



FSJES TANGER
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - طنجة

جامعة عبد المالك السعدي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - بطنجة



ماجستير القانون المدني والأعمال

عرض بخصوص مادة تشريعات الاستهلاك حول:

دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

✓ تحت إشراف الدكتورة: حمدي سعاد

إعداد الطلبة:

نجلاء بلعربية
حناء عاقل
لطيفة أجدوز
أميمة ازميزم
نوري المكناسي

إحسان العيدوني
فوزية المريني
كوثر البفراوي
محمد الحيداني
فوزي أكريم

الموسم الجامعي : 2018/2017

مقدمة:

من المبادئ المسلم بها في القانون المدني أن " العقد شريعة المتعاقدين " ، فالاصل أن ما يتفق عليه المعاقدان ويضمنانه في العقد يكون هو القانون الذي يحتكمان إليه عند وقوع النزاع ، على اعتبار أن القانون إذا كان يتضمن قواعد أمره فإنه يتضمن أيضا قواعد مكملة ، هذه الأخيرة تسمح لأطراف العقد بالاتفاق على مخالفتها ، ولا يلجأ إلى هذه الأخيرة إلا في حالة فراغ في تحديد الالتزامات في العقد، هكذا يمكن لطرفا العقد أن يتفقا على ما يشاءان من البنود بكل حرية بناء على مبدأ سلطان الارادة ، وبالتالي إنشاء التزامات متبادلة ، تكون ملزمة للطرفين بنص العقد ، وتحت حماية القانون .

غير أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم أثرت بشكل كبير وفعال على العلاقات التعاقدية حيث أصبح لزاما على القضاء وفي غياب نصوص صريحة تضمن التوازن العقدي التدخل من اجل تغيير مضمون العقد وتعديله في خرق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، يحدث ذلك عندما يكون الشرط غامضا أو متضاربا في المعنى مع شرط آخر في نفس العقد ، فيستخدم القاضي سلطته في تفسير العقد ، ويحدث ذلك أيضا عندما يكون الشرط مجحفا لأحد الطرفين نتيجة إذعانه كرها للطرف الاخر ، فيتدخل القاضي إعمالا لمبادئ العدالة والانصاف وتطبيقا لتشريعات حديثة جاءت نصرة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لتعديل العقد وإرجاع بعض من التوازن إليه .

يتبين لنا بشكل واضح أن مبدأ سلطان الارادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين عاجزان عن تحقيق العدالة التعاقدية في ظل إكراهات الحاجة التي تؤثر على الارادة الحرة وتجعلها رهينة لضغوطات يملكها المورد القوي تقنيا واقتصاديا على المستهلك .

هكذا انتبهت التشريعات الحديثة لهذا الاختلال الواقع في التزامات اطراف العلاقة التعاقدية، وحاولت العمل على استدراك هذا الخلل من خلال سن تشريعات تهدف لحماية الطرف الضعيف في العقد كما هو الحال بالنسبة للتشريع المغربي الذي اعتمد قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك وسخر لذلك اجهزة ادارية عهد اليها بصلاحيات مقاومة الشروط التعسفية المضمنة في نماذج العقود المعروضة على المستهلكين .

أبرز جهاز يُعول عليه لحماية الاطراف الضعيفة هو جهاز القضاء، فمن خلال قراراته و احكامه التي تمثل المستوى العملي للقاعدة القانونية بإمكانه ان يلعب دورا مهما في تحقيق التوازن العقدي و التخفيف من حدة الاجحاف و الاستغلال الممارس على الاطراف الضعيفة.

وهو ما سنتحدث عنه في عرضنا من خلال مبحثين ، حيث سنخصص المبحث الأول للحديث عن الشرط التعسفي ومدى فعالية القواعد العامة في القانون المدني في الحد منه ، ثم سنعرج في المبحث الثاني للحديث عن دور القاضي في تفسير العقد ومدى سلطته في تقدير الشروط التعسفية والحد منها عن طريق تعديل العقد .

المبحث الأول: الشرط التعسفي ومدى فعالية القواعد العامة في الحد منه

لا يمكن الحديث عن دور القضاء في حماية المستهلك دون الحديث عن حمايته من الشروط التعسفية لأن منطوق الالتزام هو الإرادة ، وإذا كانت تلك الإرادة كقاعدة عامة تشترط ما شاءت لتحافظ على مصالحها في العقد عن طريق صياغة عقود قد تبدو سليمة بمنطق الحرية التعاقدية، لكنها بميزان العدل وحسن النية هي شروط تعسفية تعكس حقيقة الهوة بين إرادة انكبت على عقد يطفى عليه هاجس الربح السريع والمصلحة، وإرادة لم تستطع سوى قبول هذه الشروط المجحفة لعدم كفاءتها وقصور خبرتها أو ضعف مكانتها أو خبرتها الاقتصادية، وتعتبر عقود الاستهلاك المجال الخصب لظهور الشروط التعسفية، لأن أغلب هذه العقود يستقل بتحريرها المهني العارف بخبايا الأمور ، ولا يقوى المستهلك عادة على مناقشة بنود هذا العقد، إما لعدم أو قلة التجربة أو لعدم اطلاعه على التقنيات المرتبطة بموضوع العقد، بالإضافة إلى جهله بالنصوص التشريعية، لذلك يعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العقد، وبالتالي يحتاج إلى حماية من الشروط التعسفية. وعليه سنسلط الضوء في هذا المبحث على الإطار المفاهيمي للشرط التعسفي حيث يلعب القضاء دورا مهما في الحد من هذه الشروط التعسفية (المطلب الأول) لنعرج بعد ذلك للحديث عن مدى فعالية القواعد العامة في الحد من الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشرط التعسفي

أصبحت الشروط التعسفية من المواضيع الراهنة التي انصبت عليها الدراسات الفقهية والقانونية والقضائية خصوصا في مجال العقود الاستهلاكية التي أضحت في تزايد مستمر ، هذه العقود يتمكن فيها الطرف القوي من ممارسة نفوذه الاقتصادي على الطرف الضعيف فيقبل هذا الأخير بشروط العقد على ما هي عليها حتى وإن كانت تتضمن شروطا مجحفة ، هذه الشروط تضاربت الآراء في إعطاء تعريف لها (الفقرة الأولى)، واختلفت معايير تقديرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الشرط التعسفي

اختلفت التعاريف المقدمة للشرط التعسفي بين كل من الفقه والقانون والقضاء ، يرجع ذلك لتعدد أنماط العقود التي تظهر فيها مثل هذه الشروط.

1- بالنسبة للفقه:

عرفه الأستاذ بودهرين عبد الله بأنه: " الشرط الذي يؤدي إلى اختلال في حقوق والتزامات المتعاقدين على حساب المستهلكين"¹.

ويعرفه محمد المسلومي بأنه: " كل شرط يفرض على المستهلك من طرف المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعمال سلطته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة"²، وعرفه الفقيه Calais- Auloy بأنه: " المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"³.

¹ - Boudahrain Abdellah « le droit de la consommation au Maroc » ; ed .El Madaress ; casablanca ; 1999 ; p191.

² - محمد مسلومي "حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد" مجلة المحاكم المغربية ع 100، يناير فبراير 2006، ص 106.

³ - رمزي بيد الله علي الحجازي "الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة" مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2016، ص 191.

2- بالنسبة للتشريع :

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 321 من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1995 على أنه : " في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها هو خلق اختلال مبالغ فيه بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب المستهلك"⁴، والملاحظ أن هذا التعريف هو الذي أخذ به المشرع المغربي في المادة 15 من قانون 31.08 والتي نصت على أنه : " يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

وقد حاول المشرع المغربي تحديد بعض الشروط التي تعتبر تعسفية متأثرا في ذلك بالتصور الذي تبنته المفوضية الأوروبية من خلال المادة 18 من قانون 31.08 التي جاء فيها: " مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته؛
2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها؛
3. غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه؛
4. إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد؛
5. إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد؛
6. التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينا بإرادته وحده؛
7. فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته؛
8. تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسوم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد؛
9. الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ما عدا في حالة وجود سبب خطير؛
10. تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك، عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد؛

⁴ - سرية المساري "الحماية القانونية للمستهلك على ضوء قانون 31.08" بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، ماستر القانون والعلوم الإدارية للتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 69.

11. التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد ؛
 12. الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك؛
 13. التنصيص على أن سعر أو تعريفه المنتوجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفها دون أن يكون للمستهلك، في كلتي الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريف النهائي مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريف المتفق عليها وقت إبرام العقد؛
 14. تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتج أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد ؛
 15. تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص؛
 16. إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته؛
 17. التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه ؛
 18. إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقا للقانون المعمول به. في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع".
- والملاحظ أن المشرع قد أورد هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر ، وحسنا فعل لأن تحديد الشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل الحصر يعتبر مغامرة غير محمودة العواقب، على اعتبار أنها قد تختلف من عقد لآخر بالنظر إلى الوضعية القانونية والاقتصادية والمعرفية للمتعاقدين ، ولا يمكن بالتالي حصرها مما يفتح المجال أمام السلطة التقديرية للقضاء لتحديد الشروط التي تعتبر تعسفية وذلك بالرجوع إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الأخرى الواردة في العقد حسب ما نصت عليه المادة 16 من قانون 31.08⁵.

3- بالنسبة للقضاء:

يتدخل القضاء عادة لإرجاع التوازن المفقود إلى العقد عبر توظيفه لمجموعة من الصلاحيات التي منحها له القانون، واستنادا إلى هاته الصلاحيات عمد إلى تعريف هاته الشروط، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى أن "الشرط التعسفي هو الشرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت"، كما أكد قضاء الموضوع الفرنسي وهو بصدد نزاع بين البنك وزبونه أن: "الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الالتزام الواجب بحسن النية العقدي". كما عرفته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بقولها: "الشرط التعسفي هو الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام"⁶.

⁵ - سرية المساوي: مرجع سابق ، ص 72.

⁶ - فرح بن موسى "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ووحدة القانون المدني والأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 18.

الفقرة الثانية: عناصر الشرط التعسفي

من خلال التعرض لمفهوم الشرط التعسفي يمكن استخلاص معايير تحديد الشروط التعسفية استنادا لعنصرين، أولهما اقتصادي يتمثل في تعسف صاحب النفوذ الاقتصادي و ثانيهما قانوني يتجلى في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني، هذان المعياران مرتبطان ببعضهما ارتباطا بالسبب بالنتيجة، بحيث يؤدي الأول حتما إلى الثاني، لأن الشرط لا يكون تعسفيا إلا عندما تكون الميزة الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعمال نفوذه الاقتصادي⁷.

1- التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية من طرف المهني

هذا العنصر يتم استخلاصه من الصفة الخاصة بأطراف العقد، لذلك يوصف عنصر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمهني بأنه شخصي⁸، ذلك أن القوة الاقتصادية للمهني تقاس استنادا إلى حجم المشروع الذي يستغله وكذا الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به، مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة أقل منه، كما هو الشأن في القوة الاقتصادية التي تتمتع بها مؤسسات الائتمان، إذ أنها تحتكر الحق في منح القروض وذلك أمام الحاجة الماسة للزبون في الحصول على التمويل⁹.

إلا أن غالبية الفقه وعلى رأسهم الأستاذ عبد الرحمان الشراوي يعتبر أن هذا العنصر غير ذي فعالية على اعتبار أن التفوق التقني والقانوني هو الذي يتعين أخذه بعين الاعتبار أكثر من القوة الاقتصادية، لأن الشرط التعسفي الذي يدرجه المهني في العقد المزمع إبرامه يأتي نتيجة الحنكة القانونية التي يتوفر عليها المورد بسبب تعوده على إبرام الصفقات ومعرفته الجيدة بالالتزامات الناشئة عنها، وأيضا درايته بخبايا مهنته مما يسمح له بفرض الشروط التي يرغب فيها¹⁰.

لهذا فإن اختيار مثل هذا المعيار يبدو غير ذي جدوى من الناحية العملية لأن السلطة الاقتصادية ليست هي العنصر الأكثر أهمية، فالمهني لا يفرض إرادته لأنه قوي اقتصاديا فقط بل إن قوته في فرض شروط التعاقد تتمثل في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها الاقتصادية، هذا إضافة إلى أن هذا المعيار يُحمل المستهلك واجب اثبات أن المهني قد تعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي، وهو ما يفقده الكثير من الفعالية في حماية المستهلك¹¹.

وقد تراجع المشرع الفرنسي عن هذا المعيار -أي معيار التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية للمهني وحصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة- وذلك بموجب تعديل فاتح فبراير 1995، ومع ذلك يرى البعض بأن هذا التعديل لم يشكل أي تغيير جوهري في تحديد الشرط التعسفي، لأن التعسف في القوة الاقتصادية هو مفترض من خلال عنصر الامتياز المبالغ فيه، وبذلك تم الاتفاق على معيار الامتيازات المبالغ فيها والتي تؤدي إلى

⁷ زكرياء خليل "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 11-12، الطبعة الأولى 2016، ص 21.

⁸ إدريس الفاخوري "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثالث يونيو 2001، ص 70.

⁹ الزويبر المعروف في "حماية المقترض من الشروط التعسفية"، مقال منشور بمجلة حماية المستهلك، العدد الرابع 2014، ص 92.

¹⁰ مراد بوزيد "دور القضاء في حماية المستهلك" رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، تخصص ماستر المهن القانونية والقضائية، السنة الجامعية 2015-2016، ص 63.

¹¹ عمر قريوح "الحماية القانونية للمستهلك -القرض الاستهلاكي نموذجا-" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، ص 166.

عدم التوازن الواضح¹²، وهو نفس المسلك الذي نهجه المشرع المغربي في القانون رقم 31.08، إذ أصبح المعيار المعتمد لاعتبار الشرط تعسفيا يقاس بمدى تحقق نتيجة الاخلال الكبير الملموس بتوازن العقد لصالح المهني¹³.

وهو ما يظهر معه أن المشرع المغربي تأثر بشكل كبير بتوجهات الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين الصادرة عنه بتاريخ 1993/04/05.

2- الامتياز المجحف أو الميزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد

ينبغي عنصر الامتياز المجحف أو الميزة الفاحشة على عدم التوازن بين الالتزامات المتبادلة بين الطرفين والمتولدة عن العقد¹⁴، وهذا عنصر موضوعي، مؤداه بأن الشرط التعسفي يوفر مزايا مبالغ فيها للمهني على حساب المستهلك كيفما كان نوع هذه المزايا، فالمادة 15 من القانون رقم 31.08 تأخذ بعنصر الميزة المتمثلة في الاختلال الكبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك دون أن تشترط الطابع المالي لهذا الاختلال وحصول الضرر من جراء الميزة المفرطة¹⁵، وإن كان البعض يرى بأنه من البديهي أن يكون الامتياز ذو طبيعة مالية، كأن يتعلق الشرط التعسفي بالثمن أو بطرق دفعه، وليس هناك ما يمنع أن يشمل هذا الامتياز الأنواع الأخرى من الامتيازات¹⁶. ويجب أن يكون الاختلال كبيرا بين التزامات الطرفين، أما إذا تعلق الأمر بانعدام توازن بسيط فإنه يعتبر من الأمور المتجاوزة حفاظا على استقرار المعاملات وتماشيا مع ما هو جاري به العمل في عالم المال والأعمال¹⁷.

يتلخص هذا العنصر في عدم التوازن بين الالتزامات المتبادلة بين الطرفين لكون المتعاقد الذي يفرض شروطا تعسفية يتمتع بمركز قوة، سواء تعلق الأمر بالقوة بالاقتصادية أو القوة القانونية أو القوة التقنية، فالقوة الاقتصادية تجعل من المهني طرفا قويا في العقد بحكم وضعه الاقتصادي، وبالتالي يفرض شروطا تعسفية على المستهلك، كالمشغل الذي يفرض على الأجير عدم المنافسة¹⁸.

وفي هذا الصدد يلاحظ أن القضاء المغربي ينحو منحى يتوخى من خلاله التشديد في قبول بعض الحجج والوثائق المقدمة من طرف المهني في مواجهة المستهلك مثلا: كشف الحساب، الفاتورة، بيانات عداد الماء والكهرباء، وفي هذا الإطار قررت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها بتاريخ 2005/12/27 أن "الفاتورة تعد مجرد جرد للحساب لا تحوز حجيتها، إلا إذا أرفقت بورقة الطلب والتسليم أو تم الاعتراف بها ممن ووجه بها". ومما جاء في تعليقه، أن إنكار المدعى عليه للمديونية على أساس الفاتورة وعدم الأداء بما يثبت الدعوى وتأكيد الخبرة عدم قيام هاته المديونية، يستلزم إلغاء الحكم المستأنف والقول برفض الطلب.

أما القوة القانونية فتتمثل في العلم بالمقتضيات التشريعية التي يتوفر عليها أحد طرفي العقد، بمقتضى هذه المعرفة القانونية يفرض شروطا لا يستطيع المتعاقد الآخر أي المستهلك فهم آثارها عند التعاقد كما هو الأمر بالنسبة للشرط الجزائي¹⁹.

¹² - إدريس الفاخوري "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مرجع سابق، ص 70.
¹³ - عبد القادر العرعاري "مصادر الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد"، الطبعة الخامسة 2016، مطبعة الأمنية- الرباط، ص 215.
¹⁴ - يوسف الزوجال "المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات - عقد التأمين نموذجًا-". مطبعة الأمنية الرباط 2013، ص 236.
¹⁵ - مراد بوزيد : مرجع سابق، ص 65.
¹⁶ - يوسف الزوجال "المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات - عقد التأمين نموذجًا-". مرجع سابق، ص 236.
¹⁷ - الزويبير المعروف: مرجع سابق، ص 93.
¹⁸ - سرية الموسوي : مرجع سابق، ص 75.
¹⁹ - إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 71.

دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

أما القوة الفنية أو التقنية فتعود إلى الحنكة والتجربة والخبرة الفنية والمهنية التي يتقنها أحد المتعاقدين دون الآخر، كالمهني الذي يعرف جيدا قواعد وخبايا الأمور المرتبطة بمهنته خلاف الآخر الذي يجهل في غالب الأحيان تلك الأمور الفنية، ولذلك فالتفوق المهني يكون سببا مهما في ادراج الشروط التعسفية²⁰.

ويثار تساؤل هنا حول الكيفية التي يمكن بها تقدير الميزة المفرطة، وهل يجب النظر للشروط منعزلا عن غيره من الشروط أم أنه يجب النظر إلى مجموع العقد؟

البعض يسلم بضرورة النظر إلى مجموع شروط العقد لتحديد هذا الاختلال وليس بالنظر إلى كل شرط على حدة، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكن يبدو مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء العمليات التي ظهر بمناسبةها، فعلى سبيل المثال قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيف في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين²¹.

المطلب الثاني: مدى فعالية القواعد العامة في الحد من الشروط التعسفة

إن عقود الإستهلاك تعتبر مجالا واسعا لاستغلال المهنيين لوضعية المستهلكين من خلال الشروط المتضمنة في العقد، وذلك استرعى حماية واهتمام المشرع المغربي لاعتماد قانون حماية المستهلك، ورغم وجود مجموعة من قواعد القانون المدني لمواجهة الشروط التعسفية، إلا أنها كانت غير فعالة في حماية المستهلكين، والسبب يرجع بالأساس إلى غياب مبدأ عام في القانون المدني للتمكين من مواجهة الشروط التعسفية كفقرة أولى، إضافة إلى قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق هذا الهدف كفقرة ثانية.

الفقرة الأولى: غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن ومواجهة الشروط التعسفة

القانون المدني قانون متشعب بمبدأ سلطان الإرادة، حيث لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد، فبمجرد إبرام العقد يصبح هذا الأخير قانون الطرفين، ورغم عدم وجود مبدأ عام لإقامة توازن عقدي لا في القانون المغربي ولا في نظيره الفرنسي، فإن هذا الأمر لا يمنع من وجود عدة نظريات في القانون المغربي يمكن أن تؤمن التوازن العقدي، ولو تم تقييدها أو عدم إثارتها في بعض الأحيان في مجال عقود الإستهلاك، وهذا الأمر يتعلق بنظرية مبدأ حسن النية، ونظرية الغبن، وكذا نظرية السبب، وأخيرا نظرية التعسف في استعمال الحق، ثم نظرية الإثراء بلا سبب.

أولا: نظرية مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات أسمى ما في القواعد الأخلاقية من حيث مضمونه، فتنفيذ الإلتزامات كلها يجب أن يكون بحسن نية، بمعنى أنه يجب على كل متعاقد تجنب الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر، سواء عن طريق إيقاعه في غلط أو تدليس أو استغلال أو إكراه²²، ويستوجب هذا المبدأ عدة مظاهر من بينها الأمانة والتعاون وكذا الثقة المشروعة.

²⁰ - سرية الموساوي : مرجع سابق، ص 75.

²¹ - رمزي بيد الله علي الحجازي "الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 197.

²² - انس محمد الغفار: آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، طبعة 2013 ص 123.

يجد هذا المبدأ أساسه في الفصل 231 من ق.ل.ع، وبهذا فإن الفقه التقليدي لم يولي اهتماما كبيرا لمبدأ حسن النية، كآلية لإعادة التوازن إلى العقد، حيث يجب مراعاة مبدأ حسن النية عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة تفسير العقد لمحض إرادة القاضي حسب ما جاء في المادة 1134 الفقرة 3 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية²³، وبهذا فإن أحد طرفي العقد يجب أن لا يستغل الطرف الآخر لإرهاقه، ويراعي مبدأ حسن النية وهو ما أكدته الفصل 231 من ق.ل.ع، وإن كانت المحاكم في فرنسا تستوجب حسن النية عند تنفيذ العقد، إلا أنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة تحقيق التوازن العقدي، لكون القضاء الفرنسي كما ذكر الفقيه Auoy يستعمل هذا المبدأ في مواجهة الشروط التعسفية، وهو ما جعله غير فعال في مواجهة هذه الشروط، وبالتالي فهو لا يشكل تقنية مستقلة للتوازن العقدي لا في القانون الفرنسي ولا في نظيره المغربي.

ثانيا : نظرية السبب

يعتبر السبب ركنا جوهريا في العقد، فهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه²⁴، وانطلاقا من هذا يمكن القول بأن الإلتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع²⁵ (المنصوص عليها في الفصول من 62 إلى 65 من ق،ل،ع)، يعتبر كأن لم يكن ، فالعقد بدون سبب أو مع وجود سبب غير مشروع يعتبر عقدا باطلا²⁶.

إذن وفي إطار الدور الفعال لهذه النظرية في مواجهة الشروط التعسفية، نلاحظ أنه من خلال الفصل 62 من ق ل ع ، لا يمكن الإعتماد على نظرية السبب في مجال عقود الإستهلاك لأنها لا تثار من الناحية العملية، فالمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين، وليس إثارة السبب الذي تبني عليه، والشروط غير المتوازن لا يمكن أن يبطل العقد بناء على نظرية السبب.

ثالثا : نظرية التعسف في استعمال الحق

ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي، ومنه امتدت الى التشريعات الأخرى، ومنها التشريع المغربي، حيث أن هذا الأخير لم ينص صراحة على مفهوم التعسف، وإنما اكتفى بإيراد نصوص متفرقة تعبر عنه كمفهوم، من بينها الفصل 94 من ق،ل،ع، والفصل 84 من ظهير 12 غشت 1913. أما فيما يتعلق بالتعسف في استعمال الحق من أجل الحد من الشروط التعسفية، فنلاحظ أنه يمكن الإستناد إليه نظريا لمواجهة الشروط التعسفية، فكل شخص له الحق بأن يعرض على جميع المستهلكين، مختلف الخدمات لكن لا يجوز أن يتعسف في هذا الحق، بتضمين هذه العقود شروطا تعسفية.

رابعا : نظرية الإثراء بلا سبب

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا من مصادر الإلتزام، وقد عرفه المشرع المغربي من خلال الفصل 66 من ق ل ع " من تسلم أو حاز شيئا أو أية قيمة أخرى مما هو مملوك للغير بدون سبب يبرر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه"، وهذه النظرية تقضي بعدم السماح لأي شخص أن يثري على حساب الغير دون سبب، فلا يضمن أية

²³ عبد الحكيم قودة، تفسير العقد في القانون المصري بالمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية 2002، ص 154، 153.

²⁴ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ص 451.

²⁵ مبدأ سلطان الإرادة 1134 من القانون الفرنسي 230 من القانون المغربي

²⁶ السبب غير المشروع إذا كان مخالفا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة الفصل 62 قلع.

فعالية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية فهو يستلزم غياب سبب الإثراء، وهذا الأخير موجود في العلاقة التي تربط بين المهني والمستهلك.

الفقرة الثانية : قصور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط التعسفة

خص المشرع المغربي التراضي باعتباره ركنا من أركان العقد بتنظيم دقيق ومفصل، نلمس ذلك من خلال عيوب الإرادة التي نظمها قانون الالتزامات والعقود ، حيث يتضح لنا جليا عدم فعاليتها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة المستهلك. فمجرد تغليب مصلحة المهني في الالتزامات التعاقدية لا تعتبر عيوباً للإرادة، وبالتالي فهي احتياج المستهلك إلى التعاقد للحصول على السلع والخدمات هذا من جهة، وعدم خبرته من جهة أخرى.

لكن السؤال المطروح هنا، إذا ما شاب إرادة المستهلك عيب من عيوب الإرادة المنصوص عليها في قانون ل.ع.م (الغلط، الإكراه ، التدليس أو الغبن المقترن بتدليس)، هل يمكن للمستهلك التمسك بهذه العيوب لتحقيق التوازن العقدي؟ ثم هل يمكن القول بأن رضا المستهلك لم يكن سليماً وبالتالي إبطال العقد الذي يتضمن شرطاً تعسفياً؟

بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده نظم عيوب الإرادة، بحيث جاء في الفصل 23 منه على أنه " يكون قابلاً للإبطال الرضا الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع بإكراه".

أولاً: الغلط

كما نعلم أن الغلط هو وهم يصور للمتعاقد الواقع على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد نتيجة لهذا التصور الخاطيء، حيث أن المتعاقد ما كان ليتعاقد لو علم الحقيقة مسبقاً أو أنه كان سيتعاقد وفق شروط أخرى غير التي تعاقد بها تحت تأثير الغلط²⁷. ففي فرنسا حاول القضاء تفعيل نظرية الغلط عن طريق فرض الإلتزام بالإعلام على عاتق المهني بشكل يؤدي إلى استبعاد احتمال وقوع المستهلك في غلط بشأن الشروط التعسفية، حيث ربط الإجتهد القضائي بين الإلتزام بالإعلام حول الشرط وبين الغلط.

والمشرع المغربي من خلال قانون 31.08 في القسم الثاني والثالث منه²⁸ عالج الإلتزام بالإعلام بشكل مفصل ودقيق حيث يمكن القول معه أنه آلية حمائية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

هذا، ويمكن القول أن الغلط كعيب من عيوب الإرادة يبقى قاصراً عن حماية المستهلك. لكن إذا كانت نظرية الغلط التي اعتد بها المشرع المغربي أبانت عن قصورها في حماية رضا المستهلك، فإن قانون 31.08 جاء بمقتضى إيجابي يمكن القول معه أنه قادر على حماية المستهلك، حيث نص الفصل 70 منه على أنه: ' إذا أبرم في شأن الخدمة بعد البيع عقد مستقل وجب على المورد أن يبين كتابة وبوضوح حقوق المستهلك تجنباً لوقوعه في الغلط".

²⁷-عبد القادر العرعاري: "مصادر الإلتزامات- الكتاب الأول- نظرية العقد"، الطبعة الثانية، 2013، دار الأمان، الرباط، ص 138-139.
²⁸-خصص قانون 31.08 الباب الأول من القسم الثاني، الإلتزام العام بالإعلام من المادة 3 إلى المادة 11، والباب الثاني من المادة 12 إلى المادة 14 خصصها للإعلام بأجال التسليم ثمة أفرد المواد من 15 إلى 20 من القسم الثالث لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

وعليه، يتبين أن نظرية الغلط تبعا للقواعد العامة تظل محدودة وقاصرة على أن تكون وسيلة ناجعة في تحقيق حماية للمستهلك خاصة أنه يترتب على إعمال هذه النظرية إبطال العقد في وقت يكون معه المستهلك في حاجة للتعاقد للحصول على السلعة أو الخدمة .

ثانيا: التدليس

نصت المادة 52 من ق.ل.ع المغربي على أن " التدليس يخول الإبطال إذا ما لجأ إليه عن طريق الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به". وعليه، فإنه طبقا للقواعد العامة يجب توافر ثلاث شروط للمطالبة بإبطال العقد:

- استعمال المدلس لوسائل احتيالية كالكتمان والكذب وإن كان المشرع في الفصل أعلاه أغفل الإشارة إلى الكذب؛

- توفر الشرط المعنوي المتمثل في نية التضليل لتحقيق الهدف غير المشروع من جانب المدلس؛
- كون تلك الوسائل هي الدافع للتعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي يأخذ بالتدليس الجوهرية الذي يدفع إلى التعاقد للقول بإمكانية إبطال العقد. أما بالنسبة للتدليس الثانوي الذي يرتبط فقط ببعض شروط العقد لا يخول الإبطال وإنما مجرد التعويض، وهذا ما تؤكدته المادة 53 من ق.ل.ع²⁹.

ثالثا: الغبن

يقصد بالغبن كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الطرف الآخر، أي عدم التعادل بين الإلتزامات التي يرتبها العقد، وانطلاقا من الفصول المنظمة للغبن في القانون المغربي، يظهر عدم فعاليتها من مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية، لأن الغبن لا يمكن أن ينتج عنه إبطال إلا إذا كان مقرونا بتدليس من الطرف الذي كان الغبن لصالحه (الفصل 55 ق، ل، ع)، لأن نظرية الغبن لها نطاق ضيق في التشريع المغربي، الشيء الذي يجعلها غير معتمد عليها في مواجهة عدم التوازن العقدي إن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي تقييم الشروط التي يملئها أحد المتعاقدين على الآخر (المستهلك)، وإذا لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الأداء المالي، فإن هذه الأخيرة (أي الشروط) ستؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد مما ينتج عنه اختلال.

رابعا: الإكراه

برجوعنا لقانون الإلتزامات والعقود المغربي نجد اختار تعريفا للإكراه في الفصل 46 منه وقال بأن " الإكراه إجبار من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه ".

فالإكراه باعتباره عيبا من عيوب الإرادة لا يمكن أن نتخذه وسيلة لمواجهة الشروط التعسفية، ذلك أن ما يتم العمل به في مجال السلع والخدمات لا يكون تحت ضغط الإكراه، كما جاء في الفصل أعلاه. وعليه، فللقول بوجود إكراه يجب توفر ثلاث شروط تتمثل في :

- استعمال وسائل للضغط والإجبار

²⁹-الفصل 53 من ق.ل.ع: "التدليس الذي يقع على توابع الإلتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض"

- التعاقد تحت تأثير الرهبة والخوف الناجمين عن الإكراه
- أن يهدف المُكره تحقيق غرض غير مشروع³⁰.

إن الإكراه الذي يتعرض له المستهلكون من قبل المُورد يمكن القول معه بأنه إكراه اقتصادي أي لولا حاجة المستهلك لتلك الخدمة لما تعاقد، وكذلك عدم خبرة هذا الأخير وضعف قدرته، مما لا يُخول معه إبطال العقد وفقا للقانون المدني، مثلا الشخص الذي يبرم عقد استهلاك مع شركة للماء والكهرباء محتكرة في هذا المجال، فالمستهلك هنا يكون بين سيف ذو حدين ، أولهما هاجس إشباع حاجياته، وثانيهما صعوبة التفاوض حول بنود العقد التي لا حول ولا قوة له إلا بقبولها كما هي أو العدول عنها، فهذا إكراه ضمني في مواجهة المستهلك. لكن من المستحيل اعتباره من قبيل عيوب الرضا طبقا للقواعد العامة.

في ختام هذه الفقرة يمكن القول على أن نظرية عيوب الإرادة لم تسهم في الحد من التفاوت الصارخ في الالتزامات المتقابلة التي تنتجها بنود العقود المشوبة بعنصر الاذعان ، مما يجعل هذه النظرية قاصرة عن حماية المستهلك من الشروط التعسفية. وبالتالي يبقى دور القضاء حاسما في تفسير العقد ومدى تضمينه لشروط تعسفية مجحفة في حق المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، وهذا ما سنتطرق له من خلال المبحث الثاني.

³⁰- محمد الشرفاني، النظرية العامة للإلتزام (العقد)، مطبعة سجلماسة، الزيتون، 2003 ص 125، نقلا عن الموقع الإلكتروني MAROC DROIT ، مقال بعنوان قانون 31.08 والقواعد العامة: أي تأثير؟ من إنجاز الباحثين محمد اشهييب و أيوب العثماني.

المبحث الثاني: دور القاضي في تفسير العقد وتقدير الشروط التعسفية

يقصد بالتفسير تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي من أجل الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وله الحق في أن يستعمل كل الأساليب القانونية التي من أنها أن تساعد على معرفة قصد المتعاقدين ولا يكون التفسير موجب من الناحية العملية إلا إذا كانت ألفاظ العقد غامضة أو مبهمه تحتمل أكثر من معنى إلا أن ذلك لا يمنع من تفسير بعض العقود حتى ولو كانت العبارات المستعملة واضحة متى تطلب الأمر ذلك³¹.

ويستنتج من ذلك أن تقنية التفسير تعتبر منفذا مهما للقاضي المدني إلى العقد قصد تحديد مضمونه، ومحاولة إيجاد توازن بين التزامات طرفية عن طريق حماية الطرف الضعيف - المستهلك- في هذه العلاقة، وكما يذهب إلى ذلك الفقيه الفرنسي ديموج demogue فإنه وعن طريق هذه التقنية يتجاوز القاضي عن إرادة الطرفين إلى مسألة التطويع.

ومما تنبغي الإشارة إليه هو أن سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي من خلال مؤسسة التفسير تضيق وتوسع بحسب ما إذا كانت عبارات العقد واضحة أو غامضة (مطلب أول) كما أن القاضي يتدخل أيضا في تقدير الشرط التعسفي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: دور القاضي في تفسير العقد.

كما سبق و أشرنا فإن سلطة القاضي في تفسير العقد الواضح العبارة تتقلص و تضيق بشكل كبير (الفقرة الأولى) بينما يسترجع هذه السلطة كلما كانت عبارات العقد غامضة و لا تعبر عن النية المشتركة لعاقديه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقلص دور القاضي في تفسير شروط العقد الواضحة.

إذا كانت عبارات العقد واضحة في دلالتها ما كانت في حاجة إلى التفسير، ووجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه ذلك أن تفسير التعبير عن الإرادة في العقد كتفسير النصوص القانونية لا وجه له إن كان التعبير من الوضوح في الدلالة عن مقصد صاحبه، بحيث يبدو التفسير أمرا لا لزوم له³².

وهو ما نص عليه الفصل 461 من ق.ل.ع حيث جاء فيه: (إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها).

غير أن ذلك لا يعني إعدام دور القاضي نهائيا، بل يمكنه أن يقوم بعمل إيجابي في ميدان التأويل، الذي يمكن أن يتخذ وسيلة لمواجهة عدم التوازن بين المتعاقدين وذلك بصفة غير مباشرة. حيث يسترجع دوره كلما تبين له أن عباراته واضحة إلا أنها غير متوافقة مع الهدف الظاهر منه³³.

³¹ عبد القادر العرعاري. مرجع سابق. الصفحة 321.

³² إدريس العلوي العبدلاوي. النظرية العامة للإلتزام. نظرية العقد. الطبعة الأولى 1996. الصفحة 594.

³³ مراد بوزيد. مرجع سابق. الصفحة 9.

وعموما فإن تدخل القاضي لتفسير العقد الواضح العبارة تنحصر في حالتين : الحالة الأولى، إذا كانت عبارات العقد واضحة لكنها تتعارض مع الغرض المقصود من العقد. (أولا)، والحالة الثانية، إذا كانت العبارات واضحة لكنها تتعارض مع عبارة أخرى صريحة في نفس العقد (ثانيا).

أولا: حالة وضوح عبارات العقد لكنها تتعارض مع الغرض المقصود منه .

ويمكن استخلاص هذا الاستثناء في إطار التشريع المغربي من نص الفقرة الأولى من الفصل 462 ق.ل.ع و التي جاء فيها : " يكون التأويل في الحالات الآتية : إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينهما وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد ...". ففي هذه الحالة يجوز للقاضي اللجوء إلى التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من صراحة الألفاظ ووضوحها وبذلك يسترجع القاضي دوره الإيجابي في التأويل الذي يبدو أن ظاهر الفصل 461 من ق.ل.ع يسلبه منه '.

وهو ما ذهب إليه بعض الفقه المغربي وكرسته محكمة النقض في العديد من قراراتها.³⁴

إذن متى تبين أن النية المشتركة للمتعاقدين تخالف مدلول العبارة، فإنه يتعين على القاضي الأخذ بما يراه أقرب إلى قصد المتعاقدين وهو ما يسمح له بتدخل غير مباشر في مضمون العقد بما يخول له خلق نوع من التوازن بين إلتزامات أطرافه، وكل ما هنا لك أنه يتعين على القاضي وهو بصدد تفسير البند الواضح العبارة أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت به إلى هذا التفسير ، بحيث يتضح من هذا البيان أنه أخذ باعتبارات مقبولة تؤدي عقلا إلى النتيجة انتهى إليها، وإلا تعرض حكمه للنقض لقصور التسبيب.³⁵

ثانيا: حالة وضوح عبارة العقد لكنها تتعارض مع عبارة أخرى صريحة وواضحة في نفس العقد .

في هذه الحالة قد يصعب التعرف على العبارة التي اقتضت الإرادة المشتركة للمتعاقدين على الانصراف إلى توخي ما تبلوره هذه العبارة الشيء الذي يؤدي إلى اعتبار قصد المتعاقدين غامضا في الواقع. ومثال ذلك أن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد كما إذا جاء في هذا العقد أن الثمن الذي يلتزم به المشتري هو 100 ألف ثم جائي في مكان آخر أن الثمن هو 80 ألف، فالعبارتان السابقتان واضحتان تماما لو نظرنا إلى كل منهما على حدة، ولكن بتقريب إحداها من الأخرى يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما، وهنا نكون في حاجة إلى التفسير لكي نتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة إن كان لنا في ذلك من سبيل.³⁶

وهكذا يتضح لنا أن التعبير عن الإرادة قد يكون في بعض الأحيان محددا لا غموض في المعنى الذي يؤخذ منه، ولكنه مع ذلك يكون مخالفا لقصد المعبر عن إرادته، أو مخالفا للقصد المشترك للمتعاقدين. إن وضوح التعبير الذي يستبعد حاجته إلى التفسير ليس وضوحه في ذاته بل هو وضوحه في الدلالة عن المقصود به، فالبحث عن الإرادة الحقيقية وتحري الإرادة المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقد يثم بالاستهداء بطبيعة التعامل و بما ينبغي إن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين.³⁷

³⁴ و من ذلك القرار الصادر بتاريخ 20 أبريل 1966، والذي جاء فيه: "المحكمة الموضوع الحق في الا تعتبر في العقود إلا معناها ، لا مبنائها، وأن محكمة الإستئناف بفاس حين قررت أن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة لم تزد أن صححت الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد الذي إستعمله المتداعيان في العقد، والذي يؤدي في الواقع إلى معنى الشركة، فالمحكمة إذن لم يصدر منها أي تحريف للعقد المذكور". قرار عدد 308 صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1966، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 85، الصفحة 289.

³⁵ مراد بوزيد. مرجع سابق. الصفحة 11.

³⁶ إدريس العلوي العبدلاوي. مرجع سابق. الصفحة 594.

³⁷ إدريس العلوي العبدلاوي. مرجع سابق. الصفحة 595.

وهكذا فإن من شأن أخذ المشرع و القضاء المغربيين بمبدأ عدم جواز تفسير العبارة الواضحة أن يؤدي إلى قصور في الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبالتالي عدم تحقيق التوازن العقدي المنشود ، الأمر الذي يستدعي نظرا الخروج عن القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 461 من ظ.ل.ع ، وورود بعض الحالات الاستثنائية لها و المتمثلة في التناقض بين العبارات الواضحة و الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، الأمر الذي يؤدي إلى غموض هذه الإرادة ، ففي هذه الحالة يسترجع القاضي دوره الإيجابي في التفسير الذي يبدو بأن ظاهر الفصل 461 من ق.ل.ع، قد سلبه منه.ومن ثم يمكن القول بأنه يجوز للقاضي تفسير الشرط التعسفي الواضح في حالة تعارضه مع بنود العقد، بتعديله أو استبعاده حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية³⁸.

الفقرة الثانية : سلطة القاضي في تفسير العقد الغامض

يجمع الفقه على أن دور القاضي يتسم بالمحدودية إزاء العقد الذي تكون عباراته واضحة، وفي مقابل ذلك فإن سلطة القاضي المدني في تفسير العقد الغامضة تعتبر من الوسائل المهمة التي يتمتع بها لتحقيق قدر من التوازن لصالح الطرف المستهلك عن طريق "تعديل" شروط العقد المفتقد للتوازن، سيما وأن غالبية هذه العقود يأتي في شكل غامض وغير محدد المعاني.³⁹

ويتحقق الغموض في العقد عندما تكون العبارات المستعملة غير معبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين، أو عندما يكون لها أكثر من معنى الأمر الذي يحمل على الشك في الغرض المقصود، وبالإضافة للالتباس الناجم عن صيغة العقد ومصطلحاته فإن الغموض قد ينشأ عن صعوبة التوفيق بين بنود العقد وأجزائه المكونة له، كأن يحصل تعارض بين فقرات العقد الواحد بحيث يحمل على الاعتقاد بوجود عقدين متناقضين.⁴⁰

وكما كانت عبارات العقد غامضة في دلالتها على المقصود منها تعين اللجوء إلى التفسير لاستجلاء غموضها وتحديد حقيقة مدلولها، وتفسير العقد يناط بالقاضي، وهذا الأخير حينما يفسر العقد يستهدف البحث عن ما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه⁴¹ مستعينا في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري في المعاملات وبما يجب توافره في المتعاقدين من ثقة وأمانة وغيرها من الظروف والملابسات التي صاحبت إبرام العقد، ولا يمكنه الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهو في هذا السبيل يستهدي بمجموعة من القواعد القانونية نظمها قانون الالتزامات والعقود في فصوله 462-465-473.⁴² فأغلب عقود الاستهلاك تصاغ بعبارات غامضة، وبالتالي تكون الشروط المكونة لها تحتتمل أكثر من معنى، ذلك أن تعدد المعاني في شروطها يعد بوابة التحايل التي يلجأ لها المهنيون؛ والغموض في عقود الاستهلاك يتأتى في النقص أو عدم فهم المصطلح أو التعبير، وذلك راجع إلى صعوبة اللغة المحرر بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى إلى استخدام مصطلحات تقنية يصعب فهمها على المتعاقد غير المتخصص.فالحالات التي تستدعي التفسير لإبراز النية الحقيقية للطرفين هي حالة غموض عبارات العقد ووضوح الإرادة، وحالة غموض الإرادة ووضوح العبارة، ثم حالة غموض العبارة والإرادة معا.⁴³

وهذا ما نص عليه الفصل 462 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها". فهذه الحالات تشكل المجال الأوسع لاستخدام القاضي لسلطة التفسير آخذا بعين الاعتبار النية

³⁸ فرح بن موسى. مرجع سابق. الصفحة 93.

³⁹ - مراد بوزيد: مرجع سابق ، ص: 13.

- عبد القادر العرعاري: مرجع سابق ، ص: 206.⁴⁰

⁴¹ - إدريس العلوي العبدلاوي: مرجع سابق ، ص: 596.

⁴² - فرح بن موسى: "مرجع سابق ، ص: 87 و 88.

⁴³ - سرية الموساوي: مرجع سابق ، ص: 87.

المشتركة للمتعاقدين، معتمدا على التأويل للبحث عن هذه الإرادة المشتركة دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ولا بتكوين الجمل فتفسير شروط العقد الغامضة يدخل ضمن سلطة القاضي المطلقة.

وعليه فإن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تفسير بنود العقد الغامض العبارة على اعتبار أن التفسير في هذه الحالة يعتبر من مسائل الواقع التي لا تبسط فيها محكمة النقض رقابتها على قاضي الموضوع. وفي هذا السياق نجد الفصل 462 من ق.ل.ع نص على قاعدة تعتبر جوهرية في التفسير، فهي تعني أن القاضي يتحتم عليه أعمال سلطته في التفسير بمجرد ما يثبت له أن التعبير الوارد في العقد غامض، أي أن عليه العمل على تحديد ما يتناسب من المعنى مع الإرادة المشتركة في العقد.⁴⁴

هذا الموقف هو نفسه الذي قضت به محكمة النقض في إحدى قراراتها، إذ يمكن للقاضي وهو بصدد تفسير شروط العقد الغامضة أن يعمل على حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية، وذلك بتعديلها أو إلغائها، وكل ذلك تحت ستار التفسير، فتفسير شروط العقد الغامضة يدخل ضمن سلطته المطلقة، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار جاء فيه ما يلي: "إن تقدير شروط العقد الغامضة أو المتناقضة يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا يخضع لرقابة المجلس الأعلى"⁴⁵. والجدير بالذكر أن القاضي أثناء تفسيره للعقد الغامض فإنه يستهدي بمجموعة من الضوابط من بينها:

1- قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين أو الملتزم

وتجد هذه القاعدة سندها في الفصل 473 من ق.ل.ع والذي جاء فيه: "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم"، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ هناك بعض الحالات التي يتم فيها الخروج عن هذا المبدأ، كما هو الحال في عقود الإذعان حيث يفسر الشك فيها لفائدة الطرف المدعى سواء كان دائنا أو مدينا بالالتزام.⁴⁶ وهو ما أكدته المادة التاسعة من القانون 31.08 التي نصت على أنه: "...في حالة الشك حول مدلول أحد هذه الشروط فإنه يرجح التأويل الأكثر فائدة للمستهلك"

2- قاعدة تفسير العقد حسب طبيعة التعامل

وقد ورد النص على هاته القاعدة في الفصل 463 من ق.ل.ع والذي جاء فيه: "تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجاري بها العمل في مكان إبرامه والشروط التي تقتضيها طبيعته" والمقصود بطبيعة العقد والمعتبرة في تأويل العقد إما لتصريح أو لتكاملته، التشريع المتعلق بهذا العقد. وعموما فإن هناك قواعد أخرى تضبط قاضي الموضوع وهو بصدد عملية التفسير، ومن هذه القواعد:

- قاعدة عدم التوسع في تفسير التنازل عن الحق (الفصل 46 ق.ل.ع).

- قاعدة إعطاء الأولوية للمبالغ المكتوبة بالحروف دون الأرقام عند حصول تعارض بينهما (الفصل 471 ق.ل.ع).⁴⁷

⁴⁴ - محمد الشليح: "تأويل العقود في ق.ل.ع في المغرب"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1985-1984، ص: 519.

⁴⁵ - فرح بن موسى: مرجع سابق، ص: 89.

⁴⁶ - عبد القادر العراري: مرجع سابق، ص: 324.

⁴⁷ - مراد بوزيد: مرجع سابق، ص: 17-16-15.

والقاضي بتفسيره العقد يصل إلى إحدى النتيجتين: فهو إما أن يوفق في إجلاء الغموض عن العبارة المبهمة، ويصل بالتالي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا ما هدف إليه المشرع من خلال إعطائه هذه الآلية. وإما أن يتعذر عليه الوصول إلى هذه الإرادة عندما يبقى الشك دائراً حول العبارة المستعملة في العقد.⁴⁸

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المبدأ هو تفسير الشك لمصلحة المدين ينفع بالنسبة للعقود التي تبرم في جو من الحرية التعاقدية، وتكون نتيجة مناقشات ومفاوضات بين أطرافها المتعاقدة فإنها تفقد الكثير من قيمتها في العقود التي تجمع بين طرفين مركزهما القانوني غير متساو. ففي عقد البيع الاستهلاكي مثلاً، إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يخفف المسؤولية على المدين كما تقضي القواعد العامة أو يعفيه منها نهائياً، فلمصلحة من سوف يفسر هذا الشرط الغامض؟ وأخذاً بمقتضيات الفصل 473 من ق.ل.ع، فإن الشرط الغامض سيفسر لفائدة البائع المهني، رغم أنه يعتبر طرفاً قوياً في العقد لأنه هو المدين بالالتزام بالمسؤولية.

وعليه فإن سلطة القاضي في تفسير العقود الاستهلاكية، ما دامت مقيدة بالبحث عن إرادة الأطراف المشتركة وليس بمقتضيات العدالة فإن ذلك يؤدي إلى تفضيل الطرف القوي، في هذا النوع من العقود، مما يجعل المستهلك لا يستفيد من هذه الآلية في التفسير ما عدا في حالة الشك التي يكون فيها مديناً بالالتزام.

وهو ما يبين لنا عدم جدوى اعتماد قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، كما تنص عليها القواعد العامة، لأنها تبقى قاصرة عن توفير الحماية القضائية للمستهلك، لذلك نجد المشرع المغربي نص في المادة 9 من القانون 31.08 على أنه " في حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجح التأويل الأكثر فائدة للمستهلك". وبالتنصيص على هذا المبدأ في القانون 31.08 فإن المشرع راعي وضعية المستهلك الطرف الضعيف في المعادلة التعاقدية، هذا الأخير يفتقر لآليات صياغة أي شرط من شروط العقد على اعتبار أن مجمل عقود الاستهلاك كما سبقت الإشارة إلى ذلك تصاغ بعبارات غامضة وغير واضحة، وذلك راجع بالأساس إلى اللغة المعقدة التي حرر بها العقد، بالإضافة إلى استعمال مصطلحات تقنية صعبة على المتعاقد غير المهني.

وبناء على ما تم ذكره، فإن القاضي يستطيع أن يستعين بالتفسير في حالة غموض شروط العقد، للتغلب على تقييد النصوص لسلطته إزاء العقد، وذلك بالتدخل في مضمون العقد، لإعادة التوازن العقدي من خلال إلغاء الشروط التعسفية التي أخلت بالتوازن المفروض في الالتزامات.

المطلب الثاني : سلطة قاضي الموضوع في تقدير الشرط التعسفي

إن منح القاضي سلطة تقدير الشرط التعسفي أمر ضروري لأن عقود الاستهلاك عقود تتواجد فيها هذه الشروط بكثرة، وباعتبار أن المستهلك قليل الخبرة لا يتمكن من مناقشة بنود العقد، بالإضافة إلى وجود مهني قوي عارف بخبايا الأمور، فإن حماية المستهلك تستلزم دون جدال منح القاضي هذه السلطة.

وعليه سوف نتناول هذا المطلب في فقرتين بحيث نتطرق في الفقرة الأولى إلى (أساليب تقدير الطابع التعسفي)، وفي الفقرة الثانية نتطرق إلى (حدود سلطة قاضي الموضوع في تقدير الشرط التعسفي)

الفقرة الأولى : أساليب تقدير الطابع التعسفي

تنبع مسألة توسيع صلاحيات القاضي في المنازعة المتعلقة بإبطال الشروط التعسفية من الأسلوب الذي اتبعه المشرع المغربي في تحديد الشروط التعسفية ، فصعوبة تحديد هذه الشروط فرضت على المشرع إتباع

⁴⁸ - فرح بن موسى : مرجع سابق، ص:89.

أسلوب اللائحة من خلال المادتين 15 و 18 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، لكن للقاضي أيضا سلطة تقدير الطابع التعسفي، وهذا ما أكدت عليه المادة 16 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ولا تسترجع السلطة التقديرية للقضاء إلا في حالة الغموض. وبالتالي يمكن القول أن للقضاء سلطات تقديرية واسعة في تحديد الشروط التعسفية المدرجة في العقد الاستهلاكي محل الدعوى استنادا إلى تعريف ومعيار قانوني مع إمكانية إثارة وجود شروط تعسفية أخرى إذا ما بدا له إنعدام التوازن العقدي بسبب هذه الشروط. فدور القاضي هنا يكون منشأ للحق و ليس كاشفا له فقط.

هكذا نجد أن قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك حث على ضرورة مراعاة تقدير المحاكم لإعتبار شرط من الشروط الواردة في المادة 18 منه بكونها ذات طبيعة تعسفية⁴⁹. و جاء في المادة 16 من القانون 31.08 على أنه يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع إلى وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقد المذكورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية.⁵⁰

نستنتج من خلال الفصل السابق أنه لتقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط يجب تقدير:

- جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد.
- جميع الشروط الواردة في العقد.
- الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقد المذكورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية.

إذن فقد تدخل المشرع بمقتضى المادة 16 من ق 31.08 وأعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الطابع التعسفي للشرط المضمن بالعقد، متى تبين له أن هناك اختلافا كبيرا بين حقوق وواجبات الطرفين، لكن تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، لا يشمل تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملاءمة السعر للسلعة المباعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة وهذا ما نصت عليه المادة 17 من القانون 31.08 .

وكما يلاحظ يبقى للمحكمة في ظل المادة 15 من القانون رقم 31.08 سلطة واسعة لتقدير مدى تحقق الشرط التعسفي⁵¹ والتي جاء فيها " يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك "

و استندت العديد من التشريعات على فكرة اختلال التوازن العقدي كأسلوب موضوعي لتحديد الطابع التعسفي للشروط التي يمكن إدراجها في العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين، ويعتبر هذا المعيار وسيلة

⁴⁹ يوسف المومني: المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون الإقتصادي، العدد 5-2013 ص 14 و 15.

⁵⁰ قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأنه ليس هناك ما يمنع قضاة الموضوع من مراجعة مبلغ الشروط الجزائية المبالغ فيها منعا لإثراء أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر.

ويجوز للقاضي اعتبار الشرط الجزائي شرطا تعسفيا إذا تحولت الوظيفة الأساسية للشرط الجزائي من وظيفة تعويضية إلى وظيفة تهديدية ووسيلة للاستغلال والإثراء على حساب التوازن العقدي وذلك عن طريق استغلال أحد طرفي العقد مركزه وخبرته الفنية أو القانونية لفرض شروط جزائية الهدف منها الحصول على مزايا وتحقيق أرباح على حساب الطرف الآخر.

⁵¹ عبد الحق صافي، دكتور في الحقوق، الوجيز في القانون المدني، دراسة في ق.ل.ع. وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة، 2016

قانونية يرتكز عليها القاضي لإقرار مدى تعسف شرط من شروط العقد المتنازع بشأنه.⁵² ، بالمقابل فإن الاعتماد على معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية أصبح محل العديد من الانتقادات بالنظر إلى أنه لا يعدو أن يكون إلا تحصيلاً لحاصل، فكان من الضروري توجيه الحماية إلى المضمون العقدي بهدف الابتعاد قدر الإمكان على حصر الحماية على أسس ذاتية تتعلق خصوصاً بصفة المتعاقدين نظراً لثبوت قصور ذلك في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك من الشروط التعسفية.

وقد خولت بعض التشريعات 53 للقاضي سلطة إبطال الشروط التعسفية وذلك بهدف إقرار حماية مباشرة للمستهلك بحكم أنه الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك ومن ضمنها التشريعات العربية وعلى رأسها القانون المصري والتي حذت حذوه مجموعة من التشريعات العربية كالقانون الجزائري والليبي والكويتي والسوري واللبناني ، فضلاً عن وجود تشريعات غربية تأخذ بهذا الأسلوب كالتشريع الأمريكي⁵⁴

الفقرة الثانية : حدود سلطة قاضي الموضوع في تقدير الشرط التعسفي

إن منح القاضي هامشاً من الحرية من أجل تقدير الطابع التعسفي لبعض الشروط التي بدت له تعسفية وما ينتج عن ذلك من إبطال هذه الشروط قد يفتح المجال أمام المحكمة بأن تتدخل في المجال التعاقدي وكما هو معلوم فإن المبدأ العام الذي يهيمن على نظرية العقد هو مبدأ سلطان الإرادة أي أنه لا يسمح بالتدخل في الرابطة العقدية حتى وإن اتسمت تلك البنود بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر. لكن هذا الأمر وإن كان يترك حرية شاملة أمام المحكمة من أجل تقدير الطابع التعسفي لبعض الشروط وإبطالها إلا أن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى عدم استقرار المعاملات وذلك للعديد من الأسباب:

- رغم أنه للقاضي سلطة في تقدير الطابع التعسفي لشرط معين إلا أن التصريح بالبطلان لا يتم تلقائياً وإنما يتم بناءً على طلب المستهلك، وفي هذه الحالة يقع على المورد إثبات أن الشرط المطعون فيه غير تعسفي .
- تقدير الشرط التعسفي من طرف القاضي والتصريح بالبطلان لا يمتد إلى الالتزام الذي يعلق عليه وإنما يبطل الشرط التعسفي فقط، من تم يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي.
- المحكمة ملزمة بتعليل حكمها أو قرارها تحت مراقبة محكمة القانون.

كما نصت المادة 19 من القانون 31.08 على ما يلي : " يعتبر باطلاً و لاغياً الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد و المستهلك. تطبق باقي المقتضيات الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي المذكور".

كما إعتبر القانون المذكور أن المقتضيات القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية هي من النظام العام، وبالتالي لا يجوز اتفاق على مخالفتها، وهذا المقتضى القانوني يعتبر الأساس الذي يقوم عليه التزام البائع المهني بعدم ادراج

⁵² معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2015/2014، ص31

⁵³ فيما يتعلق بسلطة القاضي في إبطال الشروط التعسفية لا يوجد نص صريح في التشريع المغربي ولكن يمتد الاعتماد على الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي جاء في فقرته الثالثة أنه يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً، ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي

⁵⁴ الرحمنوني حسنة، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، ص349

دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

شروط تعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين. فقد جاء في المادة 20 من القانون 31.08 " تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام".

وهذه الصورة من التدخل تعتبر بدون شك سلاحاً بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي وصف الشرط بأنه تعسفي وأن يعطله و يعفي الطرف المذعن منه، مخالفاً بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و يلجأ القاضي إلى استخدام سلطته في الإعفاء حيث يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيض أو الزيادة في الإلتزام المقابل ليست هي الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف في إزالة الشرط . وذلك يكون في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، و لن يتحقق العدل إلا بإزالته وإعفاء الطرف المذعن منه⁵⁵

ويعتبر بعض الباحثين أن سلطة القاضي التقديرية للشروط التعسفية من مسائل الواقع وما ينتج عن ذلك أن الدفع المتعلق بالطابع التعسفي للشرط يجب إثارته أمام قضاء الموضوع، وإلا فلن يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، لكن يرى غالبية الفقه أنه لحماية المستهلكين يتعين قبول أي دفع يثير الطابع التعسفي للشروط العقدية ولو كان لأول مرة أمام محكمة النقض.⁵⁶

⁵⁵ مراد بوزيد: دور القضاء في حماية المستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر المخصص في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، طنجة، ص 79.

⁵⁶الرحموني حسنة، مرجع سابق، ص:355

خاتمة :

يمكن للقاضي أن يلعب دورا أساسيا لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، فإذا كانت هنالك مساواة في القانون فإن الأفراد ليسوا كذلك في الواقع، فالمحترف يملك قوة اقتصادية وتقنية وعلمية إن لم تكن ذا تأثير على إبرام العقد ، فإنها تلعب دورا كبيرا في اشتراط شروط تعسفية، أما المستهلك فلا يملك وسائل التأثير و يجهل كليا عمق العقد ، و يجهل الحقوق و الالتزامات المترتبة على هذا العقد ، لذلك لا يكلف نفسه عناء المناقشة ما دام أنه لا يجد أمامه إلا المحترف و يثق في رقابة الدولة . وإذا كان قانون الالتزامات و العقود لا يوجد به نص يخول للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية ، فإنه عند تفسير العقد يتعين على القاضي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين و التحري عن قصد الطرف الضعيف.

هكذا يجد القاضي نفسه مت دخلا في عقد لم يكن طرفا فيه ، ويكون مطالبا بإحقاق العدل عندما تعجز عن الإرادة الحرة عن تحقيق الانصاف المنشود ، فيكون القاضي بذلك قد خدم المصلحة الخاصة من جهة ، عندما أرجع التوازن العقدي لصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ويكون أيضا ساهم في خدمة الصالح العام عندما حافظ على النظام العام من تفشي الاستغلال والظلم ومنطق الاستقواء على المستهلك تحت عباءة الحرية التعاقدية .

لائحة المراجع

- ✓ محمد مسلومي "حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد" مجلة المحاكم المغربية ع 100، يناير فبراير 2006
- ✓ رمزي بيد الله علي الحجازي "الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة" مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2016
- ✓ سرية المساوي "الحماية القانونية للمستهلك على ضوء قانون 31.08" بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، ماستر القانون والعلوم الادارية للتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2012-2013
- ✓ فرح بن موسى "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة القانون المدني والأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2013-2014
- ✓ زكرياء خليل "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 11-12، الطبعة الأولى 2016
- ✓ إدريس الفاخوري "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثالث يونيو 2001
- ✓ الزوير المعروف في "حماية المقترض من الشروط التعسفية"، مقال منشور بمجلة حماية المستهلك، العدد الرابع 2014، ص 92.
- ✓ مراد بوزيد "دور القضاء في حماية المستهلك" رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، تخصص ماستر المهن القانونية والقضائية، السنة الجامعية 2015-2016
- ✓ عمر قريوح "الحماية القانونية للمستهلك -القرض الاستهلاكي نموذجاً-" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة
- ✓ يوسف الزوجال "المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات -عقد التأمين نموذجاً-" مطبعة الأمنية الرباط 2013
- ✓ عبد القادر العرعاري "مصادر الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد"، الطبعة الخامسة 2016، مطبعة الأمنية
- ✓ أنس محمد عبد الغفار: آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، طبعة 2013

دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

- ✓ عبد الحكيم قودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية 2002
- ✓ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام
- ✓ محمد الشرفاني، النظرية العامة للإلتزام (العقد)، مطبعة سجلماسة، الزيتون، 2003 ص 125، نقلا عن الموقع الإلكتروني MAROC DROIT ، مقال بعنوان قانون 31.08 والقواعد العامة: أي تأثير؟ من إنجاز الباحثين محمد اشهييب و أيوب العثماني.
- ✓ إدريس العلوي العبدلاوي. النظرية العامة للإلتزام. نظرية العقد. الطبعة الأولى 1996
- ✓ محمد الشليح: "تأويل العقود في ق.ل.ع في المغرب"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1984-1985
- ✓ يوسف المومني: المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون الإقتصادي، العدد 5-2013
- ✓ عبد الحق صافي، دكتور في الحقوق، الوجيز في القانون المدني، دراسة في ق.ل.ع. وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة، 2016
- ✓ معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2014/2015
- ✓ الرحموني حسنة، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط
- ✓ BoudahrainAbdellah « le droit de la consommation au Maroc » ;ed .El Madaress ; casablanca ; 1999

الفهرس

| | |
|---------|---|
| 1..... | مقدمة: |
| 3..... | المبحث الأول: الشرك التعسفي ومدى فعالية القواعد العامة في الحد منه |
| 3..... | المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشرك التعسفي |
| 3..... | الفقرة الأولى: تعريف الشرك التعسفي |
| 6..... | الفقرة الثانية: عناصر الشرك التعسفي |
| 8..... | المطلب الثاني: مدى فعالية القواعد العامة في الحد من الشروط التعسفية |
| 8..... | الفقرة الأولى: غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن ومواجهة الشروط التعسفية |
| 10..... | الفقرة الثانية: قصور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط التعسفية |
| 13..... | المبحث الثاني: دور القاضي في تفسير العقد وتقدير الشروط التعسفية |
| 13..... | المطلب الأول: دور القاضي في تفسير العقد |
| 13..... | الفقرة الأولى: تقليص دور القاضي في تفسير شروط العقد الواضحة |
| 15..... | الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تفسير العقد الغامض |
| 17..... | المطلب الثاني: سلطة قاضي الموضوع في تقدير الشرك التعسفي |
| 17..... | الفقرة الأولى: أساليب تقدير الطابع التعسفي |
| 19..... | الفقرة الثانية: حدود سلطة قاضي الموضوع في تقدير الشرك التعسفي |
| 21..... | خاتمة: |
| 22..... | لائحة المراجع |
| 24..... | الفهرس |