جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

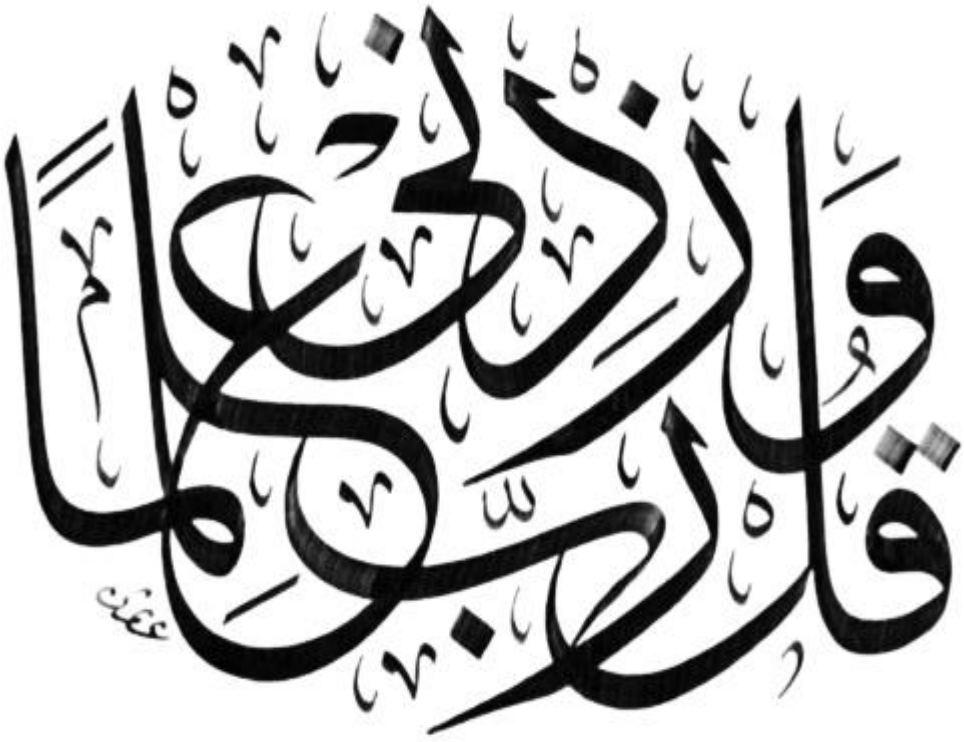
تخصص/ قانون خاص فرع/عقود و مسؤولية

تقدم وتناقش علناً من طرف الطالب: بورنـان العيـد

أمام لجنة المناقشة

الأستاذ	الرتبة	جامعة الإنتماء	الصفة
د. هديلي أحمد	أستاذ محاضر أ	جامعة سيدي بلعباس	رئيساً
د. صمود سيد أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقرراً
أ.د. بوكلي حسن شكيب	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا
أ.د. مغربي قويدر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية : 2019 / 2020م / 1440/1441هـ



الإهـــداء

سبحان الله الذي هدانا وما كنا لنهتدي لو لا أن هدانا ، أهدي هذا العمل المتواضع

إلى التي نطقت اسمها قبل أن انطق أو أكتب حروف اسمي إلى من سهرت الليالي وواجهت الصعاب حتى توصلني إلى ما أنا عليه ، وغمرتني بحنانها ووجهتني بنصائحها وعلمتني معنى الحياة وصعابها ... "أمي الغالية"

إلى الذي علمني الصبر على الشدائد ، فن فنون الحياة ، إلى زارع في فؤادي بذرة العمل الدؤوب وكان المحفز لرفع درجات العلم ولم يبخل عليا بالنفس والنفيس من اجل الوصول إلى هذا اليوم ... "أبي العزيز "

إلى من تقاسمت معها أعباء الحياة وكانت سندي شريكة حياتي التي لطالما ساندتني ومدت لي يد العون لإكمال هذا العمل ويرى النور : "زوجتي الحبيبة"

إلى قرة عيني ومهجة فؤادي وفلذات كبدي ونوري" ابنتي لينا لوجين و بني فراس تميم"

أعتز بوالدي ولن أنسى جميلهما ما حييت فهما مثلي الأعلى والى إخوتي الغاليين الذين أحبهم ويشرفني إنني منهم .

إلى جميع زملائي وزميلاتي في الدراسة

شكر وعرفان

{ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ }النمل19

نشكر الله عز وجل الذي جعل لنا العلم مصباحا ينير لنا الطريق ، والذي قدرنا على انجاز هذا العمل ،وهدانا هذا السبيل وأعاننا على ما فيه من الخير و الصلاح.

نتقدم بجزيل الشكر وخالص العرفان إلى الأستاذ المشرف الذي أشرف علي وتتبع جميع خطواتي، فلم يبخل علي يوما بتوجيهاته و نصائحه لي.

كما أتقدم بالشكر كل إلى لجنة المناقشة.

دون أن أنسى من ساعدني من قريب أو بعيد

1/ قائمـة المختصرات باللغة العربية :

ص : الصفحـة

ط : طبعة

د ط : دون طبعة

ج. ر : الجريدة الرسمية

د د ن : دون دار نشر

ج : الجزء

د ت ن : دون تاريخ نشر

2/ باللغة الفرنسيـة

<u>Liste des principales abréviations</u> :

Op. cit: option citée

P: page

V: voir

Art: article

(L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

J.C.P.G. : Juris Classeur périodique, édition générale

مقدمة

مقدمـــــــــة

لما كانت العلاقات الإنسانية متطورة لا يحدها حصر نظرا لتطور الإنسان ، و إمكانيته لخلق منطلقات جديدة لنشاطـه فإن المشرع بقي قادرا على الإحاطة بكل نشاط يقوم به الإنسان عن طريق وضع قواعد قانونية تستوعب تلك العلاقات الإنسانية المتطورة ، وتبين لها الأسس والمرتكزات وذلك إما انطلاقا من تصرفات الإنسان نفسه وما يفرض ذلك على المشرع من تدخل لتنظيمها ، وإما انطلاقا من فكر المشرع وترقبه قيام العلاقات بين الأفراد.

فالإنسان عندما يدخل في علاقات متنوعة مع غيره ينبثق عنها التزامات ، قد تكون غير ملزمة أحيانا أو ملزمة أحيانا أخرى ، هذه الأخيرة تنشأ صفة المديونية بحيث يكون أحد المتعاقدين دائنا و الآخر مدينا يلزم عنها التعويض عن الضرر في حال عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه .

و المرجع الطبيعي للتعويض عن الضرر في حال عدم تنفيذه كقاعدة عامة هو القانون عن طريق اللجوء إلى القضاء وهو ما يتطلب الكثير من الوقت و الجهد و المال ، لأن عملية تقدير التعويض ليست بالأمر السهل فهي تستلزم بالتأكيد خبرة و معرفة ، قد لا يتوافر في القاضي الأمر الذي يستوجب تعيين خبير لتقدير التعويض ، وهذا من شانه أن يطيل أمر النزاع و يتعارض مع الغاية الاقتصادية من التعاقد وهي الحصول على المنفعة المتوخاة من وراء العقد بأسرع وقت وأيسر السبل ، وتلافيا لذلك للأطراف المتعاقدة انطلاقا من الحرية الممنوحة تحديد التعويض وديا وذلك بتضمين العقد شرطا جزائيا يدرج في صلب العقد أو في اتفاق لاحق له.

كما يعتبر الشرط الجزائي من الشروط التي كانت تستعمل في المعاملات التجارية والاقتصادية في القديم ، لما يكتسي من أهمية في تنفيذ العقود ، وقد ساير الشرط الجزائي عدة فترات بداية من العهد القديم [1]مرورا بالقانون الروماني [2]الذي هو مصدر معظم التشريعات الحديثة ثم القانون الكنسي وصولا للقوانين الحديثة مثل القانون المدني الجزائري ، حيث طبق الشرط الجزائي في معظم الميادين خصوصا في القوانين البحرية في القانون الإغريقي والروماني ، وكان له طابع عقابي في حالة عدم تنفيذ المدين

[1] انظر شفيق الجراح، الطلاق في شريعة حموراني،(تضمين عقد البيع والنكاح شرطا وهو عقوبة مالية)، مقال مجلة العربي الكويتية، ص25.
[2] ناصيف إلياس، البند الجزائي في القانون المدني وعقد الليزنغ، ط1، 1995، ص 265.

لالتزاماته او تأخر في تنفيذها ، أما في القانونالكنسي كان الشرط الجزائي وسيلة لإخفاء الربـا التي كانت محضورة من طرف الكنيسة إلا أن بعض رجال الأعمال بحثوا عن وسيلة تسمح لهم بممارسة الربا في شكل خفي حتى لا يتعرضوا للجزاءات المقررة لجريمة الربا ، ومن بين هذه الوسائل التي استعملت التزام المدين بدفع مبلغ من النقود في شكل نسبة مئوية في حالة التأخير .

والحقيقة أن رجال الأعمال كانوا يهدفون من وراء ذلك إلى تقاضي فوائد على رؤوس الأموال التي كانوا يقرضونها ، إلا أن رجال الدين تفطنوا لهذا الأمر حيث وضع بعد ذلك معيار للتمييز بين الشرط الجزائي الصحيح والشرط الجزائي الذي يخفي الربا ، وهو المعيار الذاتي الذي يقوم على نية المشترط ومقتضاه اذا كان الهدف من الشرط الجزائي ردع المدين لحمله على تنفيذ التزامه كان الشرط الجزائي صحيحا ، وأما إذا كان المقرض لا يهدف إلى تهديد المدين بل الحصول على شيء اكثر، أعتبر الشرط الجزائي ربا ، أما في القوانين الحديثة وخصوصا في القانون الجزائري ، فنجد أن الجزائر كانت دولة مستعمرة وبعد الإستقلال لم يكن بوسع هذا البلد الجديد الغاء التشريعات التي كانت مطبقة ابان المرحلة الاستعمارية ، واحلال محلها تشريع جزائري وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لتلك المرحلة.

لذا قررت الحكومة الجزائرية بمقتضى قانون 31 ديسمبر 1962 [1]ابقاء العمل بالتشريع الفرنسي إلا ما كان منه معارضا مع سيادة الدولة أو كان له طابع عنصري. كما وعدت الحكومة بالتزامها بإصدار تشريع جزائري يتماشى وأهداف الحكومة الجديدة.

وعلى هذا الأساس ظل التقنين المدني الفرنسي مطبقا في الجزائر، وكان الشرط الجزائي يخضع لنفس أحكام القانون الفرنسي أي المواد 1126 حتى1133 بالإضافة المادة 1152[2] والتي قررت مبدأ ثبات الشرط الجزائي، وفي 26 سبتمبر1975 وضع المشرع الجزائري حدا لهذه التبعية القانونية إن صح التعبير بإصداره القانون المدني الجزائري فنظم أحكام الشرط الجزائي بثلاث مواد (المادة 183، 184، 185)[3] وقد اكدت النصوص الجديدة على الطابع التعويضي للشرط الجزائي متجاهلة الوظيفة العقابية التي قد

[1] راجع قانون 31 ديسمبر 1962.
[2] القانون الفرنسي ، المواد126 ص 1133 و 1152 ، مدونة نابليون، 1804.
[3] المادة 183 ، 184 ، 185، من القانون المدني الجزائري،26 ديسمبر 1975.

يلعبها هذا الأخير، وهنا نشير ان المشرع الجزائري سار نفس الاتجاه الذي ذهب إليه معظم التشريعات العربية وهو الطابع التعويضي للشرط الجزائي .

وما يهمنا في هذا الصدد هو الشرط الجـزائي في عقـود الاستهلاك، وما ترتب عنه من أضرار للمستهلك الذي أصبح عرضة للممارسات غير الشريفة من طرف بعض الصناع والتجار ومقدمي الخدمات مما حتّم إيجاد إطار قانوني لحمايته .

وفي هذا الإطار تنبهت جل التشريعات الحديثة لحاجة المستهلك إلى الحماية وكرستها من خلال قوانين خاصة بالاستهلاك، بل إن هذه الحماية تم تكريسها دوليا بحيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 248/39 الصادر في 9 أبريل 1985[1] مجموعة من الحقـوق التـي تعد بمثابة مبـادئ توجيهية لحماية المستهلك يتعين على جميـع الـدول اعتمادهـا كأســاس لوضـع سياساتها التشريعية الخاصة بحمايـة المستهلك.

وقد اهتمت كذلك جل التشريعات في الدول المتحررة اقتصاديا بتنظيم العلاقات بين المنتجين والمستهلكين ، بحيث من أجل الحفاظ على اقتصاد سليم ومتوازن لا بد من الاهتمام بمراحله الثلاث الإنتاج والتوزيع ثم المستهـلك وهذه المرحلة الأخيرة لا تقل أهمية عن باقي المراحل اعتبارا لكون استهلاك المنتجات يحث المنتجين على توفيرها وتحسين نوعيتها وبالتالي في حماية المستهلك تشجيع للإنتاج ، أمّا تعطيل الاستهلاك فينتج عنه إضرار بالدورة الاقتصادية العامة .

ولم تكن الجزائـر بعيدة عن الاهتمام بمواجهـة الشروط الجزائيـة التعسفيـة ، فالمشـرع الجزائـري لم يتـوقف عنـد نصـوص القواعد العامـة كالقـانون المدني ، بـل أصدر نصوص قانونية وتنظيمية خاصة لحماية المستهلك ، والتي تهدف إلى الحفـاظ على مصلحة المستهلك وتحسين ظـروف معيشتـه ، كمـا تم وضـع الأجهـزة التـي تعمـل عـلى توفيـر الحمـايـة والهيئـات التي تسهـر وتحـرص على تحقيقهــا من المجلس الوطنـي لحمايــة المستهلكيــن، وجمعيــات حمايــة المستهلك ولجنـة البنـود التعسفية .

[1] زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثةلحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه دولة ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر ، 2016، ص07.

حيث تكمن أهمية هذا الموضوع في معرفة مدى علاقة الشرط الجزائي بالتعسف في عقود الاستهلاك و إظهار هذا الأمر من خلال فهم و دراسة وتحليل النصوص القانونية من أجل إيجاد حلول وأليات لحماية الطرف الضعيف والحد من تعسف الطرف القوي هذا من جهة، ومن جهة أخرى إعادة النظر وفحص التشريعات التي تعمل على تأمين الحماية ومراجعتها للوصول للحماية الكافية للمستهلك .

أما سبب اختيارنا لهذا الموضوع هو التطور الحاصل في المعاملات التجارية والحياة الاقتصادية بالإضافة إلى رغبتي الذاتية في البحث على هذا الموضوع.

لا يمكن الحديث عن الحماية الحقيقية للمستهلك دون الحديث عن حمايته من الشروط الجزائية التعسفية لأن مناط الالتزام هو الإرادة وإن كان لتلك الإرادة كقاعدة عامة أن تشترط ما شاءت لتحافظ على مصالحها في العقد ، فإن المهني لن يجد بدّأ من صياغة شروط قد تبدو سليمة بمنطق الحرية التعاقدية ولكنها بميزان العدل وحسن النية هي شروط جزائية تعسفية ، وبغية استقراء الآليات الوقائية للمستهلك المقررة في النظرية القانونية هو الأمر الذي جعلنا نسلط الضوء عليه بفحص وتحليل النصوص القانونية لمحاولة الوصول إلى مدى إستعاب المشرع لهذا الموضوع وكذلك وضع حلول وأليات للحد من التعسف في ظل الشروط الجزائية التعسفية في عقود المستهلك ، بالإضافة إلى البحث عن تحديد مضمون الشرط الجزائي التعسفي في عقود الاستهلاك ، وعلى هذا الأساس ينبغي أن نطرح هذه الإشكالية:

إلى أي مدى يمكن أن يؤثر الشرط الجزائي على التوازن العقدي في عقود الاستهلاك ؟

وفي هذه الدراسة اعتمدت على المنهج المقارن أساسا بين القانون الجزائري والقوانين الأخرى، واعتمدت أيضا على المنهج التحليلي قصد التعمق والتحليل المفصل في بعض المواقف الفقهية، والنصوص القانونية لبعض التشريعات المقارنة ، معتمدا على خطة تتكون من بابين:

الباب الأول : الإطار المفاهيمي للشرط الجزائي وعقود الإستهلاك

الباب الثاني : الشرط الجزائي التعسفي وأثره على التوازن العقدي وأساليب الحماية منه.

الباب الأول:

الإطار المفاهيمي للشرط الجزائي وعقود الاستهلاك

الأصل في إبرام العقود لا سيما عقود الاستهلاك هو مبدأ سلطان الإرادة ، باعتبار أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة ، فينعقد العقد بعد المفاوضات والنقاشات حول مضمونه وبعد تطابق الإرادتين بين أطرافه ، ولا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الأطراف أو لأسباب أقرها القانون ، كما أن الإرادة كفيلة لحماية المتعاقد في حالة تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين لكن قد يكون هناك إختلال في التوازن العقدي الذي يفرض فيه الطرف القوي في العلاقة التعاقدية شروط جزائية تعسفية في ظل المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية الحديثة التي تقوم على الممارسات الاحتكارية في ظل الاقتصاد الحر.

وعلى ضوء ذلك فإن الشرط الجزائي له صلة ربط كبيرة بعقود الاستهلاك مما تحتويه هذه العقود من شروط جزائية تكون مدرجة فيها أو في اتفاقات لاحقة تؤثر في التوازن العقدي ، هذا ما يمكن التطرق إليه في فصلين :

(الفصل الأول) بعنوان **النظرية العامة للشرط الجزائي** ، و(الفصل الثاني) بعنوان **محتوى عقود الاستهلاك.**

الفصل الأول

النظرية العامة للشرط الجزائي

يميل الإنسان إلى إنشاء علاقات وروابط بين أبناء البشر، ينبثق عنها مع مرور الزمن قواعد تساعد على تنظيمها وتوطيدها وترسيخها ، أو قد تأمر بمنعها وتعتبرها مخالفة للنظام العام ، وقد واكب المشرع ميل الإنسان الفطري للعيش في وسط اجتماعي ، فسن قوانين تتضمن قواعد قانونية تؤمن استمرار الحياة الاجتماعية وإرساء قواعد الحقوق و الالتزامات ، ومن أهم ما توصل إليه المشرع احتراما لحرية الإنسان وحقوقه و إرادته ، السماح للأفراد بالتعاقد باعتبار العقد شريعة المتعاقدين ، هذا ما يؤدي إلى إنشاء التزامات بين المتعاقدين ولحماية هذه الالتزامات انطلاقا من الحرية التعاقدية الممنوحة تحديد التعويض بتضمين العقد شرطا جزائيا يكون في العقد أو لاحقا له .

و على ضوء ما سبق تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث في (المبحث الأول) ماهية الشرط الجزائي و(المبحث الثاني) الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وخصائصه ثم في المبحث الثالث شروط استحقاق الشرط الجزائي ونطاق تطبيقه.

المبحث الأول: ماهيــة الشرط الجزائي

حتى نقف على مفهوم واضح للشرط الجزائي ، لابد من الوقوف على ماهيته من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، ففي المطلب الأول سوف نبين مفهوم الشرط الجزائي عن طريق تعريف الشرط الجزائي ثم أسماؤه وأنواعه و في المطلب الثاني إلى أهميته و تمييزه عن الأوضاع المشابهة لـه.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

اختلفت مفاهيم الشرط الجزائي في القوانين فتعريفه كمادة من المواد يختلف عن تعريف شراح القانون و المجتهدين فتعريف الشرط الجزائي كمادة من المواد يظل قاصرا على بيان حقيقته ، لأنه إنما وضع لمسايرة الاجتهاد والبحث عن ملائمته مع العقود من خلال إظهار شروط استحقاقه و الهدف منه ومدى سلطة القاضي في تعديله[1].

[1] أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، ص406-407 ، 1416هـ .

وهذا ما نستعرضه في بعض التعريفات:

الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي

نعالج ضمن هذا الفرع تعريف الشرط الجزائي من الناحية اللغوية أولا ، ومن الناحية (2) ثم من الناحية الاصطلاحية ثانيا .

أولا: التعريف اللغوي

يشمل تعريف الشرط–**1**– وتعريف الجزائي –**2**– ثم تعريف الشرط الجزائي–**3**–

1– تعريف الشرط:

هو اسم يتكون من ثلاثة حروف أصلية هي الشين والراء والطاء ، وهي تدل على علم وعلامة وهو ماقار ذلك من علم ، من ذلك الشرط أي العلامة ، وأشراط الساعة علاماتها، وسمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها ، ويقولون : أشرط فلان نفسه للهلكة ، إذا جعلها علما للهلاك ويقال : أشرط من إبله وغنمه إذا أعد منها شيئا للبيع [1].

وفرق بعض العلماء بين الشرط محرك الراء ، وساكنها بقوله " الشرط " إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة جمع الشروط ، وبالتحريك " العلامة " وجمعه أشراط ، ومن ذلك أشراط الساعة بمعنى علاماتها [2] .

[1] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثالث ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر ، د ط ، 1979 ، ص 260 .

[2] االبن منظور ، لسان العرب ، باب الشين ، دار المعارف د ط ، د ت ن ، ص 2235 .

2- تعريف الجزائي :

الجزائي نسبة إلى الجزاء وأصل فعله جزى يجزي جزاءًا بمعنى جزاء ، بمعنى عاقب وجازيته بذنبه عاقبته[1].

3- معنى الشرط الجزائي :

قد يطرح التساؤل عن سبب تسمية التعويض الاتفاقي بالشرط الجزائي رغم عدم وجود أي عنصر جزائي بالموضوع ، والواقع أنه تعبير لاتيني معناه الشرط المتضمن جهدا مكلفا ، غير أن القانون الفرنسي نقله بعبارة Clause Pènale[2] .

فعبارة البند الجزائي عند الرومان مؤلفة من كلمتين تتضمن في آن واحد معنى الاشتراط (Stipulation) : ، ومعنى العقاب (Poenae) [3]. و(Stipulation Poenae) ، كان عبارة عن اشتراط غتيته تقديم شيء من قبل الواعد وهذا الشيء كان بوجه عام دفع مبلغ من المال في حال عدم تنفيذه لالتزام ناتج عن عقد آخر ، فكان للاشتراط الاتفاقي ميزة الالتزام المشروط ، ولم يكن الجزاء مستوجبا إلا في حالة عدم تنفيذ الموجب الاصلي[4] ، أو سوء تنفيذ أو التأخير فيه [5].

---

[1] علي محمد الحسن الضوا ، الشرط الجزائي في الديون – دراسة فقهية مقارنة ، بحث قدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الاسلامية في الاستثمار والتنمية "، المنعقد بكلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة الشارقة ، بتاريخ 7-9 أيار عام 2002 ، ص5.

[2] جبرائيل غزالة ، التعويض الاتفاقي وسلطة القاضي في تعديله ، مجلة المحاماة ، القاهرة ، مصر ، العدد الاول ، 1960 ، ص888 .

[3] الياس ناصف ، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزينغ ، د ت ن ، د د ن ، د ط ، 1991 ، ص19 .

[4] القيم طلال المهتار ، البند الجزائي في القانون المدني ، أطروحة دكتوراه ، جامعة باريس ، 1974 ، ص 40 .

[5] أحمد ابراهيم حسن ، الاصول الرومانية للشرط الجزائي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ص16.، مصر ، د ط ،2001 ، ص16 .

فالشرط الجزائي عند ظهوره في المراحل الأولى من القانون الروماني ، كان الهدف منه ضمان تنفيذ بعض الالتزامات التي لم يكن القانون الروماني يعترف لها بالقوة الالزامية ، إذا كان في بدايته يقصر الحماية القانونية على الالتزامات التي محلها مبلغ من النقود ،وكانوا في الاصل يعتبرون المدين الذي لا ينفذ التزامه مجرما ، وكانت غاية وهـدف (Stipulation Poenae) ليس التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ ولكن قمع الجرم المقترف من قبل المدين بعدم تنفيذ التزامه[1].

ثانيا : التعريف الاصطلاحي :

من خلال البحث عن التعريف الدقيق والصحيح للشرط الجزائي يمكن تقسيمه إلى نوعين من التعاريف : الأولى تعريفات تشريعية والثانية تعريفات فقهية التي قدمها شراح وفقهاء القانون المدني.

1- التعريف التشريعي :

يعتبر التعريف من اختصاص الفقه ذلك أن الدراسات النظرية الأكاديمية التي يقوم بها الأساتذة والفقهاء من خلال إنتقاداتهم وتحاليلهم للمواد القانونية والقرارات القضائية وكذا أراء بعضهم البعض تمكنهم من الوقوف على الاخطاء التشريعية والقضائية ، مما يجعلهم الأقدر على تقديم تعاريف أكثر موضوعية ودقة من تلك التي يقدمها المشرعون والقضاة .

لذلك غالبا ما نجد المشرع يتفادى تقديم تعريف لنظام قانوني معين لأن التعريفات التشريعية في الغالب لاتعطينا إلا القليل حول طبيعة وجوهر النظام الذي تم تعريفه ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعطي تعريفا للشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183 ق . م ، وتنظيم أحكامه في المواد 184 ، 185 ، 186 ، 187 ق . م ، مسايرا في ذلك معظم التشريعات المقارنة كالقانون المصري.

[1] محمد مرعي صعب، البند الجزائي، المؤسسة الحديثة للكتاب، مصر، د ط، ص 22.

إلا أن المشرع الفرنسي نجده قد تعرض لتعريف الشرط الجزائي في المادتين 1226 و 1229 من مدونة نابليون 1804 حيث تنص المادة 1226 على أن [1]:" الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ "، أما المادة 1229 ، ف2 فقد عرفت الشرط الجزائي بأنه [2]:" تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم التنفيذ الأصلي ، ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء مالم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير " .

وفي تفسيره للمادتين المذكورتين أعلاه ميز الفقيه "دونيس مازو" بين الشرط الجزائي الحقيقي الذي يهدف إلى تفادي عدم تنفيذ الالتزام ، وبين شرط التعويض الاتفاقي والذي يهدف إلى التحديد المسبق لمبلغ التعويض في حالة عدم التنفيذ وأيضا في حالة التأخير[3] فالأول ذو طبيعة عقابية أما الثاني فيغلب عليه الطابع التعويضي وهي أامور موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع .

فعموما نجد أن الإزدواج راجع لسبب أن نص المادة 1226[4] من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1804 ، أخذ من القانون الروماني الذي لا يعطي القوة الإلزامية إلا للإتفاقات التي محلها مبلغ من النقود ، فكانت تستمد قوتها الإلزامية عن طريق الشرط الجزائي الذي كان يطلق عليه إصطلاح Stipulation poenae ، إذ بمقتضاه كان الدائن يضمن عدم إخلال المدين بإلتزامه ، وهكذا كان الشرط الجزائي يلعب دور الضمان الذي تبناه المشرع الفرنسي في هذه المادة .

[1]L'article 1226 c.c.f dispose que : « la clause pénale est celle par laquelle une personne. Pour assurer l'exécution d'une convention ; s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. »

[2] L'article 1229 c.c.f dispose que : « la clause pénale est la compenstion des dommages et intérets que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation prinsipale. Il ne peut demander en meme temps le principal et la peine. À moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

[3]Pour plus de détails voir : Denis Mazeaud, la notion de clause pénale, préface de chabas, LGDG, Paris, 1992, préface.

[4] المهتار طلال ، المرجع السابق ، ص .49

أما المادة 1229 مدني فرنسي فقد تأثر واضعوا القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 بأفكار بوتييه (Pothier) الذي كان يعتبر الشرط الجزائي مجرد تعويض للدائن بسبب عدم تنفيذ المدين الإلتزام الأصلي ، فنقل واضعوا القانون المدني الفرنسي هذا التعريف في نص المادة 1229[1].

إلا أن المشرع الفرنسي في الآونة الأخيرة أصدر تعديلات معدلة لقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات بتاريخ 10 فبراير 2016 تحت رقم 2016/131 ، حيث تم تغيير تسمية الكتاب الثالث من العقود أو الالتزامات الإتفاقية إلى "مصادر الإلتزام " ، أما فيما يخص الشرط الجزائي فقد بسط ولخص معظم الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي الموجودة في المواد السابقة من 1226 إلى 1233 و1152 في مادة واحدة وهي المادة 1231 ، الامر الجديد لم يحتفظ بالتعاريف المنصوص عليها في المادتين 1226 و1229 ، والتي بدت غير ضرورية ولا القواعد المنصوص عليها في المواد 1227 و 1228 و 1229 التى تبدو واضحة[2].

2- التعريف الفقهي :

ويقصد به مجموع التعريفات التي قدمها فقهاء وشراح القانون المدني للشرط الجزائي ، وهي كثيرة ومتنوعة تعكس أهمية هذا النظام القانوني ، غير أن هناك تباين كبير في تحديد طبيعة الشرط الجزائي ، وهي في جملتها تعد تصورا ذاتيا يمثل وجهة نظر الفقيه صاحب التعريف دون أن تعطي تعريفا شاملا لهذا النظام القانوني ، الأمر الذي حذا بالفقيه السنهوري إلى عدم تعريف الشرط الجزائي في كتابه الوسيط [3] ، لذلك سأكتفي بذكر بعض التعاريف فقط مما يغني بعضها عن بعض سواء لتطابقها التام أو الجزئي ، ومن التعاريف مايلي :

---

[1] أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص18.

[2] Ordnnance n° 2016-131 du 10 f évrier 2016. Portant réforme du droit des contrats. du régime général et de la preuve des obligations.

[3] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3 ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ص851.

– تعريف الأستاذ محمد شتا أبو سعد : " هو بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما او في إتفاق لاحق لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه ، بحيث أنه غذا أخل المتعاقد بإلتزامه أدى مبلغا معينا للمتعاقد الآخر فهو في الحقيقة تقدير إتفاقيللتعويض "[1] .

– تعريف الاستاذ جبرائيل غزالة : " التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي هو إتفاق يتعهد فيه المدين بدفع مبلغ من المال في حال عدم قيامه بتنفيذ ماتعهد به أو تأخر في تنفيذه ، ويكون هذا التعيين مقطوعا مسبقا للتعويض"[2].

في الحقيقة إن الناظر للتعريفات السابقة ، يتضح أنها لا تعطينا إلا تركيبا وظيفيا يؤدي بنا دون شك إلى تعديد وظائف الشرط الجزائي بدلا من التعبير عن جوهر وطبيعة النظام القانوني[3] .

و بناءا على هذا النقد قدم الأستاذ جاد محمد تعريفا يرى أن أقرب إلى الصواب، إذ عرف الشرط الجزائي

بأنه :" إتفاق تبعي يتحدد بمقتضاه التعويض المستحق للدائن إذا أخل المدين بالإلتزام وترتب على الإخلال ضرر لحق الدائن واعذر المدين بتنفيذ الإلتزام "[4]، فهو عقد تبعي ملزم لجانب واحد بوضع لضمان تنفيذ إلتزام أصلي ففي حالة عدم التنفيذ غير المشروع من طرف المدين فإن للدائن في تسليط عقوبة خاصة.

[1] محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، د ط ، 2001 ، ص64.

[2] جبرائيل غزالة، المرجع السابق، ص887.

[3] حسني محمد جاد الرب ، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، د ط ، 2013 ، ص 26 .

[4] حسني محمد جاد الرب ، المرجع السابق ، ص 26 .

ومع ذلك فإن أرى أن التعريف السابق و إن تلافى بعض الشيء مع الانتقادات الموجهة للتعاريف السابقة إلا انه منتقد من جوانب أخرى ، فاشتراطه تحقق الضرر لإستحقاق التعويض أمر مفترض وتقضي به القواعد العامة ولا حاجة لذكره في هذا التعريف ، ومايعاب على هذا التعريف هو أنه قصر إستحقاق الشرط الجزائي على حالة عدم التنفيذ الكلي أو التأخر في التنفيذ ، مع أن كلمة الإخلال تشمل أيضا التنفيذ الجزئي والتنفيذ المعيب ، فقد يتفق الطرفان على إستحقاق الشرط الجزائي إذ لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذا سليما ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذا معيبا ، وفي هذه الحالة يستحق الشرط كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ نزولا عند اتفاق الطرفين [1] ، كما أن محل الشرط الجزائي ليس مبلغا من المال في كل الأحوال ، بل الأصح أن يرد في شكل قيام بعمل أو الإمتناع عن عمل أو إعطاء شيء في نفس طبيعة الإلتزام غير المنفذ ، و إن كان الغالب أن يرد في شكل مبلغ نقدي

وعلى العموم فإن الشرط الجزائي من خلال التعاريف المتفرقة المتوصل إليها إجتمعت تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة ، وذلك للإعتبارات التالية :

- إن الأطراف قد إتفقوا على أمر يعتبر كقاعدة عامة من اختصاص القضاء

- إن الإتفاق على الشرط الجزائي وإن لم يرد في العقد الأصلي فإنه من الجائز إستدراك الأمر وإضافته في عقد لاحق ، وهو أمر يترجم احترام إرادة الأطراف .

- إن الشرط الجزائي لا يستلزم أن يكون مبلغا نقديا ، بلإن إرادة الأطراف بإمكانها الاتفاق على أن شيء ليكون محلا للشرط الجزائي كالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل .

- يمكن للأطراف الاتفاق على الشرط الجزائي متى أخل المدين بإلتزامه ولم يتحقق للدائن الغرض من التعاقد ، أيا كانت صورة هذا الإخلال .

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 861 .

الفرع الثاني : أسمـــاء الشرط الجزائي

تعددت أسماء الشرط الجزائي في التشريعات المقارنة نتيجة لاختلاف طبيعته ، فنجد له عدة تسميات فهناك من رجح أنه مجرد اتفاق ملزم أطلق عليه اسم البند الجزائي أو التعيين بالاتفاق أو(التعيين الاتفاقي) ، وعبارة البند الجزائي هي المستعملة في القانون الفرنسي[1] وأعتمدها أيضا القانون اللبناني ، ومنهم من رجح أنه تعويض عن الضرر أطلق عليه(التعويض الاتفاقي) وهذا ماتبناه القانون المصري[2]، وسار عليها أكثر شراح القانون المصري ومن تبعهم.

وهناك من رأى أنه جزاء وعقوبة فضل عبارة (الجزاء الإتفاقي،أو الجزاء التعاقدي) ، لكن يظل اسم الشرط الجزائي هو الأشهر ورجحه القضاء القانوني وجرى به العرف [3].

وهو الاسم التاريخي لهذه المعاملة، حيث كان القانون الروماني يطلق عليها هذا الاسم [4] وعلى العموم فلا أثر في القانون للاختلاف في التسمية على استحقاق الشرط الجزائي ، فيصح بأي عبارة أو لفظ[5].

---

[1] المادة 1226 والمادة 1229 من القانون الفرنسي (مدونة نابليون سنة 1804) ، المرجع السابق.

[2] منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،(مصر)- ط1-2002 ، ص105 .

[3] توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مقارنة بين القوانين العربية ، ا الدار الجامعية، مصر ، ص38 .

[4] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص851

[5] أبوالليل ابراهيم الدسوقي ،المرجع السابق، ص418 .

وفي نفس المعنى: إلياس ناصيف/موسوعة العقود المدنية و التجارية، ص270.

الفرع الثالث : أنواع الشرط الجـــزائي

تعددت أنواع الشرط الجزائي وذلك لإعتبارات مختلفة :

1- الشـرط الجزائي باعتبار موضعـه في العقد:

أ- **النوع الأول:** يكون في هذا النوع الشرط الجزائي مقترن بالعقد ويدرج كبند من بنوده وهذا النوع هو الأكثر و الغالب انتشارا.

ب- النوع الثاني: أن يكون الشرط الجزائي بعد العقد أن يكون لاحقا للتعاقد وهذا لابد أن يكون قبل وقوع الضرر .

ج- النوع الثالث: أن يكون الشرط الجزائي قبل إبرام العقد ، وهنا يسمى الشرط الجزائي السابق[1].

2- الشـرط الجـزائي باعتباره موضوع العقد وهو في نوعين:

أ - الشرط الجزائي المقرر للإخلال بالعقود التي محلها عمل وله صور كثيرة من بينها:

* الشرط الجزائي المقترن بعقد مقاولة يشمل في دفع مبلغ من النقود عن كل يوم تأخير للمقاول عن تسليم المباني كلها أو بعضها في الوقت المحدد.

* الشرط الجزائي المقترن بعقد التسديد الذي يكون فيه خصم مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تسليم البضائع في وقتها المحدد إذا لم تكن موافقة للشروط المتفق عليها[2].

* الشرط الجزائي المقترن بتأخر المستأجر في تسليم العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار.

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص803/2.

[2] عبد المحسن الرويشد ،الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه ، ص48 ،جامعة القاهرة ،1983.

ب- الشرط الجزائي المقرر لتأخر الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغا من النقود وله صور من بينها:

- الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل أو عقد قرض و الذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر أو سنة تأخير حسب ما اتفق عليه[1].

يستخلص من المادة 176 ق.م.ج أن التعويض الذي يحكم به القاضي من جراء استحالة التنفيذ العيني من طرف المدين، إما لعدم التنفيذ أو للتأخر في التنفيذ ومنه يمكن أن يأخذ الشرط الجزائي صورتين[2]:

*- الشرط الجزائي لعدم التنفيذ: في هذه الصورة يكون الشرط الجزائي تعويضا للضرر المترتب على عدم التنفيذ للالتزام الأصلي، وبالتالي يحل محل التنفيذ و قد يكون عدم التنفيذ جزئيا أو كليا وكلا الحالتين يتحول عدم التنفيذ إلى تعويض.

*- الشرط الجزائي المقرر للتأخير: يهدف الشرط الجزائي المقرر للتأخير إلى تعويض الدائن بسبب تأخير المدين في التنفيذ ، وقد يكون هذا النوع في أغلبيته يتكون من العقود الإدارية من خلال تقديم التعويض في شكل نسب مئوية تتقاضاها الإدارة عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر.[3]

[1] عدوي مصطفى عبد الحميد ، النظرية العامة للإلتزام ، ص 41 ، مطبعة حمادة الحديثة ، القاهرة ، 1996 .

[2] المادة 176 من القانون المدني تنص على : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ، مالم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يدل له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه " .

[3] عدوي مصطفى عبد الحميد ، المرجع السابق، ص10-11.

المطلب الثاني: أهمية الشرط الجزائي وتميزه عن الاوضاع المشابهة

يكتسي موضوع الشرط الجزائي أهمية بالغة في المعاملات خصوصا في أغلب العقود الحديثة ، لما يوفره من مزايا للمتعاقدين ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول أهمية الشرط الجزائي ، بالإضافة إلى الإلتباس والتداخل الحاصل بين الشرط الجزائي و أنظمة قانونية أخرى ، تدفع الأطراف إلى إعطاء التصرف القانوني وصفا غير صحيح مع ما يترتب على ذلك من نتائج ، الأمر الذي يستدعي وضع حد فاصل بين كل نظام قانوني وهذا ما نتكلم عنه في الفرع الثاني تميزالشرط الجزائي عن الأوضاع القانونية المشابهة له.

الفرع الأول: أهمـــية الشـــرط الجـــزائي

لقد انتشر الشرط الجزائي على الصعيد التعاقدي ، لما له من أثر في الحياة العملية فنجد أن معظم العقود تتضمن اتفاقا مسبقا لمقدار التعويض المستحق ، في حالة إخلال المدين بتنفيذه أو تأخر في التنفيذ ، ونظرا لما يحققه من مزايا ومصالح كثيرة خاصة وعامة لذا اجتهد شراح القانون و الفقهاء إلى تنظيم أحكامه وتفسيره ، و على ضوء ذلك تكمن أهمية الشرط الجزائي فيما يلي:

1- توفير الوقت و النفقات:

إن وجود الشرط الجزائي يوفر المال و الوقت الذين سينفقان على الإجراءات القضائية المعقدة و البطيئة ، خصوصا في أتعاب المحامين و الرسوم و المصاريف وبالتالي فإن العقد المتضمن شرطا جزائيا يغني عن كل تلك المصاعب و التكاليف و يسهل للدائن من الحصول على مبلغ التعويض دون أي عناء[1].

[1] أسامة الحموي ،الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)،ط1،مطبعة الزرعي، دمشق،ص56.

2- تجنب المشاكل المتعلقة لتقدير التعويض:

إن الشرط الجزائي من تطبيقاته أنه يجنبنا المتاعب و المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض من طرف القاضي ، من خلال احتمالية عدم التقدير الحسن له ، وهذا ما يرتب مشاكل قانونية مثل الطعن في حكم القاضي ، تكلف عملية التقدير هذا الدائن بعض المصاريف حين يستعين القاضي بأهل الخبرة و الاختصاص لتحديد الضرر[1].

3 - تحديد المسؤولية:

إن من مزايا الشرط الجزائي هو أنه يحدد كمسؤولية سواء كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الناتج من عدم تنفيذ الالتزام وبالتالي يخفف من المسؤولية، أو قد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية في حالة زيادة في مقدار التعويض المتفق عليه من الضرر الموجود بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو في تأخيره[2].

4- إعفاء الدائن من إثبات الضرر:

تبعا للقواعد العامة في التعويض على الدائن إثبات الضرر الناتج لكي يتم استحقاقه ، إلا أننا نجد أن في الشرط الجزائي يعمل على إعفاء الدائن من إثبات الضرر[3]، وبالتالي يتم استحقاقه بمجرد الإخلال بالعقد.

---

[1] أسامة الحموي ،المرجع نفسه ، ص57 .

[2] أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1997 ، ص62 .

[3] المادة 184 من القانون المدني تنص على : " لايكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه " .

5- يعمل الشـرط الجـزائي على زيادة قوة العقد الملزمة:

الأصل أن طرفا العقد عند تنفيذهما للعقد أن يكون حسب الأصول حسن النية ، إلا أنه قد لا يحقق قبل هذا التنفيذ خاصة من جانب المدين ، وعليه فإن وجود الشرط الجزائي في العقد يعطيه قوة قانونية إلزامية إضافة إلى قوته الإلزامية الأصلية ، ويعود ذلك أن كلا من المتعاقدين يعلمان مسبقا لأن أي إخلال أو تأخر في تنفيذ العقد من قبل أحدهما فإن الشرط الجزائي في انتظاره و الذي تكون في الغالب أكبر من مقدار الضرر الحاصل فعلا ، وخوف المدين من عدم تخفيض قيمة الشرط الجزائي من القاضي الأمر الذي يجعله ينفذ التزامه بدقة[1].

6 - المحافظة على حق الطرف الذي اشترط لمصلحته:

يعطي الشرط الجزائي للدائن حق التقاضي و اللجوء إلى القضاء ، و الحصول على قيمته وهو بالتالي يحافظ على مصلحة هذا الشخص خصوصا في التعاقد مع الغير ، فالشخص إذا تعهد بإجراء عمل معين عن الغير لا يلزم نفسه به شخصيا ، وهنا لا يوجد أي رابطة إلزامية تلزمه ، وإنما يقع الأمر على خلاف ذلك تماما في حالة الشرط الجزائي ، فالمتعهد يكون ملزما بتنفيذ ما التزم به إذا كان هذا الغير الذي جرى التعهد باسمه لم يقم بالعمل المفترض أن يقوم به[2].

الفرع الثاني: تميز الشرط الجـزائي عن الأوضاع القانونية المشابهة له

1- الشـرط الجـزائي والغرامة التهديدية:

للتمييز بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ، نحاول تعريف الغرامة التهديدية **أولا** ثم أوجه الشبه والاختلاف **ثانيا** .

---

[1] دواس أمين ،أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق ، الأردن ،2005 ، ص07 .

[2] زهدي يكن ،شرح قانون الموجبات والعقود ومقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج5 ، ط1 ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، ص18.

أولاً :تعريف الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يحكم به القاضي على سبيل التهديد عن كل فترة زمنية كيوم أو أسبوع أو شهر ، بقصد إجبار المدين على تنفيذ حكم القضاء بالتنفيذ العيني [1]، كما تعرف بأنها وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري غير المباشر ، يلجأ إليها الدائن عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه القائم على الإعتبار الشخصي تنفيذا طوعيا ومن ثم يكون التنفيذ العيني الجبري غير ممكن[2] .

ثانياً : أوجة الشبه والإختلاف

تشترك الغرامة التهديدية والشرط الجزائي في عدة نقاط وتختلف في جوانب أخرى نستخلصها كالآتي :

أ – إن الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يحكم به القاضي يلزم به المدين عن كل تأخير أما الشرط الجزائي فيحدده المتعاقدان باتفاق مسبق.

ب – إن تقدير الغرامة التهديدية يكون تحكميا ،ولا يتم قياسها بحجم الضرر، أما الشرط الجزائي فيقاس بمقدار الضرر.

ج – الغرامة التهديدية ليست إلا وسيلة لدفع المدين على التنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني.

[1] المادة 164 من ق م ج :" يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينيا ، متى كان ذلك ممكنا " .

[2] المادة 174 من ق م ج : " إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن إمتنع عن ذلك ، وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة " .

د- تعتبر الغرامة التهديدية أمر وقفي وهي كذلك عقوبة باعتبارها حكم تهديدي لا يجوز تنفيذها إلا بعد تحويلها إلى حكم نهائي بالتعويض، بينما الشرط الجزائي هو اتفاق قابل للتنفيذ إلا أنهما قد يجتمعان في بعض النقاط أهمها:

*أ- عندما يقدر مبلغ الشرط الجزائي بمبلغ أكبر من حجم الضرر المتوقع حدوثه، وإن يتفق على دفع هذا المبلغ عن كل فترة أو وحدة زمنية يتأخر فيها المدين على تنفيذ التزامه كالشرط الذي يصفه رب العمل للمقاول.

*ب - حث المدين على أداء التزامه.

2- الشـرط الجزائي و الشرط المعين بالمسؤولية:

استكمالا لدراسة التمييز بين الشرط الجزائي عن غيره مما يتشابه معه من أنظمة قانونية ، نتعرف على تعريف الشرط المعين للمسؤولية **أولاً** و أوجه الشبه والإختلاف **ثانياً** .

أولاً : تعريف الشرط المعين للمسؤولية :

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط المعين للمسؤولية ، لكنه أقر بمشروعيته صراحة في نص المادة 178 من ق.م.ج[1] ، وذلك من خلال التشديد في مسؤولية المدين أو التخفيف منها ، أو حتى إعفائه كليا وتبرير ذلك أن المسؤولية العقدية منشأها العقد وليد إرادة المتعاقدين فالإرادة الحرة هي أساس المسؤولية العقدية .

[1] المادة 178 من ق م ج تنص على : " يجوز الاتفاق عل أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة ، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي ، إلا ما ينشأ عن غشه ، أوعن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي .

ثانياً : أوجه الشبه والإختلاف

– يتفق الشرط الجزائي مع الشرط المعين للمسؤولية في أن كلاهما يعتبر تعديلا اتفاقيا على ما تقضب به القواعد العامة .

– كلاهما إتفاقان يعدان باطلين في حالتي الغش والخطأ الجسيم .

– يتفقان في بعض الأحيان إلى الوصول إلى نفس النتيجة وهي التخفيف في التعويض الذي يلتزم به المدين ، أو تحميل المدين أكثر من التعويض أكثر من التعويض الذي يجب أن يتقاضاه الدائن ، ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على مبلغ كجزاء للإخلال بالعقد ، ويعتبر هذا التقدير هو الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه ، ومثال على ذلك أن يشترط مصلحة السكة الحديدية او مؤسسة البريد أو متعهد بالنقل ، بأن مسؤولية أي منهما لا تتجاوز مبلغا معينا عند ضياع رزمة أو صندوق من البضاعة المرسلة كتعويض عن الضياع ، فإذا زاد الضرر عن المبلغ المحدد دفعت ما تحدد من الشرط الاعلى للمسؤولية [1].

أما بالنسبة للفروق بين الشرط الجزائي والشرط المعين للمسؤولية من الناحية العملية ندرجها كالآتي :

– من حيث المحل : إن الشرط الجزائي يتناول قيمة التعويض ولا يتناول مسؤولية المدين ، بمعنى أن المدين يظل مسؤولا مسؤولية كاملة حتى ولوكان التعويض أقل من الضرر الواقع ، ففي هذه الحالة فإنه لا يعد مثل هذا الإتفاق تخفيفا من المسؤولية ، وكذا الحال لو كان الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر فإن مثل هذا الاتفاق لا يعتبر شرطا مشددا للمسؤولية [2].

[1] عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، عبد الباقي البكري ، القانون المدني واحكام الإلتزام ، ج2 ، د ط . د ت ن .

[2] ناصر أحمد ابراهيم النشوي ، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون – دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، ط1 ، 2013 ، ص820 .

– من حيث المصلحة المشمولة بالحماية : إن الشرط المعين للمسؤولية يشترط دائما لمصلحة المدين ، ومهما كانت كيفياته فإنها تكون لمصلحة المدين ، أما الشرط الجزائي فهو بخلاف ذلك ، يمكن تبعا لقيمة الجزاء أن يفيد أحد الفريقين المتعاقدين .

– من حيث الإثبات : في الشرط المحدد للمسؤولية يقع عبء إثبات الضرر على الدائن وفقا لما تقضي به القواعد العامة ، أما الشرط الجزائي فإنه فيه خروجا عن هذه القواعد ، إذ أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه يجعل الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته ، بل على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر لإسقاط الشرط الجزائي أو أن يثبت أنه كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة للتقليص من قيمته[1] .

– من حيث سلطة القاضي في تعديل الشرط : لا يجوز للقاضي التعديل في الشرط المعدل للمسؤولية إلا إذا كان مخالفا للنظام العام ، أما الشرط الجزائي فقد أجاز المشرع للقاضي تعديله أو الإعفاء منه إذا ثبت أنه كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة أو الدائن لم يلحقه أي ضرر[2].

3– الشرط الجزائي والعربون

سوف نظهر مدى التشابه والتباين بين الشرط الجزائي والعربون ، من خلال تعريف العربون **أولاً** ثم أوجه الاختلاف **ثانياً** .

أولاً: تعريف العربون

العربون هو تقدمة يقدمها أحد المتعاقدين وقت إنعقاد العقد أو ثمنا لخيار العدول ، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا

[1] المادة 184 من ق م ج التي تنص على : " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أوأن الإلتزام الأصلى قد نفذ في جزء منه ويكون باطلا كل اتفاق يخالف الفقرتين أعلاه " .

[2] المادة 184 ق م ج ، المرجع السابق .الفقرة 2 .

العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون وتعتبر كنفعة على حساب الثمن في حالة التنفيذ[1].

وقد تباينت الأراء في كيفية دراسة هذه المسألة، فهناك من رأى أنه يجوز للمتعاقدين في القانون وفقا للقواعد العامة إشتراط خيار العدول في العقد فيكون العدول حينئذ هو مضمون الشرط وفقا لما أتفق عليه ، فالعقد شريعة المتعاقدين [2]

ثانياً : أوجه الشبه والإختلاف

يتشابه الشرط الجزائي مع العربون إذا كان دفع العربون دلالة على الحق في العدول ، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 72 مكرر ق م ج [3]، أي إذا اتفقا المتعاقدان اللذان أبرما العقد خلال المدة المتفق عليها الحق في العدول ، يترتب على التمسك بالعدول فقدان قيمة العربون بالنسبة لمن دفعه ،ورده مضاعفا بالنسبة للطرف الذي تلقاه ، ففي هذه الحالة يشتبه الشرط الجزائي بالعربون ، إذ أنه يجيز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون[4] .

أما بالنسبة للفروقات بين الشرط الجزائي والعربون وهي كالآتي :

---

[1] جلال عنقا ، الفرق بين الشرط الجزائي والعربون ، مقال منشور على الموقع التالي : www.jawjor.net تم تصفح الموقع بتاريخ 2018/05/15 .

[2] المادة 106 من ق م ج ال25التى تنص على : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، أو لأسباب التي يقرها القانون " .، وفي نفس السياق : أنظر : بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط3 ، 2004 ، ص 91.

[3] المادة 72 مكرر ق م ج تنص على : " يمنح دفع العربون وقت غبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها ، إلا إذا قضى الإتفاق بذلك ، فإذا عدل على من دفع العربون فقده ،وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر " .

[4] ياسر محمد على النيداني ، العربون (' دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر دون طبعة ، 2008 ن ص 82 .

– الشرط الجزائي هو تقدير التعويض عن الضرر الذي وقع وترتب عليه ، أما العربون فهو مقابل لحق العدول فمن أراد أن يعدل كان له ذلك في مقابل دفعه .

– الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا وقع ضرر الدائن ، أما الإلتزام بدفع العربون قائم حتى ولو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر[1].

– العربون لا يقبل التخفيض أو الزيادة ، ولا يجوز للقاضي التدخل بشأن العربون لإجراء التناسب بينه وبين الضرر الواقع ، بينما الشرط الجزائي قابل للتخفيض أوالزيادة لتتناسب مع الضرر[2].

– الهدف من الشرط الجزائي هو تنفيذ الإلتزام الاصلي ، أما العربون فهو يقرر لإثبات العقد حيث يقصد المتعاقدان من إكمال العربون التأكيد على انعقاد العقد فيصبح ذلك دليلا على قيامه ، عكس الشرط الجزائي الذي يقتصر على ضمان تنفيذ الإلتزام .

– الشرط الجزائي عند تحققه يجب أن يكون هناك ضرر حتمي لاستحقاق قيمة التعويض المحدد في العقد ، بينما العربون فلا يشترط لاستحقاقه وقوع خطأ ممن صدر منه العدول بل إن ذلك لا يمكن تصوره ممن عدل

– ،حيث يستعمل حقه المتفق عليه[3]، واستعمال الحق لا يمكن أن يشكل خطأ الإإذا كان هناك تعسف في إستعماله وتوفرت إحدى صور المادة 124 مكرر[1].

[1] عامر محمود الكسواني ، أحكام الإلتزام ، آثار الحق في القانون المدني – دراسة مقارنة – ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 2008 .

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص865 .

[3] محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص76 .

- الشرط الجزائي لاعتباره كنتيجة تعويض يجب أن تجرى عليه أحكام التعويض خاصة إعذار الدائن لمدينه ، بينما العربون فلا يعتبر تعويضا ومن ثم لا يشترط فيه الإعذار .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للشـرط الجزائي و خصائصه:

سوف نتناول في هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول يتم دراسة الطبيعة القانونية للشرط الجزائي من حيث اختلاف الفقهاء و نظرتهم لوظيفة الشرط الجزائي هل ذات طبيعة عقابية أم ذات طبيعة تعويضية (جزافية أو تقدير مسبق) ، ثم إلى موقف المشرع الجزائري في ذلك أما في المطلب الثاني سنتكلم على خصائص الشرط الجزائي .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للشـرط الجزائي

لمعرفة الطبيعة القانونية للشرط الجزائي قسم هذا المطلب إلى أربع فروع: اتجاه الشرط الجزائي كعقوبة ، اتجاه الشرط الجزائي كتعويض ، الشرط الجزائي كطبيعة مزدوجة ، ثم موقف المشرع الجزائري من الشرط الجزائي .

الفرع الأول: اعتبار الشرط الجزائي كعقوبة

يرى أتباع هذا الإتجاه إلى أن الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه الأهمية العملية وتميزه عن نظرية التعويض كما أن الشرط الجزائي كعقوبة لجريمة مدنية يحقق للمتعاقدين الضمان و

[1] المادة 124 مكرر نص على : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لا سيما في الحالات التالية : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير ، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشيء للغير . إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " .

الأمن[1]، حيث ذهب أنصار هذا الرأي إلى مبررين مبرر تاريخي يرجع إلى القانون الروماني ، والمبرر الثاني إلى مبرر فلسفي على النحو التالي :

***المبـرر التاريخي:**

يعود إلى القانون الروماني، إذ كان يعمل بالعقوبة الخاصة ومفادها عدم ارتباط العقوبة بمقدار الضرر وإنما ترتبط بجسامة الخطأ.

***المبـرر الفلسفي:**

استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي ، فهم يرون أن العقوبة الخاصة المتفق عليها مؤسسة على الإرادة الحرة للمتعاقدين، وعليه فلا رقابة للقاضي على هذا الشرط الجزائي و ليس له حق التعديل فيه ، وقد انتقدت فكرة العقوبة الخاصة باعتبار أن الخطأ في الشرط الجزائي يرتبط بتحديد مسؤولية المدين و تحمله إياها [2] كما أن هدف الشرط الجزائي هو إصلاح الضرر بينما الهدف من العقوبة الخاصة هو العقاب.

الفرع الثاني: اعتبار الشـــرط الجزائـــي كتعويض

يرى جانب آخر من الفقه أن الشرط الجزائي له طابع تعويضي ولكنهم اختلفوا حول طبيعة هذا التعويض، فمنهم من يرى أن تقدير جزافي ومنهم من يرى أنه تقدير مسبق للتعويـض ومهما يكن ، فالشرط الجزائي عندهم ليس عقوبة في حق المدين ، ولكن هو عبارة عن تعويض يستحقه الدائن عن عدم

[1] محمد مرعي صعب ، المرجع السابق ، ص 19 .

[2] محمد إبراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1998 ، ص 145 .

تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخر في تنفيذ التزامه ويترتب على ذلك أنه لا يجوز المساس لهذا المبلغ لا بالزيادة أو النقصان ، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى مبررين قانوني وآخر فلسفي.[1]

***المبـرر القـانـوني:**

لأنه في النظرية العامة للتعويض يقتضي إثبات الخطأ و العلاقة السببية ، وبما أن الخطأ لا يثير إشكالا وذلك لأنه يقوم بعد اعذار المدين لكن الضرر يثير صعوبة من حيث الإثبات لذلك يرى أنصار هذا الرأي أن الدائن يعفى من إثبات الضرر لأنه يستحق التعويض حتى ولو لم يسبقه ضرر.

*** المبـــرر الفلسفي:**

وهو مؤسس على إرادة الطرفين وهو الأساس المنشأ للحق، وفي حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ يستوجب على المدين أن يدفع المبلغ المتفق عليه و الذي تم تحديده بكل حرية.

الفرع الثالث : الطبيعة المزدوجة للشـرط الجزائي

يرى جانب من الفقه أن الشرط الجزائي هو عقوبة تعويضية حيث يرون (أن استبعاد الطابع التعويضي للشرط الجزائي أو استبعاد طابعه العقابي هو موقف متطرف ، بل أن جمع الموقفين الذين يكونان الموضوع ونقيضه قد يعطي الحل الصحيح من الناحية النظرية)[2].

ولم يسلم هذا الرأي من النقد الذي يرى ناقدوه أن الشرط الجزائي يكون إما تعويضا أو عقوبة ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال الجمع بين التعويض و العقوبة ، ويتساءل البعض مبررين اعتراضهم هذا

[1] هشام ابراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن) ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، د ط ، 2011 ، ص 125 .

[2] محمد ابراهيم الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 147 .

(هل يمكن للقانون الوضعي من أن يضع قواعد تتجلى على ضوئها في نفس الوقت وضيفتان عقابية وتعويضية للشرط الجزائي؟).

ويجيبون نفياً ، أن التعويض هو إصلاح للضرر وذلك بمعادلته بمبلغ التعويض بالضرر ، بينما جوهر العقوبة في فكرة فرض عبء ضررا لمن وجهت إليه.[1]

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الشرط الجزائي

يتبين موقف المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالشرط الجزائي في القانون المدني ،حيث ركز أن للشرط الجزائي طابع تعويضي وليس له أي فكرة بالطابع العقابي ويتجلى ذلك من خلال اشتراطه وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وهذا ما نصت عليه المادة 183مدني جزائري[2] .

المطلب الثاني: خصائص الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي كمثله من الأنظمة القانونية يتميز بخصائص تحدد ذاتيته فهو يعتبر إتفاقا (الفرع الأول) وأنه التزام احتياطي في (الفرع الثاني) ، كما أنه تابع للإلتزام الاصلي (الفرع الثالث) ، ثم إنه تقديرا جزافيا للتعويض (الفرع الرابع) .

[1] محمد ابراهيم الدسوقي ، المرجع نفسه ، ص152

[2] المادة 183 من ق م ج تنص على : " يجور للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " .

الفرع الأول : اعتبار الشرط الجزائي اتفـاقا

لما كانت الغاية من الشرط الجزائي هو الحد من اللجوء إلى القضاء وتجنب التكاليف و الرسوم و المصاريف وكذلك الصعوبات التي تواجه القضاء ، في تحديد مقدار التعويض عن عدم الالتزام أو التأخر في تنفيذه ، هذا ناهيك عن أن كثيرا من الأضرار بحاجة إلى خبير لتقدير حجمها مقدار التعويض اللازم وما يتبع ذلك من نفقات ، وبالتالي فإن انتقاد مقدار التعويض المتفق عليه مسبقا من قبل الأطراف بإرادتهم الحرة لا تحقق هذه الغاية ، ويترتب على هذا نتيجتان هامتان هما:[1]

* الشرط الجزائي قبل كل شيء هو مجرد اتفاق بين المتعاقدين وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الأحكام الواجب توافرها في أي عقد ، حيث ينشأ صحيحا من حيث أركانه من رضا ومحل وسبب [2] والغالب أن يتم النص على التعويض في عقد الالتزام الأصلي غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاتفاق عليه ، لاحقا للعقد الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة 2/183 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ،أو في اتفاق لاحق"، ويشترط في الشرط الجزائي أن يتم الاتفاق قبل إخلال المدين بالتزامه سواء بعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ[3].

* إن الاتفاق على الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير التعويض وهذه النتيجة تعتمد بشكل أساسي على موقف كل نظام قانوني من الشرط الجزائي ، فبالرغم من اتفاق الأنظمة القانونية على جواز اتفاق المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض المستحق عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد ، إلا أن هذه الأنظمة اختلفت في تحديد القوة القانونية لمثل هذا الاتفاق .

---

[1] عبد المحسن الرويشد ،الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ،أطروحة دكتوراه، ، جامعة القاهرة،1983 م. ص 45 .

[2] أنظر: القانون المدني الجزائري في المواد59-105.

[3] أنور سلطان، مرجع سابق ، ص82 .

الفرع الثاني : الشرط الجزائي التزام احتياطي

الشرط الجزائي هو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها إلا عند عدم التنفيذ العيني للالتزام وعليه فإن للدائن إلا المطالبة بالالتزام الأصلي إذا كان التنفيذ العيني ممكنا و الطابع الاحتياطي للشرط الجزائي يثير مسألتين هامتين:

*هي مبدأ عدم الجمع بين الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي إلا في حالة إذا كان المقصود منه التعويض عن التأخير في التنفيذ.

*هي أن الالتزام بالشرط الجزائي ليس التزاما بدليا ولا تخييريا ، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن ينفذ الشرط الجزائي بدلا عن الالتزام الأصلي[1].

الفرع الثالث : الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي

الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع وليس التزاما أصليا ، وهذا الالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي قد يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لذلك فإنه لا يجوز الاتفاق عن الشرط الجزائي مستقلا ، فهو دائما يقوم إلى جانب التزام آخر أصلي ، ويترتب على هذه التبعية عدة آثار نوجزها فيما يلي:

1- بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي بالتبعية [2] مثاله: تعهد شخص بارتكاب جريمة و التزام شخص آخر بدفع مبلغ من المال لقاء ذلك الالتزام .

2 – فإذا اتفق الطرفان على أن إخلال أحدهما بالتزامه ، فإن الالتزام الأصلي باطل لعدم مشروعيته ومنه بطلان الشرط الجزائي كقاعدة عامة ، وقد أورد الفقهاء استثناء تظهر صورته في بيع ملك الغير[1].

[1] عبد القادر الفار ، أحكام الإلتزام – آثار الحق في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، دون طبعة ، 2012 ، ص.84.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص868

ولكن الملاحظة إنه إذا حدث العكس أي أن الشرط الجزائي باطل فإن البطلان لا يمتد إلى الالتزام الأصلي .

3- إذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة ، سقط معه الالتزام بالشرط الجزائي.

4- كذلك يترتب على تبعية الشرط الجزائي بالالتزام الأصلي أنه لو فسخ العقد المنشئ للالتزام الأصلي فإنه يسقط معه ويؤدي ذلك إلى زوال الشرط الجزائي، فإذا اخل المدين بالتزامه ولم يطالب الدائن بتنفيذ العقد مقابل الشرط الجزائي وإنما طلب الفسخ فلا يمكنه المطالبة بالشــرط الجزائي لأن الالتزام الأصلي زال ، يفسخ العقد بالاستثناء إذا كان الشرط الجزائي قصد به مواجهة الضرر الناتج عن الفسخ

5 – كما أن الالتزام الأصلي إذا كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل أو غير ذلك من الأوصاف، فإن الشرط الجزائي تلحقه هذه الأوصاف بالتبعية[2].

الفرع الرابع : اعتبار الشـــرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض

إن اعتبار الشرط الجزائي شرط مسبق في تقدير التعويض ، حيث أن الأطراف يحددون بصفة مسبقة المبلغ الذي يدفعه المدين في حالة إخلاله بالالتزام إما لعدم التنفيذ أو التأخر في الالتزام ، ومن ذلك فهو تقدير جزافي أو احتمالي وهذا ما توصل إليه الفقهاء الذي اعتبروا أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي يتمتع ويمتاز بطابع جزافي ، حيث يرون أن الشرط الجزائي باعتباره تسوية اتفاقية يحدد بصفة مسبقة وجزافية قيمة التعويض .

---

[1] رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، د ط ، 1998 ، ص 105 .

[2] الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص49 .

المبحث الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي ونطاق تطبيقه

لكي يتم الحكم بالشـرط الجزائي لابد من توافر شروط وفي أركان معينة ، وهي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية ،وهي نفس الأركان الواجب توافرها في المسؤولية العقدية ، وقد اشترط القانون إضافة إلى هذه الأركان العامة ركن رابع ألا وهو الإعذار وعلى ضوء ذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ففي المطلب الأول سوف نعالج شروط استحقاق الشرط الجزائي و في المطلب الثاني نطاق تطبيقه.

المطلب الأول: شـروط استحقاق الشـرط الجزائي

سيتم دراسة في هذا المطلب الأركان العامة للحكم بالتعويض ثم دراسة ركن الإعذار

الفرع الأول: الأركان العامة للحكم بالتعويض

أولا: الخطـأ

لكي يكون الشرط الجزائي مستحقا يجب أن يكون كما في حالة التعويض وهذا ما يحيلنا إلى نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري[1] ويمثل هذا الخطأ في الشرط الجزائي وهو إخلال المدين في عدم التنفيذ لالتزامه أو إذا تأخر في تنفيذها ويشترط أن يكون هذا الخطأ منسوبا للمدين.[2]

و الخطأ قد يكون مفترضا من جانب المدين في المسؤولية العقدية إذا لم يقم بتنفيذ التزامه كليا أو الجزء منه أو تنفيذه معيبا أو تأخيره في التنفيذ ، ولا يستطيع المدين نفي هذا الخطأ إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي .

[1] أنظر المادة 183 من القانون المدني الجزائري .

[2] إبراهيم السيد أحمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري و الفرنسي،ص54،الإسكندرية ،ط1،2003 .

ولمعرفة مدى توافر الخطأ العقدي من عدمه يجب التفرقة بين الالتزامات بتحقيق نتيجة و الالتزامات ببذل عناية[1] ، ففي النوع الأول يعتبر المدين مقصرا في تنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية أو النتيجة المرجوة منه قانونا أو اتفاقا ، فإذا كان المدين ملتزما بنقل الملكية أو بتوريد كمية معينة من سلعة معينة ، أو كان ملزما بالامتناع عن عمل معين ، كان المدين مخلا بالتزامه ومرتكبا لخطأ عقدي إذا لم يحقق النتيجة المرجوة أي بنقل الملكية أو تسليم السلعة أو قام بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه [2] .

أما الالتزام ببذل عناية فإنما يكون للمدين أن يبذل جهد معين لكي تتحقق النتيجة المرجوة ، فيكون هنا محل الالتزام هو بذل هذه العناية وليس تحقيق نتيجة وإذا قصر المدين في بذل الجهد فإنه قد ارتكب خطأ عقدي الموجب للمسؤولية ومثال على ذلك التزام الطبيب بالمعالجة ، فهو لا يضمن تحقيق الشفاء وإنما يبذل جهدا وعناية حتى يتحقق الشفاء ، وكذلك أيضا بالنسبة للمحامي فإن التزامه بالدفاع عن موكله يقتضي منه أن يبذل جهد وعناية .[3]

بعد التعرف على أركان الخطأ ومضمونه، يجب توضيح مسألة عبء الإثبات ، حيث مادام الخطأ العقدي يتعلق بالمسؤولية العقدية للمدين فإن الإثبات يدور حول الواقعة التي أدت إلى استحالة تنفيذ المدين التزامه عينا ، على هذا الأساس ففي حالة طلب الدائن بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين للالتزام فهنا طبقا للقاعدة البينة على من ادعى ، فعلى الدائن عبء الإثبات عدم التنفيذ ، أي بمعنى أن الدائن عليه أن يثبت أن المدين لم يحقق نتيجة أو لم يقم ببذل جهد أو العناية المطلوبة.

وقد انتقد فكرة تحميل الدائن عبء الإثبات وصعوبة هذا العبء ، وحجته على ذلك أنه من الناحية العملية لا يكلف الدائن بإثبات خطأ المدين بل يكفيه أن يثبت واقعة عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

---

[1] سوار محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج1، المطبعة الجديدة،سوريا،دمشق،1978، ص373.

وفي المعنى: جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، دارا لنهضة العربية ، القاهرة ، ص433.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص235.

[3] أبو ملوح موسى سليمان، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني ، مصادر الالتزام ، ط2002،1 ، ص248.

وهنا تقوم قرينة على أن المدين قد أخطأ وعلى هذا الأخير إذا أراد أن يتخلص من هذه المسؤولية ، أن يثبت السبب الأجنبي لقطع العلاقة السببية بين خطئه و الضرر الذي أصابه ، وفي ظل هذا فإن تقرير مسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخير يتوقف على سبب الاستحالة ، فإذا أثبت هذه الاستحالة في التنفيذ أو التأخير بسبب أجنبي يكون غير مسؤول إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بتحميل المدين تبعية استحالة التنفيذ الناشئة عن سبب أجنبي فهنا تبقى مسؤوليته قائمة ويلزم بالتعويض .

كذلك أيضا فالسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، فالقوة القاهرة حتى تكون سببا أجنبيا يجب أن تتوفر فيها أربعة شروط وهي:

أ – أن يكون الحادث غير متوقع الحصول وقت إبرام العقد

ب – أن يكون الحادث غير ممكن الدفع

ج – يجب أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزام.

د – يجب أن لا يكون هناك خطأ من جانب المدين.

أما فيما يتعلق بخطأ الدائن يكون هذا الأخير سببا في عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه وبالتالي يرى الفقه أن هذا يحرمه من استحقاق الشرط الجزائي ، حيث يرون أن نظرية الشرط الجزائي تتماشى مع نظرية المسؤولية العقدية.

وتدعيما لهذا الموقف ذهبت بعض التشريعات و القوانين من بينها القانون الجزائري الذي جاء في المادة 177 ق م، أن القاضي يستطيع أن لايحكم بأي تعويض ويستطيع أن ينقصه إذا كان الدائن إشترك في إحداث الضرر[1].

[1] أنظر المادة 177 تنص على أنه:" يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه" .

*فعل الغير من بين صور الفعل الأجنبي التي تعفي المدين من مسؤوليته يشرط أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر.

ثانيا : الضرر

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ، و الذي بموجبه يستحق التعويض بشكل عام فالدائن حتى يستحق الشرط الجزائي يجب أن يلحق به ضررا من جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فإذا أخل المدين التزامه ولم يصب الدائن ضرر لا يسأل المدين عن التعويض .[1]

كما نجد أن معظم التشريعات العربية وعلى رأسهم القانون الجزائري نص صراحة وجوب الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي حيث تنص المادة 184: على أنه : "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يحققه أي ضرر" ومنه يرى أن المشرع الجزائري قد ابرز أهمية الضرر كركن يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي.

– إن إثبات ركن الضرر كقاعدة عامة يقع على عاتق من يدعيه تطبيقا للقاعدة القانونية المشهورة القائلة: " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" ، فالدائن إذا هو المكلف بإثبات الضرر وله أن يسلك جميع طرق الإثبات على اعتبار أن الضرر واقعة مادية .

فالمشرع الجزائري لم يفرق بين الشرط الجزائي و التعويض القضائي حيث اشترط فيهما توافر الخطأ و الضرر لاستحقاقهما غير أنه فرق فيما يتعلق بعبء الإثبات ، ففي الشرط القضائي يتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه طبقا لقاعدة: "البينة على من ادعى" ، أما في الشرط الجزائي فقد حول عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، وذلك بنص صريح في المادة184 مدني جزائري ، ففي حالة إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر تخلص من مسؤوليته وبالتالي لا يلزم بالتعويض.[2]

[1] دواس أمين، المرجع السابق، ص211.

[2] أنظر المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: العلاقة السببية

الأصل أنه يجب على الدائن الذي يطالب بقيمة الشرط الجزائي عن الضرر الذي أصابه أن يثبت أن هذا الضرر كان نتيجة حتمية ومعقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ، لأنه لا يعقل افتراض أن كل ضرر يصيب الدائن يكون ناتجا عن عدم تنفيذ الالتزام إذا لم يكن في استطاعته المدين توقيه ببذل جهد معقول ، وحتى لو أثبت الدائن أن الضرر كان نتيجة معقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فإن لهذا الأخير أن يرفع المسؤولية عن نفسه وذلك بإثبات السبب الأجنبي سواء كان قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه وهذا ما نصت عليه المادة178 ق م ج[1].

الفرع الثاني: الإعـــــــذار

إن القاعدة في معظم التشريعات العربية بما فيها القانون الجزائري أن مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام لا يكفي لاعتبار المدين مقصرا في تنفيذ التزامه وإنما يجب تنبهه عن طريق الإعذار .

فنجد أن المشرع الجزائري قد اشترط الإعذار سواء كان في مجال التنفيذ أو في مجال الشرط الجزائي التي تنص عليه المادة179[2] ، وعلى العموم لمعرفة شرط الإعذار يجب التطرق على تعريف الإعذار ، ثم إلى حالات لا ضرورة لها لإعذار المدين ، وصولا إلى وسائل هذا الإعذار ونتائجه .

[1] المادة 178 ق م ج تنص على:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ،إلا ما ينشأ من غشه ،أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش ،أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

[2] المادة 179 ق م ج تنص على : " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم يوجد نص يخالف لذلك " .

أولاً- المقصود بالإعذار:

لقد اختلفت التعريفات للإعذار فمنهم من قال أنه:" وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"[1]ومنهم من عرفه على أنه:" توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه توكيدا رسميا أو غير رسميا بدعوته إلى التنفيذ بتوجيه إنذار إليه".

وإذا كان اشتراط الإعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير لم يثر أي خلاف فقد اختلف الفقه حول اشتراطه للتعويض عن عدم التنفيذ.

ثانياً- وسائل الإعذار:

نصت المادة 180 مدني جزائري على كيفية الإعذار ووسائله ، حيث يكون إعذار المدين بإعذاره أو من يقوم مقام الإنذار كذلك عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون ، وقد يكون هذا الإعذار متفقا عليه ومضمنا في الاتفاق بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء ،كما أن الإعذار لا يعتبر مبدأ مطلقا بل نص القانون على عدم ضرورة الإعذار في أحوال معينة تناولها المشرع في المادة 181 مدني جزائري وهي كالآتي[2]:

- لا ضرورة لإعذار المدين في حالة إذا ما أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدي بفعله وبالتالي يكون الأمر متعلق بعدم التنفيذ و التعويض .

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق، ص ،833.

[2] المادة 181 ق م ج التي تنص على : "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية :

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين .

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.

-اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.' .

-اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

ثالثاُ : نتائج الإعذار

يترتب على شرط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي نتائج هامة تتمثل فيما يلي:

أ - مسائلة المدين عما يترتب على تأخرهن في تنفيذ التزامه وابتداء من تاريخ الإعذار.

ب - نقل تبعة الهلاك على عاتق المدين ولو كان قبل الإعذار على عاتق الدائن ، ففي الوديعة مثلا إذا هلك الشيء المودع تحت يد المودع لديه بفعل قوة قاهرة ، فإنه يهلك على الدائن (المودع) ، فإذا كان قد سبق وأعذر المدين(المودع لديه) مطالبا إياه بتسليم الشيء الذي هلك تحت يده انتقلت تبعة الهلاك إلى عاتق المدين.[1]

كذلك نجد أن القانون الجزائري تطرق على انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين عن طريق الإعذار ، حيث تنص المادة 168 مدني جزائري تنص على:" إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الاخطار تكون على حسابه " ومنه يترتب على ذلك أنه لو تم إعذار المدين لتنفيذ التزامه ولم يقم بذلك وهلك محل العقد يتحمل المدين تبعه ذلك[2].

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 841 .

[2] المادة 168 ق م ج تنص على : " إذا كان المدين الملزم بقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الاعذار فإن الاخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن .

غير أن هذه الاخطار لا تتعدى إلى المدين رغم الاعذار إذا ثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له ، مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعية الهلاك تقع على السارق .

المطلب الثاني: نطاق تطبيق الشرط الجزائي

يبدو للوهلة الأولى أن نطاق تطبيق الشرط الجزائي لا يتعدى نطاق المسؤولية العقدية ولكن الحقيقة أن هناك تيارا قويا من الآراء يسلم بمبدأ امتداد الشرط الجزائي على المسؤولية التقصيرية ، وعلى ضوء ما سبق سوف ندرس نقطتين هامتين في هذا المطلب النقطة الأولى نعالج الشرط الجزائي في نطاق العقد ثم في النقطة الثانية الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: الشرط الجزائي في نطاق العقد:

إن مبدأ امتداد الشرط الجزائي إلى نطاق العقد ليس محل خلاف ، فقد اعترف به بنصوص قانونية صريحة في معظم التشريعات و القوانين ، حيث نجد أن المشرع الجزائري نص عليها صراحة في المادة183 مدني جزائري على أنه:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض "[1].

فالشرط الجزائي يكثر في العقود التي تتم بين البائعين و المشترين حال الامتناع عن الدفع أو التأخير فيه، كذلك نجده في عقد القرض بضمان المقرضون استرداد أموالهم المقرضة وكذلك أيضا في عقود المقاولات و النقل و التوريد والإيجار إضافة إلى ذلك نجده في الاتفاقيات التجارية و الصناعية ، فنراه مدرجا ضمن شروط العقود التي تتم بين المنتجين والوكلاء من أجل تنظيم توزيع بيع المنتجات بين المحلات التجارية المكلفة ببيعها ، وكذلك نجد الشرط الجزائي في النطاق الصناعي بين المنتجين لوضع نظام للمنافسة بينهم ، كأن يحصر كل منتج منهم تعامله مع منطقة جغرافية معينة أي في حال من أخل منهم بهذا الالتزام وباع منتجاته في منطقة غير منطقته الجغرافية يدفع مبلغ من المال.[2]

[1] أنظر المادة 183 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

2 طلال المهتار، المرجع السابق ، ص60-61.

يلتزم كل منتج بإنتاج كمية محددة فإذا اخل بهذا الالتزام يكون معرضا لدفع مبلغ من المال بسبب عدم هذا الالتزام ، كما أن الشرط الجزائي لا يكون فقط في العقود ذات العوض بل يمتد ليشمل العقود الأخرى كعقود الهبة و الوصية ، بحيث يمكن للموصي أو الواهب أن يثقل كاهل المستفيد بأعباء أو التزامات ، فيضمن عقد الوصية أو الهبة شرطا جزائيا يقضي بإلقاء جزاء على المستفيد في حال عدم تنفيذه للتكاليف أو الأعباء المترتبة عليه ، بموجب عقد الهبة أو عقد الوصية[1] ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد العمل سوف نتناوله بشيء من التفصيل.

يعتبر عقد العمل من العقود الخصبة للشرط الجزائي ، حيث نجد أن علاقة العمل التي تكون بين العمال وأرباب العمل في بعض الأحيان لا تستمر لعدم التزام أحدهما بالعقد و بالتالي يترتب التعويض ، وهذا الأخير قد يحدد بصفة مسبقة في شكل.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية

إن معظم الفقه اتجه إلى القول أن مجال الشرط الجزائي هو المسؤولية العقدية في حين ذهب رأي آخر أن نطاق الشرط الجزائي قد يكون المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية على حد سواء ، إذا توقع أحد الأشخاص إمكانية حدوث خطأ تقصيري منه فبإمكانه أن يقدر بصفة اتفاقية مع الطرف الآخر أو الضحية مقدار الضرر و التعويض المستحق وذلك دون أن يكون بوسعه إلغاء مسؤوليته أو إنقاصها ، وهنا قد يتفق المسؤول مع الضحايا الاحتمالين على مبلغ ثابت يكون مدينا به لكل منهم كتعويض عن أخطائه وهنا يكون قد عقد شرطا تقصيريا[2].

إلا أن هذا الرأي انتقد من بعض الفقهاء مستندين على ما يلي:

– أن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ويبطل كل اتفاق يعدل على هذه الأحكام .

1 ناصيف الياس ، المرجع السابق ، ص112.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص869.

– من الناحية العملية يصعب تحقيق مثل هذه الاتفاقات ، أما القضاء فقد جعل المسؤولية التقصيرية فوق كل الاتفاقات ولهذا ألغت كل الاتفاقات التي تحد من المسؤولية التقصيرية[1] أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص في المادة06/178:"يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء عن المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي" وعلى ضوء هذا فالمشرع أبطل كل شرط يعفي من المسؤولية التقصيرية باعتبار أنه لم يجيز زيادة الشرط الجزائي ففي حالة وجود الفرق الكبير بين الشرط الجزائي و الضرر بحيث يكون هذا التعويض تافها إلى حد يمكن اعتباره إعفاء من هذه المسؤولية التقصيرية يبطل هذا الشرط وفقا للمادة 178 مدني جزائري[2].

أما لو كان التعويض المتفق عليه مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذي وقع فليس هناك أي مشكل يمكن أن يطلب منه القاضي تخفيض الشرط الجزائي وفقا للمادة 184 مدني جزائري[3].

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه، ص109.

[2] أنظر المادة 178 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

[3] أنظر المادة184 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

الفصل الثاني:

محتوى

عقود الاستهلاك

إن المتتبع لقانون حماية المستهلك ، يجد انه يعنى بصنفين من الاشخاص المستهلك بإعتباره الطرف المستهدف لحمايته بموجب مواد القانون ، والمهني بإعتباره الطرف المعني بتطبيق أحكامه لضمان التوازن العقدي بين كل منهما ، كما نظم لكل منهما حقوقه وإلتزاماته.

وعلى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى أربع مباحث : أطراف عقد الاستهلاك (مبحث اول) ، ماهية عقود الاستهلاك (مبحث ثاني) ، تطبيقات الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك (مبحث ثالث) ، موقف القانون الجزائري من الشرط الجزائي ومقارنته بالقوانين الاخرى (مبحث رابع) .

المبحث الاول : أطراف عقد الاستهلاك

الحديث عن عقود الاستهلاك يقتضي الحديث عن أطراف العقد هما المستهلك والمهني اللذان يمثلان أهم الاشخاص الفاعلة في الحياة الاقتصادية ، لذلك يعتبر قانون الإستهلاك أشمل القوانين على الإطلاق ذلك أن أحكامه تخاطب عدد كبير من الأشخاص، فكل المواطنين مستهلكين، بالمقابل فإن معظمهم من المهنيين، وعليه سوف نتطرق إلى معرفة ماهو المستهلك في (المطلب أول) ، وماهو المهني في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : مفهوم المستهلك

وأصل الاستهلاك من المصدر هلك فيقال استهلكَ يستهلك، استهلاكًا، فهو مُستهلِك، والمفعول مُستهلَك ، وهو أيضا مأخوذ من مادة هلَك: الهَلكُ، هلك، يهلَكُ، واستهلك المال: أنفقه وأنفذه ، وبذلك يمكن تعريف حماية المستهلك في اللغة بأنها الدفاع عن مستخدم المال ومنفقه [1].

[1] محمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات التجارية والتعاونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 1404 هـ ، ص 65 .

وفي نفس المعنى : محمد نبيه غطاس ، معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ، لبنان ، 1985م ، ص 42 .

الفرع الاول : تعريف المستهلك في الاقتصاد والشريعة الاسلامية

أولا : تعريف المستهلك في علم الاقتصاد

وكما سبق البيان فإن مصطلح حماية المستهلك ليس مصطلح قانوني اً أو فقهي في الأصل بل هو عبارة عن مصطلح اقتصادي فلا بد من بيان معناه لدى الاقتصاديين.

والمستهلك" : هو الذي يستخدم السلع المختلفة سواء للاستهلاك النهائي أو الوسيط وسواء كان ذلك يتعلق بسلع أو خدمات استهلاكية أو استثمارية وسواء كان هذا الاستخدام عن طريق الشراء أو التأجير أو بصورة مجانية

كما أن هناك من الفقه من يعرفه بأنه " : كل من يحصل من دخله على سلع ذات طابع استهلاكي لكي يشبع حاجته الاستهلاكية إشباعا حالا ومباشرا " .[1]

وكذلك في ذات المعنى عرفه آخر بأنه " هو الذي يحصل على السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية وليس من أجل التصنيع"[2] فالمستهلك يحتل الطرف الأخير في العملية الاقتصادية بعد عملية الإنتاج والتوزيع.

ويمكن التفرقة بين أنواع ثلاثة من الاستهلاك بحسب المفهوم الاقتصادي وهي:

1- استهلاك الأفراد أو العائلات أو الاستهلاك الجماعي :يمكن تعريف استهلاك الأفراد بأنه عملية استخدام السلع والخدمات الاقتصادية لإشباع حاجات الأفراد أو العائلات ، وأما الاستهلاك

[1] خلف أحمد محمد محمود ، (الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية). د.ط (القاهرة :دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005 م، ص51 .

[2] عياض محمد عماد الدين، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، النسخة الإلكترونية . [مجلة دفاتر السياسة والقانون ، الجزائر، 63-76 ، 2013م، ص62 .

الجماعي فهو إنفاق الإدارة العامة على ما تحتاج إليه من سلع وخدمات لتتمكن من تأدية الخدمات العامة المجانية أو التي بمقابل.

2- الاستهلاك السوقي أو النقدي والاستهلاك الذاتي : ويقصد بالاستهلاك السوقي أو النقدي عملية استخدام هذه السلع والخدمات لإشباع الحاجات وذلك بطريق الشراء من الأسواق بمبالغ نقدية ، بينما يقصد بالاستهلاك الذاتي عملية استخدام السلع و الخدمات الاقتصادية من قبل الأفراد أنفسهم دون ظهورها في الأسواق ودون دخول نطاق التبادل النقدي.

3- الاستهلاك السلعي والاستهلاك الخدماتي : ويراد بالاستهلاك السلعي بأنه استخدام لمال موجود مادياً لإشباع حاجة الإنسان إلى الغداء والدواء واللباس والسكن ، وأما الاستهلاك الخدمي فهو استخدام مال ليس له وجود مادي لإشباع حاجة الإنسان للحاجات للعلاج أو لإشباع خدمة ومنفعة للإنسان[1] .

وحاصل القول عند الاقتصاديين أن المستهلك هو من يستخدم السلع والخدمات المدفوعة الثمن أو المجانية من أجل مصلحته الشخصية وليس من أجل التصنيع والتدوير وبذلك يخرج المهني من تعريف المستهلك الاقتصادي ويؤدي هذا إلى بساطة معيار التفرقة ما بين المستهلك وغيره .

ثانيا : تعريف المستهلك في الشريعة الإسلامية

إن التشريع الإسلامي هو تشريعٌ شامل متسع، يتطرق إلى جميع جوانب حياة الفرد المسلم فهو ينظم تصرفاته ومعاملاته، فتجد الأمر بالصلاة إلى جانب الأمر بعدم الغش وتجده أيضا يربط علو الدرجات بالصدق بالتجارة . وأضاف أيضا مع كل هذا سورا متيناً من الحماية التشريعية الجنائية ، وفي تقديرنا فإن اصطلاح حماية المستهلك هو مصطلح حديث على الدراسات الفقهية الشرعية ، ولم يتطرق له الفقهاء

[1] نصيف محمد حسين ، النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك ، د . ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص03 ، 1998 م .

القدامى في كتبهم ومؤلفاتهم و إن كانت مضامين هذا الاصطلاح متوفرة في الفكر الاقتصادي الإسلامي منذ نشأته ، ويرجع سبب ذلك إلى أنهم كانوا يستعيضون عن مصطلح المستهلك باصطلاح المشتري.

ويقصد بالاستهلاك بحسب الفقه الإسلامي" هو الاستخدام المباشر للسلع والخدمات المباحة شرعا لإشباع رغبات الإنسان وحاجاته المباحة"[1].

وهناك من الفقه من يذهب إلى القول بأن المستهلك هو" كل من يؤول إليه الشيء بطريق الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال"[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصر المستهلك على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي مع أن الشريعة الاسلامية تتسع قواعدها الحمائية لتشمل الاشخاص المعنوية ، ويلاحظ أيضا أنه لم يأتِ على ذكر من يؤول إليه الشيء عن طريق التبرع والهبة ، وكذلك فإنه يوسع نطاق الحماية فيشمل المستهلك النهائي وكذلك المنتج.

الفرع الثاني : التعريف القانوني والفقهي للمستهلك

أولا : التعريف القانوني للمستهلك

كما أشرنا سابقاً فإن المستهلك يحتل مساحة واسعة من اهتمام المشرع الجزائري ، الذي يسعى إلى إيجاد حماية كافية لهذا المستهلك في ظل المتغيرات التجارية المستمرة ، وفي سبيل ذلك فقد أوجد المشرع الجزائري قانون حماية المستهلك الجزائري وسعى من خلاله للحفاظ على حقوق المستهلك ، وقد توجه المشرع الجزائري كما القوانين الأخرى إلى وضع تعريف للمستهلك محل الحماية.

---

[1] الهيتي ، عبد الستار ابراهيم ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات مج (19) – (6) 189-221 ، 2004 م ، ص 05 .

[2] الشرنباصي رمضان ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، د . ط ، القاهرة ، مطبعة الأمانة ، 1984 م ، ص25 .

1- تعريف المستهلك في التشريع الجزائري :

إن المشرع الجزائري منذ البداية حرص على إعطاء تعريف للمستهلك وأول ما تم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش وذلك في إطار تحديد وتوضيح المفاهيم والمصطلحات الواردة في القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، حيث نصت المادة 2 الفقرة 9 منه على ما يلي:

" المستهلك هو كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للإستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به "[1].

فمن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق الحماية عندما إعتبر المستهلك الوسيطي من بين الأشخاص الخاضعين لقانون الإستهلاك ومن جهة أخرى فهو يقع في تناقض، ففي الوقت الذي يشير فيه إلى إمكانية كون المنتوجات أو الخدمات معدة للإستعمال الوسيطي مع العلم أن الإستعمال الوسيطي هو استعمال سلعة لتصنيع سلعة أخرى ليعود في نهاية الفقرة ويبين أن الغرض من الإستهلاك هو سد الحاجات الشخصية أو العائلية .

وتداركا منه للتناقض الموجود بالتعريف قام بإعطاء تعريف آخر للمستهلك من خلال القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 بإعطاء تعريف آخر للمستهلك تبنى من خلاله المفهوم الضيق بقوله في الفقرة3 من المادة 2:" المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "[2]، هذا وبصدور القانون رقم 09-03 عرف

---

[1] المادة 2من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج . ر ، ع 5 ، المؤرخة في 31يناير 1990 (قانون ملغى)

[2] المادة 2 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج. ر ، رقم 14 المؤرخة في 2004/06/27 ، المعدل والمتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 2010/08/15 ، ج. ر ، رقم 46 المؤرخة في 2010/08/18 .

المشرع المستهلك في الفقرة 1 من المادة 3 منه أنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للإستهلاك النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به"[1].

يتضح من التعريف أن القانون لم يفرض شكل معين لقيام العلاقة الإستهلاكية بل جعلها تنشأ لمجرد إقتناء المنتوج أو الخدمة المعروضة للإستهلاك من المستهلك وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وفر الوسائل والإمكانيات المادية لضمان حد معين من الحماية للمستهلك من تعسف المتدخل سواء أكان منتجا أو حرفيا أو موزعا أو تاجرا أو مستوردا أو صانعا أو وسيطا ....الخ .

2- تعريف المستهلك في التشريع المصري :

بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك المصري وفي المادة الأولى من القرار رقم 886 الصادر عن وزارة التجارة والصناعة المصرية سنة 2006 الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية وقانون حماية المستهلك الصادر بموجب القانون رقم 67 سنة 2006 في الباب الاول من الفصل الثاني تحديداً نجد أن تعريف المستهلك هو "كل شخص تقدم له إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"[2] .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصر شخص المستهلك على من تقدم إليه المنتجات أي السلع والخدمات دون الإشارة إلى رغبة المستهلك في الاقتناء والشراء مع أن الأصل في الاستهلاك هو حالة تقدم المستهلك بطلب السلع والخدمات التي يحتاجها لا العكس.

[1] المادة 3 من القانون رقم 03/09 الصادر بتاريخ 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج. ر رقم 15 المؤرخة في 2009/03/08 .

[2] المادة(1) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (20) لسنة 2006 .

3- تعريف المستهلك في التشريع الفرنسي :

إن المشرع الفرنسي نجده جاء بعدة تعاريف متعاقبة للمستهلك فقد عرفه في القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 1972/1/14 الخاص بتنظيم الإعلان عن أسعار السلع بأنه:" من يقوم بإستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم، وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو إستخدامها في نطاق نشاطه المهني" فالملاحظ أن المشرع الفرنسي يعتبر المستهلك هو الشخص الطبيعي دون المعنوي لكن سرعان ماغير رأيه ، فنجده أحال تعريف المستهلك إلى قانون 2ماي 2013 وأصبح التعريف يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني المنتوج من أجل حاجاته الشخصية وليست المهنية[1].

ثانيا : التعريف الفقهي للمستهلك

إن المعهود في الدراسات القانونية والفقهية أن تترك مهمة تعريف و إيضاح المصطلحات القانونية للفقه والقضاء ، إلا أن الناظر إلى قانون حماية المستهلك الجزائري والقوانين المقارنة يجد أن المشرع قد أدرج تعريف خاص بالمستهلك ، ولكن نجد أن الفقه في تعريف المستهلك أيضا قد أدلى بدلوه برغم وجود التعريف التشريعي و قد انقسم إلى قولين وهو ما سنبينه فيما يلي :

أ- التعريف الموسع للمستهلك :

وفقا لأنصار هذا الإتجاه، فإن المستهلك هو كل شخص يقوم بعملية الإستهلاك، و لو كان يتعاقد من أجل حاجاته المهنية ما دام ما يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه، وقد أطلق المشرع الفرنسي على المستهلك الذي يتعاقد لأغراض مهنية تعبير غيرالمهني (Le non professionnel).

[1] محمد بودالي حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب ، الجزائر ، 2007 ، ص 32 .

و بالتالي فإنه يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة لاستعمالها في نطاق مهنته أو لاستعمالها في إطار شخصي على السواء، مادام سيستهلك السيارة في الأخير[1]، وعليه فإن من يشتري سيارة لإعادة بيعها لا يعد مستهلكا، كما أن من يشتري سيارة بوصفه مهنيا يتعامل في إطار تخصصه ليس مستهلكا كذلك.

و قد إستند أنصار هذا التوجه إلى أن غير المهني، يقف موقف الجاهل و عديم الخبرة بأسرار المهن الأخرى، ما سيجعله ضعيفا أمام المهني المتخصص مثله مثل المستهلك العادي ، كالمزارع الذي يبرم عقد تأمين على نشاطه الفلاحي، والمحامي الذي يشتري كمبيوتر و مستلزماته لحاجات مكتبه .

ب- التعريف الضيق للمستهلك :

وفقا لهذا الاتجاه فإن المستهلك : هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع ، وأن المستهلك هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقانزن الخاص والذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ، وعلى ذلك يكتسب صفة المستهلك وفقاً لهذا المفهوم من يتعاقد لأغراض مهنية كإيجار محل تجاري أو شراء سلعة لإعادة بيعها[2] .

إذاً فالمعيار الذي اعتمده هذا الاتجاه هو معيار الغرض من التصرف ، والذي يسمح بتصنيف شخص ما بين طائفة المحترفين أو طائفة المستهلكين ، وبناء على ذلك لا يعتبر مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه الشخص الذي يقتني مالاً أو خدمة لغرض مزدوج ، أي مهني وآخر غير مهني . كأن يشتري وكيل عقاري سيارة يستعملها ليس فقط من أجل جولاته المهنية ولكن أيضاً من أجل نقل أسرته وهذا ما يسمى بالاستعمال المختلط[3] .

---

[1] أحمد محمد محمود خلف ،الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة" ، المكتبة العصرية للنشر، المنصورة ، مصر ، 2008 م ، ص58.

[2] رمزي مبروك ، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 2002 م ، ص 15.

[3] محمد بودالي ، حماية المستلك في القانون ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2006 م ، ص22-23 .

وذهب البعض إلى حد رفض صفة المستهلك حتى عمن يتصرف جزئياً لأغراض مهنية .كما لايعتبر مستهلكاً ولا يستفيد من قواعد الحماية الشخص الذي يتصرف لغرض مهني حتى ولو كان خارج مجال اختصاصه .

ومن بين الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه:[1]

- أن المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه لن يكون أعزلا من كل سلاح مثل المستهلك ، وأن المحترف الذي يتصرف من أجل حاجيات مهنية سيكون أكثر تحفيزاً من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص وبالتالي سيحسن الدفاع عن نفسه.
- كما أنه لمعرفة ما إذا كان المحترف يتصرف داخل مجال اختصاصه أم لا ، فإن ذلك يتطلب البحث في كل الحالات حالة بحالة ، وهو أمر لا يخلو من الغرر . علما أن المتعاقدين هم في حاجة ماسة – مسبقاً – لمعرفة القانون الواجب التطبيق على روابطهم التعاقدية.
- فضلاً عن أن التصور الضيق لمفهوم المستهلك من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني المنشود ، والذي لا يتحقق في ظل تبني مفهوم واسع.

وأنه إذا تصادف ووجد محترف في وضعية ضعف فإن ذلك يستدعي حمايتيه بقواعد خاصة لا بقواعد قانون الاستهلاك التي تقتصر على حماية المستهلكين وحدهم دون غيرهم.

هذا ويميل إلى الأخذ بهذا المفهوم الضيق للمستهلك إضافة إلى غالبية الفقهاء – القضاء في فرنسا

– إذا صدرت أحكام قضائية تؤيد هذا المعنى الضيق للمستهلك في مجالات السعي التجاري للشروط التعسفية والائتمان.

وجدير بالملاحظة أن تقنين الاستهلاك الفرنسي (Code de Consommation)الصادر بالقانون رقم 949/93 بتاريخ 1993/07/26 المعدل بالقانون المؤرخ في 1995/02/01 ، وكذلك المرسوم

[1] محمد عبد العال ، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص 100 .

الصادر في 1997/03/27 والقانون المؤرخ في 2001/05/15 والمرسوم رقم137 لعام 2003 ،وكذا القانون المؤرخ في 2004 م ، قد استجاب في تعديلاته الحديثة للتوجيه الأوروبي المشهور المؤرخ في 1993/04/05 المعدل بالتوجيه رقم 7 المؤرخ في 1997/05/20، وهي كلها تركز على حماية حقوق المستهلك وخاصة حقوقه في الاعلام والنصح والمشورة والتحذير في المرحلتين قبل التعاقدية والتعاقدية .

المطلب الثاني : مفهوم المهني

يعتبر المهني الطرف الثاني في عقد الاستهلاك ، حيث أن المهني لغة هو صاحب المهنة أو صاحب الحرفة ومن هذا التعريف اللغوي سنتولى ادراج تعريفه الفقهي والقانوني في الفرع الاول ثم تمييز المهني عن المستهلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول :التعريف الفقهي والقانوني للمهني:

1- التعريف الفقهي للمهني:

أعطيت تعاريف كثيرة له حيث عرف على أنه":كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام والذي يظهر في العقد كمهني محترف فهو الشخص الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني، سواء كان هذا النشاط تجاري أم صناعي أم زراعي، فيمتلك مكانا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو يشتري البضائع بقصد اعادة بيعها.

كما يعرف على أنه":الذي يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح، وقد تكون الحرفة صناعية أو تجارية أو زراعية أو فنية أو مهنة حرة ، وقد يكون المهني شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص أو للقانون العام .

2- التعريف القانوني للمهني:

على غرار تعريف المشرع الجزائري للمستهلك تولى كذلك ادراج تعريف للمهني أو المحترف أو العون الاقتصادي وهو في كل هذه الحالات الطرف الثاني الذي يتعاقد مع المستهلك وذلك في النصوص التالية:

-المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات على انه :" المحترف:كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أوتاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن اطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك[1]".

-المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه" :عون اقتصادي :كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"[2].

الفرع الثاني : معايير تمييز المهني عن المستهلك

أولى معايير تمييز المهني عن المستهلك معيار الإحتراف ، والمقصود بالإحتراف الأعمال التجارية التي تتم القيام بها على سبيل التكرار، وبصفة دائمة ومنتظمة ومستمرة ، وإتخاذها مهنة للحصول على مصدر رزق، هذا ويرى البعض أن عقود الإستهلاك لا يشترط في طرفها الثاني ألا وهو المزود أن يكتسب صفة التاجر، ولكن يكفي بشأن العلاقة مع المستهلك إعتياد الشخص القيام بعمل يتعلق بمهنته[3] .

[1] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/12/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات .

[2] المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

[3] المطيري مساعد زيد عبدالله :الحماية المدنية للمستهلك في القانونيين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر ، 2007 م ، ص 46 .

و أرى أن هذا الرأي غير صائب، حيث أن الإعتياد وأن كان يقتضي تكرار العمل من وقت لآخر، إلا أنه يعد مرتبة أدنى من الإحتراف، فلا يكفي لإكتساب الشخص صفة التاجر القيام بالأعمال التجارية، بل يجب تمارس هذا الأعمال بصورة منتظمة ومستمر ة بوصفها مصدرًا للرزق.

ومن معايير تمييز المزود عن المستهلك معيار الربح، فقد ذهب البعض إلى أن معيار الحصول على الربح من ممارسة عمل معين، يعتبر هامًا بشأن تحديد مفهوم المهني، بينما ذهب البعض الآخر[1] إلى أن هذا المعيار لا يكفي للوقوف على المفهوم القانوني، واستشهد في ذلك بما انتهت إليه لجنة تنقيح قانون الإستهلاك الفرنسي، التي غضت النظر عن مسألة الربح عند الوقوف على مفهوم المهني، حيث أنه توجد العديد من الجمعيات والنقابات التي تباشر أعمالا، دون أن تهدف من ورائها إلى الحصول على الربح، كما أستند البعض[2] في تأييد إستبعاد مسألة الربح عند الوقوف على صفة المهني إلى مصلحة المستهلك، حيث أن الإستناد إلى مسألة الربح يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام عمليات التحايل لتخلص المتعاقد مع المستهلك من الإلتزامات التي تقع على عاتقه، والتي تكون ذات أهمية كبيرة، خاصة الإلتزام بالتبصير، وذلك بإثبات أنه لم يحقق ربحًا من جراء النشاط الذي يمارسه.

وأرى أن الرأي الأول الذي يقضي بإعتبار عامل الربح مهم في حصول الشخص– سواء أكان طبيعيًا أم معنويًا – على صفة المهني هو الصائب، حيث أن تحقيق الربح عنصر جوهري ورئيسي في جميع الأعمال التجارية ، أما بالنسبة للجمعيات والنقابات، فإنني أرى أن هذه هيئات معنوية هدفها العمل الخيري، وبالتالي فإنه يستبعد إطلاق لفظ المهني على هذه الهيئات، لأنها لا تهدف إلى الربح، ونحن نميل إلى إدراج الجمعيات والنقابات غير الربحية تحت مفهوم المستهلك .

[1] الرفاعي أحمد محمد ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، ط1 ، مصر ، دار النهضة العربية ، 1994 ، ص34 .

[2] المطيري مساعد زيد عبدالله ،المرجع نفسه ، ص 53 .

المبحث الثاني : أشكال الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك

أغلب العقود التي تبرم في الوقت الحالي هي عمليات تبادل مختلفة بين الأفراد أو فيما بين الدول سواء اتخذت تلك العقود الصورة التقليدية لعقود البيع أو عقود الايجار أو غير ذلك من صور العقود التقليدية ، أم كانت نماذج العقدية الجديدة التي وجدت لتلائم مع المتطلبات الاقتصادية المتطورة ، فمعظمها تدرج فيها شروط جزائية نحاول الكلام عنها في مطلبين : الشرط الجزائي في العقود التقليدية في (المطلب الأول) و الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : الشرط الجزائي في العقود التقليدية

في هذا المطلب سوف نعرج على أهم العقود التقليدية بداية من الشرط الجزائي فيعقد البيع في (الفرع الأول) يليه في عقد التأجير التمويلي (الفرع الثاني) ، ثم في التعهد بنقل ملكية عقار (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: الشرط الجزائي في عقد البيع

يوضع قيد من طرف البائع على حق المشتري في استعمال المبيع أو التصرف فيه، يعد هذا البيع بيعا بحتا وبسيطا يقترن بشرط فاسخ (عدم الوفاء بالثمن في الميعاد) وشرط جزائي يدخل في هذه الطائفة أيضا البيع الذي يفرض فيه البائع على المشتري عدة التزامات حول حقه في الانتفاع (دون التصرف) بالمبيع ، تتعلق تلك الالتزامات بحفظ المبيع وتميزه، أي الحفاظ على ذاتيته وشروط استعماله على نحو يضمن بقائه على حالته العينية، هذا بالإضافة إلى التزام المشتري بأن يحيل للبائع الحقوق الناتجة عن إعادة بيع المبيع، ويؤدي الإخلال بأي من هذه الالتزامات ، شأن عدم الوفاء بالثمن إلى الفسخ التلقائي للبيع.

ويصنف في هذه الطائفة أخيرا البيع الذي يقيد فيه البائع حق المشتري في التصرف وذلك بأن يحظر عليه إعادة بيعه الشيء المبيع قبل سداد كامل الثمن والواقع أن المال يكون قد انتقل من ذمه، البائع إلى الأمر على أن حق المشتري في التصرف، يكون موقوفا لحين سداد الثمن، فحق التصرف في المبيع ينتقل بذاته إلى المشتري إلا أن ممارسة هذا الحق تكون موقوفة على الوفاء بالثمن[1] .

ويمكن القول بصفة عامة أن القيود التي يفرضها البائع، الذي لم يستوفى الثمن، على حق المشتري في الانتفاع بالمبيع والتصرف فيه لبس من شانها وقف انتقال الملكية ذاتها بل تتعلق بممارسة هذا الحق وينبغي النظر إلى هذه القيود على أنها شروط للبيع دون حاجة إلى القول بوجود اتفاق مرحلي: فالبائع له الحق في الامتناع عن التسليم طالما لم يستوفي حقه في الثمن، ويجوز له ، وبالتالي أن يشترط التسليم المبيع قبول المشتري للقيود التي يعرضها عليه بصدد سلطاته في الانتفاع والتصرف ويترتب على تكيف البيع مع الاحتفاظ بالمكلية بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ وشرط جزائي النتائج التالية :

1- استمد المشتري حقه في الانتفاع والتصرف من عقد البيع ذاته أي من حقه في ملكية المبيع ما لم ترد قيود معينة على هذا الحق لحين الوفاء بالثمن.

2- يتحمل المشتري بوصفه مالك، تبعه هلاك المبيع، وبصفة خاصة المخاطر التي يتعرض لها أثناء الطريق في حالة البيع القيام (البيع في المصنع) ويجوز للبائع من أجل مزيد من الضمان، أن يلزم المشتري بإجراء تأمين على البضاعة أن يقوم هو بنفسه بإبرام هذا التأمين.

3- يدخل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمشتري، شأن البيع العادي تماما، ويخضع بالتالي للقواعد العامة من الناحية المحاسبية والضريبية ، ونفس الشيء بالمقابل بالنسبة للبائع، حيث يخرج المبيع من ذمته المالية .

[1] محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، الطبعة الأولى (الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة ، 2007 ص 226 .

4- لا يتعرض المشتري لتطبيق العقوبة المقررة لجريمة خيانة الأمانة المقررة في قانون العقوبات، فهو لا يرتكب جريمة التبديد في حالة تصرفه في المبيع، ما لم يتعلق الأمر بمخالفة (الشرط) التي يعرضها البائع على ممارسة حقه في التصرف في المبيع .

5- يجب لإمكان الاحتجاج بحق الاسترداد قبل الغير الالتزام بالشروط التي وضعها المشرع:

- اتفاق كتابي مبرم قبل التسليم.

- بيع مضاف إلى أجل مع شرط فاسخ

- وشرط جزائي ومقترن باتفاق مرحلي يدخل في هذه الطائفة البيع الذي تتجه نية البائع فيه صراحة إلى عدم نقل ملكية المبيع للمشتري، وبصفة خاصة الحق في التصرف فيه، طالما لم يتم دفع كامل الثمن.

قد يتضمن العقد العديد من أنواع الالتزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، فيما يتعلق بموضع البيع، الأقساط المحددة للسداد التسليم، أهمية المحافظة على البضاعة، وقيمتها في حالة الاسترداد، ومصاريف النقل والتركيب والفك والتعبئة، ومدى أهمية المبيع على صعيد الاستغلال التجاري والصناعي وبالنسبة للمشتري وقد سبق وتعرضنا لأحكام وأثار البيع المضاف إلى أجل واقف المقترن باتفاق مرحلي، ويكفي التذكرة هنا بأن الالتزامات موضوع الاتفاق الأخير ترد كلها على الحق في الانتفاع دون الحق في التصرف الذي لم يرد البائع نقله للمشتري، وسبق الإشارة إلى أن هذا النوع من البيوع لا ينطبق، في الواقع على البيع الذي ينتقل فيه الحق في التصرف إلى المشتري، ولا على البيع الذي يقتضي الحق في استعمال المبيع فيه بالضرورة نقل ملكيته (بيع الأشياء القابلة للاستهلاك) .

1- يتعرض المشتري لعقوبة جريمة الخيانة إذا تصرف في المبيع وانتفع به، قبل سداد الثمن بطريقة تخالف الاستعمال المتفق عليه.

2- يظل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع، ولا يخضع الأطراف الالتزامات المحاسبية والضريبية.

3- إذا لم يتم الوفاء الكامل الثمن عند حلول الأجل، فإن البيع بدلا من ترتيب أثاره كاملة، يفسخ بقوة القانون .

ولا يوجد شك في صحة البيع، المضاف إلى أجل واقف باتفاق مرحلي، في النظام القانوني الحالي، إلا أنه لا يبدو مع ذلك أن الأطراف يلجؤون عادة إلى مثل هذه الصورة المعقدة لتنظيم علاقاتهم، وفي كل الأحوال فإن الصيغة القانونية لتلك العملية لا يمكن أن تستنتج إلا من عقد مكتوب يتضمن كل التفصيلات اللازمة لقيامها، وعلى أية حال فإن عملية من هذا القبيل لا تخول المشتري الوقف في التصرف الذي يعد الغاية الرئيسية من وراء التبادل التجاري، ولعل الوحيد الذي يوقف في ذات الوقت بين مصالح كل من البائع والمشتري ويضفي على علاقتهم الضمان القانوني الذي تقتضيه تجارتهم، هو البيع المقترن بشرط فاسخ لعدم الوفاء بالثمن، ويتضمن على سبيل الاحتياط شرطا جزائي[1].

الفرع الثاني: الشرط الجزائي في عقد التأجير التمويلي

يكون الشرط الجزائي في عقد التأجير إما بصورة اتفاق بين مؤجر والمستأجر على استحقاق المؤجر للقيمة الايجارية، ولو لم ينتفع المستأجر بالمال طالما أن السبب لا يرجع المؤجر وإما بصورة اتفاق بين المتعاقدين على اشتراط التأمين على المأجور لضمان حق المؤجر في استيفاء الأجرة عن باقي مدة العقد وكذلك الثمن المبين في العقد وليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض مقدار على نحو مغاير ومختلف عما سبق أو تعويض مقدر بالإضافة لما سبق.

ونظرا لقسوة هذا الشرط حاول الفقه والقضاء في فرنسا الحد من هذا الشرط بإدعاء بطلانه استنادا لفكرة السبب غير المشروع أو فكرة التعسف في استعمال الحق أو الربا أو عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني للعقد وفسخه أو التحايل على القانون أو الإثراء بلا سبب أو فكرة شرط الأسد.

[1] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص (228- 232) .

سمحت المحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق لما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك .

يمكن للقاضي تخفيض التعويض المتفق عليه في حالة التنفيذ الجزئي الالتزام [1]، وبخلافه لقانون التأجير التمويلي يكون التزام المستأجر بأداء بدل الإيجار المتفق عليه، التزام عقدي وليس تعويضا اتفاقيا لأن القانون هو الذي نص عليه، وهو لهذا اعتبر مستحق لأداء منذ إبرام العقد فإذا تم فسخ العقد ولم يكن هناك تأمين يضمن حق المؤجر في استيفاء الأجرة كاملة فإنه يطالب بباقي الأجرة باعتبارها دينا استحق في ذمة المستأجر أو باعتبارها تعويض .

لكن يجب النظر إليه وفقا لمقتضيات العدالة التي تمكن المؤجر من استرداد كامل رأس المال المستثمر في عقد التّأجير التمويلي وخصوصيته بأنه وسيلة تمويل للمشاريع الاقتصادية وأن المؤجر لم يشتر هذه الأموال إلا بطلب من المستأجر وبناء على رغبته ومن ثم إذا أثبت أن المؤجر أعاد تأجير الأموال فإنها تكون لصالح المستأجر وتخصم إيرادات أعادة التأجير أو البيع من مبلغ الأجرة الإجمالي المتفق عليه، فضلا عن أن شرط التأمين على المأجور لصالح المؤجر يعفى المستأجر من الوفاء بالأجرة كاملة باعتبار عدم حوار الجمع بين التعويضين، و أن بالتأمين على المأجور يشمل قيمة الأجور التي كانت ستدفع بل وقد يعتبر تأمين المستأجر على المأجور يشمل قيمة الأجور التي كانت ستدفع بل وقد يعتبر تأمين المستأجر على المأجور غايته مواجهة أعباء عقد التأجير التمويلي و التي من ضمنها كامل القيمة الإيجارية .

يشمل التعويض صعوبات التعرف بالمال بالبيع أو التأجير ن و نفقات إبرام العقد إبرام العقد التي تكبدها المؤجر و كامل أقساط الأجرة المحددة في العقد غير المدفوعة، و يتم تقدير التعويض مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقد و ظروف إبرامه و غايته و العناصر المرتبطة بشخص المتعاقدين و طبيعة

[1] محمد عايد الشوايكة ، عقد التأجير التمويلي ،دراسة مقارنة، الطبعة الأولى (دار الثقافة للنشر و التوزيع 2011)، ص223-224 .

الاستثمار، يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا ثبت المدين أن الدائن لم تلحقه أي ضرر، و من ثم إذا كانت قيمة التأمين موازية لقيمة الأجرة و الأضرار فلا يلزم المستأجر في هذه الحالة بأية مبالغ أخرى .

و لما كان الشرط وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها إلا حين لا تتوفر شروط الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي، و إذا كان صحيحا، فإن فسخ عقد التأجير التمويلي يعد مانعا لتنفيذ العقد و يغدو الالتزام منتفيا (متعذرا).

والشرط الجزائي هو استحقاق القيمة الإيجارية إلا أنه يلاحظ أن تنفيذ الالتزام هو ذاته التعويض الاتفاقي وهو استحقاق الأجرة كاملة [1] ، إن خصوصية عقد التأجير التمويلي تؤكدان فسخ العقد يلحق بالمؤجر ضررا يوازي قيمة الأجرة كاملة، وهي بهذه الصفة تشكل دينا غير قابل للانقسام.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي في التعهد بنقل ملكية عقار

الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التخفيف منها أو التشديد على أن هذا لا يمنع للقول بجواز، تعديل أحكام المسؤولية عقدية في القانون المدني الأردني سواء بالتخفيض أو التشديد عن طريق تعديل الالتزام المفروض على الدين.

يجوز الاتفاق أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية يترتب على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الحاسم، قبل الدخول في الموضوع، لابد من القول ابتداء، إن أي تصرف قانوني يرد على العقال يلزم لانعقاده، تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فالشكلية طبقا للقانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري والقانون الأردني يعتبر ركنا رابعا يضاف إلى بقية الأركان لقيام التصرف على نحو ما بيناه، والبيع والوقف، والرهن وقسمة العقار وغيرها لا يعقد بها قبل تأثيرها في السجل العقاري .

[1] محمد عايد الشوايكة ، المرجع نفسه ، ص 225 .

لا ينعقد البيع الوارد على عقار لتعلق ركن الشكلية وهو باطل من ناحية الشرعية والباطل عدم، ولعدم لا ينتج أثرا قانونيا من حيث الأصل العام.

المسؤولية التقصيرية هي أساس مسؤولية المتعهد لعدم وجود العقد أصلا ويبنى ذلك على بطلان الشرط الجزائي وأن للقضاء أن يحكم بتعويض مناسب على أساس قواعد الفعل الضار.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا

لا يوجد عقد مما يمكن أن يطلق عليه بذاته أنه عقد لنقل التكنولوجيا Contrat de transfert de technologie ، إنما يقصد يعقد نقل التكنولوجيا، ذلك العقد الذي يغطي عمليات معينة ويتضمن أداءات محددة يتضمن أخذ أحد الأطراف من الأخر، نظاما للإنتاج أو الإدارة أو خليطا منها، بموجب تنازل معين وخلال مدة معينة[1]

و يعرف أنه عبارة على اتفاق مسبق بين الطرفين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامه أو تأخره في تنفيذه، أو هو اتفاق سابق على تقدير التعويض.

الفرع الأول : القيمة العملية والقانونية للشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا

تعتبر القيمة العملية للشرط الجزائي في كون وجود الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا يعفى الدائن من إثبات الضرر الذي لحقه حيث يفترض توافره، حيث إن وجود الشرط يجعل وقوع الضرر مفترض، وذلك لمجرد عدم تنفيذ المدين ألالتزامه أو تأخره في التنفيذ ولهذا فإن الدائن لا يكلف بإثباته، فإذا أدعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر فيقع عليه إثبات هذا الإدعاء.

[1] صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا ، د طبعة . (الإسكندرية : دار الفكر الجامعي 2005) ص 24 .

وبوجود الشرط الجزائي في عقد نقل التكنولوجيا يصبح بموجبه إن تقدير التعويض فيه تقدير صحيح للضرر الذي لحق بالدائن، فيعفى الأخير من إثبات تقدير ويقع على عاتق المدين ذات إثبات إن هذا التقدير للتعويض مبالغا إلى درجة كبيرة.

كما أن وجوده في هذا العقد دخول الدائن حق اقتضاء تعويض أعلى من قيمة الضرر الذي لحقه فعليا إذا كانت الزيادة في قيمة الشرط الجزائي مبالغا إلى درجة كبيرة، فالقاضي أو المحكم لا يعمل على تخفيض مقدار الشرط الجزائي حتى لو زاد، التقدير الوارد فيه عن الضرر كبيرة.

وحتى بإثبات المدين أن تقدير مبلغ الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وعمل القاضي أو المحكم عل تخفيض هذا الشرط، فإن هذا التخفيض يكون إلى معين مع الضرر، ولذلك فإنه لا يتعين أن يكون مساويا للضرر، ولذلك فإذا وجد القاضي أو المحكم أن مقدار الشرط الجزائي مبالغا فيه فإن سلطته التقديرية لحساب التعويض تنحو لمصلحة الدائن.

و بالنسبة للقيمة القانونية للشرط الجزائي فتنحصر في تحديد عبء لإثبات في المسؤولية المدنية حيث أن الأصل أنه يقع على عاتق الدائن إثبات إخلال المدين والضرر الذي لحقه، وكذلك علاقة السببية بين الإخلال والضرر وحين اتفاق المورد والمستورد على شرط جزائي فإن هناك العديد من الاعتبارات التي تفرض الخروج عن هذه القاعدة العامة، حيث تكفي أن الدائن إخلال المدين، فيفترض عندئذ تحقق الضرر وتوافر علاقة السببية يبين الإخلال والضرر ومن ثم فإنه يتعين على المدين من أجل استعاد حصول الدائن على مقدار الشرط في عقد نقل التكنولوجيا أن يثبت المدين أن في التقدير زيادة بل يتعين إثبات أنه قد إنطوى على مبالغة كبيرة إذا يجب أن يكون التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر لا مساويا ، ولهذا فإذا أثبت المدين أن في التقدير مبالغة كبيرة، اكتفى القاضي بأن تخفض التعويض إلى الحد المعقول إلى الحد الذي يساوي الضرر[1].

[1] مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دون طبعة (دار الثقافة للنشر والتوزيع) 2010 ص 367- 368 .

أولاً: مزايا الشرط الجزائي في عقد نقل التكنولوجيا :

ويحتوي وجود الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا تنفيذ الالتزام الذي يترتب في ذمة المدين، حيث نقوم بتنفيذ التزامه دون إخلال من جانبه، حيث يعلم أنه ملتزم بدفع ما يزيد عن قيمة الالتزام الأصلي في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه أو تأخيره فيه، فالشرط الجزائي في هذا العقد يمنع المدين من تنفيذ التزامه بسوء نية ويمنحه أيضا من ارتكاب أي إخلال بتنفيذ التزامه ويجعل الدائن مطمئن على حقه.

– إن وجود الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا يجنب المورد والمسئول بحكم القضاء حيث يمنح هذين الطرفين حرية كاملة في تحديد نوع ومقدار التعويض، فقد نفي لان أن تكون هذا التعويض تعدى أو غير نقدي فإنا كان مقداره، وهذا يفرض على القاضي أو المحكم من التحكم وينأيان به عن التعميق التقدير سواء قبله بذاته أو عن طريق لاستعانة بالخبراء، حيث أن الطرفين المتعاقدين في عقود نقل التكنولوجيا أقدر من غيرهم على تقدير الضرر الذي حل بأحدهما نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد الأخر ألالتزامه وتأخره فيه.

– توفير الوقت وتخفيض النفقات والجهد، هذا الشرط يمنع اتخاذ والإجراءات القضائية التي تكون عادة بطيئة ومعقدة، حيث أن دعوى التعويض تأخذ وقتا طويلا في المحاكم ويترتب على إقامتها نفقات باهضة فعلا عما يتقضاه المتقاضون من أتعاب محاماة ومصاريف أخرى قد يتطلبها الكشف والمعاينة والخبرة، وإذا ما عرض الأمر على التحكيم فغن ذلك يتطلب أجور للمحكمين ونفقات السفر والانتقال ورسوم وغير ذلك [1].

ويعتبر وجود الشرط الجزائي في هذا العقد لحفظ المتعاقد الذي اشتراه لمصلحته، حيث يمنح هذا المتعاقد الحق في لإقامة الدعوى من أجل الحصول على قيمة هذا الشرط.

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام في القانون ، مذكرات 1974، 1975 ، دون ناشر وتاريخ نشر ص 61 .

– كما أن وجوده يزيد القوة الملزمة للعقد نقل التكنولوجيا قوة فوق قوتها القانونية العادية، حيث أن كل متعاقد يعلم وبشكل مسبق أنه إذا أخل في تنفيذ التزامه أو تأخيره فيه فإنه سيكون ملزم يدفع التعويض الذي قدر في الشرط الجزائي، وغالبا ما يكون هذا الشرط أكبر من مقدار هذا الشرط أكبر من مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن، ولا شك أن هذه التي قد يميل الدين إلى إهمال الأخيرة منها، ولذلك فإن عرض الأمر على القاضي الذي يؤدي عادة إلى حل يرضي الدائن، بإجازة الحصول على تنفيذ الالتزامات التبعية، لهذا فإن وجود مثل هذا الشرط يسهم في استثناء ونوع الالتزام الاقتصادي الخاص.

– إن وجدوه يجنب المورد والمستورد المنازعات التي تثور حول الضرر وتعمل على إزالة كل صعوبة محتملة حول الضرر سواء ما تعلق منها توقعه أو عدم وقوعه أو حتى تقديره، وهو يعني عن رفع الدعاوى سواء كان هذا الضرر مباشر أو غير مباشر متوقعا أو غير متوقع، حيث أن وجود هذا الشرط الجزائي في عقد نقل التكنولوجيا يعني بشكل ضمني أن هناك إقرار عليه ضرر للدائن وهذا ما يرفع عن كاهل الدائن إثبات الضرر، ويجعل نفيه عن كاهل المدين مخالف للقواعد العامة.

– كما أنه يقوم بدور الشرط المقيد أو المحدد المسؤولية، ويقع هذا عندما يكون مقدار التعويض محدد بشكل مسبق لعدم تنفيذ المدين ألالتزامه ويكون أقل بشكل ملحوظ عن مقدار الضرر الحقيقي الناشئ من جراء عدم التنفيذ [1].

ثانياً : أثار القانونية التي ترتب وجود الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا:"

يعد الشرط الجزائي كوسيلة قانونية جاءت نتيجة التطبيق العملي من أجل مواجهة المدين الذي يخل بتنفيذ ما رتبه في ذمته عقد نقل التكنولوجيا من التزامات، بمعنى أخر لمواجهة الآثار القانونية لتنفيذ الالتزام العقدي ولهذا فإن في ذلك ضمان تنفيذ الالتزام العقدي ولهذا فإن في ذلك ضمان تنفيذ الالتزام بطريقة تعد أكثر فاعلية من مجرد التهديد بطلب التعويض القانوني، ولقد نشأ هذا النظام من أجل تحقيق الأمان والاستقرار في المعاملات بين الأفراد، والحقيقة أن المورد والمستورد هما اللذان يختار أن الشرط

[1] مراد المواجدة ، المرجع السابق ، ص373 و374 .

الجزائي ويضعانه في عقد نقل التكنولوجيا فالأثر النفسي الذي يحدثه في نفس المدين لا يتغير، وذلك أنه يعلم بالتهديد الملقى فوق رأسه، وذلك في حالة إخلال بما يرتبه في ذمته من التزامات وتظهر له الحقيقة واضحة جلية حيث يعلم بشكل أكيد ما قد يترتب على إخلاله وتقصير، وبالتالي فقد جاء هذا الشرط من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات العقدية .

– إن تعديل مقدار الشرط الجزائي يكون– غالبا – لصالح المدين في عقود نقل التكنولوجيا، وقد يكون هذا التعديل لصالح الدائن في حالة تجاوز حجم الضرر مقدار الشرط الجزائي ويشترط أن يقوم هذا الدائن بإثبات أن المدين قد ارتكب غشا أو إخلال جسيما.

أما بالنسبة للشرط الجزائي الذي يكون فيه التعويض الحقيقي يقل عن حجم الضرر الذي لحق الدائن يتم تفسيره على أنه اتفاق على تحقيق المسؤولية في عقود نقل التكنولوجيا وهذا جائز طبقا للقواعد العامة للمسؤولية، ولهذا فإن تجاوز حجم الضرر الذي لحق بالدائن مقدار الشرط الجزائي فلا يحق للدائن كمبدأ عام أن يطالب إلا بمقدار هذا الشرط، وإذا كان الغش يفسد كل شيء وكان الإخلال الجسيم في حق المدين، حيث يستطيع القاضي زيادة مقداره حتى يصبح معادلا حجم الضرر الذي وقع فعلا، وتقدير هذا الشرط من قبل المورد والمستورد في عقد نقل التكنولوجيا لا يمنعه من ذلك، لأن الدائن عندما اتفق مع المدين على مقداره لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم وهو لا يؤخذ على هذا الأمر إذا لم يحسب حسابه [1].

ثالثاً : مقدار الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا:

لقد أجاز كل من المشرع المصري والمشرع الأردني للقاضي أن يقوم بتعديل مقدار الشرط الجزائي في حالات استثنائية، ولا شك أن يدخل القاضي من أجل تخفيض مقداره يعد أمر استثنائيا يرد على خلاف القاعدة العامة في حصانة هذا الشرط وعدم قابليته للتعديل أعمالا الاتفاق المورد والمستورد في عقد نقل التكنولوجيا الذي يعد دستورهم وشريعتهم والذي يقوم محل القانون في حقوق كل منهما وواجباته، ويرد

[1] مراد المواجدة ، المرجع السابق ، ص376 .

هذا القيد أو الاستثناء بشروط محددة وبالتالي فإنه لا يمثل قاعدة عامة وإلا تجرد هذا من كل فائدة عملية ومن وظيفته الأصلية .

إن تعديل مقدار الشرط الجزائي من قبل القاضي أو المحكم وفقا للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود نقل التكنولوجيا، يكون في صالح المدين، إذا تغض مقدار الشرط الجزائي الذي اتفق عليه المورد والمستورد كجزاء عن الإخلال بتنفيذ الالتزام سواء بعدم التنفيذ أو على التأخر فيه.

إن الشرط الجزائي لا يقتصر فقط على حالة ما إذا كان هذا الشرط مشروطا عن عدم تنفيذ الالتزام في عقد نقل التكنولوجيا بل أنه ينطبق أيضا في حالة هذا الشرط فن التأخير في التنفيذ حيث يجوز للقاضي أن يخفض مقدار الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي كسبها الدائن من الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام العقدي أو بنسبة ما نفد منه دون تأخير، ولا شك أن العلة في تخفيض مقدار هذا الشرط تكمن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا في حالة تأخره عن التنفيذ أما بالنسبة لحالة التنفيذ الجزائي لعقد نقل التكنولوجيا فإن تخفيض مقدار هذا الشرط لا يمس بما اتفق عليه الطرفين المتعاقدين، ويعتبر التدخل في تخفيض مقدار الشرط الجزائي جوازيا للقاضي حيث أن الجزاء الذي تم تنفيذه بعد تافها لا قيمة له أو لا يكون في هذا التنفيذ فائدة للدائن، وبالتالي لا يستطيع القاضي الحكم بالتنفيذ[1].

إن المشرع المصري يمنح للقاضي سلطة تقديرية من أجل تعديل مقدار الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، ويكون هذا التخفيض إذا كان تقديره يعتبر فادحا.

كذلك فإن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي من أجل تعديل مقدار الشرط الجزائي ترتكز أساسا إلى فكرة أنه يجب أعمال هذا الشرط وفقا للوظيفة الرئيسية والجوهرية، وكذلك وفقا للهدف الذي ينبغي تحقيقه حيث أن الوظيفة هذا الشرط والهدف منه هو تقدير التعويض بشكل اتفاقي، ويتعين أن يكون هذا التقدير مساويا وملائما لحجم الضرر الذي لحق بالدائن فعليا في عقود نقل التكنولوجيا ، فإذا زاد مقدار هذا التعويض عن حجم الضرر خرج الشرط الجزائي عن نطاق وظيفته التعويضية بوظيفة

[1] مراد المواجدة ، المرجع نفسه ، ص378 .

تقديرية جزائية، لم يصرح بها القانون، فعن هذه الحالة يتدخل القاضي من أجل تعديل مساره ووجهته، حيث يقوم بقصره على التعويض دون الجزاء.

ولا شك أن هذا الأمر لا يتطلب بطلان الشرط الجزائي، وبالتالي فإنه يبقى صحيحا، إنما يقتصر عمل القاضي في هذا الشأن على تصحيح مساره وإبقائه عند الهدف المحدد له بحيث يكون مساويا أو ملائما لحجم الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن في عقود نقل التكنولوجيا.

كماأن حالات تخفيض الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا تتمثل في حالات محددة في حالة إذا كان المدين قد نفد جزء من الالتزام الوارد في عقد نقل التكنولوجيا كأن يقوم المستورد بدفع بعض الأقساط المترتبة في ذمته، حيث أن المورد والمستورد قد اتفقا على تقدير مبلغ معين للتعويض، يكفي غالبا لتغطية كافة الأضرار التي قد تلحق بالدائن من جراء إخلال المدين بتنفيذ ما ترتب في ذمته من التزامات كعدم التنفيذ الكلي أو الآخر فيه، أما إذا أثبت أن المدين قام بتنفيذ جزء من التزاماته كقيام المورد بنقل العمال أو المهندسين والمهنيين إلى موقع المنشأة التكنولوجية مثلا والبدء في تنفيذ التزامه بشكل جزائي، فإنه يكون من العدالة والمنطق تخفيض مقدار الشرط الجزائي، بنسبة العمل الذي قام به تابعي المورد في منشأة المستورد بشرط أن يكون ما نفذه المورد من التزامات ذو فائدة وخيمة للمستورد، وللمورد المدين الذي يطالب بتخفيض من مقدار الشرط الجزائي أن يتبين الالتزام قد نفذ في جزء منه ويملك القاضي أو المحكم الذي يعرض عليه النزاع – إذا كان القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني هو الواجب التطبيق على الموضوع النزاع – معلق الحرية في تحديد مقدار التخفيض نسبة الفرق بين الفائدة التي حصل عليها الدائن من التنفيذ الجزائي وتلك التي كان سيجنبها من التنفيذ الكلي[1].

إذا أثبت المدين أن مقدار الشرط الجزائي الذي يتضمنه عند نقل التكنولوجيا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ولاشك أن العلة من منح القاضي سلطة تخفيض هذا الشرط في هذا الشأن تكمن في أن هذا الشرط يعد تقديرا اتفاقي للتعويض الذي يستحقه الدائن بسبب إخلال المدين تنفيذ ما في ذمته من

[1] مراد المواجدة ، المرجع السابق ، ص387 و 388 .

التزامات، وبالتالي فهو لا يعد تهديد مالي أو عقوبة خاصة توقع على الطرف المدين كجزاء إخلاله بتنفيذ التزامه لعدم التنفيذ الكلي أو التأخير فيته، حيث أن العدالة والمنطق ترفضان أن يحصل الدائن على تعويض أكبر من الضرر الذي لحق به [1]إذ كان للقاضي الحق في مقدار الشرط الجزائي إذ أثبت المدين أن تقديره مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أما فيما يخص زيادة القاضي لمقدار الشرط الجزائي.

إجمالا للقواعد العامة تنظم القوة الملزمة للعقود والاتفاقات التي تعينه تنفيذها، وما يتضمنه العقد من التزامات وفقا لما تم الاتفاق عليه من قبل الطرفين المتعاقدين، ولهذا فإنه أجمالا للشرط الجزائي الذي تضمه عقد نقل التكنولوجيا فإنه لا يستطيع الدائن سواءا كان موردا أم مستوردا أن يطالب بزيادة مقدار الشرط الجزائي عن المقدار الذي اتفقا عليه بشكل مسبق لحجة أن حجم الضرر الذي لحق الدائن يزيد عن حجم الضرر الذي كان متوقعا عند إبرام هذا العقد، والذي اشترط عنه الشرط الجزائي، وبالتالي فإنه يحظر لزيادة مقدار هذا الشرط وذلك أيا كان الشكل الذي تأخذه هذه الزيادة أي سواء طالب الدائن بتعويض تكميلي أو فائدة إضافية ، ولاشك أن السبب في عدم جواز زيادة مقدار هذا الشرط يمكن في تطبيق القاعدة العامة في القوة الملزمة للعقد والتي تغض باحترام ما حتم الاتفاق عليه بين المورد والمستورد في عقد نقل التكنولوجيا باعتباره شريعتهم ومنهاجهم الذي ينبغي أن يسيرو وفقا لما احتضنه ورسمه لهم، لكن هذا الأصل له استناد حيث أنه إذا تبين أن حجم الضرر الذي لحق بالدائن يجاوز مقدار الشرط الجزائي المتفق عليه فالأصل أن الدائن ليس في وسعه أن يطالب بأكثر من قيمة هذا الشرط إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو إخلال جسيما.

الفرع الثاني : الشرط الجزائي وتقيد المسؤولية في نقل عقود التكنولوجيا

هناك إجماع في الفقه على أن الشرط الجزائي لا يعد هو مصدر التعويض، إلا أنه يمكن مصدره في إخلال المدين بتنفيذ ما ترتب في ذمته من التزامات عقدية، وقيام المسؤولية العقدية سواء نشأت هذه

المسؤولية نتيجة لعدم تنفيذ التزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه، ويترتب على ذلك أن وجود توافر أركان هذه المسؤولية من أجل استحقاق الدائن مقدار الشرط الجزائي.

يجب لكي يحافظ الشرط الجزائي على وظيفته التي أنشئ من أجلها هي الوظيفة التعويضية أن يكون متناسبا مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن في عقود نقل التكنولوجيا، أما في حالة تحديد مقدار هذا الشرط بمبلغ قليل عن قيمة الضرر المتوقع حدوثه في المستقبل كنتيجة الإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي سواء كان موردا أم مستوردا، فإنه يقوم في هذا الشأن بوظيفة الشرط المقيد للمسؤولية، وأحيانا قد نأخذ حكم المعفى من المسؤولية العقدية، إذا ما كان مقداره قليل وتافه بالمقارنة مع حجم الضرر المتوقع حصوله، بحيث يعتبر أنه غير موجود بشكل فعلي.

وغالبا ما يعتمد المستورد في عقود نقل التكنولوجيا بسبب ضغط من قبل المورد بإعفاء هذا الأخير من مسؤوليته العقدية أو تقيدها بخصوص الشرط الجزائي وسبب هذه الضغوطات التي يستخدمها المورد تجاه المستورد بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وحاجته إلى ما يملك المورد من عناصر تكنولوجية، ولا يشترطان ذلك بشكل صريح، وإنما يلجأن إلى الشرط الجزائي لكي يتخذانه وافي لهما وهو أسلوب غير مباشر من أجل تحقيق أهدافهما، وذلك بالاتفاق على مقدار هذا الشرط الذي يقل بدرجة كبيرة عن حجم الضرر المتوقع حدوثه أو مبلغ تافه لا يتناسب البتة مع حجم هذا الضرر الذي قد يلحقه بالمستورد نتيجة إخلال المورد بتنفيذ التزاماته التي تترتب في ذمته بموجب عقد نقل التكنولوجيا، وفي هذه الحالة تكون أمام شرط مقيد أو معني من المسؤولية وفقا للظروف والأحوال التي تحيط بعقد نقل التكنولوجيا .

كما أن هناك صعوبة عملية في تحديد ما إذا كان المقصود من هذا الشرط أنه شرطا جزائيا بالفعل يترتب عليه وظيفة تعويضية تجاه الدائن، أما أنه عبارة عن اتفاق يتعلق بتنفيذ المسؤولية حيث أن المورد والمستورد في عقد نل التكنولوجيا عند تحديدهما لمقدار الشرط الجزائي وبالرغم من عدم تناسبه مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن فعلا – قد اتجه إرادتهما التعاقدية إلى الاتفاق على شرط جزائي بمعناه الفعلي،

ولاشك أن هذا الأمر يترك لسلطة القاضي التقديرية أو لسلطة المحكم المعروض عليه موضوع النزاع يستخلصه من الظروف والأحوال المحيطة في عملية التعاقد الإبرام نقل التكنولوجيا[1].

ولاشك أن ما يدفعنا الاعتبار الشرط الجزائي الذي يكون مقداره قليل أو تافه بأنه شرط تنفيذ المسؤولية التعاقدية، تفاوت مراكز الطرفين المتعاقدين بين القوة والضعف حيث أن أحد هذين المتعاقدين هو المورد الذي يملك التكنولوجيا ويقف على أسرارها وحاياها سواء كان دولة من الدول المتقدمة أو إحدى أشخاصها المعنوية العامة، أو شركة من الشركات متعددة الجنسيات التي ترتبط بهذه الدولة بشكل وثيق بوصفها أحد أدواتها لتخفيف أهدافها في مختلف المحالات، أما الطرف الثاني فهو المستورد وهو غالبا ما يكون دولة نامية أو إحدى أشخاصها المعنوية التابعة لها وغالبا ما ينبغي إلى إبرام عقد نقل التكنولوجيا من أجل تحقيق بعض أهدافه الاقتصادية أو الاجتماعية أو العسكرية التي يطمح إليها أحيانا من أجل تدعيم مركزه الدفاعي على الصعيد الإقليمي ورفع مكانته وشأنه على الصعيد الدولي ولذلك فهو يقف في مركز ضعيف – غالبا – يسعى بشتى السبل والوسائل إلى إرضاء المورد حتى يحصل على التكنولوجيا اللازمة له، وهو في هذا السبيل قد يتقبل أن يعفى المورد من مسؤوليته التعاقدية خاصة إذا ما مارس هذا الأخير ضغوطاته المختلفة عليه، ومن هذه الضغوطات وضع شرط الجزائي صوري في عقد نقل التكنولوجيا يختفي بموجبه، يهدف إلى إعفائه من المسؤولية في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه العقدي سواء بعدم تنفيذه لهذا الالتزام أو بعد تافها فإنه يكون أحد شروط تنفيذ المسؤولية وليس جزائي ذو وظيفة تعويضية تهديدية يدفع المورد إلى تنفيذ التزامه الذي رتبه في ذمته عقد نقل التكنولوجيا ، فالمورد يعلم بشكل مسبق وعند إبرام عقد نقل التكنولوجيا أن وجود هذا الشرط فيه ينبغي أن يكون من مصلحته وليس ضده، فعمل على تعيد وظيفته هذا الشرط الحقيقية لكي يتنصل من تنفيذ التزامه التي تربطه بموجب عقد نقل تكنولوجيا مع المستورد الضعيف، وبالتالي فإن هذا الشرط لا يعد شرطا جزائيا بمعنى الحقيقي له ،

[1] جبرائيل غزالة ، التعويض الاتفاقي وسلطة القاضي في تعديله ، مجلة المحاماة ، القاهرة ن مصر . العدد الاول ، 1960 ، ن ص19 .

بل شرط من شروط تقيد المسؤولية يتعين أن يخضع لكافة القيود هذا الشرط عقود نقل التكنولوجيا، جاء كنتيجة تعسف الطرف القوي في التقدير [1] .

المبحث الثالث : موقف القانون الجزائري من الشرط الجزائي ومقارنته مع القوانين الاخرى

يتضح من العرض السالف لأحكام الشرط الجزائي في القانون المدني أنه هناك تشابه وبعض الاختلاف في التشريع الجزائري و القوانين الأجنبية الأخرى ، لذا سنوضح بعض الشيء هذه الفروقات في مطلبين ، ففي المطلب الأول سوف نتكلم عن موقف المشرع الجزائري ومقارنته بالقوانين العربية و المطلب الثاني عن موقف القانون الجزائري و مقارنته بالقوانين الأجنبية .

المطلب الأول : موقف القانون الجزائري و مقارنته بالقوانين العربية

الاشارة في هذا المطلب إلى موقف القانون المصري والسوري واللبناني من الشرط الجزائي في فرع أول ثم موقف القانون الاردني في فرع ثان .

الفرع الأول: بالنسبة للقانون المصري و السوري و اللبناني

لقد حذا المشرع الجزائري نفس الحذو الذي حذاه القانون المصري و السوري و اللبناني في تحديده للحالات التي يمكن فيها تخفيض الشرط الجزائي صراحة في المواد على التوالي في المادة 184/ من القانون المدني الجزائري [2]و المادة 224 [3]من القانون المدني المصري و المادة 267 من القانون

[1] مراد المواجدة ، المرجع السابق ، ص83-389 .

[2] أنظر المادة 184 من القانون المدني الجزائري

[3] أنظر المادة 224 من القانون المدني المصري

الموجبات و العقود اللبناني [1]و المادة 226 من القانون المدني السوري[2]،ولخصها في حالتين ، إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء من هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فنجد أن القوانين السالفة الذكر كذلك حددت حالات سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي ذلك في المواد [3]185 من القانون المدني الجزائري و المادة [4]225 مدني مصري و المادة 268 [5]من قانون الموجبات و العقود اللبناني و المادة 227 [6]مدني سوري ويتضح من ذلك أن القاضي وفقا لهذه القوانين لا مجال لزيادة الشرط الجزائي إذا طالب بذلك الدائن إلا في حالتين:

حالة إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما وحالة إذا جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي وإرجاعه إلى القدر المعقول.

وعموما نجد أمن هذه التشريعات تشابهت كثيرا في أحكامها التعويض الاتفاقي وذلك لتناولها صراحة في قوانينها أحكام الشرط الجزائي.

الفرع الثاني: بالنسبة للقانون الأردني

إن المشرع الجزائري في قانونه المدني ذكر صراحة الحالات التي يمكن فيها للقاضي التدخل في تخفيض الشرط الجزائي في المادة 2/184 وزيادة في قيمته كاستثناء ، لعدم الزيادة كمبدأ عام بينما في حالتين إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما وإذا جاوز الضرر قيمة ا الشرط الجزائي وإرجاعه إلى الحد المعقول حسبما يراه القاضي ، أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فلم يوردها صراحة ، فهو اغفل ذكره

[1] أنظر المادة 267 من قانون الموجبات و العقود اللبناني

[2] أنظر المادة 226 من القانون المدني السوري

[3] أنظر المادة 185 من القانون المدني الجزائري

[4] أنظر المادة 225 من القانون المدني المصري

[5] أنظر المادة 268 من قانون الموجبات و العقود اللبناني

[6] أنظر المادة 227 من القانون المدني السوري

إطلاقا و بالتالي فإن المدين في نظر القانون الأردني في جميع الأحوال أن يطلب من المحكمة تخفيض قيمة الشرط الجزائي ليكون مساويا للضرر الواقع فعلا ، وهذا واضح من نص المادة 364 من القانون المدني الأردني حيث نصت بقولها:"يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءا على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر"[1]وبناءا على المادة السابقة يجوز للمدين إذا رأى أن الشرط الجزائي مبالغ فيه ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن سبب عدم التنفيذ للالتزام الأصلي ، واستطاع أن يثبت ذلك ، ففي هذه الحالة للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يساوي الضرر وفي هذا تقول محكمة التمييز الأردنية أنه :"عندما يكون مقدار التعويض محددا في العقد مقدما ، فإن القاعدة أن يحكم به إلا إذا ادعى المتعهد بأنه فاحش أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر ، فيجوز للمحكمة تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقا لأحكام المادة 2/364 من القانون المدني الأردني[2] أما بالنسبة للحالات التي يجوز للقاضي فيها زيادة التعويض الاتفاقي بناءا على طلب الدائن فنجده واضح في القانون الجزائري وذلك في المادة 185 التي تنص على : *إدا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من القيمة إلا إدا أثبت أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما*.ولكن عن المشرع الأردني فقد اكتفى بنفس الرأي الذي أعطاه لحالة التخفيض من خلال منح القاضي سلطة مطلقة ، وهذا واضح في نص المادة 2/364 المشار إليها سابقا".

[1] طارق محمد مطلق أبو ليلى ، مرجع سابق ، ص 76 مأخوذ من :
طعن رقم 563 لسنة 43 ق ، جلسة 1968/12/5 المنشور لدى النواب.

[2] طارق محمد مطلق أبو ليلى ، المرجع نفسه ، ص 79 مأخوذ من :
تمييز حقوق رقم 95/502،مجلة نقابة المحامين،1995،ص1933.

المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري ومقارنته بالقوانين الأجنبية

من خلال أحكام الشرط الجزائي في القانون المدني ، نجد أن هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بين التشريعات وخصوصا في الآثار القانونية التي تنتج على الشرط الجزائي بالقوانين و يمكن تبيانها من خلال المقارنة التالية:

الفرع الأول: بالنسبة للقانون الانجلوأمريكي

يتفق القانون الجزائري مع القانون الأنجلو أمريكي في اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي أما بالنسبة للاختلاف فالقانون الجزائري جاز للقاضي متى كانت المبالغة بسيطة أن يرفض تعديل الشرط الجزائي ويطبق الاتفاق ، بينما القانون الانجلو أمريكي كقاعدة عامة يخفض فيها القاضي الشرط الجزائي المبالغ فيه ولو كانت المبالغة بسيطة ، وذلك ليتفق مع حقيقة الضرر الذي وقع ، ومن جهة أخرى أساس الرقابة القضائية في القانون الأنجلو أمريكي تقوم على أساس شخصي تمثل في بحث القاضي عن نية الطرفين وقت إبرام العقد ، لمعرفة إذا كان يقصد أن الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض أم معاقبة المدين ، إذا فهي تتوقف على تكييف القاضي للتعويض الإتفاقي ، أما في القانون الجزائري لا تتوقف الرقابة القضائية على تكييف القاضي للشرط الجزائي فحسب ، بل هي نتيجة تطبيق معيار كمي حدده المشرع وهو المبالغة الكبيرة[1].

الفرع الثاني: بالنسبة للقانون الفرنسي

للتعرف على موقف القانون الفرنسي مقارنة مع القانون الجزائري على أحكام الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تقديره ، يجب التمعن في مراحله نظرا للصلة الخاصة بهذا القانون.

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 655

في سنة 1975 لم يكن بوسع القاضي الفرنسي حماية المدين حسن النية من دفع شرط جزائي مبالغ فيه ، إذ أن التقنين المدني الفرنسي قد تضمن مبدأ عاما لا يمكن للقاضي الخروج عنه ، ومقتضى هذا المبدأ أنه يجب دفع الشرط الجزائي كما هو متفق عليه وهذا ما نصت عليه المادة 1152 مدني فرنسي[1] "عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه ، يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص".

وحاول بعض قضاة الموضوع محاربة صلابة هذا المبدأ بوسائل قانونية مختلفة ، فقد حاولوا "كما قال الأستاذ **baye** خلق ثغرة في هذه القلعة القانونية ".غير أن محكمة النقض الفرنسية تصدت لكل هذه المحاولات ، مؤكدة على ضرورة احترام المبدأ النصوص عليه في المادة السابقة .

غير أنه في9جويلية 1975 وبناء على اقتراح من الأستاذ FOUAYEE عدل المشرع الفرنسي أحكام الشرط الجزائي حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 كما أعاد صياغة المادة 1231.

وقبل أن ندرس هذه الأحكام الجديدة للشرط الجزائي في القانون الفرنسي التي بمقتضاها وضع المشرع نوعا ما حدا للاستعمال التعسفي للشرط الجزائي ، يجدر بنا أن نرجع للوراء لدراسة الوضع السابق على القانون 1975 وذلك لإبراز الجهود التي بذلها الفقه و القضاء لمساعدة المدين حسن النية ، ونقسم هذا الفرع إلى نقطتين :

1- الرقابة القضائية للشرط الجزائي في النظام السابق

2- الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد

[1] راجع المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي القديم المؤرخ في سنة 1975 .

1- الرقابة القضائية للشرط الجزائي في النظام السابق:

لقد نظم المشرع الفرنسي آثار الشرط الجزائي في مادتين هما المادة 1152 والمادة 1231 من التقنين المدني الفرنسي

إن السؤال الذي نطرحه هذا يتمثل في ما هي سلطة القاضي في مراقبة الشرط الجزائي؟و الإجابة على هذا السؤال يجدر بنا أن نحلل المادتين السابق المشار إليهما.

أ – سلطة القاضي في ضوء المادة 1152:

سبق أن ذكرنا أن هذه المادة قد نصت على مبدأ ثبات الشرط الجزائي وعدم تعديله ، وقد لخصت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مفهوم هذا المبدأ ، حيث جاء فيه أنه"طبقا للمادة 1152 مدني ، حيث يتبين منها أن الاتفاق المبرم بشكل صحيح و المتضمن أن من يخل بتنفيذه يدفع مبلغا على سبيل التعويض ويكون هذا الاتفاق بمثابة قانون لمن ابرمه ، ولا يمكن للطرف الآخر أن يطلب زيادة أو نقصا"[1].

في ضوء هذه المادة،وعلى أساس المبدأ المشار إليه سابقا ، فإن سلطة القاضي معدومة ، إذ لا يمكنه بأي حال من الأحوال تعديل المبلغ المتفق عليه .

أما الاستعمال التعسفي و المتزايد للتعويض الإتفاقي من طرف بعض الدائنين حاولت بعض المحاكم التخفيف من شدة هذا المبدأ وتعديل قيمة الشرط الجزائي وقد استندت في ذلك على بعض الوسائل القانونية التي تتمثل في الوسائل التالية [2].

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع سابق ، ص 650 ، مأخوذ من: حكم الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية الصادر في1967/11/02،المنشور في دالو سيراي1968،هامش30

[2] اليم طلال المهتار ، المرجع سابق ، ص135

1- حاولت بعض المحاكم محاربة الشرط الجزائي استنادا على فكرة شرط الأسد ، فطبقت المادة 2/1229 من التقنين المدني الفرنسي التي تمنع الدائن أن يجمع بين الالتزام الأصلي و الجزاء،كما طبقت أيضا المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي لا تجيز الجمع بين الفسخ و التعويضات المقررة لعدم تنفيذ العقد.إذ في بعض العقود كان بإمكان الدائن أن يجمع بين فسخ العقد و التعويض وهذا الوضع يصدق على عقود الليزنغ ، حيث للدائن عند فسخ العقد ن يسترجع كل المواد التي أجرها و يحصل على الأقساط الباقية حتى نهاية العقد وهذا يعادل التنفيذ العيني للعقد.

غير أن هذا الاتجاه الذي اتبعته هذه المحاكم لإلغاء الشرط الجزائي المغالي فيه لم يكلل بالنجاح حيث تعارضت أحكامها للنقض كما أن جانبا من الفقه قد انتقد هذا المسلك إذ يرى **الأستاذ FRANCOIS NATABASE** أن المادة 1184 من التقنين المدني الفرنسي تجيز الجمع بين الفسخ و التعويض ، لأن وظيفة هذا الأخير هي إصلاح الضرر المترتب عن هذا الفسخ ، وبما أنه لا يمكن إنكار وقوع ضرر من جراء الفسخ فلا يهم إذا قدر هذا التعويض في شكل شرط جزائي وكان مغاليا فيه.

2- استندت بعض المحاكم الأخرى إلى فكرة السبب لمقاومة الشرط الجزائي المغالى فيه حيث يرى بعض الفقهاء أن عندما يفسخ العقد لعدم وفاء قسط من أقساط الثمن ومنحه على سبيل التعويض بقية الأقساط المتبقية ، فإن هذا الاتفاق يعتبر أسديا ويكون الشرط الجزائي مجردا من السبب ، وقد اقنع هذا الرأي بعض القضاة الذين تبنوه غير أن محكمة النقض رفضت هذا الاتجاه ونقضت الأحكام الصادرة في هذا الصدد .

3- أما بعض المحاكم الأخرى فقد لجأت إلى فكرة الربا للحد من الشرط الجزائي المبالغ فيه حيث حاولت أن تطبق في هذا المجال قانون رقم66-1010 الصادر بتاريخ28 /12/ 1966 ، الذي حرم الربا فقد ألغت بعض المحاكم الابتدائية شروطا جزائية على أساس أنها تخفي الربا المحرم غير أن الرأي الراجح في القضاء لم يأخذ بهذا الاتجاه ، كما أن محكمة النقض رفضته أيضا.

4 – استندت بعض المحاكم إلى فكرة العدالة لتعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه غير أن محكمة النقض الفرنسية تصدت لهذا الاتجاه.

وهكذا يتبين لنا من أن كل المحاولات التي قام بها القضاء لتعديل الشرط الجزائي باءت بالفشل ، وسهرت محكمة النقض على احترام مبدأ ثبات الشرط الجزائي المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة ، وما نستخلصه هنا أن سلطة القاضي في ظل المادة 1152 كانت معدومة.

ب – سلطة القاضي في ضوء المادة 1231:

تنص المادة 1231 من التقنين المدني الفرنسي على انه"يمكن أن يعدل الجزاء من طرف القاضي إذا كان الالتزام قد نفذ جزء منه"[1]

يتبين من هذه المادة انه يمكن للقاضي ممارسة رقابة قضائية على الشرط الجزائي ، حيث خول له المشرع أن يخفض المبلغ المتفق عليه إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه،غير أن هذهالرقابة محدودة من جهة باعتبارها قاصرة على حالة واحدة ، ومن جهة أخرى فهي غير مجدية أو فعالة لا بنص المادة 1231 نص مكمل لإرادة الأطراف الذين بإمكانهم استبعاد تطبيقه.

وهذا ما أقره القضاء حيث جاء في حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ08 /1860/03 أنه :"....تستعمل السلطة الممنوحة للقاضي بتعديل الشرط الجزائي إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه،إلا إذا لم يوجد اتفاق يستبعد هذه السلطة".

وأمام موقف المشرع الفرنسي الذي جرد القاضي من سلطة تعديل الشرط الجزائي وممارسة رقابة قضائية عليه حاول القضاء الفرنسي أن يوسع هذه السلطة من خلال فكرة الغش و الخطأ الجسيم ، حيث قرر انه إذا تم اتفاق على الشرط الجزائي ، ثم ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما أدى إلى وقوع ضرر يفوق التعويض المتفق عليه ، جاز للقاضي أن يراجع هذا التعويض ويرفع من مقداره.

[1] انظر المادة1231 مدني فرنسي

وخلاصة القول ، لقد صمد مبدأ ثبات الشرط الجزائي أمام كل المحاولات الفقهية و القضائية ، قصد فرض رقابة قضائية على الشرط الجزائي ، فكان مبدأ سلطان الإرادة هو الأقوى،واستطاع أن يكون حاجزا يحول دون تحقيق العدالة، وبقي الصراع قائما بين الاتجاه الفقهي و القضائي من جهة ومحكمة النقض من جهة أخرى ، إلا إن استجاب المشرع لطلب الفقه و القضاء.

2- الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد:

لقد تعرض نص المادة1134 من التقنين المدني الفرنسي في مجال الشرط الجزائي إلى انتقادات عنيفة من طرف جمعية المستهلكين ، التي انتقدت بشدة نظام التعاقد في هذا الإطار الذي يسمح للطرف القوي أن يستأثر بسلطة الإكراه المتمثلة في عقوبة خاصة قاسية ومستبعدا تدخل السلطة القضائية التي تراقب السير الحسن لتنفيذ الاتفاق.

فقد كشف الاستعمال التعسفي للشرط الجزائي في مجال عقود الإيجار بالبيع credit bailوالليزنغ وغيرها إذ أصبح الشرط الجزائي قاسيا بالنسبة لأحد الطرفين ، فغالبا ما تتضمن عقود الايجار بالبيع نصا يقضي بأنه في حالة عدم دفع قسط من أقساط الثمن في الميعاد المتفق عليه ، يفسخ العقد بقوة القانون مع رد الشيء إلى الدائن ، و يلزم المدين بدفع مبلغ في شكل الشرط الجزائي يشمل الأقساط الباقية و المستحقة.

و أمام هذا الوضع ، ندد جانب كبير من الفقه بموقف محكمة النقض الفرنسية الرافضة للرقابة القضائية على الشرط الجزائي ، وضرورة احترام نص المادة1152 الذي يحمي كما قال الأستاذ مختار باي الإرهاب العقدي (le terorismecontracteul) ولهذا نادى الفقه بضرورة تدخل المشرع لمراقبة أحكام الشرط الجزائي.

وحتى محكمة النقض عدلت عن رأيها إذ اعترفت في تقريرها السنوي في السنة القضائية 1973 أن الشرط الجزائي الذي تفرضه المؤسسات المالية المتخصصة في عملية الليزنغ و الايجار قاس ومبالغ فيه

، و أخيرا تدخل المشرع الفرنسي فعدا أحكام الشرط الجزائي بمقتضى قانون رقم 1975/597 الصادر بتاريخ1975/07/09 ، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 ،كما أعاد صياغة المادة 1231 وبالتالي أصبحت المادتان بعد الت[1]عديل كالآتي:

– **المادة 1252 تنص على مايلي** :"عندما يتضمن الاتفاق إن من يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض ، لا يسمح للطرف الآخر أن يطلب زيادة او نقص ، غير انه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

– **أما المادة 1231 فتنص على انه** :"إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه يجوز للقاضي تخفيض الجزاء المتفق عليه وذلك بما عاد على الدائم من فائدة من هذا التنفيذ الجزئي ودون الإخلال بالمادة 1252 ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

ونتساءل عن الأسباب التي دفعت المشرع الى هذا التعديل؟

وقد رد الفقه هذه الاسباب إلى:

1– الأسباب التاريخية:

يعتبر مبدأ إثبات الشرط الجزائي الذي تبناه واضعوا القانون المدني لسنة 1804حدثا عفويا ففي القانون الروماني ، لم يكن باستطاعة القاضي تخفيض التعويض الإتفاقي ، على عكس القانون الكنسي الذي نادى في ظله الفقيه HOSTUNISE بضرورة الوقوف بجانب الطرف الضعيف، ورأى هذا الفقيه بأن على القاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا جاوز مقداره ضعف قيمة الالتزام المضمون.

[1] Alfandir :la clause penal et la qourelleseculaire de larticle 1231 du code civil francaisj.c.p 1970 doctrine n2294 et suite.

وفي القانون الفرنسي القديم نادى أيضا DUMOULINبوجوب تعديل قيمة التعوالشرط الجزائيالذي تجاوز الضرر المترتب عن عدم التنفيذ.

فقد ثبت تاريخيا أن الشرط الجزائيلم يكن ثابتا في قوانين المجتمعات السابقة، وقد تردد واضعو القانون المدني لسنة 1804 في الأخذ بالمبدأ السابق إذا تضمن مشروع القانون المدني لسنة 1804 نصا مأخوذا من القانون القديم يقضي بأنه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائيالذي يجاوز الضرر الفعلي ، لكن بعد مناقشة المشروع ألغي هذا النص وتمسك المشرع بمبدأ القوة الإلزامية للاتفاق ، فنص على قاعدة ثبات الشرط الجزائي.

2 – الأسباب القانونية:

من الناحية القانونية كان القانون المدني الفرنسي معزولا عن قوانين جيرانه التي لم تتبنى مبدأ ثبات الشرط الجزائي وسمحت للقاضي أن يمارس عليه رقابة قضائية ومثال ذلك:

– القانون السويسري : إذ تنص المادة 163 من قانون الالتزامات على ما يلي:" يجب على القاضي تخفيض الجزاءات التي يراها مبالغا فيها".

– القانون الألماني: تنص المادة340 من القانون المدني على أنه:"إذا كانت الغرامة المستحقة مبالغا فيها يمكن قضائيا وبناءا على طلب المدين تخفيضها إلى مبلغ معقول ، ولتقدير ما هو معقول يجب أن يؤخذ في الاعتبار كل مصلحة مشروعة للدائن و ليس فقط مصلحته المالية"

– القانون الإيطالي:حيث تنص المادة 1384 من القانون المدني على أنه:"إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه أو كان مبلغ الجزاء مبالغا فيه ، يمكن للقاضي أن يخفضه طبقا لقواعد العدالة مع أخذ في الاعتبار مصلحة الدائن من هذا التنفيذ الجزئي".

وقد تأثر المشرع الفرنسي في القانون الجديد بالقوانين المشار إليه سابقا.إذا كل من التاريخ و القانون المقارن قد كانا بمثابة المرشد بالنسبة للفقهاء الذين اقترحوا تعديل الشرط الجزائي هكذا التعديل

يلبي طلبات ضحايا مبدأ سلطان الإرادة بتقرير حماية قضائية لهم ضد التعسف.[1] غير أن تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في ظل أحكام القانون الجديد يطرح مسألة تحديد نطاق سلطة القاضي و التي نبحثها في ضوء كل من المادتين 1152 و1231 على التوالي:

أ – سلطة القاضي في ضوء المادة 1152 من التقنين المدني:

لقد أكد الأستاذ FOUAYEE أن الشرط الجزائي ما هو إلا شرط عقدي أساسه إرادة الطرفين ، و التي على القاضي احترامها ولهذا احتفظ المشرع في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر بالمبدأ العام وهو ثبات الشرط الجزائي ثم أضاف فقرة ثانية ، تعتبر استثناء يتمثل في الاعتراف للقاضي بسلطة تخفيض الشرط الجزائيأو زيادته ، و تجدر الإشارة إلي أن المشرع اكتفى بتحديد شروط لتدخل القاضي دون أن يبين الطرق التي يتم على أساسها تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض و بالزيادة ، وقد تكفل الفقه باقتراح طرق مختلفة في هذا الصدد وسنتناولها كما يلي:

1– شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.

2– طرق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة.

أ –1 شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي:

يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 1152 انه لا يمكن للقاضي أن يتدخل بكل حرية لتعديل الجزاء المتفق عليه، بل إن تدخله هذا يتوقف على توافر شرط أساسي يتمثل في أن يكون الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو تافها ، ولم يحدد المشرع مفهوم المبالغة أو التفاهة ، وبعبارة أخرى لم يضع

[1] ابراهيم احمد سيد ، المرجع سابق ، ص144 .

ضابطا لتحديد المبالغة و التفاهة ، فحاول بعض الفقهاء تبيان ذلك فيرى الأستاذBOUKAA أن المبالغة المقصودة في هذا النص هي الزيادة التي تخرق قواعد العدالة.[1]

ورأى البعض الآخر أنها تتمثل في عدم التناسب الكبير بين الضرر الذي وقع وقيمة الشرط الجزائي حيث يتحول هذا الأخير إلى غرامة.

أما بالنسبة لمفهوم التفاهة فيرى الأستـاذ BOUKAA انه يجب الاستعانة بالحلول الفقهية و القضائية المتعلقة بعنصر الثمن في عقد البيع.

ففي نظر الفقه لا يكون هناك عقد بيع ، إذا لم يكن الثمن حقيقيا أو جديا أو كان تافها لدرجة يمكن اعتباره غير موجود ويميز بين الثمن التافه و الثمن البخس ،والأول لا يتناسب مطلقا مع قيمة الشيء محل العقد ، أما الثاني فهو يقل بكثير عن قيمة الشيء محل العقد ويرى أن التافه هو الذي يحدد بملغ لا تناسب بينه وبين الضرر مطلقا بحيث أنه تعويضا غير معبر عن الضرر.

وإلى جانب هذا الشرط الكمي ، يرى بعض الفقهاء أنه لا يمكن العمل بالفقرة الثانية من المادة السابق الإشارة إليها ، إلا إذا كان المدين حسن النية حيث يرجع عدم تنفيذه للالتزام إلى ظروف اقتصادية أو تدهور وضعيته المالية ، ومتى توفر هذا الشرط قرر القاضي أن يتدخل فعلى أي أساس يعدل الشرط الجزائي ؟

أ – 2 طرق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة:

يتبين من الفقرة الثانية من المادة 1152 أنه يمكن للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي أو يرفع منه.ونتناول بالدراسة هاتين الحالتين:

[1] محمد مرعي صعب ، المرجع سابق ، ص92 .

- الحالة الأولى: تخفيض الشرط الجزائي:

ذكرت سابقا أن المشرع يبين للقاضي كيفية تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه فاتجه الفقه إلى البحث عن طريقة للتخفيض ، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ BOUKAA أن هناك ثلاثة طرق يمكن استعمالها للتخفيض من الشرط الجزائي المغالى فيه وهي:

الطريقة الأولى:

تتمثل في تخفيض الشرط الجزائي إلى حدود الضرر الفعلي ، وقد انتقد الفقه هذه الطريقة لأنها تقتضي على وظيفة و أهمية الشرط الجزائي من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن المشرع لم يقصدها إذ لو أراد ذلك لكانت صياغة الفقرة الثانية على الشكل التالي:"غير انه يجوز ذلك إذا كان الجزاء المتفق عليه أو تافها ".

الطريقة الثانية:

وتسمى وتتمثل في تخفيض الجزء الصارخ أو المبالغ فيه، إذ لا يمكن للقاضي عند تخفيض الشرط الجزائي أن ينزل على نسبة معينة وعلة ذلك أن المادة 1152 ما زالت محتفظة بمبدأ ثبات الشرط الجزائي وهو الأصلي .

ومثال ذلك لو كان مقدار الشرط الجزائي ثلاثة مائة يورو الضرر الفعلي، قدر بمائة يورو فيعتبر الجزاء مبالغ فيه يمكن للقاضي أن يخفضه إلى حدود مائتين وخمسين يورو لا أقل.

ولقد فضل الأستاذ BOUKAA هذه الطريقة مبررا ذلك أنها تتماشى مع الهدف الذي قصده المشرع من هذا التعديل ، فالمقصود بتخفيض المبالغة هو تصحيحها وتخفيضها دون إلغائها على القاضي عند تخفيض الجزاء المغالى فيه ، أن يراعي الفقرة الأولى من المادة 1152 ، غير أن هذه الطريقة لن تسلم من الانتقاد إذ انتقدها الفقه في كونها لا تقضي على المبالغة و التعسف الذين حاول القانون الجديد

محاربتهما هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية أن النسبة التي تكلم عنها الأستاذBOUKAA غير محددة وغير متفق عليها مما يؤدي بالقضاء إلى الاختلاف في تحديدها .

الطريقة الثالثة:

وتتمثل في إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تقدير الضرر وتخفيض الشرط الجزائي بشرط ألا يقل المبلغ المحكوم به عن مقدار الضرر الذي وقع تبعا لذلك ، وقد انتقدت هذه الطريقة بنفس الحجج التي انتقد بها الطريقة الأولى.

- موقف القضاء الفرنسي من الطرق الثلاثة:

استبعد القضاء الفرنسي الطريقة الأولى و الثانية وأخذ بالثالثة حيث يرى أن للقاضي سلطة تقديرية في تخفيض الشرط الجزائي ولكن بشرط ألا يقل الشرط الجزائي المحكوم به عن مقدار الضرر الذي وقع.

وهذا ما يستخلص من اتجاه محكمة النقض التي قضت في حكم لها بأن[1]:"قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة لتقدير الضرر الذي أصاب لدائن وتقدير مبلغ التعويض محل الشرط الجزائي المبالغ فيه ولكن دون الحكم بمبلغ يقل عن مقدار الضرر".

وفي حكم آخر أكدت هذا الاتجاه بقولها:"إن النص الجديد للمادة 1152 من التقنين المدني لا يلزم القضاة بتقدير التعويض محل الشرط الجزائي على أساس مقدار الضرر الفعلي الذي وقع".

- الحالة الثانية: زيادة الشرط الجزائي:

بجانب حالة تخفي التعويض الإتفاقي ، أجاز المشرع الفرنسي للقاضي الزيادة فيه متى كان تافها، وهنا أيضا لم يعطي القانون أي توجيه في كيفية الزيادة وقد اقترح الفقه نفس الطرق التي قدمها في حالة

[1] القيم طلال المهتار، المرجع سابق ، ص147

تخفيض الشرط الجزائي غير أن القضاء الفرنسي قد تبنى الطريقة الثالثة و المتمثلة في إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي.

وهي الطريقة التي أخذت بها محكمة **امياس** في حكم لها جاء فيه:"أن احترام الوظيفة المزدوجة الشرط الجزائي المتمثلة في الطابع العقابي و التعويض يقضي–في حالة الاعتراف بالطابع التافه للشرط الجزائي –زيادته إلى حد مقدار الضرر الذي وقع فعلا دون أن يجازوه وسبب إثراء للدائن".

وإلى جانب حالة التفاهة ذهب القضاء مدعما من طرف الفقه إلى تطبيق المادة 1150 مدني الخاصة بالخطأ الجسيم و الغش ، وقضي بزيادة الشرط الجزائي متى ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما.[1]

وما نستخلصه من دراستنا لسلطة القاضي في ضوء المادة 1152مدني أن القاضي الفرنسي قد تبنى طريقة واحدة–السلطة التقديرية–وذلك للزيادة في التعويض الإتفاقي أو تخفيضه.فما هي سلطته على ضوء المادة1231 من التقنين المدني وذلك ما تتناوله في الفقرة التالية .

ب– سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي على ضوء المادة 1231:

يتبين من المادة 1231 أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام. وإذا كانت المادة 1231 في صياغتها الأولى ، قد اعترفت للقاضي بسلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي ، إلا أن هذا الأخير كان غالبا لا يأخذ بها لكون هده المادة كانت تعتبر نصا مكملا ، إذا لو تناول الأطراف مصير الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي فعلى القاضي أن يعتد بذلك الاتفاق ولا يجوز له المساس به.

أما بعد التعديل فقد أصبح بإمكان القاضي تخفيض الجزاء في حالة التنفيذ الجزئي حتى ولو تنبه الأطراف لحالة التنفيذ الجزئي و اتفقوا على طريقة تخفيض الجزاء المستحق.[1]

[1] ابراهيم سيد أحمد، مرجع سابق ، ص1152

غير أن القاضي مقيد في تخفيض الجزاء المتفق عليه إذ حدد له القانون طريقة يجب عليه إتباعها كما منعه في بعض الحالات من نقض الاتفاق ، ونتناول بالدراسة طريقة تخفيض الشرط الجزائي ثم حالات تدخل القاضي .

ب – 1 طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي:

طبقا للمادة 1231 يجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي حسب الفائدة التي عادت على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي ، وبذلك قيد القانون الجديد تدخل القاضي وحصره في حالة التنفيذ الجزئي ولكن ليس كل بدأ في تنفيذ الالتزام هو تنفيذ جزئي بل لابد من استفادة الدائن من هذا التنفيذ ، حتى يمكن اعتبار ذلك تنفيذا جزئيا إذ في بعض الحالات لا يترتب على التنفيذ أي فائدة أو مصلحة للدائن ، ومثال ذلك أن يتفق شخص مع آخر ليرسم له لوحة وان يتفقا على شرط جزائي في حالة إخلال الرسام بالتزامه ، فلو بدأ الرسام عمله دون أن يكمله فلا يعتبر هذا العمل بمثابة تنفيذ جزئي، لكن على العكس لو التزمت شركة بحفر قناة طولها ألف متر فلو أنجزت 500 متر من عملها ثم توقفت فمما لا شك فيه أن العمل الذي قامت به يعتبر تنفيذا جزئيا ، يترتب عليه تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه.

وفي بعض الحالات لا يقبل الالتزام التنفيذ الجزئي ، وبعبارة أخرى هناك التزامات تكون غير قابلة للانقسام بسبب القانون و الاتفاق وهنا لا محل للتنفيذ الجزئي ، ولقد قررت محكمة النقض أن تحديد قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي هي مسالة واقع يستقل بها القاضي الموضوع.[2]

ب–2 حالات تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي:

هناك أربعة حالات يمكن للقاضي أن يتدخل فيها لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي ، فيمكن للقاضي أن يتدخل ليخفض الجزاء للالتزام الأصلي وهي:

---

[1] حسني محمد جاد الرب ، المرجع سابق ، ص149.

[2] محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ، ص117 .

أ – إذا سكت الطرفان عن مصير عدم التنفيذ الجزئي ، فيمكن للقاضي أن يتدخل ليخفض الجزاء بالنظر على عدم التنفيذ الكلي.

ب – اذا اشترط الطرفان أنه في حالة عدم التنفيذ الجزئي لا يمكن تخفيض الجزاء المتفق عليه فلا يعتد بهذا الشرط ، و للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي مع مراعاة قيمة التنفيذ الجزئي

ج – إذا تنبه الطرفان لحالة عدم التنفيذ الجزئي واتفقا على مبلغ يستحقه الدائن عن عدم التفيذ الجزئي من طرف المدين ، يمكن للقاضي أن يخفض هذا الشرط الجزائي متى كانت هناك مبالغة في تقديره بالنسبة للضرر المترتب عن عدم التنفيذ الجزئي ، وهذا بفضل حالة المادة 1231 على المادة 1152.

د – إذا حدد الطرفان قيمة التعويض الإتفاقي لحالة عدم التنفيذ الجزئي وقررا أن هذا المبلغ يمكن تغييره حسب درجة عدم التنفيذ ، وهذا الافتراض الأخير كثير الاستعمال في عقود الإيجار بالبيع حيث يقدر الشرط الجزائي طبقا للأقساط غير المدفوعة ، وهنا لا يمكن للقاضي أن يخفض الشرط بالاستثناء إلى المادة 1231 لأنه يجب عليه تخفيض الشرط حسب نسبة عدم التنفيذ ، وهذا ما اتفق عليه الطرفان وهنا تتجلى أهمية الإحالة على نص المادة 1152 إذ على القاضي أن يستند إلى هذه المادة الأخيرة لتخفيض الشرط الجزائي الذي قد يصبح مبالغا فيه بالنسبة لجزء الالتزام الذي لم ينفذ.

ففي هذه الأحوال على القاضي أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي وتجدر بنا الإشارة إلى ما قاله الأستاذ جيبر في هذا الصدد إذ قرر"إن الجزاء المتفق عليه في حالة عدم التنفيذ هو القاعدة التي ينطلق منها القاضي لتخفيض الشرط الجزائي وعليه أن يعتد في ذلك بنية الطرفين لاستخلاص مدى استيفاء الدائن من هذا التنفيذ الجزئي".

وعلى ضوء ما سبق فنجد أن القانون الفرنسي يتشابه مع القانون المدني الجزائري في أن كلاهما يعطيان للقاضي سلطة التعويض الاتفاقي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء

منه ، كما لم يحدد المشرعان نسبة المبالغة ، بل ترك ذلك إلى السلطة التقديرية ، أما بالنسبة لأوجه الاختلاف ، فالمشرع الفرنسي أجاز للقاضي زيادة الشرط الجزائي التافه دون قيد على غرار حالة التخفيض ، بينما لم يسمح المشرع الجزائري للقاضي زيادة الشرط الجزائي إلا في حالة واحدة ، وهي غش المدين أو خطأه الجسيم الذي يترتب عليه ضرر كبير يفوق قيمة الشرط الجزائي ،كذلك هناك فرق آخر ويتجلى في أن نص المادة 184 مدني جزائري لا تجيز الحكم بالشرط الجزائي إذا لم يقع للدائن أي ضرر وهذا راجع للطابع التعويضي الذي أعطاه المشرع الجزائري على الشرط الجزائي على خلاف المشرع الفرنسي ، الذي لم ينص على ركن الضرر وهذا ما أدى إلى بعض الفقه و القضاء أن استحقاق الشرط الجزائي يكون بدون ضرر الدائن وحجته على ذلك أن الشرط الجزائي يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام.

الباب الثاني

الشرط الجزائي التعسفي

وأثره على التوازن العقدي

وأساليب الحماية منه

يقوم العقد كأصل عام على مبدأ هام وهو مبدأ سلطان الارادة ، الذي يقضي بأن أساس العقد هو الارادة المشتركة لطرفيه ، فهذه الارادة هي التي تنشؤه في ذاته وهي التي تحدد أثاره ، ثم يأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الارادة المشتركة ، ومن أهم النتائج عن هذا المبدأ هي مبدأ الحرية التعاقدية ، الذي يتيح للأشخاص حرية التعاقد وحرية وضع أي شرط يتفقون عليه، وإذا ما انعقد العقد ، فانه يصبح ملزما لطرفيه احتراما لإرادتهما، لأن العقد شريعة المتعاقدين.

وفي ظل المستجدات والمتغيرات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية الحديثة ، أين امتدت هذه التطورات الى العلاقات التعاقدية ، وأحدثت اختلالا في توازنها العقدي ، بسبب ما يملكه أحد طرفيها من قوة وخبرة ومعرفة في مواجهة الطرف الأخر الذي يفتقر الى هذه المقومات والذي ظهر خصوصا في عقود الاستهلاك بين المهني والمستهلك وفرض شروط جزائية تعسفية ترهق الطرف الضعيف الذي ليس في وسعه إلا قبول هذه الشروط أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشتها ، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية مما يخل بالتوازن العقدي، وعلاوة على ذلك فهي تعد شروط جزائية تعسفية لما توفره من مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين .

ومن ثم كثرت الصيحات والنداءات إلى ضرورة تدخل التشريعات من أجل سن نصوص تشريعية خاصة لحماية الطرف الضعيف في العقد ، وتجلت هذه المحاولات في بعض الدول الأوربية في إصدار قوانين لحماية المستهلك ، وإقرار مجموعة من الآليات والوسائل التي لم تكن تعرفها القواعد العامة ، حيث اعطت مفهوما للشروط الجزائية التي تتضمن تعسفا ، كما وضعت عدة معايير للكشف عنها بالإضافة إلى استحداث أساليب وطرق للوقاية من هذه الشروط الجزائية التعسفية .

ولتوضيح اكثر تم تقسيم هذا الباب الى فصلين : **اختلال التوازن في عقود الاستهلاك في(الفصل الأول) و أساليب الرقابة على الشرط الجزائي التعسفي في (الفصل الثاني)** .

الفصل الأول:

اختلال التوازن في عقود الاستهلاك

لما يكون القاضي بصدد الفصل في نزاع ناشئ عن تنفيذ عقد استهلاك يحتوي على شرط أو عدة شروط تتسم بالطابع التعسفي، فهو مدعو للتدخل من أجل حماية المستهلك من ذلك التعسف بتطبيق أحكام البنود التعسفية كألية لإعادة التوازن العقدي.

و بناءا على ذلك فإن مجال تدخل القاضي محصور في وجود عقد يوصف بأنه عقد استهلاك ، هذا العقد يتميز بخصوصية معينة تتعلق أساسا بأشخاصه أي بصفة الطرف المتعاقد من جهة ، كون أنه عقد يبرم بين شخص يدعى المستهلك وبين شخص آخر يدعى المحترف ، وبخصائص أخرى تتعلق بطبيعة العقد من جهة ثانية أي بطبيعة العلاقة التعاقدية الاستهلاكية والشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك.

وبالتالي ومتى كان القاضي في إطار فض منازعة قضائية يتعلق موضوعها بالمطالبة بإعادة التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك، ذلك التوازن الذي أصبح مختلا بفعل الشروط التعسفية الناتجة عن القوة الاقتصادية والتقنية للمحترف ، من خلال الاعتماد على أحكام البنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن المفقود ينبغي عليه – أي القاضي – في أول المرحلة أن يتحقق من أن العقد الذي نشأ بشأنه ذلك النزاع هو عقد استهلاك ، وأن هذا الأمر لا يتحقق إلا بعد تحديد العقود المعنية بالحماية القانونية من الشروط التعسفية وذلك من خلال حصر أشخاص العلاقة التعاقدية، آلا وهما المستهلك والمحترف.

سوف نتكلم في هذا الفصل على معاينة القاضي لاختلال توازن العقد بفعل الشروط الجزائية التعسفية في (المبحث الأول) ومجالات العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط الجزائية التعسفية في (المبحث الثاني) ثم سلطة القاضي في إعادة التوازن العقد المختل بفعل الشروط الجزائية التعسفية في (المبحث الثالث) .

المبحث الأول : فحص القاضي لاختلال توازن العقد بفعل الشروط الجزائية التعسفية

يعد المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية لاعتبارها عقودا مجحفة تنال من رضاه وذلك بسبب أن هذه العقود يصعب التفاوض بشأنها ، وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام المستهلك في العقود الاستهلاكية، لذلك سنتطرق في هذا االمبحث تحديد الشروط التعسفية كسبب لإختلال العقد (المطلب الأول) وعناصر ومعايير وطرق تحديد الشروط التعسفية في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تحديد الشروط التعسفية كسبب لإختلال العقد

لا يمكن إعطاء مفهوم شامل للشرط التعسفي إلا بتمييزه عن التصرفات المشابهة له مع ذكر تعاريفه الفقهية منها والقانونية وأيضا القضائية، لذلك خصصنا (الفرع الأول) لتعريف الشروط التعسفية أما (الفرع الثاني) تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

سنتطرق إلى التعريف الفقهي للشرط التعسفي ثم التعريف القانوني وبعدها نتناول التعريف القضائي للشرط التعسفي.

1- التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

قدم القانونيون الجزائريون تعريف للشرط التعسفي على أنه "ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي"[1].

[1] محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص 15 .

وجاء هذا التعريف متأثرا بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تقر للقاضي بالسلطة التقديرية لتقدير الطابع التعسفي بقولها " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعد لهذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة...".

كما أن هناك من يعرف الشرط التعسفي بالنظر لطريقة فرضه بأنه" كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليها الإضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون ، يترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك التي لا تتوافر فيه الخبرة أو الدراية الفنية أوالاقتصادية[1].

و يعرف الشرط التعسفي كذلك بأنه" الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استحصال الأخيرة لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[2].

بكون الشرط تعسفا عندما تكون الميزة المجحفة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية وهو ما يعرف في النهاية" بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية"، ودليل ذلك العوامل المادية التي تصاحب تقديم السند التعاقدي ، والتي تعكس عدم المساواة في القوة مثل الشروط المطبوعة سلفا، الصياغات الموحدة للعقد والمعدة من قبل المهني ومن في حكمه[3].

ويعرف البند التعسفي عموما بأنه" البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أعلى إرادته على الطرف الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة ، منتقصا من حقوق الطرف الآخر الذي رضخ له، وذلك لتسلط من فرض هذا البند على العقد"[4].

---

[1] محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، ط2 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2010 ،ص 77 .

[2]السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 32 .

[3] السيد محمد السيد عمران، المرجع نفسه ، ص 38.

[4]فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012 ، ص 87.

وقد قدم الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم تعريفا للبند التعسفي على أنه " البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه وبين غير المهني والمستهلك، اعتمادا من المحترف على سلطته الاقتصادية من أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق"[1].

ومن ناحية آخرى في العقد عرف الشرط التعسفي بالنظر إلى أنه يلحق ضررا بالمستهلك ، فعرفه بأنه في الشرط الذي يترتب عليه الأضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح "الممقوت" بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك ، والمترتبة على عقد الاستهلاك فيكون تعسفا الشرط المفروض بواسطة الطرف الأقوى ، وينشأ عدم توازن هام على حساب الطرف الضعيف[2].

ويأتي تعريف الشرط التعسفي: بأنه الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العقد بفرضه تعسفا على الطرف الآخر بسبب عدم المساواة بينهما ، وينتج عنه اختلال باهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف، وفي الغالب فإن الشروط التعسفية ترد وتكثر في عقود الاستهلاك من خلال قيام المهني أو التاجر المحترف بفرض شروط تعسفية تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك بغرض الحصول على مزايا معينة حيث تقوم فكرة الشرط التعسفي في الفقه القانوني على وجود عنصرين الأول التعسف في استعمال السلطة والنفوذ الاقتصادي والثاني الحصول على ميزة مفرطة بسبب التفاوت الظاهر بين التزامات الطرفين سواء بإنقاص التزامات الطرف القوي اقتصاديا أو بفرض التزامات مرهقة على المستهلك[3].

وكما يمكننا أن نعرف الشروط التعسفية في إطار عقد الاستهلاك الالكتروني بأنها"الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الالكتروني المبرم مع المستهلك والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ضد مصلحة المستهلك"[4].

---

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشوارت الحلبي الحقوقية، لبنان،2007 ، ص 453

[2] كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012 ، ص 518.

[3] سعود العماري :" الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، جريدة العربية، 17 مارس 2014 ، السعودية، ص 02.

[4] كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع نفسه، ص 518، 519.

2- التعريف القانوني للشرط التعسفي:

عرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية وذلك من خلال المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت على" شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

هذا التعريف لم يكن شاملا بمعنى الشرط التعسفي لذلك حددت المادة 29 من نفس القانون البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد ، أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو أجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"[1].

[1] المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام ، 142الموافق ل 23 يونيو لسنة 2004 ، يحدد القواعدالمطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 49 ، مؤرخة في 27 يونيو2004

كما نصت أيضا المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية والتي نصت على:" تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

* تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه.

*الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ، بدون تعويض للمستهلك.

* عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.

* التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة ، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

* النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذ تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

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

* فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

* الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

* يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته"[1].

[1] المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006 يحددالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ع 56 ، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006. .المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 2008/02/03 ، ج. ر . رقم 07 المؤرخة في 2008/02/10 .

في حين عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 132 فقرة 1 من قانون 96/95 لسنة 1995 بقوله "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية ، الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد سواء تعلقت هاته الشروط بمحل العقد و أثاره".

من خلال هذه المادة يتضح أن الشرط التعسفي هو كل شرط ينجم عن وضعه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات المستهلك أو غير المهني من جهة والمهني من جهة أخرى، والواقع أن المشرع الفرنسي قد نقل هذاالتعريف عما جاء في التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية بقولها" كل شرط في العقد لم يكنمحل مساومة فردية رغم ضرورة توفر حسن النية،يعتبر تعسفا حينمايخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد".

وهكذا يتبين أن تعريف الشرط التعسفي في مختلف التشريعات هو تعريف واحد وكذلك الأمر في بعض القوانين الأوروبية.

ففي القانون البلجيكي عرفت الشروط التعسفية في المادة 21 من قانون 14 يوليو 1991 بأنه يشمل "كل شرط يمكن أن يؤدي بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى إلى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الأفراد"[1].

ومن جانبه اصدر المشرع الإسباني قانون 19 يونيو 1984 المعدل بالقانون 13 أفريل سنة 1997 الذي ينص في مادته العاشرة على أن المقصود بالشروط التعسفية" تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب عدم التكافؤ أو الملائمة أو بأسلوب غير عادل ، أو ما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد.

وبدوره اصدر المشرع الإيطالي القانون الصادر في 2 فبراير 1992 الذي عدل في المواد 1429 وما يليها من القانون المدني الايطالي ، متبنيا معيار التوازن العقدي في تعريف الشروط التعسفية[2].

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 252 .

[2] عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 256 .

وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري ومختلف القوانين كالقانون الفرنسي والقوانين الأوروبية قاموا بتعريف الشروط التعسفية على ضوء مفهوم التوازن العقدي.

وقد أورد القانون بعض التطبيقات كأمثلة على ما يعتبر من قبيل البنود التعسفية وأوردها على سبيل المثال لا الحصر، فالبنود النافية لمسؤولية المحترف تعتبر من قبيل البنود التعسفية لأن في إيرادها في العقد مخالفة لقواعد قانونية حمائية وانتهاكا واضحا لحقوق المستهلك الذي لأجله وضع القانون ، كما أن أي تنازل من المستهلك عن أي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة يعد من قبيل البنود التعسفية لأن في ذلك إفراغا للحماية المقررة لهذا المستهلك من معناها، علاوة على أن وضع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون يعد أيضا من البنود التعسفية إضافة إلى منح المحترف وبصورة منفردة صلاحية تعديل كل أو بعض أحكام العقد لا سيما تلك المتعلقة بالثمن أو تاريخ أو مكان التسليم يجعل من المستهلك أسير إرادة المحترف وبنوده التعسفية المرتبطة بتنفيذ العقد، ويعتبر أيضا من قبيل البنود التعسفية منح المحترف حق إنهاء العقد غير المحدد المدة ، دون إبلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مهلة معقولة.

3- التعريف القضائي للشرط التعسفي:

بالرجوع إلى القضاء الجزائري لا نجد ما يمكن من خلاله استخلاص موقعه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء[1].

غير أن المشرع الجزائري أعطى الحق للقاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط وذلك من خلال المادة 110 من القانون المدني التي تنص:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."[2]

[1] فاتن حسين حوى، المرجع سابق، ص 88 .

[2] المادة 110 من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

غير أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر انه من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين المهني والمستهلك يعتبر لاغيا الشرط الذي من شأن محله وأثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحدالتزاماته أيا كانت.

فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي يتبناه المشرع للشرط التعسفي وقالت أن الشرط يعتبر تعسفا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية.

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة

يقترب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن شروط تعاقدية، وعلى وجه التحديد يمثل كل من الشرط غير المشروع والشرط النموذجي اكثر المفاهيم تداخلا مع مفهوم الشرط التعسفي ، لذلك وجب التمييز بينه وبين الشرط النموذجي من جهة (أ)، وبينه وبين الشرط غير المشروع من جهة أخرى (ب) للخروج بمفهوم اكثر دقة للشرط التعسفي.

1- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي:

أ- تعريف الشرط النموذجي:

يقتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي ، تعريف الشرط النموذجي لأن الشرط التعسفي سبق تعريفه ، ثم التمييز بين الشرطين ، فالعقد النموذجي هو عقد معد من قبل أحد المتعاقدين، ويتضمن شروطا لعقد المعروضة على المتعاقد الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار، ويقدم هذا العقد في شكل مطبوع فيه شروط وفراغات يملئها طرفيه حتى يصبح خاصا بهم ، وحاليا نظرا للحاجة الماسة لسرعة المعاملات شاعت العقود النموذجية بشكل كبير، حيث أخذت شروط العقود النموذجية تحل محل القواعد القانونية المكملة.

ويعرف أيضا الشرط النموذجي بأنه" مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزورة أو شركة وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند

الحاجة فيما بعد"،كما عرف الشرط النمطي أو الشرط النموذجي بأنه " عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية.

قد ترد الشروط النموذجية أحادية التحرير في الوثيقة المكونة للعقد سواء كان مكونا من ورقة واحدة أو عدة أوراق وقع عليها المتعاقدان، وقد يوقع المتعاقدان على وثيقة العقد المبرم بينهما، ويشار فيها إلى وثيقة أخرى تتضمن تلك الشروط النموذجية[1].

ويعتبر الشرط النموذجي شبيها بالعقد النموذجي، حيث يمكن أن يعد هذا الشرط سلفا كالعقد النموذجي، وبالتالي هو صيغة تعد مسبقا من قبل طرف له قدرة نافذة على التعاقد فالطرف الآخر يقبل الإيجاب كما ورد الطرف القوي دون أن يفاوض أو يناقش في هذا الشرط النموذجي ، كما أن الشرط النموذجي هو شرط أساسي في العقد لا يمكن تعديله أي يمكن أن يكون هناك صيغ أخرى للعقد النموذجي، إلا أن الشرط النموذجي يبقى ثابتا، كما أن هذا الشرط الذي يعتبر جزء من العقد، يمكن أن يوجه إلى عدد غير محدد من الأشخاص، وليس لشخص محدد بذاته[2].

ب –أوجه الشبه بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي:

الشرط التعسفي يتفق مع الشرط النموذجي، أن كلا الشرطين لا يقبلان التفاوض، لأن المستهلك لا يملك سلطة تعديل أي من الشرطين، فهما لا يقبلان التفاوض.

ج– أوجه الاختلاف بين الشرط النموذجي والشرط التعسفي:

فإن الشرط التعسفي لا تشترط أن يعد مسبقا من قبل منظمة أو هيئة على عكس الشرط النموذجي، وأيضا أن العقد الذي بشمل الشرط النموذجي يمكن أن يكون موجها للعامة، وأن الشرط التعسفي قد لا يوجه إلى العموم.

---

[1]منصور حاتم ، القوة الملزمة للشروط الحادية والتحرير في العقد "، كلية القانون، جامعة بابل، ص 11.

[2]عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،الأردن، 2012 ،ص 131.

كذلك يمكن أن يستنتج أن الشرط النموذجي أخف وطأة على المستهلك، بينما الشرط التعسفي يوضع دائما خلافا لمصلحة المستهلك، وخلافا لمبدأ حسن النية ، أما الشرط النموذجي فليس بالضرورة أن يوضع خلاف فالمبدأ حسن النية.

أضف إلى ذلك أن الشرط التعسفي يعطي لطرف على حساب طرف آخر بغض النظر عن المساواة والتعادل فيما بين الأطراف، و إن كان في الإطار التطبيقي يظهر أن استخدام الشروط النموذجية يكون من الطرف ذي المركز الاقتصادي القوي.

2- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع :

يقتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع تحديد مفهوم هذا الأخير أولا لاستنباط الفروقات بينه وبين الشرط التعسفي.

أ- مفهوم الشرط غير المشروع :

الشرط غير المشروع، هو الشرط التعاقدي المخالف لقواعد القانون الآمرة ، التي تكفل احترام النظام والآداب العامين، لذلك فإن جزءا وجود مثل هذا الشرط هو البطلان الذي يأخذ وجهين:إما أن يكون مطلقا و اما نسبيا ، ويمثل الأول الأثر الأصلي للبطلان ، ذلك انه يبطل العقد برمته بما في ذلك الشرط غير المشروع ، هو بطلان عقد الشركة بوجود

الشرط الذي مفاده اتفاق الشركاء على أن يساهم أحدهم بالخسارة ومثل هذا الشرط عادة ما يدرجه الشريك ذو المركز القوي في الشركة، لذلك فقد درج الفقه على تسميته بشرط الأسد،(clause léonine) وهو ما تناولته المادة 426 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري[1].

وجاء النص على بطلان مثل هذا الشرط تقريرا للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 178 من القانون المدني [1]والتي وإن أجازت الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية عموميا فإنها تبطل كل شرط ينشآ عن غش المدين وخطئه الجسيم.

[1]المادة 426 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري:" إذا وقع الاتفاق على أن احد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في الخسارة حسب ماتقيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه " .

كذلك نص المادة 52 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري، فيما يخص مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشياء.

التي تنص على : "فيما عدا حالة الاشتراط الكتابي المدرج بسند النقل والمطابق للقوانين والانظمة الجاري بها العمل والمبلغ لعلم المرسل ، يجوز للناقل ، عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه أو من مستخدمه :

1- تحديد مسؤوليته بسبب الضياع أو التلف بشرط أن لا يكون التعويض المقرر أقل بكثير من قيمة الشيء نفسه بحيث يصبح في الحقيقة وهميا .

2- إعفاؤه كليا أو جزئيا من مسؤولية التأخير.

3- يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف"[2].

ب- الفرق بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي

يظهر الفرق بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي من عدة نواحي:

أولاً- من الناحية الاصطلاحية :

ميز المشرع الجزائري في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين مصطلح يغير المشروع والتعسفي، فقد عبر عن البنود أو الشروط التعسفية بالممارسات التعاقدية

---

[1] المادة 178 من القانون المدني الجزائري:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطه الجسيم".

[2] المادة 52 ، ف 3 ، من القانون التجاري الجزائري التي تنص على : "فيما عدا حالة الاشتراط الكتابي المدرج بسند النقل والمطابق للقوانين والانظمة الجاري بها العمل والمبلغ لعلم المرسل ، يجوز للناقل ، عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه أو من مستخدمه :- تحديد مسؤوليته بسبب الضياع أو التلف بشرط أن لا يكون التعويض المقرر أقل بكثير من قيمة الشيء نفسه بحيث يصبح في الحقيقة وهميا - إعفاؤه كليا أو جزئيا من مسؤولية التأخير- يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف" .

التعسفية حينما استخدمها كعنوان للفصل الخامس المتعلق بأحكام البنود التعسفية، فيما عرف مفهوم غير الشرعي بصورة غير مباشرة حينها عنون الفصل الأول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية(pratiques commerciales) فلو كان يرمي لمفهوم واحد أما خصص لكل منهما فصلا مستقلا.

ثانياً- من الناحية القانونية:

تحتل الاتفاقيات في المجال العقدي مركزا مهما من الناحية القانوني، فهي تسمو على القواعد المكلمة، مهما كانت أهميتها، فكل العقود مبنية على الاتفاق الذي يترجم في بنود تعاقدية[1] تكون صحيحة ما دامت غير مخالفة لقواعد القانون الأمرة ، فمتى خالفتها فهي بنود غير مشروعة بغض النظر عن المراكز القانونية للأطراف.

أما الشروط فإن مجالها هو عقود الاستهلاك باعتبارها عقود عدم التوازن في المراكز القانونية ولا يمكن أن تمتد للعقود التي تتسم بالتوازن، إذ يكمن مناط التعسف في ذلك الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الاطراف الذي يحدثه وجود مثل هذه البنود كونها تخدم مصالح المهنيين وتتعسف في حق المستهلكين، بالرغم من أنها تبدو في الظاهر بنودا اتفاقية محضى لأن المهني غالبا ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد ووافقت عليه إضافة إلى الإمضاء، وبالتالي فالشرط التعسفي ليس الشرط الذي يخالف النصوص الأمرة كما يجسده مفهوم الشرط غيرالمشروع، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الاتفاقي للعقد[2].

الفرع الثالث : نطاق العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي

الشرط التعسفي والشرط الجزائي شروط تقترن بالعقد ، ويترتب على كل منهما اختلالا في التوازن العقدي وتطبق على هذا الاختلال القواعد القانونية الواردة في القانون المدني ، إلا ان الشرط التعسفي اذا كان مقترن بعقد من عقود الاستهلاك ، فأن احكام هذا الشرط تخضع للقواعد القانونية

[1] نزهة الخلدي ، المرجع السابق ، ص162 .

[2] عمر محمد عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص98 .

التي جاءت بها قوانين حماية المستهلك التي جاءت بأحكام اكثر فائدة للمتعاقد الضعيف وهو المستهلك . لذا اعتبر القانون ان الشرط التعسفي يعد باطلاً وفي بعض القوانين يستبعد الشرط وحده بحكم القانون دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين وقصدهما ، كما هو في القانون الفرنسي واللبناني ، ويحكم بالبطلان من قبل المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة لطلب يقدم اليها من قبل احد اطراف العقد ، بينما في الشرط الجزائي يقتصر دور المحكمة على تعديل قيمة الشرط الجزائي بناءً على طلب يقدم من قبل الدائن أو المدين.

حيث يتناول في هذا الفرع مدى العلاقة بين الشروط التعسفية والجزائية التي تقترن بالعقد بينهما من خلال أوجة التشابه وأوجه الاختلاف.

أولاً : المقومات المشتركة بين الشرطين

يشترك كل من الشرط الجزائي والشرط التعسفي من حيث كونهما شروطاً تقترن بالعقد وهي شروط تقييدية تقيد حكم العقد المقترنة به ، وكذلك مضمون كلاً منهما يؤدي الى اختلال التوازن العقد مما يتطلب اعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية للعقد .

فالشرط الجزائي والتعسفي شرطان يقترنان بالعقد ويقيدان حكمه ، فالشرط المقترن العقد هو التزام في التصرف القولي لا تستلزمه طبيعة التصرف والقيد هنا هو الشرط الذي التزم به المتعاقد علاوة على ما التزم به في الحكم الاصلي للعقد ، فالعقد في حالة التقييد هو منجز ليس معلقاً وجوده على شيء ، لان معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد[1] . وهي شروط مقترنة بالعقد كونها تتعلق بما يتفق عليه المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من التزامات وحقوق[2] . فالشرط بهذا المعنى هو جزء من العقد وبنداً من بنوده ، فأي تغيير عليه يعد تغييراً في جزء من اجزاء العقد ، لذا فقد تم تعريفه بأنه (التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تغييراً او تعديلاً أوإضافة).

[1] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المرجع السابق، ص169.

[2] السيد محمد السيد عمران ، المرجع السابق ، ص 56 .

والمضمون المتقدم لمفهوم الشرط المقترن بالعقد ، سواء كان شرطاً جزائياً ام شرطاً تعسفياً ، أصله التاريخي هو الفقه الاسلامي والفقه الغربي ، فمثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد أن يشترط البائع دفع الثمن نقداً أو يشترط المشتري تسليم المبيع في وقت ابرام العقد ، فتعجيل الثمن وتسليم المبيع في الحال من مقتضى عقد البيع المطلق فاشتراطه يأتي مؤكداً له ، ويكون متفقاً مع آثار العقد . ومثال الشرط الملائم لمقتضى العقد ان يكون البيع بثمن مؤجل أو يشترط البائع على المشتري أن يعطيه كفيلاً أو رهناً لضمان وفاء الثمن ، فهذا الشرط ملائم لمقتضى العقد لأنه وثق استيفاء الثمن ومثال الشرط الذي جرى به العرف والعادة فهو الشرط الذي يستمر اتباعه في العقود بحيث يولد اتباعه شعوراً بعدم مخالفته ، فهو شرط جرى العرف على ادراجه في العقود دون الحاجة الى اعادة النص عليه صراحة لاستقرار العمل به وجريان العرف على ذلك ، مثال ذلك ان يشترط المشتري قيام البائع بإيصال المبيع الى محل المشتري أو بتصليح الآلة او السيارة اذا حصل بها خلل بعد البيع مباشرة وهذه الشروط المتقدمة تعد شروطاً معتبرة وصحيحة وهي شروط تقييدية[1] .

إلا اننا لا نؤيد هذا الرأي ونعتقد بانه هذا النوع من الشروط المتقدمة أعلاه هي ليست شروطاً تقييدية فهي لا تقيد حكم العقد بالإضافة أو التغيير أو التعديل فمضمونها لا يغير من حكم العقد وانما متفق معه ، لذا نعتقد بأن هذه الشروط الصحيحة تعد قسماً من اقسام الشروط المقترنة بالعقد ولا تعد جميعها . لان القسم الثاني من الشروط المقترنة بالعقد هو الشروط التقييدية ، والتي يكون الشرط الجزائي والتعسفي من انواعها فهي تقيد حكم العقد بالتغيير او بالإضافة او التعديل فهي شروطاً تقييدية مقترنة بالعقد ، وهذا النوع من الشروط المقترنة بالعقد هو الذي فيه نفع لاحد العاقدين او للغير ، كاشتراط البائع في عقد البيع الانتفاع بالمبيع مدة معينة كما لو كانت دار معدة للسكن ويشترط البائع ان يسكن فيها لمدة سنة من تاريخ ابرام عقد البيع . وهذا الشرط هو الشرط الذي فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير قد يتضمن تغييراً في حكم العقد باشتراط اثر يختلف عن الاثر الذي يرتبه العقد عادة ، كما لو اقترن شرط الخيار بعقد البيع ، وهو الشرط الذي يعطي لمشترطه الحق في فسخ العقد او امضائه خلال مدة يتفق عليها .

[1] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المرجع السابق ، ص171.

وقد يقيد حكم العقد بالتعديل في اثر العقد أي تعديل مدى الالتزامات التي يفرضها العقد او كيفية تنفيذ هذه الالتزامات او الاضافة على اثر العقد[1] .

وعلى وفق ما تقدم فان الشرط الجزائي بما يتفق عليه المتعاقدان من تعويض عند اخلال المتعاقدين يعد شرطاً مقترناً بالعقد فيه منفعة لأحد المتعاقدين وهو الدائن في أغلب الحالات ويكون شرطاً صحيحاً اذا كان هذا التعويض متناسباً مع الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه او التأخر فيه . اما اذا كان لا يتناسب مع الضرر فبإمكان القاضي التدخل لإعادة التناسب بين قيمة الشرط الجزائي والضرر ، فهذا التقييد في حكم العقد الناتج عن اقترانه بالشرط الجزائي قد لا يستوجب تدخل القاضي في احيان وقد يستوجب في احيان اخرى تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي . من جهة أخرى فأن الشرط التعسفي الذي يتوافر فيه اختلال التوازن الناشئ عن حصول احد المتعاقدين على منفعة مبالغ فيها اكثر مما يحصل عليها لو نفذ العقد بدون اقتران العقد بهذا الشرط ، وسواء كان الاختلال ناشئاً عن تفوق معرفي او مهني او اقتصادي فمضمون الشرط التعسفي يتضمن تغييراً في حكم العقد أي تغيير في آثار العقد لا يتضمنها العقد عادة ، فهنا يقيد حكم العقد ، ويجب على القاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي في عقود الاستهلاك في القانونين الفرنسي والقانون اللبناني. ويتدخل القاضي بناء على طلب المتعاقد الضعيف في عقود الاستهلاك للحكم ببطلان الشرط التعسفي في القانونين العراقي والمصري . وهذا ما سنبينه في المطلب القادم[2] .

فالشرط المقترن بالعقد ، المقيد لحكمه ، جزائيا كان أم تعسفياً يقيد آثار العقد وهذا الشرط هو الذي يكون محلاً للتغيير فيه سواء كان بالانقاص منه أو الزيادة فيه او باستبعاده نهائياً من العقد . ومقومات هذا الشرط هي ان يكون امراً مستقبلاً أي ان الشرط يكون لاحقاً للعقد لا سابقاً ولا معاصراً لوقت ابرامه ولكنه امر مستقبل يعبر مضمونه عن مضمون الارادة ذاتها فالإرادة لها دور في تحديد وقت تحقق الشرط أي ليس أمر محتمل الوقوع.

وكذلك يجب ان يكون مشروعاً لا يخالف النظام العام والآداب او النصوص القانونية الآمرة الا أن أهم مقوم في الشروط المقرنة بالعقد المقيدة لحكمه هو التقييد في حقوق او الالتزامات التي يفرضها

[1] سعود العماري ، المرجع السابق ، ص82 .

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 325.

العقد على احد الطرفين سواء بالتغيير او الاضافة او التعديل . وهذا التقييد في الشرط الجزائي والتعسفي يكون السبب في اختلال التوازن العقدي فكلاً منهما يجعلان عدم التناسب قائما بين حقوق والتزامات طرفي العقد ، واختلال التوازن العقدي في حالة الشرط الجزائي يقتضي تدخل القاضي في التخفيض من قيمة الشرط الجزائي او زيادته حسب الحالات ، أما اختلال التوازن العقدي او انعدامه في حالة البند التعسفي فأنه يقتضي الحكم ببطلان الشرط التعسفي في القوانين الخاصة بحماية المستهلك . وهذا يعني اننا نكون امام اختلال في التوازن العقد سواء كنا في الشرط الجزائي او في الشرط التعسفي[1]. إذ إن الاختلال يكون اكبر في الشرط التعسفي ، لذا فأن المشرع يقضي ببطلانه في القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، وهذا الحكم يجب تطبيقه حتى في الشرط الجزائي المقترن بعقد الاستهلاك اذا كان يعطي لصالح الطرف الاكثر خبرة أو قدرة من المحترفين ضعف ما كان ليحصل عليها عند عدم وجود الشرط الجزائي عند تقدير التعويض من قبل القضاء ، أي عند عدم وفاء المتعاقد الضعيف – أي المستهلك – بالتزامه او التأخر فيه . كما هو الحال لو كان التعويض الاتفاقي يتضمن دفع المستأجر قيمة المعدات الجديدة في عقد الايجار الائتماني في حالة فسخ العقد من جانب المستأجر ، او التعويض الاتفاقي الذي يترتب في ذمة المستأجر بما يساوي خمسة اضعاف أجر المثل في حالة بقاء شغل الدار من قبل المستأجر بعد انتهاء عقد الايجار[2].

ثانياً : أوجة الاختلاف بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي

يعد كل من الشرط التعسفي والشرط الجزائي بنوداً تقترن بالعقد تؤدي الى امكانية تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي إلا أن التدخل القضائي يرتبط بكون الاخلال بالتوازن العقدي هل يعد من النظام العام ام لا . وفيما اذا كان تدخله تلقائياً أم يتوقف على طلب أحد اطراف العقد ، وهل يكون هذا التدخل لإعادة التوازن بين طرفي العقد ، تصحيح للعقد أم تعديلاً له ، حيث يخضع الاخلال بالتوازن العقدي في العقد المقترن بشرط جزائي الى أحكام تختلف عن الاحكام المتعلقة بالشرط التعسفي ، فوفقاً للأحكام المتعلقة بالأخير يكون مجرد اقتران العقد بشرط تعسفي مخالفاً للنظام العام في كل القوانين التي جاءت لحماية المستهلك ، بينما في الشرط الجزائي فإن الأخير هو التزام تابع للالتزام الاصلي فهو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره

[1] حسن عبد الباسط جميعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، القاهرة ،1990 ، ص 223 .

[2] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المرجع السابق ، ص172.

وفقاً للقواعد العامة اذا لم يكن التناسب متحققاً بين قيمة التعويض الاتفاقي والضرر الذي يصيب الدائن [1] . إلا ان السلطة المعطاة للمحكمة في التدخل لتعديل العقد واعادة التوازن العقد في حالة الشرط الجزائي متعلقة بالنظام العام فكل اتفاق يحرم المحكمة من هذه السلطة يعد باطلاً[2] إلا انه لا يعد الشرط الجزائي باطلاً. اما تدخل القاضي في التعديل فليس من تلقاء نفسه بل لابد من تقديم احد اطراف العقد الدائن او المدين طلباً بذلك ، فالمحكمة لا تتحرك من تلقاء نفسها إلا بناء على هذا الطلب [3] . بينما الجزاء المترتب في الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك يتضمن تدخل القاضي من تلقاء نفسه لإعادة التوازن العقدي للعقد وذلك بالنص على بطلان الشرط التعسفي في القانونين و العراقي والمصري ، عكس ماجاء به القانون الجزائري ، حيث يجوز للمستهلك بموجب المادة 110[4]من القانون المدني الجزائري أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود، أو بإعفائه منها كلية، على نحو ما تقضي به العدالة، ما دام أن القانون منح للقاضي أداة قوية يحتمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار والمحترفين.

وفقا للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها، لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وانما لا يتأتى له ذلك إلا بناءا على طلب الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني، أما عن القانونين الفرنسي واللبناني فقد شددا الأمر بالنسبة لحماية المستهلك والتي اعتبرا أن الشرط التعسفي باطل لمخالفته النظام العام وأضافت الى ذلك بأنه يعد غير مكتوب ، وبالتالي فأن بطلان الشرط التعسفي هو بطلان يتعلق بالنظام العام الذي يمكن اثارته من كل صاحب مصلحة ومن ثم يستطيع القاضي اثارته من تلقاء نفسه . وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه ، حيث اعتبر ان الأخذ بالبطلان كجزاء يعد أكثر دقة لأن ترك طلبه بيد المستهلك فقط يجعل من هذا البطلان جزء غير فعّال[5]. بينما لم يصل وجود الشرط الجزائي في العقد الى مرحلة البطلان ، وانما يجعل التوازن العقدي مختلاً مما يقتضي تدخل القاضي في زيادة قيمة

---

[1] قرار محكمة النقض المصرية في 1986/05/06 رقم 2418 / نقلا عن ابراهيم سيد أحمد / الشرط الجرائي في العقود المدنية بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ،المرجع السابق ، ص84.

[2] ابراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص48-49

[3] ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المرجع السابق ، ص211

[4] انظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري

[5] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المرجع السابق ، ص 173 .

الشرط الجزائي اذا كان زهيداً وإنقاص قيمته اذا كان مبالغاً فيه ، لذا فإن التغيير فيه لا يعد تصحيحاً للعقد المقترن به وانما تعديلاً له[1].

إلا انه اذا اقترن عقد الاستهلاك بشرط جزائي فأن القضاء الفرنسي [2] يجعل ذلك الشرط تعسفياً ويحكم ببطلانه ولا يكتفي بتعديله اذ يقضي بإخضاعه لأحكام المادة (132/ف1) التي تجعل منه بنداً غير مكتوب ذلك لان وجود ذلك الشرط الجزائي يؤدي الى خلل مؤثر في التوازن العقدي الذي اشارت اليه قوانين الاستهلاك لان هذا الخلل يقتضي تطبيق القواعد التي تقتضي ببطلان الشرط الجزائي الذي اكتسب وصف التعسف ، وامكانية استبعاده عن طريق تصحيح العقد.

وهذا ما أكده الاتجاه التشريعي الاوربي قم 13 الصادر في 1993/4/15 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين ، حيث اعتبر الشرط الجزائي في العقود الاستهلاكية بنداً تعسفياً اذا كان يلزم المستهلك الذي يتخلف عن تنفيذ التزاماته تعويضاً ذو قيمة مرتفعة جداً ومبالغاً فيها ، فهو ينص على بطلان الشرط الجزائي[3].

وهذا التوجه يتفق مع الاجتهاد القضائي الفرنسي ، حيث يرى ضرورة حماية الفريق الضعيف اقتصادياً في العقد من تعسف الفريق القوي من الشروط الجزائية التعسفية وذلك بوسيلة تطبيق الجزاء المترتب على الشروط التعسفية أي حذفها او اعتبارها غير مكتوبة ، ولم يأخذ بالاعتبار حالات تخفيض او زيادة قيمة الشرط الجزائي ، اذ يعد الشرط الذي يحدد تعويضاً عن الفصل من الخدمة المدرج في عقد العمل بالشرط التعسفي.

وهذا ايضاً يتفق مع القانون الفرنسي الذي وصف الشروط الجزائية بالشروط التعسفية في المرسوم الصادر في 24 آذار 1978 ، الذي نص على ان من الشروط التي تحذف او تخفض الحق في التعويض لغير المحترف او المستهلك عندما يتخلف المحترف عن تنفيذ احد التزاماته ، وكذلك

---

[1] راقية عبد الجبار ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، 2000 ،ص120 .

[2] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المرجع نفسه، ص174

[3] انظر النص الكامل للتوجيه الاوربي على الموقع:.www.ec.europr

الحكم ذاته في المادة (10) من قانون حماية المستهلك في مصر والمادة (132)[1] في الملحق التابع للفقرة الثالثة منها ، والمادة (26) من قانون حماية المستهلك في لبنان[2] اما في العراق فإن ذلك يتبع على وفق القواعد العامة في عقود الاذعان ، في حين أن القوانين العربية نصت على بطلان الشرط .

يتضح مما تقدم بأن يكون إن مصير الشرط التعسفي المقترن بالعقد في القانون المصري والعراقي واللبناني هو البطلان بينما لا يكون مصير الشرط الجزائي هو البطلان وانما نكون امام التغيير في قيمته زيادة أو انقاصاً ، لذا فإن تدخل القاضي لإعادة التوازن في حالة الشرط التعسفي يكون ضمن مفهوم تصحيح العقد ، بينما تدخله في حالة الشرط الجزائي يكون ضمن مفهوم تعديل العقد ، من جانب آخر يكون تدخله وجوبياً في حالة الشرط التعسفي لإنقاذ المتعاقد الضعيف وذلك عن طريق استبعاد الجزء الباطل وهو الشرط التعسفي دون حاجة لاقتران التدخل بطلب يقدم من قبل المتعاقد الضعيف أن يكون بينما في حالة الشرط الجزائي فأن القاضي لا يتدخل في تعديل العقد واعادة التوازن إلا بناء على طلب يقدم من الدائن لزيادة قيمة الشرط الجزائي أو من المدين لطلب انقاصه ، مع ملاحظة ان البطلان المنصوص عليه في حالة الشرط التعسفي متعلق بالنظام العام إلا انه يخضع لطريقين الاول ضمن القواعد العامة في القوانين المدنية التي عالجت تلك الشروط في عقود الاذعان او في عقد التأمين ، اما الطريق الثاني الذي شدد ذلك الجزاء في عقود الاستهلاك في القوانين الخاصة التي جاءت لحماية المستهلك سواء في لبنان أو مصر أو العراق ضمن قواعد البطلان .أما القانون الجزائري فقد اتجه إلى أن مصير الشرط الجزائي والتعديل في العقد وهذا ما أشارت به المادتين 184-185من القانون المدني الجزائري ، وذلك بناءا على طلب أحد الأطراف ، بينما الشرط التعسفي فلم يقر القانون الجزائري على تدخل القاضي من تلقاء نفسه بل أوجب على المذعن تقديم طلب للقاضي من أجل رفع الغبن عليه من خلال تعديل هذا الشرط أو إعفاءه منه طبقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري أو الرجوع إلى قانون رقم 306-06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية .

لذا فإن نطاق تطبيق النصوص القانونية الواردة في القوانين الخاصة تكون في عقد الاستهلاك دون غيره من العقود ويمكن الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني لإكمال ما نقص من احكام ،

[1] انظر المادة 132 من قانون حماية المستهلك في مصر ، رقم 67 ، 2006 .

[2] انظر المادة 26 من قانون حمايةالمستهلك في لبنان ،رقم 209 ، 2005 .

بينما في العقود الاخرى التي يكون المتعاقد غير المستهلك اذا واجه شرطاً تعسفياً في عقد ابرامه ليس امامه سوى القواعد العامة الواردة في القانون المدني سواء في عقد الاذعان أو إذا كنا امام عقد تأمين عندها نرجع الى القواعد الواردة في هذا العقد[1].

المطلب الثاني: عناصر و معايير الشرط التعسفي وطرق تحديده

أدت القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى ظهور عدة معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط ومن أهمها معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، لذلك سنخصص (أولا) لعناصر الشرط التعسفي، وفي (ثانيا) سنتطرق لتحديد الشرط التعسفي.

الفرع الأول: عناصر و معايير الشرط التعسفي

أولاً : من التعريفات السابقة للشروط التعسفية نستخلص أنه لوصف شرط أو بند بأنه تعسفي ينبغي أن تتوافر فيه العناصر الآتية:

أ- أن يوجد عقد استهلاكي :

لم يكتفي المشرع الجزائري بالأخذ بالمعنى الكلاسيكي للعقد الذي يعرفه في المادة 58 قانون مدني جزائري بأنه " كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل أو عدم فعل شيء ما" بل ذهب إلى أبعد من ذلك وتبنى مفهوم حديث للعقد في المادة 03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بأنه " كالاتفاق 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.

ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقدرة سلفا."

[1] أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ،دار النهضة ، القاهرة ، 2011 ، ص4-6.

وقد كرر المشرع الجزائري هذا التعريف في المادة 1 من القانون 06-306 المعدل والمتمم بالقانون 08-44 بقوله" يقصد بالعقد في مفهوم المادة 3 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 تغيير حقيقي فيه".

غير أن المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم التنفيذي السابق رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش عرفت المنتوج " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات[1]."

والملاحظ أن المادة تناولت المنقول المادي دون الخدمة لكن المشرع الجزائري تدارك هذا التقصير في القانون 09-03 ووسع من تعريف المنتوج بأنه" كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"[2].

من خلال التعريف السابق نجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن العقار بصفة عامة غير أن البعض يميل إلى الرأي الذي يعتبرها منتوجا أو سلعة قابلة للاستهلاك ويخضع فيها المتعاقد العادي أو المستهلك للحماية الخاصة التي تقررها القوانين الحمائية.

وذلك للأهمية البالغة التي يحظى بها العقار في يومنا هذا سواء تعلق الأمر ببيعه أو إيجاره ونظرا لأن من يشرف على مثل هذه التصرفات لابد أن يكون محترفا ومختصا وهو ما يجعل المتعاقد العادي أو المستهلك في مركز ضعيف، إضافة إلى أن السلعة قد تكون موضوع العقد المتضمن شرطا تعسفيا والتي عرفها المشرع في المادة 3 من القانون 09-03 كالآتي " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة."

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع أخرج بصريح العبارة الالتزام بتسليم المنتوج من مفهوم الخدمة باعتباره التزاما يقع على عاتق المحترف أو البائع في عقد البيع وهو ما تتفق عليه المادة 364

[1] المرسوم التنفيذي90-39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع 5، المؤرخة في 31 يناير1990.

[2] أنظر لقانون 09-03ا لمتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، ج ر، ع 15 ، المؤرخة في 8 مارس 2009.

قانون مدني جزائري بقوله" يلتزم البائع بتسليم الشيء في عقد البيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع."[1]

فالمشرع اعتبر هذا الاستثناء الوحيد في ذمة البائع التزاما وليس تقديم خدمة فالمشرع الجزائري ضيق من نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية وحصرها في عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة على عكس المشرع الفرنسي الذي ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها مما جعل هذه النصوص تسري على جميع العقود كعقد البيع أو الإيجار أو التأمين وأيا كان محلها عقارا أو منقولا وسواء كانت تنصب على السلع أو الخدمات.

ب- أن يكون العقد مكتوبا :

ويستخلص من هذا الشرط صراحة من قوله " حرر مسبقا"[2] واذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فان المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان ، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة أو أكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة.

والمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم، وغيرها[3].

وكذلك نص المادة 03 فقرة 4 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق... يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل

[1] السيد محمد السيد عمران ، المرجع السابق ، ص73 .

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 86.

[3] محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 86

تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المتابعة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"[1].

إذن، فأهم ما يمكن تسجيله هو تنوع أشكال عقود الإذعان المتضمنة لشروط التعاقد العامة، والتي لا تقف تحت حصر، ويكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معين هو المحترف أو العون الاقتصادي يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواء كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين، غير أنه يمكن أن يكون العقد شفاهة أي لا تشترط الكتابة وهذا ما نستخلصه من نص المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 التي عرفت الشرط التعسفي " شرط تعسفي: كل بند او شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحدأو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[2].

ج- أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكا

أثارت مسالة الحماية من الشروط التعسفية إشكالا يتمثل في وجوب قصر هذه الحماية على بعض الأشخاص أم يجب أن يستفيد منها أي شخص يمكن أن يتضرر من الشرط التعسفي؟

إختلف جوانب التشريعات المعروفة عن هذا الإشكال بين موسع لنطاق الحماية ليشمل جميع الأشخاص، وبين مضيق لا يتعدى المستهلك بمعناه الحرفي.

ويضم الاتجاه الأول عدة تشريعات منها:

-القانون الألماني الذي يذهب بموجب قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد إلى عدم قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين.

أي أن الحماية تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان والذي لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حر يستوي أن يكون مستهلكا أم لا.

[1] المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية

[2] المادة 03 فقرة 05 من نفس القانون .

إن القانون الانجليزي لم يذهب إلى حماية المستهلكين فقط ،كما لم يقتصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان، فنص على جواز استبعاد القاضي للشروط غير الشريفة في أي عقد كان حتى لو كان هناك نصوص خاصة بالعقود التي يبرمها المستهلكون.

وفي مقابل التشريعات الموسعة في نطاق حماية الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، هناك تشريعات ضيقت من نطاق هذا المفهوم، على رأسها القانون الفرنسي الذي افرد للمستهلكين حماية خاصة ضد الشروط لتعسفية بموجب القانون 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والذي ألحقه– فيما بعد– كجزء لا يتجزأ من قانون الاستهلاك.

ومن جهته لم يتوان المشرع الأ وروبي في سن تعليمة خاصة في 5 أفريل 1993 تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[1]،مما جعل هذه الحماية تنصرف للمستهلكين فقط ، فضلا عن وضع التعليمة لتعريف المستهلك في المادة 2 واستثناءا المحترفين صراحة من الحماية ، علما أن نصوص هذه التعليمة قد تم إدخالها في القانون الفرنسي بموجب قانون 1 فيفري 1995 والذي عدل مواد قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية، وبوجه خاص المادة 4–132 وبالنتيجة فان نصوص قانون 1995 قد عوضت نصوص قانون 1978 الذي تم إلغاؤه.

أما موقف المشرع الجزائري فجاء موافقا للاتجاه الأول عند إصداره للقانون رقم 04–02 المحدد للقواعد المطبقةعلى الممارسات التجارية والذي رأى أن يضع فيه نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية، وتجلى هذا الموقف بوضوح من خلال نصه في المادة الاولى من القانون السابق على أنه يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين ، وكذا حماية المستهلك وإعلامه.

وهكذا أصبح لازما للإفادة من قواعد الحماية أن يوفرها القانون رقم 04–02 قيام عقد إذعان بين محترف ومحترف، أو بين محترف ومستهلك[2].

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق، ص 88

[2] محمد بودالي، المرجع نفسه ص 87، 88

د- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان على الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ، نصت المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي:"شرط تعسفي أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[1].

ثانياً : معايير الشرط التعسفي

يعتمد القاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي على مجموعة من المعايير ،هذه الأخيرة يستنبطها من النصوص الموضوعية التي يعتمد عليها عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة أمامه، والتي يرمي من خلالها المستهلك إلى إعادة التوازن العقدي الذي يدعي بأنه قد أصبح مختلا إزاءه في مواجهة المحترف بفعل شروط، يصفها بأنها تعسفية وتضر بمصالحه العقدية ، وتتمثل هذه المعايير في :

1- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

تولى المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02 لسنة 2004 المتعلق بالممارسات التجارية بموجب المادة الثالثة في فقرتها الخامسة بقوله:" شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وانطلاقا من التعريف السابق الذي جاء به المشرع الجزائري نحاول بيان معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لفرض الشرط التعسفي معتمدين في ذلك على ما أورده المشرع الفرنسي بهذا الشأن في قانون الاستهلاك لسنة 1995 ، والتوجيه الأوروبي لسنة 1993[2].

و السبب في ذلك أن المشرع الجزائري أتى موافقا إلى حد كبير للتعريف الذي أ ورده المشرع الفرنسي في المادة 132-1.أما ما اختلف فيه المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي فقد اتفق فيه مع

[1] المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02ا لمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،المرجع السابق .

[2] أحمد رباحي:" اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة .اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5،ص 23.

التوجيه الأوربي، ووجه الاختلافين المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي يكمن في المجال الشخصي لتطبيق كلا القانونين، فبينما يحدد المشرع الفرنسي أشخاص الحماية بغير المحترفين والمستهلكين بقوله" في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط..."، يتجه المشرع الجزائري إلى حصر هذه الحماية على المستهلك فقط ، بدليل الهدف الذي أعلن عنه في المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية بقوله" يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه"، ثم لما تولى هذا القانون تعريف بعض المصطلحات، اتجه في تعريف المستهلك للأخذ بالمفهوم الضيق له ، ولم يورد إطلاقا على عكس المشرع الفرنسي طائفة غير المحترفين في هذا القانون ، بنص المادة الثالثة في فقرتها الثانية التي جاء فيها" مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفي من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"[1]، ووجه آخر يفترق فيه المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي ، هو أن المشرع الجزائري اعتبر أن الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين وتكون محررة مسبقا ويذعن لها المستهلك ،أي أن مجال الحماية يتحدد بدائرة عقود الإذعان فقط.

وهذا هو أيضا موقف التوجه الأوروبي في المادة 1-3 التي نصت على " الشرط في العقد الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفا عندما يخالف مقتضيات حسن النية ، ويحدث أضرار بالمستهلك وعدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد." وفي هذا كله يختلف موقف المشرع الفرنسي، إذ أنه لم يحصر دائرة الشروط التعسفية بطائفة من العقود بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو عقود مساومة.

والمشرع الفرنسي آتى بهذا المعيار الجديد، من أجل أن يكون موافقا لما جاء به التوجيه الأوروبي في المادة 1-3 السابقة ، ومتخليا به في ذات الموقف عن معايير الشرط التعسفي المعتمدة في المادة 35 من قانون 1978، والمادة 132-1 من قانون الاستهلاك لسنة 1993.

[1] أحمد رباحي ، المرجع نفسه، ص 35 .

2 – معيار الميزة المفرطة :

الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد ، هو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا ويعرفها الفقيه "GIAME" على أنها "المقابل المغالى فيه، وذلك بواسطة شرط أو عدة شروط عديدة تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري. فلكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا فانه يجب أن يكون معروضا بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني، من جهة على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل.

يجد معيار الميزة المفرطة أساسه القانوني من خلال ما جاء في نص المادة 35 من قانون 23/78 الفرنسي والتي تنص "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، يمكن أن تكون بالمادة 36 تميز عند الاقتضاء وفقا لطبيعة الأموال والخدمات المعنية، الشروط المتعلقة بالطابع المحدد أو الذي كان يحدد الثمن، كذلك طريقة الدفع تسليم الشيء وحقيقته، تحمل المخاطر، زيادة المسؤولية والضمانات، شروط التنفيذ ، شروط الفسخ عندما تبدو أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر مما يحقق لهذا الأخير ميزة مفرطة[1].

غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية من طرف الفقه هذا الأمر معيار غامض لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة الميزة أهي ذات طابع مالي فقط أو اكثر من ذلك؟ فضلا عن ذلك هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير الميزة هل ينظر بموجبه للشرط منفردا أم أنه يجب النظر للعقد برمته؟

فعن الإشكال الأول هو معيار الميزة المفرطة غير محدودة الكمية ، ذلك لأن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا في الإبطال بعض العقود، إذا بلغ

[1] أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 222 .

حدا معينا وهو الخمس، فهذا المعيار غير محدد برقم معين وهو ما يجبرنا للقول بان الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقا[1].

أما الإشكال الثاني الذي طرحه معيار الميزة الفاحشة فهو الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة وهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني منعزلا عن غيره من الشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك ، أم انه يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها؟.

ذهب المشرع الجزائري في ذلك للقول بان الشرط التعسفي لا ينظر إليه وهو منفرد، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد وهو ما نص عليه في المادة 3 في فقرة 5 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بقوله" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال القاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد"[2].

3 – معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد :

ذكرنا سابقا أن المشرع الفرنسي استعاض عن المعيارين السابقين بمعيار" الإخلال الظاهر بالتوازن" والذي استمده من خلال التعليمة الأوروبية لسنة 1993.

ويرى البعض أن شيئا لم يغير من حيث الموضوع، بمعنى أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية وتسمح قراءة المادة 03 فقرة 05 من قانون 04-03 بالقول بان تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة وإنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها[3].

ومع ذلك ليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ أو كيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط وأنه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل إعتبار الشرط تعسفيا والتأكد من عدم وجود التوازن العقدي.

---

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 129 .

[2] القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. المرجع السابق .

[3] محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص 96

ولما لم يكن هناك فرق بين معيار الميزة المفرطة ومعيار عدم التوازن الظاهر فان الفقه كان يذهب إلى أن قاضي الموضوع ينفرد بتقدير الميزة المفرطة في كل حالة على حده ، بإعتبارها مسالة واقع مسالة قانون، لا يخضع فيه الرقابة المحكمة العليا.

إن معيار عدم التوازن الظاهر إذا كان ترديدا لمعيار الميزة المفرطة فانه تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد ، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة[1].

غير أن معيار عدم التوازن الظاهر يختلف عن الغبن من عدة وجوه منها:

عدم تحديد عدم التكافؤ برقم معين، ومن حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن، وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، وأخيرا من حيث عدم اقتصاره– مثل الغبن– على المزايا غير المالية.

وللتأكيد على هذا الاختلاف بين فكرة عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن، حرص المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة 7 إلى المادة 131–1 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد على أن من هذا النظام هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة.

يضاف إلى ذلك أن الأصل أن أسعار المنتجات والخدمات يتحدد عن طريق المنافسة الحرة، وفقا لآليات السوق مع مراعاة مصلحة المستهلك، كما أن المحل الرئيسي للعقد تراعى فيه إرادة الطرفين، مما يجنب المساس بالتوازن العقدي المنشود[2].

والملاحظ أن المشرع الجزائري– للأسف– لم يتجنب الانتقادات الموجهة للمشرع الفرنسي من قبل الفقهاء ، وجاء هو الآخر بمعيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد، دون أن يأتي بما يفيد في تحديده ، سوى بيانه أن تقدير الشرط إن كان يحدث اختلالا في التوازن العقدي يمكن أن يقدر بمفرده أو مشتركا مع شرط أو شروط أخرى ، وهو نفس ما جاء به أيضا

[1] المرجع نفسه ، ص 96

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 374 .

المشرع الفرنسي ، لكن مع عدم أخذ المشرع الجزائري ببعض ما ذكره المشرع الفرنسي ، من أمور يمكن أن يقدر بها الطابع التعسفي للشرط كالاستناد على وقت إبرام العقد، والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وفي هذا تنص الفقرة الخامسة من المادة 131-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء فيها " يقدر الطابع التعسفي للشرط كالاستناد على وقت إبرام العقد ، والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وفي هذا تنص الفقرة الخامسة من المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء فيها "يقدر الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى وقت إبرام العقد ، والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه ، وكذا يكون تكوين أو تنفيذ هذين العقدين متوقفا قانونيا احدهما بالآخر".

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حينما لم يتحدث عن ضرورة الاستثناء إلى وقت إبرام العقد والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه لتقدير الطابع التعسفي للشرط لان هذه المسائل من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود حيث توليه عملية تفسر بها دون حاجة إلى نص[1]وهذا التحليليين أن المشرع الجزائري، من خلال تعريفه الشرط التعسفي لم يأخذ صراحة بمعيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي ، وان كان يفهم ذلك من خلال تحديده لدائرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان التي تعني وجود تفوق ما ، وبالمقابل فقد اعتمد معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والتزامات أطراف العقد، وهذه خطوة تكشف عن نيته في مكافحة الشروط التعسفية ، ومحاولة اعتماده لأحدث

الأحكام والآراء بهذا الصدد ، ولا ندعي أن المشرع قد وصل إلى أوج الحماية ، ولكنها مرحلة أولية لبناء نظام متكامل يضع العدالة أساسه.

وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرطا تعسفيا متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 131-1 قانون الاستهلاك[2] ، والذي نقله هذا الأخير عن التعليمة الأوروبية لسنة 1993.[1]

[1] أحمد رباحي، المرجع سابق، ص 361

[2] المادة 131-1من التشريع الفرنسي لقانون الاستهلاك 96/95 لسة 1995 حيث عرفت الشرط التعسفي بقولها " في العقودالمبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية، الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازنظاهر في حقوق والتزامات أط ا رف العقد سواء تعلقت هته الشروط بمحل العقد أو بآثاره."

الفرع الثاني : طرق تحديد الشرط التعسفي

رغم الجهود المبذولة لحصر الشروط التعسفية ، إلا أنه لحد الآن هذه الشروط محددة على سبيل المثال ويبقى الاجتهاد حول تحديدها مستمر، فكل مرة يتم منع بعض الأنواع سواء بموجب القانون أو المراسيم أو من طرف لجنة البنود التعسفية، فهناك من حددها على أساس أنها تحقق نفع للمهني(أ)، و جانب آخر حددها على أساس الحاقها الضرر بالمستهلك(ب)،هذا بطبيعة الحال على المستوى الفقهي، أما بالنسبة للتشريع اختلف الأمر(ج).

أ- شروط تعسفية من شأنها تحقيق نفع للمهني

يأخذ تحقيق هذا النفع صورتين تضم الأولى الشروط التي تعمل على تخفيف التزامات المهني ، وتضم الثانية من الشروط ما تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له.

أمثلة عن الشروط التي تعمل على تخفيف التزامات المهني:

- إمكانية قيام المهني بتسليم محل غير مطابق للمواصفات المدرجة بالعقد.
- الشروط المحددة أو المعفية للمسؤولية.
- الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح فيها بذلك.
- السماح له بإنهاء العقد دون إخطار المستهلك على الرغم من أن العقد غير محدد المدة.
- الشرط الذي يعفي المهني من الضمان عند التخلف عن تنفيذ التزاماته[2].

---

[1] أما عن تعريف الشرط التعسفي من خلال التعليمة الأروبية التي كان المشرع الفرنسي بدوره متأثرا ر بها هو التعريف الذي جاء في 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية بقولها:" كل شرط في العقد لم يكن محل مساومة فردية رغم ضرورة توفرحسنالنية،يعتبر تعسفا حينما، حينمايخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق و إلتزامات الأطراف في العقد ".

[2] عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق ، ص 407.

أمثلة للشروط التي تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة المهني

– احتفاظ المهني لنفسه بحق تحديد محل العقد، أو تعديل بعض خصائصه بالإرادة المنفردة ودون أن يصحب ذلك أي تعديل في الثمن.

– تحديد المهني تاريخ التسليم على سبيل الاسترشاد، وليس بصورة إلزامية أو ترك تحديد ذلك لمحض إرادته.

– تحديد الثمن طبقا للتعريفة السارية وقت التسليم.

– اشتراط المهني قيام المستهلك بالوفاء بالثمن خلال تواريخ محددة، وإلا يكون العقد مفسوخا، مع ضرورة ما حصل المهني عليه من مبالغ بمثابة تعويض له عن استعمال المبيع من قبل المستهلك.

– قد يشترط المهني السماح له بتعديل العقد ، أو إنهائه بالإرادة المنفردة، دون التزامه بتقديم مبررات لذلك التعديل أو لهذا الإنهاء.

الشروط المتعلقة بماهية محل العقد ، عادة ما يحتفظ المهني لنفسه بحق تحديد ذلك المحل بإرادته المنفردة مع إمكانية تسليم شيء غير مطابق للمواصفات أو الاستخدامات المتفق عليها، من ذلك مثلا الشرط الذي يرد فيعقد بيع أثاث منزلي وينص على أن الأشكال والأحجام المتعلقة بالأثاث والمطبوعة في الكتالوجات ليست

– ملزمة، وللبائع أن يدخل تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتبا لأية أو منشأ لأي التزام[1].

ب– شروط تعسفية من شأنها الحاق الضرر بالمستهلك

ويتحقق هذا الضرر أيضا من خلال صورتين من الشروط تعمل أحداهما على تثقيل التزامات المستهلك ، وتؤدي الأخرى إلى حرمانه من بعض الحقوق الممنوحة له.

[1] خالد محمد السباتين:" تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك"، سلسلة مشروع تطوير القوانين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق .المواطن، 2002 ، ص 98.

أمثلة للشروط التي يؤدي إلى تثقيل التزامات المستهلك

– اشتراط المهني قيام المستهلك بالتعاقد خلال مدة معينة.

– اشتراط المهني قيام المستهلك بالتوقيع على أنه على علم ومعرفة حقيقية بكافة بنود العقد وشروطه، وحالةالبضائع ، أو طبيعة الخدمات، بالرغم من جهله في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل.

– إلزام المستهلك الذي لم ينفذ التزامه بدفع تعوض مبالغ فيه وغير مقبول.

– الشروط المتعلقة بعبء المخاطر، وماله اشتراط الناقل على الشاحن (المستهلك) أن يتحمل وحده تبعة المخاطر من لحظة الشحن حتى ميناء الوصول[1].

– الشروط المتعلقة بتحمل المخاطر الناجمة عن نقل المبيع، حيث يحرص المهنيون عادة على أن تتضمن عقودهم شرطا يجعل تبعة أخطار النقل على عاتق المستهلك.

أمثلة للشروط التي تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له:

– الشروط المتعلقة بالخاصية المحددة للثمن ، قد يضع المهني شرطا في العقد يحتفظ لنفسه برفع بحق تحديد الثمن بإرادته المنفردة ، أو ترك هذا التحديد لمنتج السلعة أو يسمح لنفسه برفع الثمن خلال الفترة الواقعة ما بين إبرام العقد وتسليم السلعة، من ذلك الشرط الذي يرد في عقود بيع السلع الكهربائية المنزلية وعقود بيع السيارات ويقضي بأنه إذا لم وجد اتفاق مخالف فإن أسعار البيع يتم تحديدها يوم التسليم ، والأسعار قابلة للتعديل وفقا لمتغيرات السوق والمؤشرات الرسمية مضافا إليها كل الضرائب والرسوم حتى ما يتقرر منها لاحقا .

– الشرط الذي يقضي بتأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك.

– تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ المحترف.

[1] عمر محمد عبد الباقي، المرجع سابق، ص 410 .

– الشروط المتعلقة بموعد تسليم المبيع ، إذا رجعنا إلى ما جرى عليه العمل في إبرام عقود البيع نجد أن الشروط التعاقدية التي تتكرر في مجال بيع السلع النمطية تتجه إلى وضع تواريخ تقريبية من شأنها استعباد المسؤولية عن التأخير في تسليم المبيع ، ومن ذلك مثلا الشرط الذي يرد في عقود بيع السيارات وينص على أنه" بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة و انما هي مهلة إرشادية"[1].

– الشروط المتعلقة بظروف فسخ في أغلب الأحوال يسعه المهني إلى تضمين العقد ما يفرضه سلطة واسعة في فسخ العقد بإرادته المنفردة ، بينما يقلص في ذات الوقت من سلطات المستهلك في استخدام هذا الحق.

– الشروط المتعلقة بإجراءات الفصل في النزاع وطرق حله ، قد يشترط المهني تنازل المستهلك عن حقه في الرجوع إلى المحاكم العادية.

ج– تحديد الشروط التعسفية بالنسبة للتشريع

إن معظم التشريعات تحدد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر وهي الشروط التي لا ترتب عليها عدم التوازن العقدي ، فالمشرع الجزائري حدد مجموعة من الشروط التعسفية من خلال المادة 29 من القانون 04–02[2]، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306[3] هذه الشروط التي سبق ذكرها .

وكذلك المشرع الفرنسي[4]، هذا على عكس المشرع الألماني الذي حدد هذه الشروط ضمن قائمتين على أساس مدى قابلتهما للتقييم وللسلطة التقديرية للقاضي وهما:

[1] خالد محمد السباتين، المرجع سابق103 .

[2] القانون 04–02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

[3] المرسوم التنفيذي 06–306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، و البنود التي تعتبر تعسفية.

[4] حدد المشرع الفرنسي البنود التعسفية من خلال قانون الاستهلاك 95–964 لسنة 1995.

1- القائمة السوداء:

وهي الشروط التي تبطل بقوة القانون دون الاعتراف بأي سلطة تقديرية للقاضي وهذه الشروط الثمانية محددة في المادة 10[1] بقوله:

- إطالة أجال التسليم أو التنفيذ التزام المحترف.
- أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.
- حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبررا أو تعديله آخذا في الاعتبار مصالحة دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك.
- الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه.
- في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار وجود مصلحة مشروعة.

2 - القائمة الرمادية:

فنصت عليها المادة 11 من نفس القانون وتتعلق بحق المعترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لمتسلم أو يوفي ثمنها خلال مدة 4 أشهر.

- استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس.
- حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه ، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي.
- الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي.

[1] القانون الألماني المتعلق بالقواعد العامة للعقد، الصادر في 1976/12/09.

- الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه أو تحديد من المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأطير.

ولعل أهم هذه الشروط التعسفية، هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان، حيث نصت المادة 11 من القانون السابق على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيعة الجديدة بموجب الشروط العامة، حيث يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا للحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيعة موردة من قبل الغير.

ويجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمن البائع بصفة احتياطية[1].

وهكذا يبدو أن هدف المشرع الألماني من هذا التنظيم التشريعي والقضائي ، للشروط التعسفية الباطلة، هو إعادة التوازن العقدي بين اطراف العقد، والذي قد يخل به المحترف عند إيراده للشروط العامة[2].

وفي ظل هذه البنود التي يمكن تسميتها بالبنود السوداء فإن الحق في القوة والعزم والصلابة يعتبر مصدر صعوبة وعموما فإن هذه البنود تضر بحماية المستهلك ، وهذا راجع لوجود نظامين قضائيين مختلفين ، الأول محاط بالقانون أما الثاني مثبت بالنظام هذه التركيبة الخاصة بالنظام لا تسمح بالتدقيق في الحسابات فيما يخص جودة القوانين على النظام ، وذلك بالرفض بشكل قانوني أو نظامي، إذن فالبنود مصورة في ملحق ذو قيمة تشريعية للمعاملة .

ولكن هناك أيضا تداول لقيمة حصرية منظمة إذ أن هذه البنود المخالفة أصبحت من الآن فصاعدا محددة بمراسيم حكومية تخدم مصالحها ، وفي وجود نوعان من البنود التعسفية والمتمثلة في البنود السوداء والرمادية ، فهناك بطبيعة الحال اختلاف بين هذان النوعان، إلا أن طبيعة الاختلاف لا تكمن في وجهة الناظر المتعلقة بمصدرها وإنما تكمن في خاصية نظامهما المقنع.

[1] محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2006 ، ص 236.

[2] محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 92 .

فيما يخص البنود الرمادية واختلافها مع النظام السابق فإن المستهلك غير قادر على إقناع القاضي بالخاصية المخالفة لهذه البنود ، وإنما يدفع للمختصين للحصول على ما هو ذو خصائص غير مخالفة ، وبالتالي يضمن لنفسه الحماية.

المبحث الثاني : نطاق العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط الجزائية التعسفية

نصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية على أنه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[1].

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قام بتحديد مفهوم العقود المعنية بتطبيق أحكام البنود التعسفية، بالقول بأنها كل اتفاق يتعلق موضوعه ببيع سلعة أو تأدية خدمة، ذلك الاتفاق يفرغ مسبقا في محرر مكتوب من طرف المحترف الذي ينفرد بوضع شروط وبنود العقد ، بشكل لا يكون معه للمستهلك سوى الإذعان لتلك الشروط دون إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد.

ومنه وبمجرد إجراء قراءة أولية للنص القانوني السالف الذكر، نستنتج أن عقد الاستهلاك الذي يخضع لقانون حماية المستهلك في ما يتعلق بأحكام البنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي ، ما هو إلا عقد إذعان محرر بشكل مسبق من طرف المحترف ، مع انفراد هذا الأخير بوضع شروط وبنود العقد دون منح أي فرصة للمستهلك للتفاوض بشأنها، بحيث لا يكون له سوى إمكانية الانضمام للعقد والإذعان للشروط المحددة مسبقا من طرف المحترف، وإما الاحجام عن التعاقد.

[1] وهو النص الحرفي للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد على بالممارسات التجارية.

وبالتالي وحسب نص المادة السالفة الذكر، يتضح جليا أن طبيعة العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي هي عقود الإذعان التي تفرغ في شكل مكتوب ، ومنه فالمشرع الجزائري وبموجب الأحكام الخاصة لحماية المستهلك ، يكون بذلك قد حصر مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

وعلى خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري فإن الأمر مختلف حسب ما هو موجود ضمن التشريع الفرنسي في مجال طبيعة العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية، بحيث أن تقنين الاستهلاك الفرنسي ومن خلال مادته L132-1/4 المعدلة بالقانون رقم 2008-776 الصادر بتاريخ الرابع من شهر أوت سنة 2008، والتي حلت محلها المادة L 212-1/6، بعدما تم إعادة صياغة تقنين الاستهلاك الفرنسي بموجب الأمر رقم 2016-301 ، لم يحصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي تتخذ طابع الإذعان، بل وسع من نطاق الحماية إلى أي عقد استهلاك سواء أكان يكتسي طابع الإذعان ، أو أبرم بعد التفاوض حول شروطه بكل حرية بين المستهلك والمحترف، بحيث نصت L 212-1/6 السالفة الذكر في معرض بيان مجال تطبيق أحكام البنود التعسفية على أنه : "... هذه الأحكام تطبق مهما كان شكل أو حامل العقد ويكون كذلك بالأخص وصل طلبية ، فاتورة ، وصل الضمان، جدول، وصل التسليم تذكرة ، وصل ، تضمن نصوص وبنود تم التفاوض حولها بشكل حر أم لا أو مرجعيات لشروط عامة معدة مسبقا"[1].

وعليه وحسب ما هو موجود ضمن التشريع الفرنسي، فإن مجال الحماية من الشروط التعسفية غير محصور في عقود الإذعان فقط، طالما أن المشرع الفرنسي نص صراحة ضمن المادة L 212-1/6 على أن الأحكام الحمائية التي يتضمنها تقنين الاستهلاك ، الموجهة لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي ، تطبق على أي عقد مهما كان شكله أو حامله تضمن بنودا سواء أخضعت تلك البنود للتفاوض الحر من طرف المستهلك أم انفرد المحترف بوضعها في العقد دون منح المستهلك إمكانية التفاوض حولها.

وبالتالي نستنتج أن طبيعة العقد المعني بتطبيق أحكام الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي هو عقد الاستهلاك ، سواء كان عقد إذعان أم عقد مساومة ، الأمر الذي يستجيب لمتطلبات قانون

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 250 .

حماية المستهلك في جوهره لكونه جاء لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي الذي قد يصدر من المحترف ، من خلال إعادة التوازن للعقد الذي أصبح مختل بفعل شروط تتسم بالطابع التعسفي ، تلك الشروط يرجع مصدر وجودها في العقد أساسا إلى التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف في حد ذاته، بصرف النظر عن انفراده بوضعا أو منح المستهلك كامل المجال والحرية لمناقشتها والتفاوض بشأنها ، ذلك أن المستهلك ونظرا لعدم إلمامه الكافي بمجال وخبايا التعاقد وبالنظر لحالة الضعف التي يوجد فيها مقارنة بموقع المحترف سوف يؤدي به لا محال إلى الموافقة على شروط قد تتضمن تعسفا ، رغم أنها خضعت للمفاوضة والمساومة من طرفه قبل إقدامه على إبرام العقد .

ولهذا فإنه تم حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وهو ماسنعرضه في (المطلب الأول) ، وتوسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة في(المطلب الثاني) .

المطلب الأول : حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان

كما سبق وأن أشرنا في مقدمة هذا المطلب أن المشرع الجزائري قد حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، وبالتالي كان لازما على القاضي البحث في طبيعة العقد الاستهلاكي محل النزاع ، ما إن كان يتسم بطابع الإذعان أم أنه عبارة عن عقد مساومة ، ولا يتسنى له ذلك إلا بعد معرفة مفهوم عقد الإذعان إنطلاقا من النصوص القانونية التي تناولته ، مع الإحاطة بمفهومه الفقهي الذي لا غنى للقاضي في الاستئناس به للوصول إلى تحديد دقيق لمفهوم عقد الإذعان.

إن صاحب تسمية عقد الإذعان هو الأستاذ عبد الرازق السنهوري، حيث أطلق عليه تلك التسمية بما يدل عليه الإذعان من معنى الاضطرار في القبول ، في حين أطلق عليه الفقه الفرنسي تسمية عقد الانضمام لأن من يقبل العقد دون مناقشة إنما ينضم إليه ، وبالتالي فهو أوسع دلالة من

الإذعان فيشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة شروط ومحتوى العقد[1].

لقد اختلف الفقه في إعطاء مفهوم موحد ودقيق لعقد الإذعان ، فمنهم من يتبنى المفهوم التقليدي لعقدالإذعان ومنهم من يتبنى المفهوم الحديث[2]، في حين حاول المشرع تدقيق مفهوم عقد الإذعان من خلال وضع تعريف تشريعي له [3] وذلك بنصوص قانونية تناولت أحكام هذا العقد[4].

الفرع الأول : قصور الفقه في إعطاء مفهوم دقيق لعقد الإذعان

عرف الفقه التقليدي عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يسلم فيه أحد المتعاقدين بشروط مقررة يضعها المتعاقد الآخر بشكل لا يسمح له هذا الأخير بمناقشتها ، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها.

وفي نفس السياق عرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يعد فيه الموجب الذي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي، شروط يحددها مسبقا في ذلك العقد، وبشكل مكتوب وغير قابلة للتعديل أو المناقشة من طرف الآخر يوجهها الموجب للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليها، بحيث يتولى الموجب وفقا لذلك العقد بعرض سلعة أو خدمة معينة للتعاقد عليها.

من خلال التعريفات السالفة للذكر، يتبين لنا أن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان محصور في إطار محدد ، فهو لا يكون على ما يظهر إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر احتكا ار فعليا أو قانونيا شيئا يعد ضروريا ولا غنى عنه بالنسبة للمتعاقد الآخر، ويصدر الإيجاب عادة إلى كافة الناس دون قصد متعاقد معين وبشكل مستمر ويكون واحدا بالنسبة للجميع ويغلب أن يكون مطبوعا، والشروط التي يمليها الموجب في هذا الإطار شروطا غير قابلة للمناقشة وأكثرها لمصلحته.

---

[1] نزهة الخلدي، المرجع السابق ، ص 95 .

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق، ص 513.

إن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان يمنحه خصائص أساسية تميزه عن غيره من العقود، فهو يتميز بأن أحد طرفيه يكون في مركز قوة إ ازء المتعاقد الآخر، بحيث يكون محتك ار للسلعة أو الخدمة احتكا ار قانونيا أو فعليا أي أن مركز القوة يستمده من الاحتكار، ويتميز أيضا بأنه عقد يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأساسية لكافة الناس بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنها في حياتهم، كما يتميز عقد الإذعان وفقا لمفهومه التقليدي بأن العرض الذي يتولاه الطرف المحتكر للسلعة أو الخدمة يكون عاما وموجها إلى الكافة على شكل دائم ومستمر، ودون منح الطرف الذي يقبل على التعاقد إمكانية مناقشة شروط ومحتويات العقد.

غير أنه وبعد التطور الحاصل في جميع مناحي الحياة بصفة عامة ، سيما أمام الكم الواسع للسلع والخدمات المعروضة ، وانتشار المشاريع التجارية بما أدى إلى خلق المنافسة وانعدام الاحتكار، بشكل أصبح معه حتى للتجار الصغار أساليب إصدار فواتير ووصولات وأوارق تسليم تتضمن شروطا غير قابلة للمناقشة قد تتضمن تعسفا تعاقديا وتعتبر في بعض الأحيان أكثر إجحافا للمتعاقد الآخر بما يهدد توازن العقد ، ناهيك عن عدم إمكانية تحديد السلع والخدمات التي تعتبر من الضروريات بالنسبة للجميع للتنوع الهائل للسلع والخدمات المعروضة، الأمر الذي تغير معه مؤشر الحاجات الضرورية بما يجعل من العسير إصباغ صفة الضرورة على بعض السلع والخدمات التي يتهافت عليها المستهلكون ويحرصون على الحصول عليها وبالتالي اعتبار العقود المبرمة بشأنها عقود إذعان[2]، إذ وانطلاقا من هذه الاعتبا ارت ظهر المفهوم الحديث لعقد الإذعان.

حيث عرف الفقه الحديث مفهوم عقد الإذعان بأنه عقد يحدد محتواه من الشروط التي تتضمن الحقوق والالت ازمات كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية[3]، كما عرف أيضا بأنه الخضوع إلى عقد نموذجي محرر بصفة انف اردية من قبل أحد الأطراف أو من جانب هيئة تدافع فقط عن مصالحها ، بالشكل الذي يذعن له الطرف الآخر دون أن تكون له إمكانية حقيقية لتعديله[1].

وكما هو واضح فإن الفرق بين المفهومين التقليدي والحديث لعقد الإذعان، يكمن في تبني المفهوم التقليدي الى جانب شرط عدم امكانية المساومة شرطي الاحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة لاعتبار التصرف هو عقد إذعان، في حين لا يتطلب المفهوم الحديث لعقد الإذعان شرطي الاحتكار

[1]Jacques Ghestin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 1ère édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1980 p 366.

وضرورية السلعة أو الخدمة ، إذ يقتصر فقط على شرط واحد وهو انف ارد أحد الطرفين بوضع بنود العقد وفرضها على المتعاملين معه[1].

وبصرف النظر عن المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث لعقد الإذعان ، فإنه وللبحث في تعريفه لا بد لنا من الانطلاق من نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى في غياب المفاوضات الفردية السابقة للتعاقد ،أما الثانية فتتمثل في التحديد المسبق لمحتوى العقد ، لأن التحديد المسبق لشروط العقد وبشكل لا يفسح المجال لقبول المناقشة فيه من المتعاقد الآخر ، تمنحه فرصة أكبر لتغليب مصلحته على مصالح الطرف الثاني ، ومنه إد ارج شروط قد تتسم بالطابع التعسفي، ولهذا يعد عقد الإذعان الأرض الخصبة لزرع الشروط التعسفية.

ويتم تحرير عقود الإذعان مسبقا بواسطة أحد الأط ارف، وليس من المؤكد أن الطرف الثاني يعلم بمحتوى تعهداته، لعدم ق ارءته للعقد بشكل متأني وعلى نحو واع بفحوى الشروط التي يتضمنها، وهذه الفكرة تنطبق على كل الطرق الخاصة لوضع الشروط مثل التذاكر، الملاحق، البطاقات، المستندات، والأجزاء الملحقة ، والمستندات بعد التعاقد ... إلخ[2].

الفرع الثاني : تدقيق مفهوم عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي له

لم يورد المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني أي تعريف لعقد الإذعان، واكتفى كباقي التشريعات العربية بالنص على كيفية حصول القبول فيه، وذلك في المادة 70 من القانون المدني التي نصت على أنه : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وان كانت المادة 70 من القانون المدني وفي حقيقة الأمر تتضمن مفهوما غير مباشر لعقد الإذعان والذي يستشف من خلال تركيز المشرع على فكرتين، وهما انف ارد الموجب بوضع شروط العقد، وعدم قابلية تلك الشروط للمناقشة من الطرف الآخر[3].

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق، ص 518 ، 511.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع نفسه، ص 511.

[3] أنظر المادة 70 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

غير أن المشرع تدارك ذلك وجاء بتعريف مباشر ودقيق لعقد الإذعان، وان كان قد حصره في مجال الاستهلاك، وذلك في نص المادة الثالثة فقرة الرابعة من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرفه بأنه: " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[1]، وما يؤكد أن المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا لعقد الإذعان هو استعماله لعبارة " مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

فمن خلال نص المادة السالفة الذكر يتبين أن المشرع انطلق في تعريفه لعقد الاذعان من نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى في التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد اط ارفه، في حين تكمن الثانية في عدم إمكانية احداث تغيير حقيقي في محتوى العقد من الطرف المذعن.

أ- التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد اطرافه

لقد ترتب على نمو السريع للنشاط الاقتصادي وازدهاره ، تزايدا هائلا في عدد العقود التي يبرمها الأطراف في كل يوم ، وهو ما اقتضى ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود فنتج عن ذلك أن استقل الموجب بوضع جميع شروط العقد، وبصياغتها مسبقا بشكل استحال معه على الطرف الثاني مناقشتها عند إبرام العقد أو إجراء مفاوضات حولها قبل التعاقد.

إن طريقة التعاقد الجديدة أصبحت وسيلة مرنة في يد الموجب يستعملها لتضمين العقد بشروط وبنود تتماشى مع غايته وأهدافه التعاقدية وتخدم مصالحه الاقتصادية والربحية ، تلك الشروط قد تتسم بالطابع التعسفي وترهق الطرف الآخر ومن شأنها أن تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي، ونظرا لعدم إمكانية التفاوض بشأن تلك الشروط من الطرف الثاني فلا يبقى لهذا الأخير سوى خيار الإذعان والانضمام للعقد أو رفض التعاقد ، وبالتالي فإرادة المذعن لا تتدخل إلا من أجل إعطاء قيمة قانونية للإرادة الفردية للطرف المنفرد بوضع شروط العقد[2]، إلى درجة أن ذهب بعض فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد كتصرف قانوني منشئ للإلتزام ، على عقد الإذعان ورأو أنه عبارة عن

[1] أنظر القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،المرجع السابق.

[2] حميد بن شنيتي ،سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1996 ، ص ، 42 .

مركز قانوني منظم، تنشئه إ اردة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه[1].

وعادة ما يتولى الموجب تحرير قائمة تتضمن شروطا عامة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمنا، كما قد يتولى الموجب تحرير عقد نموذجي تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك ، كما قد تتخذ الكتابة أي التحرير المسبق شكل إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور، كما هو الحال بالنسبة لما تضعه شركات التأمين بين يدي زبائنها من نشرات أو كتيبات أو مطبوعات تتضمن الشروط العامة للتعاقد ، وقد ترد تلك الشروط في وصل التسليم أو في فاتورة أو وصل ضمان أو حتى في التذكرة.

ب- عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد

يقصد المشرع بعدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد، أن شروط ومحتوى العقد لم تكن موضوع مناقشة وتفاوض قبل ابرامه، فالموجب هو الذي يقوم بإعداد العقد وتضمينه شروطا غير قابلة للتفاوض حولها، وعادة ما تتسم تلك الشروط بالطابع التعسفي بحيث يفرضها الموجب على القابل وتكون لصالحه كونه الأقوى اقتصاديا وتقنيا في مواجهة الطرف المذعن الذي لا يملك إزاء ذلك إلا أن يقبل العقد برمته أو أن يرفضه برمته ، دون مناقشة أو مساومة أو تفاوض بشأن تلك الشروط التي عادة ما تلائم الموجب وتمنحه مزايا جائرة أو مجحفة بالمذعن.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وفق في اعتماده لهذه الخاصية عند تعريفه لعقد الإذعان ، فكلما كنا أمام عقد انعدمت فيه مرحلة المناقشة فإننا بالضرورة سوف نصطدم بإرادة مذعنة يكون فيها القبول مجرد رضوخ وتسليم وانضمام لمحتوى تعاقدي[2]، وهذا ما تؤكده المادة 70من القانون المدني حينما نصت على أن القبول في عقد الإذعان يحصل بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد المناقشة والمفاوضة حول شروط ذلك العقد ، وبالتالي فهو لا يستطيع التأثير في محتواه أو إحداث تغيير حقيقي فيه.

[1] حميد بن شنيتي ، المرجع نفسه ، ص 62 .

[2] الرجوع إلى المادة 70 من القانون المدني الجزائري .

وبمفهوم المخالفة فإنه ومتى تم التعاقد بناء على مفاوضات سابقة بين الأطراف طالت شروط العقد ولو كان لأحد المتعاقدين سيطرة اقتصادية ، فلا نكون أمام عقد إذعان وانما نكون أمام عقد مساومة ، وفي حالة ما إذا كان هذا الأخير قد أبرم بين محترف ومستهلك بناء على تفاوض مسبق بين الطرفين حول محتوى العقد من بنود وشروط، وكان رغم ذلك قد تضمن شروطا تعسفية أملاها المحترف بالاعتماد على تفوقه الاقتصادي والتقني ، ووافق عليها المستهلك نتيجة عدم علمه وإلمامه الكافي بمجال التعاقد ، فإن ذلك العقد لا يكون حسب المشرع الجزائري مجالا للحماية من التعسف التعاقدي بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي ، طالما أن المشرع الجزائري وكما أوردنا سابقا قد حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان المحررة مسبقا.

المطلب الثاني : توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة

على خلاف المشرع الج ازئري، وسع المشرع الفرنسي في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة، بعبارة أخرى إلى كافة عقود الاستهلاك بما فيها تلك التي خضعت للمناقشة حول شروطها بين المحترف والمستهلك، بحيث لم يحصر المشرع الفرنسي نطاق تطبيق الأحكام الحمائية المتعلقة بالبنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان كما فعل المشرع الج ازئري، وهو الأمر الذي نصت عليه ص ارحة المادة L 212-1/6 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، عندما تناولت التطرق لمجال تطبيق أحكام البنود التعسفية كما يلي: " ... هذه الأحكام تطبق مهما كان شكل[1] أو حامل[2] العقد ويكون كذلك بالأخص وصل طلبية، فاتورة، وصل الضمان، جدول، وصل التسليم، تذكرة، وصل، تضمن نصوص وبنود تم التفاوض حولها بشكل حر أم لا أو مرجعيات لشروط عامة معدة مسبقا".

[1] أي سواء أكان العقد مكتوب أو شفوي، بحيث يخضع كذلك العقد الشفوي متى كان عقد استهلاك يحتوي على تعسفات تعاقدية إلى أحكام قانون حماية المستهلك بما فيها الأحكام المتعلقة بالبنود التعسفية.

[2] استعمل المشرع الفرنسي مصطلح حامل العقد وذلك من أجل توسيع نطاق الحماية إلى عقود الاستهلاك الالكترونية المبرمة على شبكة الانترنت، والتي يكون حاملها الكتروني وافتراضي .

ويقصد بعقود المساومة أو عقود المفاوضة les contrats de gré à gré تلك العقود التي يتناقش المتعاقدان فيها حول محتوى العقد بكل حرية، بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتان ومتكافئتان[1]، ذلك أن الأصل في التعاقد هو حرية كل طرف في المناقشة والمساومة حول شروط وبنود العقد[2].

ويستفاد من المساومة أو التفاوض حول شروط العقد، وجود مرحلة سابقة عن مرحلة الإبرام وهي مرحلة تمهيدية غايتها الوصول أو محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك بين الطرفين حول شروط العقد المزمع إبرامه فيما بعد، هذه المرحلة قد تأتي نتيجة دعوة إلى التفاوض موجهة من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر وهي دعوة بعيدة إلى حد ما عن تحديد شروط العقد ، وقد تأتي مرحلة المفاوضة عقب توجيه إيجاب بات من أحد الطرفين لا يرضى به الموجه إليه فيرده إلى الموجب بعدما يعدل فيه ودون أن يتقدم بإيجاب بات من ناحيته ، وفي هذه الحالة يسقط الايجاب ويدخل الطرفان في دائرة أو مرحلة المفاوضات التي عادة ما تتخللها مساومات بين الطرفين ، بحيث يسعى كل طرف إلى إقناع نظيره بما يريد وضعه من شروط خدمة لمصالحه إلى أن تنتهي بالاتفاق على شروط وبنود العقد المزمع إبرامه .

وبناء على ذلك يمكن تعريف التفاوض بأنه تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقا رير ودراسات فنية وتجارية بين الأطراف ، للتعرف على العقد المراد إبرامه وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق التزامات على عاتق الطرفين ، وذلك من خلال إيجاد أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما بحيث يعد التفاوض عملية تتخللها محاورة ومساومة وحتى م اروغة يتبادلها المتعاقدان ، إذ يستعرض كل طرف مهاراته التفاوضية في ذلك الشأن من أجل الوصول إلى تحسس مصلحته وجس نبض الطرف الآخر لتحقيق فكرة شاملة عن التعاقد ومحتويات العقد وصولا إلى تحقيق غايته المقصودة بما يضمن له عدم الالتزام بشروط لا تخدم مصالحه، وفي نفس الوقت

[1] علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2003 ، ص 31.

[2] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتازم العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة– الج ازئر، 2004، ص 130.

تضمين العقد أكبر قدر من الالتزامات التي تكون على عاتق الطرف الآخر بما يحقق له أقصى منفعة من العقد محل المفاوضة ، نظير أدنى مقابل يلتزم به إزاءالطرف الآخر.

وبذلك يعد التفاوض والمساومة على شروط العقد على النحو الذي سبق بيانه من أهم مظاهر مبدأسلطان الإرادة ، والذي يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وتضمينها مايشاؤون من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو شريعتهم[1].

وعلى الرغم من أن عقود الاستهلاك عادة بل وفي غالب الأحيان ما تأخذ شكل عقود الإذعان، نظرا لإنفراد المحترف بوضع شروط ومحتوى العقد مسبقا مع عدم السماح للمستهلك امكانية التفاوض والمساومة بشأنها ،إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن جميع عقود الاستهلاك هي عقود إذعان ، فقد يشترك كل من المحترف والمستهلك في تحديد المحتوى التعاقدي من خلال المشاركة في وضع الشروط والبنود التي ستكون فيما بعد حقوقا والتزامات متبادلة بينهما، وحتى ولئن كان المحترف قد انفرد بوضعها مسبقا في إيجابه الموجه للمستهلكين إلا أنه قد يمنحهم إمكانية التفاوض معه ومساومته حول تلك الشروط ومن ثم الاشتراك في تحرير الشروط النهائية التي سيجري عليها التعاقد غير أن مشاركة المستهلك الفعلية والحقيقية في وضع شروط العقد وفقا للكيفية المشار إليها أعلاه ، قد تكون غير كافية لحمايته من التعسف التعاقدي الذي يصدر من المحترف، بحيث قد يوافق المستهلك على شروط كانت محل مساومة ومفاوضة مسبقة من طرفه غير أنها وفي كثير من الأحيان تتسم بالطابع التعسفي وتؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية، مما يستدعي الأمر إلى التدخل من طرف القاضي من خلال تطبيق القواعد الحمائية للمستهلك المتعلقة بأحكام البنود التعسفية ، ذلك أن مصدر التعسف الذي يطبع تلك الشروط ارجع بالأساس إلى التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف من جهة والى جهل المستهلك وعدم إلمامه الكافي بالمجال الاقتصادي والتقني وحتى القانوني للعقد، ناهيك عن حالة الضعف وعدم المساواة التي يوجد فيها مقارنة بموقع المحترف ،دائما بصرف النظر عن انف ارد هذا الأخير في وضع الشروط أو منح المستهلك كامل المجال لمناقشتها والتفاوض بشأنها، وهو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى توسيع مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة بما يستجيب لمتطلبات قانون حماية المستهلك في جوهره القائم على عدم

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 10 .

المساواة الاقتصادية والتقنية بين المحترف والمستهلك على خلاف المشرع الجزائري الذي يرى بأن التعسف التعاقدي في عقد الاستهلاك هو نتاج إذعان المستهلك للشروط والبنود التي ينفرد المحترف بتحريرها مسبقا في العقد، بما لا يدع مجالا للقاضي للتدخل من أجل إعادة التوازن العقدي لعقد الاستهلاك المختل بفعل الشروط التعسفية الذي لا يأخذ شكل عقد إذعان ، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المسألة، نظرا لعدم تداركه للتطور الحاصل في مجال طبيعة العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية المبرمة في إطار العلاقات الاستهلاكية.

المبحث الثالث: التقنيات القانونية العامة المتاحة في تحقيق التوازن العقدي

إذا كانت الرقابة القضائية على الشرط الجزائي تعتبر استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعل مضمون العقد واجب التنفيذ ، فإن ذلك يقتضي أن ترد ضمن حدود معينة ، وهذا ما جاءت جل القوانين من أجل حماية التوازن العقدي الذي سببه الشروط الجزائية التعسفية ، فوضعت تقنيات قانونية عامة تعمل على الحماية والحفاظ على هذا التوازن ، وهذا ما نراها في نظرية الشرط الجزائي في(المطلب الأول) و نظرية الغبن والاستغلال في (المطلب الثاني) وقاعدة مبدأ حسن النية في (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : نظرية الشرط الجزائي لإعادة التوازن العقدي

خرج المشرع عن مبدأ القوة الملزمة للعقد وأجاز للقاضي التدخل لإحداث التوازن بين الضرر والتعويض ، من خلال سلطته في تخفيض قيمة الشرط الجزائي التعسفي (الفرع الأول) ، أما في الزيادة في الشرط الجزائي فقد منعها المشرع الجزائري كمبدأ عام ولم يجيزها إلا على سبيل الاستثناء (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : في تخفيض الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي متى توفرت شروط استحقاقه يكون ملزما للمتعاقدين و المحكمة ، القاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق دون زيادة أو نقصان ، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن ذلك لأنه العقد شريعة المتعاقدين وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أنه

معظم القوانين المنظمة للشرط الجزائي حولت للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي ، من حيث المبدأ وإن كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة .

وعلى ضوء هذا فإن المشرع الجزائري في المادة ف184/2 حدد حالتين يمكن للقاضي فيهما أن يخفض الشرط الجزائي التعسفي ، أولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي ، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري حذا حذو القانون المصري والقوانين العربية[1] و سنتناول هاتين الحالتين على التوالي

الحالة الأولى: المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء

إذا كان تقدير الشرط الجزائي مبالغ منه إلى درجة كبيرة ، المبدأ أن الشرط الجزائي هو اتفاق يحترم إرادة المتعاقدين في حالة ما اتفقا على تحديد مقدار التعويض الذي استحقه الدائن إذا أخل المدين بالالتزام ، فهنا لا يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان مبالغا فيه أو مفرطا.

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه وضح حالات تدخل القاضي في هذا التعديل دون توضيح كيفية تقدير المبالغة وطريقة تخفيضها ، وعليه يجب البحث في هاتين المسألتين وإعطاء حلول لهذه المشاكل.

قبل التطرق إلى كيفية تقدير المبالغة و طريقة تخفيضه يجب معرفة المقصود بالمبالغة.

أ – مفهوم المبالغة: لقد اختلف الفقه في إعطاء مفهوم للمبالغة إلا أنه يمكن تعريفها بصيغة عامة، أنها عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه و الضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع في المضاربة.

ب – تقدير المبالغة : إذا وجد القاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه ومتعسفا ، فإنه يستوجب عليه تخفيضه ويقدر هذه المبالغة ولكن المشكل في أن المشرع الجزائري في المادة 184/2 لم يوضح أو يحدد العناصر المحددة للتمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه و الشرط الجزائي المعقول ، وهل

[1] راجع المادة 184 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

يقدر هذا القاضي باستناده إلى المعيار الشخصي أم المعيار الموضوعي؟ ومتى يتم هذا التقدير هل وقت إبرام العقد أم وقت تنفيذه[1]؟

و على ضوء هذا يمكن للقاضي أن يختار أحد المعيارين :

***المعيار الموضوعي** : وهو يتمثل في مقارنة مبلغ الشرط الجزائي بالضرر الذي وقع وهنا تعني المبالغة عدم التناسب الكبير.

***المعيار الشخصي** : وهو يتمثل في تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من الطرفين مثل الظروف الشخصية للمدين حسب نيته أو سوئها وكذلك حالته المالية.

أما بالنسبة للسؤال الثاني وقت تقدير المبالغة فهناك جانب من الفقه و القضاء[2] ، يرى أن تقدير المبالغة يكون وقت إبرام العقد ، و لكن انتقد هذا الرأي وحجتهم على أن هذا التقدير الذي يكون يوم إبرام العقد لا يتماشى مع طبيعة الشرط الجزائي ووظيفته لذا يجب أن يكون التقدير يوم استحقاق الشرط الجزائي ، أي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ وهنا يتماشى مع الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

أما بالنسبة لطريقة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعندما يرى القاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة يبدأ بتحديد المبلغ الذي يتحمله المدين المخل بالتزامه بصفة نهائية ، ولعدم تحديد المشرع الجزائري الطريقة الواجبة الإتباع في تخفيض الشرط الجزائي. فهنا نرى أن في الفقرة الثانية من المادة 184 مدني[3] أنها تقوم على أساس موضوعي يتمثل في عدم التناسب بين قيمة الضرر الذي وقع و الشرط الجزائي و لهذا فللقاضي أن يخفض هذا التعويض إلى الحد المعقول دون جعله مساويا للضرر الفعلي وعليه يبقى الشرط الجزائي مرتفعا قليلا ومحافظا

[1] يقارب ذلك المادة224 فـ2 من القانون المدني المصري و المادة 226 مدني سوري و267 قانون الموجبات و العقود اللبناني.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 480 مأخوذة من:

نقض مدني بتاريخ 1949/11/14 المنشور في الأسبوع القانوني 1949،ج2 رقم 5255

[3] انظر المادة 184 من القانون المدني الجزائري

بطابعه الاتفاقي ، ويكون دور القاضي على تخفيضه بالقدر الذي يزيل عنه المبالغة الكبيرة وفي نفس الصياغ قررت محكمة النقض المصرية ما يلي:

– أن وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن ، وعلى القاضي إعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي المتفق عليه[1]. وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرر أو ينفيه من مبالغة في الشرط الجزائي فيما يراه حدا مناسبا بتخفيضه ، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

الحالة الثانية : التنفيذ الجزئي للالتزام

نصت المادة 184 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، وعلى ضوء هذه المادة يفهم منها أنه إذا كان المدين قد اثبت واقعة التنفيذ الجزئي يمكنه طلب تخفيض الشرط الجزائي. لكن المشكل ليس في إثبات واقعة التنفيذ الجزئي ولكن يكمن في طبيعة الالتزام الأصلي ، هل هو قابل للانقسام أم لا؟ وبالتالي قد يكون الالتزام الأصلي غير قابل للانقسام ولا يمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادي 184 مدني جزائري ومثال ذلك كأن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل لا يقبل التقسيم كامتناع المدين عن التمثيل في مسرح معين وبالتالي لا يكون الالتزام الأصلي قابلا للتنفيذ الجزئي إلا إذا كان قابلا للانقسام وهذا ما يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي .[2]

للتوضيح أكثر لابد من التطرق إلى معنى التنفيذ الجزئي وطريقة التخفيض للشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي .

1- معنى التنفيذ الجزئي:

يقول الأستاذ عبدالله نجاري أن الفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائري تتسم بالعمومية أي أن كل تنفيذ جزئي يؤدي إلى تخفيض التعويض الاتفاقي و يمكن أن يقصد بالتنفيذ الجزئي هو كل

[1] انظر المادة 184 ، المرجع السابق.

[2]Sanz : la consécration du pouvoir judicaire par la loi du 9juille 1975 et ses incidences sur la théorie général de la clause pénale revue trimestrielle du droit civil 1977.n2p20

بدء في التنفيذ هو بالضرورة تنفيذ جزئي بالالتزام إذ يشترط أن يحقق هذا التنفيذ الجزئي فائدة للدائن وهذا ما أغفله المشرع الجزائري[1].

2 – طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي

يعاب على النص الجزائـري أنه لم يرشـد القاضـي بأية قواعـد يستـعين لها لإجراء التخفيض[2] ، وهذا عكس بعض القوانين الأجنبية التي أرشدت القاضي في هذا المجال مثل القانون الفرنسي [3] و القانون الألماني[4] .

أعتقد أنه من خلال سكوت المشرع في هذا الأمر ، على القاضي عند تقديره للتنفيذ الجزئي أن يأخذ بعين الاعتبار عدة عناصر منها الضرر الذي أصاب الدائن و الفائدة التي حصل عليها من هذا التنفيذ الجزئي ، ثم حسن نية المدين أو سوئها[5] ، ومن جهة أخرى فقد حذا المشرع المصري نفس الحذو الذي ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة (224) أقر صراحة على إمكانية تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظا عند إبرام العقد ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في هذا الصدد :

"إذا كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفقا في شروط المزايدة على أن لوزارة التأمين– الطاعنة–أن تصادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول أعضائه أو اعتماد رسو المزاد عليه وإعادة البيع على ذمته حينئذ ، أو إذا تأخر عن سحب المقادير المباعة أو بصنعها في الموعد المحدد فضلا عن التزامه بأجرة التخزين و المصاريف الإدارية و الفوائد بواقع 7% سنويا ، وكان هذا الذي حدداه جزاء لإخلال المطعون إليه بالتزاماته إنما هو شرط جزائي يتضمن

[1] عبد الررزاق السنهوري، المرجع سابق ، ص485

[2] نفس الانتقاد يوجه إلى المشرع المصري المادة 2/224مدني مصري.

[3] راجع المادة 1231 مدني فرنسي.

[4] تنص المادة 343 من القانون المدني الألماني على ما يلي:"إ ذا كان الجزاء المستحق غي متناسب مع الضرر إلى درجة كبيرة يمكن بناء على طلب المدين تخفيضه إلى مبلغ معقول ،ولتقديرها هو معقول يجب الإعداد بكل مصلحة مشروعة للدائن و ليس فقط مصلحته المالية".

[5] أنظر: ، المرجع السابق ، ص493.

تقديرا اتفاقيا للتعويض فمن ثم يجوز للقاضي عملا بالمادة 224 من القانون المدني أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه والذي يتبين من المادة السابعة أن القانون قد منح القاضي صلاحية لتعديل الشرط الجزائي ، في حال التنفيذ الجزئي للالتزام مما يعني أن التعديل ليس حتما وإنما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الظروف والحالات[1]و الحقيقة أنه لا يكفي شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي ، بل لابد من أن يكون الدائن قد استفاد منذ ذلك التنفيذ ،وأنه أدى إلى إشباع جزئي للدائن.[2]

الفرع الثاني : في زيادة الشرط الجزائي التعسفي

إن المشرع الجزائري قد منع زيادة الشرط الجزائي ولم يجزها إلا على سبيل الاستثناء، ولهذا سنتناول المبدأ العام ثم الاستثناء.

1- المبدأ العام : عدم جواز زيادة الشرط الجزائي التعسفي

يتبين من المشرع الجزائري في نص مادته 185 مدني أنه إذا جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تخفيض دون زيادة في الفقرة 2 من المادة 184 سالفة الذكر فقد استمد هذه الأحكام من التشريعات العربية [3] ، ولم يساير المشرع الفرنسي الذي تبنى إجازة تخفيض وزيادة الشرط الجزائي منذ 09 يوليو 1975 وعدم مسايرة المشرع الجزائري للقانون الفرنسي من خلال رفض الزيادة على الشرط الجزائي في اعتقاده أنه يجلب ثغرة قانونية من شأنها أن تؤدي إلى نتائج سيئة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الخارجي ، فعلى المستوى الداخلي فإن المشرع الجزائري أراد أن يحمي المدين الذي هو الطرف الضعيف في العقد ولكن ليس بالضرورة أن يكون المدين هو الطرف الضعيف ، الذي يستحق الحماية بل قد يكون الدائن هو الطرف الضعيف .وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ميز بين أطراف

[1] نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، إحكام الالتزام ، ص76، وفي نفس المعنى: أبو سعود رمضان ، المرجع السابق ، ص120.

[2] أبو عرابي غازي ، ،سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، ص51

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع سابق ، ص512.

العقد من حيث تقرير الحماية القانونية بحيث قررها للمدين وحده و الذي قد لا يستحقها في بعض الأحيان.

أما على المستوى الدولي ، فقد نظمت بعض الاتفاقات الدولية أحكام الشرط الجزائي مثل اتفاقية البينيلوكس ولائحة المجلس الأوربي الموقعة عليها في 11/26/ 1973، ومع سعي الجزائر على تنمية البلاد وإخراجها من التخلف واقتضت أن تبرم عدة عقود دولية لنقل التكنولوجيا ومسايرة العصرنة وذلك وفق قانون الصفقات العمومية إذ تنص المادة68 منه على ما يلي: « تطبق أحكام هذا القانون على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية".

ومنه نجد أن كل العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر تتضمن شرطا سمى غرامات التأخير وهذا الشرط الذي يحرر على الشكل الآتي: «في حالة تأخر المورد في تنفيذ التزامه يدفع غرامة تأخير نسبتها كذا من قيمة الصفقة .

وفي جميع الأحوال لا يمكن أن تتجاوز هذه النسبة مبلغ كذا من القيمة الإجمالية للصفقة" ولكن المشكل ليس هنا فالإشكالية تكمن في إثارة مشكلة تنازع القوانين فمثلا لو استبعد القاضي الفرنسي القانون المصري وحكم بالزيادة طبقا لقانونه تبقى مشكلة قائمة تتعلق بتنفيذ هذا الحكم حيث يمكن أن يرفض القضاء المصري إعطاء الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية.[1]

2 – الاستثناء من قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي:

لقد نص المشرع الجزائري استثناء على قاعدة عدم جواز الشرط الجزائي حيث سمح بزيادته في حالة واحدة وهي ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما ، وهذا ما سيخلص من المادة 185 من القانون المدني الجزائري ، ويكون هذا إلا إذا تحقق شرطان:

أ – ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما :

طبقا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تقضي أنه يجب تنفيذ العقد كما اتفق عليه و بحسب نيته حيث يجب على المتعاقدان احترام هذا المبدأ ، أما إذا كان المدين سيء النية فلا يمكن

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق ، ص533 .

لهذا الأخير أن يستفيد من أحكام الشرط الجزائي لأن هذا المبدأ هو مبدأ أخلاقي بالدرجة الأولى ، وعلى ضوء هذا فإن القاضي عليه البحث في النية الحقيقية للمدين من خلال العقد الظروف الملابسة به لمعرفة ما إذا كان خطأ المدين لم يقصد عدم تغيير التزامه ، بل يرجع ذلك على ظروف مستغلة عن نيته فله أن يحرم الدائن من طلبه في زيادة الشرط الجزائي إما هذا تبين أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه حتى ولم يقصد الإضرار بدائنه أو كان نتيجة خطأه الجسيم فللقاضي أن يتقيد بالشرط الجزائي فله أن يحكم به كله ثم يحكم بتعويض إضافي لتكملة الضرر كاملا.[1]

ب – تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي:

إذا كان الأصل استحقاق الشرط الجزائي لا يكلف الدائن بإثبات الضرر ، ففي هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت وقوع الضرر و مقداره ، حتى يستطيع القاضي أن يتبين له الضرر الكبير وتجاوزه لمقدار الشرط الجزائي وذلك للحكم بتعويض إضافي إلى جانب الشرط الجزائي حيث نجد أن مسؤولية المدين سبب خطأه الجسيم وسوء نيته مبني على فكرة الخطأ التقصيري وعليه يتعين على الدائن أن يثبت أركانها الثلاثة و الحجة على ذلك أن الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه هو ضرر غير متوقع لأنه ترتب على سلوك من المدين وكان غير متوقع وقت التعاقد ويصبح التعويض هنا يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع[2] .

الفرع الثالث: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، لا يمكن أن تؤدي ثمارها إلا إذا حملت بالضمانات التي تكفل لها السيادة و الأثر ، ويلاحظ أن معظم التشريعات قد نظم موضوع الشرط الجزائي بنصوص صريحة وجعلت بعض أحكامه تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي لا يجوز للأفراد المتعاقدة الاتفاق على خلافها، وبناءا على هذا جرى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين في الفرع الأول نتكلم عن سلطة القاضي من النظام العام و في الفرع الثاني عن تكامل سلطة القاضي.

[1] أنظر المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع سابق ، ص560 .

أولاً : سلطة القاضي من النظام العام

لقد قام المشرع بتشريع القواعد القانونية بهدف تنظيم العلاقات بين الناس ، و أقرنها بالجزاء و أعطاها صيغة الالتزام ، ولكنه قام بتقسيم هذه القواعد إلى قواعد آمرة واعتبرها من النظام العام ولم يجز الاتفاق على خلافها ، و أخرى مكملة وأجاز الخروج عليها بمعنى الاتفاق على خلافها.

ويعتبر تعريف النظام العام من أكثر الأمور التي أثارت جدلا من الفقه ، و تباينت تبعا لذلك إن فكرة النظام العام من حيث نطاقها انبثقت عنها هذه التعريفات.[1]

ومع ذلك يمكن القول بأن القاعدة القانونية إذا تعلقت بنظام المجتمع الأعلى ، حيث يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد مخالفتها وإلا فسيتعرض للجزاء اعتبر ذلك من النظام العام ، لأن الناس وجدوا أنفسهم ملزمين بمراعاتها وعدم الخروج عليها وهي تحقق رغبة المشرع في تنظيم المجتمع وفق أسس معينة ، تشكل المعيار الموضوعي في العلاقات الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية[2]و الواقع أن اختلاف التعريفات جعل من الصعب تحديد فكرة النظام العام على وجه دقيق ، و الأفضل القول أن النظام العام أساسه فكرة المصلحة العامة مهما تكن هذه المصلحة ، سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو غيرها ، و عليه فإن فكرة النظام العام هي فكرة صغيرة و بعبارة أخرى اعتبرت فكرة نسبية ننظر إليها في جماعة معينة في زمن معين ، فمثلا فتعدد الزوجات لا تعتبر مخالفا للنظام العام في القانون الجزائري في حين يعتبر كذلك في فرنسا مثلا.[3]

كذلك يعتبر من النظام العام في هذا المجال ما يضعه المشرع من قواعد قانونية ترمي إلى حماية الطرف الأضعف اقتصاديا في التصرفات ، حيث يقع باطلا كل اتفاق من شأنه مخالفة قوانين العمل و التي ترمي حماية الطرف الضعيف ، كما يقع باطلا كل اتفاق يرمي إلى الإنقاص من حقوقه.

و في نطاق قانون الأحوال الشخصية ، حرم المشرع على الأشخاص الاتفاق على مخالفة حكم الشريعة و القانون في توزيع أنصبة الإرث و على صنف تطبيقات فكرة النظام العام في نطاق القانون

[1] أنور سلطان ، مرجع سابق ، ،ص125

[2] منذر الفضل ، مدخل إلى علم القانون ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،1998،ص53

[3] حزبون جورج،المدخل إلى علم القانون،ط1،الدار العلمية لدولية،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2001،ص36

الخاص نجد أمثلة أيضا في القانون العام تلك القواعد التي تحرم القتل و السرقة و الاختلاس و خيانة الأمانة و إلحاق الأذى بالنفس أو الجسد.

و تطبيقا لذلك ، فإن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا وهو ما نصت عليه المادة 184 مدني جزائري "ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"[1].

وكذلك ما يراه الأستاذ علي سليمان في أن سلطة القاضي في التعديل لها صفة النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها ، فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه خاصية لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما يكفل استبعادها كما تبلى على نفسه شرطا جزائيا مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة سيرضى بحكم هذا الخضوع ، باستبعاد سلطة القاضي إذا كان الأمر كذلك أو في حالة ما إذا قام بتنفيذ جزئيا لالتزامه الأصلي ، ورضائه هنا كما يقول البعض"أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول"

– و بالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد أن هناك أحكام جعلها المشرع متعلقة بالنظام العام واعتبر الخروج عليها باطلا وهذه الأحكام هي:

1– لقد اوجب المشرع وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وبالتالي أي اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق الشرط الجزائي ، حتى ولو لم يحصل ضرر يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام.

–كما اعتبر المشرع أن الشرط الجزائي الذي من شأنه تشديد المسؤولية في حالة المبالغة في التقدير، باطلا إذا كانت قيمة الشرط الجزائي تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه بدرجة كبيرة ، وكذلك في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ، فإذا قام المدين بتنفيذ اللإلتزام جزئيا فلا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه ، الموجب الشرط الجزائي لأن المشرع أعطى القاضي في الحالتين السابقتين سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بناءا على طلب المدين[2].

[1] و في نفس الموقف الذي اتخذه المشرع المصري في المادة 2/234 و القانون الفرنسي في المادة3/1952 و المادة 1231 منه.

2 أنظر المادة 2/184 من القانون المدني الجزائري.

– إن المشرع أعطى للدائن الحق في المطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي إذا كان اقل من الضرر الحاصل فعلا ، في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو خطأ جسيما ، و اعتبر ذلك من النظام العام وعليه يجب أن يمارس القاضي سلطته سواء من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب المدين في الحدود المعطاة له قانونا وهذا هو المنهج الذي اتبعته محكمة ليون إذ ذكر حكمها الصادر بتاريخ 1976/11/08 مشيرا إلى المادتين 1152 و 1231 من القانون المدني الفرنسي.

ثانياً: تكامل سلطة القاضي

تتسم سلطة القاضي في التعديل بالعمومية ، و تطبيقاتها مكفولة قانونا سواء كان هذا في عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في التأخير على هذا التنفيذ ، فإن هدف هذه السلطة هي حماية الطرف الضعيف .

– حيث نجد أن محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها خصوصا في حكم محكمة الاستئناف ، عندما رفض تخفيض العقوبات المنصوص عليها في العقد موضوع النزاع لأنه على حد قوله "لا يجوز تطبيق أحكام المادة 1152 و ما يليها من القانون المدني ، طالما أن المعتبر لم ينفذ في الآجال المحدد التزاماته ولو جزئيا وأن الشرط الجزائي كان في حالة التأخير في التنفيذ و ليس عدم التنفيذ الكلي"، و اعتبرته (الحكم) خرقا للقانون "فلا داعي للتمييز بين حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ ، بل التنفيذ الجزئي أو الكلي لكي يمارس حقه في تخفيض الجزاء إذا كان هذا الجزاء مبالغ فيه بشكل واضح".[1]

و السؤال الذي يفرض نفسه هل يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه؟.

معظم التشريعات ترفض سلطة القاضي المطلقة لتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ،وقد نصت صراحة أن سلطة القاضي تتوقف على طلب المدين أو أحد الطرفين[2] وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي ، عندما أغفل نص القانون على مثل ذلك[3] ، أما بالنسبة للمادة 163 من قانون الالتزامات و العقود السويسري تنص على «وجوب تدخل القاضي" بقولها: "يجب على القاضي أن

[1] حميد بن شنيتي ، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ، ص96 ،1996

[2] المادة 364 من القانون المدني الأردني

[3]Paris 05/01/1977 p262 note vasseur

يخفض الجزاءا ت التي يراها مبالغا فيها" لأنه من المؤكد القول بأن القاضي لا يقوم بالتخفيض للتعويض الإتفاقي المبالغ فيه ، إلا بعد أن يطلبه صراحة صاحب المصلحة في هذا التخفيض[1] ، فحتى تبلغ السلطة القضائية مرادها وتحقق أهدافها لابد من الانتصار للرأي الآخر، و إعطاء القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه كما فعل ذلك صراحة المشرع الفرنسي[2]

وعلى ضوء مماسبق نستنتج أن أحكام الشرط الجزائي متعلقة بالنظام العام ، بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من التمسك بعدم استحقاق الشرط الجزائي في حالة انتفاء الضرر أو طلب تخفيضه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ، أو إذا كان تقديره مبالغا فيه وكذلك لا يجوز حرمان الدائن من المطالبة بزيادة ا الشرط الجزائي في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو خطأ جسيما ، والذي أراه في هذا المجال أن المنهج الذي اتخذته القوانين حيال الشرط الجزائي هو منهج غريب ، حيث أن القانون اعتبر الشرط الجزائي لا يتعارض مع النظام العام وأعطى للمتعاقدين الحرية في تحديد قيمته.

المطلب الثاني : نظريتا السبب والغبن لإعادة التوازن العقدي

في إطار البحث عن الأحكام القانونية التي يستند عليها القاضي من أجل منح المستهلك حماية من الشروط التعسفية بإعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفا عقد الاستهلاك ، هناك تقنيات قانونية وردت ضمن الشريعة العامة[3]، يمكن للقاضي إعمالها من أجل تحقيق بعض الحماية للمستهلك ، وذلك بإبطال الشروط التي تحمل في طياتها الطابع التعسفي وتؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات طرفا العقد .

---

[1] Secretan.op.cir.p124

[2] حميد بن شنيتى، مرجع سابق ، مأخوذ من : Cass 01/02/1978.jc.p1978Kp109

–محكمة استئناف القاهرة بتاريخ1958/12/31،موسوعة القضاء،عبد المعين جمعة.ط1979،الكتاب الثاني،ص1– النشرة القضائية العراقية العدد2أفريل 1971 ،ص119

–المادة 1152 ،قانون597/75 بتاريخ 1975/07/09 وهو الرأي الذي يسانده علي علي سليمان بقوله:"....وكان ينبغي لمشرعنا أن يساوي بين الدائن و المدين كما فعل المشرع الفرنسي وأن يمنح القاضي سلطة كجزاء التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه....."

[3] أحكام القانون المدني في شقه المتعلق بالالتزامات التعاقدية.

فغياب السبب[1]، مكن القضاء من إبطال بعض الشروط الأكثر فداحة (الفرع الأول) ، أما عيوب الرضا وبالتحديد الغبن الناتج عن الاستغلال[2]، فله وإلى حد ما دور وان كان ضئيلا في تصحيح بعض إساءات الاستعمال التي تؤدي إلى اختلال التواز ن العقدي بين الأطراف المتعاقدة عموما ، وبين المحترف والمستهلك خصوصا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي

بداية تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي، يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد يكون قد تضرر من أحد تلك الشروط ، سواء كان محترف أو مستهلك ، وبالتالي يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من الشروط التعسفية في العقود بشكل عام ، وفي عقود الاستهلاك بشكل خاص.

والجدير بالذكر أيضا، أن البطلان لغياب السبب لم يكن مطبق من حيث المبدأ على الشروط التي لا تتضمن مقابلا خاصا، وكأن الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي لكي يصلح غياب السبب كسند عام لإبطال الشروط المفرطة، أو على الأقل البعض منها، عن طريق قبول الاجتهاد لوجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، في عقد ملزم للطرفين وهذه الطريقة في التعليل أي وجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، تتيح في الواقع، إلغاء الشروط التحديدية للمسؤولية غير المعوض عنها بتخفيض مناسب في الثمن[3] ، غير أن نظرية السبب ينازعها اتجاهين فقهيين – تقليدي وحديث– بحيث يؤدي الاستناد التشريعي إلى أحد هذين الاتجاهين إلى تقرير ما إذا كان بإمكان القاضي الاعتماد على نظرية السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية أم لا.

---

[1] الذي يعد أحد أركان العقد إلى جانب كل من الت ارضي والمحل وركن الشكل في العقود الشكلية، ولقد نص عليه المشرع الجزائري على السبب كأحد أركان العقد في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري .

[2] المنصوص عليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

[3] جاك غستان ،المطول في القانون المدني تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط3 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2008، ص993 ، 994.

أولاً: الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب

إن نظرية السبب وان كانت من المسائل الشائعة والمعروفة ومن أكثرها تعرضا للدراسة والبحث ، إلا أنها من المسائل الأكثر تعقيدا[1]، ولعل مرد ذلك هو التنازع الفقهي الذي ثار حول السبب كأحد أركان العقد ذلك أن هذا الأخير تحكمه نظريتين، الأولى تقليدية، وهي نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية[2] هو التزام كل من المتعاقدين، فكل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر، والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع في حد ذاتها أي نية إسداء الجميل إلى المتبرع له، في حين يكمن السبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل ، ولما كانت النظرية التقليدية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل ، فإن عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب ، مما يؤدي إلى بطلان العقد[3].

إن أهم نقد وجه للنظرية التقليدية يكمن في إنها أخلطت بين السبب والمحل، إذ يقول الفقيه الفرنسي بلانيول أن العقد يحتوي على ركنين فقط هما التراضي والمحل إلى جانب الشكلية في بعض العقود ، وبالتالي كيف يمكن أن نكون بصدد ركن السبب في حين أن السبب والمحل ينشأن في وقت واحد[4].

ونتيجة للانتقادات التي طالت النظرية التقليدية ظهرت النظرية الحديثة للسبب التي ابتدعها الفقهاء الكنسيين في القرون الوسطى، والتي ترى بأن السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، الذي يختلف باختلاف العقود وباختلاف الأشخاص ويعتبر خارجا عن العقد.

لقد تباينت التشريعات من حيث الميل لإحدى النظريات التي تحكم ركن السبب – النظرية التقليدية والنظرية الحديثة – وهو ما يتيح الفصل في إمكان أو عدم إمكان إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشروط التعسفية في كل من هذه التشريعات ، وذلك حسب النظرية التي أخذت بها ،

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 520.

[2] أو ما يصطلح على تسميته بعقود المعاوضة.

[3] - Jean Carbonnier, Droit civil, les obligations, Presses universitaires de France, France, 1979, p 210.

[4] عصام النجاج ، قانون الاستهلاك ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2014 ، غير منشورة .

ففي القانون المدني الفرنسي تنص المادة 1131 على أن: " الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب ، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح ، أو على سبب غير مشروع". ونصت المادة 1132 على أن: "الاتفاق يكون صحيحا ولو لم يذكر سببه". كما نصت المادة 1133على أن: "السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون، أو إذا كان مخالفا للآداب أو للنظام العام".

فمن خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع الفرنسي أخذ بالنظرية التقليدية للسبب، والتي تشترط أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا، ومعنى ذلك أن يكون لكل التزام سبب معين ، وأن كل التزام ليس له سبب، يكو ن التزاما غير قائم ولا أثر له ، وأن قيام السبب يستمر في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه بالوفاء بما تضمنه من التزامات.

أما القضاء الفرنسي فلم يتقيد بالنظرية التقليدية واتجه نحو فكرة السبب بالمعنى الباعث الدافع للتعاقد وأخذ يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث الدافع إلى انعقادها غير مشروع[1].

وعموما في الأخير فنجد أن المشرع الفرنسي قد حذف السبب من أركان العقد وحذفه من القانون المدني من المواد 1131 إلى 1133 من القانون القديم ، وحجته على ذلك أن ركن السبب من حيث الوظيفة يتداخل مع ركن آخر وهو ركن المحل[2] .

وقد نقل التقنين المدني المصري القديم عن التقنين الفرنسي تلك النصوص بعد أن صاغها في نص واحد ، حيث نصت المادتان 94 و 148 من التقنين المدني المصري القديم على أنه: "يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا"[3].

وقد جاء القانون المدني المصري الجديد، فنص بالمادة 136منه على أن السبب ركن في الالتزام لا في العقد، لما نصت على وجوب أن يكون للالتزام سبب، وبصدد هذا النص انقسم الفقه في مصر فقالت أغلبيته بأن القانون المدني الجديد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب واعتبره هو الباعث

[1] علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 99.

[2] التعديل التشريعي قم 2016-131 الصادر بتاريخ 2016/02/10 الخاص بتعديل القانون المدني الفرنسي ، تحديدا بمصادر الإلتزامات .

[3] عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص 999.

الدافع للتعاقد ، حيث كان على رأس هذه الأغلبية الأستاذ السنهوري ، بينما تمسكت أقلية من الفقه بالنظرية التقليدية في ظل القانون المصري الجديد، وقالت أن السبب ركن في الالتزام ، في حين ذهبت أقلية ثانية من الفقهاء في مصر إلى القول بازدواجية السبب فيكون للالتزام سبب بالمعنى التقليدي، وللعقد سبب بالمعنى الحديث وهو الباعث الدفاع ، وهذا ما أخذ به القانون اللبناني.

وبالنسبة للقانون الجزائري فهناك من يرى أن القانون المدني وفي ظل المادتين 97 و 98 منه قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب واعتبره الباعث الدافع إلى التعاقد، وان كان هذا الرأي نفسه يسلم بأن المشرع الجزائري قد تأثر هو الآخر بمذهب ازدواجية السبب الذي نادى به البعض من الفقهاء في مصر، تأسيسا على أن المشرع الجزائري وبعد أن أسند السبب إلى العقد في المادة 98 عاد فأسنده إلى الالتزام في المادة98 فقرة 1 التي تنص على أن: "كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا، مالم يقم الدليل على غير ذلك" غير أنه عاد فأسند السبب إلى العقد في الفقرة الثانية من ذات المادة التي بنصها "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك"[1]. إن النظرية الحديثة للسبب لا تخدم مجال الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية كونها لا تأخذ بعين الاعتبار إلا بالباعث أو الدافع للتعاقد ، ولأن المتعاقد والذي قد يكون المستهلك له دائما باعث أو دافع إلى التعاقد ،فإن ذلك يجعل من النظرية الحديثة للسبب لا تتماشى مع فكرة غياب أو انعدام السبب التي يمكن الاعتماد عليها في حمايته من الشروط التعسفية ، طالما أن فكرة غياب أو انعدام السبب هي التي تنادي بها النظرية التقليدية.

ويقصد بالسبب الذي أخذت به النظرية التقليدية ، الهدف المباشر أو السبب القصدي الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، إذ يعتبر عنصرا لا ينفصل عن العقد، فهو بمعناه التقليدي داخلي في العقد لأن سبب التزام كل من طرفي العقد هو سبب التزام الطرف الآخر، ومنه فالالتزام يفقد سببه إذا غاب المقابل كما أنه موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم وأهدافه ،وأخيرا فهو لا يتغير بتغير البواعث والدوافع فهو السبب المجرد[2].

[1] علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص 97.

[2] محمد حسنين، الوجيز في الالتزام ، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983 ، ص 19.

ففي العقود التبادلية يولد العقد التزامات متبادلة على عاتق الطرفين، بحيث يكون سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر ،وبالرجوع إلى عقد البيع مثلا باعتباره عقدا تبادليا، نجد أن الغرض المباشر الذي يقصد إليه البائع من جراء ابرامه للعقد هو قبض الثمن ، أما الغرض الذي يقصد إليه المشتري من العقد يكمن في الحصول على المبيع للانتفاع به ، وعليه يكون سبب التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه هو التزام المشتري بدفع الثمن، وعلى العكس تماما فإن سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية وتسليمه للمبيع، وهذا هو الشأن لكل عقد بيع، وبصفة عامة ينطبق هذا الحكم على كل العقود الملزمة للجانبين.

إن الترابط بين الالتزامات التعاقدية يجد مبرره في سبب الالتزام ، فمتى أحجم أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته أمكن للمتعاقد الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزاماته بالاستناد إلى نظرية السبب ، فسبب الالتزام الذي يكمن في وجود الالتزام المقابل ، إنما يستعمل كوسيلة لتصنيف العقود ، لأن غياب الالتزام المقابل يستتبعه بطلان العقد ، إلا إذا تبين للقاضي أن العقد قد تم بنية التبرع ، فيقوم عندها بإعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح على أنه من عقود التبرع ، ذلك أن سبب الالتزام في عقود التبرع يكمن في نية التبرع فيحد ذاتها ، ومنه فغياب سبب الالتزام يعني غيابا لنية التبرع الأمر الذي يترتب عليه كذلك بطلان العقد[1].

وهكذا يظهر أن المفهوم التقليدي للسبب يأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يقع عليه الت ازم، ذلك أن الشخص من طبعه ومن تكوينه الاجتماعي لا يلتزم بمبادلة إلا لتحقيق منفعة معينة له ، والا فإن ذمته المالية ستفقر لا محالة ويثرى البعض الآخر على حسابه في حالة عدم وجود المقابل من التعاقد ، ذلك أن عدالة المعاوضات أساس العقد.

وسنتولى فيما يلي تبيان كيفية التطبيق القضائي لنظرية السبب في مجال مكافحة الشروط التعسفية.

[1] أحمد محمد ديب حجال ،القواسم المشتركة لعيوب الرضى ، دارسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان ، 2006 ، ص 307-308 .

ثانياً : اعتماد القاضي على نظرية السبب لإلغاء الشروط الجزائية التعسفية

لكي يعتمد القاضي على نظرية السبب من أجل إعادة التوازن العقدي بإبعاد الشروط التعسفية عليه التسليم بفكرة انعدام السبب[1] باعتبارها آلية قانونية تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب، والتي ترى بأن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، وتأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يترتب في ذمته التزام ما، وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب ،الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وفي مجال الشروط التعسفية فإن الشرط التعسفي غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي ، وعلى هذا الأساس ألا يمكن للقاضي تقرير بطلان ذلك الالتزام لغياب السبب[2].

لقد نصت المادة 1131من القانون المدني الفرنسي القديم على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، وبالتالي وانطلاقا من هذا النص نستنتج أن كل التزام ليس له سبب يكون التزاما باطلا ولا أثر له، الأمر الذي يتيح للقاضي إمكانية إلغاء أو إبطال أي شرط تعسفي يحمل المستهلك التزاما ليس له سبب أي لا يقابله التزام في ذمة المحترف، بالاعتماد على فكرة انعدام السبب كآلية قانونية لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، والتي تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب.

وان كان اعتماد القاضي في فرنسا على آلية انعدام السبب لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية لا يثير أي صعوبة، طالما أن المشرع الفرنسي قد أخذ بالنظرية التقليدية للسبب عند صياغته لنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي القديم ، التي تنص على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب وتشترط أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا، فإنه وفي ظل أحكام السبب المقررة في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري ، والتي لا تشترط فيه إلا شرط واحد فقط وهو أن يكون مشروعا، فإن إمكانية استناد القاضي الوطني على آلية انعدام السبب لإلغاء الشروط التعسفية ومنح حماية للمستهلك إ ازئها، يحتاج إلى اجتهاد قضائي فاصل يسلم بفكرة انعدام السبب التي تجد أساسها في النظرية التقليدية، وهو الاجتهاد الذي قد يلقى وفي حال صدوره

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص56.

[2] Hélène Bricks, Les clauses abusives, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France , 1982, p 28.

ترحيبا من جانب الرأي الفقهي[1] الذي يقول بازدواجية السبب في القانون المدني الجزائري ، أي سبب العقد بالمعنى الحديث وسبب للالتزام بالمعنى التقليدي.

الفرع الثاني: نظرية الغبن لإعادة التوازن العقدي

الغبن في اللغة هو النقص، ويقصد به اصطلاحا كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر، أي حالة عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد ، وبعبارة أخرى عدم التعادل بين ما يبذله المتعاقد وما يأخذه ، وقد ي وقد ينظر إليه من الناحية المادية ، وهو ما يعرف بالغبن ، وقد ينظر إليه من الناحية فيسمى استغلال[1] .

والغبن في الفقه الاسلامي نوعان يسير، وفاحش. أما الغبن اليسير فهو ما دخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء ، وذلك في حدود عشرة في المائة مثلا ، كشراء شيء بمائة ثم يقدره الخبير بخمسة وتسعون مثلا، وأما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء[2]، كما هو الحال بالنسبة للغبن في بيع العقار الذي حددته بعض تشريعات الدول العربية ، ومنها التشريع الجزائري بالغبن الذي يزيد عن الخمس[3].

لقد تطورت نظرية الغبن المادية التي سادت قديما إلى نظرية نفسية في العصر الحاضر، تقوم على عنصر شخصي إلى جانب العنصر المادي المتمثل في التفاوت بين الأداءات ، بحيث تصيب رضا أحد المتعاقدين وتجعله معيبا بما يصطلح على تسميته بعيب الاستغلال ، وهو عيب عرفته التشريعات الحديثة مثل القانون الألماني والسويسري في حين لم يعرفه القانون الفرنسي ، وان كان القضاء هناك يأخذ بإبطال العقد للاستهواء La capitation أو الإيحاء La suggestion ، وهو يختلف عن الغبن في أن معياره شخصي بينما معيار الغبن موضوعي مادي ، بحيث أن معيار الاستغلال يكمن في أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بحالة الطيش أو الهوى التي تعتري شخصيته،

[1] أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 83 .

[2] نذير حمادو، حماية المستهلك من الغبن والغرر في الفقه الاسلامي، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص (أبريل) 1997، ص 156 .

[3] أنظر المادة 358. من القانون المدني الجزائري.

فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم به المتعاقد المغبون[1].

ورغم التطور الذي طال نظرية الغبن، إلا أن القوانين لم تستجب جميعا لهذا التطور، بحيث مازال بعضها متشبثا بنظرية الغبن المادية كالقانون الفرنسي، وفيما يلي سنتناول البحث في مسألة الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي الغبن، ثم نتطرق بعد ذلك إلى كيفية إعمال القاضي لنظرية الغبن لإعادة التوازن للعقد المختل بفعل الشروط التعسفية.

أولاً: الاستناد التشريعي على نظريتي الغبن

إن الاستغلال أمر نفسي بينما يعد الغبن مظهرا ماديا له[2]، لذا فقد نصت المادة 129 من القانون المدني المصري على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هو ى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

بينما نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم 05-10[3] على أنه:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ...".

[1] علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص 19.

[2] عامر قاسم أحمد القيسي، الجماية القانونية للمستهلك ، دراسة مقارنة في القانون المدني و المقارن ن دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،مصر ،2004 ، ص 17.

[3] أنظر القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

لقد أخذ كل من المشرع المصري والجزائري بالنظرية المادية للغبن ، وذلك توافقا مع المشرع الفرنسي ، الذي أخذ بنفس النظرية بموجب المادة 1118 من القانون مدني[1]، هذه النظرية يعني الغبن في نظرها عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين ، لكن هذه النظرية لم يأخذ بها المشرعين المصري والجزائري في القانون المدني على إطلاقه ا، وانما حصرا تأثير الغبن وفقها على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر[2]، لا تهم في أغلبها أحوال المستهلكين[3].

وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقا مع المشرع الألماني[4]، وتأسيسا على مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، فإنهما – أي المشرع المصري والمشرع الجزائري – أسسا أحكام الغبن كأحد عيوب الإرادة ، من جهة أخرى على النظرية الشخصية والتي جعلا منها سببا من أسباب إبطال العقود[5]، وهي نظرية لا تعتد بتقدير الشيء بقيمته المادية فقط، بل بقيمته الشخصية أيضا بالنظر إلى ظروف المتعاقد، فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلال في الأداءات المتقابلة وحده ، وانما يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر، والجزاء في هذه الحالة هو بطلان العقد بطلانا مطلقا في القانون الألماني ، باعتبار أن الغبن هو عمل غير مشروع ومخالفا للآداب، وفي القانون المدني المصري والجزائري يكون للقاضي سلطة تقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص الت ازمات الطرف المغبون، الذي يكون في أغلب الأحوال مستهلكا[6].

---

[1] "La lésion ne vice les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certains personnes, ainsi qu'il sera expliqué en le même section .".

[2] حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس المنصوص عليها في المادة 979 فقرة أولى من القانون المدني، وكذا حالة غبن الشريك في القسمة المنصوص عليها في المادة 991 فقرة أولى من القانو ن المدني.

[3] محمد بودالي ، المرجع السابق، ص 19.

[4] المادة 13(مدني ألماني) : حيث تبنى المشرع الألماني النظرية الشخصية للغبن والتي نصت على " : أن العمل القانوني المخالف للآداب يعتبر باطلا ويعتبر باطلا بوجه خاص العمل القانوني الذي يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته، ليحصل لنفسه أو لغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع"، أورده، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقار ن، مرجع سابق، ص 19، هامش 2.

[5] أي الغبن كعيب من عيوب الرضا.

[6] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 97.

وبالتالي يمكن القول أن تأثر كل من المشرع المصري والمشرع الجزائري بالقانون الألماني في هذا المقام، أي باعتناقهما للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن كأحد عيوب الإرادة التي تقوم على الاستغلال ، قد تجنبا القصور التشريعي الحاصل في القانون الفرنسي ، لما اعتنق هذا الأخير النظرية المادية للغبن ، ولا شك أن سلطة القاضي عند تقرير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقا منها في النظرية الموضوعية[1].

ثانيا: اعتماد القاضي على نظرية الغبن لإلغاء الشروط التعسفية

من خلال ما سبق بيانه أعلاه ، يتضح جليا أن مفهوم الغبن الناتج عن الاستغلال[2] يتلاءم تماما مع موضوع الشروط التعسفية ، كون أن هذه الأخيرة تنطلق أساسا من مبدأ عدم التوازن الظاهر أو البين بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك ، وأن أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال ستسمح للقاضي بتوفير حماية للمستهلك ضد تلك الشروط ، طالما أن وجود هذا العيب في العقد سوف يؤدي لا محالة إلى وجود تفاوت بين في الالتزامات، مما يعني أن العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية هو عقد به غبن.

إذن فالقاضي يعتمد على نظرية الغبن الناتج عن الاستغلال من أجل التدخل واعمال سلطته في إعادة التوازن العقدي الذي أصبح مختل بفعل أحد الشروط التعسفية، وذلك إما بإبطال العقد كليا أو الانقاص من التزامات المستهلك، من خلال إبطال الشروط التي أدت إلى وجود تفاوت بين التزامات الطرفين.

وعلى المستهلك الذي يؤسس دعواه الرامية إلى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية على أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال المنصوص عليها بالمادة 90 من القانون المدني، أن يثبت عنصريه المادي والنفسي

---

[1] محمد بودالي ، المرجع نفسه، ص 11.

[2] نرى من الأحسن أن نطلق على العيب الذي يشوب إرادة أحد المتعاقدين وفقا لما تنص عليه المادة 79 من القانون المدني، والذي يجعل من العقد قابلا للإبطال لمصلحته، مصطلح الغبن الناتج عن الاستغلال، طالما أن المشرع اعتمد على كل من النظرية المادية والشخصية في تقريره لهذا العيب، تأسيسا على أن التفاوت الحاصل بين الأداءات أو الالتزامات التعاقدية كان ناتجا عن استغلال المتعاقد الآخر للحالة النفسية التي تعتري نظيره المتعاقد المغبون.

ويتمثل العنصر المادي في عدم التكافؤ بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الذي استغله ، شرط أن يكون عدم التكافؤ فادحا أو فاحشا[1]، وبالتالي ينبغي على المستهلك أن يوضح للقاضي الفاصل في النزاع حالة عدم التكافؤ الفادحة أو الفاحشة بين التزاماته والتزامات المحترف الذي تعاقد معه ، كما لا يكفي عدم التكافؤ متى كان مألوفا، بل ينبغي أن يكون خارجا عن المألوف[2]، ويترتب على ذلك أن للقاضي سلطة في تقدير حالة عدم التكافؤ تلك، غير أن الاشكال الذي يثور بصدد هذه المسألة، يتعلق بالضابط أو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير حالة عدم التكافؤ بين التزامات المستهلك والمحترف، وما إن كانت تتسم بالفداحة أو الفحش، وتخرج بذلك عن الحد المألوف؟.

وبالرجوع إلى نص المادة 90 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد عبر عن الضابط المعتمد لتقدير حالة عدم التكافؤ الفادحة ،في عبارة : " إذا كانت الت ازمات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة ..."، أي عبر عنه بوضعية التفاوت الكثير في النسبة بين الالتزامات، إلا أنه لم ينص على رقم معين ينبغي أن يبلغه الفارق[3] حتى تتوفر حالة عدم التكافؤ الفادحة، تاركا بذلك الأمر مرة أخرى لتقدير القاضي، على أن تكون العبرة في تقدير الاختلال بقيمة الشيء وقت التعاقد وليس بعده ، وأن يعتد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد المتضرر، أي القيمة التي كان مستعدا لدفعها في سبيل حصوله على الشيء[4]. في حين ينظر للعنصر النفسي للغبن الناتج عن الاستغلال كأحد عيوب الإرادة ، الذي استند عليه المستهلك في تأسيس دعواه الرامية إلى إعادة التوازن العقدي ، من ناحيتين فهو بالنسبة للمستهلك ضعف نفسي، ويكون حينئذ ووفقا لنص المادة 90 من القانون المدني واحد من أمرين ، طيش بين أو هوى جامح ، أما بالنسبة للمحترف ، فيكون استغلاله لحالة الضعف التي تعتري نفسية المستهلك والاستفادة منها.

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص79

[2] توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 19.

[3] كما فعل في حالة الغبن الذي يلحق بعقد البيع الوارد على العقار، المنصوص عليه في المادة 358 فقرة أولى من القانون المدني، لما حدده بالغبن الذي يزيد عن الخمس، بنصها على أنه: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 99 .

وعليه ومتى توافرت شروط تطبيق أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال ضمن عقد الاستهلاك محل المطالبة القضائية بإعادة التوازن العقدي، كان للمستهلك المغبون إما طلب إبطال العقد، الأمر الذي قد لا يخدم مصلحته في حالة ما إذا كان بحاجة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، و اما المطالبة بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن، واعادة التوازن للعقد، وما تجدر الاشارة إليه أن القاضي يبقى مقيد دائما بطلبات الأطراف ، إذ لا يجوز له توقيع الإبطال متى طلب المستهلك الانقاص من الالتزامات فقط ، اعمالا لمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم.

ومما لا شك فيه أن المشرع الجزائري باعتناقه للنظرية الشخصية التي تقوم على استغلال الضعف النفس الذي يعتري شخصية المتعاقد المغبون، عند وضعه لأحكام الغبن المنصوص عليه في المادة 79 من القانون المدني، يكون بذلك وكما سبق وأن أشرنا إليه، قد تجنب القصور التشريعي في فرنسا بتبنيه للنظرية المادية للغبن، والتي تعتبر غير فعالة لأنها تلعب دورا جد ضيق في مكافحة الشروط التعسفية، طالما أن المشرع حصرها في حالات خاصة حسب المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي[1].

غير أن ما يعاب على أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال ضمن القانون المدني الجزائري ، كآلية يستند عليها القاضي لمكافحة الشروط التعسفية، هو عدم منحها الحماية اللازمة للمستهلك في جميع الحالات بإبطال كافة أنواع وأشكال الشروط المخلة بتوازن العقد ، كون أن نظرية الغبن تمنح حماية محدودة ، طالما أن المشرع حصر نطاق تطبيقها في حالة الضعف التي قد تلحق بالمستهلك نتيجة الطيش البين أو الهوى الجامح فقط ، في حينه أنه وفي مجال العلاقات التعاقدية الاستهلاكية غالبا ما يسعى المحترفون إلى استغلال المستهلك ليس فقط من حيث طيشه البين أو هواه الجامح ، وانما أيضا من حيث حاجته الملحة إلى السعة أو الخدمة ، أو عدم درايته الكافية بمجال التعاقد بما يسمح للمحترف بتضمين العقد بالعديد من الشروط التعسفية، هذه الأخيرة قد تفلت من الرقابة القضائية التي يعتمد فيها القاضي على نظرية الغبن الناتج عن الاستغلال.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، اعتمد المشرع العراقي وفي إطار صياغته لأحكام الغبن الناتج عن الاستغلال كأحد عيوب الرضا ، إلى جانب حالات الضعف النفسي من الطيش و الهوى، على

[1] راجع المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي القديم .

حالات أخرى تمثلت في حاجة المتعاقد لإبرام العقد ، وعدم د اريته وخبرته بمجال التعاقد، إذ نصت المادة 125 من القانون المدني العراقي على أنه: " إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته ، أو ضعف إدراكه ، فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول... "، وهو نفس ما ذهبت إليه المادة 138 فقرة 2 من القانون المدني الألماني بنصها على أنه: " يعتبر باطلا بشكل خاص كل تصرف قانوني يستغل فيه الشخص حاجة الغير، أو طيشه، أو عدم خبرته، ليحصل لنفسه أو لغيره نظير شيء يؤديه على منافع مادية تزيد في قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء"[1].

وعليه يمكن القول أن أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال حسب التشريع الجزائري، كان بإمكانها أن تمثل آلية فعالة يعتمدها القاضي في مكافحة الشروط التعسفية، لو أن نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري جاء واسعا ولم يحصر الاستغلال على حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح فقط، بحيث كان من الأفضل لو أن المشرع ابتعد عن التعداد واكتفى بالنص على الاستغلال بصفة عامة، بالشكل الذي يكون فيه كل عقد قابلا للإبطال عندما يكون التفاوت في الأداءات التي يرتبها فاحشا وناتجا عن استغلال أحد الأطراف للآخر.

الفرع الثالث: مبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي

يوجد ضمن أحكام القانون المدني مبدأ آخر يمكن للقاضي اعتماده لمنح المستهلك بعض الحماية من الشروط التعسفية، بحيث يعتبر المبدأ بمثابة آلية عامة من شأنها تحقيق نوع من التوازن العقدي الذي أصبح مختل بفعل الشروط التعسفية، وان كانت الحماية التي يوفرها هذا المبدأ في حدود ضيقة.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن الحماية التي يوفرها مبدأ حسن النية ليست مقتصرة على المستهلك فقط وانما تمتد إلى أي متعاقد يكون في مركز ضعف إزاء نظيره المتعاقد الآخر، تأسيسا على أن الأحكام العامة للعقود المنصوص عليها في القانون المدني ليست موجهة إلى فئة

[1] أحمد محمد ديب حجال ،القواسم المشتركة لعيوب الرضى ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006، ص 47 .

معينة بذاتها ، على خلاف قانون المستهلك الذي يخاطب فئة المستهلكين والمحترفين، إذ أن الأحكام الحمائية التي تتضمنها نصوصه موجهة لفئة المستهلكين دون سواهم، وفيما يلي سنتولى إلقاء نظرة على هذا المبدأ، من حيث تعريفه(أولا) ثم نخوض في البحث في مدى إمكانية اعتماد القاضي على هذا المبدأ لإحاطة المستهلك بقدر من الحماية من الشروط التعسفية (ثانيا) .

أولا: تعريف مبدأ حسن النية

يعتبر حسن النية (Bonne foi) من العوامل الجوهرية في النظام القانوني وفي العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد، فبغير إعماله ومراعاة مقتضياته لا يكون إلا الاختلاف بين أطراف العقد بما يؤدي إلى نشوء المنازعات سيما في مرحلة تنفيذ العقود[1].

يقصد بمبدأ حسن النية (Le Principe de bonne foi) على أنه تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع ، كما تفيد النية الحسنة، القصد السوي ، أو الصراحة، وعليه فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش وأي رغبة في الإضرار بالغير، وبصفة عامة مبدأ حسن النية له مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير[2].

وفي تعريف آخر لمبدأ حسن النية ، أنه "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعدالة التي أنشئ من أجلها ، والتزم بها كل من طرفي العقد

---

[1]- الحاكم القضائي المختص بالفصل في منازعات الأجانب، فبعد أن اتسعت الامبراطورية الرومانية وازداد عدد الأجانب سواء اللاتينيين الذين يعيشون في إيطاليا أو بقية الشعوب والأمم التي حكمتها الامبراطورية ، أصبح قانون الألواح الاثني عشر غير صالح لحكم هذه الشعوب المختلفة العادات والتقاليد والطباع، لذلك تم إنشاء وظيفة الحاكم القضائي المختص بالفصل في منازعات الأجانب وسمي (البريتور)وبدأ هذا الأخير باستخدام الحيلة القضائية في تطوير القانون الروماني ومحاولة تخفيف أحكامه الغليظة القاسية فظهر ما يسمى بقانون الشعوب وهو القانون الذي استخدمه البريتور للفصل في منازعات الأجانب، وكان هذا القانون يعتمد على ثلاث مصادر رئيسية هي: القانون الروماني بعد تخليه عن الشكليات والرسميات، والقانون اليوناني الخالي من الشكليات، وكذلك مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، بعد ذلك بدأ القانون الروماني نفسه يندمج مع قانون الشعوب ويأخذ منه بعض المبادئ مثل مبدأ افت ارض حسن النية في المعاملات.

[2] عبد الحكيم فودة ،تفسير العقد في القانون المصري والقانون المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 1991، ص 77.

بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع ، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"[1].

ويعود مبدأ حسن النية إلى عهد القانون الروماني، إذ كان الشخص في ظل هذا القانون يلزم بالوفاء بما تعهد به، ولا يمكنه الاخلال بالثقة والأمانة ، والا أعتبر مرتكبا لعمل يدخل في نطاق الغش والخديعة بحيث رتب " البريتور"[1] جزاء لمن أخل بذلك، فمنح الدائن دعوى تؤسس على حسن النية (العادات التي تسود بين الناس الشرفاء) ليعرف هذا النوع من الدعاوى فيما بعد بدعاوى حس النية[2]، وان كان مبدأ حسن النية في القانون الروماني لا يشمل كافة العقود، والتي قسمت في ظله إلى عقود القانون الضيق التي تنفذ حرفيا ، والى عقود حسن النية.

ففي ظل القانون الروماني كانت تطلق تسمية "Bonafides" على العقود التي يتحتم أن تراعى فيها نوايا المتعاقدين واخلاصهم والثقة المتبادلة فيما بينهم ، أي أن تراعى جميع تلك الاعتبارات المعنوية والأدبية إلى جانب ما كان يجب مراعاته من الشكليات الموضوعة لتلك العقود ، وفي هذا الصدد ذهب شراح القانون الروماني مذاهب مختلفة في تفسيرهم لمعنى حسن النية ، فمنهم من أرى قصره على مقتضيات العدالة ، ومنهم من رأى انصرافه إلى وجوب انتفاء الغدر والخديعة ، ومنهم من يدخل في معنى حسن النية الجهالة والخطأ المغتفر، فحسن النية حسب القانون الروماني ، يشكل أحيانا مبدأ نفسيا إدراكيا يتجسد بالمعرفة والجهل ، وآخر نفسي أدبي يدل على حالة إنتفاء الغش والخداع، وفي الأخير فحسن النية يشكل مبدأ قانونيا له كيانه وأصوله الخاصة به حسب القانون الروماني.

أما في الشريعة الإسلامية فإنه وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي يتبين أنها لا تتجاهل مفهوم حسن النية في العقود، فالعقود حسبه[5] مبنية في الأصل على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، وأن الوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود وهي ميعها من نتائج الأمانة والصدق[2].

وان كان حسن النية من المبادئ التي تكتسي طابعا أخلاقيا والتي من المفروض أن تطبع سلوك المتعاقد بحيث لا يمكنه تجاهلها في معاملاته وتصرفاته، إذ ينبغي على كل متعاقد أن يتحلى بحسن

[1] تعريف للدكتور مصطفى العوجي، مشار إليه في مؤلف أحمد محمد ديب حجال ،المرجع نفسه ، ص 80.

[2] أحمد محمد ديب حجال ،المرجع السابق، ص 99.

النية في جميع مراحل العقد بدأ من مرحلة الإبرام إلى غاية مرحلة التنفيذ ، وبالتالي أن يتصف المتعاقدين بقدر من الأخلاق في تعاملاتهم ، فإن هذا لا يعني أن مبدأ حسن النية ليس له مدى قانوني ويقتصر على مداه الأخلاقي فقط، والدليل على أن مبدأ حسن النية تعدى الصعيد الأخلاقي إلى الصعيد القانوني، هو تكريس حسن النية كمبدأ قانوني يحكم العقد في العديد من التشريعات الحديثة[1].

ولعل أهم مظاهر مبدأ حسن النية على الصعيد القانوني هي الأمانة في إبرام العقود وفي تنفيذها والتعاون بين المتعاقدين حتى يصلا بعقدهما إلى أفضل نتيجة وأحسن غاية كان قد توخاها معا عند إقدامهما على التعاقد، إلى جانب الثقة المشروعة بحيث يكون المتعاقدين على قدر من النقاء والنزاهة والشرف بما يضفي على المعاملة التعاقدية ثقة متبادلة، إضافة إلى ضرورة انتفاء ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق الذي قد يمارسه أحد المتعاقدين ومن ثم الخروج بالحق عن حدود حسن النية[2].

وبالتالي فتصرفات المتعاقد بما يخالف حسن النية، أي أفعاله الصادرة عن سوء نيته ، إما أن تكو ن سلبية، كامتناع البائع عن إعلام المشتر ي بعيوب المبيع الخفية، واما أن تكو ن إيجابية، كإد ارج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المحترف والمستهلك، يسعى المحترف من خلال الشرط إلى الحصول على ميزة فاحشة وبالنتيجة إلحاق ضرر بالمستهلك.

إذن فالسؤال المطروح هو، إلى أي مدى يمكن أن يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية لإلغاء الشروط التعسفية المدرجة في العقد من طرف المحترف؟، وهو ما سنعالجه في ما يلي:

---

[1] المشرع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني، المشرع الألماني في المادة 242 من القانون المدني، المشرع المصري في المادة 148 من القانون المدني، المشرع اللبناني في المادة 221 من القانون المدني، والمشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني.

[2] حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة ن دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1997 ، ص 62 .

ثانيًا: اعتماد القاضي على مبدأ حسن لإعادة التوازن العقدي

للوقوف على مدى إمكانية اعتماد القاضي على مبدأ حسن النية كآلية عامة واردة في القانون المدني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، بإلغاء أي شرط في العقد يهدد توازنه لحساب المحترف، ينبغي الإجابة أولا على التساؤل الذي مفاده: هل أن مبدأ حسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ وتفسير العقد فقط، أو أنه يشمل المرحلة السابقة له ؟، طالما أن الشروط التعاقدية التي قد تتسم بالطابع التعسفي يتم إد ارجها في مرحلة إنشاء العقد أي عند إبرامه بين المحترف والمستهلك، أي في مرحلة سابقة للتنفيذ والتفسير. لقد اختلفت التشريعات المقارنة التي اعتمدت في تقنيناتها المدنية على حسن النية كمبدأ قانوني يحكم العلاقات التعاقدية ، في الإجابة على التساؤل المطروح أعلاه ، فهناك منها من كرس قاعدة عامة مفادها أنكل فرد ملزم بأن يمارس حقوقه وينفذ الت ازماته وفقا لقاعدة حسن النية[1]، فجاءت بنصوص ترعى بصفة عامة حسن النية في التعاقد ، وذلك بوجوب أن تعقد الاتفاقات وتنفذ بحسن نية ، ومن بين تلك التشريعات القانون المدني الألماني في المادة 242 منه، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 221 منه.

فالمادة 242 من القانون المدني الألماني، نصت على مبدأ حسن النية بوصفه مبدأ عام، بشرط أن لا يؤدي إعماله إلى المساس باستقرار المعاملات ، كما أن المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود الأشد وقعا، عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته، كما منحت المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976، والمتعلق بالشروط العامة للعقود، للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التواز ن العقدي ، والعمل على تحقيقه لما تكون بصدد الفصل في منازعات قضائية يتعلق موضوعها بمكافحة تلك الشروط المدرجة في العقد، وفي ذات السياق نصت المادة 09 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية[2].

[1] المادة الثانية من قانون الالتزامات السويسري التي تنص على أنه : "يجب استعمال الإنسان لحقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا لمقتضى حسن النية وأن الإساءة الظاهرة في استعمالها لا يحميها القانون".

[2] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 19.

في حين نصت المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني[1] على أنه: " إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا حسن النية والإنصاف والعرف"، وهناك من ير ى[2] أن هذا النص وان كان يندرج تحت عنوان آثار العقد، إلا أن تطبيق مبدأ حسن النية الذي كرسه لا يقتصر على مرحلة التنفيذ والتفسير فقط، بل يتعدى ذلك إلى مرحلة إنشاء العقد، لأن المشرع نص صراحة على أن العقود يجب أن تفهم comprises وفقا لحسن النية، ومن المنطقي أن العقود تفهم عند إنشاءها وتكوينها ، ففي مرحلة المفاوضات يجب أن يقوم كل من المتعاقدين بفهم الالتزامات الملقاة على عاتقه ، وأن ذلك يجب أن يتم في مرحلة تكوين العقد، وهي المرحلة الأولى والأساسية التي ترتكز عليها المرحلة الثانية وهي مرحلة التنفيذ والتفسير، فبقدر ما تفهم العقود بحسن نية أثناء تكوينها بقدر ما يأتي تنفيذها وتفسيرها في الم ارحل اللاحقة وفقا لهذا المبدأ.

وبالتالي وحسب التحليل المذكور أعلاه للمادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والذي نؤيده فإن مبدأ حسن النية كآلية عامة يسمح للقاضي بإحاطة المستهلك بنوع من الحماية من الشروط التعسفية التي قد يحتويها عقد الاستهلاك من خلال إعادة التوازن له الذي أصبح مختلا بفعلها، طالما أن إد ارجها في العقد من طرف المحترف أثناء مرحلة التكوين كان وبدون شك بسوء نية، وأن سوء نية المحترف في ذلك تستخلص من قصده في الحصول على ميزة غير مبررة بدون مقابل.

وعلى خلاف المشرع الألماني واللبناني، فقد انحصر تطبيق مبدأ حسن النية حسب المشرع الفرنسي في مرحلة التنفيذ فقط دون مرحلة إنشاء وتكوين العقد ،ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي[1] أوجبت أن يكو ن تنفيذ العقد بحسن نية، وعلى الرغم من ص ارحة نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن هناك من الفقه من يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظل العقود جميعها سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو بتنفيذها[3] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 107 فقرة أولى من القانون المدني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وفي ذلك اعت ارف للقاضي بسلطة ال ازم

---

[1] التي تقابل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 148من القانون المدني المصري والمادة 107من القانون المدني الجزائري.

[2] أحمد محمد ديب حجال ،المرجع السابق، ص 114.

[3] Jacques Ghestin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 1ère édition, op.cit., p 140.

المتعاقدين بتنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه من الت ازمات، على أن يتم التنفيذ بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، وبالتالي تجنب أي غش أو خداع عند الوفاء[1].

ولقد ذهب المشرع المصر ي إلى نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والجزائري ، حيث نصت المادة 148 من القانون المدني المصري ، المطابقة لنص المادة107 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري على أنه : "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن نية".

ونلاحظ من خلال ما سبق أن كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري نص على مبدأ حسن النية عند تطرقه للقواعد القانونية التي تحكم مسألة تنفيذ الالتزامات ، إلا أن الرأي المستقر عليه لدى الفقه الفرنسي هو أن مبدأ حسن النية عام فهو يشمل مرحلتي إنشاء العقد وتنفيذه ، كما أن الشريعة الإسلامية جعلت مبدأ حسن النية مسيطر أو مهيمن على العقد في جميع مراحله منذ مرحلة التفاوض ومرورا بمرحلة الابرام إلى غاية التنفيذ[2].

وكخلاصة لما سبق بيانه نقول أن القواعد العامة في ظل التشريع الوطني والتشريعات المقارنة سيما المشرع الفرنسي والمصري وان كانت تتضمن أحكاما تشكل آليات عامة للحماية يمكن للقاضي الاعتماد عليها لإعادة التوازن العقدي، إلا أنها تبقى عاجزة نوعا ما وقاصرة عن توفير حماية قضائية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، ذلك أن القواعد العامة لم تسن بالأساس لحماية فئة المستهلكين، فظلا عن أن تطور مصدر التعسف وتحوله من الاذعان التعاقدي وشروط صحة العقد إلى ميزة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف، جعل القواعد العامة عاجزة عن مواكبة ذلك التطور وهو ما يبرر اعتماد التشريعات على أحكام خاصة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تتضمن تقنيات وآليات جديدة لمكافحة تلك الشروط.

[1] عبد الرازق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 700 .

[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية – مصر، 2004، ص24 .

الفصل الثاني :

أساليب الرقابة

على

الشرط الجزائي التعسفي

إن حماية المستهلك من بين الاهداف التي تسعى إليها معظم الدول ، فظهرت عدة وسائل وتدابير تعمل على الوقاية من الشروط الجزائية التعسفية ، لما تحققه من عدم توازن في جل العقود وخصوصا عقود الاستهلاك ، حيث تنوعت هذه التدابير الوقائية فمن الطرق الحديثة في الرقابة تتمثل في اصدار نصوص قانونية تحتوى على قوائم محددة للشروط الجزائية التعسفية (المبحث الأول) ، بالإضافة إلى رقابة إدارية كألية أيضا لمواجهة هذه الشروط الجزائية التعسفية من خلال إنشاء لجنة الشروط التعسفية التي تقوم بمراقبة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين ، ومباشرة الحكومة ايضا في هذه الرقابة من خلال إصدار مراسيم تحدد الشروط الجزائية التعسفية (المبحث الثاني) ، وعلى خلاف هذه التدابير هناك وسيلة رقابية تتمثل في رقابة القضاء سواء كان قضاء إداريا أو مدنيا من اجل التصدي لهذه الشروط الجزائية التعسفية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التدابير القانونية لمواجهة الشّروط الجزائية التعسّفية:

يتضمن هذا المبحث نقطتين أساسيتين : القوائم المحددة للشروط التعسفية بموجب القوانين في (المطلب الأول) و ضمانات احترام نظام القوائم في (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : القوائم المحددة للشروط التعسفية بموجب القوانين :

استطاع المشرع الالماني ان يكون من الأوائل في إصدار قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية ،وهو قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود ، وكان يتضمن قائمتين من الشروط التعسفية قائمة تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون ، سميت بالقائمة السوداء شملت عدة اصناف نصت عليها المادة 10 من هذا القانون من بينها:

1- إطالة اجال التسليم أو تنفيذ إلتزام المحترف .

2- أجل إضافي طويل للمحترف لتنفيذ إلتزامه .

3- حق المحترف في إبطال العقد دون مساس مادي مبرر أو في تعديله .

4- حق المحترف في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه .

5- حقه في إختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الساري المفعول ، إذ لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة [1].

وقائمة رمادية تضمنت 10 اصناف من الشروط التعسفية ، نصت عليها المادة 11 من القانون الألماني السالف ذكره ، ومن بين هذه الشروط :

- حق المحترف برفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها في خلال مدة أربعة أشهر.
- استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج او الخدمة .
- عدم حق المستهلك في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس .
- حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له وعليه .
- الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه .
- استبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[2].

ولما كان المشرع الألماني السباق لفكرة وضع القوائم المحددة للشروط التعسفية ، تأثرت مجموعة من التشريعات بهذا الأمر وبالتحديد المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري ، وهذا ما سنتناوله في فرعين :

[1] عامر أحمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، دراسة في القانون المدني والمقارن ، الأردن ، 2002 م ، ص148-149

[2] حمد الله محمد حمد الله ، المرجع سابق ، ص112 .

تحديد القوائم وفقا القانون الفرنسي المحددة للشروط التعسفية في(الفرع الاول) و تحديد القوائم في القانون الجزائري(الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تحديد القوائم بالنسبة للمشرع الفرنسي

اختلف المشرع الفرنسي عن نظيره الالماني الذى تبنى قائمتين ، الأولى سوداء التي تعتبر الشروط الواردة باطلة بقوة القانون ولا يكون للقاضي اي سلطة في تعديلها ، وقائمة ثانية رمادية الذي أعطى للقاضي السلطة في تقديرها ، وإنما إختار المشرع الفرنسي نظاما تتعدد فيه مصادر قوائم الشروط التعسفية ، حيث قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود والتي تكون محلاً للشّروط الجزائية التعسّفية في حالة مخالفتها، وذلك بموجب المادة 35 من قانون 10جانفي 1978 تتعلق هذه العناصر بتكوين العقد، وبالشّروط المتعلقة بالخاصية المحدّدة أو قابلية التحديد للثمن ومدّا، وشروط الفسخ أو التجديد، وكذلك تنفيذ العقد والشّروط المتعلقة بالدفع للثمن، وتلك المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشّروط المتعلقة بعبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمانات، وشروط التنفيذ والفسخ[1].

وتجدر الإشارة أنّ هذه القائمة أتت على سبيل الحصر، وما يؤكد ذلك هو القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي[2] في 03 ديسمبر 1981.

وفي عام 1995 قام المشرّع الفرنسي بإيراد ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسّفية، إذا توافرت فيها العناصر الثلاثة للشّرط التعسّفي المذكورة سابقاً.

[1] احمد محمد الرفاعي ، المرجع سابق ، ص255 .

[2] Larroumet, note, D. 1981, JP., p. 228. et J.C.P, 1981 – 2 – 19502.

وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية لعام 1993 . وقد جاءت شاحبة على حد تعبير البعض[1] ، فهي من جهة تفتقر للقوة الإلزامية التي تتميزا المراسيم، ومن جهة أخرى تحمل المدعي عبئ إثبات الطابع التعسّفي للشّرط وفقا لنص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك[2].

وهي تضم سبعة عشر نوعاً من الشّروط تتعلق بـ :

1. استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية، نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.
2. استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم – الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
3. النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، وتعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.
4. إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، في حالة تراجع المحترف نفسه.
5. فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضاً مبالغاً فيه وغير متناسب.
6. إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.
7. إجازة بإنهاء عقد محدّد المدّة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب الجسيم.
8. التمديد التلقائي لعقد محدّد المدّة.
9. الإثبات القاطع لإذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.
10. إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.
11. إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة ...

[1] J. Calais - Auloy et F. STEINMETZ: précité, p. 192.

[2] خليل محمد عبد الفتاح خليل ، المرجع سابق ، ص98.

12. النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.
13. منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.
14. تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه ...
15. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
16. النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.
17. استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن ...

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الفرنسي أصدر قانون 28 جانفي 2005 المسمّى قانونChâtelنسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام، وتمثيل وحماية المستهلكين. وقد عدّل هذا القانون قانون الاستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب تحت عنوان أحكام مختلفة، وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشّروط التي يمكن أن تعدّ تعسّفية، الشّرط الذي يلزم المستهلك على قبول – بشكل خاص– نظام بديل لتسوية النزاعات[1].

الفرع الثاني: تحديد القوائم بالنسبة للمشرع الجزائري

قصد توفير المشرع حماية للمستهلك حدد الشروط التعسفية في القانون 04-02 المطبق على الممارسات التجارية[2](أ) ثم في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود

[1] محمد بودالي ، المرجع سابق ، ص35-36.

[2] راجع المادة 3و29 من القانون 04-02 المؤرخ في 27 يونيو 2004 المطبق على الممارسات التجارية .

المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1] **(ب)** والهادفة إلى كشف ثم حماية المستهلك من هذة الشروط التعسفية **(ج).**

أولا – الشروط التعسفية المحددة وفق القانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 06-10 :

سهل المشرع التعرف على عناصر الشرط التعسفي من خلال تعريفه له، فجاءت المادة 3 من القانون رقم 04-02 أن الشرط التعسفي يكون :

- عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
- أن يكون العقد مكتوب.
- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أ وعونا إقتصاديا.
- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق

وإلتزامات أطراف العقد.

هذا وقد بادر المشرع الجزائري بوضع قائمة محددة للشروط التعسفية، أوردها على سبيل المثال، وحسب ما تناولته المادة 29 منه فإنه تعتبر شروط تعسفية البنود التالية:

- أخذ الحقوق و/أو إمتيازات لا تقابلها حقوق و/أو إمتيازات مماثلة معترف بها المستهلك .

[1] راجع المادة 05 من المرسوم التنفيذي الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية .

- فرض إلتزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد المهني بشروط يحققها متى أراد .
- إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج 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 إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة التزامات في ذمته .
- التفرد بتغيير أجال تسليم المنتوج أو أجال تنفيذ الخدمة .
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة ، تطابقا لما جاء في المادة 106 من ق م ج التي نصت على أن" :العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إلغائه إلا باتفاق الطرفين."

ما يلاحظ على المادة 29 من القانون رقم 04-02 التي تضمنت 08 اصناف للشروط التعسفية أنها قصرت الحماية من الشروط التي تضمنتها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، وهذا ما توضحه عبارة" : تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنع هذا الأخير....."، علما أن نصوص القانون 04-02 تحمي حتى المهني من الشروط التعسفية، ويتضح ذلك حسب العناصر المشكلة للشرط التعسفي كما رأيناه سابقا.

وتوجه المشرع لإيراد هذه القائمة على سبيل المثال لا الحصر، وبهذا يكون قد وفر حماية أفضل للطرف الضعيف(المستهلك) بإعطاء القضاء حرية الحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية، استناد إلى نص المادة 5/3 من القانون 04-02 المعدل والمتمم[1] .

ثانيا : الشروط التعسفية المحددة وفق المرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم بالقانون 08-44

هناك من الشروط يمكن الاكتفاء بها من القانون رقم 04-02 لاحتوائها نفس المعنى ، فمثل ما جاء في القانون رقم 04-02 من شروط تعسفية فإن المرسوم التنفيذي 06-306 جاء بشروط يتعلق بعضها بـ :

1-شروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد :

نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ضمن الفقرتين 2 و 7 بشرطين يتعلقا بتكوين العقد ويظهران في:

– تقليص عناصر العقد الأساسية، لاسيما كيفيات الدفع، الأسعار والتعريفات، شروط التسليم وأجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أوالخدمات، خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات ، إجراءات فسخ العقد.

– فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد.

[1] ا راجع لمادة 5/3 من القانون 04-02 المطبق على الممارسات التجارية المعدل والمتمم.

2 – شروط متعلقة بآثار العقد :

ذكرت ثمانية شروط أُعتبرت تعسفية والتي أوردتها الفقرات3 و 5 ومن الفقرة 8 إلى الفقرة13 وهي كالتالي :

–تعديل العقد أو فسخه دون تعويض للمستهلك ، ويكون بصفة منفردة.

– التخلي عن مسؤوليته (العون الاقتصادي) بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الغير الصحيح لواجباته.

–احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

–تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، وهذا ما جاءت به المادة 183 من ق م ج[1] وهذا أيضا ما يطبق على القواعد الخاصة شريطة أن يعترف للمستهلك بنفس الميزة المعترف بها للعون الاقتصادي، وإلا عد الشرط الذي مضمونه إلزام المستهلك بدفع تعويض عن عدم تنفيذ واجباته التعاقدية ، شرطا تعسفيا طالما لم يعترف بنفس الحق له في حال امتناع العون الاقتصادي عن تنفيذ واجباته .

[1] المادة 183 ق م ج على أنه : " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق ، وتطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 غلى 181 " .

وكان على المشرع إستعمال عبارة" تنفيذإلتزاماته "بدل" تنفيذ واجباته"باعتبار أن الأولى تتفق واللغة القانونية أكثر من الثانية.

-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، وهو ما يتنافى والمبدأ العام الذي يمنع

تحميل الشخص ما لم تتجه إرادته الحرة إليه.

-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجبا ري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

-إعفاء العون الاقتصادي بنفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطه.

-تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

3- شروط تعسفية متعلقة بانحلال العقد

تضمن هذا المرسوم فقرة واحدة تتعلق بانحلال العقد، وهي واردة ضمن الفقرة 4 من المادة5 والتي نصت على:

-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض، وهنا التعسف واضح لأن القوة القاهرة عادة ما تبرئ ذمة المدين في حالة ما أثبتها، فإذا استحال تنفيذ المستهلك لإلتزامه لسبب لا يد له فيها فلا تقوم عليه أي مسؤولية ولا دفع أي تعويض[1].

[1] شوقي بناسي ، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ،ع2 ، 2009 .

4- الشرط التعسفي المتعلق بممارسة الحقوق القضائية

نصت الفقرة 6 من المادة 5 على شرط تعسفي وهو النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن فيها.

فمن خلال المادة 5 نجد أن هذه الحالات المعتبرة تعسفا كانت على سبيل المثال، وأنه

قصر ذلك في عقود الإذعان وفق ما جاءت به المادة2/1 ، حيث عرف العقد في مضمون هذا المرسوم أنه كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر، بحيث لا يمكن لهذا إحداث تغيير حقيقي فيه .

ثالثا: القيمة القانونية لقوائم الشروط التعسفية

أورد المشرع الجزائري قائمتين للشروط اعتبرها تعسفية الأولى تضمنها القانون رقم 04-02 والثانية نص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ،ولعل الهدف من إعداد القوائم هو تحقيق عبئ إثبات المستهلك للطابع التعسفي للشرط، خاصة وإن لم تسعفه إمكانياته المالية والتقنية لإثبات الصفة التعسفية للشرط، بالخصوص تلك المدرجة في عقود الإذعان، كما تظهر القيمة القانونية لهذه القوائم من حيث:

من حيث الإثبات :

إكتفى المشرع الجزائري بإعتبار كل الشروط الواردة سواء في القانون أو المرسوم التنفيذي شروطا تعسفية بقوة القانون وهو ما جعل البعض يرى أن المشرع الجزائري أخذ بالمنهج الألماني بوضعه قائمة سوداء بإعتبار ما ذكر من الشروط هي شروط تعسفية بقوة القانون، فلا يحتاج المدعى إثبات الطابع التعسفي

ولعل ذلك بهدف تجنب تحكم القضاء في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية حتى وإن كان ذلك يؤدي إلى تضييق نطاق الحماية من حيث الأشخاص .

رأى البعض الأخر أنه كان على المشرع تبني أُسلوب القائمة الرمادية، وهي قوائم يفترض فيها الطابع التعسفي.

نستنتج في الأخير أن المستهلك معفى من إثبات الطابع التعسفي لشرط جاء ذكره فإحدى القائمتين، ويبقى ملزما إثبات ذلك طالما الشرط لم يرد ضمنهما، كون المشرع لم يحصر هذه الشروط.

أ- من حيث المدى:

شملت الشروط التعسفية الواردة ضمن القائمتين– سالفتي الذكر –كل الجوانب المتعلقة بالعقد من حيث، الإنعقاد، الآثار، إنحلال العقد، ولم يتوقف عند هذا الحد بل شمل المنازعة القضائية، وبهذا يكون قد لَم بكل مراحل العقد.

ورغم هذا ترك المشرع المجال مفتوح لتدخل السلطة القضائية، فيستطيع القضاء اعتبار أي شرط ذو طابع تعسفي حتى ولم يتم ذكره ضمن القائمتين لأنها غير حصريتين، فمتى توفرت هذه الحالة فان المضرور يقع عليه عبئ الاثبات وفقا لقاعدة" البينة على من ادعى."

وبالجمع بين قائمة الشروط التعسفية بقوة القانون، وترك المجال مفتوح للجهات القضائية

يكون المشرع قد أخذ من القانون الفرنسي فكرة عدم حصر الشروط ومن القانون الألماني فكرة القائمة السوداء.

المطلب الثاني : ضمانات مطابقة نظام القائمة للقوانين

يتفق الكثير من الفقهاء على أنه لابد لأي نظام قانوني أن يستمر يجب أن يطبق الجزاء بإعتباره صمام الأمان ، فهو الذي يحفظ للأنظمة القانونية بقاءها وهو الذي يصون ديمومتها ، بغض النظر عن كونه مدنيا أو جزائيا، لذلك نجد جل التشريعات التي عالجت موضوع الشروط التعسفية رصدت تبعا لها جملة من العقوبات ردعا منها لأي محترف تسول له نفسه تضمين العقود التي يتولى تحريرها شروط ذات طابع تعسفي، واذا كانت جل التشريعات منها التشريع الفرنسي والألماني، قد رصدت ضمن نظام القائمة جزاءات مدنية وجزائية ، فإن المشرع الجزائري اكتفى بالجزاء الجزائي ، متجاهلا ذكر الجزاء المدني .

ولعل هذا الفعل الذي قام به المشرع بإحالة هذا الأمر إلى القواعد العامة المنظمة لعقود الإذعان ، متفاديا أسلوب التكرار في لقواعد الخاصة ، ومهما يكن أسلوب الصياغة في هذه المسألة فإن المشرع رتب فعلا عن إدراج أحد الشروط التعسفية المنصوص عليها سواء في القواعد العامة ، أو في القواعد الخاصة بالممارسات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا ، نوعان من الجزاءات وهذا ما سنوضحه في الفرعين الآتين :

الفرع الأول : الجـزاء المـدني

لقد جاء المشرع الجزائري بنصوص تتضمن مجموعة من الشروط التي تعتبر تعسفية من قانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306 ، إلا أنه لم ينص صراحة على الجزاء المدني ، الذي يمكن أن يترتب على إعمال الشروط التعسفية ، بحيث اكتفى في المادة 29 من القانون 04-02 في فقرتها بتعداد الشروط

التعسفية[1]، ونفس الشيء جاءت به الفقرة الأولى من المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 [2] ، والتي جاءت تطبيقا للمادة 30 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

حيث أشارت إلى حد ما إلى منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التعسفية، ولم يتعدى بذلك حدود المنع .

وبالرجوع إلى المادة 30 على ما يلي..." وكذا منع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " وان كان ظاهر هذه المادة يوحي بالحذف المادي لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية من نماذج العقود، ولا يشمل كل الشروط التعسفية ، الواردة فيه من خلال لفظ ببعض الشروط "الواردة ضمن المادة، إلا أن نية المشرع انصرفت إلى أن شروط العقد ليست كلها تعسفية ويمنع العمل بالشروط ذات الطابع التعسفي فقط، مما يوحي أن صياغة المادة ، هي التي خانت المشرع في التعبير عن مقصوده في طريقة المنع.

وكان من الأجدر أن تكون الصياغة على النحو التالي" وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود بالشروط التي تعتبر تعسفية"، بالإضافة إلى المنع الوارد في المادة 30 من القانون 04-02 لا نجد إطلاقا النص على الجزاء المدني الذي تقرره القواعد العامة ، ويرى البعض أن عدم النص عليه راجع لإحالته على القواعد العامة وخاصة نص المادة 110 من القانون المدني، والتي تنص " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

لكن نجد ان هذا التحليل يتعارض مع المادة 29 من القانون لجملة من الشروط لا يملك القاضي إزاءاها أي سلطة تقديرية بينما نجده في ظل أحكام المادة 110 من القانون المدني[3] يتمتع بسلطة

---

[1] راجع المادة 30 من القانون رقم04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المادة 29 .

[2] لمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين : المادة 05.

[3] انظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري

تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الابقاء عليه ، أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع له ، كما أن سلطته في ذلك حسب نص القانون هي جوازيه وليست وجوبية ، فيجوز لقاضى الموضوع ألا يستعمل الرخصة المخولة له بالرغم من وجود الشروط الجزائية التعسفية في عقد الإذعان.

الفرع الثـاني: الجــزاء الجــزائي

إن المشرع الجزائري وماله من من مسؤولية لحماية المستهلك ، إلتجأ لوضع الجزاء العقابي المقرر ضد الشروط الجزائية التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصرالأساسية بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين ، حيث نص على الغرامة كعقوبة اصلية وهذا ضمن المادة 38 من القانون 04-02 [1]، كما عاهد بمتابعة المخالفات إلى الموظفين الإداريين والتي حددت صفتهم المادة 49 من نفس القانون.

فنص المشرع في المادة 38 من القانون 04-02 على" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد , 26,27,28,29 من هذا القانون ويعاقب عليها بالغرامة من خمسين الف دينار (50.000 دج)إلى خمسة ملاين دينار(5.000.000 دج).

كما نصت أيضا المادة 17 من المرسوم التنفيذي 06-306 على أنه " تتم العقوبات المترتبة أحكام المادة 05 من هذا القانون والتي تتضمن النص على الشروط التعسفية طبقا للقانون 04-02 [2]".

واستنادا لماسبق نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بالغرامة كجزاء وحيد على مخالفة أحكام الفصل الرابع المتعلق بالممارسات التجارية غير النزيهة، والفصل الخامس المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية، إلى جانب مخالفة أحكام الفصل الأول المتعلق بالإعلام بالأسعار والتعريفات، والنص على الغرامة كجزاء

[1] راجع المادة 38 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

[2] راجع المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

على إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والتي تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، يمكن اعتبارها بحق وسيلة ردع فعالة في مواجهة المهني ولهذا رفع المشرع حدها الأقصى إلى مبلغ خمسة ملايين دينار، وهو مبلغ من شأنه حمل العون الاقتصادي إلى الإسراع وحذف الشروط التي تعتبر تعسفية من العقود التي يبرمها.

حيث يمس هذا الجزاء الذمة المالية للمهني بشكل مباشر ومؤثر، خاصة إذا علمنا أن عنصر الربح هو الهدف الأسمى للمهني من إبرام العقود مع المستهلك ، ففرض مثل هذه العقوبات المالية الثقيلة لها أثر كبير في وقف زحف الشروط التعسفية على العقود الاستهلاكية ، فتكون بذلك خالية من الشروط التعسفية ، على غرار تلك التي جاء ذكرها في المادة 29 من القانون 04-02 أو التي جاءت في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 أو حتى التي توصي بها لجنة الشروط التعسفية تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306 .

المبحث الثاني : الرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشّروط الجزائية التعسّفية :

يتضمن هذا المبحث نقطتين تتمثل في الأساس القانوني للجنة الشروط التعسفية في (المطلب أول) وتكوينها وكيفية تسييرها في(المطلب الثاني) .

المطلب الاول :الأساس القانوني للجنة الشّروط التعسّفية :

حددت الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد

العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية بقولها " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري تدعي في صلب النص " اللجنة [1]"

من خلال هذا النص يتضح أن لجنة الشروط التعسفية هي جهاز إداري استشاري على اعتبار أنها تنشا

لدى الوزير المكلف بالتجارة، مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة، لا يتمتع بالاستقلالية.

فبالرغم من أنها في المجال الاقتصادي إلا أن هذه التبعية تنفي اعتبارها سلطة من السلطات الإدارية المستقلة .

اما في فرنسا فقد تاسست هذه اللجنة بتاريخ 1978/01/10 ، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية[2]، وهو حل تجنب فيه المشرع تكليف القضاء

بمهمة استبعاد الشروط التي يراها تعسفية وجعلها من مهام هذه اللجنة، وهي لا تقابل مجلس المنافسة نظرا لأنها لا تملك ما يملكه المجلس من صلاحيات فهي بمثابة جهاز استشاري فقط، فالمشرع رخص للحكومة استشارة لجنة الشروط التعسفية.

[1] راجع المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

[2] La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978, relative à la protection et à l'information des Consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

ولمعرفة هذه اللجنة يجب النظر إلى تكوينها و كيفية تسييرها في (الفرع الاول) ، وإختصاصاتها في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تكوين لجنة الشروط التعسفية وكيفية تسييرها :

تنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية على تكوين لجنة البنود التعسفية فنصت على "تتكون اللجنة من الأعضاء الأتي ذكرهم[1]:

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية ، رئيسا.
- ممثل(1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو(1) من مجلس المنافسة.
- متعاملين اقتصاديين(2) عضوين في الغرفةالجزائية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود
- ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها[2] ".
- إلا أن هذه المادة عدلت بموجب المرسوم التنفيذي 08-44 حيث وسع عدد أعضائها اللجنة حيث نصت المادة8 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم التنفيذي 08-44 المعدل والمتمم بالمرسوم 06-306على أنه "تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:
- ممثلان على الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

[1] راجع المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

- ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها".

وتحدد القائمة الإسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، بإقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية.

يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها.

لكي تؤدي اللجنة مهامها بدون معوقات من المحتم النص على كيفية تسييرها سواء من الناحية الإدارية، أو

من خلال الاجتماعات إلي تقوم بها:

أ - التسيير الإداري للجنة

خول المرسوم التنفيذي رقم 06-306 منخلال المادة 6 فقرة 3 و 4 للجنة الشروط التعسفية إعداد نظامها الداخلي ، الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة وهي الصلاحية التي تمنحه إياها المادة 9 فقرة 1 من نفس المرسوم [1].

ب – إجتماع لجنة الشروط التعسفية

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل 3 أشهر في دورة عادية، كما يمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل ولا ينعقد الإجتماع صحيحا في الحالتين إلا بعد إرسال

[1] راجع المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

استدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء، تحدد فيها تاريخ الاجتماع بدقة باليوم والساعة إضافة إلى مكانه، وجدول الأعمال المقررة لذلك الاجتماع، على أن ترسل هذه الإستدعاءات قبل 15 يوما على الأقل من التاريخ المحدد للاجتماع كأصل عام،و يقلص إلى 8 أيام في حالة الدورات الاستثنائية.

تنعقد اللجنة صحيحة إذا ما حضر نصف أعضائها، وتفاديا لتعطيل مهامها في حالة غياب أحدهم أو

استحالة تعويضه بالعضو الاحتياطي الذي يخلفه، يمكن للجنة أن تجتمع بعد 8 أيام من التاريخ الأول للاجتماع،

ومهما يكن عدد الحاضرين، شريطة أن يتم استدعاء صحيحا وفقا للمادة 13 فقرة 4 من نفس المرسوم تؤخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا[1].

وفيما يتعلق بإخطار اللجنة فقد نصت المادة 1 من المرسوم رقم 06-306 على مايلي : "تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك".

الفرع الثاني : تشكيل لجنة الشّروط التعسّفية :

تتشكل اللّجنة في القانون الفرنسي و هم :

1- قاضيين، أحدهما رئيس اً والآخر نائباً له.

[1] راجع المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

2- شخصين مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود، يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.

3-أشخاص من ممثلي المحترفين.

4- أشخاص من ممثلي المستهلكين.

يتبين من هذه التشكيلة، أنّ اللّجنة تضمّ عناصر قضائية، وعناصر إدارية، ومستشارين في مجال القانون أو فن العقود، وعناصر ممثلة للمستهلكين والمهنيين، وبالتالي فإنّ المشرع قد مثّل جميع الأطراف المعنية بمشكلة الشّروط التعسّفية في هذه اللّجنة، وذلك حتى تضطلع بمهمتها على أحسن وجه وهذا يعكس وجهة نظر المشرع في مقاومة الشّروط التعسّفية عن طريق أهل الخبرة والاختصاص وتمثيل كل الأطراف المعنية، فضلاً عن أنّ هذه التشكيلة تمثل ضمانة للجدية لا لمجرّد التشاور[1].

وتعتبر لجنة الشّروط التعسّفية حلاً تجنب فيه المشرّع الفرنسي تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشّروط التعسّفية، مفضلاً أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه[2].

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فإنه هو الآخر اقتدى بنظيره الفرنسي وأنشأ لجنة مماثلة بموجب 06-306، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية.

فنص في الفصل الثالث من المرسوم رقم 06-306 على تنصيب لجنة البنود التعسّفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهي ذات طابع استشاري، وتدعى في صلب النص "اللّجنة" (المادة06 من المرسوم).

ونصت المادة 08 منه على أنّ اللّجنة تتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم :

[1] Calais - Auloy : Droit de la consommation, précité, n. 146, p. 141.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصى، حماية المستهلك، دار المطبوعات الجامعية، مصر،2008 ، ص 98

1- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيس اً.
2- ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
3- عضو (1) من مجلس المنافسة.
4- متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
5- ممثلين (2) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.

وأضافت المادة 08 منه، أنه يمكن اللّجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

الفرع الثالث : مهام لجنة الشّروط التعسّفية :

تتمثل مهام لجنة البنود التعسّفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حدٍ كبير باختصاصات نظيرها في القانون الفرنسي والذي سوف نتكلم عليه لاحقا ، حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسّفي ، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، (المادة 07 من مرسوم 06-306 السابق) ، وفي سبيل قيامها بمهامها تخطر إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك (المادة 11 من المرسوم).

حيث تعلن هذه الهيئة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة. على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كلياً أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة (المادة 12 من المرسوم).

وأخيرا فإن المشرع الجزائري لم ينص على أيّ دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، على غرار المشرّع الفرنسي.

اما مهامها في القانون الفرنسي في مدى إظهار التعريف بنماذج الاتفاقات التى يقدمها المحترفون على المستهلكين معهم ، وبحكم مسؤوليتها تبحث عن ما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تعسفية ، وتبحث عمّا إذا كانت تتضمن تعسّفاً أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسّفاً فإنها تصدر توصيات، إما بالإلغاء لتلك الشّروط وإمّا تعديلها[1].

وهي في بحثها ذلك تقوم به وفقاً للمعيار الذي وضعته المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، السابقة الذكر، وهو معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات المتعاقدين، ذلك الاختلال الناتج عن الشّرط التعسّفي، والذي ذكرنا أنه مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة تعسّف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه.

كما أن هذه اللجنة تقوم بعملها إما بناءً على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشّروط، كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها.

كذلك فإنّ الوزير المسؤول عن الاستهلاك، يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللّجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللّجنة ذاتها، وأنّ هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعدّ اللّجنة كل سنة تقريراً عن نشاطها وتعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة، وينشر هذا التقرير.

[1] احمد محمد الرفاعي ، المرجع سابق ، ص234 .

وبالفعل تقوم اللّجنة كل سنة منذ إنشائها بنشر تقرير عن أعمالها، "فقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها حتى عام 2000 الخمسين توصية، تتضمن كلّ واحدة منها العديد من الشّروط، منها ما هو ذات طابع عام ، ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة.

إلاّ أنه رغم عدم إلزامية هذه التوصيات، فإنّ المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هداه التقدير الطابع التعسّفي لشرط معين[1]، كما كان لها الفضل في دفع المشرّع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشّروط في قطاعات معينة[2]، وعموماً فإنّ توصيات لجنة الشّروط التعسّفية ليست مولدة لقواعد يفتح تجاهلها طريق الطعن بالنقض.

تدرس نظام الشّروط وطريقة صياغتها وطريقة طباعتها، حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة، وهي مسألة مهمة، ولا يجب الاستهانة بطريقة صياغة تلك الشّروط الخاصة بالضمان وغيرها لتأثيرها على تنوير رضاء المستهلك، وفي ذلك أيضاً تحقيق لنوع من التوازن العقدي في شروط العقد[3].

لكن هذه اللّجنة ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية، أي أن توصياتها ليست لها أي صفة إلزامية. فهي لا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين، ويعتبر قصر سلطاتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرّع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشّروط، كما أنّ هذا

[1] Civ. 1er ch., 10 février 1998 : R.T.D., civ. 1998, p. 674, obs. Mestre (J).

[2] حيث اصدر المشرع الفرنسي عدة تشريعات ماشيا بتوصيات اللجنة منها : القانون المؤرخ في 23 جوان 1989 المتعلق بالزواج وقانون 06 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن و قانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الاخطار للمساكن وقانون 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي ، وأخيرا قانون 18 جويلية 1992 المتعلق بأجال التسليم والذي أصبح يشكل حاليا المادة 114-1 من قانون الاستهلاك .

[3] أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 235 .

الإتجاه يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي، التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات.

لكن توصيات لجنة الشّروط التعسّفية وإن لم يكن لها قوة إلزامية، إلاّ أنها تشكل ضغطاً نفسياً على المحترفين، لهذا فإنّ دورها يمكن اعتباره دوراً تحريضياً بحتاً، وذلك بخلاف المراسيم التي تمنع الشّروط التعسّفية وهو ما سنراه لاحقاً. بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن تكون توصياتها فعّالة إلاّ إذا وجدت دعاية واسعة.

المطلب الثاني : رقابة الحكومة على الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم

لقد أجاز المشرع الفرنسي للحكومة إصدار مراسيم تحدد أنواع من الشروط واعتبارها شروطا جزائية تعسفية ، بشرط إستشارة لجنة الشروط التعسفية ، وهذا مانصت عليه المادة 35 الفقرة 1 من القانون الفرنسي المؤرخ في 10 جانفي 1978 السابق ، حيث تصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمهنيين وللمحاكم معا ، انطلاقا من أن هذه الشّروط التعسّفية غير مشروعة، يجوز إبطالها لمخالفتها لأحكام هذه المراسيم[1].

وبالرجوع إلى الحكومة الفرنسية فنجدها لم تصدر سوى مرسوم واحد لا غير منذ 1978، وهو المرسوم رقم 78-464 والمؤرخ في 24 مارس 1978[2]، والصادر بالتطبيق لنص المادة 35 من قانون 10جانفي السابق، أتى هذا المرسوم بثلاث أنواع من الشّروط التعسّفية :

[1] محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص32.

[2] Le décret n°.78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n°.78-23 du 10

أ- **النوع الأول** :

يتعلق بتحريم الشّرط الذي يكون محلة أو أثره يلغي أو يخفض حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت (المادة 02 من مرسوم24 مارس1978)[1]، وحضر هذا الشّرط الذي يخص البيع فقط، أدى إلى تعديل عميق في نصوص القانون المدني المكملة للإرادة في مادة البيع . فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا يتعلقان بالنظام العام، أصبحت بعد صدور مرسوم 24 مارس من النظام العام[2].

والقضاء يرفض تطبيق مفهوم الشّروط التعسّفية وإضفاء الحماية للمستهلك، في صدد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية، إلاّ على تلك الشّروط الواردة في عقد البيع، أما غير ذلك من العقود فلا تطبقها عليها. ولكنها تمد نطاق الحماية إلى العقد المختلط الذي يتضمن خاصية البيع أيضاً، وذلك بالإستناد إلى المادة 02 من مرسوم 24 مارس1978.

ففي صدد شرط محدّد للمسؤولية عن التعويض قرّرت محكمة النقض الفرنسية تطبيق المادة02 من مرسوم 24 مارس، على عقد مختلط إذ يعتبر عقد مقاولة وعقد بيع في نفس الوقت ،وذلك في قرار بتاريخ 25 جانفي 1989[3]. هذا ما أكدته محكمة النقض في 06 يونيو 1990، حيث قررت التطبيق للمرسوم السابق على العقد متى كان يمثل ،حتى ولو بصفة جزئية، خاصية البيع، أي لو كان العقد في

[1] "La clause qui, dans un contrat de vente, supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le vendeur à l'une quelconque de ses obligations".

[2] سيد محمد سيد عمران ، المرجع السابق ، ص38.

[3] D. 1989 JP., p. 253, not, Ph. Malaurie.

جانب منه يعتبر عقد بيع، فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشّرط التعسّفي[1].

لكن هذا الوضع لم يدم طويلاً، أي اقتصار الحماية من الشّرط المحدد للمسؤولية على تلك الشّروط الواردة في عقد البيع فقط، حيث قام المشرّع الفرنسي بإيراد قائمة محددة للشّروط التعسّفية بموجب المادة 132-1 من قانون الاستهلاك في سنة 1995، من بين شروط هذه القائمة ،شرط تحديد المسؤولية هذه القائمة تطبق على جميع العقود.

ب- النوع الثاني :

من الشّروط التي حرّمها مرسوم 24 مارس، فيتعلق بالشّرط أياً كان محله أو أثره الذي يحتفظ للمهني بحق تعدي لصفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة المؤداة ، بالإرادة المنفردة. هذا الشّرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين وهو هنا المدين بتقديم سلعة أو خدمة (المادة 03 من مرسوم 24 مارس)[2].

فالقواعد العامة التقليدية تبطل العقد كله لاقترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين وهو المحترف[3] ،بينما نص المادة 03 من مرسوم 24 مارس ، تبطل الشّرط وتبقى على العقد، لأنه ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج للسلعة أو الخدمة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشّرط الأخير، لا يقتصر على عقد البيع مثل سابقه، وإنما يجوز للمستهلك الاستناد على المادة 03 السابقة ،التي تحضره ،مهما كان العقد الذي كان بصدده. ويرى البعض أنّ المشرّع الفرنسي أحسن صنعاً في منع البائع ،أو المنتج، أو المورد، والمحترف بشكل عام، من حق

[1] Cass. civ. 6 juin 1990, Bull. civ. 1990, n. 145, p. 104.

[2] السيد محمد سيد عمران ، المرجع سابق ، ص38.

[3] انظر بشأن الشرط الإرادي المحض في القواعد العامة ، ص80.

تعديلا لشيء محلا لعقد والخدمة بنفسه وذلك عن طريق إيراد شرط في العقد يجعل التزامه معلق على محض إرادته[1].

ج- النوع الثالث :

وهي الشّروط المتعلقة بالضمان فألزمت البائع بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته، وبضمان العيوب الخفية للشيء المبيع أو الخدمة المؤداة للمشتري(المادة 04 من مرسوم 24 مارس)[2]،على أنّ حضر هذا الشّرط يتفق مع ماكان يذهب إليه القضاء الفرنسي، الذي كان يوسع من فكرة الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع ،وذلك فيظل القواعد العامة.

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري ،فهو الآخر أخذ بنظام حضر الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة ، في هذا الصدد نصت المادة 30 من قانون 04-02[3]، وهو القانون المطبق على الممارسات التجارية، والمذكور سابقاً، على أنه: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا من العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشّروط التي تعتبر تعسّفية".

نستنتج من المادة 30 أنّ المشرّع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، وذلك عن طريق محورين، المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشّروط التي تعتبر

[1] السيد محمد سيد عمران ، المرجع نفسه ، ص38- 39.

[2] Dans tous les contrats conclus entre des professionnels d'une part et d'autre part des

[3] راجع المادة 30 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

تعسّفية، لكن هذا المحور الثاني، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك ، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشّروط التعسّفية في جميع العقود سواءً كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء والمستهلكين، ويتضح ذلك من عبارة "... منع العمل في مختلف أنواع العقود..." الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان (المادة 03 الحالة 04 فقرة 01 من قانون 04-02).

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون ،والتي حصر نطاق الحماية من الشّروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك.

وبالفعل وتطبيقا لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق،صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1]،الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادي ين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية (المادة الأولى من المرسوم).

حيث جاء في المادة 5 من هذا المرسوم أنه تعتبر تعسّفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

●تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و 03 من نفس المرسوم،فالمادة 02 نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك،العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

[1] المرسوم التنفيذي المؤرخ في 11 سبتمبر2006 م ، ج ر ، العدد 56.

على أنّ المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتعدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم ، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساساً بما يأتي.

إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطاً تعسّفياً، وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي :

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار و التعريفات.
- كيفيات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.
- كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلاّ بمقابل دفع تعويض.

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

•النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللّجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.

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

•الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذالعقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

•تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

•فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.

•الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

•يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

•يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وفي الأخير، ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم، يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر ذلك من عبارة "تعتبر تعسّفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي ..."، إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال.

إلا أنه وبالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحدّدة للشروط المعتبرة تعسّفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306، تبدو حصرية. إلا أن المادة 30 من قانون 04-02 تعطي الحكومة حق إصدار المراسيم تورد قوائم أخرى جديدة محدّدة للشّروط التعسّفية. وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر[1].

وإذا افترضنا الحكومة لم تصدر في المستقبل أي قائمة أخرى،فإن هذا الأمر لم يطرح أي إشكال مادام أنه يجوز للقاضي الجزائري الإستناد على تعريف الشّرط التعسّفي الوارد في المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02، لينعت شرط أًبأنه تعسّفياً رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04-02 السابق ورغم عدم ذكره أيضاًمن طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 السابق. وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع.

تلك هي الرقابة الإدارية على الشّروط الجزائية التعسّفية ، وهناك رقابة أخرى أكثر جرأة وأكثر فعالية ، وهي رقابة القضاء.

[1]. أنظر المادة 05 من القانون السابق 06-306 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

المبحث الثالث: القضاء كوسيلة للحماية من الشروط الجزائية التعسفية:

إن حماية المستهلك من الشروط الجزائية التعسفية تقتضي وجود جهاز فعال وهو جهاز القضاء ، من خلال سلطتة المخولة لذلك ، وفي هذا الصدّد سوف نتناول مدى رقابة القضاء الإداري لحمايته (المطلب الاول)، ثم إلى رقابة القضاء المدني (المطلب الثاني)، على الشّروط التعسّفية التي تتضمنها عقود الاستهلاك.

المطلب الاول : رقابة القضاء الإداري على الشّروط الجزائية التعسّفية:

لقد اعطى المشرع سلطة رقابية للقضاء الإداري ، تكمن في مراقبة مدى مطابقة المراسيم التي تنص على القوائم المحددة للشروط التعسفية الصادرة من طرف الحكومة للقانون ، وكذلك إعطائه الصلاحية أن يحدد الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية والتجارية والمستهلكين ، وعلى هذا الاساس سنتناولهما كالتالي :

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في مراقبة الشروط الجزائية التعسفية المحددة في المراسيم الحكومية

تكمن رقابة القاضي الإداري في الثقة التي أعطاها المشرع الفرنسي لمجلس من أجل الرقابة على المراسيم الصادرة من الحكومة بخصوص الشروط التي تعتبرها شروطا تعسفية ، كما ان لمجلس الدولة الفرنسي التحقق مما إذا كانت المراسيم الصادرة من طرف الحكومة مطابقة لنص المادة 35 من قانون 1978/01/10 والتي تتعلق بين المهنين والمستهلكين .

لكن المشرع الفرنسي لم يقف هنا ، حيث قا بإصدار مرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 1978/03/24 وهو المرسوم الوحيد منذ ذلك الحين، جاء هذا المرسوم بـ 05 مواد، ما يهمنا فيه هو

المادة الأولى منه، التي كانت محل طعن أمام مجلس الدولة[1]، حيث أنها كانت تنص على أنه : "في العقود المبرمة بين مهنيين، من ناحية، وغير مهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محرماً باعتباره تعسّفياً في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني الشّرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه". وهو ما يعرف بشروط الإحالة[2].

نص المادة الأولى من نفس المرسوم كان يحرم الشّروط المدرجة بالإحالة إلى ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد، ولم يرها المستهلك الذي يوقع على العقد. إلاّ أنّ عملية الإحالة إلى شروط وملاحق أخرى توجد في العديد من عمليات التوثيق، كما في البيع لمكان مملوك ملكية مشتركة. وبالتالي فإنه كان على البائع المهني إذا كان الطرف الآخر غير مهني أو مستهلك، أنّ يرفق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى يوقعها الطرف الآخر وإلاّ بطلت تلك الشّروط.

وعلى ضوء ذلك فقد لوحظ تزايد كبير في إعداد أجزاء الملاحق التي يحفظها الموثقون والحفظة، وكذلك تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل. مما أدى إلى الشكوى من قبل الموثقين والحفظة، وكذلك نفس الشيء مع شركات التأمين والشركات العقارية، وعلى ذلك فقد رفعت 05 شركات تأمين دعوى بإلغاء هذه المادة أمام مجلس الدولة[3].

بعد ذلك قام مجلس الدولة بإلغاء تلك المادة 01 من (مرسوم 24 مارس 1978)، واستند مجلس الدولة في ذلك بأنه باعتبار أنّ الحكومة ليست مصرحا لها باستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 1978[4] إلاّ من أجل تحريم، تحديد أو تنظيم فقط للشّروط المتعلقة

[1] Conseil d'Etat du 3 déc. 1981, J.C.P., 1981-2-19502.

[2] احمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 236

[3] أحمد محمد الرفاعي ،مرجع نفسه ، ص237 .

[4] انظر المادة 35 من قانون10 جانفي 1978 .

بالعناصر العقدية[1] المعدودة على سبيل الحصر في تلك الفقرة، ولا يجوز للحكومة تجاوزها ، وانفعلت ذلك فإنها تتجاوز سلطتها حيث إنها أبطلت الشّروط ال واردة بالإحالة بالمادة الأولى محل الطعن ، وكما قال مفوض الحكومة: فإنّ القاضي الإداري يجب عليها لتحقق من الظروف التي أدخل فيها الشّرط ومع ذلك التحقق من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة تعسّف النفوذ الاقتصادي.

على العموم يتبين أن مما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي هو ان يكون للمحاكم الادارية عملية البحث عن توافر الخاصية التعسفية في العقود المعروضة عليها ، المبرمة بين المؤسسات العمومية التجارية والصناعية وبين المستهلكين .

الفرع الثاني : رقابة القاضي الإداري لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية المتضمنة شروط جزائية تعسفية :

إذا كان يستخلص من نصوص قانون الاستهلاك أنها لا تسري إلاّ على الشّروط ذات الطبيعة التعاقدية، أي عقود القانون الخاص، إلاّ أن ذلك لا يمنع من وجود شروط في بعض عقودا لمرفق العام أو العقود الإدارية أصبحت مفروضة بموجب قانون أو لائحة، كما هو الحال بالنسبة لعقد الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب. وشروط هذه العقود تكون في حالات كثيرة تعسّفية في حق المرتفقين إلا أنها لم تكن تقع تحت طائلة قوانين حماية المستهلك، وهو ما ناضلت من أجله جمعيات حماية المستهلك في فرنسا[2].

وأمام هذا السكوت التشريعي، ظهر جانب من الفقه يعتقد بأن الشّروط الواردة في مثل تلك العقود يصح أنّ تقع تحت طائلة قانون الاستهلاك ، ويجوز للمحاكم الإدارية التصدي لها ، وذلك بدليل قرار

[2] محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص114 .

مجلس الدولة الذي ألغيت بموجبه المادة الأولى من مرسوم 24 مارس، وأنه إذا كان قرار القضاء الإداري الذي ترجع له السلطة في القول ما إذا كان في العقد الذي يربط الخدمة العامة الصناعية أو التجارية والعميل لهذه الخدمة يوجد نقص في التشريع حول الشّروط التعسّفية[1] ، أي يمكن للقاضي الإداري أن يعوّض السكوت التشريعي حول هذه الشروط ويحكم ببطلان شروط عقود المرفق العام التي تحمل طابعا تعسّفيا.

وأمام دعوات جمعيات حماية المستهلكين، والفقهاء في فرنسا جاء تدخل القضاء ، والذي كان يذهب في البداية إلى التفرقة ما بين الشّروط الواردة في دفتر الشّروط والمتعلقة بعقد الاستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب وهي ذات طابع تنظيمي حيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي أن تعلن بأنّ مثل هذه الشّروط تعسّفية وفقاً لمعناها الوارد في المادة 35 من قانون 10 جانفي1978.

وفي اجتهاد نوعي لمجلس الدولة الفرنسي في سنة 2001 في مجال تقدير شرعية الشّروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية. ذهب إلى أنّ الطابع التعسّفي للشرط يتم تقديره ليس بالرجوع إلى هذا الشّرط في حد ذاته، ولكن بالرجوع إلى مجموع الاشتراطات التي يتضمنها العقد.

وعندما يتعلق موضوع هذا العقد بتنفيذ مرفق عام فإنّه يجب الأخذ بعين الاعتبار المميزات الخاصة بهذا المرفق، ولما كان من شأن الأحكام الواردة في المادة 12/ب من دفتر الأعباء أن تقود إلى تحميل المرتفق نتائج الأضرار التي يمكن أن تنسب إليه، ودون أن يكون بالإمكان إقامة خطأ المستغل ، وأنّ هذه الشّروط تتعلق بمرفق عام هو موضوع احتكار وقد تضمنها عقد إذعان، فإنها بهذا الشكل ليست مبرّرة بالنظر إلى المميزات الخاصة بهذا المرفق وأنها بالتالي تحمل طابع الشّرط التعسّفي وفقا لأحكام المادة 132 من قانون الاستهلاك، ومن هنا فهي غير قانونية منذ وضعها[2].

[1] B. Starck : Les obligations. Précité, n. 649, p. 279.

[2] محمد بودالي ، المرجع سابق ، ص116 .

تظهر أهمية هذا القرار في أنه فتح المجال للقضاء الإداري ، ليتمكن من تقدير الطابع التعسّفي للشّروط التنظيمية أو اللائحية المدرجة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المستهلكين المرتفقين وذلك بتطبيقه نصوص قانون الاستهلاك المتعلقة بالشّروط التعسّفية عليها.

وأخيراً ، فإنّ هذا التطور الذي شهده القضاء الإداري الفرنسي ، بخصوص الرقابة على الشّروط التنظيمية في إطار قانون الاستهلاك، يمكن اعتماده في الجزائر من طرف قضاءنا الإداري ، نظرا لتماثل النظام القضائي الإداري في صدد الشّروط التنظيمية أو اللائحية.

المطلب الثاني : رقابة القضاء المدني على الشّروط الجزائية التعسّفية

من خلال ما تم التطرق إليه سابقا نجد أن المشرّع الفرنسي كان يرفض إعطاء القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد ، بينما التشريعات الأخرى وخصوصا المشرع الجزائري وأيضا المشرع المصري أعطيا هذه السلطة للقاضي لتعديل أو إلغاء الشّرط التعسّفي في عقود الإذعان.

إلا ان القاضي الفرنسي كان مستندا إلى بعض المواد التي وردت أغلبها في القانون المدني لتصحيح إساءات الاستعمال لشروط العقد ، على أنّ هذه التصحيحات لم تقتصر على عقود الاستهلاك وإنما امتدت حتى إلى العقود المبرمة بين المهنيين في ما بينهم.

ومع النظر لتلك القواعد فإنها لم تكن لتغطي إلاّ جزء صغير جداً من أنواع الشّروط التعسّفية، بل اقتصرت على البعض منها وهو ما ورد به الحديث سابقاً، وأمام هذا القصور الذي كانت تتميز به القواعد العامة في فرنسا، في صدّد الرقابة على الشّروط التعسّفية. "لجأ قضاة الموضوع إلى طريقة التفسير المبتكر، مفاد هذه الطريقة في التفسير، أنه من خلال تفسير مبتكر للعقد ، فإنه يمكن الوصول إلى إعفاء المدين من مراعاة الشّروط التي لم يكن ليقبلها لو كان قد علم بها أو كان بإمكانه العلم بها وهو ما ساعد القضاة على تصحيح آثار العقد ، بمعنى أنه خلف ستار التفسير، فإنّ قضاة الموضوع باستخدامهم

سلطتهم المطلقة في التفسير يقومون بإجراء مقارنات دقيقة ، بغية الوصول إلى تسبيب بارع من أجل استبعاد التطبيق لشروط العقد التي تبدوا تعسّفية أو تحكمية بالطبع.

لكن طريقة التفسير المبتكر لم تكن لتوفر حماية فعّالة من الشّروط التعسّفية، وهذا بسبب رقابة المحكمة العليا، التي كانت تستحسن الأمر في بعض الحالات[1]،أو ترفضه في أغلبها بسبب ما يسمى بتحريف شروط العقد"[2].

وسبق القول، أنّ المشرّع الفرنسي عام 1978 أعطى للحكومة في سبيل مكافحة الشّروط التعسّفية حق تحريم، تحديد أو تنظيم تلك الشّروط بمراسيم، تصدرها بعد الأخذ برأي لجنة الشّروط التعسّفية، لكن هنا كشروط لم يصدر بها مرسوم يعتبرها تعسّفية، رغم إصدار لجنة الشّروط التعسّفية توصية تعتبرها كذلك. بالإضافة إلى أنّ هناك شروط أخرى تعتبر تعسّفية حسب معايير المادة 35 من قانون 1978، ولكن لم تصدر توصية من لجنة الشّروط التعسّفية.

فضلاً عن أنّ الحكومة ومن الناحية العملية لم تمارس حقها في تحديد الشّروط التعسّفية إلاّ مرّة واحدة عندما أصدرت المرسوم 24 مارس 1978 السابق الذكر.

فبالنسبة للشّروط التي صدر بها هذا المرسوم يعتبرها تعسّفية ، فلا خلاف بشأنها من حيث سلطة القاضي، فإن هذا الأخير يكمن دوره في تطبيق هذا المرسوم إذا عرض عليه نزاع بين مهني ومستهلك، ورأى أنّ الشّرط محل النزاع يقع تحت طائلة هذا المرسوم الصادر من الحكومة. وهو الدور الطبيعي للقاضي في تطبيق القانون.

فالمشرع الفرنسي بعد إصداره للمرسوم 24 مارس 1978 ، نتج عنه تساؤل من بعض القانونين عن دور القضاء العادي إذا ما عرضت عليه منازعات حول تلك الشّروط السابقة بأنواعها، والتي لم يصدر

[1] R. Rodière : Not sous cass. civ. 23 oct. 1961: D. 1962, JP. p.45.

[2] أحمد محمد الرفاعي ، المرجع سابق ، ص339 .

مرسوم تطبيقي يعتبرها تعسّفية وذلك خاصة إذا علمنا أنّ المشروع المبدئي حول الحماية للمستهلك سنة 1977 كان قد اعترف بوضوح بإعطاء القاضي السلطة في مراقبة تلك الشّروط. لكن في أثناء المناقشات البرلمانية هاجم رئيس لجنة التشريعات سلطة القاضي في الرقابة ووصفها بعدم الدستورية[1]. وكان هذا بإيعاز من المهنيين، إذ أنّ سلطة رقابة شروط العقد من طرف القضاء تتعارض مع مصالحهم، وبالتالي لم يكن قانون 10 جانفي 1978 ليعزّز سلطة القاضي الفرنسي في رقابة شروط العقد.

الفرع الأول : فترة التباين الفقهي والتردد القضائي حول رقابة القاضي على شروط العقد

لقد إختلف الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض حول مدى سلطة القاضي في رقابة شروط العقد ، وهذا ما سنوضحه في نقطتين :

أولاً – التبــاين الفقهي :

انقسم الفقه إلى فريقين فريق يرفض فكرة أن القاضي في فرنسا له سلطة الرقابة على الشّروط غير الواردة في مرسوم 24 مارس 1978 ، ويأتي بحجج في هذا الصدد (أ)، أما الفريق الثاني يؤيد تلك السلطة للقاضي، ويرى أنّ هذا الأخير يمكنه إبطال الشّروط المعتبرة تعسّفية بمفهوم المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ، وذلك حتى ولو لم يصدر بها مرسوم تطبيقي (ب).

أ – الموقف الفقهي الرافض:

يرى أصحاب هذا الموقف بأن المشرع بموجب قانون 10 جانفي 1978 قد منح الإدارة وحدها ممثلة في الحكومة حق تقرير ما إذا كان الشّرط يحمل طابع التعسّف أم لا، وذلك بإصدارها مراسيم بهذا الصدد،

[1] J.O. Ass. Nat., n. 8 déc. 1977.

وهي غير مقيدة في ذلك إلاّ باحترام المعايير التي جاءت بها المادة 35 من قانون 10 جانفي. وفي رأي هذا الإتجاه أيضاً أنّ القاضي له سلطة مطلقة في الرقابة على شروط العقد، وإن كان دوره من منظور الدستور هو إقامة العدالة بين الأفراد، إلاّ أنّ دوره هذا مستبعداً في مجال شروط العقد، إذ أن استناده على نص المادة 35 لاعتبار شرط أنه تعسّفياً لم يصدر به مرسوم يعتبره كذلك، غير كافٍ، وبالتالي يكون حكمه غير مؤسس[1].

وهناك اتجاه آخر يستشهد بالمناقشات البرلمانية السابقة لقانون 10 جانفي 1978 ، والتي أشارت إلى أنّ المشرّع يرفض منح هذه السلطة للقضاة، وبالتالي فإنّ استناد القاضي على نص المادة 35 من قانون 1978 لإبطال شرط غير معلن بأنه تعسّفي بموجب مرسوم، يعتبر غير كافي[2].

ب – الموقف الفقهي المؤيد:

يذهب أصحاب هذا الإتجاه أنه حتى ولو لم يعترف المشرّع للقاضي بسلطة الرقابة على شروط العقد والتي كان منصوص عليها بموجب المشروع المبدئي ، إلاّ أنه لا يمكن الاستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد ، بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات، ويضيف أنه ما دام أنّ القاضي يمكنه التدخل في صدد الشرط الجزائي، فلا مبرّر من منعه من التدخل في صدد الشّروط التعسّفية الأخرى[3]، كذلك يرى البعض أنه يمكنه أن يبادر بإبطال مفعول الشّروط التعسّفية، حتى ولو لم يصدر مرسوم تطبيقي يعتبرها كذلك .

ويرى البعض الآخر أنه على الرغم من أن قانون 10 جانفي 1978 ،لم يعط القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد في غياب مرسوم تطبيقي، لكن هذا القانون لا يمنعه صراحة من النطق ببطلان شرط تعسّفي بالاستناد لنصوص عامة من القانون المدني، مثل المادة 1134 التي تذهب إلى أنّ العقود يجب

[1] B.Starck : Les obligations. Précité, n. 122, p. 172.
[2] Calais-Auloy : Droit de la consommation, précité, n. 146,p. 142.
[3] G.Berlioz : «Droit de la consommation et droit des contrats », J.C.P. 1979-1-2954.

أن تنفذ بحسن نية، أو بالاستناد إلى نص المادة 1135 ، والتي مفادها أنّ الاتفاقات لا تلزم فقط بما هو وارد فيها، ولكن تشمل الملحقات وفقاً للعدالة[1].

ثانياً – التردد القضائي:

تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول إبطال الشّروط التعسّفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي، فانقسم القضاء إلى إتجاهين ، اتجاه يرفض الحكم ببطلان تلك الشّروط وهو إتجاه التفسير الضيق (أ)، وإتجاه آخر حكم بإبطال تلك الشّروط وهو إتجاه التفسير الموسع للنصوص، هذا الأخير لا يشترط صدور مرسوم تطبيقي لاعتبار الشّرط تعسّفيا (ب)

أ- إتجــاه التفسير الضيق:

هذا الإتجاه يأخذ بالتفسير الضيق لنصوص قانون 10 جانفي 1978 ، ويرفض إبطال الشّروط محل النزاع والتي لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعلن أنها تعسّفية، ففي قرار صادر عن محكمة إستئناف باريس في 22 ماي 1986[2]، ذهبت المحكمة إلى أنّ قانون 10 جانفي حول الحماية للمستهلكين من الشّروط التعسّفية، ومرسوم 24 مارس 1978 ، الصادر بالتطبيق له، لا يحتملان سوى التفسير الضيق. ومن ناحية أخرى فإنّ هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية(الحكومة) فقط، بالتقدير للصفة التعسّفية لمثل تلك الشّروط والتحديد للعقود التي يحضر إدراجها فيها والتنظيم لتلك الشّروط.

وفي حكم آخر في 20 مارس 1980 ، حيث رفضت محكمة Aix-En-Provence إبطال الشّرط رغم أنّ هذا الشّرط كان ينطوي على تعسّفين، الأول أنه كان ينص على مدة إيجار طويلة هي 15 عاماً لآلة

[1] Ghestin : Le contrat., précité, n. 608 p.700 et 704.
[2] D. 1986, JP., p. 560, not, Delebécque.

تليفون، والآخر أنه كان ينطوي على صيغة رياضية للمراجعة للإيجار صعبة وغير مفهومة بالنسبة للمستهلك. ورفضت اعتباره تعسّفياً بحجة أنه لم يكن محل مرسوم تطبيقي[1].

ب – إتجاه التفسير الموسع :

ثمة اتجاه قضائي فتح الباب قليلاً أمام التفسير الموسع لنصوص قانون 1978 ، لإعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشّروط التعسّفية، تلك الشّروط التي لم تكن محلاً لمرسوم تطبيقي. تمثل هذا الإتجاه في قرار 16 يونيو 1978 ، الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، هذا القرار علّق عليها البعض[2] بأنه بارقة أمل في المقاومة للشّروط التعسّفية[3].

تتلخص وقائع القضية في بيع أثاث حيث إنّ المشتري كان قد وقّع على طلب بضاعة(سند)، وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة بطريقة واضحة في وجه السند إلى مدّة للتسليم هي شهران، ثم يشير بحروف صغيرة على أنّ ذلك "منصوص عليه بصفة إرشادية"، وفي ظهر السند كان مدرجاً من بين شروط أخرى عديدة، مادة مفادها "أنّ تواريخ التسليم التي نلتزم باحترامها دائماً، ليست معطاة إلاّ على سبيل الإرشاد (الدلالة)، وأن يكون واضحاً أنّ التأخير في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا للفسخ للطلب الحالي، ولا يعطي الحق في تعويضات.

إلاّ أنّ المشتري سيكون بوسعه طلب الإلغاء لطلبه والاسترداد بدون فوائد أخرى غير تلك المنصوص عليها بالقانون، للمبالغ المدفوعة في حالة عدم التسليم للبضاعة في خلال 90 يوماً من الإعذار". وبعد انتظار أشهر، ولعدم التسليم، أعذر المستهلك البائع بالتسليم. وبعد مضي شهر و 08 أيام

[1] Aix–En-Provence : 20 mars 1980, D. 1982, p. 131, note, Delebécque.
[2] Calais-Auloy : Not sous- cass. civ. 1er ch. 16 juillet 1987, D. 1988, p. 49.
[3] أحمد محمد الرفاعي ، المرجع سابق ، ص 246 .

أخرى عرض البائع التسليم، لكن المشتري رفض، وطلب الإبطال للعقد متذرعاً بالتأخير الكبير في التسليم، وذلك لمدة 05 شهور وثمانية أيام بعد توقيع الطلب[1].

عرض النزاع أمام محكمة مونبلييه، التي أصدرت حكمها في 25 سبتمبر 1984 برفض طلب المستهلك مسببة ذلك بأنّ الشّرط محل النزاع لم يكن تعسّفياً ، لكن محكمة النقض في قرارها بتاريخ 16 جويلية 1987 ، نقضت القرار السابق، وذهبت أنه بالنظر للمادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ، حول الحماية والإعلام للمستهلكين للسلع والخدمات من الشّرط التعسّفية، والمواد 2، 3 من مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لهذه المادة: حيث أنه ينتج عن المادة الأولى أنها تعتبر محرّمة، ومعتبرة كأن لم تكن (أي باطلة)،الشّروط المتعلقة خاصة، بالتسليم للشيء وبشروط الفسخ للاتفاق، حينما تبدوا أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الآخر ميزة فاحشة. وينتج عن المادة الثانية أنه يكون تعسّفياً الشّرط الذي من شأن موضوعه، أو أثره، إنقاص حق غير المهني في التعويض، في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت[2].

"وذهبت المحكمة أيضاً إلى أنّ الشّرط محل النزاع تعسّفي، لأنه يمنح البائع المهني ميزة فاحشة، خاصة تركه له رخصة التقدير لمدة التسليم، ومخصصا له الحق في التعويض الوارد بالمادة1610من التقنين المدني لصالح المشتري غير المهني، في حالة عدم وفاء البائع بالتزامه الأساسي بالتسليم في الوقت المتفق عليه.

وصرّحت المحكمة بأنّ مثل هذا الشّرط يجب أن يعدّ غير مكتوب، ولهذا نقضت قرار الاستئناف لمخالفته للنصوص المعنية، ورغم أنّ المحكمة اعتبرت هذا العقد مقاولة، طبقت عليها لمادة 02 من

[1] رمضان علي السيد الشرنباصى ، المرجع السابق ، ص 130 .

[2] أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 247 .

مرسوم 24 مارس 1978 الخاصة بالبيع فقط، وهذا يفسر اتجاه المحكمة إلى إعطاء القاضي سلطة بحث الصفة التعسّفية للشرط رغم كونه ليس محل أي مرسوم تطبيقي"[1].

نستخلص من هذا القرار أنّ المادة 02 من مرسوم 24 مارس، التي تحرّم الشّروط التي تلغي أو تنقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض، في حالة عدم قيام البائع المهني بأحد التزاماته أياً كانت، وذلك باعتبارها تعسّفية، هذا التحريم يطبق تماماً على شرط الإعفاء من المسؤولية وبالتالي على الشّرط الذي ينص على مدّة معطاة بشكل إرشادي، وهذا يعني أنّ المحكمة تفسر القانون بطريقة مرنة بعكس القرارات السابقة على هذا القرار .

وهذا القرار رغم أنه لم يعلن صراحة، عن أنّ قضاة الموضوع يمكنهم إبطال الشّروط التعسّفية الواردة في نزاعات معروضة أمامهم والتي لم يصدر بشأنها مرسوم تطبيقي، إلاّ أنّ هذا القرار قد أعطى القضاة هذه السلطة بلغة مفهومة ضمنيا بالإضافة إلى أنّ هذا القرار مثّل النواة الأولى للاعتراف الصريح للقاضي الفرنسي بتلك السلطة.

الفرع الثاني : فترة الإعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد

في هذه الفترة قام المشرع الفرنسي بالإعتراف الصريح للقاضي الفرنسي برقابة واسعة على شروط العقد ، حيث نجد أن هذا الاعتراف بدأ من محكمة النقض ، ثم جاء مجسدا في قانون .

أ) الإعتراف الصريح من قبل محكمة النقض :

لقد قامت محكمة النقض الفرنسية بالإعتراف الصريح للقاضي في الرقابة على شروط العقد جمعيها، حتى ولو لم تكن موضوع مرسوم تطبيقي يحرّمها، في قرارها الصادر في 14ماي 1991[1] .

[1] عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص270.

حيث تعلّق الأمر بشرط إعفاء من المسؤولية وارد في عقد وديعة، بمقتضاه يستبعد المهني مسئوليته في حالة فقد أفلامDiapositive أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها على الورق ، وقد اعتبرته محكمة الموضوع تعسّفي.

وبالتالي لا يحتج به على العميل حسن النية ، رفضت محكمة النقض طعن المودع لديه، وذهبت إلى أنّ محكمة الموضوع أبانت أنّ الشّرط المدرج في نشرة الإيداع، الذي كان يعفي المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور، وأنّ الحكم المطعون عليه قد استنتج أنّ مثل هذا الشّرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي من واقع وضعه الاقتصادي، كان في وضع مكّنه من فرضه على العميل.

وقد قرّرت المحكمة أنّ هذا الشّرط يتضمن صفة تعسّفية ويجب أن يعدّ غير مكتوب Non-écrite ،أي كأن لم يكن، وهو ما يؤدي إلى القول بأنّ قانون 10 جانفي 1978 كان ماثلاً في ذهن المحكمة وهذا ما يستشف من مؤشرات تتمثل في: أولاً استشهادها بعناصر الشّرط التعسّفي المنصوص على هذا القانون، ثم توقيعها جزاءً على الشّرط باعتباره غير مكتوب، وهذا ما ينص عليه القانون السابق، وبالتالي أصبحت الكرة في ملعب البرلمان.

وعلى ضوء ذلك فإنّ هذه التطورات القضائية دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، تلك الشّروط التي لم تحرم بمرسوم، وهو ما نتطرق له في العنصر الموالي.

ب) الإعتراف التشريعي الصريح:

أضاف المشرع الفرنسي مادة جديدة تحت رقم 09 ، إلى نصوص الحماية من الشّروط التعسّفية التي جاء بها قانون 10 جانفي 1978 ، نصت هذه المادة "أنه بمناسبة نزاع معروض على القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشّرط المتعلق بالخاصية المحدّدة أو قابلية التحديد للثمن وكذلك

[1] R.T.D.civ., 1991, p.526, not, J.Mestre.

بدفعه، بحقيقة الشيء أو بتسليمه، بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ، بالفسخ، الإلغاء أو التجديد للاتفاقات، حينما يبدو أنّ هذا الشّرط مفروضاً على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسّف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العقد ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"[1].

مايفهم من هذة المادة أنّ المشرّع أعطى القاضي سلطة اعتبار الشّرط باطلاً، وذلك بأن أعطاه سلطة تقدير الطابع التعسّفي للشّرط بالإستناد على معايير الشّرط التعسّفي. علماً أنّ الإستناد إلى هذه المعايير كان بموجب قانون 10 جانفي 1978 قاصراً على الحكومة وحدها.

على أنّ هذا النص وسّع كثيراً من مجال سلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد، لكن لم يعطه السلطة المطلقة في سبيل ذلك. إذ هو مقيد بالحالات المذكورة في النص، وهذه الحالات رغم أنها تبدو كافية، إلاّ أنها لا تشمل جميع الحالات التي تكون محلا للشروط التعسّفية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا التوجه الجديد للمشرع الفرنسي، قدّ تجسد أيضاً بموجب قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1995 ، حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسّفي للشرط بالإستناد إلى التعريف الذي أوردته المادة L.1-132 من قانون الإستهلاك في فقرتها الأولى[2]، هذا التعريف تضمن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين كمؤشر على أنّ الشّرط تعسّفي، وكما سبق الذكر أنّ هذا المعيار هو نفسه معيار الميزة الفاحشة. على أنّ سلطته بموجب قانون الاستهلاك لسنة 1995 تتسع لتشمل جميع مجالات التعسّف في عقود الاستهلاك.

[1] Art. 9 « A l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge peut déclarer non écrite une Clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des

[2] محمد بودالي ، المرجع سابق ، ص49 .

وبالإضافة إلى استناد القاضي إلى نص المادة L.1-132 من قانون الإستهلاك لتقدير الطابع التعسّفي للشّرط، أصبح يملك أيضاً طلب رأي لجنة الشّروط التعسّفية بشأن الشّرط محل النزاع المطروح عليه، وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993، الذي أسند للجنة الشّروط التعسّفية مهمة استشارية لدى القضاء، وإن كان غير ملزم بها[1].

وإعلان الشّرط تعسّفياً من قبل قضاء الموضوع بالإستناد على تعريف الشّرط التعسّفي الوارد بنص المادة 132-1. من قانون الإستهلاك، يخضع لرقابة محكمة النقض[2]، مما يؤدي إلى التوحيد لمعايير التقدير، وبالتالي إلى استقرار المعاملات.

أما بالنسبة للقاضي الجزائري، فإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني الذي يعطيه سلطة تعديل الشّرط التعسّفي، أو إعفاء الطرف المذعن منه، فإن تعريف الشّرط التعسّفي الوارد 04-02 السابق، يعزز من هذه السلطة الممنوحة له، وتحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم بها قضاة الموضوع. وذلك فضلاً عن رجوعه إلى القائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 منه، والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-306 في المادة 05 منه، ليستهدي بها.

ويتفق ما سبق مع ما قرّره المشرع الألماني، في شأن رقابة الشّروط العامة ، ذلك أنّ قانون 09 ديسمبر 1976 السابق، منح القاضي سلطة تقدير الشّروط العامة ومن ثمّ الحكم ببطلانها إن كانت تحمل طابع التعسّف.

وخلاصة القول، أنّ الإعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشّرط التعسّفي، يمثل تقدم هام في مجال الحماية للمستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إعادة التوازن للعملية العقدية وتقريب الشقة البعيدة الناجمة

[1] محمد بودالي ، المرجع نفسه ، ص50.

[2] حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الطابع التعسفي لشرط ما مسألة قانونية تخضع لرقابتها :
Civ. 1er ch., 6 janvier 1994 : D.1994, Som. 209, obs Delebeque (Ph).

عن عدم المساواة الإقتصادية بين أطراف العملية العقدية، فهذا أدعى إلى الثبات والاستقرار القانوني والاجتماعي الذي هو مهدّد ما بقي عدم توازن عقدي بين الأطراف[1].

الفرع الثالث: دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية

لقد ذهبت التشريعات إلى حل مشكلة تقاعس المستهلكين عن رفع الدعاوي خصوصا فيما يتعلق بالشروط الجزائية التعسفية ، عن طريق منح جمعيات المستهلكين حق رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين ، بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي.

حيث أعطى المشرّع الفرنسي لجمعيات الدفاع عن المستهلكين بموجب القانون 05 جانفي 1988 والمتعلق بدعاوى جمعيات المستهلكين، الحق في طلب الإلغاء للشّروط التعسّفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين، وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحق ضرراً مباشراً أو غير مباشرٍ بالمصلحة الجماعية للمستهلكين (المادة 01 منه)، وبالتالي فإنه يجب حسب هذا القانون وجود مخالفة جنائية، وأن تلحق هذه المخالفة ضرراً مباشراً أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين.

و نجد أن الجمعيات بإستطاعتها أن تطلب من القضاء المدني الأمر إلغاء الشروط التعسّفية الموجودة في نماذج الاتفاقات المعروضة عادة من جانب المهنيين على المستهلكين (المادة 06من القانون السابق)، والشّروط المعنية هنا هي كل شرط تعسّفي ترى المحاكم أنه تعسّفي سواءً صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالاً ظاهرا.

[1] عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع سابق ، ص 102 .

كما أن المشرّع الفرنسي أعطى لجمعيات الدفاع عن المستهلكين حق رفع دعوى مدنية مقترنة بالدعوى الجناية. بأنّ أضاف مادة جديدة للقانون 05 جانفي 1988، مرقمة بـ 8-1[1] تلي المادة 08 منه. مفادها أنه عندما تلحق أضراراً مادية بعدد من المستهلكين من الأشخاص الطبيعيين المعروفين والتي حدثت من جراء فعل المهني نفسه، ويكون مصدر هذه الأضرار مشتركاً، فإن لجمعيات الدفاع عن المستهلكين، وذلك بعد حصولها على وكالة من قبل اثنين من المستهلكين المعنيين على الأقل، أن تدعي بحق مدني أمام أي جهة قضائية جنائية باسم هؤلاء المستهلكين. ويجب أن تكون الوكالة مقدمة كتابة من قبل كل مستهلك.

والجمعية لها الحق في هذه الحالة أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم، وإن لم يوجد، فأمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين"[2].

وأهمية هذه الدعوى تكمن في أنها تعطي للجمعية، حق التدخل في الدعوى وتمنح القاضي إمكانية رقابة خاصية التعسّف في الشّروط العقدية. إضافة إلى ذلك أنها تؤدي إلى تحسين وضع المستهلك الذي يرفع دعوى أمام القضاء، فالدعاوى الفردية قد ثبت، ومنذ وقت طويل، أنها مقيدة ولا تشجع المستهلك على ملاحقة المهني أمام المحاكم نظراً للنفوذ الاقتصادي لهذا الأخير، والمصاريف القضائية وطول وتعقد الإجراءات تمنعه من رفع الدعوى، هذا من ناحية، وأن تعدد الدعاوى الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة، ويؤخر كذلك إقامة قضاء مستقر من ناحية أخرى[3].

[1] J.O.Ass.Nat., n.25, jeudi 25, av.1991, p.1691.

[2] خليل محمد عبد الفتاح خليل ، المرجع السابق ، ص 142.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصى ، المرجع سابق ، ص 267.

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري فإنه هو الآخر أعطى بموجب المادة 1/65 من قانون 04-02 المذكور سابقاً، لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، حق رفع دعوى أمام العدالة ضدّ كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02.

كما أعطاها الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلكين (المادة 1/65 منه).

والقضاء بصدد نظره الدعاوى المرفوعة من أجل إبطال الشّروط التعسّفية له أن يقرّر عليها الجزاء المناسب إذا رأى أنها تحمل وصف التعسّف، وهو ما يجّرنا إلى الحديث عن جزاء الشّرط التعسّفي في العنصر الموالي.

الفرع الرابع : الجزاءات المترتبة على الشّرط الجزائي التعسّفي

نصت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي، المتعلّق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشّروط التعسّفية على أن : "...الشّروط التعسّفية، التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة".

وبعد وضع تقنين الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993 ، أعاد المشرّع النص في المادة 6/1-132 منه، على اعتبار الشّروط التعسّفية كأن لم تكن مكتوبة.

اتفق أغلب الفقه على أنّ عبارة "كأنها غير مكتوبة" écrites non réputées تعني باطلة[1]

[1] J. KULLMANN: « Remarques sur les clauses réputées non écrites »: D.1993. Chr., p. 59.

Voir aussi : V. COTTEREAU: « La clause réputée non écrite », J.C.P., éd G. 1993, Doc., 3691.

ونوع البطلان المقرّر في نص المادة 132 من القانون الفرنسي هو بطلان جزئي مقرّر لمصلحة المستهلك ومتعلّق بالنظام العام[1] ، ذلك لأنّ البطلان النسبي للشّروط التعسّفية يتلاءم مع مصلحة المستهلك فالبطلان المطلق ينقلب ضدّ المستهلك، لأنه يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السّلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل، والتي لا غنى له عنها وإعمال البطلان الجزئي يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على جزاء مدني للشرط الجزائي التعسّفي في القانون 04-02 السابق. ويرى البعض[2] أنّ هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرّع، وهو نقص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشّرط الجزائي التعسّفي، وبقاء العقد صحيحاً إذا أمكن أن يستمر قائماً دون تلك الشّروط الباطلة، واكتفي المشرّع الجزائري بترتيب جزاء جنائي، وهو الغرامة في نص المادة 38 من نفس القانون، التي نصت بأنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة، وممارسات تعاقدية تعسّفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون. ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5000.000 دج".

ولعلّ المشرّع الجزائري أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[3].

و عموماً، فإنّ القواعد المعاصرة لحماية المستهلك، تبدو مختلفة كثيرا في صدد الحماية من الشروط التعسفية، عن تلك الّتي تضمنتها القواعد العامة ، تلك القواعد المعاصرة تضمّنت أشكالا جديدة من أشكال الحماية من الشروط التعسفية لم تكن معروفة في ظل القواعد التقليدية ، وهو ما أدّى إلى

[1] J. GHESTIN: Le contrat, formation, précité, n°. 606, p. 691.

[2] محمد بودالي ، المرجع سابق ، ص142 .

[3] خليل محمد عبد الفتاح خليل ، المرجع السابق ، ص139- 140 .

تشديد الرّقابة على الشروط المحرّرة مسبقا والّتي غالبا ما تحمل معنى الظلم، هذا التشديد للرقابة، يؤدي لا محالة إلى دفع المهنيين أو المحترفين الذين قد يفكرون في الحصول على مزايا فاحشة على حساب المستهلكين الضعفاء، يدفعهم إلى إعادة صياغة شروط العقود النموذجية الّتي يطرحونها في السوق. خاصة وأنّ الأمر لم يعد محصورا في الجزاءات المدنية على تلك الشروط التعسفية، وإنّما تعدّاه إلى الجزاء العقابي ممثّلا في الغرامة، وذلك بصفة خاصة في القانون الجزائري.

خاتمة

من خلال ما تمت دراسته التي كان الهدف منها معرفة موقع الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك خصوصا إذا تحول وأصبح شرطا جزائيا تعسفيا ، والبحث عن تحقيق حماية للأطراف المتعاقدة ، هذه الحماية تكون سواء عند الإبرام أو عند التنفيذ وذلك تحقيقا لمبدأ الحرية في التعاقد ، خاصة بعد التطور الحديث للنظام العام في الميدان التعاقدي وظهور عقود ذات طابع تعسفي تؤدي إلي عدم تكافؤ المراكز القانونية واللامساواة بين أطرافها.

ولما كان المشرع الجزائري من التشريعات التي تسعى وتحرص على الحفاظ على توازن العقد ودفع الآثار السلبية التي تنتج عنه سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة، وذلك من خلال تكريسه لمبادئ يقوم عليها العقد فمن بينها نجد مبدأ سلطان الارادة أين اعتبرت إرادة الأطراف هي السلطان في التعاقد والمقررة في تحرير العقود ، وهذا هو الأصل في المجال التعاقدي إلا أنه خروجا عن هذا المبدأ نجد أن المشرع قد تدخل لمشاركة الأفراد في صياغة العقود وتضمينها المضمون الذي كيفه من النظام العام.

فلا يجوز مخالفة هذه الآليات التي تبرهن وتؤكد مدى اهتمام المشرع بالعقد وسعيه لإعادة توازنه خاصة بعد ظهور العلاقات الغير المتكافئة للأطراف ، وتنطبق هذه الحالة في حالة ما إذا تم انهيار التوازن الاقتصادي للعقد أو تحوله من وظيفته العادية ، لنشوء عيب من عيوب الإرادة التي تلحق بأحد الأطراف نتيجة استغلال لأحدهما وضعية الطرف الآخر لسذاجته ، سعيا منه تحقيق هدفه، وقد يتدخل القاضي حسب ما يقتضيه القانون بطريقة مباشرة لإعادة توازن العقد وتكون له السلطة التقديرية في تقدير الوضع وإعادة الحالة إلي وضعيتها الطبيعي وهو الحال المعمول به في الأحكام المنظمة للشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري أو القوانين المقارنة و كذلك أيضا في نظرية الظروف الطارئة أين يعمل القاضي على إزالة الإرهاق الذي يصيب أطراف العلاقة التعاقدية نتيجة لتغير الظروف العادية التي يقوم عليها العقد والتي يصبح فيها المدين أو الدائن في مركز ضعيف عند تنفيذه للعقد.

لذلك أعتبر تعديل العقد مهمة رئيسية للقاضي لإعادة التوازن الاقتصادي وتحقيق العدالة التي انتفت في العقد، عوضا من تركها تحت جزاء البطلان والفسخ ، ونفس الأمر ينطبق في حالة تسلط وتحكم الطرف القوي

في موضوع العقد بوضعه شروط جزائية تعسفية دون اللّجوء إلي المناقشة والتفاوض التي تعتبر من أساسيات قيام العلاقة التعاقدية.

لذا نجد المشرع عاملها معاملة خاصة نظرا لمميزاتها، ومخاطر هذه العقود تكمن في الشروط الجزائية التعسفية التي تضر بمصلحة الطرف الضعيف وتحقق مزايا زائدة للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف لذا استفاد من حماية خاصة، وما يمكن قوله أن على المشرع الجزائري توسيع فكرة عقود الإذعان والإعتراف أو إرساء لها مفهوم أوسع لاعتبار أن جميع المعاملات التي يقوم بها الفرد في الآونة الأخيرة في اقتناء حاجاته تطغي عليها صفة الإذعان ووجود نظام تعاقدي يقوم على فكرة التفاوت في المراكز القانونية للأطراف ، فعلى المشرع وضع ضمانات كافية للطرف الضعيف من أجل المحافظة على حقوق الأطراف وتساويهم فيما بينهم لتحقيق المصلحة التعاقدية.

إلا أن في الوضع هذا نجد المشرع يعمل على خدمة المصلحة الخاصة أي مصلحة الطرف الضعيف دون مصلحة الطرف القوي حيث أن امتلاك المشرع والقاضي سلطة التدخل في العلاقة التعاقدية وهو ما يظهر من خلال تدخلاته في حالة وجود عائق يعيق خدمة العقد، فهنا تقتضي تدخل القاضي من وقت إعلان الرغبة في التعاقد إلي غاية تمامه والتركيز في إعادة التوازن العقدي بمنع الشروط التعسفية مما جعل العقد يخرج عن القاعدة العامة بتقييد إرادة الأطراف فعلى المشرع تغليب سلطان القانون على سلطان الإرادة لتحقيق العدالة العقدية للحدّ من تسلط وتحكم الطرف القوي في مضمون العقد، وبما فيه ضبط سلوك الطرف القوي وتذهيب إرادته المتحكمة في العقد بفرض عليه إلتزامات أكثر مما كان عليه ، وعلى ضوء ماسبق توصلت إلى النتائج التالية:

حيث لم يقتصر بيان احكام الشرط التعسفي على القواعد العامة الواردة في القانون المدني سواء في الاحكام المنظمة للشرط الجزائي او في عقد الاذعان أو بما يتعلق بعقد التأمين ، وانما جاءت احكامه الرئيسة التي وفرت قدر اكبر الحماية للمتعاقد الضعيف في القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، كما أنه يشترك كل من الشرطين بكونهما شروطاً مقترنة بالعقد تؤدي الى اختلال في التوازن العقدي من حيث الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد ، إلا ان مفهوم الاختلال في التوازن العقدي يختلف بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي

، حيث يوصف الاختلال بوجود الشرط التعسفي بكونه ضمن القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، بينما لم يتحقق هذا الاختلال في الشرط الجزائي ولم نصل الى مرحلة بطلانه ، وانما اكتفى المشرع بإعطاء الصلاحية للقاضي بتعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة أو إنقاصاً.

بالإضافة أنه لا يمكن اعطاء وصف التعسف للشرط على وفق معيار واحد ، وانما كانت عدة معايير لجأ اليها الفقه القانوني فالبعض ذهب الى النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق ، في حينان الرأي الراجح يذهب الى ان التعسف يكون متوافراً اذا كنا أمام ميزة او منفعة مبالغ فيها يحصل عليها أحد اطراف العقد يجعل الخلل في التوازن العقدي خللاً مؤثراً بينما الشرط الجزائي هو مجرد تعويض اتفاقي يقدره المتعاقدان مسبقاً ، لذا فإن للقاضي السلطة التقديرية في بيان مدى التناسب بين الشرط الجزائي وبين الضرر الذي حصل للدائن.

حيث إن سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي في العقد المقترن بالشرط التعسفي تختلف عن سلطتها في الشرط الجزائي ، فإعادة التوازن العقدي يكون وجوبياً على المحكمة في حالة العقد المقترن بشرط تعسفي وفق القوانين الخاصة بحماية المستهلك الأمر الذي يختلف عن سلطتها وفق القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بعقد الاذعان ، وهذا الأمر يختلف تماماً عن سلطتها في تعديل العقد المقترن بالشرط الجزائي حيث ان سلطتها التقديرية تكون في تعديل قيمة الشرط الجزائي وفقاً للحالات التي نص عليها المشرع وبناء على طلب احد طرفي العقد ، عندها نكون امام تعديل للعقد ، بينما في الشرط التعسفي فنكون امام تصحيح للعقد باستبعاد الشرط الباطل المخالف للنظام العام بحكم القانون ودون حاجة لطلب المتعاقد الضعيف وذلك وفق القوانين الخاصة بحماية المستهلك.

من خلال النتائج المتوصل إليها حاولنا تقديم مجموعة من الاقتراحات تتمثل في أنه يتطلب حماية المستهلك تكاثف الجهود بين الدولة في مجال تدعيم الرقابة على الشروط التعسفية وإعلام المستهلك وبين المستهلك الذي يسعى إلى فهم ثقافة الاستهلاك شبه الغائبة لديه ، ثم أقترح المبادرة إلى وضع قانون حماية المستهلك واحد وهذا بجمع كل النصوص الخاصة بحمايةالمستهلك من الشروط التعسفية سواء في القواعد العامة أو الخاصة المستحدثة وهذا لتسهيل الاطلاع على قواعده ، كذلك على المشرع تشجيع دور الدولة

والجمعيات التي تستهدف حماية المستهلكين والنقابات في تحرير عقود نموذجية متوازنة بدلا من ترك أحد الاطراف يستقل بتحرير العقود التي ينظم إليها جمهور المتعاملين.

بالاضافة إلى تدعيم جمعيات حماية المستهلك وهذا عن طريق رفع الدعم المالي المخصص لها الذي يسمح بالإقبال على إنشائها وتسهيل شروط استعمال حقها في التقاضي لصالح المتضررين من الشروط التعسفية ، وفي إعادة صياغة الجزاءات المقررة على المتدخل بما يتناسب مع القانون في توفير حماية جدية وفعالة للمستهلك وإعادة النظر في طبيعة العقوبة وهذا بإدراج المزيد من العقوبات البدنية ورفع قيمة الغرامات لردع المتدخل أكثر.

أما ما اقترحه حول الأحكام العامة للشرط الجزائي بصفة عامة ، هو أن يحد من مجال إعمال الشرط الجزائي في العقود ، وذلك من خلال استثناء التأخر في تنفيذ الالتزام إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الشريعة الاسلامية ، على أساس أنه ربا أو أنه طريق مفض إلى الربا ، لا سيما إذا كانت المعاملة بين الافراد ، نقترح كذلك ان يجعل الاعذار مفترضا بمجرد إخلال المدين بالتزامه مع السماح باشتراطه إذا اتفقوا على ذلك ، لأنه لا يتعلق بالنظام العام ، كما أن اشتراطه يتعارض مع أحد مقاصد الشرط الجزائي وهو التخفيف من الاجراءات وتخفيض التكاليف . كذلك نناشد المشرع الجزائري إلى منح القاضي سلطة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي إذا كان المبلغ المتفق عليه منخفضا إلى درجة كبيرة مقارنة مع الضرر الذي لحق الدائن مع استبعاد الزيادة .

المصادر

و

المراجع

أولا : المصادر

القانون المدني الجزائري (الأمر 75-58 المؤرخ بتاريخ 1975/09/26 ج . ر . رقم 78 المؤرخة في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/13 ج . ر . رقم 31 مؤرخة في 13 ماي 2007 .

- القانون المدني العراقي .
- القانون المدني الفرنسي .مدونة نابليون سنة 1804 .
- القانون المدني الكويتي .
- القانون المدني المصري .
- القانون الالماني
- القانون المدني الأردني
- القانون المدني التونسي .

أ/ **النصوص التشريعية:**

1. الأمر 03/03 المؤرخ في2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ج. ر. رقم 43 مؤرخة في 2003/07/20 المعدل والمتمم بالقانون08-10 المؤرخ في 2008/06/25 ج.ر. رقم 36 المؤرخة في 2008/07/02 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 2010/08/15 ج.ر. رقم 46 مؤرخة في .2010/08/18

2. الأمر 03/03 المؤرخ في2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ج.ر.رقم 43 مؤرخة في 2003/07/20 المعدلل والمتمم بالقانون08-10 المؤرخ في 2008/06/25 ج.ر. رقم 36 المؤرخة في 2008/07/02 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 2010/08/15 ج.ر. رقم 46 مؤرخة في .2010/08/18

3. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر. رقم 41 المؤرخة في 2004/06/27 ، المعدل والمتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 2010/08/15 ج.ر.رقم 46 المؤرخة في .2010/08/18.

4. القانون رقم03/09 الصادر بتاريخ 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر. رقم 15 المؤرخة في 2009/03/08.

5. التعديل التشريعي الفرنسي رقم 131/2016 الصادر في 2016/02/10 الخاص بتعديل القانون المدني والذي يتعلق بمصادر الالتزامات .

6. قانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل21ابريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل.

ب /النصوص التنظيمية:

1- المرسوم التنفيذي90-39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع 5، المؤرخة في 31 يناير1990. قانون ملغى

2- المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ ج. ر.رقم 49 المؤرخة في 2013/10/02

3- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006 يحددالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ع 56 ، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 2008/02/03 ، ج. ر . رقم 07 المؤرخة في 2008/02/10 .

ثانيا ً: المراجـع

1-المراجع باللغة العربية :

- القواميس :

1 – ا بن فارس، **معجم مقاييس اللغة** الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، دون طبعة، 1979 م.

2 – ا بن منظور، **لسان العرب، باب الشين** ، دار المعارف، مصر، دون طبعة، دون سنة نشر.

أولاً : المؤلفـات

أ- الكتب العامة :

1- إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى جامعة الكويت، الطبعة الأولى1404 هـ .

2- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة والجديدة للنشر، مصر، 2014م .

3- أبو السعود رمضان ، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية 1994م.

4- أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، كلية الحقوق ، الكويت ، الطبعة الأولى، 1416 هـ .

5- أبو ملوح موسى سليمان، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني ، مصادر الالتزام ، 2002م.

6- أحمد رباحي، اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة .اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5.

7- أحمد محمد الرفاعي : الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، دار النهضة، مصر 1994.

8- أسامة أحمد بدر: ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة مصر 2011م.

9- أسامة الحموي ،الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله-دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي- الطبعة الاولى، مطبعة الزرعي، دمشق.

10- الالتزام الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة،2009م .

11- السيد خليل هيكل : نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ،الطبعة الثانية ،1999 .

12- أمانج رحيم أحمد : حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، لبنان ، الطبعة الاولى، 2011 م.

13- أميرة حسن الرافعي : المحاكم الاقتصادية ، قوانين الاستثمار ،قوانين حماية المستهلك ،المكتب العربي الحديث ، مصر،2009.

14- أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ،دار النهضة ، القاهرة ، 2011م .

15- بدر يعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي .

16- جميعي حسن عبد الباسط ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، القاهرة ،1990م .

17- الحكيم عبد المجيد ، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري ، القانون المدني وأحكام الالتزام،الجزء الثاني ، دون طبعة .

18- خالد عبد الفتاح محمد خليل :حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دارالجامعة الجديدة للنشر، مصر 2009 م.

19- خالد محمد السباتين:" تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك"، سلسلة مشروع تطوير القوانين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق .المواطن،2002 م.

20- دواس أمين ، القانون المدني –أحكام الالتزام– دراسة مقارنة ، دار الشروق ، الأردن،2005م .

21- رفيق يونس المصري، عقود التوريد والمناقصات ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، 1421 هـ.

22- زاهية حورية سي يوسف : المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة ، الجزائر .

23- الزعبي علي فلاح : مبادئء وأساليب التسويق ، دار صفاء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الاولى،2010م.

24- رمضان علي الشرنباطي، حماية المستهلك، دار المطبوعات الجامعية مصر، 2008.

25- زكي الدين شعبان :الشرط الجزائي في الشريعة والقانون ،مقال في مجلة الحقوق ،عدد يونيو 1977م.

26- زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات و العقود ومقارنته بالقوانين الحديثة و الشريعة الإسلامية ج5 الطبعة الاولى ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا، بيروت.

27- سعود العماري :" الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، جريدة العربية، 17 مارس 2014م السعودية.

28- سلطان أنور ،النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ، دار المطبوعات الجامعيةالإسكندرية،1997م.

29- سليمان بن محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة ،1991 م.

30- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج2، الطبعة الثالثة ، بيروت، لبنان 2000م .

31- السنهوري عبد الرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ، الإثبات آثار

32- السنهوري عبد الرزاق أحمد ، شرح القانون المدني، النطرية العامة للإلتزام –نظرية العقد– المجمع العلمي العربي الاسلامي ، منشورات لبنان ، بيروت ، 1934م .

33- السنهوري عبد الرزاق أحمد ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2009 م.

34- سوار محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام ، ج1،المطبعة الجديدة ، سوريا ، دمشق،1978م.

35- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر.

36- سيد محمد سيد عمران ، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف الاسكندرية .

37- الشرقاوي جميل ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دارالنهضة العربية ، القاهرة.مصر .

38- الشوايكة محمد عايد ، عقد التأجير التمويلي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2011م.

39- الصدة عبد المنعم فرج : عقود الإذعان ، القاهرة ، مصر، 1946م.

40- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا ، دار الفكر الجامعي، دون طبعة ، الإسكندرية 2005 م.

41- طرح البحور علي حسن : عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ، دار الفكر الجامعي مصر ،الطبعة الاولى ، 2007م .

42- عامر أحمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، دراسة في القانون المدني والمقارن ، الاردن 2002م.

43- عبد الباقي عبد الفتاح ، أحكام الالتزام في القانون، مذكرات م1974، م1975 ، دون ناشر وتاريخ نشر .

44- عبد الرزاق بلنوار : المهني و المستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية ، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي ، مجلة شمال إفريقيا ، جامعة بشار ، الجزائر .

45- عبد الفتاح بيومي حجازي : مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، الطبعة الأولى ،2005 .

46- عبد الله بن محمد المطلق، عقد التوريد ، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، العدد 10 ، 1414 هـ .

47- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

48- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، منشوارت الحلبي الحقوقية لبنان ،2007 م .

49- عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة1976م.

50- عدوي مصطفى عبد الحميد، النظرية العامة للإلتزام ،الطبعة الاولى ، مطبعة حمادة الحديثة 1996 .

51- علي البارودي : القانون التجاري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ،1975.

52- علي بولحية بن بوخميس : القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2000 .

53- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003م .

54- علي فتاك : تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتوج ،دار الفكر الجامعي ، مصر، الطبعة الأولى 2008 م .

55- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية ،مصر، الطبعة الاولى، 2008م .

56- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشاة المعارف للنشرالإسكندرية، مصر، 2004م.

عنابي بن عيسى : سلوك المستهلك، ج 1، عوامل التأثير البيئية، ديوان المطبوعات الجامعية.

57- فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشو ا رت الحلبي الحقوقية لبنان، 2012م .

58- فرج توفيق حسن ، النظرية العامة للالتزام ، مقارنة بين القوانين العربية ، الدار الجامعية ،1988م.

59- فضلي هشام : عقد شراء الحقوق التجارية ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، 1997م .

60- قزمان منير ، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية (مصر)- دون طبعة ، 2005 .

ب- <u>الكتب المتخصصة:</u>

1- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012م .

2- لشعب محفوظ بن حامد : عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990 م.

3- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى ،1998 م.

4- محمد ابراهيم عبيدات : سلوك المستهلك ، دار وائل للنشر، الأردن ، الطبعة الرابعة ، 2004م .

5- محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب ، الجزائر .

6- محمد حاج بن علي: مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجات المعيبة، جامعة الشلف، الجزائر.

7- محمد لبيب ، شرح احكام المقاولة ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1962م .

8- محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2 ، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1990 م

9- مرسي محمد كامل : العقود المسماة ،ج 1 ، مصر، 1992م .

10- مرقس سليمان ، موجز أصول الالتزامات ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، 1961م.

11- مصطفى أحمد أبو عمرو : موجز أحكام قانون حماية المستهلك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان الطبعة الأولى ،2011 م.

12- منصور محمد حسين ، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، الطبعة الأولى 2007م.

13- المواجدة مراد محمود ، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع دون طبعة ، 2010م.

14- نادية معوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة ،2001م .

15- ناصيف الياس ، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ ، 1991م.

16- ناصيف إلياس، البند الجزائي في القانون المدني وعقد الليزنغ، ط1، 1995.

ج- <u>الرسائل :</u>

- **<u>رسائل الدكتوراه:</u>**

1- المطيري مساعد زيد عبد الله ، الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، مصر ،2007.

2- حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008-2009م .

3- حميد بن شنيتي ، أطروحة دكتوراه دولة ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1996 م .

4- خالد جمال أحمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد دراسة مقارنة –رسالة - دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط ، 1997 - 1996 م .

5- راقية عبد الجبار ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد 2000 م .

6- زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثةلحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه دولة ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر ، 2016.

7- عبد الرحمن بن عايد العايد، عقد المقاولة ، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1420 هـ.

8- عبد المحسن الرويشد ،الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ،أطروحة دكتوراه، ، جامعة القاهرة،1983 م.

9- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني ، اطروحة دكتوراه في الفقه واصوله ، جامعة الملك سعود ، المملكة السعودية .

10- ميلاد عبد الحفيظ : النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2012-2011م .

11- نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية عقد– البيع نموذجا ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس– الرباط 2005 – 2004م .

هـ المجلات والدوريات

1- أحمد رباحي،" أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد. 05 .

2- أحمد عبد الرحمان الملحم،" نماذج من العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 16 مارس 1992 م .

3- إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني االفلسطيني - دراسة تحليلية -، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العدد الأول، 2012 م.

4- جبرائيل غزالة ، التعويض الاتفاقي و سلطة القاضي في تعديله ، مجلة المحاماة، القاهرة ، مصر العدد الأول، السنة الحادية و الأربعون،1960 م .

5- حسن عبد الباسط،" جمعية حماية المستهلك الحماية الخاصة برضا- المستهلك في عقود الاستهلاك "مجلة الدراسات القانونية تصدرها كلية الحقوق- جامعة أسيوط، العدد 13 ،. 1991 م .

6- رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسئولية التقصيرية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة الكوفة، العراق، المجلد الأول، العدد الثامن،2010 م .

7- زرقون نور الدين ،سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة النزاع ، دفاتر السياسة و القانون كلية الحقوق ، جامعة ورقلة، العدد الثامن، جانفي 2013 م.

8- شفيق الجراح، الطلاق في شريعة حموراني،(تضمين عقد البيع والنكاح شرطا وهو عقوبة مالية)، مقال مجلة العربي الكويتية.

9- شوقي بناسي،مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والتجاريةظن العدد 2، 2009.

10- الصادق ظريفي،" اختلال التوازن في المعرفة بين الاطراف عند تكوين العلاقة التعاقدية"، مجلة معارف، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة، العدد 13 .2012 م .

11- عبد السلام الترمانيني، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري و بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مجمة المحاماة ،القاهرة ، مصر ، العدد الأول، السنة الحادية و الأربعون1960 م.

12- فواز صالح ، النظام القانوني للغرامة التهديدية ،دراسة قانونية مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 28 ، العدد الثاني ، 2012 م .

13- مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل ، ع4 ،2015 م

14- نائل مساعدة، الضرر في الفعل الضار وفقا للقانون الأردني(دراسة مقارنة)، مجلة المنارة المجلد12 ، العدد3 ،2006 م .

- قانون 31 ديسمبر 1962.
- القانون الفرنسي ، المواد126 ص 1133 و 1152 ، مدونة نابليون، 1804.
- المادة 183 ، 184 ، 185، من القانون المدني الجزائري،26 ديسمبر 1975

II-En droit Français:

1/ Les lois

1- Le code civil français.

2- La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des Consommateurs de produits et de services comprend cinq chapitres dont le Quatrième est intitulé: "De la protection des consommateurs contre les clauses Abusives".

3- La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978, relative à la protection et à l'information des Consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

4- La loi n°.88-14 du 5 Janvier 1988 sur les actions en justice des associations de Consommateurs.

5- La loi n°.93-949 du 26 Juillet 1993, relative au code de consommation français,

Modifiée par la loi n°.95-96 du 01 Février 1995. Et l'ordonnance n°.2000-741 du 23 Août 2000. Et par la loi châtel, 28 Janvier 2005. Et La loi n°.2014-344 du 17 mars 2014.

6- Ordonnance n°.2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

2/ Textes réglementaires

1- Le décret n°.78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de Services. "De la protection des consommateur contre les clauses abusives".

2- Le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 Du code de la consommation. Cass.civ. 3ème ch., 5 mars 1970, J. Thilmamy : « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé » R.I.D.C., 1980, p. 17.

I Ouvrages généraux

1. Michèle- Laure Rasât, **la responsabilité civile**, presse universitaire de France, 1973.

2. Denis Mazeaud, **la notion de clause pénale, préface** de cabas, LGDG, Paris, 1992.

3. Marianne Faure Abbad , **le fait générateur de la responsabilité Contractuelle,** LGDJ, Paris, Frace, 2003.

4. Jacques fluor, Jean Luc, Eric sa vaux, **Les obligations -1 l'acte juridique**, Dalloz, 12 éditions, 2006.

II Ouvrages spéciaux

1- Georges Berlioz, **Le Contrat d'adhésion**, 2ème édition, Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris - France, 1976.

2- Gabriel Guéry, **Pratique du droit des affaire**, 6 édition, Dunad, Paris – France, 1994.

3- Hélène Bricks, **Les clauses abusives**, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, Paris - France, 1982.

4- Jean Calais-Auloy, **Propositions pour un nouveau droit de la consommation** La documentation française, Paris - France, 1985.

5- Jean Calais-Auloy, **Droit de la consommation**, 3ème édition, Précis Dalloz, France ,1992.

7- Denis Mazeaud, **la notion de clause pénale, préface** de cabas, LGDG, Paris, 1992.

II. Thèses

1.Alexandre Demeyer, **étude comparative de la clause pénale en droit Civil français et en commun Law**, thèse master, institut de droit Comparé, université de Mc Gill, Montréal, Canada, 1999.

2- Claire-Marie Pegliom-Zika, **la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation**, thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon – Assas

III. Articles

1. Martinon, **l'union de l'indemnité contractuelle de licenciement et de la Clause pénale,** jcp s 2010, p1113.

2. Baccara (B), **la réforme de la clause pénale: conditions et limites de L'intervention judiciaire,** jcp g, 1975.

3- Denis Mazeaud, **Cause illicite**, Revus des contrats, Librairie générale de droit et De jurisprudence, avril 2005 N°2.

4- J-M. Guéguen, **Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice Contractuelle**, Précis Dalloz, 33e cachier, 23 septembre 1999.

5- Pierre Godé, **Protection des consommateurs**, R.T.D.civ, 1978, p 744, et 746. IV.

الفهرس

الفهرس

إهداء

شكر وعرفان

قائمة الاختصارات

مقدمة..... 1 – 4

الباب الأول: الإطار المفاهيمي للشرط الجزائي وعقود الاستهلاك 5– 92

الفصل الأول: النظرية العامة للشرط الجزائي..... 7–44

المبحث الأول: ماهية الشرط الجزائي 8

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي..... 8

الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي 9

الفرع الثاني : أسماء الشرط الجزائي 16

الفرع الثالث : أنواع الشرط الجزائي..... 17

المطلب الثاني: أهمية الشرط الجزائي وتميزه عن الاوضاع المشابهة..... 19

الفرع الأول: أهمية الشرط الجزائي 19

الفرع الثاني: تميز الشرط الجزائي عن الأوضاع القانونية المشابهة له..... 21

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي و خصائصه..... 28

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي..... 28

الفرع الأول: اعتبار الشرط الجزائي كعقوبة 28

الفرع الثاني: اعتبار الشرط الجزائي كتعويض..... 29

الفرع الثالث : الطبيعة المزدوجة للشرط الجزائي..... 30

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الشرط الجزائي..... 31

المطلب الثاني: خصائص الشرط الجزائي..... 31

الفرع الأول : اعتبار الشرط الجزائي اتفاقا..... 32

الفرع الثاني : الشرط الجزائي التزام احتياطي..... 33

الفرع الثالث : الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي..... 33

الفرع الرابع : اعتبار الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض..... 34

المبحث الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي ونطاق تطبيقه..... 35

المطلب الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي 35

الفرع الأول: الأركان العامة للحكم بالتعويض..... 35

الفرع الثاني: الإعـــذار 39
المطلب الثاني: نطاق تطبيق الشرط الجزائي 42
الفرع الأول: الشرط الجزائي في نطاق العقد..... 42
الفرع الثاني: الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية..... 43
الفصل الثاني: محتوى عقود الاستهلاك..... 45-92
المبحث الأول : أطراف عقد الاستهلاك 46
المطلب الأول : مفهوم المستهلك 46
الفرع الأول : تعريف المستهلك في الاقتصاد والشريعة الاسلامية..... 47
الفرع الثـاني : التعريف القانوني والفقهي للمستهلك..... 49
المطلب الثـاني : مفهوم المـهني..... 55
الفرع الأول : التعريف الفقهي والقانوني للمهني..... 55
الفرع الثاني : معايير تمييز المهني عن المستهلك..... 56
المبحث الثاني : أشكال الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك..... 58
المطلب الأول : الشرط الجزائي في العقود التقليدية 58
الفرع الأول : الشرط الجزائي في عقد البيع..... 58
الفرع الثاني : الشرط الجزائي في عقد التأجير التمويلي..... 61
الفرع الثالث: الشرط الجزائي في التعهد بنقل ملكية عقار..... 63
المطلب الثاني : الشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا..... 64
الفرع الأول : القيمة العملية والقانونية للشرط الجزائي في عقود نقل التكنولوجيا..... 64
الفرع الثاني : الشرط الجزائي وتقيد المسؤولية في نقل عقود التكنولوجيا..... 71
المبحث الثالث : موقف القانون الجزائري من الشرط الجزائي ومقارنته مع القوانين الاخرى..... 74
المطلب الأول : موقف القانون الجزائري و مقارنته بالقوانين العربية 74
الفرع الأول: بالنسبة للقانون المصري و السوري و اللبناني..... 74
الفرع الثاني: بالنسبة للقانون الأردني..... 75
المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري ومقارنته بالقوانين الأجنبية..... 77
الفرع الأول: بالنسبة للقانون الانجلوأمريكي..... 77
الفرع الثاني: بالنسبة للقانون الفرنسي..... 77
البـاب الثاني: الشرط الجزائي التعسفي وأثره على التوازن العقدي وأساليب الحماية منه 93-227

الفهرس

الفصل الأول: اختلال التوازن في عقود الاستهلاك..... 95-174

المبحث الأول : معاينة القاضي لاختلال توازن العقد بفعل الشروط الجزائية التعسفية..... 97

المطلب الأول: تحديد الشروط التعسفية كسبب لإختلال العقد..... 97

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي..... 97

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة..... 104

الفرع الثالث : نطاق العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي..... 108

المطلب الثاني: عناصر و معايير الشرط التعسفي وطرق تحديده..... 116

الفرع الأول: عناصر و معايير الشرط التعسفي..... 116

الفرع الثاني : طرق تحديد الشرط التعسفي..... 127

المبحث الثاني : نطاق العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط الجزائية التعسفية..... 133

المطلب الأول : حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان..... 135

الفرع الأول : قصور الفقه في إعطاء مفهوم دقيق لعقد الإذعان 136

الفرع الثاني : تدقيق مفهوم عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي له 138

المطلب الثاني : توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة..... 141

المبحث الثالث: التقنيات القانونية العامة المتاحة في تحقيق التوازن العقدي..... 144

المطلب الأول : نظرية الشرط الجزائي لإعادة التوازن العقدي..... 144

الفرع الأول : في تخفيض الشرط الجزائي 144

الفرع الثاني : في زيادة الشرط الجزائي التعسفي..... 149

الفرع الثالث: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي..... 151

المطلب الثاني : نظريتا السبب والغبن لإعادة التوازن العقدي..... 155

الفرع الأول: نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي..... 156

الفرع الثاني: نظرية الغبن لإعادة التوازن العقدي 162

الفرع الثالث: مبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي..... 168

الفصل الثاني: أساليب الرقابة على الشرط الجزائي التعسفي..... 180-227

المبحث الأول: التدابير القانونية لمواجهة الشّروط الجزائية التعسّفية..... 176

المطلب الاول : القوائم المحددة للشروط التعسفية بموجب القوانين..... 176

الفرع الأول : تحديد القوائم بالنسبة للمشرع الفرنسي..... 178

الفرع الثاني: تحديد القوائم بالنسبة للمشرع الجزائري..... 180

المطلب الثاني : ضمانات مطابقة نظام القائمة للقوانين..... 188
الفرع الأول : الجزاء المدني 188
الفرع الثاني :الجزاء الجزائي 190
المبحث الثاني : الرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشّروط الجزائية التعسّفية 191
المطلب الاول : الأساس القانوني للجنة الشّروط التعسّفية..... 192
الفرع الأول : تكوين لجنة الشروط التعسفية وكيفية تسييرها..... 193
الفرع الثاني : تشكيل لجنة الشّروط التعسّفية..... 195
الفرع الثالث : مهام لجنة الشّروط التعسّفية 197
المطلب الثاني : رقابة الحكومة على الشّروط التعسّفية بموجب المراسيم..... 200
المبحث الثالث: القضاء كوسيلة للحماية من الشروط الجزائية التعسفية..... 208
المطلب الاول : رقابة القضاء الإداري على الشّروط الجزائية التعسّفية..... 208
الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في مراقبة الشروط الجزائية التعسفية المحددة في المراسيم الحكومية..... 208
الفرع الثاني : رقابة القاضي الإداري لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية المتضمنة شروط جزائية تعسفية..... 210
المطلب الثاني : رقابة القضاء المدني على الشّروط الجزائية التعسّفية..... 212
الفرع الأول : فترة التباين الفقهي والتردد القضائي حول رقابة القاضي على شروط العقد..... 214
الفرع الثاني : فترة الإعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد 219
الفرع الثالث: دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية..... 223
الفرع الرابع : الجزاءات المترتبة على الشّرط الجزائي التعسّفي..... 225
خاتمة..... 228-232
قائمة المصادر والمراجع
الفهرس
ملخص

العنوان:" الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة (دراسة مقارنة) "

المخلص:

تتناول هذه الدراسة إشكالية مدى تأثير الشرط الجزائي التعسفي في التوازن العقدي في عقود الاستهلاك. والموازنة بين مبدأ سلطان الإرادة الذي يجسده الشرط الجزائي ومبادئ العدالة التي تحميها أساليب الرقابة الممنوحة قانونا، وقد توصلنا أن المشرع الجزائري لم يوفق في تحقيق هذه المعادلة بشكل مطلق، أين تبين طغيان مبدأ الحرية التعاقدية على الرقابة التي لاتزال وفق تنظيمها الحالي قاصرة عن إدراك هذا التوازن .وخاتمة الدراسة تضمنت بعض التوصيات محاولة الباحث إلقاء الضوء على بعض العناصر التي تعيد التوازن المفقود.

الكلمات المفتاحية :الشرط الجزائي، عقود الاستهلاك، التوازن العقدي ، الرقابة ، حماية المستهلك ، الشرط الجزائي التعسفي.

Title: ‘’The penalty clause in consumer contracts in Algerian law and in comparative law (comparative study)’’

Abstract:

This study addresses the problem of the extent to which arbitrary penal codition affects the contractual balance of consumer contracts and balances the principle of the authority of the will that is embodied in the penal condition with the principles of justice protected by the legally granted control methods. We concluded that the Algerian legislator has absolutely failed to achieve this moderation where the tyranny of the principle of contractual freedom over control which is in its current organization is still limited to the recognition of this balance.

Keywords: The penalty clause, consumation contracts, balance of contracts, control, consumer protection, arbitrary penal condition

Intitule'' Titre : La clause pénale dans les contrats de consommation en droit algérien et en droit comparé (étude comparative)''

Résumé :

Cette étude aborde le problème de la mesure dans laquelle la codition pénale arbitraire affecte l’équilibre contractuel des contrats de consommation et équilibrer le principe de l’autorité de la volonté qui est incarné dans la condition pénale avec les principes de la justice protégés par les méthodes de controle légalement accordées.

Nous avons conclu que le législateur algérien n’absolument pas réussi à atteindre cette modération où la tyrannie du principe de la liberté contractuelle sur le contrôle qui est dans son organisation actuelle se limite encore à la reconnaissance de cet équilibre.

Les mots-clés : La clause pénalité, contrats de consommation, équilibre des contrats, contrôle, protection des consommateurs, condition pénale arbitraire.