جامعة عبد الرحمان ميرة
– بجاية–
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

اختلال توازن التزامات المتعاقدين

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:
قاسة لامية
سماعيلي ليدية

تحت إشراف الأستاذ:
عثماني بلال

لجنة المناقشة

- .....رئيسا
- الأستاذ عثماني بلال.....مشرفا و مقررا
- .....ممتحنا

السنة الجامعية 2014-2015

كلمة شكر

الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الّذي لا ينتهي إليه الحامدين ولديه يزيد شكر الشاكرين، فقد وفقنا الحق تبارك وتعالى العليم الذي نسأله من علمه الواسع وفضله الكريم أن يرزقنا العلم والتقوى وأن يجعل علمنا خالصة لوجهه الكريم، الّذي لولاه لما وفّقنا في إنجاز هذا العمل، والصلاة و السلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد...

من وقفة نعبر ونهتف فيها بكل اللّغات عن كلمة شكر وعرفان جميل وإحسان خاص لطاقم أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الرحمان ميرة الّذين لم يبخلوا علينا، وأخص بالذكر الأستاذ القدير" عثماني بلال"على صبره و احْتماله لنا طيلة فترة البحث، وكذا تدعيماته الفياضة بتقديمه الكثير من أجلنا وحتما أنه قدم الشيء ذاته لمن يحتاجه غيري، فله كل التقدير والائتمان لما قام به و بدله من جهد، نسأل المؤلى عزّ وجلّ أن يجزيك عنا خير الجزاء ويسدّ خطاك وأن يجعل كل ما تقوم به في ميزان حسناتك.

نشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة .

شكر خاص إلى كل عمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السّياسية جامعة عبد الرحمان ميرة [بجاية] وعمال مكتبة كلّ من جامعة فرحات عباس [سطيف]، وجامعة تسوست [جيجل] ، وجامعة الجزائر 1 [الجزائر العاصمة]، مولود معمري [تيزي وزو] .

تحية طيبة إلى كل من مدّ لنا يد العون للوصول إلى هذه النتيجة من بعيد أو من قريب سواء كانوا أساتذة أو طل

إهداء

بعد الصلاة على أشرف المرسلين و أنبل الخلْق سيّدنا محمد صلى الله عليه و سلم، أتقدم بالشكر إلى التي رآني قلبها قبل عينها، وحضنتني أحشائها قبل يديها، إلى ينبوع الحنان و المحبة،إلى الظل آوي إليه في كل حين، ربما لم أبرك تمام البر لكني أعلم أن قلبك أكبر من أي بر، رعاك المولى عزّ وجلّ وجزاك من الثواب أمي الغالية أطال الله في عمرك.

إلى قدوتي الأولى ونبراس الذي ينير دربي، إلى من علمني أن أصمد أمام أمواج الصعاب و الشدائد، إلى من أعطاني ولايزال يعطي بلا حدود، إلى من رفعت رأسي عاليا افتخارا به أبي العزيز.

إلى من إقتدت بها وأخذت منها أحلى العبارات ومدرسة التربية والأخلاق في حياتي جدتي العزيزة

إلى من تقاسمت معهم أفراحي وأحزاني إخوتي وأخواتي.

و دون أن أن سى من وقفوا معي وقفة الشجعان خالي وإلي كل الاصدقاء.

إلي صاحب القلب الطيب والنوايا الصادقة, التي من رافقتني طوال هذه المدة زميلتي "ليدية"

إلي من واقفه بجانبي وساندني ولو بكلمة طيبة.

لامية

إهداء

بإسمك اللّهم ربي أبدأ هذا الكلام أنت مولاي وحسبي في البداية والختام والصلاة والسلام على سيدنا خاتم الأنبياء والمشرفين وعلى آله واصحابه ومن والاه، فأما بعد أتقدم بالشكر إلى التي يخجل الكلام أمامها ، يا نعما يملأ أرجائي

يا قمر يضيء في سمائي، يا من جعل الله تعالى جِنان الخلد تحت قدميها

يا من تتمنى لي الخير و النجاح الدائم و التقدم المستمر أبعث لك عبراتي المفعمة بالحب

والاحترام مصدقة بأصدق الدعوات أسأل الله تعالى أن يحفظك و يرعاك و يدوم لك العمر أمي الغالية.

إلى من شقى و عنى من أجلي، إلى من محى كل الصعوبات و العراقيل عن دربي، إلى من وقف إلى جانبي منذ خطوات الأولى،إلى من منح لي كلّ ما أحتاجه و لم يبخل عليّ، إلى من سعى لتحقيق كل رغباتي و أحلامي،إلى من مازال يجدّ ويكدّ من أجلي، فكل ما قلته لا يكفيك و أطلب من الله أن أكون عند حسن ظنك و أردّ لك الجميل أبي العزيز.

إلى من وقفت معي وشجعتني أعتبرها نعمة من المولى وخير جليسة لي أختي فوزية.

إلى من أعتبرهم عبرة ومفتاح التفاءل إخواتي كل واحد بإسمهم دون أن أنسى زوجاتهم و أولادهم.

إلى من قاسمني شقاء و عناء البحث و كان رفيق الدّرب خطيبي نسيم

إلى من عملت بجهد وكدّ طوال البحث صديقتي لامية.

إلى كل الأقارب و الأصدقاء من قريب وبعيد الذين شجعونا ولو بكلمة طيّبة.

ليدية

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ج : الجزء،

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية،

د.ب.ن : دون بلد النشر،

د.س.ن : دون سنة النشر،

ص : صفحة،

ص.ص : من الصفحة... إلى الصفحة...

ط : الطبعة،

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري،

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري،

ق.م.م : القانون المدني المصري،

ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي.

باللغة الفرنسية

P : page

T .G.I : Tribunal de Grande Instance

مقدمة:

يعتبر العقد أداة لتبادل المصالح بين الأفراد، حيث وبعدما كان يخضع لمبدأ الشكلية، تم تَحْرير العقد من هذه القيود لتصبح الإرادة مصدرًا لالتزامات المتعاقدين، ومما لا شكّ فيه أن إرادة المتعاقد عادة ما تذهب إلى تحقيق مصلحته الشّخصية على حساب مصلحة الشّخص المتعاقد معه.

لا أحد يُشكك اليوم أن مبدأ سلطان الإرادة يشكل حجر الزاوية في نظرية العقد المكرسة في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والذي استوحى منه المشرع الجزائري العديد من الأحكام لتكريسها في القانون المدني الجزائري، مثله مثل مبدأ القوة الملزمة للعقد والتي يعتبر كذلك كضامن لمصلحة المتعاقد.

إذا كان من المستساغ أن تعتبر الإرادة كفيلة لحماية المتعاقد في حال تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين، فإن هذا المسلَّم قد يجد حدوده في حالة عدم تكافؤ المراكز القانونية للأطراف ذلك أنّه في هذه الحالة يحاول الطرف القوي في العلاقة التعاقدية فرض شروطه على الطرف الآخر، ما يؤدي عادة إلى اختلال التوازن بين التزامات الأطراف.

إنّ اختلال توازن التزامات المتعاقدين من شانه تهديد كيان العقد، ذلك أن عدم التوازن سيؤدي لا محالة إلى المساس بمصلحة أحد أطراف العقد على الطرف الآخر، ولا يحقق العقد في هذه الحالة الأخيرة الهدف من إبرامه وهو تبادل المصالح بين المتعاقدين دون تعسف.

لقد تطرق المشرع الجزائري في القانون المدني إلى إشكالية عدم توازن التزامات المتعاقدين، من خلال إقرار عيوب الإرادة التي قد تُحدث اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، كما قد يحدث هذا الاختلال عند تنفيذ العقد إما لظروف غير متوقعة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد الأطراف، أو تنفيذا لبعض الشرط الناتجة عن عدم تنفيذ الشرط الجزائي.

يتضّح مما سبق أن إشكالية توازن التزامات المتعاقدين لها من القيمة ما قد يمس بكيان العقد في حالة الإخلال بتوازنه، وهذا ما يظهر لنا بجلاء أهمية التطرق إلى هذا الموضوع الذي أصبح يشغل حيزا كبيرا في تفكير فقهاء القانون المدني.

وفقا لما سبق وفي ظل الاعتراف بمبدأي سلطان الإرادة والحق في تحقيق المصلحة الشخصية للمتعاقدين كمبدأين أساسين لنظرية العقد، فإننا نتساءل عن كيفية معالجة القانون الجزائري لإشكالية اختلال توازن التزامات المتعاقدين باعتباره مساسا بمصلحة المتعاقد؟

للإجابة على الإشكالية المبينة أعلاه ارتأينا إتباع المنهج الوصفي عند التطرق للمواد القانونية المتعلقة بالموضوع، والمنهج التحليلي عند دراسة المواقف الفقهية على إشكالية توازن التزامات المتعاقدين وفقا لخطة مقسمة إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول لإشكالية عدم توازن العقد في ظل أحكام القانون المدني، أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة اختلال توازن التزامات المتعاقدين بسبب الشروط التعسفية.

الفصل الأول

إشكالية عدم توازن العقد في ظل أحكام القانون المدني

يعتبر العقد أداة لتبادل المصالح بين الأفراد حيث يحقق هذا الأخير هدفه في ظل توازن مصالح المتعاقدين، فتتحدد التزامات المتعاقدين، بالتالي المصالح المرتبطة بالعقد من خلال مبدأ سلطان الإرادة، والذي من شأنه ضمان توازن بين التزامات وحقوق المتعاقدين.

إلا أنّه قد يحدث في الواقع اختلال توازن أداءات المتعاقدين، إذ تطرق المشرع في القانون المدني إلى هذه الإشكالية سواء عند إبرام العقد (المبحث الأول)، أو عند تنفيذه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

اختلال توازن عند إبرام العقد

يقوم الأصل العام في التعاقد على مبدئي "مبدأ سلطان الإرادة" و"القوة الملزمة للعقد"[1]. هذا ما يستشف من نص المادة 106 من ق.م.ج التي تقضي أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله باتفاق الطرفين، وللأسباب التي يقررها القانون"[2]. لكن هناك حالات أين يكون هناك اختلال عند إبرام العقد المتمثلة بسبب عيوب الرضا (المطلب الأوّل)، وحالة عقود الإذعان المتضمنة الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

اختلال توازن العقد بسبب عيوب الرضا

يقوم التعاقد كأصل عام على خلو الرضا من العيوب، وتعادل التزامات المتعاقدين ذلك أن الرضا ركن جوهري في العقد، إلا أنه كثيرا ما نصادف الاستغلال والغبن في العقود مما يؤدي إلي اختلال توازن التزامات المتعاقدين.

بناء علي ما تقدم سنتناول عيب الاستغلال (الفرع الأوّل)، ثم نتطرق إلى عيب الغبن (الفرع الثاني).

الفرع الاوّل :عيب الاستغلال

يعرف الاستغلال لغة على انه الانتفاع من الغير بدون وجه حق[3]، أما اصطلاحا فقد اختلف الفقهاء في تعريف الاستغلال فمنهم من اعتمد في تعريفه على أن الاستغلال هو أن تكون إرادة

---

[1] بن شنيتي عبد الحميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص.17.

[2] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 13 جمادي الأولى 1426 الموافق ل20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني.

[3] فيلالي علي –الإلتزامات – النظرية العامة للعقد، موفم لنشر، الجزائر، 2010، ص.203.

المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به [4].

عُرف الاستغلال على "أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في الآخر، لكي يبرم تصرفا يؤدي إلي غبن فادح به" [5].

هناك من عرفه "على أنه نظام قانوني مفاده أن يعمد شخص إلى الإفادة من حالة الضعف الموجودة لدى الشخص الأخر، فيجعله يبرم عقد ينطوي على تفاوت شديد بين ما يأخذه وما يُعطيه"[6]. منه نستنتج أن جميع تعاريف الاستغلال ترمي إلي مفهوم واحد وهو استغلال أحد المتعاقدين حالة ضعف التي يوجد فيها المتعاقد الأخر للحصول علي مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير.

من خلال تطرقنا لتعريف الاستغلال وباستقراء الفقرة الأولى من المادة 90 من ق.م.ج التي تنص "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، 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 ينقص التزامات هذا المتعاقد "[7]. يتضح أن للاستغلال عنصرين أحدهما مادي (موضوعي) والآخر معنوي (نفسي).

- **العنصر المادي للاستغلال:** يتمثل العنصر المادي للاستغلال في عدم التعادل بين التزام المغبون والتزام الطرف الآخر الذي استغله، كما يجب أن يكون الاختلال فادحا أو فاحشا عن العادة المألوفة وتقرير ذلك يعود لقاضي الموضوع[8]. فعدم التعادل يكون عادة في العقود المحددة كما قد يقع في

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1988، ص.67.

[5] محمد صبري السّعدي، الواضح في الشرح القانون المدني- النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام- العقد والإرادة المنفردة-، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009،ص.203.

[6] أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان- دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي-، دار شتات للنشر والبرمجيات، الإمارات، مصر، 2013، ص.28.

[7] راجع المادة 90 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[8] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، ط5، ج1، ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.129.

عقود التبرع، مثال ذلك أن يقوم زوج مسن بتقديم هبة لزوجته الثانية الشابة، ويتم ذلك تحت تأثير الزوجة على زوجها المسن فتخضع الهبة لعيب الاستغلال ولا يكون هناك أي التزام على الزوجة فيتحقق عدم التعادل بصفة مطلقة[9].

-**العنصر المعنوي للاستغلال:** تُؤكّد المادة 90 من ق.م.ج على أن العنصر النفسي للاستغلال ينحصر في حالة التي يكون فيها أحد المتعاقدين يستغل في العاقد المغبون طيشًا بيّناً أو هوى جامحاً.

الطيش هي الحالة النفسية التي تصيب الشخص فتمنعه من التبصر وعدم تقدير العواقب[10]، مثال ذلك أن يرث شخصا مالا كثيرا، ثم أخذ ينفق منه بسفه، فيستغل أحدهم هذا الطيش من أجل إبرام تصرف معين، أما الهوى الجامح فهي الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص وتدفعه إلى التصرف عاطفيا، مثال ذلك الشخص الذي يبهر سيارة معينة، فيعرض عليه مالكها ثمنا باهظا فيدفعه. سوءا كان النقص الذي أصيب بالمغبون طيشا بيناً أو هوى جامحاً يستلزم أن يكون معلوما من الطرف الآخر، مما يتمثل قصده استغلاله لصالحه[11].

أولا: شروط الاستغلال

من خلال نص المادة 90 من ق.م.ج يتضح انه لكي يكون الاستغلال عيب من عيوب الرضا لابد من توافر جملة من الشروط التي تتمثل في :

ا- **وجود طيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد** : يمكن القول بأن الطيش البيّن هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلي التسرع وسوء التقدير وعدم الاكتراث بالعواقب، أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص من عواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن، سواء انصرفت هذه الرغبة إلي شخص أو إلي شيء من الأشياء[12].منه نستخلص انه لتحقق الاستغلال يجب ان يكون من تعاقد مع

---

[9] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.68.

[10] سلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2005، 118.

[11] مرجع نفسه، ص. 119.

[12] بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص.113.

المغبون قد استغل حالة ضعفه الإنساني فبالرغم من تعدد حالات الضعف الإنساني، إلا أن المشرع الجزائري حصرها في ناحيتين فقط وهما الحالات السالفة الذكر[13] .

ب- قصد الطرف الأخر استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح : إنّ وجود الطيش البين أو الهوى الجامح وحده لا يكفي بذاته لاعتباره عيبا في الإرادة، بل يلزم توافر شرط القصد والنية لدى الطرف الأخر للاستفادة من هذا الضّعف النّفسي، هذا الأمر يقتضي أن يكون الطرف الأخر يعلم بوجوده ويقصد استغلاله، أمّا في حالة عدم العلم أو عدم قصد الطرف الأخر بأن يستغل الطرف الذي به طيش بيّن أو هوى جامح فلا يرتب هذا الشرط أي اثر[14]. و هو ما يخوّل يخول للقاضي مهمة البحث عن نوايا المتعاقدين.

ج- كون الاستغلال هو الدّافع للتعاقد : يتحقق هذا الشرط في الحالة التي يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلي إبرام العقد فتكون إرادته معيبة، منه يصبح العقد قابلا للإبطال[15]، ويقع عبئ الإثبات على الطّرف المغبون.

د- الوصول بالاستغلال إلى اختلال التّوازن : يُعتبر هذا الشرط العنصر المادي في الاستغلال ويتمثل في الاختلال وعدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، هذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 90 من ق.م.ج، حيث يعتبر هذا الشرط أوّل أمر يجب على القاضي المدني التأكد من توافره عند النظر في قيام حالة الاستغلال، والمقصود باختلال التوازن الذي تقوم عليه نظرية الاستغلال ليس التفاوت اليسير بل هو التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات[16] .

---

[13] للاستغلال المعنوي حالتان تتمثلان في الطيش البين والهوى الجامح والتي قيّد بها المشرع الجزائري نظرية الإستغلال وتطرق إلى ذلك في نص المادة 90 من ق.م.ج.

[14] جعفور محمد سعيد، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص.95 -96.

[15] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.114.

[16] صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.ص.17.

ثانيا: دور القاضي لإعادة التوازن العقدي

يجوز للقاضي بناءً على طلب من المتعاقد التدخل لإعادة التوازن العقدي في حالة وجود اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين أو أصبحت العلاقة التعاقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناتج عن استغلال أحد المتعاقدين حالة ضعف نفسي في المتعاقد الأخر جاز للقاضي بناءً على طلب من المتعاقد التدخل لإعادة التوازن العقدي[17].

نلاحظ في هذا الصدد أنه إذا تحقق الاستغلال على النحو الذي أشرنا إليه أنفا، يمكن للمتعاقد المغبون الخيار بين دعويين، دعوى إبطال العقد أو دعوى إنقاص الالتزامات، وسنورد الدّعوى الأولى(أ)، ثم ننتقل للدّعوى الثانية(ب).

أ- **دعوى إبطال العقد:**

في حالة اختيار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال كانت للقاضي سلطة تقديرية في الردّ علي طلبه إذا رأى أن شروط الاستغلال متوافرة [18]، فيقوم هذا الأخير برفع الاستغلال عن المتعاقد المغبون عن طريق إبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحد من إرادة المتعاقدين . فسلطة القاضي واسعة فلا يخضع لرقابة المجلس الأعلى لأن الأمر يتعلق بمسألة واقع لا قانون[19]، وإذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد فإنه يجوز للطرف الأخر في المعاوضات دون التبرعات أن يتوَقّي إبطال العقد إذا ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن[20] . هذا طبقا الفقرة الثالثة من المادة 90 من ق.م.ج التي تقضي" يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطرف الأخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن."

---

[17] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص.94.

[18] خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1987 ،ص.87.

[19] بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007 ، ص.50.

[20] جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص.109.

ب – دعوى إنقاص الالتزامات :

يجوز للمتعاقد المغبون بدلا من أن يطلب إبطال العقد، أن يطلب في بادئ الأمر إنقاص التزاماته، في هذه الحالة يتعين على القاضي الحكم بهذا الطلب، فلا يجوز له أن يحكم بإبطال العقد بدلا من إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، وإلا أعتبر قد قضى بأكثر مما طلبه المدعي، مما يكون أمر غير جائز، هذا فضلا على أن البطلان النسبي، لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل بناء على طلب ذي المصلحة، كما انّ إنقاص الالتزامات جائز سواء كان العقد من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع [21]، و طبقا للفقرة الثانية من المادة 90 من ق.م.ج التي تنص "و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلاّ كانت دعوى غير مقبولة "، فالدعوى الناشئة عن الاستغلال يجب رفعها خلال سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة، وهي مدة سقوط الدعوى.

الفرع الثاني: عيب الغبن

يعتبر الغبن المظهر المادي للاستغلال[22]، فقد تعددت تعاريفه سوءا في الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني نوجزها فيما يلي:

يُعرّف الغبن في الفقه الإسلامي على أنه النقص في أحد العوضين بأن يكون أحدهما أقل مما يساويه عند التعاقد، عليه نجد مصلحة أحد المتعاقدين تطفي على مصلحة المتعاقد الأخر بحيث ينعدم التوازن بين ما يأخذ وما يعطي، فتكون المقابلة بين العودين غير عادلة. أما في الفقه القانوني فقد عرف الغبن على أساس أنه عدم التوازن بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، وفي هذه الحالة ينظر إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلزم به المتعاقدين[23]، كما عرف أيضا على أنه ذلك الضرر المالي الذي يلحق أحد المتعاقدين في عقد الاستبدال[24].

---

[21] سلطان أنور، مرجع سابق، ص.120.

[22] السّنهوري عبد الرّزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام–، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.355.

[23] فرج توفيق حسن، نظرية العامة للإلتزام، مصادرالإلتزام– مقارنة بين القوانين العربية –، ط3، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.193.

[24] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.95.

نستشف من خلال نص المادتين 358 و732 من ق.م.ج [25] أنّ المشرع قد حصر الغبن في نطاق ضيق المتمثل في حالتين؛ حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس1|5 والتي نصت عليها المادة 358 من ق.م.ج، وحالة غبن الشريك في القسمة الرضائية والتي نص عليها المشرع في نص المادة 732 من نفس القانون.

سوف نتطرق في هذا الفرع إلي الشروط الواجبة توافرها للطعن بالغبن في البيع العقاري (أولا)، ثمّ ننتقل إلي جزاء الطعن بالغبن في البيع العقاري (ثانيا).

أولا: الشّروط الواجبة توفرها لقبول دعوى الغبن في البيع العقاري.

تنصّ المادة 358 من ق.م.ج على " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن 1|5 الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلي 4|5 ثمن المثل يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن 1|5 الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع "، كما تقضي المادة 360 من نفس القانون على " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريقة المزاد العلني بمقتضى القانون"[26].

نستنتج من خلال المادتين أنه للأخذ بالغبن في بيع العقار يجب توافر الشروط التالية:

أ- **أن يكون التصرف بيعا:** ويلحق بالبيع تقديم شريك حصّة في الشّركة، مما يستلزم التراضي عند إبرام العقد بين المتعاقدين[27].

ب- أن يكون محل العقد عقارا: يستلزم أن يكون الغبن مرتبط بالعقار، سواء انصب البيع على حق الملكية أو حق الارتفاق أو حق في الشيوع أو حق انتفاع، فلا يجوز الطعن بالغبن على حق عيني وارد على منقول سواء كان مادي أو معنوي، ويلاحظ أن العقار بالتخصيص منقول في الأصل فإذا بيع مستقلا عن العقار بطبيعته فلا طعن بالغبن في بيعه ولكن بيع العقار بطبيعته يشمل العقار بالتخصيص وملحقاته[28].

---

[25] راجع المواد 358،732 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[26] راجع المادة 360، القانون نفسه.

[27] حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص.71.

[28] مرجع نفسه، ص.71.

ج- أن لا يكون البيع قد تمّ عن طريق المزاد العلني: يشترط لقبول دعوى الغبن الفاحش أن يكون العقار قد بيع بطريقة رضائيّة، لأن البيع بطريق المزاد العلني يسمح للبائع الحصول على أعلى ثمن ممكن، فلا يجوز رفع دعوى الغبن إذا تم البيع بطريق المزاد العلني[29]. هذا ما قضت به نص المادة 360 ق.م.ج، ويعود سبب عدم قبول دعوى الغبن في البيوع التي تتم بسلطة القضاء حسب بعض الفقهاء هو استبعاد كل شك في الغش أو المفاجأة عند دخول القضاء لحل النزاع[30].

د - أن يزيد الغبن إلي أكثر من خمس قيمة العقار: يشترط أن يزيد الغبن في ق.م.ج على الخمس، هذا ما يسمى بالغبن الفاحش أو الضخم، أي أن يكون الثمن أقل من أربعة أخماس من القيمة الحقيقية للعقار، وتقدر قيمة العقار من يوم البيع[31]، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1987/12/16 حيث قضت بأنه "من المقرر قانونا انه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد على الخمس و من ثم فإن النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسسة يستوجب رفضه.

لما بقاء الأطراف على ما هم كان من الثابت-في قضية الحال- أن القسمة الواقعة بين الاطراف في سنة 1963 تأكدت خلال سنة 1978، لحصولهم علي رفض البناء، فإن قضاة الموضوع بقضاء بإبقاء الاطراف على ما هم عليه حاليا من حقوق مكتسبة طبقوا صحيح القانون- ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[32].

هـ-عدم تقادم دعوى الغبن: طبقا للفقرة الاولى من المادة 359 ق.م.ج التي تنص على أن "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع"، وهي مدّة تقادم لا مدة سقوط للبائع المغبون، وعليه يرد الوقف والانقطاع . أما بالنسبة لناقص الأهلية عند إبرامه لعقد البيع، تحسب هذه المدة من يوم زوال سبب نقص الأهلية مهما كان سبب عدم اكتمال

---

[29] حسنين محمد، مرجع سابق، ص.71.

[30] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدّة، 2009، ص.72.

[31] حسنين محمد، المرجع السابق، ص.72.

[32] المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، قرار رقم 34.462 مؤرخ في 1987/12/16، قضية (ب.م) ضد: (ن.ب و من معه)، المجلة القضائية، العدد3، 1992، ص.14.

الأهلية سواء كان قاصر أو محجور عليه، وذلك استنادا للفقرة الثانية من المادة 359 ق.م.ج والتي تقضي " وبالنسبة ناقص الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز"[33].

أما عن الكيفية أو الطريقة التي يتم فيها تقدير الغبن تكون على النحو التالي :

مثال:

بيع مسكن ب 140 مليون سنتيم, قيمته وقت البيع 200 مليون سنتيم .

تقدير مقدار الغبن :

1- تقدير الخمس1|5.

مقدار الخمس = القيمة الحقيقية ×5/1

مقدار الخمس = 200×1|5

مقدار الخمس = 40 مليون

2- تقدير مقدار الغبن :

مقدار الغبن = القيمة الحقيقية – الثمن

مقدار الغبن = 140- 200

مقدار الغبن = 60

نقارن بين مقدار الغبن و قيمة الخمس فنجد مقدار الغبن اكبر من قيمة الخمس فيحق للبائع رفع دعوى الغبن.

3- المبلغ الواجب تكملته من طرف المشتري:

1- تقدير مقدار أربعة أخماس:

قيمة أربعة أخماس = 4|5× القيمة

قيمة أربعة أخماس = 4|5× 200

قيمة أربعة أخماس = 160 مليون

2- تعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري :

[33] راجع المادة359، من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

المبلغ الواجب تكملته = الثمن – قيمة أربع أخماس

المبلغ الواجب تكملته =140–160

المبلغ الواجب تكملته = 20 مليون

فالأصل أنّ دعوى تكملة الثمن لا تؤدي إلي ابطال العقد بأي حال ولكنها قد تؤدي إلي الفسخ العقد إذا لم يقم المشتري بالوفاء بالمبلغ المحكوم به.

ثانيا:دور القاضي في رفع الغبن

أ- دعوى تكملة الثمن

يجوز للبائع المغبون طلب تكملة الثمن إلي حد إزالة الغبن الذي يتمثل في أربعة أخماس، متى توافرت هذه الشروط الخمسة المقدمة للغبن، هذا ما تنص عليه المادة 358 المذكورة سالفا[34]، لا يعتبر الغبن سببا من أسباب إبطال العقد إنّما سبب لتكملة الثمن ذلك لعدم سماح المشرع بأن يباع العقار بأقل من أربعة أخماس.

صاحب الحق في الطعن بالغبن مقرر للبائع دون المشتري فلهذا الأخير الحق في رفع الدعوى، ففي حالة وفاة البائع ينتقل هذا الحق إلى ورثته بصفتهم الخلف العام وذلك طبقا للقواعد العامة، كما يجوز لمن يمثله أن يرفع دعوى الغبن نيابة عنه وتكون في حالة ما إذا كان البائع لازال قاصرا[35].

نستخلص أن تكملة الثمن في الغبن العقاري لا تصل إلى قيمتها الحقيقة، إنما فقط إلى الحد الذي يرفع الغبن عن البائع وقت البيع والتي تتمثل في أربعة أخماس، مثال ذلك ما قضت به المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 12/ 09 /2000 " أن المبدأ يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

[34] دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص.79–80.

[35] مرجع نفسه، ص.77.

لما استبان من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قاموا بتقدير قيمة العقار بعد تاريخ البيع فإنهم خالفوا أحكام المادة 358 الفقرة الثانية من القانون المدني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[36].

ب- دعوى الفسخ

يحق لصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثّمن بعد الحكم بها عليه، أن يطلب الفسخ، لان عدم تكملة الثمن يعد إخلال من طرف المشتري بالتزامه، هذا طبقا لنص المادة 119 من ق.م.ج[37]. أما في حالة عدم استطاعة البائع استرداد العقار من تحت الغير حسن النية، لا يبق له إلاّ الرجوع بالتعويض على المشتري [38].

على أساس وجوب شهر التصرفات العقارية، ففي حالة رفض المشتري تكملة الثّمن فيجب أن تشهر دعوى الفسخ بالمحافظة العقارية الكائن بدائرة اختصاصها العقار المباع، ذلك أن كلّ دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا[39].

المطلب الثاني

اختلال توازن العقد في عقود الإذعان

إن القول بحرية الأفراد والمؤسسات في تحديد شروط التعاقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، يؤدي إلى تعسف الطرف القوي في إنشائه لبنود العقد وظلمه للطرف الضعيف، هذا ما دفع بتشريعات

---

[36] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 245195، مؤرخ في 12 سبتمبر2000، قضية (أ-ع) ضد(ش-ح) المجلة القضائية، العدد2، سنة2001، ص.137.

[37] راجع المادة 119 من أمر رقم 75-58،السالف الذكر.

[38] دكار فايزة، مرجع سابق، ص.82.

[39] راجع المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق ل25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج. عدد 30، صادر بتاريخ 13 أفريل 1976.

مختلف الدول إلى منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في العقد [40]، وفتح المجال لتنفيذ قوانين استثنائية، من بينها تلك التي تمس بتطبيق العقد، والتي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها [41]. وذلك وفقا لما تقتضيه نص المادة 110 من ق.م.ج [42].

على إثر ما تقدم، سنتناول في هذا المطلب كل من مضمون عقد الإذعان (الفرع الأول)، وحماية توازن عقود الإذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل : مضمون عقد الإذعان

إن الأصل في التعاقد، حرية كل طرف في المناقشة والمساومة بين أطرافها والذي يمنح الفرصة الكافية للمساومة الحرة والمناقشة المستفيضة لأحكام العقد، هذا ما يؤدي إلى توازن العقد وعدالته . لكن هناك نوعا من العقود غير قابلة للتفاوض، حيث يعدّ المحترف مسبقا شروط إبرام العقد بنفسه وبصورة انفرادية، وللطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة[43]، فعقود الإذعان هي عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجات الأفراد الضرورية لذلك أطلقت عليه هذه التسمية.

على إثر ما تقدّم، سيتضمن هذا الفرع تعريف عقد الإذعان وخصائصه (أولا)، ثم الطبيعة القانونية لعقد الإذعان (ثانيا).

أولا: تعريف عقود الإ ذعان و خصائصه

سَنعمد إلي تقديم تعريف لعقد الإذعان (أ)، ومن خلاله استنتاج الخصائص التي تميزه عن باقي العقود (ب).

أ. تعريف عقد الإذعان:

على غرار أغلب التشريعات المقارنة، فإن القانون المدني الجزائري، جاء خاليا من أيّ تعريف لعقد الإذعان باستثناء بعض الإشارات التي لا تكفي لأن تعطي مفهوما متكاملا، بل اكتفى بالنص

---

[40] عرف الشرط التعسفي على أنه ذلك الشرط الذي يتضمن أحكام تتنافى مع العدالة وحسن النية، وأدرج المشرع الجزائري هذا الموضوع في النصوص الخاصة لتدريس موضوعها ولتفسير أكثر حول هذا الموضوع، أنظر الفصل الثاني، ص.35.

[41] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.144.

[42] راجع المادة110 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[43] العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04 – 02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011، ص.93.

على كيفية حصول القبول فيها، هذا ما فعله المشرع الجزائري في نص المادة 70 من ق.م.ج[44]. مما أدى بالفقه مهمة تعريفه، ولم يكن هناك تعريف واحد لعقد الإذعان، حيث عرفه الفقيه الفرنسي" سالي saleilles" وهو صاحب أول فكرة لعقد الإذعان " بتغليب إرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، ويفرضها مسبقا جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد "[45] .

كما أطلقت أول تسمية لعقد الإذعان من طرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الذي اعتبر أن العقد يكون عقد إذعان عندما يكون القبول مجرد إذعان لما يميله الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع . ولما كان في حاجة إلي التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو ملزم بالقبول فرضاءه موجود لكنه مفروض عليه [46].

ب . خصائص عقد الإذعان

بالرغم من الجدل حول تعريف عقد الإذعان إلا أن هناك تحديد الخصائص التي تميز هذا العقد عن غيرها من العقود[47] . فيتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :

1. أن يكون الموجب في مركز إقتصادي متغلبا لما يتمتع به من إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددة النطاق بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الإقتصادي واضحا، مستمرا مع المتعاقد معه[48]، ويتكرّس التفوق الإقتصادي في نقطتين :

---

[44] راجع المادة 70 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[45] عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004 ،ص. 68-69.

[46] السّنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الإلتزام-، مرجع سابق، ص.279.

[47] الحيصة مصبح علي صالح، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص.26.

[48] السّنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الإلتزام-، مرجع سابق، ص.245.

أ . تمتع الموجب باحتكار قانوني : مثلما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني، فهي الوحيدة التي يمكن تقديمها دون أي مناقشة .

ب . تمتع الموجب بإحتكار فعلي : مثل ماهو الحال في منطقة لا توجود بها إلا شركة تأمين واحدة[49].

2. عقود الإذعان عقود دائمة، ولمدة غير قصيرة[50]، ونذكر على سبيل المثال عقود العمل غير المحددة المدة وعقود التأمين على الحياه.

3. أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرفق من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، حيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم[51]، ومن أمثلتها التعاقد مع شركات الماء والكهرباء والغاز .

4. أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور عامة وفق شروط مقررة سلفا، ولا يقبل نقاش فيها والغالب ما تكون الشروط من مصلحة الموجب[52] .

5. يتميز عقد الإذعان بأن القبول فيه نوع من الرضوخ، والتسليم بالشروط التى يعرضها الطرف القوي[53]، ذلك يعود لحاجة المتعاقد لإبرام عقد على شيء لا استغناء عنه، هذا ما قضت به المادة 70 من ق.م.ج .

6. عقد الإذعان عقد ملزم لجانبين وهو من عقود المعاوضات[54] ، حيث يلتزم طرف بتقديم السلعة أو الخدمة في مقابل التزام الطرف الآخر بأداء المقابل كعقد التأمين .

ثانيا :الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ومشيئته، جدل فقهي حول الطبيعة

---

[49]الحيصة مصبح علي صالح، مرجع سابق، ص.26.

[50]لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990،ص.68.

[51]بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.151.

[52]صبري محمد السعدي، مرجع سابق، ص.134.

[53]سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية– دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2007، ص.180.

[54] لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص.69.

أو التكييف القانوني لعقود الإذعان[55]، حيث أنها كانت محل دراسات الفقهاء، حيث إنقسموا إلى فريقين، ذهب الفريق الأول إلي إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان، أما الفريق الثاني يرى أنها عقود حقيقة لا تختلف عن سائر العقود الآخرى[56].

أ. النظرية غير التعاقدية أو اللائحية

يرى أصحاب هذا الاتجاه وهم الفريق الأول[57]، أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية مما يبعد صفة العقد عنه واكتفوا باعتباره مركز قانوني منظم، تنشأ بإرادة منفردة تصدر من الطرف القوي فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها[58]، كما يستند هذا الفريق في تبرير رأيه إلى أن القبول مجرد إذعان ورضوخ، ولا يكون للمتعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها، وليس له أن يناقشها أو يضيف إليها أو ينقص منها أو يعدل فيها[59]. فلا يفسر عقد الإذعان بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين إنما يجب أن يقتصر التفسير على إرادة من وضع شروط العقد، ويراعي في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية[60] ، كما يرى أصحاب هذا الإتجاه أن لعقد الإذعان ثلاث عناصر تميزه وتخرجه من النّطاق العقدي ، وهي كالآتي:

1 . عنصر العمومية : يرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان، فهذه الأخيرة تكون عامة لا توجه لشخص معين أو محدد، إنما توجه للجمهور بوجه عام أو إلي طائفة من هذا الجمهور ذات خصائص محددة[61] . ومثاله الإيجاب في عقد النقل بوسائله المختلفة.

2 . عنصر الإكراه : يرجع هذا العنصر إلى ما يتمتع به الموجب من تفوق اقتصادي، الذي يؤدي إلى اختلال واضح في المساواة بينها في نطاق العقد [62] .

---

[55] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.152.

[56] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.13.

[57] من أنصاره الأستاذ سالي وتبعة القانون العام مثل: ديجه وهوريو، حيث أنكروا على هذا المذهب صيغته التعاقدية، أنظر بركات كريمة،"الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد2، 2012، ص.287.

[58] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.15.

[59] عنتر إبراهيم وذنون يوسف صالح، "التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة جامعية تكريس للعلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس، 2002، ص.42.

[60] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.153.

[61] سلطح حمدي محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص.178.

3 . عنصر الإذعان : يتمثل هذا العنصر في الواقع موقف الموجب له من الشروط التي فرضت عليه، وبهذا الإذعان يستسلم المذعن لهذه الشروط المملاة عليه، يكون ذلك بدون أية مناقشة أو محاولة تعديلها [63] .

ب . الصفة التعاقدية لعقد الإذعان :

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ عقد الاذعان يتم بتوافق هو الذي انتصر أخيرا، أي تطابق الإيجاب مع القبول، منه يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود[64].على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الإقتصادية.

رغم الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف الضعيف، فإنه لا يعدو حدّ الإكراه الذي يعيب الرضا أو على الأقل يفسده، وعليه فالقبول في هذا النوع من العقود يعتبر قبولا صحيحا يقترن بقبوله بالإيجاب[65]. والجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري أخذ بهذا الرأي في المادة 70 من ق.م.ج أين إعتبر عقد الإذعان عقدا بالمعنى الصحيح.

الفرع الثاني : دور القضاء في حماية الطرف المذعن

الأصل العام في التعاقد أن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهائه أو تعديله[66]، ودور القاضي يقتصر على مجرد تفسير العقود بغية إعمال حكم القانون عليها، إلا أنه خروجا عن هذه القاعدة قام المشرع بالإعتراف للقاضي بسلطة إستثنائية بحجة توفير الحماية للطرف المذعن، حيث تتيح له هذه السلطة تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي[67]، يكون ذلك في حالة إثبات أن هناك شروط تعسفية في عقود الإذعان وتكون هذه الأخيرة متوفرة في لحظة إبرام العقد.

تتمثل المظاهر الأساسية للحماية التي يتضمنها القانون لصالح الطرف المذعن، في رفع الضرّر اللاحق به جزاء الشروط التعسفية، وذلك إمّا بتعديل هذه الشروط أو بإلغائها وإعفاء المدين

---

[62] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.154.

[63] سلطح حمدي محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص.178.

[64] السّنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الإلتزام-، مرجع سابق، ص.247.

[65] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.16.

[66] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص.148.

[67] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.58.

المذعن منها أو بتفسير الشك لمصلحة المذعن[68]، سنتناول الصورتين اللتان نص عليهما المشرع الجزائري في المادة 110 ق.م.ج وهي الصورة الأولى أما الصورة الثانية نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 112 ق.م.ج [69] تستبعد لأنها لا تعتبر تعديل للعقد بل مجرد تفسير له [70]. فالقاضي وفقا لهذه المادة يفسر الشروط والعبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف المذعن أو الضعيف سواء كان دائنا أو مدينا.

سنَعمد إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (أولا)، وكذا سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي أو ما يعرف بإعفاء الطرف المذعن منه (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

يجوز للطرف المذعن بموجب المادة 110ق.م.ج أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد[71]، فتعديل الشرط الوارد في عقود الإذعان يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه، فعلى سبيل المثال في عقد العمل إذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما تأكد أنه شرط تعسفي أن يعدله لتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ[72]، ووفقا للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، لا يجوز أن يلجأ لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناءا على طلب الطرف المذعن أو المستهلك[73].

ثانيا: سلطة القاضي في إلغاء الشّرط التعسفي

يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية في حالة كشفه شرطا تعسفيا في العقد، فله أن يقوم بإلغاء الشّرط التعسفي حين يكون في ذلك قد خالف القاعدة الأصلية المشهورة "العقد شريعة المتعاقدين" فأعطى سلطة استثنائية للقاضي ليرفع الظلم على الطرف المذعن مع إبقاء العقد قائما

---

[68] بن شنيتي عبد الحميد، مرجع سابق، ص.46.

[69] راجع المادة110 و 112 من أمر رقم75-58، السالف الذكر.

[70] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص. 164.

[71] LOURDJANE Ahmed, le droit civil Algérien, editions l'hrmatan, Paris,1985,p .60.

[72] مصبح علي صالح الحيصة، مرجع سابق، ص.50.

[73] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.59.

لإزالة التعسف الذي سلطه الطرف القوي في العقد[74]. مثال ذلك في حالة عقود توزيع الكهرباء الذي يتضمن فيه العقد شرطا مدلوله قطع التيار الكهربائي نهائيا في أي وقت، ففي هذه الحالة للقضاء إلغاء هذا الشرط التعسفي وليس مجرد تعديله فحسب، منه نستخلص أن للقاضي صلاحية إلغاء أو تعديل الشرط التعسفي وفقا ما تقضي به العدالة، وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[75].

المبحث الثاني

اختلال توازن العقد عند التنفيذ

حرص المشرع الجزائري على تحقيق العدالة التعاقدية بين أطرافه، ذلك بعدم السماح بإلحاق الضرر بالمتعاقد نتيجة إبرامه للعقد، بعدما كانت غايته تحقيق منفعة مرجوة من ذلك، سواء بعد العقد أو قبل تمام تنفيذه، وعادة ما يكون ملزما للأطراف ولا يمكنهما الإفلات منها، إلا أنه في بعض الحالات قد يحدث تغير في الظروف التي انعقد فيها العقد، وتسبب في اختلاله وجود خسارة فادحة تقضي الضرورة مراجعة وإعادة توازن الالتزامات، ويكون ذلك في حالة نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، وحالة عدم قدرة أحد الأطراف تنفيذ العقد أو التأخير في التنفيذ (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

نظرية الظروف الطارئة

تنطبق نظرية الظروف الطارئة[76] على العقود التي يتراخى تنفيذها من أجل إلى أجل أو العقود المستمرة، وقد يطرأ عند حلول أجل التنفيذ تغيّر في الظروف الاقتصادية التي كان يقوم عليها

---

[74] حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص.182.

[75] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.166.

[76] يعود أصل ظهور نظرية الظروف الطارئة إلى حكم أصدره مجلس الدولة الفرنسي في 30 مارس 1917 في قضية لها ظروف خاصة تجعل تعذر الوفاء فيها والتي تعود وقائعها أن الشركة العامة للإنارة بالغاز تعاقدت مع مدينة بوردو على إنارة المدينة بشروط معينة، ولما قامت الحرب العالمية واجتاحت الجيوش الألمانية مناطق الفحم الفرنسية وبذلك تعذر على الشركة استيراد الفحم وهو المادة الأولية للإنارة لبلادها واضطرت إلى استيراده من الخارج بأثمان باهظة جدًا. أنظر عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية – بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض–، ط1 ، منشآت المعارف، مصر، الإسكندرية،1998، ص.20.

توازن العقد عند تكوينه، كما قد تحدث ظروف فجائية لواقعة مادية لم يتسنى تصوّرها أو توقعها مما قد يؤدي إلى اختلال توازن فادح في العقد، ففي هذه الأحوال يتدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول حتى يستطيع أطراف العقد تنفيذه[77]، و هو ما تبناه المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 من ق.م.ج التي تقضي" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "[78].

بناء على هذا سنتطرق لمعرفة الشروط التي يتم فيها إعمال نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول)، وكذا كيفية تدخل القاضي لإعادة توازن العقد أو الآثار المترتبة عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقًا للمادة 107 من ق.م.ج أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يكون الالتزام التعاقدي متراخي التنفيذ.
- أن يكون الظرف الطارئ حدثًا عامًا غير متوقع.
- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.

أوّلاً : أن يكون الالتزام التعاقدي متراخي التنفيذ

لكي يصبح العقد متراخي التنفيذ يستوجب وجود فاصل زمني بين تاريخ الإبرام والتنفيذ، ويحدث خلالها حادث استثنائي غير متوقع من أطراف العلاقة التعاقدية، تنطبق على ذلك نظرية الظروف الطارئة ويدخل ضمنها العقود المستمرة، عقد الإيجار، عقد العمل، وعقود التوريد التي يلتزم المورد فيها بتوريد سلعة معينة على مدى زمني[79]. لا يعتدّ الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود

[77] عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص. 74-75.

[78] راجع المادة 107 من أمر رقم 75 – 58، السالف الذكر.

[79] قاسم محمد حسن، مبادئ القانون- مدخل إلى القانون والالتزامات-، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1998، ص.333.

التى يتم تنفيذها فور انعقادها، وكذا العقود الاحتمالية إذ هي بدورها عقود تحمل صاحبها الربح أو الخسارة، وتستبعد أيضًا عقود القرض من إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة[80]، ذلك وفقًا للمادة 95 من ق.م.ج[81]. كما لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة إذا كان التراخي التنفيذ إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجع إلى خطأ المدين، وعلْم المتعاقد بوجود الظرف الطارئ قبل إبرام العقد لا يعتبر ظرفا طارئًا، ولا تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة .

يستخلص مما سبق أن مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة يكون بالنسبة للعقود متراخية التنفيذ، وذلك لإعادة ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه لرفع الإرهاق عن المتعاقد لتمكينه من إتمام وتنفيذ العقد، وبالعودة إلى نص المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل عن ذكر وتحديد العقود التي تدخل ضمن هذا الشرط.

ثانيًا : أن يكون الظرف الطارئ حدثًا استثنائيا عامًا غير متوقع

يجب أن يكون الحادث الذي أدى إلى اختلال توازن العلاقة التعاقدية حادثًا استثنائيا عامًا ناشئًا بعد إبرام العقد، فيعتبر حادث استثنائي ذلك الحدث الذي لم يكن في الوسع توقعه ونادر الوقوع ولا يتفق مع السير الطبيعي للأمور ومن الظروف الاستثنائية نجد كل من الزلازل، الحرب أو الإضراب المفاجئ، وكذا الارتفاع في الأسعار بسبب قرار حكومي، وهناك من يرى أن الظرف الطارئ يقتضي أن يكون ذو طابع طبيعي اقتصادي وكذا مشتملاً على ظواهر طبيعية مثل ألفيضانات انتشار الأوبئة. أما الحادث العام هو ذلك الذي يسري أثره إلى عدد من الناس أي أن يكون عموميًا كأن يصيب وباء منطقة معينة أو الرعاة أو حدوث فيضان، ولا يخص المدين وحده، أما إذا اقتصرت الظروف على الشخص المدين وحده فلا يغنيه من تنفيذ التزاماته التعاقدية منه لا يمكن للمتعاقد أن يطالب بتخفيض عبئه التعاقدي بناءًا على قاعدة الظروف الطارئة نسبةً لمرضه أو إفلاسه أو ضياع أمواله[82]، يكتفي لاكتساب الحادث صفة العمومية أن يصيب منطقة أو يتعلق بطائفة معينة وليس من الضروري أن يصيبهم جميعهم، بل يجب أن يكون غير ممكن الرد وإزالة آثاره

[80] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص.256.

[81] راجع المادة 95 من أمر رقم 75– 58، السالف الذكر.

[82] الدابي عبد القادر عوض خلف الله، "آثار نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية"، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد 12، 2014، ص.14.

بجهد معقول، وإلا أعتبر الخطأ راجعًا لفعل المدين الذي أستند إليه الحادث، ولا يمكن له في هذه الحالة أن يدفع بوجود نظرية الظروف الطارئة [83].

ثالثًا : أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة

أن يكون من شأن هذه الظروف جعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا، بحيث يهدده بخسارة فادحه والإرهاق هو الآثار الناتج على نشوء حادثة استثنائية عامة لم يكن في الحسبان توقعها والذي يؤدي إلى إرهاق المدين في تنفيذ التزاماته، ومنه لا يشترط فيها أن يصبح الوفاء مستحيلاً أو أن يصبح أكثر تكلفة بل لا بد أن تبلغ هذه التكلفة إلى حد الإرهاق الذي يصبح ليس من العدل إجبار المدين على الوفاء بما ألتزم به، أي أن يسبب له الحادث خسارة فادحة تتجاوز حد الخسارة المألوفة. يختلف الإرهاق باختلاف الظرف ومن شخص إلى شخص أخر، فيكفي أن يكون تنفيذ الالتزام مهددً بخسارة فادحة[84]. تجدر الإشارة أنه يختلف فيما إذا كان الالتزام مرهقًا أو مستحيلاً فالإرهاق يكون في نظرية الظروف الطارئة والاستحالة في القوة القاهرة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة:

بمجرد توفر الشروط اللازمة لإعمال نظرية الظروف الطارئة التي سبق التطرق إليها، جاز للقاضي تبعًا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين من الظرف الطارئ الذي قد يؤدي إلى انقضاء الالتزام أو أن يتحمل تبعية الهلاك أحد طرفي العقد، ففي هذه الحالة تكون السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الظرف فيما إذا كان يستلزم الزيادة في الالتزام أو الإنقاص أو وقف التنفيذ لمدة مؤقتة لحِين زوال الظرف الطارئ [85]. سوف نتطرق لتفصيل موجز حسب كل حالة.

---

[83] اليوسف سمير عثمان، نظرية الظروف الطارئة وآثارها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 106- 107.

[84] هبه محمد محمود الدين، أثار الظروف الطارئة على العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012، ص.45.

[85] قدادّة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري- مصادر الإلتزام-، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.112.

أوّلا : إنقاص الالتزامات المرهقة

قد يعمل القاضي على إنقاص الالتزام المدين إلى الحد المعقول ، يكون بإنقاص الكم بقدر ما يقدمه المدين أو الكيف أي أن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها[86]. من ناحية الكم جاز للقاضي أن يقوم بإنقاص الكمية المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتنفيذه[87].أما فيما يخص الكيف، فهنا يقوم القاضي بالسماح للمدين بأن يوفي بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف مماثلا له، التي لا يكون فيها إرهاق المدين[88].

ثانيا : الزيادة في الالتزامات المتقابلة

قد لا يعمل القاضي على إنقاص الالتزام الدائن وإنما يعمل على زيادته، فيكون بإبقاء الزيادة المألوفة في عبء الالتزام على المدين في حين يوزع الزيادة غير المتوقعة على طرفي العقد وهو بذلك لم يزد التزامات الدائن بما يكون على المدين كل العبء الناشئ عن الظرف الطارئ، بل ما يحقق نوعًا من التوازن الاقتصادي بين الالتزامات التي يرتبها العقد على أطرافه، مثال ذلك كأن يتعهد زيد بتوريد سلعة كميتها 10 أطنان لعمر، سعر للكيلوغرام الواحد 5 دنانير، ثم ارتفعت الأسعار نتيجة الظرف الطارئ إلى 10دج للكيلوغرام الواحد، ففي هذه الحالة تبقى الزيادة المألوفة على المدين ولا يأخذ بها، أما الزيادة الغير المألوفة فيقوم القاضي بتوزيعها بين المتعاقدين أي القاضي يفرض خمسة دنانير على كل من زيد وعمر، فيصبح سعر الكيلوغرام سبعة دنانير ونصف بدلاً من خمسة [89].

ثالثا: وقف تنفيذ العقد

بعدما كان القاضي يعمل على تقدير الظرف فيما إذا كان يقضي بالإنقاص أو الزيادة إلى أنه يتوصل أنه لا جدوى من إعمالها فيبقى أمامه سوى وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الذي أدى إلى عرقلة إتمام الالتزام، إذا ما تبين له أن هذا الظرف مؤقت قد يزول في أي وقت أو في أجل قريب، ولا يصيب أي ضرر للمدين من ذلك، مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإنجاز مبنى في وقت محدد

---

[86] المرسي عبد العزيز، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري– دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة –، كلية الحقوق، المرسي جامعة المنوفية، مصر، الإسكندرية، 2006، ص.68.

[87] هبه محمد محمود الدّين، مرجع سابق، ص.62.

[88] مرجع نفسه، ص.62 –63.

[89] مرجع نفسه، ص.63.

إلا بأسعار بعض المواد البناء ترتفع ارتفاعا باهظًا نتيجة ظرف طارئ، فإذا رأى القاضي أن هذا الارتفاع وشيك الزوال في وقت قصير، فيقضي بوقف الالتزام حتى يتسنى للمقاول تنفيذ التزامه دون إرهاق بشرط أن لا يلحق الوقف ضررًا بصاحب المبنى، ولا يمس الحكم بوقف التنفيذ مضمون العقد بل يضل محتفظًا بجميع التزاماته دون أن يؤثر عليها الوقف بانتهاء الظرف الطارئ، تعود للعقد قوته الملزمة [90]. هنالك حالات أخرى أين يقضي فيها القاضي بالفسخ أو الزيادة في الالتزام التي تكون في عقد المقاولة هذا ما قضت به المادة 561 الفقرة الثالثة من ق.م.ج[91].

المطلب الثاني

الشرط الجزائي

تطبيقا لحرية الافراد في التعاقد نجد أنّ المشرع الجزائري قد راعى هذه الحرية في وضع شروط يقوم عليها العقد،من بينها نجد الشرط الجزائي يُعد تعويض يتم الاتفاق عليه مسبقا وتحديده سواء في العقد الأصلي أو في ملحق العقد إذا ما أخل المدين مستقبلا بالتزاماته سواء بعدم التنفيذ أو التأخير عن التنفيذ[92]، ومن بين تشريعات الدّول التى أوردت تعريفا للشرط الجزائي نجد التشريع الفرنسي في نص المادة1226 من ق.م.ف حيث عرفه على أنه « La clause pénale est c'elle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

كذلك نص المادة1229 من نفس القانون التي تنص

« La clause pénal est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

ils ne peut demander en même tempe le principale et la peine; à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard »[93] .

[90] عوض عبد القادر خلف الله الدابي، مرجع سابق، ص.17.

[91] راجع المادة 561 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[92] حسب ما تم إستخلاصه من نص المادة183 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[93] le Code civil Français, in http//www.legifrance.gouv.fr/telecharge pdf.do?cidTexte=LEGIT000006070721. Consulté : 06/06/2015.

عرّف بالشرط الجزائي لأنه عادة ما تكون قيمة التعويض أكبر من الضرر الحقيقي، بما أن الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي يقوم دائما إلى جانب التزام أخر أصلي، فيتبعه من كل الجوانب، كما أن للشرط الجزائي دور احتياطي فيلجأ إليه عند الاختلال بالالتزام العيني[94].

لتطبيق الشرط الجزائي لا بد من توافر شروط المسؤولية المدنية (الفرع الأوّل)، ثم نتطرق إلى أحكام الشرط الجزائي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:شروط استحقاق الشرط الجزائي

يُشترط لاستحقاق الشرط الجزائي نفس الشروط التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، التي تتمثل وجوب وقوع خطأ من جانب المدين على الدائن الذي يثبت وفقا للقواعد العامة (أولا)، ضرر يلحق بالدائن من جراء ذلك (ثانيا)، تتبعها علاقة سببية تجمع بين الخطأ والضرر(ثالثا)، وإعذار من الدائن للمدين بحلول أجل الدين(رابعا)، نختصرها على النحو التالي :

أولا : الخطأ

يتحقق الشرط الجزائي بصدور الخطأ من جانب المدين، يستوجب أن يكون هذا الأخير الدافع الذي أدى إلى الإخلال بالعقد، فالمدين الذي لا ينفذ الالتزام الناشئ في ذمته يعتبر مرتكبا للخطأ، كما يدخل في هذه الصورة التأخر في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي، كذا عدم التنفيذ الكلي فإذا كان مؤقتا يوقف تنفيذ العقد فلا يستحق الشرط الجزائي. قد يكون الخطأ مشتركا بين أطراف العقد ففي هذه الحالة تكون مسؤولية مشتركة، يكون التعويض كلّ على قدر خطئه، بينما يبقى عبئ الإثبات على عاتق الدائن بالتالي يستطيع المدين التخلص من المسؤولية، بإثباته للسبب الأجنبي وأن الخطأ ليس صادرا منه، بنفي العلاقة السببية بين خطئه والضرر الذي أصيب الدائن[95] .

[94] دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص.17.

[95] منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها–، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بأحكام الفقه والقضاء–، ط1، 2012، ص.442.

ثانيا: الضرر

لا يكفي وقوع الخطأ وحده لتحقق الشرط الجزائي، بل لابد من قيام ضرر يصيب الدائن وفقا للقاعدة القائلة لا تعويض بلا ضر، لذلك استلزم توافر الضرر كشرط جوهري لتطبيق واستحقاق الشرط الجزائي من طرف الدائن للتعويض المقرر بمجرد ارتكاب خطأ المدين من عدم تنفيذ التزامه الأصلي، لذلك فإنه لا يمكن إعمال الشرط المتفق عليه ما لم يثبت ضرر قد لحق الدائن من خلال قصور التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، إلا أصبح الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي ليس له معنى ولا صحة لتطبيقه. يكون الضرر بوجه عام ضرر مادي أو ضرر معنوي، فلا مجال لإعمال الشرط الجزائي دون ثبوت الخطأ من المدين، يجب أن يغطي الضرر الواقعة فعلا ولا يجوز أن يزيد التعويض عن قدر الضرر، حتي بنقصانه فالتعويض يكون لجبر الضرر، أو خطأ المدين الذي ألحقه بالدائن دون تمييز بين متسبب و آخر[96]، خروجا عن القواعد العامة من حيث الإثبات نجد أنه نقل عبئ الإثبات من الدائن إلى المدين بحيث أن الدائن غير ملزم بإثبات الضرر[97]، هذا ما أكدّه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 184 من ق.م.ج [98].

ثالثا: علاقة السّببية

إنّ جمع الخطأ والضرر يشكل علاقة سببية، والتي لا يستّحق الشرط الجزائي إلا بتحقّقها، أما إذا انتفت هذه الآخيرة بوجود السبب الأجنبي أو انتفت بأن الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة لكنه غير متوقع[99] ، فمثلا لو وجد شرط جزائي في عقد دراسي على طالب تعاقد مع إدارة الكلية للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون، أثناء فترة العقد أصيب بمرض خطير منعه الأطباء من الاجتهاد والخلود إلى الراحة بعدم إتمام دراسته، ففي هذه الحالة لا يحق للإدارة أن تطالبه

---

[96] أبو السعود محمد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القضائية –دراسة فقهية مقارنة–، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية،2001، ص. 114.

[97] اليمني محمد بن عبد العزيز بن سعد، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة– دراسة فقهية مقارنة–، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص فقه وأصول، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 2005، ص.166.

[98] راجع المادة 184 من أمر رقم 75– 58، السالف الذكر.

[99] السّنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام–الإثبات، آثار الإلتزام–، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.859.

بالشرط الجزائي المثبت في العقد الدراسي لاستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، فينقضي الالتزام لانقطاع رابطة السببية بالمرض الذي يعد قوة قاهرة يمنع تنفيذ الالتزام[100].

رابعا : الاعذار:

ينبه الدائن المدين بحلول آجال استيفاء الدّين، لذا يعتبر الإعذار شرطا لاستحقاق الشرط الجزائي حسب نص المادة 179 من ق.م.ج التي تقضي"لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"[101]، مادام التعويض لا يستحق إلاّ بالإعذار في الأحوال الواجبة فيها، فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين فيها فلا يكون الشرط الجزائي مستحقا، كما تجدر الإشارة بأنه في حالة ما إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين فإن رفع الدعوى للمطالبة بالشرط الجزائي تعد في حد ذاتها إعذار في حالة تمسك المدين أمام القاضي بعدم الإعذار من طرف الدائن، كان للقاضي منْحه أجال للوفاء متى أسْتُحقّ الوفاء حقيقيةً، أو إذا تبّين للقاضي جدّيته، فلا يحق للمدين أكثر من ذلك[102].

نجد المشرع الجزائري قد حدد الطرق التي يتم فيها الإعذار وفقا لنص المادة 180 ق.م.ج[103] التي نستخلص منها أن الإعذار يكون بشتى الطُرق، وكما يجوز أن يكون مترتبا على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرًا بمجرد حلول الأجل دون إجراء آخر، أو بكل ما يقوم مقام الإنذار.لقد حصر المشرع الجزائري الحالات التي لا تقتضي الإعذار فيها حسب ما ورد في نص المادة 181 من ق.م.ج[104]، في الأخير يبقى المدين مسؤولا عن دفع الشرط الجزائي الناتج عن تأخره في تنفيذ الالتزام من وقت الإعذار في حالة ثبوت ضرر أصيب الدائن.

---

[100] منذر الفضل، مرجع سابق، ص. 443-444.

[101] راجع المادة 179 من أمر رقم 75- 58، السالف الذكر.

[102] عطا سعد حواس، رشيد (ت)، شروط إستحقاق الشرط الجزائي، المتاح على الموقع الإلكتروني:
http :hawassdroit .ibd3.org,t920-topic,09 /04/2010.P.8-1
تم الإطلاع عليه يوم:24/04/2015.

[103] راجع المادة 180 أمر رقم 75- 58، السالف الذكر.

[104] راجع المادة 181، القانون نفسه.

الفرع الثاني: تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي

تتجه إرادة الأطراف مسبقا على تقدير مقدار التعويض المستحق في حالة استحالة تنفيذ الالتزام عينا أو التأخر في التنفيذ، تكون لهما الحرية الكاملة في التقدير وهو الأصل المعمول به، يكون هذا الأخير ملزما على القاضي بالحكم به دون أن يكون له سلطة في تقدير الوضع، بل يقوم بالحكم على حسب ما ورد عليه اتفاق الأطراف متى تحققت شروط الشرط الجزائي، بالملائمة التعويض المتفق والضرر الواقع، إلا أنه ورد استثناء على هذا الأصل أُجيز فيها للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي سواء بالنقصان أو الزيادة، يعتبر الشرط الجزائي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك هذا ما قضت به المادة 184 ق.م.ج.

وفقا لما تمّ عرضه سوف نتطرق إلى الحالة التي يتم فيها التخفيض في مبلغ التعويض(أوّلا)، تليها الحالة التي يكون الشرط الجزائي مستحقا بالزيادة (ثانيًا).

أوّلا: حالة التخفيض من الشرط الجزائي

باستقراء الفقرة الثانية من المادة 184ق.م.ج و المادة187 من نفس القانون [105]. يتضح أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في ثلاث حالات هي:

- إذا أثبت المدين أن الشرط الجزائي كان مفرطا .
- إذا كان الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه .
- إذا تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع .

الحالة الأولى: إذا أثبت المدين أن الشّرط الجزائي كان مفرط يجوز تخفيض الشرط الجزائي عما تم الاتفاق عليه مسبقًا، إذا أثبت المدين أنّ التعويض الذي ألزم به لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن وأن تقديرهما للتعويض أصبح مبالغا ومفرطًا، لجعله شرطا تهديديًا يهدّد مصالح المدين أو كان ذلك نتيجة لغلط في تقدير وقع فيه الطرفان، أو إكراه من طرف الدائن على المدين، يفرضه الدائن بمثابة عقوبة للمدين لتأخره عن التنفيذ، مما سمح للقاضي بالتدخل لتقدير التعويض الملائم، ما تجدر الإشارة إليه أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض وإنما هو مجرد تقدير

[105] راجع المادتين 184 و187 من أمر رقم 75- 58، السالف الذكر.

مسبق وفقا لما ظهر لطرفي الالتزام من اعتبارات وظروف، بحيث ينتقل عبئ الإثبات من المدين إلى الدائن [106]على النحو التالي :

أن يجعل الضرر مفترضا بحيث لايكلّف الدائن بإثباته، إنما يقع على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه ضررا إذا ادعى ذلك، وجود الشرط الجزائي قرينة على أن التعويض المتفق عليه مساوي للضرر فإذا ادعى المدين أنه مفرطا كان عليه إثبات عبئ ذلك[107].

تجاوز التعويض الإتفاقي حجم الضرّر، مع ذلك يستحقه الدائن دون تعويض في حالة تجاوز الشرط مدى الضرر تجاوزا يسيرا فعلى المدين أن يثبت أن التقدير كان مبالغا لحد كبير، حتى إن أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، فإن التخفيض يكون مناسبا مع الضرر ولا يستوجب أن يكون مساويا له[108] .

الحالة الثانية: إذا كان قد تبين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه يمكن للمدين أن يوفي جزء من التزامه ويبقى الجزء الآخر عالقا في ذمته، فليس من العدالة أن يلزم بكل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي، إلا أصبح ذلك مرهقا للمدين ففي هذه الحالة للقاضي أن يراعي إرادة المتعاقدين في خفْض الشرط الجزائي إلى النسبة المناسبة للجزء الغير المنفذ من الالتزام، يقع عبئ إثبات التنفيذ الجزئي على المدين[109]. أما في حالة تنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا لا يحقق الهدف والغاية المرجوة منه فلا يمكن للقاضي اعتباره تنفيذا للالتزام في جزء منه فيستحق الشرط الجزائي كله احترامًا لاتفاق الطرفين، إذْ كان هذا العيب غير جسيم وكان الشرط الجزائي كتعويض عنه مفرطا في التقدير جاز للقاضي إعتباره تنفيذ للالتزام في جزء منه فيستحق الشرط الجزائي كله احترامًا لما تم الاتفاق عليه، كذلك يمكن أن يعمل على تخفيضه إلى الحدّ المناسب[110] .

---

[106] أبو السعود محمد شتا ، مرجع سابق، ص.113.

[107] مرجع نفسه، ص.114.

[108] مرجع نفسه، ص.114- 115.

[109] قسيس أنطوان، أمالي ومحاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 1966، ص. 130-131.

[110] السّنهوري عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام-الإثبات اثار الالتزام-، مرجع سابق، ص.871.

الحالة الثالثة : إذا تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع يتبين من خلال نص المادة 187 من ق.م.ج أن المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه في حالة ما إذا كان الدائن هو المتسبّب في تأخير تنفيذ الالتزام بسب إماطة في أحد الإجراءات اللازمة عمدا بسلكه الإجراءات الأطول بدلا من الأحد بالإجراءات الأقصر والأسهل ذلك لعدم تمكين المدين من الحصول على محل الالتزام، ففي هذه الحالة يكون الدائن قد تعسّف في استعمال حقه بمنع المدين من الانتفاع بمحل العقد، كأن ينتظر الدائن حلول ظرف قاسي بالمدين يمس بملاءته مثلا فيطلب منه تحت ضغط اتخاذ الإجراءات التنفيذية بحقه، يكون الدائن سيئ النية في هذه الحالة فما على القاضي إلا الحكم بتنفيذ الالتزام كله دون تخفيض متى تبين له استحالة تنفيذ الالتزام عينا متى حل أجله وتحقق الضرر المتوقع ولا يكون للإطالة دخلا في التخفيض[111].

ثانيا : حالة الزيادة من الشرط الجزائي

منح المشرع للقاضي سلطة في زيادة مبلغ التعويض المتفق عليه، ذلك من خلال ما تم النص عليه في المادة 185 من ق.م.ج والتي تنص " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما" ، يتضح أن القاضي يحكم بالزيادة في حالتين هما :

حالة تفاقم الضرر: فهنا القاضي يحكم بزيادة التعويض الى الحد الذي يتناسب مع الضرر الذي أصاب المدين[112].

حالة إرتكاب المدين غشا أو خطأ جسيم : تقوم هذه الحالة عند قيام المدين بغش أو خطأ، يحكم القاضي بالزيادة في التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع، ولا يمنع من ذلك أن التعويض المقدّر في الشرط الجزائي لم يدخل في حسبان الدائن غش المدين أو خطئه الجسيم، هنا يتضح أن المشرع الجزائري قد أجاز لهما الاتفاق على عدم مسؤولية المدين عن الخطأ الجسيم والغش، يقع عبئ

[111] العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2007، ص. 342.

[112] منذر الفضل، مرجع سابق، ص. 446-447.

الإثبات على عاتق الدائن حتى يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار التعويض المتفق عليه[113]، أما إذا كان التعويض الإتفاقي أقل من الضرر فالأصل أن القاضي لا يزيده ليكون مساويا للضرر بل يحكم به كما هو، يعتبر الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين، والإعفاء عنها جائز في نطاق المسؤولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو خطئه الجسيم، أما إذْ اتفق الطرفان على شرط جزائي يكون من التفاهة الغرض منه أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسؤوليته التقصيرية، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي متوخيا في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض[114].

[113] السّنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام–الإثبات أثار الالتزام– مرجع سابق، ص.ص.877–878.

[114] سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام –، دار الجامعية الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2009، ص. 94– 95.

الفصل الثاني

اختلال توازن التزامات المتعاقدين بسبب الشروط التعسفية

الأصل أن المراكز القانونية لأطراف العقد متكافئة عند إبرام العقد، وهو الشيء الذي يساهم في تحقيق توازن العقد.

غير أن قد يحدث في الواقع أن يكون المركز القانوني لأحد المتعاقدين غير متكافئ مع مركز المتعاقد الآخر بسب التَفوق الاقتصادي لأحدهما على الآخر مثلا، وغالبا ما يؤدي عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين إلى نشوء طائفة من الشروط التعاقدية التى تثقل كاهل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهي ماتسمى بالشروط التعسفية.

من خلال هذا الفصل سنحاول التطرق إلى معالجة الشروط التعسفية كخطوة أولى (المبحث الأوّل)، ثم إلى الحماية القضائية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

معالجة الشروط التعسفية

أدى الانفتاح الاقتصادي في الآونة الأخيرة إلى زيادة الطلب على السلع والخدمات، وكذا تنامي أنواع التي تحمل شروطا موحدة ومحررة قبل التعاقد التي ترد فيها طائفة من الشروط التعسفية التي تحمي احد الطرفين، وتوفر له الحماية على حساب الطرف الآخر، مما يحدث اختلال في التوازن العقدي.

لمعالجة هذه الظاهرة تقتضي معرفة المدلول الحقيقي للشروط التعسفية، من ذلك نتفحص مفهوم الشرط التعسفي(المطلب الأول)، وأنواع الشروط التعسفية وصور الممارسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الشروط التعسفية

إن ما يتمتع به المحترف من معرفة فنّية وتقنّية متخصصة، بما يتعامل به من سلع وخدمات تعزّز مركزه القوي في مواجهة المستهلك، وكذا انعكاس الكفاءة المهنية للمحترف في فرض إرادته وشروط العقد التي تكون في الغالب شروط تعسفية، فإن تحديد مفهوم لها لا يتأتى فقط من خلال عرض تعاريفه المختلفة من قبل الفقه والتشريع، وإنما ينبغي إيجاد معايير تعمل على تقدير الطبيعة التعسفية ومدى انطباق الشروط في توازن العقد.

وبناء على ما تقدّم، سنتطرق إلى تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأوّل)، والمعايير المعتمدة في تقدير الطابع التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

إن الشروط التعسفية من الموضوعات التي توسّع مجال تعريفها فقها وقانونا وسوف نتعرض إلى تعريفها على أساس الفقه (أوّلاً)، وعلى ضوء القانون (ثانيًا).

أولاً : التعريف الفقهي للشرط التعسفي

اختلفت وتعددت الآراء الفقهية حول تعريف الشروط التعسفية، كما قد حظي باهتمام كبير من طرفهم لاعتبار أن العديد من التشريعات تسعى إلي فرض حماية للطرف الضعيف من جراء الشروط التعسفية، إلا أنها لا تتوصل إلي إرساء تعريف دقيق وموحد، وتناولوه في العديد من الزوايا [115]. فمنهم من عرّفه على أساس طبيعته فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتعارض أيضًا مع روح الحق والعدالة. وكذلك هناك من عرفه على أساس الآثار المترتبة عنه فهو التصرف الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك[116]، وتحويل العقد من وظيفته العادية بسبب عدم المساواة والتوازن بين الحقوق والواجبات لكل من المهني [117] والمستهلك، وقد عرفه آخرون على أساس المصدر الذي ينبثق منه، فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف، ويسمح بوقوعه[118].

أما الفقه الإسلامي، يعتبر أنّ " العقد المقترن بشروط تعسفية أنه من عقود المعاطاة التي يتم التعبير عن التراضي فيها بالتعاطي دون صيغة للإيجاب والقبول " [119]. وهناك من الفقه الفرنسي من إعتبره " أنه من قبيل التعسف، الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويخلف عدم توازن

---

[115] هشماوي وهيبة، حمودة نجوى، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص.26.

[116] المستهلك هو الذي يقتني أو يستعمل منتوج أو خدمة لأغراض شخصية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فهو يشبع حاجة غير تجارية، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلي تعريف المستهلك في أول قانون له وهو قانون رقم 89 – 02 الملغى بموجب القانون رقم09-03، إلأ أنه تدارك الوضع وأدرج تعريفه في القانون 04-02 ،أنظر بن بوخيميس بولحية علي، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، 2000، ص .16.

[117] قدّم الفقه تعريفات عديدة للمهني ومن بينها نجد المحترف، المنتج، المزود، كما نجد أن المشرع الجزائري هو الآخر تطرق إلى تعريف هذا الأخير في العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية كما أنه في السابق تعرف بالمهني إلا أنه بصدور قانون 09 – 03 أطلقت عليه تسمية جديدة وهي المتدخل.

[118] عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، 2004 ص.204.

[119] بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008، ص.13.

واضح على حساب الطرف الأضعف وتعتبر شروط تعسفية على سبيل المثال، الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية وكذا الشروط الجزائية ... "[120].

ثانيـًا : التعريف القانوني للشرط التعسفي.

سبق وأن تطرقنا إلى التعريف الفقهي للشرط التعسفي فخلص منه عدم وجود تعريف موحد له فقد اختلفوا كلهم في اقتراحاتهم وتعريفاتهم للشرط التعسفي، وسوف نعمد في هذا العنصر إلى التعريفات المختلفة لبعض التشريعات فنجد أن المشرع الفرنسي قد عرف الشرط التعسفي في نص المادة 35 فقرة الأولى من القانون 78 – 23 الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 أنه الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة، وخير ما فعل المشرع الفرنسي بقوله بأن الشرط التعسفي بالفعل أو التصرف هو الذي يعطي المهني صفة مفرطة[121]، فالشرط يكون تعسفيا عندما تكون الميزة المجحفة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية لهذا الأخير وهو ما عرفه بالنهاية بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية والدليل على ذلك هي العوامل المادية التي تصاحب تقديم السند التعاقدي[122].

وبعد ذلك أخذ المشرع الفرنسي بالتعليمة الأوروبية رقم 13 – 93 الصادرة في 05 أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية، والرامية بوجوب تعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء لتنسجم معها في مادة الشروط التعسفية، وعمل المشرع الفرنسي على إعادة تعريف الشروط التعسفية في القانون الصادر سنة 1995 والتي تم النص عليها بموجب المادة 132 من القانون 95 – 96 والتي تنص على أنه " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها وآثارها إضرارًا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والتزامات أطراف العقد "[123] .

[120] CALAIS Jean Auloy et STEINMETZ Frank, droit de la consommation, 6eme édition, Dalloz, Paris, France, 2004, p.195.

[121] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد– دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك–، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، بيروت، 2003، ص.49.

[122] مرجع نفسه، ص.50.

[123] CANIN Patrick, droit civil, les obligation, unigraf, 4eme édition, 2009, p.52.

أما التشريع الألماني فهو من الدّول الأوائل التي سعت لإصدار قانون يعمل على الحماية من الشروط التعسفية، ويعود ذلك الأمر إلى القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادرة في 9 ديسمبر 1976 حيث بدأ العمل به بعد أربعة أشهر من السنة الجديدة أي في أول أبريل 1977 و الذي عرف الشروط التعسفية في مادته الأولى بأنها" تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه "، ونجد أن هذا القانون لا يقتصر بالحماية على فئة المستهلكين لأنها ليست معمولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان فقط مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، وكما نجد أن هذا القانون قد أوجب في مادته الثانية للأخذ بهذه الشروط لا بد من إعلام المستهلك وتبصرته بها صراحة، فقد أقرت المادة الثالثة من نفس القانون على أنه " لا تعتبر جزءًا من العقد تلك الشروط العامة الغير المتوقعة وهي تلك الشروط الغير الاعتيادية بالنظر إلى الظروف المحيطة وظاهر العقد والتي يفترض أن المستهلك ما كان ليأخذها بعين الاعتبار" ونظرًا لما تحتويه صياغة الشروط العامة من غموض وإبهام، وما يترتب على ذلك من صعوبات التفسير فإن القانون الألماني في مادته 4 و 5 قد حمل المهني المحترف تبعًا ذلك أي أن غموض العبارات تفسر ضده، علاوة على تفضيل الشروط الخاصة على الشروط العامة.[124]

كما اعتمد المشرع الجزائري في البداية على تعريف الشرط التعسفي على بعض النصوص والأحكام العامة المتصلة بفكرة الشروط التعسفية من بعيد وذلك من خلال نص المادة 70 من ق.م.ج وكذلك ما أشارت إليه المادة 110 من ق.م.ج والتي ترتبط بعقود الإذعان دون تحديد نوعية هذه الشروط ولكن بعد صدور القانون رقم 04 – 02 الخاص بالممارسات التجارية فقد وضع تعريف لها وذلك من خلال نص المادة 3 الفقرة الخامسة والتي تنص على " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا

[124] بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص.16-17.

مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" [125] .

فقد نجد أن المشرع الجزائري قد تجنب الجدل الدائر في القانون الفرنسي الذي فضل واضعوه عدم تعريف محدد للشرط التعسفي وفضل الانضمام إلى التشريعات التي تطرقت للحماية ضد الشروط التعسفية ومع تعريف الشرط التعسفي[126] .

الفرع الثاني :المعايير المعتمدة في تحديد الطابع التعسفي

إن عملية تحديد الشرط تعتبر مسألة في غاية الأهمية حيث أن تحديد مثل هذه المسائل تعتمد على موازنتها على معايير مختلفة لمعرفة وتكييف الشرط إذا ما كان شرطًا تعسفيًا أم لا وإسناد إليه الصيغة التعسفية وسوف نتطرق لمعرفة المعايير التي يستند عليها لإضفاء عليه الميزة من خلال ما يلي :

أولاً : معايير التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية للحصول على ميزة مفرطة

يرتكز هذا المعيار على المركز الذي يحتله المهني نتيجة احتكاره لسلعة أو خدمة احتكارا فعليًا أو قانونيًا ولا يهم نوعية الاحتكار الذي يستند عليها، مما تجعله يملك نفوذ وتفوقه الاقتصادي مقارنة بالطرف الآخر الذي لا يملك سوى الاستسلام والرضوخ لإدارة الطرف القوي وشروطه، في حين يجد نفسه في مركز ضعيف دون التمكن من المناقشة والتفاوض، فنجد أن المشرع الجزائري قد صرح بأن مصدر فرض الشرط التعسفي هو التفوق الذي يحضى به أحد أطراف العلاقة التعاقدية [127].

---

[125] أمر رقم 04- 02 المؤرخ في 27 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر.ج. ج. عدد 41، مؤرخ 27 يونيو2004، معدل ومتمم بأمر رقم 10 - 06 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق لـ 15 غشت سنة 2010 ، ج. ر.ج.ج.عدد 46، صادر سنة 2010 .

[126] بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم04-02، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009، ص.55.

[127] رباحي أحمد، " أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 5، د.س.ن، ص.349- 350.

أما الميزة المفرطة أو الفاحشة تأتي كمكافأة للوضع الذي يتحصل عليه المهني نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة الطرف الضعيف[128]، يوجد ميزة مغالية لأعباء مالية تكون باهظة مما يؤدي إلى عدم التناسب، فنجد أن الميزة المفرطة يقوم أساسها على النظرية المادية فهي إذن تقترب من فكرة الغبن الذي يرتكز على المزايا المالية. إلا أنه نجد أن الميزة المفرطة لا تقتصر فقط على الاعتماد المادي بل تشمل أيضًا شروط أخرى لا تستند إلى عبئ مالي كأن نجد مثلاً شرط يتعلق بكيفية تسليم المنتوج، في حين نجد أن الغبن يتبعه دائمًا الميزة المادية، ويستخلص أن الميزة المفرطة أوسع من الغبن لاشتمالها على المزايا المالية وامتدادها إلى حاجات غير مالية و لم يتم تحديد رقم معين تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي تم فيه تحديد القيمة[129].

ثانيًا : معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والعون الاقتصادي .

بالعودة إلى نص المادة 3 الفقرة الخامسة من القانون رقم 04 – 02 فإن هذا المعيار يرتكز على وجود بنود وشروط تعسفية ينتج عنها الاختلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ويعود أصل هذا المعيار إلى المادة 132 الفقرة الأولى من قانون الاستهلاك الفرنسي وكان المشرع الفرنسي يأخذ بمعيار التعسف في القوة الاقتصادية قبل تبنيه لمعيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وقد أحسن المشرع الجزائري في عدم وضعه كمعيار يعرف به الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي لأن ذلك من شأنه تقييد القاضي تقدير الوضع [130]. فقد إعتنق معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمتدخل.

ثالثًا : معيار كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط

اعتمد المشرع الجزائري في تقديره للطابع التعسفي للشرط على مجموعة من الشروط العقد، ويتضح ذلك من مضمون تعريف الشرط التعسفي عند قوله سواء كان هذا الشرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى في العقد، ونجد أن المشرع الجزائري سعى لتقرير حماية

[128] رباحي أحمد، مرجع سابق، ص.357.

[129] حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكر لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2013، ص.102 – 103.

[130] بن قري سفيان، مرجع سابق، ص.57.

للمستهلك من الشروط بطريقة صارمة، حيث أنه اكتفى بوجود شرط تعسفي واحد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية أو بوجد شروط متناسقة ومجتمعة تؤدي من شأنها إلى الإخلال بآثار العقد، ويتم تقدير الطابع التعسفي للشرط إلى وقت إبرام العقد، مع الاستلام بالظروف والملابسات الصاحبة لإبرامه، ولا يمكن النظر إلى الطابع التعسفي بصفة محددة وإنما إلى مضمون العقد ككل أي يمتد إلى الشروط الآخرى باعتبارها كل لا يتجزأ، وكما يمكن تقدير الطابع التعسفي بالنظر إلى شروط سبق وجودها في عقود أخرى في حالة ما إذا كان إبرام وتنفيذ هذين العقدين يرتبط فيه قانونا أحدهما بالآخر، ويعتمد في تقدير الطابع التعسفي لعقد سبق إبرامه على معيار شخصي، أي تدخل في عين الاعتبار الحالة الشخصية للمستهلك، وإذا تمحور الأمر بشروط عامة فإن التقدير يتم بطريقة مجردة وفقا لمعيار المستهلك العادي [131].

المطلب الثاني

أنواع الشروط التعسفية وصور الممارسة

تتنوع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ولا يمكن حصرها خاصة أن حرية التعاقد تسمح للطرف القوي بالتحايل وكذا فرض شروط تحقق له ميزة مفرطة تنال من توازن العقد، ولما كان الاختلاف في كيفية وضعها وفرضها، لذا منع المشرع المهني التعامل بهذه الصور التي ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف من جراء تنوع أنواع الشروط التعسفية والتي تأتي في (الفرع الأول)، وتليها صور ممارسة الشروط التعسفية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الشروط التعسفية

يتضمن هذا الفرع أنواع الشروط التعسفية التي يوردها المتدخل في وثيقة العقد والتي تتمحور في شروط تعسفية من شأنها تحقيق النفع للمهني (أولا)، وشروط تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك (ثانيا)، توافر صفة التعسف في الشروط الغامضة (ثالثا).

[131] سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011،ص. 97-98.

أولا: شروط تعسفية من شأنها تحقيق النفع للمهني

يتعرض الطرف الضعيف لشروط تعسفية يوْردها المهني في العقد حيث تكون هذه الأخيرة خادمة له وتعود بالنفع والمصلحة عليه، والغرض من هذه السلطة الاقتصادية هو الحصول على ميزة مجحفة ويأخذ تحقيق هذا النفع صورتين تضم الأولى الشروط التي تعمل على تخفيف التزامات المهني

وتضم الثانية شروط تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له[132].

الصورة الأولى : الشروط التي تعمل على تخفيف إلتزامات المهني.

- إمكانية قيام المهني بتسليم محل غير مطابق للمواصفات المدرجة بالعقد.
- الشروط المحددة أو المعفية لمسؤوليته .
- 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 التزامه [133].

الصورة الثانية: الشروط التي تؤدي إلي زيادة الحقوق الممنوحة للمهني.

- 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 سيل الاسترشاد، وليس بصورة إلزامية أو ترك تحديد ذلك لمحض إرادته .
- تحديد الثّمن طبقًا لما جار العمل به وقت التسليم.
- اشتراط المهني قيام المستهلك بالوفاء بالثّمن خلال تواريخ محددة، وإلا يكون العقد مفسوخًا، مع تضمين ما حصل عليه المهني من مبالغ بمثابة تعويض له عن استعمال المبيع من قبل المستهلك.
- اشتراط المهني بالسماح له بتعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة، دون التزامه بتقديم مبررات على التعديل أو الإنهاء[134].

---

[132] عبد الباقي عمر محمد، مرجع سابق، ص.407.

[133] مرجع نفسه، ص.407.

[134] عبد الباقي عمر محمد، مرجع سابق، ص.407.

ثانيًا : شروط تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك

نظرًا للحاجة الماسة التي تستدعي حصول المستهلك لبعض الحاجات الأساسية وتقتضي الضرورة اقتناءها، يقبل المستهلك إبرام عقود تحت ضغط القوة الاقتصادية للمهني والتي تعود عليه سلبيًا وتحقق الضرر أيضا، ويكون ذلك في صورتين، إحداهما تعمل على تثقيل التزامات المستهلك وثانيها تؤدي إلى حرمانه من بعض الحقوق الممنوحة له[135].

الصورة الأولى: الشروط التعسفية التي تؤدي إلي تثقيل التزامات المستهلك: من بين الشروط التي تؤدي إلي تثقيل التزامات المستهلك نجد:

- اشتراط المهني قيام المستهلك بالتعاقد خلال مدة معينة .
- اشتراط المهني قيام المستهلك بالتوقيع على أنه على علم ومعرفة حقيقية بكافة بنود العقد وشروطه، وبحالة البضائع أو طبيعة الخدمات بالرغم من جهله في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل .
- إلزام المستهلك الذي لم ينفذ إلتزامه بدفع تعويض مبالغ فيه وغير مقبول .
- الاشتراط على المستهلك تحمل عبء المخاطر[136] .

الصورة الثانية : شروط تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له : التي تتمثل في:

- ترك تحديد الثمن للإدارة المنفردة للمهني رغم أنه محل التزام المستهلك بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من جانب الطرف الآخر.
- الشرط الذي يحد من حرية المستهلك في التعاقد مع الغير.
- الشرط الذي يقتضي تأجيل تنفيذ العقد محددة المدة دون الأخذ بإرادة المستهلك.
- تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في حالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ المهني .

[135] بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص.21.

[136] مرجع نفسه، ص.21.

- الاشتراط عند المنازعة باللجوء إلى التحكيم أو إلى إجراءات السوية الودية دون الرجوع إلى محاكم القضاء العادي، ولا سيما إذا كان هذا الشرط ينطوي على إرهاق المستهلك وعدم تناسبه مع اقتصاديات العقد، كاشتراط انعقاد التحكيم لهيئة أجنبية [137].

ثالثًا : توافر صفة التعسف في الشروط الغامضة .

أقرّ بعض الفقه بتوافر صفة التعسف في الشروط الواردة في العقد عندما تحرر بصورة غير واضحة وينتابها غموض، والتي من شأنها أن تحقق نفعًا للمهني على حساب المستهلك دون وجه حق، فالواقع العملي يشهد بالعلاقة الوثيقة بين العبارات الغامضة والشروط التعسفية في العقود بحيث يسنًها الطرف القوي مستغلاً وضع وجهل المدعي بآثارها، فمن الناحية العملية يؤدي عدم شفافية وغموض الشرط إلى صعوبة الكشف ومعرفة الطرف الضعيف في العقد مضمونه ومدى الإجحاف الذي يترتب عنه وتطبيقًا لذلك اعتبرت محكمة النقض " أن الالتباس والغموض في شأن أحد شروط العقد، وبشكل يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية يضفي على هذا الشرط صفة التعسف " وتتمحور وقائع هذه القضية في أن سيدة عهدت إلى إحدى الشركات بإحدى الأفلام لتصويرها الحساسة لتحميضها وطبعها وتسببت هذه الشركة في فقدان الفلم وعجزت عن أداء الخدمة، وقامت هذه السيدة برفع دعوى قضائية أمام محكمة"جرونوبل " تطالب بالتعويض، ودافعت الشركة حينئذ بشرط في العقد مفاده أنه في مثل هذه الحالة يقتصر التعويض على تسليم فلم للطرف المضرور وطبعه بالمجان أو سداد قيمته، أما إذا كان لهذا الفيلم أهمية استثنائية، أعلن عنها العميل للشركة فإن مبلغ التعويض يخضع حينئذ للتفاوض بالتراضي، إلى أن محكمة جرونوبل " قضت بالتعويض المناسب تأسيسًا على اعتبار هذا الشرط تعسفيًا وبالتالي يعد غير مكتوب استنادا أن الشرط المتنازع في شأنه قد صيغ بألفاظ من شأنها أن تجعل المستهلك يعتقد على خلاف الحقيقة بأن حقه في التفاوض كان يتعلق بثمن الأداء أو الخدمة فقط، دون أن يمتد ذلك فرضية فقدان الفيلم والتعويض عنه، وأن الغاية من هذا الغموض هي دفع مسؤولية الشركة عن خطئها الذي تسبب عن هذا الفقدان، إلا من سداد مقابل زهيد وهو الواقع الذي أسفر عن قيام حالة حادة من حالات عدم التوازن بين حقوق وواجبات الأطراف

[137] بوالكر رفيقة، مرجع سابق، ص.22.

المتعاقدة، ولما قامت الشركة بالطعن في هذا الحكم قضت المحكمة في جلستها المنعقدة في 19 يونيو 2001 برفض الطعن وتأييد الحكم المستأنف بما ورد فيه من أسباب [138] .

الفرع الثاني : صور ممارسة الشروط التعسفية

لقد عمل المشرع على تحديد صور ممارسة الشروط التعسفية في المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية[139] والتي سنعمد إلى توضيح بعض من هذه الصور.

بناء على هذا، سنتناول وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة (أولا)، وتأتي الصورة الثانية الإنفراد بتعديل العقد (ثانيا)، وتليها الصورة الثالثة التي تتمثل في رفض حق المستهلك في تعديل العقد (ثالثا)، وفي الأخير تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية (رابعا).

أوّلاً : وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة .

يظهر هذا الاختلال من خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 29 القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، حيث يأخذ البائع حقوقًا و/أو امتيازات لا تقابلها حقوقًا و/أو امتيازات مماثلة للمستهلك حيث أن هذا الأخير يبدوا طرفًا ضعيفًا في مواجهة البائع الذي يستقل وينفرد بصياغة بنود العقد، ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته، دون مراعاة رغبة المستهلك في ذلك بل يقدمها له جاهزةً ويضعه في موقف حرج لا يملك إلا الموافقة عليها والرضوخ لها وأن يقبل ما بها من شروط مجحفة في حقه [140]، وهو ما دلت عليه مضمون الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون السالف الذكر، ويستوجب على المستهلك تنفيذ هذه الالتزامات دون أن يلتزم بها المهني وأيضا حسب ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 29 من أمر السالف الذكر، وهو الأمر الذي يجعل المتدخل يتمتع بقوة اقتصادية وحقوق وامتيازات تحرم المستهلك من الحصول على حقوقه هو كذلك .

---

[138] بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص.22- 23.

[139] راجع المادة 29 من أمر رقم04-02،السالف الذكر.

[140] محجوب جابر علي، " ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المبيعة"، مجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، سنة 1996، ص.264.

ثانيًا : الإنفراد بتعديل العقد

تظهر هذه الصورة من خلال الفقرات الرابعة، الخامسة والثامنة من المادة 29 قانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، فبالرغم من حصول المتدخل على امتيازات وحقوق ووضع شروط تهدف تحقيق مصلحته وفرض التزامات على المستهلك إلى أنه يسعى المتدخل من وراء كل هذا إلى الإنفراد بتعديل العقد ومضمونه، كأن يقوم بزيادة الثمن أو فرضه فوائد من وراء ذلك أو أن يقوم بتعديل محل العقد وتغييره بمحل آخر، ويظهر ذلك سواءً في عقد البيع أو في عقود تقديم الخدمات وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 29 من القانون السالف الذكر، أو تغيير بنود العقد كأن يجعل العقد يتضمن شرط عدم المسؤولية، أو جعله مصاريف النقل على عاتق المشتري، وكما يمكن أن تصل التعديلات إلى أجَلْ التسليم للمنتوج وكذا تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر على المستهلك ويظهر الطابع التعسفي والقوة التي يتمتع بها المتدخل. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في هذه الصورة للشرط التعسفي يشترط عدم موافقة المستهلك على التعديل الذي يمس عنصرا أساسيا في العقد أو مميزات المنتوج أو الخدمة وإذا كان الشرط يقضي بالضرورة موافقة المستهلك على التعديل فلا يعد شرطا تعسفيا [141].

ثالثًا : رفض حق المستهلك في فسخ العقد

بالعودة إلى القواعد العامة نجد أن المشرع قد منح حق فسخ العقد لكل الأطراف ويعتبر حق مشروع قانونًا في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية، وذلك وفقًا لما نصت عليه الفقرة الأولى المادة 119 من ق.م.ج التي تنص" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسحه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك "[142] باعتبار أن معظم العقود المبرمة هي عقود ملزمة لجانبين إلا أنها تخرج عن هذه الطائفة العقود المبرمة بين المهني والمستهلك لاعتبارها عقود إذعان وتسلط وتحكم المتدخل فيها فإنه قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخلّ المهني بالتزاماته التي هي في

[141] ابراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04 -02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013، ص.147.

[142] راجع المادة 119 من أمر 75-58، السالف الذكر.

ذمته وهذا ما تم استخلاصه من الفقرة السادسة من نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وفي هذه الحالة ما على القاضي إلاّ التدخل ومنع مثل هذه الشروط[143].

رابعًا : تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية

يعتبر التهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض الخضوع لشروط غير متكافئة من قبل الإكراه ويؤدي إلى البطلان، وهذا ما قضت به المادة 88 الفقرة الأولى من ق.م.ج والتي تنص على "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق" [144]، وهذا ما جعل المشرع في الفقرة الثامنة من المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية حيث يعتبر هذا الشرط تعسفيًا ويعاقب عليه المهني في حالة ممارسته على المستهلك باعتباره أن قطع العلاقة التعاقدية قد يلحق أضرارًا مادية بالمستهلك مما يجعله يقبل بشروط غير متكافئة، وهذا يعتبر إهدار واضح للتوازن العقدي، ولذا استدعت الضرورة إلى إنشاء قانون يحمي الطرف الضعيف، هذا ما أشار إليه القانون الفرنسي رقم95-96 الصادر في 1995/02/01 و المتعلق بالشروط التعسفية الذي نص على 17 حالة، نجد من بينها حالة إنهاء أو إقصاء أو تحديد مسؤولية المهني في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار مادية، أو في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيد من طرف المهني لإحدى التزاماته، إضافة إلى حالات أخرى نص عليها المشرع في نص المادة 29 من القانون السالف الذكر نجد أن المستهلك قد أحيط بحماية كبيرة للحد من تعسف المهنيين عليه نتيجة استخدامهم لقوتهم الاقتصادية بل أبعد من ذلك قد يمكن للقاضي تقدير الشرط التعسفي خارج عن الحالات الواردة في المادة 29 من القانون السالف الذكر[145].

[143] كيموش نوال، حماية المستهلك في ايطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2011، ص.62.

[144] راجع المادة 88 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

[145] كيموش نوال، مرجع سابق، ص.63- 64.

المبحث الثاني

الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية

تعتبر عقود الاستهلاك مجالا رحبا لاستغلال المتدخلين لوضعيتهم المتميزة للمستهلكين ويكون ذلك بوضع الطرف القوي مجموعة من الشروط بصفة منفردة وغير مهتم بالأضرار التي قد تلحق بالطرف الأخر في العلاقة، حيث لا يكون للمستهلك رفضها أو مناقشتها نظرا لوضعيته المتميزة للمتدخل سواء كانت الاقتصادية أو القانونية، هذا ما استدعى تفطن المشرع الجزائري وإدراجه للمراسيم التي تؤدي إلى حماية الطرف الضعيف في حالة وجود اختلال في التوازن العقدي.

للإحاطة بمختلف جوانب الموضوع ارتأينا أن نقسمه إلى مطلبين اثنين أخصص الأول لوسائل الحماية من الشروط التعسفية (مطلب الأوّل)، أما (المطلب الثاني) سندرس فيه حماية المستهلك من الشروط التعسفية الأخرى.

المطلب الأوّل

حماية المستهلك من الشروط التعسفية الأخرى

من الملاحظ أن الشروط التعسفية التي تدرج في العقد ليست نوعًا واحد، فهناك شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة وظيفتها، أما الشروط التعسفية بذاتها فهي الشروط التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد حيث يستشف من ذات ألفاظها بأنها تحمل معنى الظلم[146]، ونجد أن القانون المدني قد نص على شروط تعسفية بذاتها نستخلصها في الشروط التعسفية التي ترد في وثيقة التأمين (الفرع الأول)، الشروط المحددة للمسؤولية التي تسبب كثيرًا من المعاناة للمستهلكين (الفرع الثاني)، الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان من العيب الخفي من قبل البائع (الفرع الثالث)، وفي (الفرع الرابع) الشرط الذي يورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي.

الفرع الأوّل : شروط التعسفية في وثيقة التأمين .

لاعتبار أن عقد ما عقد استهلاك، يجب أن يكون أحد طرفيه مهني مدينًا بتقديم سلعة أو

[146] عبد الغفار أنس محمد، مرجع سابق، ص.97.

خدمة إلى المستهلك الذي يعتبر هذا الاخير الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، وبما أنّ عقد التأمين عقد يبرم بين شركة التأمين التي تكون مهمته تقديم خدمة التأمين، وبين شخص يحمل وصف المستهلك أو غير المهني، فإن هذا العقد يمكن وصفه على أنه من أهم عقود الاستهلاك [147].

ما يمكن ملاحظته، أن عقد التأمين من عقود الإذعان على أساس أن الطرف القوي شركة التأمين مثلا هي التي تضع شروطها بطريقة منفردة، ولكن حسب رأي الدكتور أيمن سعد سليم أين توصل في بحثه على أن عقد التأمين ليس من عقود الإذعان، ويعود ذلك لاستبعاد المشرع الجزائري الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفقًا للقواعد العامة التي سبَق تم توضيحها، والتي تتمثل في سلطة القاضي في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، وتفسير الشك في مصلحة المذعن دائنًا كان أم مدينًا ثم استبعاد الشروط التعسفية في عقود التأمين في هذا الموضوع الذي سوف نتطرق إليه، ولو كان عقد التأمين من عقود الإذعان لوحّد المشرع القواعد التي تكافح الشروط التعسفية في كل منهما[148].

بالإضافة للحماية العامة للطرف المذعن أو المؤمن له، توفرت لهذا الأخير حماية خاصة لبعض الشروط التعسفية قد ترد في وثيقة التأمين[149]، والتي نصت عليها المادة 750 من ق.م.ص[150] والتي تقابلها بنفس الصياغة المادة 622 من ق.م.ج، التي تنص على " يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية،
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،

---

[147] سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك – دراسة مقارنة –، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص.83.

[148] سعد سليم أيمن، الشروط التعسفية في العقود– دراسة مقارنة –، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص.112.

[149] سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص.83.

[150] القانون المدني المصري المتاح على الموقع الإلكتروني:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text/ar/text.jsp?file id=205494

تم الإطلاع عليه يوم: 2015/05/24.

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقًا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه. "[151]، يستشف من احكام المادة أنّ:

– الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية، يكون مقتضاه سقوط حق المستأمن في الحصول على مبلغ التأمين في حالة وقوع الكارثة والتي تكون غالبيته في حوادث السيارات التي تكون نتيجة مخالفة القوانين واللوائح والتي تكون معظمها مخالفات لإشارة المرور، أو لتجاوز السرعة المكررة، فهذه التجاوزات ما هي إلا مخالفات لا تنطوي على خطورة إجرامية للمستأمن، لذلك فقد نص المشرع على أن يقع باطلاً كل شرط يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين و اللوائح، كما أنه من المسلم به جواز مساءلة المؤمن في حالة الجرائم الخطيرة مثل الجنايات سواء كانت عمدية أو غير عمدية أو الجنح العمدية [152] .

– الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن بسبب تأخره في القيام بالتزامه بالإبلاغ عن وقوع الكارثة بالرغم من وجود عذر مقبول، فهذا الشرط أبطله المشرع في حالة وروده في وثيقة التأمين لأن هذا الأخير ينطوي على التعسف[153]، من قبيل الأعذار المقبولة القوة القاهرة والحادث المفاجئ الذي يمنع المستأمن عن الإبلاغ عن وقوع الكارثة في المدة المتفق عليها، أن يصاب في الحادثة بإصابة بالغة، أو يفقد فيها الذاكرة بصفة مؤقتة أو بصورة دائمة ويقع على عاتق المستأمن إثبات مثل هذا العذر حتى لا يحرم من التأمين إذا أخل بالتزامه ويكون إثباته بكافة طرق الإثبات [154].

[151] راجع المادة 622 من أمر رقم 75–58، السالف الذكر.

[152] سعد أيمن سليم، مرجع سابق، ص.109–110.

[153] سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص.83–84.

[154] سعد أيمن سليم، مرجع سابق، ص.111.

– كل شرط مطبوع يقضي بسقوط حق المستأمن إذا لم يبرز بشكل واضح أو ظاهر اعتبره المشرع شرطًا تعسفيًا، وإذا ورد شرط السقوط ضمن الشروط المطبوعة في وثيقة التأمين يجب أن يكون صحيحًا وأن يبرز بشكل ظاهر أو يوضع خط تحته، أو أن تكتب بحروف مغايرة وكبيرة، أو أن تكون مطبوعة بالأحمر [155].

– شرط التحكيم إذا ورد ضمن الشروط المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة يعتبر شرطاً تعسفيًا، ومقتضى هذه المادة إبطال شرط التحكيم باعتباره تعسفيًا [156].

–كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه وبهذه الفقرة الأخيرة يكون المشرع قد فتح المجال للقاضي ليتمكن بإبطال أي شرط تعسفي آخر غير الذي تم ذكره في الفقرات الأربعة السابقة الذي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أي أثر على وقوع الحادث المؤمن منه[157]

الفرع الثاني : الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية

يمكن تعريف الشرط المعفي أو المحدد للمسؤولية على أنه: "الشروط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية والأصل وفقا لنص المادة178 ق.م.ج[158]، يجوز جواز هذه الشروط في مجال المسؤولية العقدية، وبطلانها في مجال المسؤولية التقصيرية.

حيث يستخلص من نص المادة السابقة في فقرتها الأخيرة على بطلان كل شرط بالإعفاء عن المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي على أساس أن المسؤولية التقصيرية هي من النظام العام، كما يشمل هذا البطلان كل شرط إعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء تعلق بأضرار مادية أو بدنية وسواء ترتبت هذه المسؤولية عن فعل شخصي أو عن فعل الغير وسواء كان الخطأ جسيما أو يسيرا أو عمدا. وتعد شروط الإعفاء أو التحديد من المسؤولية من الظواهر المستخدمة بشكل واسع النطاق، وخاصة في إطار العقود النموذجية، وعقود الاستهلاك حيث يستحمل المهنيون هذه الشروط للتملص من دعاوى التعويض التي قد تُرفع ضدهم، وتستخدم شروط الإعفاء عادة في مثل هذه العلاقات التعاقدية فيما يتعلق

[155] سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص.85.

[156] مرجع نفسه، ص.85.

[157] سعد أيمن سليم، مرجع سابق، ص.112.

[158] راجع المادة 178 من أمر رقم 75–58، السالف الذكر.

بتنفيذ العقد عندما تكون مخاطر العقد متفاوتة بالنسبة لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر، فإذا نفذ العقد بشكل غير مناسب فيمكن المطالبة بتعويض الأضرار التي لا يمكن للمضرور أن يتحملها، وفي هذه العلاقات نجد أن القواعد القانونية للمسؤولية لا توجد إلى نتيجة عادلة، إذ أنها تجيزها من حيث المبدأ إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم [159].

نتيجة لمبدأ الالتزام بالسلامة في بعض العقود، نص المشرع على الشروط التي ترمي إلى إسقاط أو تحديد المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة، واعتبارها كأنها غير مكتوبة شروط تعسفية باطلة. رغم صحة الاتفاقات المعدلة في القانون الجزائري المادة 178 ق.م.ج إلا أن هذا لا يسري على الأضرار الجسمانية لمخالفة ذلك للنظام العام[160].

نص المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر من ق.م.ج علي أنه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ... "[161] بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن المشرع قصد ضمنا بطلان أي شرط محدد لمسؤولية المهني عن الضرر الذي يسببه منتوجه المعيب[162] ضفْ إلى ذلك فإن شرط تحديد المسؤولية يجوز اعتباره تعسفيا إذا ورد في عقد إذعان فيقع تحت طائلة نص المادة 110 ق.م.ج إذْ يجوز للقاضي أن يعدله أو يلغيه[163].

الفرع الثالث: شرط إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع .

أجاز المشرع الجزائري كمبدأ عام إنقاص الضمان أو إسقاطه بموجب نص المادة 384 الفقرة الأولى من ق.م.ج التي تنص" يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه"[164].غير أنه تعتبر هذه الشروط باطلة إذا تعمّد البائع بإخفاء

[159] سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص.85-86.

[160] مرجع نفسه، ص.86.

[161] راجع المادة 140 من أمر 75-58، السالف الذكر.

[162] سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص.87.

[163] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.73.

[164] راجع المادة 384 من أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

العيب في الشيء المبيع على المشتري غشًا منه[165]، علمًا أن المشرع الفرنسي قد أعتبر الشرط الذي يرمي إلى إنقاص أو إسقاط ضمان البائع المحترف العيب في الشيء المبيع غير مكتوب و بالتالي باطلاً وفقًا لنص المادة 1643 ق.م.ف التي تقضي:

« Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, moins que , dans ce cas, Il n 'ait stipulé qu' il ne sera obligé à aucune garantie. »[166]

ولكن نتيجة لما كرسه القضاء الفرنسي منذ الخمسينات، حيث ذهب إلى افتراض البائع المحترف سيئ النية نتيجة لما يفترض فيه علم بالشيء المبيع وبعيوبه[167].

الفرع الرابع : شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل

تنص المادة 47 ق.تج.ج على أنه " يعد الناقل مسؤولاً من وقت تسلمه الأشياء المرادة نقلها عن ضياعها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها"[168]، فعلى الناقل المسؤولية عن الأشياء المراد نقلها عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها[169].

من جهة أخرى نصت المادة 52 الفقرة الثالثة من نفس القانون بقولها " يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليًا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف"[170]، على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاءًا كليًا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها[171] .

---

[165] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.69.

[166] Code civil francais in http//www.legifrance.gouv.fr/telecharge pdf.do?cidTexte=LEGIT000006070721 consulté le 06/06/2015.

[167] بودالي محمد، مرجع سابق ، ص.69.

[168] أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج.عدد 79، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق ل6 فبراير 2005.

[169] بودالي محمد، مرجع سابق، ص69.

[170] راجع المادة 52 من أمر رقم 75-59، السالف الذكر.

[171] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.70.

غير أن الشروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة من حيث المبدأ في التشريع الجزائري هذا ما ورد في نص المادة 66 ق.ت.ج[172]، ضفْ إلى ذلك يعتبر صحيحًا شرط الإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بتوصيل المسافر إلى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد، وبالتالي فإذا وجد في عقد نقل الأشياء شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف، فيعتبر شرطًا باطلاً ودون أثار ويبقى العقد صحيحًا [173].

المطلب الثاني

وسائل الحماية من الشروط التعسفية.

تقضي وسائل الحماية من الشروط التعسفية التطرق لمسألة إثبات الشروط التعسفية في(الفرع الأول)، والجزاء المترتب عن الشروط التعسفية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : منح القاضي سلطة تقدير الشروط التعسفية .

انطلاقا من تعريف الشرط التعسفي في القانون رقم 04 – 02 المتعلق بالممارسات التجارية بموجب المادة الثالثة من فقرتها الخامسة[174]، تطرق المشرع الجزائري إلى إعداد قائمة الشروط أو البنود التي عليها الطابع التعسفي سواء بموجب القانون رقم 06– 02 أو بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306، والتي ترجع أغلبها إلى القانون الفرنسي رقم 95–96 والذي بدوره اقتبس هذه القائمة من التوجيه الأوروبي رقم 93 – 13 [175].

سنتطرق في هذا الفرع إلى إثبات الشروط التعسفية بموجب رقم 06 –02 (أولا)، ثم إثبات الشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06– 306 (ثانيا).

---

[172] راجع المادة 66 من أمر رقم75– 59، السالف الذكر.

[173] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.70.

[174] راجع المادة 3 الفقرة الخامسة من أمر رقم 04–02، السالف الذكر.

[175] العطياوي راضية، مرجع سابق، ص.129.

أولا : إثبات الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون 04 – 02 .

تطبيقًا للقاعدة الشهيرة "من يدعي شيئا عليه إثباته "، فإن للمدعي بالتعسف (المتضرر أو المستهلك) ملزم بإثباته وإثبات ما يترتب عليه من أضرار، ويكون ذلك عن طريق إقامة الدليل[176].

لكن هناك استثناء على الأصل العام المقرر سابقا والتي تتمثل في مواجهة حماية المستهلك في تسهيل عبء الإثبات، إذ تضمن القانون رقم 04– 02 قائمة من الشروط التعسفية ضمن نص المادة 29 التي تنص : " تعتبر بنودًا شروطًا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..."، أدرجت في هذه الفقرة قائمة بثماني فقرات تحتوي على بنود تعسفية فبعض هذه الشروط يتعلق بتكوين العقد، والبعض الآخر يتعلق بتنفيذه وبعضها المتبقي يتعلق بانحلال العقود[177]. كما يتضح أن المشرع افترض في هذه البنود الطابع التعسفي، مما يؤدي المستهلك لإعفاء إثبات هذا الأخير .

ثانيًا : الشروط التعسفية الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 .

تطبيقًا للمادة 30 من القانون رقم 04 – 02 التي تنص على" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " .[178] فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 التي تضمنت مادته 5[179] الإشارة إلى الإثني عشر (12) شرطً تعسفيًا، إذ يعفى المتضرر من إثبات طابعها التعسفي، أما بالنسبة للشروط غير الواردة في هذه القائمة ، فيقع على المستهلك عبء إثبات الطابع التعسفي لها [180] .

جلّ الشروط التعسفية التي ذكرتها المادة الخامسة (5) من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 قد تضمنها ملحق القانون رقم 95– 96 الفرنسي، والذي حدث عندنا هو تقاسم تنظيم الشروط التعسفية

---

[176] العطياوي راضية، مرجع سابق، ص.107.

[177] مرجع نفسه، ص.107.

[178] راجع المادة 30 من أمر رقم 04–02 ، السالف الذكر.

[179] أمر رقم 06 – 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2010، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج. عدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006.

[180] سفيان بن قري، مرجع سابق، ص.59.

بين السلطة التشريعية عبر القانون 04- 02 والسلطة التنفيذية عن طريق المرسوم 06- 306 [181] فهي لا تعتبر صياغة جديدة لهذه الشروط التعسفية .

يمكن الملاحظة على أن بعض الشروط التعسفية التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يمكن الاكتفاء بنظريتها الواردة ضمن القانون رقم 04-02 طالما أن لهما نفس المعنى ومثال عن ذلك :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على : "الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك"، وهو شرط يقترب كثيرًا من المادة 29 من القانون 04- 02 باستثناء أن هذا الأخير لم ينص على التعويض مثلما فعل المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 05 ، وهو ما يثير تعارضا بين النصوص، فنص الفقرة الرابعة من المادة 29 يجعل تعسفيًا الشرط الذي مضمونه احتفاظ المحترف بحق تعديل بنود العقد، في حين أن نص الفقرة الثالثة من المادة 05 من القانون 06-306 يعتبر تعسفيًا الشرط الذي مضمونه احتفاظ المحترف بحق تعديل العقد مقيدًا بعدم دفع تعويض، وهو الذي يفهم أن الشرط المتعلق بتعديل العقد لا يعتبر تعسفيا إذا ما تم دفع تعويض للمستهلك، والملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يتولى مثل هذا الشرط بالتنظيم تفاديًا للتكرار [182].

هناك أيضا الشرط الوارد في الفقرة 7 من المادة 29 قانون 04-02 يعتبر تعسفيا إذا حرم فيه المستهلك فسح العقد نتيجة إخلال العون الاقتصادي بالالتزام أو عدّة التزامات في ذمته، أما الشرط الوارد في الفقرة 4 من المادة 05 من القانون 06-306 فإنه يعتبر تعسفيا إذا حرم المستهلك من فسخ العقد تبعا لقوة قاهرة إلا بمقابل دفع تعويض، وتنفيذ الالتزام يكون مستحيلا.

الفرع الثاني: تدخل القاضي لمعالجة إشكالية الشروط التعسفية .

تطرق المشرع الجزائري إلى ترتيب الجزاء المترتب عن الشروط التعسفية والتي تضمها في القانون رقم 04 -02.

[181] العطياوي راضية، مرجع سابق، ص.117.

[182] مرجع نفسه، ص.116 -120.

سنتناول في هذا الفرع جزاء الشرط التعسفي في شقه المدني (أولاً)، و أيضًا تبيان هذا الجزاء في شقه العقابي (ثانيًا).

أولا: الجزاء المدني

على عكس المشرع الفرنسي فإن المشرع الجزائري لم يتفطن إلى تحديد الجزاء المدني المترتب على الشروط التعسفية، وذلك لغياب أي نص يشير إليه وإلى طبيعته[183]، إلا أنه أحالنا في المادة 65 الفقرة الثانية من القانون رقم 04- 02 التي تقضي" كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوي للحصول على التعويض الضرر الذي لحقهم"، يكون باللجوء إلى المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار طبقًا للقواعد العامة[184]، والمشرع الجزائري اسْتأْنس بتطبيق القواعد المعروفة في القانون المدني وخاصة نص المادة 110 من ق.م.ج. حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المذعن منه، وتعتبر هذه السلطة جوازية غير وجوبية، إذ يمكن للقاضي أن لا يستعمل هذه الرخصة المخولة له من طرف المشرع الجزائري بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان[185].

ثانيا: الجزاء الجنائي

على خلاف الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بأي إشارة، باستثناء المطالبة بالتعويض، على عكس هذا، فإن المشرع الجزائري تولى النص على الجزاء العقابي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود [186]، وهذا ضُمِن في نص المادة 38 من الأمر 04- 02 من القانون السالف الذكر[187] التي تنص على أن " تعتبر الممارسات التجارية غير نزيهة والممارسات تعاقدية تعسفية، مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و28 و29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.0000 دج إلى 5.000.000 دج" . ومثل ما قضت نه محكمة جرونوبل " أين حكمت

[183] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.102.

[184] راجع المادة 65 من أمر رقم 04- 02، الساف الذكر.

[185] سويلم فاضيلة، مرجع سابق، ص.164.

[186] العطياوي راضية، مرجع سابق، ص.168.

[187] راجع المادة 38 من أمر رقم 04-02، السالف الذكر.

المحكمة حكما حضوريا علنيا إبتدائيا الأمر بإلغاء كل الشروط التعسفية والغير المشروعة للعقود المبرمة من طرف الشركة ذات المسؤولية المحدودة "ل" وهذا بموجب الحكم خلال أجل يقدر ب 6 أشهر من تاريخ تبليغ هذا الحكم تحت طائلة غرامة تهديدية ب 800 أورو لكل يوم تأخير في حدود شهرين.

إلزام الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن تدفع للجمعية المدعية مبلغ100 أورو تعويض عن الضرر الجماعي ومبلغ 300 أورو تعويض عن الضرر الجمعوي.

إلزام الشركة المدعى عليها ذات المسؤولية المحدودة بأن تدفع للمدعية الجمعية مبلغ 2500 أورو تطبيق للمادة700 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي".[188]

إضافة إلى الغرامة فقد جاء القانون رقم 04-02 بعقوبات استثنائية مقررة بموجب المادة 47 [189] التي تتمثل بعقوبة غلق الإداري للمحل التجاري التي تنص عليها الفقرة الأولى من المادة 47 من القانون 04 -02 " يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون "، والمنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري وكذا إمكانية الحكم بالشطب من السجل التجاري التي تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 47 من القانون رقم 04 - 02 على " تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري"، إضافة إلى عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من المادة 47 من القانون رقم 04 -02 من قانون الممارسات التجارية التي تنص على أن " فضلا عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة (3) أشهر ، إلى سنة (1) واحدة "[190].

[188] T.G.I grenoble, chambre civil, n° : 07 /1532, entre U et SARL.L, en date de 02 /02/2009, p.12-14

[189] راجع المادة 47 من أمر رقم 04-02، السالف الذكر.

[190] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص.170-171.

الجدير بالذكر المشرع الجزائري أخذ هذا الجزاء الجزائي عن نظيره الفرنسي حيث كان يعاقب مرسوم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها [191].

[191] بودالي محمد، مرجع سابق، ص.101.

خاتمة:

من خلال ما تمت دراسته التي كان الهدف منها البحث عن تحقيق حماية للأطراف المتعاقدة إلي في المجال التعاقدي وهذه 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 الإرادة 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 لطيشه البيّن أو لهواه الجامح سعيا منه تحقيق هدفه، وقد يتدخل القاضي بطريقة مباشرة لإعادة توازن العقد وتكون له السلطة التقديرية في تقدير الوضع وإعادة الحالة إلي وضعيتها الطبيعي وهو الحال المعمول به 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 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 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 والاعتراف 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 التزامات أكثر مما كان عليه .

ونظرا للنقائص التي تشوب مُجمل النصوص القانونية، ارتأينا في الاخير أن نتقدم بجملة من التوصيات والاقتراحات التي من شأنها يمكن أن تسد الفراغ القانوني:

- إلغاء شرط العمومية في نظرية الظروف الطارئة كونها مجحفة في حق المدين.
- تمديد الحماية للطرف المغبون في العقد لوجود حالات أخرى تستدعي الحماية منها كعدم الخبرة في إبرام العقد، لاعتبار المشرع قيّد الحماية في حالتي الطّيش البين والهوى الجامح.
- توسيع سلطة القاضي في تعديل العقد بمنحه سلطة تعديلية عامة أكثر مما كان، بفكّ القيد عليه.
- حصر المشرع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وعقود الإذعان فقط، فكان عليه أن يجعلها ضمن جميع العقود التي يختل توازنه وتفْتقد العدالة فيه بين طرفيه.

- زيادة الاهتمام بموضوع حماية المستهلك، بمحاربة الجرائم الاقتصادية المرتكبة من جراء الشروط التعسفية ولما تعكسه أيضا من اضطرابات واختلال التوازن الاقتصادي بصوره المختلفة.
- سدّ الفراغ القانوني المتعلق بالجزاءات المدنية للمخالفات المنصوص عليها في قانون الممارسة التجارية إلى جانب العقوبات الجزائية لتسهيل مهمة القاضي وتكملة الحماية القانونية للمستهلك عوّض الرجوع إلى القواعد العامة التي تبقى أحكامها ناقصة .

إلاّ أنّ كل هذا لا ينفي محاولة المشرع في إعادة توازن التزامات المتعاقدين و أن الهدف المنشود قد أصيب إلى حدٍّ بعيد مما جعل الأمر محل مناقشة و جدال.

أوّلا: باللّغة العربية

1 – الكتب

أ – المرا جع العامة

01– أبو السعود محمد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القضائية– دراسة فقهية مقارنة–، دار الجامعية الجديد للنشر، مصر، الإسكندرية، 2001.

02– السّعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني– النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام– العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار الهدى، الجزائر،2009.

03– السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام– مصادر الالتزام–، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

04– _____،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات آثار الالتزام–، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2000.

05– العوجي مصطفى، القانون المدني– المسؤولية المدنية–، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2007.

06– المرسي عبد العزيز، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري– دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة–، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر،2006.

07– اليوسف سمير عثمان، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009.

8– بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

9– جعفور محمد سعيد، نظرية عيوب الارادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة، للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.

10– حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.

11- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004.

12- سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام-، دار الجامعية الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2009.

13- سلطان أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2005.

14- سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الوادة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية-، دراسة مقارنة للفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، الاسكندرية، 2007.

15- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1988.

16- فرج توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - مقارنة بين القوانين العربية-، ط3 ،الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن.

17- فوده عبد الحكيم، نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية-، بحث على ضوء الفقه وقضاء النقض-، ط1، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، 1998.

18- فيلالي علي -الالتزامات -النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2010.

19- قاسم محمد حسن، مبادئ القانون- مدخل إلى القانون والالتزامات-، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1998.

20- قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري- مصادر الالتزام-، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.

21- قسيس أنطوان، أمالي ومحاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق ، جامعة حلب، سوريا، 1966.

22- لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990.

23- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الإلتزام وأحكامها-، دراسة مقارنة بين القوانين الضعية والفقه الإسلامي معززة بأحكام الفقه والقضاء، طَ1، 2012.

ب – المراجع المتخصصة

1- أيمن سليم سعد، الشروط التعسفية في العقود- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2011.

2- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد-، دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،2003.

3- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.2007.

4- بولحية بن بوخميس علي، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر،2000.

5- عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون-، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، 2004.

6- عبد الغفار أنس محمد، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإ ذعان-، دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي- دار شتات لنشر والبرمجيات، الإمارات، مصر،2013.

2- الرسائل و المذكرات الجامعية

ا – الرسائل الجامعية

1- بن شنيتي عبد الحميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1996.

2- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والإجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2012.

3- اليمني محمد بن عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة- دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه واصول، كلية التربية، جامعة الملك سعود،2005.

ب- المذكرات الجامعية

ب1 - مذكّرات الماجستير

1- خليفاتي عبد الرحمان، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإ رادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1987.

2 - بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل،2008.

3- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008.

4- دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008 .

5- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004.

6- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقد المستهلك- دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

7- مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة،2009.

8- بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم04 -02، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009.

9- العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04 - 02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2011 .

10- الحيصة علي مصبح صالح، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، 2011.

11- سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران،2011.

12- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

13- هبة محمد محمود الدين، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر،غزة ،2012.

14- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر، بلقايد، تلمسان، 2013.

15- إبراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04- 02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1،2013.

ب2- مذكّرات الماستر

1- هشماوي وهيبة، حمودة نجوى، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2012.

2- صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2014.

3 – المقالات

1–محجوب جابر علي، "ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية"، مجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 1996، ص.ص. 247–264.

2– عنتر إبراهيم وذنون يوسف صالح، "التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس،2002 ، ص.ص. 40-42.

3– بركات كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2011، ص.ص.275–307.

4– عبد القادر عوض خلف الله الدّابي، " أثار الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية "، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد12، 2014، ص.ص. 1–20.

5– أحمد رباحي، "أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن"، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر،العدد5، د.س.ن، ص.ص. 343–368.

4–النصوص القانونية

أ– النصوص التشريعية

1– أمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، مؤرخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم 05–10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى 1426 الموافق ل20 جوان 2005المتضمن القانون المدني.

2 – أمر 75 – 59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1995، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج. عدد 79، مؤرخ 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم بقانون رقم 05–02 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق ل6 فبراير 2005.

3– أمر رقم 04– 02 مؤرخ في 27 يونيو2004، معدل ومتمم بالأمر رقم 10 – 06 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ح. عدد 46 ، الصادر سنة 2010.

4- أمر رقم 06 – 306 المؤرخ في 10 سبتمر 2010 ، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،ج.ر.ج.ج. عدد 56، الصادرة في 11 سبتمبر 2006.

5- القانون رقم 09 – 03 مؤرخ في29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج. عدد 15، الصادر في 08 مارس 2009.

ب- النصوص التنظيمية:

6- المرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق ل25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج. عدد 30، صادر بتاريخ 13 أفريل 1976.

5- الأحكام والقرارات القضائية

1 – المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، قرار رقم 34.462 مؤرخ في 1987/12/16، قضية(ب. م) ضد:(ن. ب ومن معه)، المجلة القضائية، العدد3، 1992.

2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 245195 مؤرخ في 2000/09/12، قضية(أ.ع) ضد(ش.ح)، المجلة القضائية، العدد2، 2000.

6 – المواقع الإلكترونية

– عطا سعد حواس، رشيد (ت)، شروط إستحقاق الشرط الجزائي، المتاح على الموقع الإلكتروني:

http :hawssdroit.ibd3.org ,t920-topic ,09/04 /2010.p.8,1

تم الإطلاع علية في 2015/04/24.

2- القانون المدني المصري المتاح على الموقع الإلكتروني:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text/ar/text.jsp?file id=205494

تم الإطلاع عليه يوم: 2015/05/24.

ثانيا: باللّغة الفرنسية

A-ouvrage

1 - LOURDJANE Ahmed , le droit civil algérien, édition l'harmatran, paris, 1985 .

2 – CALAIS Jean Auloy, STEINMETZ Frank, droit de la consommation, 6éme édition , Dalloz, Paris, France, 2OO4 .

3- CANIN Patrick, droit civil, l'obligation, unigraf , 4éme édition , 2009.

B- textes juridiques :

1- Code civil francais, in http://www.legifrance.gouv.fr/telecharge pdf.do?cidTexte=LEGITEXT00000607072, consulté le 06/06/2015.

c- jurisprudence :

1 T.G.I grenoble, chambre civil, n° : 07 /1532, entre U et SARL.L, en date de 02 /02/2009 .

الفهرس	
العنوان	**الصفحة**
مقدمة	2
الفصل الأوّل : إشكالية عدم توازن العقد في ظل أحكام القانون المدني	4
المبحث الأوّل : اختلال توازن عند إبرام العقد	5
المطلب الأوّل : اختلال توازن العقد بسبب عيوب الرضا	5
الفرع الأوّل : عيب الاستغلال	5
أولا: شروط الاستغلال	7
أ- وجود طيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد	7
ب- قصد الطرف الآخر استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح	8
ج – الوصول بالاستغلال إلى اختلال التوازن	8
د- كون الاستغلال هو الدافع للتعاقد	8
ثانيا : دور القاضي لإعادة التوازن العقدي	9
أ- دعوى إبطال العقد	9
ب – دعوى إنقاص الالتزامات	10
الفرع الثاني : عيب الغبن	10
أولا : الشروط الواجبة توفرها لقبول دعوى الغبن في البيع العقاري	11
أ – أن يكون التصرف بيعا	11
ب – أن يكون محل العقد عقارا	11
ج – أن لا يكون البيع قد تم عن طريق المزاد العلني	12
د- آن يزيد الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار	12
هـ – عدم تقادم دعوى الغبن	12
ثانيا : الآثار المترتبة على تحقق الغبن في العقار	14
أ – دعوى تكملة الثمن	14
ب- دعوى الفسخ	15
المطلب الثاني : اختلال توازن العقد في عقود الإذعان	15

الفرع الأول : مضمون عقد الإذعان	16
أولا : تعريف عقد الإذعان وخصائصه	16
أ – تعريف عقد الإذعان	16
ب– خصائص عقد الإذعان	17
ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	18
أ – النظرية الغير التعاقدية أو اللآئحية	19
ب– الصفة التعاقدية لعقد الإذعان	20
الفرع الثاني : دور القضاء في حماية الطرف المذعن	20
أولا: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي	21
ثانيا: سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي	21
المبحث الثاني : اختلال توازن العقد عند التنفيذ	22
المطلب الأول : نظرية الظروف الطارئة	23
الفرع الأول : شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة	23
أولا : أن يكون الالتزام التعاقدي متراخي التنفيذ	23
ثانيا : أن يكون الظرف الطارئ حدثا عاما غير متوقع	24
ثالثا : أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة	25
الفرع الثاني : الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة	25
أولا : إنقاص الالتزامات المرهقة	26
ثانيا : زيادة الالتزامات المتقابلة	26
ثالثا: وقف تنفيذ العقد	26
المطلب الثاني : الشرط الجزائي	27
الفرع الأول : شروط استحقاق الشرط الجزائي	28
أولا : الخطأ	28
ثانيا: الضرر	29
ثالثا : علاقة سببية	29
رابعا : الإعذار	30
الفرع الثاني : تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي	31

أولا: حالة التخفيض من الشرط الجزائي	31
ثانيا : حالة الزيادة من الشرط الجزائي	33
االفصل الثاني : اختلال توازن التزامات المتعاقدين بسبب الشروط التعسفية	35
المبحث الأول : معالجة الشروط التعسفية	36
المطلب الأول : مفهوم الشروط التعسفية	36
الفرع الأول : تعريف الشروط التعسفية	36
أولا : التعريف الفقهي للشرط التعسفي	37
ثانيا : التعريف القانوني للشرط التعسفي	38
الفرع الثاني : المعايير المعتمدة في تحديد الطابع التعسفي	40
أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة	40
ثانيا : معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والعون الاقتصادي	41
ثالثا : معيار كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط	41
المطلب الثاني : أنواع الشروط التعسفية وصور ممارستها	42
الفرع الأول : أنواع الشروط التعسفية	42
أولا : شروط تعسفية من شأنها تحقيق النفع للمهني	43
ثانيا : شروط تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك	44
ثالثا : توافر صفة التعسف في الشروط الغامضة	45
الفرع الثاني : صور ممارسة الشروط التعسفية	46
أولا: وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة	46
ثانيا : الإنفراد بتعديل العقد	47
ثالثا : رفض حق المستهلك في فسخ العقد	47
رابعا : تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية	48
المبحث الثاني : الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية	49
المطلب الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية الأخرى	49
الفرع الأول : شروط التعسفية في وثيقة التأمين	49
الفرع الثاني : الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية	52

الفرع الثالث : شرط إسقاط أو إنقاص الضمان للعيب الخفي من قبل البائع	53
الفرع الرابع : شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل	54
المطلب الثاني : وسائل الحماية من الشروط التعسفية	55
الفرع الأول : منح القاضي سلطة تقدير الشرط التعسفي	55
أولا: إثبات الشروط التعسفية في ظل القنون 04-02	56
ثانيا : إثبات الشروط التعسفية الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306	56
الفرع الثاني : تدخل القاضي لمعالجة إشكالية الشروط التعسفية	57
أولا: الجزاء المدني	58
ثانيا : الجزاء العقابي	58
خاتمة	61
قائمة المراجع	64
الفهرس	72

ملخص:

تطرقنا في هذه المذكرة لموضوع لإشكالية توازن التزامات المتعاقدين، والتي تمثل عنصرا هاما في التطورات الحديثة لنظرية العقد، فإذا كان مبدأ سلطان الارادة يضل حاميا لمصلحة المتعاقدين، إلا أن الأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه قد يؤدي الى اختلال التوازن بين التزاماتهما في آلية عدم تكافؤ المراكز القانونية.

لقد عالج المشرع الجزائري اشكالية توازن التزامات المتعاقدين في القانون المدني من خلال مواد متفرقة تتعلق عادة بالغبن والاستغلال كعيبين من عيون الارادة وكذا نظرية الظروف الطارئة، كما عالجة بعض القوانين الاخرى اشكالية الشروط التعسفية باعتبارها مصدرا لاختلال توازن المتعاقدين، وهذا ما تطرقنا اليه في هذه المذكرة.

Dans notre mémoire, nous nous sommes penchées sur la problématique de l'équilibre des prestations contractuelles, qui demeure une question récurrente dans la théorie générale du contrat.

Si le principe de l'autonomie de la volonté reste garant de l'efficacité économique du contrat, celui-ci peut conduire a un déséquilibre notoire des prestations, si l'un des contractants use de sa force économique pour affliger à l'autre des clauses abusives qui auront pour effet final un déséquilibre des prestations contractuelles.

Le législateur Algérien s'est penché sur la problématique du déséquilibre du contrat dans le code civil a travers des articles relatifs notamment a la lésion et l'exploitation, d'autres textes ont traités les clauses abusives comme source de déséquilibre contractuel, c'est ce a quoi nous nous sommes intéressées dans notre mémoire.