

تاريخ القبول: 2019/03/16

تاريخ الإرسال: 2018/12/17

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

دراسة مقارنة

Consumer protection of arbitrary conditions

د.الصادق عبد القادر

saddek2001@yahoo.fr

جامعة أدرار

مَجَلَّةُ أَفَاقٍ عِلْمِيَّةٌ

يفترض في أي علاقة تعاقدية أن تقوم على مبدأ التوازن العقدي بمعنى توافر نوع من المساواة بين أطراف العقد سواء من حيث حقوق والتزامات ومسؤولية الأطراف أو من حيث مضمون العقد ذاته وشروطه، ولقد كانت ولا تزال العلاقة التعاقدية بين الحرفيين والمستهلكين غير متوازنة وغير متكافئة نظرا لما يمتلكه المهني المحترف في مواجهة المستهلك من قوة اقتصادية وتفوق علمي، تجعل المستهلك طرف ضعيف وضعف المتعاقد راجع إلى التفوق والنفوذ الاقتصادي للمحترف الذي يفرض شروطه على المستهلك ومن هنا كانت الحاجة ماسة إلى البحث عن سبل حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

الكلمات المفتاحية: حماية المستهلك. الشروط التعسفية. عقود الاستهلاك

Abstract :

Presumably, contractual relationships are based on the principle of contractual balance. i.e, it is supposed to be a kind of equality between the sides of the contract in terms of rights, obligations and liability of these members, or in terms of the contract's content and conditions itself. The contractual relationship between artisans and consumers has been unequal due to the experiences and professionalism, economic power,

skills and knowledge that the former has whereas the consumer lacks . Advantages as such weakens the consumer. The skilled and economically powerful profession may impose certain conditions on the less powerful and skill-lacking consumer .Consequently ,there is a strong desire to find ways to protect consumers against the arbitrary and abusive conditions in consumption contracts.

Key words:, protection of the consumer, unbearable conditions, contractual consumption .

مقدمة:

ينهض النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات الحديثة على مجموعة كبيرة من القواعد القانونية، التي تحكم العلاقات بين الأفراد وتحدد حقوق وواجباتهم، ويفترض في أي علاقة تعاقدية أن تقوم على مبدأ التوازن العقدي بمعنى توافر نوع من المساواة بين أطراف العقد سواء من حيث حقوق والتزامات ومسؤولية الأطراف أو من حيث مضمون العقد ذاته وشروطه، و لقد كانت ولا تزال العلاقة التعاقدية بين الحرفيين والمستهلكين غير متوازنة وغير متكافئة نظرا لما يمتلكه المهني المحترف في مواجهة المستهلك من قوة اقتصادية وتفوق علمي، تجعل المستهلك طرف ضعيف وضعف المتعاقد راجع إلى التفوق والنفوذ الاقتصادي للمحترف الذي يفرض شروطه على المستهلك ومن هنا كانت الحاجة ماسة إلى البحث عن سبل حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وتأسيسا على ما سبق هل نجح المشرع الجزائري مقارنة بباقي التشريعات في توفير الضمانات القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التفاوت العقدي بين أطرافه؟

ومن اجل الإجابة على الإشكالية المطروحة نتناول في المبحث الأول توضح المقصود بالشروط التعسفية وسبل حماية المستهلك من الشروط التعسفية في مبحث ثان.

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية.

أصبحت القوانين الاقتصادية المعاصرة تهدف وبشكل واضح إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية¹، و سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشروط التعسفية ومعايير تحديدها كما يلي :

المطلب الأول: التعريف بالشروط التعسفية

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشرط التعسفي و عناصره كالتالي :

الفرع الأول - التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

أورد الفقه تعريفات مختلفة للشرط التعسفي منها انه الشرط المعد سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة²، كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه شرط محرر مسبق من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر³ ويعرف كذلك بأنه كل شرط يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة عن عقد الاستهلاك تمثل مكافئة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك⁴.

كما عرفه البعض الآخر بأنه يعتبر تعسفيا ذلك الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك⁵، ويعرف أيضا بأنه الشرط الذي يستأثر احد طرفي العقد بفرض تعسف على الآخر بحيث يجعله خاضعا له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله⁶.

فالملاحظ أن هذه التعريفات الفقهية السابقة أجمعت جميعها على أن مناط الشرط التعسفي هو الميزة المفرطة التي يحصل عليها الطرف المهني على حساب المستهلك، هذا وقد أثار الفرق بين التعسف والإجحاف خلافا كبيرا في الفقه ويمكن القول بان مثل ذلك يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح الذي يفرضه على شخص لا خبرة له أو شخص وجد في موقف عدم مساواة قانونية أو اقتصادية في مواجهة

الطرف الآخر⁷، وتجدر الإشارة إلى أن البحث عن الشرط التعسفي هو غير البحث عن التعسف بمعناه المعروف والمتداول في نطاق القواعد العامة والذي يقصد به على وجه الخصوص الانحراف بالحق عن الغايات الاجتماعية⁸.

ويضاف إلى ما سبق أن الفقه قد قسم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها وشروط تعسفية بحكم استعمالها، فالأولى تظهر منذ إدراجها في العقد تسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها مثال ذلك الشرط الذي يعني الموجب من المسؤولية أما الثانية فهي شروط تعسفية بحكم استعمالها إذ لا تظهر إلا بعد التطبيق مثال الشرط الذي يقضي بإلزام المؤمن له المؤمن بأمور معينة خلال سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض⁹، وهو لا يعد شرط منذ إدراجه في العقد وإنما عند تطبيقه خاصة إذا كان المؤمن له حسن النية فضلا عن كونه لا يعود على المؤمن بأي فائدة¹⁰.

الفرع الثاني - التعريف التشريعي للشروط التعسفية :

وعلى غرار الفقه فقد تصدت التشريعات لتعريف الشرط التعسفي، فقد عرفه المشرع الألماني في نص المادة الأولى من قانون 1976 التي جاء فيها : " تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود يفرضها احد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما يمكن أن تكون هذه الشروط منفصلة على العقد فإنها تكون مندمجة في نصوص دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"¹¹.

ويبدو أن المبرر الذي جعل المشرع الألماني يتقاضي تعريف الشرط التعسفي هو وجود تعريف سابق له ضمن القانون المدني وبالتالي تقاضي تعريف ثاني باعتباره تكرارا غير مبررا لأنه قد يفيد الشك عند عدم الإتيان بجديد وفي هذا نصت المادة 242 من القانون المدني الألماني على أن الشرط يكون تعسفيا وباطلا إذا كان مجحفا وفي غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات.

بينما يذهب المشرع الفرنسي إلى تعريفه في نص المادة 35 من قانون 23/78 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي جاء فيها: " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة أو محددة أو منظمة: الشروط المتعلقة ب: متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة " ¹².

هذا، وقد اعتبر المشرع المصري كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، شرطا تعسفيا ومن ثم يقع باطلا، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون وهي الالتزامات الواردة بالمواد 3،4،5،6،7،11- من القانون (المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 والتي نصت على بطلان ذلك)، ويعتبر كذلك شرطا تعسفيا أي شرط ينتقص من حقوق المستهلك الواردة بذات القانون ¹³.

بينما اتجه المشرع المغربي إلى تعريف الشرط التعسفي في نص الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون 31/08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على انه: " في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك " ويتضح من هذا التعريف انه يكفي لتكون أمام شرط تعسفي أن ينتج عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات المهني والمستهلك سواء كان ذلك مقصودا من طرف المورد أو ترتب هذا الاختلال دون أن تتجه نية المهني للإضرار بالزبون غير المحترف.

وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة (الفقرة الخامسة) من القانون 1402/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق أطراف العقد " بما قد يوحي بأن المستهلك الذي يستحق الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك ليس نفسه الذي يستحق الحماية في قانون

الممارسات التجارية لاسيما وأن قانون حماية المستهلك يكون في مواجهة المتدخل أو المهني⁽¹⁵⁾، ومع ذلك يجب تثمين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للشرط التعسفي مزيلا كل الغموض والتكهنات التي أبدت بشأن تحديد طبيعة الشروط التعسفية¹⁶، ومن ثم يجب توفير الاستقرار والتوازن في العلاقات التعاقدية بإبطال الشروط التعسفية التي تتخلل عقود الاستهلاك¹⁷.

المطلب الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية.

تختلف الشروط التعسفية السالف بيانها لذا لا بد من تحديد المعايير¹⁸ التي تميزها عن غيرها كالتالي :

الفرع الأول - معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

ويقصد بذلك أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلاله أو عدم إخلاله بالتوازن العقدي إخلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد¹⁹، وذلك حينما يستخدم المهني على المستهلك نفوذه الاقتصادي، وهو معيار من دون شك يبحث في النتائج المترتبة على تضمين شرط التعسفي ضمن عقود الاستهلاك دون البحث في الأسباب والدواعي التي أدت إلى تلك النتائج، ويسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية للمهني إلى حجم المشروع الذي يستغله²⁰ وكذلك الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة اقل منه. ولقد اختلف الفقه الفرنسي حول هذه المسألة فهناك من يرى أن هذا التعسف في الموقف في حين أن البعض الآخر يرى انه تعسف في استعمال الحق وينتج هذا التعسف في استعمال القوة الاقتصادية عن استغلال هذه السلطة للطرف المهني على حساب المستهلك خصوصا إذا علمنا أن المتعاقدين ليس لهما نفس الوضع الاقتصادي²¹ وهذا ما يؤدي إلى اعتبار المهني طرفا قويا من الناحية الاقتصادية مما يسهل من مأموريته في فرض شروطه نظرا لكونه معتادا على مثل هذه الممارسات الجارية بها العمل في مهنته²²، وبالنظر إلى الاختلافات السابقة لاحظ الفقه أن معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي معيار جد غامض²³، كما يرى الفقه

أن معيار التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي غير دقيق ومبهم لأنه لا يستند إلى مقومات تكشف عن هذا التفوق²⁴ .

ويرى البعض الآخر بان هذا العنصر يبقى محل نظر لان القوة تتجلى في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها في القوة الاقتصادية²⁵ وهذا التفوق الفني هو الذي يمكن المهني من فرض الشروط التعسفية لاعتياده على إبرام العقود ولدرايته الكبيرة بالالتزامات والحقوق الناشئة عنها ،وتجدر الإشارة إلى أن لجنة الشروط التعسفية الفرنسية تبنت موقفا مفاده التوصية باستبعاد الشروط التي تتم بين مهني وغير مهني أو مستهلك، والتي يكون من شأنها أو من آثارها السماح للمهني بتعديل شروط العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون للمستهلك حرية التعبير عن إرادته بطريقة واضحة و صريحة²⁶ ،وتأكيدا لما سبق ذكره من نقد فقد اقر المشرع الفرنسي في نص المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 إلغاء معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ولم تعد تتضمن إلا عنصرا واحدا يلزم وجوده لقيام الشرط التعسفي وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد²⁷ .

الفرع الثاني: معيار الميزة الفاحشة.

أخذ المشرع الفرنسي بمعيار الميزة الفاحشة بموجب المادة 35 من القانون رقم 35/78 المؤرخ في 10/01/1978 الفرنسي المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين وبناء على هذا المعيار يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا في الحالة التي يكون فيها ناتجا عن استعمال النفوذ والقوة الاقتصادية للمهني²⁸ الذي يفرض شروط تعسفية على المستهلك تخل بالتوازن العقدي وتجعل المهني يستأثر بميزة فاحشة، وهذا المعيار لا يختلف كثيرا عن المعيار الأول ويعتبر نتيجة مباشرة له، إذ أن الميزة الفاحشة ليست في حقيقتها إلا نتيجة مباشرة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية أضت في النهاية إلى وجود اختلال وعدم توازن بالعقد ،وقد تعرض هذا المعيار لانتقاد شديد على أساس انه غامض ولا يحدد طبيعة الميزة أهي ذات طابع مادي أو غيره، وهل يدخل في تقديرها الشرط منعزلا أو متصلا بالعقد لان

البعض يرى انه يجب النظر إلى تقدير عدم التوازن بالنظر إلى مجموع الشروط العقدية التي نتج عنها وجود ميزة فاحشة²⁹.

الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

لقد تبني المشرع الفرنسي³⁰ في قانون 1995 وكذا المشرع الجزائري ضمن القانون 02/04 تبني معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين أو ما يعرف بالميزة المجحفة الناتجة عن استغلال القوة الاقتصادية السابق ذكرها³¹.

ولقد رأى جانب من الفقه ضرورة عدم التقليل من أهمية هذا التعديل الاصطلاحي الذي جاء به قانون 1995 ذلك أن واضعي قانون 10 جانفي 1978 صرحوا بأن معيار الميزة المفرطة موضوعه إقصاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد وليس تصحيح عيب في التوازن بين الالتزامات والحقوق وذلك ما قصده المشرع الفرنسي في قانون 1995 إذ وسع من نطاق تطبيق هذا القانون لأن بعض الشروط تعتبر تعسفية ولو لم تكن مفروضة تبعاً للتعسف في استعمال القوة الاقتصادية .

فيما يطلق عليها البعض بالميزة المفرطة وهي تعني عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد، ولا تتعلق فقط بثمن السلعة أو الخدمة، وإذا كان من اللازم الأخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط التعسفي³²، إلا انه يجب عدم الوقوف عند هذا الحد، بل يجب أن يؤخذ العقد في مجموعه ومجموع شروطه وأثاره، وليس الوقوف عند شرط بذاته، فيبدو الشرط تعسفياً إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى على حين انه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه³³، ومع ذلك يمكن القول انه إذا ما تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه، فإن ذلك يتم استناداً لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظرف إبرام العقد، أما إذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنه ولا شك يتم بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظرف عادية³⁴.

وأخيرا يلزم أن يكون الاختلال كبير بيت التزامات الطرفين، أما إذا تعلق الأمر بانعدام توازن بسيط، فإنه يعتبر من الأمور المتجاوزة حفاظا على استقرار المعاملات وتماشيا مع ما هو جار به العمل في عالم المال والأعمال³⁵.

المبحث الثاني: الحماية التشريعية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.

ينظر المشرع للمستهلك باعتباره طرفا ضعيف في مواجهة المحترف³⁶ لذلك أولى أهمية خاصة لحمايته، وسنعالج ذلك في الفرعين التاليين:

المطلب الأول- الحماية التشريعية المستهلك من الشروط التعسفية:

سنعالج دور التشريع³⁷ في حماية المستهلك من الشروط التعسفية كالتالي:

الفرع الأول- الحماية التشريعية من خلال القواعد العامة:

تعد الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية الأسلوب الأوسع انتشارا في التشريعات الحديثة لمواجهة الضعف الاقتصادي للمستهلك وإعادة التوازن الاقتصادي للعقود التي يكون طرفا فيها، خاصة بعد العجز الذي شهدته نظرية، والتي لا تعالج سوى الأثر المترتب على ضعف المركز الاقتصادي للمستهلك في مواجهة المنتج الذي ينفرد في وضع مثل هذه الشروط³⁸.

وعليه يرى جانب من الفقه انه لا غنى عن تدخل المشرع لحماية المستهلك من الشروط التعسفية إذ أن هذا التدخل له ما يبرره وهو الخروج عن القواعد العامة، حيث يرى الدكتور حسن جميعي أن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الحق في الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المتعاقد في عقود الاستهلاك وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا للخروج عن حكم المبادئ العامة³⁹.

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري بوجه عام فإننا لا نصادف فيها مبدأ عام يضمن بشكل مباشر توازن العقد إلا أن القواعد العامة التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن والتي منها الغبن والاستغلال⁴⁰ وذلك من خلال اعتناقه للنظرية المادية في عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين، لكن يؤخذ عليه انه

حصر تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر⁴¹ لا تهم في أغلبها أحوال المستهلك، كما أنه في الدول التي نصت قوانينها على نظرية الاستغلال أو النظرية الشخصية للغبن لم تشهد محاكمها أفضية تتعلق به وهي من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى لصعوبة في الإثبات مما يؤدي إلى عزوف المستهلكين عن سلوك هذا الطريق⁴².

فالمشرع الفرنسي لم يعرف حسن النية أو سوءها وإنما اكتفى بتحديد الحالات التي يكون فيها المدين سيئ النية والذي يستبعد من الاستفادة من أحكام معالجة حالة الاستدانة في ثلاثة حالات وهي :- كل شخص قام عن قصد بإعلان كاذب أو سلم مستندات غير صحيحة بقصد الاستفادة من هذه الإجراءات - كل شخص بدد أو أخفى أو حاول التبريد أو الإخفاء لكل أو لبعض أمواله بقصد الاستفادة من هذه الإجراءات 3- كل شخص زاد بدون الاتفاق مع دائنيه أو اللجنة أو القاضي من مديونته بإبرامه قروضا جديدة أو قام بتصرفات تتعلق بذمته أثناء سير الإجراءات معالجة الاستدانة أو التصحيح الشخصي أو أثناء تنفيذ الخطة أو الإجراءات المنصوص عليها في المادة 7-331 L والمادة 71-331 L⁴³.

وبالنسبة للمشرع الجزائري⁴⁴ فقد نص في المادة 107/2/1 من القانون المدني على مايلي : (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، وحسن النية هنا معيار شخصي يستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر فيه هل سلك سلوك الرجل العادي أم لا⁴⁵، وفي محاولة لتحقيق التوازن العقدي ظهر في فرنسا اتجاه قضائي في سنوات السبعينيات بدعم من الفقه يستند إلى نظرية السبب وهو ما تشترطه المادة 1131 من وجوب وجود السبب في الالتزام من أجل إبطال الشروط المخالفة للالتزام أساسي في العقد وبخاصة تلك التي تروم استبعاد أو تحديد مسؤولية احد المتعاقدين⁴⁶.

الفرع الثاني- الحماية التشريعية من خلال القواعد الخاصة:

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون 23/78 على انه: " في العقود المبرمة بين المحترفين وبين غير المحترفين أو المستهلكين يمكن أن تمنع تقييد أو تنظيم عن طريق مراسيم صادرة عن مجلس الدولة بعد رأي اللجنة المنشأة بموجب المادة 36."، وهي لجنة الشروط التعسفية التي جاءت المادة 36 على تعداد تركيبتها البشرية⁴⁷ والتي عهد لها المشرع بدراسة نماذج العقود والاتفاقات المقترحة من قبل المحترفين على متعاقديهم، والبحث فيما إذا كانت تتضمن شروط تعسفية طبقا لنص المادة 37 من نفس القانون ولها تبعاً لذلك أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي ظهر لها أنها ذات طابع تعسفي وفقا لما قضت به المادة 38، وتلعب هذه اللجنة دورا هاما سواء كان دورا أساسيا من خلال التوصيات التي تصدرها⁴⁸ أو استشاريا من خلال الآراء التي تبديها بصدد مشاريع المراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية .

والملاحظ على هذه اللجنة أنها لم تنجح فيما أصدرته من توصيات في إقناع وحض المحترفين في حذف الشروط المعتبرة تعسفية من نماذج عقودهم إلا نادرا نظرا لعدم اقترانها بجزاء⁴⁹، ومع ذلك لا يمكن القول بخلو توصياتها وأرائها من أية قيمة ما دامت تمارس ضغطا على المحترفين ولو كان ضغطا معنويا بسيطا فمن جهة قد تكون دليلا للقاضي الذي يرجع إليها لتقدير الطابع التعسفي لشروط ما ومن جهة أخرى هي بمثابة أداة تمكن المستهلك من الاطلاع على الشروط التعسفية ومحاولة تقاديتها⁵⁰.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وباستقراء نصوص القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية وكذا مرسومه التنفيذي رقم 06-306، نجد انه اكتفى في نص المادة 29 من القانون المشار إليه أعلاه وذلك في فقرتها الأولى بما يفيد تعداد الشروط التعسفية ونفس الأمر أشارت إليه المادة 30 من نفس القانون بتعبير المشرع فيها بمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التعسفية لكن لم يبين المقصود بالمنع اهو البطالان أم المنع المسبق قبل إبرام العقد.

ومن الجدير بالذكر انه وبالرغم من إشارة المشرع الجزائري إلى إنشاء لجنة الشروط التعسفية ضمن نص المادة 06 من المرسوم 06-306 السالف الذكر إلا أن هذه الأخيرة لم تر النور إلى حد الساعة، ولقد أتى المشرع المغربي في القانون رقم 08-31 وذلك في نص المادة 18 منه على انه " في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطاً تعسفياً، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع"، ويقصد بذلك انه لإثبات الصفة التعسفية للشرط من عدمها أن في ذلك إلزام للمهني في حين يعفى المقترض من إثبات عناصر الشرط التعسفي، وإذا ما ثبت الطابع التعسفي للشرط، فان ذلك يؤدي إلى بطلان ذلك الشرط واعتباره كان لم يكن، وهو ما ذهبت إليه الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 31/08 السالف الذكر والتي جاء فيها : " تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي المذكور "

المطلب الثاني- الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية:

ومن خلال هذا الفرع سننتقل إلى دور القضاء في حماية المستهلك كالتالي :

الفرع الأول - دعوى بطلان الشروط التعسفية:

لقد أشار المشرع الفرنسي في نص المادة 1/132 / 8/6 إلى أن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة، مع بقاء العقد قائماً وصحيحاً إذا أمكن أن يبقى دون الشروط السابقة وهذا يعني أن البطلان ينصب على الشرط لا على العقد وهو حل يتلاءم ومصالحة المستهلك ويتحقق بطلان الشرط بهذه الصورة بمناسبة نظر القضاء لدعوى قد يرفعها احد المتعاقدين ضد الآخر كما هو الحال في مطالبة المحترف بالإنزام المستهلك بأداء الثمن أو مطالبة المستهلك بالإنزام المحترف بتسليم الشيء المبيع أو أداء الخدمة⁵¹.

ويبدو أن اعتبار الشروط التعسفية كأنها غير مكتوبة، وبالتالي باطلة تمهيداً لاستبعادها، يعد وسيلة غير كافية نظراً لأنها تقتض عرض عقد سبق إبرامه على القضاء، وهو أمر نادر الوقوع في عالم الاستهلاك وحتى إذا وقع فانه يقتصر أثره على المستهلك الطرف الوحيد في الدعوى ولا يؤدي بالتالي إلى القضاء على مشكل

الشروط التعسفية، وجدير بالإشارة انه يسوغ لجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة بالإضافة إلى رفع دعوى قضائية أصلية كما سبق وان رأينا أن تتدخل في دعوى جارية أمام القضاء .

الفرع الثاني - دعوى إلغاء الشروط التعسفية:

لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من الدعاوى أي دعوى إلغاء الشروط التعسفية بشكل مباشر إلا انه يمكن استخلاصها من خلال نص المادة 65 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي نصت على أنه: "بإمكان جمعيات حماية المستهلك رفع دعاوى في حالة مخالفة أحكام هذا القانون"، ويعد إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين من قبيل مخالفة أحكام القانون 02/04 ومن ثمة يحق لجمعيات حماية المستهلك رفع أي دعوى بما أن النص جاء عاما ومن بين هذه الدعاوى دعوى إلغاء الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود بصفة عامة وفي عقود الاستهلاك بصفة خاصة وهو ما يعبر عنه بالحذف المادي للشروط التعسفية .

وبالإضافة إلى ما تقوم به جمعيات حماية المستهلك من اجل تقادي المخاطر التي قد تصيب المستهلك جراء علاقاته مع المهني، وانه بإمكانها اللجوء إلى القضاء، ورفع دعوى قضائية، ولم يعط القانون حق رفع الدعاوى إلا لهذه الجمعيات والتي لا تكون لها هذه الصفة، ولا تعتبر جمعية لحماية المستهلك الجمعية التي تتلقى مساعدات أو إعانات من مقاولات أو تقوم بالإشهار التجاري أو بإشهار لا يكتسي طبعاً إعلامياً صرفاً، أو تتولى القيام بأنشطة أخرى غير حماية المستهلك أو تهدف إلى تحقيق غرض يكتسي طابعاً سياسياً، وقد اشترط المشرع هذه الشروط ضماناً لنزاهة واستقلالية هذه الجمعيات، بحيث يكون غرضها الوحيد والذي يتعين التنصيص عليه في قانونها الأساسي، هو حماية المستهلك فقط، ويشكل ذلك حق استثنائي مخول لهذه الجمعيات بغرض الدفاع عن حقوق المستهلك إذ أن الأصل في الدعوى أن ترفع من طرف المستهلك باعتباره صاحب المصلحة فيها⁵².

إضافة إلى ذلك فانعدام التوازن المالي بين المهني والمستهلك يجعله يتردد ويتنازل عن حقه في التعويض لمعرفته انه وحيد اعزل أمام القوة الاقتصادية للمهني ،ومن ناحية أخرى فالنيابة العامة عادة ما تهمل ملاحقة مرتكبي هذه المخالفات لضآلة معظمها وكثرتها في الحياة اليومية،حتى لا ترهق القضاء بدعاوى لا طائل من ورائها⁵³، ولقد منح المشرع الفرنسي للجمعيات المعتمدة حق الدفاع عن المستهلكين ولكن في حدود وفي هذا الصدد نجد المادة 1/8 من القانون الفرنسي الصادر 1988/1/5 قد أجازت لجمعيات حماية المستهلكين تمثيل المستهلكين أمام قاضي الحكم أو أمام قاضي التحقيق وذلك بعد حصولها على وكالة مكتوبة من طرفهما⁵⁴ . ودعوى الحذف متاحة فقط لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا والتي ترفع أمام المحاكم المدنية ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود والتي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم مستقبل بين المحترفين والمستهلكين .

فهذه الدعوى هي في أصلها دعوى وقائية عامة تهدف إلى حماية المستهلكين من الشروط التعسفية ،ونظرا لاقتصار حجية الحكم الصادر في الدعوى فان جمعيات المستهلكين عادة ما تختصم اكبر عدد ممكن من المحترفين حتى تتحقق الحجية قبلهم جميعا، وتحقق الدعوى طابعها الوقائي والشمولي واذا ثبت لدى المحاكم تعسف الشرط فإنها تأمر بحذفه وإزالته .

خاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك خلصنا إلى أن المشرع استطاع تفعيل الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة المهني الذي يسعى دوما لتكريس هيمنة فعلية وفرض شروط على المتعاقد معهم، إلا أن المشرع قد تدخل لحماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية.

ويبدو ذلك جليا من خلال تبني المشرع الجزائري معيار الاختلال الظاهر بين التزامات وحقوق الأطراف كمعيار لتحديد مدى توافر العقد على شروط تعسفية ولم يترك الأمر مفتوحا على التأويلات التي قيلت بصدد تحديد معيار الشرط التعسفي هذا من جهة ومن جهة أخرى قام المشرع في نص المادة 29 من القانون 02/04 بتحديد قائمة الشروط التعسفية والتي وردت في تقديرنا على سبيل المثال لا الحصر بغية القياس عليها وإسقاطها على شروط أخرى غير مدرجة في النص، كما توسع من السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى توفر الشرط التعسفي من عدمه وتجدر الإشارة إلى أن المستهلك جدير بحماية المشرع له في مواجهة المهني ولا يتأتى ذلك إلا من خلال جمع كافة النصوص القانونية المحددة للشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك بدل قانون الممارسات التجارية وكذا تفعيل وتوسيع دور جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في مجال الرقابة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك .

الإحالات:

- 1- القانون 06/10 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت 2010، يعدل ويتم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية العدد 46 مؤرخة في 8 رمضان 1431 الموافق 18 غشت 2010.
- 2 - الزبير المعروف، حماية المقترض من الشروط التعسفية، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، حماية المستهلك : دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، العدد الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 90.

- 3 - كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2010/2011، ص 61.
- 4 - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة، بين الشريعة والقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2008، ص 406.
- 5- يقصد بالمستهلك في الاتجاه الموسع لمفهومه كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة ، السيد عمران السيد محمد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، بالإسكندرية، طبعة 1986، ص 8 ويقصد به في المفهوم الموسع هو الزبون غير المحترف وان المستهلك هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقانون الخاص والذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية ، بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2005، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص 59.
- 6 - احمد رباحي، اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات افريقيا، جامعة الشلف العدد 5 ص 347.
- 7 - محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، طبعة 2011، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص 34، 35.
- 8- وفي هذا الصدد نصت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على مايلي : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير -إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "، قانون رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني،

جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 1975/09/30 معدل ومتم بموجب القانون

رقم 10/05 لسنة 2005

9 - حيث تنص المادة 622 من القانون المدني الجزائري على انه : " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التامين من الشروط الاتية : الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم الا إذا كان ذلك الخرق خناية أو جنحة عمدية، الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن " .

10 محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2012/2011، ص 160 .

11 بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومه، الجزائر 2007، ص 18 .

12 رباحي احمد، اثر التقوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد الخامس، دون، ص 344،345 .

13 محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، 49 .

14 قانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/6/32 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 41 بتاريخ 2004/06/27 .

2. طحطاح علال، التزامات العون الاقتصادي في ظل الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، 2014/2013، ص 5.

16 حسينة شرون و حملاوي نجاه، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل احكام القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات العدد الرابع، بسكرة، افريل 2017، ص 52.

- 17 - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط1، 2007، ص298.
- 18 ويمكن ضرب مثال على ذلك بموقف المشرع المصري من تحديد المقصود بالتعسف في استعمال الحق فمن الجدير بالذكر أن تحديد الحالات التي يعتبر فيها الشخص متعسفا يمكن ان يتم عن طريق وسيلتين: الأولى عن طريق مبدأ عام يحكم معيار التعسف ويتسع لكل الصور التي يمكن ان تندرج تحته والثانية هي وضع عدة ضوابط او معايير تحدد صور التعسف . راجع إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية : دراسة تحليلية مقارنة، في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، طبعة 2014، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة- الإسكندرية، ص101، هامش رقم1.
- 19 - نادية محمد عوض، شروط الاعفاء في عقود التجارة وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية 2001، ص18.
- 20 - اميد صباح عثمان، النظام القانوني للاحتراف المدني، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص 197.
- 21 - معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، 2009، ص25.
- 22 - يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجا : دراسة تحليلية وفقا اخر المستجدات القانونية، تقديم وداد العيدوني، دار الأمان، الرباط، سنة 2013، ص 235، 236 .
- 23 - سي الطيب محمد امين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2008، ص111.
- 24 - رباحي احمد، المرجع سابق، ص 353.
- 25 اميد صباح عثمان، مرجع سابق، 197.

- 26 - نبيل محمد احمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس 2003، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 258.
- 27 - الزبير المعروفي، مرجع السابق، ص 92.
- 28 - حسينة شرون و نجاه حملاوي، مرجع سابق، ص 58.
- 29 - سي الطيب محمد امين، مرجع سابق، ص 113.
- 30 - إذ تنص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي: "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين والمستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها خلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد وذلك إضراراً بغير المحترف أو المستهلك" ..
- 31 - احمد شوقي عبد الرحيم، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، 2003، ص 111.
- 32 - حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1991، ص 98.
- 33 - محمود عبد الرحيم الديب، مرجع السابق، ص 40 .
- 34 - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، 241.
- 35 - الزبير المعروفي، مرجع سابق، ص 93.
- 36 السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص 107
- 37 فالنسبة المشرع الفرنسي مثلاً أشار في نص المادة 1/132 من قانون 1993 إلى ثلاثة محاور وهي التحديد غير الإلزامي للشروط التعسفية وسلك فيه طريقين أولهما التوصيات والنشرات الصادرة عن هيئة مقاومة الشروط التعسفية والتي نشأت وفقاً لأحكام هذا القانون وثانيهما من خلال إعداد قائمة بالشروط التعسفية تلحق بمدونة الاستهلاك لسنة 1978 . راجع علي محمد كساب الشديقات،

- حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، سنة 2010، ص 38.
- 38 - كراش ليلي، حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، ص 111.
- 39 عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 136 .
- 40 - حيث تنص المادة 90 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد... ويجوز في عقود المعاوضات ان يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ".
- 41 - وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 358 من القانون المدني على ما يلي : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ..."، كما نص المشرع في نص المادة 732 من القانون المدني على ما يلي : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس.... " .
- 42 محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 253؛ 254.
- 43 - إبراهيم وجعدان، معالجة صعوبات المستهلك المقترض، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، حماية المستهلك دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 31/08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، جمع وتنسيق زكرياء العماري، العدد الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط 2014، ص 179 .

- 44 - الامر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق
- 45 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة 2006، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، ص 97.
- 46 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص 93
- 47 - تتكون هذه اللجنة من خمسة عشرة عضوا : ثلاثة قضاة منهم الرئيس، ثلاثة ممثلين عن الإدارة يختارون لكفاءاتهم، ثلاثة مسشترين قانونيين مختصين في القانون أو في العقود، ثلاثة ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك، ثلاثة ممثلين عن المحترفين . راجع راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 142، هامش 2.
- 48 - حيث أصدرت هذه اللجنة ما يزيد عن 40 توصية شملت العديد من مجالات التعاقد التقليدية أو المستحدثة راجع راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 142، هامش 3 .
- 49 - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 245.
- 50 - راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 143.
- 51 - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 244، 245.
- 52 احمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدى، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 79-80.
- 53 فهيمة ناصري، جمعيات حماية المستهلك، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق : فرع العقود والمسئولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2003/2004، ص 101 .

54 عزيزي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة
الماجستير في العقود والمسئولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية
2003/2002، ص 144.