الجامعة اللبنانية

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

الفرع الثاني – جل الديب

البند التعسفي في العقد (دراسة مقارنة)

رسالة أعدت لنيل شهادة ماستر 2 بحثي في القانون الخاص

إعداد :

عبدالرحمن صيداوي

لجنة المناقشة :

د.بيار طوبيا	**الأستاذ المشرف**	**رئيساً**
د.ربيع منذر	**أستاذ مساعد**	**عضواً**
د.هدى العبدالله	**أستاذ مساعد**	**عضواً**

بيروت

2020

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تعبر عن رأي صاحبها فقط

شكر

أتقدم بالشكر إلى أستاذي المشرف على هذه الرسالة، الأستاذ الدكتور بيار إميل طوبيا. في البدء على شرف قبوله لي للإشراف على رسالتي، ثم على توجيهاته الدقيقة في اختيار الموضوع الإشكالي على الساحة القانونية الراهنة، وحتى مرحلة الإعداد حيث أنه تجاوز الأصول العادية المتبعة في الإشراف على الرسائل والأطروحات، فأذاب كل الحواجز الموضوعة بين الطالب وأستاذه، أتاح نفسه للتواصل بكل وسيلة وفي كل وقت، لم يتأخر في الردّ على أي سؤال أو استفسار، لم يبخل بأي توجيه أو ملاحظة أو تصويب، كما أنه كان المبادر في الكثير من الأوقات إلى طرح الإشكاليات المتعلقة بالموضوع وعرض المراجع التي ترفع وتغني الدراسة. باختصار، هو نموذج للإخلاص العلمي والمهني على كافة الصعد.

كما وأشكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الكريمة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة.

ولا يجب أن أنسى في هذه المناسبة أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى البروفيسور فادي نمور، قدوتي القانونية. فهو الذي أعطاني من التقنيات والمهارات العلمية خلال أشهر قليلة ما لم أكتسبه من أحدٍ في سنين عديدة.

وأتقدم بالشكر والإقرار بالجميل إلى الجامعة اللبنانية التي وبالرغم من الإمكانيات الضئيلة المخصصة لها، كانت وستبقى منارة للعلم القويم وملجأً للسواد الأعظم من الطلاب اللبنانيين الذين أرادوا النجاح فيها بقدراتهم الذاتية والحصول منها على شهادة رائدة في العالم.

والشكر المفروغ منه دائماً وأبداً إلى أمي وأبي اللذين قدّما وما يزالان الغالي والنفيس في سبيل تنشئتي بما يرضي الله والوطن.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى إبتسام حياتي ... أمي

لائحة بأبرز المختصرات

- أ.م.م قانون أصول المحاكمات المدنية
- م.ع قانون الموجبات والعقود
- ص صفحة

- AJ Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
- al. alinéa
- art. article
- Bull. civ Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
- c. civ code civil
- conc. concurrence
- consom. consommation
- CA Cour d'appel
- Cass. 1ère civ. 1ère chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. 3ème civ. 3e chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. com. Chambre commerciale de la Cour de cassation
- CE Conseil D'État
- chron. chronique
- CJCE Cour de justice des Communautés
- européennes
- CJUE Cour de justice de l'Union européenne
- coll. collection
- comm. commentaire
- cons. considérant
- Contras conc. consom Contrats Concurrence et Consommation
- D. Recueil Dalloz
- DGCCRF Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
- dir. diréction
- doctr. Doctrine
- éd. édition
- ét. étude

- ex. exemple
- Gaz. Pal. La Gazette du Palais
- ibid. au même endroit
- in. dans
- infra. ci-dessous
- JCP E Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise
- JCP G Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
- LPA Les Petites Affiches
- n^0 numéro
- obs. observations
- op. cit. oeuvre citée
- p. page
- pp. pages
- préc. précite
- rapp. rapport
- RDC Revue des contrats
- Resp. civ. et assur Responsabilité civile et assurances
- RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial
- s. et suivants
- somm. sommaire
- spéc. spécialement
- supra ci-dessus
- TGI Tribunal de grande instance
- th. thèse
- v. voir

التصميم العام

الباب الأول : مفهوم البند التعسفي

العنوان الأول : المعيار الموضوعي للبند التعسفي

الفصل الأول : في ضوء المبادىء الرئيسية للعقود

القسم الأول : مبدأ الحرية التعاقدية

القسم الثاني : مبدأ التوازن العقدي

الفصل الثاني : في ضوء النصوص القانونية العامة

القسم الأول : البنود التعسفية بدلالة مباشرة

القسم الثاني : البنود التعسفية بدلالة غير مباشرة

العنوان الثاني : المعيار الشخصي للبند التعسفي

الفصل الأول : عقد الإستهلاك كمحل للبند التعسفي

القسم الأول : تعريف عقد الإستهلاك

القسم الثاني : أطراف عقد الإستهلاك

الفصل الثاني : معيار التعسف في عقد الإستهلاك : الإخلال بالتوازن

القسم الأول : مفهوم الإخلال بالتوازن العقدي

القسم الثاني : تقدير الإخلال بالتوازن العقدي

الباب الثاني : مكافحة البند التعسفي

العنوان الأول : وسائل الحماية ضد البند التعسفي

الفصل الأول : الوسائل العامة للحماية

القسم الأول : النصوص العامة للحماية

القسم الثاني : الرقابة القضائية على البند التعسفي

الفصل الثاني : الوسائل الخاصة للحماية

القسم الأول : موجب الإعلام المفروض على المحترف

القسم الثاني : حق المستهلك في العدول

العنوان الثاني : الجزاء المترتب على البند التعسفي

الفصل الأول : نطاق الجزاء

القسم الأول : العقود التي يطالها الجزاء

القسم الثاني : البنود التي يشملها الجزاء

الفصل الثاني : الحكم بالجزاء

القسم الأول : دعوى البند التعسفي

القسم الثاني : طبيعة الجزاء

المقدمة

نستهل مقدمتنا بالعبارة الشهيرة ل Fouillet : "Qui dit contractuel dit juste". وعليه،

فإنه وعندما فرض المشرع موجب حسن النية، عاقب على التعسف في استعمال الحق، شددّ على أهمية النظام العام والآداب العامة كما وسلامة الرضى من العيوب، فإنه قام بذلك في سبيل الحد من مبدأ سلطان الإرادة الذي سيطر على العلاقة التعاقدية طيلة عقود من الزمن، وما زال إلى اليوم ولكن أقل بريقاً مما سبق. فالحفاظ على عقد متناغم ومنسجم من حيث حقوق وموجبات أطرافه يؤمن مصلحتهم كما ومصلحة المجتمع، ويعطيه حياة أطول واستمرارية تؤدي إلى تحقيق كل من الأطراف ما كان يصبو له من خلاله. ولقد كتب Ripert في هذا السياق ما يلي :

"Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, […] arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de force contractuelle et il peut se flatter de parachever l'œuvre du code Civil"[1].

ومن أكثر المظاهر التي تعمل على تجريد العقد من طابعه العادل والمتوازن هي البنود التعسفية، التي لم يتم دراستها بعد بشكل وافٍ ومفصل.

هذه البنود تعطي أحد الفرقاء في العقد منافع فاحشة على حساب الفريق الآخر، وغالباً ما يتم وضعها من قبل المحترفين في إطار تعاقدهم مع المستهلكين، حيث يستغلون تفوقهم المهني والإقتصادي ويقومون بتنظيم عقود جاهزة للتوقيع تحتوي على بندٍ تعسفي أو أكثر بطريقة ملتوية، حيث عادة ما يتم النص عليها بخط صغير جداً، صعب القراءة وبأسلوب صياغة متعذر الفهم، ولا يكون للمستهلك سوى القبول أو الرفض المطلق للعقد. من الأمثلة على البنود التي يضعها المحترفون : البند الذي يخول المحترف وحده الحق بفسخ أو إلغاء العقد متى شاء، أو ذلك الذي يعطيه الحق بتعديل العقد منفرداً، أو البند الذي يعفيه من أي ضمان ومسؤولية تجاه المستهلك.

نتيجة لذلك قام المشرع ومنذ عام 2005 بإقرار قانون لحماية المستهلك ضَمَّنه فصلاً كاملا بعنوان "العلاقة التعاقدية"[2] ونص فيه مباشرة على البطلان المطلق للبنود التعسفية، والتي عرَّفها بأنها تلك التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك على حساب مصلحة هذا الأخير، ولكن دون أن يعطي تعريفاً أو خصائصَ للعقد الذي يجمعهما ولا للإخلال بالتوازن العقدي وكيفية تحققه، ولم يعط تعريفاً وافياً للمستهلك والمحترف. من هنا يطرح

[1])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 1.

[2])الفصل السادس.

التساؤل التالي : من هو المستهلك ومن هو المحترف ؟ ما هي طبيعة العقد الذي يجمعهما ؟ وماذا يعني الإخلال بالتوازن العقدي ؟

بيد أن قانون حماية المستهلك وفي سبيل توضيح مفهوم البند التعسفي وفي سبيل حماية المستهلك قام بتعداد العديد من البنود واعتبرها بنوداً تعسفية.

إلا أنه قد فات المشرع حتى اليوم وضع نصٍ مباشر في قانون الموجبات والعقود يكافح البنود التعسفية أو يعمل على إعادة التوازن العقدي على غرار العديد من الدول التي تؤمن الحماية ضد البنود التعسفية بصورة دائمة للفريق الضعيف في العقود وليس للمستهلك وحده في عقد الإستهلاك، فثمة عقود متنوعة أخرى يكون فيها أحد المتعاقدين متفوقاً ويفرض شروطه على الفريق الآخر[3]. وتعتبر الولايات المتحدة الأميركية من الدول السباقة في النص بشكل عام على عدم مشروعية النصوص غير المعقولة (unconscionable clause) ومنها البنود التعسفية، وإعطاء القاضي الصلاحية في إبطالها[4]، حيث قامت بذلك عام 1962 وكانت الملهمة لتشريعات الدول الأوربية في هذا المجال[5]، فتبعها التشريع في السويد (1971)، الدنمارك (1974)، ألمانيا (1976) والمملكة المتحدة (1977)[6].

وبالمقابل نجد في قانون الموجبات والعقود العديد من النصوص التي تذهب عكس هذا الإتجاه عبر تكريس مبدأ سلطان الإرادة والطابع الملزم للعقد حيث يجد البند التعسفي مفهومه، كما ومنع القاضي من التدخل فيه لإعادة التوازن العقدي في حال اختلاله.

وانطلاقاً من هذا الوضع، تم بث الروح مجدداً بمبدأ أساسي للعقد لطالما شغل الفقهاء على مر الزمن وهو مبدأ التوازن العقدي، والذي شكل الدعامة الأساسية في مفهوم البند التعسفي، إضافة إلى العديد من المواضيع الأخرى التي نصت عليها الأحكام العامة والتي استشهد بها الإجتهاد والفقه في سبيل ذلك، ما يطرح علامات استفهام عن وجود مفهوم آخر للبند التعسفي يختلف عن ذلك المنصوص عنه في المادة 26 من قانون حماية المستهلك ؟

ولم يكتف الفقهاء بالإستشهاد بهذه النصوص العامة لغرض إيجاد هذا المفهوم وحسب، بل لغرضٍ آخر متكامل معه وهو مكافحة البنود التعسفية توصلاً إلى التنصل من تطبيقها.

---

[3])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 5.

[4])Op. cit, pp. 3 et 4.

-حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستير، الجمهورية الجزائرية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، شعبة : الحقوق والعلوم السياسية، تخصص : عقود ومسؤولية، السنة الدراسية 2018/2017، ص. 74.

[5])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 3, n^0 1.

[6])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 4.

تبدأ هذه المكافحة عبر حماية الشخص مهما كانت صفته أكان مستهلكاً، مذعناً أو أي متعقاد آخر من البنود التعسفية. إذ يجب أن تراعى النصوص القانونية العامة التي تحكم العلاقة التعاقدية، مثال ذلك النصوص المتعلقة بالأهلية، بموضوع العقد وبسببه، بالنظام العام والآداب العامة، إضافة إلى احترام مبدأ حسن وعدم التعسف باستعمال الحق... ولكنّ الفقه لم يقف عند هذه الحدود، بل ذهب إلى حد تخويل القاضي صلاحية في الرقابة على البنود التعسفية وإبطالها، وهو ما لم يقم به قانون حماية المستهلك صراحة، حيث لم ينص على صلاحية القاضي في امتحان البنود التعسفية وإعلان بطلانها كما فعل قانون الإستهلاك الفرنسي في مادته R. 632-1، حيث نصت على التالي :

“Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.
Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat.”

ولكنه أعطى الجمعيات كما فعل القانون الفرنسي، حق الدفاع عن حقوق المستهلكين والمداعاة في سبيل تحقيق ذلك، ضمن شروط معينة جاء على ذكرها التشريع والإجتهاد. فقد نصت المادة 68 من قانون حماية المستهلك على ما يلي :

"تهدف جمعيات حماية المستهلك إلى :

الدفاع عن مصالح المستهلك وحقوقه.

تمثيل المستهلكين جماعياً ومجانياً لدى الهيئات والإدارات الرسمية والمحترفين والتقاضي بهدف الحفاظ على حقوقهم".

بالمقابل، نص قانون حماية المستهلك وخارج إطار معالجته للبنود التعسفية على العديد من الأحكام التي من الممكن أن يستعملها المستهلك بطريقة غير مباشرة ليتنصل من تطبيق هذه البنود، منها ما يتعلق بموجب الإعلام وبحق المستهلك في العدول. وهي بالتالي وسائل حماية خاصة بالمستهلك ولا يستطيع أي شخص آخر الإستفادة منها. ولكن ما هي حدود هذه الإستفادة ؟ وهل هي فعالة في هذا المجال ؟

انطلاقاً مما سبق يتبين لنا أن موضوع البند التعسفي في العقد هو من أكثر المواضيع إشكالية على الساحة القانونية العصرية، نظراً لشح المواد القانونية التي تحكمه إضافة إلى ندرة الأحكام القضائية والمؤلفات الفقهية التي تعالجه، وهو بالتالي يطرح تساؤلات عديدة : هل أن جميع البنود التي تؤدي إلى إخلال بالتوازن العقدي تعتبر بنوداً تعسفية ؟ وهل هناك من استثناءات ؟ وفي حال الإيجاب، ما هي وما شروط تحققها ؟

أيضاً وفي نفس السياق، وانطلاقاً من العناصر المستجدة في مفهوم البنود التعسفية يقتضي التساؤل عن العقود التي تشملها المكافحة إضافة إلى عقود الإستهلاك، فهل تخضع جميعها للأمر

نفسه أم يوجد استثناءات كما في حالة البنود ؟ وبالأحرى هل يوجد عقود استهلاك أو غيرها لا تشملها المكافحة ؟

كذلك وفي سبيل أن تتجسد المكافحة عملياً وتؤتي مفاعيلها، ما هو دور القضاء في عملية المكافحة هذه ؟ وهل من أصول معينة وخاصة للتقاضي على المتضرر اتباعها إذا ما اختلفت صفته من متعاقد عادي إلى مستهلك ؟

وعند الحكم على البند بطابعه التعسفي، فما هو الجزاء المترتب عليه ؟ وهل هو جزاء واحد أم متنوع بتنوع كل حالة على حدة ؟

إن جميع التساؤلات المعروضة أعلاه تظهر الوجه الإشكالي لموضوع البند التعسفي في العقد وتطرح إشكالية على قدر من الأهمية والدقة تتمثل بالتساؤل في مدى إمكانية تحديد معايير قانونية واضحة ومحددة تسمح بتوصيف البند العقدي بالبند التعسفي وما مدى كفاية النصوص الراهنة في مكافحة مثل هذه البنود ؟

سنتولى الإجالة على هذه الإشكالية من خلال البابين التاليين :

- الباب الأول : مفهوم البند التعسفي.
- الباب الثاني : مكافحة البند التعسفي.

الباب الأول : مفهوم البند التعسفي

يلعب مفهوم البند التعسفي دوراً رئيسياً في معرفة مصير العديد من البنود والعقود، فقد نصت العديد من التشريعات عليه وأوجبت في حال وجوده بطلانه أو بطلان العقد الذي يحويه، إضافة إلى تعويض وغرامات معينة.

ولقد تعددت التعريفات التشريعية، الإجتهادية والفقهية للبند التعسفي في محاولة لإيجاد مفهوم متكامل له، فنجد بداية نص الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون حماية المستهلك حيث نصت على : " تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير". أما قانون الإستهلاك الفرنسي فإنه عرف البنود التعسفية عبر المادة L. 212-1 بأنها تلك التي تؤدي إلى إيجاد اختلال بليغ بالتوازن بين حقوق وموجبات الأطراف على حساب المستهلك، وقد جاء نصها كالتالي :

“Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.”.

ولقد جاءت غالبية التعريفات التي أعطاها الفقه لتصب في نفس الفكرة ولكن دائماً ضمن عقود الإستهلاك. ويُطرح التساؤل هنا عن خصائص هذا التعريف وعن اقتصاره على هذا المنحى خصوصاً مع حصول تطور تشريعي حديث في العديد من البلدان، نص على البنود التعسفية في عقود الإذعان أيضاً.

حتى وأنه يوجد تيار آخر في الفقه ينادي بإعطاء مفهوم أوسع وأشمل للبند التعسفي، يتخطى حدود عقود الإستهلاك وعقود الإذعان إلى كافة العقود ويسعى إلى إعطاء تعريف له يحقق ذلك[7]، كان أبرزهم أن البند التعسفي هو البند الذي يؤدي إلى عدم توازنٍ مفرطٍ في الحقوق والموجبات، لمصلحة خاصة بأحد الأطراف[8]. ولكن هل يمكن أن تتحقق هذه المناداة في ظل غياب أي تعريف تشريعي للبند التعسفي خارج هذه الحدود ؟

ولمواجهة ذلك، فإنهم قاموا بإسناد مفهومهم المذكور إلى المبادىء الرئيسية للعقود وإلى الأحكام العامة التي ترعاها تحت مسمى المعيار الموضوعي للبند التعسفي (العنوان الأول)، وذلك دون

[7])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 3, n^0 2 : *D. Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation : RTD com. 1998, p. 104.*

[8])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), pp. 213 et 214.

النظر إلى أشخاص العقد من محترف ومستهلك إذ عندها يتغير المفهوم كما وتطبق أحكام خاصة ونصبح أمام المعيار الشخصي للبند التعسفي (العنوان الثاني).

العنوان الأول : المعيار الموضوعي للبند التعسفي

إن مجال البند التعسفي هو مجال عام وشامل، فما من عقدٍ ينشأ مهما كانت طبيعته وأياً كان أطرافه، إلا وإمكانية أن يضع أحدهم بنداً يعطيه مصالح مفرطة أو يفرض على معاقده موجبات مرهقة مستنداً بذلك على أن العقد شريعة المتعاقدين، ويضطر الطرف المقابل الرضوخ له لظروف عدّة. من هذا المنطلق ينشأ المعيار الموضوعي للبند التعسفي، حيث يتم النظر والتدقيق بالبند التعسفي بصورة موضوعية، بغض النظر عن طبيعة العقد من جهة أو أطرافه كائناً من كانوا من جهة أخرى.

غاب هذا المعيار عن التشريع اللبناني صراحةً، إذ لا نجد نصاً مباشراً في قانون الموجبات والعقود يتعلق بالبنود التعسفية أو يتكلم عن إعادة التوازن العقدي. فيما اعتمدت هذا المعيار العديد من التشريعات الأخرى، أبرزهم التشريع الإنكليزي سنة 1979 حيث وُضع تنظيم خاص، شامل ومفصل للبنود التعسفية ولم يجعله حكراً على عقد معين[9]. كما وتحدث عن هذا المعيار الكثير من الفقهاء في لبنان وخارجه وأقرّه الإجتهاد الأجنبي وبعض الإجتهاد اللبناني الذي وعلى الرغم من انتفاء النص الصريح كما أشرنا، أثار هذا المعيار بشكل مباشر وآخر غير مباشر في حالات فرضت نفسها.

هذا الفراغ التشريعي في معالجة البنود التعسفية في القانون العام يدفعنا إلى البحث عن معيار موضوعي للبند التعسفي مستندين في ذلك على المبادىء الرئيسية للعقود (المبحث الأول)، وعلى النصوص القانونية العامة (المبحث الثاني).

الفصل الأول : في ضوء المبادىء الرئيسية للعقود

إن المتعاقد الذي يضع البند التعسفي بمواجهة معاقده يستغلّ ما يخوله إياه مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد. هذا المبدأ الذي يلعب الدور الرئيسي في تكوين العقد وفي الأحكام التي ترعى هذا الأخير، ولكنه ليس المبدأ الوحيد الذي يحكم العلاقة التعاقدية، إنما يوجد مبادىء أخرى، منها على سبيل المثال مبدأ التوازن العقدي الذي كان مطرح اهتمام الفقهاء منذ عقود، وما زال التداول به بشدة حتى اليوم ومعروف كواحد من المبادىء

[9])د.بشار المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني : دراسة مقارنة، مجلة العلوم الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، العدد التسلسلي 22، رمضان/شوال 1439 ه- يونيو 2018 م، ص. 603.

الرئيسية التي تحكم العقد[10]، وكان لذلك الأثر الكبير في تكوين مفهوم البند التعسفي، الذي يتراوح ما بين مبدأ الحرية التعاقدية (المطلب الأول) ومبدأ التوازن العقدي (المطلب الثاني).

القسم الأول : مبدأ الحرية التعاقدية

لقد سيطر مبدأ الحرية التعاقدية وما زال على العلاقة التعاقدية التي تربط أطراف العقد، وكان له الدور الرئيس في ظهور البنود التعسفية. لذلك فإننا سنقوم بتعريف هذا المبدأ (الفقرة الأولى) ومن ثم سنعرض العلاقة التي تربطه بالبند التعسفي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف مبدأ الحرية التعاقدية

إن إرادة الشخص هي الأساس الذي تقوم عليه معاملاته وتصرفاته مع غيره من الأشخاص، وهي حرّة في عدم قبول التعاقد أو في قبوله، وفي الحالة الأخيرة هي التي تحدد نطاق هذا التعاقد ومضمونه وهي حرّة في هذا المجال أيضاً. تَكرّس ذلك عبر قانون الموجبات والعقود في المادة 166 م.ع حيث نصت على أن للأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون مع مراعاة النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الإلزامية. وتقابلها في ذلك المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي :

“Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.”

وقد تكرس هذا اجتهاداً عبر العديد من الأحكام القضائية، منها على سبيل المثال قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 28 كانون الثاني 2010[11].

---

[10])-Jacques Gestin, Grégroire Loiseau et Yves-Marie Serinet : LA FORMATION DU CONTRAT, Tome 1 : Le contrat_Le consentement, 4eédition, 2014, LGDJ, Point Delta, p. 273.

-Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 200, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 4.

-J. Gordley, The Philosophical Origins of Modem Contract Doctrine, Oxford, Clarendon Press, 1992.

-Aristote, Éthique de Nicomaque, Livre V, ch. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 146.

[11])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 28 janvier 2010, N° de pourvoi: 08-70248 **:** “*que le caractère étendu de l'autorisation donnée n'est pas en soi de nature à vicier la cession des droits*, *le principe de l'autonomie de la volonté autorisant les parties à déterminer les limites de leurs droits et obligations ;*”. (www.legifrance.gouv.fr)

وبنفس الإطار، جاءت عدة قرارات للغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية[12] لتحكم بأن مبدأ سلطان الإرادة يخول الفرقاء في العقد أن يوزعوا فيما بينهم المخاطر كما شاؤوا.

ولمبدأ سلطان الإرادة نتائج عديدة : أنّ العقد يكون ملزماً لأن إرادة الأطراف اتجهت إلى إلزام أنفسهم بموجبات محددة، وأن المتعاقدين هم مستقلون ومتساوون طالما أن إرادة كل منهم حرة، ومن هذه النتيجة الأخيرة تنبثق النتيجة اللاحقة وهي أن العقد يكون عادلاً بين أطرافه طالما أنه نشأ عن تعاقدٍ حر، حرص كل طرف على أن يحقق مصلحته من العقد[13].

وسار المشرع اللبناني في نفس المسار، فاكتفى بتوفّر الرضى لنشوء العقد دون تطلّب أي شكليات ما خلا بعض الإستثناءات (كشرط الكتابة أو الصيغة الرسمية في بعض العقود)، حيث ورد في المادة 176 م.ع أن الرضى هو الصلب والركن لكل عقد، والرضى كما هو ذلك صادر عن إرادة حرة[14]. كما أن تعديل بندٍ أو أكثر في العقد هو خاضع كلياً لإرادة أطرافه دون ضرورة اشتراط ذلك عبر بند صريح. وبنفس الإطار سار المشرع الفرنسي وذلك عبر المادة 1101 من القانون المدني حيث نصت على التالي :

"Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations."[15]

ويفرض مبدأ الحرية التعاقدية نفسه على الجميع بما فيهم القضاء، فلا يستطيع القاضي أن يعدّل أحكام العقد بدون التحقق من إرادة أطرافه. وقد أقرّت ذلك الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة التمييز الفرنسية في قرارها بتاريخ 23 حزيران 2016[16]. وبذات المعنى جاء قرار الغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 24 تشرين الثاني 2015[17].

---

[12])Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mardi 15 février 2000, N° de pourvoi : 97-19793/ Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 3 mai 2000, N° de pourvoi: 98-18782 **:** *"alors, enfin, que l'autonomie de la volonté permet aux parties de répartir comme elles l'entendent la charge des risques, notamment en matière commerciale ;"*. (www.legifrance.gouv.fr)

[13])عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الثانية، 1998، المنشورات الحقوقية صادر، ص. 48 و49.

[14])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 111.

[15])وبذلك جاء قرار محكمة استئناف فيرساي بتاريخ 7 آذار 2002 :

Cour d'appel de Versailles, Audience publique du jeudi 7 mars 2002, N° de RG: 2000 3272 **:** *"Considérant que si l'accord du 24 décembre 1997 ne comporte pas de clause de révision, le principe d'autonomie de la volonté des parties en telle matière, permet, même en l'absence de clause expresse de révision, de modifier l'accord***…".** (www.legifrance.gouv.fr)

[16])Cour de cassation, chambre civile 3, Audience publique du jeudi 23 juin 2016, N° de pourvoi: 15-13150 **:** *"ALORS 1°) QUE s'agissant d'une servitude établie par le fait de l'homme, le juge ne peut, sans méconnaître le principe de l'autonomie de la volonté, porter atteinte au lien contractuel en autorisant des modifications à la servitude auxquelles les propriétaires intéressés n'ont pas consenti ;"*. (www.legifrance.gouv.fr)

[17])Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mardi 24 novembre 2015, N° de pourvoi: 13-22386 **:** *"Considérant, ceci rappelé, qu'il résulte du principe d'autonomie de la volonté que le*

ولكن كما هو معلوم، فإن العقد يأتي نتيجة لإجتماع الإرادات، فإن العقد يحتاج إلى إرادتين على الأقل لينشأ. وإذا كانت إرادة الفريق الأول تتّسم بصفة الحرّة، فإن إرادة الفريق الآخر هي كذلك أيضاً، على ذلك نكون أمام مساحة مشتركة من الحرية لكلا الإرادتين، ما يفرض على كل منهما أن يتنازل للآخر ليحصل التوافق بينهما. وهذا ما يطرح مسألة مهمة للغاية وهي عدالة هذه التنازلات المتبادلة وما يمكن لفريق أن يفرضه على الآخر من بنود تكون مجحفة بحق الفريق الآخر، يمكن تسميتها بالبنود التعسفية، مستغلاً العوامل المتعلقة بإرادته أو مستفيداً من وجودها ومرتكزاً على ما يخوّله إياه مبدأ الحرية التعاقدية من تحديد لمضمون العقد بحرية تامّة. هذه الرابطة الوثيقة بين المبدأ وبين البنود التعسفية ستكون موضوع معالجتنا في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : الرابطة بين مبدأ الحرية التعاقدية والبند التعسفي

لقد قام Stoffel-Munck بالبحث عن الرابطة بين البند التعسفي ومبدأ الحرية التعاقدية، وكان قد أعطى دلالةً لمصطلح "التعسّف" في مجال العقود في أطروحته التي تمحورت حول التعسف في العقود، وقال بأنه ممكن أن يشتمل على معنيين، فإما أن يقصد به "خطأ المتعاقد" (en tant que faute du contractant) وإما أن يكون "محدّاً من القوة الإلزامية للبند" (comme limite à la force obligatoire d'une clause)، وقال بأن التعسف هو عبارة عن غلوٍّ أو مبالغةٍ في استخدام الحق المعطى له قانوناً بالحرية التعاقدية[18]. وهو من خلال هاتين الدلالتين، يكون قد أعطى الصفة لفعل المتعاقد من جهة، ونتيجته من جهة أخرى، أي أنه لا يكون البند التعسفي إلزامياً كما باقي البنود الأخرى، ولا يخوّل صاحبه بالتالي الحق بالمطالبة بتنفيذه قضاءً.

وإن التعسّف هو مفهوم متعلق بالأساس وليس بالشكل[19] كما قال Lagarde، أي كي يطلق وصف التعسف في عقدٍ ما، يجب أن يقع على محتوى هذا العقد وليس على شكلياته، حينها نستطيع القول بأن هذا العقد أو ذاك مشابٌ بتعسفٍ. مثال ذلك أن يضع أحد الأطراف شكلاً معقداً أو غريباً لمندرجات العقد، فلا يحق للطرف الآخر طلب إبطال العقد أو أحد بنوده بسبب الشكل الذي أخذه هذا العقد.

وفي مجال الحديث عن البند التعسفي والحرية التعاقدية، فإن هذه الأخيرة هي الأساس للأول، إذ لا وجود لبندٍ تعسفي بدون الحرية التعاقدية[20]. فالطرف الذي يفرض البند على معاقده، يستعمل ما خولّه هذا المبدأ من حق في وضع البنود بحرية تامّة طالما أنه لا يخالف النظام العام والآداب

---

contrat légalement formé lie les parties et s'impose au juge qui se doit d'assurer l'effectivité de ce que les parties ont prévu pour former la matière de leur engagement ;" (www.legifrance.gouv.fr)

[18])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, pp. 126 et 127.

[19])Op. cit, p. 187.

[20])Op. cit, p. 129 et 130.

العامة. ولكن كما قلنا سابقاً، فإن مبدأ الحرية التعاقدية يحمل في طياته حدوداً لإعماله على إطلاقه، فسيطرة أحد الأطراف على العقد وفرضه لبنودٍ يمكن تسميتها بالبنود التعسفية، تحقق مصالحه على حساب الطرف المقابل، يشكلّ بحد ذاته قيداً عائقاً أمام المبدأ نفسه بالنسبة للطرف الآخر[21]. وهذا ما توصلت إليه محكمة استئناف Aix-en-Provence في قرارها الصادر بتاريخ 16 كانون الثاني 2007[22]، حيث جاء فيه بأن البند التعسفي يناقض حقيقة مبدأ سلطان الإرادة ويشكل التفافاً عليه. وجاء فيه ما يلي :

"déclaré nul et non écrit, comme une clause abusive, l'affirmation qu'il contient étant une contre vérité et une entorse au principe de l'autonomie de la volonté…".

وفي سبيل الحد من هذا النوع من البنود، لجأ الفقه إلى القواعد المكملة للحد من الحرية التعاقدية[23]، التي تعتبر الأساس للبند التعسفي كما ذكرنا آنفاً. فالقواعد المكملة لا يجب أن تُفهم بالمعنى التقليدي لها، أي بأنها تكمل إرادة المتعاقدين في حال أغفلت عن إتمام العقد بشكل كامل، بل يجب اعتبارها نظاماً قانونياً يهدف إلى تحقيق التوازن العقدي[24]. فالمشرع لم ينص على هذه القواعد إلا بشكل يحقق المصلحة المشتركة لأطراف العقد جميعاً، محققاً ما كانت إرادتهم الحرّة لتفعله في كل حالة من الحالات المنصوص عليها.

وكان Batiffol قد قال في السياق المذكور بأن القواعد المكملة لها غرض واحد وهو حماية حرية إرادة الأطراف[25]. كما قال الأستاذ Calais-Auloy بأن هذه القواعد وضعها المشرّع لتحقيق توازن بين مصالح المتعاقدين[26]. كما قال آخرون بأن الحرية التعاقدية ليست مطلقة في ظل وجود القواعد المكملة، فهذه الأخيرة موضوعة للحد من الحرية التعاقدية المفرطة "excessive" عن طريق تصحيح البنود الناتجة عن هذه الحرية بالإستناد إلى القواعد المكملة[27]. وقد عملت محكمة التمييز الفرنسية بهذه الوجهة في قرار للغرفة المدنية الأولى رقم 249 تاريخ 13 آذار 2019[28]

---

[21])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil,TOME I, Édition Dalloz – 2018, Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, Abus de droit, p. 20, n^0 85.

[22])Cour d'appel d'Aix-en-Provence, ct0007, Audience publique du mardi 16 janvier 2007, N° de RG: 45. (www.legifrance.gouv.fr)

[23])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 242.

[24])-Op. cit, p. 238.

-Cécile PERES-DOURDOU, La règle supplétive, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 421, 2004, n° 458.

[25])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 239.

[26])Op. cit, p. 240.

[27])Op. cit, p. 243.

[28])Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n^{0}249 du 13 mars 2019 (17-23.169) : "*2°/ que le juge ne peut substituer une disposition de droit national à caractère supplétif à une clause abusive que dans l'hypothèse où l'invalidation de la clause abusive entraînerait pour le consommateur des conséquences telles qu'il serait dissuadé d'agir ;*" (https://www.courdecassation.fr)

حيث أنها أعملت القاعدة المكملة في ما يتعلق بفوائد القروض عندما أبطلت البند الإتفاقي الذي يحددها كونه بندٌ تعسفي.

ولكن بالمحصلة، فإن هذه القواعد لا يمكنها أن تشكل حدّاً للحرية التعاقدية بشكل مطلق كما نادى الفقهاء، إذ أن هذه الأخيرة تعطي الفرقاء حق إهمال القاعدة المكملة، تعديلها أو النص صراحة على عدم إعمالها. وذلك ما دفع الفقهاء إلى البحث عن مبادىء ونظريات أخرى موازية لمبدأ الحرية التعاقدية[29]، تواجه الإطلاق المعطى له، من هذه المبادىء كان كان مبدأ التوازن العقدي الذي يعمل على تحقيق العدالة التعاقدية التي يسعى المشرع إلى تفعليها أكثر في القانون المدني[30].

القسم الثانى : مبدأ التوازن العقدي

إن مبدأ التوازن العقدي يجد أساسه في القاعدة الأشهر في عالم الحريات والحقوق، وهي أن حدود حرية وحق الشخص تقف عند حرية الآخر وحقوقه، وهو عاد ليُطرح وبقوة على الساحة التعاقدية حديثاً، خصوصاً في مواجهة البنود التعسفية. لذلك سنتناول تعريف هذا المبدأ (الفقرة الأولى) ومن ثم دوره في إعطاء تعريف موضوعي للبند التعسفي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف مبدأ التوازن العقدي

إنه وإنطلاقاً من المفهوم الموضوعي للعقد بأنّه عمل يجد غايته في تحقيق عدالة تبادلية، وما نادى به أرسطو لتحقيق هذه العدالة، فإن العقد يجب أن يقوم على تبادل أشياء لها نفس القيمة، ومن هذا المنظور فإن التوازن العقدي هو شرط لصحة العقد كما قال بعض الفقهاء أمثال Saint Thomas وGrotius، فأي عقد لا تكون حقوق وموجبات الفرقاء فيه متساوية هو ليس بعقد منذ الأساس، وإن تطلّب هذا التوازن ليس كتطلب ركن من أركان العقد، كالرضى أو الموضوع أو السبب، بل هو في أساس تعريف ومفهوم العقد ذاته[31].

---

[29])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, *É*rudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 1. (https://www.erudit.org)

[30])Jurisclasseur répertoire natorial,Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 15, n^0 50.

[31])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), pp. 19, 53 et 54.

وإن فكرة التوازن في إطار الموجبات العقدية هي فكرة قديمة[32] تداولها العديد من الفقهاء كأمثال Domat, Grotius, Pufendorf, Pothier, Saint Thomas وجعلوها أحد الأسباب التي تحدّ من الحرية التعاقدية إضافةً إلى الأخلاق، وكان للفقيه Portalis المقولة المشهورة في خطابه حول مشروع القانون المدني الفرنسي :

"La liberté de contracter ne peut-être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique"[33].

وفي نفس السياق، ترد العبارة المشهورة للفقيه Ghestin :

"Le contrat n'est obligatoire que s'il est juste"[34].

وأيضاً القول الشهير ل Fouillet :

"Qui dit contractuel dit juste"[35].

وانطلاقاً من القيم المجتمعية، جاءت فكرة التضامن التعاقدي "solidarisme contractuel" ترجمة لمبدأ التوازن العقدي. نشأت هذه الفكرة سنة 1896 مع رجل السياسة Léon Bourgeois الذي قال بأنه يوجد بين جميع الأفراد رابطة تضامن أساسية، وهذا كان بداية لتأسيس التوجه الفقهي الذي تبنى هذه الفكرة[36]. فمن وجهة نظره أن الأفراد في المجتمع يجب أن يعملوا لتحقيق هدف مشترك، ويلتزم أحدهم مقابل الآخر انطلاقاً من هذا الهدف المشترك، وعلى التشريع أن يكون التعبير عن هذا العمل المشترك للأشخاص[37]. ومن جهة أخرى قال أنصار هذه الفكرة أنه في الإطار التعاقدي لا تأتي الإرادة أولاً، بل متطلبات أو مصالح المجتمع العليا وعلى الإرادة أن تكون خاضعة لهذه الأخيرة[38].

وفي هذا الصدد، قال Ghestin أنه ضمن إطار أخلاقيات وآداب التبادل، كل فريق من الفرقاء يجب أن يحصل على شيءٍ مساوٍ لما قدّمه، وهذا هو جوهر العدالة التعاقدية، فالعقد كوسيلة أساسية لتبادل السلع والخدمات هو خاضع كما الموجبات عامّة لمبدأ العدالة التبادلية[39].

---

[32])Jacques Gestin, Grégroire Loiseau et Yves-Marie Serinet : LA FORMATION DU CONTRAT, Tome 1 : Le contrat_Le consentement, 4eédition, 2014, LGDJ, Point Delta, p. 313 .

[33])Jean-Pascal Chazal, Justice contractuelle, p. 8.

[34])Op. cit.

[35])Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, 2000, LGDJ, p. 298.

[36])Romain Loir, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Session 2001/2002, Mémoire de DEA droit des contrats préparé sous la direction de Christophe Jamin, Ecole doctorale no 74, Lille 2, p. 86.

[37])Op. cit.

[38])Op. cit, p. 88.

[39])Jacques Gestin, Grégroire Loiseau et Yves-Marie Serinet : LA FORMATION DU CONTRAT, Tome 1 : Le contrat_Le consentement, 4eédition, 2014, LGDJ, Point Delta, p. 313.

ويعتبر الإجتهاد أن البنود التي تهدد توازن العقد وفاعليته هي بنود تعسفية[40]. ولقد أعطت محكمة التمييز الفرنسية في خطوةٍ مهمّة بعد كثير من التردد، القاضي حق اعتبار البند التعسفي غير مكتوبٍ ولو لم يرد نص خاص فيه[41]. فيكفي بالتالي أن يقع وصف التعسف على البند حتى يعتبره القاضي غير مكتوبٍ منذ الأساس دون الحاجة إلى نص قانوني خاص بهذا الشأن.

وقد كرّست التشريعات مبدأ التوازن العقدي، مثال على ذلك ما جاء في التشريع الفرنسي[42] :

1) القانون رقم 78-23 تاريخ 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بالضمان، يشير إلى فكرة مكافحة البنود التعسفية في إطار عقد الضمان.
2) قانون التأسيس تاريخ 13 تموز 1930 الذي جاء في إطار تحقيق الغاية الإجتماعية المتمثلة بحماية الفريق الأضعف، المضمون تجاه الضامن، حيث نص على تحقيق التوازن بين الفريقين عبر حظره لبعض البنود أو فرضه لأخرى.
3) القانون "Quillot" رقم 82-526 تاريخ 22 حزيران 1982 الظاهر في أعلى قانون "Mermaz" رقم 89-462 تاريخ 6 تموز 1989، حيث أعلن وفي مادته الأولى أن الحقوق والموجبات المتقابلة للمؤجر والمستأجر يجب أن تكون متوازنة، ونصت مادته الرابعة على أنه يعتبر غير مكتوب كل بند يؤدي إلى إخلال توازن العلاقة التعاقدية تجاه المستأجر، أكان له صفة المستهلك أم لا.

وقد قام المشرع اللبناني بتكريس هذا المبدأ وحمايته بطرقٍ عدة، أبرزها وأجلاها وضوحاً عندما نص على أحكام الغبن كعيب من عيوب الرضى مخولاً المغبون وفي أحوالٍ معينة، طلب إبطال

---

[40])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 334.

[41])-Cass. 1ère civ., 6 décembre 1989, *D.* 1990, p. 289, note J. GHESTIN *; Defrénois* 1991, art. 34987, n° 19, p. 366, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1990, II, 21534, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1990, p. 277, obs. J. MESTRE.

-Cass. 1ère civ., 14 mai 1991, T. HASSLER, « Clause abusive et perte d'une pellicule photo : un arrêt important : Civ. 1re, 14 mai 1991 », *LPA* 8 juillet 1991, n° 81, p. 18 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12e éd., Dalloz, 2008, n° 159 ; *Contrats conc. consom.* 1991, n° 160, note L. LEVENEUR ; *D.* 1991, somm. p. 320, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1991, jur. p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP G* 1991, II, 21743, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE.

-Cass. 1ère civ., 26 mai 1993, *D.* 1993, p. 568, note G. PAISANT ; *Defrénois* 1994, p. 352, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1993, II, 22158, note E. BAZIN ; *RTD civ.* 1994, p. 97, obs. J. MESTRE.

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil, TOME I, Édition Dalloz – 2018, Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, Abus de droit, p. 12, n^0 43 *: depuis Civ. 1re, 16 juill. 1987, D. 1987. Somm. 456, obs. Aubert, et 1988. 49, note Calais-Auloy ; JCP 1988. II. 21001, note Paisant ; RTD civ. 1988. 114, obs. Mestre.*

-Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK : DROIT DES OBLIGATIONS, 9eédition, 2017, LGDJ, Lextenso, p. 248.

[42])Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, 2000, LGDJ, pp. 310, 311, 312, 313 et 314.

العقد والتنصل من أحكامه المجحفة بحقه، بالإضافة إلى نصوص قانونية متفرقة تحرّم بعض الأعمال التي تؤدي إلى الإخلال بهذا التوازن.

وقد عرّفت المادة 213 م.ع الغبن بأنه التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات المتقابلة للفرقاء. فالأصل كما ذكرنا هو التوازن في الموجبات بين أطراف العقد، وهذا التوازن هو الذي يحقق الإستقرار في المعاملات ويجنّبها العديد من المراجعات والإعتراضات في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، فكل فريق في العقد يرى أن المقارنة بين المصلحة التي اجتناها من العقد بما يقابلها من تنازل من قبله تحقيقاً لمصلحة الفريق الآخر، هي مقارنة عادلة، أو بمعنى أوضح أن يكون ما سيتنازل عنه أحد الأطراف مساوياً لما سيجنيه[43].

ومن أبرز تجليات العدالة والتوازن العقدي بين الحقوق والموجبات، هو عندما يمتنع أحد الفرقاء عن تنفيذ موجبه لحين تنفيذ الفريق الآخر للموجب المقابل أو حين يُلغى العقد عند عدم تنفيذ أحد الفرقاء لموجب أساسي فيه[44].

ويُعرَّف عدم التوازن بأنه حالةٌ من حالات النقص، تفاوتٌ، عدمُ مساواةٍ وعدم عدالة، ولكن المعنى الموضوعي الأكثر ملاءمة والذي ورد في المراجع الأوروبية هو :"غياب التوازن" (absence d'equilibre) أي توازن شيئين متقابلين أو أكثر[45]. وأيضاً، إن القول بعدم وجود توازن في عقد تجاه أحد الأطراف، يعني أن حقوقه وموجباته العقدية غير متوازنة، أو أن سلطات الفرقاء في العقد غير متكافئة بصورة كبيرة فيما يتعلق بنشوئه، بتطبيقه أو بإنهائه[46].

كما وعرف بعضهم الإختلال بالتوازن العقدي بأنه "الحالة التي تكون فيها التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع إلتزامات الآخر"[47].

ويجب النظر إلى التوازن بين الأطراف في مجمل العقد وليس في بند من البنود[48]، ولو أن وصف التعسف يطلق على البند، فقد يجد بندٌ ما سببه وتفسيره في بندٍ مقابل[49]. هذا ما نستخلصه من

---

[43])Jean Pascal Chazl, Justice contractuelle, p. 7.

[44])Jacques Gestin, Grégroire Loiseau et Yves-Marie Serinet : LA FORMATION DU CONTRAT, préc, p. 273.

[45])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations, préc, pp. 233 et 234.

[46])Op. cit, p. 13.

[47])د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 214.

[48])-Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, préc, p. 234.

-Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 329.

-د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، مرجع سابق، ص. 218.

[49])Jurisclasseur répertoire natorial,Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 13, n^0 40 : *J. Mestre, art. préc. n^0 3, spéc. p. 162.*

نص المادة 368 م.ع التي تنص على أن بنود الإتفاق الواحد تنسق وتفسّر بعضها ببعض بالنظر إلى مجمل العقد. وهذا ما كرسته المحكمة الإتحادية العليا في ألمانيا (Cour fédérale de justice) مؤيَّدةً من الفقه، فقالت بأنه على القاضي عند دراسته لعدالة البند (caractère raisonnable) أن يقدّر كامل محتوى العقد[50]. وقد ورد ذلك أيضاً في إحدى القرارات القضائية في كيبيك[51] (L'affaire Micor Auto inc. c. Aubert)، حيث ورد ما حرفيته :

"L'application intégrale des clauses contractuelles ne reflète pas l'équité et désavantage le défendeur d'une manière excessive et déraisonnable".

سنداً لذلك، قد يرد بند يعطي لأحد المتعاقدين حقوقاً مبالغاً فيها بوجه المتعاقد الآخر، إلا أن بنداً آخر فيه يعطي الفريق الثاني منافع مبالغاً بها أيضاً مقابل الفريق الأول[52]. فهنا لا نكون أمام عدم توازن متبادل في العقد، بل لا وجود لذلك على الإطلاق.

وقد لعب مبدأ التوازن العقدي الدور الرئيس في إعطاء التعريف الموضوعي للبند التعسفي على ما سنرى في الفقرة التالية، كما والتعريف الشخصي على ما سنرى في العنوان القادم.

الفقرة الثانية : دور مبدأ التوازن العقدي في تعريف البند التعسفي

لقد حاول الكثير من الفقهاء تعريف البند التعسفي في ظل غياب تعريف قانوني موضوعي له. فعرّفه الدكتور مصطفى العوجي بأنه : "البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أملى إرادته على الفريق الآخر تحقيقاً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة منتقصاً من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد"[53]. وحاول أن يستشهد بالشروط المذكورة في المادة 214 م.ع بأن كل بند يتصف بالصفات التي ذكرتها محدثاً تفاوتاً فاحشاً وشاذاً عن المألوف في الموجبات وناتجاً عن استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة لدى الفريق الآخر، يكون معرضاً للإبطال لمساسه بمبادىء أساسية تقوم عليها صحة وسلامة التعاقد[54].

يتبين لنا أن الدكتور العوجي قد أعطى تعريفاً للبند التعسفي مستنداً إلى مبدأ التوازن العقدي بشكل واضح، فجعل جوهره تحقيق منفعة غير مألوفة ومفرطة منتقصاً حقوق المتعاقد المقابل على عكس ما أوجب المبدأ المذكور.

---

[50])Op. cit : *BGH 2 déc. 1992, NJW 1993, p. 532.*

[51])Nathalie CROTEAU, LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI, pp. 417 et 418.

[52])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 32. (https://www.erudit.org)

[53])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 764.

[54])المرجع السابق، ص.765.

كما وعرّفه بعض الفقه بأنه البند الذي يخالف ما يجب أن يراعى في العلاقات التعاقدية من روح للنصوص والإنصاف، أو أنه البند الذي يشوه الغرض من العقد ويؤدي إلى انعدام التوازن بين الفرقاء، أو أنه البند الذي يخلق عدم توازن بليغ فيما بين حقوق وموجبات الأطراف[55]. وعرّفه آخرون بأنه البند الذي يُفرض عبر طرف من الأطراف يتمتع بثقل اقتصادي تجاه الطرف الآخر، يؤدي إلى خلل بليغ بين حقوق وموجبات الأطراف[56]. وتم تعريفه أيضاً بأنه الأمر أو الإتفاق الذي يضعه أحد المتعاقدين أو بالإتفاق مع المتعاقد الآخر، وهو متعسف فيما يملكه من قدرة اقتصادية أو خبرة قانونية أو فنية، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق وإلتزامات الأطراف في كل مرحلة يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئاً على الطرف الآخر دون مقتضى[57].

وقد عرّف معجم القانون الخاص البند التعسفي بأنه : "البند الذي يمنح أحد المتعاقدين مصلحة مبالغ بها"[58]. إلا أنه يعاب على هذا التعريف العمومية التي تطغى عليه، إذ جاء مختصراً جدّاً دون دلالة على الوجه غير المشروع في منح هذه المصلحة المبالغ فيها وكيفية تحققها.

ويجب لفت النظر إلى أن القانون المدني في كيبك، وفي خطوة كانت سبّاقة عن القانون المدني الفرنسي وغائبة عن القانون اللبناني، جاء على تعريف البند التعسفي ولم يحصره في إطار عقد الإستهلاك، حيث شملت المادة 1437 منه[59] مجالاً آخر، وهو عقد الإذعان (حذا المشرع الفرنسي حذو المشرع في كيبك عبر تعديل 10 شباط 2016[60] حيث أدخل مفهوم البند التعسفي في عقد الإذعان عبر المادة 1171 من قانونه المدني[61]، كما وأدخله في قانونه التجاري عبر التعداد الثاني من الفقرة الأولى من المادة L. 442-6[62] من القانون التجاري[63]).

---

[55])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 339 et 345.

[56])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 3, n^0 2.

[57])د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 223.

[58])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, préc, p. 212 .

[59])La clause abusive d'un contrat de consommation ou **d'adhésion** est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

[60])Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK : DROIT DES OBLIGATIONS, 9^{e}édition, 2017, LGDJ, Lextenso, p. 247.

[61])Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

ويجب علينا أن نشير في هذا السياق، وقبل عرض التعريف المذكور آنفاً، إلى أن الإجتهاد اللبناني أعطى تعريفاً موضوعياً للبند التعسفي بالإستناد إلى المبادىء الرئيسية للعقود، وذلك عبر قرار محكمة الإستئناف المدنية في الجنوب الغرفة الخامسة قرار رقم 2013/24 تاريخ 2013/2/20[64] جاء فيه : "ذهب التشريع والإجتهاد إلى الحد من مدى هذا النوع من العقود عبر إبطال البنود التعسفية الواردة فيها" (وتقصد المحكمة عقود الإذعان) ثم أعطت تعريفاً للبند التعسفي : "إن البند التعسفي هو الذي يعطي من فرضه في العقد منافع مفرطة وغير مألوفة، جاعلاً منه المستفيد الرئيسي من العقد والمسيطر على مصيره."

وبالعودة إلى تعريف المادة 1437 من القانون المدني في كيبيك للبند التعسفي، فإنه يستفاد من الفقرة الثانية منها على أن البند التعسفي هو كل بند يضرّ بمركز المستهلك أو المُذعن بصورة مبالغ فيها وغير منطقية، وبشكل يتعارض مع ما تتطلبه حسن النية. وتضيف المادة حالة ثانية يكون البند فيها تعسفياً، وهي عندما يقوم البند على إبعاد موجبات أساسية يدور حولها العقد مشوّهاً إياه بالتالي.

نلاحظ أن التعريف السابق يطرح ثلاث ملاحظات :

1) جاء النص حول البند التعسفي أوسع مجالاً للتطبيق، وأعطى للمغبون أو المتضرر من البند التعسفي مادةً صريحةً يثيرها ليتنصل من أحكامه. وبذلك يكون المشرع قد عمل على حماية الفريق المتضرر ليس فقط في عقد الإستهلاك، إنما في كل عقد من عقود الإذعان، فالدافع إلى هذه الحماية واحد، وهو حماية الطرف الضعيف في العقد أياً كان.
2) لقد ربط التعريف بين الضرر اللاحق وحسن النية، فجعل الأخير معياراً (وليس شرطاً إضافياً للتفاوت المبالغ فيه[65]) للقول بأن التفاوت بين المصالح هو فاحش وغير مألوف من عدمه. وهذا الربط جاء في العديد من التعريفات الأخرى كما قال به العديد من الفقهاء.
3) لقد وضع المشرّع مفهوماً إضافياً للبند التعسفي غير المتداول به، إذ جرّده من علاقته بمصالح الفرقاء والتوازن فيما بينها إلى تأثيره على موجبات العقد الأساسية اياً كان واضع هذا البند، أكان الطرف الأقوى أم الأضعف. فقال بأن كل بند يؤدي إلى إقصاء موجبات أساسية في عقد ما هو بند تعسفي.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

[62])I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

[63])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 303.

[64])محكمة الإستئناف المدنية في الجنوب، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2013/24، تاريخ 2013/2/20، دعوى منير دخل الله/محمود برجي، مجلة المحامون، 2014، العدد الثامن، ص. 271.

[65])-Benoît MOORE, Les clauses abusives : Dix ans après, p. 76.

-Voir à contrario : Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 4. (https://www.erudit.org)

كذلك فإن المشرع المصري قد عرَف البند التعسفي موضوعياً، وجاء ذلك عبر المادة 149 من قانونه المدني : " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

كما وأن المشرّع الجزائري قام بإعطاء تعريف موضوعي للبند التعسفي مستنداً على مبدأ التوازن العقدي، وذلك بموجب المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية : "يقصد في مفهوم القانون ما يأتي ... شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". وهنا نرى أن المشرع الجزائري لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد، وبالتالي لم يقصر مفهوم البند التعسفي على عقود الاستهلاك، وإنما مد مفهومه إلى سائر العقود، وذلك توافقا مع المشرع الألماني[66].

نورد تعريفاً آخر للبند التعسفي، حيث جاء : "إن البند التعسفي هو البند الذي يؤدي إلى عدم توازنٍ مفرطٍ في الحقوق والموجبات، لمصلحة خاصة بأحد الأطراف"[67].

إن التعريف الأخير جاء واضحاً ومبسّطاً. يظهر الوضوح حين أعطى التعريف الفكرة الرئيسية التي يدور حولها مفهوم البند التعسفي، ألا وهي خرقه للمبادىء الأساسية التي تحكم العقد. فالبند التعسفي هو مطلق بند، يشكل خرقاً مباشراً لمبدأ التوازن العقدي، وآخر غير مباشرٍ لمبدأ الحرية التعاقدية. فعندما يضع أحد الأطراف بنداً يجيّر له مصلحة فاحشة على حساب الطرف الآخر، وهذا الوصف للمصلحة هو شرط أساسي وارد في التعريف تحت تعبير "الإفراط"، حيث أن الخلل البسيط في التوازن هو أمر متوقع وطبيعي، يكون هذا البند قد أطاح بالتوازن العقدي بين الأطراف، وخرق بشكل مباشر مبدأ التوازن العقدي. وفي نفس الوقت نكون أمام خرق لمبدأ الحرية التعاقدية، إذ صحيحٌ أن هذا المبدأ يخول المتعاقد أن يحدد مضمون العقد ويضع بنوده بحرية، إلا أنه ومن زاوية مقابلة يعطي الفريق المقابل نفس الحق، وبذلك تكون حدود حق كل فريق من هذا المبدأ هي حق الفريق الآخر فيه، وإلا يكون واضع البند قد تجاوز حقه فيما خوله إياه المبدأ وخرقه بشكل غير مباشر بالتالي.

وتكمن البساطة في التعريف أنه لم يوجب كما أوجب غيره لناحية توفر تسلط من طرف على الطرف الآخر وخضوع هذا الأخير لهذا التسلط ولو أنّ هذا الأمر كثير الشيوع، إلا أنه ليس شرطاً لإعطاء البند التعسفي وصفه، إذ قد يضع أحد الأطراف بنداً يخرق فيه التوازن العقدي دون تسلّط على الطرف الآخر، ويكون سبب قبول الطرف الآخر بهذا البند ليس التسلط بل ظروف أخرى.

---

[66])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014، ص. 43.

[67])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), pp. 213 et 214.

ويتميّز هذا التعريف بأنه استعمل مصطلح "مفرط" في وصف عدم التوازن، ولم يشترط أن يكون فاحشاً (أو شاذاً) وغير مألوفٍ كما جاء في التعريفات الأخرى، إذ وبكلى المعنيين يتحقق الإفراط، فلا ضرورة لوجوب الجمع بينهما في تعريف البند التعسفي.

ولكن نرى أن التعريف كان ينقصه الإشارة إلى أن وضع البند التعسفي يجب أن يكون قد حصل من قبل المتعاقد الآخر أو من قبل الشخص الثالث في حال تم وضعه عبره. إذ أن البند إذا لم يكن وليد الحرية التعاقدية للمتعاقد، لا يمكن توصيفه بأنه بند تعسفي ولو كان كذلك على حقيقته[68]. مثال ذلك، لو فرض القانون في عقد من العقود، بنداً يُجبر أحد الأطراف على أن يقوم بموجبات يراها مرهقة له ومخلة بالتوازن العقدي لمصلحة الطرف المقابل له، ففي هذه الحالة لا يحق له أن يطلق وصف التعسف على هذا البند، لأنه لم يكن وليد الحرية التعاقدية للطرف المقابل. كما أن هذا التعريف لم يتضمن معايير نص عليها القانون المدني في موادٍ متفرقة كما فعلت التعاريف الأخرى، حيث أدخلت حسن النية على سبيل المثال في صلب التعريف. فيقتضي إذن عرض هذه المعايير التي جاءت بها هذه المواد وهذا ما سنقوم به في المبحث القادم.

المبحث الثاني : في ضوء النصوص القانونية العامة

نظراً لغياب نص في قانون الموجبات والعقود يعالج موضوع البند التعسفي أو يحدد مفهومه، استنتج البعض هذا المفهوم من النصوص القانونية العامة، وتم عرض الحالات التالية[69] : البنود التعسفية نصاً وإن لم ترد تحت هذا المصطلح، وتوضع هذه البنود من قبل الطرف القوي والغالب في العقد على الطرف الضعيف، هذه البنود تكون باطلة في الأصل كون القانون نص على ذلك. وهناك البنود المخالفة لأحكام قانونية مؤدية للبطلان، من أبرزها الأحكام المتعلقة بعيوب الرضى، ومخالفة النظام العام. وتلك البنود التي تدخل في مجال المادة 124 م.ع[70] المتعلقة باساءة استعمال الحق. فالإنسان يجب عليه أن لا يتجاوز في إعمال حقه حدّ الإضرار غير المشروع بالآخرين، فعليه التعامل بحسن نية مع الآخرين في ظل ممارسته لحقوقه. وقد فرض المشرع على من يضر بالغير جرّاء تجاوز في استعمال حقه على أن يعوض على المتضرر. وهنالك البند الذي يخالف أحكام الفقرة الثانية من المادة 221 م.ع[71]، فهذه المادة في فقرتها الثانية فرضت على أن العقود تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف.

---

[68])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, p. 130.

[69])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 764.

[70])يلزم أيضاً بالتعويض من يضر بالغير بتجاوزه، في أثناء استعمال حقه، حدود حسن النية أ الغرض الذي من أجله منح هذا الحق.

[71])إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، **ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفاقاً لحسن النية والإنصاف والعرف.**

إذا نظرنا إلى الحالات أعلاه، نرى أنها تنقسم إلى شقّين اثنين : البنود التعسفية بدلالة مباشرة (القسم الأول) وهي التي يظهر الطابع التعسفي لها عند نص المواد عليها، وتلك التي تتوارى ولم يتم النص عليها مباشرةً وهي البنود التعسفية بدلالة غير مباشرة (القسم الثاني).

القسم الأول : البنود التعسفية بدلالة مباشرة

قد يضع أحد أطراف العقد بنداً أو عدة بنود مستفيداً من عناصر قوة يمتلكها فاستعملها في مرحلة التعاقد بصورة غير مشروعة أو مستغلاً لجهل، ضيق أو ضعف المتعاقد المقابل، لذلك استدرك المشرّع هذا الأمر عن طريق وضع نصوص عبّر فيها عن رفضه هذا النوع من البنود التي تتصف بالتعسف، ولو أنه لم يصفها بذلك صراحة.

وقد تنوعت النصوص القانونية في هذا المجال، منها ما هو عام بالعقود كالمواد التي تحدثت عن البطلان في حال مخالفة الأحكام القانونية العامة للعقد (الفقرة الأولى)، ومنها ما هو خاص بالبنود، كالمواد التي قالت ببطلان البنود في حالات خاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : البنود المخالفة للأحكام القانونية العامّة للعقد

لم يحذُ المشرّع اللبناني حذو المشرعين الفرنسي، الكندي، الألماني، الجزائري والكويتي اللذين رفضوا البند التعسفي عبر نص عام صريح، إما في القانون المدني (المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي، المادة 1437 من القانون في كيبيك، المادة 149 من القانون المصري، المادة 81 من القانون المدني الكويتي[72])، أو في تشريع يتعلق بالشروط العامة للعقد (التشريع الألماني بتاريخ 9 كانون الأول 1976)[73]، أو في تنظيم خاص للبنود التعسفية في العقود كما فعلت الولايات المتحدة الأميركية سنة 1962[74]، إنما يستنتج رفضه لها من خلال العديد من الأحكام القانونية العامة والتي من الممكن أن نقسمها إلى فئتين : الأحكام المتعلقة بعيوب الرضى (البند الأول)، وتلك المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة (البند الثاني).

---

[72])المادة 81 من القانون المدني الكويتي :
إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع إجحافها، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

[73])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 754.

[74])حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستير، الجمهورية الجزائرية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، شعبة : الحقوق والعلوم السياسية، تخصص : عقود ومسؤولية، السنة الدراسية 2018/2017، ص. 74.

البند الأول : الأحكام المتعلقة بعيوب الرضى

إن أكثر النصوص القانونية التي يظهر فيها رفض المشرّع للبنود التعسفية هي تلك الواردة في قانون الموجبات والعقود فيما يخص عيوب الرضى، فهذه الأخيرة تساهم بشكل كبير في إفساح المجال لدخول البنود التعسفية إلى العقود[75].

هذا ما جرى على سبيل المثال في قضية "Lachapelle c.PromotionsC.G.S. inc"، حيث قررت إحدى المحاكم إبطال الإيجار التمويلي، إذ اعتبرت البند المتعلق به دون مفعول نظراً لكونه بنداً تعسفياً، جراء عدم مطابقة عملية تقديم آلة التنظيف لما هو مقرّر في العقد نتيجة الخداع[76].

وأيضاً في قضية "Yoskovitch c. Tabor"[77]، التي طالب فيها المدّعون بتنفيذ عقد بيع مؤسسة، فيما طالب المدعى عليه بإبطال العقد لعلّة الغلط والخداع. قررت المحكمة إبطال العقد لسبب الغلط، حيث ناقشت فيه البند المتعلق بالثمن واصفة إياه بالبند التعسفي، نظراً لأمور عديدة في العملية التعاقدية منها محدودية علم المشتري، عدم إلمامه الكافي باللغة الإنكليزية، نقص خبرته في مجال الأعمال والضغط الذي تمّ من قبل المطالبين بالتنفيذ لتوقيع العقد دون دراسة مسبقة له. كل ما سبق كان نتيجته حصول الفريق البائع على أفضلية على حساب المشتري بحسب تعبير المحكمة.

ونرى في الإجتهاد الأميركي اعتماداً على عيوب الرضى ضمنياً لإبطال البنود التعسفية، مثال ذلك ما جرى في قضية Williams v. Walker-Thomas Furniture Company حيث تم التعاقد بالإكراه نتيجة لحالة الضعف التي وُجدت بها السيدة Williams[78].

إن الغبن هو المظهر الرئيسي الذي يتجلى فيه اختلال التوازن العقدي[79]، وهذا ما دفع الفقهاء إلى القول بأن مفهوم البند التعسفي هو أقرب ما يكون من مفهوم الغبن، وكان مطرح أخذٍ وردٍّ بينهم حول العلاقة بين المفهومين[80]، فكلاهما يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، البحث عن العدالة التعاقدية ومحاربة الإستغلال[81]. وكما قيل أنه في كل عقد يشوبه الغبن هنالك بندٌ تعسفي،

---

[75])Nathalie CROTEAU, LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI, p. 424.

[76])Op. cit : *Lachapelle c. Promotions C.G.S. inc., J.E. 95-1356 (C.Q.)*

[77])Op. cit, p. 425.

[78])Marie Nioche, Commentaire de l'arrêt Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, par Jeremy Attali, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 30/08/2010 : *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company (350 F.2d 445 C.A. D.C. 1965)*. (https://blogs.parisnanterre.fr)

[79])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 149.

[80])Benoît MOORE, Les clauses abusives : Dix ans après, 2003, la revue du barreau, p. 91.

[81])Op. cit, p. 93.

ولكن العكس غير صحيح، فوجود البند التعسفي لا يكفي لوحده للقول بأن الغبن قائم في العملية التعاقدية[82].

وقد جاءت بعض الدعاوى في هذا الصدد (أي الدمج بين المفهومين)[83]. منها على سبيل المثال القيام بالطعن بأحد العقود بسبب الغبن، لتوفّر بند فيه يعين حد الفوائد في مجال القروض بشكل يخل التوازن العقدي[84].

وجاءت المادة 213 م.ع لتصيب جوهر البند التعسفي المتمثل بتحقيق تفاوت التوازن بين أطراف العقد، فعرّفت الغبن بأنه التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض. ثم وضعت المادة 214 م.ع الأحوال التي تتيح فيها للمغبون أن يطالب بإبطال العقد، وهي حينما يكون المغبون قاصراً، أو إذا كان راشداً فيجب أن يكون الغبن فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة وأن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون.

يكون على ذلك أنه إذا ما تمّ وضع بند من قبل أحد الأطراف، كانت نتيجته تَحقق عدم توازن في الموجبات المتقابلة بين الفرقاء، جاز للمغبون أن يدلي ببطلان العقد للتخلص من أحكامه التعسفية.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن المشرع الفرنسي لم يعرف الغبن كعيب من عيوب الرضى في قانونه المدني[85]. حيث نصت الفقرة الاولى من المادة 1130 منه على عيوب الرضى دون التطرق إلى الغبن :

“L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une desparties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.”

ولكن استثنى من ذلك وجعل الغبن مؤثراً في عدة حالات، منها التعاقد القائم من قاصر (المادة 1149 [86])، من راشد فاقدٍ للأهلية (المادة 488[87])، من مقاسم أو مشترك في قسمة (المادة 889[88]) ومن بائع لغير منقول (المادة 1675[89]).

---

[82])Op. cit, p. 94.

[83])Op. cit, p. 96.

[84])Op. cit, p. 98.

[85])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 27. (www.uldroit3.com)

[86])Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion.

[87])Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

بالإضافة إلى كون الغبن أحد أكثر الأسباب التي يتجلى فيها اختلال التوازن ويدعو الطرف المغبون لطلب الإبطال كما ذكرنا فيما سبق، فإنه غالباً ما يتمّ الإدلاء بالإكراه المعنوي الذي دفع المكرَه على القبول بالبند التعسفي كسبب لطلب الإبطال أيضاً[90].

والإكراه كالغبن تماماً لا يفسد الرضى إلا بتحقق شروط معينة نص عليها المشرع في المادة 210 و211 م.ع. فجاءت المادة الأولى لتقول ببطلان كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جسماني أو عن تهديد موجه على شخص المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله وفروعه، ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد. ثم جاءت المادة التي تليها لتنص على ضرورة أن يكون الخوف هو الحامل على التعاقد لطلب البطلان.

وإن طلب بطلان البنود التعسفية لا ينحصر في التذرع بعيوب الرضى وحسب، بل إنه يمتد ليطال أحكاماً أخرى جاء لينص عليها المشترع معبراً عن رفضه لهذه البنود، كما وكرسها بعض الإجتهاد في نفس الغرض صراحةً وأدخلها ضمن المعايير المحددة للبنود التعسفية، وهي الأحكام المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

البند الثاني : الأحكام المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة

تجلى رفض المشرع للبنود التعسفية أيضاً في إطار القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية التي جاءت على ذكرها المادة 166 م.ع، فقد نصت على : "إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزامية". ويقابلها المادتين 6 و1102[91] من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت الأولى على عدم إمكانية خرق الإتفاقات للقوانين المتعلقة بالنظام العام

L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224.

[88])Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.

L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage.

[89])Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente.

En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation.

[90])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 767.

[91])-Article 6 : On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent **l'ordre public et les bonnes mœurs**.

-Article 1102 : Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractantet de déterminer le contenuet la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

والآداب العامة، فيما نصت الثانية على أن الحرية التعاقدية لا يمكن أن تكون مبرراً لخرق القواعد المتعلقة بالنظام العام.

بداية، لا يوجد تعريف واحد وثابت للنظام العام، فتعددت المفاهيم بتعدد الفقهاء إلا أنها تدور جميعها حول محور أساسي هو حماية المصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد لأنها تتعلق بالمبادىء الأساسية التي ترعى نظاماً اجتماعياً وسياسياً واقتصادياً وأخلاقياً[92]. ومن التعريفات الجيّدة ما ذكر الأستاذ Philippe Malaurie في كتابه النظام العام والعقد سنة 1951 بأن "النظام العام هو مجموعة المؤسسات والقواعد الهادفة في بلد معين إلى المحافظة على حسن أداء المرافق العامة والآداب العامة في المعاملات بين الأفراد والتي لا يمكن مبدئياً لهؤلاء استبعادها في معاملاتهم"[93].

يمكننا الإستنتاج من هذا التعريف بأن النظام العام يهدف إلى حماية المبادىء الرئيسية التي ترعى العلاقة بين الأفراد، ومنها المبادىء التي ترعى العلاقة التعاقدية بينهم، وبذلك تكون المادة 166 م.ع قد حمت الطرف الذي فُرض عليه البند التعسفي، عبر إبطال هذا الأخير كونه يقوم بضرب مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ التوازن العقدي على ما تم شرحه سابقاً. وفي ذلك أورد أحد الفقهاء صراحة بأن البنود التي تخالف النظام العام يمكن اعتبارها بنوداً تعسفية[94].

وقد اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1985/4/19 باطلاً وبدون مفعول البند الذي يلحظ زيادة موجبات المدين في التصفية القضائية لأنه يمس النظام العام[95].

وكان قد صدر قرار من محكمة النقض المصرية عرّف البنود التعسفية بأنها تلك التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام[96]. وقد صدر هذا القرار في قضية متعلقة بعقد عمل، كان رب العمل قد ضمّن العقد بنوداً جزائية تذهب بالجزء الأكبر من راتب العامل دون أن تتناسب مع المخالفة التي يرتكبها، فحكمت المحكمة بإبطال هذه البنود لكونها بنوداً تعسفية[97].

ونفس الحال بالنسبة للآداب العامة، فإن البند التعسفي إذا ما كان مخالفاً للآداب العامة، فإنه يكون باطلاً أيضاً طبقاً لأحكام المادة 166 م.ع. والآداب العامة كما هو معروف، هي مجموع المعايير السلوكية المعتمدة في مجتمع وزمان معينين والتي يعتبرها المجتمع أساسية في حفظ أخلاقية أفراده والتزامهم بها في علاقاتهم، بحيث تبقى سليمة ومترفعة عما يحط من كرامة الإنسان وسمعته[98].

---

[92])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 437.

[93])-المرجع السابق، ص.438.

-Philippe Malaurie et Laurent Aynès, Cours de droit Civil, Les obligations, Editions Cujas. 1990, p. 286.

[94])د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 224.

[95])Cass. Com. 19 avr. 1985. D. 1986. IR. 9. Obs. Derrida.

[96])الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ص. 46 و47.

[97])المرجع السابق، ص. 47.

[98])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 461.

وفي هذه النقطة، يجدر التذكير بما قاله Ghestin بأن العدالة التبادلية (التي يقوم بخرقها البند التعسفي) هي من الآداب العامة للتبادل[99]، فيكون بالتالي للطرف الذي وُضع في مواجهته بند تعسفي أن يدلي ببطلانه سنداً لأحكام المادة 166 م.ع المذكورة.

أما بالنسبة للقيد الثالث الذي ذكرته المادة نفسها، أي القوانين الآمرة، فإن البند التعسفي يكون باطلاً في حال اصطدم بنص قانوني ملزم. فأحكام قانون العمل الآمرة تدخل في صلب العلاقة التعاقدية بين رب العمل والأجير، إذ تفرض حدوداً دنيا وقصوى لا يمكن تجاوزها[100]. مثال ذلك أن يأتي بند في عقد عمل يفرض على الأجير أن يعمل 50 ساعة أسبوعياً، أو أن يحرمه من ساعات العطل... في هذه الأحوال، يكون البند قد خرق قاعدة قانونية آمرة متمثلة بنصوص مواد قانون العمل الملزمة في هذه المجالات[101]، ويكون باطلاً بالتالي.

لم يكتف المشرّع بالنصوص ذات الطابع العام التي نظّم فيها العلاقة التعاقدية بين الفرقاء ورفض من خلالها فكرة البند التعسفي، بل أورد العديد من النصوص الأخرى المتعلقة بالبنود العقدية، والتي صرّح فيها ببطلان هذه الأخيرة في حالات خاصة جاء على ذكرها في قانون الموجبات والعقود وفي قوانين أخرى عديدة.

الفقرة الثانية : البنود الباطلة بحالات خاصة

غالباً ما ترد البنود الباطلة بحالات خاصة من قبل الطرف القوي اقتصادياً فارضاً إرادته على الطرف الآخر محققاً منافع فاحشة، ومخلاً بالتوازن العقدي بالتالي، هذه البنود التعسفية تكون باطلة بموجب نص في القانون أوجب ذلك[102]. مثال ذلك ما يمكن أن يفرضه رب العمل على العاملين والأجراء لديه، أو البائع على المشتري، أو الدائن على المدين...إلخ.

أُولى النصوص القانونية التي تبرز لنا في هذا المجال هو نص المادة 82 م.ع الواردة ضمن الأحكام العامة للموجبات الشرطية، فنصّت على : "إن اشتراط الشيء المستحيل والمخالف للآداب

---

[99])راجع صفحة 20.

[100])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 227.

[101])المادة 31 من قانون العمل : "إن الحد الأقصى للعمل في الأسبوع هو 48 ساعة في النقابات المبينة في المادة الخامسة ما خلى النقابات الزراعية.
أما الأولاد والأحداث فيصير تشغيلهم وفقا الحكام المادة 22 الى 25".
المادة 36 من قانون العمل : "يجب أن يمنح جميع الأجراء راحة اسبوعية لا تقل عن 36 ساعة بدون انقطاع. لرب العمل ان يختار يوم هذه الراحة وان يوزع بين الأجراء حسب مقتضيات العمل".

[102])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 765.

أو للقانون باطل ومبطل الإتفاق المتفق عليه...". كما جاءت المادة 1304-1[103] من القانون المدني الفرنسي بذات المعنى، حيث نصت على ضرورة أن يكون الشرط مشروعاً وإلا كان الموجب باطلاً.

يتضح لنا من هذه المادة أن المشرّع أكّد ما نصّ عليه من الأحكام القانونية العامة للعقد فيما ورد في المادة 166 م.ع السالف ذكرها. فإذا ما فُرض بندٌ يشترط فيه تنفيذ شيء مستحيل أو مخالف للقانون أو الآداب العامة، اعتبر هذا البند باطلاً.

ثم جاءت المادة 83 م.ع حيث نصت في فقرتها الأولى : "باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه في الزواج أو حقوقه المدنية". استناداً إلى هذه المادة، يكون البند الذي تفرضه شركة الطيران على مضيفة بأن لا تتزوج طيلة فترة عملها لدى الشركة بنداً باطلاً[104]. وأيضاً يعتبر باطلاً البند الذي يمنع البائع في عقد بيع مؤسسة تجارية، ممارسة تجارة معينة دون تحديد للنطاق الزماني والمكاني لهذا المنع، لأنه يتعارض مع حق الإنسان في تعاطي المهنة الذي يريد[105]. كذلك لا يستطيع أحدهم فرض بند على الطرف الآخر يشترط عليه عدم إمكانه المشاركة في الإنتخابات والإدلاء بصوته إذا أراد أن يحصل على منفعة معينة أو أن يستمر في عمله على سبيل المثال. في كلتا الحالتين، يستطيع من فُرض عليه البند أن لا يقوم بتنفيذه متذرعاً ببطلانه سنداً للمادة المذكورة.

كما يعتبر باطلاً وفقاً للمادة 84 م.ع الموجب الموقوف على على إرادة الموجب عليه وحده أو ما يعرف بالشرط الإرادي المحض. حيث نصت الفقرة الأولى منها على ما يلي : "يكون الموجب باطلاً إذا جُعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الإرادي المحض)".

وكذلك القانون الفرنسي، فإنه يبطل صراحة عبر الفقرة الأولى من المادة 1304-2[106] الموجب المربوط بشرط إرادي محض بالنسبة للمدين.

وقد اعتبرت محكمة استئناف باريس بقرارها تاريخ 1953/12/22 أن تعليق فتح اعتماد على قبول المصرف الضمانات المقدمة لاحقاً منه باطل لأنه متروك لمجرد مشيئة المصرف الذي يمكنه اعتبار الضمانات غير كافية[107].

ويجب لفت الإنتباه هنا إلى أن الشرط الإرادي المحض يصح إذا كان ملغياً أي ليس موقوفاً، سواء تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين لأن الموجب يوجد أصلاً، ولكن استمراره مرهون في يد أحدهما وان يكن خاضعاً لبعض العوامل[108].

---

[103])La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle.

[104])مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 765 و766.

[105])المرجع السابق، ص. 766.

[106])Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur.

[107])هدى العبدالله، دروس في القانون المدني، النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2008، منشورات الحلبي الحقوقية،ص.154.

يظهر الطابع التعسفي في هذا النوع من البنود بشكل واضح جداً، إذ إن هذا الأخير لم يكتف بالقيام بإخلال التوازن بين الموجبات العقدية، بل ضرب مبدأ التوازن بشكل صارخ، إذ رجّح كفّة الميزان كليّاً لصالح الموجب عليه، فأصبحت إرادته هي المتحكم الوحيد في إدخال العقد حيّز التنفيذ.

وجاءت المادة 97 م.ع لتبطل البند الذي يشترط على الدائن بموجب موقوف على شرط إلغاء على أن يرد المنتجات للمدين بالموجب، فيعدّ البند كأنه لم يكن.

كذلك لحظت المادة 138 م.ع حالة البند الذي ينفي تبعة الإحتيال أو الخطأ الفادح، أو يخفف من وطأتها، وحكمت ببطلانه أصلاً فنصّ ما يلي : "ما من أحد يستطيع أن يبرئ نفسه إبراء كلياً أو جزئياً من نتائج إحتياله أو خطأه الفادح بوضعه بنداً ينفي عنه التبعة أو يخفف من وطأتها وكل بند يدرج لهذا الغرض في أي عقد كان، هو باطل أصلاً".

ومن الحالات الشائعة التي تصدى لها المشرّع، هي عندما يقوم البائع بالتملّص من موجب الضمان الشخصي المفروض عليه قانوناً، فجاءت المادة 431 م.ع بالنص على : "إن البائع وان اشترط عدم إلزامه بضمان ما، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي. وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً". وتقابلها المادة 1628[109] من القانون المدني الفرنسي التي تنص على بقاء موجب الضمان الشخصي على البائع ولو ذُكر أنه متنصل من كل ضمان، وكل اتفاق مخالف لما سلف يعدّ باطلاً. فالبائع ملزم بأن لا يضايق المشتري الذي له بسبب ملكية للشيء أن يتصرف به بكل حرية انتفاع و استثمار، وعليه أن يمتنع عن كافة الاعمال التي تشكل تعرضاً مادياً أو قانونياً.

كذلك نصت المادة 613 م.ع على بطلان البند الذي يلقي على عاتق المستأجر الطوارىء غير العادية، فجاء نصها كما يلي : "يجوز بمقتضى نص خاص أن يلقي على عاتق المستاجر ما يقع من الطوارئ.

على أن هذا النص لا يوضع إلا للطوارئ العادية كسقوط البرد أو الصواعق أو حدوث الجمد. أما إذا وضع هذا النص لطوارئ غير عادية، كالدمار الذي ينجم عن الحروب في أنحاء غير مستهدفة له، فيعد باطلا".

أيضاً، جاءت المادة 627 م.ع لتبطل كل بند يفرض على أحدهم أن يمارس خدمة طوال حياته أو لفترة طويلة، فنصت على التالي : "كل اتفاق يعد فيه الإنسان بالخدمة سحابة حياته أو مدة مديدة تجعله مقيداً إلى يوم وفاته، هو باطل على وجه مطلق".

كما تعتبر الشركة باطلة وفقاً للمادة 895 م.ع إذا ما نص عقدها على منح أحد الشركاء مجموع الأرباح، أو إعفاء أحد الشركاء من الإشتراك في دفع الخسائر، وجاء النص كالتالي : "إذا قضى العقد بمنح أحد الشركاء مجموع الأرباح كانت الشركة باطلة.

---

[108])المرجع السابق، ص. 154 و155.

[109])Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle.

وكل نص يعفي أحد الشركاء من الإشتراك في دفع الخسائر يؤدي إلى بطلان الشركة".

إن هذه الحالة هي أكثر ما تكون شبيهة بحالة البند الذي يجعل الموجب الموقوف على شرط تعليق خاضع لإرادة الموجب عليه المحضة، لناحية الإختلال بالتوازن العقدي وضرب هذا المبدأ بصورة صارخة، إذ تقوم بإعطاء كل المنافع لأحد الشركاء دون الآخرين وليس على نسبة معينة حتى، أو بالمقابل إعفائه من تحمل نصيبه من الخسارة كلياً.

هناك أيضاً طائفة من المواد المتعلقة بحماية المضمون في عقد الضمان تنص على إبطال البنود التي تضرّ بمصلحته، منها المادة 969 م.ع التي تنص على إبطال النص الذي يلقي على عاتق المضمون عبء إثبات أن الضرر أو الهلاك غير ناشئ عن أحد الأسباب المذكورة في الفقرة الأولى من نفس المادة. والمادة 975 م.ع التي تبطل كل بند يقوم بتقصير المهل المعينة في نص المادة، أو بإعفاء الضامن من موجب الإنذار في حال استحقاق قسط من أقساط الضمان. كذلك جاءت المادة 979 م.ع لتبطل كل اتفاق يشترط فيه أداء مبلغ يتجاوز القسط السنوي على سبيل تعويض العطل والضرر للضامن إذا بيع الشيء المعقود عليه الضمان أو توفي المضمون واختار المشتري أو الوارث فسخ العقد حسبما تقدم في الفقرة الثانية من هذه المادة. وأيضاً المادة 983 م.ع التي تنص على بطلان البنود العامة التي تتضمن إسقاط حقوق المضمون لمخالفته القوانين والانظمة شرط أن لا تشكل هذه المخالفة خطأً فاحشاً لا يعذر عليه، وتنص أيضاً على بطلان جميع البنود التي تتضمن إسقاط حقوق المضمون لمجرد تأخره عن إعلام السلطة بوقوع الطارئ أو عن إبراز بعض المستندات.

أخيراً، لا يجب أن نغفل عن البنود النافية أو المحددة للمسؤولية التي يتجسد فيها الطابع التعسفي بصورة جلية عبر الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي غالباً، حيث نص المشرع في المادة 138 م.ع على أنه ما من أحد يستطيع أن يبرىء نفسه إبراءً كلياً أو جزئياً من نتائج احتياله أو خطأه الفادح بوضعه بنداً ينفي عنه التبعة أو يخفف منها، وكل بند يدرج لهذا الغرض في أي عقد كان هو باطل أصلاً. لكن المشرّع وفي المادة التي تليها، قام بتشريع هذا النوع من البنود في حالة الخطأ غير المقصود وفيما يتعلق بالأضرار المادية حصراً.

ينبغي الإشارة إلى أن هذان النصان متعلقان بالبند النافي للمسؤولية التقصيرية، فما من نص آخر عالج هذا البند فيما خص المسؤولية العقدية ما خلا الإشارة إليه في المادة 267 م.ع التي اعتبرت بأن البند الجزائي صحيح وإن كان موازياً لبند نافٍ للتبعة، إنما استثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون. فالمبدأ إذن هو شرعية البنود النافية للتعبة فيما خص المسؤولية العقدية باستثناء النص عليه في عقد الإستهلاك[110] أو قيام المدين بخطأ فادح أو مقصود أو اقترافه الإحتيال. حيث أن النصين 138 و139 م.ع وإن وردا بخصوص البند النافي للمسؤولية التقصيرية إلا أنه يُعمل بهما في مجال المسؤولية العقدية نظراً لوحدة المبادىء والأهداف التي تقضي بعد السماح للمدين من

[110])إعتبرت المادة 26 من قانون حماية المستهلك البند النافي لمسؤولية المحترف بنداً تعسفياً، ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الإستفادة من خطأه الفادح أو المقصود أو من احتياله للتحرر من المسؤولية[111].

وهذا المبدأ– أي صحة البنود النافية أو المحددة للمسؤولية العقدية – هو نفسه في التشريع الفرنسي، ولكنه مقوّض أكثر مما عليه في التشريع اللبناني، عبر عدة استثناءات خاصة في عقود العمل[112]، الإستهلاك[113]، نقل البضائع[114] والنقل البحري[115] وغيرها، حيث تم إبطال هذا النوع من البنود[116]. كما تم وضع استثناء جوهري في القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 10 شباط 2016، حيث نصت المادة 1170 منه على أن البند الذي يعطّل الموجب الأصلي يعتبر غير مكتوب. وجاء نصها كالآتي :

"Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite."

لقد جاء هذا النص ليحسم التضارب الحاصل في الإجتهاد حول مصير البنود النافية أو المحددة للمسؤولية عند تعرضها للموجب الأصلي في العقد فيما عرف ب " La saga Chronopost". ففي قرار أول للغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 30 حزيران 1993[117] تتلخص وقائعه بوضع شركة للنقل بنداً يحدد مسؤوليتها عن عملية النقل ب122 فرنكاً، فإنها اعتبرته بنداً غير مكتوب معللة بأن البند المحدد للمسؤولية الذي يتعرض للموجب الأصلي في العقد يعتبر غير مكتوب (réputée non écrite)، بعد أن كان قضاة الأساس اشترطوا الخطأ الفادح كشرط لعدم إعمال هذا البند ولقيام المسؤولية بالتالي. ثم عادت نفس الغرفة واتخذت قراراً بتاريخ 9 تموز 2002[118] مناقضاً لفحوى قرارها الأول ومشترطة إثبات الخطأ الفادح للناقل[119]. ثم عادت وتبنت المنحى الأول لها بقرار لاحق جاء بتاريخ 30 أيار 2006[120]، قبل أن تعود وتشترط

---

[111]) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 598 و599.

[112])l'article L. 1231-4 du Code du travail : L'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre.

[113])l'article R. 212-1, 6° du Code de la consommation : « dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de […] supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.»

[114])l'article 133-1 du Code de commerce : « le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure. […]. Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle.»

[115])l'article L. 5422-15 du Code des transports : « est nulle et de nul effet toute clause ayant directement ou indirectement pour objet ou pour effet […] de soustraire le transporteur à la responsabilité définie par les dispositions de l'article L. 5422-12.»

[116])Aurélien Bamdé, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité: régime juridique, 16 novembre 2019. (https://aurelienbamde.com)

[117])Cass. com. 22 oct. 1996 : "*en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite*".

[118])Cass. com. 9 juill. 2002.

[119])Aurélien Bamdé, préc.

[120])Cass. com. 30 mai. 2006.

الخطأ الفادح كسبب لعدم إعمال البند المحدد للمسؤولية في قرارها بتاريخ 13 حزيران 2006[121].

وفي مرحلة لاحقة للقضايا التي فصلت فيها محكمة التمييز الفرنسية تحت مسمى " La saga les arrêts Chronopost"، فصلت هي الأخرى بقضيتين بذات الموضوع سميت ب" Faurecia". فقررت في القضية الأولى بتاريخ 13 شباط 2007[122] بأن مجرد التخلف عن القيام بالموجب الأصلي يسقط البند المحدد للمسؤولية. ثم عادت وفي قرار لها بتاريخ 29 حزيران 2010[123] قالت بأنه ولكي يهمل البند المحدد للمسؤولية فإنه يجب أن يؤدي إلى تفريغ الموجب الأصلي من كل مفعول[124]، كما واشترطت من جديد الخطأ الفادح، وقالت بأن مجرد التخلف عن القيام بالموجب الأصلي لا يشكل بحد ذاته خطأً فادحاً إنما يستنتج من جسامة تصرف أو سلوك المدين.

إن رفض المشرع الفرنسي الصريح للبند النافي أو المحدد للمسؤولية الذي يجرد الموجب الأصلي من فاعليته ما هو إلا رفض لما يجسده هذا البند من تعسفٍ واختلال فاضح للتوازن العقدي.

لذلك فإنه وعلى المشرع اللبناني عدم الإكتفاء بمواجهة هذه البنود فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية، والبقاء في حالة الجمود الإيجابي فيما خص البنود النافية أو المحددة للمسؤولية العقدية، مشرّعاً إياها بالتالي عبر نص المادة 267 م.ع فيما خص الموجبات الأصلية أو الثانوية على السواء، حيث أن تقييده إياها بمجرد وقوع احتيال لا يؤدي الغرض المطلوب من الحماية أو تنظيم التعاملات. فهو بذلك، ولو عن غير قصد، يشرع ضرب المبادىء الأساسية للعقود كما والنظام القانوني للعقود الذي نص عليه بنفسه. فالبند النافي أو المحدد للمسؤولية بهذا الشكل – أي عند تعرضه للموجب الأصلي – هو ضرب لمبدأ حسن النية أولاً حيث أن النص عليه هو خرق واضح للإستقامة في التعامل، إعمال لإساءة استعمال الحق ثانياً بالسماح للمتعاقد بالتعسف في ممارسة حقه بالنص على البنود كما يشاء (سنتحدث عن ذلك بشكل أوسع لاحقاً[125])، تحقيق للشرط الإرادي المحض بتخويل المدين تنفيذ موجبه أو عدمه خصوصاً وأنه لا وجود لأي عواقب عند عدم التنفيذ. بناءً لذلك فإنه وعلى المشرع اللبناني أن يحذو حذو المشرع الفرنسي باعتماد نص مماثل لنص المادة 1170 الذي رفض هذا البند التعسفي، إذ أن التعرض للموجب الأصلي سيؤدي حتماً إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

بعد العرض المفصل للبنود التعسفية نصاً، إن كانت التي تصطدم بالأحكام القانونية العامة للعقد أو تلك التي ورد نص خاص بها، فإن هنالك بنوداً تعسفيةً عالجها المشرّع بدلالة غير مباشرة.

---

[121])Cass. com. 13 juin. 2006 : "*la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur*".

[122])Cass. com. 17 févr. 2007.

[123])Cass. com. 29 juin. 2010 : "*la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur*".

[124])Aurélien Bamdé, préc.

[125])أنظر صفحة 42.

القسم الثاني : البنود التعسفية بدلالة غير مباشرة

إن سلوك الشخص لا يقتصر مجاله على المجاملات والعلاقات المجتمعية مع سائر الأشخاص، بل يشمل وبشكل أساسي معاملاته. فحين يقوم بإنشاء عقد ما، يكون سلوكه في إطار المفاوضات ومناقشة مندرجات العقد مؤثراً في وضع بنوده وفي تنفيذها لاحقاً، وقد يترتب على فساد سلوكه في هذا المجال كاتصافه بسوء النية أو بالتعسف نتائج ومسؤوليات نص عليها القانون. فتكون البنود المدرجة عن سوء نية موضوع بحثنا بداية (الفقرة الأولى) ثم تلك الناتجة عن الإساءة في استعمال الحق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : البنود المدرجة عن سوء نية

إن سوء النية هو المفهوم المخالف لحسن النية، وهذا الأخير كما عرفه الدكتور مصطفى العوجي، هو الإستقامة في التعامل وإرادة عدم الإضرار بالغير عند ممارسة الحق والإلتزام بمبادىء العدل والإنصاف وعدم تجاوز ما يمنحه الحق من سلطة واستئثار[126].

إن النص الذي تحدث مباشرة عن حسن النية في مجال العقود هو نصّ المادة 221 م.ع، فجاء فيه على أن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب أن تفهم وتفسّر وتنفّذ وفاقاً لحسن النية والإنصاف والعرف. ويقابلها نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى بعض الفروقات الجوهرية التي ستؤثر في مجال بحثنا. وقد نصت على :

“Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.”

إن نص المادة المذكورة جاء نتيجة للأهمية والأولوية التي أعطيت لحسن النية خلال الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي[127]، واستناداً للتعديل الصادر بتاريخ 10 شباط 2016 حيث أصبح حسن النية يشمل عملية المفاوضات وتكوين العقد، وليس خلال عملية التنفيذ وحسب كما كانت تنص المادة القديمة[128]. وتعتبر أحكام هذه المادة من النظام العام[129].

---

[126])مصطفى العوجي، القانون المرجع السابق، ص. 727.

[127])Romain Loir, Les fondements de l’exigence de bonne foi en droit français des contrats, Session 2001/2002, M*é*moire de DEA droit des contrats p*ré*par*é* sous la direction de Christophe Jamin, Ecole doctorale n° 74, Lille 2, p. 68.

[128])Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK : DROIT DES OBLIGATIONS, 9e édition, 2017, LGDJ, Lextenso, p. 254.

[129])Op. cit.

ويعتبر حسن النية من المبادىء الناظمة في القانون الخاص في كيبيك، وقد قامت المحكمة العليا بتأكيد ذلك[130].

وقد تنازع الفقه عبر الزمن حول إعمال حسن النية في إطار تنفيذ العقود، فقيل إن تقبّل القول أن مجرد التذرع بسوء النية هو أمر كاف بحد ذاته للتنصل من التنفيذ هو ليس بالأمر البسيط، إذ كيف يمكننا التهرب من مبدأ القوة الإلزامية للعقد المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة ؟ وهذا ما قال به العديد من الفقهاء كأمثال Baudry-Lacantinerie et Barde وDemolombe، معبّرين بأن مبدأ القوة الإلزامية للعقد هو أكثر أهمية من تطلب حسن النية[131]، كما أن هذا الأخير لا يجب أن يجد مجالا له إلا في سياق مبدأ القوة الإلزامية للعقد أي استناداً لإرادة أطرافه ولا يمكنه أن يكون في مواجهته[132]. كما وأن Philippe Stoffel-Munck رفض من وجهة نظره بأن ننظر إلى شخص المتعاقد (توفر حسن نيته) عند معالجتنا للبند التعسفي إذ يجب أن تكون النظرة موضوعية أي إلى البند نفسه[133].

كما أن عدداً آخر من الفقهاء كأمثال الدكتور عاطف النقيب[134] والأستاذ خليل جريج[135] والأستاذ جورج سيوفي[136] استندوا إلى المادتين 166 و221 م.ع ليقولوا بعدم إعمال حسن النية في حال أثرت ظروف على العقد بحيث جعلت تنفيذه مرهقاً لأحد الأطراف منطلقين من أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن تعديله لأي ظرف كان وإنما صاحب الحق بالتعديل هو المشرع وليس القضاء، والإجتهاد في لبنان مستقر على هذا الرأي، فهو يرفض تعديل العقد ويتمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد ولو أصبح التنفيذ مرهقاً للمدين جراء ظروف طارئة[137].

من جهة أخرى وفي التيار المعاكس، اعتمد العديد من الفقهاء حسن النية كأساس لتحديد البند التعسفي[138]، فهو ليس معياراً ثانوياً أو مكملاً نلجأ إليه لإبطال هذا الأخير[139]. ومنهم من اعتبر

---

[130])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 1 : *ABB Inc.* c. *Domtar Inc.*, *[2007] 3 R.C.S. 461, 468, par. 1: "L'évolution du droit québécois des obligations a été marquée par la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, la liberté contractuelle des individus et, d'autre part, le respect du principe de la bonne foi dans leurs rapports les uns avec les autres.*" (https://www.erudit.org)

[131])Romain Loir, préc, p. 65.

[132])Op. cit, p. 67.

[133])Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, 2000, LGDJ, p. 298.

[134])د. عاطف النقيب، في تقديمه لكتاب د. منصور عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، الطبعة الأولى، 1987، ص. 11.

[135])الرئيس خليل جريج، النظرية العامة للموجبات والعقود، ح 2، بيروت 1958، ص. 330.

[136])الأستاذ جورج ومرسال سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، بيروت، الطبعة الثانية، 1994، ص. 228.

[137])عبدالمنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، 2016، منشورات زين الحقوقية، ص. 105 و106.

[138])Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, préc, p. 316 .

[139])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 240.

انتهاك حسن النية شرطاً من شروط إعلان البند على أنه بندٌ تعسفي[140]. ويستندون في ذلك على اجتهاد المحاكم الفرنسية والبلجيكية وبعض النصوص التشريعية[141] (منها على سبيل المثال نص المادة 246 من القانون المدني الألماني[142] ونص المادة 1437 من القانون المدني في كيبيك كما والتشريع الإنكليزي[143]) وعلى القواعد التوجيهية للإتحاد الأوروبي (Directive de l'Union Européenne)[144] في تعريفه للبند التعسفي وإعتماده على حسن النية كأساس في هذا التعريف[145]. فقد أكد Rau وAubry على أن الإتفاقات يجب أن تنفذ وفقاً لحسن النية، أي طبقاً لإرادة الفرقاء وللهدف الذي تم إنشاء الإتفاق من أجله، وقال بذلك أيضاً Baudry-Lacantunerie وBarde[146]. كما جاء ESMEIN ليعطي حسن النية دوراً مهما على غرار Planiol وRipert، فقال بأن حسن النية يشكل منطلقاً لتدخل القاضي في العقد، وأورد ما معناه أن ليس هناك ما يحدد بشكل كامل ما على القاضي أن يتصرفه، فعليه وحده أن يحدد المعيار الذي يجب أن يقوده في الحل على ضوء الظروف الخاصة بكل قضية، وهو بطبيعة الحال يجب أن يكون مطابقاً لمقتضيات حسن النية[147]. وجاء الرد على لسان الفقيه Demogue على ما أورده أنصار الرأي الأول بأن حسن النية تجد أساسها ومجالها انطلاقاً من إرادة الفرقاء وحسب، فقال بأن حسن النية لا تدخل حيّز التطبيق استناداً لإرادة الفرقاء وحسب بل استناداً إلى الهدف الذي وُجدت العقود من أجله وهو أن تسود الأمانة والإستقامة في التعامل[148]، وأن حسن النية هو ملازم ضروري في عملية التنفيذ[149].

وقد جاءت العديد من الأحكام التي كرّست حسن النية في إطار تنفيذ العقد، ففي قضية "Expovit" صدر قرار عن الغرفة التجارية في محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 25 شباط 1992 جاء فيه ما يلي :

---

[140])Manuela Lavinia ISTRÂTOAIE, LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS, Université de Craïova, p. 190.

[141])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 771.

[142])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014، ص. 41 : "أن الشرط يكون تعسفيا وباطلا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى و**حسن النية** الواجب التطبيق في المعاملات".

[143])د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 271.

[144])Une directive est un acte normatif pris par les institutions de l'Union européenne.
Avecles règlements,les décisions etles recommandations,les directives communautaires font partie du droit dérivé de l'Union européenne.

[145])Op. cit, p. 240.

[146])Romain Loir, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Session 2001/2002, M*é*moire de DEA droit des contrats p*r*épar*é* sous la direction de Christophe Jamin, Ecole doctorale n° 74, Lille 2, p. 60.

[147])Op. cit, p. 70.

[148])Op. cit, p. 71.

[149])Op. cit, p. 89.

“l’employeur, tenu d’exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d’assurer l’adaptation des salariés à l’evolution de leur emploi”[150].

وفي قضية "Huard" صدر قرار عن الغرفة التجارية في محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 3 تشرين الثاني وجاء فيه :

“privant M.Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n’avait pas exécuté le contrat de bonne foi”[151].

كما وأن الإجتهاد في كيبك قد فرض موجب حسن النية في تنفيذ العقود مستنداً للمادة 1024 من القانون المدني في كيبيك[152]. وهذا ما فرضه الإجتهاد الفرنسي على ما ذكرنا آنفاً، إضافة إلى استعماله لنظرية الإساءة في استعمال الحق عند معالجته للبند التعسفي على ما سنرى في الفقرة التالية. ولكن، وقبل الإنتقال إليها نعلق بالتالي :

إن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام وشامل يطال العملية التعاقدية لا ريب، والقول بعدم إعماله فيها بحجة إلزامية العقد هو قول مردود بالإستناد إلى الكثير من المواضع التي كرّس فيها المشرع هذا المبدأ بصريح القول والتي لا مجال الآن لتعدادها، إضافة إلى اتجاه التشريعات الحديثة إلى النص عليه في العديد من المواضع وبشكل صريح. ولكن إن اشتراط هذا المبدأ في إطار مفهوم البند التعسفي له طابع إيجابي وآخر سلبي على السواء. فمن الناحية الأولى، إن الإعتماد عليه كأساس في تحديد البند التعسفي والقول بأن انتهاكه يؤدي إلى إعطاء البند هذا الوصف، يؤدي إلى توفير أساس قانوني للبند التعسفي ويشكل منطلقاً للقاضي للتدخل فيه، ولكن من الجهة الأخرى يؤدي أيضاً إلى تقييد هذا الوصف بعامل سوء النية والذي إذا ما لم يتوفر حينها فلا يمكننا إعطاء هذا الوصف، مع التنويه بأن البند التعسفي يشكل غالباً خرقاً لحسن النية. ونحن نميل في هذا الشأن إلى اعتماد النظرة الموضوعية إلى البند التعسفي وليس إلى شخص المتعاقد، مع الأخذ بعين الإعتبار إمكانية الإستفادة من عامل حسن النية ولكن ليس على سبيل الإشتراط (سنعالج هذا الموضوع بتفصيل أكثر لاحقاً[153]).

---

[150])Op. cit, p.92 : *Cass. Soc., 25 février 1992, Bull. civ., V, n^{0}121, p.74 ; D. 1992, somm. P.294, obs. LYON-CAEN (A.) ; D. 1992, p.390, note DEFOSSEZ (M.).*

[151])Op. cit. : *Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. civ., IV, n^{0}340, p. 242 ; JCP, éd. G., 1993-II-22164, note VIRASSAMY (G.).*

[152])Ginette Leclerc, La bonne foi dans l'exécution des contrats, p. 1072.

[153])صفحة 92 وما يليها.

الفقرة الثانية : البنود المنطوية على الإساءة في استعمال الحق

لقد سار الفقه على القول بأن أنه من يستعمل حقه بسوء نية أو بنية الإضرار بالغير يرتكب خطأ يرتب على من صدر عنه موجب التعويض عن الأضرار التي أحدثها[154]. وقد جاء المشرع ليكرس هذا عبر المادة 124 م.ع فنص على ما يلي : "يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه، في أثناء استعمال حقه، حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق".

يتبين لنا من خلال نص المادة 124 م.ع بأن المشرع اشترط لقيام سوء استعمال الحق بأن يحصل الضرر للغير نتيجة استعمال حق ما وأن يكون هذا الإستعمال جاوز حدود حسن النية أو جاوز الغرض الذي من أجله منح هذا الحق[155].

وقد ميّز الإجتهاد بين تطلب سوء النية ونية الإضرار بالغير خلال ممارسة الحق لتطبق أحكام المادة السابقة، بحيث يعتبر خطأ في ممارسة الحق توفر أحد الأمرين منفرداً[156]. وسوء النية هو نقيض حسن النية وقد سبق شرحه. أما نية الإضرار بالغير فتفرض توجه الإرادة نحو إحداث ضرر غبر مشروع للغير[157].

إن التشريع المتعلق بالبنود التعسفية يشكل الوقاية من إساءة استعمال الحق في المجال التعاقدي[158]، وقد أسند عدد كبير من الفقهاء، خصوصاً الفرنسيون منهم[159]، الأساس القانوني للبند التعسفي إلى الإساءة في استعمال الحق[160]. فقد قال Philippe Stoffel-Munck بأن مجال البنود التعسفية يتعدى المجال المحدد له في القانون إلى فكرة التعسف في استعمال الحق[161]، كما بيّن Ghestin في تعليقه على القرار الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1989/12/6[162]

---

[154])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 321.

[155])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 779 و780.

[156])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 324.

[157])المرجع السابق، ص. 325.

[158])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil,TOME I, Édition Dalloz – 2018, Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, Abus de droit, p. 11, n^0 40 : *V. JO Doc*, *Sénat*, *1987-1988*, *Rap. n^0 291*, *p. 26.*

[159])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 20. (www.uldroit3.com)

[160])-Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), pp. 269 et 270.

-الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ص. 154.

-د.بشار المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني : دراسة مقارنة، مجلة العلوم الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، العدد التسلسلي 22، رمضان/شوال 1439 هـ- يونيو 2018 م، ص. 605.

-د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 223.

[161])Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, 2000, LGDJ, p. 296.

[162])Cass. civ. 6 dec. 1989. D. 1990. 89. Note Ghestin et Traité de Droit Civil, Le contrat. Formation N^0 82. Cornu. Obs. Sous Trib. Com. De paris 14 avril 1972.

والقرار الصادر في 1991/5/14[163] أنه بالإستناد إلى المادتين 1134 و1135 من القانون المدني الفرنسي يمكن إبطال البنود التعسفية من قبل القاضي استناداً لمفهوم سوء استعمال الحق[164]. كما قال البعض بأن المشرع لم يلجأ إلى تشريع القوانين التي تعنى بحماية المستهلك والنص على البنود التعسفية إلا لمعاقبة التعسف في الحرية التعاقدية "abus de la liberté contracuelle"، حيث أنه وفي ظل التطور الإقتصادي والإستهلاكي انتشرت العديد من العقود النموذجية التي استغلّ واضعها للحرية التعاقدية في فرضه لبنود تعسفية على الطرف الآخر[165]، وبأنه يكفي وجود تعسف في الحرية التعاقدية في بندٍ من البنود لكي يعتبر بنداً تعسفياً[166].

ومن مراجعة المادة 124 م.ع، يتبين لنا بأنها اشترطت أن يكون الإستعمال قد جاوز الغرض الذي من أجله منح هذا الحق، وهنا يرى الدكتور العوجي أن المشرّع قد قصد العقد من خلال هذا المقطع من المادة[167].

وإن فرض أحد أطراف العقد لبند تعسفي على معاقده، يشكل نوعاً من التعسف في استعمال الحق بالمعنى المذكور آنفاً، إذ إن هذا الطرف يمارس تعسفاً في استعمال الحق المتمثل بالحرية التعاقدية. وفي ذلك قيل بأن البند التعسفي يشكل أو نتاج تعسف في الحرية التعاقدية " l'abus de liberté contractuelle"[168].

وقد عمد الإجتهاد المحلي والأجنبي إلى إعتماد نظرية الإساءة في استعمال الحق للحكم على البند بالتعسف من عدمه. فنذكر في هذا الصدد قرار الغرفة الأولى لمحكمة الإستئناف المدنية في بيروت رقم 1389 تاريخ 15 كانون الأول 2017[169]، حيث اعتبرت بأن إلغاء بوليصة التأمين بدون سبب- والذي يشكل نوعاً من تعسف في التعامل على ما تم شرحه سابقاً- والخلاف الدائر على هذا الإلغاء يطرح منازعة حول مدى كون البند الذي يقرر هذا الإلغاء بنداً تعسفياً. وقد جاء فيه ما يلي :

"وفي ضوء مضمون البند A9 من البوليصة، وصياغته التي ذكرت الإلغاء المحق، والبند 12 من الشروط العامة لعقد التأمين وأصول تطبيقه، وعدم اتضاح أي سبب ظاهر لإلغاء البوليصة من قبل شركة كابيتال فيناس كومباني ش.م.ل، في ما يعود لحقوق المؤمنة المستأنف عليها، وما يمكن أن

---

[163])Cass.. Civ. 14 mi 1991. D. 1991. D. 1991. 449. note Ghestin.

[164])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 760.

[165])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 127.

[166])Op. cit, p. 128.

[167])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع سابق، ص. 770.

[168])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 242.

[169])محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم 1389، تاريخ 15-12-2017، دعوى شركة المتوسط والخليج للتأمين وإعادة التأمين ش.م.ل./سارين واراجابديان، العدل، 2018،العدد الثاني، ص. 779 و780.

يثيره ذلك من نزاع حول أحقية الإلغاء لهذه الجهة، علماً أنه على فرض أن هذا الإلغاء مطلق، فإنه يطرح ظاهراً منازعة حول مدى كون البند A9 بنداً تعسفياً".

وفي نفس السياق جاءت عدة قرارات[170] منها قرار محكمة التمييز اللبنانية الذي أفضى إلى عدم إعمال بند جزائي لكونه يشكل تعسفاً في استعمال الحق ولو بعدم صريح العبارة، حيث حرمت البائع من حقه باكتساب قيمة البند الذي نص الفرقاء عليه بأنه يمثل "قيمة جزائية" عند إلغاء العقد، كونه لا ثبوت لضرر فعلي قد أصابه نتيجة هذا الإلغاء. و فقد ورد فيه ما يلي :

"وحيث أن المحكمة تعتبر أن ما ورد في البند الحادي عشر من "قيمة جزائية" أو في ما بعد على لسان المستأنف عليه أنه "بمثابة جزاء مترتب على هذا الإلغاء" إنما يشكل في الواقع جزاء مدنياً وضع في العقد دعماً لالتزام الفرقاء بالقيام بموجباتهم ما لم يكن على سبيل تحديد بدل عطل وضرر معيّن جرى تقييمه مسبقاً من قبلهم مع إرادة الإلتزام به. وتستند في تفسيرها هذا إلى كون المستأنف عليه نفسه الذي يتذرع بهذا البند يطلب من المحكمة الإبتدائية اعتباره بمثابة بدل عضل وضرر لعدم التنفيذ مما يضع هذا الطلب تحت تقدير المحكمة لا سيما وأن البند المذكور لم يلحظ مسبقاً مبلغاً جرى تحديده اتفاقاً وبصورة نهائية كتعويض عن العطل والضرر في حال عدم التنفيذ كما أن قيمته ستزداد تدريجياً كلما تقدم التنفيذ من قبل الشاري الذي يمتنع بعدها لسبب ما عن متابعة إيفاء الأقساط مما يتنافى مع حقيقة العطل والضرر الذي يكون قد لحق فعلاً بالبائع وقد قبض قسماً من الثمن، ربما كان معظمه عند توقف الشاري عن الدفع **ولا يجوز للبائع أن يحتفظ بمعظم الثمن والمبيع في آن معاً كتعويض عن ضرر غير أكيد بل وربما غير متحقق أصلاً**، وهذا ما ينفي عن البند المذكور صفة الإتفاق المسبق على التعويض عن عطل وضرر جرى تقييمه من قبل الفرقاء بصورة مسبقة والإلتزام به.

وحيث أنه يقتضي بالتالي عدم التوقف عند البند المذكور **لكونه يشكل جزاءً مدنياً لا أساس قانونياً له**، والنظر في طلب المستأنف عليه المقدم بداية فيما إذا كان من مبرر قانوني وواقعي لإجابة طلبه اعتبار الثمن المدفوع بمثابة عطل وضرر عن إلغاء العقد".

أما الأحكام الفرنسية فقد عمدت إلى ذلك صراحة. منها ما جاءت به الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز في قرارها الصادر بتاريخ 15 آذار 2017[171]، حيث اعتبرت بأن البند الذي يتيح فسخ العقد بصورة منفردة، بدون مبرر وبلا إشعار يشكل تعسفاً في استعمال الحق.

---

[170])-تمييز لبناني، قرار رقم 92/11 تاريخ 1992/3/19، الرئيس مصطفى العوجي المستشاران ريمون معلوق ومصطفى نور الدين، مجلة العدل، سنة 1993، صفحة 63.

-محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة التاسعة، قرار رقم 735، تاريخ 2005/4/26، الرئيسة ميسم النويري والمستشاران جمانة خيرالله وجان فرنيني، مجلة العدل، سنة 2005، صفحة 776.

[171])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 15 mars 2017, N° de pourvoi: 15-28224 : *"ALORS, ENFIN, QU'est abusive la clause qui permet au professionnel de suspendre ou de résilier unilatéralement le contrat sans préavis ni motivation ; que le juge est tenu d'examiner, au besoin d'office, le caractère abusif d'une clause contractuelle, dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ; qu'en s'abstenant de déclarer abusive et non écrite la clause litigieuse après avoir pourtant énoncé que, en droit, la résiliation d'une convention à durée indéterminée doit intervenir après un*

وفي قرار للغرفة الإجتماعية لمحكمة التمييز بتاريخ 13 أيار 2015[172]، جاء فيه بأن البند المتنازع فيه ليس بنداً تعسفياً، كون ربّ العمل وباستفادته من البند الذي يخوله تغيير مكان عمل المستخدم، لا يكون قد تعسف في استعمال حقه.

أيضاً، وفي قرار لمحكمة استئناف ليموج في قرارها بتاريخ 12 كانون الأول 2012[173] :

"Attendu que les premiers juges ont à bon droit rappelé que l'usage prétendument abusif d'une clause résolutoire ou l'abus de droit en justice exigent…".

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف أورليان بتاريخ 10 تشرين الثاني 2008[174]، حكمت المحكمة بأن المطالبة ببندٍ جزائي ذي قيمة غير مبالغ بها يعتبر ممارسة لحق (أي ليس اساءة استعمال حق).

كذلك فعلت محكمة استئناف بورج في قرارها بتاريخ 26 تشرين الأول 2006[175]، حيث اعتبرت بأن وضع ربّ العمل لبند يخوله حرية التصرف بحسب حاجات مؤسسته لا يعتبر تعسفاً في استعمال الحق.

نلاحظ أن بعض الأحكام التي ارتكزت على التعسف في استعمال الحق لوصف البند بالتعسفي، ومنها القرار التمييزي للغرفة المدنية الأولى بتاريخ 15 آذار 2017 المذكور سابقاً، عمدت إلى الخلط بين المعيار الموضوعي للبند التعسفي عبر لجوئها إلى النظام القانوني العام للعقود فيما يتعلق باساءة استعمال الحق، وبين المعيار الشخصي للبند التعسفي عبر لجوئها إلى طبيعة العقد وصفة أطرافه فيما يتعلق بالمحترف والمستهلك. وهذا المعيار الأخير هو ما سنعالجه في العنوان الثاني، لاستكمال الجانب الآخر من مفهوم البند التعسفي.

---

préavis raisonnable et, en fait, que la société eBay Europe n'avait pas avisé M. X... de son intention de suspendre son compte, ce qui constituait un abus de son droit de résiliation…". (www.legifrance.gouv.fr)

[172])Cour de cassation, chambre sociale, Audience publique du mercredi 13 mai 2015, N° de pourvoi: 14-12698 **:** *"que la clause de mobilité est une clause par laquelle l'employeur se réserve la possibilité de modifier le lieu de travail du salarié, cette clause est licite à condition d'être édictée dans l'intérêt de l'entreprise, de ne pas constituer un abus de droit ou un détournement de l'employeur;"*. (www.legifrance.gouv.fr)

[173])Cour d'appel de Limoges, chambre civile, Audience publique du mercredi 12 décembre 2012, N° de RG: 11/01543. (www.legifrance.gouv.fr)

[174])Cour d'appel d'Orléans, ct0062, Audience publique du lundi 10 novembre 2008, N° de RG: 07/02164 : "*que le montant de la clause pénale contractuelle n'apparaissant pas manifestement excessif, il convient de faire droit à la demande des intimés tendant à la condamnation de la SCI ALEDA à leur verser la somme de 16. 800 euros;"*.(www.legifrance.gouv.fr)

[175])Cour d'appel de Bourges, chambre sociale, Audience publique du vendredi 27 octobre 2006, N° de RG: 370 **:**"*que dans ces conditions, l'employeur ne pouvait plus temporiser et se trouvait acculé à mettre en oeuvre la clause de disponibilité dans l'intérêt de l'entreprise ;*

qu'il ne peut donc lui être reproché un abus de droit **;".** (www.legifrance.gouv.fr)

العنوان الثاني : المعيار الشخصي للبند التعسفي

إن المعيار الشخصي للبند التعسفي هو معيار محصور على عكس المعيار الموضوعي، إذ إن البند لا يمكنه أن يكون إلا في عقد واحد هو عقد الإستهلاك، بين أطراف محددين وهُما المحترف من جهة والمستهلك من جهة أخرى، وأن تكون له نتيجة محددة وهي الإخلال بالتوازن العقدي بين الأطراف لغير مصلحة المستهلك. ويطرح التساؤل هنا عن ماهية هذا الإخلال، أهو نفسه الكائن في المعيار الموضوعي للبند التعسفي أم هو إخلال من نوعٍ آخر وكيف تجري عملية تقديره ؟

لقد نصت المادة 26 من قانون حماية المستهلك في تعريفها للبند التعسفي بأنه البند الذي يرمي أو قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير. وتقابها نص الفقرة الأولى من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي :

"Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.".

هذه الحقوق والموجبات تنص عليها البنود في العقد الذي يجمع المحترف بالمستهلك، وهو عقد ذو خصائص مهمة ينبغي دراستها بالتفصيل إن لجهة تكوينه أو لجهة أطرافه فهو المحل الوحيد للبند التعسفي (الفصل الأول) الذي ينتج عنه الإخلال في التوازن بين أطرافه المستشكل أعلاه (الفصل الثاني).

الفصل الأول : عقد الإستهلاك كمحل للبند التعسفي

لقد جاء المشرّع ليتحدث عن البنود التعسفية في المادة 26 من قانون حماية المستهلك ضمن الفصل السادس المعنون ب"العلاقة التعاقدية"، وقد استهل هذا الفصل بالمادة الأولى منه (المادة 17) بأن تطبق أحكام هذا القانون المتعلقة بالعقود التي تربط المحترف بالمستهلك. هذه العقود عُرفت بعقود الإستهلاك التي لها مواضيع وغايات محددة وأشكالاً متعددة. كما وحددت المادة نفسها (أي المادة 17) أطراف هذه العلاقة التعاقدية اللذين لا يمكنهما أن يكونا إلا مستهلك من جهة ومحترف من جهة أخرى، لكلٍ منهما خصائصه لكي يكتسب هذه الصفة بحكم القانون.

انطلاقاً مما سبق، ينبغي علينا معرفة مفهوم عقد الإستهلاك بشكل مفصّل (القسم الأول) لكي ينطبق على البند الذي يحتويه وصف التعسف بمفهوم المادة 26 من قانون حماية المستهلك، وما يتطلبه من أطراف معينين، وهُم حصراً المحترف والمستهلك، أطراف عقد الإستهلاك (القسم الثاني).

القسم الأول : مفهوم عقد الإستهلاك

يشكل عقد الإستهلاك كما ذكرنا، المحل الوحيد للبند التعسفي في إطار المعيار الشخصي، وعليه فقبل الحكم عليه استناداً لقانون حماية المستهلك، يجب التأكد في البدء بأننا أمام عقد استهلاك. ولا يتم ذلك إلا إذا تمكنا من معرفته عن كثب عبر تعريفه وتبيان خصائصه من جهة (الفقرة الأولى) ومعرفة أشكاله من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف عقد الإستهلاك

لم يرد تعبير "عقد الإستهلاك" في قانون الموجبات والعقود ولا حتى في قانون حماية المستهلك اللبناني، إنما ورد تعبير "العقود التي تربط المحترف بالمستهلك" في المادة 17 من هذا الأخير.

أما قانون الإستهلاك الفرنسي فاستعمل هذا التعبير في نص المادة L. 211-2 من قانون المستهلك الفرنسي، ولكنه لم يقم بتعريفه[176]. وورد فيها ما يلي :

"Les conditions générales de vente applicables aux contrats de consommation mentionnent...".

كذلك فإن الإجتهاد يكاد يخلو من استعمال هذا التعبير[177]. فلم نعثر على استعمالٍ له إلا من قبل محكمة استئناف باريس حيث أوردت في قرارها ما يلي[178] :

"Mais considérant que M Rostom X...ne démontre nullement que le contrat litigieux s'analyserait en un contrat de consommation ;".

ولم يتم تداوله إلا بين الفقهاء للدلالة على العقود التي تخضع لقانون حماية المستهلك[179].

أما القانون المدني في كيبيك فقد عرّف عقد الإستهلاك في المادة 1384 منه بالتالي :

"Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une

---

[176])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 4, n^0 9.

[177])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, p. 32.

[178])Cour d'appel de Paris, pôle 4, chambre 1, Audience publique du jeudi 30 octobre 2014, N° de RG: 13/18234. (www.legifrance.gouv.fr)

[179])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, préc, p. 33.

personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite."

كما عرفت المادة 6 من التشريع الأوروبي رقم 593 سنة 2008 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي عقد الإستهلاك بأنه "العقد المبرم بين شخص طبيعي (المستهلك) من جهة من أجل الحصول على ما يلزمه من سلع وخدمات لغرض خارج نطاق تجارته أو مهنته مع شخص آخر (المهني/المحترف) الذي يمارس نشاطه كمهني/محترف لغرض تجارته أو مهنته"[180].

وقد عرّف Y. Picod وH. Davo عقد الإستهلاك بأنه العقد الذي يتميّز بوجود محترف في مركز متقدم بالنسبة للمستهلك، نظراً لما يتمتع به من معارف وتقنيات وقدرة مالية عالية[181]. الفكرة نفسها اعتمدها MM. Terré، Lequette و Simler[182].

إن الطرح القانوني الغالب هو أن عقد الإستهلاك ليس فئة من فئات العقود[183]، هو ليس عقداً مميّزاً بحد ذاته كباقي العقود التي تتميز عن بعضها بمواضيعها وموجبات أطرافها، فهو لا يتضمن موجبات خاصة به ومحددة سلفاً. إنه يتبع فئات العقود المحددة سلفاً من قبل المشرع أو العرف كعقد البيع وعقد الإيجار[184]...

إن تصنيف عقد ما بعقد إستهلاك لا يتم عبر النظر إلى الموجبات الأساسية للعقد وإنما بالنظر إلى أطرافه، فعقد الإستهلاك هو عقد ينشأ بين محترف من جهة ومستهلك من جهة أخرى[185]، ولا يمكن أن يقوم عقد استهلاك بين محترفين اثنين، وفي حال حصول تعاقد بينهما فلا نستطيع تطبيق قانون حماية المستهلك بما فيه أحكام البنود التعسفية على هذا العقد، وهذا ما قررته المحكمة العليا في

[180])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 9. (www.uldroit3.com)

[181])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 5, n^0 9 : *T. Picod et H. Davo*, *op. cit*, *n^0 172.*

[182])Op. cit : *op. et loc. cit.*

[183])Natacha Sauphanor-Brouillaud, Elise Poillot, Carole Aubert de Vincelles et Geoffray Brunaux : LES CONTRATS DE CONSOMMATION REGLES COMMUNES, 2013, LGDJ, Lextenso, p. 80, n^0 81.

[184])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, préc, p. 34.

[185])Op. cit.

فرنسا منذ القدم، حيث جاءت بذلك صراحةً في عدة قرارت لها[186] منها قرار الغرفة المدنية الثانية لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 22 تشرين الثاني 2018[187].

وينظر أيضاً إلى الغاية من العقد، فعقد الإستهلاك تكون غايته دائماً شخصية[188]. وفي حال كانت الغاية من العقد مختلطة أي شخصية ومهنية بالوقت نفسه كأن يشتري صاحب مؤسسة مكتب عقاري سيارة لاستعماله الشخصي والمهني على السواء، فلا يعتبر هذا العقد عقد استهلاك إلا في حال كان الدافع المهني محدوداً[189]، وذلك ما جاءت به محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي (CJCE)[190] بتاريخ 20 كانون الثاني [191]2005.

على ذلك لا يستفيد الشخص من الحماية الخاصة المقررة لعقد الإستهلاك ومنها ما يتعلق بالبنود التعسفية، إلا إذا كانت الغاية المهنية من وراء العقد ضئيلة جداً بالنظر إلى الغاية العامة له.

ويجب لفت النظر إلى أنه ولو عمد مشتري السيارة للغاية المختلطة، إلى التوقف عن استعمالها المهني والإنفراد باستعمالها الشخصي، فلا يشكل ذلك ذريعة له بأن يطالب اعتبار العقد عقد استهلاك ويستفيد بالتالي من الحماية. إذ يجب أن ننظر هنا إلى سبب العقد، الأمر الذي يقدر وجوده وماهيته عند إبرام العقد وليس بعده، فهو اشترى السيارة للغاية المختلطة، المهنية والشخصية، ولم يكتسب بالتالي صفة المستهلك.

---

[186])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 1 juin 2017, N° de pourvoi: 16-14402 ; Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 22 novembre 2018, N° de pourvoi: 17-27730 ; Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 24 mai 2017, N° de pourvoi: 15-18484 ; Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mardi 3 juillet 2001, N° de pourvoi: 96-14678 ; Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mardi 23 novembre 1999, N° de pourvoi: 96-21869.

[187])Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 22 novembre 2018, N° de pourvoi: 17-27730 **:** *"Mais attendu, d'abord, que les dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation [concernat les clauses abusives], devenu L. 212-1 du même code, qui* ***s'appliquent exclusivement au consommateur et au non-professionnel****, sont inapplicables aux contrats d'assurance conclus par des sociétés commerciales ;"*. (www.legifrance.gouv.fr)

[188])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, p. 62.

[189])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 11, n^0 29 : *CJUE, 20 janv. 2005, aff. C-464/01 : Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100.*

[190])La CJCE (Cour de justice des communautés européennes) était une juridiction dont le rôle consistait à assurer le respect du droit communautaire dans l'interprétation et l'application des traités. C'est l'ancienne appellation de l'actuelle Cour de justice de l'Union européenne.
Elle avait notamment le pouvoir de condamner à des amendes un Etat qui violerait le droit européen. Cette juridiction contrôlait en outre la légalité des actes émis par les institutions de l'UE.

[191])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 64 : *"Une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à son activité professionnelle n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice des règles de compétence spécifique prévues aux articles 13 à 15 de ladite convention, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligent dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard*".

وانطلاقاً مما سبق، يمكن تعريف عقد الإستهلاك بأنه ذلك العقد الذي يبرم بين طرفين، مستهلك من جهة ومهني من جهة أخرى يتعهد فيها الأخير بأن يورد للمستهلك سلعة أو خدمة لاستعماله الشخصي. وهذا التعريف لعقد الإستهلاك يدمج بين المنظورين المادي المتمثل بعلمية الإستهلاك عبر استخدام منتج أو سلعة معينة والمنظور القانوني المتمثل بالتصرف القانوني الذي قام به المستهلك لإشباع حاجاته[192].

نستنتج من التعريفات السابقة ومن أحكام قانون حماية المستهلك عدة خصائص لعقد الإستهلاك :

1) لجهة أطرافه : إن عقد الإستهلاك يتميز بطرفيه الثابتين، فهناك طرف ضعيف دائماً، وهو المستهلك الذي لا يملك معلومات كافية عن السلعة أو المنتج الذي يتم التعاقد عليه، وطرف قوي دائماً وهو المحترف أو المهني الذي يملك المعلومات المفصلة والوافية عن السلعة[193].

2) لجهة نوعه : إن عقد الإستهلاك غالباً ما يكون من عقود الإذعان، فهو يتم تنظيمه في كثير من الأحيان من قبل المحترف بدون مفاوضات ومناقشات مع المستهلك[194]، الذي يقتصر دوره على قبول العقد أو رفضه بالمطلق.

3) لجهة موضوعه : إن موضوع عقد الإستهلاك هو سلعة أو خدمة يحتاجها أفراد المجتمع، كطلب الحصول على المواد الغذائية أو على خدمة فنية معينة. ولكن يثور التساؤل هنا حول اشتمال عقد الإستهلاك على المنقولات وحسب، أم يتعداه إلى غير المنقول ؟ وهل يشمل المال المادي والمال غير المادي على السواء ؟

لقد جاءت العديد من التعاريف بشكل يبين بأن موضوع عقود الإستهلاك هو توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات[195]... بدون ذكر الأشياء غير المنقولة. ولكن القانون اللبناني جاء صريحاً بأن التعاملات بين المحترف والمستهلك تشتمل على سلع وخدمات، وجاء على تعريف السلعة في المادة الثانية من قانون حماية المستهلك بأنها كل مال غير منقول، وكذلك الأموال المنقولة سواء كانت غذائية أو طبيعية محولة أو مصنعة. وبذلك يكون المال غير المنقول كما المال المنقول محلاً في عقد الإستهلاك.

بالنسبة للوضع في فرنسا، فإن قانون الإستهلاك الفرنسي لم يعرّف السلعة (Produit) خلافاً لقانون حماية المستهلك اللبناني، ولم يتحدث عن الأموال التي تشملها أحكام هذا

---

[192])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 6. (www.uldroit3.com)

[193])المرجع السابق، ص. 6 و7.

[194])Professeur Habib Kazzi, DROIT de la PROTECTION du CONSOMMATEUR, Université Libanaise, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Branche II, p. 2.

[195])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 6. (www.uldroit3.com)

القانون، إنما تحدث عنها بشكل عام (Biens). وذلك أدى إلى الإنقسام في الرأي حول هذه المسألة[196]، فمن الفقهاء من قال بشمولها المال غير المنقول كما المال المنقول[197]، أمثال H. Davo وY. Picod حيث ورد في مؤلفهما بأن الأموال غير المنقولة ممكن أن تكون موضوعاً لعقد استهلاك وتخضع بالتالي لأحكام المادة المتعلقة بالبنود التعسفية[198]. ومن الحجج التي سيقت في هذا المجال، أحكام الفرع السابع من الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الثاني لقانون الإستهلاك الفرنسي المتعلقة بالإنتفاع بالعقار، كذلك أحكام القرض العقاري (crédit immobilier)[199]. وبالنسبة لمحكمة التمييز، فإنها تُخضع البيوعات العقارية لأحكام قانون الإستهلاك[200].

أما الإتجاه المعاكس لهذه الوجهة فتتصدره أعمال لجنة البنود التعسفية التي أوصت بأن يتم استبعاد الأحكام الخاصة بالبنود التعسفية في عقود البيع العقارية، إيجار المباني السكنية أو بناء المنازل الفردية وفقاً لتصميم[201]. ومن الحجج التي ذُكرت في إقصاء الأموال غير المنقولة كموضوع لعقد الإستهلاك هو أن تعبير "produit" المستخدم من المشرع لا يمكن أن يُقصد منه المال غير المنقول، كما أن تعبير "Biens meubles" ورد في العديد من مواد قانون الإستهلاك، وإن أحكام القرض العقاري إنما وُجدت لترعى القرض كمبلغ من المال وليس العقار، كذلك فإن المادة L. 221-2[202] من قانون الإستهلاك الجديد ذهبت لتقصي غير المنقول كموضوع لموجب المحترف[203].

ونحن نرى صوابية الوجهة الأولى، حيث لا يجب أن نفهم من إقصاء المشرع الفرنسي للعقود المنشأة عن بعد والتي يكون موضوعها أموالاً غير منقولة من أحكام قانون الإستهلاك بأنه أقصى العقود العادية ذات نفس الموضوع منها، بل على العكس، فإن ذلك يجب أن يُفهم بأن المشرع الفرنسي يُخضع مبدئياً الأموال غير المنقولة لأحكام قانون الإستهلاك، إنما استثنى من ذلك ما ورد في المادة L. 221-2.

---

[196])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 13, n^0 38.

[197])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 107.

[198])-Op. cit., p. 67.

-Hélène Davo et Yves Picod, Droit de la consommation, 2e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 39.

[199])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, préc, p. 13, n^0 38.

[200])Op. cit.

[201])Op. cit.

[202])L. 221-2 :

Sont exclus du champ d'application du présent chapitre :

…

12° Les contrats portant sur la création, l'acquisition ou le transfert de biens immobiliers ou de droits sur des biens immobiliers, la construction d'immeubles neufs, la transformation importante d'immeubles existants ou la location d'un logement à des fins résidentielles.

[203])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, préc, p. 13, n^0 38.

أما بالنسبة لشموله للمال المادي وغير المادي، فإن القانون اللبناني جاء صريحاً لجهة شموله الأول، وذلك في تعريفه للسلعة كموضوع لعقد الإستهلاك، ولكنه لم يأت على ذكر المال غير المادي.
وقد قام التوجيه الأوروبي 1999/44/CE بحصر المال الإستهلاكي بالمال المنقول المادي[204]، بعكس ما ذهب إليه الفقه الفرنسي لهذه الناحية[205]، مع استثناء بعض الأموال غير المادية كحقوق المؤلف[206] والملكية الفكرية[207]، كما أن قانون الإستهلاك الفرنسي أقر تطبيق أحكام البنود التعسفية على السندات المالية[208].

4) لجهة سببه : بحسب Raymond فإن سبب عقد الإستهلاك هو "الشراء لهدف غير مهني"[209]. فالغاية في عقد الإستهلاك دائماً شخصية، حيث يقوم الفرد بإشباع حاجاته الشخصية والعائلية دون المهنية منها. ولا يمكن تصور غاية مختلطة أي شخصية ومهنية للعقد.

5) لجهة صياغته : أوجبت المادة 19 من قانون حماية المستهلك أن يصاغ عقد الإستهلاك باللغة العربية، على أنه يجوز أن يصاغ بلغة أجنبية إذا اتفق الفرقاء على ذلك. كذلك يجب أن يصاغ بعبارات واضحة ومفهومة وأن يحدد الثمن فيه بصورة صريحة وواضحة وأن يحدد تاريخ وكيفية تسديده، وأن يحدد بذات الصورة مكان وتاريخ التسليم، وتقابلها في ذلك الفقرة الأولى من المادة L. 211-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[210].
وفي حال كانت الصياغة مبهمة أو غامضة، يتم التفسير لما فيه مصلحة المستهلك (المادة 18 من قانون حماية المستهلك وتقابلها الفقرة الثانية من المادة L. 211-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[211]).

---

[204])Op. cit, p. 12, n^0 37.

[205])-Op. cit.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 68.

-Christophe CARON, « Le consommateur et le droit d'auteur », in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 245.

[206])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 13, n^0 37 : *encore que C. Caron ait pu parler du «consommateur en droit d'auteur» : Liber amicorum J. Calais-Auloy, op. cit., p. 245.*

[207])Op. cit.

[208])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 68.

[209])Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, UNIVERSITÉ DE DROIT-D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE, INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 1re Partie, Titre. I, Chap. I, n^0 496.

[210])Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

[211])Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur…

وقد جاءت عدة قرارات للغرفة المدنية لمحكمة التمييز الفرنسية بهذه النتيجة[212]، مضيفةً عليها أن التفسير يتم في مصلحة غير المهني "non professionnel" كما للمستهلك. مع ما تعنيه هذه الإضافة نسبةً للمعنى الخاص لتعبير "غير المهني" في التشريع الفرنسي والذي سنأتي على ذكره في الفقرة الثانية. وقد جاء في قرار الغرفة المدنية الثانية بتاريخ 8 آذار 2018 بما يلي :

“que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ;”.

وكنا قد أوردنا في مقدمة الفقرة بأن المشرع تحدث عن تطبيق أحكام القانون ومنها ما يتعلق بالبنود التعسفية على العقود التي تربط المستهلك بالمحترف، وكذلك فإن نص المادة L. 212-1[213] من قانون الإستهلاك الفرنسي تحدث عن البنود التعسفية في العقود المنشأة بين المحترف والمستهلك أو غير المحترف. فلا مشكلة تثور في حال تم التعاقد بين هذين الطرفين بشكل واضح أي بين مستهلك من جهة ومحترف من جهة أخرى، ولكن تبرز المشكلة في حال تم التعاقد بين مستهلكين أو غير محترفين ولكن تمّت صياغة العقد من قبل محترف لصالح أحدهما، فهل نكون أمام عقد استهلاك في هذه الحالة ونستطيع بالتالي المطالبة بتطبيق أحكام البنود التعسفية عليه ؟

لقد اتجه بعض الفقهاء أمثال J. Calais-Auloy، D.MAZEAUD وG.PAISANT إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بالبنود التعسفية على هذا العقد نظراً لضعف الطرف الذي تمت صياغة العقد من قبل المحترف في وجهه[214]. ولكنّ الرأي الغالب ذهب في الإتجاه المعاكس مستنداً على صراحة المادة L. 212-1 في القانون الفرنسي المذكورة آنفاً أي شمولها للعقود المنشأة بين المحترف والمستهلك أو غير المحترف ولم تتحدث عن هوية منظم هذه العقود، فطالما أنها منشأة بين مستهلكين أو غير محترفين تكون غير خاضعة لهذه الأحكام[215]، وقد تبنت محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 4 أيار 1999 الإتجاه الأخير وحكمت بعدم تطبيق أحكام البنود التعسفية على بنود في عقد

[212])Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 8 mars 2018, N° de pourvoi: 17-10030 ; Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 2 mars 2017, N° de pourvoi: 16-15864 ; Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 11 janvier 2017, N° de pourvoi: 15-25479 ; Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 17 novembre 2016, N° de pourvoi: 15-24175.

[213])Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet…

[214])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, p. 87.

[215])Op. cit.

بيع مصاغ من قبل شركة مختصة بإصدار نماذج قانونية للعقود، كون البائع هو من غير المحترفين[216].

برأينا أن هذا الحل يمكن اعتماده في لبنان، كون المادة 17 من قانون حماية المستهلك اللبناني هي مشابهة للمادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي، فهي تحدثت عن العقود التي تربط المستهلك والمحترف، وكون الحالة التي تطرح المشكلة هي عقد قائم بين مستهلكين أو غير محترفين، فيكون هذا العقد غير خاضع لأحكام قانون حماية المستهلك خاصة فيما يتعلق بالبنود التعسفية منها.

وليست مسألة صياغة عقد الإستهلاك هي وحدها التي تطرح إشكالية تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك عليه على ما رأينا، إنما شكل العقد يطرح نفس الإشكالية، وهذا ما سنعالجه في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : أشكال عقد الإستهلاك

إن قانون حماية المستهلك لم يعدد أشكال عقد الإستهلاك كما فعل قانون الإستهلاك الفرنسي، إنما تحدث بشكل عام عبر ذكر تعبير "العقود التي تربط المحترف بالمستهلك"، وإن استعماله لتعبير "العقود" يعني أنه لحظ أن عقد الإستهلاك يمكن أن يتجلى بعدة عقود أي عدة أشكال.

وهذا ما نجده بشكل أوضح في نص الفقرة الأخيرة من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[217]، إذ نصت على أن أحكام هذه المادة أي المتعلقة بالبنود التعسفية تطبق على عقد الإستهلاك في أي شكل كان أو إذا تمت المفاوضة حولها أو لم تتم، وعددت بعض الأشكال منها أسناد الطلبية (Bons de commande)، الفواتير (Factures)، أسناد الضمان (Bons de garantie)، البيانات وأسناد التسليم (Bordereaux ou bons de livraison)، الأسناد والتذاكر (billets ou tickets) . وقد استندت محكمة استئناف مونبلييه على هذه المادة لإعطاء حلها في قرارها بتاريخ 4 كانون الأول 2014[218].

---

[216])Op. cit : *Cass. 1ère civ., 4 mai 1999, Contrats conc. consom. 1999, comm. 124, note L. LEVENEUR ; Contrats conc. consom. 1999, comm. 134, note G. RAYMOND ; D. 2000, somm. p. 48, obs. J.-P. Pizzio ; Defrénois 1999, p. 1004, obs. D. Mazeaud ; Droit et Patrimoine janvier 2000, p. 95, obs. P. CHAUVEL ; JCP G 1999, II, 10205, note G. Paisant ; JCP E 1999, II, 1827, note Ch. JAMIN ; RTD civ. 2000. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGES.*

[217])Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

[218])Cour d'appel de Montpellier, 1o chambre section ao1, Audience publique du jeudi 4 décembre 2014, N° de RG: 12/02371 : *"qu'en application des dispositions de l'article L 132- l du code de la consommation,*

هذا التعداد جاء على سبيل المثال لا الحصر والدليل على ذلك هو استعمال تعبير "notamment" الذي يدل على ذلك[219]، فكل شكل من أشكال عقود الإستهلاك هو خاضع لأحكام القانون المتعلقة بالبنود التعسفية، حتى العقود الإلكترونية التي تلقى انتشاراً واسعاً في وقتنا الحاضر عبر العديد من المواقع التي تجري عقود بيع عبر الإنترنت[220].

وقد اختُلف حول تطبيق هذه الأحكام على العقد الشفهي (contrat oral)، فذهب قسم من الفقهاء أمثال J. Calais-Auloy وH. temple إلى عدم جواز تطبيقها عليه وحصرها بالعقد المكتوب[221]، حيث ورد في مؤلفهما[222] :

"Le système du Code de la consommation est applicable à toutes sortes de clauses contractuelles, du moment qu'elles sont écrites".

بينما وفي الرأي المقابل – وهو الراجح –[223]، استند بعض الفقه على القواعد التوجيهية للإتحاد الأوروبي تاريخ 5 نيسان 1993[224] حيث نصت صراحة على أن المستهلكين يجب أن يستفيدوا من نفس الحماية في العقود الشفهية كما في العقود المكتوبة[225] :

"Considérant que le consommateur doit bénéficier de la même protection, tant dans le cadre d'un contrat oral que dans celui d'un contrat écrit et, dans ce dernier cas, indépendamment du fait que les termes de celui-ci sont contenus dans un ou plusieurs documents".

---

dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ;

- que ces dispositions s'appliquant ***quels que soient la forme ou le support du contrat*** *et même à des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non, elles sont parfaitement applicables à l'attestation rédigée par Mme X...le 9 mai 2005 bien que celle-ci ne puisse être considérée comme une clause contractuelle au sens strict ;*". (www.legifrance.gouv.fr)

[219])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 108.

[220])Op. cit.

[221])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 10, n^0 31 : *CALAIS-AULOY et TEMPLE, Droit de la consommation, 8^{e}éd., 2010, coll. Précis, Dalloz, n^0 180.*

[222])-Jean Calais-Auloy, Henri Temple, Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010, n° 180.

[223])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, préc, p. 10, n^0 31.

[224])DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL DU 5 AVRIL 1993 CONCERNANT LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS.

[225])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 108.

في لبنان، لم يتحدث قانون حماية المستهلك عن العقود الشفهية من حيث تطبيق أحكامه على هذه الفئة من العقود، لكن نرى أن العديد من مواده الواردة ضمن فصل "العلاقة التعاقدية" قد صيغت بشكل يدل على أن عقد الإستهلاك هو عقد مكتوب وليس شفهي :

1) المادة 19 تشترط في العقد الذي يعدّه المحترف أن يكون مصاغاً باللغة العربية وبعبارات واضحة ومفهومة على أنه يجوز إبرام عقد باعتماده لغة أجنبية في حال توافق المتعاقدين على ذلك.
2) المادة 20 حيث تنص أنه على المحترف تسليم نسخة العقد الذي يعتمده للإطلاع على مضمونه قبل التوقيع عليه.
3) المادة 24 حيث نصت على وجوب إعلام المستهلك خطياً بأن المبالغ المسددة منه هي من قبيل العربون، وبأنه يترتب على عدوله عن التعاقد عدم جواز استرداد هذه المبالغ.
4) المادة 25 التي أوجبت على المحترف وعلى مقدم الخدمة تسليم فاتورة يدرج فيها بعض البيانات.
5) المادة 26 التي نصت في فقرتها الثانية على تقدير الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن. وعادة ما يقصد بتعبير "العقد وملحقاته" نص العقد والمستندات التابعة له بشكل مكتوب.

فإذا ما نظرنا إلى هذه المواد، نرى أنها نظمت أحكام العلاقة التعاقدية بين المحترف والمستهلك على أساس أنها مصاغة بشكل مكتوب إن كان على صعيد صياغة العقد أو الإعلام خطياً أو إعطاء فاتورة أو ملاحق العقد.

ولكن بالعودة إلى المادة 17 من قانون حماية المستهلك نرى أن المشرع لم يستثنِ الصيغة الشفهية للعقود من أحكامه بشكل صريح، وطالما أنه أطلق كلمة العقود على عمومها، فتكون العقود التي ظلت شفهية أو أُسكب مضمونها في مستند خاضعة لهذه الأحكام، طالما أن الفقرة الأولى من المادة 220 م.ع[226] التي وردت تحت عنوان "في شروط صيغة العقد" أعطت المبدأ بأنه يتم التعاقد بمجرد اتفاق المتعاقدين، وليس عندما تتم صياغته خطياً. خاصة وأنه هناك الكثير من عقود الإستهلاك التي تتم بطريقة شفهية. ونستشهد في هذا المجال بعدة قرارات اجتهادية أعطت حلها استناداً لعقود شفهية[227]، ونورد حيثية من قرار لمحكمة التمييز المدنية رقم 121 تاريخ 1955/12/16 حيث جاء فيها ما يلي :

[226])إن القواعد التي تطبق على صيغ العقود هي معينة لكل فئة منها. وحيث لا يوجد تعيين من هذا النوع يتم التعاقد بمجرد اتفاق المتعاقدين.

[227])محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 121، تاريخ 16-12-1955 /محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 58، تاريخ 8-4-1969 / محكمة الإستئناف المدنية، الغرفة الخاسمة الناظرة في قضايا الإيجارات، قرار رقم 1250، تاريخ 29-10-1998 / محكمة الإستئناف المدنية، الغرفة الثالثة عشرة، قرار رقم 493، تاريخ 2002/3/6. (www.legallaw.ul.edu.lb)

"وحيث انه يمكن القول أن هناك عقدا شفهيا يمكن استنتاج شروطه عن الهدف وإلى هذه الظروف يمكن القول أن إدارة المستشفى تعهدت بموجب هذا العقد بمعالجة المرحومة لوسي حكيم ومداواتها باستعمال الوسائل الفنية اللازمة التي قد توصلها الى الإبلال من مرضها العصبي".

يتبين لنا من وقائع هذا القرار بأن عقد استهلاك كان يربط المتداعين ولو أن المحكمة لم تعطه هذا الوصف ولم تطبق أحكام قانون حماية المستهلك عليه كون تاريخ القرار يعود إلى سنة 1955 أي قبل صدور القانون بزمن بعيد. وهذا العقد هو بين ذوي لوسي حكيم من جهة (المستهلك) والمستشفى من جهة أخرى (المحترف)، والمستشفى يعتبر محترفاً استناداً لنص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك حيث اعتبرت المحترف بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع الخاص أو العام الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتقديم الخدمات. فالمستشفى ينطبق عليه هذا الوصف[228]، ويكون العقد الذي أجراه مع ذوي لوسي حكيم هو عقد استهلاك، بناءً للتعريف الذي أوردناه سابقاً، وهو عقد شفهي.

ونشير في هذا الصدد إلى أن خلو الإجتهاد من تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك أو قانون الإستهلاك (فرنسا) على عقد شفهي، لا يعبر عن اتجاه المحاكم إلى هذا التطبيق على العقد الخطي وحسب، بل لانعدام الحالة التي تطرح هذه الإشكالية[229].

كما لا يجب أن نغفل بأن أحد الأهداف الرئيسية التي قصد المشرّع تحقيقها من خلال إصداره قانون حماية المستهلك هو حماية الطرف الضعيف أي المستهلك. وبهذا قال Paisant أن قانون الإستهلاك لم ينشأ لحماية من يتصرف لأغراض مهنته[230]. وهذا ما يتعزز في حال إخضاع عقود الإستهلاك الشفهية لأحكام هذا القانون، فلا نستطيع ترك المستهلك عرضة لبنود تعسفية في حال لم يتم عقد الإستهلاك كتابة، وحمايته تستدعي شمول تعبير "العقود" الواردة في المادة 17 من هذا القانون على العقود المكتوبة والشفهية.

ولتطبيق هذا الحماية، يجب علينا أن نتأكد أولا من وجود مستهلك من جهة ومحترف من جهة أخرى، أطراف عقد الإستهلاك الذين لا يمكن أن يقوم بغيابهم. ما يستدعي دراسة مفصلة لكلا الطرفين، سنقوم بها في ما يلي.

---

[228])ويعتبره الفقه اليوم بمثابة التاجر بصفته يمارس عملاً تجارياً.

[229])لم نجد في الإجتهادات التي استطعنا التوصل إليها أي دعوى يكون موضوعها أو يُبحث فيها تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك على العقود الشفهية.

[230])Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, UNIVERSITÉ DE DROIT-D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE, INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 1re Partie, Titre. I, Chap. I, n0 468.

القسم الثاني : أطراف عقد الإستهلاك

جاءت الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون حماية المستهلك لتعطي تعريف البند التعسفي انطلاقاً من أطراف العقد، فجاءت على الشكل الآتي : "تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير".

فالبند التعسفي إذن هو ذاك البند الذي يُنص عليه في عقد الإستهلاك بين المحترف من جهة، والمستهلك من جهة أخرى. وتطبيق التشريع الذي يعنى بهذا البند يتطلب نوعية أو صفة في المتعاقدين، فيتوجب أن يكون أحد الأطراف محترفاً (الفقرة الأولى) وأن يكون الطرف المقابل مستهلكاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المحترف (Le profesionnel)

عرّف قانون حماية المستهلك في الفقرة الثانية من مادته الثانية المحترف بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي، من القطاع الخاص أو العام، الذي يمارس، باسمه أو لحساب الغير، نشاطاً يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع وتقديم الخدمات"، وأضافت "كما يعتبر محترفاً، لغرض تطبيق أحكام هذا القانون أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني". وجاء التعريف الفرنسي له في نفس الإتجاه، فعرّفه قانون الإستهلاك الفرنسي بأنه شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، يتصرف في أغراض تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، المهني أو الزراعي، حينما يتصرف باسمه أو لحساب محترف آخر[231].

يتضح لنا من خلال التعريفين أعلاه بأن المشرّعَين اللبناني والفرنسي أطلقا صفة المحترف على الشخص الطبيعي والمعنوي، الشخص العام والخاص على السواء. واعتبراه كذلك إن قام بالعمل لحسابه أو لحساب الغير، مع الإشتراط بأن يكون هذا الأخير محترفاً في النص الفرنسي.

وأضاف التعريف اللبناني بأنه يعتبر محترفاً أيضاً من يستورد سلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها، واشترط لذلك أن تكون هذه الأعمال تمت في إطار ممارسته لنشاطه المهني. أما التعريف الفرنسي فلم يقم بمثل هذه الإضافة كون النص الأصلي يشمل هذا العمل، إذ اعتبر بأن كل تصرف

---

[231])Liminaire-LOI n°2017-203 du 21 février 2017 - art. 3 - NOR: ECFC1613746L :
Pour l'application du présent code, on entend par :
....
- professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel.

في أغراض تدخل في إطار نشاطه... وهذا العمل أي الإستيراد بهدف البيع أو التأجير أو التوزيع إذا كان لأغراض مرتبطة بنشاطه المهني يعتبر من قبيل التصرفات المذكورة آنفاً. وبذلك نستفيد بأن من يقوم باستيراد سلعة بهدف البيع أو التأجير أو التوزيع بشكل لا يتعلق بإطار مهنته لا يعتبر محترفاً ويستطيع المطالبة بالإستفادة من الحماية المقررة فيما يخص البنود التعسفية.

وكان قد صدر قرار حديث لمحكمة استئناف Aix-en-Provence[232] في هذا الصدد، حيث طبقت أحكام قانون الإستهلاك الفرنسي على عقد بيع بين زوجين من جهة وشركة "SOFEMO" لتوليد الطاقة من جهة أخرى، حيث طالبت الشركة أن يتم تطبيق أحكام القانون العام وعدم تطبيق أحكام قانون الإستهلاك كونه لا يمكن اعتبار الخصوم من المستهلكين، فردّت المحكمة بأن العقد الذي أجراه الزوجان لم يكن لأغراض مهنية، ولو أنهم قاموا ببيع جزء من الطاقة المشتراة.

ويجدر بنا الإنتباه إلى أن قانون حماية المستهلك قد فصل بين تعريف المحترف والمصنّع حيث لم يقم بذلك قانون الإستهلاك الفرنسي. وجاء المشرع اللبناني على تعريف المصنّع بعد تعريفه للمحترف، بأنه "الشخص الذي يحوّل أو يجمّع المواد الأولية أو الوسيطة". ولا ننسى بأن قانون حماية المستهلك قد نظم أحكام العلاقة التعاقدية ومن ضمنها ما يتعلق بالبنود التعسفية، فيما بين المستهلك والمحترف (المادة 17)، وليس بين المستهلك من جهة والمحترف أو المصنّع من جهة أخرى. ونتيجة لذلك يطرح التساؤل التالي : هل يأخذ المصنع حكم المحترف، ويخضع العقد بين المستهلك والمصنّع بالتالي لأحكام البنود التعسفية أم يقتصر ذلك على العقد الجاري بين المستهلك والمحترف ؟

لا يوجد نص صريح في قانون حماية المستهلك يرعى هذه الحالة، إنما نجد نص المادة 17 فقط يتحدث عن تطبيق أحكام هذا القانون على العلاقة التعاقدية التي حصرها بين المستهلك والمحترف دون المصنّع، وبذلك يتجه الذهن سريعاً للقول بعدم خضوعها لأحكام البنود التعسفية وحرمان المستهلك من الحماية المتوجبة له كون الطرف المقابل لم يكن محترفاً بل مصنّعاً، وحرمان المصنّع من نفس الحماية في علاقته التعاقدية مع المحترف.

ولكننا لا يجب أن نتسرع في الحكم، بل ينبغي أن ننظر إلى شخص المصنّع، وعلينا التمييز هنا بين حالتين، دون التفريق بين الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي :

---

[232])Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 11e chambre b, Audience publique du mardi 1 mars 2016, N° de RG: 15/04754 : *"Enfin les époux Geoffroy et Sarah X... tous deux gendarmes de métiers, n'ont pas la qualité de commerçant, ils ne réalisent pas d'actes de commerces à titre habituel et aucune stipulation du contrat ne stipule de manière expresse et dépourvue d'ambiguïté une destination professionnelle du prêt.*

Il en résulte que quand bien même une part de la production serait revendue à ERDF le contrat n'a pas été conclu pour les besoins d'une activité exercée à titre professionnel et n'a aucun rapport avec l'activité professionnelle des contractants ce dont il se déduit que ceux ci ont conclu en qualité de particulier dans le cadre d'un démarchage à domicile, les dispositions des articles L 121-1 et suivants du code de la consommation sont donc applicables ainsi que l'a retenu à juste titre le premier juge". (www.legifrance.gouv.fr)

1) حالة المصنّع الذي يقوم بالتحويل أو التجميع لصناعة سلع في سبيل القيام ببيعها في إطار نشاط منتظم. فهنا ينطبق على المصنّع وصف المحترف في إطار علاقته بالمستهلك، طبقاً للتعريف الذي أوردته المادة الثانية من قانون حماية المستهلك، حيث أنه يقوم بعملية بيع لسلع في إطار نشاط. فيكون قد تحول من مصنّع خلال فترة التحويل والتجميع، إلى محترف في عملية بيعه للسلع المصنعة وتعاقده مع المستهلكين. فيستفيد المستهلك حينها من الحماية المقررة في المادة 26 ضد البنود التعسفية.
وفي إطار علاقته بالمحترف خلال مرحلة تجميع المواد، فإنه يعتبر محترفاً أيضاً، لأن تعريف المحترف قد أضاف أنه يعتبر محترفاً من يقوم باستيراد السلع بهدف بيعها في إطار نشاطه المهني. فالشرطان المذكوران متحققان في حالتنا الراهنة، فهو يقوم باستيراد المواد بهدف بيعها أولاً ثم إنه يقوم بذلك في إطار نشاطه المهني وبذلك يطلق عليه وصف المحترف ويكون التعامل بينه وبين المحترف قائماً بين محترفين إثنين، وهذا النوع من التعامل لا تشمله الحماية المقررة ضد البنود التعسفية. ولا يجب أن ننظر إلى أنه يقوم بتجميعها أو تحويلها قبل بيعها، إذ إن التعريف جاء على عموميته، أي استيراد السلع بهدف بيعها، أقام بتحويلها أم تركها على حالتها.

2) حالة المصنّع الذي يقوم بتحويل أو تجميع لصناعة سلع بهدف بيعها خارج إطار نشاطه المهني. هنا لا ينطبق على المصنّع وصف المحترف في علاقته مع المستهلك، إذ أنه لا يقوم بالبيع في إطار نشاط، كما أنه لم يستورد السلع بهدف البيع في إطار نشاطه المهني.
وفي علاقته مع المحترف في عملية استيراده للمواد، لا يعتبر المصنّع محترفاً كونه قام بالإستيراد لهدف البيع خارج إطار نشاطه المهني.

على الصعيد المؤسساتي، يعرّف دليل قانون حماية المستهلك الصادر عن وزارة الإقتصاد والتجارة اللبنانية المحترف بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس باسمه أو لحساب الغير توزيع أو بيع أو تأجير السلع، أو تقديم الخدمات، أو استيراد السلعة بهدف تأجيرها أو بيعها أو توزيعها"[233].

وقد عرّفت اقتراحات لجنة إعادة صياغة قانون الإستهلاك الفرنسية[234] المحترف بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي، العام أو الخاص، الذي يعرض أموالاً وخدماتٍ في إطار نشاط اعتيادي"[235].

أما الفقه، فقد عرّف بعضه المحترف بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام يظهر في العقد كمحترف يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني أياً كانت طبيعة النشاط، وعرفه البعض الآخر

[233])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 10. (www.uldroit3.com)

[234])Commission déclaré par le ministre de la consommation, aura pour tâche d'harmoniser une législation trop abondante, de la simplifier et de combler ses lacunes.

[235])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, pp. 23 et 24.

بأنه الشخص الذي يعلم دقائق السلعة أو الخدمة التي يتعاقد بشأنها مع المستهلك الذي يجهل خصائصهما ومكوناتهما[236]. كما تم تعريف المحترف باختصار على أنه من يمارس مهنة أو من يقوم بالتعاقد في إطار نشاطه المهني[237].

إن اجتماع كل التعاريف، القانونية والفقهية على أن المحترف هو شخص معنوي كما هو شخص طبيعي، هو أمر بديهي. إذ إن الشخص المعنوي المحترف هو أقدر من الشخص الطبيعي المحترف، إن كان على صعيد المفاوضات، صياغة العقود ووضع البنود العادية منها والتعسفية.

إن الشخص العام كما الشخص الخاص يمكن اعتباره محترفاً ويصبح بالتالي خاضعاً لأحكام البنود التعسفية في إطار علاقته التعاقدية مع المستهلكين. فاعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بأن البنود التي يتضمنها عقد الخدمة العامة تخضع لأحكام النصوص المتعلقة بالبنود التعسفية[238]، وجاء بذلك أيضاً قرار مجلس شورى الدولة الفرنسي في القضية الشهيرة " Société des eaux du Nord"[239]، على أن تكون للخدمة المقدمة منه الطابع الصناعي أو التجاري وليس الطابع العام أو ما يتعلق بالمصلحة العامة[240].

وانطلاقاً من التعريفات السابقة، فإن النشاط الذي يمارسه المحترف يتمثل بمهنة معينة. والمهنة كما عرّفها المعجم القانوني هي "نشاط اعتيادي يقوم به شخص من أجل تأمين الموارد اللازمة لبقائه"[241].

والإعتياد في ممارسة النشاط هو من أهم الشروط ليعتبر ما يقوم به الشخص مهنةً واكتسابه تالياً صفة المحترف[242]. وقد قال البعض بأن الإعتياد هو الشرط الأوحد أو الكافي، إذ إن القيام بعمل منفرد ولو درّ ربحاً، لا يكفي لاعتبار صاحبه محترفاً[243].

---

[236])محاضرات في قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص. 10. (www.uldroit3.com)

[237])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 26.

[238])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 11, n^0 32 : *Cass. 1re civ., 31 mai 1988 : Bull. civ. 1988, I, n^0 161 ; D. 1988, somm. P. 406, obs. J.-L. Aubert. – Cass. 1re civ. 22 oct. 1994 : Bull. civ. 1994, I, n^0 343.*

[239])Op. cit : *CE, 11 juill. 2001, Sté des eaux du Nord, req. n^0 221458 : JCP G 2001, I, 370, n^0 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RCA 2002, comm. 2, note Guettier ; Gaz. Pal. 2002, 1, jurispr. p. 98, note Sylvestre ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2002, p. 51, obs. Orsoni. – V. J. Amar, de l'usager au consommateur de service public : Th. Aix-Marseille, 2001, préface A. Chozi. – J. Amar, de l'application de la reglementation des clauses abusives aux services publics : D. 2001, p. 2812. – J. Amar, Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation : Contrats, conc. conm. 2002, chron. 2.*

[240])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 6, n^0 15 et 16 : *NOGUELLOU, Le consommateur et les services publics en France, in Le consommateur, Travaux Assoc. H. Capitant Journées colombiennes, t. LVII, 2007, Bruylant, p. 565.*

[241])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 26.

[242])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 7 et 8, n^0 17 .

ولكن يوجد شرط آخر لا يقل أهمية عن شرط الإعتياد، وهو شرط التنظيم، أي أن يكون النشاط منظماً. وهذا الشرط هو الذي يجعل للمحترف التفوق السائد على المستهلك[244].

فالإعتياد لوحده لا يكفي بنظرنا لإعطاء وصف المحترف على أحدهم، إذ قد يقوم بنشاط اعتيادي في مجال معين، ولكن دونما تنظيم أو اختصاص في هذا المجال. حينها لا يمكن اعتباره محترفاً لعدم توفر عامل الإختصاص والعلم بدقائق السلعة والخدمة الذي يعطيه التفوق على المستهلك.

أما لناحية مجانية النشاط أو مجانية عملٍ خلال النشاط الذي يقوم به الشخص (كالجمعيات وبعض أعمال التعاونيات ومراكز التسوق)، فهل يعتبر محترفاً في حال قيامه بهذا الأمر مع مستهلك ويخضع بالتالي لأحكام المادة 26 من قانون حماية المستهلك ؟

إن التعريف القانوني للمحترف لم يتطرق لهذه الناحية على الإطلاق. ولكن بالعودة إلى تعريف المهنة، فإنه يتبين لنا من أن نشاط المحترف لا يمكن أن يكون إلا بمقابل وليس مجاناً، إذ أن النشاط الذي يقوم به هو من أجل تأمين موارد بقائه واستمراريته. وهذا الإتجاه سارت به لجنة البنود التعسفية الفرنسية في توصيتها رقم 03-87، ولجنة إعادة صياغة قانون الإستهلاك الفرنسية في الإقتراح الأول له، حيث تم اشتراط الربح كعنصر تعريفي للمحترف، لكن ما لبث أن تمّ التخلي عن هذا الإشتراط من قبل اللجنتين[245].

وقد تناول الفقه هذا الموضوع، فقد اعتبر J. Calais-Auloy وH. Temple أن الشخص الذي يقوم بنشاط اعتيادي ومنظم بدون قصد الربح، يعدّ محترفاً ويخضع لأحكام قانون الإستهلاك :

“ces organismes sont, dans leurs relations avec leurs clients consommateurs, dans une position qui justifie […] l’application du droit de la consommation”[246].

ولا يخلو الموضوع من رأي مخالف، حيث أن Mayali، Y. Picod وH. Davo قالوا بأن المحترف هو من يمارس نشاطاً معتاداً بقصد الربح[247]. كما أن الأستاذ Raymond قال بأنه يجب

---

[243])Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, préc, 1re Partie, Titre. I, Chap. I, n0 372.

[244])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 26.

[245])Op. cit, p. 27.

[246])Op. cit.

[247])-Hélène Davo et Yves Picod, Droit de la consommation, 2e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 39.

-Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, préc, 1re Partie, Titre. I, Chap. I, Par. 444.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 27.

أن يستثنى من عقود الإستهلاك تلك المجانية[248]. وبذلك نستنتج من وجهة النظر هذه بأن المحترف لا يمكن أن يمارس نشاطاً مجانياً.

وعلى صعيد الإجتهاد، فإنه صدر حديثاً قرار للمحكمة الإبتدائية في باريس يعتبر شركة "Google" محترفاً ولو أن النزاع موضوع الحكم كان عبارة عن خدمات مجانية تقدمها هذه الشركة[249]. وفي وقائع النزاع فإن شركة "Google" طالبت بعدم تطبيق تطبيق أحكام قانون الإستهلاك خاصة ما يتعلق بالبنود التعسفية منها كون الخدمات التي تقدمها للمستخدم هي على سبيل المجان، لكن المحكمة رفضت ذلك وأعلنت الطابع التعسفي ل38 بنداً، معللة بأن الشركة تعتبر محترفاً ولو أنها تقدم خدماتٍ مجانية، فبالإضافة إلى عدم التكافؤ الإقتصادي القائم، فإن تزويدها المستخدم بقدرٍ من المعلومات المعدة والمقيّمة قائم في إطار عمليات الدعاية العامة والهادفة التي تمارسها[250] (نشاطها المهني).

و قد صدر قرار الغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 27 أيلول 2017[251] اعتبر بأن شخصاً ما يعتبر محترفاً طالما أن عمله كان في إطار نشاطه المهني ولو كان مجاناً.

وكذلك كان قد صدر قرار لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 3 شباط 2011 قضى برد طلب إحدى الجمعيات باستبعاد تطبيق أحكام البنود التعسفية ضدها. وبذلك يكون القرار قد اعتبر الجمعية التي لا تبغي الربح، محترفاً وطبق عليها قانون الإستهلاك[252].

بعد عرض الآراء السابقة، نرى أن معظمها قال باعتبار الشخص محترفاً ولو أنه يمارس نشاطاً مجانياً، طالما أنه كان على سبيل الإعتياد والتنظيم. وهذا الحل يمكن اعتماده في لبنان، فعلى الرغم من أن تعريف قانون حماية المستهلك للمحترف لم يتطرق لهذا الموضوع كما ذكرنا، إلا أنه لم يستثنِ العمل المجاني. فتوزيع السلع وتقديم الخدمات من الممكن أن يكون بالمجّان، سيّما وأن الطابع الحمائي لقانون حماية المستهلك يحتم هذا الحل.

وهذا الأمر يعتبر من أوضح الردود على من يعتبر بأنه يمكن اختصار المحترف بشخص التاجر أو أن التاجر لا يمكنه أن يكون مستهلكاً، مثال ذلك ما ورد في قرار لمحكمة استئناف أورليان[253]، حيث عللت المحكمة بأن شخصاً يكتسب صفة المستهلك طالما أنه ليس بتاجر.

---

[248])Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, préc, 1re Partie, Titre. I, Chap. I, Par 493.

[249])Florence G'sell, [DECODE] Condamnation de Google pour clauses abusives: ce que le TGI reproche au géant américan, 13/3/2019 : *TGI Paris, 12 février 2019, n°14/07224.* (https://www.frenchweb.fr)

[250])Op. cit.

[251])Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 27 septembre 2017, N° de pourvoi: 15-24895 **:** "*Qu'en statuant ainsi, alors que la créance garantie par le cautionnement de M. Y... était en rapport direct avec l'activité professionnelle qu'exerce*, ***même sans but lucratif***...". (www.legifrance.gouv.fr)

[252])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 28 : *Cass. 1ère civ., 3 février 2011, préc.*.

فالتاجر لا يقوم بأي عمل على سبيل المجّان. وإن أهم عناصر العمل التجاري هو المضاربة أي قصد تحقيق الربح[254].

كذلك فإن الجمعيات وأصحاب المهن الحرة لا يعتبرون من التجار، ويمكنهم أن يكونوا محترفين، أصحاب نشاط اعتيادي ومنتظم في تقديم الخدمات. وقد جاء قرار لمحكمة استئناف "Rennes" بتاريخ 28 نيسان 2015[255]، يعطي المحامي صفة المحترف مقابل شخص طبيعي له صفة المستهلك، مستنداً على قرار لمحكمة عدل الإتحاد الأوروبي بتاريخ 15 كانون الثاني 2015 وعلى القواعد التوجيهية للإتحاد الأوروبي تاريخ 5 نيسان 1993، ليقوم تالياً بالرد على طلب المستهلك إعلان أحد البنود العقدية بينه وبين المحامي، بأنه بند تعسفي.

وقد صدرت عدة قرارات لمحكمة التمييز الفرنسية تعطي الصفة المدنية للمحترف[256]، فجاء في قرار الغرفة المدنية الثانية بتاريخ 1 حزيران 2017 فيه بأن السيد M. Y يقوم بمهنة تقويم الأسنان في شكل شركة مدنية محترفة :

"Attendu que, pour statuer ainsi, le jugement retient que M. Y... a exercé l'activité d'orthodontiste "sous la forme d'une société civile professionnelle", qui a fait l'objet d'une procédure collective et qu'une partie importante de son passif provient de cette activité professionnelle libérale ;".

كما في المقابل، بالإمكان أن يكون الشخص تاجراً ويقوم بعمل تجاري، وعلى الرغم من ذلك لا يعتبر محترفاً في عملية يقوم بها. مثال ذلك قيام صاحب مؤسسة تجارية بشراء منقول بهدف إعادة بيعه خارج مجال نشاطه المهني، إذ أن عملية الشراء تمت لأغراض خارجة عن إطار نشاطه المهني. فقد سارت محكمة التمييز الفرنسية منذ زمن بأن المحترف يفقد صفته كمحترف عندما يخرج في تعامله من دائرة نشاطه المهني[257]. كما ويمكن اعتباره مستهلكاً[258] على ما سنراه في تعريف المستهلك الذي سنقوم بدارسته في الفقرة التالية.

---

[253])Cour d'appel d'Orléans, c1, Audience publique du jeudi 15 novembre 2018, N° de RG: 18/002841 : "*Attendu que c'est en vain que Madame B... se prévaut de la qualité de consommateur* ***au motif qu'elle n'était pas commerçante*** *mais simple conjoint collaborateur;*" (www.legifrance.gouv.fr)

[254])إدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2007، مكتبة صادر ناشرون ش.م.م، ص. 35.

[255])Cour d'appel de Rennes, ordonnance de taxe, Audience publique du mardi 28 avril 2015, N° de RG: 14/00155 : "*Selon l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 15 janvier 2015, la directive 93/ 13/ CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'applique à des contrats standardisés de services juridiques,* ***conclus par un avocat avec une personne physique qui n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle***.". (www.legifrance.gouv.fr)

[256])Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 1 juin 2017, N° de pourvoi: 16-17077 ; Cour de cassation, chambre criminelle, Audience publique du mardi 25 octobre 2016, N° de pourvoi: 15-84730. (www.legifrance.gouv.fr)

[257])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 7, n^0 16 : *Cass. 1re civ., 20 oct. 1992 : Contrats, conc.*

الفقرة الثانية : المستهلك أو غير المهني (Le consommateur ou non professionnel)

لقد عرّف قانون حماية المستهلك في مادته الثانية المستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني. أما قانون المستهلك الفرنسي فقد فرّق بين المستهلك وبين غير المهني[259]، فعرّف الأول بأنه كل شخص طبيعي يتصرف في أغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، المهني أو الزراعي. أما غير المهني فهو الشخص المعنوي الذي لا يتصرف في أغراض مهنية.

وبذلك يكون القانون اللبناني قد جمع في المستهلك، الشخص الطبيعي والمعنوي على السواء. أما القانون الفرنسي، فقد جعل المستهلك شخصاً طبيعياً حصراً دون الشخص المعنوي، وجعل لهذا الأخير صفة "غير المهني"، وذلك لتأثر القانون الفرنسي بقانون الإتحاد الأوروبي (Droit de l'Union européenne[260]). فمختلف التوجيهات الأوروبية المتعلقة بقانون الإستهلاك صنّفت المستهلك بأنه شخص طبيعي فقط[261]. وفي ذلك جاءت عدة اجتهادات[262]، منها قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 26 أيلول 2018 :

"Attendu que se prescrit par deux ans l'action des professionnels pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, ces derniers étant nécessairement des personnes physiques ;".

---

consom. 1993, comm. 21. – Dans le même sens Cass. 1re civ., 28 avr. 1987 : D. 1987, somm. P. 45, obs. J. – L. Aubert ; D. 1988, jurispr. P. 1, note Delebecque ; JCPG 1997, II, 20893, note Paisant ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre. – Cass. 1re civ., 25 mai 1992 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 124. – Cass. 1re civ., 6 janv. 1993 : Contrats, conc. consom. 1993, comm. 62.

[258])Op. cit, p. 10, n^0 28.

[259])Liminaire-LOI n°2017-203 du 21 février 2017 - art. 3 - NOR: ECFC1613746L :

Pour l'application du présent code, on entend par :

- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;

[260])Le droit de l'Union européenne comprend les règles sur lesquelles est fondée l'Union européenne (UE). Cela inclut l'ensemble des règles, matérielles et procédurales, applicables au sein de l'Union européenne (traités, directives, règlements, jurisprudence etc.).

[261])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, p. 60.

[262])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 26 septembre 2018, N° de pourvoi: 17-15037 ; Cour d'appel de Bastia, chambre civile, Audience publique du mercredi 9 novembre 2016, N° de RG: 15/00202 ; Cour d'appel de Limoges, chambre civile, Audience publique du jeudi 26 février 2015, N° de RG: 14/00335. (www.legifrance.gouv.fr)

ونشير هنا إلى أن تعريف المشرع الفرنسي مؤخراً للمستهلك وغير المهني، والنص صراحةً على أن هذا الأخير يمثل كل شخص معنوي لا يتصرف في أغراض مهنية، جاء ليزيل الشك الذي كان سائداً حول استفادة الشخص المعنوي من الحماية المقررة ضد البنود التعسفية ومن أحكام قانون الإستهلاك على الوجه الأعمّ[263].

أما مؤسساتياً، فقد عقد اجتماع للمجلس الوطني للإستهلاك الفرنسي (CNC[264]) ضم المديرية العامة الفرنسية للاستهلاك ومكافحة الغش (DGCCRF[265]) وجمعيات المستهلكين والمحترفين، وأعطى رأياً بالإجماع بتاريخ 14 حزيران 2010 عرّف المستهلكين بأنهم أشخاص طبيعيين يتصرفون لأجل أغراض لا تدخل في إطار نشاطهم المهني[266].

كما وأن حركة المؤسسات الفرنسية (MEDEF[267]) عرفت المستهلك بأنه كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض شخصية لإشباع حاجاته الشخصية[268].

وجاء الفقه بدوره ليعرف المستهلك، ونجد في هذا الصدد العديد من التعريفات. فعرفه بعض الفقه بأنه كل من يبادر إلى الحصول على خدمة أو سلعة يحتاجها، وعرفه البعض الآخر بأنه من يتملك بشكل غير مهني سلعاً استهلاكية مخصصة للإستهلاك الشخصي، كما جرى تعريفه بأنه من يتزود بسلع أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ما لم يتعلق بأعمال مهنته سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً وسواء أكان مهنياً أو لم يكن، ويرى البعض بأن المستهلك هو الذي يقوم بالعمليات الإستهلاكية التي تشبع حاجاته اليومية والوقتية دون أن تتخلل نية الربح سواء أكان شخصاً طبيعيا أو معنويا[269]. وجرى تعريف المستهلك أيضاً بأنه من يشتري لغاية استعماله عكس المنتِج الذي لا تكون له هذا الغاية :

“celui qui achète pour son usage, par opposition au producteur”[270].

ولعل أشمل التعريفات الفقهية للمستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري أو يستعمل سلعة أو خدمة لغايات إشباع حاجاته الشخصية أو حاجات غيره، وهو الشخص الذي يفتقد

---

[263])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 75 : « Il y a une hésitation naturelle à faire bénéficier une personne morale de la protection contre les clauses abusives et plus largement, du droit de la consommation».

[264])Le Conseil national de laconsommation (CNC) est, en France, un organisme paritaire consultatif placé auprès du ministre chargé de la consommation.

[265])La Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) est une administration française relevant du ministère de l'Économie.

[266])Op. cit, p. 59.

[267])Le Mouvement des entreprises de France (Medef) est une organisation patronale fondée en 1998, représentant des entreprisesfrançaises.

[268])Op. cit.

[269])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 8. (www.uldroit3.com)

[270])Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, UNIVERSITÉ DE DROIT-D’ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D’AIX-MARSEILLE, INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2002, 1re Partie, Titre. I, Chap. I, n0 393.

إلى الخبرة والمعلومات الأساسية حول السلعة أو الخدمة مقارنة مع من يقدمها[271]. ولعل هذا التعريف هو الأصوب، والأقرب لتعريف المستهلك الذي أعطته المادة الثانية من قانون حماية المستهلك.

أما التعريف الذي اعتمدته محكمة العدل الدولية ومعاهدة روما لسنة 1980 بشأن الواجبات اللازمة التطبيق على العلاقات التعاقدية، فكان بأن المستهلك هو "الشخص الذي يتعاقد من أجل الحصول على ما يلزمه من سلع وخدمات لاستخدامها في غير مجال نشاطه المهني، أي لاستخدامها في مجال منبتّ الصلة عن هذا النشاط"[272].

عرض تعريف المستهلك في قانون حماية المستهلك لضرورة أن يكون الغرض شخصياً من التعاقد الذي يقوم به[273]، حتى ولو قام به محترف، إذ أنه يفقد صفته هذه في حال تعامل خارج إطار مهنته، وقد جاء في ذلك العديد من قرارات محكمة التمييز الفرنسية[274] ومحكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي[275].

ولكن لا يجب أن يُفهم من ذلك المعنى الضيق للغرض الشخصي، أي استهلاك المتعاقد في عقد الإستهلاك للسلعة أو الخدمة بشخصه، بل بالإمكان أن يقوم بالإستهلاك الغير من أفراد عائلته، أصحابه... ويعتبر هؤلاء من المستهلكين، حيث إن نص المادة الثانية التي عرفت المستهلك واضح بهذا الخصوص، إذ يُعتبر مستهلكاً ليس الشخص الذي يشتري أو يستأجر، أي فقط الشخص الذي يقوم بالعقد، إنما كل من استعمل أو استفاد من هذا العقد دون تحديد لشخص المستعمل أو المستفيد، وهذا ما يفتح الإحتمالات ليتعدى أطراف العقد. فأفراد العائلة في استعمالهم للسلعة أو استفادتهم منها ومن الخدمة يقومون بعملية استهلاك موصوفة دون أدنى شك.

وكما كنا قد ذكرنا سابقاً بأن الدافع الشخصي في عقد الإستهلاك يجب أن يكون شخصياً محضاً لا يتشاركه أي دافع مهني. ويجب القول بأن المستهلك يفقد صفته هذه ولو كان دافعه شخصياً في العقد في حال اشتراك هذا الدافع مع دافع شخص آخر مهني في نفس العمل، وأخذ هذا الأخير الطابع المهني. فقد قضت محكمة استئناف أورليان بهذه النتيجة في قرارها الصادر بتاريخ 22 تشرين الثاني 2018[276]، وتتلخص وقائع النزاع باستئجار دراجة نارية بالتضامن من قبل شخصين، أحدهما مهني وقام بالإستئجار لأغراض مهنته، طالب شريكه المحكمة بإعلان أحد البنود في العقد

---

[271])محاضرات في قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص. 9. (www.uldroit3.com)

[272])المرجع السابق.

[273])المرجع السابق، ص. 8. (www.uldroit3.com)

[274])راجع صفحة 65.

[275])-Recueil Dalloz, 2015, Volume 3, Éditorial : Olivier Beaud, Consommation, Clauses abusives (notion de consommateur) : credit souscrit à titre personnel par un avocat, p. 1767 : *CJUE, 4e ch., 3 sept. 2015, aff. C-110/14.*

-Gazette du palais, 2015, Volume 3, Chroniques de jurisprudence de droit de la consommation, St**é**phane PIEDELIÈVRE, Clauses abusives et notion de consomateur, p. 3240 : ***CJUE, 3 sept. 2015m n0 C-110/14**, Costea c/ SC Volksbank România SA.*

[276])Cour d'appel d'Orléans, c1, Audience publique du jeudi 22 novembre 2018, N° de RG: 18/007851. (www.legifrance.gouv.fr)

بنداً تعسفياً وفقاً لأحكام قانون الإستهلاك، فرفضت المحكمة ذلك كون الغرض المهني من العقد كان واضحاً ومنصوص عنه في العقد صراحة، ولا يمكن للشريك المطالب أن يوصف بالمستهلك، كون المستهلك لا يمكنه أن يكون شريكاً لشركة، في مركبة لاستعمال مهني بحت :

"Attendu que, si Monsieur Z... a conclu le contrat litigieux, il ne peut à l'évidence avoir agi en qualité de consommateur puisqu'un consommateur n'est pas colocataire avec une societé d'un véhicule à unique vocation professionnelle ;".

ونلاحظ أيضا من خلال التعريف، بأن استعمال المستهلك للسلعة أو الخدمة أو استفادته منها، ليس بالضروري أن يكون مقابل بدل، بل من الممكن أن يكون مجاناً. إذ إن المشرع لم يشترط أن يكون الإستعمال أو الإستفادة مقابل شيء ما. وبذلك يكون قد وسّع دائرة الحماية، فإعطاء الشخص صفة المستهلك تخوله الإستفادة من الحماية المقررة له عبر المادة 26 من قانون حماية المستهلك إذا كان الطرف الآخر محترفاً. مثال ذلك أن يَهبَ صاحب مؤسسة سلعة إلى شخص ما ويفرض عليه بنداً تعسفياً، فيستطيع هذا الأخير استناداً لاستعماله السلعة أو استفادته منها (وليس لاكتسابه إياها مجاناً، إذ لم يرد تعبير "يكتسب" في التعريف)، أن يعترض على البند التعسفي ولو أنه اكتسب الشيء بالمجان. وهذا الأمر يتكامل مع ما أوردناه بخصوص شمول عمل المحترف الأعمال المجانية، وخضوع عقد الإستهلاك المجاني لأحكام قانون حماية المستهلك[277].

ولكن يؤخذ على التعريف اللبناني والفرنسي للمستهلك عدم تحديد الإرتباط المباشر وما المقصود منه. فهل يقصد بأن التصرفات التي يقوم بها الشخص ولا ترتبط مباشرة بنشاطه المهني بأنها تلك التي لا ترتبط بموضوع مهنته أم بأنها لا ترتبط بأعمال مهنته. فقد يقوم المحامي، التاجر، المُصنع أو المزارع بتصرف لا يتعلق بموضوع مهنته ولا بأعمالها كشراء حاجات شخصية محضة له مثل المأكل والملبَس، ولكن قد يقوم أيضاً بإجراء عقد تأمين لضمان مكان ممارسة مهنته أو لضمان البضائع والمنتوجات، فهذا التصرف مرتبط بموضوع نشاطه المهني ولكنه لا يرتبط بأعمال المهنة بحد ذاتها.

في الحالة الأولى لا تثور أية مشكلة، إذ لا يوجد أي نوع من الإرتباط بين تصرف الشخص ونشاطه المهني، ويكون بذلك مستهلكاً. ولكن في الحالة الثانية، يوجد نوع من الإرتباط بموضوع النشاط المهني للشخص، إذ أن التصرف الذي يقوم به الشخص متعلق بنشاطه ولكنه ليس من أعمالها.

[277])راجع صفحة 63 وما يليها.

وقد تباين الإجتهاد الفرنسي في هذه الحالة، مع الذكر بأنه جاء في البدء باتجاه توسيع دائرة الإرتباط، بحيث جعله ارتباطاً مباشراً وحرم المستدعي بالتالي من الحماية ضد البنود التعسفية، ثم ما لبث أن تحول بخلاف ذلك[278].

ففي البداية كانت محكمة التمييز تأخذ بالمعنى الواسع للإرتباط، ولا تعطي صاحب المهنة الحماية المقررة له قانوناً في حال تصرفه في أمور متعلقة بموضوع مهنته[279]. فقررت مثلاً بتاريخ 15 نيسان 1986 بأن مهنياً في مجال التأمينات لا يستفيد من الحماية المقررة للمستهلك في العقد الذي أجراه لغرض الدعاية لمكتبه مع شركة إعلانات[280].

ولكن ما لبث أن اتجهت اتجاهاً آخر وأوجبت الحماية المقررة ضد البنود التعسفية للأشخاص الذين يتصرفون في غاية مهنية ولكن خارج مجال امتهانهم[281]. مثال ذلك قرار لمحكمة التمييز صدر بتاريخ 28 نيسان 1987[282]، وتستخلص وقائع القضية في تعاقد وكالة للعقارات لوضع أنظمة إنذار لمكاتبها ثم تبين خلل في هذه الأجهزة، فقامت الوكالة بالمداعاة مطالبة بإعلان ثلاثة بنود من العقد بأنها بنود تعسفية، فأعلنت محكمة التمييز بأن خبرات وكالة العقارات لا تتعدى مجال العلوم في أنظمة الإنذار وأن هذه الوكالة عوملت كمستهلك في هذا العقد[283].

وهذا الإتجاه الأخير نراه الأصوب، إذ إن وكالة العقارات في المثال الأخير لا تملك أدنى معلومة في مجال أنظمة المراقبة والإنذار، وتتعامل مع الجهة المختصة بهذا الشأن مثلها مثل أي شخص آخر، تجمعهما صفة الضعف المشتركة في هذا المجال. وهذه الصفة تلزم المستهلك في عقد الإستهلاك كما أشرنا سابقاً[284]. لذلك نميل إلى أن الإرتباط الذي أشار إليه المشترع اللبناني أو الفرنسي في تعريفه للمستهلك – إذ إن التعريفين متشابهان للغاية – إنما هو الإرتباط الذي يجمع

---

[278])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, pp. 51, 52, 53, 55 et 56.

[279])Op. cit, p. 37.

[280])-Cass. 1ère civ., 15 avril 1986, RTD civ. 1987, p. 86, obs. J. MESTRE.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 37.

[281])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 38.

[282])Cass. 1ère civ., 28 avril 1987, *Bull. civ.*, n° 134, *D.* 1987, somm. p. 45, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1988, jur. p. 1, Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; *RGAT* 1987, p. 559, obs. J. BIGOT ; *RTD civ.* 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1988, p. 112, obs. J. HÉMARD et B. BOULOC. Un arrêt avait déjà eu recours au critère de la compétence, pour l'application de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, v. Cass. 1ère civ., 15 avril 1982 (*D.* 1984, jur. p. 439, note J.-P. PIZZIO) dans lequel la Cour de cassation estime que c'est à bon droit qu'une Cour d'appel retient que le contrat conclu à la suite d'un démarchage, par un agriculteur avec un cabinet d'expertise pour l'évaluation d'un sinistre affectant son exploitation, échappait à la compétence professionnelle de cet agriculteur, et devait, en conséquence, être soumis aux dispositions de la loi du 22 décembre 1972.

[283])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 38.

[284])راجع صفحة 51.

التصرف بأعمال الشخص المهني في مهنته وليس ارتباطه بموضوع المهنة. ويكون للشخص في الحالة الأخيرة أن يعطى صفة المستهلك[285] ويستفيد من الحماية المقررة له ضد البنود التعسفية في قانون حماية المستهلك، ولو أنه مهني أو محترف، إذ أنه محترف في مجاله وحسب.

ويعود لقضاة الأساس تقدير مدى وجود الإرتباط مباشراً كان أو غير مباشرٍ بنشاط الشخص، وتقوم محكمة التمييز بالرقابة على تعليل محاكم الأساس لوجود هذه الرابطة من عدمها[286]. ولكن يبدو مؤخراً أن محكمة التمييز بدأت تتخلى عن دورها في الرقابة على تقرير وجود الرابطة المباشرة وتتركه لمطلق تقدير محاكم الأساس[287].

---

[285])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 56.

[286])-Cass. 1ère civ., 3 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 9 et 30 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 55, *Contrats conc. consom.* 1996, chron. 4, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, p. 228, note G. PAISANT ; *D.* 1996, somm. p. 325, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1996, p. 766, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 1996, I, 3929, n° 1 s., obs. Fr. LABARTHE ; *JCP G* 1996, II, 22654, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996, p. 609, obs. J. MESTRE.

-Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 14, n^0 41 : *Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, citée supra n^0 40. – V. aussi Cass. 1re civ., 10 juill. 2001 : Bull. civ. 2001, I, n^0 209 ; D. 2001, p. 2828, obs, Rondey ; JCP G 2002, I, 148, n^0 1, obs. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2001, p. 873, obs. Mestre et Fages. – Cass. 1re civ., 5 mars 2002 : JurisData n^0 2002-013317 ; Bull. civ. 2002, I, n^0 78 ; JCP G 2002, II, 10123, note Paisant ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 118, note L. Leveneur ; D. 2002, p. 2052 ; Gaz. Pal. 2003, 2, somm. p. 1188, obs. Guevel ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. Mestre et Fages. – Cass. 1re civ., 22 mai 2002 : Bull. civ. 2002, II, n^0 143 ; Gaz. Oal. 2003, somm. P. 1189, obs. Guevel ; LPA 25 mars 2003, obs. Robine ; RTD civ. 2003, p. 90, obs. J. Mestre. – Cass. 1re civ., 15 mars 2005, cité supra n^0 35.*

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil,TOME I, Édition Dalloz – 2018, Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, Abus de droit, p. 12, n^0 41 : *Civ. 1re, 10 juill. obs. Rondey ; RTD civ. 2001. 873, obs. Mestre et Fages : achat d'un matériel pour l'exercice de la profession, emprunt àcet effet.*

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 53.

[287])-Cass. 1ère civ. 22 mai 2002, *Bull. civ.* I, n° 143 ; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 1189, obs. D. GUEVEL ; *LPA* 25 mars 2003, obs. D. ROBINE ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE : "*La cour d'appel qui n'avait pas à vérifier les compétences professionnelles que M. B... avait lui-même déclarées* ***a souverainement apprécié l'existence de ce rapport direct*** *en relevant que l'intéressé avait conclu l'opération litigieuse en qualité de loueur professionnel de bateaux selon le document établi à l'intention de l'administration fiscale auprès de laquelle il avait par la suite déclaré les déficits, enregistrés par lui, au titre des bénéfices industriels et commerciaux et que dès lors il ne pouvait prétendre au bénéfice de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*".

-Cass. 1ère civ., 27 septembre 2005, *Contrats conc. consom.* 2005, comm. 215, note G. RAYMOND ; *RDC* 2006/2, p. 359, obs. M. BRUSHI : "*L'arrêt retient,* ***par des motifs propres et adoptés qui relèvent de son appréciation souveraine****, que l'emprunt litigieux avait été contracté par X en vue de financer l'acquisition et l'aménagement d'un nouveau siège social, lieu de son activité, et que X, dont l'objet est de promouvoir l'athlétisme en France par la signature d'importants contrats de partenariat et de vente de licences, avait souscrit cet emprunt dans le cadre de son activité, afin d'améliorer les conditions d'exercice de celle-ci, faisant ainsi ressortir l'existence d'un rapport direct entre l'activité professionnelle de cette association et le contrat de prêt litigieux, pour en déduire à bon droit que les dispositions des articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation n'étaient pas applicables dans le présent litige*."

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 54.

وانطلاقاً من نص المادة 26، فإنها قد نصت على أن المستهلك يشتري الخدمة أو السلعة، يستأجرها، يستعملها أو يستفيد منها. فهل يستفيد الغير المستهلك ممن استعمل أو استفاد من السلعة أو الخدمة من الحماية المنصوص عنها في المادة 26 من قانون حماية المستهلك المتعلقة بالبنود التعسفية ؟ نعطي مثالاً على ذلك حالة استفادة العائلة من أداة كهربائية جلبها رب المنزل، فيعتبر أفراد العائلة من الغير بالنسبة لعقد شراء هذه الأداة، أو كاستفادتهم من عقد إيجار المنزل وإشغالهم له.

كنا قد أشرنا في السابق إلى أن نص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الذي عرف المستهلك، جعل من الغير الذي يستعمل أو يستفيد من السلعة أو الخدمة موضوع عقد الإستهلاك مستهلكاً ولو لم يكن هو من تعاقد مع المحترف. ولكن إن اكتسابه صفة المستهلك لا يعطيه الحماية ضد البنود التعسفية تلقائياً، فيجب هنا أن يكون طرفاً في العلاقة التعاقدية وليس من الغير. إذ جاءت المادة 26 من قانون حماية المستهلك في الفصل السادس تحت عنوان "العلاقة التعاقدية"، ونصت المادة 17 أي المادة الأولى من هذا الفصل على أنه "تطبق أحكام هذا القانون المتعلقة بالعقود التي تربط المحترف بالمستهلك...". يتبين لنا أنه يُشترط لاستفادة المستهلك المستعمل أو المستفيد من الحماية ضد البنود التعسفية أن يكون مرتبطاً مع المحترف بعلاقة تعاقدية، وهذا ما هو منتفٍ في حالة الغير. ففي مثالنا المعروض أعلاه، إن أفراد العائلة ليسوا هم من تعاقدوا مع المحترف، إنما رب المنزل، وبذلك يكون هذا الأخير هو الوحيد المستفيد الوحيد من الحماية المقررة في المادة 26 ضد البنود التعسفية. وبهذا الإتجاه سار بعض الفقه معتبراً بأن المستهلك المتعاقد هو المستفيد حصراً من الحماية[288]. على أن لا ننسى ضرورة تحقق الإخلال بالتوازن العقدي بينه وبين المحترف كشرط للإستفادة من الحماية المذكورة، فما هي خصائص هذا الإخلال وما هي سبل تقديره ؟ هذا ما سنبحثه تالياً في الفصل الثاني من هذا العنوان. ولكن قبل الخوض فيه نجد أنه لا بد من البحث حول إشكالية وهي : هل أن عملاء المصارف يعتبرون مستهلكين وتنطبق على عقودهم مع المصرف أحكام قانون حماية المستهلك ؟

لقد أجابت المادة 17 من قانون حماية المستهلك ولو أنها جاءت بشكل غير مباشرٍ بخلاف الوضع في فرنسا[289]. فقد نصت المادة على ما يلي :

---

[288])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 66.

[289])Code de la consommation, Livre III : Crédit, L 311-1 :

"Pour l'application des dispositions du présent titre, sont considérés comme :

1° Prêteur, toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné au présent titre dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles ;

2° Emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, ou un intermédiaire de crédit, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ;

..."

كما وتوجد العديد من الأحكام القضائية التي كان موضوعها نزاعاً بين العملاء والمصرف وتحدّثت صراحة عن اكتساب هؤلاء العملاء صفة المستهلك :

"تطبق أحكام هذا القانون المتعلقة بالعقود التي تربط المحترف بالمستهلك في كل ما لا يتعارض مع النصوص القانونية التي ترعى عمل المهن الحرة والمصارف وشركات التأمين."

إن نص المادة 17 يفيد صراحةً بتطبيق أحكام قانون الإستهلاك على العقود التي تجريها المصارف في كل ما لا يتعارض مع النصوص القانونية التي ترعاها.

وإذا ما استندنا إلى الشرح القانوني السابق لعقد الإستهلاك ولأطرافه، فإنه يمكننا اعتبار العميل مستهلكاً واستفادته بالتالي من الحماية المقررة. حيث أن غالبية العملاء يتعاملون مع المصرف (شراء خدمة) خارج إطار نشاطهم المهني أي لحاجاتهم الشخصية، والمصرف بطبيعة الحال ينطبق عليه صفة المحترف على ما عرّفنا هذا الأخير في الفقرة السابقة. أما إذا كان العميل يتعامل مع المصرف لحاجات مهنته (أي إذا كان صيرفياً أو يعمل في المجال المالي والتحويل إلخ...) فلا يعتبر في هذه الحالة مستهلكاً ولا تطبق أحكام قانون حماية المستهلك بالتالي، كونه يتعامل خارج إطار نشاطه الشخصي.

الفصل الثاني : معيار التعسف في عقد الإستهلاك : الإخلال بالتوازن العقدي

نصت الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون حماية المستهلك على أن البنود التعسفية ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير. فمن خلال هذا النص نرى أن المشرع اللبناني قد عمد إلى إعطاء المعيار الذي يمكننا الإستناد عليه لوصف بندٍ ما في عقد الإستهلاك بأنه بند تعسفي مع كل ما ينتجه ذلك من آثار. وبذلك أيضاً قام المشرع الفرنسي، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك على ما يلي :

“Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.”

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8e chambre c, Audience publique du jeudi 9 novembre 2017, N° de RG: 15/11494 ; Cour d'appel de Chambéry, 10, Audience publique du mardi 16 janvier 2018, N° de RG: 16/012711 ; Cour d'appel d'Orléans, c1, Audience publique du jeudi 14 mars 2019, N° de RG: 18/007541 ; Cour d'appel d'Orléans, c1, Audience publique du jeudi 18 avril 2019, N° de RG: 18/012831 ; Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 5 juin 2019, N° de pourvoi: 18-11459 18-23497 ; Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 19 juin 2019, N° de pourvoi: 18-10136 : *“Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 24 octobre 2017), que, suivant contrat du 14 mai 2010, Mme E... (l'assurée) a conclu deux prêts immobiliers avec la société Banque populaire du Massif central (la banque)...*

que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible et en cas de doute, elles s'interprètent dans le sens le plus favorable aux consommateurs ou aux non-professionnels ; ...” (www.legifrance.gouv.fr)

وهذا المعيار الذي قد نص عليه كلا المشرّعين اللبناني والفرنسي هو الإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك ضد مصلحة الأخير، وهذا كان محل إجماع للآراء التي عرّفت هذا الإخلال[290]. ولكن نرى أن النص الفرنسي لم يكتف بوجود الإخلال بالتوازن وحسب، بل أوجب أن يكون هذا الإخلال بليغاً أو مهماً، فلا يعتد بالإخلال البسيط ولو كان مؤثراً.

وقد نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 26 على كيفية تقدير الطابع التعسفي للبند، أي على تقدير الإخلال بالتوازن العقدي ومدى تحققه. ويقابل ذلك نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[291].

إن ما سبق يدفعنا إلى معرفة مفهوم الإخلال بالتوازن العقدي بداية (القسم الأول)، ثم إعطاء المعايير التي تساعدنا في تقدير هذا الإخلال (القسم الثاني).

القسم الأول : مفهوم الإخلال بالتوازن العقدي

لقد سبق لنا وتحدثنا باستفاضة عن التوازن العقدي باعتباره أحد المبادىء الأساسية للعقود[292]. هذا التوازن هو ذاك الذي جاء تشريع الحماية ضد البنود التعسفية لترسيخه في العلاقة التعاقدية بين المحترف والمستهلك[293]، ولم تسمح أبداً باختلاله. فسنقوم بتعريف هذا الإخلال بداية (الفقرة الأولى) ومن ثم سنقوم بعرض قوائم البنود التعسفية التي جاءت التشريعات بالنص عليها في سبيل إيضاح هذا المفهوم وتأمين حماية أكبر للمستهلك (الفقرة الثانية).

---

[290])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 235.

[291])Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

[292])راجع صفحة 19 وما يليها.

[293])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, p. 237.

الفقرة الأولى : تعريف الإخلال بالتوازن العقدي

والإخلال لغةً هو الخروج عما يقتضيه السلوك[294]، وهو إفساد الأمر أو عدم إيفاء الحق[295]، وهو انعدام التناسب أو التآلف[296].

إن التعاريف اللغوية للإخلال تصيب فعلاً ما أراد المشرّع أن يقصده من هذا التعبير، إذ إن البند التعسفي الذي يضعه المحترف في عقد الإستهلاك هو خروج عما يقتضيه السلوك من تعامل بحسن نية، وهو ما يؤدي إلى إفساد العلاقة التعاقدية عبر عدم إعطاء المستهلك حقه المكرّس قانوناً، وذلك كله نتيجة لانعدام التناسب والتوازن بين قدرات المحترف من جهة والمستهلك من جهة أخرى.

ولكن الأمر يختلف فقهياً عما هو لغوياً، إذ لا يوجد مفهوم محدد للإخلال بالتوازن يعدد شروطه أو يبيّن نتائجه نظراً لاقتضاب النص القانوني في هذا الخصوص[297]. فقد وُجدت عدة اتجاهات، منها ما جعل مفهوم الإخلال بالتوازن مفهوماً أخلاقياً، إذ اعتبر بأن النص على البند التعسفي في عقد الإستهلاك هو خطأ ولكنه لا يحقق وحده الإخلال بالتوازن المنصوص عنه، بل يشترط أيضاً أن يُنظر إلى سلوك المتعاقدين[298]، أي تطلب سوء نية المحترف. وبذلك جاء أيضاً قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 30 نيسان 2014[299].

أما الإتجاه المقابل، فرفض الأخذ بالمفهوم الأخلاقي والإكتفاء بمجرد النص على البند التعسفي دون النظر إلى سلوك المحترف، مستندين بذلك إلى رفض المشرّع الفرنسي صراحة اشتراط حسن نية الأطراف وعدم النص عليه في المادة L. 212-1 المذكورة[300]. وبهذا الإتجاه سارت معظم الأحكام، إن لم نقل جميعها ما عدا القرار المذكور آنفاً، والذي لم نره يتكرر في مراجعتنا للكثير من الأحكام، إذ هي لم تتطرق لحسن النية في مجال دراستها للإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك.

كذلك لا يجب أن نعتمد مفهوم الإخلال بالتوازن للغبن كما قال البعض أو ما عُرف بالمفهوم الإقتصادي "conception economique"، نظراً لتشابه الإخلال بالتوازن المنصوص عنه في المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي لناحية اشتراط الإخلال البليغ أو الفاحش. إذ إن

---

[294])معجم معاني الجامع. (https://www.almaany.com)

[295])معجم الغني. (https://www.almaany.com)

[296])Larousse. (https://www.larousse.fr.)

[297])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 246.

[298])Op. cit.

[299])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 30 avril 2014, N° de pourvoi: 13-13641 : "*Considérant qu'en raison de l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles, cette clause qui permet au prêteur de refuser la poursuite du contrat en cas de fausses déclarations de l'emprunteur, n'implique pas un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties et qu'elle ne peut dès lors être considérée comme abusive ;*". (www.legifrance.gouv.fr)

[300])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 246.

نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك لم تشترط ذلك. إضافةً إلى ذلك، إن الإخلال بالتوازن في حال الغبن يكون غالباً متعلقاً بالثمن[301]، أما مجال الإخلال بالتوازن بنص المادة 26 فيتعدى الثمن إلى أمور أخرى كحقوق المستهلك وعبء الإثبات وغيرها كثير منصوص عنها في المادة نفسها.

نستخلص في هذه النقطة أن الإخلال بالتوازن المنصوص عنه في المادة 26 من قانون حماية المستهلك هو إخلال من نوع خاص، مكرّس لخدمة هدفٍ رئيسي من أهداف إقرار هذا القانون وهو حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية التي تجمعه بالمحترف كطرف قوي اقتصادياً. ولا يشترط بالتالي أن يكون الإخلال فاحشاً وشاذاً عن المألوف ليتحقق المقصود منه، بل إن مجرد تفاوت في غير مصلحة المستهلك يعتبر كافياً شرط أن لا يكون تافهاً.

واللافت في هذا الصدد أن مصلحة المستهلك هي المقياس "repère" في تحديد الإخلال بالتوازن. فصياغة المادة 26 جاءت لتقول بأن الإخلال بالتوازن يكون في غير مصلحة المستهلك، ولم تنص على أن يكون الإخلال في مصلحة المحترف كما كان الحال في نص الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون حماية وإعلام المستهلك الفرنسي تاريخ 10 كانون الثاني 1978[302]، قبل أن يصدر قانون الإستهلاك وتتعدل عبر المادة L. 212-1 التي نصت على أن الإخلال بالتوازن يكون على حساب المستهلك. وفي ذلك، قال العديد من الفقهاء أمثال H. DAVO، R. MARTIN، J. Calais-Auloy، D.MAZEAUD، G. Raymond وG. Paisant بأنه لا فرق بين الصياغتين، إذ أنه في حال تمثل الإخلال بالتوازن بمنافع فاحشة لمصلحة المحترف، فسيكون ذلك بالتأكيد على حساب المستهلك[303].

إن السبب الذي دعى بعض الفقهاء إلى قول ما سبق، أنه ومن المنطق أن كل منفعة تصب في ذمّة المحترف ستؤدي حتماً إلى خلل بالتوازن لمصلحته على حساب المستهلك. مثال ذلك أن يوضع بند جزائي في العقد تكون قيمته فاحشة أو مبالغاً فيها، فإن هذا الأمر يؤدي إلى خلل فاحش في التوازن لمصلحة المحترف من جهة، وخسارة فاحشة للمستهلك من جهة أخرى.

ولكننا نرى أن تفاوتاً بين الصياغتين يؤدي إلى تفاوتٍ في الأساس ممكن ملاحظته، مع تغليب الصياغة التي اتبعها المشرّع اللبناني والمشرّع الفرنسي في تعديله.

---

[301])Op. cit, p. 247.

[302])Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et **confèrent à cette dernière un avantage excessif**.

[303])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 250 et 251.

لنبدأ من نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك، حيث أن المشرّع اللبناني وضع المستهلك مقياساً في عملية الإخلال بالتوازن وليس المحترف، وفي ذلك تكمن حكمة المشترع. إذ لو فرض النص بأن يكون الإخلال في مصلحة المحترف، لكان هذا الأخير هو المقياس ولنظرنا إلى المنفعة التي يجنيها من خلال هذا الإخلال بالنظر إليه دون المستهلك. لإيضاح الفكرة نضرب المثال التالي : في حال وُضع بند في عقد بين مستهلك ومحترف، يعطي الأخير مبلغ خمسمائة ألف ليرة لبنانية زيادة عن ثمن سلعة ما، فإن ذلك لا يشكل منفعة تُذكر إلى المحترف الذي يكون رأس مال مهنته مئات الملايين على سبيل المثال، فلو كان النص هنا بأن الإخلال بالتوازن أو التفاوت يكون لمصلحة المحترف، لما أمكن أن يطلق على هذا البند صفة التعسف نظراً لوجود منفعة تافهة في مصلحة المحترف. ولكن وكون النص جاء على أن الإخلال بالتوازن هو في غير مصلحة المستهلك، فعلينا أن ننظر في إمكانيات ومصلحة المستهلك، الطرف الضعيف إقتصادياً، وليس النظر إلى تلك الخاصة بالمحترف، وبذلك يكون للمستهلك طلب إعلان البند المذكور في المثال السابق بأنه بند تعسفي، كون الإخلال بالتوازن قد أضر في مصلحته التي تقدر على حجمه الضئيل هو دون المحترف.

وبقصد إيضاح مفهوم الإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، عمدت التشريعات إلى النص على قائمة أو أكثر تعدد فيها بنوداً تعسفية يلجأ إليها المستهلك في إثباته للطابع التعسفي للبند المتظلم منه كما وتسهّل عمل المحاكم على ما سنرى في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : قوائم البنود التعسفية

عمد المشرع اللبناني في الفقرة الثالثة من المادة 26 من قانون حماية المستهلك إلى إدراج بنودٍ عديدة على سبيل المثال لا الحصر، تعتبر فيها بنوداً تعسفية، وهذه البنود هي :

1) البنود النافية لمسؤولية المحترف.
2) تنازل المستهلك عن أي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة.
3) وضع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون.
4) منح المحترف بصورة منفردة صلاحية تعديل كل أو بعض أحكام العقد لا سيما تلك المتعلقة بالثمن أو تاريخ أو مكان التسليم.
5) منح المحترف حق إنهاء العقد غير المحدد المدة دون إبلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مهلة معقولة.
6) إلزام المستهلك في حال عدم إنفاذه أيا من موجباته التعاقدية بتسديد المحترف تعويضاً لا يتناسب مع الأضرار الناتجة عن ذلك.
7) منح المحترف حق تفسير أحكام العقد.
8) إلزام المستهلك بإنفاذ موجباته في حال امتناع المحترف عن إنفاذ ما تعهد القيام به.

9) عدم جواز اللجوء للوساطة أو التحكيم لحل الخلافات وفقاً لأحكام هذا القانون، أو تحميل المستهلك المصاريف التي قد تترتب على اتباع الإجراءات المذكورة.

وقد حذا بذلك المشرع اللبناني حذو التشريعات الأجنبية التي وضعت البنود التعسفية التي تحقق هذا الإخلال في قوائم عدة. فسنة 1977 أصدر المجلس الأوروبي "conseil de l'Europe"[304] قائمة تحت عنوان "principales catégories de clauses abusives"، كذلك فعلت بعض القوانين الأوروبية كالقانون الفرنسي والقانون الألماني من اعتماد قائمتين للبنود التعسفية، قائمة سوداء "liste noire" وقائمة رمادية "liste grise"[305]. تحوي القائمة السوداء نماذج لبنود تعسفية على سبيل الحصر لا تقبل إثبات العكس (أي إثبات أنها بنودٌ غير تعسفية)، أما القائمة الرمادية فتحوي على نماذج لبنود تعسفية على سبيل الحصر أيضاً، إنما يمكن للمحترف أن يثبت بأنها بنود غير تعسفية. وكان قانون الإستهلاك الفرنسي قد نص على هاتين القائمتين في القسم التنظيمي منه "Partie réglementaire" عبر المادة R. 212-1 للائحة السوداء والمادة R. 212-2 للائحة الرمادية. كما اعتمدت دول أوروبية أخرى أسلوب القائمة الواحدة السوداء أمثال إسبانيا واليونان[306]. وكان التشريع اللبناني الأقرب منه إلى التشريع في لوكسمبورغ في المادة L. 211-3 من قانون الإستهلاك، الذي اعتمد قائمة واحدة، وضع فيها بنوداً تعسفية على سبيل المثال دون أن يحدد طابعا قطعياً لها أو يسمح بإثبات العكس.

إن وضع القوائم التي تضم البنود التعسفية لها عدة فوائد في مصلحة المستهلك، فهي تخوله المعرفة المسبقة، في إطار علاقته التعاقدية مع المحترف، بالطابع التعسفي للبنود التي يمكن أن يضعها الأخير في غير مصلحته، دون أن يبذل العناء في دراسة مدى تحقق الإخلال بالتوازن. كما وهي تشكل ضغطاً معنوياً على المحترف الذي يريد وضع بندٍ تعسفي موجود في القائمة، إذ أنه يعرف مسبقاً بأن هذا البند ستتم مكافحته ولن يعطي أي مفعول. كذلك وتسهّل على القاضي أن يحكم على بند في العقد الذي يجمع المحترف والمستهلك، بأنه بند تعسفي دون الغوص في المفاهيم المختلفة التي أُعطيت للإخلال بالتوازن.

كما وأن تعداد البنود في القائمة على سبيل المثال وليس الحصر، موضوعٌ في مصلحة المستهلك. إذ ولو أن هناك العديد من البنود التعسفية الأخرى غير المذكورة في القائمة، تؤدي إلى عدم قدرة المستهلك على معرفتها مسبقاً، إلا أن الحصر في التعداد هو أمر سلبيّ للغاية، فهو يُعرّض المستهلك

[304])Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale instituée le 5 mai 1949 par le traité de Londres. C'est une organisation internationale qui rassemble 820 millions de ressortissants de 47 États membres, par le biais des normesjuridiques dans les domaines de la protection des droits de l'homme, du renforcement de la démocratie et de la prééminence du droit en Europe. Le Conseil de l'Europe est doté d'une personnalité juridique reconnue en droit international public.

[305])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 258.

[306])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 264.

لبنود تتحقق فيها صفة التعسف عبر إخلالها بالتوازن العقدي بينه وبين المحترف، دون أن يستطيع توسل طلب تعديلها أو إبطالها.

ويجدر الذكر بأنه يوجد في فرنسا إضافة إلى نظام اللوائح، لجنة تُدعى لجنة البنود التعسفية "Commission des clauses abusives"، أُنشِئت بقانون العاشر من كانون الثاني 1978، يترأسها قاضٍ عدلي وبعضوية قاضيين عدليين أو إداريين أحدهما يكون نائباً للرئيس، شخصين مختصين بالقانون ونظام العقود، أربعة ممثلين عن المحترفين وأربعة آخرين عن المستهلكين[307]. تهدف اللجنة إلى إعطاء رأي استشاري في المرسوم الذي سيصدر ويعلن قائمتي البنود التعسفية وذلك سنداً لنص الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[308]، كما وأوكلت المادة L. 822-4 من القانون نفسه[309] اللجنة دوراً في مراجعة نماذج العقود التي يضعها المحترفون وتقدير ما إذا كانت تحوي بنوداً تعسفية. ويتم ذلك عن طريق تقدير مدى تحقق الإخلال بالتوازن العقدي، فما هي المعايير المعتمدة في سبيل ذلك ؟ ذلك ما سنعالجه الآن في القسم الثاني.

القسم الثاني : تقدير الإخلال بالتوازن العقدي

لقد نصت التشريعات على معايير عديدة لتقدير الإخلال بالتوازن العقدي الذي يُحدثه البند التعسفي تتعلق بكيفية التقدير من جهة، وبتاريخه من جهة أخرى، إضافة إلى حظرها بعض المعايير التي لا يمكن الإستناد إليها.

وبالإتجاه نفسه، فقد أوجد الفقه معايير أخرى لتقدير هذا الإخلال مستنداً في ذلك على النصوص القانونية التي ترعى البنود التعسفية، وقد كرّس الإجتهاد هذه المعايير في العديد من الأحكام.

فما هي هذه المعايير ؟ وما هي حدود الحظر القانوني لبعض منها وهل توجد شروط محددة لإعماله ؟ هذا ما سوف نعالجه عبر شرح المعايير التشريعية (الفقرة الأولى)، ومن ثم المعايير الفقهية والإجتهادية (الفقرة الثانية).

---

[307])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 283 et 284.

[308])Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.
Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

[309])La commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants consommateurs ou non professionnels. **Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif**.

الفقرة الأولى : المعايير التشريعية

نصت الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون حماية المستهلك بأنه يتم تقدير الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد، ويجري الرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن. ويقابل ذلك نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي حيث تم النص على ما يلي :

"Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible."

إن التعريفان اللبناني والفرنسي للبند التعسفي جعلا الإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، فيما بين حقوق وموجبات كلٍّ منهما. فالحكم إذن بوجود الإخلال بالتوازن الذي يؤدي إلى إعطاء البند الطابع التعسفي يجب أن يتم إما بعد مقارنة حقوق المستهلك مع حقوق المحترف من جهة، وموجباته مع موجبات هذا الأخير من جهة أخرى، وإما بعد مقارنة حقوق وموجبات المحترف من جهة وحقوق وموجبات المستهلك من جهة أخرى، وهذه الطريقة الثانية هي الأصوب إذ هي الطريقة المعتمدة والتي من الممكن أن نصل من خلالها إلى نتيجة[310]، فالمقارنة بالطريقة الأولى ليست بهذه السهولة، إذ لا يوجد في بعض الحالات رابط بين حقوق المستهلك وحقوق المحترف، وبهذا قال الفقيه Philippe Stoffel-Munck حيث ضرب مثالاً في ذلك بعقد اشتراك في نادٍ رياضي، يعطي بندٌ ما فيه صاحب النادي الحق بأن يعدّل جدول الأوقات بصورة منفردة، ويعطي بندٌ آخر المشترك حق تناول وجبة مجانية في مطعم النادي بعد شراء عشر وجبات. فمن وجهة نظره لا يوجد أي رابط بين هذين الحقين ولا يمكن بالتالي المقارنة بينهما[311].

والمقارنة بالطريقة الثانية المتبعة هي الأقرب إلى التطبيق عملياً، فالإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، لا يمكن الحكم عليه بالنظر إلى بندٍ واحد وحسب دون التطرق إلى البنود الأخرى، فقد يُنصّ في بند ما على تخفيض مسؤولية المحترف في الضمان لجهة الشمولية، ولكن

[310])راجع صفحة 22.

[311])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, p. 302.

يُنص في بندٍ آخر على أن مدة الضمان تكون مضاعفة. فلا يمكننا القول هنا بأن البند الذي يقلّص مسؤولية المحترف هو بند تعسفي، إذ يجب أن ننظر أولاً إلى التوازن العقدي "وليس البندي" أي في مجمل الحقوق والواجبات. فإذا صح القول، إن الإخلال بالتوازن الذي تسبب به البند الأول قد عدّلته الفائدة من البند الثاني بمضاعفة مدة الضمان، ويكون التوازن العقدي متحققاً بالمجمل. وقد حكمت بذلك الغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية في قرارها بتاريخ 4 تشرين الأول 2016[312]، حيث جاء فيه ما يلي :

"4°/ que l'existence d'un déséquilibre significatif ne peut être déduite qu'après avoir procédé à un examen concret et global des droits et obligations des parties ;".

ولكن قد يثير أحدهم التساؤل التالي : ماذا لو نُصّ على بند في عقد جمع المحترف بالمستهلك، موجودٌ في القائمة التي نص المشرع عليها، ووُجد بندٌ آخر يعطي المستهلك فوائد تعوض الإخلال الذي تسبب به البند الأول، فهل يبقى له الطابع التعسفي ؟ مثال ذلك أن يتضمن البند تنازلاً من المستهلك عن أحد حقوقه المنصوص عليها قانوناً (أحد البنود المعددة في القائمة) فيما يتضمن له في بند آخر منافع تعوضه عن الخسارة التي يتكبدها من البند الأول.

الإجابة نستقيها من المادة 26 من قانون حماية المستهلك، وهي أن البند الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك هو بندٌ تعسفي. فيجب علينا النظر إلى وجود الإخلال أولاً للحكم تبعاً على البند بأنه بند تعسفي. أما وضع المشرّع قائمة تضم بنوداً اعتبرها تعسفية، فإنه لم يتبع ذلك بذكر قطعية الحكم عليها أو إذا ما كان بالإمكان إثبات عكس تعسفها، كذلك لم يورد في نهاية الفصل الذي يتضمن المادة 26 بأن أحكامه هي من النظام العام كما فعل في الفصل الذي يليه، إذ نصت المادة 35 من هذا الأخير على أن أحكامه تعتبر من النظام العام. فيكون للمحترف أن يثبت أن البند الذي تنازل فيه المستهلك عن أحد حقوقه لا يتّسم بطابع التعسف، وذلك عبر الإشارة إلى البند الذي يعدّل التوازن. إذ ولو أن القائمة قد عددت بنوداً اعتبرها المشرع تعسفية مع ما يستتبعه ذلك من تخلّص المستهلك من عناء إثبات الإخلال بالتوازن، إلا أن ذلك لا يجب أن يدفعنا إلى حرمان المحترف من إثبات العكس طالما أن القانون لم يحرمه هذا الحق صراحة. وبذلك لا نكون قد خالفنا المبدأ الرئيسي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 26، ونكون قد طبقنا أحكام الفقرة الثالثة منها باعتبار البند الذي يقضي بتنازل المستهلك عن أحد حقوقه المنصوص عنها قانوناً، بنداً تعسفياً، مع الإتاحة للمحترف بأن يثبت عكس الطابع التعسفي للبند المقدّر تشريعاً على أنه كذلك.

أما بالنسبة إلى اعتماد الثمن كمعيار للتقدير، فإن المشرّع اللبناني كما الفرنسي، قام باستثنائه من بين المعايير، حيث ورد في الفقرة الثانية من المادة 26 "يقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن."، وفي الفقرة الثالثة من المادة L. 212-1 :

[312])Cour de cassation,chambre commerciale, Audience publique du mardi 4 octobre 2016, N° de pourvoi: 14-28013. (www.legifrance.gouv.fr)

"L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible."

على ذلك فإنه لا ينبغي علينا أن ننظر إلى الثمن للحكم بمدى توافر الإخلال بالتوازن، إنما يمكن أن ننظر إلى الأهمية المعطاة للحقوق والواجبات في العقد، أي إلى العلاقة المتبادلة بين النوعية والثمن (rapport qualité/prix)[313]. والسبب في ذلك يعود إلى غياب معايير قانونية محددة تسمح بتعيين الثمن الحقيقي (juste prix)، كما وإعمال مبدأ سلطان الإرادة واحترام الإستقرار القانوني (sécurité juridique) واقتصاديات السوق[314].

ولكن لكي ينطبق هذا المنع، فإنه يجب أن تكون البنود المتعلقة بالثمن أو بالموضوع الرئيسي للعقد مصاغة بشكل واضح ومفهوم (claire et compréhensible)[315]، وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة L. 212-1 المذكورة آنفاً على ذلك أيضاً. وقد جاء بذلك قرار بذلك قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية في القرار رقم 249 تاريخ 13 آذار 2019[316].

ويجب لفت النظر هنا إلى أن بنود العملات الأجنبية (clauses de monnaie étrangère) يمكن اعتبارها بنوداً تعسفية[317]، فقد جاء في اجتهاد محكمة التمييز الفرنسية بأن البند الذي ينص على اعتماد العملة السويسرية كمقياس (référence) يخضع لأحكام البنود التعسفية[318]، ولا يعتبر بالتالي مشمولاً بالإستثناء المنصوص عليه في قانون الإستهلاك.

وفي توقيت التقدير، فقد نص المشرع اللبناني والمشرع الفرنسي على أنه يتم بتاريخ التعاقد وليس بتاريخ المطالبة القضائية بإعطاء البند الطابع التعسفي. وقد أخذت بذلك محكمة العدل التابعة للإتحاد

---

[313])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 248.

[314])Jurisclasseur répertoire natorial,Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 8 et 9, n^0 20 : *G. Lardeux, En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridiue, in G. Lardeux (dir), L'équilibre du contrat : PUAM, 2012, p. 59.*

[315])Recueil Dalloz, 2017, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Notes, Consommation, Jérôme Lasserre Capdevil, Clauses abusives et prêt en devise : La CJUE affine son interpretation de certains articles de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, p. 2404, n^0 16.

[316])Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n^{0}249 du 13 mars 2019 (17-23.169) : *"1°/ que la clause définissant l'objet principal d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur qui n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible est abusive…*
2°/ qu'est abusive la clause objet du contrat qui ne précise pas clairement les conditions dans lesquelles la convention doit être exécutée…" (https://www.courdecassation.fr)

[317])Revue Trimestrielle de droit civil, 2017, Chronqiues, Obligations et contrats, Obligation en général, Hugo Barbier, Sources de L'obligation, Le contrat, Formation du contrat, p. 386.

[318])Recueil Dalloz, 2017, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Consommation, Caroline Kleiner, L'obligation de relever d'office le caractère abusive des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué, p. 1897.

الأوروبي (CJUE[319])[320]. من أوضح الأمثلة التي نطرحها في هذا الصدد، حالة البند الذي ينص على موجب المستهلك الذي يقطن في طرابلس، استلام السلعة في بيروت، ثم حدث انهيار على الأوتستراد الذي يربط بين المدينتين، فلا يستطيع المستهلك عندها أن يطالب بإعلان البند بنداً تعسفياً بالنظر لكون تنفيذه يشكل إرهاقاً كبيراً له مما أدى إلى الإخلال بالتوازن بينه وبين المحترف، إذ أن البند نفسه لم يكن ليخل بالتوازن في تاريخ التعاقد.

ولكن ينبغي القول هنا بأنه إذا كان هناك احتمال ما بأن يؤدي البند مستقبلاً إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، فإن هذا البند يعد بنداً تعسفياً قبل حصول الواقعة المحتملة التي ستخل بهذا التوازن. نستنتج ذلك من نص الفقرة الأولى من المادة 26 على ما يلي : "تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن...". فلو نص بند في عقد اشتراك في معهدٍ على أن دوام المشترك هو نهاري الإثنين والثلاثاء كونه لا يستطيع الحضور إلا في هذين اليومين، ثم يضع المحترف بنداً آخر ينص على إمكانية تعديل الدوام وجعله خارج هذين اليومين، فيعتبر البند الأخير بنداً تعسفياً كونه أخل بالتوازن العقدي بين صاحب المعهد والمشترك، إذ ولو أنه في تاريخ التعاقد وعند التنفيذ سيحضر المشترك في اليومين المحددين دون أي مشكلة، إلا أن البند يضع الأخير تحت الخطر، إذ أنه قد يؤدي في حال إعماله إلى خسارته لحقه ويؤدي تالياً إلى إخلال التوازن.

بينما أن الإجتهاد في كيبيك، وفي غياب نص صريح يحدد توقيت التقدير، فقد أقر أنه يتم بتاريخ التعاقد، إلا أنه استثنى ذلك في بعض القضايا وقدّره بتاريخ التنفيذ[321].

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 26 من ضمن أساليب التقدير، بأنه يتم الرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه، إذ وكما ذكرنا سابقاً بأن إعطاء البند الطابع التعسفي هو رهن بمجمل بنود العقد وأحكامه، أي النظر إلى مختلف بنوده والحكم بعدها على البند الإشكالي. وما نص الفقرة الثانية على ذلك إلا استعادة لمضمون المادة 368 م.ع التي تنص على ما يلي : "بنود الإتفاق الواحد تنسق وتفسّر بعضها ببعض بالنظر إلى مجمل العقد."

وقد وضع المشرع الفرنسي من ضمن وسائل التقدير التي لم يتطرق إليها المشرع اللبناني، اللجوء إلى بنود عقد مرتبط أو ذي صلة بالعقد الذي يحوي البند المطالب اعتباره بنداً تعسفياً. وهذا ما ورد في النصف الثاني من الفقرة الثانية للمادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك :

---

[319])La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), anciennement Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), est l'une des sept institutions de l'Union européenne. Elle regroupe deux juridictions : la Cour de justice et le Tribunal (une troisième juridiction, le Tribunal de la fonction publique, a été dissoute le 1er septembre 2016). Le siège de l'institution et de ses différentes juridictions est à Luxembourg. (https://fr.wikipedia.org)

[320])Recueil Dalloz, 2017, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Consommation, Caroline Kleiner, L'obligation de relever d'office le caractère abusive des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué, p. 2405, n0 24.

[321])Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, Vol. 105, septembre 2003, p. 463.

“Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.”

وقد صادف الإجتهاد الفرنسي هذه الحالة، حيث صدر قرار للغرفة الأولى المدنية محكمة التمييز بتاريخ 29 تشرين الأول 2002 أعلن الطابع التعسفي للبند، على خلاف محاكم الأساس[322]. وفي وقائع القضية أن مستهلكاً قد تعاقد مع شركة لتقوم بعملية مراقبة "Télésurveillance" وقام بتعاقد آخر مع نفس الشركة لشراء جهاز المراقبة، وقد وُضع بند في العقد الأخير بأنه يتم خصم 60% من ثمن الجهاز في حال قام المستهلك بالتعاقد مع الشركة نفسها لتقوم بالمراقبة، ووُضع بند آخر في نفس العقد أعطى المستهلك الحق بأن يفسخ عقد المراقبة متى شاء على أن يدفع الفرق ما بين الثمن الحقيقي للجهاز والثمن المدفوع، وعندما فسخ المستهلك عقد المراقبة، لم يقبل بدفع الفرق وقدّم دعوى بأن يتم اعتبار البند الثاني بنداً تعسفياً، فأجابت محكمة التمييز طلبه معللة بأن هذا البند يشكل عامل إكراه قوي على ممارسة حق الفسخ[323].

لم يكتف الإجتهاد باعتماد المعايير التشريعية للتقدير، بل وكرّس في العديد من أحكامه معاييراً أخرى أوجدها الفقه على ما سنرى في الفقرة القادمة.

الفقرة الثانية : المعايير الفقهية والإجتهادية

لقد أوجد الفقه عدة معايير لتقدير وجود الإخلال بالتوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، وإعطاء البند بالتالي الطابع التعسفي. من هذه المعايير هو معيار المنفعة غير المتبادلة أو آحادية الجانب، أي التي تعطي المحترف المنفعة وحده دون المستهلك، وقد ساعدت البنود التعسفية المعددة في القوائم باستخراج هذا المعيار[324].

---

[322])-Cass. 1ère civ., 29 octobre 2002, *Contrats conc. consom.* 2003, comm. 3, note G. RAYMOND ; *JCP G* 2003, I, 122, n° 25, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP E* 2004, n° 386, note S. ABRAVANEL-JOLLY.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droitprivé, pp. 306 et 307.

[323])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 306 et 307.

[324])-Op. cit, pp. 316 et 320.

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 13, n^0 42 : *Civ. 1re, 28 mai 2009, n^0 08-15.802, Bull. civ. I, n^0 110 ; RDC 2009. 1430, note Fenouillet. – Civ. 1re, 8 janv. 2009, n^0 06-17.630, CCC 2009. Comm. 85, obs. Raymond ; RTD com. 2009. 418, obs. Legeais.*

-Dans le même sens : Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l’éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 54 et 55. (https://www.erudit.org)

في التشريع اللبناني، نجد ذلك بصورة صريحة عبر البند الرابع، الخامس والسابع من البنود المعددة في القائمة المنصوص عنها في المادة 26 من قانون حماية المستهلك :

1) البند الرابع : "منح المحترف بصورة منفردة صلاحية تعديل كل أو بعض أحكام العقد لا سيما تلك المتعلقة بالثمن أو تاريخ أو مكان التسليم."
2) البند الخامس : "منح المحترف حق إنهاء العقد غير المحدد المدة دون إبلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مهلة معقولة."
3) البند السابع : "منح المحترف حق تفسير أحكام العقد."

وفي التشريع الفرنسي، يظهر ذلك بوضوح عبر أربعة بنود من اللائحة السوداء وثلاثة آخرين من اللائحة الرمادية : من اللائحة السوداء، البند الرابع، الثامن، التاسع والعاشر[325]، ومن اللائحة الرمادية، البند الأول، الثاني، الرابع، السادس والثامن[326].

وقد جاء القضاء الفرنسي ليكرس هذا المعيار عبر عدة أحكام لمحكمة التمييز ومحاكم الإستئناف. جاء أحدها بتاريخ 14 تشرين الثاني 2006 للغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز يرفض اعتبار البند الذي ينص على تكبيد جزاء للمستهلك في حال التأخر عن دفع الثمن بنداً تعسفياً، إذ أن العقد ينص على تحميل المحترف لجزاء مماثل في حال التأخر في التسليم[327]. وفي قرار آخر للغرفة

[325])4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;
8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ;
9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;
10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel ;

[326])1° Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;
2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 214-1, si c'est le professionnel qui renonce ;
4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;"
6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1 ;
8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel ;

[327])-Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mardi 14 novembre 2006, N° de pourvoi: 04-15646. (www.legifrance.gouv.fr)
-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 330 et 331.

عينها بتاريخ 8 تشرين الثاني 2007، أقرت المحكمة الطابع التعسفي للبند الذي يعطي المحترف وحده حق فسخ العقد متى شاء، كونه لم يعطِ نفس الحق للمستهلك[328].

كما وأصدرت محكمة استئناف Aix-en-Provence بتاريخ 25 حزيران 2008[329] قراراً يقضي بوجود الإخلال بالتوازن نتيجة وجود بند يفرض على المستهلك تعويضاً في حال عدم الدفع، إذ أنه لم يفرض ذات الأمر بالمقابل على المحترف في حال إخلاله بأحد موجباته.

ومن المعايير الإضافية التي أوجدها الفقه، والتي أخذت بها محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي (CJUE)[330]، معيار التعرض لحقوق المستهلك بشكل مباشر أو غير مباشر[331]، كالبنود التي توقع المستهلك بالغلط في معرفة حقوقه[332]، أو في حالة نفي أو إسقاط المستهلك من حقوقه "Négation des droits"، إذ قال بعض الفقهاء بأن البند الذي ينفي للمستهلك حقوقه بشكل مباشر أو غير مباشر، هو بند تعسفي[333]. فالحرمان المباشر يمكن أن يتمثل في حرمانه من حق الفسخ بشكل مطلق، وذاك غير المباشر يمكن أن يتمثل في إلزام المستهلك بدفع تعويض كبير للمحترف في حال أراد فسخ العقد.

ويجب أن يؤخذ بالمعنى الواسع للحق، إذ أن إسقاط المحترف من واجب عليه هو إسقاط لحق المستهلك في نفس الوقت. مثال ذلك ما ورد في البند الأول من القائمة التي نص عليها المشرع في المادة 26 من قانون حماية المستهلك بأن نفي مسؤولية المحترف في الضمان، هو عبارة عن حرمان المستهلك من حقه بأن يكون المحترف مسؤولاً لهذه الناحية.

---

[328])-Cass. 1ère civ., 8 novembre 2007, *RTD civ.* 2008, p.103, obs. B. FAGES ; *JCP G* 2008, I, 104, n° 12, obs. P. GROSSER ; *CCE* 2008, n° 7, obs. A. DEBET.
-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 331.

[329])Cour d'appel d'Aix-en-Provence, ct0327, Audience publique du mercredi 25 juin 2008, N° de RG: 05/21733 **:** *"ATTENDU que la clause 10-2 relative aux indemnités à la charge du client en cas d'impayé est abusive en ce qu'elle ne prévoit pas réciproquement de clause pénale dans l'hypothèse du non-respect par la Société TELESURVEILLANCE d'une de ses obligations contractuelles ; Qu'une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les parties ;*". (www.legifrance.gouv.fr)

[330])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 12, n^0 39 : *CJUE 16 janv. 2014, Contructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Àlvarez, aff. C-226/12, D. 2014. Actu. 269.*

[331])Op. cit, p. 13, n^0 43 : *SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives dans les contrats de consommation : critère de l'abus, CCC 2008, Étude 7, p. 7.*

[332])Op. cit : *Civ. 1re, 20 mars 2013, n^0 12-14.432, Bull. civ. I, n^0 53 ; D. 2013. AJ 832 ; Dalloz actualité, 3 avr. 2013, obs. Delpech, qui juge, dans un contrat de réparation automobile qu'une clause ambiguë a pour effet de laisser croire au consommateur que l'utilisation de pièces non d'origine emporte en toute hypothèse exclusion de la garantie conventionnelle.*

[333])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 373.

ويجب أن تكون الحقوق التي أُسقطت من المستهلك حقوقاً مشروعة، منصوص عليها أو مكتسَبة عُرفاً. وقد جاء بذلك قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 26 أيلول 2018[334].

كما المعيار المذكور آنفاً، فإن هذا المعيار يجد أساسه من بعض البنود التعسفية المعددة في القائمة التي نص عليها المشرع.

نجد ذلك في التشريع اللبناني من خلال البند الأول، الثاني، الثالث، الثامن والتاسع من البنود المعددة في القائمة المنصوص عنها في المادة 26 :

1) البند الأول : "البنود النافية لمسؤولية المحترف".
2) البند الثاني : "تنازل المستهلك عن أي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة".
3) البند الثالث : "وضع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون".
4) البند الثامن : "إلزام المستهلك بإنفاذ موجباته في حال امتناع المحترف عن إنفاذ ما تعهد القيام به."
5) البند التاسع : "عدم جواز اللجوء للوساطة أو التحكيم لحل الخلافات وفقاً لأحكام هذا القانون، أو تحميل المستهلك المصاريف التي قد تترتب على اتباع الإجراءات المذكورة".

وفي التشريع الفرنسي، نجد ذلك عبر البند الخامس، السادس، السابع والثاني عشر من اللائحة السوداء[335]، ومن اللائحة الرمادية، البند الخامس، التاسع والعاشر[336].

---

[334])Cour de cassation,chambre civile 1, Audience publique du mercredi 26 septembre 2018, N° de pourvoi: 17-15495 : *"2°) ALORS QU'est abusive toute clause qui a pour effet de limiter de façon inappropriée* ***les droits légaux du consommateur*** *vis-à-vis du professionnel, créant ainsi un déséquilibre entre les droits et obligations des parties…".* (www.legifrance.gouv.fr)

[335])5° Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

[336])5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ;

9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ;

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

كذلك وبنفس السياق، صدرت عدة قرارات فرنسية تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي تُسقط المستهلك من حقوقه[337]، فقد صدر قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز بتاريخ 16 أيار 2018 يقضي باعتبار البند الذي يسقط أو يعيق من استعمال المستهلك لحقه في المداعاة بنداً تعسفياً، مخالفةً بذلك ما توصلت إليه محكمة إستئناف فيرساي.

وقد كرّس القرار المذكور هذا المعيار، إذ قضى بوجوب اعتبار البند تعسفياً بمجرد أنه يُسقط المستهلك من حقوقه المنصوص عليها، دون وجوب التحقق من توفّر الإخلال بالتوازن العقدي كما فعلت محكمة الإستئناف.

وكذلك الأمر في كيبيك، حيث صدر قرار محكمة الإستئناف يعتبر البند الذي يسقط المضمون من حقه في التفرغ عن التعويض بدون رضى الضامن بنداً تعسفياً[338].

أما إذا لم يسقط البند حقوق المستهلك بل قام بالتعرض لها أو بالحد منها، فلا يمكن إعلان طابعه التعسفي إلا بعد الإثبات بأنه يؤدي إلى إخلال بالتوازن العقدي[339]. وبهذا جاء قرار محكمة استئناف Aix-en-Provence بتاريخ 16 كانون الثاني 2007[340]، حيث أعلنت بأن البند الذي يحد من

---

[337])Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, ct0062, Audience publique du vendredi 23 février 2007, N° de RG: 05/01015 ; Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 16 mai 2018, N° de pourvoi: 17-16197 **:** *"ALORS 2°)* ***QUE dans les contrats conclusentre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur****, notamment en obligeant le consommateur à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ; qu'en considérant que l'article 18 des conditions générales de vente de la société VPG prévoyant une médiation préalable obligatoire n'aurait pas créé de déséquilibre significatif entre les parties de sorte qu'elle ne serait pas abusive quand il résulte de ses propres constatations qu'aucune liberté d'accepter ou de refuser le préalable de la conciliation n'était laissée au consommateur auquel elle s'imposait, la cour d'appel a violé les articles L. 132-1 et R. 132-2 10° du code de la consommation, dans leur version applicable à l'espèce ;"* (www.legifrance.gouv.fr)

[338])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, p. 21 : *Armtec ltée c. Exportation et développement Canada/Export Development Corporation, [2007] R.R.A. 59 (C.A.), par. 34-35* : *"Selon l'intimée, la restriction au droit de l'assuré de céder l'indemnité d'assurance, sans le consentement de l'assureur, a sa raison d'être. Il serait plus difficile pour l'assureur d'examiner le bien-fondé d'une réclamation lorsque l'assuré, qui a subi la perte, n'est plus l'interlocuteur chargé de répondre à ses demandes d'informations et plus difficile, pour la même raison, d'exercer une action récursoire contre le mauvais payeur*.
Je doute de la pertinence de la restriction à la cession de l'indemnité, car la cession de l'indemnité n'implique pas nécessairement que l'interlocuteur soit changé. En effet, l'assuré devrait, en principe, continuer de remplir ses obligations. Cependant, dans les circonstances, la restriction n'a plus aucune justification. Elle a plutôt servi de prétexte pour priver l'appelante, sans motif sérieux, d'un bien qu'elle a valablement acquis." (https://www.erudit.org)

[339])Dans ce sens : Op. cit, par. 4. (https://www.erudit.org)

[340])Cour d'appel d'Aix-en-Provence,ct0007, Audience publique du mardi 16 janvier 2007, N° de RG: 45 **:** *"4) Attendu que la SARL BUSUTTIL et la Compagnie d'Assurances SWISS LIFE, tout en reconnaissant que le contrat de déménagement n'est pas un contrat de transport, et que la prescription annale légale ne s'applique pas, invoque le bénéfice de la prescription contractuelle, limitant à une année le délai dans lequel doit être intentée l'action en réparation des pertes et détériorations, et* ***que cette "clause limitative de responsabilité" n'est nullement abusive, dès lors qu'elle ne créé aucun déséquilibre significatif et qu'elle a été rédigée de façon claire et compréhensible*** *;"*. (www.legifrance.gouv.fr)

المسؤولية لا يعتبر بنداً تعسفياً طالما أنه لم يُنشىء أي إخلال بالتوازن. وقد صدر قرار للغرفة التجارية في محكمة التمييز الفرنسية بتايخ 27 حزيران 2018[341]، يقضي باعتبار البند الذي يلغي ضمان المحترف بشكل عام وشامل بنداً تعسفياً، على عكس ما توصلت إليه محكمة إستئناف باريس لهذه الجهة.

وأيضاً، قرار محكمة استئناف باريس في دعوى ضد شركة "Facebook"، التي اعتبرت بنداً تعسفياً، البند الذي يعطي محاكم مقاطعة Santa Carla في كاليفورنيا الإختصاص للفصل في النزاعات الناشئة عن تنفيذ البنود العقدية، معللة ذلك بأن المحاكم المعينة بعيدة جداً وسيكون التقاضي عندها مرهقاً بشكل لا يتناسب مع العقد ذي الطبيعة الشخصية أو العائلية، كما وستكون هناك صعوبة للمستهلك في التمثيل والدفاع لدى المحاكم في كاليفورنيا على عكس التقاضي في فرنسا، ما يشكل اختلالاً هاماً في التوازن العقدي بين الأطراف[342].

كما ويمكننا الإستشهاد في هذا السياق بقرار الغرفة الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية الصادر بتاريخ 29 تشرين الأول 2002[343] الذي استند في الحكم على البند التعسفي إلى إرغام المستهلك على دفع ال60% التي جناها عن طريق الخصم، في حال أراد فسخ عقد المراقبة مع الشركة، وهذا ما يعتبر تعرضاً لحق المستهلك في فسخ العقد وليس إسقاطاً منه.

ويوجد في الإجتهاد الكيبيكي معيار آخر يقوم على أساس تطلعات المستهلك وحتى المُذعن من العقد (attente raisonnable)، ففي قضية حول النقل الجوي حُكم على بندٍ بالتعسف لأنه ذهب بعكس ما يترقب الطرف الضعيف " allait à l'encontre de ce que la partie la plus vulnérable au contrat pouvait escompter"[344].

---

[341])Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 27 juin 2018, N° de pourvoi: 16-17891 : "***Alors que une clause qui en raison de la généralité de sa formulation a pour objet ou pour effet, d'exonérer le professionnel de sa garantie même si la défaillance ou le défaut du bien concerné ne résulte pas d'un tiers, constitue une clause abusive*** *; que la cour d'appel qui a retenu que la clause qui exonère de manière générale la société Bourse Direct des conséquences de toute interruption des communications téléphoniques informatiques ou autre de transmission des ordres entre le client et Bourse Direct n'impliquait pas une décision discrétionnaire de sa part, et ne créait pas un déséquilibre significatif, alors que la généralité de sa formulation a pour effet de l'exonérer de sa garantie et de ses obligations de professionnel même si la défaillance ne résulte pas d'un tiers, a violé l'article L 132-1 du code la consommation*". (www.legifrance.gouv.fr)

[342])Recueil Dalloz, 2016, Volume 1, Éditorial : Jean-Pascal Chazal, Consommation, Clause abusive (Facebook) : clause attributive de compétence en Californie, p. 422 *: Paris, pôle 2, ch. 2, 12 fév. 2016, n0 15/08624 - Confirmation.*

[343])راجع صفحة 84.

[344])Sébastien Grammond, préc, par. 86 : *Bertrand* c. *Air Canada Jazz, s.e.c., préc., note 68, par. 54 ; Zikovsky c. Air France, préc., note 68, par. 30.* (https://www.erudit.org)

وفي قضية أخرى، اعتبر البند الذي يقصي من ضمان المنزل الأضرار الناتجة عن ارتجاع وتسرب المياه بنداً تعسفياً، كون المضمون كان يتطلع عند التعاقد إلى إنشاء ضمان كامل للمخاطر على ملكيته[345].

أخيراً وفي نهاية هذا الباب، وبعد استعراضنا لمفهوم البند التعسفي بمعياره الموضوعي والشخصي، فإنه يتبين لنا تقارب جوهري بين المعيارين، حيث أن الإخلال بالتوازن العقدي هو الأساس لتحديد التعسف فيهما. ولكن يوجد بعض الإختلاف بينهما مع استيعاب المعيار الموضوعي للمعيار الشخصي، وتميّز هذا الأخير لعدة نواح نذكر منها :

1) وجود النص الذي يرعاه.
2) خصوصية عقد الإستهلاك وأطرافه من محترف ومستهلك مع مراعاة مصلحته في تقدير الإخلال.
3) درجة الإخلال، حيث لا يتطلب الإختلال الفاحش أو البليغ.
4) إن البطلان فيه هو بطلان مطلق يستطيع القاضي أن يثيره عفواً ويحكم به دون تطلّب موافقة الأطراف.
5) وجود لائحة تحتوي بنوداً تعسفية لإيضاح مفهومها من جهة وبهدف تسهيل سُبل مكافحتها وما تواجهها من عوائقٍ من جهة أخرى.

من جهة أخرى، فإنه يمكننا القول بأن تدخل المشترع بنص صريح في المادة 26 من قانون حماية المستهلك جاء ليؤمن حماية خاصة للمستهلك والذي يعتبر من الفئات الضعيفة في العلاقة التعاقدية وأكثرها انتشاراً، وهذا التدخل وفّر له حماية أكبر، وأسقط عنه عناء الغوص في مواد القانون العام. ولكنّ هذا لا يجب أن يُفهم إقصاء للفئات الضعيفة الأخرى من الحماية ووضع حدّ لسلطة القاضي في توصيف البند التعسفي، فهذا الأخير يجد مفهومه في المبادىء العامة والنصوص القانونية العامة على ما أسلفنا، ويستطيع القاضي بالتالي أن يستند عليهم لتقرير الطابع التعسفي له. ولكنه لا يمكنه القيام بذلك بالإستناد على نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك أو بالقياس عليها لكون هذا القانون هو قانون استثنائي بصراحة المادة الأولى منه[346].

لذلك فإنه لا بدّ لنا من القول بأنه على المشرع اللبناني أن يحذو حذو المشرعين المصري، الكويتي، الجزائري، الفرنسي، الألماني وغيرهم ممن قاموا بالنص على البنود التعسفية في القانون العام، لما في ذلك من تحقيق لحماية عامة لسائر الأشخاص في سبيل تحقيق العدالة وترسيخ الإستقرار القانوني للتعاملات وتمكين القضاء من معالجة البنود التعسفية خارج إطار عقود الإستهلاك دون تردد وعلى بيّنة من أمره.

---

[345])Op. cit, par. 96 : *Wofford* c. *Boréal Insurance inc., préc., note 48.* (https://www.erudit.org)

[346])**يهدف هذا القانون إلى :**
- **تحديد القواعد العامة التي ترعى حماية المستهلك** وصحة وسلامة السلع والخدمات وجودتها.
- صون حقوق المستهلك وتأمين شفافية المعاملات الإقتصادية التي **يكون المستهلك أحد أطرافها**.
- **حماية المستهلك** من الغش والإعلان الخادع والحؤول دون استغلاله.

ولكن على الرغم من هذا الفراغ التشريعي لهذه الناحية، فإن أمام الطاعن بالبند التعسفي عدة مجالات عبر إسناد دعواه إلى العديد من نصوص قانون الموجبات والعقود التي تبلور المعيار الموضوعي للبند التعسفي على ما جاء به التشريع الأجنبي، الإجتهاد والفقه.

ولكن ذلك لا يجب أن يستخلص منه الإستمرار بحالة الركود التشريعي وعدم مواكبة التطورات والحاجات واستلحاق ما تم إغفاله، بل على العكس تماماً، فحبّذا لو يقوم المشرع بالنص على أحكام للبند التعسفي في قانون الموجبات والعقود يحقق من خلالها العدالة والحماية الضرورية ويعزز الإستقرار القانوني، ولكن على شرط أن لا تؤدي إلى تعارض مع أحكامٍ أخرى، بالإضافة إلى اعتماد صياغة محكمة ووجيزة غير فضفاضة متلافية الإبهام والغموض في نفس الوقت بما يحقق الغاية المنشودة. من جهتنا، فإننا نقترح إدخال نص قانوني خاص إلى قانون الموجبات العقود يكرس البند التعسفي، ويمكن أن يصاغ على الشكل التالي : "يقع باطلاً البند التعسفي. وهو البند الذي يؤدي إلى إخلال مؤثر بالتوازن العقدي".

لذلك، فإنه ولحين قيام المشرع بهذا النص، سوف تبقى مكافحة البنود التعسفية صورة غير واضحة المعالم، نظراً لاقتصار التشريع المباشر عليها في قانون حماية المستهلك، مع اقتضابه الشديد في هذا المجال، إضافة إلى شمولها للبنود ذات المعيار الموضوعي أيضاً مع انعدام التشريع المباشر في هذا الخصوص، وكل ما يثير ذلك من إشكاليات تتعلق بسبل المكافحة ومضمون الجزاء ووسائل توقيعه، على ما سنرى في الباب الثاني.

الباب الثاني : مكافحة البند التعسفي

نظراً للآثار السلبية المهمة التي يستتبعها وجود البند التعسفي على الصعيد الفردي كما على صعيد المجتمع ككل، كان لا بد من النص على العديد من المواد التي تقوم بحماية الطرف العقدي العادي عموماً والمستهلك خصوصاً منه، فنجد المادة 26 من قانون حماية المستهلك أوجبت البطلان المطلق للبند أو المادة L. 241-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي التي اعتبرته غير موجود من الأساس "Les clauses abusives sont réputées non écrites". وجرى النص على لوائح تضم عدداً من البنود المحكوم بتعسفها مسبقاً أو المقدرة كذلك أتينا على ذكرها أخيراً في الباب الأول، كما وإعطاء القاضي صلاحيات واسعة في مكافحته للبنود التعسفية إضافة إلى تخويل بعض الجهات والجمعيات الصفة في الإدعاء ضدها. ولكن يُطرح التساؤل هنا عن اكتفاء المشرع بنص أو عدة نصوصٍ مباشرة للمكافحة ؟ وفي حال وجود نصوصٍ أخرى غير مباشرة فهل هي مؤثرة في هذا المجال ؟

وفي المجال نفسه، بحث الفقهاء في النصوص القانونية العامة التي أشرنا إلى بعضها في إطار شرحنا المعيار الموضوعي للبند التعسفي، إضافة إلى نصوص عديدة غيرها رأوا فيها مواداً فعالة خاصة عند الحديث عن البند التعسفي خارج إطار عقود الإستهلاك، ولكن هل هي كذلك بالفعل ؟

وعند الحديث عن مكافحة البنود التعسفية يطرح التساؤل عن النطاق الذي يشملها، فهل العقود جميعها كما والبنود تدخل في دائرة المكافحة ؟ بمعنى لو أن العقد احتوى بنوداً تعسفية ينطبق عليها التعريف أو تنتج نفس الآثار فهل ستجري مكافحتها أم أن هناك بعض الموانع تحول دون ذلك ؟

ولتُحقق المكافحة دورها المنشود، كان لا بد من سلوك المتظلم من البند التعسفي طريق الدعوى القضائية لترتيب الجزاء عليه، والذي من الممكن أن يشتمل على أصول خاصة نص عليها القانون باختلاف تلك المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، وإن أي خطأ يحدث في هذه المرحلة له من الأثر الجسيم في الحصول على الحق المتمثل بإيقاع الجزاء على البند التعسفي، وهو بالبطلان مبدئياً، حيث يحضر في الذهن وبشكل بديهي الجزاء المقرر للبنود التعسفية في المادة 26 وهو البطلان المطلق، ولكن يجري التساؤل في هذا السياق عن حصرية هذا الجزاء خصوصاً فيما يتعلق بالبنود التعسفية خارج إطار هذه المادة (أي خارج عقود الإستهلاك) لا سيما إذا جرى الإستناد إلى النصوص القانونية العامة وبعضها الخاصة التي يمارس القاضي تقديره لها ولظروف القضية في إطار وسائل الحماية ضد البنود التعسفية (العنوان الأول) ليقوم بإيقاع الجزاء المترتب على البند التعسفي (العنوان الثاني).

العنوان الأول : وسائل الحماية ضد البند التعسفي

أوجد القانون وسائل عدة لحماية الفريق الذي إلتزم أو سيلتزم ببندٍ تعسفي، بمعنى أن بعض هذه الوسائل تؤمن الحماية له قبل هذا الإلتزام أي بطريقة وقائية، وأن البعض الآخر منها يقوم بذلك بعد انبرام التعاقد بشكل يجرد البند من قوته الملزمة وحتى بطلانه مع إمكانية التعويض عن الأضرار الحاصلة جراءه، كما وأن منها ذات طابع مزدوج. وقد تم النص عليها بصورة مباشرة في قوانين حماية المستهلك كما فعل المشرع اللبناني في المادة 26 ونظيره الفرنسي في المادة L. 212-1، وفي القانون المدني كما قام المشرعان المصري (المادة 149) والفرنسي (المادة 1171 بما يختص البنود التعسفية في عقود الإذعان) أو بصورة غير مباشرة عبر بعض النصوص في القانون المدني وقانون حماية المستهلك كتلك التي تفرض موجب حسن النية في إطار التعاملات أو التي ترعى عيوب العقد وغيرها، مع الإشكاليات التي تدور حولها تبدأ من نطاق إعمالها ولا تنتهي في عند تأثيرها فعلياً في تحقيق الحماية المطلوبة.

هذه الوسائل يمكن تقسيمها إلى فئتين : الأولى وهي التي تقوم بحماية الشخص من البنود التعسفية أياً كانت صفته ويمكن تسميتها بالوسائل العامة للحماية (الفصل الأول)، الثانية وهي تلك التي تؤمن حماية فئة خاصة وهم المستهلكين، نظراً لاحتياجهم مزيداً من الوسائل في سبيل تحقيق مصالحهم كما ومصلحة المجتمع العليا من وراء ذلك في ظل قصور قواعد القانون المدني في تأمين الحماية اللازمة، فكانت الوسائل الخاصة للحماية (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الوسائل العامة للحماية

نظراً لنقص التشريع خارج إطار قوانين حماية المستهلك، دأب الفقه المحلي والأجنبي في البحث عن طرق لحماية الفريق الملزم بتنفيذ هذه البنود سواء أكان مستهلكاً، مذعناً أو أي طرف عادي في العلاقة التعاقدية، لتحريره من أحكامها أو بالتعويض عليه. فما كان منهم إلا أن قاموا بالنظر إلى نصوص القانون المدني التي قام البند التعسفي بخرق أحكامها وصولاً لتطبيق الجزاء المقرر عليه عبر القضاء الذي أُعطي الدور الرئيس في الرقابة على البنود التعسفية وتقديرها. فكانت المحصلة إيجاد العديد من النصوص العامة التي تؤمن الحماية لهذا الفريق، ولكن يرافقها دوماً السؤال التالي : ما هو ارتباط هذه النصوص فعلاً بالبند التعسفي ؟ وهل هذه الحماية هي حماية حقيقية وكافية منه ؟

وبكل الأحوال فإن هذه الحماية لا يمكن الحصول عليها إلا باللجوء إلى القضاء، فكان لا بد من إعطائه صلاحيات واسعة ليقوم بدوره الرقابي بشكل فعال، وهذا ما قامت به معظم التشريعات خاصة في مجال قوانين حماية المستهلك، كما وكرّسته العديد من القرارت القضائية. من هنا نطرح التساؤلات التالية : أين هو موقع المشرع اللبناني في هذا المجال بالمقارنة مع التشريعات العربية

والعالمية ؟ وهل تختلف الرقابة القضائية على البند التعسفي بين وجوده في عقد الإستهلاك أو خارجه ؟

سنقوم بمعالجة الموضوع الراهن والجواب على هذه التساؤلات بعرض النصوص العامة للحماية (القسم الأول)، ومن ثم ببيان الرقابة القضائية على البند التعسفي (القسم الثاني).

القسم الأول : النصوص العامة للحماية

إن النصوص العامة التي استند إليها القضاء والفقه للحد من البنود التعسفية هي نصوص متنوعة، فئة منها تؤمن حماية ملحوظة وفاعلة ويمكن الإعتماد عليها مبدئياً لهذا الغرض (الفقرة الأولى)، وفئة أخرى تدور حولها الكثير من الملاحظات في هذا المجال وهي أقل فاعلية في الحماية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : النصوص الفاعلة في الحماية

لقد سبق وذكرنا بأن النصوص التي تتناول عيوب الإرادة، هي النصوص التي يتجلى فيها رفض المشرع للبنود التعسفية بصورة واضحة، و بأن الإكراه والغبن هما من أكثر العيوب التي تتوفر في حال وجود البند التعسفي وقد أوردنا عدة قرارات في ذلك[347].

في الغبن، على المستهلك أو الطرف الضعيف الذي يتظلم من البند التعسفي أن يثبت التفاوت الشاذ وغير المألوف الذي نتج عن هذا البند، ويثبت أيضاً حالته من ضيق أو طيش أو عدم خبرة، إضافة إلى استغلال معاقده لهذه الحالة. ولكن، إن هذه الحماية المتوسَّلة تصطدم بالعديد من الحواجز المتمثلة بالشروط المعددة سابقاً والتي غالباً ما يصعب توافرها جميعاً.

في الإكراه، يشترط المشترع أن يكون المتعاقد الذي أملي عليه البند التعسفي، قد وافق على هذا الأخير نتيجة للإكراه الذي مورس عليه. والإكراه في التشريع اللبناني كما الفرنسي، لا يقتصر على الإكراه المادي أو المعنوي، بل يتعداه إلى الإكراه الإقتصادي والإجتماعي إذا جاز التعبير " La violence peut s'agir d'une simple pression provenant des circonstances économiques et sociales "[348]. وهذا النوع من الإكراه هو الذي يدفع المستهلك أو المتعاقد الضعيف إلى القبول بالبند التعسفي والمضي قدماً في العلاقة التعاقدية مع الطرف المقابل له. بينما وفي المقابل، يعتبر البعض أمثال Marty، Raynaud والدكتور أحمد الرفاعي، أن الإكراه لا

[347])راجع الباب الأول، العنوان الأول، الفصل الثاني، القسم الأول، الفقرة الأولى.

[348])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 25. (www.uldroit3.com)

يجب أن يؤدي إلى بطلان العقد إلا عندما يكون مهيمناً عليه[349]، وإلا فإن اعتبار أي اضطرار إلى التعاقد بسبب الإكراه الإقتصادي سيؤدي حتما إلى عدم استقرار المعاملات وإلى انهيار كافة العقود التي تتم على هذا النحو ومما لاشك فيه أن الإبقاء على هذه العقود يمثل ضرورة اقتصادية تستجيب لاحتياجات التعامل المستمر[350]. وقد اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها رقم 96/95 تاريخ 1996/10/22[351] أن الظروف الإقتصادية الصعبة لا تشكل إكراها، كما أن الإجتهاد الفرنسي حذِر لهذه الجهة[352].

وقد استند الفقه اللبناني على نص المادة 221 م.ع وعلى ما جاء به تيار إعمال حسن النية إضافةً إلى العديد من الإجتهادات على ما ذكرنا سابقاً[353]، ليقول بإمكانية الطرف المفروض عليه البند التعسفي التذرع بسوء نية معاقده لطلب إبطاله[354]. خاصة وأن المحاكم الألمانية تستعمل حسن النية لإبطال البنود التعسفية وإعادة التوازن العقدي مستندة إلى نص المادة 142 من القانون المدني الألماني[355]. وقد أورد Delebecque أن حسن النية هو الحد للبنود العقدية، ويعتبر البند التعسفي بناءً لذلك دون أثر يُذكر[356]. كما وصل البعض إلى حد الإرتقاء بمرتبة حسن النية إلى مصاف أركان العقد، فجرى تصنيفه بأنه ركن من أركانه مثله مثل الرضى، إذ من شأنه (أي حسن النية) الحؤول دون تنفيذ العقود[357].

وقد يقول البعض بأن واقع المادة 221 م.ع يقول بإعمال حسن النية في إطار تنفيذ العقد وهي تماثل الفقرة الثالثة من نص المادة 1134[358] من القانون المدني الفرنسي القديم، حيث ذكر Philippe Stoffel-Munck بأن القضاء يستعمل هذه الفقرة لمعاقبة خطأ سلوكي من المتعاقد دون أن يمس بالبند العقدي[359]. وفي هذا السياق كان قد صدر قرار عن محكمة جبل لبنان المدنية سنة 1987 جاء فيه : "إن حسن النية يعني تنفيذ العقود لا تعديلها، وإن مفهوم حسن النية لا يتيح تعديل أو تبديل الإلتزامات"[360].

---

[349])-Op. cit, p. 26.

-مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014، ص. 75.

[350])مولود بغدادي، المرجع السابق.

[351])تمييز، الغرفة الرابعة، قرار رقم 96/95، تاريخ 1996/10/22، مجلة العدل، العدد 10، سنة 96، ق 9.

[352])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 411.

[353])راجع الباب الأول، العنوان الأول، الفصل الثاني، القسم الثاني، الفقرة الأولى.

[354])مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص. 771.

[355])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مرجع سابق، ص. 72 و73.

[356])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, pp. 19 et 20. (www.uldroit3.com)

[357])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع السابق، ص. 729.

[358])Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

[359])Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, 2000, LGDJ, p. 317.

[360])عبدالمنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، 2016، منشورات زين الحقوقية، ص. 106.

ولكن، ولو أن المادة 221 م.ع لم تذكر صراحة وجوب احترام مبدأ حسن النية عند تكوين العقد، فإنه لا يجب أن نغفل عن الشطر الأول من المادة 221 م.ع، حيث جاء "إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين". وإن حسن النية هو مبدأ قانوني يدخل في صلب النظام القانوني للعقد، كما وإن القوة التنفيذية للعقد تنبع منه[361]، وإن مخالفته بالتالي كما هو حالة البند التعسفي، تستتبع تجريد هذا البند من طابعه الإلزامي.

بناء لما تقدم، إنّ جلّ ما يمكن الإستفادة منه على ضوء المادة 221 م.ع في حال وجود بند تعسفي، هو التذرع بعدم التنفيذ لما يحمله من عدم استقامة في التعامل وعدم مراعاة مصلحة المجتمع. إضافة إلى عدم مراعاة أحد أطراف العقد لمصلحة الطرف المقابل كما يقتضي حسن النية، وأخذ منافع العملية التعاقدية بشكل فاحش لمصلحته وحده بشكل أناني[362].

ولقد نادى فقهاء العصر الروماني بإعمال حسن النية في مرحلة تكوين العقد وقالوا بتطبيق مفهوم موسع له عند تكوينه وفي تنفيذه وحين تفسيره[363].

واستمرت المناداة بتطبيق هذا المفهوم الموسع من قبل الفقهاء المعاصرين، فقال Ripert بأن حسن النية متطلَّب في تكوين العقد كما في تنفيذه[364]. وبيّن Ghestin بأن القاضي بإمكانه أن يبطل البنود التعسفية إذا كانت تناهض مبادىء حسن النية والإنصاف والعرف[365]. كما وأشار Demogue إلى أن حسن النية في إطار تكوين العقد يتمثّل عبر وجود موجب الإعلام[366].

ويعد موجب الإعلام من أكثر المظاهر التي يتجلى فيها تطلب حسن النية خلال المرحلة السابقة للتعاقد[367]، فهذا الموجب يقوم على مبدأ حسن النية والإستقامة في التعامل[368]. وقد أسند الإجتهاد الفرنسي في العديد من الأحكام الكتمان الخداعي على تطلب حسن النية[369]. وهذا ما نجده في

---

[361])مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص. 123.

[362])Romain Loir, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Session 2001/2002, Mémoire de DEA droit des contrats préparé sous la direction de Christophe Jamin, Ecole doctorale n° 74, Lille 2, p. 68.

[363])Op. cit, pp. 29 et 34.

[364])Op. cit, p. 75.

[365])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع السابق، ص. 760.

[366])Romain Loir, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, préc, pp. 77 et 78.

[367])-Op. cit, p. 106.

-Nathalie CROTEAU, LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI, p. 407.

-Carole AUBERT DE VINCELLES, DROIT DES OBLIGATIONS – Tome I, EXAMEN DU CRFPA 2016, SUPPORT DE COURS, Prépa Dalloz, Session 2016, p. 68.

-Jessica Dombre, L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation, Université Montpellier I, Master II Droit de la concurrence et de la consommation, CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE (UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit), Master II Consommation et concurrence, Année universitaire : 2010/2011, p. 15.

[368])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع السابق، ص. 181.

[369])-Romain Loir, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, préc, p. 106.

-Dans le même sens : Hélène BRICKS, LES CLAUSES ABUSIVES, Paris, 1982, LGDJ, p. 204, n^0 310.

الإجتهاد اللبناني أيضاً، فقد اعتمد على ذلك ليتمكن من إبطال العقد استناداً إلى أحكام قانون الموجبات والعقود بما يتعلق بالخداع. فاعتبرت محكمة استئناف بيروت أن الكتمان يشكل خداعاً فيما إذا حصل بمعرض عقد كان من واجب المتعاقد أن يطلع الآخر على الواقعة وكان من شأنها التأثير في إرادته بحيث لو علم بالحقيقة لما تعاقد[370]. وبنفس المسار نستطيع إبطال العقد إذا ما شابه بند تعسفي كان مستنداً إلى إخلال بموجب الإعلام عبر سوء النية، كما بإمكان من فُرض عليه هذا البند على هذا الأساس أن يطلب مجرّد تعويض إذا أراد الإبقاء على العقد، وهذا ما جاءت به محكمة التمييز الفرنسية في إحدى قرارتها[371].

ونشير في هذا المجال إلى أن المشرع الفرنسي قد اعتمد ومنذ تعديل 10 شباط 2016 موجب الإعلام كأساس قانوني قائم بذاته، يؤدي الإخلال به بالشروط المنصوص عليها في المادة 1-1112 من القانون المدني[372] إلى قيام مسؤولية المخلّ، كما إلى بطلان العقد إذا شكل حالة من حالات عيوب الرضى[373].

أمّا في فرنسا، فإن المشرع قد أدخل من خلال نص المادة 1104 من القانون المدني حسن النية وجعله شرطاً جوهرياً يجب إعماله عند تكوين العقد ووضع البنود. وكذلك الأمر في كيبك، حيث أُدخل مبدأ حسن النية في صلب تعريف البند التعسفي الوارد في نص المادة 1437 من القانون المدني، وجاء في الفقرة الثانية منها :

"Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi;…".

وحسن النية لا يجب توفره وحسب، بل يجب عدم تجاوزه والإضرار بالغير في إطار ممارسة الحق وإلا نصبح أمام تعسف في استعمال الحق بحسب نص المادة 124 م.ع. هذا النص وغيره جرى الإعتماد عليهم أيضاً في سبيل تأمين الحماية ضد البنود التعسفية، ولكن دون خلو ذلك من بعض الملاحظات، ما جعلها على أقل درجة من الفاعلية على ما سنرى في الفقرة التالية.

---

[370])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع السابق، ص. 186 و187.

[371])عبدالمنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، 2016، منشورات زين الحقوقية، ص. 32 : *Com. 14 Mars 1972. D.1972. 653, note Ghestin.*

[372])Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information. peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

[373])Aurélien Bamdé, L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ), Droit des contrats, 11 janvier 2017. (https://aurelienbamde.com)

الفقرة الثانية : النصوص الأقل فاعلية في الحماية

لقد تم اللجوء إلى نظرية الإساءة في استعمال الحق كوسيلة خاصة لمكافحة البنود التعسفية والإختلال بالتوازن الفادح[374]، مع اعتماد الجزاء المقرر لهذه الإساءة كأداة لهذه المكافحة[375]. ومن المتفق عليه أن المكافحة الأمثل وبالإعتماد على هذه النظرية، هو إزالة سبب الضرر، أي البند التعسفي، إضافة إلى التعويض عن الضرر الذي أحدثه سوء ممارسة الحق للمتعاقد تجاه الطرف الآخر[376].

ولكن يرى بعض الفقهاء أن إعمال نظرية الإساءة في استعمال الحق في ما يتعلق بالبنود التعسفية، وإن كان يسمح بإضفاء الطابع التعسفي على البند، غير أن الأخذ بهذا المعيار سوف يؤدي إلى تقليص المجال أمام الطرف الضعيف في إثبات الطابع التعسفي للبند، إذ عليه أن يثبت سوء نية الطرف المقابل له أو نية الإضرار لديه، والتي غالباً يصعب إثباتها في ما يختص بالمصالح المالية بين الطرفين[377].

ومن النصوص التي أثارها الفقه في سبيل الحماية ضد البنود التعسفية، هو نص المادة 196 من قانون الموجبات والعقود، حيث جاء : "إن الموجب الذي ليس له سبب أو له سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأنه لم يكن ويؤدي إلى اعتبار العقد الذي يعود إليه غير موجود أيضاً. وما دفع يمكن استرداده".

ويقابله نص المادة 136 من القانون المدني المصري : "إذا لم يكن للإلتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلاً".

وكان يقابله نص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي القديم :

“L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.”

إن فقدان السبب يعتبر سبباً يؤدي إلى إعلان بطلان العقد، أو إلى إبطال بعض البنود غير العادلة[378]. وكان الدكتور مصطفى العوجي قال أنه بإمكان المدين الذي يواجَه ببند تعسفي يعطي

---

[374])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 21. (www.uldroit3.com)

[375])Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 5, n^0 7 : *D. Mazeaud, préc. n^0 3, spéc. n^0 11 et 12. – J. Mestre, Rapport de syntèse, ibid, p. 158.*

[376])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 768.

[377])الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ص. 16.

[378])-Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 13. (www.uldroit3.com)

-د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 244.

بصورة فادحة من يتذرع به منافع مفرطة وغير مألوفة وغير متناسبة مع موجب المدين، إسناد طلبه لإبطال هذا البند إلى فقدان سبب الموجب إذ لا مبرر له[379]. وكذلك قالت Izorche بأن نظرية السبب هي أحد وسائل القانون المدني لمكافحة البنود التعسفية[380].

وقد اعتمد القضاء الفرنسي نظرية فقدان السبب في الحالات التي يكون فيها البند في عقد من العقود ليس له مقابل، وذلك بهدف معالجة التوازن العقدي بين الفرقاء[381]. ونذكر في هذا المجال القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 19 كانون الأول 1990 والذي قررت فيه المحكمة بطلان البند الذي يتم إدراجه في عقود التأمين والذي يقضي بأن الضمان لا يشمل إلا المطالبات التي تحصل خلال مرحلة سريان وثيقة التأمين (أي لا يشمل الأضرار التي حصلت خلال سريان عقد التأمين إذا ما طولب بها بعد انتهائه)، فبالنسبة للمحكمة إن البند الذي يحرم المتضرر من الإستفادة من الضمان إلا إذا طالب خلال مدة سريان العقد، يخلق مزية غير مشروعة مجردة من السبب لفائدة المؤمن الذي يكون قد حصل على أقساط بدون مقابل[382].

في المقابل، يرى بعض الفقهاء أنه لا يستلزم القول بوجود السبب أن تكون الالتزامات متوازنة، وأن نظرية فقدان السبب لا يجب أن تُعمل إلا عندما يكون هناك انعدام حقيقي للمقابل، بينما في العقود التي يختل فيها التوازن (كالعقود التي تتضمن بنداً تعسفياً) يكون السبب موجوداً، وعليه لا يمكن بطلان العقد غير المتوازن لعلة انتفاء السبب في هذه الحالة[383].

وهنالك رأي فقهي قال باعتماد نظرية الإثراء بلا سبب للكشف عن البنود التعسفية[384]. وقد استند هذا الرأي على المادة 140 م.ع، حيث نصت على : "من يجتني بلا سبب مشروع كسباً يضرّ بالغير يلزمه الرد".

نعلق على هذا الرأي بأن المادة 141 م.ع[385] تنص على عدة شروط يجب تحققها لإعمال هذه النظرية، من بينها أن يكون الكسب المتحقق والخسارة المقابلة مجردين عن سبب قانوني يرتكزان

---

[379])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع السابق، ص. 770.

[380])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 14. (www.uldroit3.com)

[381])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014، ص. 85.

[382])المرجع السابق.

[383])المرجع السابق.

[384])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 11. (www.uldroit3.com)

-د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 247.

[385])إن موجب الكاسب تجاه المكتسب منه لا يتحقق على هذا الشكل وبناء على هذا الأصل إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

1) أن يكون قد حصل الكاسب المزعوم على كسب سواء أكان هذا الكسب مباشراً أم غير مباشر، مادياً أم أدبياً.

2) أن يكون المكتسب منه قد خسر مقابل هذا الكسب في ملك أو مال تفرغ منه أو خدمة قام بها.

3) أن يكون الكسب المتحقق والخسارة المقابلة مجردين عن سبب قانوني يرتكزان عليه.

4) أن لا يكون للمكتسب منه، كي ينال مطلوبه، سوى حق المداعاة المبني على حصول الكسب، وهذا الحق له صفة ثانوية بالنسبة إلى سائر الوسائل القانونية.

عليه. وفي حالتنا، إن العقد الذي يحتوي البند التعسفي يشكل السبب القانوني الذي يعطي واضع البند هذا الإثراء. فلا نرى مجالاً لإعمال هذه النظرية في مجال الحماية ضد البنود التعسفية. وفي ذلك قيل بأن الإستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب في مكافحة البنود التعسفية هو دون جدوى كون عقد الإستهلاك هو السبب القانوني للإثراء كما وأن للمستهلك طرق عدّة لمواجهة هذه البنود[386].

أخيراً يجدر الذكر بأن الإجتهاد اللبناني، الفرنسي والمصري ما يزال متردداً في اعتماد النصوص العامة للحماية في مكافحة البنود التعسفية[387] ما عدا قلة قليلة نستذكر منها القرار الصادر عن محكمة الإستئناف المدنية اللبنانية عام 2017 والذي استند إلى نظرية سوء استعمال الحق في تحققه من البند التعسفي على ما تم ذكره سابقاً[388].

ولكن على الرغم من هذا الواقع، فإن الرقابة القضائية على البند التعسفي أصبحت أكثر أهمية من أي وقت مضى فيما خلا بعض الشوائب أو النواقص على ما سنرى تالياً.

القسم الثاني : الرقابة القضائية على البند التعسفي

تمنح مختلف التشريعات الوضعية القاضي سلطة الرقابة على بنود العقد لحماية المتعاقد الضعيف وإبطال كل بند قدّر المشرع طابعه التعسفي، كما منحته سلطة تقديرية واسعة ليتمكن من الكشف عن البنود التعسفية. بناءً لذلك، فإننا سنعرض سلطة القاضي في الحكم عليها من جهة (الفقرة الأولى) ولسلطته في إثارتها عفواً من جهة ثانية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : سلطة القاضي في الحكم على البنود التعسفية

تعد الولايات المتحدة الأميركية من أوائل الدول في العالم التي وضعت تنظيماً خاصاً في مكافحة البنود التعسفية سنة 1962، حيث منح القاضي سلطة إبطال كل البنود التي وردت في عقد يظهر فيه تعسف في حق الطرف الضعيف عقدياً[389] وحتى إبطال العقد بالكامل[390]. ولقد قام القضاء الأميركي بذلك فعلاً، تجلى ذلك بوضوح في قضية Williams v. Walker-Thomas

[386])Professeur Habib Kazzi, DROIT de la PROTECTION du CONSOMMATEUR, Université Libanaise, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Branche II, p. 35.

[387])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 21. (www.uldroit3.com)

[388])راجع الباب الأول، العنوان الأول، الفصل الثاني، القسم الثاني، الفقرة الثانية.

[389])حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستير، الجمهورية الجزائرية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، شعبة : الحقوق والعلوم السياسية، تخصص : عقود ومسؤولية، السنة الدراسية 2018/2017، ص. 74.

[390])Marie Nioche, Commentaire de l'arrêt Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, par Jeremy Attali, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 30/08/2010. (blogs.parisnanterre.fr)

Furniture Company[391] حيث قامت المحكمة بإبطال العقد لاحتوائه بنداً يؤثر بصورة سلبية وفاضحة على مصلحة الطرف الضعيف فيه، ويخول هذا البند السيد Walker-Thomas باسترداد جميع المفروشات موضوع العقد (حتى تلك المدفوع ثمنها بالكامل) في حال تأخر السيدة Williams عن سداد أحد أقساط أي منها، حيث كانت مدة التقسيط 5 سنوات بين عام 1957 و 1962، وقد حدث ذلك بالفعل عام 1962 بعد صعوبات مالية أصابتها وكانت قد انتهت من دفع ثمن غالبية المفروشات (1400$) وبقي عليها ثمن ثلاث طاولات ومصباحين (300$)، فطالبها البائع باسترجاع المفروشات جميعها، فردت محكمة الإستئناف في الولايات المتحدة - مقاطعة كولومبيا - هذا الطلب وأبطلت العقد بعدما اعتبرت البند المذكور بنداً غير معقول (unconscionable) كونه أدى إلى اختلال فاحش في العقد، وقد أيدت المحكمة العليا هذا الإتجاه[392].

في ألمانيا، تم الاعتراف للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للبند، استناداً إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة التاسعة من القانون الصادر بتاريخ 9 كانون الأول 1976[393].

كذلك فإن المشرع المصري ووفقاً للمادة 149 من القانون المدني المصري[394]، أعطى قضاة الموضوع سلطة تقديرية في إعلان بندٍ ما بأنه بند تعسفي وفي إبطاله[395]، وكرّست ذلك قرارت محكمة التمييز المصرية[396].

وأيضاً، فإن المشرع الكويتي أعطى القاضي حق الرقابة المطلقة على البنود التعسفية عبر نص المادة 81 من القانون المدني[397]. وقد ذهب الفقه هناك إلى إعطاء القاضي حق التدخل لحماية الطرف الضعيف عقدياً ضد البنود التعسفية[398].

كما وأن المشروع الأردني المتعلق بقانون حماية المستهلك وضمن البند السابع من الأسباب الموجبة يعطي القاضي صلاحية واسعة في تعديل البنود التعسفية وإلغائها[399].

في فرنسا، يلعب القاضي دوراً واسعاً في الرقابة على البنود التعسفية ومكافحتها[400] منذ مشروع قانون 1978 وحتى قانون الإستهلاك بتعديلاته الأخيرة. فإن مشروع قانون 10 كانون الثاني

---

[391])Op. cit : *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company (350 F.2d 445 C.A. D.C. 1965).*

[392])Op. cit.

[393])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مرجع سابق، ص. 41 و42.

[394])إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

[395])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 7. (www.uldroit3.com)

[396])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 343.

[397])إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع إجحافها، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

[398])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 344.

[399])د.بشار المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني : دراسة مقارنة، مجلة العلوم الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، العدد التسلسلي 22، رمضان/شوال 1439 هـ- يونيو 2018 م، ص. 604.

1978 خوّل القاضي مهمة تحديد البند التعسفي ومعالجته، وقد أكدت ذلك محكمة التمييز الفرنسية نظراً لعدم كفاية النصوص القانونية التي تقوم بتحديد البنود التعسفية على وجه الإجمال، وإن أكثر ما يُذكر في هذا الصدد، قرارا الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 16 تموز 1987[401] و25 كانون الثاني 1989[402]، حيث شكل هذان القرارن الخطوة الأولى في ما يسمّى بالتحديد القضائي للبند التعسفي[403].

في القرار الأول نقضت محكمة التمييز القرار الإستئنافي، حيث قامت بإعلان بند في عقد بيع بأنه بند تعسفي، كونه أعطى المحترف منافع مبالغاً بها عبر ترك مهلة التسليم مفتوحة كما وتقليص حق التصليح المنصوص عنه في المادة 1610 من القانون المدني[404]. كما جاء في القرار الثاني تصديق محكمة التمييز لقرار محكمة الإستئناف الذي أعلن بنداً تعسفياً، البند الذي يقضي بأنه في حالة خسارة المبيع (وكان عبارة عن عدة أفلام) فإن مسؤولية المحترف تكون محصورة بالإستبدال فقط[405].

وقد عمدت محكمة التمييز الفرنسية أيضاً إلى تخويل قضاة الأساس إعلان الطابع التعسفي للبند خارج كل مرسوم[406]. وهذا ما قال به Ghestin في تعليقه على قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة

---

[400])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 302.

[401])Cass. 1ère civ., 16 juillet 1987, D. 1987, somm. p. 456, obs. J.-L. AUBERT ; D. 1988, jur. p. 49, note J. CALAIS-AULOY ; JCP G 1988, II, 21001, note G. PAISANT ; RTD civ. 1988, p. 144, obs. J. MESTRE.

[402])Cass. 1ère civ., 25 janvier 1989, H. GROUTEL, « La responsabilité des laboratoires photographiques : un léger mieux », Resp. civ. et assur. 1989, n° 9 ; T. HASSLER, « La perte d'un film photographique : la jurisprudence remédie à l'inertie du pouvoir réglementaire », LPA 31 mai 1989, n° 65, p. 21 ; C. GIAUME, « Quelques réflexions en matière de clauses abusives. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1989 », LPA 30 mai 1990, n° 65, p. 25 ; D. 1989, p. 253, note Ph. MALAURIE ; D. 1989, som. comm. p. 304, obs. T. HASSLER ; D. 1989, som. comm. p. 337, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 1989, II, 21357, note G. PAISANT ; RTD civ. 1989, p. 533, obs. J. MESTRE ; RTD civ. 1989, p. 574, obs. Ph. RÉMY ; Gaz. Pal. 1990, 1er sem., p. 16, note L. PANHALEUX. V. aussi pour un raisonnement similaire dans une espèce similaire, Cass. 1ère civ., 6 juin 1990, C. GIAUME, « Deux réflexions sur l'actualité des clauses abusives », LPA 3 août 1990, n° 93, p. 28 ; JCP G 1991, II, 21594, note T. HASSLER ; Defrénois 1991, art. 34987, n° 20, p. 367, obs. J.-L. AUBERT ; RTD com. 1991, p. 85, obs. B. BOULOC.

[403])-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 272.

-Dans le même sens : Marie Nioche, Commentaire de l'arrêt Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, par Jeremy Attali, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 30/08/2010.

[404])Cass. 1ère civ., 16 juillet 1987, préc : "*Conférant au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment en lui laissant en fait l'appréciation du délai de livraison et en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 du Code civil au bénéfice de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement par le vendeur à son obligation essentielle de délivrance dans le temps convenu, cette clause devait être réputée non écrite*."

[405])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 273.

[406])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil, TOME I, Édition Dalloz – 2018, Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, Abus de droit, p. 12, n0 43 *: depuis Civ. 1re, 16 juill. 1987, D. 1987. Somm. 456, obs. Aubert, et 1988. 49, note Calais-Auloy ; JCP 1988. II. 21001, note Paisant ; RTD civ. 1988. 114, obs. Mestre.*

التمييز الفرنسية تاريخ 6 كانون الأول 1989[407]، حيث قامت المحكمة بإقرار صلاحية محاكم الأساس بإعتبار بندٍ ما غير مكتوب في حال أعلنته بنداً تعسفياً ولو لم تستند في ذلك على مرسوم، وقد صدرت العديد من القرارت اللاحقة التي تؤيد هذا المنحى، منها قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز بتاريخ 14 أيار 1991[408] و26 أيار 1993[409] حيث أعطى القاضي صلاحية إعلان الطابع التعسفي للبند، مع غياب مرسوم يمنع هذا البند[410].

كما وأعطى قانون الأول من شباط 1995 هذه الإمكانية إذا انطبق على البند التعسفي التعريف المعطى له من قبل المشرع[411].

ولقد أُعطي القاضي الفرنسي سلطة ضمنية في إعلان الطابع التعسفي للبند[412]، وذلك استناداً لنص المادة R. 534-4 من قانون حماية الإستهلاك[413]. إلا أن هذه المادة قد تم إلغاؤها عبر المرسوم : Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 - art. 8[414].

---

[407])Cass. 1ère civ., 6 décembre 1989, *D.* 1990, p. 289, note J. GHESTIN *; Defrénois* 1991, art. 34987, n° 19, p. 366, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1990, II, 21534, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1990, p. 277, obs. J. MESTRE.

[408])Cass. 1ère civ., 14 mai 1991, T. HASSLER, « Clause abusive et perte d'une pellicule photo : un arrêt important : Civ. 1re, 14 mai 1991 », *LPA* 8 juillet 1991, n° 81, p. 18 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12e éd., Dalloz, 2008, n° 159 ; *Contrats conc. consom.* 1991, n° 160, note L. LEVENEUR ; *D.* 1991, somm. p. 320, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1991, jur. p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP G* 1991, II, 21743, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE.

[409])Cass. 1ère civ., 26 mai 1993, *D.* 1993, p. 568, note G. PAISANT ; *Defrénois* 1994, p. 352, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1993, II, 22158, note E. BAZIN ; *RTD civ.* 1994, p. 97, obs. J. MESTRE.

[410])-Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK : DROIT DES OBLIGATIONS, 9e édition, 2017, LGDJ, Lextenso, p. 248.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 273 et 274.

-Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], pp. 330 et 334.

[411])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 18, n^0 58 : *Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : Bull. civ. 1991, I, n^0 153 ; Contrats, conc. consom. 1991, comm. 160, obs. L.Leveneur ; JCP G 1991, II, 21763, note G. Paisant ; D. 1991, jurispr. P. 449, note Ghestin ; RTD civ. 1991, p. 526, obs. J. Mestre.*

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil, préc, p. 12, n^0 43.

[412])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 275.

[413])La commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé.

Le juge compétent demande à la commission, par décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause tel que défini à l'article L. 132-1.L'avis ne lie pas le juge.

La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de trois mois à compter de sa saisine.

Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis de la commission ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de trois mois susmentionné. Toutefois, les mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises

[414])www.Legifrance.gouv.fr.

لكن، وضمن السلطة الضمنية التي أعطاها المشرع الفرنسي للقاضي، يوجد نص الفقرة الخامسة من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك يعزز هذا المنحى، حيث أوردت أنه على المحترف أن يثبت الطابع غير التعسفي للبند الموضوع ضمن القائمة الرمادية (البنود المفترضة تعسفية) في حال النزاع. وقد نصت على الآتي :

"Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse."

وإن إثبات الطابع غير التعسفي للبند يقوم أمام القاضي، حيث هو وحده الذي يقرّر الطابع التعسفي من عدمه بناءً على تقديره لوسائل الإثبات المقدمة أمامه.

ولكن إن دور القاضي يكون محدوداً في هذه الحالة كما وفي حالة البنود الواردة ضمن اللائحة السوداء، إذ أن كل ما عليه هو التحقق من مدى توفر الحالة المنصوص عليها في القائمتين، وإعلان الطابع التعسفي للبند من عدمه[415].

أما وفي الحالة التي يعرض على القاضي بندٌ لا يندرج في أي قائمة، فيكون للقاضي مساحة أكبر في التقدير، ويكون بإمكانه إعلان الطابع التعسفي للبند من عدمه بحسب انطباق التعريف القانوني للبند التعسفي عليه[416].

وعليه، فإذا ما كان بندٌ في عقد الإستهلاك محل نزاع حول طابعه التعسفي ولم يكن مندرجاً في التعداد المنصوص عليه في القوائم، فإنه يكون على القاضي التحقق ما إذا كان هذا البند يرمي أو قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي ضد مصلحة المستهلك، ويعلنه فيما بعد بنداً تعسفياً إذا تحقق من ذلك. وإن توصيف محاكم الموضوع للبند على أنه بند تعسفي هو مسألة قانون ويخضع بالتالي لرقابة محكمة التمييز[417]، وهذا ما جاء في قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز

---

[415])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 277.

[416])Op. cit, p.278

[417])-Cass. 1ère civ., 26 mai 1993, *D.* 1993, p. 568, note G. PAISANT ; *Defrénois* 1994, p. 352, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1993, II, 22158, note E. BAZIN ; *RTD civ.* 1994, p. 97, obs. J. MESTRE.

-Cass. 1ère civ., 10 février 1998 ; Cass. 2ème civ., 2 avril 2009.

-Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996 ; Cass. com., 8 novembre 2005 ; Cass. 1ère civ., 8 novembre 2007 ; Cass. 1ère civ., 28 mai 2009 ; Cass. 1ère civ., 20 mars 2013.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p.280.

-Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 16, n^0 49 : *Cass 1re civ., 7 juill. 1998 : Contrats, conc. consom. 1998, comm. 120.*

الفرنسية[418]، حيث ذكرت بأن على القاضي أن يستعرض للعوامل الواقعية والقانونية في إطار دراسته للطابع التعسفي للبند. كما وتم التشديد على ذلك في العديد من القرارات الأخرى[419].

لكن، وعلى الرغم من ذلك، فإننا نستطيع القول بأن رقابة محكمة التمييز على البند التعسفي هي رقابة محدودة. حيث أنه ولتوصيف البند التعسفي، لا بد من امتحان عدة عوامل انطلاقاً من الأطراف وموقعهم، ظروف التعاقد كما والتحقق من الإخلال بالتوازن العقدي. فلو أننا أمام النظر في بندٍ ما انطلاقاً من نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك، فإنه يجب النظر إلى وجود النشاط المهني للمحترف أو المستهلك، الرابطة بينه وبين العمل كما وتحقق الإختلال بالتوازن العقدي، وهذه العوامل جميعها هي عوامل واقعية وتخضع في تقديرها لسلطة محاكم الأساسة المطلقة. مثال ذلك إعلان المحكمة بنداً ما بأنه بند تعسفي بالإستناد إلى المادة 26 من قانون حماية المستهلك يقتضي وجود محترف، مستهلك بالإضافة إلى وجود اختلال بالتوازن بين الحقوق والموجبات لغير مصلحة هذا الأخير. فيكون دور محكمة التمييز هو التحقق من وجود هذه العناصر، حيث تبرز المشكلة الأولى في تحديد المحترف والمستهلك لناحية تقدير النشاط المهني كما والرابطة بينه وبين العمل والتي تخضع لرقابة محاكم الأساس[420]، كما وتكمن المشكلة الأخرى في تحققها من حصول الإختلال أو درجته والذي غالباً ما ينشأ عن استنتاج توصلت إليه محاكم الأساس عبر تقديرها للوقائع والذي لا سلطة لمحكمة التمييز عليه.

وقد أُعطي القضاء الإداري مسألة الفصل في اعتبار البند التنظيمي في العقد بين الإدارة وبين المستهلك بنداً تعسفياً، وبذلك جاء قرار محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 31 أيار 1988 حيث أعطى الإختصاص في ذلك للمحاكم الإدارية وليس للمحاكم العدلية[421]. ولكن جرى التعليق على القرار

---

[418])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 29 mars 2017, N° de pourvoi: 16-13050 : *"que le juge est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès lors qu'il dispose des éléments de fait **et de droit** pour le faire"* (www.legifrance.gouv.fr)

[419])-Cass. 1ère civ., 1er février 2005 (quatre arrêts), J. MESTRE, « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1er février 1995 sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393 : « De ces différents arrêts, on retiendra plusieurs enseignements. […] Ensuite, la part essentielle que prend aussi la Cour de cassation dans ce nécessaire combat, à travers le contrôle poussé qu'elle a décidé d'exercer sur la qualification de clause abusive, et par lequel elle peut, au demeurant, procéder à un juste tri parmi toutes les stipulations pratiquées par les professionnels».

-Cass. 1ère civ., 14 novembre 2006 (4 arrêts), *RDC* 2007, p. 337, D. FENOUILLET : Ces décisions « attestent la réalité du contrôle exercé sur la qualification par la Cour de cassation et le souci de cette dernière de procéder à une appréciation nuancée du déséquilibre significatif, même si elles ne manquent pas, à certains égards d'audace. […] Elles illustrent une nouvelle fois que la qualification « clause abusive » est contrôlée par la Cour de cassation. Les décisions attestent même d'un contrôle poussé, la Cour prenant en compte d'autres éléments que ceux invoqués par les juges du fond pour admettre la qualification ou la rejeter et n'hésitant pas à vérifier l'interprétation donnée par les juges du fond au regard de la volonté des parties».

- Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 281.

[420])راجع صفحة 71.

[421])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 176 et 177 : *Cass. 1ère civ., 31 mai 1988, Bull. civ. I, n° 161, p. 111, D. 1988, somm. p. 406, obs. J.-L. AUBERT. : "Les dispositions dudit cahier des charges [type approuvé par le décret du 17 mars 1980], et notamment son article 64, ont un caractère réglementaire, de sorte que **les***

الأخير، حيث أن المحكمة قد أعطت الإختصاص للقضاء الإداري لأن البند المطعون فيه موضوع في دفتر شروط مكرّس عبر مرسوم تنظيمي، وبالتالي تم الإستنتاج بالمخالفة، أن البنود التنظيمية التي لم تكرّس عبر مرسوم تنظيمي، يكون البت بطابعها التعسفي عائد للمحاكم العدلية[422].

نعلق على ما سبق ذكره بالآتي، إن إعطاء الإختصاص في البت بالطابع التعسفي للبند التنظيمي في عقد الخدمة العامة المعقود بين الإدارة والمستفيد للقضاء الإداري، هو المبدأ. حيث تدخل في صلاحية القضاء الإداري النزاعات التي يكون أشخاص الحق العام طرفاً فيها[423].

ولكن في حال تصرفت الإدارة بوسائل القانون الخاص، فالمنازعات التي تنشأ عن هذه الأعمال تكون من صلاحية القضاء العدلي، كون الإدارة ظهرت بمظهر الأفراد العاديين[424]. وعليه فإذا ما تعاقدت الإدارة مع المستفيد بهذا المظهر، وجرى نزاع حول الطابع التعسفي لأحد البنود، فيكون الإختصاص للبت بذلك للمحاكم العدلية.

كما وينبغي الذكر بأن إعلان الطابع التعسفي للبند في قرار معيّن، يقتصر أثره على البند موضوع النزاع في هذا القرار دون أن يتعداه إلى سائر البنود المشابهة أو المطابقة له في عقودٍ أخرى منازعٍ فيها[425]. ويُطرح التساؤل هنا حول إمكانية أن يتم هذا الإعلان عفواً من القاضي أم هناك ضرورة من إثارة ذلك من قبل المتظلم من البند ؟ هذا ما سنعالجه في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : سلطة القاضي في إثارة البنود التعسفية عفواً

لقد اتجه الفقه الفرنسي[426] كما ومحكمة الإتحاد الأوروبي (CJCE) إلى إعطاء القاضي صلاحية إثارة الطابع التعسفي للبند دون طلب الفرقاء، وهذا ما تكرس في قانون الإستهلاك الفرنسي[427] منذ القانون الصادر بتاريخ 2008/1/3 المسمى بقانون Chatel الذي سمح للقاضي الفرنسي بأن يثير

---

tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, déclarer que des clauses figurant dans ce décret, ou reprises dans un règlement du service d'eau, ont un caractère abusif au sens de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978".

[422])Op. cit, p. 177.

[423])الدكتور خالد خضر الخير، المبادىء العامة في القضاء الإداري، 2014، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص. 37.

[424])المرجع السابق، ص. 42.

[425])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 282.

[426])حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. 82.

[427])-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 276 et 277.

-Jurisclasseur commercial, préc, p. 27, n^0 93.

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 21, n^0 80.

من تلقاء نفسه الطابع التعسفي للبند ولو لم يقم بذلك المستهلك[428]، وحتى التعديل الجديد الخاص بقانون الإستهلاك الذي أدخله المرسوم رقم 884-2016 تاريخ 29 حزيران 2016[429].

وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الفرنسية في العديد من القرارات[430]، فقد قالت بأنه على القاضي عندما يكتشف بنداً تعسفياً خلال نظره بالدعوى، أن يُعلم الفرقاء ويدعوهم إلى تقديم ملاحظاتهم، تعليقاتهم وإثباتهم لطابعه التعسفي[431]. وقد فسخت الغرفة المدنية الأولى في محكمة التمييز الفرنسية قرار المحكمة التي تصدت من تلقاء نفسها للبند التعسفي، دون أن تطرح ذلك أمام الفرقاء لإبداء ملاحظاتهم على ذلك[432]. وهذا ما لم تكن تتطلبه قبل صدور التشريع الجديد، حيث أنه وفي قرارت قديمة لها لم تفرض عليه هذا الموجب[433]، وكان أبرزها قرار 14 أيار 2009[434]. وتعطي محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي (CJCE) القاضي هذه السلطة، ففي قرارها بتاريخ 4 حزيران 2009[435] اعتبرت بأن سلطة القاضي لا تقتصر على إثارة الطابع التعسفي للبند، بل تتعداه إلى دراسته وإثباته بحسب العناصر القانونية والواقعية المتوفرة لديه (examination)[436]،

---

[428])حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستير، الجمهورية الجزائرية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، شعبة : الحقوق والعلوم السياسية، تخصص : عقود ومسؤولية، السنة الدراسية 2018/2017، ص. 83.

[429])www.Legifrance.gouv.fr.

[430])Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 8 juin 2017, N° de pourvoi: 16-17718 **/** Cour de cassation, chambre civile 2, Audience publique du jeudi 8 mars 2012, N° de pourvoi: 10-16576 **:** *"ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE la Cour de justice de l'union européenne a dit pour droit (C-243/ 08, 4 juin 2009) que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ;"* (www.legifrance.gouv.fr)

[431])-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 276 et 277.

-Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 27, n^0 93.

[432])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 24 mai 2017, N° de pourvoi: 16-15091 : *"Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressort des énonciations du jugement que M. X... et Mme Y... n'avaient pas invoqué le caractère abusif de la stipulation sur laquelle reposait la demande de paiement, la juridiction de proximité, qui a relevé ce moyen d'office, **sans avoir au préalable recueilli les observations des parties**, a violé le texte susvisé ;"*

[433])Jurisclasseur commercial, préc, p. 27, n^0 93 : *Cass. 1re civ., 22 janv. 2009 : JurisData n^0 2009-046627 ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 88.*

[434])Op. cit : *Cass. 1re civ., 14 mai 2009, M. N. c/ Ste Mediatis-Sofrac, n^0 08-12.836 : JurisData n^0 2009-048147 ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 206, obs. G. Raymond ; D. 2009, p. 1476, obs. V. Avena-Robardet.*

[435])-Op. cit : *CJCE, 4 jiuin 2009, aff. C-243/08, Pannon 2009, alerte 53 ; JCP G 2009, p. 336, note G. Paisant ; Procédures 2009, comm. 275, note Nourissat ; JCP E 2009, 1970, note L . Rachel ; D. 2009, p. 2312, note G. Poissonnier.*

-Recueil Dalloz, 2016, Volume 3, Éditorial : Didier Guevel, Consommation, Clause abusive (contrat d'hébergement) : office du juge et qualification, p. 2278.

[436])-Jurisclasseur commercial, préc, p. 27, n^0 93 : *V. aussi CJCE, 6 oct. 2009 : Procédures 2009, comm. 400. Note C. Nourissat.*

-Natacha Sauphanor-Brouillaud, Elise Poillot, Carole Aubert de Vincelles et Geoffray Brunaux : LES CONTRATS DE CONSOMMATION REGLES COMMUNES, 2013, LGDJ, Lextenso, p. 988, n^0 973.

وقد أيّدت محكمة التمييز الفرنسية هذا الإتجاه مؤخراً[437]، قبل أن يصدر التعديل الجديد المنوه به أعلاه ويدخل المادة R. 632-1، حيث كرّس في فقرتها الأولى هذه السلطة صراحةً للقاضي :

"Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application."

وفي حال إثارة القاضي الطابع التعسفي للبند من تلقاء نفسه، فإنه واستناداً إلى الفقرة الثانية من المادة نفسها من قانون الإستهلاك يستطيع أن يقوم بإيقاع الجزاء عليه من تلقاء نفسه وبدون طلب من المستهلك[438]، ولكن بعد دعوة الفرقاء وأخذ ملاحظاتهم. فقد نصت المادة على :

"Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat."

أما محكمة التمييز البلجيكية فلم تقر هذا الحق للقاضي بدايةً، حيث اعتبرت في تعريفٍ لها للبند التعسفي بأنه لا يمسّ بالنظام العام، ولكن ما لبثت في العديد من القرارات اللاحقة أن اعترفت له بهذا الحق مع مراعاته حقوق الدفاع، والنظر مسبقاً فيما إذا كان الشخص الذي استهدفه القانون بالحماية قد تنازل لاحقاً (أي بعد نشوء حقه بالمداعاة ضد البند) عنها[439]. وقد فصلت محكمة التمييز البلجيكية بالإيجاب على التساؤل السائد حول إمكانية تنازل المستهلك عن هذا الحق[440].

وتجدر الإشارة إلى أن مجال البنود التعسفية في إطار قانون الإستهلاك هو مجال خاص وليس حصري[441]، فيكون القاضي بالتالي غير ملزم عند دراسته للبند التعسفي أن يتجه مباشرة وحصراً إلى أحكام هذا الأخير في قانون الإستهلاك، إنما يمكنه اعتماد أي أساس قانوني آخر. ولقد جاء قرار

---

[437])-Op. cit : *Cass. 1re civ. 1er oct. 2014, n0 13-21.801 : JurisData n0 2014-022600 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 23, obss. G. Raymond.*

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit civil, TOME I, Édition Dalloz – 2018, Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, Abus de droit, p. 12, n0 42 : *Cass. 1re civ. 1er oct. 2014, n0 13-21.801, Bull. civ. IV ; CCC 2015, n0 23, obss. Raymond.*

-Recueil Dalloz, 2017, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Caroline Kleiner, Consommation, L'obligation de relever d'office le caractère abusive des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué, p. 1897.

-Recueil Dalloz, 2017, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Chroniques, Cour de cassation, Première chambre civil, p. 1861 : *Civ. 1re, 1er mars 2017, n0 15-22.946, FS-P+B+I (rejet) : D. 2017. 508 ; RTD civ. 2017. 352, obs. J. Hauuser.*

-Recueil Dalloz, 2017, Volume 1, Éditorial : Christophe Jamin, Consommation, Prêt (clause d'indexation) : examen d'office du caractère abusive, p. 758.

[438])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 349.

[439])Cécile Delforge, Jean-Luc Fagnart, Hervé Jacquemin, Fabienne Kéfer, Sophie Lebau et Aurélie Mortier, Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels, 2013, Anthemis s.a., Par. 18, 21, 22 et 24.

[440])Op. cit. p. 24.

[441])Recueil Dalloz, 2018, Volume 1, Éditorial : Grégorie Loiseau, Consommation, Bernard Beianire et Sonia Ben Hadj Yahia, La clause abusive aux frontières du droit des assurances et du droit de la consommation, p. 837 : *Cour de cassation 1re civ., 6 déc. 2017.*

محكمة التمييز الفرنسية ليفيد بذلك، حيث قامت جمعية تعنى بحماية المستهلك بالإدعاء لاعتبار بندٍ في عقد الضمان بأنه بندٌ تعسفي، فقامت محكمة التمييز بمعالجة النزاع على أساس المادة L. 113-2 من قانون الضمانات (code des assurances)، معينة (recadre) بذلك مجال البنود التعسفية[442].

أما في إطار عقود الإذعان فإن القاضي لا يستطيع أن يثير الطابع التعسفي للبند من تلقاء نفسه على عكس ما رأينا في عقود الإستهلاك، فالجزاء هنا مقرر لمصلحة المُذعَن الشخصية[443].

في لبنان، لا وجود لنصوص صريحة في لبنان تعطي القاضي سلطة تقديرية لإعلان الطابع التعسفي للبند[444]. إلا أنه ومن البديهي القول بأن تقدير التعسف في البند العقدي يقوم به القاضي، إذ عليه التحقق من مدى توفر اختلال التوازن بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك، ليقرر الطابع التعسفي للبند من عدمه، ويقرر الجزاء المناسب[445]. ونرى بأنه على القاضي اللبناني أن يثير الطابع التعسفي للبند في عقد الإستهلاك من تلقاء نفسه، إذ أن الفقرة الأخيرة من المادة 26 نصت على أن البنود التعسفية تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، مما يوجب على القاضي إعمال بطلان البند التعسفي بعد دعوة الفرقاء للمناقشة عملاً بنص المادة 373 أ.م.م[446]، ويكون له ذلك حتى ولو قبل الطرفان بالبند ووافقا عليه لأن الأمر متعلق بالمصلحة العامة التي هدف المشرع إلى تحقيقها[447].

وانطلاقاً من ذلك، فإنه يكون للقاضي مستنداً على المادة 373 أ.م.م أن يثير موضوع البند التعسفي من تلقاء نفسه تمهيداً لإبطاله ولو أن المستهلك لم يقم بالإدعاء ضد هذا البند على أساس المادة 26 من قانون حماية المستهلك، ولكن بشرط أن تكون الوقائع المعروضة أمام القاضي تثبت له حضور مستهلك من جهة ومحترف من جهة أخرى إضافة إلى وجود عقد استهلاك يجمع بينهما.

كذلك يعود للمحاكم اللبنانية في سبيل مكافحة البند التعسفي خارج إطار عقود الإستهلاك في ظل الوضع الراهن، اعتماد المعيار الموضوعي للبند التعسفي استناداً للمبادىء العامة وللنصوص القانونية العامة، كما ويمكنها إثارته من تلقاء نفسها سنداً لفحوى المادة 373 أ.م.م المذكورة آنفاً، أي

---

[442])Op. cit, p. 836 : *Cour de cassation 1re civ., 6 déc. 2017.*

[443])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 353.

[444])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 10. (www.uldroit3.com)

[445])-Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 18, n0 59.

-د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 225.

[446])يجب على القاضي، في أي حال، أن يتقيد وأن يفرض التقيد بمبدأ الوجاهية.

فلا يجوز له أن يعتمد في حكمه أسباباً أو إيضاحات أدلى بها أحد الخصوم أو مستندات أبرزها إلا إذا أتاح للخصوم الآخرين مناقشتها وجاهياً.

ولا يصح إسناد حكمه إلى أسباب قانونية أثارها من تلقاء نفسه دون أن يدعو الخصوم مقدماً إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنها.

[447])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 531.

بعد التقيد بالوجاهية ودعوة الطرفين أصولاً إلى مناقشة هذه المسألة. ولقد أعطى الفقه اللبناني القاضي حق الرقابة على عقود الإذعان، وإعلان الطابع التعسفي للبنود المرهقة التي تم فرضها بصورة تعسفية أو كانت مخالفة للنظام العام أو معطلة لحقوق أحد أطرافها[448].

وقد لاحظنا أن المحاكم ترتاب وتتوقف بحذر عند البنود التعسفية وتسعى إلى إبطال مفعولها بشكلٍ أو بآخر. ونُذكّر في هذا الصدد بقرارين كنا قد عرضناهما سابقاً، أولهما قرار لمحكمة الإستئناف المدنية في الجنوب رقم 2013/24 تاريخ 2013/2/20 الذي تحدث عن إبطال البند التعسفي بصريح القول، وذكر بأن التشريع والإجتهاد يذهب إلى إبطال البنود التعسفية في عقود الإذعان، وجاء فيه ما يلي[449] : "ذهب التشريع والإجتهاد إلى الحد من مدى هذا النوع من العقود عبر إبطال البنود التعسفية الواردة فيها"، والقرار الثاني كان لمحكمة الإستئناف المدنية في بيروت رقم 1389 تاريخ 15 كانون الأول 2017[450]، مستندة على نظرية الإساءة في استعمال الحق، إذ اعتبرت بأن إلغاء بوليصة التأمين بدون سبب يشكل نوعاً من التعسف في التعامل وتساءلت المحكمة عن مدى كون البند الذي يقرر هذا الإلغاء بنداً تعسفياً. وقد ورد فيه ما يلي :

"وعدم اتضاح أي سبب ظاهر لإلغاء البوليصة من قبل شركة كابيتال فينانس كومباني ش.م.ل، في ما يعود لحقوق المؤمنة المستأنف عليها، وما يمكن أن يثيره ذلك من نزاع حول أحقية الإلغاء لهذه الجهة، علماً أنه على فرض أن هذا الإلغاء مطلق، فإنه يطرح ظاهراً منازعة حول مدى كون البند A9 بنداً تعسفياً".

واستناداً لنص المادة 132 أ.م.م[451] فإنه يقع عبء إثبات الطابع التعسفي على المُذعن وعلى المستهلك، وهذا الأخير ملزم بذلك في ما خلا حالة تعداد البنود الواردة في المادة 26 من قانون حماية المستهلك، إذ أن المستهلك يكون معفىً من هذا الإثبات، كون أن القانون يعتبر هذه البنود المعددة بنوداً تعسفيةً سلفاً، ويقع على المحترف أن يدحض طابعها التعسفي. وهذا التعداد يمكن اعتباره وسيلة خاصة للحماية كونها تختص بالمستهلك وحده، تنضم إلى عدة وسائل أخرى سنبحثها في الفصل الثاني مع التساؤل حول اعتبارها كافية لتوفير هذه الحماية.

---

[448])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، مرجع مذكور سابقاً، ص. 151.
-Professeur Habib Kazzi, DROIT de la PROTECTION du CONSOMMATEUR, Université Libanaise, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Branche II, p. 37.

[449])محكمة الإستئناف المدنية في الجنوب، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2013/24، تاريخ 2013/2/20، دعوى منير دخل الله/محمود برجي، المحامون، 2014، العدد الثامن، ص. 271.

[450])محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم 1389، تاريخ 2017/12/15، دعوى شركة المتوسط والخليج وإعادة التأمين ش.م.ل./سارين واراجابديان، العدل، 2018،العدد الثاني، ص. 779 و780.

[451])يقع عبء الإثبات على من يدعي الواقعة أو العمل.
ويجب أن يكون ما يراد إثباته مجدياً في النزاع وجائزاً إثباته.

الفصل الثاني : الوسائل الخاصة للحماية

لم يألُ المشرع اللبناني جهداً عند صياغته لقانون حماية المستهلك في النص مباشرة على العديد من الأحكام الخاصة بالمستهلك وحده والتي تؤمن له رضىً سليماً في تعاقده مع المحترف، نظراً للضعف الذي يعتريه في مواجهة هذا الأخير خلال المراحل السابقة، المرافقة واللاحقة للعملية التعاقدية. من هذه الأحكام ما هو ملائم ليؤمن حماية المستهلك بمواجهة البنود التعسفية نص عليها التشريع العالمي قبل التشريع اللبناني، منها ما له الطابع الإستباقي أو الوقائي ضد هذه البنود كموجب الإعلام المفروض على المحترف تجاه المستهلك (القسم الأول)، ومنها ما له الطابع الإستدراكي أو التصحيحي كحق المستهلك بالعدول (القسم الثاني).

القسم الأول : موجب الإعلام المفروض على المحترف

إن موجب الإعلام هو أحد الفروع المهمة في حماية المستهلك[452]، ويعتمده القضاء كعامل مؤثر في تقرير الطابع التعسفي للبند في حال التخلف عنه[453]. لذلك وجب علينا معرفة موجب الإعلام عن كثب عبر تعريفه بداية (الفقرة الأولى) ومن ثم معرفة الجزاء المترتب على الإخلال به (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف موجب الإعلام

إن موجب الإعلام هو موجب قانوني يفرض على المحترف تزويد المستهلك بالمعلومات الأساسية والوافية حول السلعة أو الخدمة وشروط العقد وإجراءاته[454]، من أجل الحصول على رضى مستنير[455]، فالمحترف لا يعلم المعطيات عن السلعة أو الخدمة التي يقدمها وحسب، بل

---

[452])Hélène BRICKS, LES CLAUSES ABUSIVES, Paris, 1982, LGDJ, p. 199, n^0 298.

[453])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 78. (https://www.erudit.org)

[454])-Revue des contrats, 2016, Natacha Sauphanor-Brouillaud, Droit de la consommation, L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, p. 99, n^0 7.
-محاضرات في -قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 18. (www.uldroit3.com).

[455])Nathalie CROTEAU, LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI, p. 407.

ويعلم أيضاً تفاصيل البنود العقدية التي سيمليها على المستهلك الذي يجهلها[456]. وهذا الموجب لا يقتصر وجوده في عقود البيع فقط، بل في جميع عقود الإستهلاك[457].

إن موجب الإعلام المتوجب على المحترف يسمح للمستهلك أن يتخذ قراره بالتعاقد بشكل ملائم بما يناسب مصالحه[458]، وذلك لاطلاعه على جميع بنود العقد بصورة واضحة ووافية. فينتفي هذا الموجب أو لا تقع أي مسؤولية على المتخلف عنه بالتالي في حال معرفة الدائن بالموجب بالمعلومة مسبقاً، أو في حال عدم تأثيرها على رضاه[459].

إن الإلتزام بالإعلام يشمل المرحلة السابقة لإبرام عقد الإستهلاك عبر إعلام المستهلك عن البيانات الجوهرية التي تنير إرادته فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة وشروط التعاقد، كما ومرحلة تنفيذ العقد حيث يجب على المحترف أن يُعلم المستهلك عن الطريقة الأمثل لاستخدام السلعة وسلامة الإستعمال[460].

لم ينص قانون الموجبات والعقود على الإخلال بموجب الإعلام كسبب لبطلان العقد (على عكس الوضع في فرنسا[461])، ولكن جرى اعتبار ذلك خداعاً إذا كان قد حصل بغية إيقاع الآخر بالغلط ودفعه للتعاقد[462] (الكتمان الخداعي) ويتمّ إبطال العقد استناداً لهذا العيب. ولكن المشرع فرض هذا الموجب في عقد الإستهلاك وألقاه على عاتق المحترف في سبيل حماية مصلحة المستهلك[463]، وقد نص في المادة الرابعة من قانون حماية المستهلك ما يلي :

"يتوجب على المحترف أن يزود المستهلك بمعلومات، صحيحة ووافية وواضحة، تتناول :

البيانات الأساسية للسلعة أو الخدمة وطرق استخدامها".

وبذلك يكون قد تدارك الحالات التي لا يبطل العقد فيها إذا ما خضع للقانون العام، أي في حال لم يتعمد المحترف الكتمان لإيقاع معاقده في الغلط أو في حال لم يكن الأمر الذي لم يتم الإعلام عنه هو الدافع إلى التعاقد. إذ أن مسؤولية المحترف تقوم بمجرد حصول الإمتناع عن الإعلام ولو كان إهمالاً[464].

---

[456])Hélène BRICKS, préc, p. 198, n^0 298.

[457])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy RAYMOND, Contrats de consommation, Fasc. 800, LexisNexis SA-2018, p. 16, n^0 48.

[458])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 188.

[459])Hélène BRICKS, préc, p. 212, n^0 320.

[460])-Jurisclasseur commercial, préc, p. 16, n^0 48 : *V. JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 845.*

-محاضرات في قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص. 20. (www.uldroit3.com).

[461])راجع صفحة 97.

[462])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 186.

[463])محاضرات في قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص. 18. (www.uldroit3.com)

[464])المرجع السابق.

وقد نص المشرع الفرنسي على موجب الإعلام عامة فيما يتعلق بالبنود العقدية في المادة L. 112-1 من قانون الإستهلاك، وجاء فيها ما يلي :

"Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation."

ومنذ 1975، وضع مجلس وزراء السوق الأوروبية المشتركة (le Conseil des ministres de la Communauté économique européenne[465]) برنامج عمل من أجل حماية وإعلام المستهلكين[466].

لا يوجد شكل معين أو خاص لتنفيذ موجب الإعلام، إنما ينبغي أن يتم بشكلٍ يؤمن الإعلام الكافي للمستهلك[467]، ويقع عبء إثبات حصول الموجب على المحترف[468].

ومنذ صدور قانون "Hamon" في فرنسا، يعتبر هذا الموجب من النظام العام كما وسائر الأحكام التي تهدف إلى حماية المستهلك[469].

ولكن على الرغم من كل ذلك لم يتم النص على جزاء الإخلال بموجب الإعلام، وهذا ما أدى إلى تضارب اجتهادي وفقهي في هذا الخصوص على ما سنرى في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : جزاء الإخلال بموجب الإعلام

ذهب قسم من الفقهاء إلى وجوب البطلان كون البطلان هو جزاء للإخلال بالموجبات التي نص عليها قانون الإستهلاك[470]، ومنهم من قال بالبطلان المطلق لفئة معنية من العقود (كالعقود المنشأة

---

[465])La Communauté économique européenne (CEE) était une organisation supranationale créée en 1957 pour mener une intégration économique (dont le marché commun) entre l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. (https://fr.wikipedia.org).

[466])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, p. 26.

[467])Jurisclasseur commercial, concurrence – consommation, volume 4, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Information des consommateurs, LexisNexis SA-2018, Fasc. 845, p. 11, n^0 38 : *S. Wdowiak, L'information du consommateur, in Les enjeux de la réforme du droit de la consommation : LPA 27 juin 2014, n^0 128.*

[468])Op. cit, p. 15, n^0 62.

[469])Op. cit, p. 4, n^0 9 : *G. Paisant, Défense et illustation du droit de la consommation : LexisNexis 2016, p. 110.*

عن بعد، عقد شراء عقار قيد الإنشاء، كفالة عقد قرض للمستهلك)، وقال آخرون بالبطلان النسبي، وذهب بعضهم إلى جزاء من نوع خاص[471]، أو بالبطلان استناداً للأحكام التي ترعى عيوب الرضى إضافة إلى تعويض عطل وضرر[472].

وقد استندت محكمة التمييز الفرنسية على الأحكام العامة التي ترعى موجب الإعلام في تصديقها لقرار محكمة الإستئناف الذي ألغى عقداً تم بين مسافر وشركة طيران، بسبب عدم إعلامها المسافر بمعلومة أساسية متعلقة بالسفر أدت إلى إلغائه، وردّت محكمة التمييز الطعن المقدم من المميز معلقة بالتالي :

"la violation par le vendeur de son obligation d'information et de conseil peut entraîner la résolution de la vente dans les conditions du droit commun"[473].

وكان المشرع الفرنسي قد نص في المادة 1-1112 من القانون المدني على إمكانية البطلان - ضمن شروط المادة 1130 وما يليها (عيوب الرضى)- كجزاء الإخلال بموجب الإعلام، واعتبر هذا الموجب من النظام العام[474]، ودون إمكانية إعلان البطلان عفواً من القاضي[475]. ولقد نصت على ما يلي :

"Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

---

[470])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, p 62.

[471])Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK : DROIT DES OBLIGATIONS, 9e édition, 2017, LGDJ, Lextenso, p. 313, n0 541.

[472])-Op. cit, p. 259, n0 460.

-مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 184.

[473])Jurisclasseur commercial, préc, p. 19 n0 84 : *Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n0 13-23.607.*

[474])Carole AUBERT DE VINCELLES, DROIT DES OBLIGATIONS – Tome I, EXAMEN DU CRFPA 2016, SUPPORT DE COURS, Prépa Dalloz, Session 2016, p. 68

[475])Aurélien Bamdé, L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ), Droit des contrats, 11 janvier 2017. (https://aurelienbamde.com)

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants."

وينبغي التنويه أن المشرع الفرنسي استعمل في نص هذه المادة تعبير واجب "devoir" وليس موجب "obligation"، وهناك فرق بين التعبيرين. فالأول ينطوي على التزام خارج الإطار التعاقدي أو سابق له، أما الثاني فلا يجد مجالاً له إلا ضمن الإطار التعاقدي[476]. وبالتالي فإن أحكام هذه المادة تنطبق على الإعلام قبل الدخول في العلاقة التعاقدية، وتخضع البنود التعسفية بالتالي لنص هذه المادة، كون الإعلام عن البنود يتم بديهياً قبل التعاقد.

كما واستناداً لنص المادة المذكورة، فإن مجرّد الإخلال بموجب الإعلام لا يؤدي إلى بطلان العقد إلا إذا ارتكز إلى عيوب الرضى[477].

إن شروط إعمال هذه المادة متوفرة حتماً في حالة البند التعسفي في عقد الإستهلاك، حيث أن المحترف يعلم تماماً فحوى هذا الأخير وكتمه عن المستهلك، كما أن له من الأهمية ما يكفي لكي يحجم هذا الأخير عن التعاقد. بالإضافة إلى أنه يجهل غالباً هذا البند أو وثق في تعامله مع المحترف بأنه سيعلمه ببنود العقد.

وبذلك فإن المحترف وفي حال وضعه لبندٍ تعسفي دون إعلام المستهلك عنه وعن مضمونه، وهذا ما يحصل عادةً حيث يقوم المحترف بعرض العقد على المستهلك دون أن يعلمه بالبنود التي في صالحه وعلى رأسها البنود التعسفية[478]، فإن ذلك يؤدي إلى إبطال العقد لهذا السبب (الإخلال بموجب الإعلام) دون الحاجة لإقامة الدليل على الطابع التعسفي له أو في حال عدم التمكن من إثبات هذا الطابع. وعلى المحترف عبء إثبات حصول هذا الإعلام[479].

---

[476])Jessica Dombre, L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation, Université Montpellier I, Master II Droit de la concurrence et de la consommation, CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE (UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit), Master II Consommation et concurrence, Année universitaire : 2010/2011, p. 15.

[477])Jurisclasseur commercial, préc, p. 22, n^0 94.

[478])Hélène BRICKS, préc, p. 201, n^0 303.

[479])Francois Terre et Yves Lequette, Numéro du document : GACIV/12/2007/0012, Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007, p. 123, cahier n° XX du 00-00-0000, Type de document : 16, Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 25-02-1997 n° 94-19.685 : *Cour de cassation, 1re civ., 25-02-1997 n° 94-19.685 (Gaz. Pal. 1997. 1. 274, rapp. P. Sargos, D. 1997, Somm. 319, obs. J. Penneau, JCP 1997. I. 4025, obs. G. Viney, CCC 1997, n° 76 et chr. 5 par L. Leveneur, Defrénois 1997. 751, obs. J.-L. Aubert, Resp. civ. et assur. 1997, chron. n° 8 par C. Lapoyade-Deschamps, RTD civ. 1997. 434, obs. P. Jourdain et 924, obs. J. Mestre)* : *"celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation*".

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من قضاة الأساس يقومون بترتيب المسؤولية على الإخلال بموجب الإعلام دون الإستناد على عيوب الرضى[480]، ويقومون بإبطال عقود الإستهلاك عبر إثباتهم لبعض الوقائع شرط أن يكون موجب الردّ متاحاً[481]. وذلك لكون أحكام قانون الإستهلاك هي من النظام العام[482]، فبمجرد مخالفتها يكون البطلان هو الجزاء كما ذكرنا سابقاً.

ونذكر في هذا المجال القضية الكندية المسماة "Tilden"[483]. تتلخص وقائع القضية في أن مستهلكاً استأجر سيارة من شخص يدعى "Tilden" الذي عرض عليه إبرام عقد ضمان إضافي، فقام الأخير بالتوقيع من دون قراءة العقد المعدّ مسبقاً من قبل "Tilden"، وكان ظهره يحتوي على بند مصاغ بحروف صغيرة وباهتة يقضي بالإعفاء الكامل من موجب الضمان في حال قام المضمون بالقيادة بعد شرب ولو كمية ضئيلة من الكحول، فقام القاضي "Dublin" بإعفاء المضمون من أحكام هذا البند كونه لم تتم قراءته أو الإعلام عنه، وإن توقيعه على العقد لا يعبر عن إرادته الحقيقية في الإلتزام بهذا الشكل[484].

وفي قضية أخرى قام مستهلك بالتعاقد لاستئجار سيارة، وقد تم وضع بند في العقد يمنع أحد غيره من قيادتها، دون أن يتم إعلامه عن هذا البند، فقام المستأجر بإعطاء السيارة لزميله في العمل الذي

---

[480])Hélène BRICKS, préc, p. 210, n^0 319.

[481])-Jurisclasseur commercial, préc, p. 21 n^0 90 : *CA Paris, 4 oct. 1996 : JurisData n^0 1996-022687 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 34, obs. G. Raymond.*

[482])Op. cit, p. 22, n^0 94.

[483])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 18 : *Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.); en droit anglais, voir Hugh COLLINS, The Law of Contract, 4^e éd., Londres, LexisNexis UK, 2003, pp. 200-203, et l'arrêt Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd., [1985] 3 All E.R. 513 (C.A.).* (https://www.erudit.org)

[484])Op. cit : *Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.); en droit anglais, voir Hugh COLLINS, The Law of Contract, 4^e éd., Londres, LexisNexis UK, 2003, pp. 408-409. La règle de l'arrêt Tilden a été appliquée implicitement dans Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd., [1988] 1 R.C.S. 1186, à la p. 1204, et explicitement dans 1560032 Ontario Ltd. c. Arcuri (2006), 37 B.L.R. (4th) 233 (C.A. Ont.); Canadian General Insurance Co. c. Ayre (2001), 204 Nfld. & P.E.I.R. 76 (C.A.T.-N.); Karroll c. Silver Star Mountain Resorts Ltd. (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 160 (C.S.); Mayer v. Big White Ski Resort Ltd., [1998] B.C.J. No. 2155 (C.A.), quoique dans ces deux derniers cas, la clause attaquée ait été jugée valide. De plus, la Cour suprême a appliqué des principes semblables dans l'affaire Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba, [1990] 3 R.C.S. 191, mais en se basant sur les principes de la responsabilité délictuelle. À plus forte raison la règle s'applique-t-elle lorsque le préposé du stipulant a découragé le consommateur de lire le contrat : Hoffman c. Sportsman Yachts Inc. (1992), 89 D.L.R. (4th) 600 (C.A. Ont.)* : *"In modern commercial practice, many standard form printed documents are signed without being read or understood. In many cases the parties seeking to rely on the terms of the contract know or ought to know that the signature of the party to the contract does not represent the true intention of the signer, and that the party signing is unaware of the stringent and onerous provisions which the standard form contains. Under such circumstances, I am of the opinion that the party seeking to rely on such terms should not be able to do so in the absence of first having taken reasonable measures to draw such terms to the attention of the other party, and, in the absence of such reasonable measures, it is not necessary for the party denying knowledge of such terms to prove either fraud, misrepresentation or non est factum*". (https://www.erudit.org)

تسبب بحادث سير، فقامت المحكمة بإعلان البند المذكور بنداً تعسفياً لأن المؤسسة المؤجرة لم تقم بتقديم المعلومات الكافية للمستأجر حول هذا البند خلال التعاقد[485].

كما وبناءً لنص المادة 1-1112، يمكن المطالبة عند الإخلال بموجب الإعلام بتعويض عطل وضرر استناداً إلى المسؤولية التقصيرية، إلا أنه لا ينبغي على المتضرر أن يثبت خطأ معاقده، إنما عليه فقط أن يثبت انتفاء الإعلام أو عدم كفايته، وذلك تطبيقاً لقرار 10 شباط 2016 بما يتعلق بموجب الإعلام[486].

بالإضافة إلى موجب الإعلام المفروض على المحترف، أوجد المشرع وسيلة أخرى لحماية المستهلك وهو حقه في العدول على ما سنرى في القسم التالي.

القسم الثاني : حق المتسهلك في العدول

لقد حرص المشرع على حماية المستهلك كطرف ضعيف في علاقته مع المحترف عبر النص على العديد من الأحكام التي ترعى تكوين العقد وتعزز رضى المستهلك، من هذه الأحكام حق العدول (droit de rétractation)[487]، الذي يتمتع به المستهلك وحده[488]. لهذا الحق مفهوم خاص واستثنائي على ما سنرى في تعريفنا له (الفقرة الأولى) وفي تحديدنا لنطاقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف حق العدول

يشكل حق العدول استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث لا يجوز لأحد الأطراف أن ينهيه بإرادته المنفردة. وإعمالاً لهذا الحق فإنه يجوز للمستهلك الذي تعاقد على سلعة أو خدمة بموجب عقد استهلاك وتبيّن له أنها لا تلبي احتياجاته ولا تتوافق مع رغباته، أن يقوم بالعدول وينهي علاقته التعاقدية مع المحترف، ولقد أعطاه المشرع هذا الحق نتيجة للضغط وللإغراء الإعلامي الذي يقوم

---

[485])Op. cit, par. 79 : *Via Route inc.* c. *Gagnon, REJB 1998-10058, par. 19 (C.Q.) ; voir aussi l'affaire* Gobeil *c. Centre de recyclage Universel, 2006 QCCQ 2146.* (https://www.erudit.org)

[486])Jurisclasseur commercial, préc, p. 21, n^0 91 : *V. Cass. 1re civ., 1er mars 2005, n^0 04-10.063 : JurisData n^0 2005-027236 ; JCP G 2005, II, 10164, comm. E. Bazin ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 142, note G. Raymond.*

[487])-Hélène BRICKS, préc, p. 214, n^0 322.

-Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, p. 62.

[488])Hélène BRICKS, préc, p. 218, n^0 329.

به المحترف[489]. وهذا ما يستطيع المستهلك فعله في حال تعرّضه لبندٍ تعسفي، حيث أن هذا الأخير لا يؤدي حتماً لتلبية حاجات ورغبات المستهلك في استفادته من السلعة أو الخدمة.

وجاءت المادة 55 من قانون حماية المستهلك لتنص على حق العدول بالآتي :

"خلافا لأي نص آخر، يجوز للمستهلك، الذي يتعاقد وفقا لأحكام هذا الفصل[490]، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً إما من تاريخ التعاقد، فيما يتعلق بالخدمات أم من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة. إلا أنه لا يجوز للمستهلك ممارسة الحق المنصوص عنه في الفقرة السابقة في الحالات التالية :

إذا استفاد من الخدمة أو استعمل السلعة قبل انقضاء مهلة العشرة أيام.

إذا كان الإتفاق يتناول سلعاً صنعت بناء لطلبه أو وفقاً لمواصفات حددها.

إذا كان الإتفاق يتناول أشرطة فيديو أو اسطوانات أو أقراص مدمجة أو برامج معلوماتية، في حال جرى إزالة غلافها.

إذا كان الشراء يتناول الصحف والمجلات والمنشورات لا سيما الكتب.

إذا تعيبت السلعة من جراء سوء حيازتها من قبل المستهلك."

ونرى أن المشرع جعل حق العدول من النظام العام، حيث لا يجوز النص على عكسه، فقد ورد في مقدمة المادة المذكورة "خلافاً لأي نص آخر..."، فيكون بذلك سدّ الثغرة التي من الممكن للمحترف أن يستغلها عبر إدراج بندٍ في العقد يقصي المستهلك من هذا الحق.

ولقد نص المشرع الفرنسي على هذا الحق للمستهلك في الفقرة الثالثة من المادة L. 121-3 من قانون الإستهلاك :

“Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

2° L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

---

[489])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 31. (www.uldroit3.com)

[490])الفصل العاشر : في العمليات التي يجريها المحترف عن بعد أو في محل إقامة المستهلك.

4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.".

ولقد أعطى قانون "Hamon" المستهلك إمكانية ممارسة حق العدول في عقود البيع بعد إبرامها حتى قبل التسليم[491].

وجعل المشرع اللبناني والفرنسي حق العدول من النظام العام، ويكون باطلاً كل بندٍ يلغي هذا الحق[492]. ولكون الأحكام التي ترعى المستهلك هي من النظام العام الحمائي، فإن هذا الأخير يستطيع التنازل عن هذا الحق إنما بعد دخوله حيز الممارسة.

كما وينبغي على المحترف تحت طائلة بطلان العقد، أن يرسل مع العقد استمارة مخصصة لممارسة المستهلك حقه بالعدول بسهولة[493].

الفقرة الثانية : نطاق حق العدول

لحظ المشرع اللبناني حق العدول للمستهلك في جميع العمليات التي أُجريت بينه وبين المحترف عن بُعد أو في مكان إقامة المستهلك، واستثنى منها العمليات المالية والمصرفية والبيع بالمزاد العلني والعمليات التي تتناول أموالاً غير منقولة (المادة 51 من قانون حماية المستهلك). وجعل مدته 10 أيام من تاريخ التعاقد تبدأ من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات ومن تاريخ التسليم بالنسبة للسلع.

أما المشرع الفرنسي فلم يعط حق العدول المجال الشامل، ومن ثم استثنى منه كما فعل نظيره اللبناني، إنما حدد العمليات التي يكون فيها للمستهلك الحق بالعدول وجعل لكل منها مدة خاصة بها. هذه العمليات هي[494] :

1)العقود المنشأة خارج مكان النشاط (Hors établissements) أوعن بعد (Contrats à distance) ومدة العدول فيها 14 يوماً، تبدأ من تاريخ انبرام العقد بالنسبة للخدمات وللسلع من تاريخ استلام السلعة.

[491])Revue des contrats, 2016, Natacha Sauphanor-Brouillaud, Droit de la consommation, L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, p. 103, n^0 17.
[492])Hélène BRICKS, préc, p. 214, n^0 322.
[493])Op. cit.
[494])Les délais de réflexion ou de rétractation, DGCCRF, 29/11/2018. (http://www.economique.gouv.fr).

2)القرض الإستهلاكي (Crédit à la consommation) والمدة هي 14 يوماً من تاريخ استلام عرض القرض.

3)عقد انتفاع بأموال بآجال محددة (Contrat de jouissance biens à temps partagé[495]) والمدة هي 14 يوماً من تاريخ انبرام العقد.

4)السلفة العقارية (Crédit immobilier) والمدة هي 10 أيام من تاريخ استلام عرض القرض.

5)إنشاء واكتساب مسكن لغاية السكن (Construction et acquisition d'un logement a usage d'habitation) والمدة هي 10 أيام من تاريخ اليوم التالي لتقديم الرسالة إلى المكتسب التي تتضمن صك الإنشاء أو الإكتساب الذي يجب أن يحتوي مكانة لموافقة المكتسب.

6)إنشاء منزل شخصي (Construction d'une maison individuelle) والمدة هي 10 أيام من تاريخ اليوم التالي لتقديم الرسالة إلى المكتسب التي تتضمن الصك الذي يجب أن يحتوي مكاناً للموافقة.

7)التأمين على الحياة (Assurance vie) والمدة هي 30 يوماً تبدأ من تاريخ إعلام المستفيد بانبرام العقد.

8)عقد الزواج في مكاتب الزواج (Agence matrimoniales) والمدة هي 7 أيام إذا تم التوقيع في المكتب و14 يوماً إذا جرى التوقيع عبر الإنترنت وتبدأ من تاريخ التوقيع.

ولقد نص المشرع الفرنسي أيضاً على العديد من العمليات التي لا يمكن ممارسة حق العدول فيها وعددها في المادة L. 221-28 من قانون الإستهلاك، كما ونص على فئة من العقود المنشأة عن خارج مكان البيع أو عن بعد ولا تخضع لأحكام هذه الفئة من العقود (ومنها حق العدول) في المادة L. 221-2 من نفس القانون.

بعد استعراضنا للوسائل الخاصة للحماية، فإننا إذ نثمن تدخل المشرع اللبناني عبر النص على موجب الإعلام في المادة الرابعة من قانون حماية المستهلك، إلا أن تدخله جاء ناقصاً، فاكتفى بفرض هذا الموجب دون اقترانه بالحكم المترتب على الإخلال به كما فعل عند نصه على البنود التعسفية في المادة 26 والعديد من المواد الأخرى حيث أوجب البطلان صراحة، وهذا ما أدى إلى غموض الصورة حول طبيعة الجزاء عند إخلال المحترف بهذا الموجب ولو أن الإتجاه الغالب ذهب إلى البطلان. مع الإشارة إلى أن اعتماد المستهلك على هذه المادة على الرغم من الغموض الذي يكتنفها، يمكنه أن يساعده في التخلص من البنود التعسفية، إضافة إلى أن المحترف غالباً ما

[495])Le contrat d'utilisation de biens à temps partagé est un contrat d'une durée de plus d'un an par lequel un consommateur acquiert, à titre onéreux, la jouissance d'un ou plusieurs biens immobiliers ou mobiliers, à usage d'habitation, pour des périodes déterminées ou déterminables.

يبرم تعاقده مع المستهلك دون الإعلام عن أيٍ منها لما لذلك في تأثير أكيد في الإحجام عن هذا التعاقد.

أما وبالنسبة لحق المستهلك بالعدول، فإنه وسيلة فعالة بيد المستهلك لا لبس فيها، ولكن مع وجود بعض السلبيات التي تكتنفها من حصرية مجال الإستعمال (العمليات الجارية عن بعد أو في إقامة المستهلك) إضافة إلى أن استعمال هذا الحق يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية برمّتها وليس البند التعسفي وحسب وهذا ما يضرّ بمصلحة المستهلك في المحصلة، ويشكل جزاءً مزدوجاً للمحترف وللمستهلك على السواء بعكس الإتجاه الطبيعي للجزاء على ما سنرى في العنوان التالي، مع كل ما يرافق هذا الجزاء من إشكاليات تبدأ من نطاقه ولا تنتهي عند سبل تحقيقه.

العنوان الثاني : الجزاء المترتب على البند التعسفي

لقد نصت المادة 26 من قانون حماية المستهلك على جزاء واضح ومباشر للبنود التعسفية وهو البطلان المطلق لها، وهذا ما لم يفعله في كثير من المواضيع الأخرى والأحكام المتعلقة بها حيث تُرك المجال مفتوحاً أمام رجال القانون للنقاش حول الجزاء المتوجب على مخالفتها أو عدم التقيد بها. وكذلك فعل المشرع الفرنسي حيث نص في المادة L. 241-1 من قانون الإستهلاك على اعتبار البنود التعسفية غير مكتوبة أصلاً "réputées non écrites"، وهذا الجزاء هو نفسه بالنسبة للبنود التعسفية في عقود الإذعان عبر المادة 1171 من القانون المدني، وفي ذلك تنازع الفقه الفرنسي وتم طرح الإشكالية حول تخويل المتظلم من البند التعسفي في هذه العقود الحق في اعتباره باطلاً وغير موجودٍ حتى دون اللجوء إلى القضاء.

ولكن نظراً لعدم انحصار البنود التعسفية في مجال عقود الإستهلاك على ما رأينا، فإنه ينبغي ولا بدّ من دراسة أبرز العقود التي من الممكن أن تدرج فيها هذه البنود وخضوعها بالتالي للجزاء، ويطرح التساؤل هنا عن إمكانية وجود عقود لا تخضع للجزاء ؟ ولا تنتهي المسألة عند الجواب على هذا التساؤل، إذ يطرح أمامنا على ساحة التساؤلات من جديد مسألة البنود التي تخضع للجزاء وتلك التي لا تخضع له، فكان من الضروري معرفة نطاق الجزاء (الفصل الأول).

ومن ثم فإنه لا بد من اتباع أصول المحاكمات المنصوص عليها مع الإشارة إلى وجود أصول محددة وحصرية في قانون حماية المستهلك للحكم بالجزاء (الفصل الثاني) والذي يطرح التساؤل حول حصريته في البطلان أو اشتماله على أنواعٍ أخرى من الجزاء بحسب طلب المدين بالبند التعسفي.

الفصل الأول : نطاق الجزاء

عند الحديث عن البنود التعسفية يتجه الفكر مباشرة إلى قانون حماية المستهلك وعقود الإستهلاك، حيث أن المشرع لم يعرّفه أو ينظم أحكامه مباشرة سوى في هذا القانون. لكن وبالنظر إلى الإجتهاد اللبناني الحديث كما والعديد من التشريعات الأخرى كالتشريع المصري، الفرنسي، الكيبيكي وغيرهم كثير، نرى أنهم عرفوا البنود التعسفية في إطار عقد الإذعان كما في عقد الإستهلاك. إنما وفي التدقيق أكثر في مفهوم البند التعسفي، نرى أن مجاله شامل في الإطار التعاقدي مع بعض الإستثناءات.

كذلك الأمر في البنود العقدية كما في العقود، حيث تحدث المشرع عن البنود التعسفية دون تحديد، معرّضاً جميع أنواع البنود لاكتسابها الطابع التعسفي طالما أنها تحقق معيار التعسف.

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، فهل أن جميع العقود من جهة والبنود من جهة أخرى تخضع للرقابة على البنود التعسفية ولإيقاع الجزاء عليها ؟ هذا التساؤل الجوهري يدفعنا إلى معرفة العقود التي يطالها الجزاء (القسم الأول) كما والبنود التي يشملها الجزاء (القسم الثاني) في سبيل معرفة المجال الذي تطاله مكافحة البنود التعسفية والحدود التي تقف عندها.

القسم الأول : العقود التي يطالها الجزاء

بعد استعراضنا لمفهوم البنود التعسفية في الباب الأول، يتبين لنا أن جميع العقود قد يطالها هذا النوع من البنود[496] ما عدا العقود غير المتبادلة[497]، إذ قد يعمد أحد الأطراف في العقد أياً كانت صفته وأياً كان نوع هذا العقد، بوضع بندٍ يعطيه منافع مفرطة على حساب الطرف المقابل. ولكن رأينا أيضاً أن معظم التشريعات قد نصت على البند التعسفي ضمن إطار عقد الإستهلاك، وأن الغالبية منها عرفته أيضاً في إطار عقد الإذعان ونصت عليه في قانونها المدني كالتشريع الكبيكي، الألماني، المصري، الجزائري والكويتي، وقد تبعهم المشرع الفرنسي حيث أدخل مفهوم البند التعسفي في عقد الإذعان، وبقي المشرّع اللبناني يغرّد وحيداً خارج السرب التشريعي العالمي، حيث لم يعرف البند التعسفي خارج عقد الإستهلاك.

وكنا قد تناولنا سابقاً عقد الإستهلاك وتحدثنا عنه بإسهاب، لذلك سنتناول الآن عقد الإذعان كمحل آخر للبنود التعسفية لا يقل أهمية عن المحل الأول (الفقرة الأولى) ثم سنبيّن مدى تأثير الطابع الشخصي فيه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : عقد الإذعان كمحل للبند التعسفي

لقد أعطى بعض الإجتهاد والفقه اللبناني القضاء الحق في الرقابة على البنود التعسفية في عقد الإذعان[498]. ونستذكر في هذا الصدد القرار الجريء لمحكمة الإستئناف المدنية في الجنوب رقم 24

---

[496])-Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 3, n^0 2 : *D. Mazeaud, L'attraction du droit de la consommoation : RTD com. 1998, p. 104.*

د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 204.

[497])Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 10, n^0 25.

[498])راجع صفحة 109 و110.

تاريخ 2013/2/20 الذي تحدث عن إبطال البند التعسفي في عقد الإذعان بصريح القول وجاء فيه ما يلي[499] :

"إن عقد الموافقة أو الإذعان هو ذاك الذي يضعه الطرف الأقوى ويعرضه على الطرف الآخر الذي يقبل به شبه مضطر، دون أن يكون له حق المناقشة في مضمونه أو إدخال تعديل عليه.

ذهب التشريع والإجتهاد إلى الحد من مدى هذا النوع من العقود عبر إبطال البنود التعسفية الواردة فيها."

ومن البديهي أن تنص معظم التشريعات على البنود التعسفية في إطار عقد الإذعان، حيث يشكل المكان الملائم لوضع هذه البنود. وهذا العقد يشكل تاريخياً، مصدر البنود التعسفية في إطار عقود الإستهلاك[500]، فغياب المفاوضة والمناقشة على البنود (أحد الشروط الأساسية لقيام عقد الإذعان) يفيد بوجود اختلال بالتوازن العقدي[501].

يعتبر قسم كبير من الفقه بأن عقود الإذعان هي المصدر الأساسي للبند التعسفي[502]، ويُذكر هنا أن غالبية عقود الإستهلاك هي عقود إذعان[503]. وقد ورد على لسان Bricks في هذا المجال :

"dans un contrat d'adhésion conclu entre un professionnel et un consommateur, unilatéralement prérédigé par le professionnel, est abusive toute clause entraînant, à l'avantage exclusif du professionnel, un déséquilibre des droits et obligations des parties"[504].

وانطلاقاً من ذلك نرى أن بعض التشريعات قد نصت على البند التعسفي في إطار عقد الإذعان حصراً كالتشريع الكويتي على سبيل المثال[505].

---

[499])محكمة الإستئناف المدنية في الجنوب، الغرفة الخامسة، قرار رقم 24، تاريخ 2013/2/20، دعوى منير دخل الله/محمود برجي، المحامون، 2014، العدد الثامن، ص. 271.

[500])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 119.

[501])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 25. (https://www.erudit.org)

[502])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 213.

[503])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 318.

[504])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, préc, p. 213.

[505])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 304.

ويعتبر من أولى الأسباب التي تدفع بالقاضي إلى ممارسة رقابته على البنود التعسفية، هو إدراجها في عقود الإذعان[506].

عرّف المشرع اللبناني عقد الموافقة (الإذعان) بصورة غير مباشرة عبر الفقرة الثانية من المادة 172 م.ع بأنه العقد الذي يقتصر فيه أحد فريقي العقد على قبول مشروع نظامي يكتفى بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش في ما تضمنه.

بينما قام بذلك المشرع الفرنسي بشكل مباشر عبر الفقرة الثانية المادة 1110 من القانون المدني :

"Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties."

وقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1171 على اعتبار البند في عقد الإذعان غير مكتوب إذا لم يخضع للمناقشة بين الأطراف، وكان يعطي أحدهم أفضلية أدت إلى اختلال بليغ بالتوازن بين حقوق وموجبات الأطراف. ولم تحتو هذه المادة على أي قيود لجهة مجال تطبيقها الشخصي، فهي تطبق على جميع المتعاقدين أياً كانوا (تجاراً وغير تجار، محترفين أو غير محترفين...)[507]. وقد نصت على ما يلي :

"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation."

نلاحظ أن نص المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي قريب جداً من نص المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي، وبذلك فإن فكرة البند التعسفي وشروط تحققه في عقد الإستهلاك هي نفسها في عقد الإذعان بما يتناسب معه. وتُعتبر أحكام هذه المادة أيضاً من النظام العام[508]. كما أنها تقوم بحماية المُذعن فقط ولو أنها لم تقم بذكر ذلك صراحة، وذلك بالقياس على نص المادة L. 212-1[509].

---

[506])Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 6, n^0 9.

[507])-Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 10, n^0 25 : *commerçants ou non commerçants ; professionnels ou non-professionnels, etc. ; sur ces différentes notions, V. par ex. J. Calais Auloy, De la notion de commercant à celle de professionnel, in Études de droit privé offertes à P. Didier : Economica, 2008, p. 81.*

[508])-Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 5, n^0 7 : *D. Fenouillet, préc. n^{0}10. spéc. n^0 28. – Sur le caractère d'ordre public de l'article 1171, V. n^{0}50. – Plus généralement sur les clauses tendant à encadrer les pouvoirs du juge, V. M. Lamoureux, Le contrôle des pouvoirs du juge par le contrat, in G. Lardeux (dir.), L'efficacité du contrat : Dalloz, 2011, p. 56.*

-Recueil Dalloz, 2016, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Vincent Brémond, Panorama, Droit patrimoniale de la famille, p. 2095, n^0 12.

[509])Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 10, n^0 27.

ولقد عرّفت الفقرة الأولى من المادة 1379 من القانون المدني في كيبك عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي تُفرض بنوده أو تُصاغ من قبل أحد الأطراف لمصلحته دون أن يتم عرضها للمناقشة. ونصت المادة على ما يلي :

“le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.”

وقد عرّف المشرع الجزائري عقد الإذعان وحصره في مجال الإستهلاك، وذلك في نص المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية : "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لايمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[510].

ونجد تعريفات عدة من قبل الفقهاء لعقد الإذعان إلا أنهم يجمعون على شرطين يجب أن يتوافرا معاً : وضع (rédaction) بنود أساسية (ولو استخدم المذعَن له نموذج عقد ولم يقم بوضعه بنفسه[511]) وعدم قابلبتها للمناقشة (faculté de négociation) ولو تم توضيحها وشرحها، مع الأخذ بالإعتبار المعيار الشخصي لتحديد البنود الرئيسية[512]. وقد عرّف Aubert البنود الأساسية بأنها البنود غير الرئيسية في العقد والتي اكتسبت أهمية خاصة بالنظر إلى أطرافه، وقد ورد على لسانه الآتي :

“la condition substantielle est un élément non essentiel du contrat, qui prend une importance particulière aux yeux des parties. En quelque sorte, la volonté de celles-ci "essentialise" un élément de la relation contractuelle envisagée, en énonçant que le contrat ne saurait se fonner sans accord à son sujet. [...] Cela dit, il convient de se demander si, [...] il faut, pour qu'il y ait condition substantielle, que cet élément revête une égale importance aux yeux de toutes les parties à la convention. [...] il faut, du moins, que cet élément important pour l'offrant soit connu de l'acceptant”.[513]

ومنهم من يقول بهذين الشرطين ولكن دون تحديد صفة الموجبات بأساسية أو غير أساسية، بل إن مجرّد قبول عقد منظم بصورة مسبقة من قبل أحد الأطراف دون إمكانية مناقشة بنوده[514]، وليس

---

[510])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014، ص. 56.

[511])Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 7, n^0 12 : *T. Revet, Les critères du contrat d’adhésion : D. 2016, p. 1771, n^0 19.*

[512])Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D’ADHÉSION, Vol. 105, septembre 2003, pp. 443, 447 et 450.

[513])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), pp. 278 et 279.

[514])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 150.

فقط مجرد غياب للمناقشة[515]. فعدم إمكانية المناقشة هو الذي يشكل خصوصية عقد الإذعان[516]. على ذلك فإنه يجب النظر دائما إلى إمكانية المناقشة وليس حصولها، إذ قد تكون البنود قابلة للمناقشة ولكنه تمت الموافقة عليها دون مناقشتها، ففي هذه الحال لا يمكن أن يتذرع من وافق بأن العقد هو عقد إذعان كونه لم تتم مناقشة بنوده.

ويجب أن تكون جميع البنود غير قابلة للمناقشة، إذ إن إثبات المذعَن له أن بنداً واحداً فقط ولو كان ثانوياً، تمت مناقشته، فلا نكون أمام عقد إذعان[517]. إلا أنه جرى التعليق على ما سبق بأنه يجنح عن قصد المشترع، وقيل بأنه على القاضي أن يمارس رقابته على البنود ولو تمت مناقشتها جزئياً[518]. وذهب رأي آخر إلى أنه على القاضي النظر إلى البنود وتصنيفها إلى نوعين : البنود التي لم تكن قابلة للمناقشة ويخضعها لرقابته، والبنود التي كانت قابلة أو تمت مناقشتها والتي لا يمكن أن يمارس رقابته عليها، أي اعتماد نظرية بند الإذعان (clause d'adhésion) وليس عقد الإذعان (conrat d'adhésion)[519].

ومن الفقهاء[520] من يعتبر أن عقد الإذعان لا يمكن اعتباره عقداً بما للعقد من معنى، إذ أن هذا الأخير يعبّر عن التقاء إرادتين حرّتين تناقشا بنوده ومندرجاته، الأمر الذي يُفتقد في حالة عقد الإذعان[521]. ورؤوا بأن يتم إخضاعه لقواعد خاصة وليس للقانون المدني الذي يحكم الموجبات[522]. وهذا ما يؤدي إلى عدم تطبيق التشريع المتعلق بالبنود التعسفية[523]، كونه تحدث عن هذه الأخيرة في إطار العلاقة التعاقدية.

ولكن يرى قسم آخر[524] أن هذه الوجهة مبالغ فيها ولا تستقيم مع صريح النصوص، إذ أنه لا يوجد نص في القانون المدني يفرض شرطاً لصحة العقد هو توافر توازن عقدي بين الفرقاء أو مناقشة لبنود ومندرجات العقد[525]. ونحن نؤيد هذه الوجهة إذ هي التي تتناسب مع الوضع القانوني اللبناني، حيث يفتقر قانون الموجبات والعقود لمثل هذا النص. ولكن هل إن التوازن بين مؤهلات

---

[515])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 98.

[516])الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ص. 118.

[517])Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 6, n^0 10.

[518])Op. cit, n^0 10 : *D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives : RDC 2016, p. 358, n^0 30.*

[519])Op. cit, n^0 10 : *M. Coipel, La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile : RJT 1990, n^0 24, p. 485, spéc. p. 500.*

[520])Saleilles, Duguit et Hauriou.

[521])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, pp. 24 et 25.

[522])Op. cit, p. 28.

[523])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 88.

[524])L. JOSSERAND, J.-P. CHAZAL, J.-L. AUBERT, C. LARROUMET et S. BROS.

[525])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 25 et 26.

ومكانة الأطراف هو أمر مطلوب أم لا يستقيم كما رأينا فيما خص التوازن العقدي ؟ سنحاول الجواب على ذلك في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : الطابع الشخصي في عقد الإذعان

من الفقهاء من يرى أنه يجب النظر إلى مركز كل من الأطراف[526]، إذ أن عدم التكافؤ والتوازن في القوى يعتبر عاملاً ضمنياً يجب إعماله في هذا العقد، فالنصوص التي تكافح البنود التعسفية في عقود الإذعان تهدف إلى حماية الطرف الضعيف على حساب الطرف القوي[527].

ونرى أن سياق المادة 172 م.ع ذهب في هذا الإتجاه، حيث عددت بعض الجهات التي تفرض هذا النوع من البنود العقدية كشركات النقل، شركة سكة الحديد وشركات الضمان. وأضاف الفقه اللبناني جهات أخرى عديدة تقوم بذلك كالمؤسسات العامة لخدمات النقل والهاتف والكهرباء والمياه وشركات التوزيع[528]. ونلاحظ أن جميع هذه الجهات هي أطراف قوية عقدياً كما هي حالة المحترف في عقد الإستهلاك.

بينما يرى فريق آخر أنه لا يجب أن نتطلع إلى طبيعة العقد ولا إلى صفة الأطراف[529]. بمعنى أنه لا ينبغي علينا أن نمتحن طبيعة العقد إذا كان يهدف لإشباع حاجات شخصية أو مهنية، أو أن ندرس صفة الأطراف ولا قوتهما الإقتصادية كما هو الحال في عقد الإستهلاك. وبذلك جاء قرار محكمة الإستئناف في كيبك سنة 1999 في قضية Janin، حيث صرّحت بأن عدم التوازن أو التكافؤ بين الفرقاء لا يعتبر عاملاً لتنصنيف عقدٍ ما على أنه عقد إذعان[530]. وبذلك أيضاً جاء قرار محكمة إستئناف بيروت الغرفة الخامسة الناظرة في دعاوى الإيجارات[531] حيث جاء فيه بأن الفريق الأضعف ومهما كبرت شروط الفريق الأقوى يستطيع رفض التعامل ككل وبالتالي رفض التوقيع على مثل هذه العقود (عقد الإذعان).

بناءً لما تقدم، فإنه يمكننا الإستنتاج بأن الطابع الشخصي في عقد الإذعان هو عامل يستدل به على طبيعة هذا العقد، وإن قيام المشرع اللبناني بالتعداد الوارد في المادة 172 م.ع جاء لهذا الغرض وليس على سبيل اشتراط هذا الطابع أي قوة المذعَن له وضعف المُذعن (ولو أنه وفي

---

[526])-Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 51.
-Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, préc, pp. 444 et 445.

[527])Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, préc, pp. 444 et 445.
-الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ص. 119.

[528])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 150.

[529])Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, préc, p. 444.

[530])Op. cit, p. 445 : *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).*

[531])محكمة إستئناف بيروت، الغرفة الخامسة الناظرة في دعاوى الإيجارات، قرار رقم 1569، تاريخ 2001/10/30، دعوى رينه مطر/شركة ديسترول ش.م.ل وشركة توتال لبنان ش.م.ل. (http://legallaw.ul.edu.lb

غالب الأحيان يتكون هذا متحققاً في عقد الإذعان)، خصوصاً وأن تعريف هذا العقد لم يأت على ذكر ذلك، فلا يجوز اشتراط ما لم يشترطه المشترع.

ويُطرح التساؤل هنا عن مدى إمكانية وصف العقد المنظم من قِبل المشرع أو السلطات الإدارية بعقد إذعان.

هناك وجهتا نظر في هذا الموضوع : الأولى تقول بأنه لا يمكن أن يعتبر هذا العقد عقد إذعان، كون مضمونه لم يوضع من قبل أحد أطرافه، إنما من قبل شخص ثالث وهو الدولة[532].

إلا أن رأياً ثانياً في نفس الوجهة لا يعزو ذلك لوضع العقد من قبل شخص ثالث، بل لسببين اثنين : الأول هو أن تدخل الدولة في وضع العقد يكون لحماية الطرف الضعيف، وثانياً لكون القضاء العدلي لا يمكن أن يراقب مشروعية البنود المنصوص عنها تشريعاً[533]. ونقرأ في ذلك ل Baudouin وJobin :

"D'ailleurs, le besoin de protéger la partie faible disparaît justement du fait que l'État a dicté les termes de la convention pour la protéger"[534].

بينما الوجهة الثانية ترى العكس، أي بإمكانية اعتبار هذا العقد عقد إذعان، إذ أن المهم في عقد الإذعان ليس عملية تحرير العقد من قبل أحد الأطراف، بل فرض مضمونه على أحد الأطراف، وأيدت هذا الرأي محكمة الإستئناف في كيبيك[535]. ويعتبر كذلك أيضاً ولو كانت الدولة طرفاً فيه[536]، ولقد سار الإجتهاد الفرنسي في هذا الإتجاه، حيث اقرّ مجلس شورى الدولة في قضية "Société des eaux du Nord" رقابته على الطابع التعسفي للبند في عقد الإذعان (عقد توزيع مياه) القائم بين المؤسسة العامة والمشترك[537].

---

[532])-Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, Vol. 105, septembre 2003, p. 448.
-Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 281.

[533])Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 7, n^0 14 : *T. confl., 16 juin 1923, Septfonds, in P. Weil et a. : GAJA Dalloz, 18^e éd. 2011, n^0 3.*

[534])Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, préc, p. 448.

[535])Op. cit, p. 489 : *Hydro-Québec c. Surma, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.)* : *"En effet, la Loi sur l'Hydro-Québec lui donnant le pouvoir de réglementer (donc de rédiger), malgré le fait que ces règlements soient soumis à l'approbation du gouvernement, les tarifs et les conditions qui constituent des stipulations essentielles au contrat. De plus, il faut mentionner que Hydro-Québec est un agent de la Couronne et que c'est l'État qui a rédigé la loi pour son propre agent. Le gouvernement a dicté les stipulations essentielles et elle l'a fait pour le compte de son propre agent qui est son prolongement."*

[536])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, préc, p. 282.

[537])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 89 : *CE, sect., 11 juillet 2001, Société des eaux du Nord, sur laquelle, v. supra n° 27 et infra n° 224.*

ولكن نعود لطرح التساؤل هنا وبعد الإقرار بخضوع غالبية العقود للرقابة على البنود التعسفية فيها، حول شمول هذه الرقابة جميع البنود العقدية أم أن هناك استثناءات كما رأينا فيما يتعلق بالعقود ؟ هذا ما سيكون مدار البحث في القسم الآتي.

القسم الثاني : البنود التي يشملها الجزاء

في الأصل إن جميع البنود يمكن أن تكتسب الطابع التعسفي، فالمشرع قد نص في المادة 26 من قانون حماية المستهلك "تعتبر بنوداً تعسفية البنود..."، كذلك فعل المشرع الفرنسي[538] في نص المادة 1171 من قانونه المدني (البنود التعسفية في عقد الإذعان) :

"Dans un contrat d'adhésion, toute clause…"

وفي المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك :

" Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses…"

إذن إن مطلق بندٍ مبدئياً، يمكن أن يعتبر بنداً تعسفياً في حال أدى أو قد يؤدي إلى إختلال التوازن في العقد بين أطرافه.

إلا أن هنالك إشكاليات تطرح في الطابع التعسفي لبعض البنود التي تتمتع بنظام قانوني خاص بها (الفقرة الأولى) كما وأن هنالك أخرى لا يمكن أن تعتبر بنوداً تعسفية ولو تحققت فيها الشروط المنصوص عنها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الطابع التعسفي لبنود لها نظامها القانوني الخاص

من أكثر البنود التي تتمتع بنظام قانوني خاص بها والتي تثير إشكالية حول اكتسابها الطابع التعسفي هي البنود التحكيمية من جهة، والبنود الجزائية من جهة أخرى.

بالنسبة للبند التحكيمي، يوجد تضارب تشريعي داخلي ودولي (القانون المقارن) في اعتباره بنداً مشروعاً أو بنداً تعسفياً.

على الصعيد الداخلي، إن المادة 26 من قانون حماية المستهلك تنص على أنه يعتبر من البنود التعسفية البند الذي لا يجيز اللجوء للوساطة أو التحكيم لحل الخلافات، بينما تنص المادة 98 من

[538])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 10, n^0 31.

نفس القانون تعطي اختصاص حصري للجنة حل النزاعات للنظر في النزاعات الناشئة بين المحترف والمستهلك. فكيف يمكن الجمع بين هذين النصين ؟ وكيف يمكن اعتبار البند الذي يمنع اللجوء إلى التحكيم بنداً تعسفياً وهو يكرس ما ينص عليه القانون نفسه في المادة 98 ؟

على الصعيد الدولي، نرى أن القانون الفرنسي ينص على العكس، إذ هو يعتبر بنداً تعسفياً البند الذي يجبر المستهلك على اللجوء إلى التحكيم، وقد جاء هذا البند ضمن التعداد الوارد في نص المادة R. 212-2 من قانون الإستهلاك :

"10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges."

أيضاً، فإن لجنة البنود التعسفية أعلنت الطابع التعسفي للبنود التحكيمية[539].

نستنتج مما سبق، بأن البند الذي يحرم المستهلك من حقه باللجوء إلى التحكيم هو بند تعسفي بصريح المادة 26 مع أنه – أي التحريم – يتماشى مع ما نصه المشترع في المادة 98 على ما ذكرنا. أما البند الذي يجبر المستهلك على اللجوء إلى التحكيم، فلا يمكننا اعتباره بنداً تعسفياً على غرار الوضع في فرنسا، إذ كما ذكرنا بأن هذا البند هو ممنوع في ظل التشريع اللبناني، فالإختصاص الحصري هو للجنة حل النزاعات، ولا يمكن إعتبار البند الممنوع (clause illicite) بنداً تعسفيا[540] لاختلاف التعامل مع كلا النوعين. فالبند التعسفي الوارد في اللائحة، يستطيع المحترف إثبات عدم تعسفه، الأمر غير المتوفر في حالة البند الممنوع، كما أن البند الممنوع هو بند دون مفعول منذ النص عليه في العقد أما البند التعسفي فهو بند ذي مفعول إلى حين الإدلاء بطابعه التعسفي وإثباته، بالإضافة إلى أن الجزاء يختلف في حالة البند التعسفي من البند الممنوع. بناءً لما سبق فإننا نقترح تعديلاً يلغي هذا البند من ضمن التعداد الوارد في القائمة، خاصة وأننا لا نرى أن التحكيم هو مناسب للفصل في النزاعات الناشئة بين المحترف والمستهلك، حيث يُنظر فيه إلى الأطراف بعين المساواة والكفاءة المتبادلة في التخاصم، كما أنه نظام مكلف ويتطلب دفع الكثير من النفقات، وهذا ما يتعارض مع حالتنا الراهنة التي تستدعي نظاماً خاصاً في التقاضي يراعي المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة على ما سنرى لاحقاً.

أما خارج عقود الإستهلاك، فإن البند التحكيمي في عقد الإذعان مثلاً، يخضع للقاعدة الأساسية التي تحكم البند التعسفي، فننظر إلى مدى تحقيقه لإخلال التوازن العقدي بين أطراف العقد، ومن ثم إعطائه الطابع التعسفي على أثره. فالمبدأ إذن هو مشروعية هذا البند، وهذا ما توصلت إليه محكمة

[539])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 145.

[540])Op. cit, 164.

الإستئناف المدنية في الجنوب حيث جاء في قرارها بمعرض عقد الإذعان بأن "البند التحكيمي لا يشكل بأي شكل من الأشكال بنداً تعسفياً"[541].

بالنسبة للبند الجزائي في العقود بشكل عام، فإن المادة 266 من قانون الموجبات وتحت عنوان "التعيين الإتفاقي (البند الجزائي)" خولّت المتعاقدين الحق بأن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق، قيمة بدل العطل والضرر في حال تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه. يقابلها في ذلك نص المادة 5-1231 من القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في فقرتها الأولى ما يلي :

"Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. "

لا يوجد نص في القانون اللبناني يعطي البند الجزائي الطابع التعسفي صراحة كما فعل القانون الفرنسي، حيث نصت المادة R. 212-2 من قانون الإستهلاك وضمن التعداد الوارد للبنود المقدّرة تعسفية :

"3° Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;"

كما وقد نص القانون البلجيكي تاريخ 6 نيسان 2010 الخاص بممارسات السوق وحماية المستهلك (L.P.M.C)[542] في مادته الرابعة والسبعين بأن البند الجزائي المفروض على المستهلك يعتبر بنداً تعسفياً فيما إذا لم يقابله مثله على عاتق المؤسسة. وقد جاءت المادة كالتالي :

"Dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de :

…

17° déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge de l'entreprise qui n'exécute pas les siennes; "

وقد جاء الإجتهاد البلجيكي يكرّس ذلك عبر العديد من الأحكام التي أوجبت استبعاد البند الجزائي المفروض على المستهلك وحده في حال عدم تنفيذه لموجباته[543].

---

[541])محكمة الإستئناف المدنية في الجنوب، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2013/24، تاريخ 2013/2/20، دعوى منير دخل الله/محمود برجي، مجلة المحامون، 2014، العدد الثامن، ص. 271.

[542])Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

[543])Cécile Delforge, Jean-Luc Fagnart, Hervé Jacquemin, Fabienne Kéfer, Sophie Lebau et Aurélie Mortier, Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels, 2013, Anthemis s.a., Par. 11.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد سهّل على الطرف المفروض عليه البند الجزائي في عقد الإستهلاك، التملّص من أحكامه، إذ اعتبره تعسفياً في حال كانت قيمته مبالغاً فيها. وألقى على المحترف إثبات عدم تعسفه. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 28 تشرين الثاني 2018[544]، بأنه يعتبر البند الجزائي في عقد الإستهلاك بنداً تعسفياً، دون الحاجة للنظر فيما إذا أدى إلى اختلال فاحش بالتوازن بين حقوق وموجبات أطراف العقد.

فمن يضع البند الجزائي يحاول الإستفادة من الحق المعطى له قانوناً فيضعه بنداً مبالغاً فيه يمثل العطل والضرر[545]، ويستفيد بذلك من الطابع الإلزامي له، حيث لم يلحظ المشرع اللبناني فيما عدا حالة الغرامة الإكراهية إمكانية إعادة النظر بالبند الجزائي[546]. وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي أعطى القاضي الفرنسي حق إثارة الطابع المبالغ به للبند الجزائي كما حق تعديله أو زيادته حسب الحالة، وجاء ذلك عبر الفقرة الثانية من المادة 5-1231 من القانون المدني :

"Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire."

إلا أن البند الجزائي خارج عقود الإستهلاك لا يمكنه أن يخضع لأحكام البنود التعسفية المنصوص عنها في المادة 1171 من القانون المدني، لأن المشرع نظم أحكامه الخاصة عبر المادة 5-1235[547].

ويخول القانون المدني المصري قضاة الأساس الحق بالرقابة على البند الجزائي ومعاقبة المتعاقد الذي استغل ما خوله إياه القانون ووضع بنداً جزائياً أخل بالتوازن العقدي بين الفرقاء[548].

يرى قسم من الفقهاء في كيبيك[549] بإعمال نص المادة 1437 الخاص بالبند التعسفي في عقود الإستهلاك وعقود الإذعان على البند الجزائي وصولاً إلى إبطاله، وقد اعتمد بعض الإجتهاد هذا الإتجاه[550]. مثال ذلك قيام المحكمة بإبطال البند الجزائي النصوص عنه لمصلحة شركة طيران بمواجهة الزبون في حال قام بإلغاء الرحلة وقد قام هذا الأخير بذلك، وقد عللت المحكمة قرارها بأن

---

[544])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 28 novembre 2018 , N° de pourvoi: 17-21327 : *"3/ ALORS QU'en se bornant en toute hypothèse a affirmé que* ***la clause pénale était abusive*** *et devait être réputée non écrite, car stipulée dans un contrat conclu entre professionnel et non professionnel ou consommateur,* ***sans rechercher si cette clause avait créé un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties****, le juge de proximité a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ;"*

[545])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 9. (www.uldroit3.com)

[546])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 585 و586.

[547])Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 9, n^0 24.

[548])Rabih CHENDEB, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien, p. 10. (www.uldroit3.com)

[549])J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET et D. LLUELLES.

[550])Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, Vol. 105, septembre 2003, p. 470.

الزبون قد ألغى العقد لدواعٍ صحية وأخطر الشركة بذلك خلال وقت مناسب لها لتتعاقد مع زبون آخر مكانه في الرحلة دون حصول أي ضرر لها، فيحقق البند الجزائي منفعة مفرطة للشركة في حال إعماله ويكون بالتالي بنداً تعسفياً[551]. ولكننا نرى أن القرار الأخير رغم طابع العدالة والإنصاف الذي تحلى به، إلا أنه لا يمكن أن يستند إلى أحكام البنود التعسفية لإبطال البند الجزائي، كونه لا يجب أن نغفل أن تقدير البند التعسفي يجب أن يتم في مرحلة إنشاء العقد وليس في مرحلة تنفيذه أو إلغائه كما هو حال النزاع. وكان الأجدر أن تقوم المحكمة بعدم إعمال البند الجزائي لانعدام السبب الموجب للتعويض وهو حصول الضرر. حيث وكما ورد على لسان الدكتور العوجي "فإذا لم يتحقق الضرر فلا محل للتعويض، أكان قضائياً أم رضائياً. فالبند الجزائي يكون فقط قد حدد بصورة رضائية التعويض عن الضرر في حال تحققه، فهو مشروط بتحققه"[552].

بينما يرى قسم آخر[553] العكس، ويستندون في ذلك إلى النص الذي يرعى البند التعسفي، حيث لم يعط القاضي صلاحية إعلان البند الجزائي بالبند التعسفي وإبطاله تالياً[554].

تبدو الحالة في لبنان مشابهة لتلك في كيبيك، فلا وجود لنص صريح باعتبار البند الجزائي الفاحش بنداً تعسفياً كما الوضع في فرنسا، ولكن ليس هناك ما يمنع من ذلك، كون البند الجزائي هو بند كسائر البنود العقدية ويخضع بالتالي للقاعدة العامة التي تحكم البند التعسفي. وقد أعطى الفقه المحاكم حق اعتبار البند الجزائي الفاحش غرامة إكراهية[555] ليبرر لها تدخلها في مكافحته.

وكانت محكمة التمييز اللبنانية قد اتخذت قراراً[556] جريئاً قضى بعدم إعمال البند الجزائي لكونه يخل بالتوازن العقدي بشكل فاضح كما هو حال البند التعسفي، ولو لم تعبّر بذلك صراحةً لغياب مفهوم البند التعسفي في ذلك الوقت، إنما تعليلها لعدم إعمال هذا البند جاء عملياً بهذا المنحى. وقد جاء في هذا القرار التالي :

"... ولا يجوز للبائع أن يحتفظ بمعظم الثمن والمبيع في آنٍ معاً كتعويض عن ضرر غير أكيد بل وربما غير متحقق أصلاً، وهذا ما ينفي عن البند المذكور صفة الإتفاق المسبق على التعويض عن عطل وضرر جرى تقويمه من قبل الفرقاء بصورة مسبقة والإلتزام به.

---

[551])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 48 : *Parent-Constantin* c. *9013-1966 Québec inc. (Voyages Symone Brouty)*, *2007 QCCQ 3163*, *par. 46 et 42*, *J.E. 2007-895*. (https://www.erudit.org)

[552])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع سابق، ص. 582.

[553])J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN.

[554])Op. cit.

[555])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع سابق، ص. 587.

[556])تمييز لبناني، قرار رقم 92/11 تاريخ 1992/3/19 (الرئيس مصطفى العوجي المستشاران ريمون معلوق ومصطفى نور الدين)، مجلة العدل، سنة 1993، صفحة 63 وما يليها.

وحيث أنه يقتضي بالتالي عدم التوقف عند البند المذكور لكونه يشكل جزاءً مدنياً لا أساس قانونياً له، والنظر في طلب المستأنف عليه المقدم بداية فيما إذا كان من مبرر قانوني وواقعي لإجابة طلبه اعتبار الثمن المدفوع بمثابة عطل وضرر عن إلغاء العقد"[557].

وبنفس المعنى جاء قرار محكمة استئناف بيروت في قرارها رقم 735 تاريخ 2005/4/26[558]، حيث لم تقم بإعمال البند الجزائي كون يشكل جزاءً مدنياً لا أساس له.

ولكن، إن ذلك يمكن أن يتعطل في حال كان اتفاق الفرقاء واضحاً في العقد حول تمثيل البند الجزائي للعطل والضرر، عندها لا يجوز للقاضي تعديله[559]، إلا إذا اعتبره بنداً تعسفياً بمعياره الموضوعي أو الشخصي، كونه يؤدي إلى إخلال بالتوازن العقدي بين أطراف العقد. ونشير هنا أن سلطة محاكم الأساس مطلقة في تقدير البند الجزائي إذا وُضع كتعويض بدلي أو على سبيل الإكراه، ولا رقابة لمحكمة التمييز على هذا التقدير[560]. ولكنها تفقد هذه السلطة فيما خص بعض البنود التي تحقق شروط التعسف، ورغم ذلك لا يمكن أن تتصف بالبنود التعسفية على ما سنرى في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : البنود المستثناة من طابع التعسف

هناك فئة من البنود لا يمكن اعتبارها بنوداً تعسفية ولو أدت إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف.

بداية نذكر ما نص عليه قانون حماية المستهلك في الفقرة الثالثة من المادة 26، حيث استثنت خضوع البند المتعلق بالثمن لأحكام البنود التعسفية، حيث ورد "يقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد... باستثناء تلك المتعلقة بالثمن"[561]. كذلك فعل المشرع الفرنسي وأضاف إليه البند المتعلق بالموضوع الرئيسي للعقد، وذلك عبر الفقرة الثالثة من المادة L. 212-1 من قانون الإستهلاك :

"L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible."

---

[557])مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع سابق، ص. 584 و 585.

[558])محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة التاسعة، قرار رقم 735، تاريخ 2005/4/26، الرئيسة ميسم النويري والمستشاران جمانة خيرالله وجان فرنيني، مجلة العدل، سنة 2005، صفحة 776.

[559])مصطفى العوجي، مرجع السابق، ص. 588.

[560])تمييز مدني، الغرفة الأولى قرار رقم 10، تاريخ 2002/2/21، دعوى الملازم أول حميد نصار والسيد زهير نصار/السيد فؤاد شما ؛ تمييز مدني، الغرفة الأولى، قرار رقم 2، تاريخ 2000/1/11، دعوى جوزف فضل الله ديب/إلياس توفيق القزي. (http://legallaw.ul.edu.lb

[561])راجع صفحة 81.

من هنا قال الفقهاء بأن البنود الأساسية في العقد لا يمكن أن تكون بنوداً تعسفية، إنما البنود التكميلية فقط (clauses accessoires)[562].

إنما لكي ينطبق هذا المنع، يجب أن تكون البنود المتعلقة بالثمن أو بالموضوع الرئيسي للعقد مصاغة بشكل واضح وسهل الإدراك[563].

من هذه البنود أيضاً، تلك التي تنص على ما جاءت به القواعد التشريعية أو التنظيمية الآمرة[564]، وقد نصت القواعد التوجيهية للإتحاد الأوروبي بتاريخ 5 نيسان 1993 على ذلك، فجاء فيها ما يلي :

"Considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives ; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessair de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives […]"[565]

هذه البنود هي بنود غير تعسفية بصورة قطعية[566]، فلا ينفع معها إثبات المستهلك أو المُذعن حصول إخلال بالتوازن فيما بين حقوقه وموجباته من جهة وحقوق وموجبات معاقد من جهة أخرى.

---

[562])-Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, pp. 190 et 191.
-Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 264.
-Nathalie CROTEAU, LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI, p. 415.

[563])راجع صفحة 82.

[564])Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 9, n^0 24 : *X. Lagarde, Qu'est-ce qu'une clause abusive ? : JCP G 2006, I, 110, n^0 5.*

[565])-Recueil Dalloz, 2017, Volume 3, Éditorial : Franck Laffaille, Jérôme Lasserre Capdevil, Clauses abusives et prêt en devise : La CJUE affine son interpretation de certains articles de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, p. 2403, n^0 12.
-Recueil Dalloz, 2014, Volume 3, Éditorial : Felix Romé, Consommation, Clauses abusives (sûreté immobilière) : contrôle du juge national, p. 1822 : *CJUE, 3^e ch., 10 sept. 2014, aff. C-34/13.*
-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 165.

[566])Op. cit.

وإن مبرر ذلك غياب المناقشة (négociation) بين الأطراف في وضع البنود، فهذه الأخيرة فُرضت فرضاً على الطرفين وليست نتاج إرادتهم[567]. وهذا ما قررته محكمة التمييز الفرنسية، حيث اعتبرت في قرارها الصادر بتاريخ 1 شباط 2005 أن البند الذي يلقي تبعة التكاليف المدفوعة من قبل النقابة على المكلّف المتخلف (copropriétaire défaillant)، لا يمكن اعتباره بنداً تعسفياً، كونه مطابق لنص تشريعي (l'article 10-1 de la loi du 10 juillet 1965)[568]. وفي نفس الإتجاه ذهب قرارها بتاريخ 31 أيار 2006، حيث اعتبرت بأن البند الجزائي في عقد القرض السكني (prêt immobilier) لا يمكن اعتباره بنداً تعسفياً، كون النص عليه طبق ما جاءت به المواد L. 312-22 و R. 312-3 من قانون الإستهلاك[569].

كذلك فإن البنود التي تُعمل ما نصت عليه القواعد المكملة، لا يمكن أن تكون بنوداً تعسفية، حيث أن إرادة الأطراف اتجهت إلى اعتماد القاعدة التي نص عليها المشرع والتي من غير المنطق أن يكون لم يلحظ فيها الطابع التعسفي[570]. وهذا ما هو عليه الإجتهاد الفرنسي، حيث رفض اعتبار البند الذي يحوي ما جاءت به القاعدة المكملة بنداً تعسفياً في العديد من القرارات[571].

وقد ورد في الفقه العراقي استناداً إلى نص المادة 131 من القانون المدني العراقي[572] بعض البنود التي لا يمكن اعتبارها بنوداً تعسفية ولو انطبق عليها التعريف وحققت الشروط المطلوبة، منها البنود التي يكون جارياً بها العادة والعرف أو التي تكون ملائمة لمقتضى العقد[573].

---

[567])د.بشار المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني : دراسة مقارنة، مجلة العلوم الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، العدد التسلسلي 22، رمضان/شوال 1439 هـ- يونيو 2018 م، ص. 625.

[568])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, pp. 169 et 170 : *Cass. 1ère civ., 1er février 2005, n° 03-19692, Bull. civ. I, n° 64, p. 56, X. LAGARDE, « Clauses de conciliation : le régime se précise », RDC 2005/4, p. 1141* ; *JCP G 2005, I, n° 141, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD* : *"Après l'entrée en vigueur du second des textes susvisés duquel il résulte que les frais nécessaires exposés par le syndicat à compter de la mise en demeurepeuvent être imputés au copropriétaire défaillant, en sorte que* ***la clause stipulée en conformité de ce texte ne peut revêtir un caractère abusif****".*

[569])Op. cit, p. 170 : *Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 102, p. 100, Contrats, conc. consom. 2006, comm. 148, note G. RAYMOND ; D. 2006, p. 1445, obs. X. DELPECH ; D. 2006, p. 1618, note J. FRANÇOIS ; JCP E 2006, n° 1890, note D. LEGEAIS : "La clause pénale d'un contrat de prêt immobilier fixant le montant de l'indemnité due par l'emprunteur dont la défaillance a entraîné la résolution du contrat* ***ne peut revêtir un caractère abusif dès lors qu'elle a été stipulée en application des articles L. 312-22 et R. 312-3 du Code de la consommation****".*

[570])Op. cit, p. 171.

[571])Op. cit : *CA Grenoble, 13 juin 1991, JCP G 1992, II, 21819, note G. PAISANT ; Cass. 1ère civ., 14 novembre 2006, pourvoi no 04-15646, préc. ; Cass. 3ème civ., 10 juin 2009, Contrats conc. consom. 2009, comm. 258, note G. RAYMOND.*

[572])المادة 131 مدني عراقي :

1 – يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة.

2 – كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً.

[573])د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 224.

أخيراً، وبعد استعراضنا للعقود والبنود التي يطالها الجزاء، بقي علينا ولإكمال الدراسة، معالجة موضوع الحكم بالجزاء، وهذا ما سيكون مدار بحثنا في الفصل القادم.

الفصل الثاني : الحكم بالجزاء

إن المدين بالبند التعسفي لا يستطيع في المبدأ التنصل من قوته الملزمة عبر التذرع بطابعه التعسفي وحسب دون الدخول في معترك القضاء وحصوله على حكم يثبت هذا الطابع وينص على الجزاء المناسب. فمنذ انبرام العقد، يستطيع الدائن بالبند أن يطالب المدين بتنفيذه دون أن يحق لهذا الأخير الرفض بمجرد إعلام الدائن بطابعه التعسفي، إنما ينبغي عليه وللتخلص من أحكام البند بلا رجعة أن يقوم بممارسة دعوى البند التعسفي، وهي الدعوى التي يسلكها المتضرر من هذا البند بغية إيقاع الجزاء عليه للتخلص من أحكامه، وهو غالباً المستهلك في عقد الإستهلاك أو المدين به خارج هذا العقد. لكن، ونظراً لتعدي آثار البند التعسفي العلاقة بين طرفيه إلى المجتمع ككل فإنه يُطرح التساؤل حول تخويل المشرع لجهة رسمية أو غير رسمية الصفة للإدعاء بهذا الشأن ؟ وبجميع الأحوال فما هي الأصول المعتمدة عند ممارسة هذه الدعوى وهل هي أصول واحدة ؟ وحصرية ؟

وفي حال إثباته الطابع التعسفي للبند، يطبق القاضي الجزاء المناسب عليه والذي يُطرح التساؤل حول حصريته للبطلان على ما نصت المادة 26 من قانون حماية المستهلك أم اشتماله على جزاءات أخرى ؟ وفي حال اعتماد البطلان كجزاء للبند التعسفي فهل يتعداه هذا إلى بطلان العقد ؟

للجواب على التساؤلات المطروحة سنتناول بداية دعوى البند التعسفي (القسم الأول) ثم سننهي بحثنا بطبيعة الجزاء (القسم الثاني).

القسم الأول : دعوى البند التعسفي

إن دعوى البند التعسفي هي دعوى متميزة عن غيرها من الدعاوى، إن لناحية الجهات المخولة ممارسة الدعوى (الفقرة الأولى)، أو لناحية الأصول المقررة لها (القسم الثاني) وهي أصول ذات طابع مزدوج، وهي على قدر من الدقة بمكان في حال لم تراع على ما سنرى لاحقاً.

الفقرة الأولى : الجهات المخولة ممارسة الدعوى

هناك فئتان من الأشخاص تستطيعان ممارسة دعوى البند التعسفي : المستهلك أو المدين بالبند خارج عقد الإستهلاك، وجمعيات حماية المستهلك.

بالنسبة للبند التعسفي في عقد الإستهلاك، فإن دعوى البند التعسفي بحسب اتحاد المستهلكين الكندي[574] هي الدعوى التي يسلكها المستهلك بهدف جعل بند تعسفي غير سارٍ بحقه في عقد هو طرف فيه، وبإمكانه أن يطلب إعلان بطلان البند أو تخفيض الموجبات التي يحملها، كما بإمكانه أن يطالب بعطل وضرر على أن يثبت خطأ المحترف، الضرر الذي أصابه والصلة السببية بينهما[575].

وقد أعطت تشريعات العديد من البلدان جمعيات حماية المستهلك حق الإدعاء بشأن البنود التعسفية[576].

أعطى القانون اللبناني هذا الحق لجمعيات حماية المستهلك عبر المادة 68 من قانون حماية المستهلك، حيث نصت على ما يلي :

"تهدف جمعيات حماية المستهلك إلى :

الدفاع عن مصالح المستهلك وحقوقه.

تمثيل المستهلكين جماعياً ومجانياً لدى الهيئات والإدارات الرسمية والمحترفين والتقاضي بهدف الحفاظ على حقوقهم.

جمع ونشر المعلومات والتحاليل والإختبارات والمقارنات المتعلقة بالسلع والخدمات وكيفية استعمالها. القيام بحملات لتوعية وإرشاد المستهلكين وإصدار مجلات ونشرات مطبوعات وإعداد برامج إعلانية وإذاعية معدة للبث أو للنشر عبر وسائل الإعلام، وكل ذلك وفقاً للقوانين المرعية الإجراء. تقديم الإستشارات".

منح المشرع الجمعيات حق تمثيل المستهلك أمام القضاء، كون هذا الأخير يتردد غالباً في المطالبة بحقوقه نظراً للتفاوت الاقتصادي الموجود بينه وبين المحترف ويفتقر للخبرة في مجال التقاضي، لذلك فالجمعية بما تملكه من خبرات في هذا المجال ومن إمكانيات، تكون قادرة على مقاضاة المدعي عليه.

---

[574])Union des consommateurs est un organisme à but non lucratif qui regroupe 13 groupes de défense des droits des consommateurs. (https://uniondesconsommateurs.ca)

[575])Union des consommateurs, METTRE UN FRIEN AUX CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE CONSOMMATION, Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Septembre 2011, p. 31.

[576])Op. cit.

ولقد عرف المشرع الفرنسي هذا الحق لجمعيات حماية المستهلك منذ قانون 5 كانون الثاني 1988[577]، وتكرس حالياً عبر المواد L. 621-1، L. 621-7 و L. 621-8. ومنذ الأول من أيلول 2005 أعطى المشرع الفرنسي هذا الحق أيضاً للمديرية العامة الفرنسية للإستهلاك ومكافحة الغش (DGCCRF)[578]. مع الإشارة إلى أن جمعيات حماية المستهلك لا تستطيع تمثيل المستهلك إلا أمام المحاكم المدنية والجزائية، بينما تستطيع المديرية المذكورة القيام بذلك أمام القضاء الإداري أيضاً[579]. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحق المعطى للجهات المذكورة آنفاً هو يقتصر على الدفاع عن المستهلك الشخص الطبيعي (consommateur) وليس الشخص المعنوي (non-professionnel) نظراً لاقتصار النصوص الفرنسية المرعية على التعبير الأول مع الفرق بين المصطلحين في القانون الفرنسي[580].

وكذلك فعل المشرع الجزائري بمقتضى القانون المؤرخ في 5 كانون الثاني 1988 والمتعلق بدعاوى جمعيات المستهلكين أعطى لجمعيات الدفاع عن المستهلكين الحق في طلب الإلغاء للشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين، وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحق ضرراً مباشراً بالمصلحة الجماعية للمستهلكين[581].

قام قانون حماية المستهلك بتعريف جمعيات المستهلك في المادة الثانية منه بأنها كل جمعية تؤسس لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية وتهدف إلى توعية المستهلكين وتثقيفهم وإرشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم وتمثيلهم لدى كافة المراجع الرسمية والخاصة.

وقد عرّف قانون حماية المستهلك المصري في مادته الأولى جمعيات حماية المستهلك بأنها الجمعيات والمؤسسات الأهلية والإتحادات المشهرة وفقاً للقانون والمعنية بحماية المستهلك[582].

وقد عرّف الفقه هذه الجمعيات بأنها جمعيات أهلية تنشأ وفقاً للقانون وتهدف لحماية المستهلك والدفاع عن حقوقه بكافة الوسائل القانونية المخولة لها[583].

ولكن لكي تستطيع جمعيات حماية المستهلك أن تدعي في سبيل مكافحة البنود التعسفية، يجب أن تكون المصلحة التي تنشدها من وراء ذلك مصلحة جماعية للمستهلكين وليس مصلحة المستهلك

---

[577])Gazette du palais, 2014, Volume 3, Chroniques de jurisprudence de droit de la consommation, Stéphane PIEDELIÈVRE, Caluse abusive et action des associations de consommateurs, p. 3227 : *CA Rennes, 28 févr. 2014, n^0 11/02934, BNP Paribas PF c/ Fédération du logement de la consommation et de l'environnement d'Ille-et-Vilaine.*

[578])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 97.

[579])Revue des contrats, 2016, Natacha Sauphanor-Brouillaud, Droit de la consommation, L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, p. 105, n^0 22.

[580])راجع صفحة 66.

[581])سعدي عبدالقادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص : قانون اجتماعي، 2015-2016، ص. 91.

[582])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 43. (www.uldroit3.com)

[583])المرجع السابق.

الفردية. وبذلك جاءت المادة 68 من قانون حماية المستهلك، وتقابلها في ذلك الفقرة الأولى من المادة L. 621-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي[584].

ولجمعيات حماية المستهلك الحق بالمداعاة ضد البنود التعسفية مسبقاً أي بطابع وقائي (préventif)، قبل التعاقد بين المحترف والمستهلك وقبل حصول الضرر لهذا الأخير من البند[585]، وقد كرّست هذا الحق محكمة التمييز الفرنسية[586]، وهذا ما لا يملكه المستهلك، إذ لم يخوّله القانون الصفة التي خولها لجمعيات حماية المستهلك.

كما ويمكن للجمعيات التدخل في دعوى البند التعسفي القائمة من قبل المستهلك وذلك بالإستناد إلى المواد L. 421-1 و L. 421-7 من قانون الإستهلاك الفرنسي[587]. (أصبحت المواد L. 621-1 و L. 621-9[588]).

وتكون موضوع هذه المداعاة غالباً البنود التعسفية في نماذج العقود المعدة للمستهلكين (types de contrat destinés au consommateur)[589]. وقد تكرس ذلك من قبل محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي (CJCE) عبر قرارها بتاريخ 24 كانون الثاني 2002 :

---

[584])Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin en application de l'article L. 811-1, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à **l'intérêt collectif des consommateurs**.

[585])-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 97.

-Union des consommateurs, METTRE UN FRIEN AUX CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE CONSOMMATION, Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Septembre 2011, p. 32.

-سعدي عبدالقادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص : قانون اجتماعي، 2015-2016، ص. 91.

[586])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 24, n^0 83 : *Cass, 1re civ., 3 févr, 2011, n^0 09-14.402 : JurisData n^0 2011-000999 ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 102, obs. G. Raymond ; JCP G 2011, doctr. P. 414, note G. Paisant.*

[587])Op. cit, p. 25, n^0 87.

[588])-L. 621-1 : Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin en application de l'article L. 811-1, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.

Les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article.

-L. 621-9 : A l'occasion d'une action portée devant les juridictions civiles et ayant pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale, les associations mentionnées à l'article L. 621-1 peuvent agir conjointement ou intervenir pour obtenir réparation de tout fait portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs et demander, le cas échéant, l'application de mesures prévues à l'article L. 621-2.

[589])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc, p. 97.

"La nature préventive et l'objectif dissuasif des actions devant être mises en place, ainsi que leur indépendance à l'égard de tout conflit individuel concret, impliquent comme l'a reconnu la Cour, que de telles actions puissent être exercées alors même que les clauses dont l'interdiction est réclamée n'auraient pas été utilisées dans des contrats déterminés mais seulement recommandées par des professionnels ou leurs associations"[590].

إلا أن محكمة التمييز الفرنسية قد وضعت حدوداً للطابع الوقائي لهذه الدعوى في العديد من قراراتها، فقامت بردها في حال لم يُعرض (proposé) العقد الذي يضم البند التعسفي على المستهلك عند إقامة الدعوى[591]. وقد تم التعليق سلباً على هذا المنحى لمحكمة التمييز الفرنسية من قبل العديد من الفقهاء على رأسهم Paisant الذي قال بأن قرار محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي لم يشترط لتقديم هذه الدعوى عرض العقد المتضمن بنداً تعسفياً على المستهلك، وقال آخرون بأن هذا المنحى يشكل هدية للمحترفين حيث يمكنهم التذرع بأن نماذج العقود المتضمنة بنوداً تعسفيةً لديهم لم يتم توجيهها للمستهلكين بعد[592].

لا نجد شيئاً صريحاً في الوضع القانوني اللبناني حول هذه النقطة، إنما نستطيع القول بأنه ليس هناك ما يمنع جمعيات حماية المستهلك من الإدعاء لمكافحة بندٍ تعسفي في نموذج لعقد لم يُوجه بعد للمستهلك، لأن ذلك يدخل ضمن ما أوردته المادة 68 من قانون حماية المستهلك لجهة تخويل الجمعيات الدفاع عن حقوق المستهلك ومصالحه، فقيام الجمعيات بمحاولة إزالة البند التعسفي في نموذج عقد لم يُطرح بعد أمام المستهلك إلا أنه سيُطرح لاحقاً، يدخل ضمن الدفاع والمحافظة على حقوق ومصالح المستهلك، كما وبديهياً لها حق التدخل في جهة المستهلك الذي يرفع دعوى البند التعسفي.

كما اشترطت محكمة التمييز الفرنسية لتقديم الدعوى من قبل الجمعيات أن تكون النماذج مصاغة من قبل المحترف وأن التعاقد تمّ أو سيتم بين مستهلك ومحترف[593]. كما ويجب أن تكون هذه

---

[590])Op. cit, p. 98 : *CJCE, 24 janvier 2002, point 15, D. 2002, AJ p. 1065, obs. E. CHEVRIER ; D. 2002, p. 2930, obs. J.-P. PIZZIO ; RTD civ. 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; RTD com. 2003. 195, obs. M. LUBY.*

[591])Op. cit : *Cass. 1ère civ., 1er février 2005, n° 03-13.779, Bull. civ. I, n° 61, Contrats, conc. consom. 2005, comm. 95, note G. RAYMOND ; Cass. 1ère civ., 1er février 2005, pourvoi n° 03-16935, Bull. civ. I, n° 59, G. Paisant, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », art. préc. ; Cass. 1ère civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, Bull. civ. n° 488, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », Contrats, conc. consom. 2007, ét. 2, p. 5, D. 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDE.*

[592])Op. cit.

[593])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 3 février 2011, N° de pourvoi: 08-14402 : *"1°/ qu'est* ***irrecevable*** *la demande d'une association de consommateurs contre l'association éditrice d'un modèle de contrat de location saisonnière entre un non professionnel et un particulier comportant une clause prétendument illicite* ***dès lors que cette association ne propose pas elle-même ce contrat aux consommateurs et n'est pas partie à ce contrat de location saisonnière****, quand bien même cette clause serait destinée aux consommateurs ; qu'en retenant que l'UFC 38 était recevable à agir à l'encontre de l'association Clévacances Isère - départementale des locations de vacances de l'Isère et la Fédération nationale des locations de France Clévacances en suppression d'une clause illicite contenue dans un contrat de location saisonnière* ***entre un propriétaire non professionnel et un consommateur*** *auquel ces dernières ne sont pas parties du seul fait que cette clause est destinée aux consommateurs, peu*

النماذج موجهة إلى المستهلك الشخص الطبيعي (consommateur) وليس إلى الشخص المعنوي (non-profesionnel)[594]، حيث نقضت محكمة التمييز في قرارها بتاريخ 4 حزيران 2014 قرار محكمة الإستئناف الذي أجاز للجمعيات أن تمارس دعوى البند التعسفي في النماذج الموجهة لغير المحترف (non-professionnel). إن مبرر هذا الإتجاه هو حصر المادة L. 621-8 من قانون الإستهلاك الفرنسي حق دعوى جمعيات المستهلكين في النماذج الموجهة لهؤلاء دون غير المحترفين كما أشرنا سابقاً.

وبهدف عدم إقصاء غير المحترفين من الإستفادة من هذه الدعوى، قام قانون "Macron" بإعطاء المديرية العامة الفرنسية للإستهلاك ومكافحة الغش (DGCCRF) الحق بممارسة هذه الدعوى فيما يتعلق بالعقود الموجهة لهذه الفئة[595].

نشير إلى أنه واستناداً إلى قوة القضية المحكوم بها، فإن إبطال البند التعسفي عبر دعوى شخصية قام بها المستهلك لا يتعدى أثرها إلى باقي المستهلكين بعكس الدعوى التي تمارس عبر جمعيات حماية المستهلك ضد العقد المطعون فيه بالنسبة لسائر المستهلكين مع المحترف ذاته الموجهة ضده الدعوى[596]، لكن ليس تجاه جميع المحترفين[597]. وبإمكان القاضي عندها أن يبطل حينها جميع البنود في العقود المطابقة التي يبرمها نفس المحترف مع المستهلكين[598]، وهذا ما سارت عليه محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي (CJUE)[599].

---

important qu'elle soit proposée ou non par le professionnel, la cour d'appel a violé l'article L. 421-6 du code de la consommation ainsi que les articles 1134 et 1165 du code civil ;". (www.legifrance.com)

[594])-Recueil Dalloz, 2014, Volume 2, Éditorial : Félix Rome, Consommation, Clause abusive ou illicite : champ d'application de l'action en suppression, p. 1268 : *Civ. 1re, 4 juin 2014, n0 13-13.779 (n0 632 FS-P+B+I) - Cassation.*

-Gazette du palais, 2014, Volume 3, Chroniques de jurisprudence de droit de la consommation, Stéphane PIEDELIÈVRE, Clauses abusives et suppression des clauses illicites, p. 3228 : *Cass. 1re civ., 4 juin 2014, nos 13-13779 et 13-14203, ECLI:FR:CCASS:2014:C100632, Union fédérale des consommateurs de l'Isère Que Choisir c/ Sté Foncia Alpes-Dauphiné, PB (cassation sans renvoi CA Grenoble, 10 déc. 2012), M. Charruault, prés., M. Vitse, cons. rapp., M. Sudre, av. gén. ; SCP Bénabent et Jéhannin, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.*

-Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 17 mars 2016, N° de pourvoi: 15-14287 : ***"****que la lettre de ce texte cantonne l'action des associations agréées, en l'espèce l'UFC 38, à la seule action en suppression de clauses abusives dans les contrats proposés ou destinés au* ***consommateur personne physique*** *(Cass. 1°chambre, 4 juin 2014) ; que les contrats de syndic sont proposés ou destinés aux syndicats de copropriété, personnes morales, de sorte que l'action de l'UFC 38 sera jugée irrecevable ;".* (www.legifrance.com)

[595])Revue des contrats, 2016, Natacha Sauphanor-Brouillaud, Droit de la consommation, L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, p. 105, n0 22.

[596])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 29, n0 101.

[597])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 24, n0 94 : *CALAIS-AULOY et TEMPLE, op. cit., n0 188.*

[598])Op. cit, p. 23, n0 92.

[599])Op. cit : *CJUE 26 avr. 2012, Invitel, prec. supra, n0 42.*

وبكل الأحوال، في كلتا الدعويين أو في الدعوى الموجهة ضد البنود التعسفية عموماً، فإن هنالك أصولاً جوهرية يجب أن تراعى تحت طائلة رد الدعوى، مع وجود خصوصية لدعوى الإستهلاك على ما سنرى في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : الأصول المقررة للدعوى

بدايةً، فإنه وبالنسبة للبند التعسفي في عقد الإستهلاك، فإن قانون حماية المستهلك بيّن الأصول التي يجب اتباعها لفض مختلف النزاعات بين المستهلك والمحترف ومن ضمنها النزاع فيما يتعلق بالبند التعسفي، فقررت المادة 97 منه بأنه يتم إنشاء لجنة أو أكثر لحل النزاعات للنظر في الخلافات المنصوص عليها في المادة 98 التي تفيد بأن لهذه اللجنة الإختصاص **الحصري** للنظر في النزاعات الناشئة بين المحترف والمستهلك الناتجة عن تطبيق أو تفسير أحكام هذا القانون (قانون حماية المستهلك) أياً كانت قيمة النزاع باستثناء الملاحقات التي تبقى من صلاحية المحاكم الجزائية المختصة والدعاوى التي تتناول نزاعاً تقل قيمته عن ثلاثة ملايين ليرة لبنانية، حيث يجب أن تقدم بعد استنفاد مرحلة الوساطة المنصوص عليها في المواد 83 وما يليها من القانون نفسه[600]. ولكن نظراً لكون طبيعة دعوى البند التعسفي لا يتم تقديرها بالثمن أو بالقيمة إنما بالنظر إلى الإختلال بالتوازن العقدي، بالإضافة إلى أنها تهدف إلى إبطال البند وليس إلى تقديم حلول بالوساطة، فإنها تدخل مباشرة في اختصاص اللجان.

تجدر الإشارة إلى أنه ونظراً لمرور فترة بين صدور القانون وتأليف لجان حل النزاعات فإن المشرع قد أناط مهمة الفصل في تلك الدعاوى خلال هذه الفترة إلى قاضي شرف أو قاضٍ من الدرجة الرابعة فما فوق يعين بمرسوم يصدر بناءً على اقتراح وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى وهذا هو الشأن في تعيين القضاة الذين يترأسون لجان حل المنازعات، أما باقي الأعضاء فيعينون بموجب مرسوم يصدر بناءً على اقتراح وزير الإقتصاد والتجارة[601].

وعلى المدعي أن يدفع نصف الرسم المقطوع الذي يُستوفى في الدعاوى القضائية (المادة 99 من قانون حماية المستهلك)، ويجوز لأي من الفريقين أن يمثل في المحاكمة دون الإستعانة بمحام (المادة 100)[602].

تتبع أمام لجنة حل النزاعات القواعد والاجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، على ان تصدر اللجنة قرارها في مهلة لا تتجاوز الستة اشهر من تاريخ تقديم الدعوى (المادة 101).

---

[600])أنظر ملحق رقم 7.

[601])محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، ص. 37. (www.uldroit3.com)

[602])المرجع السابق، ص. 38.

وأوجبت المادة 102 من القانون نفسه على القرار الصادر عن لجنة حل النزاعات أن يكون معللاً حتى تسهل مراقبته والتأكد من صحته، وبصفة عامة فإن اللجنة تمارس عملها وفق الأحكام الإجرائية الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية.

ونصت المادة ذاتها على أنه لا يجوز مراجعة القرار الصادر عن اللجنة إلا عن طريق الإعتراض، كما ويجوز اعتراض الغير وطلب تصحيح الخطأ المادي، وتقبل قراراتها الإستئناف أمام محاكم الإستئناف المدنية. وينفذ قرار اللجنة بواسطة دائرة التنفيذ المختصة.

يجب تنفيذ قرارات لجنة حل النزاعات فوراً، وإلا فُيُفرض على المتخلف وبعد عشرة أيام من تبليغه إنذاراً من جانب دائة التنفيذ، غرامة إكراهية قدرها 3% من مجموع المبالغ المحكوم بها عليه (المادة 103)[603].

وفي مجال الطعون المقدمة بالقرار الذي فصل بموضوع البند التعسفي في عقد الإستهلاك، نشير إلى أن محكمة التمييز اللبنانية قد أقرّت بأن قرارات محكمة الإستئناف الجزائية المتعلقة بقانون حماية المستهلك "ومنها ما يتعلق البند التعسفي"[604] تقبل التمييز دون حاجة لتوافر الشرط الشكلي الخاص المنصوص عنه في المادة 320 من قانون أصول المحاكمات الجزائية[605] لناحية إختلاف الوصف القانوني للفعل بين قضاة الدرجة الأولى وقضاة الدرجة الثانية[606]. حيث جاء في قرار الغرفة السابعة لمحكمة التمييز الجزائية رقم 2016/318 تاريخ 2016/10/26 ما يلي :

"يقبل الاستدعاء التمييزي شكلاً للقرار الصادر عن محكمة استئناف الجنح الناظرة بمخالفات قانون حماية المستهلك، دون حاجة لتوافر الشرط الشكلي الخاص المنصوص عنه في المادة 302 اصول جزائية، لجهة اختلاف الوصف القانوني بين قضاة الدرجتين الذي يفترض وجود مرجعين قضائيين للبت بالدعوى، في حين أن محكمة الاستئناف هي المرجع الوحيد الناظر في تلك المخالفات. وأن القرار الصادر عن محكمة الإستئناف الناظرة بمخالفات قانون حماية المستهلك هو قرار قابل للتمييز لان المادة 19 من القانون رقم 659 تاريخ 2005/2/4 الذي ألغى المرسوم الاشتراعي رقم 54 تاريخ 1983/7/29، تنص على أن قرارات محكمة الاستئناف الناظرة في أحكام هذا المرسوم الإشتراعي غير قابلة للطعن إلا عن طريق الاعتراض، وان المادة 122 من القانون رقم 265 تاريخ 2014/4/15 تنص على ان محكمة الاستئناف تنظر في المخالفات المضبوطة وفقا لاحكام هذا القانون، وبالتالي لم تنص على عدم قابلية القرار للطعن إلا بطريق الإعتراض. فضلاً عن أن المبدأ القانوني السائد هو أن الأصل هو إباحة طريق المراجعة والمنع هو الإستثناء، وأن قواعد

---

[603])المرجع السابق.

[604])نحن أضفنا.

[605])ما خلا حالة صدور الحكم عن هيئة لم تشكل وفقاً للقانون والقرارات المتعلقة بالصلاحية وسقوط الحق العام بمرور الزمن أو بالعفو العام أو في امتناع الإدعاء في القضية المحكمة، لا يقبل النقض في قضايا الجنح إلا لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 296 من هذا القانون بشرط توافر الإختلاف في الوصف القانوني للفعل بين قضاة الدرجة الأولى وقضاة الدرجة الثانية.

[606])محكمة التمييز الجزائية، الغرفة السابعة، قرار رقم 318، تاريخ 2016/10/26، طلب نقض مقدم من رؤوف سليم غانم. (www.legallaw.ul.edu.lb)

الانصاف تفرض أن تنظر القضية من قبل مرجعين قضائيين طالما أنه لا يوجد نص قانوني واضح يمنع ذلك."

أما في فرنسا، فلم يحدد القانون أصولاً خاصة لدعوى البند التعسفي، فيتم اعتماد الأصول العادية فيها[607].

بالنسبة للبند التعسفي خارج عقد الإستهلاك، فإن على الفريق المتظلم منه – وهو المُدعَن غالباً – أن يدعي وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، فلا وجود للجنة خاصة لحل النزاعات كما رأينا سابقاً في إطار قانون حماية المستهلك. وعليه أن يثبت الطابع التعسفي للبند استناداً للمعيار الموضوعي. كما أنه لا يستطيع أن يثير الطابع التعسفي للبند لأول مرة أمام محكمة التمييز[608].

أما ولجهة مدة مرور الزمن على هذه الدعوى، فإنه متنازع فيها. فمنهم من قال بأنها مدة مرور الزمن العادية[609] وقد جاء بذلك قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية في القرار رقم 249 تاريخ 13 آذار 2019[610]، ومنهم من قال بأن لا مدة مرور زمن بالمطلق[611]. نحن نرى بأن البند التعسفي الذي جاء المشرع على إبطاله بطلاناً مطلقاً أو على اعتباره غير مكتوب

---

[607])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 23, n^0 78.

[608])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], p. 357 : *Cass. com., kw., 5ème, 11 mars 2015, n° 383/2014*.

[609])Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 157.

[610])Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n^{0}249 du 13 mars 2019 (17-23.169) : *"1°/* ***que l'action visant à faire déclarer non écrite une clause abusive constitue une action en nullité qui se prescrit dans un délai de cinq ans courant à compter du jour où le consommateur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer*** *; qu'en décidant le contraire, aux motifs erronés que « les clauses réputées non écrites » en application de l'article L. 132-1 ancien du code de la consommation sont réputées « non avenues par le seul effet de la loi », la cour d'appel a violé l'article 2224 du code civil, ensemble l'article 1304 du même code, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;"* (https://www.courdecassation.fr)

[611])-Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 15, n^0 48 : *S. Gaudemet, La clause reputée non écrite : Economica, 2006, n^0 231 s. – J. Kullmann, Remarques sur les clauses reputées non écrites : D. 1993, p. 59, spéc. p. 62 s. – A. Hontebeyrie, balance : D. 2016, p. 2180. La jurisprudence concerne essentiellement le règlement de propriété. – V. nottament Cass. 3^e civ., 12 juin 1991, n^0 89-18.331 : JurisData n^0 19910991529 ; Bull. civ. III, n^0 170 ; D. 1992, p. 135, obs. C. Giverdon ; RD imm. 1991, p. 379, obs. P. Capoulade et C, Giverdin. – Cass. 3^e civ., 1er avr. 1987, n^0 85-15.010 : JurisData n^0 1987-000647 ; Bull. civ. III, n^0 69.*

-Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, p. 186.

(réputation non écrite) ليس له مدة مرور زمن، بعكس ذلك الذي لم يقرر له هذا الجزاء على ما سيتبين لنا في القسم القادم.

وفي حال إثبات الطابع التعسفي للبند، فإنه يكون على القاضي أن ينطق بالجزاء المناسب عليه والذي من الممكن أن يأخذ أشكالاً عدة.

القسم الثاني : طبيعة الجزاء

يتنوع جزاء البند التعسفي بتنوع التشريعات، كما بطبيعة البند والمحل الذي أُدرج فيه، إضافة للأساس القانوني الذي اعتمده القاضي في إعلانه للطابع التعسفي له. وسنتناول ذلك بداية في عقد الإستهلاك (الفقرة الأولى) ثم خارجه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : جزاء البند التعسفي في عقد الإستهلاك

لقد نص المشرع اللبناني صراحة على جزاء البند التعسفي في قانون حماية المستهلك عبر الفقرة الأخيرة من المادة 26 : "تعتبر البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً، على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها".

يظهر لنا من خلال هذا النص التوجه الحاسم للمشرع اللبناني في معاقبة البنود التعسفية ببطلانها بطلاناً مطلقاً، مجرداً إياها من أي مفعول، مستبقاً لما يمكن للمحترف أن يلجأ إليه من أخذ تنازل من قبل المستهلك عن حقه في مكافحة البند التعسفي، ومتيحاً للقاضي أن يثير عفواً الطابع التعسفي للبند، دون إمكانية اتخاذ قرار بشأنه قبل أن يدعو الطرفان إلى المناقشة، وفقاً لما تفرضه المادة 373 أ.م.م.

كذلك فعل المشرع الفرنسي، حيث نص في المادة L. 241-1 من قانون الإستهلاك على أن البنود التعسفية تعتبر غير مكتوبة أصلاً، ويعتبر ذلك من النظام العام :

“Les clauses abusives sont réputées non écrites.

Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.”

وقد ذهب الفقه إلى اعتبار البند التعسفي غير مكتوب بقوة القانون (plein droit)، أي بدون حاجة للجوء إلى القضاء للتنصل من قوته الملزمة[612]، وفي حال جرى نزاع حوله وحكم القاضي بإبطاله أو اعتباره غير مكتوب، فإن هذا الحكم يكون له المفعول الإعلاني[613]. إلا أن الواقع العملي للأحكام القضائية لم يكن مطابقاً لذلك، فلم تجرّد المحاكم البند التعسفي من أي مفعول له مسبقاً قبل البت فيه[614].

ونلاحظ أن النصوص المذكورة سابقاً التي أبطلت البنود التعسفية، حافظت على العقد الذي يحتويها وعلى سائر بنوده الأخرى. حيث ورد في المادة 26 من قانون حماية المستهلك : "على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها" وكذلك في الفقرة الثانية المادة L. 241-1 من قانون الإستهلاك التي أوردناه أعلاه.

وفي ذلك قال الفقهاء بأن اعتبار البند التعسفي غير مكتوب هو بمثابة بطلان جزئي للعقد[615]، فلا يستطيع القاضي أن يمدّ هذا المفعول ليشمل العقد بالكامل[616]. وهذا الحل منسجم مع مصالح المستهلك أو الطرف الذي يواجه البند التعسفي الذي غالباً ما يريد الإبقاء على العقد ولكن من دون هذا البند فقط[617].

ولا تستطيع المحاكم أن تعدّل البند أو تعيد صياغته لجعله بنداً مشروعاً، وبذلك جاءت الأحكام القضائية باستثناء القليل منها التي عمدت إلى تعديل البند[618]. مثال ذلك الحكم الذي أضاف على البند التعسفي الذي يحفظ للمحترف حقوقه مهما كان السبب الذي دفع المستهلك إلى إبطال العقد، عبارة

---

[612])Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 20, n^0 75.

[613])-Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB, pp. 185 et 186.

-Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé, p. 156.

[614])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, préc, préc, p. 186.

[615])Op. cit.

[616])Marie Nioche, Commentaire de l'arrêt Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, par Jeremy Attali, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 30/08/2010.

[617])-Professeur Habib Kazzi, DROIT de la PROTECTION du CONSOMMATEUR, Université Libanaise, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Branche II, p. 37.

-Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 346.

[618])-Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, préc, pp. 188 et 189 : *CA Paris, 25ème ch. A, 20 septembre 2002, RG n^0 2001/03/498 ; Cerclab n^0 902.*

-Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 346.

"إلا في حالة الحدث الطارىء أو القوة القاهرة" (sauf cas fortuit ou force majeure)[619]، والحكم الذي أعلن الطابع التعسفي للبند الذي فرضته شركة تويوتا والذي يقضي بدفع 200$ لها إذا أراد مشتري السيارة المستعملة أن يستفيد من الضمان الإتفاقي المعقود سابقاً مع البائع، وقامت بتخفيضه إلى 50$[620].

كذلك لا يستطيع المستهلك أن يطالب ببطلان عقد الإستهلاك كاملاً عوضاً عن إبطال البند التعسفي وحسب، ولو كان ذلك في مصلحته، إلا في حال كان هناك سبب مستقل لبطلان العقد كعيوب الرضى مثلاً[621]. إلا أنه يوجد رأي مخالف جاءت به محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي (CJUE) يفيذ ببطلان العقد الذي يحوي البند التعسفي كاملاً إذا كان ذلك يؤمن المصلحة المثلى للمستهلك[622]. وهذا ما تستطيع المحاكم الأميركية فعله، حيث خولها القانون إبطال العقد بكامله في حال احتوى بنداً تعسفياً[623].

ولكن يجدر الذكر بأنه في حال كان البند التعسفي يشغل حيّزاً مهما من العقد ويشكل معه وحدة لا تنفصل، فإن العقد يخضع للبطلان تبعاً لبطلان البند[624]. ولقد أشارت بذلك الفقرة الثانية من المادة L. 241-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي، فقالت باستمرار تطبيق أحكام العقد باستثناء تلك المتعلقة بالبنود التعسفية في حال أمكن استمرار العقد بدون هذه الأخيرة. وقد نص القانون البلجيكي L.P.M.C على ذلك[625]، حيث أشار إلى أن بطلان البنود التعسفية ينسحب على العقد في حال كانت تلك البنود أساسية فيه[626]. وإن ذلك ينسجم مع التشريع اللبناني ولو لم يُذكر ذلك في نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك كما فعل المشرع الفرنسي، إذ نعود إلى الأحكام العامة، حيث أفادت المادة 82 م.ع[627] بأن بطلان الشرط المخالف للقانون يتعدى إلى بطلان العقد فيما إذا كان

---

[619])Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, préc, p. 189 : *CA Paris, 25ème ch. A, 20 septembre 2002, RG n0 2001/03/498 ; Cerclab n0 902.*

[620])Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010, par. 46 : *Boulanger c. Toyota Canada inc., J.E. 98-1469, par. 18 (C.Q.).* (https://www.erudit.org)

[621])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 191.

[622])Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 28, n0 98 : *CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, Peremoc : JCP G 2012, 720, note G. Paisant.*

[623])راجع صفحة 100.

[624])Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.), p. 271.

[625])Article 75 § 1er : "Toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives. Le consommateur ne peut renoncer au bénéfice des droits qui lui sont conférés par la présente section."

[626])Cécile Delforge, Jean-Luc Fagnart, Hervé Jacquemin, Fabienne Kéfer, Sophie Lebau et Aurélie Mortier, Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels, 2013, Anthemis s.a., Par. 17.

[627])إن إشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للآداب أو للقانون باطل ومبطل للإتفاق المعلق عليه. وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادي أو الوجه القانوني لا تجعل الإتفاق صحيحاً.

لهذا الشرط شأن في التعاقد. وفي ذلك ورد بأن إبطال البند لا يؤدي إلى إزالة العقد في حال كان لا يؤثر على اقتصاديات أو كيان العقد ككل[628]. وبالتالي فإن بطلان البند التعسفي ينعكس على العقد ويؤدي إلى إبطاله في حال كان له شأن هام في التعاقد.

وفي نفس الإتجاه أيضاً، فإن بطلان البند يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد. أما اعتبار بندٍ ما غير مكتوب (réputation non écrite) لا يمكنه أن يؤدي إلى بطلان العقد[629]. وإن المشرع اللبناني استعمل تعبير "باطل"، ما يدل على تقريره لإمكانية بطلان العقد على ما بيّناه في الفقرة السابقة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي اضطر إلى هذه الإضافة – أي انعكاس جزاء البنود التعسفية إلى العقد في حال لم يكن ليستمر بدونها – لاستعماله التعبير الثاني.

إلا أن هذه الحالة هي نادرة الحصول، حيث أن البنود التعسفية غالباً ما تكون بنوداً تكميلية (clauses accessoires) وإن بطلانها تالياً لا يمتد إلى العقد[630].

بالإضافة إلى بطلان البند التعسفي كجزاء له، بإمكان المستهلك أن يطالب بتعويض عطل وضرر عن الضرر الذي أصابه جراء هذا البند[631].

أما بالنسبة لحق جمعيات حماية المستهلك طلب التعويض خلال ممارستها دعوى بطلان البنود التعسفية، فكان محط جدال بين الفقهاء[632]. وقد ذهبت محكمة التمييز الفرنسية في اتجاه إقرار هذا التعويض حيث اعتبرت بأن إدراج البنود التعسفية في العقد يشكل بحد ذاته خطأً يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المستهلكين الجماعية، الأمر الذي يبرر طلب تعويض عن العطل والضرر من جانب جمعية حماية المستهلك[633].

بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك أي أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأناً جازماً ولم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب.

[628])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 474.

[629])Revue Trimestrielle de droit civil, 2017, Chronqiues, Obligations et contrats, Obligation en général, Hugo Barbier, Sources de L'obligation, Le contrat, Formation du contrat, p. 129.

[630])-Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, préc, pp. 190 et 191.

-Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?, préc, p. 271.

[631])-Jurisclasseur commercial, Concurrence – consommation, Volume 4, Guy Raymond, Clauses abusives, Fasc. 820, LexisNexis SA-2018, p. 29, n^0 102.

-Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 346.

[632])Jurisclasseur commercial, préc, p. 29, n^0 104 : *V. L. Bore, La défense des intérêts collectifs par les associations : LGDJ 1997. – A. Morin, L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs, avant et après la loi du 5 janvier 1988 : RED consom. 1991, p. 3.- J. Franck, Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs in Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy, éd. Dalloz 2004, p. 409. – G. Paisant, note au JCP G 2005, II, 10058.*

[633])-Op. cit : *Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n^0 02-20.633 : JurisData n^0 2005-026743 ; Bull. civ. 2005, I, n^0 63; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 96.*

كذلك فإن المشرع الفرنسي قد نص في الفقرة الأولى من المادة L. 241-2[634] من قانون الإستهلاك على غرامة مالية تتوجب على المحترف في حال إدراجه لبند تعسفي أو أكثر موجود في القائمة السوداء، على ألا يزيد مقدارها عن 3000 يورو للشخص الطبيعي و15000 يورو للشخص المعنوي.

بعد عرضنا لطبيعة الجزاء للبند التعسفي في عقد الإستهلاك، سنتناوله أخيراً خارج هذا النوع من العقود.

الفقرة الثانية : جزاء البند التعسفي خارج عقد الإستهلاك

بداية وفي عقود الإذعان، فإن الجزاء المقرر للبنود التعسفية في فرنسا هو نفسه الجزاء في عقود الإستهلاك على ما نصت المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي :

"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation."

كما ويمكن للمُذعن أن يطالب ببدل عطل وضرر[635]، استناداً إلى المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، كون إدراج البند التعسفي يتم في المرحلة السابقة للتعاقد[636].

ولقد أعطت تشريعات عديدة القاضي سلطة تعديل البند التعسفي في عقود الإذعان، إضافة إلى إبطاله[637]، مع الحفاظ على سائر أحكام العقد الأخرى[638]، كل ذلك في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، وجعلت هذه السلطة من النظام العام[639].

-Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit commecrial, TOME II, Édition Dalloz – 2018, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Clauses abusives, p. 24, n^0 95 : Civ. 1re, 5 oct. 1999, n^0 97-17.559, Bull. civ. I, n^0 260.

[634])Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale.

[635])Jurisclasseur répertoire natorial, Volume 7, Contras 1, François-Xavier LICARI, contrat. contenu du contrat, déséquilibre significatif du contrat, fasc. 9-9, LexisNexis SA-2018, p. 15, n^0 48 : *C. civ., art. 1178, al. 4, par analogie.*

[636])Op. cit.

[637])-المادة 149 من القانون المدني المصري : إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن **يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها**، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

فبإمكان القاضي أن يقوم بإنقاص ما يتضمنه البند[640]، وقد أقرت ذلك المحكمة الإتحادية العليا في ألمانيا، وقالت بأنه في حال احتوى البند عدة مندرجات، فإن غير المشروعة منها هي التي تُحذف[641]. مثال ذلك البند الذي يلزم العميل برد القرض في حال التأخر الجزئي أو الكامل عن دفع قسطين، فحكمت المحكمة بأن الطابع غير المشروع للبند يقتصر على التأخر "الجزئي" وأبقت على ما بقي من البند[642].

ويقع على المُذعن عبء إثبات أن العقد المشكو منه هو عقد إذعان[643].

أما في لبنان فلا وجود لنص صريح في قانون الموجبات والعقود مثيل لنص المادة 26 من قانون حماية المستهلك كما هو الوضع في فرنسا أو في العديد من البلدان العربية يعاقب البنود التعسفية في عقود الإذعان. مع التنويه بأن بعض الإجتهاد والفقه اللبناني ذهب إلى مكافحة البنود التعسفية صراحةً في عقود الإذعان وإبطالها. نستذكر في هذا الصدد ما جاء على لسان محكمة الإستئناف المدنية في الجنوب : "ذهب التشريع والإجتهاد إلى الحد من مدى هذا النوع من العقود (عقود الإذعان) عبر إبطال البنود التعسفية الواردة فيها"[644].

وبالنسبة لسائر العقود بشكل عام، فإننا نعود بالجزاء على البنود التعسفية إلى النصوص القانونية العامة التي ترعى العقود والتي سبق الحديث عنها وعن دخولها في المعيار الموضوعي للبند التعسفي.

فإذا ما تم الإستناد على المواد التي نص المشرع عليها والتي توجب بطلان بعض البنود، كتلك المخالفة للنظام العام أو المستحيلة أو كالبند الذي يمنع من ممارسة الحقوق المدنية والسياسية على سبيل المثال (المادة 83 م.ع)، فإن بطلان البند يكون جزاء البند التعسفي الذي ينص بذلك.

وفي حال تم الإستناد إلى النصوص التي تفيد بإبطال العقد كالنصوص التي ترعى أركان العقد والأهلية وعيوب الرضى، فإن بطلان العقد يكون هو الجزاء في حال جرى وضع البند التعسفي بطريق الخداع مثلاً، أو كان هذا البند تتحقق فيه شروط الغبن.

-المادة 81 من القانون المدني الكويتي : إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن **يعدل من هذه الشروط بما يرفع إجحافها، أو يعفيه كلية** منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

-المادة 110 من القانون المدني الجزائري : إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن **يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها**، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

-الفقرة الثانية من المادة 167 من القانون المدني العراقي : إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن **تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن** منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

[638])Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, préc, p. 356.

[639])Op. cit, p. 355.

[640])مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014، ص. 89.

[641])Jurisclasseur répertoire natorial, préc, p. 15, n^0 46.

[642])Op. cit.

[643])Op. cit, p. 8, n^0 16.

[644])راجع صفحة 123 و124.

أما في حال جرى الإستناد إلى النصوص التي توجب حسن النية أو تحكم التعسف في استعمال الحق، فلقد أثبتنا سابقاً بأن الإستناد إلى نص المادة 221 م.ع يمكنه أن يتيح التذرع بعدم التنفيذ ولكن لا يمكنه أن يؤدي إلى إبطال البند التعسفي أو العقد الذي يحتويه، إلا إذا تم الإستناد إلى الإخلال في موجب الإعلام[645]. أما الإستناد إلى المادة 124 م.ع المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، فإنها تحكم بالتعويض للطرف المتضرر ولم تنص على بطلان البند أو العقد، إلا أن الدكتور العوجي ذكر في مؤلفه بأن المكافحة الأمثل وبالإعتماد على هذه النظرية، هو إزالة سبب الضرر، أي البند التعسفي، إضافة إلى التعويض عن الضرر الذي أحدثه سوء ممارسة الحق للمتعاقد تجاه الطرف الآخر[646].

ونرى أن بإمكان المحكمة خلا الحالات المعددة سابقاً، أن تستند في حكمها بإبطال البند التعسفي إلى المبادىء العامة والعدالة والإنصاف، كون البند يخرق مبدأ التوازن التعاقدي على ما أسلفنا. هذا المبدأ الذي عاد يشغل حيّزاً مهما على الساحة القانونية على غرار مبدأ سلطان الإرادة.

في نهاية هذا الباب، لا بد من القول بأن مختلف النظريات التي تم الإعتماد عليها في سبيل مكافحة البنود التعسفية خارج عقد الإستهلاك، هي وعلى درجتها في تحقيق هذا الغرض، تشكل أساساً قانونياً يخول القضاء الإعتماد عليه للحكم على هذه البنود. وهذا ما لم يقم به بشكل كافٍ حتى الآن، بحيث يطرح التساؤل عن سبب إحجامه عن الإعتماد عليها، خصوصاً مع إمكانية إثارته للبنود التعسفية عفواً وصولاً إلى ترتيب الجزاء المناسب عليها.

وما يبرر هذا التلكؤ هو عدم قيام المشرع اللبناني حتى الآن بوضع النصوص الصريحة التي تعاقب البنود التعسفية خارج عقد الإستهلاك من جهة، وعدم قيامه بالنص على إعطاء القضاء الدور في الرقابة عليها من جهة أخرى.

كما أنه وفي المقلب الآخر، فإن الوضع التشريعي المتعلق بالبنود التعسفية في عقد الإستهلاك لم يكن بالقدر المرجو منه، حيث جاء بمادة يتيمة، هي المادة 26 من قانون حماية المستهلك. فكيف لمادة وحيدة أن تفي موضوعاً بهذا التشعب والأهمية ؟! فأين النص على جزاءات رادعة فعلاً للمحترفين تردعهم عن وضع البنود التعسفية ؟ فبطلان البند كجزاء منفرد غير كاف على الإطلاق، حيث أن المحترف وبكل بساطة سيقوم بالنص على بند تعسفي أو أكثر مع قوله أنه وفي أسوء الأحوال سيتم إزالة هذه البنود وحسب. على المشرع النص على جزاء إضافي للبطلان، يشكل رادعاً حقيقياً للمحترفين، كغرامة مرتفعة على سبيل المثال تترتب إذا ما تم النص على البند التعسفي أو كحرمان مؤقت من ممارسة المهنة. أين النص على دور القاضي في امتحانه للبنود التعسفية وإعطائه السلطة الكافية في مقاربتها وصولاً للحكم عليها ؟ أين النص على لجان متخصصة تهتم بدراسة البنود التعسفية بشكل دقيق، تواكب التطور التشريعي العالمي في هذا المجال وتقترح التعديلات اللازمة وتقدم التوصيات في سبيل حماية أكبر من هذه البنود ؟ أيضاً وفيما يتعلق بقائمة

---

[645])راجع صفحة 96 وما يليها.

[646])مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 768.

البنود التعسفية، فإن المشرع نص عليها دون أن يعلمنا إذا ما كانت بنوداً تعسفيةً قاطعة بغض النظر إذا ما أدت إلى إخلال بالتوازن العقدي أم لا ؟ كل هذه التساؤلات بالإضافة إلى أخرى تعبر عن الواقع التشريعي الشحيح فيما خص البنود التعسفية وعملية مكافحتها.

لكن وبالمقابل، فإن المشرع اللبناني لا يتحمل وحده القصور في مكافحة البنود التعسفية، حيث أنه وعلى الرغم من قيامه بالنص على البطلان المطلق لها إذا ما وُجدت في عقد الإستهلاك، كما وإعطائه جمعيات حماية المستهلك الحق في الدفاع والإدعاء خدمة لمصلحة المستهلك، نرى أن هذه الجمعيات لم تستفد من ذلك ولم تقم بإدعاء يُذكر في سبيل مكافحة البنود التعسفية على انتشارها في العقود التي تجمع المحترف والمستهلك من جهة، وعلى اتساع هامش التدخل من قبل الجمعيات المذكورة في مكافحتها في العقود التي أُبرمت وفي نماذج العقود أيضاً. كما أن المستهلك لم يقم بدوره بتحرك ملحوظ في هذا الشأن.

إن كل ما سبق يستدعي تدخلاً عاجلاً من المشرع لتنظيم أحكام البنود التعسفية في قانون الموجبات والعقود وقانون حماية المستهلك على السواء، بما يحقق الإستقرار القانوني ويؤمن استقرار التعاملات كما ويشكل حماية فاعلة للطرف العقدي الضعيف أينما وُجد.

الخاتمة

إن مفهوم البند التعسفي هو فكرة عامة تتلخص في وجود بندٍ يؤدي إلى إخلال مؤثر بالتوازن بين حقوق وموجبات كل من أطراف العقد. فالمشرع أقر صراحة قبوله بالإخلال البسيط من جهة، كما أن تطلب الإخلال الفاحش أو البليغ يمكنه أن يؤدي في العديد من الحالات إلى صعوبة في إثباته من جهة أخرى، وهذا ما يتنافى مع أبسط قواعد الحماية. ويجري تقدير الإخلال بالتوازن عند إنشاء العقد وبالنظر إليه ككل.

وفي غياب تشريع عام يحدد هذا المفهوم، لجأ الإجتهاد والفقه إلى العديد من الوسائل التي تساعد على استيعابه. فبدءاً من عيوب الرضى، النظام العام والآداب العامة، حسن النية وصولاً إلى نظرية الإساءة في استعمال الحق، حاولوا إيجاد هذا المفهوم. وقد أجادوا في ذلك حيث أصبح بإمكان المتضرر من البند التعسفي - الطرف الذي يستغل المحترف أو الطرف القوي اقتصادياً حاجته للتعاقد[647] - الإستناد على أحكام النصوص التي ترعى هذه المواضيع ليتنصل منه، ولو أنها تعتبر غير كافية. فنظام الغبن في قانون الموجبات والعقود على سبيل المثال (الأقرب إلى مفهوم البند التعسفي) لا يعطي المغبون حتى عند تحقق الشروط المطلوبة سوى المطالبة ببطلان العقد جملة في حين أنه يكون في مصلحته أن لا يطيح بالعقد كله إنما أن يطلب بطلان البند وحسب.

لذلك، فإنه لا يجب على المشرع اللبناني الإستمرار بالموقف السلبي تجاه التطورات ومقتضيات المصلحة العامة التي تعتبر أكثر المتضررين من البنود التعسفية. فبعد الإطلاع على مختلف التشريعات العربية والأجنبية، الرومانوجرمانية والأنكلوساكسونية، يمكننا القول أن التشريع اللبناني يكاد يكون التشريع الوحيد الذي لم ينص على البند التعسفي في القانون العام، إنما عرفه في إطار قانون خاص وهو قانون حماية المستهلك، وأعطى مفهوماً للبند التعسفي هو نفسه المفهوم ذات المعيار الموضوعي إنما بعد تقييده بطابع شخصي إذا صح التعبير، فاشترط حصول الإختلال بالتوازن بين المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير.

ولتحقق المفهوم ذات المعيار الشخصي للبنود التعسفية، يجب أن يتواجد في العلاقة التعاقدية طرفان، أحدهما مستهلك والآخر محترف، وعلينا أن ننظر إلى صفة الشخص في كل عقد على حدة، إذ إن الشخص نفسه يكون مستهلكاً في بعض العقود ومحترفاً في أخرى. وبهذا المعطى جاء قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 14 آذار 2018[648].

---

[647])د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد، ص. 210.

[648])Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 14 mars 2018, N° de pourvoi: 17-10320 : "*qu'en particulier, **une même personne pouvant être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et un opérateur économique dans le cadre d'autres opérations**, les juges*

ويعود للقضاء الدور الرئيس في الرقابة على البنود التعسفية وتقديرها، حيث يوجد شبه إجماع تشريعي، إجتهادي وفقهي يعطي القضاء هذه السلطة في إطار عقود الإستهلاك وخارجه. وفي هذا الإطار الأخير، تصبح مهمة القاضي اللبناني أصعب بأضعاف مع غياب النصوص التشريعية التي ترشده في ذلك، وعليه أن يبذل قصارى جهده عند حله للنزاع عبر إيجاد توليفة من المبادىء العامة مع بعض النصوص التي تتناول هذا الموضوع بصورة غير مباشرة إضافة إلى الإعتماد على الإجتهاد والفقه في هذا المجال. وهذا ما يحدث فعلاً، حيث أن الإجتهاد الحديث وفي خطوة لافتة يذهب في الحذر من تطبيق البنود التعسفية خارج عقود الإستهلاك وإلى حدّ إبطالها.

ولكن لكي يوقع القاضي الجزاء على البنود التعسفية، عليه أن يتأكد من وجودها في عقود يطالها الجزاء أولاً، ومن ثم النظر إلى البنود نفسها والتمعن فيما إذا كانت بنوداً يشملها الجزاء، مع الإشارة إلى أن المبدأ هو خضوع جميع العقود والبنود له.

وهذا الجزاء يمكن أن يأخذ أشكالاً عدة، إلا أن أبرزها هو البطلان المطلق بحسب نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك، أو تعديله كما نصت بعض التشريعات العربية والإجتهاد الأجنبي، إضافة إلى العديد من الجزاءات الأخرى التي يستطيع القاضي أن يحكم بها في كل حالة على حدة إذا ما استند إلى النصوص التي استشهد بها الفقهاء في سبيل الحماية من البنود التعسفية.

إذن، إن موضوع البند التعسفي في العقد هو من المواضيع الشائكة والملحّة في آن، كما ويستدعي تدخل المشرع لتنظيم أحكامه بشكل محكم. وحده المستقبل كفيل بالجواب على هذا الطرح، نرجو أن يكون قريباً وشافياً.

---

sont tenus, pour exclure la qualité de consommateur, de caractériser en quoi le contrat en cause, tant par sa finalité que par sa nature, se rattache à l'activité professionnelle du contractant ;".

المراجع

أولاً : الكتب والمؤلفات

1- باللغة العربية :

- إدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2007، مكتبة صادر ناشرون ش.م.م.

- جورج ومرسال سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، بيروت، الطبعة الثانية، 1994.

- خالد خضر الخير، المبادىء العامة في القضاء الإداري، 2014، المؤسسة الحديثة للكتاب.

- خليل جريج، النظرية العامة للموجبات والعقود، ح 2، بيروت 1958.

- عاطف النقيب، في تقديمه لكتاب د. منصور عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، الطبعة الأولى، 1987.

- عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الثانية، 1998، المنشورات الحقوقية صادر.

- عبدالمنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، 2016، منشورات زين الحقوقية.

- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات الموجبات المدنية، الطبعة السادسة، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية.

- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية.

- هدى العبدالله، دروس في القانون المدني، النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2008، منشورات الحلبي الحقوقية.

2- باللغة الفرنسية :

- Aristote, Éthique de Nicomaque, Livre V, ch. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.

- Carole AUBERT DE VINCELLES, DROIT DES OBLIGATIONS – Tome I, EXAMEN DU CRFPA 2016, SUPPORT DE COURS, Prépa Dalloz, Session 2016.

- Cécile Delforge, Jean-Luc Fagnart, Hervé Jacquemin, Fabienne Kéfer, Sophie Lebau et Aurélie Mortier, Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels, 2013, Anthemis s.a.

- Cécile PERES-DOURDOU, La règle supplétive, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 421, 2004.

- Christophe CARON, « Le consommateur et le droit d'auteur », in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004.

- Hélène Davo et Yves Picod, Droit de la consommation, 2e éd., Sirey, coll. Université, 2010.

- Jacques Gestin, Grégroire Loiseau et Yves-Marie Serinet : LA FORMATION DU CONTRAT, Tome 1 : Le contrat_Le consentement, 4eédition, 2014, LGDJ, Point Delta.

- Jean Calais-Auloy, Henri Temple, Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010.

- Natacha Sauphanor-Brouillaud, Elise Poillot, Carole Aubert de Vincelles et Geoffray Brunaux : LES CONTRATS DE CONSOMMATION REGLES COMMUNES, 2013, LGDJ, Lextenso.

- Nathalie RZEPECKI, DROIT DE LA CONSOMMATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT, UNIVERSITÉ DE DROIT-D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE, INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

- Philippe Malaurie et Laurent Aynès, Cours de droit Civil, Les obligations, Editions Cujas. 1990.

- Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK : DROIT DES OBLIGATIONS, 9eédition, 2017, LGDJ, Lextenso.

- Philippe Stoffel-Munck, L'ABUS DANS LE CONTRAT : ESSAI D'UNE THEORIE, 2000, LGDJ.

ثانياً : الدراسات، الأبحاث والمقالات

1- باللغة العربية :

- بشار المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني : دراسة مقارنة، مجلة العلوم الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، العدد التسلسلي 22، رمضان/شوال 1439 ه- يونيو 2018 م.

- حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة بغداد.

- محاضرات في قانون حماية المستهلك، الفصل الخامس، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، الفرع الثالث، (www.uldroit3.com).

2- باللغة الفرنسية :

- Aurélien Bamdé, L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ), Droit des contrats, 11 janvier 2017. (https://aurelienbamde.com).

- Aurélien Bamdé, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité: régime juridique, 16 novembre 2019. (https://aurelienbamde.com).

- Benoît MOORE, Les clauses abusives : Dix ans après, 2003, la revue du barreau.

- Brigitte LEFEBVRE, LE CONTRAT D'ADHÉSION, Vol. 105, septembre 2003.

- Florence G'sell, [DECODE] Condamnation de Google pour clauses abusives: ce que le TGI reproche au géant américan, 13/3/2019. (https://www.frenchweb.fr).

- Francois Terre et Yves Lequette, Numéro du document : GACIV/12/2007/0012, Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007, p. 123, cahier n° XX du 00-00-0000, Type de document : 16, Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 25-02-1997 n° 94-19.685.

- J. Gordley, The Philosophical Origins of Modem Contract Doctrine, Oxford, Clarendon Press, 1992.

- Jean-Pascal Chazal, Justice contractuelle.

- Manuela Lavinia ISTRÂTOAIE, LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS, Université de Craïova.

- Marie Nioche, Commentaire de l'arrêt Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, par Jeremy Attali, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 30/08/2010. (https://blogs.parisnanterre.fr)

- Nathalie CROTEAU, LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI.

- Professeur Habib Kazzi, DROIT de la PROTECTION du CONSOMMATEUR, Université Libanaise, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Branche II .

- Rabih CHENDED, Lutte contre les clauses abusives par les droits communs français, libanais et égyptien.

- Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Érudit, Journals, Les Cahiers de droit, Volume 51, Number 1, mars 20 2010, Online publication : July 20 2010. (https://www.erudit.org)

- Union des consommateurs, METTRE UN FRIEN AUX CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE CONSOMMATION, Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Septembre 2011.

ثالثا : الأطروحات والرسائل

1- باللغة العربية :

- الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، جامعة كربلاء، كلية القانون.

- حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستير، الجمهورية الجزائرية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، شعبة : الحقوق والعلوم السياسية، تخصص : عقود ومسؤولية، السنة الدراسية 2018/2017.

- سعدي عبدالقادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص : قانون اجتماعي، 2015-2016.

- مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون، ماجستير : فرع حماية المستهلك والمنافسة، السنة الجامعية 2015/2014.

2- باللغة الفرنسية :

- Claire-Marie PEGLION-ZIKA, LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit privé.

- Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition dereconnaissance de la force obligatoire du contrat?, Institut de droit comparé, Université McGill, Juillet 2001, Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures-comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.).

- Jessica Dombre, L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation, Université Montpellier I, Master II Droit de la concurrence et de la consommation, CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU

MARCHE (UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit), Master II Consommation et concurrence, Année universitaire : 2010/2011.

- Mona Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, THÈSE Soutenue le : 24 Octobre 2017, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, ÉCOLE DOCTORALE Droit-science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351].

- Nathalie DOUCHE-DOYETTE, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Université de Lorraine, Faculté de Droit-Sciences Economiques et Gestion, Ecole doctorale Scriences Juridiques Politiques-Economiques et de Gestion, Institut François Geny-CERCLAB.

- Romain Loir, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Session 2001/2002, M*é*moire de DEA droit des contrats pr*é*par*é* sous la direction de Christophe Jamin, Ecole doctorale n° 74, Lille 2.

رابعا : الدوريات

- المحامون.

- مجلة العدل.

- Encyclopédie Dalloz.

- Gazette du palais.

- Jurisclasseur commercial.

- Jurisclasseur répertoire natorial.

- Recueil Dalloz.

- Revue des contrats.

- Revue Trimestrielle de droit civil.

- Revue Trimestrielle de droit commercial.

خامساً : المواقع الإلكترونية الإجتهادية والحقوقية

- الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الفرنسية (www.courdecassation.fr).

- مركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية (www.legallaw.ul.edu.lb).

- www.legifrance.gouv.fr.

سادساً : المعاجم

- وليد غمرة، المعجم القانوني فرنسي – عربي، الطبعة الأولى ، 2015، المؤسسة الحديثة للكتاب.

- إبراهيم نجار، أحمد زكي، يوسف شلالا، القاموس القانوني فرنسي – عربي، الطبعة الثامنة، 2001، مكتبة لبنان ناشرون.

- معجم الغني. (https://www.almaany.com)

- معجم معاني الجامع. (https://www.almaany.com)

- Larousse. (https://www.larousse.fr.)

فهرست أبجدي

(الأرقام تحيل إلى الصفحات)

(أ)

إثارة عفواً، 106

إخلال بالتوازن العقدي، 74

آداب عامة، 32

إساءة استعمال الحق، 43، 98

أصول الدعوى، 144

(ب)

بند تعسفي :

- تعريف البند التعسفي :
  1. موضوعي، 23
  2. شخصي، 47
- معيار شخصي، 47
- معيار موضوعي، 14
- مفهوم البند التعسفي، 13
- مكافحة البند التسعفي، 92

بنود مستثناة، 135

بنود يشملها الجزاء، 130

(ت)

تقدير الإخلال :

- معايير تشريعية، 80
- معايير فقهية واجتهادية، 84

(ج)

جزاء البند التعسفي :

- جزاء خارج عقد الإستهلاك، 151
- جزاء في عقد الإستهلاك، 147
- حكم بالجزاء، 138
- طبيعة الجزاء، 147
- نطاق الجزاء، 122

جمعيات حماية المستهلك، 138

(ح)

حق العدول، 117

(د)

دلالة غير مباشرة، 39

دلالة مباشرة، 28

(ر)

رقابة قضائية، 100

(س)

سوء نية، 39، 75، 95

(ع)

عقد إذعان، 123

عقد استهلاك، 48، 73، 100، 104، 112، 122، 132، 138، 147

عقود يطالها الجزاء، 123

عيوب الرضى، 29، 94، 114، 152

(غ)

غير المهني، 54، 66

(ق)

قوائم البنود التعسفية، 77

(م)

مبدأ التوازن العقدي، 19

مبدأ الحرية التعاقدية، 15

محترف، 55، 59

مستهلك، 66

معيار التعسف، 73

موجب الإعلام، 111

(ن)

نصوص عامة في الحماية، 94

نظام عام، 31

(و)

وسائل الحماية، 93

جدول المحتويات

المقدمة 9

الباب الأول : مفهوم البند التعسفي..... 13

العنوان الأول : المعيار الموضوعي للبند التعسفي..... 14

الفصل الأول : في ضوء المبادىء الرئيسية للعقود.....14

القسم الأول : مبدأ الحرية التعاقدية 15

الفقرة الأولى : تعريف مبدأ الحرية التعاقدية 15

الفقرة الثانية : الرابطة بين مبدأ الحرية التعاقدية والبند التعسفي..... 17

القسم الثاني : مبدأ التوازن العقدي 19

الفقرة الأولى : تعريف مبدأ التوازن العقدي 19

الفقرة الثانية : دور مبدأ التوازن العقدي في تعريف البند التعسفي..... 23

الفصل الثاني : في ضوء النصوص القانونية العامة..... 27

القسم الأول : البنود التعسفية بدلالة مباشرة..... 28

الفقرة الأولى : البنود المخالفة للأحكام القانونية العامّة للعقد 28

الفقرة الثانية : البنود الباطلة بحالات خاصة..... 33

القسم الثاني : البنود التعسفية بدلالة غير مباشرة..... 39

الفقرة الأولى : البنود المدرجة عن سوء نية..... 39

الفقرة الثانية : البنود المنطوية على الإساءة في استعمال الحق 43

العنوان الثاني : المعيار الشخصي للبند التعسفي 47

الفصل الأول : عقد الإستهلاك كمحل للبند التعسفي 47

القسم الأول : مفهوم عقد الإستهلاك 48

الفقرة الأولى : تعريف عقد الإستهلاك 48

الفقرة الثانية : أشكال عقد الإستهلاك 55

القسم الثاني : أطراف عقد الإستهلاك 59

الفقرة الأولى : المحترف (Le profesionnel)..... 59

الفقرة الثانية : المستهلك أو غير المهني (Le consommateur ou non professionnel) 66

الفصل الثاني : معيار التعسف في عقد الإستهلاك : الإخلال بالتوازن العقدي..... 73

القسم الأول : مفهوم الإخلال بالتوازن العقدي 74

الفقرة الأولى : تعريف الإخلال بالتوازن العقدي 75
الفقرة الثانية : قوائم البنود التعسفية 77
القسم الثاني : تقدير الإخلال بالتوازن العقدي 79
الفقرة الأولى : المعايير التشريعية 80
الفقرة الثانية : المعايير الفقهية والإجتهادية 84

الباب الثاني : مكافحة البند التعسفي 92

العنوان الأول : وسائل الحماية ضد البند التعسفي 93
الفصل الأول : الوسائل العامة للحماية 93
القسم الأول : النصوص العامة للحماية 94
الفقرة الأولى : النصوص الفاعلة في الحماية..... 94
الفقرة الثانية : النصوص الأقل فاعلية في الحماية 98
القسم الثاني : الرقابة القضائية على البند التعسفي 100
الفقرة الأولى : سلطة القاضي في الحكم على البنود التعسفية 100
الفقرة الثانية : سلطة القاضي في إثارة البنود التعسفية عفواً..... 106
الفصل الثاني : الوسائل الخاصة للحماية..... 111
القسم الأول : موجب الإعلام المفروض على المحترف..... 111
الفقرة الأولى : تعريف موجب الإعلام..... 111
الفقرة الثانية : جزاء الإخلال بموجب الإعلام..... 113
القسم الثاني : حق المستهلك في العدول 117
الفقرة الأولى : تعريف حق العدول 117
الفقرة الثانية : نطاق حق العدول 119

العنوان الثاني : الجزاء المترتب على البند التعسفي 122
الفصل الأول : نطاق الجزاء..... 122
القسم الأول : العقود التي يطالها الجزاء..... 123
الفقرة الأولى : عقد الإذعان كمحل للبند التعسفي 123
الفقرة الثانية : الطابع الشخصي في عقد الإذعان 128
القسم الثاني : البنود التي يشملها الجزاء..... 130
الفقرة الأولى : الطابع التعسفي لبنود لها نظامها القانوني الخاص..... 130
الفقرة الثانية : البنود المستثناة من طابع التعسف..... 135
الفصل الثاني : الحكم بالجزاء 138
القسم الأول : دعوى البند التعسفي..... 138

الفقرة الأولى : الجهات المخولة ممارسة الدعوى..... 138
الفقرة الثانية : الأصول المقررة للدعوى..... 144
القسم الثاني : طبيعة الجزاء..... 147
الفقرة الأولى : جزاء البند التعسفي في عقد الإستهلاك..... 147
الفقرة الثانية : جزاء البند التعسفي خارج عقد الإستهلاك..... 151

الخاتمة..... 155

المراجع..... 157

فهرست أبجدي.....164