العنوان:	حماية المستهلك من الشروط التعسفية
المصدر:	المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية
الناشر:	يونس الزهرى
المؤلف الرئيسي:	خليل، زكرياء
المجلد/العدد:	ع11,12
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2016
الصفحات:	15 - 45
رقم MD:	781093
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	حماية المستهلك، حماية المستهلك - قوانين وتشريعات، الشروط التعسفية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/781093

© 2026 المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو المنظومة.

للإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

خليل، زكرياء. (2016). حماية المستهلك من الشروط التعسفية.المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع11,12، 15 - 45. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/781093

إسلوب MLA

خليل، زكرياء. "حماية المستهلك من الشروط التعسفية."المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائيةع11,12 (2016): 15 - 45. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/781093

© 2026 المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو المنظومة.

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

من إعداد الدكتور *زكرياء خليل*
أستاذ بكلية الحقوق بمراكش

تمهيـــد:

غالبا ما يحرص المورد باعتباره بائعا مهنيا على تولي صياغة العقد الذي يربطه بالمستهلك، وهو يستغل ذلك لإدراج ما شاء من الشروط المجحفة خدمة لمصالحه، وقد تطور هذا الواقع من خلال اعتماد عقود نموذجية في تعاقد البائع المهني مع المستهلك.

ولتجاوز ذلك عمل كل من الفقه والقضاء والتشريع – كل بدوره– على مقاومة وجود مثل هذه الشروط في العقود، نظرا لآثارها البالغة الضرر على الطرف الضعيف فيها، حيث اجتهد الفقه في استخلاص ما يقاوم هذه الشروط من خلال القواعد العامة، بينما عمدت بعض التشريعات الحديثة إلى مواجهتها بصورة صريحة مباشرة، وتبعا لذلك نشأ ما يمكن الاصطلاح عليه التزاما يقع على عاتق البائع المهني مفاده عدم جواز إدراج شروط تعسفية في عقد البيع.

أما بخصوص التشريع المغربي، فإنه لم يكن قبل صدور القانون رقم 08-31 يتضمن أية مقتضيات تنظم الشروط التعسفية وآثارها باستثناء ما نص عليه الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الأخيرة الذي أعطى للمحكمة السلطة في مراجعة التعويض الاتفاقي الذي اتفق عليه الطرفان وأدرجاه في العقد، حيث جاء في الفقرة المذكورة ما يلي:"يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته

إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي".

وبعد ذلك صدر القانون رقم 08-31 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك والذي جاء القسم الثالث منه معنونا بحماية المستهلك من الشروط التعسفية. وقد تضمن هذا القسم مجموعة من المقتضيات التي تحدد معايير تحديد الشروط التعسفية كما أورد بعض الأمثلة عليها، فضلا عن ذلك فقد نص صراحة على بطلان هذه الشروط واعتبر مقتضيات هذا القسم من النظام العام واستنادا على ذلك يمكننا أن نستشف أن هناك تنصيص ضمني من المشرع على إلزام البائع المهني بعدم إدراج شروط تعسفية في العقود التي يبرمها مع زبنائه من المستهلكين.

ولدراسة مسألة الشروط التعسفية سنعمل على تقسيم هذا الموضوع إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي ومعايير تحديده

المطلب الثاني: آثار الشروط التعسفية

المطلب الأول:

مفهوم الشرط التعسفي ومعايير تحديده

من أهم آثار إعمال مبدأ الحرية التعاقدية، إطلاق الإرادة في تكوين العقود وفي تحديد آثارها، إلا أنه وبسبب تغير العوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية ظهر نوع من التفاوت البارز بين مقومات القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية بين طرفي عقد البيع، مما أدى إلى خلق مناخ غير ملائم لإبرام العقود والتصرفات، تمكن البائع المهني في إطاره من أن يدرج في العقد الشروط التي تتحقق بها مصالحه بصورة مبالغ فيها، مما جعل العلاقة

العقدية تتسم بالتعسف والإجحاف إلى الحد الذي نال من توازنها. وتبعا لذلك تم العمل على مواجهة هذه الشروط التعسفية ومنع إدراجها، بهدف حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة، من خلال تقرير بطلان كل الشروط التي تتسم بالتعسف، وإبطال كل آثارها.

فما هو مفهوم الشرط التعسفي، وما هي معايير تحديده؟

الفقرة الأولى: مفهوم الشرط التعسفي

تناول الفقه القانوني أولا دراسة وتعريف الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا، فمن حيث المصدر، فقد إعتبر الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوعه[1]. ومن حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية[2] والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض المصرية إلى تعريفه بأنه ذلك الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد ومخالفا للنظام العام[3]. ومن حيث الآثار، فهو الشرط الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما ينتج عنه من وجود اختلال في توازنه[4].

وفي عقود البيع المبرمة بين بائع مهني ومستهلك التي تتميز بوجود تفاوت في عوامل القدرة العلمية والاقتصادية بين أطرافها، فإن أوجه تناول الشرط

---

[1] - CARNET (O), réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, RTD. Com. 1982, T 1, p. 19.

[2]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل مبدأ حرية التعاقد مضمونه ومداه، دراسة تحليلية لمدى دور الإرادة في التعاقد، مجلة المحامي الكويتية، السنة 19، أبريل-مايو-يونيو 1995، ص.73.

[3]- نقض مدني مصري 21 ابريل 1990، مجموعة أحكام النقض، سنة 11، رقم 50، ص.330.

[4]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، ط.غ.م، 1994، ص. 212.

التعسفي فيها جاءت في إطار هذا المفهوم، فقد اعتبره بعض الفقه[1] شرطا في العقد، يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على العقد الرابط بينهما. ويتجلى عدم التوازن في استفادة الطرف المهني من ميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك[2]. وبمعنى آخر فهو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة.

وذهب بعض الفقه[3] إلى اعتبار الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح ذلك الذي يفرضه على المتعاقد الآخر الذي لا خبرة له، أو ذلك المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر.

وأكد بعض الفقه الفرنسي[4] أن من قبيل التعسف، الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح له ميزة فاحشـــة عن الطرف الآخر، أو هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه إفراغ الالتزام الأساسي للعقد بالنسبة للمهني من أي محتوى أو مضمون[5].

وقد تصدى المشرع الفرنسي للشرط التعسفي من خلال المادة 35 من القانون الصادر في 10 يناير 1978، بشأن حماية وإعلام المستهلكين في

---

[1]- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، 1998. ص 53.

[2]- نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، زهران للنشر والتوزيع، عمان، ط.غ.م، 1991، ص.39.

[3]- حمد الله محمد حمد الله، م.س، ص.53.

[4] - CALAIS AULOY (J), droit de la consommation, 5eme éd. Dalloz, 1992. n° 140, p. 134.

[5]-BOURGOIGNE (Thierry), Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur: clauses en sursis? op. cit. p. 266.

العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين، حيث منع الشروط المفروضة على المستهلكين من خلال استغلال النفوذ الاقتصادي للطرف المهني و التي تمنح هذا الأخير ميزة مبالغ فيها[1].

أما بالنسبة للمشرع المغربي فهو لم يكن ينظم الشروط التعسفية ولم يفردها بنصوص قانونية خاصة، باستثناء ما تضمنته الفقرة الأخيرة من الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود، التي خولت للمحكمة السلطة في تعديل التعويض الإتفاقي باعتباره قد يشكل أهم تجليات التعسف في استعمال الحق.

إلا أنه حاول تدارك ذلك من خلال قانون رقم 08-31 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك، والذي أفرد للشروط التعسفية القسم الثالث منه، إذ عرفت المادة 15[2] منه الشرط التعسفي بأنه كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك.

هذا ولا تغير وسيلة إبرام العقد في تعريف الشرط التعسفي، بمعنى أن المقتضيات القانونية المنظمة للشرط التعسفي تسري على عقود البيع المبرمة

---

[1]- Arti 35 du loi de 10 Janvier 1978 Stipule:
«Dans les contrats conclus entre professionnel et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées… les clauses relatives au…, lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confièrent à cette dernière un avantage excessif».

[2]- تنص المادة 15 من القانون. 08-31 المتعلق بحماية المستهلك على ما يلي:
"يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك.
دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد. وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذون الضمان والقوائم أو أذون التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا."

عبر الطرق العادية أو تلك المبرمة بوسائل إلكترونية. كما أن هذا الشرط يعتبر تعسفيا سواء تم التفاوض عليه مباشرة أو تم إعداده مسبقا، وتمت الإحالة عليه في العقد. ولابد أن يكون هذا الخلل على حساب المستهلك، إلا أن المشرع لم يبين المقصود بعبارة "على حساب المستهلك"، هل تعني المساس بحقوقه الاقتصادية أم المادية أم المعنوية أم الثقافية أم تعني المس بالتوازن العقدي؟

ويظهر من خلال هذا التعريف أن المشرع اعتمد معيارا يقوم أساسا على توفر قدر من الخلل بين حقوق والتزامات طرفي العقد، دون أن يشير إلى مسألة استغلال التفوق الاقتصادي والفني الذي يتمتع به البائع المهني، وهذه المسألة مهمة لأن المستهلك يكون مدفوعا بحاجته إلى السلعة أو الخدمة، في حين يكون البائع المهني في موقع المتحكم في بيع هذه السلعة أو الخدمة.

ولذلك نقول بأن التعريف التشريعي جاء ناقصا حينما لم يشر إلى مسألة استغلال البائع لتفوقه الاقتصادي والفني لفرض هذا النوع من الشروط التي تتسم بالتعسف.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف الشرط التعسفي في عقود البيع بأنه بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه، اشترطه طرفه القوي بماله من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة مبالغ فيها له على حساب الطرف الآخر دون مبرر قانوني، ومن خلال هذا التعريف يظهر أن الشرط التعسفي يتحقق من خلال عنصرين:

أولهما: قيام البائع المهني في ضوء نفوذه الاقتصادي باستغلال حاجة المستهلك بصورة مستفزة، وثانيهما: ذلك الأثر الذي يترتب على هذا

الاستغلال، وهو تحقيق استفادة مبالغ فيها للمهني على حساب المستهلك[1]. وهذا يحيلنا إلى دراسة معايير تقدير الشروط التعسفية.

الفقرة الثانية: معايير تقدير الشروط التعسفية

من خلال التعرض لمفهوم الشرط التعسفي يمكن استخلاص معايير تحديد الشروط التعسفية استنادا لعنصرين، أولهما اقتصادي يتمثل في تعسف النفوذ الاقتصادي وثانيهما قانوني يتجلى في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني. وهذان المعياران مرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة. بحيث يؤدي الأول حتما إلى الثاني، لأن الشرط لا يكون تعسفيا إلا عندما تكون الميزة الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني ناتجة عن تعسف هذا الأخير في استعمال سلطته ونفوذه الاقتصاديين[2].

أولا: تعسف النفوذ الاقتصادي للمهني: يثير هذا المعيار مسألتان، الأولى تتعلق بطبيعة هذا التعسف والأخرى بمعيار تقديره.

فمن حيث طبيعته نجد أن من أهم آثار الشرط التعسفي في مرحلة إبرام العقد، أن يتسبب في تعييب الرضا والمساس بالإرادة، لأنه يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة[3]، لذلك وصفه بعض الفقه[4]، بأنه تعسف في الموقف، تمييزا له عن التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة، وهو الذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، ويبدو ذلك

---

[1]- AYNES (Laurent), Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité en Europe, droit français, acte du colloque des 13 et 14 déc. 1990, L.G.D.J. p. 14. .
- CALAIS AULOY (J), l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, op. cit. p. 246.

[2]- هذين المعيارين تم التنصيص عليهما صراحة في المادة 35 من القانون رقم 10 يناير 1978 الفرنسي

[3]- GHESTIN (J), L'abus dans les contrats, Gaz. Pal. 1981, 2, doc. p. 379.

[4] - ouvrage précité, p. 379.

منطقيا في ضوء ما تشهده المعاملات في الوقت الحاضر من تفوق الطرف المهني اقتصاديا وعلميا بالمقارنة بالمستهلك، وهو الأمر الذي تتضح معه مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة، وبالتالي إمكانية فرض شروط عليه، وهو الذي لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون أن تتوافر لديه إمكانية حقيقية للمناقشة وما يؤدي إليه ذلك -يقينا- من انعدام المقدرة على الاختيار[1].

لكن الإمكانيات التي يتمتع بها البائع المهني والتي بمقتضاها يحرر العقد بشكل منفرد ومسبق ويضمنه شروط مجحفة في حق المستهلك، ليست نابعة من حقه في إملاء هذه الشروط بقدر ما هي نتيجة لوضعه القوي على المستويين الاقتصادي والتقني الذي يستغله لما فيه مصلحته على حساب مصلحة المستهلك[2].

فقيام البائع المهني بتحرير العقد بشكل منفرد أمر فرضته الظروف الاقتصادية، بل أصبح ضرورة لا غنى عنها في المجتمع الاستهلاكي وهذا لا يمكن أن يفسر على أنه شرعنة للتحرير المنفرد للعقد بل هو استغلال لوضع واقعي وليس حقا شخصيا، وهنا تبدو صعوبة الاعتماد على المفهوم التقليدي لمبدأ التعسف في استعمال الحق لتبرير إدراج الشروط التعسفية في العقد الرابط بين البائع المهني والمستهلك.

أما من حيث آليات تقدير هذا المعيار فقد يبدو الأمر أكثر غموضا إذا اعتبرنا أن القوة الاقتصادية للمهني تقاس في ضوء حجم المشروع الذي يستغله

---

[1]- STOFELL MUNCK (Philippe), L'abus dans le contrat, op. cit. p. 302.

- حمد الله محمد حمد الله، م.س، ص.59.

[2]- نزهة الخالدي الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية – عقد البيع نموذجا-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، 2004، جامعة محمد الخامس-أكدال، ص 74.

والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه، إلا أننا نـــرى أن ضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية فقد يتمتع مشروع صغير بقوة توازي قوة مشروع كبير، وهذا ما قد يتجسد بشكل كبير في عقود البيع الإلكترونية، ذلك أن البائع المهني أو التاجر السيبراني قد يفرض على زبنائه من المستهلكين مجموعة من الشروط ذات الطابع التعسفي، وقد يتوقف التعاقد الإلكتروني مع الزبون على قبول هذه الشروط محتجا في ذلك بالمزايا التي قد تمنحها هذه الوسيلة من التعاقد للمستهلك، وبذلك قد تكون الوسيلة المقترحة للتعاقد مبررا لفرض بعض الشروط التعسفية بغض النظر عن مسالة التفوق الاقتصادي.

لذلك يمكن القول أن كل شرط يدرجه البائع المهني في العقد يؤدي إلى انعدام التوازن بين طرفيه يعتبر شرطا تعسفيا.

ثانيا: الميزة المفرطة أو الفاحشة أو المفرطة التي يحصل عليها البائع المهني:

لا يكفي لاعتبار الشرط تعسفيا أن يكون هذا الشرط ناتجا عن تعسف النفوذ الاقتصادي للبائع المهني بل لابد من أن يؤدي إلى حصول هذا الأخير على ميزة فاحشة.

وإذا كان معيار الميزة الفاحشة، ينبني أساسا على عدم التوازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد نظرا لعدم التعادل بين التزامات الأطراف، فإن غموضه يثير التساؤل حول طبيعته عدم التوازن هذا و كيفية تقديره، هل من الضروري أن تكون الميزة ذات طابع مالي أم أنها قد تشمل جميع أنواع المزايا وهل ينظر فيها إلى الشرط التعسفي عن غيره من بنود العقد؟ أم انه يتعين النظر إلى العقد في مجمله؟

وقد يتبادر إلى الذهن أن الميزة الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني بمناسبة التعاقد، ذات طابع مالي من خلال إعفاءه من المسؤولية و تقليص التزاماته، ولكن الحقيقة أكثر من ذلك، بحيث يمكن أن يمس التعسف أحد الحقوق الأساسية للمستهلك، كالحق في الاختيار والحق في الاختلاف والحق في الحرية التعاقدية، والحق في احترام الحياة الشخصية للأفراد.

وتبعا لذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن أمر تقدير الصفة التعسفية، فيما يتعلق بهذا العنصر، لا يجوز أن تهم محل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن، وإنما تعتمد على مدى وجود اختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات الواقعة على البائع المهني.

ويرى هذا الفقه[1] أنه يجب تقدير المنفعة التي حصل عليها البائع المهني في ضوء مضمون العقد الذي يتضمن هذا الشرط وغيره من العقود الأخرى المرتبطة به، فقد يبدو الشرط تعسفيا، ولكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء مجموع العمليات التي ظهر بمناسبتها، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني تخفيض في ثمن السلعة المعروض على المستهلكين.

ولتقدير الميزة الفاحشة يجب النظر إلى العقد في مجمله فمن الممكن إذا أخذنا شرطا بمعزل عن غيره من الشروط قد يبدو لنا تعسفيا لكونه يخول احد المتعاقدين ميزة فاحشة، لكن التحليل يجب أن لا يتوقف عند هذا الحد لأنه إذا كان العقد يتضمن شرطا مقابلا يخول المتعاقد الأخر ميزة تجعل

---

[1]-.ROCHFELD (Judith), la formation du contrat : naissance de la clause formellement abusive, J.C.P., la semaine juridique, éd. G. chron, I. 142, N° 24, 11 Juin 2003, p. p/ 1097, 1099. p. 1097.

التزامات الطرفين متعادلة فإن الصفة التعسفية للشرط السابق تنمحي والعقد يبقى متوازنا[1].

وهذا ما حاول المشرع المغربي تكريسه من خلال المادة 16 من القانون رقم 08-31 التي ألزمت المحكمة باحترام قواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود. كما وضعت آليات عملية لتقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، من خلال الرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية[2].

وإذا كان هذا التوجه يبدو منسجما من الناحية النظرية فإنه يطرح مشكلا على المستوى العملي يتجلى في صعوبة قياس التوازن أو التعادل بين الالتزامات من طبيعة مختلفة، مثلا يصعب مقابلة الشرط الذي يخول للمستهلك الحق في فسخ العقد إذا تأخر البائع المهني في تنفيذ التزامه بتسليم المبيع في الموعد المحدد بالشرط الذي يعفي هذا الأخير من المسؤولية أو من الضمان نظرا لخطورة هذا النوع الأخير من الشروط.

---

[1]-Bricks (H) les clauses abusives . L.G.D.J. Paris 1982. P 113

[2]- تنص المادة 16 من القانون. رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك على ما يلي:
"دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية."

بالإضافة إلى ذلك فقد يبدو أن الميزة الفاحشة التي يحصل عليها البائع المهني تتعلق بالثمن أو لها طابع مالي، إلا أن القول بذلك يثير مسالة الغبن، رغم ما نسلم به من اختلاف محل كل منهما، فمحل الغبن ينصب على الثمن بينما في الشروط التعسفية ينصب على الشروط المقترنة بالعقد[1].

وهذا ما حاول المشرع المغربي تكريسه من خلال المادة 17 من القانون رقم 31-08[2] حينما نص صراحة على أن تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط لا يشمل تحديد المحل الأساسي من العقد، ولا ملائمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة.

وبذلك يكون المشرع المغربي قد استفاد من تجربة التشريع الفرنسي في هذا الإطار وتجاوز الإشكالات التي كانت تثيرها المقتضيات التشريعية الأولى التي تنظم الشروط التعسفية. وفي إطار تفعيل المقتضيات المانعة للشروط التعسفية فإن المشرع المغربي لم يكتف بالتنصيص على المعايير التي على أساسها يمكن اعتبار الشرط تعسفيا وإنما أورد في المادة 18 من القانون رقم 08-31 أمثلة لبعض الشروط التعسفية معتمدا على الغرض من هذه الشروط أو ما يترتب عليها من نتائج.

هذا وقد عمد المشرع المغربي إلى وضع مجموعة من المعايير الأخرى لتقدير الشروط التعسفية ومثل ذلك اعتماد النتائج التي يهدف البائع المهني إلى

---

[1]- **BRUSCHE (marc)** , l amélioration de la protection du consommateur, lemy, droit économique n° 145, nov.2001,éd 2001 ,p.20
-CRIDELE(J.P) remarques de principe sur l article35 de la loi N° 87-23 du 10 janvier 1978 relatif a la prohibition des clauses abusives.1984. chron.P.158.

[2]- تنص المادة 17 من القانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك على ما يلي:
"لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة 16 أعلاه، تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملائمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة مادامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة".

تحقيقها من خلال هذه الشروط، سواء كانت تحقق مزايا للبائع المهني على حساب المستهلك أو تنقص من التزاماته، أو تمس بحقوق المستهلك أو وضعت من أجل التخفيف من مسؤولية البائع اتجاه المستهلك[1].

---

[1]- تنص المادة 18 من القانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك على ما يلي:
"مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر الشروط تعسفية، إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15 أعلاه، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:
1- إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته؛
2- احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتوج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها؛
غير أنه، يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه؛
3- إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد؛
4- إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه على هذا الأخير على المورد؛
5- التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينا بإرادته وحده؛
6- فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو إجراءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته؛
7- تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد؛
8- الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ماعدا في حالة وجود سبب خطير؛
9- تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد؛
10- التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد؛

ورغم أن أمثلة الشروط التعسفية لا يمكن أن تقع تحت حصر، ولا سيما أن حرية التعاقد تسمح بالمزيد من التحايل على المقتضيات القانونية المانحة للشروط التعسفية، فإنه يمكن إجمال الأمثلة الواردة في المادة المذكورة تحت أربعة عناوين :

-شروط تعمل على تخفيف التزامات البائع المهني

-شروط تؤدي إلى الزيادة في حقوقه.

-شروط تؤدي إلى الزيادة في التزامات المستهلك.

11- الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك؛

12- التنصيص على أن سعر أو تعريفة المنتوجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفتها دون أن يكون للمستهلك، في كلتي الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أوالتعريفة النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريفة المتفق عليها وقت إبرام العقد؛

13- تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتوج أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو تخويله الحق وحده في تأويل أي شرط من شروط العقد؛

14- تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص؛

15- إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته؛

16- التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه؛

17- إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقا للقانون المعمول به.

في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن الشرط المذكور أعلاه، لا يعفى المدعي من الإدلاء بما يثبت طابعه التعسفي.

(تم تعديل هذه الفقرة بعد مناقشة هذا المشروع أمام مجلس النواب فأصبحت:

في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا، يجب على المورد الإدلاء، بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع)"

-شروط تؤدي إلى المساس بحقوق المستهلك أو حرمانه منها.

وبالإضافة إلى هذه الحالات يمكن أن يعتبر غموض الشرط معيارا لتقدير صفة التعسف فيه متى تبين أن البائع المهني قد يستفيد من هذا الغموض والالتباس، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، وفي هذا الإطار ذهب القضاء الفرنسي في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة النقض إلى اعتبار أن الالتباس والغموض في شأن أحد شروط العقد و بشكل يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية يضفي على هذا الشرط صفة التعسف[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الأخيرة من الفصل 18 من مشروع القانون في صيغتها الأولى كانت تجعل إثبات الطبيعة التعسفية للشرط على عاتق المستهلك، وهذه الصيغة تناقض ما سبق النص عليه في المواد السابقة، بل وتُفرغْ المقتضيات القانونية السابقة من مضمونها. بحيث قد لا يستطيع المستهلك إثبات أن هذا الشرط تعسفي، مما قد يؤدي إلى سقوط حقه في المطالبة بإبطال الشروط التعسفية، كما أن البائع المهني قد يعمد إلى استغلال هذا المقتضى أَسْوَء استغلال. إلا أنه بعد مناقشة هذا المشروع أمام مجلس النواب تم تعديل هذه الفقرة حيث جعل عبء إثبات الطبيعة غير التعسفية للشرط موضوع النزاع على عاتق البائع المهني. ومن تم فعندما يدفع المستهلك بالطابع التعسفي لشرط من الشروط فإن البائع المهني يكون ملزما بأن يثبت الطابع غير التعسفي لهذا الشرط. ومن ذلك يظهر جليا أن المشرع تبنى مفهوما موسعا لحماية المستهلك من الشروط التعسفية عندما ألزم البائع المهني بإثبات الطبيعة العادية للشرط.

---

[1]-Cass.1er ch.civ. 19 juin 2001. SA press labo services contre Mme payan (arrêt n° 1085 juris data N° 010219) ,S cité par **PAISANT (Gilles)**. L'ambiguité d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif. J.C.P. éd.G .21 nov 2001 .p.2160.

المطلب الثاني:

آثار الشروط التعسفية

إن دراسة آثار الشروط التعسفية تقتضي التعرض للقيمة القانونية لهذه الشروط ومدى قوتها الإلزامية، وحدود سلطة القضاء في إلغاء مثل هذه الشروط، وهل يمكن القول إن كل الشروط التي تحمي مصالح البائع المهني تشكل شروطا تعسفية، وهل التوازن العقدي لا يتحقق إلا في غياب وإبطال كل الشروط التعسفية؟ وهل يمكن الحديث عن مسؤولية البائع المهني عن الشروط التعسفية؟ هذا ما سنحاول تبيانه من خلال التعرض لسلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية في فقرة أولى، ثم نعرض لمسؤولية البائع المهني عن الشروط التعسفية في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: سلطات القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

يرى بعض الفقه[1] أن الإلغاء هو الجزاء المناسب للشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، كما يستعمل أحيانا مصطلح الحظر[2]، بينما يتكلم البعض[3] الآخر عن سلطة الرقابة في حين يستعمل البعض مفهوم البطلان[4].

والسبب في جعل البطلان والإلغاء جزاءا للشروط التعسفية، هو أن هذه الشروط تهدد التوازن في العلاقات التعاقدية وتكرس الخلل فيها، كما أنها تضرب

---

[1]-GILLE PAISONT, Brèves remarques sur la proposition du directive du 24/07/1990, relative aux clauses abusives, Rev. Cont. Concu. Conso. Novembre 1991, p. 2.

[2]- A. Sinay CYTERMAN, op. Cit. p. 248.

[3]- Yves GUYON, Droit des affaires, T. 1, Edition A.S.M.P. 1988, p. 871.

[4]- أحمد محمد الرفاعي، م.س، ص.241.

أهم مبدأ ترتكز عليه العلاقات التعاقدية وهو ضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن نية، وهذا قد يشكل دافعا لتشجيع المدينين على التقصير في تنفيذ التزاماتهم[1].

وقد عمل القضاء الفرنسي في البداية على التفسير الضيق للشروط التعسفية، خاصة تلك المتعلقة بتحديد المسؤولية، بحيث تم رفض تطبيقها على الوقائع الجديدة التي لم يتوقع الأطراف حدوثها[2]. حيث كان يتم الرجوع إلى قصد المتعاقدين وقت التعاقد، فيما تضمنته العقود المطبوعة من شروط الحد من المسؤولية، والتأكد مما إذا كانا يهدفان إلى ذلك فعلا أو أن إرادتهما لم تتجه إليه.

وبخصوص هذا النوع من الشروط التعسفية الرامية إلى تحديد المسؤولية أو إلغائها، ذهب بعض الفقه إلى القول بأن تعديلها يجب أن لا يمس جوهر ومضمون العقد، أو الإلتزامات التي تتعلق بالنظام العام. وحينما يكون شرط الإعفاء من المسؤولية صحيحا فإنه يرتب آثاره، إلا أن القضاء الفرنسي رأى بأن شرط الإعفاء يقتصر أثره فقط على نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن[3].

وقد تشمل الشروط المعدلة للمسؤولية الضمانات المفروضة على البائع، إذ ليس هناك ما يمنع من تعديل قواعد الضمان سواء بالتشديد كتحويل التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة، أو بالتحديد كأن لا يضمن صلاحية المبيع إلاّ لمدة معينة، أو الإعفاء من الضمان أو أن لا يتحمل البائع الضمان مقابل تخفيض الثمن، إلا أن هذه الشروط تصبح لاغيه إذا ثبت أن البائع المهني كان يرغب

---

[1]- نادية محمد معوض، شروط الإعفاء في عقود التجارة وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.10.

- زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، لبنان، ط.1، ص.124.

[2]- Cours de Paris, 06 Mai 1987, D, 1987, note ph. DELBECQUE.

- زهدي يكن، م.س، ص.124.

[3]-PHILIPPE LE TOURNEAU-LOIC-CADIET, droit de la responsabilité,., p.170.

من خلالها الغش أو الخداع[1].

وقد عملت بعض التشريعات على وضع آليات إلغاء الشروط التعسفية، ومنحت للقضاء سلطة لتقدير الصفة التعسفية في هذه الشروط.

وهكذا فقد اعتبر المشرع المصري أنه إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وتضمن 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[2].

وبالرغم من الصياغة العامة لهذه المقتضيات وارتباطه بكل حالات الإذعان، فإنه من الأفيد اعتبار ذلك أداة قوية في يد القاضي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقودهم مع المهنيين، وللقاضي سلطة لتقدير ما يعد شرطا تعسفيا، وفق ما تقتضي به قواعد العدالة، والتي تمنع الاستخدام المتعسف للنفوذ الاقتصادي والاجتماعي لأحد أطراف العقد لإذعان الطرف الضعيف ودفعه إلى قبول بنود تعد ضارة به، أو تنقص من ضمانه. وتتراوح سلطة القاضي هنا بين تعديل الشرط، أو إعفاء الطرف المذعن منه، والأهم من ذلك أن الحكم المقرر لسلطة القاضي، يعد من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على خلافه[3].

---

[1]- J. LIMPENS, la responsabilité du vendeur fabricant en droit Belge, op. cit., p.85.

[2]- تنص المادة 149 من القانون المدني المصري على ما يلي:

"إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

[3]-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-مصادر الالتزام، المجلد1: العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.297.

وفي فرنسا، وبعد صدور القانون 78-23 في 10 يناير 1978، والمتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ربط المشرع الفرنسي إلغاء الشروط التعسفية بصدور مرسوم، وبعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية وما يسجل هنا هو عدم توحيد الحلول في هذا الصدد، حيث إن هناك البعض من الشروط صدرت مراسيم باعتبارها كذلك، والبعض الآخر منها صدرت بشأنها توصيات باعتبارها تعسفية، في حين أن هناك من الشروط ما تتوفر فيها صفة التعسف بحسب معايير المادة 35 من القانون 78-23، ولكن لم تصدر بشأنها توصية، ولم يصدر بشأنها مرسوم تطبيقي ولعل هذا الوضع يمثل وإلى يومنا هذا، بعض الحرج بالنسبة لدور القضاء في إبطال وإلغاء ما يعد شرطا تعسفيا.

غير أن هذا الوضع لم يمنع القضاء الفرنسي من تقدير ما يعد شرطا تعسفيا بالاستناد على المادة 35 من القانون 78-23 حتى في حالة غياب مرسوم تطبيقي بذلك.

ففي قرار صادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسي بتاريخ 14 ماي 1991[1]، أقرت هذه المحكمة حكم قاضي الموضوع بإلغاء الشرط الذي تضمنه الاتفاق بين مختبر للصور وأحد عملائه، والذي يعفيه من المسؤولية في حالة ضياع الفيلم المسلم له، بعلة أن الشرط السالف يخلف فائدة مبالغا فيها لصالح مؤسسة "GIMI/FRANCE" ناتجة عن وضع الهيمنة الاقتصادية.

وفي حكم لاحق، صادر عن الغرفة المدنيـــة الأولى بتاريخ 1993/05/26[2]، والتي أكدت على دور القاضي في تحديد الطبيعة التعسفية للشرط، غير أن الملفت للانتباه في هذا الحكم ميزة الرقابة التي مارستها

---

[1] - Cass ; civ. 1er ch. 153-D. 1991, p.449- note. J. GHESTIN.

[2] - Cass ; civ. 1er ch. JCP. 1993, D. 1993, p. 568, note. G. PAISANT.

محكمة النقض الفرنسية على تقدير قاضي الموضوع للشرط، وهو الذي دفع بعض الفقه[1] للشك في موقف محكمة النقض السالف، إذ علاوة على ما يترتب عنه من عدم الاستقرار القانوني، فإن الهيئة العليا بدت وكأنها درجة ثالثة من درجات التقاضي، بل إن النتيجة التي انتهى إليها الحكم، لا تكاد تستقيم مع نهج الهيئة القضائية العليا الفرنسية الثابت، على التأكيد على سلطة قاضي الموضوع بصدد تحديد الشروط الجزائية[2].

على أن تنامي دور القاضي في تحديد الصفة التعسفية للشروط، توطئة لإلغائها، لم يمنعه من طلب رأي لجنة الشروط التعسفية.

وبعد صدور القانون 95-96، والذي أدمج التوجيه الأوربي الصادر في 15 أبريل 1993، والمتعلق بالشروط التعسفية، تكرس الدور المستقل -ولو بصورة ضمنية- للقاضي لتحديد وإلغاء الشروط التعسفية[3]، مع التحفظ على القائمة المدرجة في ملحق النص الفرنسي، فلا هي بمرتبة سوداء[4] ولا بدرجة القائمة الرمادية[5].

فمن الواضح أن القاضي في تقديره يرجع إلى كل الملابسات والظروف المصاحبة لإبرام العقد، ليتبين له عنصر الإذعان والمنفعة الناتجة عنه، وهذا

---

1 - A. Sinay CCYTERMAN, op. cit. p. 246.

2- A. SINAY CYTERMAN, op. cit. p. 247.

3- ويبدو أن أهم ما استحدثه القانون الجديد 95-96، وبمقتضى مادته 5، هو منحه القاضي وسائل متعددة للتفسير بهدف الوصول إلى الصفة التعسفية، فالتقدير قد يتخذ كأساس له المواد من 1156 إلى 1161، أو المادتين 1163 و1164 من القانون المدني الفرنسي.

4- وهي الشروط التي تعد ملغية في ذاتها حيال المستهلكين.

5- وهي التي يلحقها الإلغاء مع احتفاظ المهني بإثبات عكسها.

ما يعطي الانطباع بأن قانون الاستهلاك الفرنسي لم يحدث قطيعة مع الأحكام الكلاسيكية للقانون المدني[1].

وبصفة عامة أصبح التشريع الفرنسي، وبعد صدور القانون 95-96 يوسع من سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية، إما لأنها واردة في تنظيم المرسوم، وبعد أخذ لجنة الشروط التعسفية، أو بالرجوع إلى القائمة الواردة في قانون الاستهلاك، وهو ما قد يعني توسيع في قائمة الشروط الملغية.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فنجد القانون رقم 08-31 اعتبر الشروط التعسفية باطلة وتعتبر كأن لم تكن، مع الاحتفاظ بجميع مقتضيات العقد الأخرى، إذا أمكن للعقد أن يظل قائما بدون الشروط التعسفية[2].

كما اعتبر القانون المذكور أن المقتضيات القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية تعتبر من النظام العام[3]، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا المقتضى القانوني يعتبر الأساس الذي يقوم عليه التزام البائع المهني بعدم إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

وقد أوكل المشرع للقضاء دون غيره سلطة تقدير مدى اكتساب بعض الشروط للصبغة التعسفية، كما نص على بعض الضوابط التي يجب على القاضي الاسترشاد بها لتقدير الصفة التعسفية لبعض الشروط و هذه الضوابط هي:

---

[1] - **J. CALAIS AULOY**, «l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», R.T.D. Civ., 1994, p.239.

[2] - تنص المادة 19 من ق. رقم 08-31 م.ض ت.ح.م على ما يلي:
"يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك.
تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور."

[3] - تنص المادة 20 من م.ق. رقم 08-31 م.ض ت.ح.م على ما يلي:
"تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام."

-ضرورة احترام قواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود؛

-الرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد وقت إبرامه؛

-الرجوع إلى جميع الشروط الواردة في العقد؛

-الرجوع إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية؛

-أن يكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

- إلغاء أو انتقاص حق من حقوق المستهلك؛

-الزيادة في أعباء المستهلك؛

-التخفيف من التزامات البائع المهني أو الإعفاء منها دون موجب قانوني[1].

وعلى ضوء كل هذه الضوابط يمكن للقاضي تقدير مدى توفر الصبغة التعسفية في الشرط المتنازع حوله، وإذا ما قدر القاضي توفر هذه الصبغة فإنه يحكم ببطلان هذا الشرط مع ما يترتب عن ذلك من آثار، بحيث يمكن أن يقتصر البطلان على الشرط التعسفي دون غيره من باقي الشروط التي تضل سارية في حال ضل العقد ساريا بعد الحكم بإبطال الشرط المذكور.

علما أن القضاء المغربي سبق له أن أثبت من خلال اجتهاداته القضائية السابقة على وضع هذا القانون عن توجهه المقاوم للشروط التعسفية خاصة تلك المتعلقة بالتعويض الإتفاقي، رغم أن النصوص القانونية السائدة آنذاك لم تكن تسعفه لتقدير الشروط التعسفية أو إبطالها. فالقواعد التي كانت سائدة سواء تلك المنظمة للتعاقد بصفة عامة أو تلك المتعلقة بقواعد التأويل، كانت

---

[1]- هذه الضوابط منصوص عليها في المواد 16 و17 و18 من القانون رقم 08-31 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك.

في مجملها تكرس مبدأ واحدا وأصيلا في التشريـــــع المغربي وهو أن العقــد لا يلزم الأطراف فقط وإنما يلزم المحكمة كذلك خاصة إذا كانت ألفاظه صريحة وواضحة. إلا أن القضاء المغربي حاول تجاوز كل ذلك من أجل تكريس توجهه الرامي إلى مواجهة الشروط التعسفية، وهذا ما يظهر بشكل جلي من تطور مواقف القضاء المغربي من الشرط الجزائي.

لقد تجاهل المشرع المغربي إلى حدود 13 يوليوز1995 تنظيم الشرط الجزائي والتعويض الإتفاقي، إلا أن ذلك لم يمنعه من إدراجه في العقود نظرا لوظيفته في تحديد التعويض بشكل مسبق وفي ضمان السلامة العقدية[1]. فقد أصبح ينظر إلى هذا الشرط على أنه يشكل تقنية ناجحة لحمل المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم وذلك متى تم تحديده في مبلغ مرتفع بحيث يفوق ما يمكن توقعه من ضرر نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية[2]، إلا أنه أصبح مع التطور في مجال التعاقد وسيلة للاغتناء خصوصا بالنسبة للعقود المهمة كعقود المقاولات وعقود البيع بالسلف والتوريد والتمويل بالإيجار. الشيء الذي أدى إلى تشويه وظيفة الشرط التعسفي وبولغ في وظيفته التهديدية، إذ أصبح الطرف القوي يستغل وضعه المتميز في العقد لفرض شروط جزائية تتسم بالتعسف.

---

[1]- وهذا ما يتجلى بشكل واضح من خلال قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 19يناير1988 والذي جاء فيه ما يلي : "إن اتفاق الطرفين على الشرط الجزائي و تقدير هما للتعويض المسبق معناه انهما مسلمان بان إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفاقا على المقدار اللازم لتعويضه. إذ يكون الغرض من هذا الشرط منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر و مقدار تعويضه....". المجلة المغربية للقانون -عدد 17- السنة 1988- ص138.

[2]- فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون رقم 93-27 بتاريخ 1995/07/13، مجلة القانون والاقتصاد، فاس العدد 14- 1997 ص.60.

وهذا ما يتجلى من خلال إحدى الاتفاقيات التي عرضت على القضاء المغربي، فكانت موضع قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا قانون رقم 58- 11) عدد 2369 ويتعلق الأمر ببناء منزل من طابقين اتفق فيه المتعاقدان على أن يتم البناء في ظرف أربعة وعشرين شهرا بثمن إجمالي قدره 175000 درهم مع التزام المقاول أن يتحمل عشرة بالمائة من الثمن الإجمالي كتعويض جزائي عن كل شهر يتأخر فيه إنجاز البناء، وقد بلغ مجموع قيمة الشرط الجزائي كما حدده الحكم الابتدائي في مبلغ 232116.64 درهم أي ما يقارب مرة ونصف ثمن الصفقة كتعويض عن مجرد التأخير في الانجاز[1].

وأمام هذه الوضعية فقد تدخل القضاء المغربي لوضع حد لمظاهر التعسف التي تطال الطرف الضعيف في العقد عن طريق تخفيض المبلغ المحدد في الشرط الجزائي التعسفي، ونجد ذلك سواء على مستوى قضاء الموضوع أو قضاء المجلس الأعلى.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: "وحيث إن التعويض المشروط بالعقد مبالغ فيه، وهو كشرط جزائي عن عدم تنفيذ الالتزام، وقد استقر الاجتهاد على أن الشرط الجزائي يرجع للمحكمة حق تعديله لجعله مناسبا لتغطية التضرر، إذ الضرورات تقدر بقدرها. وحيث توصل البائع بنصف ثمن العقار المبيع وأن فسخ البيع من شأنه أن يرجع له العقار وقد ارتفع ثمنه عشر مرات عن تاريخ البيع، في حين أن المبالغ التي تسلمها لو اشترى بها المشتري نصف العقار لارتفعت قيمتها أيضا وقد استغلها البائع بدوره. وحيث

---

[1]- قرار عدد 2369 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1990/11/14 في الملف المدني 85/21994 -غير منشور أورده فؤاد معلال مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون رقم 95-27، م. س .ص 73-74.

إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية ترى أن المبالغ المدفوعة والبالغ 5500 درهم كافية لتغطية الضرر..."[1]

وهو نفس الاتجاه الذي سبق لمحكمة الاستئناف بآسفي أن سارت فيه بموجب قرارها الذي جاء فيه: ".. حيث إن الدعوى انحصرت في تصفية الشرط الجزائي.. وهو يعتبر حسب الاجتهاد القضائي تعويضا عن الخسارة التي لحقت طالبها نتيجة عدم تنفيذ العقد في الأجل المحدد... وأن للمحكمة مراجعة التعويض المذكور وإن كان على شكل شرط جزائي شأنه في ذلك شأن الغرامة التهديدية"[2].

وقد توج هذا الاتجاه القضائي بقرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا قانون رقم 58-11) الصادر بتاريخ 1991/4/10 الذي شكل تغييرا جذريا في موقفه من الشرط الجزائي الذي جاء فيه: "حيث إنه ليس هناك ما يمنع قضاء الموضوع من مراجعة مبلغ الشروط الجزائية المبالغ فيها منعا لإثراء أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الأخر..."[3].

وبتاريخ 13 يوليوز 1995 كرس المشرع المغربي إمكانية مراجعة التعويض ألاتفاقي بموجب القانون رقم 95-27[4]، حيث حسم من خلال تعديل الفصل 264 ق.ل.ع في طبيعته الشرط الجزائي وفي الخلاف الذي

---

[1]- قرار عدد 748، صادر عن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، بتاريخ 1985/3/7، في الملف المدني عدد83/2759 غير منشور- أوردته نزهة الخلدي قي أطروحتها السابقة، ص.129.

[2]- قرار محكمة الاستئناف بآسفي، صدر بتاريخ 1985/4/21 في الملف المدني عدد 84/1447، غير منشور أوردته نزهة الخلدي قي أطروحتها السابقة، ص.129.

[3]- قرار عدد 977 ملف مدني عدد 85/3874 أشار إليه الأستاذ أكري أحميد و في مقاله : الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي و المقارن، مجلة الإشعاع ، العدد 10، يونيو 1994، ص،77.

[4]- القانون رقم 95-27 الصادر بتنفيذ ظهير شريف 157-95-1 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 اغسطس1995)- الجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 10 ربيع الثاني 1416 6 سبتمبر 1995 ص 2443.

كرسته الممارسة العملية على مستوى القضاء، فتجاوز بذلك التصور الذي كان يضفي عليه طابع التهديد والإجبار أو طابع الغرامة التهديدية، معتبرا إياه اتفاقا عقديا لجبر الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه. وقد أقر صراحة للقاضي السلطة في مراجعة الشرط الجزائي وتعديل مقتضياته بما يضمن تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية.

ومن كل ذلك يظهر أن القضاء المغربي كرس من خلال اجتهاداته السابقة فلسفة مقاومة الشروط التعسفية، مما يدفعنا للقول أن مقتضيات القانون رقم 08-31 ستفتح الآفاق الواسعة أمام القضاء المغربي لإرساء ثقافة منع كل الشروط التعسفية.

وقد أعطى هذا القانون الإمكانية للمستهلك لتجنب تطبيق الشروط التعسفية بمجرد المجادلة فيها أمام القضاء، بحيث يصبح البائع المهني مضطرا لإثبات الطابع غير التعسفي لهذا الشرط حتى يتسنى له التمسك بتطبيقه.

وفي حال تنفيذ هذا الشرط التعسفي من طرف المستهلك فان من حقه المطالبة بإرجاع الحالة لما كانت عليه، وعلى القاضي أن يستجيب لطلبه هذا، لأن ما بني على باطل هو باطل. ولا يمكن في أي حال من الأحوال إجازته بل لابد من الحكم ببطلانه وبطلان كل الآثار المترتبة عليه، وعند استحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يحل محلها الحق في التعويض.

هذا وقد خول القانون المذكور لجمعيات حماية المستهلكين الحق في مقاومة الشروط التعسفية، عندما اعترف لها بالصفة في رفع دعوى بهدف

إلغاء الشروط التعسفية[1] المضمنة في العقـد أو في نموذج العقـد المقترح أو الموجه إلى المستهلك.

الفقرة الثانية: مسؤولية البائع المهني عند إدراجه الشروط التعسفية

إن طرح مسألة مسؤولية البائع المهني عن الشرط التعسفي تهدف بالأساس إلى تقديم جواب على التساؤل الآتي: هل يمكن مساءلة البائع المهني عن واقعة إدراجه لشروط تعسفية في العقد الذي يربطه بالمستهلك؟

باستقراء المقتضيات المنصوص عليها في القانون رقم 08_31 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك، نجد أن المشرع المغربي اعتبر أن المقتضيات القانونية المانعة للشروط التعسفية والمنصوص عليها في القسم الثالث منه تحت عنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية، من النظام العام وهذا ما أكدته المادة عشرين من القانون المذكور التي نصت صراحة على أن أحكام هذا القسم من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. إلا أن المشرع لم يدرج في القسم التاسع المتعلق بالعقوبات أي عقوبة على مخالفة المقتضيات المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

ليطرح التساؤل، هل الجزاء الذي يترتب على إدراج الشروط التعسفية ينحصر أساسا في إبطالها وإلغائها دون أن تترتب عليه آثار أخرى تكرس الحماية منها؟

---

[1]- تنص المادة 162 من القانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك على ما يلي:
"يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157، أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين، بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك...".

باستقراء باقي مواد القانون رقم 08-31، نجد أن المشرع منع البائع المهني من إدراج بعض المقتضيات ذات الطابع التعسفي التي قد تمس بحق من حقوق المستهلك، وهكذا منع على البائع المهني أن يقترح ضمانه التعاقدي على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله[1]. وعند مخالفة البائع المهني لهذه المقتضيات فإنه يعاقب بموجب العقوبات المنصوص عليها في المادة 186[2] من القانون رقم 08-31 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك والتي تتجلى في غرامات مالية، من كل ذلك يظهر أن مسؤولية البائع المهني عن إدراج الشروط التعسفية يمكن أن تأخذ شكل مسؤولية جنائية في حالات معينة.

أما بخصوص المسؤولية المدنية للبائع المهني عن الشروط التعسفية، فيجب التمييز بين الحالة التي يتم فيها تنفيذ الشرط التعسفي من طرف المستهلك وبين الحالة التي لم يتم فيها تنفيذ الشرط بعد.

ففي الحالة الأولى التي يتم فيها تنفيذ الشرط التعسفي من طرف المستهلك، يكون من حق هذا الأخير المطالبة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه واسترداد ما دفع دون وجه حق لأن ما بني على باطل فهو باطل.

ومادام الشرط التعسفي يعتبر باطلا بقوة القانون وأن المقتضيات التي تنص على بطلانه تعتبر من النظام العام، فإنه لا يمكن القول بإمكانية إجازة

---

[1]- تنص المادة 67 من ق رقم 08-31 م.ض ت.ح.م على ما يلي :
"لا يجوز للمورد أن يقترح ضمانه التعاقدي على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن العيوب والعيوب الخفية للشيء المبيع والذي يطبق في جميع الأحوال."

[2]- تنص المادة 186 من القانون رقم 08-31 علي ما يلي :
"يعاقب على مخالفات أحكام المواد من 66 إلى 73 والنصوص المتخذة لتطبيقها بغرامة من 2.000 درهم إلى 10.000 درهم."

مثل هذه الشروط أو اعتبار تنفيذها يحول دون المطالبة بإبطالها أو يحرم المستهلك من المطالبة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، كما يحق للمستهلك كذلك المطالبة بالتعويض عن ما أصابه من أضرار جراء تنفيذ هذا الشرط.

هذا ونرى أن إدراج الشروط التعسفية والحرص على تنفيذها من طرف البائع يمكن أن يفسر على أنه مظهر من مظاهر استغلال ضعف وجهل المستهلك، لأن المستهلك ما كان ليقبل هذا الشرط لو كان يعرف طبيعته، كما أنه لولا احتياجه للسلعة أو الخدمة لما أقبل على اقتناءها بتلك الشروط التعسفية التي فرضها البائع المهني عليه.

ومعلوم أن كل مظاهر استغلال ضعف وجهل المستهلك تقع باطلة وتجعل كل الإلتزامات المتولدة عن هذا الاستغلال باطلة، وذلك طبقا لما جاء في الفصل 59 من القانون رقم 08-31 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك التي تنص على ما يلي "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة".

واستنادا لذلك يمكن القول إن إدراج بعض الشروط التعسفية من طرف البائع المهني يمكن أن يشكل مظهرا من مظاهر استغلال ضعف وجهل المستهلك مما قد تترتب عليه مسؤولية البائع المهني المدنية[1].

---

[1]- هذا ومن المعلوم أن المشرع عاقب بعقوبات حبسية وغرامات كل بائع مهني عمد إلى استغلال ضعف وجهل المستهلك بموجب المادة 184 من القانون رقم 08-31، والذي ينص على ما يلي: يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات و بغرامة من 1200 إلى 50000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل552 من مجموعة القانون الجنائي. إذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50000 و1000000 درهم.

ومعلوم أن توفر حالة استغلال ضعف أو جهل المستهلك تعطي هذا الأخير الحق في استرجاع المبالغ التي يكون قد أداها والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الاستغلال سواء أخذ شكل شروط تعسفية أو غيرها.

أما في الحالة الثانية التي لم ينفذ فيها الشرط التعسفي من طرف البائع المهني، فإن المستهلك يكون من حقه الامتناع عن تنفيذه بحجة صبغته التعسفية واللجوء إلى القضاء عند الاقتضاء للمطالبة بإلغائه، أو عند الاقتضاء اللجوء إلى إحدى جمعيات حماية المستهلك المؤهلة قانونا لتتولى المطالبة بإلغاء الشرط التعسفي أمام القضاء[1]، وبذلك يمكنه تجنب الأعباء والأضرار التي كان قد سيتسبب له فيها هذا الشرط التعسفي.

---

[1]- وفي هذا الإطار نص المادة 162 من القانون رقم 08-31 م.ض ت.ح.م على ما يلي: "يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157 أن تطلب من المحكمة التي تنظر الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الطنين بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك..."

وتنص المادة 157 من ق 08-31 م.ض ت.ح.م على ما يلي:

"يمكن للجامعة الوطنية ولجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقا لأحكام المادة 154 أن ترفع دعاوى قضائية، أو أن تتدخل في دعاوى جارية، أو أن تنصب نفسها طرفا مدنيا أمام قاضي التحقيق للدفاع عن مصالح المستهلك، وتمارس كل الحقوق المخولة للطرف المدعي والمتعلقة بالأفعال والتصرفات التي تلحق ضررا بالمصلحة الجماعية للمستهلكين. غير أن جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة والتي يكون غرضها حصريا هو حماية المستهلك، ولا يمكن لها أن تمارس الحقوق المخولة لها بمقتضى الفقرة الأولى أعلاه إلا بعد حصولها على إذن خاص بالتقاضي من الجهة المختصة وحسب الشروط التي يحددها نص تنظيمي... "

-وتجدر الإشارة إلى أنه قد صدر مرسوم رقم 462 12 2 صادر في17 من ذي الحجة 1433 (14 نوفمبر 2012) بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة ج. ر. عدد6107 بتاريخ 25 محرم 1434 موافق 10 ديسمبر 2012 ص 6279.

ومهما يكن فإننا نرى أن واقعة إدراج بعض الشروط التعسفية من طرف البائع المهني، يمكن أن يقوم قرينة على سوء نيته ويمكن للمحكمة اعتمادها في حالة عدم تنفيذ البائع المهني لأحد الالتزامات المتولدة على العقد، وذلك في سبيل تكريس حماية المستهلك.