقاري، وفي ذلك حماية كافية للتعامل فيه بالشراء أو غير ذلك"[43].

وهذه النتيجة في الحقيقة غير منطقية لسببين على الأقل:

أولا : لأنها تتنافى مع تعريف عقد الاستهلاك في حد ذاته، حيث يعرّفه الفقه بأنه "العقد

الذي بمقتضاه يتحصل المستهلك من المحترف على مال ? منتوج أو عقار ? أو خدمة لأغراض غير مهنية"، فيعتبر، إذن، مستهلكا من يحصل على عقار لغرض غير مهني، ومن ثم كان العقد الذي أبرمه عقد استهلاك، لأنه ربط بين مستهلك تصرف في إطار عملية الاستهلاك ومحترف يمارس نشاطه المهني، وعلى هذا الأساس لابد أن نتقبل بأن محل العقد كما يمكن أن يكون منقولا (منتوجا) يمكن أيضا أن يكون عقارا[44].

ثانيا: لأن العمليات الواردة على العقار، اليوم، خاصة البيع والإيجار، أصبح يشرف عليها محترفون متخصصون يتفوقون على المتعاقد العادي أو المستهلك، وأصبح هذا الأخير أمامهم في وضعية الطرف الضعيف المحتاج إلى حماية القانون، ومن ثم كان في إقصاء العقارات من أحكام حماية المستهلك حرمانا لطائفة كبيرة من المستهلكين الضعفاء[45].

وفي اعتقادنا أنه كان يتوجب على المشرع استعمال مصطلح "مال" بدل مصطلح "سلعة" فالمال مصطلح قانوني يشمل العقار والمنقول، خاصة وأن المشرع استعمل مصطلح Bien في النص الفرنسي ولاشك أن ترجمته الصحيحة إلى اللغة العربية هي (مال)، وهو المطلب الذي نادت به لجنة تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي.

ب2-2- الخدمة: وهو مصطلح لا يعرفه القانون المدني، في حين أنه كثير الاستعمال في القانون الاقتصادي، وهو يغطي كل الأداءات التي تقبل التقدير بالنقود، ما عدا توريد المنتوج[46]، وقريب من هذا التعريف ما أورده المشرع الجزائري في المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي 90-39 حيث نصت على أن الخدمة هي: "كل مجهود يقدّم، ما عدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له".

ويلاحظ أن بعض الخدمات قد تكون ذات طبيعة مادية، مثال ذلك الإصلاح والتنظيف، وقد تكون ذات طبيعة ذهنية كالعلاج الطبي والاستشارات القانونية، وقد تكون ذات طبيعة مالية كالتأمين والائتمان[47].

المبحث الثاني

أساليب مواجهة الشروط التعسفية والجزاء المقرر لها

بعد الرواج الكبير للشروط التعسفية في العقود، لاسيما في عقود الإذعان، كطريقة يعتمدها الأقوياء في فرض سيطرتهم على الضعفاء تحقيقا لمصالحهم الاقتصادية، بات من الأكيد التفكير في إيجاد سبل قانونية تمكّن من التصدي لهذه الظاهرة بحيث يتم من خلالها إعداد أساليب لمواجهة الشروط التعسفية من جهة(1)، وتقرير جزاء مناسب لها يخدم بالدرجة الأولى مصلحة الطرف الضعيف من جهة أخرى(2).

المطلب الأول: أساليب مواجهة الشروط التعسفية:

تكمن أساليب مواجهة الشروط التعسفية في استحداث أساليب يتم بواسطتها تعيين الشروط التعسفية من ناحية(أ)، وابتداع أساليب يتم من خلالها إقصاء هذه الشروط من ناحية أخرى(ب).

الفرع الأول: أساليب تعيين الشروط التعسفية:

بالرجوع إلى القانون المقارن يمكن القول أنه توجد ثلاثة أساليب لتعيين الشروط التعسفية هي على التوالي: الأسلوب التشريعي، الأسلوب التنظيمي، والأسلوب القضائي، وقد تباينت التشريعات في الأخذ بواحد أو أكثر من هذه الأساليب، فبينما القانون الألماني يفضل الأسلوب التشريعي كأصل عام، نجد القانون الفرنسي يميل إلى الجمع بين الأسلوبين التشريعي والتنظيمي، في حين تفضل الولايات المتحدة الأمريكية الأسلوب القضائي، الأمر الذي ينبغي معه بيان حقيقة هذه الأساليب وموقف المشرع الجزائري منها.

أولا: الأسلوب التشريعي: يقصد بهذا الأسلوب أن يتدخل المشرع ويعد قائمة بالشروط التعسفية، وهو الأسلوب الذي سلكه المشرع الألماني كأصل عام، حيث وضع

قائمتين بالشروط التعسفية، الأولى سوداء (liste noire)، وهي تضم ثمانية أنواع من الشروط تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية (liste grise)، وهي تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي، ويقع على المحترف عبء إثبات أنها لا تحقق له أية ميزة مفرطة[48].

هذا الأسلوب الألماني القائم على إعداد قائمتين تمنى البعض إتباعه في فرنسا بمناسبة تعديل قانون الاستهلاك، وهو ما لم يتحقق، حيث فضل المشرع الفرنسي سنة 1995 إتباع منهج التعليمة الأوروبية، ملحقا بقانون الاستهلاك قائمة بالشروط التعسفية[49]، وهي بموجب الفقرة الثالثة من المادة L. 132-1 قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن النظر إليها على أنها تعسفية إذا توافرت الشروط المذكورة في الفقرة الأولى من ذات المادة وهي التي حددت معنى الشرط التعسفي.

ويلاحظ أن بعض الفقه الفرنسي اعتبر القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك قائمة رمادية، رمادها شاحب جدا (une liste grise et d'un gris tres pale)

على أساس أن المستهلك، عند وجود نزاع، يتحمل عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط كما جاء به مصرحا في المادة L. 132-1 الفقرة الثالثة[50]. في حين اعتبرها البعض الآخر قائمة بيضاء[51].

المهم في كل هذا أنها قائمة بيانية غير حصرية، فهي بيانية لأنها تسمح بتوجيه المحترفين والقضاة، لكن ليس لها قوة ملزمة على أساس أن شرطا ما ورد فيها يمكن عدم اعتباره، في حالة خاصة، شرطا تعسفيا. وهي غير حصرية، بحيث يمكن الحكم على شرط ما أنه تعسفي، مع أنه لا يوجد ضمن القائمة المذكورة، ذلك أن المعيار المتبع لتحديد الطابع التعسفي للشرط هو "عدم التوازن الظاهر" وليس هو تواجد الشرط ضمن القائمة[52].

وبالرجوع إلى المادة 29 من القانون 04-02 نجدها تنص على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

للمستهلك. 2 ـ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد. 3 ـ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك. 4 ـ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية. 5 ـ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها. 6 ـ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته. 7ـ التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة. 8ـ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة". وفي هذا النص دلالة واضحة على أن المشرع الجزائري قد أخذ بالأسلوب التشريعي على غرار التشريعات الأوروبية حيث أورد قائمة بالشروط التعسفية ضمن قانون 04ـ 02، والسؤال المطروح هنا، ما هو لون هذه القائمة؟ هل هي سوداء أم رمادية أم بيضاء؟ وبعبارة أخرى هل سلك المشرع الجزائري منهج القانون الألماني أم الفرنسي؟

يبدو من قراءة مطلع المادة 29 أن لون القائمة المذكورة أسود، بمعنى أنها قائمة سوداء، لونها لون القائمه التي أوردها المشرع الألماني، بدليل أنها تعتبر الشروط المذكورة شروطا تعسفية بقوة القانون، فلا يحتاج المدعى، عند النزاع، إلى إثبات طابعها التعسفي، ويستنتج من عبارة "لاسيما" أنها قائمة غير حصرية، فمن الممكن جدا وجود شروط تعسفية خارج هذه القائمة عند إعمال معيار الشرط التعسفي المذكور في المادة 3 الفقرة5 [53]. فكأن المشرع أخذ من القانون الألماني فكرة القائمة السوداء، وأخذ من القانون الفرنسي فكرة عدم حصر الشروط فيما هو مذكور في القائمة.

ومن هنا يمكننا أن نتساءل، هل كان منهج المشرع الجزائري موفقا عندما تبنى فكرة القائمة السوداء غير الحصرية؟

في اعتقادنا أن هناك تعارضا بين تبني المشرع لتعريف واسع للشروط التعسفية التي يتم تقدير طابعها حالة بحالة بالنظر إلى مضمون العقد ككل، والقائمة السوداء المحددة

للشروط التعسفية بصورة جامدة. فمثل هذا الأسلوب لا يظهر أنه متصور إلا بالنسبة للشروط التي طابعها التعسفي قوي إلى درجة أنه يمس الفائدة الاقتصادية للعقد. وعلى هذا الأساس فإن القائمة الرمادية هي وحدها التي يبدو أنها تتماشى بصورة جيدة مع تعريف الشرط التعسفي، لأن افتراض أن شرطا ما يمثل طابعا تعسفيا، يسمح باستبعاده بالنظر إلى مجموع بنود العقد التي ورد مكتوبا فيها[54].

وبناء على ما تقدم نرى أنه كان من الأجدر على المشرع أن يتبنى أسلوب القائمة الرمادية، أي تلك التي تضم شروطا يفترض فيها الطابع التعسفي، لكن على أساس أن يكون رمادها أشد من رماد القائمة المذكورة كملحق في قانون الاستهلاك الفرنسي، بمعنى أن يعفي المدعى، عند النزاع، من إثبات الطابع التعسفي للشرط، فيقيم المشرع قرينة لصالحه على الطابع التعسفي، وعلى المدعي عليه إثبات عكس ذلك، أي أن هذا الشرط لا يحقق له أية ميزة مفرطة بالنظر إلى مجموع بنود العقد، وبهذا الأسلوب يمكننا أن نوفق بصورة جيدة بين التعريف الواسع للشرط التعسفي المذكور في المادة 3 الفقرة 5، وبين القائمة المحددة للشروط التعسفية.

ثانيا: الأسلوب التنظيمي: ويقصد به تدخل السلطة التنظيمية لإعداد قائمة بالشروط التعسفية، وهو الأسلوب الذي لا يعرفه القانون الألماني لسنة 1976، في حين أخذ به القانون الفرنسي منذ سنة 1978 في قانون 10 جانفي 1978، حيث كانت المادة 35 منه تسمح للحكومة بتحريم أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، وقد أوردت عدة شروط، على سبيل الحصر، تتعلق بما يلي:- طابع تحديد أو قابلية التحديد للثمن ودفعه.- جوهر الشيء أو تسليمه.- تبعة الهلاك.- نطاق المسؤوليات والضمانات.- شروط تنفيذ العقد.- شروط إنهاء أو فسخ أو تجديد العقد. وفي ظل هذا القانون لم يصدر عن الحكومة سوى مرسومان الأول بتاريخ 24 مارس 1978، وقد نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية، ألغى مجلس الدولة واحدا منها على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا توجد في التعداد الحصري المذكور في المادة 35، وهي اليوم مقننة في المادتين 1-132

R. و R. 132-2 من قانون الاستهلاك. والثاني بتاريخ 25 نوفمبر 2005، وهو اليوم مقنن في المادة R. 132-2-1.

وعلى ذلك فالشروط المحظورة اليوم عن طريق المرسوم هي ثلاثة: 1 ـ في عقد البيع: الشرط الذي موضوعه أو أثره استبعاد أو إنقاص حق غير المحترف أو المستهلك في التعويض في حالة إخلال المحترف بأي من التزاماته. 2 ـ في كل العقود: الشرط الذي يسمح للمحترف بتعديل من جانب واحد لخصائص المنتوج أو الخدمة التي سيقدمها، إلا إذا تعلق الأمر بتغير مرتبط بالتقدم التقني دون أن يكون له انعكاس على الثمن وعلى تلف النوعية[55]. 3ـ في عقود توريد الخدمات المالية عن بعد، الشرط الذي موضوعه أو أثره النص الذي يفرض على المستهلك عبء إثبات احترام المورد للالتزامات المتولدة عن التشريع الجديد في المادة.

وقد أعاد قانون 1 فبراير 1995 الأخذ بهذا الأسلوب، حيث نصت المادة L. 132-1 في فقرتها الثانية أن لمجلس الدولة، عن طريق المراسيم، بعد أخذ رأي اللجنة المنشئة بموجب المادة L. 132-2 تحديد نماذج الشروط التي يجب النظر إليها كشروط تعسفية في مفهوم الفقرة الأولى[56].

فمن حيث الإجراءات لا يمكن اتخاذ هذا المرسوم إلا بعد توصية من لجنة الشروط التعسفية، فمبدئيا، وانطلاقا من توصيات متنوعة للجنة تستطيع الحكومة بقدر ذلك صياغة المراسيم، ومع ذلك يلاحظ أن الحكومات المتتابعة لم تستعمل هذا الإجراء بدليل أنه لم يصدر إلى غاية اليوم سوى مرسومان، وتفسير ذلك بدون شك أن الإرادة السياسية تريد منح السلطة القضائية إمكانية التصريح باعتبار جملة من الشروط أنها تعسفية، ويمكن اعتبار ذلك نوعا من الاحترام للحرية التعاقدية، وفي نفس الوقت نوعا من الاحترام للسلطة القضائية التي من مهامها مراقبة مشروعية العقود. أما من ناحية الرقابة، وبما أن الأمر يتعلق بتصرف تنظيمي، فإن المرسوم المتعلق بالشروط التعسفية يوضع تحت رقابة مجلس الدولة[57].

وبمقارنة بسيطة بين صياغة المادتين L. 132-1 في فقرتها الثانية و L. 132-1 في فقرتها الثالثة يلاحظ أن هذه الأخيرة استعملت بخصوص قائمة الشروط عبارة: « qui peuvent» في حين أن الأولى استعملت عبارة « qui doivent » وهذا يعني أن الملحق ليس له نفس قوة المراسيم، وبعبارة أدق فإن الملحق يشكل قائمة من الشروط لونها رمادي شاحب، في حين أن المراسيم تفرض على المحترفين والقضاة قوائم لونها أسود.

وبمناسبة الكلام عن لجنة الشروط التعسفية نشير إلى أنها لجنة أنشئت بموجب قانون 10 جانفي 1978، وتنظم أحكامها، اليوم، المواد من L. 132-2 إلى L. 132-5 ومن R. 132-3 إلى R. 132-6، وهي لجنة موضوعة لدى الوزير المكلف بالاستهلاك، وتتكون من 13 عضو: 4 ممثلين للمحترفين، و4 ممثلين للمستهلكين، و3 قضاة منهم رئيس اللجنة، وشخصين مؤهلين في قانون العقود. وعلى ذلك فإن التوصيات الصادرة عنها يتم تبنيها بعد مقابلة وجهات نظر المحترفين والمستهلكين بتحكيم من القضاة والأشخاص المؤهلة.

ويتم رفع الأمر إليها، إما من قبل الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما من قبل الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما من قبل المحترفين المهتمين، وإما من تلقاء نفسها. والمهم في كل هذا أنها توصي بإلغاء أو تعديل الشروط التي تمثل طابعا تعسفيا، لكن يلاحظ أن هذه التوصيات ليست لها أية قوة ملزمة، ومع ذلك فهي تمارس على المحترفين ضغطا معنويا بسيطا، كما أنها قد تكون دليلا للقاضي، فقد يرجع إليها لتقدير الطابع التعسفي لشرط ما، بل إن لها تأثيرا على المشرع نفسه، يظهر ذلك في جملة من القوانين، منها: قانون 23 جوان 1989، وقانون 31 ديسمبر 1989، وقانون 19 ديسمبر 1990[58].

وبالرجوع إلى المادة 30 من قانون 04 ـ 02 نجدها تنص على ما يلي: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". وفي هذه دلالة على أن المشرع قد أخذ بالأسلوب التنظيمي، فهو يجيز للسلطة التنظيمية التدخل من طريقين: **أولهما**: لتحديد العناصر الأساسية للعقود. **وثانيهما**: لمنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود.

وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

فمن حيث العناصر الأساسية حددت المادة 2 من المرسوم المذكور أعلاه المقصود بها، حيث اعتبرتها تلك: "العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع". وبيّنت المادة 3 أن العناصر الأساسية تتعلق بما يلي: "- 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 من حيث البنود التي تعتبر تعسفية، فقد حددتها المادة 5 بقولها: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: "- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و3 أعلاه. - الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك. - 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. ـ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك. ـ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق. ـ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته. . يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

وأهم ما يلاحظ في هذا الشأن يمكن تلخيصه في النقاط الآتية:

فمن ناحية أولى: إن المشرع من خلال عنوان المرسوم 06ـ 306 حصر نطاق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، مخالفا بذلك المادة الأولى من القانون 04 ـ 02 التي اعتبرت الهدف من هذا الأخير هو: "تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين".

ومن ناحية ثانية: إن الشروط التي اعتبرها المشرع تعسفية هي نفسها تقريبا الشروط التي نص عليها المشرع الفرنسي في ملحق قانون الاستهلاك.

ومن ناحية ثالثة: لقد اعتبر المشرع الشروط التي ذكرتها المادة 5 شروطا تعسفية بقوة القانون، بمعنى أن لون القائمة المذكوة أعلاه هو الأسود، ومن ثم يكون المدعي معفيا من إثبات طابعها التعسفي.

ومن ناحية رابعة: إذا كان المشرع الفرنسي قد ميز بين لون القائمة المذكورة في الملحق والقائمة المذكورة في المراسيم، فجعل الأولى ذات لون رمادي شاحب، والثانية ذات لون أسود، فإن المشرع الجزائري وحّد في اللون بين القائمتين وجعله أسودا.

ومن هنا فإن نفس الملاحظة التي وجّهناه للقائمة السوداء المذكورة في المادة 29 من قانون 04 ـ 02 نوجّهها هنا للقائمة المذكورة في المرسوم التنفيذي06 ـ 306 فهناك عيب في الملائمة Un defaut d'adéquationبين تعريف الشرط التعسفي الذي جاءت به المادة 5/3 من قانون04 ـ 02 ونظام القوائم الموضوعة من قبل الإدارة: فكيف يُطلب من السلطة التنظيمية تعريف وإقصاء شروط ما، عن طريق نصوص عامة، طابعها التعسفي يتم

تقديره بالنظر إلى مجموع بنود العقد؟ فمثال هذه الطريق يرتكز على عيب في المنهجun vice de méthode فلا يظهر أنه يمكن إعماله، دون مشاكل، إلا في العقود isés-standard بالنسبة للشروط التي، تحمل اعتداءً على الالتزام الرئيسي في العقد، فتجرّده من قيمته الاقتصادية[59].

ومن ناحية خامسة إذا كانت المراسيم الصادرة عن الحكومة في فرنسا بخصوص الشروط التعسفية تخضع لرقابة مجلس الدولة، فإن الأمر عندنا قد يختلف، إذا لا يوجد نص صريح يقضي بذلك، مما قد يفسح المجال لتسلط السلطة التنظيمية وتحكمها[60].

وأخيرا يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قلّد نظيره الفرنسي في النص على إنشاء لجنة للشروط التعسفية، حيث نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06 ـ 306 على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري..."، وحدّدت المادة 7 من نفس المرسوم مهام اللجنة فيما يلي: "ـ تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.ـ يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين. ـ يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها".

ثالثا: الأسلوب القضائي:

وهو الأسلوب المعتمد، أساسا، في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نصت المادة 2/302 من مدونة قانون التجارة الموحّد على ما يلي: "1 ـ إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية منافيا للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد، أو تنفيذ باقي بنوده ماعدا ما هو مناف للضمير، ولها كذلك تعديل أي شرط مناف للضمير، وذلك لتفادي الآثار المجحفة. 2 ـ عندما يدّعى أو يتضح للمحكمة أن العقد أو أحد بنوده مناف للضمير، فإن المحكمة تمنح أطراف العقد فرصة معقولة لتقديم الدليل حول ملاءمته التجارية، غرضه وآثاره، وذلك لإعانة المحكمة لاتخاذ قرارها".

فهذه المادة منحت للقاضي سلطة واسعة، فله الحق في رفض تنفيذ العقد أو الشرط، كما له الحق في تعديل مضمونهما لرفع الإجحاف عن الطرف الضعيف، غير أنه لا يتأتى له ذلك إلا إذا ادّعى أحد المتعاقدين ذلك، أو ظهر للقاضي أن العقد أو الشرط مناف للضمير وقت الإبرام، وهو في بحثه هذا يستعين بالملاءمة التجارية من حيث الغرض والآثار[61].

ويلاحظ أن المادة السابقة غير مقصورة على التعاقد بمقتضى نموذج عقد، بل تعتبر وسيلة لمواجهة أي إجحاف يرد في العقد، وقد جاء في التعليمات الرسمية على هذه المادة أن سبب إصدارها يكمن في تفادي التعسف والمفاجآت غير العادلة، ويظهر من دواعي إصدارها أن الغاية منها هي تجنب الشروط المجحفة التي تؤدي إلى عدم التوازن العقدي، ومكافحة ما ينتج عن عدم التروي والخلل في إجراءات إبرام العقد[62].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد كان قانون 10 جانفي 1978 يحصر القاضي في مهمة تطبيق، شبه ميكانيكية، النصوص، ذلك أن الشروط التي تدخل في تقديرات المرسوم، هي وحدها التي يمكن اعتبارها غير مكتوبة. وأمام قصور السلطة التنظيمية، نشأ نقاش فقهي: هل لابد من صدور مرسوم أم أنه بإمكان القاضي أن يؤسس إدانته للشروط على أساس القانون؟ يبدو أن هذا التساؤل، اليوم، قد تجاوزه الزمان، فقد فصل فيه القضاء، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه بإمكان القاضي أن يعلن الطابع التعسفي لشرط ما، في غياب أي مرسوم، حيث يكفي الاستناد على أحكام المادة 35 من قانون 1978، وهذا القضاء لم يأت دفعة واحدة، بل مرّ بمراحل متتابعة[63]، فقد جاء تلميحا[64]، ثم ضمنيا[65]، ثم صراحة[66].

ومن الملف للنظر أن قانون 1 فبراير 1995 لم يتخذ موقفا واضحا من سلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية، مع أن تعريف الشرط التعسفي الذي جاء به يقضي بمثل هذا التدخل القضائي، وعلى ذلك فإن قانون 1 فبراير 1995 لم يكرس قضاء محكمة النقض إلا بصورة ضمنية، إذ يمكن استخلاص ذلك من الفقرة الثانية من المادة L. 132-1 التي قضت بأن السلطة الممنوحة للحكومة لتعيين الشروط التعسفية هي اختيارية محضة، ومن

المادة L. 132-1 الفقرة الثالثة التي قضت بأن القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك هي قائمة بيانية غير حصرية، وهذا ما يمهد للقضاء بالتدخل[67].

وإذا كان القاضي، في بحثه عن الطابع التعسفي لشرط ما، يعود إلى التعريف الذي جاء به مطلع المادة L. 132-1 فإنه زيادة على ذلك يكون مقودا بالقائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، وبتوصيات لجنة الشروط التعسفية، وبإمكانه أيضا أن يطلب رأي اللجنة (R. 132-6) ولكنه لا يكون مقيدا لا بالقائمة الملحقة ولا بالتوصيات ولا بالآراء[68].

نخلص من كل هذا أن القاضي الفرنسي يجد نفسه أمام ثلاثة أصناف من الشروط التعسفية: الأولى: الشروط المصرح بأنها تعسفية بواسطة المرسوم الصادر عن الحكومة، وهي بذلك تعد شروطا غير مكتوبة. الثانية: الشروط المعتبرة تعسفية، وهي المذكورة في القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، أو تلك التي اعتبرت كذلك عن طريق اللجنة، ولكن ليس عن طريق المرسوم الصادر عن الحكومة. الثالثة: الشروط المقدر بأنها تعسفية التي تستجيب للمعيار المادي الذي جاءت به المادة L. 132-1، ولكنها غير مذكورة لا في القائمة الملحقة، ولا في توصيات اللجنة. ففي الحالتين الأخيرتين يمكن للقاضي أن يصرح بأن الشروط تعسفية ومن ثم يعتبرها غير مكتوبة[69].

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد اعتبر أحكام المادة L. 132-1 من النظام العام، ومن ثم رأى الفقه أنه يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه، أي ولو في حالة سكوت الطرف الضعيف، ليقرر الطابع التعسفي لشرط ما ورد في العقد[70].

وبالرجوع إلى قانون 04 ـ02 نجد أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي لم يتخذ موقفا واضحا من مسألة سلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية، مع أن المادة 5/3 المتعلقة بتعريف الشرط التعسفي تقتضي تدخل القاضي، ذلك أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يتم بالنظر إلى مجموع بنود العقد، وهذا التقدير هو من صميم عمل القاضي. ومع ذلك يمكن القول إن دور القاضي لا يمكن إنكاره في ظل قانون 04 ـ 02 بدليل أن قائمة الشروط التعسفية المذكورة في المادة 29 جاءت على سبيل المثال، مما يعني أنه بإمكان القاضي أن يحكم باعتبار شرط ما تعسفيا رغم أنه لم يرد في القائمة المذكورة.

وعلى ذلك سيجد القاضي الجزائري نفسه أمام ثلاثة أصناف من الشروط التعسفية وهي على التوالي: الأولى: الشروط المصرح بأنها تعسفية طبقا للمادة 29 من قانون 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306. والثانية: الشروط المعتبرة تعسفية عن طريق ما ستنشره مستقبلا لجنة البنود التعسفية من توصيات. والثالثة: الشروط المقدر بأنها تعسفية استجابة للمعيار المادي الذي جاءت به المادة 5/3 من قانون 04-02دون أن تكون مذكورة في المادتين 29و5 وفي توصيات اللجنة. ففي الحالة الأولى ليست للقاضي أية سلطة تقديرية، في حين أنه في الحالتين الأخيرتين يمكنه أن يصرح بأن الشروط تحمل طابعا تعسفيا.

وللأسف الشديد لم يأت المشرع الجزائري بنص شبيه بنص المادة L. 132-1 الفقرة التاسعة الذي قضى بأن أحكام هذه المادة من النظام العام، مما يجعل السؤال يثور، هل بإمكان القاضي الجزائري التدخل من تلقاء نفسه؟ في اعتقادنا أن هذا الأمر ممكن، ذلك أن نصوص قانون 04 - 02 والمرسوم التنفيذي 06 - 306 يمكن إدراجهما ضمن ما يعبر عنه بالنظام العام التوجيهي، إذ أنها نصوص لا تهدف فقط إلى حماية الطرف الضعيف، حتى يقال أنها تتعلق بالنظام العام الحمائي، بل هي تهدف أيضا إلى تهذيب مجموع العلاقات العقدية، ومما يعزز هذا الطرح أن المشرع نفسه، أجاز، بمقتضى المادة 65 من قانون 04-02، لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المنشأة طبقا للقانون، ولكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل محترف قام بمخالفة أحكام قانون 04-02.

الفرع الثاني: أساليب إقصاء الشروط التعسفية:

يتم إقصاء الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي بطريقتين، الأولى تتمثل في الحكم ببطلان هذه الشروط في العقود التي سبق إبرامها، والثانية تتمثل في حذفها من نماذج العقود قبل إبرامها.

أولا : بطلان الشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها : تنص المادة L. 132-1 في فقرتها السادسة على أن: "الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة"[71]، وفي فقرتها الثامنة تنص على أن: "العقد يبقى قابلا للتطبيق في كل أحكامه إلا بالنسبة لتلك التي قضي بأنها تعسفية إذا كان العقد من الممكن أن يبقى قائما دون هذه الشروط"[72].

فمن خلال هذين النصين يظهر واضحا أن البطلان يلحق الشرط لا العقد، وهذا ما يتماشى، في حقيقة الأمر، مع مصلحة المستهلك، ذلك أن هذا الأخير يرغب عموما في بقاء العقد مطهرا من الشروط التعسفية. ومن الناحية العملية يتم إعمال جزاء البطلان بمناسبة رفع دعوى أمام القضاء من قبل أحد أطراف العقد، إما من قبل المحترف للمطالبة بالثمن، وإما من قبل المستهلك للمطالبة بالأداء، وعلى هذا الأخير في التشريع الفرنسي يقع عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط، على أنه يمكن للقاضي إثارة الموضوع من تلقاء نفسه، إذ الأمر يتعلق بالنظام العام. ويبدو أن إقصاء الشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها يعتمد على افتراض قانوني، فرغم أنها مكتوبة، فإن القاضي يعتبرها غير مكتوبة[73].

وفي حقيقة الأمر إن جزاء البطلان غير كاف، لأنه يفترض أن العقد بعد إبرامه سيعرض على القضاء، وهذه فرضية نادرة الوقوع في قضايا الاستهلاك، وحتى ولو وقعت وحكم القاضي باعتبار الشرط غير مكتوب، فإن هذا الحكم لا يستفيد منه إلا المستهلك الذي كان طرفا في النزاع، وهذا يعني أنه في كثير من العقود سيطبق الشرط التعسفي مادام أنه لا يزال مكتوبا، وعلى هذا الأساس رأى الفقه أن جزاء البطلان قاصر على حماية بعض المستهلكين، وهو لا يسمح بمعالجة عامة لمشكل الشروط التعسفية، لهذا وجب الذهاب بعيدا إلى حد حذف الشروط التعسفية في العقود قبل إبرامها[74].

وللأسف الشديد غفل واضعوا قانون 04-02 عن جزاء البطلان الذي يوقعه القاضي إذا ما وجد شرطا من شروط العقد يحمل الطابع التعسفي، واكتفوا بالنص على الجزاء الجنائي.

ثانيا : حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها : من أجل سد نقائص جزاء البطلان، ابتدع المشرع الفرنسي أسلوبا جديدا بموجب قانون 5 جانفي 1988 أنشأ بمقتضاه دعوى حذف الشروط التعسفية، وقد ورد النص عليها، بعد ذلك، في المادة 6-L. 421 المعدّلة بموجب الأمر01ـ741 المؤرخ في 23أوت 2001، وحسب الفقرة الأولى من هذه المادة يجوز، للجمعيات المذكورة في المادة L. 421-1 والهيئات التي تبرر تسجيلها في القائمة المنشورة في الجريدة الرسمية للاتحادات الأوروبية، رفع دعوى أمام القضاء المدني لوقف كل التصرفات السيئة المخالفة للنصوص التي نقلت تعليمات مختلفة، منها تعليمة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية[75]. وحسب الفقرة الثانية من ذات المادة يمكن للقاضي أن يأمر، عند اللزوم تحت غرامة تهديدية، بحذف كل شرط غير مشروع أو تعسفي في كل عقد أو نموذج عقد مقترح أو موجّه للمستهلك[76].

ومن خلال هذين النصين يظهر أن الدعوة المرفوعة لا تهدف إلى إبطال شروط وردت في عقود سبق إبرامها، وإنما تهدف إلى الحذف المادي للشروط الواردة في وثائق تكون أساسا لعقود ستبرم مستقبلا بين المحترفين والمستهلكين (أنواع اتفاقيات، نماذج عقود، شروط عامة...) وبهذا الشكل ستكون لدعوى الجمعيات خاصية وقائية وجماعية[77].

ونظرا لتعلق الأمر في هذه الحالة بعدد غير محدد من المستهلكين فإن تقدير الطابع التعسفي سيعتمد حتما على المعيار المجرد، فالقضاء سيبحث، بصفة عامة، ما إذا كان الشرط المتنازع فيه ينشئ اختلالا ظاهرا في غير صالح المستهلك. ومن الناحية العملية قد ترفع الجمعيات دعواها ضد المحترفين الذين يستعملون الشروط التعسفية في علاقاتهم مع الزبائن، أي في إطار علاقاتهم العقدية، وفي هذه الحالة يستحسن اختصام أكبر عدد من المحترفين حتى ينتج الحكم القضائي أثره في حقهم جميعا، وقد ترفع دعواها ضد كل من يحرر الشروط التعسفية ويوصي باستعمالها، لاسيما الهيئات المهنية التي تنشر شروطا عامة لفائدة أعضائها[78].

وقريب مما نص عليه المشرع الفرنسي، نصت المادة65 من قانون 04ـ02 على أنه يمكن لـ: "جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون". ومع ذلك يعد هذا النص قاصرا إذ لم يشر لدور القاضي في حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها وهو لب الموضوع، هذا من جهة، كما لم يشر من جهة أخرى إلى رفع الدعوى أمام القضاء المدني، إذ اكتفى في الفقرة الثانية من ذات المادة بتخويل الجمعيات حق التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها، مما يعني أن القضاء المقصود هنا هو القضاء الجنائي[79].

المطلب الثاني: الجزاء المقرر للشروط التعسفية:

من أجل إعطاء دفع قوي لمواجهة الشروط التعسفية في العقود قررت التشريعات الحديثة فرض عقوبات جزائية (أ) وعقوبات مدنية (ب)، نعرضها فيما يلي:

الفرع الأول: العقوبات الجزائية:

في التشريع الفرنسي، وحسب المادة L. 141-1 من قانون الاستهلاك المعدلة في شقها الثاني بموجب القانون رقم 07 ـ 1774 المؤرخ في 17 ديسمبر 2007، فإن مخالفات المادة L. 132-1 تثبت وتتابع في إطار الشروط المحددة بموجب المواد 45 في فقرتيها الأولى والثالثة، و46 و47 و52 من الأمر86ـ1243 المؤرخ في 1 ديسمبر1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وهي اليوم مقننة في المادة L. 450-1 وما بعدها من قانون التجارة.

وقد سار المشرع الجزائري على نهج المشرع الفرنسي، حيث فرض عقوبات على مخالفة أحكام المادة 29 المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية، حيث قضت المادة 38 من قانون 04ـ02 بأنه: "تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية

مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

الفرع الثاني: العقوبات المدنية:

لاشك أن العقوبات المدنية أقوى فعالية من العقوبات الجزائية، ذلك أن القاضي إذا اعتبر الشرط الوارد في العقد يحمل الطابع التعسفي، فإنه لا يمكن بعد ذلك مواجهة الطرف الضعيف بهذا الشرط، كما أنه يكون بإمكانه المطالبة بالتعويض.

أولا: جزاء البطلان: قدمنا أن المادة L. 132-1 في فقرتها السادسة قضت بأن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة، والفقه الفرنسي متفق على أن عبارة "غير مكتوبة" يقصد بها أنها باطلة، وهذا البطلان يلحق الشرط لا العقد، إذا أمكن، حسب المادة L. 132-1 في فقرتها الثامنة، بقاء العقد قائما دون الشرط، وهذا يعني أنه من الممكن أن يقود بطلان الشرط إلى بطلان العقد في مجموعه، إذا كان الشرط يشكل الشروط الدافعة والمحددة للعقد، أو إذا كانت كل شروط العقد غير قابلة للانقسام.

وهنا يثور التساؤل عن طبيعة البطلان الذي يلحق الشرط، هل هو مطلق أم نسبي؟ بالرجوع إلى المادة L. 132-1 نجدها تنص في فقرتها الأخيرة على أن أحكام هذه المادة هي من النظام العام، ومثل هذا النص، في حقيقة الأمر، لا يفيد كثيرا في الإجابة عن التساؤل السابق في ظل التفرقة الحديثة بين النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي، فبأي نظام عام تتعلق المادة L. 132-1؟

مبدئيا يقال إنها تتعلق بالنظام العام الحمائي على أساس أن الأحكام التي جاء بها قانون 1 فبراير 1995 تهدف إلى حماية المستهلكين، وهذا يعني أن البطلان الذي يلحق الشرط لا يكون إلا نسبيا، ومن ثم وكنتيجة حتمية فإن المستهلك هو وحده من يستطيع رفع الدعوى أمام القضاء.

لكن يبدو أن هذا الاتجاه محل نظر، لأن إدراج قواعد حماية المستهلك في إطار النظام العام الحمائي يؤدي إلى التقليل من مجموع قواعد قانون الاستهلاك، ذلك أن هذا القانون

ليس من أهدافه حماية الطرف الضعيف فقط، بل يهدف أيضا إلى تهذيب مجموع العلاقات العقدية. والأكثر من هذا إن الأحكام المنظمة للشروط التعسفية لا تتماشى مع الطابع النسبي للبطلان الجزئي الذي يلحق الشرط، فمن جهة، قد رأينا أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلكين رفع دعاوى قضائية ضد الشروط التعسفية، ومن جهة أخرى إن القاضي بإمكانه أن يثير الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه، مما يعني أننا أمام نظام عام توجيهي، الأمر الذي يقودنا إلى القول إن البطلان الذي يلحق الشرط لا يكون إلا مطلقا[80].

وللأسف الشديد لم يشر المشرع الجزائري في قانون 04-02 الجزاء المدني المقرر ضد الشروط التعسفية، واكتفى بالعقوبات الجزائية، ولاشك أن هذه الهفوة تشكل نقصا كبيرا ينبغي تداركه، إذ من غير المعقول أن يجد القاضي نفسه أمام نص قانوني لا يقرر جزاءً معينا في مسألة معروضة عليه، خاصة إذا علمنا أنه لا بطلان إلا بنص قانوني[81].

ثانيا: جزاء التعويض: إن وجود الشرط التعسفي في حد ذاته قد يلحق ضررا بالطرف الضعيف، فإذا استطاع هذا الأخير إثبات العلاقة السببية بينهما، وأن هذا الضرر يحمل فعلا شروط الضرر القابل للتعويض، كان بإمكانه أن يحصل على حكم قضائي يقضي بتعويضه.

يضاف إلى ما سبق أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك عند رفعها لدعوى حذف الشروط التعسفية من العقود قبل إبرامها، المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي الذي لحق المستهلكين، ويمكن تأسيس ذلك في التشريع الفرنسي بالاستناد إلى المادة 6-421 .L من قانون الاستهلاك، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدد من أحكامها، ولكن يبدو أن موقفها سنة 2005 قد تغير، فكأنها أصبحت تعتبر أن طابع دعوى حذف الشروط التعسفية الوقائي لا يجتمع مع المطالبة بالتعويض، مما جعل بعض الفقه يرى وجوب تأسيس الدعوى بالاستناد إلى المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، لأن المادة 6-421 .L لا تنص إلا على حذف الشروط دون الإشارة إلى التعويض. ومع ذلك يطرح إشكال آخر يتعلق بالمعيار المعتمد لتقدير الضرر المباشر أو غير المباشر الذي لحق

المصلحة الجماعية للمستهلكين؟ إجابة على هذا التساؤل رأى بعض الفقه أن الضرر الشخصي الذي لحق الجمعيات يتم تقديره على أساس مصاريف الإجراءات والضرر الذي لحقها، أما بالنسبة للضرر المباشر أو غير المباشر الذي لحق المصلحة الجماعية لا يمكن أن يتعدى الفرنك الرمزي[82].

وإذا رجعنا إلى قانون 04 ـ 02 نجد المادة 65 في فقرتها الثانية تنص على ما يلي: "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم". وعلى ذلك يجوز لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض استنادا إلى هذه المادة دون حاجة إلى الرجوع إلى المادة 124 من القانون المدني، ولكن للأسف الشديد لم تشر المادة 65 إلى القضاء المدني، وحصرت الأمر في القضاء الجزائي بدليل أنها أجازت للجمعيات المذكورة التأسيس كطرف مدني، مما يعني أن المقصود بعبارة "العدالة" هو القضاء الجزائي.

خـاتـمـة

في الختام لا يسعنا إلا أن نثمّن مبادرة المشرع في إفراد موضوع مواجهة الشروط التعسفية بنصوص خاصة، ومع ذلك نعيب عليه جملة من الأمور يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا: الغفلة: لقد غفل المشرع عن ذكر كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط، مع أن ذلك جاء واضحا في المادة L. 132-1 في فقرتها الخامسة، كما غفل عن ذكر الجزاء المدني المقرر للشروط التعسفية، وهو ما نصت عليه المادة L. 132-1 في فقرتها السادسة.

ثانيا: التناقض: لقد وسّع المشرع من نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث الأشخاص في المادة الأولى من قانون 04 ـ 02، فشملت العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم وبين هؤلاء والمستهلكين، لكنه سرعان ما عاد وحصر هذا النطاق في المادة 29 من نفس القانون، عند سرده للممارسات التعاقدية التعسفية، بين البائع والمستهلك. كما أنه أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك في المادة 2/3 من قانون 04 ـ 02يعارض أخذه بالمفهوم الواسع لنفس المصطلح في المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي 90 ـ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

ثالثا: ضيق النظر: لقد حصر المشرع، من خلال المادة 3/4 من قانون04 ـ 02، مواجهة الشروط التعسفية في عقود بيع السلع وتأدية الخدمات، مما يعني أن هذه الحماية القانونية لا تشمل العقود الأخرى، كما أنها لا تشمل المجال العقاري باعتبار السلع من المنقولات، في حين أن عبارات المادة L. 132-1 في فقرتها الأولى جاءت شاملة لكل هذه المعاني.

رابعا: عدم الملاءمة: لقد أخذ المشرع بطريقة القوائم السوداء للشروط التعسفية، سواء في قانون 04 ـ02 أو المرسوم التنفيذي 06 ـ 306، مع أن هذه الطريقة لا تتماشى مع إيراد تعريف واسع للشرط التعسفي في المادة 5/3 من قانون 04 ـ 02، يتم تقديره بالنظر إلى مجموع بنود العقد.

كانت هذه مجموعة من الملاحظات على تنظيم المشرع لموضوع مواجهة الشروط التعسفية، نأمل أن تجد في المستقبل القريب آذانا صاغية، والله الموفق وهو المستعان وعليه التكلان، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

مراجع البحث

أولا : الكتب :

أ- الكتب باللغة العربية :

1ـ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية،1994.

2ـ جاك غستان، المطول في القانون المدني، ج1 تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

3 ـ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية.

4ـ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

5ـ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

6ـ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط2، 2005. الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007.

7ـ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

8ـ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

9ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007. حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.

10 ـ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2004.

ب ـ الكتب باللغة الأجنبية :

1 - J. Amiel Donat, contrat de consommation, formation, Juris-class, concurrence consommation,1989, fasc 800.

2 - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 6 éd, 2003, Dalloz.

3 - Ch. Larroumet, Droit civil. Les obligations. Le contrat, T1 Conditions de formation, 6 Èd, 2008, Delta.

4 - G. Raymond, clauses abusives, Juris-class, concurrence consommation, 2005, fasc 820.

5 - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 8 éd, 2002, Dalloz.

ثانيا : الرسائل الجامعية :

1ـ ربيعة حليمي، ضمان الإنتاج والخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2000 .2001.

2ـ رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2000.

3ـ الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2001ـ2002

ثالثا : المقالات :

أ- المقالات باللغة العربية :

1 ـ أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط التعسفية فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 16، العدد 1ـ2 ، مارس ـ يونيو 1992.

2 ـ بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، ج37، رقم 2، 1999.

ب ـ المقالات باللغة الأجنبية :

1- G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, 1, 2954.

2-. J. P. Pizzio, L'introduction de la notion de consommateur, D. 1982.

رابعا : التشريعات :

1ـقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، ط13، دالوز، 2008.

2 ـ قانون رقم 04 ـ 02 المؤرخ في 23 يونيو، 2004، المحدد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.

3ـ المرسوم التنفيذي رقم 06 ـ 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

الهوامش :

1 ـ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط2،2005، ص38.

2 ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص10.

3 ـ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص39.

4 - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 6 éd, 2003, Dalloz, p195.

5 - «apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif».

6 ـ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 32.

7 - «en dépit de l'exigence de bonne foi crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat».

8- «sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat».

9ـ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص217.

10- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p203.

11- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 8 éd, 2002, Dalloz, p326.

12 - «le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre».

13 ـ محمد بودالي، المرجع السابق، ص95 .

14 - «l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert».

15-F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p327.

16 ـ محمد بودالي، المرجع السابق، ص96.

17ـ جاك غستان، المطول في القانون المدني، ج1 تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص73.

18- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p7.

19 -G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, 1, 2954. J. P Pizzio, L'ntroduction de la notion de consommateur, D. 1982, chron. P91.

20 ـ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006، ص24.

21ـ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص9.

22 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p325.

23 -Cass. civ, 15 avril 1985, Bull. civ. 1, n 90, p91.

24- Cass. civ, 28 avril 1987, D. 1987, 1†; note Delebecque.

25 - «toute personne physique qui, (...) dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle».

26 -Cass. civ, 24 jan. 1995, Bull. civ. 1995, 1, n54.

27 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p325.

28ـ بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، ج37، رقم 2، 1999، ص31.

29ـ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص68ـ69.

30ـ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص31.

31ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص91.

32 -Ch. Larroumet,Droit civil. Les obligations. Le contrat, T1 Conditions de formation, 6 éd, 2008, Delta, p430.

33 -Ch. Larroumet, op, cit, p431.

34ـ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص31.

35 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص245.

36ـ جاك غستان، المرجع السابق، ص97.

37ـ رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، القاهرة،2000، ص173ـ174 .

38ـ علي فيلالي، المرجع السابق، ص60ـ61.

39ـ محمد بودالي،الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص82.

40 Ch. Larroumet, op, cit, p436.

41ـ علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص264.

42ـ ربيعة حليمي، ضمان الإنتاج والخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2000ـ2001، ص54.

43ـ بختة موالك، المقال السابق، ص33.

44 -J. Amiel Donat, contrat de consommation, formation, Juris-class, concurrence consommation,1989, fasc 800, N6.

45- محمد بودالي، المرجع السابق، ص81.

46 J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p8.

47- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص73.

48- انظر في التعريف بهاتين القائمتين: محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص20- 21.

49- وهي تضم سبعة عشر نوعا تتعلق بما يلي: - استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إهمال صادر من المحترف. - استبعاد أو تحديد بصورة غير ملائمة الحقوق القانونية للمستهلك تجاه المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد الالتزامات التعاقدية للمحترف. - النص على التزام المستهلك بشكل نهائي في حين يعلق تنفيذ المحترف لأداءاته على شرط إنجازه يتوقف على محض إرادته. - السماح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض قيمته مساوية لحصة المحترف في حالة تراجع هذا الأخير. - فرض تعويض قيمته مبالغ فيه وغير متناسب على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته. - السماح للمحترف بإنهاء العقد بصفة تقديرية إذا لم تكن نفس الرخصة ممنوحة للمستهلك. السماح للمحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول إلا في حالة المبرر الجسيم. -التمديد الأوتوماتيكي لعقد محدد المدة. في غياب تعبير مخالف للمستهلك، في حين أن تاريخا بعيدا عن نهاية العقد تم تحديده كتاريخ محدد للتعبير عن رفض التمديد من قبل المستهلك. - الإثبات بصورة قاطعة لإذعان المستهلك لشروط لم تكن له فرصة للإطلاع عليها قبل إبرام العقد. - السماح للمحترف بتعديل عبارات العقد من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد. السماح للمحترفين من جانب بتعديل خصائص المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة. - النص على أن ثمن الأموال محدد وقت التسليم أو منح بائع الأموال أو مقدم الخدمات حق رفع الأثمان دون أن يكون من حق المستهلك في الحالتين فسخ العقد في حالة ما إذا كان الثمن النهائي مرتفعا جدا بالمقارنة مع الثمن المتفق عليه عند إبرام العقد. - منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء المسلم أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد أو منحه الحق المانع في تفسير أي شرط في العقد. - تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه أو إخضاع التزاماته لشكلية خاصة. - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته. - النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك دون موافقة هذا الأخير. - حذف أو تعطيل ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن خاصة إجبار المستهلك على سلوك التحكيم غير المحاط بالنصوص القانونية (قانون2005 -67 المؤرخ في 28 يناير 2005) "أو المرور بشكل خاص على نظام بديل لتسوية النزاعات" مع تحديد طرق

الإثبات أو إلقاء عبء الإثبات عليه في حين أن القانون الواجب التطبيق يلقي بذلك على طرف آخر في العقد.
50-J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p205.
51- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p331.
52- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p207.
53ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص98ـ99.
54 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p331.
55 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p330.
56 -«Des décrets en Conseil d'état, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent Ître regardées comme abusives au sens du premier alinéa».
57 -G. Raymond, clauses abusives, Juris-class, concurrence consommation, 2005, fasc 820, N49-50.
58- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p208-209.
59 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p330.
60ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص110 .
61ـ أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط التعسفية فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 16، العدد 1ـ 2، مارس ـ يونيو 1992، ص300.
62ـ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص437.
63 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p332.
64 -Cass. civ. 16 juill. 1987, D. 1988.49 note J. Calais-Auloy.
65- Cass. civ. 6 déc. 1989, D. 1990.289, note J. Ghestin.
66 -Cass. civ. 14 mai 1991, D. 1991. 449, note J. Ghestin.
67 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p333.
68 -J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p210.
69 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p333.
70 -G. Raymond, op cit, n56.
71- «Les clauses abusives sont réputées non écrites».
72 - «Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'l peut subsister sans lesdites clauses».
73- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p211.
74- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p334.
75- «Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 98/27 CE du parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1 de la directive précitée».
76- «juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte; la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur».
77- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p212.
78- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p213.

79ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص102.

80 ـG. Raymond, op cit, n89.

81ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص100.

82 ـG. Raymond, op cit, n93-94.