

تكييف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على ضوء قانون حماية المستهلك

د. كريمة برني

أستاذة محاضرة ب

كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري قسنطينة¹

ملخص:

لطالما كانت القواعد العامة التقليدية هي مصدر حماية المستهلك لاحتوائها نصوص متفرقة ومتجانسة لوسائل و قواعد لحماية المتعاقدين الضعيف مما قد يدرجه الطرف الأكثر قوة من شروط تثقل كاهله وتكون السبب في اختلال العلاقة التعاقدية وهذه القواعد جاءت لحماية الطرف الضعيف بصفة عامة سواء كان مهني أو غير مهني ولذلك لكون المحترف في أغلب الحالات له القدرة والدراية الكافية ليحمي نفسه من الشروط التعسفية حتى ولو كان الاضعف اقتصادياً وذلك بأن يتجنب إدراجها في العقود التي يكون فيها طرفاً فيها في حين أن المستهلك دائماً يقع ضحية هذه الشروط.

الكلمات المفتاحية:

حماية المستهلك- العقد- الشروط التعسفية

Résumé :

Les règles générales traditionnelles sont une source de protection du consommateur lorsque leurs textes épars et homogènes contiennent des règles et des mécanismes destinés à protéger un contractant faible des conditions qui pèsent sur la partie la plus forte de la relation contractuelle et qui entraînent de Perturbation.

Ces règles visent à protéger la partie faible en général, qu'elle soit professionnelle ou non professionnelle, car dans la plupart des cas, le professionnel a la capacité et les connaissances nécessaires pour se protéger des clauses abusives en évitant d'être inclus dans les contrats auxquels il est partie, contrairement au consommateur qui en est toujours victime.

Mots clés :

protection du consommateur- contrat- clauses abusives.

مقدمة:

مع ظهور المؤسسات الإنتاجية والخدمية الكبرى، وتنامي الإنتاج المكثف تراجع مبدأ حرية التعاقد، ليحل محله صيغة الشروط العامة المدرجة في عقود الاستهلاك، بعيداً عن مبدأ المساواة. ومستغلة ما تحوزه من نفوذ اقتصادي واجتماعي، ذهبت تلك المؤسسات إلى تضمينها ما تشاء من بنود والشروط التعسفية¹، التي تطل ضمان المستهلك بالنقصان، أو الإلغاء، أو التحديد من حقه في التعويض. وإذا كان العقد قد عرف مجموعة من التحولات نتيجة تأثره بالعناصر الخارجية عنه حيث أثرت في تنظيمه وفلسفته، فالعقد يقوم على الإرادة، باعتبارها صاحبة السلطة في إنشاء الالتزام وتحديد أثاره ونطاقه²، وبالتالي فإن العقد من خلال تكوين المنطق الكلاسيكي يلائم الطبيعة الاقتصادية، حيث الإرادة تتكون من الإيجاب والقبول، والاقتصاد يقوم على قانون العرض والطلب في حدوده الطبيعية، وبذلك أصبح العقد بمفهومه التقليدي مبني على مبدأ كل ما هو تعاقدى فهو عادل، غير أن كل ما هو تعاقدى ليس بالضرورة عادل، حيث تبقى مجرد قرينة تم قبولها لأن الفرد يعتبر قادراً على الدفاع عن مصلحته الاقتصادية³ وهذا يفترض المساواة ما بين المتعاقدين سواء من ناحية الاقتصادية أو القانونية.

ونظراً للتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي سمحت للنظام العام بأن يظهر في شكله التقليدي كقيد مفروض على الروابط التعاقدية حيث برز من خلال تدخل المشرع الجزائري وتكريسه لمبدأ "حرية التجارة والاستثمار"⁴ في دستور المعدل سنة 2016 في نص المادة 43 ومختلف النصوص القانونية التي تلت صدوره هذا من جهة، ومن جهة أخرى أصبح العقد في الغالب إلى أن يجد مركز له في قانون السوق، بصدوره مباشرة أو غير مباشرة، فأصبح له بعد جماعياً لأنه وسيلة لتنظيم المعاملات الاقتصادية تحقق منفعة عامة داخل السوق، ولم يعد العقد بمفهومه الحديث بين طرفين فحسب بل أصبح يمتد لأطراف أخرى متعددين يهمهم حسن سير القانون العرض والطلب، وهذا يبرز خصوصية القانون الاقتصادي الذي يفرض تدخل أطراف غير الدائن والمدين للحفاظ على حرية المنافسة وهو ما يطلق عليه بالنظام العام التنافسي، ومن هنا يتضح أنه ليس هناك أي تعارض بين الحرية التعاقدية وتنظيم المنافسة، ومن هنا فالحرية الاقتصادية أدت إلى ظهور الحرية التعاقدية⁵ والتي تقوم على ثلاث عناصر تعكس مثالية العقد هي: حرية الفرد في التعاقد، وحرية في اختيار من يتعاقد معه، وكذا له الحرية وضع ما يشاء من

¹ - قادة شهيدة، المسؤولية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 266.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المجلد 1، منشورات حليبي، بيروت، 1998، ص 267.

³ - عزي الدين عيساوي، العقد كوسيلة لضبط السوق، ورقة مقدمة للملتقى الدولي، الاتجاه نحو الطابع التعاقدى للعلاقات القانونية، مخبر قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 24/23 أفريل، سنة 2006، ص 59.

⁴ - أنظر المادة 43 من دستور المعدل 2016 والتي نصت "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون".

⁵ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الهومة للنشر والتوزيع، 2010، ص 49.

بنود تعاقدية بالاتفاق مع الطرف الآخر، بعدما كان هذا مبدأ "الحرية الاقتصادية" مكرسا في القانون المدني الجزائري¹ وواضحا في أغلب الأحكام المنظمة للعقد.

وفي هذا الصدد عمل المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 06 من قانون رقم 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة بموجب القانون 05/10 الحظر على جميع الأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة المعرقلة وجميع الممارسات المنافسة للمنافسة²، كما تفتن هذا الأخير لضرورة حماية المستهلك للممارسات التعاقدية التعسفية، حيث أصدر أول نص يكرس للمستهلك بالذات الحماية من الشروط التعسفية بمقتضى قانون رقم 02/04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية³.

ومن وجهة نظرنا نعتقد بأن خصوصية المستهلك، وأهمية الدور الذي يقوم به في المنظومة القانونية، من خلال وظيفة الاستهلاك، تعتبر من أهم المعايير المحددة للحماية القانونية، التي فرضت على المشرع التدخل لتحقيق التوازن ما بين أطراف العلاقة الاستهلاكية ضمن قانون حماية المستهلك⁴، وهو الأمر الذي يحيلنا على الأهمية القانونية لموضوع الاستهلاك التي تكمن في ضرورة البحث عن حلول عقدية لحماية المستهلك من تعسف المهني خلال كل مراحل العقد، وتأسيسها انطلاقا من نصوص قانون الالتزامات والعقود باعتباره الإطار العام الذي يحكم مجال التعاقد. وبالموازاة كذلك مع النصوص التشريعية الحمائي للاستهلاك⁵ وباقي القواعد الخاصة.

وبناء على ما سبق ذكره، تعتبر حماية المستهلك من الشروط التعسفية، من المواضيع القانونية الهامة ذلك بسبب اتساع نطاق العقود الاستهلاكية في المجتمع، والمشرع الجزائري لم يكتفي بالإحكام العامة الموجودة بالقانون المدني، بل حاول ضمان حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها عقود الاستهلاك بموجب قانون 02/04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/06 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ولمعالجة موضوعنا " تكييف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على ضوء قانون حماية المستهلك " سنقوم بمقاربة مبنية على معالجة طرق مواجهة الشروط المألوفة ذات الطابع التعسفي في التشريع الجزائري ضمن **المبحث الأول** ثم نتطرق لدراسة مركز الشروط المألوفة في التشريع الجزائري لحماية المستهلك في **المبحث الثاني**.

¹مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص فرع حماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2015، ص104.

²أنظر المادة 06 من قانون رقم 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة بموجب القانون 05/10

³قانون رقم 06/10 المؤرخ في 15/08/2010 المعدل والمتمم للقانون 02/04 المؤرخ في 03/04/2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية

⁴أنظر قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المادة 13، ج، ر، ع 15 لسنة 2009.

⁵نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرشاد سطات، المغرب، 2014، ص76.

المبحث الأول: طرق مواجهة الشروط المألوفة ذات الطابع التعسفي في التشريع الجزائري

أضحى موضوع حماية الطرف الضعيف عقدياً، هاجس معظم التشريعات بسبب انتشار العقود التي تتفاوت فيها المراكز بين المتعاقدين، وتناؤى بالتراضي عن معناه الحقيقي في النظم القانوني، وانطلاقاً من أن المستهلك هو الطرف الضعيف في مواجهة البائع كونه يستقل بصياغة البنود العقد وتضمينه ما شاء وفقاً لما يتلائم مع مبتغاه¹، فإن هذا الأخير يعتمد على أسلوب عدم التماثل في الحقوق والالتزامات، إذ يزيد من الحقوق التي حتماً سوف تزيد من التزامات المستهلك في المقابل².

ومن الجدير بالإشارة هنا، أن التعريف المحدد والدقيق للشروط التعسفية بالصورة التي توصل إلى صياغتها الفقه والقضاء، كرسه القانون الفرنسي، كان مفتقداً في القانون المدني الجزائري والذي كان على حالة من الثبوت والوقوف عند مفهوم الكلاسيكي والضيق لعقد الإذعان، على غرار التشريع المصري³.

وفي هذا الصدد، نصت المادة 70 من ق.م.ج " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة. "، كما أوردت المادة 110 من نفس القانون عبارة الشروط التعسفية والتي ربطتها بعقود الإذعان دونما تحديد لها.

أما بعد صدور القانون 2004 الصادر في 23 جوان 2004 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن الأمر قد يخالف طالما أن الفصل الخامس منه في مادته 29 نص على حالات التي يمكن اعتبارها وضعيات تعسفية، والتي نعتقد أنها وردت على سبيل المثال، طالما أن المادة 30 من ذات القانون قد أحالت على تنظيم لاحق إمكانية تحديده العناصر التعسفية، بل إعطاء للقاضي فرصة أمامه لتقدير وضعية الهيمنة والتعسف⁴.

وكما ذكر سابقاً لحالات التي يمكن اعتبارها وضعيات تعسفية، فقد استقر الأمر على ضرورة النظر إلى بنود العقد في مجملها للحكم على مدى توازنه وهذا ما تبناه قانون رقم 02/04 صراحة على تعريفه للشرط عند تقدير التعسف، وذلك يصب في مصلحة المستهلك إذ أن الشرط بمفرده قد لا يؤدي إلى إخلال ظاهر التوازن العقدي⁵، لكن باقترانه بنود وشروط أخرى يصير اختلال التوازن في العقد الظاهر، وهذا ما تؤكدته المادة 29 التي نصت على صوراً مختلفة لمضمون الشرط التعسفي.

¹ - نور الدين الرحالي، المرجع السابق، ص 45.

² - سيد محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دار المنشأة لمعارف، الاسكندرية، مصر، ص 190.

³ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1997، ص 246.

⁴ - وهو ما يتقاطع مع نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري، المذكور أعلاه.

⁵ - جمال النكاس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في قانون المغربي، مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات، العدد 161، 22 أبريل 2017.

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق لدراسة صور التعسف التعاقدية من خلال البنود والشروط وفقا لقانون 02/04 المعدل والمتمم والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في **المطلب الأول** ثم نعرض لدراسة صور التعسف التعاقدية من خلال تحديد عناصر الأساسية للعقود وفقا لمرسوم التنفيذي 306/06 ضمن **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: صور التعسف التعاقدية من خلال البنود والشروط وفقا لقانون 02/04 المعدل والمتمم والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

لم ينظم المشرع الجزائري الشروط التعسفية في العقود المبرمة ما بين المستهلك والمحترف بموجب نصوص خاصة إلا غاية سنة 2004 بموجب قانون 02/04 المعدل والمتمم وأقر له فصلا كاملا للممارسات التعاقدية التعسفية ضمن المادة 29 في مضمون الشروط التعسفية¹ وتليها المادة 30 التي عرفت بتفصيل بموجب المرسوم التنفيذي² رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

في هذا السياق، نصت المادة 29 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على بعض الصور التي قد يمارسها المهني وقد ينتج عنها اختلال في توازن العقدي، ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف ليس بيده إلا الخضوع للتعاقد وهي ثمانية شروط اعتبرها تعسفية وهي شروط حسب صياغة المادة والتي نصت: " تعتبر بنود أو شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير، من استقرار نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالبائع هل هو البائع المهني أم البائع العادي أو العرضي، ربما رغبة منه في توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية، وتوفير الحماية الجدية للمستهلك من جهة، ومن جهة أخرى³ تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- 1- أخذ حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها المستهلك.
- 2- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو ميزات المنتج أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- 3- فرض الالتزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو والبائع بشروط يحققها متى أراد.
- 4- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام في ذمته.

¹ - سلمى بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية، مذكرة ماجستير، تخصص عقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، باتنة، 2014، ص 86.

² - المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10/09/2006 الذي يحث العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج، ر، ع، 56، لسنة 2006.

³ - علي بولحية بوخميسي، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، 2000، ص 132.

5- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة.

6- التفرد بحق تفسير لشروط أو عدة شروط من العقد.

7- أو التفرد لاتخاذ قرار البث في مطابقة الهملية التجارية لشروط التعاقدية.

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

وبناء على ما ذكرناه سابقا، خاصة في الشرط الأول فقد نصت بالمقابل المادة 203 من القانون المدني الجزائري¹ " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل ممكن وقوعه " وهو نص لا يرتب أي قيد سوى أن يكون ممكن التحقق، ونصت المادة 204 من ق.م.ج " أن يكون غير مستحيل والظاهر أنه رغم أن المشرع لم يرى أي مانع من تعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ إلا أنه اعتبره بالمقابل في قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تعسفا.

وكل شرط يتحمل بموجبه المستهلك التزامات فورية، في حين أن تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق البائع متروك بمحض تقديره. وهو ما يحيلنا إلى نص المادة 205 من ق.م.ج التي نصت على " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم."

وباستقراء نص المادة 29 من قانون 02/04 المعدل والمتمم، أن المشرع الجزائري غلب في هذا القانون عقد البيع على باقي العقود واعتبره الأصل التي تندرج ضمن موضوع ممارسات التجارية الخاصة بعد تعديل المادة الثانية التي أضافت عقود متعدده مما أخل بتوازن مواده.

ومن الجدير بالإشارة هنا، نرى أن المشرع الجزائري قد حصر تطبيق نص المادة 29 على عقود البيع فقط دون العقود الأخرى، على خلاف المشرع الفرنسي الذي عمم تطبيق نص المادة 132 من قانون الاستهلاك على كل العقود سواء كانت بيعا²، إيجارا، تأمينا، قرضا، فإنه لم يشترط شكلا معينا من العقد، وعليه، فهذا التحديد من طرف المشرع الجزائري يقصر من حماية المستهلك باعتبار أن هذا الأخير قد يبرم مع المهني عقودا أخرى بكل أشكالها وليس عقود البيع فقط، كما أن هذا التحديد يعني استبعاد عقود تقديم الخدمات في حين أن المستهلك قد يتعرض لتعسف المهني³ في هذا المجال

¹ أنظر المواد 203 و 204 من قانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن القانون المدني، ج، ر 78 الصادر بتاريخ 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05

² سلمى بن سعدي، المرجع السابق، ص 96. وفي نفس النطاق أنظر إيمان بشوارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العود المدنية، كلية الحقوق، جامعة العربي بن المهيدي، أم البواقي، 2012/2011، ص 132.

³ إيمان بشوارب المرجع السابق، ص 156.

المطلب الثاني: صور التعسف التعاقدى من خلال تحديد عناصر الأساسية للعقود وفقا لمرسوم التنفيذي 306/06

إضافة إلى ما نصت عليه المادة 29 من القانون السابق ذكره، نجد أن المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 في الفصل الثاني المعنون بالبنود التي تعتبر تعسفية جاءت بقائمة أخرى للشروط التعسفية فقد تضمنت على 12 شرطا تعسفيا وهي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في قانون 02/04 فهي ملزمة للأطراف العلاقة التعاقدية، إذ يمنع العمل بها في العقود المبرمة مابين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين، كما أنها ملزمة للقاضي لأنها تبعد سلطته التقديرية¹ حول طابعها تعسفي.

وإنّ التوقف عند صياغة المادة 05 من المرسوم التنفيذي يوضّح لنا هذه الممارسات كآتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود وقد تم التطرق لمقصود بها سابقا.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، وبدون تعويض المستهلك.
- عدم سماح للمستهلك في حالة وقوع قوه قاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- يتحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.
- التخلي عن مسؤولية بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك وفي حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- ويبدو من ظاهر هذه البنود أنها في أغلبها تتفق مع ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون 02/04، ومن المهم الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري وفي سياق القواعد العامة أنه يجوز:

" أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق² ويكون محققا وشرعا بذات الصيغة إذا كان هناك تقابل الحقوق والالتزامات ففي غياب صفة الأخيرة كيفها المشرع على أنها ممارسة تعاقدية تعسفية ترهق المستهلك.

ومن ناحية أخرى، تحمل الفقرة المذكورة أعلاه سابقا، " يحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والإتعايب المستحقة بغرض تنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

والملاحظ على صياغة المادة أنها تحمل في مضمونها صحة الشرط كمبدأ عام لو استقام من خلال "العقد شريعة المتعاقدين" وبأن تتقابل فيه الالتزامات، بالمعنى المخالف يكون الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على التعويض¹ إذا كلن نفس الشرط واقعا على عاتق البائع.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 198.

² أنظر المواد 176, 181, 182 من ق.م.ج المعدل والمتمم

كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 306/06 فقرة مؤكدة تتعلق بانحلال العقد هي واردة ضمن الفقرة الرابعة من نص المادة 05 " عدم سماح للمستهلك في حالة قوة قاهرة بفسخ العقد, إلا بمقابل دفع تعويض", ويختلف هذا الشرط التعسفي عن ذلك الذي جاء ضمن فقرة السابعة من المادة 29 من قانون 02/04 أن تعتبر شرطا تعسفيا إذا حرم المستهلك من فسخ العقد نتيجة إخلال العون الاقتصادي بالتزام أو عدة التزامات في ذمته².

وعلى العموم, نستطيع القول بأن المشرع الجزائري وأمام عجز القواعد العامة في كفالة الحماية اللازمة للمستهلك في مواجهة البنود التعسفية, عززها المشرع بقواعد خاصة, حيث سعى إلى مكافحة هذه البنود في عقود الاستهلاك, سواء من خلال كل من قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم, وكذا المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم.

المبحث الثاني: مركز الشروط المألوفة في التشريع الجزائري لحماية المستهلك

إذا كانت فكرة حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية ليست بالحديثة على اعتبار أن الاختلال بالتوازن بين الطرفين المتعاقدين, يعدّ غير لائق قانونا وأخلاقا, كونه سيقضي إلى التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي حيال المستهلكين, فإن الاهتمام التشريعي بها في فرنسا يرجع فقط إلى القانون الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين, والذي أنشأ لجنة الشروط التعسفية, والتي وُكلت لها مهمة بالبحث عن الشروط التي يمكن اتسامها بالصفة التعسفية³, ثم أخيرا القانون 96/95 والذي نقل إلى القانون الفرنسي التوجيه الأوروبي 13/93 الصادر في 1993/04/15, الخاص بالشروط التعسفية.

أما في الجزائر وإلى غاية صدور القانون 2004 لم تكن هناك نصوص خاصّة بالشروط التعسفية, إلا إذا استثنينا بعض الأحكام المتصلة بالفكرة من بعيد, والمنصوص عليها في القانون المدني الجزائري⁴ المادتين 70 و110.

إن التطبيق السليم لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العلاقة التعاقدية تشكل ضمانا قوية لاستقرار مركز الطرف الضعيف, وحماية له من تعسف المهني في تعديل البنود المتفق عليها في العقد⁵, غير أنها قد تشكل في نفس الوقت عقبة في طريق تطور المشروع الاقتصادي الذي يهدف المهني إلى تحقيقه, لكونه تحول دون قيام المهني بأي تعديل في العقد في الوقت الذي تقتضي فيه

¹- محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني- نظرية العامة للالتزامات, دراسة مقارنة في القوانين العربية, دار الهدى, عين مليلة, الجزائر, 2012, ص 46.

²- عز الدين عيساوي, المرجع السابق, ص 112.

³- قادة شهيدة, المرجع السابق, ص 267.

⁴- محمد بودالي, الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, سيدي بلعباس, 2003, ص 263.

⁵- نور الدين الرحالي, المرجع السابق, ص 78.

المصلحة الاقتصادية إجراء هذا التعديل¹, خاصة إذا تغيرت الظروف السائدة وقت إبرام العقد والتي كانت محل اعتبار بين المتعاقدين.

وعلى هذا الأساس, فإن أعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين- في بعض الحالات تحول دون قيام المهني بأي تعديل في العقد, ما لم يوافق عليه الطرف الضعيف خصوصاً في حالة التعديل الجوهرى للعقد².

وفي ظل هذه المعطيات, سيتم تسليط الضوء على التكيف التشريعي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في **المطلب الأول** ثم دراسة وتحليل تكيف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على ضوء قانون حماية المستهلك³ في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: التكيف التشريعي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

إن العقود المعدة مسبقاً في التحرير والتي لا غنى عنها في نطاق التوزيع والإنتاج تقدم العديد من المزايا و المكتسبات للمشاريع الاقتصادية, كما أنها تضمن في نفس الوقت معاملات سريعة وتشكل خطورة على وضعية المستهلك وحقوقه.

وقد خول المشرع للقاضي الحق في إبطال العقد حسب سلطته وتقديره, وهذا ما يستفاد من نص المادة 110 من ق.م.ج على أنها أداة قوية في يد القاضي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقودهم مع المهنيين⁴, وللقاضي سلطة- لا معقب عليها من محكمة النقض- لتقدير ما يُعد شرطاً تعسفياً,

ويترتب على ذلك أن المستهلك يذعن تماماً للعقد, ويقبل كل الشروط المتضمنة فيه, بفعل الثقة التي يضعها المستهلك في المهني, وبالتالي تكون هذه الفئة معرضة للفقدان لكون العقود التي تتم صياغتها والتي يظهر بأنها تمت بشكل واضح تكرر وضعها مهيمناً للمهني على حساب المستهلك.

وعليه, فإن مواجهة الشروط المألوفة ذات الطابع التعسفي تمثل في حد ذاتها حماية للمستهلك ولاختياراته التعاقدية, وفي نفس الوقت الآن حماية للمعاملات والاقتصاد برمته.

وتتم مواجهة الشروط التعسفية في مجال الاستهلاك عبر مستويات عديدة, نذكر منها:

- إعطاء المستهلك صورة واضحة عن العقد المراد إبرامه, وإبراز ما يحتويه العقد من شروط تقع على عاتق المستهلك توضيحاً كافياً,

1- أحمد محمد الرفاعي, المرجع السابق, ص143..

2- جمال فاخر النكاس, الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات, دراسة في قضاء الكويتي, مجلة الحقوق, العدد 2, 1999, ص203.

3- قانون رقم 03/09, المرجع السابق,

4- شهيدة قادة, المرجع السابق, ص257.

- تضيق المجال أمام المنتج المحترف لاستغلال ما يتمتع به من قدرات فنية واقتصادية, وذلك بفرض شروط تعسفية يكون المستهلك ضحية لها.

والملاحظ أن القواعد العامة للقانون المدني تهيمن عليها فلسفة "مبدأ سلطات الإرادة", ذلك أن الالتزامات الناشئة عن العقد تكون عي شريعة المتعاقدين.

ومن جهة أخرى, يترتب عن ذلك أن الالتزامات الناشئة عن المتعاقدين تعد قانوناً, وبالتالي لا يمكن للمتعاقد أن يتحلل من التزام كان طرفاً فيه, مادام أن هذا الالتزام يعد في حد ذاته قانوناً¹.

كما تترتب عن ذلك أنه يتمتع على القاضي أن يتدخل في تعديل العقد طالما كانت عبارته وشروطه واضحة وصريحة. ولا يعتر بها أي غموض, وطالما أن شروط العقد غير صحيحة² مخالفة للنظام العام.

ودفع هذا الانشغال, الفقه والقضاء الفرنسي, إلى إقرار العادلة التعاقدية في إبرام العقود هامة وعقود الاستهلاك خاصة ضمن نصوص القانون المدني الفرنسي³, ووضعت الإطار العام لمواجهة الشروط التي قد تضر بالمركز القانوني للطرف الضعيف عقدياً, وبالرجوع إلى المادة 1162 من ق.م.ف, تسمح للقضاء بتفسير الشك في عبارات العقد لمصلحة المدين, والشك هنا عدم إمكانية تحديد النية المشتركة لأطراف العقد.

وعلى هذا الأساس, فإن أعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين- في بعض الحالات تحول دون قيام المهني بأي تعديل في العقد, ما لم يوافق عليه الطرف الضعيف خصوصاً في حالة التعديل الجوهري للعقد⁴.

لذلك نجد أنه من مصلحة الطرف الضعيف التمسك بالقوة الملزمة للعقد, ورفض أي تعديل يرى في انتقاص من حقوقه, كما أنه من حق الطرف القوي التمسك بسلطته وإجراء أي تعديل تفرضه مصلحته وعلى هذا الأساس, فإن الإشكال في هذا الموضوع يتمثل في محاولة تكييف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين, على نحو يسمح للمهني بتعديل عناصر العقد في حدود معقولة و بضوابط معينة.

ولن يتأتى هذا التكييف إلا من خلال التوفيق بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وما يقتضيه من عدم إمكانية تعديله بالإرادة المنفردة⁵ لأي من طرفيه.

¹- ياسين ابن خلدون, حماية المستهلك من الشروط التعسفية, مقال منشور بالمجلة الحقوق والحريات, المغرب, العدد 196, لسنة 2014.

²- محمد الشريف كتو. حماية المستهلك من الممارسات المناهضة للمنافسة, مجلة المدرسة الوطنية للإدارة, الرباط, 2002, ص 54.

³- ابد الله جليل, الشرط المستحيل والمخالف النظام العام في القانون المدني, المطبعة العالمية, القاهرة, 1987, ص 34.

⁴- جمال فاخر النكاس, الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات, دراسة في قضاء الكويتي, مجلة الحقوق, العدد 2, 1999, ص 203.

⁵- عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, ص 198.

فمن الواضح أنَّ مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس قاعدة الأصل في المعاملة البراءة: أي أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة "، فإذا وجد من يدعي خلافا لهذا الأصل أن يثبت ذلك، وهذا ما يمنح للقاضي إمكانية تفسير العقد¹.

وعليه، فإن الشروط التعسفية غالبا ما تكون في العقد غامضة وغير واضحة يلجأ إليها المهني المحترف إلى استعمال مفردات تجعل من الصعب على المستهلك أن يدرك محتواها، لأنها غير محددة المعاني بشكل دقيق.

المطلب الثاني: تحليل تكييف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على ضوء قانون حماية المستهلك

إن الاتجاه التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة كما هو متعارف عليه في معظم التشريعات لا يخول للقاضي أي دور في تعديل العقود، بل هو ملزم لاحترام مستلزمات الرابطة التعاقدية، وهذا ما جاء في نصوص قانون الالتزامات والعقود، وبالتالي لا يجوز للقاضي تصحيح شروط العقد، بل إن مهمته تنحصر في السهر على تنفيذ السليم، وفق الشكل الذي نص عليه القانون.

وبالمقابل في التشريع المقارن، نجد في فرنسا وبعد صدور القانون 23/78 في 10 جانفي 1978 والمتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ربط المشرع الفرنسي إلغاء الشروط التعسفية بصدور مرسوم، وبعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية وما يسجل هنا هو عدم توحيد الحلول في هذا الصدد، حيث أن هناك البعض من الشروط صدرت مراسيم باعتبارها كذلك²، والبعض الآخر صدرت لشأنها توصيات باعتبارها تعسفية، ولعل هذا الوضع يمثل وإلى يومنا هذا، بعض من الحرج، بالنسبة لدور القضاء في إبطال وإلغاء ما يُعد شرطا تعسفيا.

ويبدو أن أهم ما استحدثه القانون الجديد 95/ 96 ولمقتضى نص المادة الخامسة هو منحه القاضي طرق متعددة بغية الوصول إلى الصفة التعسفية، فالتقدير قد يتخذ كأساس له من المواد 1156 إلى 1163 من القانون المدني الفرنسي³، فمن الواضح أن القاضي في تقديره يرجع إلى كل الملابسات والظروف المصاحبة لإبرام العقد، ليتبين له عنصر الإذعان، وهذا ما يعطي الانطباع بأن قانون الاستهلاك الفرنسي لم يحدد قطيعة مع الأحكام الكلاسيكية للقانون المدني.

وفي الجملة فإن النظام القانوني الفرنسي، وبعد صدور القانون السالف الذكر أصبح يوسع من سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية، إما لأنها واردة في تنظيم المرسوم، وبعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، أو بالرجوع إلى القائمة الواردة في قانون الاستهلاك، وهو ما قد يعني توسيع في قائمة الشروط التعسفية.

ومن المناسب الإشارة إليه في هذا الصدد، ما استقر عليه المشرع المغربي في نطاق السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الطابع التعسفي، وتكييف الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

² قادة شهيدة، حدود التوجه التعاقدية في مجال المنافسة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، سنة 2007، ص 102.

³ راجع في هذا الصدد، محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص 254.

توقع على المستهلك ضحية لها¹, وبالتالي الحكم بإبطالها, أي إبطال الشرط مع إبقاء على العقد قائما ومنتجا لأثاره.

وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الاختصاصات الممنوحة للقضاء في مسألة تكييف الشرط التعسفي, تصل مقيدة بالتعريف الذي وضعه المشرع للشرط التعسفي الذي جاء به قانون الاستهلاك.

ولاشك أن أفضل حماية يمكن توفيرها على المستوى القانوني للمستهلك عن وقايته قبل وقوع ضحية هذه الشروط التعسفية.

وفي غياب- يكاد يكون شبه تام- لهذا المنطق من الحماية في القانون المدني, فإنه على الأقل يجب تمكين المستهلك من الوسائل التي تساعد على معرفة فحوى الشروط التي يتضمنها العقد الذي يوقع عليه, خاصة وأن عقود الاستهلاك تزداد كما وكيفا مع السرعة التي يشهدها تطور مجال السلع والخدمات.

فمن الواضح إذن, أن إمكانية إعمال الشروط المألوفة في العقود بما يجعلها حجة فيما ترتبه من آثار على المتعاقدين, يتوقف على مدى تحقق شرطين اثنين, يتمثل الأولها: بعوامل المخلة للعقد, ويتحدد تبعاً لها مضمونه من خلال بيان النية المشتركة للمتعاقدين², ويستند ثانيهما على عوامل خارجة عنه تقوم على ما يحدده النظام العام والنصوص القانونية الآمرة من نطاق ما يجوز لإرادتهما الاتفاق عليها.

وعليه, فإن الشرط المألوف في العقد لا يكفي بحد ذاته للأخذ بلزوم تطبيق ما يقضي به من حكم إن كان يتعارض في مضمونه مع ما حددته النية المشتركة للمتعاقدين, حيث يتم تحديد هذا المضمون لاستقراء مفهوم الشرط المألوف من خلال ما يفهم من باقي عبارات العقد وشروط الأخرى التي توضح هذه النية, ومن جهة أخرى, فإنه لما كان يحق للمتعاقدين أن يضمّنوا عقدهم من الشروط, وأن يحددوا نطاقه بما تتفق عليه إرادتهم استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين, فإن هذا الحق مقيد بعد مخافة الإرادة للنظام العام والآداب العامة والنصوص القانونية التي تحكم وتنظم العلاقات بين الأفراد³, والتي يتحدد تبعاً لها مدى إمكانية تحقيق العقد لأثاره من عدمه من خلال اعتباره صحيحاً أم باطلاً, واستناداً لتوافر شروطه العامة التي يفرضها النصوص القانونية المنظمة للمعاملات التعاقدية ذات الطبيعة الاستهلاكية.

ونرى أن حرية التعاقد قد تحمل قيوداً كثيرة وشديدة في العقود المبرمة, خاصة تلك المتعلقة بشقها السلبي وهو حرية عدم التعاقد, فظهرت صور للعقود الجبرية التي ترغم الشخص على إبرامها: كعقود التأمين الإجباري من المسؤولية على حوادث السير وعقود بيع السلع الضرورية.

¹- أنظر المواد 18 و 163 من قانون 31/08 المتعلق بحماية المستهلك, نقلاً على نورا لدين لرحالي, المرجع السابق, ص 38.

²- جمال فاخر النكاس, المرجع السابق, ص 176.

³- أحمد محمد الرفاعي, المرجع السابق, ص 302.

فالبين إذن، من المواقف السالفة الذكر، وبالرغم من تراكم التشريعي وحي القضاء والفقه بخصوص هذه المسألة، تبقى عملية تحديد وارتباط قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أنه لا يمكن لأي من أطراف أن يتصل عما التزم به في العقد، ولا يغير أو يتم أو يعدل بإرادته المنفردة، بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما التزم به، وعلى القاضي احترام اتفاق المتعاقدين وأن يلزم بتطبيقه، لذا يقتضي على كل متعاقد أن ينفذ بصورة كاملة وليس جزئياً، فالقوة الملزمة للعقد تقضي على كل متعاقد أن ينفذ العقد كلياً، وأن تترتب آثاره بصورة كلية حماية للطرف الضعيف، وتجنباً للمساس بمبدأ استقرار المعاملات.

خاتمة :

إن محور اهتمامنا في هذه الدراسة، هو المستهلك، من خلال البحث الجاد عن حماية إضافية من خلال النص القانوني، بناء على الدعامات والأسس المنطقية والثابتة بمقتضى القواعد القانونية، كما أننا نقر بوجود صعوبة للوصول إلى خاتمة في الموضوع الذي يكشف كل يوم عن إشكاليات جديدة، تبحث لها عن إجابات، بيد أنها قد تحول دون تمكين المستهلك من حماية كافية لحقوقه،

ونعتقد أن كل هذه المساعي والتنظيمات القانونية استنتج عنها الرجوع عن بعض المبادئ العامة للعقود التي لا توفر حماية كافية للمستهلك الطرف الضعيف في العلاقة الاقتصادية وبالتالي إقرار مجموعة من الحلول القانونية البديلة التي تراعي مختلف مصالح العامة، والمستهلك بصفة خاصة والكفيلة بإعادة التوازن بين النظام العام والنظام العام الاجتماعي، كما أننا نستطيع القول بأن من إيجابيات ومحاسن التي جاء بها قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، إذ أصبحت العقود تبرم للأغراض الاستهلاكية في الوضع الراهن تؤثر تأثيراً كبيراً على نظرية العامة للعقد ومبادئها التي استقر عليها الفقه والتشريع منذ القدم، إلا أن هذا لن يقعدنا عن الوقوف على بعض الاقتراحات التالية:

- إلزامية التدخل لتنظيم علاقات الاستهلاك بموجب قواعد قانونية أمرة، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها.

فقانون الاستهلاك، وهو يسعى إلى حماية الطرف الضعيف عقدياً لا يمكنه أن يصل إلى غايته إلا إذا كانت قواعده أمرة، فبدون هذه الصفة، يستطيع المهني في مركز اقتصادي قوي أن يفرض شروطه على المستهلك، حتى ولو كانت تتضمن انتقاصاً لما يقرره له القانون من حقوق وواجبات.

وعليه، فإنه وبناء على هذه الصفة الأمرة لقواعد قانون الاستهلاك، فإن حرية كل من المهني والمستهلك، تعتبر حرية مقيدة في جميع مراحل التعاقد، سواء عند إبرام العقد، أو أثناء تنفيذه و عند الانتهاء منه.

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لسن قانون ينظم عقد بيع استهلاكي بمقتضيات قانونية تميزه عن عقد البيع العادي, سواء من حيث كيفية إبرامه, أو من حيث خصوصية أطرافه, فيجب الأخذ بعين الاعتبار أن المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد يختلف عن باقي المتعاقدين, فهو لا يتعاقد لأغراض مهنية, ويذعن للعقد الذي حرره المهني, مما يجعله عرضة للمساس بمصالحه التعاقدية, ويؤدي في نهاية المطاف إلى عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات الطرفين على حساب المستهلك.

- ضرورة تحين وتطوير أحكام القانون المدني, وجعل النظرية العامة للالتزامات والعقود تتماشى في مضمونها والمتغيرات المناخ التجاري, فيما يخص النظام العام التعاقدى, بشكل عام وعقود الإذعان بشكل خاص.

قائمة المراجع و المصادر

- النصوص القانونية و التنظيمية :

- قانون رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم

- قانون رقم 06/10 المؤرخ في 15/08/2010 المعدل والمتمم للقانون 02/04 المؤرخ في 03/جوان/2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية

- قانون رقم 03/09 المؤرخ غي 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش, المادة 13, ج, ر, ع 15 لسنة 2009.

- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10/09/2006 الذي يحث العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية, ج, ر, ع 56, لسنة 2006.

الكتب:

- قادة شهيدة, المسؤولية للمنتج دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2007

- عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, مصادر الالتزام, ج1, المجلد 1, منشورات حلبي, بيروت, 1998

- محمد بودالي, الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري, دراسة مقارنة, دار الهومة للنشر والتوزيع. 2010,

- نور الدين الرحالي, التطبيقات العملية في قضايا الاستهلاك, مكتبة الرشاد سطات, المغرب, 2014

- سيد محمد سيد عمران, حماية المستهلك أثناء تكوين العقد, دار المنشأة لمعارف, الاسكندرية, مصر

- أحمد محمد الرفاعي, الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي, دار النهضة العربية, 1997

- علي بولحية بوخميسي, القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري, دار الهدى, 2000.

- محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني- نظرية العامة لالتزامات, دراسة مقارنة في القوانين العربية, دار الهدى, عين مليلة, الجزائر, 2012

الرسائل و المذكرات:

-محمد بودالي, الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, سيدي بلعباس, 2003.

- سلمى بن سعدي, حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الاستهلاك, مذكرة ماجستير, تخصص عقود والمسؤولية المدنية, كلية الحقوق, باتنة, 2014.

-مولود بغدادي, حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك, مذكرة ماجستير, تخصص فرع حماية المستهلك, كلية الحقوق, جامعة الجزائر, 2014/2015,

المقالات

-جمال فاخر النكاس, الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات, دراسة في قضاء الكويتي, مجلة الحقوق, العدد2, 1999

- ياسين ابن خلدون, حماية المستهلك من الشروط التعسفية, مقال منشور بالمجلة الحقوق والحريات, المغرب, العدد196, لسنة2014.

- محمد الشريف كتو. حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة, مجلة المدرسة الوطنية للإدارة, الرباط, 2002

جمال فاخر النكاس, الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات, دراسة في قضاء الكويتي, مجلة الحقوق, العدد2, 1999

-قادة شهيدة, حدود التوجه التعاقد في مجال المنافسة, مجلة الدراسات القانونية, كلية الحقوق, جامعة تلمسان, العدد04, سنة2007.

- جمال النكاس, حماية المستهلك من الشروط التعسفية في قانون المغربي, مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات, العدد 161, 22 أبريل 2017.

- عزي الدين عيساوي, العقد كوسيلة لضبط السوق , ورقة مقدمة للملتقى الدولي, الاتجاه نحو الطابع التعاقدى للعلاقة القانونية, مخبر قانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة تلمسان, 24/23 أبريل, سنة 2006