

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

الدكتورة: منيرة جربوعة

أستاذة محاضرة

بكلية الحقوق جامعة الجزائر 01

الملخص:

نتيجة مختلف التطورات في شتى المجالات الاقتصادية الاجتماعية التكنولوجية إلخ أدى ذلك إلى زيادة الهوة بين المتعاقدين اللذين كان يخيم على علاقاتهما المساواة ، مما تفتن المشرع وسارع إلى إيجاد حل ، خاصة مع زيادة مظاهر التعسف على الطرف الضعيف الذي لا يملك من المعرفة والخبرة الكافية التي تمكنه من إبرام عقد دون تعسف . وتظهر مظاهر الحماية في تكريس المشرع لمختلف الآليات القانونية بموجب نصوص خاصة غير تلك المتعارف عليها في الشريعة العامة، بإصداره لقانون حماية المستهلك وقانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي أتبعه بمرسوم تنفيذي المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

Résumé:

À la suite de divers développements dans différents domaines socio-économiques... Etc. qui a conduit à accroître le fossé entre les contractants qui ont campé sur leur égalité, discerner le législateur, qui se précipite pour trouver une solution, surtout avec l'augmentation des manifestations de la violence sur la partie faible qui ne pas avoir suffisamment de connaissances et d'expérience lui permettent de conclure le contrat sans abus.

Et la Protections semblent consacrer à divers mécanismes juridiques en vertu de dispositions spéciales ,émettant droit de la protection de consommateur et le droit relatif à la détermination des règles applicables aux pratiques commerciales, suivies d'un décret exécutif défini pour les éléments de base des contrats entre les agents économiques et les consommateurs et les éléments qui sont considérés comme abusifs

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

مقدمة:

نظرا للتطور التكنولوجي الذي طرأ على شتى الميادين أدى إلى تغير نمط التعاقد بحيث أصبح القوي يتعسف على الضعيف، نتيجة إبرام هذا الأخير لعقود قصد تلبية حاجاته فيجد نفسه أمام شروط يضعها المتدخل يتعسف بها فلا يستطيع المتعاقد الضعيف مناقشتها ولا حتى الاعتراض عليها. ومن أجل ذلك استدعى الأمر البحث عن حماية لهذا المتعاقد الضعيف في القوانين الخاصة بحمايته، والتطرق للقواعد العامة لاستجلاء مناهج الحماية، إن كان فعال أم لا، فينبغي التطرق أولاً لمعرفة مفهوم هذا الشرط التعسفي، ثم التطرق للآليات المكرسة في الشريعة العامة وفي القوانين الخاصة بحماية المتعاقد الضعيف.

المبحث الأول

ضرورة حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

قد ترد شروط في عقد الاستهلاك بناء على اتفاق الأطراف ولا تكون مجحفة في حق أحد الطرفين، ولكن يمكن أن تأخذ هذه الشروط طابع تعسفي ناتجة عن استعمال السلطة الاقتصادية للمتدخل، لكن لم يتطرق قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾ لتكريس حماية من الشروط التعسفية، ويكمن السبب في ذلك كون قانون 02-04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽²⁾ تطرق لتنظيمها من قبل صدور قانون حماية المستهلك، كما يمكن الاستناد لنصوص هذا القانون كونه يهتم بحماية المستهلك وتبيين الضمانات التي أتى بها لحماية هذا الأخير، من أجل ذلك ينبغي معرفة طبيعة هذه الشروط (المطلب الأول)، وكيفية تعيينها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي

لقد تعددت وتنوعت تعاريف الشرط التعسفي، بين تعاريف تشريعية، وتعاريف فقهية، فسيتم التطرق لكل تعريف على حدى.

الفرع الأول: التعريف التشريعي

الأصل أن التعريف ليس من المهام المنوطة للمشرع، والذي يفترض أن يسطر نقاط للسير والتوجيه أكثر من إيراد تعريفات قد تكون مقيدة للقاضي فيما بعد، ويلحظ على المشرع تعريفه للشرط التعسفي في قانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،

(1) - قانون رقم 03-09 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية رقم 15، المؤرخة في 2009/03/08.

(2) - قانون رقم 02-04 المؤرخ في 2004/06/23، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية رقم 41، المؤرخة في 2004/06/27، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06-10، المؤرخ في 2010/08/18، جريدة رسمية رقم 46، المؤرخة في 2010/08/18.

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

فعرفت المادة 03 الفقرة (07) من قانون رقم 02-04 بما يلي " : شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد " .

فعلى الرغم من تعريف المشرع للشرط التعسفي إلا أنه لا يخلو من النقص والتناقض وعدم الدقة ، يظهر ذلك فيما يلي:

- لم يدقق المشرع في تبين صفة أطراف العقد، أي لم يبين أن مجال تطبيق الشرط التعسفي يكون بين المتدخل والمستهلك أو بين المتدخل و متدخل آخر ضعيف اقتصاديا .
- كما كان غامضا حول مدى قابلية تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المتدخل والمستهلك، أم يمتد نطاقها لتلك العقود المبرمة بين المتدخلين فقط، فبالرجوع إلى التعريف الوارد بشأن عقد الإذعان الذي ينص على ".....مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " ، فطالما أن أحد المتعاقدين لا يملك سلطة إحداث تغييرات حقيقية على العقد فيمكن مد نطاق الحماية للمتدخلين اللذين يكونون في مركز ضعف مقارنة بالمتدخل المتعاقد معهم.
- فمن خلال هذا التعريف للشرط التعسفي يستنتج أنه بمجرد إحداثه لخلل في التوازن العقدي وتتحقق هذه الشروط لما يتم إدراجها في عقود مبرمة بين طرف ضعيف وطرف قوي اعتاد على وضعها من قبل هذا الأخير لا تقبل التفاوض حول مضمونها، يكون الهدف من إدراجها إحداث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.
- فالمشرع كرس حماية للمستهلك المتضرر من الشروط التعسفية تقوم على أسس موضوعية أكثر منها شخصية، فوفق المشرع بذلك كونه لم يربط مفهوم الشرط التعسفي بمسائل ذاتية قد يتعذر إثباتها بالنظر للمركز الذي يتواجد فيه أطراف العلاقة الاستهلاكية.
- بالإضافة إلى ذلك أخذ المشرع بمعياري الاختلال الظاهر بالتوازن وهذا ما يظهر من عبارة " من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد " ، فأراد بتبنيه لهذا المعيار توفير حماية فعالة للمستهلك⁽³⁾.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

اهتم بعض الفقه بتعريف الشرط التعسفي نظرا لما ينطوي عليه من أهمية قانونية، فمنهم من عرفه على أنه ذلك الشرط الذي يضعه المتدخل ويعرضه على المستهلك بحيث يكون متعسفا في

⁽³⁾ -بودالي محمد ، "الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر"، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 23-26.

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

استعماله لسلطته الاقتصادية بغية حصوله على ميزة مجحفة، كما يرى الفقه العراقي الشرط التعسفي على أنه ذلك الشرط الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة⁽⁴⁾.

وهناك اتجاه آخر اكتفى بتعريفه من حيث مصدره على أنه يظهر التعسف فيه منذ إدراجه مما يسمح بوقوع التعسف، أما عند النظر إلى طبيعته فنجد أنه شرط يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل بين الأفراد من شرف ونزاهة وتعاون وحسن النية، ونظراً لكون هذا المقياس يستوعب إلى جانب الشروط التعسفية كل الشروط التي تتعارض مع فكرة النزاهة والشرف والتعاون وحسن النية، فتم تعريف الشرط التعسفي بالاستناد إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي لما يفرض المتعاقد القوي شروطاً على المتعاقد الضعيف الذي لا خبرة له⁽⁵⁾.

وعلى مستوى الفقه الجزائري نجد من عرف الشرط التعسفي على أنه: "هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة"⁽⁶⁾.

فرغم اختلاف التعاريف الفقهية باختلاف الأساس المعتمد الذي تستند عليه، فيمكن القول أن الشرط التعسفي هو ذلك الذي من شأنه إحداث اختلال التوازن العقدي نتيجة تفوق طرف على حساب طرف آخر.

يظهر من تعريف المشرع للشروط التعسفية في المادة 03 الفقرة (07) من قانون رقم 02-04، أنه جعل ضابطاً لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية متمثل في مدى إخلاله من عدمه بالتوازن العقدي إخلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

وفي مقابل ذلك أخذ المشرع الفرنسي بمعيار مزدوج لتقدير الطابع التعسفي للشروط العقدية، هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد عدل عن موقفه هذا من خلال استبعاده لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المجحفة وتبنيه لمعيار الإخلال الظاهر كمعيار لتقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط العقدية، فتسمح قراءة المادة 03 الفقرة (07) من قانون 02-04 بالكشف عن إرادة المشرع بأخذه لنفس المعيار - الاختلال الظاهر - حيث تنص على أن: "شرط

⁽⁴⁾ - العطياوي راضية، "معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، ص 23-24.

⁽⁵⁾ - سي الطيب محمد أمين، "الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 39-40.

⁽⁶⁾ - بودالي محمد، "حماية المستهلك في القانون المقارن"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 261.

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

كما نصت المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن: "في العقود المبرمة بين المتدخلين وغير المتدخلين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية البنود التي يكون هدفها أو موضوعها خلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وذلك إضراراً بغير المتدخل أو المستهلك"⁽⁷⁾، فالمشرع الفرنسي تبني صراحة معيار الاختلال الظاهر-

ولعل أعمال المشرع لهذا المعيار كان بارزاً على معظم الشروط التعسفية الواردة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁽⁸⁾، ومن ذلك الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والسابعة والثامنة والعاشرة، حيث تنص الفقرة السابعة مثلاً على: "الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه"، وكذلك الفقرة العاشرة التي تنص: "الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق".

فبتضمن قانون رقم 04-02 لهذا المعيار يلحظ أن بعض الشروط الواردة ضمن المادة 29 قد لا يسهل تقدير الاختلال فيها لانعدام ما يمكن من تقدير المزايا التي يمكن أن يحصل عليها كل طرف، فعلى الرغم من تصريح المشرع بطابعها التعسفي إلا أنها لا ترتب اختلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات الأطراف.

المطلب الثاني: أساليب تعيين الشروط التعسفية

اعتمد المشرع أسلوبين يتم من خلالهما معرفة الشروط التعسفية وهي الأسلوب التشريعي بموجب قانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الفرع الأول)، والأسلوب التنظيمي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (الفرع الثاني).

(7) - "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, 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". www.legifrance.gouv.com.

(8) - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية رقم 56 المؤرخة في 11/09/2006، ص 16-18.

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

الفرع الأول: الأسلوب التشريعي: يقصد بهذا الأسلوب أن يعد المشرع قائمة بالشروط التعسفية مثل ما فعل في المادة 29 من قانون رقم 02-04 التي نصت على "تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير :

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك
2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد .

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

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

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

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

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

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

فهذه البنود والشروط المذكورة على سبيل المثال باستعماله عبارة "لا سيما" ، وتعد هذه القائمة ملزمة سواء للمتدخلين أو غير المتدخلين في علاقاتهم مع المستهلكين، كون المشرع

استعمل لفظا عاما "البائع" ولم يحدد المقصود بالبائع إن كان بائع مهني أم عادي أم عرضي ربما رغبة منه في توسيع نطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وتعد كذلك هذه القائمة ملزمة للقاضي فلا يكون له أية سلطة تقديرية بشأن الطابع التعسفي للشروط المتضمنة في المادة 29 من قانون رقم 02-04.

فيلحظ على هذه القائمة تناولها لشروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد فهي تحيلنا إلى نص المادة 203 من القانون المدني⁽⁹⁾ المتعلقة بتعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ، والمادة 205 من القانون

–(9) المادة 203 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20/06/2005 ، جريدة رسمية رقم 44 ، المؤرخة في 26/06/2005 ص 24، المعدل و المتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 16/09/1975 ، المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية رقم 78 ، التي تنص على " : يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل و ممكن وقوعه "

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

المدني⁽¹⁰⁾، كما نجد بموجب هذه القائمة شروط وبنود معتبرة تعسفية متعلقة بتنفيذ العقد تجسيدا لما جاء بموجب المادة 106 من القانون المدني⁽¹¹⁾، ونص المادة 107 من القانون المدني⁽¹²⁾.

فكل شرط يكون مضمونه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف و الأحوال يكون مناف لمبادئ العدالة ومخالف لمبدأ القوة الملزمة للعقد ويتعارض مع فكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين يعد شرطا تعسفيا .

وإلى جانب الشروط التعسفية الثمانية المحددة بموجب المادة 29 من قانون رقم 02-04 فإن المشرع اعتمد كذلك عند تعيين الشروط التعسفية على الأسلوب التنظيمي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306-06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهذا ما سنتناوله في النقطة الموالية .

الفرع الثاني: الأسلوب التنظيمي

يقصد به تدخل التنظيم لإعداد قائمة بالشروط التعسفية، فتطبيقا للمادة 30 من قانون رقم 02-04 التي نصت على: "يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

أما من حيث البنود التعسفية فقد حددتها المادة 05 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 306-06 باثني عشر (12) شرطا تعسفيا بقولها: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و 3 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 ،

(10) - التي تنص على أن: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

(11) - التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

(12) - التي تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

- 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 تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ،
 - فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك ،
 - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق ،
 - يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته ،
 - يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته " .
- فهذه الشروط المحددة في هذا المرسوم منها ما يتعلق بتكوين العقد ومنها الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد .

كما أتى المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بشروط متعلقة بانحلال العقد في فقرة وحيدة وهي الواردة في المادة 05 من هذا المرسوم والمتمثل هذا الشرط في عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض .

فأخذ المشرع بنظام القوائم السوداء لأنه اعتبر الشروط المذكورة في هذه القائمة شروطاً تعسفية ممنوعة بقوة القانون ملزمة للمتدخلين في علاقاتهم بالمستهلكين، وملزمة للقاضي، دون تحميل المستهلك عبء إثباتها⁽¹³⁾ .

كما أنشأ بموجب المادة 06 من هذا المرسوم التنفيذي، لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري التي تعمل على مراقبة العقود إن كانت متضمنة لشروط تعسفية، مما يعزز ذلك حماية للمستهلك في مجال الشروط التعسفية⁽¹⁴⁾ .

مما ينبغي التطرق لتحديد القيمة القانونية للقوائم المحددة للشروط التعسفية في كل من قانون رقم 04-02 و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 .

لقد قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية إلى قسمين محاولاً التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون أي دون الاعتراف بأي سلطة تقديرية للقاضي فيما يخص بعض الشروط المسماة شروط

(13) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود... " ، المرجع السابق ، ص 98-99 .

(14) -أنظر الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، جريدة رسمية رقم 56 ، ص 18-19 .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

سوداء، وما بين سلطة رقابية للقضاء على طائفة من الشروط المسماة بالشروط الرمادية، والتي أجاز للقاضي استبعادها إذا كانت تتلاءم مع المعايير التي حددها القانون⁽¹⁵⁾.

ويبدو أن المشرع اتبع أسلوب المشرع الألماني في شقه الأول، فيكون بذلك قد أخذ من المشرع الألماني فكرة القائمة السوداء، وأخذ من القانون الفرنسي فكرة عدم حصر الشروط التعسفية فيما هو مذكور في القانون.

ولم يكتفي المشرع بتحديد قوائم بالشروط التعسفية وإنما وضع سبلا يمكن من خلالها الحد من هذه الشروط التعسفية، وهذا ما سنتناوله في النقطة الموالية.

المبحث الثاني

كيفية الحد من الشروط التعسفية

لمعرفة كيفية مكافحة الشروط التعسفية ينبغي العودة للتقنيات الواردة في القواعد العامة (المطلب الأول)، ثم التطرق للقواعد الخاصة الواردة في قانون رقم 02-04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قصور القواعد العامة من الحد من الشروط التعسفية

ينبغي التطرق لنظرية السبب لمعرفة مدى إتيانها بحماية للمتعاقد من الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ثم التطرق لنظرية الغبن والاستغلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية السبب

تناول المشرع السبب في المادتين 97 و 98 من القانون المدني، فاعتد " بسبب العقد في المادة 97"، وفي المادة 98 الفقرة (01) " بسبب الالتزام"، فيفهم أنه أخذ بفكرة ازدواجية السبب مما يفسر أخذه بالنظرية التقليدية والحديثة.

فيقصد بالسبب طبقاً للنظرية التقليدية الهدف المباشر أو السبب القصدي الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود فهو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذه لالتزامه، فهو لا ينفصل عن العقد أي أنه داخلي في العقد⁽¹⁶⁾، فيشترط طبقاً للمادة 98 الفقرة (01) من القانون المدني أن يكون السبب موجوداً وإلا عد العقد باطلاً كون ترابط الالتزامات المتقابلة طبقاً للقواعد العامة، أما بالنسبة للشرط الثاني فيشترط أن يكون السبب مشروعاً أي أن لا يخالف النظام العام والآداب طبقاً للمادة 97 من القانون المدني.

(15) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود..."، المرجع السابق، ص 19-20.

(16) - فيلالي علي، " الالتزامات..."، المرجع السابق، ص 246.

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

ولأن النظرية الحديثة لا تخدم الشروط التعسفية كونها لا تأخذ بعين الاعتبار إلا البواعث التي دفعت الشخص إلى الالتزام، ولأن الشخص الملزم يكون له دائما باعث فهذا يجعل هذه النظرية لا تتماشى مع فكرة غياب أو انعدام السبب التي يمكن الاعتماد عليها في مواجهة الشروط التعسفية ومن ثمة لن يتم التطرق لها .

وللاستناد على نظرية السبب من أجل إعادة التوازن العقدي بإبعاد الشروط التعسفية يستدعي التسليم بفكرة انعدام السبب التي تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب، فهذه الأخيرة تسلم بأن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، مع أخذها بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يتحمل هذا الالتزام، فعدم وجود محل للالتزام المقابل يعني عدم وجود السبب مما يؤدي ذلك لإبطال العقد، وبالإسقاط على الشروط التعسفية التي غالبا ما يضع أحد الأطراف على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل ومن ثمة يمكن القول ببطان الالتزام لغياب السبب⁽¹⁷⁾ .

ولكن يعاب على هذه النظرية أنه من الصعب الاستناد عليها لاستبعاد الشروط التعسفية كونها لا تخدم مصالح المستهلك للحد من هذه الشروط، لأن غياب السبب لا يكون موجودا في الغالب في العلاقات بين المتدخلين والمستهلكين وإنما الغالب على هذه العلاقة هو عدم التساوي في الالتزامات المتبادلة، فهذا الاختلال لا ينتج عن مجرد انعدام التكافؤ الاقتصادي في الأداءات المتبادلة، بل يجب أن يكون هناك انعدام حقيقي للمقابل الذي يلتزم به كلا الطرفين، فإعمال هذه النظرية في مجال الشروط التعسفية يؤدي إلى بطلان العقد كله ومن ثمة لا تعد سلاحا فعالا لمحاربة هذه الشروط، مما لا يحقق التوازن العقدي فلا يخدم ذلك مصلحة المستهلك الذي يهتم ببقاء العقد وبطلان الشرط وحده⁽¹⁸⁾ ، فينبغي البحث عن بديل لهذه النظرية .

الفرع الثاني: نظرية الغبن والاستغلال

لقد تطورت نظرية الغبن المادية التي سادت قديما إلى نظرية نفسية للاستغلال في العصر الحاضر، إلا أن القوانين الحديثة لم تستجب جميعا لهذا التطور، ومازال بعضها متشبثا بنظرية الغبن المادي، مما يستدعي التطرق لتحديد الفرق بين الغبن والاستغلال ثم نوضح مدى مساهمة نظرية الغبن في تحقيق التوازن العقدي .

تطرق المشرع للغبن في المادة 90 الفقرة (01) من القانون المدني، فيظهر من هذا النص اعتناق المشرع للنظرية المادية للغبن، الذي يقصد به عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة التي

(17) - أحمد يحياوي سليمة ، المرجع السابق ، ص 13 .

(18) - "بودالي محمد ، " الشروط التعسفية في العقود... " ، المرجع السابق ، ص 56 .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

يرتبط العقد، فلا ينظر بشأن الغبن إلا إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين⁽¹⁹⁾.

ولكن المشرع لم يأخذ بها على إطلاقها بل أقرها في بعض العقود دون أخذه بعين الاعتبار للناحية الشخصية، وهي على سبيل الحصر:

- حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس طبقا للمواد 358-360 من القانون المدني.

- حالة غبن الشريك في القسمة طبقا للمادة 732 من القانون المدني.

- حالة الغبن في الوكالة بأجر طبقا للمادة 581 من القانون المدني.

كما أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية التي تنظر لظروف العقد، مما يؤدي إلى إبطال هذا الأخير⁽²⁰⁾، ففي الغبن يتم النظر إلى الجانب المادي فقط المتمثل في اختلال التوازن بين ما يلتزم به كل من المتعاقدين، بينما في الاستغلال فلا يتم الوقوف عند الجانب المادي فقط بل ينظر فضلا لذلك للجانب النفسي، أي استغلال أحد المتعاقدين للضعف النفسي للمتعاقد الآخر المغبون بهدف حصوله على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، سواء كان في حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يكون المتعاقد يتصف به بغرض دفعه إلى التعاقد، بحيث يتحمل بموجب ذلك التزامات لا توافق العوض المقدم أو من دون عوض حتى⁽²¹⁾ فيشترط في الاستغلال توافر عنصريين وهما:

- العنصر المادي للاستغلال

يتمثل في عدم التكافؤ بين التزام الطرف المغبون والتزامات الطرف المستغل، أي التفاوت بين الالتزام والعوض فيجب أن يكون فادحا أو فاحشا، فلا بد أن يكون هذا التفاوت كثير في نسبة الأداءات تاركا أمر تقدير هذه النسبة للسلطة التقديرية للقاضي، فتكون العبرة عند تقدير هذا الاختلال بقيمة الشيء وقت التعاقد أي القيمة التي كان مستعدا لدفعها لحصوله على محل العقد⁽²²⁾

- العنصر النفسي للاستغلال

يتحقق الضعف النفسي بمظهرين الأول متمثل في استغلال الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون وهو الطيش البين الذي يقصد به الخفة الزائدة والتسرع وعدم الخبرة بالأمور والاستهانة بما سيترتب عنها، فيشترط فيه أن يكون بينا أي واضحا وظاهرا، أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد مما تجعله غير قادرا على التحكم في قراراته نتيجة سيطرة

(19) - فيلالي علي ، " الالتزامات، النظرية العامة للعقد " ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008 ، ص 199 .

(20) - سي الطيب محمد ، المرجع السابق ، ص 59 .

(21) - فيلالي علي ، " الالتزامات... " ، مرجع سابق ، ص 203 .

(22) - أحمد يحيوي سليمة ، " آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، ص 18 .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

العاطفة عليه، أما المظهر الثاني فهو استغلال ضعف الطرف المغبون لدفعه للتعاقد بعد أن استغل فيه الطيش البين أو الهوى الجامح، فلا يكون للطرف المغبون إلا طلب إبطال العقد وهو أمر لا يخدم مصلحة المستهلك لحاجته للسلعة أو الخدمة التي يريد الحصول عليها، وللقاضي السلطة التقديرية للحكم بالإبطال أو إنقاص التزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يتم به رفع الغبن، طبقا لنص المادة 90 الفقرة (01) من القانون المدني: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد..."، مما يعد حماية للطرف المغبون⁽²³⁾

فبيدوا من خلال مفهوم الغبن والاستغلال التقارب من مفهوم الشروط التعسفية كونها تؤدي إلى التفاوت بين التزامات الطرفين، ولكن بالنظر لحصر المشرع تطبيق الغبن الاستغلالي في الطيش البين والهوى الجامح يؤدي ذلك لتضييق نطاق تطبيق نظرية الغبن الاستغلالي في مجال الشروط التعسفية، لأن المتدخلين لا يستغلون فقط الطيش البين والهوى الجامح، وإنما يمتد الأمر إلى استغلال ضعف وعدم خبرة ودراية المستهلك مما يؤدي لفرض عقود مثقلة بشروط تعسفية مجحفة في حقهم⁽²⁴⁾. فلا يمكن الاستناد لنظرية الغبن الاستغلالي كونها لا توفر حماية من الشروط التعسفية فتثقل كاهل المستهلكين فيما يخص مصاريف رفع دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص، وصعوبة الإثبات أيضا، كما تخدم هذه النظرية الشروط ذات الطابع المالي دون الأنواع الأخرى من الشروط التعسفية⁽²⁵⁾. هكذا يتبين لنا أن المبادئ العامة التي جاء بها المشرع في ظل القانون المدني، تبقى عاجزة عن توفير حماية فعالة للطرف الضعيف ضد اختلالات التوازن الناتجة عن إدراج الشروط التعسفية، فيبقى مجال الحماية من هذه الأخيرة في ظل القواعد العامة منحصر في عقود الإذعان فقط.

المطلب الثاني: مكافحة الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك

لاستفادة المستهلك من الحماية من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ينبغي توافر شروط يتم تحديدها (الفرع الأول)، ثم التطرق للجزاء المطبق في القواعد العامة (الفرع الثاني).
الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في عقد الاستهلاك
- وجود عقد استهلاك يتصف بالإذعان

(23) - السعدي محمد صبري، "الواضح في شرح القانون المدني الجزائري"، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 200-201.

(24) - أحمد يحيوي سليمة، المرجع السابق، ص 20.

(25) - بودالي محمد، "الشروط التعسفية في العقود..."، المرجع السابق، ص 50-51.

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

أي أن تتوافر فيه كل شروط وأركان العقد من إيجاب وقبول صحيح غير مشوب بعيوب الإرادة وتوفر محل وسبب مشروعين وغير مخالفين للنظام العام والآداب، ويشترط أن يكون مكتوباً أي التحديد المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه، وهذا ما نصت عليه المادة 03 الفقرة (05) من قانون رقم 02-04، كما يمتد الأمر إلى الاتفاقيات التي يتولى المتدخلين عرضها على المستهلكين مع عدم إمكانية إحداث الطرف المذعن لتغيير حقيقي في العقد، وأن يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين، وينبغي أن يتصف الإيجاب بالعمومية و من عمل الطرف القوي وحده.⁽²⁶⁾

- تضمن عقد الاستهلاك لشرط أو عدة شروط تعسفية

ينبغي تضمن هذا العقد الصحيح شرطا أو شروطا تعسفية فلا يهم طبيعة هذه الشروط كونها غير محددة على سبيل الحصر وإنما هي على سبيل المثال، ومن ثمة يمكن للقاضي التدخل للحد منها، وإلا عد تدخله تحريفا للعقد في الحالة التي لا يتضمن هذا العقد لمثل هذه الشروط المجحفة.⁽²⁷⁾

- إحداث خلل في التوازن بين الأطراف

يجب لاستفادة المستهلك من الحماية أن يكون ضعيفا أمام هذه الشروط فلا يبقى أمامه إلا التسليم لها، فيؤدي ذلك لخلق عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف نتيجة للاحتكار المتدخل للسلع والخدمات احتكار قانوني أو فعلي، مما يسمح له بتخفيف الالتزامات الملقاة عليه مقابل إثقال كاهل المستهلك بالتزامات لا تخدم مصالحه⁽²⁸⁾

ونظرا لعدم تطرق قانون رقم 02-04 لتحديد جزاء مدني خاص للحد من هذه الشروط مما يؤدي ذلك لضرورة العودة لقواعد القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة .

الفرع الثاني: الجزاء المدني المقرر ضمن القواعد العامة

بموجب المادة 110 من القانون المدني، التي منح المشرع السلطة للقاضي للتدخل في حالة وجود عقد تم بطريق الإذعان وتضمنه لشروط تعسفية، فيكون للقاضي ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان،

(26) - بودالي محمد ، " حماية المستهلك في القانون... " ، المرجع السابق ، ص 238 .

(27) - سي الطيب محمد أمين ، " الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، 2008 ، ص 41 .

(28) - بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص 26 .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

فيجوز للمستهلك بموجب هذه المادة أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك أو بإعفائه منها، فللقاضي بموجب هذه المادة سلطة تقديرية في تعديل هذه الشروط لإزالة عدم التوازن في العلاقة التعاقدية، أو إعفاء الطرف المذعن منها لما يتحقق القاضي من عدم تحقق العدل، ويكون هذا الإعفاء عن طريق الحكم بتعطيل الشرط التعسفي، ولكن بشرط تقيده بمقتضيات العدالة

فهذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي تتعارض مع نطاق تطبيق المادة 29 من قانون رقم 04-02، التي أوردت قائمة سوداء لا يكون للقاضي إزاءها أي سلطة تقديرية، ونفس الأمر ينطبق على القائمة المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية .

بينما يتمتع القاضي طبقا للقواعد العامة في ظل المادة 110 بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط، أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع له، مما يؤدي لبقاء العقد قائما في كلتا الحالتين، فيتماشى ذلك مع مصلحة المستهلك فضلا على أن سلطة القاضي وفقا لعبارة المادة 110 هي سلطة جوازية وليست وجوبية، فيستطيع قاضي الموضوع أن يستعمل الرخصة المخولة من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الاستهلاك .

فطبقا لهذا النص يمكن تسجيل بعض الملاحظات حول هذه المادة :

01 - إن نص المادة 110 من القانون المدني جاء عاما يسري على جميع العقود التي تتم بطريق الإذعان بما فيها العقود التي تتم بين المستهلك والمتدخل .

02 - إن نص المادة 110 من القانون المدني يعتبر من النظام العام ولا يجوز في أي حال الإتفاق على ما يخالف ما جاء به هذا النص .

03 - إن تطبيق نص المادة 110 من القانون المدني يؤدي إلى خدمة مصالح المستهلك كونه يعدل من هذا الشرط التعسفي بما يخفف من طابعه، أو إعفاء الطرف المذعن منه صراحة مما يؤدي إلى اعتباره كأنه لم يكن في مواجهة المستهلك .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

فبموجب هذه المادة ينبغي التطرق لصور تدخل القاضي في عقود الاستهلاك التي تتصف بالإذعان:

- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

يعتبر تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية استثناء من مبدأ سلطان الإدارة المقررة ضمن المادة 106 من القانون المدني، فهذا الاستثناء أملت الظروف الاقتصادية التي أدت إلى اختلال ظاهر بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية بعدما أصبح أحدهما عالماً بكل التفاصيل والطرف الثاني جاهلاً بها .

فرغبة من المشرع في حماية هذا الطرف من تعسف الطرف الآخر، أجاز للمستهلك بموجب المادة 110 من القانون المدني، أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من عقود الاستهلاك على نحو ما تقضي به العدالة، ما دام أن المشرع منح للقاضي أداة قوية يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المتدخل⁽²⁹⁾ .

والقاضي عند تدخله لتعديل الشروط التعسفية، يبقي عليها ولا يمسها إلا بالتعديل وبالوسيلة التي يراها مناسبة والمتمثلة في⁽³⁰⁾ :

- قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرضه على الطرف المذعن مقابل الخدمة أو الثمن في عقد الاستهلاك فتعد شروطاً جوهرية في العقد، مما يتعذر الإغفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية فيجعل من التعديل الوسيلة الأنسب لرفع الإجحاف عن المتعاقد المذعن .

- وقد يتعلق التعديل بالإنقاص، فيزيل بذلك المظهر التعسفي للشرط مما يحقق ذلك التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد .

على أن ما يسهل مهمة القاضي في تقدير الشروط التعسفية هو القائمة التي جاء بها القانون رقم 02-04 ضمن مادته 29 التي احتوت على ثمانية شروط اعتبرها المشرع تعسفية، يضاف لها اثني عشر شرطاً تعسفي جاءت بهم المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 فيبقى أمام القاضي لا الحكم بتعديلها متى تحققت إمكانية لذلك، وفي ما عدا هذه الشروط يبقى للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط آخر بشرط مراعاة ما جاءت به الفقرتين (05) و (07) من المادة 03 من قانون رقم 02-04 المتعلقين بضرورة ورود الشرط ضمن عقد الاستهلاك، وأن يؤدي إلى إخلال ظاهر

(29) - بودالي محمد ، " الشروط التعسفية في العقود..." ، المرجع السابق ، ص 59 .

(30) - العطياوي راضية ، المرجع السابق ، ص 164 .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ولن يتسنى للقاضي تعديل هذه الشروط إلا بناء على طلب الطرف المذعن عملاً بمبدأ حياد القاضي المدني.⁽³¹⁾

- سلطة القاضي في الإغفاء من الشروط التعسفية

بموجب هذه السلطة يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله فيعفى الطرف المذعن منه حينما يتبين له أن تعديل الشرط التعسفي ليس هو الوسيلة المجدية للإزالة التعسف، فسلطة القاضي هذه تتجاوز سلطته العادية والمألوفة لأنها تخوله سلطة تعديل الشرط التعسفي وإهداره كلية متى اقتضت العدالة ذلك، وأساس سلطة الإغفاء هذه دائماً المادة 110 من القانون المدني، مما يحمي بذلك الطرف الضعيف كون العدل لا يتحقق إلا بإغفاء الطرف المذعن من هذا الشرط المجحف.⁽³²⁾

وتفعيلاً من المشرع للحماية من الشروط التعسفية فقد قرر بطلان كل اتفاق يخالف حكم المادة 110 من القانون المدني، وذلك بحرمان الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية وجعله من النظام العام، فالهدف من وراء هذا المنع هو لعدم تشجيع الطرف القوي على إدراج مثل هذه الشروط، وعدم تفريغ الحماية من محتواها.

- سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المستهلك

يملك القاضي الحق في تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن بموجب المادة 111 من القانون المدني⁽³³⁾، كما نصت المادة 112 من القانون المدني، على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن". فطبقاً لهذه النصوص هناك ثلاث حالات للعبارات الواردة في العقد يمكن للقاضي تفسيرها:

- حالة وضوح عبارات العقد، فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير.

(31) - بودالي محمد، مرجع سابق، ص 59.

(32) - العطياوي راضية، المرجع السابق، ص 166.

(33) - التي تنص على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستئثار في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

- حالة غموض عبارات العقد، يستدعي الأمر هنا اللجوء إلى التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وعدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فيستعين القاضي هنا عند تفسيره لها، بطبيعة التعامل والأمانة والثقة والعرف المتعامل به.

- حالة الشك في التعرف عن القصد المشترك للمتعاقدين، هنا يفسر الشك لمصلحة المدين مع عدم الإضرار بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان عند التفسير⁽³⁴⁾.

ففي عقد الاستهلاك الذي يتصف بالإذعان ينفرد المتدخل باعتباره طرف قوي بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على الطرف الضعيف بحيث هذه الشروط تحتل أكثر من معنى، وبالنسبة للشروط التعسفية ما يهمنها هو غموض عبارات العقد، كون المتدخل يعتمد لوضع شروط تغلب عليها إرادته، فيجد المستهلك نفسه أمام شروط لا يلم بها وتحمل أكثر من تأويل فممنح المشرع لهذا الطرف المذعن ضماناً بموجب المادة 112 الفقرة (02) من القانون المدني متمثلة في عدم الإضرار بمصلحة الطرف المذعن عند تفسير العبارات الغامضة .

ومن أجل ذلك يتحمل المتدخل تبعة تعنته عند عدم تبيينه مثلاً في وصل الضمان الاتفاقى للأداءات التي يلتزم بها هل هو إصلاح المنتج أو استبداله أو رده ، فلا يصح استفادته من غموض هذه الشروط على حساب مصلحة المستهلك فيكون ملزماً بإيضاح شروط العقد⁽³⁵⁾.

وبالرجوع لقانون رقم 04-02 الذي لم ينص على إمكانية تدخل القاضي للحد من الشروط التعسفية، ولا على تأويل العقد في حالة وجود عبارات غامضة⁽³⁶⁾، بينما اكتفى في المادة 30 من هذا القانون على النص "... وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " ، مما يفهم أنه أجاز الحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين والمتدخلين، فأراد المشرع من وراء ذلك منع العمل بالشروط ذات الطابع التعسفي فقط وليس بشروط العقد كلها كونها لا تعد تعسفية، ومن ثمة يبقى العقد قائماً فيستفيد بذلك المستهلك من السلعة أو الخدمة المقدمة⁽³⁷⁾.

(34) - فيلاي علي ، " الالتزامات..." ، المرجع السابق ، ص 383-394 .

(35) - بودالي محمد ، " حماية المستهلك..." ، المرجع السابق ، ص 246، 262 .

(36) - بودالي محمد ، " الشروط التعسفية في العقود..." ، المرجع السابق ، ص 102 .

(37) - أحمد يحيوي سليمة ، المرجع السابق ، ص 67 .

آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

خاتمة:

بعد تطرقنا للآليات المكرسة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية، نلاحظ أنه يعاب على المشرع بموجب هذا القانون المدني أو حتى القوانين الخاصة بحماية المستهلك حصره لنطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط، بينما لا يعني أن كل عقود الإذعان تتضمن بالضرورة شروط تعسفية كما أنه قد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب الاحتكاك وفي ظل إمكانية مناقشة بنود العقد، لكن عدم خبرة المستهلك لا تمكنه من مناقشة بنود العقد ولا تقدير عواقب هذا التعاقد فيؤدي ذلك إلى تضمين المتدخل للشروط مجحفة في عقد الاستهلاك، مما ينبغي حماية المستهلكين من الشروط التعسفية مهما كان شكل العقد، كما أن القاضي لا يملك الصلاحية لإبطال الشرط التعسفي بل الإعفاء منه فقط مما لا يعد حماية فعالة لهذا المتعاقد الضعيف، فيستدعي الأمر البحث عن آليات أكثر فعالية لحماية هذا المتعاقد من هذه الشروط التعسفية.