

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

The impact Technology Superiority of the Professional for adapting consumption contract

- طالبة دكتوراه: بلغيث صبرينة¹
- الدكتور: التميمي محمد رضا²
- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أم البواقي - الجزائر

- ملخص:

تقوم العقود كأصل عام على مبدأ الرضائية، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه، إلا أن هذا المبدأ تأثر نتيجة التطور الحاصل في المجال العلمي والتفوق الصناعي والتكنولوجي الشيء الذي ساعد في ترويج أنماط وقيم استهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة مما أدى إلى زيادة إشكاليات الاستهلاك، مع الأخذ بعين الاعتبار المتطلبات الراهنة فيما يخص نوع السوق والسلعة والخدمة المقدمة وأساليب التسويق التي تطرح في الغالب على شكل عقود نموذجية معدة مسبقاً، بشكل منفرد من طرف المتدخل الذي يتعسف في استخدام معيار التفوق الاقتصادي لجبر المستهلك على قبول شروط العقد باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، مما يؤدي إلى إشكالات قانونية من ناحية تكييف العقد بأنه تعسفي من قبل القاضي لحماية حقوق الطرف الضعيف.

- الكلمات المفتاحية: التعسف. التفوق التكنولوجي. شرط. عقد الاستهلاك.

- Abstract :

Contracts as a general principle are based on the principle of consensualism. It can not be revoked or amended except by agreement of the parties. However, this principle was influenced by the progress in the scientific field and the industrial and technological excellence which helped to promote consumption patterns and values through targeted advertising resulting in increased consumption problematics, taking into account the current requirements with regard to the type of market, goods, service and marketing methods that are often presented in the form of model contracts prepared in advance individually by intervenor who arbitrarily uses the criterion of economic superiority to oblige the consumer to accept contract terms because he's the weakest part in the contractual relationship, which leads legal problems to adapt the contract from the juge to protect the weak part.

Keywords: arbitrariness. Economic superiority. Condition. Consumption contract.

¹ البريد الإلكتروني: Belghit.sabrina@univ-oeb.dz

² البريد الإلكتروني: timimikadhem@yahoo.fr

- مقدمة:

إن فكرة حماية المستهلك ليست بالفكرة الحديثة، فقد ظهرت عهد روما القديمة، حيث كان حمو رايب يعاقب بالإعدام من يخذع في الكيل والميزان، أو يستوفي الثمن أكثر مما يستحق، أما في مصر القديمة فقد كان المطفف في الميزان يعاقب بقطع اليد الواحدة أو اليدين معا، وفي روما كان الغش في الأغذية والغلال من أعظم الجرائم ولخطورتها كان القانون يقبل على سبيل التبليغ ضد سيده، فالغاية من كل هذه الإجراءات الردعية هو حماية من يقتني الحاجات الضرورية على سبيل الاستهلاك في تلك الفترة من الزمن.

فالأصل هو حرية التعاقد، فلا يجوز التدخل لتعديله أو نقضه إلا باتفاق أطرافه طبقا للقواعد العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، لكن هذا المبدأ تأثر نتيجة التطور الحاصل في جميع المجالات الأمر الذي ساعد في ترويج أنماط وقيم استهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة، مما أدى إلى زيادة إشكاليات الاستهلاك، فالمستهلك يقدم على إبرام عدة عقود ضرورية تعتبر جزء لا يتجزأ من حياته اليومية ولكونه الطرف الأضعف أصبح بحاجة إلى الحماية أكثر أين ينعدم عنصر المفاوضة في العقد، فضلا عن التغيرات التي شهدتها الدول استجابة للمتطلبات الراهنة مع الأخذ بعين الاعتبار نوع السوق والخدمة المقدمة وأساليب التسويق التي تطرح في الغالب على شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من طرف المتدخل بصفة عامة.

- أهداف الدراسة:

تهدف من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على عنصر التعسف في العقود التي تنطوي على جانب تقني متطور وتكنولوجيا معقدة، حيث يجد المستهلك نفسه حائرا في قبولها أو رفضها، خاصة إذا كان هذا الأخير بحاجة ماسة إلى هذا النوع من العقود، الذي يجعل المحترف في وضعية مريحة تمكنه من فرض شروطه التي يمكن أن تصل إلى حد التعسف والإذعان.

- مشكلة البحث:

أصبحت العقود التي تحمل شروطا محررة مسبقا و قد ترد في شكل وثائق تتكون من عدة نسخ مما يصعب الإطلاع عليها، أو تكون معلقة بمكان إبرام العقد والمستهلك يقبلها ويدعن لها نظرا لحاجته إليها من جهة، ومن جهة أخرى نتيجة للتفوق الاقتصادي للمحترف وامتلاكه التكنولوجيا اللازمة الأمر الذي يؤدي إلى اختلال توازن العقد، كونها شروطا غير متوازنة توفر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين.

ومن خلال ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى يمكن أن يشكل استعمال التفوق التكنولوجي شرطا تعسفيا في عقد الاستهلاك ؟

- منهج الدراسة:

وللخوض في هذا الموضوع اعتمدنا المنهج الوصفي، الذي يقوم على تعريف الشروط التعسفية وبيان شروطها وصورها بدقة، إضافة إلى منهج التحليل القانوني لتحليل النصوص القانونية والتنظيمية التي سنها القانون في هذا الموضوع.

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم الموضوع إلى قسمين، تضمن الأول مفهوم الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، ثم تطرقنا في الثاني إلى التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي كمعيار لتحديد الشروط التعسفية في العقد.

1. مفهوم الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك:

لم يكن المشرع الجزائري منعزلا عن الاهتمام بمواجهة الشروط التعسفية، أي أنه لم يتوقف عند نصوص القانون المدني، بل أصدر العديد من النصوص التنظيمية والتي تهدف إلى الحفاظ على مصلحة المستهلك وتحسين ظروف معيشته وسوف نتناول تعريف الشروط التعسفية، طبيعتها، عناصرها فيما يلي:

1.1. تعريف الشروط التعسفية

قبل التطرق لتعريف الشروط التعسفية لا بأس بأن نورد تعريف كل من المستهلك والمهني، فيعرف رجال الاقتصاد المستهلك بأنه: " الشخص الذي يشتري أو لديه القدرة لشراء السلع والخدمات المعروضة للبيع بهدف إشباع الحاجات والرغبات الشخصية أو العائلية ".¹

وقد انقسم الفقه إلى قسمين، قسم ينادي بضرورة وضع مفهوم موسع للمستهلك يشمل جميع المتعاقدين بهدف الاستهلاك بهدف توسيع دائرة الحماية لتضم حتى المهنيين أو المحترفين²، أما الاتجاه الثاني فيرى أن تعريف المستهلك لا بد أن يكون في نطاق ضيق .

➤ **التعريف الموسع للمستهلك:** وفقا لهذا الرأي يعرف المستهلك بأنه كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك.³

➤ **التعريف الضيق للمستهلك:** حسب هذا الاتجاه فإن المستهلك هو ما كان غير المحترف، أي كشخص طبيعي أو معنوي يكون خاضعا للقانون الخاص، يقوم باقتناء أو استعمال خدمات وأموال لحسابه الشخصي أو العائلي.⁴

¹ - بن عيسى عناي، سلوك المستهلك، ج1، عوامل التأثير البيئية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 16.

² - نصت المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10/01/1978 بأن أحكام القانون المتعلق بالشروط التعسفية يخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين وبالتالي نجد أن المشرع الفرنسي قد قصد امتداد الحماية إلى من تؤهله مهنته للوقوف في مواجهة المهني الذي يبرم معه عقد من عقود الاستهلاك .

³ - بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب، الجزائر، 2007، ص 22.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص 23.

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

وقد أيد غالبية الفقه الفرنسي هذا الاتجاه الذي ضيق مفهوم المستهلك، كما قدم أنصار هذا الرأي مجموعة من الحجج حتى لا يستفيد المتدخل من الحماية ومن بينها، أن المتدخل وهو يقوم باقتناء حاجاته اليومية يكون أكثر حرصا من الشخص الذي يتصرف لحسابه الخاص.¹

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد عرفت المادة 03 الفقرة 01 من القانون 03-09 بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستهلاك النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به".²

وقد عرف المشرع الجزائري المحترف في المادة 02 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي 90-226 (المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية المنتج أو خدمة للاستهلاك).³

أما المتدخل هو الشخص الذي يهدف من وراء التعاقد إلى الحصول على الربح ولذلك يعمل على تكريس جميع ما يملك من أجل تحقيق أكبر قدر من الربح على حساب المستهلك، باعتباره مقدم المنتج (سلعة أو خدمة).⁴

ويختلف عن الوسيط؛ الذي يباشر على سبيل الاحتراف التوسط في تصريف منتجات غير، إما على سبيل الوكالة أو السمسرة أو الإنابة، الحرفي كل شخص مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف يمارس نشاطا تقليديا يثبت تأهيلا يتولى بنفسه إدارة نشاطه وقد يكون شخص طبيعي أو شخص معنوي (تعاونية الصناعة التقليدية).⁵

أما المستورد؛ فهو كل شخص يتولى عمليات جلب المنتج من خارج البلد على سبيل الاحتراف ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف المستورد، بل اعتبر الاستيراد ضمن عمليات التسوق.⁶

1.1.1. تعريف الشرط التعسفي

أ- الشرط: لغة هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أما اصطلاحا فيعني اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف، فهي التزامات إضافية منجزة على أصل مقتضى العقد، يلتزم بها المتعاقد ضمن عقده

1 - بن سعيدي سلمى ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص 11.

2 - القانون 03-09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. رقم 15 المؤرخة في 2009/03/08.

3 - المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج. ر. عدد 04 1990.

4 - المادة 03 فقرة 07 من قانون 03-90 المتعلق بالتمثّلين في المنتج أو الصانع، الوسيط، التاجر المستورد، الموزع وهناك بعض المتدخلين تطرقت إليهم تشريعات أخرى كالحرفي، المزود، المعني، المجهز والمركب.

5 - بن سعيدي سلمى، مرجع سابق، ص 22.

6 - نظم المشرع عمليات الاستيراد في الأمر 03-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها .

الدكتور: التيمي محمد رضا وطالبة دكتوراه: بلغيث صبرينة

بإرادته وهنا وجب أن نفرق بين الشرط المقترون بالعقد، فهنا منعقد والعقد المعلق على شرط لا ينعقد إلا بتحقيقه.¹

ب- التعسف: فيعني الاستخدام الفاحش، أي أن الشرط التعسفي يكون محرر مسبقا من جانب الطرف القوي ويمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر.

ويمكن تحديد الطليعة القانونية للشرط التعسفي في النقاط التالية:

- يعتبر الشرط التعسفي أمر زائد عن مقتضى العقد، يغير من آثاره وليس شرطا يرتب التزاما كأصل في مقتضى العقد.²

- لا يقتصر الشرط التعسفي على عقد الاستهلاك فحسب، بل يرد على كل عقد تنعدم فيه المساواة بين أطرافه.³

- يوضع الشرط التعسفي من أحد الطرفين ولا يبق للطرف الآخر سوى الخضوع لهذا الشرط، سواء كانت مناقشة شروط العقد غير متاحة (عقد الإذعان)، أو تكون متاحة بشكل نظري غير محققة، لأن الطرف الضعيف يكون مجبرا على عدم الالتفات للشروط المفروضة عليه.⁴

- يكون الشرط التعسفي مكتوبا أو شفاهة.

- سبب الشرط التعسفي إلى تعسف أحد أطراف العقد في إستعمال تفوقه الاقتصادي، التقني، القانوني، الاجتماعي... الخ.⁵

- يخلف الشرط التعسفي آثارا على العلاقة التعاقدية يتمثل في حدوث اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات.⁶

وهناك عناصر متعلقة بعقد الاستهلاك وعناصر متعلقة بالمتعاقدين في حد ذاته، فالعناصر المتعلقة بالعقد يمكن إيجازها في أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو خدمة⁷ وأن يكون العقد مكتوبا، فعقد الإذعان يعتبر مجالا خصبا للشروط التعسفية وينقسم إلى عقود إذعان مكتوبة وعقود إذعان شفاهية ولكي لا تكون هناك شروط

¹ - خالدة أحمد مفلح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص150.

² - غستان جاك، تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 63 .

³ - تضيف المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، التزامات تعيد التوازن العقدي المفقود، وتوفر الحماية للطرف الضعيف بسبب قلة خبرته أو عدم معرفته.

⁴ - (Jacques) Mestre, *L'évolution du Contrat en droit privé Français in L'évolution contemporaine du droit des contrats journées Savatier* P.M.F.1985 p.511

⁵ - بن سعيدي سلمى، مرجع سابق، ص 61.

⁶ - Malaurie - Philippe, Aynés Laurent, *Les contrats*, op.cit p.204.

⁷ - نصت المادة 01 من قانون 06-306 المعدل والمتمم بالقانون 08-04 (يقصد بالعقد في مفهوم المادة 03 من القانون 04-02 كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه) . وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد كرر التعريف الذي ورد في المادة 03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، رقم 41 المؤرخة في 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/08/15، ج.ر، رقم 46 مؤرخة في 2010/08/18 .

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

تعسفية وجب أن يكون العقد مكتوبا وشروطه محددة مسبقا، ولا يشترط هنا أن تكون الكتابة رسمية، بل يكفي إيراد بنود التعاقد في وثائق مختلفة (فاتورة، طلب شراء، سند ضمان، وصل،...).¹

كما يستوجب أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكا أو عون اقتصاديا، إلا أن التشريعات اختلفت وتباينت آراؤها حول هذه المسألة، فمنهم من أخذ بالنطاق الموسع للحماية ليشمل جميع الأشخاص (المستهلك والمهني)²، في حين هناك من التشريعات من ضيقت نطاق الحماية من الشروط التعسفية ليشمل فقط المستهلك ومنها القانون الفرنسي.³

وتكمن العبرة في تحديد الشروط التعسفية، في أن القاضي يستهدي بها في إصدار حكمه كون الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفيا أم لا، كما يعتبر هذا الأخير معيارا للعدالة وقد أدت النظرية الحديثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ظهور عدة معايير يحدد من خلالها الشرط التعسفي.

أ- معيار التعسف في استخدام القوة التكنولوجية⁴

اشتراط المشرع الفرنسي لكي يكون هناك تعسف، لابد أن يخضع الشرط المستهلك نتيجة للنفوذ الاقتصادي المستخدم من طرف المحترف.

إلا أن هذا المعيار قد تعرض للنقد لكونه غامضا من جهة ومن جهة أخرى فإن النفوذ لا يعني القوة، فقد يكون المحترف بسيطا ومع ذلك فإنه يستخدمه للسيطرة.

وأمام هذا الوضع فقد حاول الفقه إقتراح عدة مؤشرات يمكن الإستناد عليها في تحديد التعسف ومنها: وضع المهني في السوق، عن طريق تحديد مفهوم السوق من خلال إستخلاص طبيعته وإمكانية الأخذ في عين الاعتبار تقدير وضع المهني المحلي أو الوطني، كذلك تقدير وضع مشروع المهني ومدى تأثيره في السوق.⁵

كما يعتبر مؤشر وضع المستهلك صالحتا لتقدير النفوذ، فالمهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي يكون غالبا غير قادر على مناقشة الشروط، نظرا لأن المهني يفرض عليه هذه الشروط نتيجة لتفوقه ونفوذه وحاجة المستهلك الملحة لهذه السلعة أو الخدمة.¹

¹ - المادة 35 من القانون 02/04، مرجع سابق.

² - من التشريعات التي أخذت بالاتجاه الموسع، التشريع الألماني بموجب القانون 1976/12/09 والتشريع الإنجليزي سنة 1977 "unfair

"contract termes"

³ - القانون الفرنسي رقم 23/78 المؤرخ في 10/01/1978 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، كذلك التعليمة التي أصدرها القانون الأوروبي في 05/04/1990 التي تتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية والتي أدخلت في القانون الفرنسي بتاريخ 01/02/1995 الذي عدل مواد الاستهلاك الخاصة بالشروط التعسفية لاسيما مادة 132 منه .

⁴ - التكنولوجيا بالإنجليزية (technology): التكنولوجيا لغوياً، كلمة أعجمية ذات أصل يوناني، تتكوّن من مقطعين، كلمة **Techno** التي تعني حرفة أو مهارة أو فن، وكلمة **Logy** التي تعني علم أو دراسة. لا عني في مجملها كلمة تكنولوجيا بمعنى علم الأداء أو علم التطبيق. وتعرف التكنولوجيا بأنها مجموع التقنيات والمهارات والأساليب والعمليات المستخدمة في إنتاج البضائع أو الخدمات أو في تحقيق الأهداف، كما تعرف أيضا بأنها المعرفة بالتقنيات والعمليات وما شابه ذلك. وتطبق التكنولوجيا عن طريق أخذ مدخلات وتغييرها وفقاً لاستخدام النظام، ثم إنتاج نتيجة، على أنها أنظمة تقنية أو أنظمة تكنولوجية، <https://www.ar.wikipedia.org>، تاريخ الدخول للموقع 2020/01/21 على الساعة 18.26.

⁵ - الرفاعي أحمد محمد ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة، مصر، 1994، ص 219.

- معيار الميزة المفرطة

نصت المادة 35 من القانون الفرنسي المؤرخ في 1978/01/10 على أنه لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفياً، فإنه يجب أن يكون مفروضاً بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة وهو المعيار المذكور سابقاً، وعلى أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى لصالح المهني .

غير أن هذا المعيار قد أثار عدة إشكالات قانونية، نظراً لغموضه لا يحدد طبيعة الميزة هل لها طابع مالي فقط أم لا ؟ إضافة إلى إشكالية كيفية تقدير الميزة، فهل ينظر بموجبه للشرط منعزلاً أم أنه يجب النظر للعقد برمته ؟ وقد أخذ المشرع الفرنسي بفكرة أن الطابع التعسفي للشرط يقدر من وقت إبرام العقد ومن جميع الظروف المحيطة بإبرامه إضافة إلى شروط العقد الأخرى.² أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر أن الشرط لا ينظر إليه بمفرده، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد.³

- معيار الإخلال الظاهر بتوازن حقوق والتزامات أطراف العقد

تبني المشرع الفرنسي معيار "الإخلال الظاهر بالتوازن" بموجب التعليمات الأوروبية لسنة 1993، ويرى البعض بأن هذا المعيار لا يعدو أن يكون سوى ترديد لمعيار الميزة الفاحشة والذي يقترب بدوره للغبن وفقاً للنظرية المادية، إلا أنه يختلف عن الغبن من حيث تحديد عدم التكافؤ وعدم اقتصره على عدم التعادل في الثمن وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، إضافة إلى عدم اقتصر الغبن على المزايا المالية وإنما يشمل المزايا غير المالية.⁴

2.1. أنواع الشروط التعسفية

يمكن تقسيم الشروط التعسفية إلى صنفين رئيسيين حسب مصدرها، فقد تكون الشروط بموجب التشريع (أ)، أو قد تصدر بناءً على مراسيم حكومية (ب)، أو استناداً إلى توصيات لجنة بنود الشروط (ج).

2.1.1. الشروط التعسفية بموجب النصوص القانونية

أخذت معظم التشريعات بنظام تحديد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، أي الشروط التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي .

¹ - وقد نصت (م167ف2) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

² - Malaurie Philippe, Aynés Laurent, *des obligations op. cit* p.353.

³ - تنص المادة 03 فقرة 02 من قانون 02-04 المعدل والمتمم على: (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد).

⁴ - بودالي محمد ، مرجع سابق، ص 132-133 .

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

وقد حدد المشرع المغربي الشروط التعسفية على سبيل المثال لا ولم يتم بحصرها وقد حذا حذوه المشرعين الفرنسي والجزائري، في حين فإن المشرع الألماني حدد الشروط في قائمتين مراعيًا في ذلك اعتبارات مدى قابليتها للتقييم ولتقدير القاضي.¹

أما المشرع الجزائري فذكر بعض أنواع الشروط على سبيل المثال وليس الحصر في بعض القوانين الخاصة، إذ تنص المادة 29 من القانون 04-02 على أنه: «تعتبر بنوداً أو شروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك .
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك .
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة .²
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفضه الخضوع لشروط تجارية غير متكافئة .³

2.2.1. الشروط التعسفية بموجب المراسيم الحكومية

أجاز القانون الفرنسي للحكومة إصدار مراسيم تحدد أنواع الشروط بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وكذلك المحاكم، يجوز إبطالها لمخالفتها النصوص القانونية.⁴

غير أن الحكومة الفرنسية لم تصدر خلال تلك الفترة سوى مرسوم واحد من أجل تطبيق المادة 35 من القانون 1978/01/10، الذي نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية وتتمثل في: منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية كالشروط العامة للبيع⁵، أما النوع الثاني فهو الشرط أياً كان محله أو أثره

¹ - الرافي أميرة حسن ، المحاكم الاقتصادية، قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك، المكتب العربي الحديث، مصر، د.ط، 2009، ص 595.

² -تنص المادة 107 فقرة 01 من القانون 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 المتضمن القانون المدني الجزائري على: « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية... »

³ -تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على: « العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون ».

⁴ -المادة 135 فقرة 01 من القانون الفرنسي المؤرخ في 1978/01/10 .

⁵ - أُلغى مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر أو توجد في التعداد الحصري للمادة 135 من قانون 1978.

الدكتور: التيمي محمد رضا وطالبة دكتوراه: بلغيث صبرينة

الذي يحتفظ فيه المهني بحق تعديل صفة الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة الواردة بالإرادة المنفردة، فهو شرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين وهو المدين، أما النوع الثالث التي منعه الضمان، فالمتدخل ملزم بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته وبضمان العيوب الخفية للسلعة أو الخدمة المقدمة للمشتري. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بنظام منع الشروط التعسفية بموجب المراسيم الصادرة عن الحكومة، حيث نصت المادة 30 من قانون 04-02 على أن: «بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التعسفية». من خلال المادة المذكورة أعلاه يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد أعطى للحكومة حق إصدار مراسيم تحدد القوائم المتعلقة بالشروط التعسفية.

1.2.3. التوصيات الصادرة عن لجنة الشروط التعسفية

أنشأت هذه اللجنة بغرض تحديد العناصر الأساسية بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر شروط تعسفية.¹

وفيما يخص تكوين اللجنة فقد نص الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي 06-306 على تنصيب لجنة الشروط التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، تكون ذات طابع استشاري.² وتبحث اللجنة في الجزائر في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تقوم بصياغة التوصيات التي يتم تبليغها إلى وزير التجارة والمؤسسات المعنية، كما يجوز لها دراسة أو خبرة تتعلق بكيفية تطبيق العقود على المستهلكين.³ وبالنسبة لكيفية الإخطار فقد تخطر اللجنة من تلقاء نفسها، أو من قبل الوزير المكلف بالتجارة، أو من طرف كل مؤسسة أو جمعية مهنية، أو جمعيات المستهلكين، ويتم نشر توصيات اللجنة وما يمكن ملاحظته أن لجنة الشروط التعسفية ليس لها دور استشاري أمام القضاء على عكس ما نص عليه المشرع الفرنسي.⁴

2. اعتبار التعسف في استعمال التفوق التكنولوجي من الشروط التعسفية في العقد

لم تعد المساواة بين أطراف العقد تتفق مع الواقع، فقد توجد المساواة القانونية ولكنها مساواة ظاهرية لا تستطيع أن تخفي اختلال التوازن بين أطراف العقد، فالمساواة بين المتعاقدين لا تتحقق إلا إذا كانا متماثلين في الذكاء والخبرة والقابلية على التفاوض وفي المركز الاقتصادي والاجتماعي.

¹- أنشأت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا بموجب قانون 10/01/1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، أما في الجزائر فقد تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 العناصر الأساسية بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر شروط تعسفية.

²- المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306، مرجع سابق.

³- المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306، مرجع سابق.

⁴- المادة 11-12 من المرسوم التنفيذي 06-306، مرجع سابق.

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

فقد أصبحت هناك تباينات فنية وأخرى قانونية بسبب التجمعات الاقتصادية والتجارية على المستويين الاقتصادي و المعرفي، وتتجسد هذه التباينات بشكل واضح في علاقة المستهلكين بالمهنيين كون هذه الأخيرة تتميز بعدم المساواة في العلم بين أطراف العقد، الأمر الذي يجعل طرفاً- المستهلك - في وضع أضعف من الآخر الذي يتميز بقوة اقتصادية كبيرة، والعلم بكافة ظروف وتفاصيل العقد، بينما يضطر المستهلك لشراء منتجات وسلع لا يحيط علماً بكل مكوناتها أو خصائصها، إضافة إلى جهل أوجه استعمالها المتعددة، نظراً لما تتميز به هذه المنتجات من دقة في التركيب وصعوبة في الاستعمال، وهذا ينشئ عدم توازن في العلاقة العقدية ينتج من عدم الخبرة وعدم العلم، وسوف نتطرق إلى الشرط التعسفي في كل من النظامين القانونيين الفرنسي والجزائري.

1.2. بالنسبة للتشريع الفرنسي

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من قانون 1978/01/10، ومن خلال هذا التعريف استنبط الفقه الفرنسي معيارين لتحديد الشروط التعسفية هما التعسف في إستعمال التفوق الاقتصادي والميزة الفاحشة التي يتحصل عليها المحترف، ثم أضاف الفقه معيارين آخرين هما أن يكون الشرط متعلقاً بأحد العناصر العقدية الواردة في القائمة المحددة في القانون وأن يكون الشرط محضوراً بأمر صادر عن مجلس الدولة.

وقد اعتبر الفقه التعسف المقصود في هذا القانون هو تعسف في إستعمال الحق وفقاً للقواعد العامة، لكن وجه نقد لهذا الرأي على أساس أنه من الصعب النظر لتحريم الشروط التعسفية على أنه مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في إستعمال الحق.¹

كما اعتبر أن التحرير الأحادي للعقود النموذجية أصبح أمر ضروري في المعاملات الحديثة، وبالتالي فهذه العقود لها أهمية من جانب توفير الوقت في إعداد العقود، نظراً لما تتميز به التطورات الحديثة من سرعة وسد الفراغ التشريعي لحل المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود.²

وما يعاب على هذا القانون أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى مسألة تحديد عبء إثبات التعسف أو نفيه، وهذا ما يدل على أن عبارة التعسف في إستعمال التفوق الاقتصادي التي وردت في المادة 35 السالفة الذكر ولم يقصد جعله معياراً للشرط التعسفي، كما أن المشرع سكت عن بيان كيفية إثباته، وطرق إثباته وما تنطوي عليه من أهمية في مجال المنازعات.

ويعد القانون الفرنسي 95-96 مرحلة استدرائية، حيث أعاد المشرع الفرنسي تنظيم العديد من المسائل التي تضمنها قانون 1978/01/10 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، إضافة إلى قانون الاستهلاك الصادر في 1993/07/26 واستحداث أحكام جديدة لم ينص عليها في القانونين السابقين.

¹ - رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 05، ص 349.

² - رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 354.

الدكتور: التيمي محمد رضا وطالبة دكتوراه: بلغيث صبرينة

ويرجع سبب التعديل هو رغبة المشرع الفرنسي في جعل القانون متناسقا مع التوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.¹

وقد عرفت المادة 132 في فقرتها الأولى من قانون الاستهلاك: « في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها ضررا لغير المحترفين أو المستهلك، من خلال عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد»².

وبالتالي فإن المشرع الفرنسي قد أدخل تعديل على تعريف الشروط التعسفية الوارد في قانون 197، ويرجع سبب ذلك إلى عدم مطابقة التعريف لما جاء في المادة 03 فقرة 1 من التوجيه الأوروبي التي نصت على: « الشرط في العقد الذي لم يكن محل مناقشة شخصية يعتبر تعسفيا، عندما يكون مخالفا لمقتضيات حسن النية، ويرتب ضررا للمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والتزامات الناتجة عن أطرافه ».

ومن خلال المادة أعلاه يتضح لنا بأن المشرع، قد تخلّى عن معيار التعسف في إستعمال التفوق الاقتصادي ومعيار الحصول على الميزة الفاحشة المنصوص عليهما في المادة 35 من قانون 1978، لكنه أبقى على معيار الميزة الفاحشة في شكل آخر عبر عنه المشرع بعدم التوازن الظاهر *Déséquilibre significatif* بين حقوق والتزامات الأطراف.³

2.2. بالنسبة للتشريع الجزائري

من خلال التعريف السابق للمشرع الجزائري للشرط التعسفي في القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية السابق الإشارة إليه، نجد أن هذا التعريف جاء ملائما إلى حد كبير لما ورد في التوجيه الأوروبي والمادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995، لكنه اختلف مع المشرع الفرنسي في المجال الشخصي لتطبيق كل من القانونين، كون هذا الأخير قد حدد أشخاص الحماية بغير المحترفين وذلك بقوله " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط..."، بينما قصر المشرع الجزائري الحماية على فئة المستهلك وذلك في نص المادة 04-02، ووفقا لهذا التحديد نجد أن المشرع الجزائري قد اقترب من التوجيه الأوروبي الذي حصر الحماية في دائرة المستهلك سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.⁴

كما يختلف المشرع الجزائري عن نظيره الفرنسي أنه منع الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين وتكون محررة مسبقا ويدعن لها المستهلك، فمجال الحماية يتحدد بدائرة عقود الإذعان فقط وهنا أيضا يتفق مع ما نصت عليه

¹-التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 1993/04/05.

²- المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995.

³- رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 356.

⁴-المادة الثانية فقرة "ب" من التوجيه الأوروبي.

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

المادة 03 فقرة 01 بقولها : " الشرط في العقد الذي لم يكن محلاً للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفياً عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويحدث إضراراً بالمستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".¹ كما لم يعتمد المشرع على معيار التعسف في التفوق الاقتصادي والحصول على الميزة الفاحشة من طرف المحترف نتيجة وضعه للشرط التعسفي، إضافة إلى ذلك فقد حدد دائرة العقود التي ترد بها الشروط التعسفية والتي تكون عرضة للطعن فيها كعقود إذعان تتميز بتفاوت المراكز القانونية بين طرفي العقد، نتيجة لاحتكار أحدهم للسلعة أو الخدمة المقدمة.

غير أنه ما يؤخذ على المشرع عدم توضيحه ما إذا كان الشرط التعسفي محل النزاع يجب أن يكون في العقد محل النظر، أو يمكن إدراجه في عقد آخر؟ وهل يكون أطراف العقد أنفسهم في العقدين أم يكون العقد الآخر قد أبرم من طرف أحد المتعاقدين وأشخاص آخرين؟ يمكن القول بأنه من خلال التعريف الذي أدرجه المشرع الجزائري للشرط التعسفي يتضح بأنه لم يأخذ بصريح العبارة بمعيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، في حين أنه اعتمد على معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات بين أطراف العقد .

- الخاتمة:

من خلال ما سبق عرضه وبيانه، يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية في الحماية للمستهلك في مجال إبرام العقود، سواء كانت موضوعها سلعة أو تقديم خدمة، خاصة وأن النظرة للعقد قد تغيرت بفعل عوامل التطور الاقتصادي والتقني وما صاحبه من خلل في التوازن العقدي، لهذا أضحي العقد وسيلة اتحاد بين المصالح المتوازنة وأداة للتعاون الصادق ونتاج للثقة المتبادلة بين الطرفين المتعاقدين. فقد أصبح ينظر للعلاقة العقدية على أنها تشكل عالماً أو مجتمعاً صغيراً يجب على كل فرد فيه أن يعمل من أجل هدف واحد يتجسد في الأهداف الفردية التي يسعى إليها كل شخص، وبذلك يحل محل التعارض بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين نوع معين من الاتحاد بين هذه المصالح المتعارضة بحيث يصبح العقد في النهاية أداة للتعاون الصادق بين الطرفين.

كما تقتضيه العدالة عدم استثثار أحد طرفي العقد بفائدته وإلقاء أعبائه بكاملها على المتعاقد الآخر، على الرغم أنه في وسعه أن يقوم من جانبه بما يسهل على المتعاقد الآخر أدائه لالتزامه يعد استغلالاً ينافي العدالة. وتطبيقاً لفكرة التعاون يلتزم كل من طرفي العقد بأخطار الآخر عن أي تغيير في أثناء تنفيذ العقد.

فرابطة الثقة المشروعة تقوم على ركنين أساسيين أولهما عدم وجود تعادل في المعارف الفنية بين طرفي العقد، وثانيهما ثقة الطرف الأقل معرفة فنية في فن ومعارف الطرف الآخر صاحب المعرفة الفنية.

لهذا فقد سعى المشرع إلى توفير الآليات القانونية اللازمة لحماية الطرف الضعيف في العقد من خلال توفير الإطار التشريعي المتمثل في النصوص القانونية والتنظيمية، إضافة إلى الهيئات التي تم إنشاؤها المتمثلة في لجنة البنود

¹ - رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 360.

الدكتور: التيمي محمد رضا وطالبة دكتوراه: بلغيث صبرينة

التعسفية وتكليفها بالتدقيق في مدى وجود شروط تعسفية تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد والعمل على إلغائها أو تعديلها وقد توصلنا إلى النتائج التالية:

1- أن تعدد وكثرة أنواع الشروط التعسفية يصعب من عملية حصر التفوق في المجال الاقتصادي نظرا للتطورات الحديثة الحاصلة في المجال العلمي والتكنولوجي والقانوني، وهذا ما فعله المشرع الجزائري حيث لم يعتمد على التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لاعتبار الشرط تعسفيا، بل اقتصر فقط على تحديد آثار الشرط التعسفي.

2- قصر المشرع الجزائري الحماية القانونية على فئة المستهلك بمفهومه الضيق، الذي يتضمن فقط المستهلك الذي يقتني سلع وخدمات بغرض إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، دون المحترفين ووفقا لهذا التحديد نجد أن المشرع الجزائري قد اقترب من التوجيه الأوروبي.

3- لا يمكن تصور وجود شرط تعسفي في العقد إلا إذا أدى الشرط إلى عدم توازن في مراكز أطراف العلاقة التعاقدية، مما ينتج عنه فرض شروط من الطرف القوي على الطرف الضعيف لتفوقه اقتصاديا .
تأسيسا على ما سبق يمكن تقديم بعض التوصيات والمقترحات:

1. نقترح ضرورة تبني سياسة تشريعية مرنة لحماية المستهلك، تواكب مختلف التطورات التكنولوجية الحديثة الحاصلة على المستوى العالمي، في ظل التنافس الكبير والحاد بين المحترفين والمتعاملين الاقتصاديين على اكتساح السوق وجلب أكبر عدد من المستهلكين والزبائن لاقتناء السلع والخدمات .

2. منح لجنة الشروط التعسفية المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 الدور استشاري أمام الجهات القضائية، مع ضرورة تفعيل التوصيات التي تصدر من اللجنة والعمل على تنفيذها م قبل السلطة المختصة.

- قائمة المصادر والمراجع:

- القانون 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. رقم 15 المؤرخة في 08/03/2009 .

- القانون 04-02 المعدل والمتمم المؤرخ في 23/06/2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات

التجارية، ج.ر. رقم 41 المؤرخة في 27/06/2004، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في

15/08/2010، ج.ر. رقم 46 مؤرخة في 18/08/2010.

- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10/09/2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين

الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر. رقم 56 مؤرخة في 11/09/2006 المعدل

والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 03/02/2008، ج.ر. رقم 07 مؤرخة في 10/02/2008.

التفوق التكنولوجي للمهني وأثره في تكييف عقد الاستهلاك

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.
- الأمر رقم 04-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن القواعد المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج.ر، عدد 43، مؤرخة في 20 يوليو 2003.
- المرسوم التنفيذي المؤرخ في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج.ر، عدد 04 1990.
- التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 1993/04/05 .
- أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 05، 2008.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب، الجزائر، 2007.
- عنابي بن عيسى، سلوك المستهلك، ج1، عوامل التأثير البيئية، (ط2)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، الجزائر.
- سلمى بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، باتنة، الجزائر، 2013-2014.
- أميرة حسن الرفاعي، المحاكم الاقتصادية، قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك، المكتب العربي الحديث، 2009، مصر.
- جاك غستان، تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن).
- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة، مصر ، 1994.
- أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، (ط1)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د.س.ن) .
- ¹- Mestre (Jacques). (1985). *L'évolution du Contract en droit privé Français in L'évolution contemporaine du droit des contrats journées Savatier* ، P .M .F.
- 2-Philippe Malaurie ،Laurent Aynés.(2016). *Les obligations Droit des obligations A jour de la réforme du droit des contrats et des obligations.*
- 3-Philippe Malaurie ،Laurent Aynés. (2012) .*Les contrats spéciaux* ،Edition Paris.
- 4- <https://www.ar.wikipedia.org>.