

البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق

سعدون يسين

طالب دكتوراه LMD

جامعة مولود معمري تيزي وزو

-الملخص بالعربية

شكل التعسف في استعمال الحق نظرية عامة تطبق على جميع الأفعال الصادرة عن الفرد ولتدخل في ضمن ممارسة حقه ضمن الإطار الذي يسمح به القانون، غير أنه يخالف الوظيفة الاجتماعية للحق لأن طبيعة الحق لا يضر بالغير ولا يمكن أن يجانب مبدأ حسن النية، وذلك بإتيان الفرد سلوك يتضمن الغش. وردت نظرية التعسف في استعمال الحق في ظل الأمر 75-58 في المادة 40 قانون مدني وذلك في الكتاب الذي يتضمن الأحكام العامة، غير أنه بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نقلت المادة 40 السالفة الذكر إلى نص المادة 124 مكرر قانون 05-10 وذلك في الباب الثاني المتضمن الالتزامات والعقود، يثور السؤال عن مدى امكانية تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق.

ب- الملخص بالفرنسية

Abu de droit est une théorie générale qui s'applique sur l'ensemble des actes accompli par une personne qui n'est pas interdit par une règle juridique mai il est contraire a la fonction social de droit ,celle de ne pas nuire a l'autre et n'est pas contraire au principe de bon foie.

La théorie de l'Abu de droit est cité par l'ordonnance 75-58 article 40 de code civil dans le livre contenant les règle général ,mai la modification de code civil par la loi n 05-10°qui date du 20 janvier 2005 article 40 pré-cèdent été transfère à l'article 124 bis de la loi 05-10 dans le chapitre deux contenant les obligation et contrats, ainsi une question se pose sur le fondement de la clause abusive sur la théorie de droit

المقدمة

ليست نظرية استعمال الحق بالنظرية الحديثة، بل هي فكرة عتيقة تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة، و اذا كان بعض، كالقانون الروماني قد اقتصر على ايراد بعض التطبيقات لها، إلا أن نظماً أخرى كالشريعة الإسلامية قد عرفتها كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق.

ويتبنى قانون حماية المستهلك الفرنسي معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية كمياري في تحديد الشرط التعسفي، ثار جدل في الفقه في مدى تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق.

يعتبر هذا المعيار معياراً شخصياً، فالمادة 35 من قانون 1978 تتطلب أن يكون الشرط مفروض على غير المحترفين أو المستهلكين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي. ولقد احتدم الخلاف الفقهي حول المقصود بالتعسف Abus، وهو

تعسف الحق؟ أو تعسف الموقف؟ وقد ذهب بعض الفقه إلى القول إن التعسف المقصود هو تعسف في استعمال الحق حسب ما هو معروف في القواعد العامة. ومرد هذا الرأي ما رآه أحد النواب في البرلمان الفرنسي، وهو بصدد مناقشة مشروع قانون 10 - 01 - 1978 أن المشروع المطروح للنقاش يمنع المحترف الذي ينفرد بوضع شروط العقد أن يتجاوز حدوده التعاقدية (السلطة) إضراراً بالمستهلك، لأن هذا التجاوز لا يعني سوى التعسف في استعمال الحق الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية وتدفقها لخصوص مسألة ما إذا كان انفراد المحترف بوضع شروط العقد بمحجر يعد مسبقاً ليعرض على المتعاقد هل يعتبر بمثابة حق شخصي أم لا؟ .

المقدمة يشكل مبدأ حسن النية قاعدة أخلاقية ترتب التزامات على عاتق المتعاقدين ، بالامتثال لسلوك تقتضيه القواعد الاجتماعية ، ويشكل معيار الرجل العادي النزاهة مقياس في تحديد السلوك التعسفي والإضرار بالغير ، حاول بعض الفقه تأسيس التعسف في عقد الإذعان على أنه سلوك منافي للوظيفة الاجتماعية للحق (أولاً)¹ ، بينما ذهب MUCK-STOFFEL و بعض الفقهاء في فرنسا إلى عكس ذلك ويرى أن التعسف هو تجاوز لحدود الحرية بشكل يخالف القاعدة القانونية الملزمة التي تحد من حرية الإرادة (ثانياً)².

أولاً: التعسف سلوك منافي للوظيفة الاجتماعية للحق - (نظرية التعسف في استعمال الحق) -

حاول بعض الفقه مقارنة الشرط التعسفي بالاستعمال التعسفي لل³ حق، وذلك باعتبار حرية التعبير عن الإرادة يمثل ممارسة حق (1)، مما أدى إلى البحث عن الشرط التعسفي على ضوء المادة 124 مكرر قانون مدني (2).

1- حرية التعبير عن الإرادة هو ممارسة حق

يترتب عن الالتزام الثاني في مبدأ حسن النية التزام بالتعاون بين المتعاقدين الأمر الذي يفرض على المتعاقدين سلوك لا يتنافى مع مبدأ حسن النية (التعسف في استعمال الحق)⁴.

يرى demogue أنه لا ينحصر مبدأ حسن النية في قواعد النزاهة والثقة فحسب، وإنما يشمل بعد أخلاقي ، يفرض التعاون بين المتعاقدين ، وذلك لأن العقد بحسب رأيه يحقق مصالح متقابلة، و هذا يقتضي على المتعاقدين سلوك لا يتنافى مع قواعد حسن النية وفقاً لمعيار الرجل العادي ، وهذا عملاً بالنظرية الاجتماعية للعقد التي تكون العدالة أساسها⁵.

ويرى أن استغلال أحد المتعاقدين وضعيته الاقتصادية في التعسف في تحديد شروط العقد يشكل خطأ وفق مقتضيات مبدأ حسن النية⁶ ، ويتضمن الخطأ حسب عناصره عنصرين، عنصر موضوعي يتمثل في اعتداء على حق، و عنصر شخصي يتمثل في أن يكون المعتدي مدركاً أو كان في وسعه أن يدرك الاعتداء على حق الغير⁷. ذلك أن مبدأ حسن النية يقتضي التعاون بين المتعاقدين في تكوين العقد، ويجب أن يكون الهدف من التعاون تحقيق مصالح متبادلة بشكل يراعي الطرف القوي في إدراج بنود العقد مصلحة المتعاقد الضعيف، وبالنتيجة فإن استغلال أحد المتعاقدين وضعيته العقدية في إدراج شروط تعسفية يشكل تعسف في استعمال الحق⁸.

و حاول جانب من الفقه تبرير هذا الطرح الذي جاء به demogue من خلال مقابلة الحرية التعاقدية بالحق، و يرون أن التعبير عن الإرادة ناتج عن ممارسة الحق⁹، وهذا الوضع هو الذي يفسر تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في

استعمال الحق، لأن الإرادة عاجزة على إنشاء آثار قانونية، إن لم يكن التعبير عنها ناتجا عن ممارسة الحق، لأن الإرادة ما هي إلا العضو المنفذ، فممارسة الحق هي التي تعطي القدرة لصاحبه حتى ينشأ حقوق أخرى عن طريق العقد¹⁰.

ويقارب هذا الاتجاه بين الحرية والحق لأن حرية التعاقد ليست إلا مظهرا من مظاهر الحرية، ويرى الأستاذ ANCEL « لا يمكن التمييز بين الحق والحرية وأن المحاولات الفقهية المختلفة في التمييز بين الحق والحرية انتهت بنتائج متعارضة، هذا ما يبين أنه لا يمكن فصل الحق عن الحرية»¹¹.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الحق وجه من أوجه الحرية، لأن مجال الحرية أوسع من الحق، وإذا كان كل حق يقابله حرية فليس كل حرية يقابلها حق، ويقول الفقيه Rouast «الحق وجه من أوجه الحرية لأن الحرية تشمل الحق ولا ترادفه»¹². وتبنت محكمة الاستئناف الكندية البعد الأخلاقي لمبدأ حسن النية من حيث إقرار فكرة احتواء التعسف في استعمال الحق وضعية التعسف في استغلال وضعية التفوق الاقتصادي، وذلك من خلال قرار مؤرخ في سنة 1990 في قضية *houle* الذي ورد فيه¹³: (يكون استعمال الحق حسب قواعد العدالة والنزاهة، والذي يعد السلوك الذي ترضيه القواعد الاجتماعية) . وتقول *lefebvre Brigitte* في هذا الشأن « يفرض التفسير الواسع لمبدأ حسن النية جزاء على استغلال المحترف وضعية التفوق الاقتصادي»¹⁴.

وتبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه واعتبرت أن التعسف في الوضعية العقدية يشكل إخلال بمبدأ حسن النية في بعده الأخلاقي، وبالنتيجة إخلال بالالتزام عقدي طبقا لنص المواد 1134 و 1135 من القانون المدني الفرنسي¹⁵، حيث صدر قرار عن الغرفة المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1 ديسمبر 1995 ورد فيه: (إذ لم يتم تحديد ثمن المبيع في العقد الأساسي، واتفق المتعاقدين على أن يقوم البائع بتحديد لاحقا، يترتب على حالة تعسف البائع في تحديد الثمن فسخ العقد والتعويض، دون أن يمتد الأثر إلى البطلان)¹⁶.

يتبين من هذا القرار أن التعسف في استعمال الحق هو أساس الشرط التعسفي، وهذا ما يتجلى في الأثر الذي رتبته محكمة النقض الفرنسية على الشرط التعسفي، إذ لا يشكل عيب في تكوين العقد، وإنما يمتد إلى تنفيذه من خلال الجزاء الذي أقرته المحكمة في التعويض و الفسخ¹⁷.

ثانيا: البحث على الشرط التعسفي على ضوء نص المادة 124 مكرر 1 قانون مدني

وأيد الفقه الفرنسي هذا القرار غير أنه اختلف بين طرف يرى أن الشرط التعسفي أساسه نية المتعاقد القوي في الإضرار بالغير الواردة في الحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 124 مكرر 1 تقنين مدني جزائري¹⁸، ويرى جانب آخر أن التعسف أساسه الغرض في تحقيق فائدة غير مشروعة، وهذا المفهوم ينطبق مع الحالة الثالثة التي جاءت بها نص المادة السالفة الذكر، لأن التعسف يأتي فعل خارج عن النظام العام والآداب¹⁹.

وهذا المفهوم لا ينطبق مع مفهوم الشرط التعسفي، لأن المتعاقد القوي لا يهدف من خلال تعاقد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وإنما يهدف المتعاقد القوي إلى تحقيق ميزة مفرطة²⁰، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه على أساس أن المتعاقد القوي يبحث عن ميزة مفرطة، والتعسف غالبا ما يصاحبه نفوذ اقتصادي، فالميزة المجحفة التي تمثل نتيجة الشرط

التعسفي وهدفه ، تتمثل في ذلك التفاوت الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغيروبين المنفعة التي تعود على صاحب الغير ، دون أن تفتقر بغاية غير مشروعة²¹.

أن تحديد المقصود من التعسف يسترشد فيه 18 وفي نفس التوجه رأى بعض الفقه العربي بنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري، التي تنص على ثلاثة أحوال يكون فيها 19 استعمال الحق تعسفيا. ولما كان الشرط في العقد حقا فإنه يكون تعسفيا لو انطبق عليه أي من أحوال نص المادة الخامسة. وعليه يكون الشرط في العقد تعسفيا إذا لم يقصد منه صاحبه سوى الإضرار بالطرف الآخر، كأن يورد رب العمل في لائحة المؤسسة بندا مفاده أن العامل يجب أن يكون أمام المؤسسة ساعة على الأقل قبل أوقات العمل صباح كل يوم²²، أو إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع الأضرار التي تصيب الطرف الأخر بسببها، من ذلك اشتراط المؤمن أن يقدم المستأمن في عقد التأمين ضد العجز عن العمل، شهادة بعجزه عن العمل صادرة عن كبير أطباء الطب الشرعي في العاصمة، في الوقت الذي يمكن الاكتفاء بشهادة أي طبيب شرعي في المكان الذي يقطن به المستأمن. أو إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجه في العقد .

-من حيث الموضوع: كان ينبغي على المشرع النص على الأصل في استعمال الحق، وهو أن استعماله استعمالا مشروعاً دون تعسف لا يرتب المسؤولية إذا أحدث ضرراً للغير، ومن ثم إذا استعمل الحق استعمالاً تعسفياً يرتب مسؤولية في حق صاحبه إذا أضر بالغير²³.

لكن المشرع الجزائري أورد الاستثناء وأهمل ذكر الأصل، وهذا خلاف ما ذهب إليه باقي التشريعات وكان من المفترض أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير أن يتمشى وما أورده الفقه من ملاحظات حول وضع هذه النظرية، لكن ما حدث أن المشرع تبني اتجاهها آخر بصدد هذه النظرية، وألحقها بباب المسؤولية عن الأعمال الشخصية بعد استحداثه لنص المادة 124 وإلغائه لنص المادة 41 من القانون المدني، والغريب أن المشرع بموقفه هذا يكون قد تبني الرأي المرجوح المهجور الذي لا يميل إليه أغلب الفقه العربي والغربي على السواء، والذي يرى أصحابه أن التعسف في استعمال الحق هو تجسيد لفكرة الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية عن الأعمال الشخصية. والذي يبدو غير مبرر أن المشرع قد تبني هذا الرأي في الوقت الذي تذهب فيه أغلب التشريعات وآراء الفقه إلى القول بشمول فكرة التعسف في استعمال الحق لكل فروع القانون²⁴، والابتعاد عن القول بأن باب المسؤولية يغطي هذه الفكرة ومن هذا نخلص بشأن الرأي القائل بأن التعسف في التفوق الاقتصادي هو التعسف في استخدام الحق، إلى القول بأنه من الصعب في ظل الظروف المشار إليها، والانتقادات الموجهة إلى هذا الرأي النظر لتحریم الشروط التعسفية على أنه مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في استخدام الحق²⁵.

ثانياً: التعسف تجاوز حدود الحرية التعاقدية

يرى جانب من الفقه أنه لا يشكل التعسف تجاوز في حدود الحق، لأنه يستند بطبيعته الى قانون يقره، بينما التعسف ما هو إلا ممارسة حرية تجاوز حدودها على أساس قواعد قانونية خاصة تحد من هذه الحرية بهدف حماية المصلحة العامة والخاصة²⁶، فالتعسف إذن ما هو إلا تعسف في ممارسة سلطة واقع (1)، وهو مستقل عن مبدأ حسن النية يستند

إلى نصوص خاصة تفره (2) .

1-التعسف ممارسة سلطة واقع

لا تخلو نظرية التعسف في استعمال الحق من النقد سواء لاعتبارات شكلية أو موضوعية فبالنظر إلى موقع المادة 124 مكرر 1 تقنين مدني جزائري بعد تعديل القانون المدني بموجب أمر 05-10 الذي قام بنقل المادة 2741²⁷، التي كانت تقع ضمن الأحكام العامة للقانون إلى نص المادة 124 مكرر 1 الواردة ضمن أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، وبالنتيجة فإن التعسف في استعمال الحق نظرية أجنبية عن العقد لأنها لم ترد ضمن الأحكام العامة ولا في المواد الخاصة بالعقد²⁸.

وإن الاتجاه الذي تبنته نظرية التعسف في استعمال الحق أساس الشرط التعسفي، يساوي بين الحق والحرية، من حيث أن كلاهما يؤديان وظيفية اجتماعية، حدد القانون مضمونها غير أنه تتعارض الوظيفة الاجتماعية مع مبدأ الحرية التعاقدية بذاته، حيث يرى MUNCK STOFFEL أنه لا يمكن أن تؤدي الحرية التعاقدية وظيفية اجتماعية، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها النظام الرأسمالي، في إزالة القيود أمام المبادرة الفردية²⁹، وما في الأمر أنه تحافظ الحرية التعاقدية على قداستها لكن تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، يجعلها مبدأ غير مطلق وإنما محدد بقيود لا يجوز للمتعاقد تجاوزها، المتمثلة في القانون الذي يسمو على إرادة الفرد³⁰.

ويختلف الحق عن الحرية خاصة في أساس كل منهما، حيث إذا كان أساس الحق واقعة قانونية يستند إلى قاعدة قانونية في نشأته، بينما لا تستند الحرية إلى نص قانوني معين وإنما تنشأ الحرية مستندة إلى المبادئ العامة، كما أن الحق ينشأ للشخص الذي حدده القانون بينما الحرية تنشأ لأشخاص غير محددين، ويكون موضوع الحق محدد بينما موضوع الحرية غير محدد وواضح³¹.

ويتبين من خلال التمييز بين الحق والحرية أن التحديد الأحادي لبند العقد حرية وليس حق لأنه لا يستند إلى نص قانون معين، وإنما ينشأ عن الواقع الاقتصادي الذي أفرز مراكز عقدية غير متساوية، ويمثل التحديد الأحادي لبند العقد ممارسة سلطة واقع، وهذا ما جاء به Lasbordes(V) في كتابه العقود الغير المتساوية³² «deséquilibres contrats les» أنه أفرز الواقع الاقتصادي سلطة فعلية يتمتع بها صاحب المركز القوي في الساحة الاقتصادية يخوله سلطة فرض بنود العقد على الطرف الضعيف ولا يمكن لهذا الأخير مناقشتها، ويرى أنه يترتب عن تعسف المتعاقد القوي في استعمال سلطة التفوق الاقتصادي انتشار الشروط التعسفية³³.

2-التعسف يخالف قاعدة قانونية

يختلف التعسف عن الاخلال بالقواعد الأخلاقية المنبثقة عن مبدأ حسن النية³⁴، حيث لا يشترط إثبات أن التعسف يخالف لقواعد النزاهة والثقة في التعامل، وإنما يكفي إثبات أن السلوك يحظره القانون لأنه يشكل إخلال بتوازن العقد الذي ينظمه قانون حماية المستهلك³⁵ (أ)، أو يشكل اعتداء على توازن السوق الذي يحدد قواعده قانون المنافسة³⁶ (ب).

أ-الإخلال بتوازن العقد (الاخلال بقانون حماية المستهلك)

تبني القضاء الألماني من خلال نص المادة 142 قانون مدني مبدأ حسن النية أساس في إبطال الشروط التعسفية، إذ أن

المادة 10 من قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة³⁷ منحت القضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي ، والعمل على تحقيقه ، كما نصت المادة 9 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة التي تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية³⁸.

وعلى عكس القضاء الألماني ، لم يتبنى القضاء الفرنسي مبدأ حسن النية كمعيار في تحديد التعسف في عقد الإذعان ، وإنما ربطه بالقانون الذي يحدد السلوك الذي يمكن اعتباره تعسفا³⁹ وهذا ما ذهب إليه طر ح MUNCK-STOFFEL ، أنه يمثل القانون قيد على حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد ، ويشكل تجاوز المحترف حدود حرته في تحديد مضمون العقد تعدي على القوة الملزمة للقواعد القانونية⁴⁰.

و هذا ما ذهب إليه قانون حماية المستهلك رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى تحديد الشروط التي تعد تعسفية من خلال نص المادة 29 منه⁴¹ ، وكذا نص المادة 1-132 قانون الاستهلاك الفرنسي ، وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي تبني مبادئ عامة أمام وجود نص خاص .

ب-الإخلال بتوازن السوق (الإخلال بقواعد المنافسة)

يضمن قانون المنافسة أحكاما تخص حماية المستهلك من الآثار السلبية للممارسات المنافية للمنافسة التي ترمي إلى تقييد المنافسة واحتكار السوق وهذه الممارسات تعد إخلال بمبدأ حسن النية في بعده الأخلاقي الذي يفرض التعاون بين المتعاقدين قبل التعاقد وأثناء تكوين العقد وتنفيذه⁴².

ومن المعروف أن المنافسة ترمي إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، والمستهلك هو المعنى بالدرجة الأولى بالعملية التنافسية، بما توفره له من الاختيار الحريين عدد من السلع والخدمات وبما تحققه من خفض للأسعار تساعد على رفع قدراته الشرائية ولذا فان تقييد المنافسة وإخراجها عن مسارها الطبيعي يعتبر عملا غير مشروع وسلوكا محظور يخل بأهداف المنافسة الحرة كوسيلة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية⁴³.

ويندرج قانون المنافسة الجزائري الصادر في 1995 ضمن الإصلاحات الاقتصادية التي تستمد أساسها القانون 01-88 من القانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية⁴⁴ كما تكمن أهميتها أيضا في كونه من النصوص الرسمية التي اعترفت ضمنا بمبدأ حرية التجارة والصناعة قبل أن يكرسها الدستور في 1996 حيث نص على أن « حرية التجارة والصناعة مضمونة »⁴⁵.

وإن قانون المنافسة فتح المجال واسعا للتزاحم والتنافس في المجالات التجارية والصناعية، وهذه الحرية المتاحة لممارسة النشاط الاقتصادي تحتاج إلى تنظيم وضبط⁴⁶ ، وإذا كانت القيود التي تضعها السلطة على حرية المنافسة متعددة ومتنوعة ، تلعب دور في حماية المستهلك وضمان سلع وخدمات بأقل ثمن وأكثر جودة⁴⁷.

غير أنه يختلف التعسف في قانون حماية المستهلك عن نظيره في قانون حماية المنافسة فالأول يهدف إلى حماية المستهلك من اختلال توازن العقد، بينما الثاني لا يهدف إلى حماية العون الاقتصادي الضعيف، وعلى العكس يضمن بقاء المتعاملين الاقتصاديين الأكثر كفاءة الذين يزودون السوق بالمتوجات الأكثر جودة، فقانون حماية المستهلك يضمن توازن العقد بينما

قانون المنافسة يضمن توازن السوق⁴⁸ .

و يؤثر القانونين على النشاط الاقتصادي بصفة عامة ، بينما يختلفان من حيث أنه يضمن قانون حماية المستهلك توازن العقد من خلال السعي إلى استقرار المعاملات القانونية وذلك بالتدخل في إبطال أو تعديل الشرط التعسفي دون إبطال العقد ، بينما يضمن قانون المنافسة توازن السوق من خلال الحفاظ على المنافسة الحرة ، بمنع العراقيل التي تزيل حرية العون الاقتصادي في الدخول إلى السوق ، و حرية المستهلك في اختيار المنتوجات الأكثر جودة والأقل ثمن الأمر الذي يؤدي إلى زوال المتعاملين الاقتصاديين الأقل كفاءة نتيجة المنافسة الحرة النزيمية⁴⁹ .

ويختلف الإخلال بقواعد المنافسة عن السلوك المنافي لمبدأ حسن النية من حيث عدة وأوجه⁵⁰ ، ومن أهمها أن هذا الأخير يمس المصلحة الخاصة وتنطبق عليه قواعد المسؤولية، بينما يمس السلوك المنافي لقواعد المنافسة بالمصلحة العامة المتعلقة خصوصا بتوازن السوق ، ويرتب القانون جزاءات جزائية في مواجهة السلطة العامة⁵¹ .

الخاتمة

إن التحرير الأحادي الجانب للعقود ، كما أنه قد يكون خلاصة خبرة فنية 15 النموذجية أضحي اليوم ضرورة في المعاملات الحديثة وقانونية، وربما خبرة عملية ذات سوابق، وبالتالي فإن وضع هذه العقود له أهميته من جانب توفير الوقت في إعداد العقد في ظل التطورات الحديثة التي أضحت تتسم بالسرعة والوفرة، وسد القصور التشريعي عن حل كل المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود، كما له أيضا أهميته من حيث توحيد الشروط الموضوعية العامة .

وعلى هذا يظهر أن التحرير المسبق للعقد من قبل أحد طرفي العلاقة التعاقدية يتمثل في الممارسة لسلطة واقع، وليس من خلال ممارسة لحق شخصي، ولذلك لا يمكن اعتبار التعسف الوارد في المادة 35 قانون الاستهلاك الفرنسي مجرد تطبيق للتعسف في استعمال الحق.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1-الكتب بالعربية

- محمد السعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق ، الجزء الثاني ، دارهومة ، الجزائر 2011

2-الكتب بالفرنسية

-ANCEL) P ,(Critère et sanction de l'Abu de droit en matière contractuelle ,cahier de droit de l'entreprise.1998 ,

-CATHIARD) A , (L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse éc.

-DEMOGUE , Traité des obligations en général, sources des obligations, T1,ROUSEAU , Paris,1923

-LUCAS de LEYSSAC (C) , Transparence , dépendance et partenariat , Colloque Lille , 1996 , P5 ; (L'èpoque de l'èconomie administrée est révolue [...] La règle de droit ne doit pas peser sur le fonctionnement normal du marché) .

ثانيا: الرسائل والمذكرات

1-الرسائل والمذكرات بالعربية

-الجبارناجي الملاصالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير قدمت في القانون الخاص ، دارالرسالة للطباعة ، العراق ، 1975 .

-عنثري بوزار شهناز ، التعسف في العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر 1 – بن يوسف بن خدة - 2012- 2013 .

2-الرسائل والمذكرات بالفرنسية

Le , (N) CROTEU°26 ,1996 bonn de notion la et adhésion d contrat le dans abusives clause des contrôle Le , fo,RDUSR n-

-GHAZAL) -J-P , (De la puissance économique en droit des obligations , Tome , 1 thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Université de PIERRE MENDES France , Grenoble, 1996 ,

-LASBORDES) V , (Les contrats déséquilibrés , Presses universitaires D'Aix– Marseille. 2000 ,

-PLEGION– ZIKA) C-M , (La notion de clause abusive au sens de l'article 132-1 de code de la consommation , These de doctorat , Droit privé , Université Panthéon-Assas , Paris . 2013 ,

. ثالثا:المقالات

1-المقالات بالعربية

-ارزيل الكاهنة ، الموازنة بين النشاط التنافسي و حقوق المستهلك ، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد 2 ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ،

-رباحي أحمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، عدد5 ، جامعة شلف .

-محمد الشريف كتو ، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 23 ، 2002

2-المقالات بالفرنسية

-DEMOGUE) R , (De la violence comme vice de consentement , revue, dalloz.1914,

-ROUAST) A) , Les droit discrétionnaires et les droit contrôlés , RTD CIV. 1944 ,

-LEFEBVRE Brigitte , la bonne foi : notion protèiforme ,article , revue n . 1996 , 26 °

رابعا:النصوص القانونية

- دستور 96 ، ج ر عدد 76 ، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 .

- قانون 88-01 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988 .

الهوامش:

- 1-CROTEU (N) , Le contrôle des clause abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi ,RDUS , Rn°26 , 1996 ,P21.
- 2-STOFFEL-MUNCK (P) ,L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) , LGDJ , Paris , 2013 , P420 .
- 3
- 4 -CATHIARD (A) , L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse èconomique du contrat , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2006 , P281 .
- 5-DEMOGUE R , (De la violence comme vice de consentement , revue, dalloz , 1914, P. 450
- 6-Idem , P451 .
- 6- الجبارناحي الملاصالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير قدمت في القانون الخاص ، دار الرسالة للطباعة ، العراق ، 1975 ، ص45 .
- 7-GHAZAL (J-P) , De la puissance économique en droit des obligations , Tome 1 , thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Université de PIERRE MENDES France , Grenoble , 1996 ,P23.
- 8-DEMOGUE , Traité des obligations en général, sources des obligations, T1,ROUSEAU , Paris, 1923 ,P21.
- 9-Idem,P21
- 10
- 11-ANCEL (P) , Critère et sanction de l'Abu de droit en matière contractuelle, cahier de droit de l'entreprise, 1998, P 150.
- 12-ROUAST A) , Les droit discrétionnaires et les droit contrôlés , RTDCIV , 1944 , P 144 .
- 13-LEFEBVRE Brigitte , la bonne foi : notion protèiforme ,article , revue n , 1996 , 26 °p4
- 14 -LEFEBVRE B , (Op-cit, P21.
- 15- Idem, P 45.
- 16-CATHIARD A) , (L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE.2006 ,
- 17 -Idem , P66 .

17-تنص المادة 124 مكرر قانون مدني جزائري : (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .)

18-عنثري بوزارشهناز ، التعسف في العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر 1 – بن يوسف بن خدة - 2012-2013 ، ص13 .

20- PLEZION-ZIKA) C-M , (La notion de clause abusive au sens de l'article 132-1 de code de la consommation , These de doctorat ,Droit privé , UniversitéPanthéon-Assas , Paris , 2013 ,P55.

21-اختلف الفقه في تكييف نظرية التعسفي في استعمال الحق، بين رأي يرى انها ليست الى تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية .وانقسم هذا الراي الى اتجاهان ، اتجاه يرى أن التعسفي هو تصرف خارج حدود الحق ، واتجاه اخر يرى أن التعسفي هو تصرف في حدود الحق غير أنه خطأ ذو طبيعة متميزة .ويرى الاتجاه الثاني أن التعسفي يختلف اختلافا كليا عن المسؤولية التقصيرية وانقسم هذا الراي الى اتجاهان ، اتجاه يرى أن التعسف وسيلة اخلاقية تندمج في استعمال الحق ،ويرى اتجاه أخر أن التعسف يتجاوز المبادئ العامة في القانون ، والرأي الراجح فقها هو الراي الأول القائل أن التعسف في استعمال الحق هو خطأ تقصيري ، للمزيد من التفاصيل ، الرجوع الى:محمد مصطفى غازي زيدان، مرجع سابق ، ص 228 .

22-رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن،مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد5، جامعة شلف، ص 352 .
23- رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 21.

24- PLEZION-ZIKA (C-M),Op-cit,P13 .

25- رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 21.

26 -STOFFEL-MUNCK (P) ,L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) ,Op-cit ,P420 .

27- تنص المادة من أمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني : (يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .)

28- عنصري بوزار شهناز ، مرجع سابق ، ص 13.

29 -STOFFEL-MUNCK (P) ,L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) , Op-cit , P420

30-LUCAS de LEYSSAC (C) , Transparence , dépendance et partenariat , Colloque Lille , 1996 , P5 ; (L'èpoque de l'économie admistrée est rèveolue [...] La règle de droit ne doit pas peser sur le fonctionnement normal du marché) .

31- محمد السعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر 2011 ، ص 45.

32 -LASBORDES) V , (Les contrats déséquilibrés , Presses universitaires D'Aix– Marseille. 2000 ,

33 -idem , P. 214 .

34 -STOFFEL-MUNCK) P , (L'abu dans les contrat) essai d'une tehorie , (Op-cit , P420.

35 -LUCAS de LEYSSAC) C , (Op-cit , P85

36 - CATHIARD (A) ,Op-cit , P89.

- 37-سي طيب محمد امين، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك -دراسة مقارنة- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، 2008 ، ص56 .
- 38-سي الطيب محمد أمين ، مرجع سابق، ص56 .
- 39- CATHIARD (A) ,Op-cit, P56 .
- 40-STOFFEL-MUNCK) P, (L'abu dans les contrat) essai d'une tehorie , (Op-cit , P420.
- 41- وتضمنت المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على ثمانية شروط تعسفية ، والتي تتمثل في -اخذ حقوقو/ أو امتيازات لا تقابلها حقوقو/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك).
- 42- LEFEBVRE Brigitte , la bonne foi : notion protèiforme , Article prècité , P47 .
- 43- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 23 ، 2002 ، ص 57 .
- 44- قانون 88-01 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية . ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988
- 45- المادة 37 من دستور 96، ج ر عدد 76 ، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 .
- 46-محمد الشريف كتو ، مرجع سابق ، ص 57 .
- 47-ارزيل الكاهنة ، الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك ، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد 2 ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011 ، ص126 .
- 48-STOFFEL-MUNCK) P, (L'abu dans les contrat) essai d'une tehorie , (Op-cit , P440.
- 49- CATHIARD (A) ,Op-cit, P56 .
- 50-CROTEAU) N, (Op-cit , P425.
- 51-STOFFEL-MUNCK) P, (L'abu dans les contrat) essai d'une tehorie , (Op-cit , P440.