

أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدي

محي الدين عواطف

أستاذة محاضرة قسم - أ - عضو مخبر النشاط العقاري

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس -

- تاريخ الإرسال: 2017/11/30 - تاريخ الإيداع لدى المحكم: 2017/12/01 - تاريخ رد المحكم: 2017/12/15

الملخص: من أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة هي إطلاق الحرية للإرادة في تكوين العقود وترتيب آثارها، غير أن المستهلك قد يجد نفسه عرضة لتعسف المحترف الذي يفرض شروطه التعسفية في العقد نتيجة اختلال التوازن في مراكز كل منهما، وإذا ما أراد المستهلك التخلص من هذه الشروط التعسفية فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقف حائلا دون ذلك، لأن المبادئ التقليدية التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد تتعارض مع إعادة النظر في الالتزامات المترتبة عن العقد. وهو الأمر الذي تطلب تدخل المشرع لحماية المستهلك بإقرار قواعد قانونية خاصة إلى جانب حمايته من خلال القواعد العامة.

الكلمات المفتاحية: المستهلك - العقد - الشروط التعسفية - الحماية.

Résumé: L'une des conséquences les plus importantes du principe de l'autonomie de la volonté est de libérer la volonté de conclure des contrats et d'arranger leurs effets. Toutefois, le consommateur peut être exposé au risque d'abus de la part d'un professionnel qui impose des clauses abusives dans le contrat en raison du déséquilibre des positions de chacun, si le consommateur veut se débarrasser de ces clauses le principe de force obligatoire du contrat l'empêche, parce que les principes traditionnels qui sous-tendent la théorie générale des contrats contredisent la révision des obligations contractuelles. Cela a nécessité l'intervention du législateur pour protéger le consommateur par l'adoption de règles juridiques spéciales en plus de la protection par les règles générales.

Mots-clés: consommateur - contrat - clauses abusive - protection.

Abstract : One of the most important consequences of the principle of autonomy of the will is to free the will to form contracts and arrange their effects. However, the consumer may find himself at risk of abuse by a professional who imposes unfair clauses in the contract because of imbalances in their respective positions, if the consumer wants to get rid of these clauses the principle of binding force of the contract prevents him from doing so, because the traditional principles underlying the general contract theory contradict the review of the obligations arising from the contract. This required legislative intervention to protect the consumer through the adoption of special legal rules in addition to protection by the general rules.

Keywords: consumer - contract - unfair clauses - protection.

مقدمة:

إن التنوع المعاصر للمنتجات والخدمات وتعقيدها التقني الناتج عن التحولات الاقتصادية المعاصرة وزيادة معدل الطلبات عليها، أدى بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية، وكان من نتائج ذلك أن برز وتعمق المركز القانوني لاثنين من أهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية، وهما المحترف¹ الذي يطلق عليه وصف الشخص القوي المتفوق اقتصاديا والمستهلك² الذي يوصف بالشخص الضعيف.

ولعل من أبرز ما استعمله المحترفون سلاحا ضد طائفة المستهلكين، هو فرضهم لجملة من الشروط التعسفية في العقود التي تجمعهم مع المستهلكين، من خلال ما يقدمونه لهم من سلع وخدمات لا غنى لهم عنها، حتى أضحت اليوم تلك الشروط معضلة عالمية حاولت التشريعات الحديثة مكافحتها والحد منها، ولو اقتضى الأمر المساس بالقواعد الصلبة كقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وقاعدة "القوة الملزمة للعقد"³.

وإزاء ذلك يثور التساؤل عن دور المشرع الجزائري في حماية المستهلك من هذه الشروط بإعادة التوازن العقدي. وللإجابة عن ذلك يتعين أولا تحديد مفهوم الشروط التعسفية، للانتقال ثانيا لتبيان الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري لمقاومة هذه الشروط وحماية المستهلك منها.

¹ كلمة محترف أو مهني متأتية من حرفة أو مهنة ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك كل نشاط منظم لغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات، وقد تعددت الألفاظ التي استعملها المشرع حيث أطلق عليه اسم "المحترف" كما في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، كما استخدم مصطلح "المهني" في القرار المؤرخ في 10/05/1994 المتضمن كميّيات تطبيق المرسوم التنفيذي 90-266، وقد سماه في القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بـ "العاون الاقتصادي" وهو نفس المصطلح الذي تبناه في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، أما القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فقد اصطلح عليه اسم "المتدخل" باعتباره كل شخص يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك من إنتاج واستيراد وتخزين ونقل وتوزيع.

² هناك اتجاه موسع لمفهوم المستهلك، حيث يعتبر مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، أي بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، سواء كان ذلك لاستعماله الشخصي أو المهني، أما الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك فيرى بأنه الزبون غير المحترف الذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية.

³ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الخامس، ص. 344.

أولاً- مفهوم الشرط التعسفي:

إن الأحكام الخاصة المتعلقة بالشروط التعسفية التي تشكل المظهر الأساسي لعدم التوازن العقدي لم تظهر إلا سنة 2004 بصدور القانون رقم 04-02⁴ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وقبل ذلك لم تكن هناك نصوص خاصة بالشروط التعسفية في التشريع الجزائري إلا تلك المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري تحديدا نص المادة 110 منه، ومصدر هذا النص هو القانون المدني المصري الذي اقتبسته العديد من تشريعات الدول العربية⁵، من بينها التشريع الجزائري، إلا أنه بمناسبة إصداره لهذا القانون قام بتعريف الشرط التعسفي محددًا بذلك معايير اعتبار الشرط تعسفيا.

ونحاول فيما يلي بيان مفهوم الشروط التعسفية وفقا لأحكام كل من القانون المدني وكذا القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية.

أ- مفهوم الشرط التعسفي وفقا لأحكام القانون المدني:

ترك المشرع في نص المادة 110 من القانون المدني الذي تصدى للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان الحرية المطلقة للقاضي للنظر في طبيعة الشرط محل النزاع، دون أن يقيد بأي ضابط سوى ضرورة مراعاته لمقتضيات العدالة، بنصه على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفق لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتبين من هذا النص أن المشرع لم يعرف الشرط التعسفي، تاركا ذلك للفقهاء، لكنه اعتمد على روح الحق والعدالة كمعيار لتعسفية الشرط، فمتى توافر كل من روح الحق والعدالة عند التعاقد انتفى وجود شروط تعسفية، والعكس، وما يمكن قوله هنا أن فكرتي روح الحق والعدالة هما فكرتان أكثر معنوية ومثالية لا يفترض وجودهما حتى في عقد البيع البسيط والذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحقق فيه العدالة بطريقة كلية في العطاءات المتبادلة، فكيف إذن في عقد الاستهلاك القائم أصلا على انعدام المساواة بين مراكز أطرافه؟⁶

⁴ القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية عدد 46.

⁵ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.268.

⁶ بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2012، ص.52.

وفي هذا الشأن رأى جانب من الفقه⁷ أن هذا النص بالرغم من عمومته وشموله يعد أداة قوية في يد القاضي، يحمي بها المتعاقد من الشروط التعسفية، والقاضي وحده يملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره مادامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به، والمشرع لم يرسم في ذلك حدودا إلا ما تقتضيه العدالة، لذلك فتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا تعد مسألة واقع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة.

وفي المقابل ذهب رأي آخر⁸ إلى أن عدم تحديد المعايير التي تحكم الشرط التعسفي قد يؤدي إلى صعوبة في التمييز بين أنواع الشروط، ولاشيء يضمن عدم انزلاق القضاء نحو التطرف في تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وأن المعيار الذي يسترشد به القاضي لإعمال سلطة التعديل أو الإلغاء للشروط التعسفية، المتمثل في مراعاة مقتضيات العدالة، هو معيار مطلق وغامض لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر، كما أنه قد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة.

ومن هنا بدا الأمر ملحا على التشريع ضرورة وضع نظام يتعلق بالشروط التعسفية يتكفل بتعريفها وتحديد معاييرها بالرغم من أن مجال التعريفات هو اختصاص أصيل للفقه، إلا أن الوضع بالنسبة للشروط التعسفية مختلف، وذلك من أجل ضمان عدم الاختلاف بشأنها، فأغلب التشريعات الحديثة في العالم أوردت تعريفا لها، هذا إن دل على شيء إنما يدل على الاهتمام البالغ بالظاهرة⁹. وهو ما قام به المشرع الجزائري بمناسبة إصدار القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.195.

⁸ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، 1984، ص.214، نقلا عن: بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2012/2011، ص.144، ص.149.

⁹ بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص.53.

مفهوم الشرط التعسفي وفق القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية:

على غرار التشريعات الحديثة تدخل المشرع الجزائري لحظر الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وقد تولى تعريف الشرط التعسفي بموجب المادة الثالثة منه في فقرتها الخامسة بنصه على أن: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وبالرجوع إلى ذات المادة نجد أن المشرع قد عرف العقد الذي يربط بين العون الاقتصادي (المهني، المحترف) والمستهلك 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".

يستخلص النصوص السابقة بأنه لا اعتبار شرط ما تعسفيا لابد من توافر ثلاثة عناصر هي¹⁰:

العنصر الأول: أن يتعلق الأمر بشرط أدرج في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين في نماذج الاتفاقات التي اعتاد المحترفون عرضها على المستهلكين.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري اتجه إلى حصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلك الذي يلبي حاجاته الخاصة أو العائلية فقط وإقصائه للمستهلك المهني حتى لو تعامل خارج مجال تخصصه أخذا بالمفهوم الضيق للمستهلك، ويتضح ذلك جليا من خلال القانون 04-02 في مادته الثالثة عندما تولت تعريف بعض المصطلحات من بينها المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقنتي سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"، ويتضح كذلك من القانون 09-03¹¹ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في مادته الثالثة عندما عرفت المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقنتي بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

وعليه فإن أحكام حماية المستهلك لا تطبق على العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين وإنما تبقى خاضعة لأحكام قانون المنافسة والقانون التجاري.

العنصر الثاني: أن تكون الشروط مكتوبة، ولا يهم الركيزة التي تظهر عليها حيث أن المشرع لم يتقيد بشكل معين للعقود المحررة مسبقا فقد تكون في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو

¹⁰ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 238 وما يليها.

¹¹ القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15.

وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا¹².

كما لا يهم أيضا طبيعة الشروط، لأنها غير محددة على سبيل الحصر، كل ما يهم أن تكون من الشروط العامة للبيع المعدة سلفا، والتي لا تكون موضوع تفاوض.

العنصر الثالث: أن الشروط المقصودة هي تلك الشروط التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق على حساب المستهلك عدم توازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ويقدر الطابع التعسفي للشروط وقت إبرام العقد بالاستناد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد، كما يقدر بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المرتبط بالبيع¹³.

وقد ذهب المشرع الجزائري بموجب القانون 04-02 إلى أبعد من ذلك، إذ قام بتحديد قائمة من الشروط اعتبرها تعسفية وذلك بنص المادة 29 منه، وهي واردة على سبيل المثال حيث أحال في المادة 30 منه على تنظيم لاحق توكل له مهمة تحديد ما يعتبر شرطا تعسفيا.

وتنفيذا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل بالمرسوم رقم 08-44¹⁴، المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

حيث اعتبرت المادة 05 منه بنودا تعسفية تلك البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي (المهني) بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المنصوص عليها في المادتين 02 و 03 من ذات المرسوم؛
- 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 التنفيذ الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته؛

¹² المادة 4/03 من القانون 02-04 المعدل والمتمم، سالف الذكر .

¹³ بودالي محمد، المرجع السابق، ص.240.

¹⁴ المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية عدد 56، المعدل بالمرسوم رقم 08-44، المؤرخ في 3 فبراير 2008، الجريدة الرسمية عدد 07.

- 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 واجباتهم؛

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك؛

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

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته؛

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وقائمة هذه البنود واردة بدورها على سبيل المثال لا الحصر، حيث كلف المرسوم المذكور بموجب نص المادة 07 منه لجنة البنود التعسفية بالبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، وتصيغ بهذا الصدد توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، ويمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

حيث تنشأ هذه اللجنة طبقا للمادة 06 من ذات المرسوم، لدى الوزير المكلف بالتجارة برئاسة ممثل الوزير المكلف بالتجارة، وتتكون حسب نص المادة 08 المعدلة من المرسوم ذاته من خمسة (5) أعضاء دائمين وخمسة (5) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية؛

- ممثلان (2) عن وزير العدل حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود؛

- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة؛

- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود؛

- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيد بها في أعمالها.

وما يؤخذ على هذه اللجنة أن دورها في الكشف عن الشروط التعسفية هو استشاري فقط¹⁵، إذ يقتصر على إصدار توصيات بشأنها إما بحذفها أو تعديلها دون أن تكون لها أية قوة إلزامية رغم نشرها¹⁶.

ومما تقدم، يمكن القول بأن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكافيء المهني بميزة مبالغ فيها نتيجة تعسفه في استعمال قوته الاقتصادية أو خبرته، وتتضح صفة التعسف هذه بشكل أوضح حينما تكون هذه العقود مكتوبة أو مطبوعة سلفا بواسطة المهني.

ثانيا- الآليات القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية:

في ظل غياب النصوص القانونية التي تعالج اختلال التوازن العقدي وتحد من الشروط التعسفية، حاول القضاء بداية استخدام النظريات القانونية التقليدية لحماية الطرف الأقل قدرة أو خبرة (المستهلك) من الشروط المجحفة التي يفرضها الطرف القوي (المهني) في العقد، فأخذ يتلمس وجود عيب في الرضا تارة، وتارة أخرى يبطل الشروط التي تحد من التزامات المهني باعتبارها مخالفة للنظام العام.

إلا أن الحلول التي تقدمها النظريات القانونية التقليدية لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك غير كافية، فهي نظريات لا يمكن إعمالها في هذا النوع من العقود بما يضمن حماية المستهلك، كما أن اللجوء إلى بعضها لا يسمح إلا بإبطال أو فسخ العقد، وهو ما لا يتفق مع الحماية المطلوبة للمستهلك، الذي قد يكون في أمس الحاجة للتعاقد على السلعة أو الخدمة.

وأمام هذا الوضع و لمواجهة اختلال التوازن العقدي، بدأت التشريعات في الدول المختلفة تعالج ظاهرة الشروط التعسفية بصدد بعض أنواع العقود كعقود الإذعان وعقود الاستهلاك، أو بصدد بعض أنواع الشروط كالشرط الجزائي.

¹⁵ المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم، سالف الذكر.

¹⁶ المادة 12 من المرسوم سالف الذكر.

أ- تدخل المشرع في مواجهة التعسف الناجم عن الشرط الجزائري:

الشرط الجزائري هو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامه أو تأخره في تنفيذه، ويعتبر الشرط الجزائري صنفا من أصناف الشروط التعسفية، نظرا لأن المبالغة في تقدير قيمة التعويض لا يقبلها المستهلك، إلا إذا كان مضطرا أو غير عارف بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عملية.

ومع ذلك، فإن المبادئ العامة تقضي بصحة الشرط الجزائري إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، إلا أن التشريعات تنبعت لخطورة مثل هذا الشرط، فوضعت ضوابط لصحته، من ذلك ما جاء في المادة 183 من القانون المدني الجزائري من أنه: "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...".

كما نصت المادة 184 من ذات القانون على ما يلي: "غير أنه لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف الفقرتين أعلاه".

بهذا النص يكون المشرع قد سمح للقاضي بتخفيض المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائري إذا تبين له وجود إجحاف ملحوظ في تقدير التعويض، كما ذهب إلى إعفاء المدين من أي تعويض إذا لم يلحق الدائن أي ضرر، وقد قيد النص حرية المهني في إيراد شرط يقضي بخلاف ذلك، بأن قرر البطلان لمثل هذا الشرط.

ب- تدخل المشرع في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها.

لوصف عقد ما بأنه عقد إذعان يتوجب توافر شروط محددة هي¹⁷:

1- يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد في موقع اقتصادي قوي، كأن يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي أو بسيطرة تجعل المنافسة على السلع والخدمات محدودة النطاق.

¹⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 191 و 192.

2- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، بحيث لا يمكن لهؤلاء أن يصرفوا النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها دون أن يلحقهم أذى أو مشقة.

3- أن يصدر الإيجاب عاما وبشروط واحدة.

ومن أمثلة عقود الإذعان، عقد التأمين بأنواعه المختلفة، وعقد النقل وعقود الاشتراك في الخدمات العامة كالمياه والكهرباء والهاتف، وعقود الاقتراض من البنوك، ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، وما على الطرف الآخر الضعيف إلا القبول، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو خدمة تعد من الضروريات التي لا غنى عنها.

وبعد أن لفتت عقود الإذعان أنظار الفقهاء والقضاة إلى التفاوت الكبير بين طرفي العقد، وما أدى إليه من ظلم تعاقدية، أجمعوا على ضرورة التدخل لحماية الطرف المذعن في هذا النوع من العقود، وهذا ما أخذت به التشريعات المختلفة بعد ذلك حيث يأتي هذا التدخل بوسيلتين:

الوسيلة الأولى، عن طريق إقرار أحكام عامة تنطبق على كل عقود الإذعان، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية¹⁸، بالإضافة إلى إدخال استثناء على القاعدة العامة في التفسير يوجب على القاضي تفسير العبارات الغامضة الواردة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن¹⁹.

أما الوسيلة الثانية فتأتي عن طريق تنظيم المشرع لأهم عقود الإذعان بتشريعات خاصة، مثل عقد التأمين وعقد النقل وعقود الاشتراك في الخدمات العامة²⁰.

إلا أن إقرار هذه الحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان لا يكفي لمواجهة اختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك وما ينتج عنه من شروط تعسفية، ذلك أن الحماية هنا تقتصر على الطرف المذعن في عقود معينة لها وصف عقود الإذعان، بينما المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه إلا بناء على طلب الطرف المذعن، عملاً بمبدأ حياد القاضي²¹.

¹⁸ المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

¹⁹ المادة 112 من القانون المدني الجزائري.

²⁰ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 194.

²¹ بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 260.

وأمام ذلك، توجهت بعض الدول إلى حماية المستهلك من خلال إصدار تشريعات خاصة تقضي باستبعاد الشروط التي تبدو تعسفية إذا وردت في عقود الاستهلاك.

ج- تدخل المشرع باستبعاد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك:

أدركت بعض الدول الأوروبية الحاجة إلى إصدار التشريعات التي تهدف إلى مقاومة الشروط التعسفية، خاصة بعد أن أصدر المجلس الأوروبي قرارا في 14 أبريل 1975 أطلق عليه "البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين"، وتماشيا مع ذلك أصدرت ألمانيا قانونا متخصصا في مقاومة الشروط التعسفية الواردة ضمن الشروط العامة في العقود النموذجية، وذلك بتاريخ 9 ديسمبر 1976، وكان الهدف من هذا القانون حماية المستهلك من عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقا بإرادة المهني، ولمواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد، وتبنى لذلك النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطالها²².

وفي إنجلترا أصدر المشرع مجموعة من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك من أهمها القانون الخاص بالشروط التعاقدية غير العادلة، وتقضي المادة الثانية منه أن تكون الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية عادلة ومعقولة، وألقى القانون الإنجليزي عبء إثبات معقولية الشرط على عاتق المهني في عقود الاستهلاك وعلى من حرر العقد في العقود النموذجية²³.

أما في فرنسا فقد صدر القانون رقم 23 في 10 يناير 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين، الذي عالج ذلك من خلال خمسة فصول يحمل الفصل الرابع منها عنوان "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية"، وقد استخدم المشرع نصا عاما واسعا لتحديد الشروط التعسفية، مع إعطاء مجلس الدولة الفرنسية مهمة إصدار اللوائح المتعلقة بالشروط التعسفية، بعد الاستئناس برأي لجنة الشروط التعسفية، التي تتألف من خمسة عشر عضوا يمثلون القضاء والإدارة واتحادات المهنيين واتحادات المستهلكين²⁴.

عد فترة قصيرة من إصدار هذا القانون صدرت اللائحة الأولى للشروط التعسفية، وقد نصت على بطلان تلك الشروط التي تهدف إلى تعطيل أو إنقاص حق المستهلك في التعويض وتلك التي تسمح للمهني بإرادته المنفردة بتغيير مواصفات السلعة محل التعاقد²⁵.

²² بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 234.

²³ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص. 441.

²⁴ المرجع السابق، ص. 453.

²⁵ شهيدة قادة، المرجع السابق، ص. 268.

والمشرع الجزائري مثله مثل التشريعات المختلفة الأخرى تبين له أن المستهلك يحتاج إلى حماية خاصة تكمل الحماية التي تقررها القواعد العامة في نظرية العقد وفي المسؤولية عن الفعل الضار، فالقانون يحمي رضا المستهلك كمتعاقد ولا يعتبر رضاه صحيحا إلا إذا كان خاليا من العيوب، فكل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال يجعل العقد قابلا للإبطال، كما أن المشرع جعل من العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لمن يتعاقد مع المستهلك ولا لهذا الأخير نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

لا أن هناك²⁶ من يعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن الاعتماد عليه في عقود الاستهلاك وذلك راجع إلى عدة اعتبارات، أهمها يكمن في أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية سواء من الناحية الفنية لجهله بمكونات السلع وتركيباتها، أو من الناحية الاقتصادية حيث يصعب عليه مقارنة المحترف نظرا لمركزه القوي وأنه غالبا ما يكون الطرف الذي يملئ شروط العقد ويفرضها على المتعاقد معه (المستهلك).

الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إعطاء القاضي صلاحيات واسعة في التدخل لوضع حد لتعسف المحترف وكذا تعديل بنود العقود والالتزامات الناشئة عنها بما تقضيه العدالة، حيث تنص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، 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".

كما منع إدراج الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من القانون 04-02، حيث أن هذه الشروط جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وأشارت المادة 30 من نفس القانون إلى أنه: "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".

فصدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ليوسع من قائمة الشروط التعسفية عن طريق النص عليها صراحة في المادة 05 منه وكذا عن طريق ما تصدره لجنة البنود التعسفية من توصيات، حيث تكلف هذه الأخيرة بالبحث عن البنود ذات الطابع التعسفي في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، وتصيغ توصيات بهذا الصدد تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية²⁷. وتخطر لجنة البنود التعسفية للقيام بمهامها إما من تلقاء نفسها أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن

²⁶ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 457.

²⁷ المادة 1/7 من المرسوم رقم 06-306 المعدل والمتمم، سالف الذكر.

طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين وعموما من كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك²⁸.

ويتم معاينة هذه البنود ومراقبتها وتطبيق الجزاءات عليها وفق ما يقرره القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية²⁹، وهي جزاءات جزائية تتمثل وفقا لنص المادة 38 من القانون المذكور في فرض غرامة مالية على المخالفين تتراوح بين 50 ألف دينار و5 ملايين دينار، ومتى كان العون الاقتصادي شخصا معنويا فإن الغرامة المطبقة عليه تساوي من مرة إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للعون الاقتصادي عندما يكون شخصا طبيعيا³⁰.

وفي حالة العود تطبق أحكام المادة 47 من ذات القانون، حيث تضاعف العقوبة وتتخذ إجراءات الغلق الإداري للمحل لمدة أقصاها 60 يوما، كما يمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 2 من القانون 04-02، بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات، وتضاف لهذه العقوبات، زيادة على ذلك، عقوبة الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى خمس (5) سنوات.

وفي إقرار المشرع لجزاءات مالية ضد العون الاقتصادي خروج عن القواعد العامة وذلك من أجل ردعه كونها تمس بمصالحه المالية، خلافا لو تم إقرار جزاء البطلان سواء للعقد أو الشرط التعسفي.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع لم ينص بموجب القانون 04-02 على الجزاء المدني المترتب عن إيراد الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية، مما يراه البعض سهوا من المشرع ينبغي استكمالها وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان استمراريته دون ذلك الشرط³¹.

إلا أن هذا الوضع لا يسحب من القاضي سلطة تقدير ما يعد شرطا تعسفيا وذلك استنادا إلى نص 4/3 من القانون 04-02 التي ربطت مجال الشروط التعسفية بعنصر الإذعان (كما هو الحال في القانون المدني) عند تعريفها للعقد بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حررت مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، وهو ذات المفهوم الذي أكدته المادة الأولى من المرسوم 06-306 عند تحديدها لمجال البنود

²⁸ المادة 11 من المرسوم سالف الذكر.

²⁹ المادة 17 من المرسوم سالف الذكر.

³⁰ المادة 18 مكرر من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

³¹ شرون حسينة، حملاوي نجا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، أبريل 2017، ص.65.

التعسفية، وهذا الربط بين الشروط التعسفية وعنصر الإذعان (بمفهومه الحديث)، هو ما يثبت بأن القانون الأخير لم يحدث قطيعة مع الأحكام الكلاسيكية للقانون المدني وإنما منح القاضي مصادر متعددة بغية الوصول إلى الصفة التعسفية للشروط التعاقدية، ويبقى له الاحتكام لنص المادة 110 من القانون المدني.

غير أنه وفقا لهذا النص فإن تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان أو الإعفاء منها لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه إلا بناء على طلب الطرف المدعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني، كما أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في ظل أحكام هذه المادة هي سلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المدعن من الخضوع إليه، كما أنها سلطة جوازية وليست وجوبية فيمكنه في هذه الحالة أن لا يستعمل هذه الرخصة بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان³².

وبناء على ذلك تدخل المشرع بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 13 منه، حيث اعتبر أن كل شرط يمس بالضمان القانوني الوارد لصالح المستهلك بموجب هذا القانون باطلا.

وتعزيزا لحماية المستهلك نص القانون 04-02 على تمكين جمعيات حماية المستهلكين من التدخل لحمايته من هذه البنود عن طريق إشراكهم في لجنة البنود التعسفية، وكذا عن طريق القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بإدراج البنود التعسفية المحظورة قانونا، كما مكنهم من التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على التعويض في حالة وقوع أي ضرر³³.

وبذلك يكون المشرع الجزائري بعد صدور القانون 04-02 ومرسومه التنفيذي المذكور، قد وسع من سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية إما بالرجوع إلى القائمة الواردة في ذات القانون، أو لأنها واردة في تنظيم المرسوم، وإما لأنها صادرة بتوصية من لجنة البنود التعسفية، وهو ما يعني التوسيع في قائمة الشروط الملغية.

خاتمة:

إن حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك باعتبارها مصدرا للتعبير عن الرغبة في التعاقد، يجب أن يتكامل لها عناصر قوتها من الحرية والوعي والسلامة، فيجب أن تتحرر هذه من أية ضغوط خارجية تدفعها إلى التعاقد دون رغبة حقيقية، ومثال ذلك نذكر الإعلانات التجارية وما لها من وسائل قوية في

³² المرجع السابق، ص. 66.

³³ المادة 65 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، سالف الذكر.

الإقناع وأساليب تزييد من الإغراء خاصة في بعض أنواع البيوع والتي أصبح فيها المحترف هو من يلجأ إلى المستهلك وفي بيته وهو ما يطلق عليه البيع بالمنزل.

أمام هذا الوضع الذي أصبح يتطور يوما بعد يوم، نتيجة لتعدد الحياة وتشعب المعاملات الاقتصادية بين المستهلك والمحترف، أدى بالمشرع إلى وضع قواعد قانونية سواء في قواعد التقنين المدني أو في القوانين الخاصة بهدف حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك سواء عند تكوين العقد أو أثناء تنفيذ العقد.