# مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك
## دراسة مقارنة

من إعداد أ. هني عبد اللطيف[1]

### مقدمة

يعد العقد أهم وسائل تلبية حاجات الأفراد المتزايدة، نظرا لتزايد نمطهم الاستهلاكي، وبما يمثله العقد في ذاته من وسيلة مهمة لتبادل السلع والخدمات.

ونظرا لما تشهده دول العالم من تحرير للتجارة الداخلية والخارجية، واعتماد لوسائل إنتاج أكثر حداثة زاد الحياة الاقتصادية تعقيدا، وما يستتبعه ذلك من تأثير على تفاوت في المراكز الاقتصادية لجميع الفاعلين في السوق الاقتصادية بما فيهم المستهلكين، وهذا ما يؤثر لا محالة على مراكزهم في عقد الاستهلاك؛ إذ يشهد تفاوتا صارخا بين مركز المحترف بما يمتلكه من نفوذ اقتصادي ومعرفي في مواجهة مستهلك يتصف بالضعف المعرفي همه إشباع حاجاته.

وهذا ما جعل عقد الاستهلاك ميدانا للمحترف لفرض إرادته على المستهلك، بما يمليه من شروط عقدية تصب في مصلحته.

ونظرا لعدم تلاءم هذا الوضع مع ما تقضي به القواعد العامة للعقد في القانون المدني، والتي بنيت على افتراض قدر كبير من المساواة في المراكز بين المتعاقدين، فإن عقد الاستهلاك كان عرضة للتدخل المشرعين بموجب تشريعات خاصة لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، لإعادة التوازن المفقود لهذا العلاقة العقدية.

وبذلك تتضح أهمية الخوض فيما تحدثه الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك من قبل المحترف نتيجة نفوذه الاقتصادي، مما يخل

---

1 أستاذ مساعد "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د/ مولاي الطاهر، سعيدة –الجزائر–

بتوازن عقد الاستهلاك ؛ وهذا من خلال بحث ما مدى تعسف شرط من الشروط الواردة في عقد الاستهلاك؟ وما هي الآليات الكفيلة للحد منها؟

وتبعا لذلك فمعالجة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك يستدعي بحث تطور مفهومها بدء من القواعد العامة في القانون المدني وصولا إلى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك(مبحث أول)، وكذا الوقوف على الآليات القانونية المعتمدة لمكافحتها بغية الوصول لتوازن معقول للرابطة العقدية بين المستهلك والمحترف.

## المبحث الأول

## مفهوم الشروط التعسفية

مع ازدياد تعقد الحياة الاقتصادية اتسعت الهوة بين المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى، إذ صار عقد الاستهلاك معرضا لكثير من الشروط التعسفية، بطريقة تطورت معها نظرة التشريعات لهذه الشروط بدءا بالقواعد العامة في القانون المدني(المطلب الأول) وصولا إلى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك(المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة

إن إعادة التوازن للرابطة العقدية بمكافحة الشروط التعسفية طبقا لقواعد القانون المدني يبدوا مقصورا علي عقود الإذعان، لذا وجب تحديد مفهوم الشرط التعسفي طبق للقواعد العامة أولا(الفرع الأول)، ثم إلي إمكانية تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية ثانيا( الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي طبقا للقواعد العامة:

لإبراز مفهوم الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان وجب التعرض إلي تعريفها (أولا)، ثم تبيان شروط استفادة المذعن من الحماية(ثانيا).

**أولا: تعريف الشرط التعسفي طبقا للقواعد العامة**

لم تتعرض المادة ١١٠ مدني جزائري والمادة ١٤٩ مدني مصري إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية[1]، رغم ما لذلك من الأهمية، إذ أن

1 وهو نفس موقف أغلب القوانين العربية التي أخذت بهذا النص، مثل المادة١٤٩ مدني ليبي، المادة ١٧٣/٢مدني عراقي.

سلطة القاضي في مراجعة شروط عقود الإذعان تقتصر علي الشروط التعسفية دون غيرها[1].

إلا أنه يمكن تعريف الشروط التعسفية من خلال الأمثلة التي تعرض إليها القضاء المصري على أنه:" ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدالة ويترتب عليه اختلال توازن العقد"[2]

وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه[3] حيث يرى أن الشرط التعسفي هو: "ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما ما تتنافى مع العدالة...وهذه الصفة نسبية تختلف من عقد لأخر حسب ظروف التعاقد، وموضوعه وحالة طرفيه ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة."

إلا أن هذا التعريف في نظر البعض جاء سطحيا ولم يأت بالجديد فهو أشبه بمن يعرف الماء بالماء[4].

كما أن أصحاب هذا التعريف أوردوا تعريفا أخر للشرط التعسفي علي أساس أنه :"شرط ينقسم إلي شرط تعسفي بذاته وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها".[5]

إلا أن هذا التعريف تعرض إلى النقد[6] على أساس أنه يعتبر تصنيفا للشروط التعسفية أكثر منه تعريفا لها، وما هذا إلا تأثرا بالتعريف الذي

---

1 محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨ ،ص ١٧.

2 المرجع نفسه ،ص١٧.

3 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢، ص٤٣٦.

4 عامر احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية، و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٢ .ص٣٨.

5 عبد الحكم فودة ،المرجع السابق .ص٢٣٤.

6 أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ودار النهضة العربية (بدون طبعة)١٩٩٤، القاهرة، ص٢١٤.

جاءت به محكمة النقض المصرية، إذ قالت فيه : " الشرط التعسفي هو الشرط الذي يأتي مناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام."[1]

**ثانيا: شروط استفادة المذعن من الحماية ضد الشروط التعسفية:**

يشترط لاستفادة المذعن من الحماية ضد الشروط التعسفية، أن تتوفر ثلاثة شروط وهي أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم صحيح متضمنا شرطا أو عدة شروط تعسفية مع وقوف المذعن موقف ضعف منها.

**الشرط الأول :وجود عقد قائم صحيح**

يشترط لتفعيل الرقابة علي الشروط التعسفية في عقود الإذعان أن يقوم العقد صحيحا، إذ يشترط فيه سلامة الرضا من عيوب الإرادة وتوفر عنصريه من إيجاب وقبول ؛ ذلك أن الرقابة علي الشروط التعسفية مرحلة تلي مرحلة تفسير شروط العقد، الأمر الذي يستدعي أن يقوم هذا العقد صحيحا[2].

**الشرط الثاني :تضمين العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية:**

إن حماية المذعن من الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي المسوغ الذي من اجله أجاز المشرع في المادة ١١٠ مدني جزائري –المادة ١٤٩ مدني مصري –للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي.

وتبعا لذلك إذا لم يتضمن العقد أيا من هذه الشروط فلا محل لمراجعة القاضي وإلا عد تدخله تحريفا للعقد مما يبرر نقض الحكم[3].

**الشرط الثالث: الضعف الإرادي للمذعن:**

يشترط في الطرف الضعيف في عقد الإذعان عدم مقدرة علي مناقشة العقد بصورة لا يمكنه إلا أن يسلم بها[4]، هذا ما يؤدي إلي القول

---

1 نقض مدني مصري مؤرخ في ٢١ أفريل ١٩٦٠- مجموعة أحكام النقض- السنة ١١- رقم ٥٠.ص٣٣٠ أشار إليه سي الطيب محمد، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تلمسان، الجزائري، ٢٠٠٨.، ص٣٠.

2 المرجع أعلاه ، ص٤١.

3 عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٤٣٤.

4 وهذا ما صرحت به المادة ١١٠ مدني جزائري سالف الذكر.

أن الشروط التي يتفق عليها في ظل المفاوضات بين المتعاقدين تخضع لنص المادة١٠٦ مدني جزائري –المادة ١٤٧ مدني مصري –باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون حتى ولو كانت شروطا تعسفية.

فطبقا لما تقدم علي القاضي النظر إلي موقف الطرف الضعيف من الشروط التعسفية فإذا كان لا يستطيع حيلة إلا التسليم بها جاز للقاضي التدخل في هذه الحالة، حتى ولو كان المذعن عالما منتبها لما شاب إرادته من تعسف بصورة لا يمكنه إلا الإذعان لها[1]

## الفرع الثاني

## تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية في عقود الإذعان

إذا ما تمكن القاضي من الحكم بوجود شرط تعسفي في عقد الإذعان، فانه يقوم "بتعديل هذه الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي له العدالة"[2].

وتبعا لذلك، فان سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان واسعة لا يتقيد في ممارستها إلا بما تقضي له العدالة[3].

فللقاضي إن يزيل ما في الشرط من تعسف وجود عن طريق تعديل هذا الشرط، فإذا وجد أن هذا التعديل لا يفي لرفع التعسف و تحقيق العدالة قام برفع الضرر الذي قد يلحقه نتيجة النص في العقد على بعض الشروط التعسفية و لو عن طريق إهدار هذه الشروط كلية[4].

وقد اعتبر تدخل القاضي بهذه الطريقة، حكم خطير خص به المشرع عقود الإذعان، خوله بمقتضاها سلطة تعديل شروطها التعسفية، بل وإهدارها إذا اقتضت حماية المذعن هذا الأمر، في حين أن التوازن

---

1 عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ،ص٤٣٦

2 طبقا لما ورد في نص المادة ١١٠ مدني جزائري المقابلة للمادة ١٤٩ مدني مصري.

3 عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، بيروت، (بدون طبعة)، ،١٩٧٤ص ١٤٨.

4 محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق ص ١٩ .

الشخصي للرابطة العقدية يقضي باقتصار دور القاضي على مجرد تفسير العقود بغية تطبيق القانون بشأنها ، وذلك وفقا للقواعد العامة[1]

ولكن يرد على هذا القول، بان المشرع هو الذي يقدر ضرورات الخروج عن أحكام والقواعد العامة، طبقا للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم القواعد العامة[2]، ذلك أن التوازن العقد قد اختل قبل تدخل القاضي مما يجعل دور هذا الأخير هو إعادة التوازن العقدي إلى وضعه الطبيعي[3].

وبالمقابل فان سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان التعسفية أو استبعادها بمعنى إعفاء المذعن منها، لا يعطلها وضوح عبارات الشرط، إذ أن مناط هذه الشروط ليس وضوحها من عدمه بل هو التعسف الذي شابها ودفع بالطرف المذعن إلى التسليم والإذعان لها[4].

كما أن القاضي في سبيل ممارسة سلطته في الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان وضع له المشرع معيارا لتحديدها (أ)، وجعل سلطته في ذلك متعلقة بالنظام العام (ب).

**أولا: معيار تحديد الشرط التعسفي في عقد الاذعان:**

لقد وضع المشرع الجزائري في المادة ١١٠ مدني جزائري- المادة ١٤٩ مدني مصري – معيار العدالة والذي يتم على أساسه تحديد مدى تعسف شرط من شروط عقد الإذعان من عدمه، وما يلاحظ على هذا المعيار كونه يفتقر إلى التحديد، إذ أنه مشوب بالغموض وغير محدد المعالم، مما يجعله عرضة لاختلاف الإحساس به، والتغيير بتغير الزمان والمكان، قد يؤدي إلى تناقض أحكام القضاء المعتمدة عليه، وهذا من شأنه أن يقضي إلى زعزعة استقرار المعاملات[5].

---

1 سي الطيب محمد ، المرجع السابق ص ٤٢.
2 عامر أحمد القيسي المرجع السابق ص ٣٧.
3 عبد الحكم فودة المرجع السابق ص ٤٣٨.
4 نفس المرجع ص ٤٣٧.
5 سي الطيب محمد ، المرجع السابق ص ٤٣.

إلا أنه بالرغم من غموض هذا المعيار، إلا أن جانبا من الفقه[1] " يرى أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي، يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على النحو يقيم التوازن بينهم، ويبعدهم عن التعسف، وهذا الإحساس الطبيعي هو الذي يدفع القاضي إلى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المذعن منها ....فالعدالة هي قاعدة من قواعد القانون الطبيعي، إن لم تكن جوهر ذاته وأساس القيم الأخلاقية الصحيحة، إذ أن العدالة تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للأضرار بالغير، ولا للإثراء على حسابه. كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله، سواء في المحادثات السابقة عليه ،أو عند إبرامه أو تنفيذه ، فتخفق بذلك من جموده ،أو تتلاقى ما به من ثغرات".

**ثانيا: اتصال سلطة القاضي بالنظام العام:**

حرص المشرع الجزائري وكذا المشرع المصري، على اعتبار أي اتفاق باستبعاد سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، اتفاقا باطلا، إذ أنه لو كان من الجائز مثل ذلك الاتفاق ،لما تأخر الطرف القوي من أن يجعله من شروط العقد، ولانعدمت في الواقع الرقابة التي قررها المشرع للمدعين، إذ سيجعله الطرف القوي من الشروط المألوفة clause de style في عقوده[2] فلتفعيل الحماية التي قصدها المشرع للطرف المذعن، جعل مثل هذا الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام[3].

إلا أنه بالمقابل، فإن تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، ليس سوى رخصة للقاضي، وليس أمرا وجوبيا، إذ أن الأمر متروك لتقديره ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه[4].

---

1 عبد الحكم فودة المرجع السابق ص ٤٣٩.
2 محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص ٢٠.
3 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٤٩.
4 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

يضاف إلى ذلك أن القول بتعلق سلطة القاضي في هذا الخصوص بالنظام العام، لا يعني أن يحكم القاضي من تلقاء نفسه بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، إذ يجب أن يطلب المذعن هذه الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع[1]، على ألا يجوز له أن يطلب ذلك أولا أمام محكمة النقض – المحكمة العليا- لأن هذا الطلب يختلط فيه الواقع والقانون[2].

إلا أنه في المقابل دعى بعض الفقه، إلى ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي، لأن من شأن ذلك، أن يساهم في بناء نظام قضائي متكامل، للحماية من الشروط التعسفية[3].

## الفرع الثالث

## الشروط التعسفية في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك

تعد الشروط التعسفية أحد أبرز مظاهر اختلال العلاقة العقدية الاستهلاكية نما تحمله من مظاهر استغلال المحترف لنفوذه الاقتصادي عمليا إرادته علي إرادة المستهلك، ولإبراز ماهية هذه الشروط ومدى إخلالها بالتوازن في عقد الاستهلاك وجب التعرض إلي تحديد مفهومها (فرع أول) وتعداد عناصرها (فرع ثاني) وتمييز معاييرها (فرع ثالث).

### الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

لم يقتصر الفقه فقط علي تعريف الشرط التعسفي بل أيضا المشرع أقدم علي تعريفه وذلك علي النحو التالي:

**أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي:**

لقد وردت عدة تعريفات للشروط التعسفية من بينها التعريف الذي يعتبر الشرط التعسفي " الشرط المحرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر

---

1 محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص٢٠.

2 نقض مدني مصري، ٣١ ديسمبر ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض س٢١ ص ١٣٥، أشار إليه، المرجع السابق، ص ٢٠.

3 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (بدون طبعة)، ٢٠٠٧. ، ص ٥٠.

قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة مقارنة بالطرف الأخر فتعريفه شيء غير محدد." ويلاحظ علي هذا التعريف أنه اعترف بصعوبة مهمة تعريف الشرط التعسفي وفي مقابل هذا التعريف الوارد في الفقه الغربي فإن الفقه الجزائري حاول تعريف الشرط التعسفي إذ يرى الأستاذ محمد بودالي : "أن الشرط التعسفي في مجال عقد الاستهلاك هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلي عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد و موضوعه و حالة طرفيه وفقا لما يقتضي به قواعد العدالة[1]

غير أن هذا التعريف جاء متأثرا بنص المادة ١١٠ مدني جزائري التي وضعت معيارا لتقدير الطابع التعسفي للشرط ألا وهو معيار العدالة ، لذا واجه هذا التعريف انتقادين اثنين أولهما اعتماده على معيار العدالة في تحديد الشرط التعسفي، إذ أنه وإن كان الشرط التعسفي يخالف اعتبارات العدالة والأخلاق[2] ، إلا أنها تبقى مفاهيم غامضة ومبهمة نظرا لكونها مفاهيم فضفاضة ومرنة ، مما يؤدي إلى اختلاف تحديد فكرة العدالة من شخص لآخر ، بل و من زمن لآخر.

أما الثاني فاعتماده على معيار الميزة الفاحشة ، الذي واجه العديد من الانتقادات كما سيتم تناوله في حينه.

وبالمقابل تطرقت الشريعة الإسلامية إلى مسألة الشروط التعسفية فأقرت تحريمها لكن نظرتها جاءت متميزة عن نظرة القوانين الوضعية، إذ أن مفهوم فكرة العقد في الفقه الإسلامي تختلف عنها في القانون الوضعي، حيث أن إرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد فقط ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع، لذا يقول الفقهاء المسلمون أن العقود من الأسباب الجعلية لا من الأسباب الطبيعية في ترتيب الحقوق

---

1محمد بودالي، المرجع السابق ، ص ٦٠

2 DARMASIN (S) , le contrat moral, L.G.D.J , ed. delt, Paris, 2000, P.356.

والالتزامات[1] ، فكما يقول الإمام أبو زهرة " أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع فقط للعدل بين الخلق صونا للمعاملات عن دواعي الفساد ومنعها للغرر في الصفقات وحسما لمادة الخلافات بين الناس "[2].

وتبعا لذلك فإن هيمنة الشارع على آثار العقد في الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد[3].

ولقد اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية في تعداد الشروط التي أجازها الشارع بين المضيقين والموسعين لها[4] ، إلا أنه في جميع الأحوال فإن جميع الشروط التي تبدوا تعسفية وتخل بالتوازن العقدي هي الجميع باطلة سواء تعلقت عند الموسعين من مفهوم الشروط العقدية بمنافاتها لمقتضى العقد بتفويتها لمقصوده ، كأن يشترط البائع ألا حق للمشتري في إنقاص الثمن إذا أصيب الثمر بآفة ، أو كانت هذه الشروط تخل بثمن المعقود عليه[5] .

**ثانيا: التعريف التشريعي للشرط التعسفي :**

لقد تعرض المشرع الفرنسي إلى تعريف الشرط التعسفي، بداية من خلال المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ ، الخاص بإعلام المستهلك للسلع والخدمات بأنه : " في العقود المبرمة المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين يمكن أن تكون باطلة محددة أو منظمة .... الشروط المتعلقة بـ ..... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين، بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر و تمنح هذه الأخيرة ميزة فاحشة[6].

---

1 الإمام محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية ١٩٩٦ ،ص٢٥٢.
2 نفس المرجع ص ٢٥١.
3 إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، الكويت، سنة ٣٠، عدد الرابع، ٢٠٠٦، ص ٣٣٦.
4 في تفصيل هذه الآراء أنظر المرجع أعلاه، ص. ٣٣٧.
5 نفس المرجع ص ٣٣٧ و ما بعدها .
6 Art 35 « dans les contrats conclus entre professionnel et non professionne ou consommateur peuvent être=

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد استبعد دور القضاء في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، إذ أن استقرار موقف محكمة النقض إزاء تحديد الشرط التعسفي يستلزم العديد من السنين، وهو الأمر الذي استبعده المشرع الفرنسي[1].

كما عرف المشرع الفرنسي[2] الشروط التعسفية من خلال قانون ٩٥- ٩٦ بتاريخ ٠١ فيفري ١٩٩٥ والمعدل لقانون ٢٦ جويلية ١٩٩٣ المتعلق بالاستهلاك – و ذلك استجابة للتوجيه الأوربي لـ ٠٥ أفريل ١٩٩٣ و الخاص بالشروط التعسفية، وذلك في المادة ١٣٢ - ٥/١ بأنها تلك التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق عدم توازن ذو دلالة بين حقوق و التزامات أطراف العقد و ذلك على حساب غير المحترف أو المستهلك[3].

وهذا النص وإن اختلف مع نص المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ ، إلا أنهما يتفقان من حيث المضمون، إذ اعتبرا إن مناط الشرط

---

=interdite, limitées ou réglementés... les clauses relatives au ....lorsque de telle clauses apparaissent imposées au non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie t confèrent à cette dernière un avantage excessif » art 35 de la loi N° 78-23 du 10 Jan 1978 sur la protection du l'information et consommateur de produit et service

1 أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون طبعة)، ١٩٩٤، ص. ٢١٣

2 لقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي قبل ذلك من خلال مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨ الصادر لتطبيق قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ في المادة الأولى منه التي نصت على أن الشرط التعسفي : " هو اشرط الذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المحترف أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه" إلا أن هذه المادة ألغيت من طرف مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣ فيفري ١٩٨٠ مسببا ذلك أن الحكومة تجاوزت سلطتها بشان تحريمها الشروط الواردة بطريق الإحالة .

3 **Art 132-1/5 : » Qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment de non professionnel ou consommateur un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des partie aux contrats »**

التعسفي هو الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين ، بما يحقق له من ميزة أو فائدة فاحشة[1].

ويتضح من خلال ما تقدم أن المشرع الفرنسي قد حصر نطاق الشروط التعسفية في نطاق عقود الاستهلاك، عكس ما أقره المشرع الجزائري المتأثر بما استقر عليه القانون الألماني.

ويعتبر المشرع الألماني سباقا في تقرير الحماية ضد الشروط التعسفية من خلال القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود، الصادر بتاريخ ٠٩ ديسمبر ١٩٧٦ ، ساري المفعول إبتداءً من ٠١ أفريل ١٩٧٧ ، إذ أقر قائمة بالشروط التعسفية، ومعترفا بالمقابل للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي لشرط اعتمادا على مبدأ حسن النية .

ولقد عرفت المادة الأولى من ذات القانون الألماني الشروط المخلة بالتوازن العقدي على أنها تلك الشروط التي تصاغ في الكثير من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه.

ففي جميع الأحوال فإن الحماية من الشروط التعسفية لا تقتصر على فئة المستهلكين، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء عقود المعاوضة كما اشترط القانون الألماني للإعتداد بها، إعلام المستهلك بها عن طريق لفت انتباهه إليها صراحة ، بعرضها بطريقة مرئية في المحل أو في مكان إبرام العقد[2].

أما المشرع الجزائري فقد أعطى بدوره تعريفا للشرط التعسفي، طبقا للمادة ٠٣ /٠٥ من القانون ٠٢/٠٤ المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إذ عرفته بنصها على انه : " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي : ... شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده، أو مشتركا مع

---

1 محمد بودالي، المرجع السابق ص ١٨.
2 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٨.

بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك القانون الألماني في عدم حصر نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على خلاف المشرع الفرنسي ، هذا الاختلاف الذي يؤدي إلى اختلاف في العناصر الواجب توافرها في الشرط التعسفي بين القانون الفرنسي و القانون الجزائري .

**الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي.**

إن تباين التعريفات المتبناة للشرط التعسفي ، أدى إلى اختلاف العناصر الواجب توافرها طبقا للقانون الفرنسي ، عنها في القانون الجزائري.

**أولا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي :**

لقد تبنى القانون الفرنسي ثلاث عناصر للاعتداد بالطابع التعسفي للشرط العقدي وهي: أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك ، وإن ينتج عنه اختلال توازن العقد وأن يكون هذا الشرط مكتوبا وذلك على النحو التالي :

**أ. أن يكون نطاق الشرط عقد استهلاك :**

الشرط التعسفي كما سبق بيانه[1] طبقا للقانون الفرنسي هو ذلك الشرط المدرج في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين ، تبعا لنماذج عقود داب المحترفون على عرضها على جمهور المستهلكين

و تبعا لذلك فقد رفض القضاء الفرنسي إهمال أحكام قانون المستهلك على عقود ذات صلة مباشرة بالنشاط المهني للشخص ، أي العقود المبرمة بين المهنيين و مقتضى ذلك أن الشرط الوارد من العقود بين المهنيين لا اعتبار له لتقدير مدى تعسفها ، مفهوم قانون الاستهلاك الفرنسي الذي يعنى بحماية الطرف الضعيف – المستهلك – في عقود الاستهلاك[2].

---

1 طبقا للمادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ سابق الذكر

2 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٢٦

وهـذا مـا أقرتـه محكمـة الـنقض الفرنـسية ، إذ رفـضت في أحـد قراراتها إصباغ الحماية ضد الشروط التعسفية على تـاجر بمناسبة إبرامه لعقد توريد الكهرباء[1] ، كما رفضت في قرار آخر إهمال أحكام قانون الاستهلاك على زجاج Verrier بمناسبة إبرامه لعقد توريد الماء[2] ، وكذا على مجموعة زراعية لدى شرائها وسائل سقي الأراضي[3].

وتبعـا لـذلك فـإن المـشرع الفرنـسي خـالف أغلـب التـشريعات الأوربية ، مثل القانون الألماني والإنجليزي[4] لدى حصره نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط ، متماشيا في ذلك مع التعليمة الأوربية بتـاريخ ٠٥ أفريـل ١٩٩٣ المتعلقـة بالـشروط التعـسفية المدرجـة في عقـود الاستهلاك ، والـتي حـصرت بـدورها مجـال الـشروط التعـسفية في عقـود الاستهلاك.

**ب. أن يكون الشرط مكتوبا :**

لقد استوجب القانون الفرنسي أن يكون الشرط التعسفي الـوارد في عقد الاستهلاك شرطا مكتوبا ، ولم يفقد الكتابة بأي شرط ، فيصلح – كمـا أشـارت المـادة ١٣٢- ١/٢/٤/ - أن يظهـر في وصـلات طلـب الشراء أو الفواتير أو وصلات الضمان ، أو وصلات التسلم أو التذاكر أو على ظهر لوحات أو لافتات[5] ، ذلك أن النظام الفرنسي وضع أساس للشروط اصطلح عليه بـ الشروط العامة Condition Générale Des

---

1 Civ 1 er CH , 31 mai 1988, P 1988 , Som , P 406 obs aubert (J.L)

2 T .g.I .paris 17 Jan 1990, D 1990 , P289 , note Guistin (j)

3 C.E , 11 juin 2001 , Rec Lebon à paraître , J .C, Ped 2001 , P 1260.

4 أنظر في نظرة هذه التشريعات : إسماعيل محمد المحاقري ، المرجع السابق ص ٣٣٣ وما بعدها

5 « Ces disposition ont applicable aux contrats quelques soient leurs formes ou leurs supports , il en et ainsi notamment des bons de commandes , factures , bons de garanties , bordereaux ou bon de livraison , billets , ticket contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies »

Contrats، والتي تكون محلا للتفاوض ، إذ نادرا ما يقضى بالطابع التعسفي لشرط كان محلا للمساومة والمفاوضة[1].

يضاف إلى ذلك أن المشرع الفرنسي لم يحدد طبيعة هذه الشروط ولا المواضيع التي تتناولها فيستوي أن تتعلق بكيفيات دفع الثمن أو تسليم شيء أو عبئ المخاطر، بل إن القانون الفرنسي لم يحدد حتى القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة تنازع القوانين[2].

**ج. أن يتسبب الشرط في اختلال ظاهر توازن عقد الاستهلاك :**

لقد اشترط القانون الفرنسي للاستهلاك أن ينتج عن إعمال الشرط التعسفي اختلال واضح وظاهر لتوازن عقد الاستهلاك علي حساب مصالح المستهلك، على أن يقدر ذلك وقت إبرام العقد، إذ أن تقدير ذلك طبقا للمادة ١٣٥- ٥/١ قانون الاستهلاك الفرنسي يسند علي جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذا مقارنة جميع الشروط الأخرى الواردة فيه كما يقدر ذلك بالنسبة للشروط التي قد يتضمنها عقد أخر إذا كان إبرام أو تنفيذ هاذين العقدين يخضع فيه أحدهما للأخر قانونا، كما في حالة القرض المقرن ببيع.

كما أن التعليمة الأوروبية وضعت لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، وليس لضمان التعادل التام بين الأداءات العقدية، وهذا ما أقره المشرع الفرنسي لدى تعديله المادة ١٣٢- ٧/١ [3] من قانون الاستهلاك حيث اعتبر أن تقدير الطابع التعسفي

---

1 محمد بودالي ، المرجع السابق، ص ٢٨.

2 ولقد فرقت المادة ٣٥ /١ من قانون الاستهلاك بين حالة ما إذا كانت القواعد العامة للنزاع تحيل إلى قواعد دولة ي الإتحاد الأوربي قواعد هذا القانون هي التي تطبق و بين حالة ما إذا كانت قواعد النزاع تحيل قانون دولة غير عضو في هذا الإتحاد ، كان العقد عرض فيها أو أبرم أو نفذ فيها ، لأكثر تفصيل بهذا الخصوص انظر خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢، القاهرة، ص ٧٠ وما بعدها .

3 بموجب الأمر ٧٤١/٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٣ أوت ٢٠٠٠.

لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا علي تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة[1] .

**ثانيا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري:**

يتضح من خلال تعريف الشرط التعسفي الوارد في نص المادة ٠٣ من قانون ٠٤- ٠٢ المشار إليه سابقا أن عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري تتمثل في كون مجاله عقد الإذعان، وأن يكون مكتوب، كما يؤدي إلي إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد.

**أ. نطاق الشرط هو عقد إذعان :**

لقد تطرق المشرع الجزائري إلي تعريف عقد الإذعان في المادة الأولي من قانون ٠٤- ٠٢ إذ نصت علي أنه: " يقصد في هذا القانون ما يلي: ...عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلي بيع سلعة أو تأدية خدمة قرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " وتكرر هذا التعريف في المادة الأولى فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي ٠٦- ٣٠٦ المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[2].

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد هجر المفهوم التقليدي لعقد الإذعان القائم على احتكار الموجب للسلعة احتكار فعلي أو قانوني.

كما أن المشرع من خلال هذه النصوص لم يقصر لحماية ضد الشروط التعسفية على جمهور المستهلكين، وإنما مدها لتشمل حتى المحترفين بما يوافق ما أقره القانون الألماني، وعلى خلاف القانون الفرنسي كما تقدم وأكثر ما يدل على ذلك نص المادة الأولى من القانون ٠٤- ٠٢ حيث نصت علي أن" هذا القانون يهدف إلي تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

---

1 محمد بودالي، المرجع السابق ص٢٩ وما بعدها .

2 المرسوم التنفيذي ٠٦/٣٠٦ المؤرخ في ١٧ شعبان الموافق ل ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦ المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر ج.ر.ع.٥٦،ص١٧.

**ب. أن يكون العقد مكتوب:**

لقد اشترط المادة ٠٣ الحالة ٠٤ الفقرة أولى من قانون ٠٤- ٠٢ أن يكون الشرط الوارد في عقد الإذعان شرطا مكتوبا طبقا لاستعمالها عبارة محرر مسبقا هذا على الرغم من أن العقود الإذعان يمكن أن تتم شفاهة، إذن فالعقود محل الاعتبار طبقا لهذه المادة هي عقود الإذعان المكتوبة[1].

إلا أن الكتابة المقصودة هنا ليست فقط الكتابة الرسمية، وإنما يكفي مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة الصادرة عن المحترف كما هم علي الحال فيما يخص طلب الشراء الفاتورة سند الضمان وغيرها وهو ما تضمنته المادة ٠٣ الحالة٠٤ الفقرة ٠٢ القانون ٠٤- ٠٢[2].

**ج. أن يتسبب الشرط في إخلال ظاهرة التوازن العقد:**

لقد أكد المشرع الجزائري من خلال تعريفه للشرط التعسفي الوارد في المادة ٠٣ الحالة ٠٥ من القانون ٠٤- ٠٢ أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يترتب عن إعماله إخلال ظاهر في التوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد[3].

وتبعا لذلك فإن المشرع الجزائري قد تأثر بما أقره المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار طبقا للمادة ١٣٢- ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي وهذا ما يدفع إلى بحث معايير الشرط التعسفي.

**الفرع الثالث: معايير الشرط التعسفي**

إن الشروط التعسفية تعد من أبرز مظاهر عدم التوازن العقدي التي حاولت القوانين الحد منها بدءا من القانون المدني، إذ وضع له معيارا عاما يتلخص في منافاة هذه الشروط لاعتبارات العدالة

---

1 محمد بودالي، المرجع السابق، ص٨٦.

2 حيث نصت على أنه : " يمكن أن ينجز العقد علي شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

3 إذ نصت هذه المادة علي أن : " الشرط التعسفي : كل بند أو شرط بمفرد أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخري منن شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

كما اهتمت التشريعات الخاصة بحماية المستهلك بوضع معايير خاصة لتحديد الشروط التعسفية بدءا من التشريع الفرنسي إذ تبني في قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨[1] معياران لتمييز الشروط التعسفية يتمثلان في التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي مما يفيد المحترف من ميزة فاحشة.

ثم تراجع عن هذين المعيارين ليتبني معيارا جديدا من خلال أحكام المادة ١٣٢- ١من قانون الاستهلاك الفرنسي السابقة الذكر يتمثل في معيار الإخلال الظاهر بالتوازن في عقد الاستهلاك.

وذلك ما تأثر به المشرع الجزائري إذ تبني معيار الإخلال الظاهر بالتوازن وهذا ما يظهر جليا من خلال أحكام المادة ٠٣ الحالة٠٥ من القانون٠٤- ٠٢ الأنف الذكر.

لذا سيتم دراسة هذه المعايير كل على حدى لما يفيد ذلك في فهم وتحليل مقدار الحماية التي تفيد بها هذه التشريعات الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، وذلك علي النحو التالي:

**أولا: معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي**

لقد اشترط القانون الفرنسي في البداية أن ينطوي الشرط التعسفي عل استغلال المحترف لمكانته ونفوذه الاقتصادي وهذا كمعيار لتحديد الشروط التعسفية.

إلا أن هذا المعيار قوبل بالانتقاد على اعتبار أنه غامض vague فبالرغم من كون فرض شروط تعسفية يستدعي امتلاك مكنات اقتصادية، إلا أن هذه المكنات لا تعني بالضرورة أن يكون صاحبها من ذوي الشأن والعظمة grandeur في مجال التعامل الاقتصادي، إذ يمكن لمحترف بسيط أن يفرض ويستغل نفوذه المحلي بينما لا تستطيع مشاريع كبرى فعل ذلك خشية على سمعتها ومكانتها الاقتصادي[2].

---

1 حيث نصت المادة ٣٥ من هذا القانون لدى تطرقها إلي الشروط التعسفية بقولها: "يبدوا أنها مرفوضة علي غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادية من الطرف الأخر ويعطي لهذا الأخيرة ميزة فاحشة.

2 Godé (p), protection de consommateur, R.T.Dciv 1978 ;p 744

و تبعا لذلك، فإن هذا المعيار أثار إشكالين، الأول يخص طبيعة التعسف والثاني يتعلق بمدى نجاعة هذا المعيار في تحديد الشروط التعسفية.

فعن طبيعة التعسف، ذهب رأي على اعتباره تعسف في الموقف، أي أن مركز أحد المتعاقدين يسمح له بفرض شروطه على الطرف الأخر، بشكل يقترب فيه مفهوم التعسف من التدليس بالصيغة العامة لعدم الأمانة وسوء النية[1]، مما يوحي بأن عيبا قد لحق بالعنصر الاختياري للرضا. و بمعنى آخر أن تعسف الموقف المستخدم من قبل المحترف في تعامله مع المستهلكين يتم من خلال استعماله لوسائل غير أمنية باستغلاله لضعف الطرف الأخر لأمر الذي يؤدي بهذا الأخير لإبرام التصرف القانوني[2].

بينما ذهب رأي الثاني إلى أن التعسف هي استعمال النفوذ الاقتصادي ضرب من التعسف في استعمال الحق، متأثر في ذلك بالنقاشات البرلمانية التي أثيرت لدى سن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ السالف الذكر.

حيث تم طرح فكرة مؤداها أن التعسف في النفوذ الاقتصادي ما هو إلا تعبير عن إساءة استخدام الحق الذي يفضي إلى تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية[3]، وهذا ما دفع إلى التساؤل بالقول إن كان هذا النوع من العقود أضحى ضرورة لا غنى عنها، إلا أن تحديدها بصورة منفردة لا يعبر عن حق شخصي، وإنما عن ممارسة سلطة واقع، هذا ما أدى إلى صعوبة الإقرار أن الطابع التعسفي للشرط من الشروط هو نتيجة لإساءة استخدام حق من الحقوق[4]، مما عرض الرأي الداعي إلى ذلك للانتقاد[5].

---

1 GHESTIN (J), l'abus dans les contrats, gaz.pal, 1982, 2, Doc. P.379

2 أحمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص ٢١٦ و ما بعدها.

3 GHESTIN (J),Traite de droit civil; introduction général 3éd .1990, p.674

4 GHESTIN (J), les obligations; le contrat :formation ; 2éd ; L.G.D.J., 1988, p.685

5 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢١٧.

أما عن مدى نجاعة معيار التعسف الاقتصادي للمحترف فانه وبالرغم من كون عقود الاستهلاك عقود يخضع فيها المستهلك لقوة المحترف الاقتصادية، وهذا ما يظهر من خلال الإعداد المسبق لنماذج العقود مما يؤدي إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، إلا أن أقله ومن الناحية النظرية من غير اللازم أن يشترط إقران التعسف في الشرط بمعيار اقتصادي متمثلا في إساءة استعمال النفوذ الاقتصادي[1].

**ثانيا: معيار الميزة الفاحشة : L'avantage excessif**

طبقا لما تناولته المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ الفرنسي فإن معيار الميزة الفاحشة ماهو في الحقيقة إلى محصلة ونتيجة لاستغلال المحترف لنفوذه الاقتصادي، ذلك أن المشرع الفرنسي لدى تناوله للتعسف خصصه بمقدار نتيجته[2]، إلا أن الشرط لا يكون تعسفيا إلا إذا أعطى ميزة فاحشة[3].

إلا أن هذا المعيار، يطرح جملة من الإشكالات حول كيفية تحديد الميزة الفاحشة، وعن طبيعة هذه الميزة.

ذلك أن معيار الميزة الفاحشة غير محدد برقم معين تبلغه على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال العقود إذا بلغ حد معين[4]، مما يدفع إلى الاعتقاد أن نص المادة ٣٥ لا يعدو أن يكون مجرد حشو غير ذي فائدة[5].

وذلك أن فكرة الميزة الفاحشة تقترب من فكرة الغبن بما تحمله الفكرتان من منافاة للعدالة العقدية[6]، إلا أن الميزة الفاحشة تتسم بالطابع الموضوعي، على خلاف فكرة الغبن و الاستغلال الذي يشترط فيه إضافة إلى العنصر الموضوعي ، العنصر الشخصي.

كما أن الاختلاف بين الفكرتين يتجلى من خلال محل التعسف، إذ أن الغبن يقع على عنصر الثمن في العقد ، بينما تنصب الميزة الفاحشة

---

1 عامر قاسم القبيسي، المرجع السابق، ص ١٤١.

2 Godé (P) , Op.cit, p. 746.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ص ٢٢٠.

4 محمد بودالي، المرجع السابق، ص. ٩٤.

5 Godé (P), op.cit, P. 746.

6 محمد بودالي ،المرجع أعلاه، ص ٩٥.

على شرط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، وليس فقط على الثمن[1].

يضاف إلى ذلك أن طبيعة الميزة الفاحشة لم تكن محل إجماع ، إذ كان يرى فيها أنها ذات طابع مالي، إذا ما تعلق الشرط بمبلغ الثمن، إلا أن الشروط التي عددتها ٣٥ السابقة لا تتعلق فقط بالطابع المالي ، مما يفضي إلى عدم اعتبار الميزة الفاحشة ذات طابع مالي بالضرورة[2].

أما عن كيفية تقدير الميزة الفاحشة فالواجب ان يتم ذلك بالنظر إلى مجموع الشروط الواردة في العقد ، إذ أن اللازم ألا يتم التسرع في إصباغ شرط من شروط الطابع التعسفي ، لمجرد كونه يمنح بعض المزايا لأحد المتعاقدين إذ انه من الممكن ان يحمل شرط آخر غير هذا الشرط ، مزايا للمستهلك ، مما يعيد لعقد الاستهلاك توازنه بشكل إجمالي[3].

هذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى تدارك النقص الوارد في المادة ٣٥ إذ أقر من خلال المادة ١٣٢- ٥/١ من قانون الاستهلاك ، وجوب تقدير الطابع التعسفي للشرط وقت أبرام العقد بالنظر إلى جميع الظروف المحيطة به ، مقارنة بالشروط الأخرى للعقد، و بالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر حال اقترانه بعقد الاستهلاك ، مما يجعل احدهما خاضع للآخر كما هو عليه الحال في القرض المقترن ببيع و هذا ما اقره أيضا المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة ٠٣ الحالة ٠٥ من قانون ٠٤- ٠٢ بنصها ..." أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود او شروط أخرى.

**ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي: Le déséquilibre significatif**

لقد سبق للمشرع الفرنسي أن تناول هذا المعيار من خلال المشروع التمهيدي لقانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ المتعلق بإعلام المستهلك المقدم من قبل الحكومة ، إلا أن هذا المعيار أسقط لدى صدور القانون بصيغته

---

1 زبيري بن وريدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، ص ٢٢٠.
2 أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ص ٢٢٠.
3 عامر قاسم القبيسي المرجع السابق ص ١٤١.

النهائية، إذ تم إحلال معيار الميزة الفاحشة محله[1]، إلى أن عاد المشرع الفرنسي وتبناه استجابة للتعليمة الأوربية الخاصة بالشروط التعسفية لسنة ١٩٩٣ و ذلك خلال أحكام المادة ١٣٢- ٥/٤ من قانون الاستهلاك – كما نص عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة ٠٣ الحالة ٠٥ من قانون ٠٤- ٠٢ السابقة الذكر[2].

غير أنّ البعض[3] لم ير في المعيار الشيء الجديد سوى ترديده لمضمون معيار الميزة الفاحشة وما الاختلاف حسبهم بين المعيارين إلا في التسمية، وتبعا لذلك فإن كل ما تم تناوله من إشكالات بخصوص الميزة الفاحشة، ينطبق على معيار الاختلال الظاهر بتوازن عقد الاستهلاك، إذ أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن في العقد ليس إلا تبني لفكرة الغبن المجرد أو النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة[4].

إلا أن هذا القول ن قد حسمه المشرع الفرنسي حيث أقر اختلاف التوازن الظاهر عن فكرة الغبن إذ أكد في الفقرة السابعة للمادة ١٣٢- ١ من قانون الاستهلاك، أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا ينصب لا على تعريف المحل الرئيسي للتعاقد و لا على تعادل الثمن مع قيمة السلعة أو الخدمة المؤداة مما يجعل هدف هذا المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن المنصب على شروط العقد و ليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات العقدية[5].

---

1 لقد أسقط المشرع الفرنسي معيار الإخلال الظاهر بتوازن عقد الاستهلاك من المشروع التمهيدي لقانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ لما شاب مفهومه من خلط بمفهوم الغبن، مما فسح المجال أمام معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة.

2 إذ ورد فيها ".....الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد "

3 CALAIS –AULOY (J) et STEINMETL (F), droit de la consommation 5 eme ed , dolloz 2000 ,P192

4 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٩٧.

5 المرجع نفسه، ص ٩٧.

وعن كان موقف المشرع الفرنسي جاء حاسما لهذه المسالة فإن المشرع الجزائري تحاشى ذلك بسكوته عنها مما يبقي من غموض تشابه هذا المعيار بفكرة الغبن في القانون الجزائري.

وخلاصة القول أن مهما قيل عن تحديد عناصر ومعايير الشروط التعسفية فإنها تبقى شروط غير أخلاقية وغير عادلة[1]، بل إن هذه الشروط بما تنطوي عليه من تعسف يهدد مصالح المتعاقدين وبالتالي مصالح شريحة كبيرة من المجتمع هي شريحة المستهلكين، فإنها كذلك تعتبر شروطا تخرق اعتبارات النظام العام الاقتصادي بشقيه الحمائي[2] والتوجيهي[3].

## المبحث الثاني

## مكافحة الشروط التعسفية لضمان التوازن لمضمون عقد الاستهلاك

تعد الشروط التعسفية أكثر مظاهر عدم التوازن تجليا في نطاق عقود الاستهلاك، إذ تتجلى من خلالها المكنة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترف، كما تتجلى فيها أوضح صور ضعف المستهلك الاقتصادي.

ونظرا لما يشكله هذا الوضع من خطورة على وظيفة العقد الاقتصادية والاجتماعية، بوصفه وسيلة للمبادلات وطريقة لتسيير المعاملات، سارعت التشريعات والقوانين سواء الجزائرية أو المقارنة للحد منها بكافة الوسائل.

فأقرت في سبيل ذلك حق رقابة شروط التعاقد، للقانون وللإدارة العامة الممثلة في الحكومة (مطلب أول)، وفسحت المجال أمام القضاء للتدخل في العلاقات العقدية في نطاق العملية الاستهلاكية، مرتبة بذلك مجموعة من الجزاءات المدنية والجنائية (مطلب ثاني).

---

1 DARMASIN (S), Op.cit, P. 659.

2 STOFFE – MUNCK (PH), l'abus dans contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, 2000, P297

3 Ibid , P 390.

## المطلب الأول

## الرقابة القانونية و الإدارية على الشروط التعسفية

في محاولة الحد من الشروط التعسفية، لما لها من تأثير على التوازن الموضوعي في عقد الاستهلاك فرض القانون رقابته عليها (الفرع الأول) كما فرضت الرقابة عليها من قبل لجنة الشروط التعسفية، و كذا من قبل الحكومة (الفرع الثاني)

### الفرع الأول

### إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية بموجب القانون

لقد ابتدعت تشريعات حماية المستهلك في سبيل الحد من الشروط التعسفية، نظام القوائم المحددة لهذه الشروط، و كان المشرع الألماني السباق في ذلك، إذ تبنى نظام القوائم السوداء والقوائم الرمادية المحددة للشروط التعسفية (أولا) ليسايره في ذلك المشرع الفرنسي، متبنيا نظام القوائم (ثانيا) و هذا أيضا ما أقره المشرع الجزائري بهذا الشأن (ثالثا)

**أولا. نظام القوائم في القانون الألماني:**

لقد تبنى المشرع الألماني من خلال قانون ٠٩ ديسمبر ١٩٧٦، المتعلق بالشروط العامة للعقود[1] قائمتين من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، فالقائمة السوداء، هي القائمة التي تحتوي على الشروط الباطلة بقوة القانون (أ)، إذ لا مجال معها لإعمال السلطة التقديرية للقاضي، أما القائمة الثانية فهي القائمة الرمادية (ب) التي يتمتع القاضي في مواجهتها بسلطة تقديرية، في الحكم بإبطالها من عدمه، طبقا لمدى توافر المعايير الذي ذكرها هذا القانون فيها.

**أ- القائمة السوداء للشروط التعسفية:**

وتشتمل القائمة السوداء Les clauses dites noires، طبقا للمادة ١٠ من ذات القانون على٠٨ أصناف من الشروط الباطلة بقوة القانون، وتخص بالتحديد إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف،

---

1 تمت الإشارة إليه سابقا.

ونصه على أجل إضافي مطول لتنفيذ التزامه، و حقه في إبطال العقد دون أساس مبرر، أو في تعديله، مراعيا مصالحه دون قبول المستهلك لذلك، وبحقه في المطالبة بتعويضات و مصاريف مبالغ فيها، في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه، و في حقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذ لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[1].

**ب ـ القائمة الرمادية للشروط التعسفية Les clauses dites grises:**

لقد نصت المادة ١١ من القانون السابق، على ١٠ أنواع أو أصناف من الشروط التي يمكن اعتبارها شروط تعسفية، و تتمثل في، حق المحترف في رفع أسعار المنتجات و الخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها خلال مدة أربع أشهر، و باستبعاد أو تقييد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تقييد الحق في الحبس، و بحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع، أو ثابت في سند نهائي، و الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه، و استبعاد أو تحديد حق المتقاعد في المطالبة بالتعويضات المستحقة[2].

وبذلك يبدو أن، هدف المشرع الألماني من هذا التنظيم التشريعي للشروط التعسفية، هو إعادة التوازن العقدي لعقد الاستهلاك، الذي تعتبر هذه الشروط أهم مظاهر اختلافه[3].

**ج ـ مظاهر القوائم في القانون الفرنسي:**

لقد ضمن المشرع الفرنسي المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ قائمة بالعناصر الأساسية للعقود، و التي يمكن أن ترد بشأنها التعسفية، وتخص هذه العناصر تكوني العقد والشروط المرتبطة بتحديد أو قابلية

---

1 أشار إليها محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٢٠.
2 أشار إليه، نفس المرجع، ص ٢٠ و ٢١.
3 المرجع أعلاه، ص ٢٢.

تحديد الثمن، ومدة ذلك، وشروط الفسخ أو التجديد، وكذا تنفيذ العقد وشروط دفع الثمن، أو المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشروط المتعلقة بعبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمانات، وشروط التنفيذ والفسخ[1].

ولقد أكد القضاء الفرنسي[2] أن هذه الشروط الواردة في نص المادة السابقة، أتت على سبيل الحصر، كما قام المشرع الفرنسي، بتبني قائمة ثانية من الشروط التعسفية، وذلك بمناسبة إيراده للحق لقانون الاستهلاك وذلك سنة ١٩٩٥، وهي قائمة لشروط يمكن اعتبارها تعسفية متى توافر فيها عناصر الشرط التعسفي السابقة الذكر، ولقد جاءت هذه القائمة المعددة لهذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر، مستوحاة من التعليمة الأوروبية لعام ١٩٩٣، إلا أنها جاءت تفتقر للقوة الإلزامية، كما أنها تحمل المدعي عبئ إثبات الصفة التعسفية للشرط، وفقا لما تنص عليه المادة ١٣٢ — ١ من قانون الاستهلاك[3]، مما دفع البعض[4] لوصف هذه القائمة بالقائمة الساحبة.

و أما عن الشروط التي خولتها هذه القائمة تتمثل في:

- استبعاد أو تخفيف المسؤولية القانونية للمحترف، حال وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار بدنية، نتيجة عمل أو امتناع عن عمل صادر منه.
- استبعاد أو تقييد بشكل غير ملائم، الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف، أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
- النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، و تعليق تنفيذ المحترف، لالتزامه على محض إرادته.

---

1 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

2 و ذلك في قرار صادر عن مجلس الدولة في ٠٣ ديسمبر ١٩٨١ أنظر في ذلك أيضا:
Larroumet (CH), note, D. 1981, JP, P 228; J.C. P 1981 – 2 19502.

3 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٣٣.

4 Calais – Auloy (J) et Steinmetz (F), op.cit, P 1925.

- إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك، في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، في حالة تراجع المحترف نفسه.
- فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزامه، تعويضا مبالغا فيه، و غير متناسب.
- إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، و عدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.
- إجازة بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب المعتبر.
- التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.
- الإثبات القاطع لإدخال المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.
- إجازة تعديل المحترف لخصائص المال أو الخدمة، من جانب واحد.
- النص على تعديل سعر الأموال وقت التسليم.
- منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة تتطابق و شروط العقد.
- تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه.
- 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.
- استبعاد أو تقييد ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية و طرق الطعن.

و تجدر الإشارة أن المشرع أضاف إلى هذه الشروط، الشرط الذي يلزم المستهلك على قبول نظام بديل لتسوية النزاعات، و ذلك بموجب قانون Châtel [1]، الصادر في ٢٨ جانفي ٢٠٠٥ و المعدل بقانون الاستهلاك.

---

1 سمي بقانون Châtel نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الفرنسية Châtel الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام و تمثيل و حماية المستهلك.

**ثالثا: نظام القوائم في القانون الجزائري.**

لقد أورد المشرع الجزائري، قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة ٢٩ من قانون ٠٤- ٠٢، إلا أن هذه المادة قصرت حمايتها على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، و يتجلى ذلك من خلال عبارة " تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير..."، و إن كان هذا القانون لدى تعرضه إلى الشروط التعسفية وسع مدلول الحماية لتشمل المحترفين والأعوان الاقتصاديين[1].

كما يتضح أن الشروط الواردة في المادة ٢٩، وردت على سبيل المثال لا الحصر، و هو ما تأكده عبارة " لا سيما " وهذا من شأنه أن يوسع مجال حماية المستهلك، بما يوفر أكبر قدر من التوازن في عقد المستهلك.

ولقد أوردت المادة ٢٩ آنفة الذكر ٠٨ أصناف للشروط التعسفية، وذلك بنصها: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير":

١. أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
٢. فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
٣. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
٤. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار لبث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
٥. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته، دون أن يلزم نفسه بها.
٦. رفض حق المستهلك في فسخ العقد، إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

---

1 و ذلك خلافا ما ورد في القانون بشأن الحماية ضد الشروط التعسفية و التي قصرها على المستهلكين دون المحترفين،.

٧. التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمته.
٨. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية، لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

و مكافحة الشروط التعسفية لم يقف فقط عند إيرادها في قوائم بموجب قوانين صادرة عن السلطة التشريعية، بل صاحبه تعزيز هذه القوائم بموجب مراسيم حكومية.

## الفرع الثاني

## الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

تقسم الرقابة الإدارية، إلى رقابة لجنة الشروط التعسفية (أولا) و رقابة الحكومة عن طريق تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم (ثانيا)

أولا. رقابة لجنة الشروط التعسفية:

لقد فوض المشرع الفرنسي للحكومة، سلطة مكافحة الشروط التعسفية، بموجب قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، و المتعلق بإعلام و حماية المستهلك للسلع و الخدمات، و تم الإبقاء عليها بموجب تعديل ١٩٩٥ [1] و بذلك استحدثت اللجنة الإدارية لمكافحة الشروط التعسفية لدى الوزير الفرنسي المكلف بالاستهلاك (أ) [2]، كما استحدثت المشرع الجزائري لجنة مشابهة لنظيرتها الفرنسية سميت لجنة البنود التعسفية، و ذلك بموجب المرسوم التنفيذي ٠٦- ٣٠٦ [3] المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنوك التعسفية (ب).

---

1 وذلك بموجب المادة ١٣٢- ٢ من قانون الاستهلاك والتي حلت محل المادة ١/٣٥ من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ سابق الذكر.

2 هذا و قد كانت الحكومة الفرنسية، من خلال مشروع قانون ١٩٧٨ تسعى إلى إيكال مهمة الحد من الشروط التعسفية إلى القضاء إلا أن انتقادات الجمعية الوطنية حال دون ذلك.

3 المرسوم التنفيذي ٠٦- ٣٠٦ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦، المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنوك التي تعتبر تعسفية، جرع ٥٦ لسنة ٢٠٠٦.

أ- **لجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي:**

يعكس تشكيل لجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي الغاية من استحداثها، وذلك من خلال تفويضها عدة اختصاصات.

**١- تشكيل لجنة الشروط التعسفية:**

تضم هذه اللجنة ١٣ عضوا يتوزعون كالتالي:

- قاضيين أحدهما رئيسا و الآخر نائبا له.
- شخصين مؤهلين في مجال القانون و تقنيات العقود يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك
- أربع أشخاص من ممثلي المستهلكين.
- أربع أشخاص من ممثلي المحترفين.
- محافظ الحكومة ممثلا في المدير العام للمنافسة و الاستهلاك.

بذلك يتضح أن تشكيلة لجنة الشروط التعسفية تضم جميع المعنيين بمشكلة الشروط التعسفية، وهذا من شأنه أن يسهل لهذه اللجنة القيام بمهمتها على أحسن وجه، وبذلك تظهر رغبة المشرع في معالجة مسألة الشروط التعسفية، من خلال لأهل الخبرة والاختصاص، لما تمثله هذه التشكيلة من ضمانة للجدية لا لمجرد التشاور[1].

وتبعا لذلك، تظهر رغبة المشرع الفرنسي أيضا، في تفضيله للأسلوب التشاوري عن أسلوب الإكراه الذي يضطلع به القضاء[2].

**٢- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية طبقا للقانون الفرنسي:**

يتمثل دور لجنة الشروط التعسفية في مراقبة نماذج الاتفاقات التي يعرضها المحترفون على غيرهم من المستهلكين، و ذلك بالبحث عما إذا كانت تحمل في طياتها شروطا ذات طابع تعسفي:

- فإذا ما اتضح لهذه اللجنة أن هذه الاتفاقات تضم شروطا تعسفية، فإنها توصي بإلغائها أو تعديلها[3] مستندة في تقديرها هذا،

---

1 Calais – Auloy (J), Op.cit. p 4

2 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٣٦.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

على المعيار الذي تبناه قانون الاستهلاك الفرنسي [1] والممثل في معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين الأداءات العقدية الناتج عن الشرط التعسفي.

كما أضحت لجنة الشروط التعسفية تلعب دورا استشاريا لدى القضاء الفرنسي بموجب مرسوم ١٠ مارس ١٩٩٣.

- وتمارس بذلك هذه اللجنة عملها بناء على طلب من الوزير المكلف بالاستهلاك، و إما بطلب كل من جمعيات حماية المستهلكين، أو من المهنيين المحترفين المعنيين بهذه الشروط، بل إنه تستطيع القيام بمهامها بشكل تلقائي.
- يضاف إلى ذلك، إمكانية نشر توصيات هذه اللجنة من قبل الوزير المكلف بالاستهلاك، إضافة إلى التقارير التي تعدها هذه اللجنة والتي تعرض فيها نشاطاتها، وعند اقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها مناسبة[2].
- غير أن هذه اللجنة، رغم ما تمتلكه من اختصاصات إلا أنها ليست سوى سلطة إدارية لها سلطة قضائية، بمعنى أن توصياتها لا تكتسي أية صفة إلزامية، كما لا يمكنها اتخاذ أية إجراءات ردعية في حق المخالفين، وهذه النظرة إلى لجنة الشروط التعسفية تتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي الذي يمنع نقل مثل هذه السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات[3]

لكن بالمقابل و بالرغم من كون توصيات لجنة الشروط التعسفية لا تُطبَع بالصفة الإلزامية، إلا أنه تشكل ضغطا نفسيا في سياق دور يمكن اعتباره دعائي وتحريضي بحت، إذ أنه لا يمكن لتوصياتها فعالية إن لم تصاحبها دعاية واسعة[4].

---

1 بموجب المادة ١٣٢- ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي.

2 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

3 محمد بودالي، المرجع السابق، ص٣٧.

4 Clais –Auloy (J), Op.cit, p. 142.

**ب- لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري:**

لقد نص المرسوم ٠٦- ٣٠٦ سابق الذكر على إنشاء لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة و إعطائها طابع استشاريا، ناص بذلك على تشكيلتها واختصاصاتها، وذلك على النحو التالي:

**١- تشكيلة لجنة البنود التعسفية:**

نصت المادة ٠٨ من المرسوم السابق، على تشكيلة من سبعة أعضاء، موزعين كالتالي:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا.
- ممثل عن وزير العدل مختص في قانون العقود.
- عضو من مجلس المنافسة
- متعاملين اقتصاديين عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة مُؤَهلين في قانون الأعمال والعقود كما أضافت المادة ٠٨ أنه يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه الإفادة في أعمالها، وبذلك يتضح أن تعداد أعضاء هذه اللجنة لم يرد على سبيل الحصر على خلاف تعداد اللجنة الفرنسية.

**٢- اختصاصات لجنة البنود التعسفية:**

لقد جاءت اختصاصات لجن البنود التعسفية في القانون الجزائري، مشابهة إلى حد كبير لاختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، إذ نصت المادة ٠٧ من المرسوم ٠٦- ٣٠٦ على هذه الاختصاصات بقولها: "تكلف اللجنة، لا سيما بالمهام التالي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين و البنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تُبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية.
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصاتها."

وبذلك يكون القانون الجزائري قد أجاز للجنة البنود التعسفية القيام بأي عمل من شأنه تسهيل عملها بمناسبة تعرضها لمكافحة الشروط التعسفية.

- كما حددت المادة ١١ من ذات المرسوم، كيفية قيام اللجنة بمهامها، وذلك بشكل تلقائي أو بناءا على إخطار، من الوزير المكلف بالتجارة أو من طرف كل إدارة و جمعية مهنية أو جمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذاك.

وطبقا للمادة ١٢ من نفس المرسوم، فإن آراء و توصيات اللجنة، تنشر بجميع الوسائل الملائمة على أن تقوم أيضا، بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها، يُرفع إلى الوزير المكلف بالتجارة ويُنشر كليا أو مُستخرجات هذه بكل وسيلة ملائمة.

**ثانيا. رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب مراسيم:**

لقد أجاز القانون الفرنسي، أن تراقب الشروط التعسفية عن طريق مراسيم (أ) شأنه شأن القانون الجزائري (ب).

**أ- رقابة الحكومة الفرنسية على الشروط التعسفية:**

لقد أجاز القانون الفرنسي، طبقا للمادة ٣٥- ١ [1] من قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، للحكومة الفرنسية إصدار مراسيم خاصة بالشروط التعسفية، وذلك بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية، لتصبح بذلك هذه المراسيم نافذة بحق المحترفين و المحاكم.

إلا أن الحكومة الفرنسية، لم تقم إلا بإصدار مرسوم واحد، هو مرسوم ٧٨- ٤٦٤ [2] الصادر بتطبيق نص المادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨ السابق، والذي نصت فيه الحكومة الفرنسية، على ثلاث أنواع من الشروط التعسفية على النحو التالي:

---

1 لقد عوضت هذه المادة بالمادة ١٣٢- ٢/١ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥.

2 المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨.

النوع الأول، والذي نصت عليه المادة ٠٢ من هذا المرسوم[1]، يتعلق بالشرط الذي يكون من أثره أن يلغي أو يخفض حق المستهلك في التعويض، في حالة عدم وفاء المحترف بأي من التزامه، وبالتالي فإن حضر مثل هذا الشرط لا يتم إلاّ في نطاق عقد البيع.

وبذلك فإن القضاء الفرنسي يرفض إضفاء الطابع التعسفي على شروط الإعفاء أو تخفيف المسؤولية، متى لم ترد هذه الشروط في نطاق عقد البيع، أو كان العقد المدرج فيه مثل هذه الشروط، عقدا مختلطا يتضمن خاصية البيع، و مستندا في ذلك لإلى المادة السابقة، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية تطبيق هذه المادة، بمناسبة عقد مختلط يضم عقد مقاولة و عقد بيع في ذات الوقت، و ذلك في قرار بتاريخ ٢٥ جانفي ١٩٨٩[2] وهو ما أكدته في قرارات لاحقة على هذا القرار[3].

وظلت حماية المستهلك بشأن هذا النوع من الشروط محصورة في نطاق عقد البيع، إلى أن قام المشرع الفرنسي، بإيراد قائمة محددة للشروط التعسفية عمم فيه شرط تحديد المسؤولية على جميع العقود، و ذلك بموجب المادة ١٣٢- ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥.

أما النوع الثاني، نصت عليه المادة ٠٣ من ذات المرسوم[4]، و يتعلق بالشروط التي يحتفظ بموجبها المهني، بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة المؤداة بإرادته المنفردة وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أحسن صنعا في منع المحترف سواء كان بائعا أو منتجا أو موردا من حق تعديل الشيء محل العقد أو خدمة بنفسه.

---

1 ART2 : « La clause qui, dans un contrat de vente, supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le vendeur à l'une quelconque de ses obligation »

2 D.1989, JP, p 253,Not Molaurie (PH).

3 Cass.civ 6 juin 1990. Bull.Civ.1990, N° 145, p104.

4 ART03 : « La clause qui réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement la caractéristique du bien à livrer ou du service à rendre ».

والنو الأخير الذي نص علية هذا المرسوم ، فقد أوردته المادة ٠٤ منه[1] ويتعا بالشروط الخاصة بالضمان، إذ ألزمت البائع بضمان كل ما يترتب على لف أحد التزاماته، وبضمان العيوب الخفية للشيء المبيع أو الخدمة المؤدا لمستهلك.

ب - رقابة الحكومة الجزائرية على الشروط التعسفية:

لقد أقرت المادة ٠٣ من قانون ٠٤- ٠٢، للحكومة أن تصدر مراسيم خاصة بمكافحة الشروط التعسفية، وذلك بنصها على أنه: "يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسي للعقد عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

وبذلك تكون هذه المادة قد أتاحت التدخل في جميع العقود سواء كانت بين المستهلكين والمحترفين أو بين المحترفين، شرط أن يكون هذا العقد عقد إذعان، وذلك على خلاف المادة ٢٩ من ذلك القانون والتي حرصت نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود البيع التي تتم بين المستهلك والبائع.

وبالفعل قد صدر المرسوم ٠٦- ٣٠٦، المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، و البنود التي تعتبر تعسفية التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

١- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في الماد ٠٢ و٠٣ من ذات المرسوم، حيث أن المادة ٠٢ نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب

---

1 ART٤ : « Dans tous les contrats conclus entre des professionnels d'une part et d'autre part des consommateur, le professionnel ne peut contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique en tout état de cause, la garantie légal qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes le conséquences des défiants au vice cachés de la chose vendu ou le service vendu ».

إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن و طابقة السلع و/ أو الخدمات، و كذا الضمان والخدمة ما بعد البيع، وهي عناصر وردت على سبيل المثال وجاءت المادة ٠٣ لتحدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود، والمذكورة في المادة على النحو التالي:

- خصوصيات السلع و/ أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار و التعريفات.
- كيفية الدفع.
- شروط التسليم و آجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم.
- كيفيات ضمان و مطابقة السلع و/ أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات
- إجراء فسخ العقد.

٢- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.

٣- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

٤- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو تنفيذ غير الصحيح لواجباته.

٥- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.

٦- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

٧- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل 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 عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه

٨- تحديد مبلغ الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

٩- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

١٠- الاحتفاظ بحق لإجبار المستهلك عن تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

١١- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

١٢- يُحمِّل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

## المطلب الثاني

## الرقابة القضائية على الشروط التعسفية والجزاء المترتب عنها

لقد أقرت القوانين الحديثة، حق القضاء في مراقبة الشروط التعسفية (الفرع الأول)، كما رتبت هذه القوانين مجموعة من الجزاءات، في مواجهة هذه الشروط (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

تتوزع رقابة القضاء على الشروط التعسفية، بين رقابة القضاء الإداري (أولا)، ورقابة القضاء المدني (ثانيا)، و ذلك على النحو التالي:

**أولا: رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية:**

لرقابة القضاء الإداري في هذا الصدد شقان: الشق الأول، يتعلق بمدى مطابقة المراسيم الحكومية الصادرة بشأن الشروط التعسفية للقانون (أ)، و يتعلق الثاني، بتقدير مدى تعسف الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية و التجارية، وبين المستهلكين المرتفقين (ب).

**أ- الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية:**

يباشر مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الشروط الواردة في المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية، بالاستناد إلى تجاوز الحكومة أو عدم تجاوزها للسلطة، التي أقرتها المادة ٣٥ من قانون ١٠ جانفي

١٩٧٨ ، و التي تنص على سلطة الحكومة في تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية بين المهنيين والمستهلكين.

والتي بناءا عليها ، قامت الحكومة الفرنسية بإصدار المرسوم رقم ٧٨ - ٤٦٤[1] ظ، والمتضمن لـ ٥ مواد ، حيث كانت مادته الأولى محلا للطعن أمام مجلس الدولة ، والتي كانت تنص على أنه : " في العقود المبرمة بين مهنيين من ناحية و غير مهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى فإنه يكون باطلا باعتباره تعسفيا طبقا لمفهوم الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون المعني ، الشرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك ، الاشتراطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه " ، وهذا ما يعبر عنه بشرط الإحالة.

وطبقا لذلك ، كان على المحترفين إرفاق عقودهم المبرمة مع المستهلكين ، بجميع الملاحق والوثائق الأخرى المتضمنة لشروط الإحالة ، وإلا عدة هذه الشروط باطلة ، وكانت العديد من عمليات التوثيق تتضمن هذه الملاحق ، مما أدى إلى زيادة عدد أجزاء الوثائق والملاحق لدى الموثقين ، مما ترتب عنه الزيادة في العبء المالي الذي يتحمله العميل ، الأمر الذي اشتكى منه الموثقون ، وكذا شركات التأمين والشركات العقارية ، وعلى إثر ذلك قامت ٥٠ شركات تأمين برفع دعوى أمام مجلس الدولة للمطالبة بإلغاء هذه المادة.

و تبعا لذلك ، أصدر مجلس الدولة الفرنسي ، قرارا[2] يقضي بإلغاء المادة الأولى من المرسوم الآنف الذكر ، مبررا ذلك بتجاوز الحكومة لسلطتها ، المتمثلة في تحريم أو تحديد أو تنظيم فقط للشروط المتعلقة بالعناصر العقدية ، و الواردة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨[3].

---

1 المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨. وهو المرسوم الوحيد الذي أصدرته الحكومة الفرنسية.

2 C.E. 3 dec. 1981, J.C.P, 1981 – 2 – 19502.

3 لأكثر تفصيل بخصوص هذا الحكم ، راجع ، أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧.

**ب- الرقابة على الشروط الواردة في عقود المرافق العامة الصناعية و التجارية[1]:**

إن كان الأصل أن قانون الاستهلاك لا يسري إلا على الشروط الطبيعية التعاقدية، إي في نطاق القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود شروط في بعض عقود المرفق العام[2]، أضعت إلزامية طبقا للقانون أو لائحة، كما هو عليه الحال بالنسبة لعقد الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب، و في كثير من الأحيان تكون هذه الشروط مجحفة بحق المستهلكين المترفقين Consommateurs Usagers، خاصة و أنها لا تخضع لقوانين حماية المستهلك، وهما ما انفكت جمعيات حماية المستهلك في فرنسا، تنادي بالتعرض له[3].

و في ظل السكوت التشريعي، درج القضاء الفرنسي في البداية إلى التفرقة بين الشروط الواردة في دفتر الشروط، والمرتبطة بعقد الاستغلال لمرفق توزيع مياه الشرب Pour l'éxploitation Poroffermage و هي ذات تنظيمي، إذ لا يجوز لمحاكم القضاء العادي، أن تقدر الطابع التعسفي لمثل هذه الشروط وفقا للمادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨ سابق الذكر[4].

أما فيما يخص استغلال مرفق عام عن طريق الامتياز، l'exploitation en régie interessé الطابع الغير اللائحي، فإنه يحق أن تخضع للقانون السابق[5].

---

1 يعرف المرفق العام وفق المعيار الموضوعي بأنه نشاط شرع فيه بهدف تحقيق مصلحة عامة، أما وفق المعيار العضوي يقصد به الأجهزة أو المؤسسات بصفة عامة قد تكون إدارية أو اقتصادية أو تجارية. أنظر كذلك:
ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، Lebed، الطبعة ٠٢، (بدون مكان نشر، بدون سنة نشر)، ص ١٨٧.

2 تعرف العقود الإدارية بأنها تلك العقود التي تبرم معها الأشخاص المعنوية العامة، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، و أن تظهر نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام، و ذلك بتضمين العقد شرطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
أنظر في ذلك، محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٨٣.

3 محمد بودالي ، المرجع السابق، ص ٨٣.

4 Civ 1er Ch, 31 MAI 1988 , D , 1988 , Spmm, P 406, Obs, Achert (J.L).

5 TGI Paris, 17 Jan 1990, D 1990, P 289, Note J, Chestin.

إلا أنه في المقابل، و في اجتهاد جريء من نوعي لمجلس الدولة الفرنسية في ستة ٢٠٠١[1]، في مجال تقدير شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية و التجارية، أقر بأن الطابع التعسفي للشرط يتم تقديره ليس بالرجوع إلى هذا الشرط في حد ذاته، وإنما بالرجوع إلى مجموع الاشتراطات التي يضمها العقد[2].

وتبعا لذلك، فإن أهمية هذا القرار تكمن في فتح المجال أمام القضاء الإداري، لفحص مدى تعسف الاشتراطات التنظيمية، بالاستناد إلى نصوص قانون الاستهلاك المتعلق بالشروط التعسفية[3].

ومن خلال التطور الذي شهده القضاء الإداري الفرنسي بهذا الخصوص، فإنه يمكن القول أن ذلك يسمح للقضاء الإداري في الجزائر بالسير في نفس الاتجاه، نظرا لتشابه النظامين في الجزائر و فرنسا[4].

**ثانيا: رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية.**

سيتم التعرض في سبيل إيضاح دور القضاء المدني في مكافحة الشروط التعسفية، إلى دوره في كل من فرنسا (أ)، ثم مقارنته بالدور الذي منحه القانون الجزائري (ب) لهذا القضاء، بهذا الشأن، باعتبار اختلال تطور هذا الدور في كلا النظامين، و ذلك كالتالي.

**أ- رقابة القضاء المدني في القانون الفرنسي:**

إن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ لم يعزز دور القضاء المدني الفرنسي في مواجهة الشروط التعسفية[5]، بالرغم من كون مشروعه التمهيدي أقر له ذلك، إلا أن هذا الإقرار واجهه رفض رئيس لجنة التشريعات[6]، وهو الأمر الذي انعكس على هذا القانون في صيغته النهائية.

---

1 C.E, 11 Jui 2001, REC. Lebon à Pavaitre ;J.C. éd 2001, P. I 260.

2 لأكثر تفصيل بخصوص هذا القرار راجع: محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٨٤ و ٨.

3 نفس المرجع، ص ٨٦.

4 محمد سي الطيب، المرجع السابق، ص ١٤١.

5 وذلك تأثر بفكرة التوازن الشخصي و تداعيات مبدأ سلطان الإرادة.

6 J.O. Ass. Nat, N° 8 Déc 1977.

أشار إليه محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٣.

وهذا ما دفع قضاة الموضوع، إلى استعمال سلطتهم في التفسير، لاستبعاد ما أمكنهم من الشروط العقدية التي تحمل الطابع التعسفي.

في التفسير، لاستبعاد ما أمكنهم من الشروط العقدية التي تحمل الطابع التعسفي.

لا أن هذا الموقف، وإن قابلته محكمة النقض الفرنسية في بعض الأحيان بالاستحسان[1]، إلى أنها رفضته في أغلبها[2]، بحجة تحريف شروط العقد[3].

ومادام الوضع على هو ما هو عليه، إلا أن تم الاعتراف صراحة للقضاء الفرنسي إبطال الشروط التعسفية، وهو لم يصدر بشأنه مرسوم من الحكومة، أو توصية من لجنة الشروط التعسفية، و ذلك كله بعد مرحلة تردد وجدل بخصوص سلطة القضاء بهذا الصدد.

مرحلة الجدل والتردد حول رقابة القاضي على الشروط العقدية:

لقد كانت فكرة رقابة القاضي الفرنسي على الشروط العقدية محل شد و جذب، في أوساط الفقه الفرنسي.

ذلك أنه، تم رفض هذه الفكرة استنادا إلى أن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ خوّل الحكومة وحدها سلطة تقرير تعسفية الشروط، إضافة إلى أن الاحتجاج بدور القاضي في تحقق العدالة يسمح له بمراقبة شروط تعسفية، لم يصدر بشأنها مرسوم، يجعل من حكمه حكما غير مؤسس[4].

كما تم رفض سلطة القضاء بهذا الخصوص استنادا إلى المناقشات البرلمانية التي ثارت بشأن القانون المبدئي للقانون السابق، و التي كان من نتيجتها أن تم استبعاد دور القاضي في هذا المجال[5].

---

1 Cass. Civ, 23 Oct 1961. Not R. Rodière. D 1962, JP, P 45.
أشار إليه محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٣.

2 Cass. Civ, 22 Mai 1991. J.C.P 1991, N° 31 Jui 1991, P 276.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

4 محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٥.

5 Calais – Auloy (J), Op, Cit ; P 142.

إلا أنه في المقابل، ذهب بعض الفقه[1] إلى الاعتراف بسلطة القاضي بالنظر في مدى تعسف الشروط التعسفية، وإن لم يقر المشرع له بذلك، باعتباره القاضي الطبيعي للمنازعات ويكون عدم وجود مبرر يقضي منه من ذلك في حين أنه يمكن التدخل بخصوص الشروط الجزائية، إضافة إلى أن قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨ وإن لم يعطي للقاضي سلطة الرقابة بغير مرسوم، إلا أنه لم يمنعه كذلك من النظر في هذه الشروط طبقا للنصوص العامة، ومن بينها المادة ١١٣٤ مدني فرنسي والتي تقضي بضرورة تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية[2].

هذا التباين في أوساط الفقه الفرنسي، لم يكن إلا انعكاسا لتباين الأحكام القضائية، والتي انقسمت بين أحكام تؤكد تطبيق قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨[3]، و أخرى اتجهت إلى توسيع تفسيرها، بما يتيح للقاضي إمكانية النظر في الطبع التعسفي للشروط العقدية، ولو لم يصدر بشأنها مرسوم حكومي، وأبرزها قرار محكمة النقد الفرنسية في ١٦ جويلية ١٩٨٧ الذي حمل معه بارقة أمل في مواجهة الشروط التعسفية، كما علق عليه الأستاذ Calais-Auloy[4].

إلا أن هذا التردد، حسمه قرار محكمة النقض الفرنسية باعترافها بسلطة القاضي بخصوص نظره في الشروط التعسفية، والصادر ١٤ ماي ١٩٩٤[5]، المتعلقة بشروط إعفاء من المسؤولية وارد في عقد الوديعة[6].

---

1 Berlioz (G), Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P 1979 -1- 2954.

أشار إليه محمد سي الطيب، مرجع سابق، ص ١٤٦.

2 Ghistin (J), le contrat, Op. Cit. P 704.

3 من بين هذه الأحكام:

Asi –En- provence, 20 Mars 1980, D 1982, P 131, Note, Délebéque (PH).

و حكم محكمة باريس في ٢٢ ماي ٢١٩٨٦.

D. 1986 . JP, P 560, Not, Delbéque (PH).

4 Coss. Civ, 1er Jui 1987,D. 1988, P 49, Not. Calais – Auloy. (J).

5 Coss. Civ, 14 Mai 1991, R.T.D. UV. 1991, P 526, Not. Mestre (J).

6 أنظر في شرح هذا الحكم، أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٥١ و ٢٥٢.

وأعقب هذا الاعتراف القضائي، اعتراف المشرع الفرنسي بهذه السلطة سنة ١٩٩١ بموجب المادة ٠٩ و التي أضافت إلى قانون ١٠ جانفي ١٩٧٨، والتي تنص على: " بمناسبة نزاع معروض أمام القاضي فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشرط الخاص بالخاصية المحددة أو القابلة لتحديد، الثمن و كذلك دفعه، بحقيقة الشيء أو تسليمه، بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ بالفسخ، إلغاء أو تجديد الاتفاق، حينما يبدو أن هذا الشرط مفروضا على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الأخر في العقد، و يمنح هذا الأخير ميزة فاحشة "[1].

وهذا ما أكدته كذلك المادة ١٣٢ – ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥، إضافة إلى حق القاضي في طلب رأي لجنة الشروط التعسفية التي أسند لها مرسوم ١٠ مارس ١٩٩٣ مهمة استشارية لدى القضاء[2].

إلا أن القاضي في دوره هذا يخضع لرقابة محكمة النقض[3]، وذلك بغية تحقيق استقرار للمعاملات من خلال توحيد المعايير[4].

---

1 Art. 9 : " à l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement à la consistance de la chose à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et granités, aux conditions d'exécution, de résiliation ou reconduction des conventions, l'lorsqu'une telle clause apparaît imposée ou non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie au contrat et confère à cette dernière un avantage excessif ".

2 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٣٩.

3 Civ 1er, 6 Jan 1994, D 1994. Som, 209, Obs, Delbeque (PH).

4 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٤٠.

ب- رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية في القانون الجزائري:

لم يحتاج القاضي في القانون الجزائري إلى مثل التطور الذي مر به موقف نظيره الفرنسي، إذ أقرت المادة ١١٠ مدني جزائري – والتي يناظرها نص في القانون المدني الفرنسي – سلطة القاضي في تقدير مدى تعسف الشروط العقدية، بمناسبة نظره لعقد من عقود الإذعان[1].

كما أن التشريعات الخاصة اللاحقة، و المتمثلة في قانون ٠٤-٠٢، و المرسوم التنفيذي٠٦- ٣٠٦، عززا وأكد هذه السلطة، لدى تعرضها لتعريف و مضمون الشروط التعسفية[2].

وتظهر أهمية الاعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشروط التعسفية، بما يمثله من مساهمة في تحقيق وإعادة التوازن المفقود لعقد الاستهلاك، والذي من شأنه المساس بالاستقرار القانوني والاجتماعي[3].

## الفرع الثاني

## الجزاء المقرر للشوط التعسفية

لا يكف تعداد الشروط التعسفية، وتحديد عناصرها، من أجل ضمان التوازن لمضمون عقد الاستهلاك، إذ لا بد أن يقترن ذلك بجزاءات نجد من هذه الشروط، الماسة بمصالح المستهلك إضافة إلى مصالح الأطراف الأخرى الفاعلة في التعاملات المالية.

لذلك أقر كل من القانون الفرنسي (أولا)، و كذا القانون الجزائري (ثانيا) مجموعة من الجزاءات، لفرض هذا التوازن في نطاق عقد الاستهلاك.

---

1 لقد كان تدخل القاضي في العلاقة العقدية بموجب هذه المادة تأثيرا إيجابيا في ضمان نوع من التوازن " توازن شبه موضوعي " بين أطراف التعاقد وفقا لنصوص القانون المدني. و التي سبق التعرض لها في المبحث الأول من الفصل الأول.

2 إذ تضمن القانون رقم ٠٤ – ٠٢ و المرسوم التنفيذي رقم ٠٦ – ٣٠٦، قوائم متعددة الشروط التعسفية ليهتدي لها القاضي و ذلك طبقا للمادة ٢٩ و المادة ٠٥ منهما على التوالي.

3 أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

**أولا: جزاء الشرط التعسفي طبقا للقانون الفرنسي.**

لقد اعتبرت المادة ١٣٢- ٦/١ من تقنين الاستهلاك لسنة ١٩٩٣ الشروط التعسفية، "كأنها غير مكتوبة" "réputées non écrites" واعتبر أغلب الفقه[1] أن ذلك يعني أنها باطلة، بطلانا نسبيا لمصلحة المستهلك، كما أنه بطلان متعلق بالنظام العام[2].

s'agissant d'ordre de protection la nullité devrait être relative، إذ أن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم و مصلحة المستهلك، الذي يسعى إلى الاستفادة من السلعة أو الخدمة، ذلك أن إعمال البطلان النسبي، يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما، مما يتيح للمستهلك إشباع حاجاته، و هذا على خلاف البطلان المطلق الذي يؤدي إلى حرمانه من مثل هذا الهدف[3].

كما أقر القانون الفرنسي إلى جانب الجزاء المدني، جزاء جنائيا، إذ يعاقب المرسوم رقم ٧٨- ٤٦٤ المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨، بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاقية تعاقدية على ضمانها[4].

**ثانيا: جزاء الشرط التعسفي طبقا للقانون الجزائري.**

لم يتضمن قانون ٠٤- ٠٢ السابق ولا المرسوم التنفيذي ٠٦- ٣٠٦، نصا صريحا بخصوص جزاء مدني للشرط التعسفي، ولعل هذا يرجع إلى سهو المشرع، و نقص ينبغي تداركه بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي، وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن ذلك[5].

واكتفى المشرع الجزائري، بتسليط الجزاء الجنائي – تأثر بما ذهب إليه القانون الفرنسي بخصوص هذا الشق من الجزاء - ، والمتمثل طبقا للمادة ٣٨ من القانون السابق، في الغرامة المالية إذ نصت على أنه: " تعتبر

---

1 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٤٢.

2 Guistin (J), le contrat, Op.cit, P 691.

3 محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٤٢.

4 نفس المرجع، ص ١٠١.

5 نفس المرجع، ص ١٠٠.

ممارسة تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد ٢٦ و٢٧ و ٢٨
و٢٩ من هذا القانون، ويعاقب عليه من ٥٠,٠٠٠ إلى ٥٠٠٠,٠٠٠ دج"

## خاتمة

إن الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك تعد أحد أهم مظاهر اختلال التوازن فيه، وذلك مرده طبيعة المراكز العقدية لكل من المستهلك والمحترف، نظرا لما يتمتع بنفوذي اقتصادي ومُكنات معرفية تخوله فرض إرادته في العقد.

ولقد تدرجت حماية المستهلك من الشروط التعسفية بدءا من القواعد العامة وصولا إلى تشريعات خاصة بالمستهلك، وهذا يفيد إلى أي مدى انبرت التشريعات الحديثة لمواجهة هذا الاختلال الصارخ الذي تحدثه هذه الشروط في مرحلة تكوين وإبرام عقد الاستهلاك، محددة لمفهومها وعناصرها ومعايير تحديدها وكذا الجزاءات المترتبة عنها، ومتيحة للقضاء التدخل لمراقبتها ؛ وذلك بغية تقرير قواعد أكثر وضوحا وفاعلية لمواجهة هذه الشروط.

إن مثل هذه الحماية وإن كانت أحد مظاهر الحماية المبسوطة قانونا وقضاء للمستهلك، إلا أنها تعد أحد أهم مظاهر التدخل التشريعي والقضائي في عقد الاستهلاك لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، من أجل أخلقة هذا النوع من العقود.

كما أن بحث الشروط التعسفية يشجع ليس فقط لمكافحتها في نطاق عقد الاستهلاك وإنما للدعوة إلى مدها إلى الكل العقود التي تشهد اختلال في توازنها من أجل حماية الطرف الضعيف فيها كعقد العمل مثلا.

## قائمة المراجع

### أ- قائمة المراجع باللغة العربية:


١- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ودار النهضة العربية (بدون طبعة).

٢- إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، الكويت، سنة ٣٠، عدد الرابع، ٢٠٠٦ ١٩٩٤.

٣- الإمام محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية ١٩٩٦.
٤- سي الطيب محمد، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تلمسان، الجزائري، ٢٠٠٨.
٥- عامر احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية، و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٢.
٦- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢.
٧- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، بيروت، (بدون طبعة)، ١٩٧٤.
٨- محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨.
٩- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (بدون طبعة)، ٢٠٠٧.
١٠- زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر.

**ب- المراجع باللغة الفرنسية:**

1- Berlioz (G), Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P 1979 -1- 2954.
2- CALAIS –AULOY (J) et STEINMETL (F) , droit de la consommation 5 eme éd , Dalloz 2000 .
3- DARMASIN (S) , le contrat moral, L.G.D.J , ed. delt, Paris, 2000.
4- Godé (p), protection de consommateur, R.T.Deiv 1978 .
5- GHESTIN (J):
-l'abus dans les contrats, gaz.pal, 1982, 2, Doc.
-Traite de droit civil; introduction général 3éd .1990.
-les obligations; le contrat :formation ;2éd ;L.G.D.J., 1988.
6- Larroumet (CH), note, D. 1981, JP, P 228; J.C. P 1981 – 2 19502.
7- STOFFE – MUNCK (PH), l'abus dans contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, 2000.