جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الحماية المزدوجة للمتعاقد من الشروط التعسفية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون خاص

إعداد الطالبتين
وارث يسرى
فكير تينهينان

إشراف الدكتور
عثماني بلال

تاريخ المناقشة ...../...../.....

لجنة المناقشة:

الأستاذ.....رئيسا
د.عثماني بلال أستاذ محاضر أ – جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية .....مشرفا ومقررا
الأستاذ.....ممتحنا

السنة الجامعية:2020/2019

شكر و عرفان

نحمد الله تعالى شكرا يليق بجلاله وعظيم فضله وسلطانه

نتقدم بفائق الشكر والتقدير للدكتور الفاضل

عثماني بلال

الذي تفضل بقبول الإشراف على المذكرة مع توجهاته وملاحظاته القيمة

فله جزيل الشكر والعرفان

ونتقدم بخالص الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة

على تفضلهم بمناقشة هذه المذكرة

والشكر لكل من ساهم ولو بكلمة في إتمام هذه المذكرة

خاصة الأستاذ الفاضل جزاه الله

لفقيري عبد الله

ولا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر

لطاقم أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية

عبد الرحمان ميرة بجامعة

إهداء

اهدي ثمرة جهدي إلى مثلي الأعلى في الحياة الذي هو مصدر فخري واعتزازي

إلى روح **أبي** طيب الله ثراه وجعل الجنة مثواه وبالفردوس ملقاه رحمه الله

إلى التي غمرتني بحبها ودعواتها ووقوفها بجانبي طول هذا المشوار الدراسي

إلى الغالية ومصدر العطاء **أمي** حفضها الله

إلى أفراد عائلتي المتواضعة صغيرا وكبيرا واخص بالذكر

إلى سندي في الحياة أخي **فؤاد** الغالي

إلى منبع المحبة والسرور أختاي **راضية** و**نوال**

إلى اعز الأصدقاء والزملاء في الطور الدراسي والجامعي

إلى الأستاذ المشرف **عثماني بلال**

يسرى

إهداء

إلى من شقا وسعى لأنعم بالسعادة الذي لم يبخل بشيء من اجل دفعي في طريق النجاح

إلى من احمل اسمه بكل افتخار **والدي** العزيز

إليك يا أمي يا من علمتني العطاء دون مقابل، يا من زرعت في قلبي أسمى معاني الأفاضل

إلى من كان دعائها سر نجاحي **أمي** الحبيبة

إلى كل العائلة الكريمة التي ساندتني

واخص بالذكر أختي **حنان** و**صبرينة**

وأخي **كسيلة**

إلى رفيقات المشوار رعاهم الله **جميلة** و**سهام** إلى الأصدقاء الذين اثبتوا

أن الأخوة ليست فقط في الرحم **فريد**

فوزي، كسيلة، رضا

اهدي لكم بحث تخرجي

وإلى الأستاذ المشرف

عثماني بلال

تنهينان

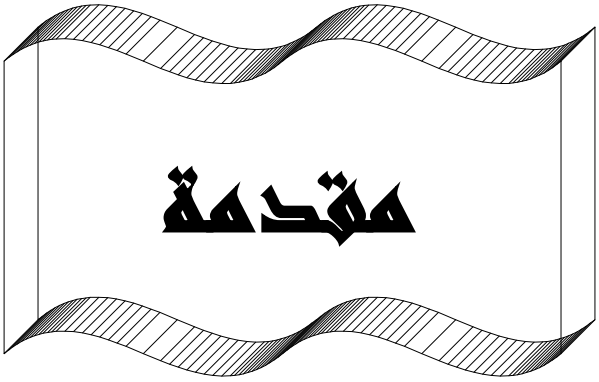
قائمة لأهم المختصرات

أولا. باللغة العربية

- **ج.ر.ج.ج:** جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.
- **د.ط:** دون طبعة.
- **د.س.ن:** دون سنة النشر.
- **ص:** صفحة.
- **ص.ص:** الصفحة...إلى الصفحة
- **ق.م.ج:** القانون المدني الجزائري.
- **ق.ت.ج:** القانون التجاري الجزائري.
- **ق.ح.م. ف:** قانون حماية المستهلك الفرنسي.

ثانيا. باللغة الفرنسية

- **Art:** article.
- **éd:** Edition.
- **JORF:** Journal officiel de la République français.
- **L:** loi.
- **LGDJ:** Librairie Généra le de droit et de jurisprudence.
- **n°:** numéro.
- **Op.cit:** Référence précédemment citée.
- **p:** page.


مقدمة

تميزت الصورة التقليدية لإبرام العقود على المساومة والمفاوضات وتفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين، على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما نصت عليه المادة106[1]ق.م.ج."العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعدله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

ويخضع لمبدأ حرية المتعاقدين فيعود إليهم تنظيم علاقتهما القانونية كما يشاءان بشرط مراعاة النظام العام والآداب العامة، إلا أنه بسبب أثار تغير العوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية، أتضح من خلالها انهيار مظاهر هذه المساواة وخلق نوع من التفاوت بين الأطراف المتعاقدة لتزايد النشاط الاقتصادي وما استتبعه من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة التي هي من الضروريات الأولية للمستهلك، تملي إرادتها على الراغبين في التعاقد معها دون أن يتمكنّوا من مناقشة شروطها، وهذا ما يفسر التفاوت الاقتصادي بين فئة المهنيين والمستهلكين.

أدى الوضع إلى جعل الطرف القوي في العلاقة التعاقدية يمارس كل أشكال السلطة واحتكار التي تمكنه من تحقيق مصالحه، مع تعزيز المركز التعاقدي للمهني على حساب مركز المستهلك وقلب الموازين العقدية، إذ تحول العقد من ثمرة للتفاوض إلى نتاج علاقات أساسها قوة بين أهم جسدين تقوم عليهما الدورة الاقتصادية هما: المهني والمستهلك حيث أصبحت عقود الإذعان هي الأصل، وأصبحت المساواة التعاقدية والعدالة في الأداءات مجرد أمر نظري لا يتلاءم مع الواقع المعاش.

تعتبر ظاهرة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ظاهرة عالمية مست كل أنحاء العالم كنتيجة لتبني نظام اقتصاد السوق، وقد عرفت انطلاقتها الأولى بالولايات المتحدة الأمريكية في

[1]– أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني،ج.ر.ج.ج. عدد78، مؤرخ في30سبتمبر سنة1975، معدل ومتمم.

بداية عام 1962في قانون التجارة الموحد، أين تم إعطاء القاضي سلطة إبطال أي شرط يتبين انه تعسفي، ما عبر عنه أنداك بالشرط غير المعقول[2]Unconscionable clause.

تقتضي الضرورة إلى تدخل التشريعات من اجل سن نصوص تشريعية لحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك عن طريق العمل على إعادة التوازن إلى العلاقات العقدية بما يحول دون الضرر بالمتعاقد وهو ما دفع التشريعات مدعمة باجتهاد القضاء إلى مضاعفة الإصلاحات من اجل تحقيق توازن العقد الذي غلبا ما تشوبه لا مساواة فعلية وحقيقية.

تكمن أهمية الدراسة الحالية الوقوف على مدى توفيق المشرع الجزائري بين الشريعة العامة والنصوص الخاصة في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في مجال عقود الاستهلاك، بحيث برزت المحاولات الأولى للتصدي لهذه الظاهرة في القانون المدني الجزائري من خلال نظرية عيوب الإرادة وبعض أحكام البيع المتعلقة بالضمان وعقود الإذعان....، غير أن هذه المسألة لم تحظ بالعناية اللازمة إلا مند سنة 2004 بصدور القانون 04-02[3] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أين خصص المشرع الجزائري الفصل الخامس منه لمعالجة الشروط التعسفية.

نجد أنه بالرغم من سعي كل هذه القوانين المشار إليها أعلاه في حماية المستهلك بصفة عامة، إلا أن الواقع العملي أثبت محدوديتها في مجال حماية المستهلك مما دفع المشرع الجزائري إلى اقتداء بنظره الفرنسي سنة 2006 إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 06-306[4] الذي يعتبر بمثابة المرجعية الحقيقية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في مجال عقود الاستهلاك.

---

[1]- CALAIS-AULOY Jean, Frank STEINMETZ" Droit de la consommation", 5éme édition, Dalloz, paris, 2006, p186.

[2]- قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج .عدد41، مؤرخ في 27 ابريل سنة 2004، معدل ومتمم.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج. عدد56،الصادر في 11سبتمبر 2006، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03فيفري 2008، ج.ر.ج.ج. عدد 07 الصادر في 10 فيفري 2008.

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأولى مردها الرغبة والميول في دراسة هذا الموضوع على اعتبار أننا جميع مستهلكين في إطار تلبية وإشباع رغباتنا الشخصية والعائلية ومن ثم فإننا كلنا عرضة لمثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية، أما الناحية الموضوعية تتمثل في محاولة البحث عن الضمانات واليات القانونية التي يمكن أن يسهم إعمالها في إعادة التوازن العقدي المفقود بين الطرفين.

انطلاقا مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى كفاية و فعالية القواعد التي وضعها المشرع الجزائري لمكافحة الشروط التعسفية في حماية المتعاقد الضعيف ؟.

معرفة مدى فعالية النصوص القانونية في ضمان حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية لا يأتي إلا من خلال دراسة هذه الظاهرة بإتباع(**المنهج الاستقرائي**) في جانبه(**المنهج التحليلي والوصفي**)، كلما اقتضى الأمر ذلك مع بعض التشريعات المقارنة خاصة التشريع الفرنسي الذي يعتبر رائد في هذا المجال، وفقا لخطة مقسمة إلى فصلين، تناولنا حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني(**الفصل الأول**)، وتطرقنا إلى حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل الأحكام الخاصة (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني

يقوم الأصل العام في التعاقد على مبدئي مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد[1]، أي أن العقود تقوم على المساومة بحيث على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقا لمضمون العقد مع مراعاة حسن النية، إلا أنه كاستثناء على الأصل قد يجد الطرف الضعيف نفسه أمام عقد نمطي[2] معد سلفا من طرف المهني وعلى المستهلك قبول هذه الشروط حتى وإن لم يكن مقتنعا بها، والسبب يعود لحاجته الملحة للسلعة أو الخدمة وهذا ما يترتب عنه اختلال التوازن بين المراكز الاقتصادية.

تقتضي الضرورة التصدي لظاهرة التعسف الذي قد يتضمنه العقد من خلال فلسفة تحفظية وقائية، وذلك عن طريق تدخل قواعد قانون الاستهلاك من أجل إعادة التوازن للعقد« ولو ذلك على حساب بعض المبادئ العامة»[3].

لدارسة هذا الفصل سنقوم بتقسيمه إلى مبحثين، سنتناول الشروط التعسفية التي تعد سببا في اختلال التوازن العقدي(**المبحث الأول**)، وندرس صعوبة مقاومة هذه الشروط في ظل القواعد التقليدية في القانون المدني(**المبحث الثاني**).

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

[2]-تعرف أيضا بالعقود النموذجية وهي عقود منتشرة أكثر في المجال التجاري، وهذا نظرا لاتسامه بالمرونة والسرعة واقتصادها للوقت في ميدان التجارة الدولية و نفقات في عمليات التعاقد.

[3]- PIEDELIEVRE Stéphane, Droit de la consommation, éd Economico, paris, 2010, p341.

المبحث الأول

تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي

حظي موضوع الشرط التعسفي باهتمام كبير من طرف الفقه والتشريع على حد سوا، نظرا للدور الذي يلعبه تواجد مثل هذه الشروط في الإخلال بالتزامات التعاقدية، فحاولت بعض التشريعات معالجة هذه الشروط بالطريقة المباشرة وهو المنهج الأكثر استخداما خاصة في الدول الأوربية[1]، وهو الوضع الذي يختلف عن القانون المدني الذي تعامل معها على أنها نتيجة لضعف المركز الاقتصادي للمستهلك.

ينبغي علينا بناءا على ما تقدم، ونحن بصدد الحديث عن الشروط التعسفية أن نتناول مفهومها(**المطلب الأول**)، ثم مفهوم عقود الإذعان(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مفهوم الشروط التعسفية

يتميز مبدأ الحرية التعاقدية[2]، أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا العقد ما يشاءان من شروط ما دامت غير ممنوعة قانونا، غير أنه قد يضع المحترف ضمن عقد الاستهلاك شروط تتسم بطابع تعسفي إزاء المستهلك وهنا يثار التساؤل عن كيفية تحديد الطابع التعسفي.

يتطلب علينا إذا التطرق لمفهوم الشرط التعسفي من خلال تعريفه(**الفرع الأول**)، مع استخلاص عناصره(**الفرع الثاني**)، وكذا المعايير المعتمدة لتحديده(**الفرع الثالث**).

---

[1]- يتجلى ذلك من خلال توجه اغلب التشريعات المعاصرة إلى التدخل بالشكل المباشر لحضر بعض الشروط التي هذا تبدو تعسفية عن طريق سن قوانين خاصة بشكل مستقل مكملة لقواعد القانون المدني.

[2]- معناه أن الإرادة الحرة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد وتحديد أثاره فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته الحرة.

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية

تعتبر الشروط التعسفية فكرة جديدة لم يعرفها الفقه القانوني من قبل، ولم يتفق التشريع بتحديد مدلولها والتشريع الجزائري تنبه لأهمية تعريفها، بحيث أنها لم تتطرق إلى تعريفها في قوانينها المدنية وإنما غالبا ما نجد هذا التعريف في قوانينها الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك.

سنتطرق في هذا الفرع لدراسة مختلف التعريفات المقدمة للشروط التعسفية، من بينها التعريف الفقهي(**أولا**)، ثم بعدها التعريف التشريعي(**ثانيا**).

أولا. التعريف الفقهي للشرط التعسفي.

تناول الفقه الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا، عرفه البعض بأنه الشرط الذي يرتب عليه الأضرار بالمستهلك سبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك[1]، كما يعرفه جانب أخر بأنه شرط محرر مسبقا من الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة[2]، كما يعرف بأنه شرط يرتب عليه عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة عن عقد الاستهلاك تمثل مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية[3].

حاول البعض القول عند تعريفهم للشرط التعسفي بأنه:"ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به

[1]- يعرف المستهلك انه الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقانون الخاص الذي يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية.

[2]- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار الممارسات التجارية ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2011، ص61.

[3]- عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، منشاة المعارف، مصر الإسكندرية،2008، ص406.

العدالة"[1]، كما يعرف أيضًا بأنه الشرط الذي يستأثر احد طرفي العقد بفرض تعسف على الأخر بحيث يجعله خاضعا له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها[2].

يلاحظ أن الفقه قد قسم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها تظهر منذ إدراجها في العقد تسمح بحصول المهني على ميزات مبالغ فيها مثال ذلك الشرط الذي يعفي الموجب من المسؤولية، أما الثانية فهي شروط تعسفية بحكم استعمالها إذ لا تظهر إلا بعد التطبيق مثال ذلك الشرط الذي يقضي بالتزام المؤمن له المؤمن بأمور معينة خلال سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض.

ثانيا. التعريف التشريعي للشرط التعسفي.

نجد المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للشروط التعسفية في القانون المدني فقط اقتصر على تبيان الآليات التي يمكن من خلالها التصدي لهذه الشروط[3]، إلا انه لم يفوته تعريف هذه الشروط بموجب القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث ورد تعريف الشرط التعسفي في المادة03 من الفقرة 05[4] بأنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد".

نلاحظ من هذا المفهوم ومن خلال مصطلح(أطراف العقد)، لم يحدد من هم هؤلاء وبتالي فبإمكان أن تكون العلاقة العقدية بين المهني والمستهلك أو غير المهني وحتى بين المهني والمهني.

يعتبر المشرع الألماني الأسبق في مجال الحماية، اصدر بتاريخ09ديسمبر1976القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، وقد تبنى النظام التشريعي إذ وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما

---

[1]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود(دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص77.

[2]- رباحي احمد، "اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد5، د.س.ن. ، ص347.

[3]- LARROUMET Christian , Les obligations, le contrat, droit civil, éd 03, économisa, paris, 1996, p. 405.

[4]- المادة05/03 من أمر رقم 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،السالف الذكر.

اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي بالاستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة09 من القانون السالف الذكر[1].

الملاحظ أن المشرع الألماني قد وسع مجال الحماية إذ لا تقتصر الحماية على فئة المستهلكين بل يمد الحماية إلى المهنيين أنفسهم، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة للعقود الإذعان، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الأخر خاصة في مكان ابرم العقد[2].

بينما يذهب المشرع الفرنسي إلى تعريفه بموجب المادة 212-1من القانون96-95، بالقول

Article 212 -1:« dans les contrats conclus entre professionnels et consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet au pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contras »[3].

الفرع الثاني

عناصر الشرط التعسفي

نستخلص من التعريف السابق الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة الثالثة فقرة 05من القانون رقم04-02، انه يجب لاعتبار شرط تعاقدي ما بأنه تعسفي توافر ثلاثة عناصر: أن يكون مجال الشرط عقد إذعان**(الأول)**، وأن يكون الشرط مكتوبا**(ثانيا)**، وأن يكون احد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا**(ثالثا)**.

أولا . أن يكون مجال الشرط عقد إذعان.

عرف المشرع الجزائري عقد الإذعان لأول مرة في المادة03[4]الحالة04 من القانون04-02 "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه"كما قام بتكرار هذا

[1]- LARROUMET Christian :op. cite., P. 407.

[2]- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية للكتاب، مصر، 2007، ص271.

[3]- code consommateur français' in https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565 consulté le 30/09/2020.

[4]- المادة04/03 من القانون 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1].

نستخلص من هذا التعريف لعقد الإذعان، أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الواسع لعقد الإذعان إذ انه لم يذكر عنصر الاحتكار[2]، فان القانون الجزائري قصر تطبيق نصوص القانون 04-02 على عقود الإذعان فقط في الوقت كان ينبغي فيه مده إلى عقود المساومة مما يؤدي إلى توسع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية[3].

ثانيا. أن يكون الشرط مكتوبا.

تطرقنا سابقا لتعريف عقد الإذعان الذي تبناه المشرع الجزائري، والتي اعتبر فيها المشرع أن عقد الإذعان الذي يكون مجالا للشروط التعسفية يجب أن يكون "محرر مسبقا" من هذه العبارة نستخلص أن الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقا دون تلك التي لم تكتب.

يقصد بالكتابة في هذا المقام ليست الكتابة الرسمية فقط،وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي، وهو ما نصت عليه المادة 03 حالة 04[4]"يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع

---

[1]- المادة 01 الفقرة الثانية منه بأنه" يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة3 الحالة4 من قانون رقم04-02المؤرخ في 23يونيو المذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه".

[2]- عبد الرزاق السنهوري احمد، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، المجلد الأول للعقد، دار النهضة العربية، 1981، ص294.

[3]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص112.

[4]- المادة 04/03 من القانون 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"، بهدف إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواء كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين[1].

ثالثا. أن يكون احد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.

اختلفت التشريعات وتباينت مواقفهم فمنهم من أخذ بالنطاق الموسع للحماية ليشمل جميع الأشخاص ومنهم من ألزم المفهوم الضيق حيث لا يتعدى الشخص المستهلك، أي دون الحرفي بحيث هناك تشريعات ضيقت من هذا النطاق، ونذكر على رأسها القانون الفرنسي الذي افرد للمستهلكين حماية خاصة ضد الشروط التعسفية بموجب القانون المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده موافقا الاتجاه الأول–الاتجاه الموسع–من خلال إصداره للقانون رقم 04–02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يهتم بحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء ويتجلى هذا الموقف من خلال نصه في المادة الأولى منه.

نجد من جهة أخرى أن المشرع الأوربي لم يتوازن في سن تعليمته الخاصة في 1993 يتعلق بالشروط التعسفية المبرمة مع المستهلك مما يجعل هذه الحماية تنصرف للمستهلك فقط واستثناء المحترفين صراحة من الحماية، علما أن نصوص هذه التعليمة قد تم إدخالها في القانون الفرنسي والذي عدل بموجبه مواد قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية وبوجه خاص المادة 1– 132 والتي عدلت بموجب المادة212–1منه.

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه، الجزائر، 2007، ص118.

الفرع الثالث

معايير تحديد الشرط التعسفي

تضمنت قواعد القانون المدني معايير يستهدي بها القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفيا أم لا، وهو معيار العدالة والتي غالبا ما أدت إلى تضارب الأحكام القضائية وذلك للاختلاف الشعور بالعدالة من قاض لأخر، لكن القواعد المعاصرة لحماية المستهلك أدت إلى ظهور عدة معايير، والتي تمثل في معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية(**أولا**)، ومعيار الميزة المفرطة(**ثانيا**)، معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات(**ثالثا**).

أولا. معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.

يقصد بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية، الوضع الاقتصادي للمهني الذي يجعله يملك نفوذ الاقتصادي وتفوق في التقنية عن المستهلك الذي يجد نفسه مضطرا إلى قبول الشروط دون إمكانية حقيقية للمناقشة أو التفاوض، فانه يقبلها نتيجة لقلة خبرته ووعيه القانوني وحاجاته الملحة للسلعة أو الخدمة[1].

يشترط المشرع الفرنسي أن يكون ذلك الشرط قد فرض على المستهلك بسبب تعسف المحترف في استخدام القوة الاقتصادية، يطلق على هذا المعيار"المعيار الشخصي"لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية[2] للمهني وكذلك الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به، بتالي فهو معيار لا يستند على مقومات تكشف هذا التفوق[3].

---

[1]- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد،(دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك)، دار الجامعية، لبنان،2003، ص50.

[2]-يقصد بالقوة الاقتصادية تلك المكانة الهامة التي يحض بها المهني في السوق والتي تخول له أن يكون ذو نفوذ وهيبة مما يجعله معروفا في السوق ما يترتب عنه وضعية الهيمنة.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك،(دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون)، منشاة المعارف، القاهرة 2004، ص405.

نلاحظ غموض في هذا المعيار ما يجعله هو نفسه يحتاج إلى معيار يضبطه، فهل ننظر للقوة الاقتصادية بالنظر لمكانة المهني في السوق[1]؟، أم بمقارنتها مع مكانة المستهلك؟، وبالتالي فهو معيار جد غامض لأنه لا يستند إلى مقومات تكشف عن هذا التفوق،ذلك أن المحترف يستخدم قوته الاقتصادية من اجل الحصول على الميزة المفرطة غير أن القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة.

ثانيا. معيار الميزة المفرطة.

تعتبر الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد عنصرا موضوعيا يتعلق بتوفر مزايا مبالغ فيها للمهني، بحيث لا يكفي أن يكون الشرط وارد في عقد مبرم بينالمهني وغير المهني وإنما يجب أن يكون الشرط قد فرض من جانب الطرف الأول باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي ويعطي هذا الشرط ميزة مفرطة للمهني ويعتبر هذا المعيار نتيجة للمعيار الأول ومرتبطا معه بعلاقة سببية[2]، ولقد اتجه بعض الفقه إلى القول بان هذه المزايا لا تأخذ الطابع العقدي فقط ذلك وانه تحقيقا لحماية اشمل للمستهلكين أورد الفقه على أن لا يحصرها في مجال ضيق[3].

أثار هذا المعيار عدة إشكالات قانونية وعلمية،كان أهمها أن المشرع لم يبين كيفية تقدير الميزة المفرطة ولم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن[4]، لان منها ما هي ذات طابع مالي كالشروط المتعلقة بالأسعار وكيفية دفعها ومنها ما هي ليست ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بالتسليم والفسخ وتعديل العقد، فضلا عن ذلك هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير الميزة المفرطة هل ينظر بموجبه للشرط منعزلا أم انه يجب النظر للعقد برمته؟.

---

[1]- رباحي احمد، مرجع سابق، ص353.

[2]- احمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون، دار النهضة العربية، مصر،1994، ص22.

[3]- عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص406.

[4]- تقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة، بحيث ترتب الفكرتين ضرر مباشر يلحق المتعاقد و يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين.

ذهب المشرع الجزائري بدوره إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه وهو منفرد بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد، وهو ما نصت عليه المادة 3[1] الفقرة 5 من القانون 04-02بقوله: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ثالثا. معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات العقد.

تسمح قراءة المادة 03 فقرة05[2]من القانون 04-02 بالقول أن تقدير الطابع التعسفي لشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة وإنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد و للشروط المختلفة التي يتضمنها[3]، بتالي قد تبنى المشرع الجزائري "معيار عدم التوازن الظاهر"لتحدد الشرط التعسفي يعتبر هذا العيار الأمثل كونه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى ولو لم تكن لديهم قوة الاقتصادية، لكن يطرح هذا المعيار مسالة تتعلق بكيفية تقديره، والتي اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة السالفة الذكربالقول أنها تتم إما بالنظر للاختلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة.

اعتبر البعض أن مثل هذا السكوت لا ينقص من المسالة شيئا، باعتبار أن مثل هذه الأمور من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله في جميع العقود[4]، بينما ذهب البعض الأخر إلى القول أن المشرع اعتمد توجها محتشما وناقصا[5]، وهو الرأي الراجح إذ أن الأمر متروك للقضاء.

---

[1]- المادة 05/03 من القانون04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،السالف الذكر.

[2]- راجع المادة05/03 من القانون04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،السالف الذكر.

[3]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص96.

[4]- رباحي احمد، مرجع سابق، ص361.

[5]- شوقي بناسي، "الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، صادرة عن كلية الحقوق، الجزائر، عدد2، 2009 ص148.

المطلب الثاني

مفهوم عقد الإذعان

ساعدت الرأسمالية الصناعية على ظهور عقد الإذعان لتوسيع الفارق الاقتصادي، اعتمادا على الحرية الاقتصادية والفردية التي جعلت من العقد مصدرا للحق دون منازع، وأن التنمية الاقتصادية التي قادتها الرأسمالية قد سيطرت على الأفراد وجعلتهم يتقبلون شروطا مجحفة[1].

لتوضيح الفكرة أكثر سنتناول في هذا المطلب طبيعة عقد الإذعان(**الفرع الأول**)، ثم تعريفه(**الفرع الثاني**)، ومن ثم صوره(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

ظهر الإذعان في المجال العقدي ظهرت معه الحاجة لتحديد طبيعته ما عرف آنذاك بعقود الإذعان أو الانضمام لدى فقهاء فرنسا، من اجل إخضاعها لنظام معين وضعها في إطارها المناسب من الناحية القانونية، وهو الأمر الذي نشا عنه نقاشات عدة بين الفقهاء، انتهت بانقسامهم لمذهبين، بين منكر للصفة التعاقدية(**أولا**)، وبين مقر لهذه الصفة التعاقدية(**ثانيا**).

أولا. النظرية غير التعاقدية.

ينكر أصحاب هذا الاتجاه[2]على عقود الإذعان طبيعتها العقدية، فيرون فيه قانونا منظما تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها، أما الإذعان فليس من شانه أن يغير من طبيعة هذا المركز وإنما يجعله منتجا فحسب[3]، استند هذا الاتجاه في ذلك أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة بينهما إذ أن في عقد الإذعان لا توجد مساهمة أو مشاركة للطرفين في وضع الشروط[4].

---

[1]- لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1990،ص9.

[2]- نجد معظم فقهاء من القانون العام وعلى رأسهم الأستاذ "سالي" والعميد "ديجيه" والفقيه"هوريو".

[3]- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص140.

[4]- لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص92.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الإذعان تقوم باجتماع ثلاثة عناصر تخرجها من النطاق العقدي وهي: عنصر العمومية متعلق بصفة الإيجاب لا يوجه لشخص معين إنما إلى الجمهور بوجه عام، وعنصر الإكراه[1]ويرجع إلى ما يتمتع به الموجب من تفوق اقتصادي، وعنصر الإذعان و يمثل هذا العنصر في الواقع، موقف الموجب له من الشروط التي فرضت عليه.

بناءا على ما تقدم يبدو أن غايتهم في تكيف عقد الإذعان بهذا الشكل هو عدم إخضاع تفسيره وتنفيذه إلى ما تخضع له العقود من قواعد، لكن تخضع للقواعد الخاصة بتفسير القانون وتطبيقه وعليه فان عقد الإذعان لا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل يقتصر التفسير على إرادة واضع تلك الشروط وهو الطرف القوي الذي أذعن له الطرف الضعيف.

ثانيا.النظرية التعاقدية لعقد الإذعان.

ناصر هذا الاتجاه فكرة العقد[2]واعتبروا عقد الإذعان عقدا حقيقيا يتم بتوافق الإرادتين ويخضع للقواعد التي يخضع لها سائر العقود ولو لم يكن طرفاه متساويان في القوة من الناحية الاقتصادية بالتالي مهما قيل من آن احد المتعاقدين ضعيف أمام الأخر، فان هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.

علاج هذه الظاهرة لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد بل العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف[3]، أما عن تكوين عقد الإذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة للطرفين وبدون وجود هاتين الإرادتين واتجاههما لإحداث اثر قانوني معين لا نستطيع القول بأننا بصدد عقد[4].

---

[1]- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص154.

[2]- نجد معظم فقهاء من القانون الخاص ومنهم "ديموج ""وروبير" واسمان وعلى رأسهم" د.السنهوري".

[3]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص232.

[4]-لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص40.

الفرع الثاني

تعريف عقد الإذعان

لاقت عقود الإذعان اهتماما كبيرا من قبل الفقهاء الغربيين والعرب محاولة لإزالة اللبس حول مفهومها، ومن الصعب القول بوجود تعريف واحد لعقد الإذعان يكون دقيقا نظرا لوجود التفاوت بين الأطراف في كل مكان وفي أي وقت ونظرا للطبيعة غير المألوفة لتلك العقود تباينت تعارف الفقه لعقد الإذعان(**أولا**)، وكذا التشريعات لم تصل لتعريف واحد له(**ثانيا**).

أولا. التعريف الفقهي للعقد الإذعان.

تباينت تعريفات الفقهاء لعقد الإذعان فالفقيه"سالي"هو صاحب فكرة الإذعان يرى أن: «عقد الإذعان هو محض تغليب الإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا من جانب واحد ولا ينقضها سوى إذا كان من يقبل العقد».

اهتم الفقيه "سالي"في تعريف عقد الإذعان بالإرادة المنفردة وبطريقة الانضمام لأفراد إلى الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد[1].

عرفه الأستاذ "علي فيلالي"بقوله يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة احد المتعاقدين على الأخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها[2]، أما الفقيه عبد الرزاق السنهوري فلم يتطرق إلا للقبول في عقد الإذعان يقول قد يكون القبول مجرد إذعان إذا كان لما يمليه الموجب.

كما يعرفه الأستاذ علي علي سليمان بأنه:"ذلك العقد الذي يتم بين طرفين احدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكار فعليا أو شبه احتكار والطرف الأخر مضطر إلى هذه السلعة أو الخدمة فيملي عليه الطرف القوي شروطه"[3].

---

[1]- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير في القانون العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، الجزائر، 1984، ص25.

[2]- فيلالي علي، المرجع السابق ، ص60.

[3]- علي علي سليمان، النظرية العامة الالتزام(مصادر الالتزام في القانون الجزائري)ط3، دار النشر، الجزائر، ب.س.ن، ص 38.

ابرز تعريف فقهي يمكن الأخذ به هو تعريف الأستاذ "عبد المنعم فرج الصدة "الذي يصف عقد الإذعان بأنه: القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل المناقشة كما يذكر المحل الذي يرد عليه الانعقاد متعلقا بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار فعلي أو قانوني[1].

ثانيا. التعريف التشريعي للعقد للاذعان.

تعرضت اغلب التشريعات لعقد الإذعان، لكن دون أن تتعرض إلي تعريف محدد بل تناولت كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة70 من القانون المدني الجزائري[2]على انه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهي نفسها نصي المادة100من القانون المدني المصري[3]يؤخذ على النصوص السابقة أنها لم تراعي ما استجد في مفهوم الإذعان فلم يعد هذا العقد محصورا في العقود التي يكون احد الطرفين فيها محتكرا لسلعة، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل احد الطرفين بشكل مسبق.

تدارك المشرع الجزائري النقص وجاء بتعريف مباشر ودقيق لعقد الإذعان تماشيا مع المفهوم الحديث لعقد الإذعان، وذلك في المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، ونفس العبارات المادة أعادها المشرع تأكدها بشكل حرفي في الفقرة 02من المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[5]، مما يعني أن المشرع الجزائري اعتبر بعض عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان وفي هذه العقود اقر الأحد الإطراف فقط حرية الخيار مما يرتب عليه احتكار بعض المرافق الهامة احتكار فعليا.

---

[1]- لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص27.

[2]- الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3]- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري هو أول مشرع يخص عقد الإذعان بنصوص خاصة فقد كانت صياغة المادة100 النص المدني المصري محل نقاش، محفوظ لعشب، مرجع سابق، ص28.

[4]- راجع المادة 04/03 من القانون 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،السالف الذكر.

[5]- راجع المادة02/01 من المرسوم التنفيذي06-306، السالف الذكر.

الفرع الثالث

أهم صور عقد الإذعان

تتخذ عقود الإذعان صور عديدة منها إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور، كما هو الحال في ما تضعه شركات التامين بين يدي الزبائن من نشرات وقد ترد هذه الشروط في وصل التسليم[1]، الشروط المتضمنة تعسفا هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها.

لكي تتضح الفكرة أكثر سنتناول في هذا الفرع أهم صور عقد الإذعان، إذ سنتطرق إلى الإذعان في وثيقة التامين(**أولا**)، ثم الإذعان في عقد النقل(**ثانيا**)، ومن ثم الإذعان في عقد النقل(**ثالث**).

أولا.الإذعان في وثيقة التأمين.

يفهم من خلال المفاهيم التي سبق وأن تعرضنا إليها بخصوص الإذعان انه من البديهي اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان بالنسبة للمستأمن[2]، بالنظر إلى طبيعة المؤمن خاصة شركة تامين المساهمة وخصوصية نشاط التامين الذي يتميز بخاصية انعكاس دورة الإنتاج فان اختلال مركزي المؤمن باعتباره المتدخل والمؤمن له باعتباره مستهلكا أمر طبيعي نتيجة قوة مركزه المالي.[3]

عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في المادة619[4]من القانون المدني الجزائري التي نصت على انه : "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو أي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

---

[1]– بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص231.

[2]– اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان دليل على الأخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان و القائم على معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده و الذي اخذ به المشرع الجزائري.

[3]– نجد خاصة نقص التجربة أو الكفاءة المطلوبة لاستيعاب الشيء محل التعاقد لتقدير وتقييم شروط العقد وأثارها على مركزه القانوني والمالي.

[4]–راجع المادة619 من أمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

صحيح أن عقد التأمين لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول إلا أن المستأمن ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما له قبول الشروط التي يمليها المؤمن ولا يشكل هذا وضعا غير مشروع للان القانون اعترف وتبنى نمط التعاقد عن طرف الإذعان.

ثانيا. الإذعان في عقد النقل.

يعتبر عقد النقل من ابرز عقود الاستهلاك لان محله تقديم خدمة النقل للمستهلك، بالإضافة إلى ذلك يعتبر من عقود الإذعان التي غالبا ما تحرر شروطها بصفة منفردة من طرف المهني أو الناقل، فمن تطبيقات عقد الإذعان في عقد النقل ثلاثة أنواع: -النقل البري - خدمة النقل الجوي النقل البحري.

نصت المادة36 من القانون التجاري الجزائري انه:"عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بان يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين"[1]يتضح من هذا التعريف أن عقد النقل يبرم بين شخصين هما الناقل من جهة والمرسل في نقل البضاعة أو الراكب في نقل الركاب من جهة أخرى وفي نقل البضائع مرسلة لنفس المرسل كما لو أرسل محل تجاري بضائع إلى احد فروعه.

ثالثا. الإذعان في عقد العمل.

يعد عقد العمل من العقود الهامة في القانون، فقد جاء هذا العقد أساسا لتنظم العلاقات بين العمال وأرباب العمل، أما بالنسبة للمشرع للجزائري فانه لم يعرف عقد العمل لكونه أداة شكلية لإبرام علاقة العمل، فيمكن تعريف عقد العمل في التشريع الجزائري من خلال نص المادة08[2]من القانون المتعلق بعلاقات العمل انه: "تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، وتنشا عنها حقوق المعيين وواجباتهم وفقا لما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات واو الاتفاقيات الجماعية وعقد العمل".

[1]- الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 20رمضان1395 الموافق ل26 سبتمبر1975، يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم .

[2]- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26رمضان عام1410 الموافق 21 ابريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل،ج.ر.ج.ج عدد17، الصادر في 25 افريل 1990.

نخلص بتالي أن عقود العمل تعد من عقود الإذعان لأنها تكون على نمط واحد لجميع العاملين وبمثابة إيجاب ينقاد إليه الطرف الأخر لما نجد أن الوظيفة في المؤسسة العامة تحكمها لوائح عامة تسري على جميع العاملين، كما نجد أيضا عدم التكافئي من الناحية المالية والاقتصادية عند التعاقد.

نستنتج مما سبق ذكره أن هناك عقود كثيرة كعقد الاشتراك بالمياه والكهرباء والغاز والهاتف أو التعاقد مع مصلحة البريد....كل هذه العقود تنطوي على شروط تعسفية تفرض من الجهة المقدمة للخدمة للطرف الأخر، أي المستهلك الذي لا مفر له من قبولها لكونه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التي لا غنى عنها[1].

يلاحظ أن أغلبية هذه العقود هي عقود الاستهلاكية فالمستهلك كطرف في العقد يقبل الشروط الواردة فيها دون مناقشتها، مادام الطرف الأخر في العقد يحتكر محل العقد سواء كان منتوجا أو خدمة وهذا ما لفت انتباه المشرع الجزائري اعتماده قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية بدل الاعتماد على النصوص المتفرقة سواء في القانون المدني أو القانون التجاري.

[1]- السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص28.

المبحث الثاني

صعوبة مقاومة الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية للقانون المدني

أخذ قانون الالتزامات بعين الاعتبار الحالات التي يكون فيها المتعاقدين في مراكز قانونية غير متكافئة، فتضمن نظريات تقليدية إلى جانب الحماية التي كفلها المشرع للمتعاقد في عقد الإذعان هناك بعض التقنيات أو الآليات التي يضمها القانون المدني والتي يمكن إعمالها بسعي من القاضي، غير أن تلك القواعد ومن باب التوضيح قد سنت من أجل حماية الطرف الضعيف عموما في العلاقة التعاقدية بصرف النظر عن صفته سواء كان محترفا أو مستهلكا ولم تكن موجهة لحماية فئة معينة بذاتها[1].

سنقوم في هذا المبحث بتناول الضمانات التقليدية في ضوء النظرية العامة للعقد(**المطلب الأول**)، والرقابة القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الضمانات التقليدية في ضوء النظرية العامة للعقد

بالرجوع إلى التشريع الجزائري عموما فإننا لا نصادف فيه مبدأ عام يضمن بشكل مباشر توازن العقد[2]، وإنما تضمنت في نصوص متفرقة مجموعة من القواعد القانونية التي وضعها المشرع خصيصا من أجل حماية المتعاقد من الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه.

سنتناول في هذا المطلب المبادئ القانونية التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة ظاهرة الشروط التعسفية(**الفرع الأول**)، والنظريات العامة من شانها إعادة التوازن العقدي المفقود(**الفرع الثاني**).

---

[1]- نجد على خلاف الأحكام الخاصة التي وضعت من أجل حماية فئة معينة وهي فئة المستهلكين من التعسف التعاقدي الذي قد يصدر من المحترفين في إطار العلاقات التعاقدية المبرمة بينهما والتي يسعى من خلالها المستهلكين الإشباع حاجاتهم الشخصية.

[2]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص48.

الفرع الأول

المبادئ القانونية

سنحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على مدى فاعلية المبادئ القانونية في ضوء القانون المدني في الإعادة التوازن العقدي المفقود، والمتمثلة أساسا في مبدأ استقلالية سلطان الإرادة**(أولا)** ومبدأ حسن النية**(ثانيا)**، في حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية باعتباره الطرف الضعيف في التعاقد.

أولا. مبدأ استقلالية سلطان الإرادة.

يرتكز هذا المبدأ على أن الإرادة هي أساس العقد وجوهره إذ لها الحرية في إبرام ما تشاء من عقود وكذا تحديد الآثار القانونية التي تنجر عنها من حقوق والتزامات[1]، ومن ثم فان للإفراد الحرية في إبرام ما يشاءون من عقود وأن يدرجوا فيها ما يرغبون من الشروط، ولا يحد من حريته في ذلك سوء اعتبارات النظام العام والآداب العامة[2].

بالرجوع إلى مبدأ الرضائية الذي يعني تحرير التعبير عن الإرادة من كل قيد، وعليه لا يمكن للقاضي ولا للقانون التدخل في الحياة التعاقدية للأفراد مادام أن مبدأ سلطان الإرادة يحكم تكوين العقد[3].

اتضح في الأخير من خلال الوقوف على مبدأ سلطان الإرادة واعتبارها جوهر القوة الملزمة للعقد، يقود بلا شك إلى تحويل الطرف الأكثر قدرة وكفاءة سلطة صياغة بنود العقد وشروطه وفرضها على الطرف الأقل قدرة، الأمر الذي يسهم في خلق اختلال توازن العلاقة التعاقدية[4].

---

[1]- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص19.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري،ج1، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2006. 2007. ص47.

[3]-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص10.

[4]- بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص حماية المستهلك و المنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2015 ،ص70.

ثانيا. مبدأ حسن النية.

يعتبر مبدأ حسن النية من أسمى المبادئ الأخلاقية التي ارتقى بها المشرع إلى قاعدة قانونية[1]، بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة107[2]قانون مدني جزائري انه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، وحسن النية هنا معيار شخصي يستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر فيه هل سلك سلوك الرجل العادي .

نجد من جهة أن المشرع الفرنسي لم يعرف حسن النية وإنما اكتفى بتحديد الحالات التي يكون فيها المدين سيئ النية والذي يستبعد من الاستفادة من أحكام معالجة حالة الاستدانة في ثلاثة حالات وهي:

- كل شخص قام عن قصد بإعلان كاذب أو سلم مستندات غير صحيحة بقصد الاستفادة من هذه الإجراءات.

- كل شخص زاد بدون الاتفاق مع دائن أو اللجنة أو القاضي من مديونيته.

نستخلص بالرجوع إلى الفقه التقليدي، انه لم يول اهتماما كبيرا لمبدأ حسن النية كآلية لإعادة التوازن للعقد، إذ يرى البعض أن مبدأ حسن النية مبدأ عام يستوعب صيغ مراحل العقد ولا يقتصر على مرحلة دون أخرى، بل يغطي كافة مراحل العملية التعاقدية.

تجدر الإشارة أن مبدأ حسن النية لا يصلح كإلية لإعادة التوازن العقدي ذلك انه يرتكز على تقييم سلوك الشخص المتعاقد وليس على تحديد مدى مشروعية بند تعاقدي ما[3]، وبالتالي لابد لإعادة التوازن العقدي ينبغي النظر للاختلال الحامل وليس لسلوك الشخص المتعاقد.

---

[1]- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 254.

[2]- المادة1/107 من أمر رقم75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3]- بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون09-03 (المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2015، ص43.

الفرع الثاني

النظريات العامة في التعاقد

بهدف إعادة التوازن العقدي المفقود وحماية المستهلك في مواجهة الشروط العقدية ذات الطابع التعسفي، سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى الدور الذي يمكن أن تلعبه النظريات العامة في التعاقد في ضوء القانون المدني على سبيل تحقيق ذلك، والمتمثلة أساسا في نظرية السبب(**أولا**)، نظرية الغبن والاستغلال(**ثانيا**) وأخيرا نظرية التعسف في استعمال الحق(**ثالثا**).

أولا . نظرية السبب.

تعد نظرية السبب من اعقد النظريات وأكثرها غموضا، وذلك نظرا للجدل الذي ثار بين الفقهاء بخصوص تحديد المفهوم القانوني للسبب، نتيجة ذلك ظهرت نظريتان[1]هما: النظرية التقليدية والنظرية الحديثة[2]وعلى هذا الأساس تميز النظرية التقليدية بين السبب المنشئ للالتزام والسبب القصدي وأخيرا السبب الباعث، أما النظرية الحديثة في السبب فقد توسعت في تحديد المفهوم القانوني للسبب فهي لا تقتصر على الغرض المباشر للتعاقد ولكنها تدخل فيه السبب أو الباعث إلى إبرام العقد بشرط أن يكون الطرف الأخر على علم به[3].

بالرجوع إلى المادة97 من القانون المدني الجزائري[4] والتي نصت انه:"إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا "، وهو ما أضافته المادة98 الفقرة1 يتبين من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري قد تبنى فكرة ازدواجية السبب وبالتالي فالسبب في القانون الجزائري هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد.

---

[1]– ظهرت نظريتان بموجبهما تم الاستناد إلى فكرة غياب أو انعدام السبب لإلغاء الشروط التعاقدية التي تتسم بالطابع التعسفي ومن ثم الاعتماد على نظرية السبب كآلية لإعادة وتحقيق التوازن العقدي.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني،(العقد والإرادة المنفردة)ط3 ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص159.

[3]– محمد صبري السعيدي، مرجع سابق، ص245.

[4]– المادة 97 من أمر رقم75–58، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

تعاب النظرية الحديثة أنها لا تخدم الشروط التعسفية كونها لا تأخذ بعين الاعتبار إلا فكرة عدم مشروعية البواعث، لذلك لم يبقى سوى الأخذ بفكرة غياب أو انعدام السبب لإبطال الشروط التعسفية والتي تجد أساسها في النظرية التقليدية.

ثانيا. نظرية الغبن والاستغلال.

اهتم المشرع الجزائري بمواجهة حالات انعدام التعادل المادي في العقود التي تعكس عدم التكافؤ الاقتصادي بين المتعاقدين والذي أطلق عليه المشرع الجزائري وصف "الغبن"[1] وهو ما نصت عليه المادة90ق.م.ج[2] انه: "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

اختلفت المذاهب الفقهية في مدى الاعتداد بالعنصر المادي أو الشخصي للغبن وفي هذا الصدد سنتطرق إلى النظريتين المادية و الشخصية:

-**النظرية الشخصية**:فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، فقد يكون الشيء في حقيقته تافها لكنه ذا قيمة للمتعاقد الذي يريد الحصول عليه لاعتبارات شخصية.

-**النظرية المادية**:ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية والمرجع في تحديد هذه القيمة هو القوانين الاقتصادية خاصة قانون العرض والطلب، بتالي يترتب عن النظرية المادية لقيمة الشيء انه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة فان الغبن يتحقق حتى ولو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء[3].

---

[1]- يقصد بالغبن كون احد العضوين في عقد المعارضة غير متعادل مع الأخر في الالتزامات، وقد ينظر إليه من الناحية المادية وهذا ما يعرف ب (الغبن) وقد ينظر إليه من الناحية النفسية فيسمى(استغلال).

[2]- المادة 90 من أمر رقم75-58، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق،357.

تطورت نظرية الغبن المادية التي سادت قديما إلى نظرية نفسية في العصر الحاضر، تقوم على عنصر شخصي إلى جانب العنصر المادي المتمثل في التفاوت بين الأداءات بحيث تصيب رضا احد المتعاقدين وتجعله معيبا بما يصطلح على تسميته بعيب الاستغلال، وهو يختلف عن الغبن في أن معياره شخصي بينما معيار الغبن موضوعي مادي[1].

نستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري قد تبنى النظرية المادية الاعتداد بالغبن، كما يتبين أيضا من خلال المادة 90 السالفة الذكر، أن المشرع الجزائري قد تبنى إضافة إلى النظرية المادية للغبن النظرية الشخصية للاعتداد بالغبن[2]، بمعنى ما يترتب على الغبن كعيب من عيوب الرضا من حق إبطال العقد أو تعديل الالتزامات لا يمكن أن يحقق الحماية القانونية اللازمة للمستهلك ذلك أن هذا لأخير يتعاقد مع المهني بدافع حاجاته الملحة للسلعة أو الخدمة[3].

ثالثا. نظرية التعسف في استعمال الحق.

حاول الفقه على أساس حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية من خلال الرجوع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ومن خلال الاعتداد بالميزة المفرطة[4]، التي يحصل عليها احد المتعاقدين في تعاقده مع الطرف الأخر وعلى حساب مصلحة المتعاقد الأخر الذي يحرم من حق الاستفادة من هذه المنافع[5]، وهو ما ذهب إليه بعض الفقه على أساس أن المتعاقد القوي يبحث عن ميزة مفرطة والتعسف غالبا ما يصاحبه النفوذ الاقتصادي، إذ تعتبر الميزة المجحفة التي جاءت

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص67.

[2]- يظهر ذلك من خلال اشتراطها أن يكون عدم التوازن العقدي الحاصل، وليد استغلال احد الطرفين طيشا بينا أو هوى جامحا في الطرف الأخر.

[3]- زرارة صالحي الواسعة، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية .العدد05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2012.

[4]- بمعنى انه يتعسف الأول في استغلال مركزه الاقتصادي وخبرته الفنية بمحل التعاقد، وذلك عن طريق إدراج بعض الشروط التي من شانها أن تكسبها منافع ومزايا تخدم مصلحته بالدرجة الأولى.

[5]- سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص115.

نتيجة الشرط التعسفي في ذلك التفاوت الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغير وبين المنفعة التي تعود على صاحب الضرر دون أن يقترن بغاية مشروعة[1].

نجد من جهة أخرى وحسب الفقه الفرنسي، يقصد بالتعسف في استعمال الحق الطرف الذي يجني فائدة اكبر بكثير من فائدة الطرف الأخر يعد تعسف في استعمال حقه في التعاقد وهذا ما استخدمته محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

تبرز مظاهر إرادة المشرع في ظل القانون المدني في إحاطة الطرف الضعيف بقدر من الضمانات القانونية في السلطات الممنوحة للقاضي في التدخل لتحقيق التوازن العقدي، رغم غياب أي إشارة إلى دور القاضي من أجل التصدي للبنود التعسفية في النصوص الخاصة من اجل معالجة هذه الآفة ويجوز للقاضي التدخل من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بذلك الطرف المذعن[2].

سنتناول في هذا المطلب، التدخل الحصري للقاضي لاسترجاع التوازن العقدي(**الفرع الأول**) مع إظهار المعايير المعتمدة لتقدير اختلال التوازن العقدي(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

التدخل الحصري للقاضي للاسترجاع التوازن العقدي

تسعفنا فكرة وجود قواعد تشريعية تقر بأن العقد يحل مقام القانون وفقا للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، من هنا يبادر إلى أدهان أن القضاء ليس له دور في معالجة الشروط التعسفية، غير أن الواقع أظهر لنا عكس هذا إذ منح المشرع للقاضي أداة قوية في يده تسمح له بإعمال سلطته وتدخل من أجل إعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية .

كي تتضح الفكرة أكثر سنتناول في هذا الفرع سلطة القاضي في تفسير الشرط التعسفي(**أولا**) ومن ثم سلطته في التعديل(**ثانيا**)، ثم سلطته في الإلغاء(**ثالثا**).

---

[1]- يسين سعذون،" البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق"، المجلد العاشر، العدد الثالث، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص263،264.

[2]- CALAIS-AULOY Jean et TEMLE Henri, Droit de la consommation, 9eme éd Dalloz, paris, 2015, p178.

أولا.سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية.

تعتبر عملية تفسير العقد من عمل القاضي، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية في شان تفسير العقود، بل ألزمه بضرورة إتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمة التفسير:الأولى حالة وضوح عبارات العقد وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارات الواضحة الثانية في حالة غموض عبارات العقد[1]هنا يتعين البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أما الثالثة تتعلق بحالة الشك فهنا يفسر الشك لصالح المدين[2]، غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضار بمصلحة الطرف المذعن[3].

تكمن الحكمة من تقيد سلطة القاضي في تفسير بنود العقد في حالة ثبوت وضوح العبارات المستعملة في تحريره في أن عبارات العقد تمثل تعبيرا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبحكم ذلك فان القاضي لا يمكنه أن يتدخل في هذه الإرادة بل يجب عليه أن ياخد بما ورد في العقد من عبارات دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الأخر بحجة التفسير[4].

حث المشرع لضمان حماية فعالة للطرف المذعن، أشار على ضرورة أن ينصب التفسير الذي يعطيه القاضي للعبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف المذعن، بحسب المادة 112فقرة 02 قانون مدني جزائري[5]"غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"، إن الفقه يدعو القضاء إلى أن يستعمل قواعد موضوعية في تفسير نصوص القانون المدني من اجل حماية الطرف المذعن ولضمان نزاهة تفسير عقود

---

[1]- يتعين على القاضي عدم الوقوف عند الحرفي للألفاظ، بحيث عليه أن يستعين بطبيعة المعاملات وما يقتضي ذلك من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

[2]-نجد أن الأصل في الالتزامات المدنية، هو براءة الذمة من أي التزام ومن يدعي الأصل أن يثبت العكس، وهو المبدأ الذي جسده المشرع الجزائري المادة 323 من القانون المدني.

[3]-بن شنيتي عبد حميد، مرجع سابق، ص10.

[4]- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد(دراسة مقارنة)،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2008،ص10.

[5]- المادة2/112 من أمر رقم75-58، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

الإذعان، ففي حالة غموض العبارات أو الشروط يفسر لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا[1].

ثانيا. سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

يلتزم القاضي باحترام إرادة الطرفين متى كان العقد سليما ومتوازنا بحيث يلتزم بعدم تعديل ما اتفق عليه، لكن الأمر ليس كذلك إذا تبين له انعدام توازنه وخرق للنصوص القانونية[2]هنا يتدخل القاضي، إذ يعد تدخل القاضي من اجل تعديل الشروط التعسفية استثناء أملته الظروف الاقتصادية التي أدت إلى اختلال مراكز طرفي العلاقة التعاقدية.

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف، ومن هذه الأوجه نجد:قد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته فيكون إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط[3]بما يحقق الغرض الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات المتقابلة، كما انه قد يرد الشرط موضوع الطعن في صورة شرط جزئي مبالغ في تقديره وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله وإعفاء المذعن على أساس انه شرطا تعسفيا وأي تعديل يقوم به القاضي يتعلق بحكم الأداءات المتقابلة.

ثالثا. سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية.

تعني سلطة الإلغاء أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي وان مجرد تعديله لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فانه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه، مخالفا بذلك قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"[4]، كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي لإلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة و هنا تتضح السلطة الاستثنائية للقاضي الموضوع، غير أن هناك من الفقه من

[1]-لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص166.

[2]-بغدادي مولود ، مرجع سابق، ص43.

[3]- عد المنعم فرح الصده، مرجع سابق، ص285.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص250.

يرى بان الأمر يتوقف على طلب الطرف المذعن، فإذا طلب هذا الأخير من محكمة الموضوع ممارسة هذه الصلاحية فلا يمكن أن تغفل عن هذا الطلب بل يجب نفصل بالسلب أو الإيجاب.

هناك من يرى أن رقابة الإلغاء هي اشد جرأة من رقابة التعديل و سلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله فيعفى الطرف المذعن منه[1]، بتالي الاعتراف للقاضي بإبطال الشروط التعسفية يمثل تقدما هاما في مجال الحماية من الشروط التعسفية إذا من شانه أن يؤدي إلى إعادة التوازن للعملية العقدية.

الفرع الثاني

المعايير المعتمدة من طرف القاضي لتقدير لاختلال التوازن العقدي

للكشف عن الشروط التعسفية وضبطها لاسترجاع التوازن العقدي في عقود الاستهلاك يستعين القاضي ببعض الظروف الملابسة للعقد والواقع، مستندا في ذلك على معيارين، معيار عام مرتبط بضبط التوازن في العقد قائم على أساس العدالة[2](**أولا**) وفي حالات خاصة يلجا القاضي لقواعد التفسير الواردة في القواعد العامة(**ثانيا**).

أولا. استعانة القاضي بالمعيار العام لضبط التوازن العقدي.

يملك القاضي المدني والقاضي الإداري سلطة تقدير الصفة التعسفية للشرط استنادا على معيار العدالة المقيد به، الذي يختلف عن عقد الأخر بحسب الظروف المحيطة به[3].

1. رقابة القاضي المدني.

خروجا عن الأصل فانه في حالة ما إذا ضمن المتدخل في العقد المبرم بينه وبين المستهلك شروط لم ترد في مضمون كل من القائمين التي جاءت بها المادة 29 من القانون رقم 04-

[1]- سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص438.

[2]- رباحي احمد، مرجع سابق، ص5.

[3]- شريف بحماوي ،"سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية "،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة الحاج لخضر، باتنة، عدد2، 2014، ص 110.

02[1] والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 03-306[2]، يلجا القاضي لممارسة سلطته التقديرية حيالها وذلك استجابة للمعيار العام الوارد في المادة 5/3 المتعلق بالممارسات التجارية، التي اعتبرت أن كل شرط من شانه الإخلال الظاهر بين حقوق والالتزامات أطراف العقد يعتبر تعسفيا، فمصدر السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي هو القانون[3].

يستند القاضي الفرنسي لتقديره الطابع التعسفي للشرط للتعريف الذي جاءت به المادة 212-1[4] من ق.ح.م.ف، رقم 95-96، والمتمثل في الشرط الذي من شانه إحداث إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق ولالتزامات الطرفين[5]، وكان المشرع الفرنسي قد اعتبر أحكام هذه المادة من النظام العام وهو الأمر الذي جعل الفقه الفرنسي يقر بالجواز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه وأمام هذه القصور التي كانت تتميز به القواعد العامة في فرنسا في صدد الرقابة على الشروط التعسفية، لجا قضاة الموضوع إلى طريقة "التفسير المبتكر"، لكن هذه الطريقة لم توفر حماية فعالة سبب ما يسمى بتحريف شروط العقد[6].

2. رقابة القاضي الإداري.

يملك القاضي الإداري سلطة رقابة على مدى مطابقة المراسيم التي تصدرها الحكومة طبقا للقانون الذي خول لها هذه السلطة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يملك أن يقرر الطابع التعسفي في الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية والتجارية.

---

[1]-القانون 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[3]- فتيحة بلقاسم،"اثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، عدد2، 2009، ص 78.

[4]- Article n°212-1 de code de consommateur français . Op .cite

[5]-شوقي بناسي، مرجع سابق، ص148.

[6]-احمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص339.

أ. الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية.

يباشر مجلس الدولة الرقابة على الشروط التي اعتبرتها الحكومة تعسفية بموجب مراسيم أصدرها في هذا الصدد على أساس تجاوز السلطة حيث كان المرسوم رقم78 -464[1]محل طعن أمام مجلس الدولة لإلغاء المادة الأولى منه بإلغاء[2]، أضاف القرار أن هذه المادة التي لا تكشف في كل الحالات عن تعسف في النفوذ الاقتصادي والتي لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمهنيين ومن هنا فان هذه النصوص بسبب عموميتها لا تدخل في صلاحيات الحكومة.

صرح مفوض الحكومة الفرنسي بان القاضي الإداري يجب عليه التحقق من الظروف التي ادخل فيها الشرط التعسفي وبذلك يستطيع القاضي الإداري البحث عن الخاصية التعسفية للشروط المعروضة عليه[3]، فان ذلك يمثل رقابة إضافية تباشرها المحاكم الإدارية بشان الشروط التعسفية.

ب. الرقابة على الشروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية.

تتضمن بعض عقود المرفق العام أو العقود الإدارية شروطا تعسفية تفرض بموجب قانون أو لائحة، مثلما وارد في عقود الاستغلال مياه الشرب، فالمعروف عن هذه الشروط أنها تكون في الأغلب شروطا تعسفية في حق المرفقين،كما صرح مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاد نوعي له سنة2001، أن تقدير تعسفية الشروط التنظيمية الواردة في عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية يكون بالرجوع لكل شروط العقد وعندما يتعلق موضوع هذا العقد بتنفيذ مرفق عام يجب أخد بعين الاعتبار المميزات الخاصة بالمرفق وفقا للأحكام المادة 212-1[4]من ق.ح.م.ف، فهي تعسفية مند وضعها.

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم78-464 المؤرخ في 24 مارس1978 متعلق بتطبيق قانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات،ج.ر.ج.ج، صادر 1افريل 1978.

[2]- احمد محمد الرفاعي، مرجع نفسه، ص124.

[3]-سي الطيب محمد امين ، مرجع نفسه، ص138.

[4]-Article n°212-1 de code de consommateur français,. Op .cit.

ثانيا: استعانة القاضي بقواعد التفسير الواردة في القواعد العامة.

نصت المادة 111 من الأمر رقم 75-58 المتضمن التقنين المدني الجزائري على ثلاث حالات لتفسير إذ تفيد هذه المادة انه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز للقاضي الانحراف عن المعنى الظاهر لها، أما إذا كانت غامضة يفسر العقد حسب ما قصداه المتعاقدان وهو ما تضمنته المادة 1156 من التقنين المدني الفرنسي:" يجب في العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"، بذلك يكون المشرع قد وضع عدة عوامل تساعد القاضي في تفسير العقد، وهي طبيعة التعامل أي طبيعة العقد ذاته فإذا كانت عبارة العقد مثلا تحمل أكثر من معنى فانه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق وطبيعة العقد ذاته.

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على طريقة غير مباشرة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وذلك بتفسير الشروط الغامضة التي يحيط الشك بحقيقة المقصود بها بما تحققه لمصلحة الطرف المذعن في العقد، كما يستعن القاضي بالعادات الجارية بما لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن نية، وشرف التعامل، الأمانة والثقة وهو ليس ملزم بها وبإمكانه البحث في مسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للطرفين[1].

[1]- لعشب، محفوظ مرجع، سابق، ص 149.

الفصل الثاني

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل أحكام خاصة

قطع المشرع الجزائري شوطا هاما في مجال مواجهة الشروط التعسفية، بعدما رأينا أن الأحكام العامة تتميز بالنقص وتبقى عاجزة نوعا ما وقاصرة عن توفير حماية قضائية فعالة للمستهلك، فإن الأحكام الخاصة التي تعد في ذات الوقت قواعد معاصرة بالنظر إلى تاريخ صدورها مقارنة بالأحكام العامة، هذا الأسلوب المعتمد لتنظيم الشروط التعسفية يسمح بفرض رقابة مسبقة على مضمون العقد للتأكد من الطابع التعسفي للشروط الواردة فيه والذي يتحدد بمجرد الإطلاع على القوائم الواردة في القانون أو المرسوم.

شهدت الحياة الاقتصادية تطورات سريعة عموما وخصوصا في السوق الاستهلاكية، وبغية حماية المستهلك أصدر المشرع الجزائري نصوص وقواعد قانونية شرعت لتحديث الحماية وجعلها تتلاءم مع المستجدات، ولعل أهم أحكام الخاصة التي تمنح حماية للمستهلك من الشروط التعسفية القانون04-02[1](**المبحث الأول**)، والمرسوم التنفيذي06-306[2](**المبحث الثاني**).

[1]- القانون رقم04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر .

المبحث الأول

صور الشروط التعسفية الواردة في إطار القانون رقم 04-02

يقوم الأسلوب القضائي المتبع للحد من الشروط التعسفية والذي بموجبه يترك القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط قبل الحكم بإبطالها، هناك أسلوب تنظيمي أخر إلى جانبه يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية التقدير العملي للشروط التعسفية، وعليه تضمنت قوانين الحماية من الشروط التعسفية قوائم تحدد الشروط التي تعتبر تعسفية.

يعتبر المشرع الألماني الأسبق بإصدار قانون يتعلق بحماية من الشروط التعسفية ضمن القانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، ويتضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء[1]والثانية قائمة رمادية، لتتضح الفكرة سنتناول مجال تطبيق صور الشروط التعسفية الواردة في القائمة(**المطلب الأول**)، ومن ثم سنتناول مبادئ الممارسات التجارية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مجال تطبيق صور الشروط التعسفية الواردة في إطار القائمة القانونية

نصت المادة29[2]من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في مضمونها على ثمانية شروط تعسفية، إلا أن هذه الشروط حسب استقراء ألفاظ المادة نجد أنها جاءت على سبيل المثال لا الحصر، بعبارة "لاسيما" والتي تفيد وجود شروط أخرى غير منصوص عليها كما أنها جاءت ملزمة للمحترفين في علاقتهم مع المستهلكين.

إضافة إلى أن المادة 30 من القانون نفسه، قد فرضت أمر تحديد شروط تعسفية أخرى للتنظيم[3]، لتتضح الفكرة سنحاول توزيع مجال ورود هذه الشروط حسب موقعها في العلاقة العقدية

---

[1]- شملت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة، والتي تتضمن عليها المادة10 من القانون الألماني أما النوع الثاني وهو الذي يعبر عنها بالقائمة الرمادية، وتشمل عشرة أصناف ثم ذكرها في المادة11 من القانون الألماني.

[2]- المادة29 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[3]- قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 272.

من حيث تلك المتعلقة بتكوين(**الفرع الأول**)، ومن حيث تنفيذه (**الفرع الثاني**)، ومن حيث أثاره(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

تعتبر مرحلة تكوين العقد من أخطر المراحل التي يمر عليها المستهلك، لأنه بمجرد انضمامه والتعبير عن إرادته للمهني يصبح مذعن لكل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد ويصبح ملزما بصفة نهائية اتجاه المهني، ومنه فقد نص القانون04-02 على الإشارة إلى شرطين تعسفيين يتعلقان بمرحلة تكوين العقد هما: عدم التماثل في الحقوق والتزامات الطرفين(**أولا**)، أو في الحرية الممنوحة للمهني في تنفيذ التزاماته(**ثانيا**).

أولا.عدم التماثل في الحقوق والالتزامات.

أشارت الفقرة الأولى[1]من المادة 29 "أخذ حقوق و/أو الالتزامات لا تقابلها حقوق و/أو التزامات مماثلة معترف بها للمستهلك،

انطلاقا من أن المستهلك هو الطرف الضعيف في موجهة البائع كونه يقوم بصياغة بنود العقد وتضمينه ما يشاء،فان هذا الأخير يعتمد أسلوب عدم التماثل في الحقوق والالتزامات إذ يزيد من حقوقه التي حتما سوف تزيد من التزامات المستهلك في المقابل، بحيث تقتضي المساواة بين أطراف العقد، تحمل كلاهما مخاطر العقد حيث يعد من قبل الممارسات التعاقدية التعسفية، مثال عن ذلك مؤجر السيارة الذي يفرض على المستأجر دفع أجرة يوم كامل نتيجة تجاوز هذا الأخير الوقت المحدد الإرجاع السيارة بساعتين ولو نتيجة قوة قاهرة .

أراد المشرع من خلال إبطال هذا الشرط القضاء على القانون الذي نشئ مبدأ الحرية التعاقدية، وذلك بفرض تماثل الحصول على الحقوق وللامتيازات بالنسبة للمستهلك، إلا انه وان

[1]- المادة1/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

كانت نية المشرع إعادة للعقد التوازن المفقود إلا انه بالمقابل يطرح إشكالا في قياس معدل التماثل بين الطرفين في العلاقة الاستهلاكية لغياب معيار يحدد ذلك[1].

ثانيا. حرية المهني في تنفيذ الالتزاماته.

نصت الفقرة الثانية[2]من المادة29 من القانون04-02، على" فرض امتيازات فورية ونهاية على المستهلك في العقود، في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد"،

يتجلى مضمون الفقرة 02 من المادة 29، كل شرط يتحمل بموجبه المستهلك التزامات فورية في حين أن تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المحترف متروكة لمحض تقديره يعتبر شرطا تعسفيا[3]، بالرغم من ذلك فالمهني غالبا ما يتحايل على هذه النصوص بما يخدم مصالحه مستغلا في ذلك عدم خبرة المستهلك التقنية والقانونية للتملص من التزاماته بإعفاء نفسه منها بإلقائها على عاتق المستهلك، مثال أن يفرض البائع على المشتري دفع ثمن المبيع كاملا ومسبقا بمجرد إبرام العقد دون أن يحددا أو يتفق على موعد تسليم المبيع إطلاقا، أو أن يتفقا على أن يكون ذلك مقترنا بشرط واقف يتعلق بحالة السوق مثلا.

---

[1]- راضية يحياوي سليمة، الشروط التعسفية في إطار القانون رقم04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2011،ص109.

[2]- المادة2/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[3]- رغم أن اعتبار استفادة المحترف من أجال لتنفيذ التزاماته شرطا تعسفيا، ورغم أن المشرع لم ير مانعا من تعليق الالتزام على شروط واقف أو فاسخ طبقا لأحكام المادة203 من القانون المدني التي نصت على"يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقل و ممكن وقوعه".

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد

ينتقل الطرفان المتعاقدين بعد إبرامهما لعقد الاستهلاك إلى مرحلة أخرى من مراحل العقد وهي مرحلة تنفيذه، فهذه المرحلة تعتبر من أهم مراحل العقد لكونها سوف تخرج العقد من قالبه النظري إلى حير التنفيذ وتكريسه ميدانيا.

أوردت المادة29 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجاريةأربعة شروط تعسفية متعلقة بمرحلة تنفيذ العقد، ومن هنا سنتطرق في هذا الفرع لدراستهم في الفقرات التالية: الفقرة الثالثة(**أولا**)، الفقرة الرابعة(**ثانيا**)، الفقرة الخامسة(**ثالثا**)، الفقرة السابعة (**رابعا**).

أولا. احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحية تحديد عناصر العقد.

نصت المادة 29[1]الفقرة الثالثة على"امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك"،

اعتبر المشرع الشرط الذي مضمونه السماح للمحترف بتعديل عناصر العقد شرطا تعسفيا سواء كان عقد بيع كتعديل الثمن أو تعديل محل العقد، وقد يصل هذا التعديل ليمس اجل تسليم السلعة أو تأدية الخدمة، كتغير اجل إقلاع الرحلة وهذا ما يؤثر وبشكل واضح على المستهلك وبتالي يعفي المستهلك من إثبات طابعه التعسفي ويكتفي من جانبه وجود مثل هذا الشرط في العقد.

نجد أن الحكم الوارد في هذه الفقرة يتوافق إلى حد ما مع القواعد العامة التي تمنع أي تعديل انفرادي للعقد أو حتى نقضه طبقا لإحكام المادة106[2]من القانون المدني الجزائري التي نصت على"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ، ولا تعدله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

---

[1]- المادة03/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- المادة106 من أمر رقم75- 58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

ثانيا. انفراد العون الاقتصادي بصلاحية تفسير العقد.

نصت المادة29 في فقرتها الرابعة[1]على" التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ القرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية"،

يحصل وأن يتعذر على الأطراف تنفيذ العقد، أي تنفيذ التزاماتهم وذلك بسبب ما يعتريه من غموض يحول دون تنفيذه، بحيث يتجه كل واحد من المتعاقدين إلى فهم يخالف ما وصل إليه الطرف الأخر ويدعي اختلاف التعبير لما اتجهت إليه إرادته[2].

يعتبر كل شرط مضمونه السماح للمحترف بتفسير شروط العقد تعسفيا،وهو ما نجد له أساس حتى في نص المادة111[3]من القانون المدني الجزائري والتي نصت على"إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"وبتالي لا يجوز تفسير عبارات العقد متى كانت واضحة، وما التفسير إلا استثناء إذا كانت العبارات غامضة ولأمر فيها متروك للقاضي وليس للمتعاقدين، ويكون ذلك ملزما بنص المادة112[4]من القانون المدني.

ثالثا. إعفاء العون الاقتصادي نفسه من تنفيذ التزاماته.

ورد في الفقرة الخامسة[5]ضمن المادة29 على" إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها"،

يتوافق حكم هذه الفقرة مع مبدأ التنفيذ التقابلي للالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، وحق كل طرف في الامتناع عن التنفيذ في حال امتناع الطرف الثاني و هذا ما نصت عليه الأحكام

---

[1]- المادة4/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2005، ص 01.

[3]- المادة111 من أمر رقم75- 58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4]-نصت المادة2/112 من ق.ن.ج "غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

[5]- المادة5/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

العامة في القانون المدني منها نص المادة119[1]التي نصت على،" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

يسعفنا محتوى الفقرة إلى القول أن كل شرط مضمونه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف والأحوال ولو كانت من ضمنها امتناع المحترف عن تنفيذ ما التزم به فهو من مظاهر الإخلال بتوازن العقد إذ أن المتدخل يملي شروط على المستهلك الذي لا يعلم بها ولم يتسن له حتى فرصة مناقشتها، يترتب عنها التجفيف من واجبات المتدخل وزيادة التزامات المستهلك مناف للعدالة من جهة ومخالف للقوة الملزمة للعقد من جهة ثانية.

رابعا. انفراد العون الاقتصادي بتغيير أجال.

نصت الفقرة السابعة[2]من المادة29 من القانون04-02 على"التفرد بتغيير أجال تسليم منتج و أجال تنفيذ الخدمة".

اعتبر المشرع التفرد في تغير أجال تسليم المنتج أو أجال تنفيذ الخدمة شرطا تعسفيا بنص المادة، والملاحظة التي توجه لهذه الفقرة أنها ذكرت "تنفيذ الخدمة" فيما تعلق بنص المادة 29 بتلك البنود التعسفية في عقد بيع الاستهلاك فقط فهل هذا معناه أن الخدمة ترد عليها البيوع؟ نجد أن الفقه لم يتردد من ترويج فكرة بيع الخدمات نظرا لأهمية قطاع الخدمات حاليا في تحقيق نص الحماية المقررة في مجال البيع للمستفردين من هذه الخدمات[3].

نجد من جهة أخرى البعض اعتبر أن استخدام مصطلح بيع الخدمات ترتبط بشكل كامل أو جزئيا مع التسليم وقت البيع، بتالي فانه لا يحق للمحترف التفرد بتغيير أجال المتعلق سواء بتسليم المنتج، أو أجال تنفيذ الخدمة، وهو مقابل تماما لما جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة29 المتعلق بحق تعديل العناصر الأساسية للعقد وهو شرط بإطلاق كلا الفقرات.

---

[1]- المادة119 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2]- المادة7/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[3]-بودالي محمد،"الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات "،(دراسة مقارنة)، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص6-ص7.

الفرع الثالث

الشروط المتعلقة بانحلال العقد

تضمنت المادة29 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في مضمونها على شرطين يتعلقان أساسا بانحلال العقد، لذا سوف نتعرض إلى شرط حرمان المستهلك من حق فسخ(**أولا**)، ومن ثم تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية(**ثانيا**).

أولا. حرمان المستهلك من حق الفسخ.

نصت الفقرة السادسة[1]من المادة 29 من القانون 04-02 على،"رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة الالتزامات في ذمته"،

يفهم من الفقرة أن الشرط الذي يحرم المستهلك من حق فسخ العقد في حالة إخلال المحترف بالتزاماته هو تعسفي في حق المستهلك[2]، حتى وإن كانت هذه النتيجة لا تعبر عن رغبة الطرفين لأنه قد تحدث ظروف تعيق تنفيذ العقد كما اتفق عليه، وإذا كان من الطبيعي أن يفسخ العقد الذي لا يلبي لطرفيه ما أراد الوصول إليه فمن غير الصائب سلب الطرف الضعيف في نص العقد من حق اللجوء إلى فسخ العقد[3].

يعتبر حق الفسخ حق مشروع ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف المقابل لالتزاماته طبقا للقواعد العامة،ذلك أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

---

[1]- المادة6/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- يلاحظ أن الفقرة السادسة من المادة 29 جاءت معينة من الناحية اللغوية باعتبار أن الضمير"هو" وكأنه في غير محله و الذي يعود إلى المحترف بالنظر إلى سياق الكلام، الأمر الذي لا توصي به صياغة الكلام التي يفهم منها وكان الضمير يعود على المستهلك وهو ما ينسجم مع معنى النص.

[3]- معمر فرقاق،"ضمانات التوازن العقدي من خلال التعدي للممارسات التعاقدية التعسفية"، مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني السادس حول ضمانات تحقيق التوازن العقدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة حسيبة بن بوعلي- شلف 2013، ص6.

ثانيا. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية.

نصت الفقرة الثامنة[1]من المادة29 على"تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"،

يعتبر المشرع الجزائري هذا الشرط صورة من صور الممارسات التعاقدية التعسفية، للآن هذا التهديد من شأنه إلحاق أضرار مادية بالمستهلك وإهدار واضح لحقوقه كونه دائما الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمتدخل[2].

قضى النص بالطابع التعسفي لمجرد التهديد بقطع العلاقة التعاقدية في حالة امتناع المستهلك عن الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة، إذ يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى إبطال العقد، وهو ما نصت عليه المادة1/88من القانون المدني انه: "يجوز إبطال العقد بالإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بنية بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق"[3]، وهو ما جعل المشرع يعتبرها شروطا تعسفية إذ أن قطع العلاقة قد يجلب أضرار مادية للمستهلك مما يجبره على القبول بالشروط وفي هذا إهدار للتوازن ومبدأ حرية التعاقد.

المطلب الثاني

مبادئ الممارسات التجارية

تضمنت المادة الأولى[4]من القانون رقم02/04على انه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

يتبين من هذه المادة أن المشرع قد أسس تنظيمه للممارسات التجارية على مبدأ الشفافية والنزاهة[1]، وهما ركيزتان من ركائز اقتصاد السوق، مستهدف من خلالهما إضفاء الوضوح وحماية مصالح أطرافها سواء كانوا أعوانا اقتصاديين أم مستخدمين.

---

[1]- المادة8/29 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- معمر فرقاق، مرجع سابق، ص7.

[3]- المادة 1/88 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4]- المادة01من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

سنتناول في هذا المطلب مبدأ شفافية الممارسات التجارية(**الفرع الأول**)، ومن ثم مبدأ نزاهة الممارسات التجارية(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

مبدأ شفافية الممارسات التجارية

خلال تعامل المشرع الجزائري مع العون الاقتصادي لم يغض النظر عن مصلحة المستهلك في جميع مراحل البيع حيث ألزم المشرع البائع بضرورة الإعلام بالأسعار وشروط البيع، أما بعد إتمام العملية التعاقدية فقد اوجب بتقديم فاتورة للزبائن عن أداء أي خدمة، بحيث جسد المشرع الشفافية في نطاق الممارسات التجارية من خلال مظهران رئيسيان هما الإعلام بالأسعار والتعريفات(**أولا**)، وكذا الالتزام بالفاتورة(**ثانيا**).

أولا.التزام العون الاقتصادي بإعلام بالأسعار والتعريفات.

ألزم المشرع البائع حتى يكون نشاطه نزيها بوجوب إعلام المستهلكين بأسعار والتعريفات وشروط البيع وهذا حسب مقتضيات المادة1/5[2]من القانون 04_02 التي نصت انه:"يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"،

يعتبر إعلام المستهلك ضرورة علمية وقانونية في آن واحد[3]،يظهر أن المستهلك في حاجة إلى علم مسبق بالأسعار دون تكلف عناء مساءلة البائعين ومقدمي الخدمات عن ذلك، فيترتب عن ذلك من بقاء المستهلك حرا في التعاقد أم لا[4]، يكتسي الإعلان طابعا إعلاميا في مجال عقود الاستهلاك بالنظر إلى مساهمته في التعريف بالسلع والخدمات إلا أن تأثيره في إحداث اختلال في

---

[1]- يعرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري المبدأ القانوني العام بأنه:" فكرة عامة تجمع مجموعة من القواعد المرتبطة بها ارتباطا منطقيا"، وهذا المفهوم ينطبق على مبدأي الشفافية والنزاهة، كما أوردها القانون04 -02.

[2]- المادة 1/5من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[3]- GUY Raymond, Droit de la consommation, 2éme éd, lexis litec, paris, 2011, p209.

[4]- خوجة عائشة، مبدأ شفافية الممارسات التجارية في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الاجتماعي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2017،ص42.

توازن العقد ظاهر من خلال عملية الترويج والدعاية للسلع والخدمات والتي ينتج عنها تصوير الأشياء على غير حقيقتها[1].

تكمن أهمية الالتزام بالإعلام الأعوان الاقتصاديين بأسعار والتعريفات في كونه يدعم المساواة فيما بين البائعين ويسمح للتجار من التحقق فيما إذا كان موردهم لم يفرض عليهم أسعار أو شروط بيع مجحفة ومخالفة للأسعار والشروط الممنوحة للأعوان الاقتصاديين الآخرين[2]بالاعتبار أن السعر احد العناصر الأساسية المحددة للصراع التنافسي في السوق بحيث يمكن القول أن المنافسة من خلال الأسعار تعتبر احد عناصر اللغة التنافسية[3].

ثانيا. إلزامية التعامل بالفاتورة.

ألزم المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي بالتعامل بالفاتورة وهذا بغية تنظيم المعاملات التجارية ومكافحة جرائم الغش بحيث نصت المادة1/10[4]على انه: " يجب يكون كل بيع سلع أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوبا بفاتورة" أو وثيقة تقوم مقامها يلتزم البائع بتسليمها أو يطلبها المشتري.

فرضت الفقرة3من المادة3 من القانون06/10 المعدلة للمادة 10 فقرة الثالثة من القانون02/04 يجب على العون الاقتصادي البائع "تسليم الفاتورة إذا طلبها الزبون"، وهنا المقصود بالزبون هو المستهلك وهو ما أكده المرسوم05/ 486 المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند تحويل وصل التسلي[5]بحيث يهدف هذا السند إلى ضمان شفافية المعاملات التجارية ومعرفة الأسعار المطبقة لضمان التحكم في السوق، فقد وسع المشرع مجال التعامل بالفاتورة.

---

[1]-CHENDEB RABIH, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative,(droitfrançais, libanais et égyptien), LGDJ, paris, 2010, p32.

[2]- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا الأمر 03-03 والقانون رقم 04-02، منشورات بغدادي الجزائر، 2010، ص80.

[3]- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص105.

[4]- المادة 1/10 من القانون04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[5]- المرسوم التنفيذي05-486 المؤرخ في 10دسيمبر2005، يحدد شروط تحديد الفاتورة ومنه التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك، ج.ر.ج.ج.عدد80، صادر في 2005.

الفرع الثاني

مبدأ نزاهة الممارسات التجارية

تعد الممارسات التجارية فضاء مشحون بالتنافس الحاد بين مختلف المصالح، وتماشيا مع التوجه العام نحو تعزيز متطلبات النزاهة في العلاقات التعاقدية لاسيما ذات الطرف الضعيف.

انطلاقا من هذا المنطلق أدرجها المشرع الجزائري تحت الباب الثالث المتعلق بنزاهة الممارسات التجارية من بداية من المادة 14 إلى غاية المادة 28من القانون02/04، فصول سنتناولها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر كالتالي= الممارسات التجارية غير الشرعية**(أولا)**، ومن ثم الممارسات التجارية غير النزيهة**(ثانيا)**.

أولا. الممارسات التجارية غير الشرعية.

أصبحت الممارسات التجارية في وقتنا الحاضر تمارس بصورة غير نزيهة، لذا كان الأجدر التدخل لمكافحة وردع هذه الممارسات التي من شانها المساس بمصالح مختلف الفاعلين في السوق من أعوان اقتصاديين ومستهلكين:

1.رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة دون مبرر شرعي.

يعتبر رفض البيع من الممارسات التي تعكس سلوكا عنصريا،جسد المشرع حماية المستهلك تجاه رفض البيع في المادة2/15[1] نص على انه: "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة".

يقصد بالامتناع عن البيع إنكار التاجر أو من يمثله لوجود سلعة أو رفض بيعها أو إخفائها وحبسها عن التداول[2] وتقع مخالفة الامتناع عن البيع حتى ولو كان البيع جزئيا[3]، من شانه أن يجعل عرض السلعة على نظر الجمهور لا يكون إلا أن يكون إيجابا، فالإيجاب هو عرض يعبر

---

[1]- المادة2/15 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- احمد محمد محمود علي خلف،الحماية الجنائية للمستهلك، (في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص123.

[3]- محمد محمود مصباح القاضي، الحماية الجنائية للمستهلك، (دراسة مقارنة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية)، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص17.

به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابقا لها نعقد البيع[1].

يرى الأستاذ السنهوري وهو بصدد تناوله الإيجاب الموجه للجمهور انه "لا يجوز له لصاحب المتجر، أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى نشر سلعة إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة"[2].

2 .البيع بالمكافأة.

يقوم بعض الباعة من اجل الترويج لبضاعتهم منح مكافآت لكل من يقوم بشرائها، وهذا الفصل حضره المشرع بموجب المادة16 من القانون02/04[3]بحيث نصت انه: "يمنع كل بيع أو عرض لسلع وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلا أو أجلا مشروطا بمكافأة مجانية"، تجدر الإشارة إلى أن نص المادة16 لم تحدد الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية الأمر سيسمح بتفسيره تفسيرا واسعا وبتالي هذا النوع من البيوع محظورة سوءا كان موجها للمستهلك أو المؤسسة[4].

تلجا المؤسسات الاقتصادية و التجارية إلى أسلوب البيع بالمكافأة من اجل تقوية و تدعيم نشاطها التجاري، بإتباع أسلوب الإغراء أي تقديم جائزة معينة لحثه إلى التعاقد[5].

اعتبر المشرع هذه المعاملة نوع من التضليل تسبب في رفع القيمة لهذه الأشياء بالرغم من قيمتها الأصلية ما قد يؤدي إلى المضاربة في الأسعار، غير أن المشرع استثنى إذا كانت المكافأة من نفس السلعة وموضوع البيع أو تأدية الخدمة لا يتجاوز10% من المبلغ الإجمالي للسلعة.

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام-العقد والإرادة المنفردة)، ط4، دار الهوى، الجزائر، 2009، ص108.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص47.

[3]- المادة16 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[4]- علال سميحة، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية، رسالة ماجستير، في قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2005، ص55.

[5]- مهدي محمد أمين، النظام القانوني للمؤسسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2017، ص58.

ثانيا. الممارسات التجارية غير النزيهة.

رغم أن مبدأ حرية التجارة يتيح للعون الاقتصادي هامشا من الحرية في ممارساته الاقتصادية، إلا أن هذه الحرية مقيدة باحترام مقتضيات النزاهة، من هنا منع المشرع جملة من الممارسات التجارية غير النزيهة التي يعتدي من خلالها عون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي آخر.

1. الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين.

أورد المشرع قاعدة عامة بموجب المادة26[1] من القانون04-02على انه: "تمنع كل الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزيهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين".

تتصب هذه الممارسات من خلال ما يقوم به العون الاقتصادي بتشويه سمعة عون اقتصادي منافس وهذا ما نصت المادة27من القانون02/04 بنشر معلومات سيئة تمس شخصه أو بمنتجاته أو خدماته[2]، وهناك نوع أخر من الاعتداء وهو تقليد العلامات[3] المميزة للعون الاقتصادي أو منتجاته أو الإشهار الذي يستخدمه للترويج لمنتجاته من شانه أن يثير الالتماس والغموض في ذهن زبائن المؤسسات المنافسة،فكثرا ما يلجا العديد من التجار والمقاولون إلى طرق غير مشروعة، في وضع علامات متشابهة للسلع التي من شانه أن يحدث خلطا في ذهن المستهلك[4].

2. حظر الإشهار التضليلي.

يعتبر الإشهار التجاري وسيلة فعالة من اجل إعلام المستهلكين بخصائص المنتجات والخدمات، غير أن الإشهار الذي يخرج عن الوظائف المحددة له يصبح وسيلة لتحايل والخداع[5].

---

[1]- المادة26 من القانون رقم04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- المادة27 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[3]- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في19 جولية 2003 المتعلق بالعلامات،ج.ج.ر،.عدد44، الصادر في2003.

[4]-كيموش نوال، مرجع سابق، ص40.

[5]-كتو محمد شريف، مرجع سابق، ص118.

تتجسد هذه الحماية من خلال المادة1/28[1] من القانون02/04 التي نصت "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا كل إشهار تضليلي"، لاسيما إذا كان يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكمية.

عرف المشرع الجزائري الإعلان وسماه الإشهار بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[2]، ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن الإعلان له عنصرين وهما: العنصر المادي من حيث إشارته الأدوات التعبير المستخدمة في الإعلان التي تدرك بالحواس، والعنصر النفسي من حيث إشارة إلى الهدف من استخدامها وهو ترويج وتسويق السلع والخدمات لدى الجمهور[3]، والمقصود بالإعلان في هذا الموضوع من الدراسة هو الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك موضوع الحماية باعتباره وسيلة من وسائل تنشيط التعاقد[4].

[1]- المادة 28من القانون رقم04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- راجع المادة الأولى من المرسوم التنفيذي39/90، السالف الذكر.

[3]- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص187-188.

[4]- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق، ص204.

المبحث الثاني

صور الشروط التعسفية الواردة في إطار المرسوم التنفيذي06-306

نجد إضافة إلى ما جاءت به المادة29 من القانون04-02 السابق ذكرها، أن المادة5 من المرسوم التنفيذي06-306 في الفصل الثاني الذي تضمن هو الأخير قائمة باثني عشر شرطا تعسفيا وهي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في القانون04-02[1].

سار المشرع الجزائري في هذا الشأن على نهج المشرع الفرنسي الذي خول للسلطة التقديرية إمكانية إصدار مراسيم[2]، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة مجال تطبيق صور الشروط التعسفية الواردة في إطار المرسوم التنفيذي(**المطلب الأول**)، ومن ثم التطرق إلى دور الرقابة الإدارية في الحماية من الشروط التعسفية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مجال تطبيق صور الشروط التعسفية الواردة في إطار المرسوم التنفيذي06-306

جعل المشرع الجزائري وبهدف توسيع نطاق الحماية من هذه الشروط التعسفية فرض رقابة مسبقة على مضمون العقد للتأكد من الطابع التعسفي للشروط الواردة فيه والذي يتحدد بمجرد الاطلاع على القائمة الواردة في المرسوم.

نجد من جهة أخرى أن مجال تطبيق القوائم التشريعية شاملا ومستوعبا لكافة مراحل العقد فقد تتعلق هذه الشروط التعسفية فيما إذا كانت متعلقة بتكوين العقد(**الفرع الأول**)، ومنها ما جاء من أثار العقد(**الفرع الثاني**)، وأخيرا ما يتعلق منها بانحلال العقد(**الفرع الثالث**).

---

[1]- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق،ص250.

[2]- نجد أنها ملزمة للأطراف العلاقة التعاقدية، ومن ثم يمنع العمل بها في العقود المبرمة ما بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين بصفة عامة، كما أنها ملزمة للقاضي ولا مجال له لأعمال سلطة التقديرية في تحديد طابعها التعسفي.

الفرع الأول

الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

يغتنم المحترف حالة الضعف المعرفي التي يتواجد فيها المستهلك أو يستغل حاجته الماسة للسلعة والخدمة ليقوم بوضع شروط تسمح له الحصول على مزايا أو يقوم بفرض على المستهلك التزامات غير مبررة وذلك قبل إبرام العقد.

نصت المادة05 من المرسوم التنفيذي06-306[1]على شرطين واردين في مرحلة تكوين العقد، الشرط الذي يقضي بتقليص العناصر الأساسية للعقود (أولا)، نجد كذلك الشرط الذي يقضي بفرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد(ثانيا).

أولا. تقليص عناصر العقد الأساسية.

بالرجوع إلى نص المادة02[2]من المرسوم التنفيذي رقم06-306، نستنتج منه المقصود بالعناصر الأساسية، والذي ورد كالتالي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وامن ومطابقة السلع و/ أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

نصت كذلك المادة 03[3] من نفس المرسوم على ما يلي:"تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه، أساسا بما يلي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها،
- الأسعار والتعريفات،
- كيفيات الدفع،

---

[1]- راجع المادة05 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[2]- المادة02 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[3]- المادة03 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

- شروط التسليم وأجاله،
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم،
- كيفيات الضمان ومطابقة السلع أو الخدمات،
- شروط تعديل البنود التعاقدية،
- شروط تسوية النزاعات،
- إجراءات فسخ العقد"

يفهم انه إذا ما كانت الشروط المدرجة في العقد من طرف العون الاقتصادي ماسة بهذه العناصر الأساسية،فإنها تعد شروط تعسفية في مواجهة المستهلك ويقضي ببطلانها بقوة القانون.

مثال الشروط التي تسمح للمهني بتعديل عناصر العقد الأساسية بحسب الصور الواردة في المواد المذكورة أنفا "الشرط الذي يضعه المورد في العقد ليرفع بمقتضاه السعر خلال الفترة بين الطلبية والتسليم"[1].

ثانيا. فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد.

يعتبر تعسفا حسب الفقرة السادسة من المادة05[2] من المرسوم التنفيذي رقم06-306 "فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،"

اوجب المشرع الجزائري على العون الاقتصادي أن يناقش المستهلك في مجلس العقد على جميع الشروط التي يرون أنها مناسبة لتخدم مصالحهم بهدف إدراجها في العقد المبرم بينهما بحيث اعتبر المشرع الجزائري من قبيل التعسف قيام العون الاقتصادي بفرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل التعاقد ولم تعطى له فرصة المناقشة والتفاوض بشأنها[3].

[1]- السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص50.

[2]- المادة06/05من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[3]- عميراث عادل، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص130.

الفرع الثاني

الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد

تضمنت المادة05 من المرسوم التنفيذي رقم06-306 إلى الإشارة إلى ثمانية شروط تعسفية واردة ضمن الفقرات التالية: الفقرة الثانية(**أولا**)، الفقرة الرابعة(**ثانيا**)،الفقرة السابعة(**ثالثا**)، الفقرة الثامنة(**رابعا**)، الفقرة التاسعة(**خامسا**)، الفقرة العاشرة(**سادسا**)، الفقرة الحادية عشر(**سابعا**)، الفقرة الثانية عشر(**ثامنا**).

أولا. الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه.

نصت الفقرة الثانية من المادة05[1]من المرسوم التنفيذي رقم06-306،على انه:"الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك،"

يقودنا نص المادة إلى استنتاج انه إذا ما أدراج مثل هذا البند في العقد من شانه أن يؤدي إلى الإخلال بتوازن المعاملات التعاقدية واستقرارها، إضافة إلى إلحاق الضرر بالمستهلك الضعيف، ذلك أن التزام المستهلك بتنفيذ العقد يكون وفق ظروف ومقتضيات معينة فإذا به يفاجأ بنود جديدة وظروف غير متوقعة لا يملك إمكانية أو فرصة مساومتها ومناقشتها بحكم العقد المبرم بينه وبين العون الاقتصادي، يترتب على هذا الشرط حرمان المستهلك من حقه في التعويض نتيجة الأضرار التي تلحق به من جراء فسخ العقد أو تعديله سواء كان ذلك بإنقاص أو بالزيادة في الالتزامات[2].

ثانيا. تخلى العون الاقتصادي عن مسؤوليته اتجاه المستهلك.

جاءت الفقرة الرابعة من المادة05[3]التي نصت: "التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة ،بدون تعويض للمستهلك في حالة عدم تنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،"

---

[1]- المادة02/05 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[2]- عادل عميراث، مرجع سابق، ص129.

[3]- المادة40/05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

للإشارة فان النص يتضمن ما يلي:

- إن الشرط لا يعتبر تعسفيا إلا إذا تخلى العون الاقتصادي عن مسؤوليته ولم يتولى دفع أي تعويض للمستهلك، ومن اجل هذان الضابطان فلا يعتبر الشرط حينها تعسفيا.
- تقوم مسؤولية العون الاقتصادي من اجل تنفيذ التزاماته سواء كان ذلك بامتناعه عن التنفيذ معيبا أو جزئيا، أو كان في غير الآجال المتفق عليها.

ثالثا. احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك.

نصت الفقرة السابعة من المادة05[1]من المرسوم التنفيذي06-306 "الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه"،

اعتمد المشرع الجزائري هنا للإقرار الطابع التعسفي على معيار المقابل في التصريح بالطابع التعسفي للشرط هو غياب المقابل ولم يكن كذلك منح للمستهلك نفس الحق الممنوح للعون الاقتصادي.

رابعا. تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك.

نصت الفقرة الثامنة من المادة05[2]" تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته"،

[1]- المادة07/05من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[2]- المادة8/5 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

خولت القواعد العامة[1]للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويكون محققا وشرعيا بذات الصيغة إذا كان هناك تقابل للحقوق الالتزامات[3] ففي غياب هذه الأخيرة كيفها المشرع الجزائري على أنها ممارسة تعاقدية تعسفية ترهق المستهلك.

خامسا. فرض واجبات جديدة غير مبررة على المستهلك.

تضمنت الفقرة التاسعة من المادة05[2]على"فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك"،

مدلول هذا الشرط هو فرض واجبات إضافية على عاتق المستهلك وهو ما يتنافى مع القواعد العامة منها المادة106[3]من الق. م .ج التي تقتضي انه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"عدم تحميل شخص التزامات لو تتجه إرادته الحرة على تحملها.

نجد أيضا أن المشرع باعتماده على كلمة"مبررة" قد أضاف نوع من اللبس في تطبيق المادة حيث يفهم انه إذا كانت الواجبات مبررة فان الطابع التعسفي للشرط يزول، ومنه نتساءل عن مدى مقابلاتها بالالتزامات من جانب المهني.

سادسا. إلزام المستهلك بدفع تعويض ومصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري.

نصت الفقرة العاشرة من المادة05[4] "الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،"

تحمل هذه الفقرة في مضمونها صحة الشرط كمبدأ عام لو استقام من خلال العقد شرعية المتعاقدين وبان تتقابل فيه الالتزامات، بالمعنى المخالف يكون الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على التعويض إذا كان نفس الشرط واقعا على عاتق البائع.

---

[1]- راجع المواد 183، 176، 181، من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2]- المادة09/05 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[3]- المادة106 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4]- المادة10/05من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

نص المشرع على إقرار الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه أحقية العون الاقتصادي بإجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المترتبة عن التنفيذ الجبري للعقد دون أن يكون للمستهلك نفس الحق.

سابعا. إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته أو استفادة من حقوق.

نصت الفقرة الحادية عشر من المادة05،[1] "يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته"،

أشارت أيضا الفقرة الثانية عشر والتي نصت انه "يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من المسؤولية" نلاحظ أن الفقرة11 والفقرة12[2] وجهان لعملية واحدة، ذلك أن الإعفاء العون الاقتصادي نفسه من التزاماته المرتبة عن نشاطه فان هذا يعني بالضرورة تحمل المستهلك لتلك الالتزامات وبمفهوم المخالفة لنص الفقرة12 فإذا تحمل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعد من صميم مسؤولية العون الاقتصادي تعني بالضرورة إعفاء العون الاقتصادي منه.

الفرع الثالث

الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد

يعتبر الحفاظ على العقد الغاية المنشودة للمستهلك لارتباطه بحاجة أو خدمة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، فإن تحقق هذه الغاية صعب التحقق عمليا تماشيا مع مبدأ منع الالتزامات المؤبدة[3]، هذا كأصل غير أنه قد يلجأ أحد المتعاقدين إلى فك الرابطة التعاقدية عن طريق فسخ العقد، لذلك ومن باب الاحتياط فقد اهتم المشرع بمسألة انحلال العقد، نجد عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد(**أولا**)، وهناك شرط أخر على عدم السماح للمستهلك اللجوء إلى وسيلة ضده(**ثانيا**).

---

[1]- المادة11/05 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[2]- المادة12/05 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[3]- LITTY OLIVIER , Inégalité des parties et durée du contrat d'adhésion, étude de quatre contrats d'adhésion usuels, LGDJ, paris, 1999, p 19.

أولا.منع المستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل يدفعه.

تضمنت الفقرة 03من المادة 05[1] "عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد،إلا بمقابل دفع تعويض"،

مضمون هذا الشرط هو حرمان المستهلك من حق فسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إلا بتعويض يلتزم بدفعه للعون الاقتصادي ويعتبر هذا الشرط باطل، كما نجد له أيضا سندا في القواعد العامة التي تجعل العقد في حالة فسخ متى وقعت قوة قاهرة تجعل تنفيذه مستحيلا،بحث نصت المادة 121من القانون المدني:"في العقود الملزمة للجانبين، وإذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"[2] .

نستنتج أن أساس قواعد المسؤولية العقدية ليست من النظام العام يجوز مخالفة أحكامها بالاتفاق الطرفين معا فإذا وقع مخالفة أحكامها بصورة منفردة وتم تحددها من جانب واحد وقع التعسف واعتبر البند في هذه الحالة تعسف الأمر الذي يحدث بين المهني والمستهلك.

ثانيا. الشرط التعسفي المتعلق بممارسة الحقوق القضائية.

نصت الفقرة 05 من المادة05[3]"النص في حالة الخلاف مع المستهلك على التخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،"

يعتبر المهني الطرف القوي من كل النواحي مقارنة بالمستهلك ومنها الناحية القانونية فهو يعلم أن القضاء ليس الوسيلة الوحيدة المتاحة للمستهلك لاستفاء حقوقه بالرغم من أنها الأساسية إذا يمكن للمستهلك اللجوء للمديريات الولائية للتجارة مرفقا بما يثبت ادعاءه.

اعتبر المشرع الجزائري البند الذي يقضي بإلزام المستهلك بالتخلي عن حقه في اللجوء إلى طريقة من طرق الطعن في حالة نشوب أي نزاع أو خلاف بينه وبين العون الاقتصادي بندا

---

[1]- المادة03/05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر،السالف الذكر.

[2]- المادة121 من امر75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3]- المادة05/05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر، السالف الذكر.

تعسفيا بقوة القانون، يترتب عليه البطلان المطلق كونه يحرم المستهلك من استعمال حق من حقوق المكفولة له دستوريا إلا وهو حق التقاضي والذي لا يجوز لأي احد حرقه أو تجاوزه ولو باتفاق أطراف العلاقة التعاقدية[1].

المطلب الثاني

الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

يعتبر الإنتاج المكثف للسلع سببا وراء ظهور العقود المزدوجة التي تعتبر بمثابة دعامة والية فعالة بالنسبة للمؤسسات والشركات التجارية من حيث ضمان سرعة وامن معاملاتها انطلاقا من هذه الحقيقة، وبهدف التخفيف على القضاء اعتمد المشرع إلى استحداث تقنيات جديدة لمحاربة الشروط التعسفية في العقود.

تنصيب هذه الرقابة في أجهزة إدارية تابعة للوزارة وذلك في صورة لجنة الشروط التعسفية(**الفرع الأول**)، كما أن المشرع لم يغفل إشراك المجتمع المدني في محاربة هذه الظاهرة بالصلاحيات التي منحتها جمعيات حماية المستهلك(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

لجنة الشروط التعسفية

استحدثت لجنة ذات طابع إداري تهتم بالشروط التعسفية، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم06-306 المؤرخ في 10سبتمبر2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية[2].

وجودها لم يرى النور إلا مؤخرا، حيث تم تنصيبها في شهر فيفري2010، وذلك بعد أن تم النص على القائمة الاسمية لإعفائها بموجب القرار الوزاري المؤرخ في27نوفمبر2017، هذه اللجنة مستوحاة من التشريع الفرنسي، إذ تم إنشاء لجنة البنود التعسفية الفرنسية منذ

[1]- بغدادي مولود، مرجع سابق، ص115.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم08-44، المؤرخ في 03 فبراير2008، المعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ج.ر.ج.ج. عدد07، المؤرخ في10 فيفري 2008.

سنة1978[1]وهنا تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع، سنتطرق إلى تنظيم اللجنة(**أولا**)، ومن ثم إلى الدور الذي تقدمه(**ثانيا**).

أولا. تنظيم لجنة البنود التعسفية.

تعرف لجنة البنود التعسفية عموما أنها: "كتنظيم أوجده المشرع إلى جانب القضاء لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأوليين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان"[2]، فهي جهة إدارية استشارية تقنية مختصة في محاربة الشروط التعسفية منشئة بموجب المرسوم التنفيذي06-306 المعدل والمتمم السالف الذكر، وهو المرسوم الذي حدد تشكيلها(**1**)، واهم قواعد سيرها(**2**).

1. تشكيل لجنة البنود التعسفية.

تتكون لجنة البنود التعسفية وفقا لنص08 من المرسوم التنفيذي رقم08-44 خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين[3] يتوزعون كما يلي:

- ممثلان(02) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.
- ممثلان(02) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان(02) عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان(02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعية مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان(02) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص بوسعه أن يفيدها في عملها ويرأس هذه اللجنة ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة خلال هذه التشكيلة نجد أن لجنة البنود التعسفية تضم أعضاء إدارتين

---

[1]– loi n° 78-23 du 10janvier1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produit et des services, JORF, du11janvier1978(Abrogée).

[2]– حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ب.ط، دار الفكر العربي،1997، ص131.

[3]– المرسوم التنفيذي رقم08-44، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-306، السالف الذكر.

وأعضاء يمثلون الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، ليكون المشرع بذلك قد مثل جميع الأطراف المعنية بتشكيلة لجنة الشروط التعسفية تمثيلا عادلا يكفل حسن أداءها لدورها في مواجهة الشروط التعسفية[1].

2. سير لجنة البنود التعسفية.

تضمنت كل من المادة13 و14[2]من المرسوم التنفيذي رقم06-306 كيفية إدارة الاجتماعات الخاصة بالجنة، حيث تجتمع بدورة عادية تكون مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر وذلك باستدعاء من رئيسها بحيث تجتمع بدورة استثنائية وذلك بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل ولكي يكون الانعقاد صحيحا يشترط حضور 2/1 الإعفاء على الأقل، ومع ذلك يمكن أن تجتمع اللجنة ويكون انعقادها صحيحا رغم عدم اكتمال النصاب الذي هو نصف الأعضاء على الأقل بعد(8) أيام من استدعاء ثان، وتؤخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا، يتم إرسال إستدعاءات فردية إلى كل أعضاء اللجنة، يتضمن الاستدعاء تحديد تاريخ الاجتماع وتوقيعه ومكانه، وتحديد جدول الأعمال والاجتماع قبل(15)يوما، ويمكن تقليص اجل إلى(8)أيام فيما يخص الدورات الاستثنائية.

لضمان حياد اللجنة لا يقبل مشاركة أي عضو كان مرتبط بمسالة محل الدراسة أو كان له رابطة قرابة للدراجة الرابعة مع احد الأطراف أو كان ممثلا لأحدهم مسبقا أو حاليا.

ثانيا. دور لجنة البنود التعسفية.

أهم دور للجنة البنود التعسفية يتمثل في إصدار التوصيات، فقد نصت المادة07[3] من ذات المرسوم" تكلف اللجنة لاسيما بالمهام الآتية، تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان

[1]- سي الطيب محمد أمين ، مرجع سابق، ص127.

[2]- المادتين13و14 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر،السالف الذكر.

[3]- المادة07من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية...."

تعتمد اللجنة في تحديد الطابع التعسفي على المعيار العام المحدد في القانون للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وبالتحديد في المادة03[1]، منه ومن نفس المعيار المعتمد من قبل لجنة البنود التعسفية الفرنسية أهم ما يلفت الانتباه كنقطة قانونية لابد التوقف عندها هي مسالة مدى إلزامية التوصيات الصادرة عن اللجنة?، يبدو انه ليس لها أي إلزامية مادام أن اللجنة تعتبر كهيئة استشارية وذلك باستثناء للنص المادة06 من المرسوم التنفيذي06-306[2]، تبعا لذلك تعتبر قراراتها أراء لا تلتزم أي جهة.

أشارت نص المادة12 فقرة3[3] من المرسوم التنفيذي رقم06-306، " تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة"يتضمن هذا التقرير كل التوصيات التي أصدرتها وكذا الآراء الاستشارية المقدمة للاجتماعات وحتى الاقتراحات وتقوم بتبليغها لوزير التجارة من نشرها، وذلك بكل وسيلة ملائمة.

نلاحظ أن لجنة البنود التعسفية تقوم في الأساس بالبحث والتحري عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المتدخلين على المستهلكين وكذا العقود التي تم إبرامها هل تتضمن شروط ذات طابع تعسفي أو لا.

---

[1]- نصت المادة03 من القانون 04-02 على ما يلي" كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"

[2]- المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306" تنشا لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة".

[3]- المادة3/12 من المرسوم التنفيذي06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السابق الذكر.

الفرع الثاني

جمعيات حماية المستهلك

كرس المشرع مبدأ حرية إنشاء الجمعيات في جميع المجالات[1]، بما فيه مجال حماية المستهلك، كما أعطى الصفة القانونية لتمثيل والدفاع عن مصالح وحقوق المستهلك في أورقة العدالة، سنقوم في هذا الفرع بتسليط الضوء عن دور جمعيات حماية المستهلك بالدفاع عن حقوق المستهلكين إذ تتخذ بإجراءات إحداها غير قضائية **(أولا)**، وأخرى قضائية تتجسد في حقها في رفع الدعاوي أمام القضاء **(ثانيا)**.

أولا. دور جمعيات حماية المستهلك.

أولت الدولة أهمية بالغة لإنشاء جمعيات حماية المستهلك نظرا للدور الذي تقوم به، وقد خولها القانون عدة صلاحيات تقوم بها، حيث تعمل على مساعدة الأجهزة الرسمية وتتقاسم المسؤولية معها في مراقبة الأسواق وتطهيرها.

1. **الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك.**

يقصد بالدور الوقائي الإجراء الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على سلامة المستهلك من الممارسات التي تشكل خطرا عليه في ظل غياب الوعي الاستهلاكي لدى جمهور المستهلكين.

[1]- نصت المادة41 من دستور28نوفمبر1996"حرية تسيير وإنشاء الجمعيات مضمون للمواطنين"، كما نصت أيضا المادة43 منه"حق إنشاء الجمعيات ممون يشبع الدولة وازدهار الحركات الجهوية، يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات"، وتخضع الجمعيات في تكوينها وسيرها إلى القانون31/90 المتعلق بالجمعيات في تكوينها وسيرها.

أ. الدور التحسيسي وإعلامي.

يقع على عاتق الجمعيات تحسيس المواطن بالخطر التي تهدد أمنه وصحته وموالـه، ولم يقتصر دورها على ذلك بل يتعدى إلى توعية أصحاب القرار في إعداد سياسة الاستهلاكية بحضور ممثلي الجمعيات في الهيئات الاستشارية كالمجلس الوطني لحماية المستهلكين[1].

تقوم الجمعيات في سبيل تحقيق هذا الدور الإعلامي بطبع الصحف أو المجلات وتوزيعها على المستهلكين أو عن طريق الإذاعة الانترنيت.... حيث نصت المادة 24[2] من القانون المتعلق بالجمعيات رقم12-06:"يمكن للجمعية في إطار التشريع المعمول القيام بما يلي:

- تنظيم أيام دراسية وملتقيات وندوات وكل اللقاءات المرتبطة بنشاطها

- إصدار ونشر نشريات ومجلات ووثائق إعلامية ومطويات لها علاقة بهدفها، في ظل احترام الدستور والقيم والثوابت الوطنية والقوانين المعمول بها".

ب. مراقبة الأسعار.

تزايد ظاهرة الاستهلاك أدى إلى اتساع الأسواق، والملاحظ أن أسعار تلك المنتجات غير ثابت[3]، إن جمعيات حماية المستهلك ليس من مهامها تحديد الأسعار غير أنها قادرة على التأثير في اتجاهات الأسعار بشكل غير مباشر من خلال تشكيل رأي عام ضاغط على محتكري السلع والخدمات.

تقوم الجمعيات بتعين المخالفات بحيث تقوم بالإخطار السلطات المختصة، إلا أن القانون لم يمنحها سلطة رقابة ولم يخول لها القيام بالإجراءات كالتي منحت الأعوان مصالح مراقبة أسعار كالبحث عن المخالفات، تفحص المستندات التجارية والمحاسبية[4] ..

---

[1]-علي بولحية بن بوخميس"القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري"، دار الهوى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص66.

[2]- المادة 24 من القانون المتعلق بالجمعيات رقم 12-06، السالف الذكر .

[3]- نلاحظ أنها ترفع بصورة مفرطة خاصة في المناسبات كشهر رمضان والأعياد والأزمات والكوارث، كما أن بعض المتدخلين يفرطون في رفع أسعار بصورة تعسفية خاصة في المناطق النائية.

[4]-ربيعة صبايحي،"فعلية أحكام وإجراءات حماية المستهلك في القانون الجزائري"مداخلة في الملتقى الوطني تحت عنوان المنافسة وحماية المستهلك يومي 17- 18 ، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009، ص24.

2.الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك.

تتخذ جمعيات حماية المستهلك في سبيل ردع المخالفين حين تتعرض مصلحة المستهلك للخطر عدة أشكال، وهذا الدور الذي تطلع به هذه الجمعيات أجازه المشرع بنص القانون سواء في قانون الجمعيات رقم 12-06أو في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:

أ. الدعاية المضادة.

تقوم جمعيات حماية المستهلك بتوجيه انتقادات إلى بعض السلع بالوسائل المكتوبة كالمجلات، إن قيام الجمعيات بهذا الدور من الإعلان التوعوي يشكل نقيضا الأسلوب الدعاية التي يقوم بها المحترف، باعتبار أن الجمعيات تتبع طريقين هما النقد العام والنقد المباشر مما يكشف عن حرية التعبير[1].

الأصل عام فانه لا مجال للحديث عن خطا جمعيات حماية المستهلك في استعمال حق النقد باعتباره مظهرا من مظاهر حرية التعبير،على العكس من ذلك إذا كان النقد صادر من تاجر تجاه منافسه فهذا غير جائز ألانه يمثل توجيها للتاجر أو منتجات[2].

هدف الجمعية من وراء هذه الدعاية هو حماية المستهلكين وليس تحقيق الربح كما يعتقد البعض، مثل اللجوء إلى الدعاية المضادة قصد حماية المستهلك من مخاطر السلع والخدمات التي تحتوي على عقود بيع منتجات تعسفية كشرط عدم الضمان أو شرط عدم المسؤولية مما يسبب عدم التوازن العقدي.

ب. الدعوى إلى المقاطعة.

قصد إزاحة الشروط التعسفية من العقود تلجأ جمعيات حماية المستهلكين إلى أقوى وسيلة كونها تؤثر بشكل فعال على الناحية الاقتصادية والمالية للمهنيين، ففي بعض أحيان تطلب

[1]- السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص159.

[2]- بودالي محمد،"حماية المستهلك في القانون المقارن(دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)"، دار الكتاب الحديث الجزائر،2006، ص 686.

الجمعيات من المستهلكين مقاطعة بعض السلع بالنظر لأضرارها أو بالنظر لغلاء أسعارها[1]بتالي المستهلك الذي يرفض الشراء لا يتحمل أي مسؤولية، وذلك خلاف المهني أو المتدخل الذي يرفض البيع.

نجد أن هذا الأسلوب له انعكاسات وخيمة على المهني الموجه ضده المقاطعة إذ تعرضه الإفلاس بسهولة لذلك يجب عدم اللجوء إلى المقاطعة إلا بعد إنذار المهني بحذف الشروط التعسفية من نماذج العقود[2]، وفي ظل سكوت المشرع الجزائري عن هذا الأسلوب لأصل هو مشروعية شروطه المرتبطة بعدم التعسف في استعماله، متى كان هو الوسيلة الوحيدة بعد استيفاءها كل الطرق الأخرى التي تحمي المستهلك[3].

ثانيا.الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية.

تتجسد هذه العناية من خلال الاعتراف للجمعيات برفع دعاوى قضائية نيابة عن المستهلكين بموجب دعوى مستقلة لحذف الشروط التعسفية، مع إمكانية تدخلها في الدعاوى الفردية للمستهلك الرامية إلى إلغاء الشروط التعسفية.

1.رفع دعوى حذف الشروط التعسفية.

تعتبر دعوى حذف الشروط التعسفية دعوى عامة وجماعية ترفع من طرف جمعية حماية المستهلك للمطالبة بحذف الشروط المدرجة في العقود التي ثبت التعامل بها، في نماذج الاتفاقيات المعروضة عادة من جانب المهنيين على المستهلكين، والشروط المعنية هنا هي كل شرط تعسفي ترى المحاكم انه تعسفي سواء صدر به مرسوم تطبيقي أو لم يصدر به، طالما انه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهر[4].

---

[1]- نضرا لضعف جودتها وتعرضها للغش والتقليد أو المواد التي تحفظ في أماكن غير ملائمة كالمشروبات الغازية التي تعرض تحت أشعة الشمس واللحوم غير المختومة من قبل المصالح البيطرية.

[2]- السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص160.

[3]- نادية بن ميسة، الحماية الجنائية للمستهلك من المنتوجات والخدمات المغشوشة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، 2009، ص165.

[4]- احمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص663.

ابتكرت هذه الدعوى من أجل سد نقائص الأسلوب العلاجي لمواجهة الشروط التعسفية، إذ تجد الدعوى أساسها في أحكام المادة 65[1] من القانون رقم 04-02 التي نصت على:"دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون".

2.رفع دعوى الإلغاء الشروط التعسفية.

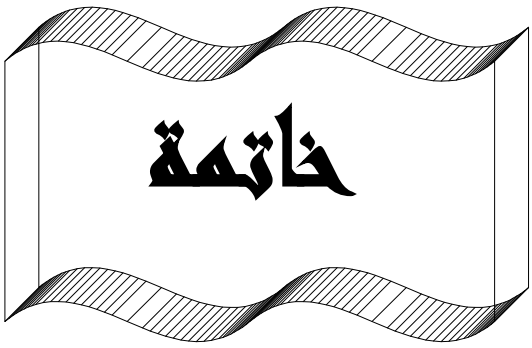
تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى الحذف من خلال كونها دعوى فردية تجمع بين المستهلك والمهني، ضيف إلى ذلك فإنها تتعلق بشروط تعسفية لعقد ساري المفعول وأنتج أثاره القانونية، كما يمكن للقاضي بمناسبة الفصل في النزاع جماعي إثارة الطابع التعسفي لشرط من تلقاء نفسه بالرغم من عدم إثارة هذه المسالة من طرف المستهلك نفسه[2] غير أن تدخل جمعيات حماية المستهلك في الدعوى الفردية التي يبشرها المستهلك يكون وفقا لشروط موضوعية منها أن يكون الضرر مشروعا.

يلاحظ في القانون الجزائري سواء في القانون رقم 04-02 أو المرسوم التنفيذي رقم 06-306 هو غياب أي نص لمعالجة هذه الدعوى مما يستدعي الاستعانة بالقواعد العامة وبالضبط أحكام المادة 104[3] من القانون المدني الجزائري :" إذا كان العقد في شق منه بطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

[1]-المادة 65 من القانون رقم04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[2]- No Blot Cyril, Droit de la consommation, l'extenso éditions , paris, 2012, p 45.

[3]- المادة 104 من أمر75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.


خاتمة

بعدما تطرقنا إلى دراسة موضوع «الحماية المزدوجة للمتعاقد من الشروط التعسفية» تبين لنا أن هذه الحماية لم تأت دفعة واحدة بل جاءت على مرحلتين، المرحلة الأولى تمثلت في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القانون المدني، حيث أن هذه الأخيرة تضمنت تقنيات منها ما يطبق على جميع العقود كنظرية الغبن والاستغلال وحسن النية ومنها ما يتعلق بعقد الإذعان لاسيما ما يملكه القاضي من سلطة تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها كما يفسر الشك لمصلحة المدين.

كشفت كذلك الدراسة أن المشرع الجزائري تفطن في السنوات الأخيرة لغموض فكرة الشروط التعسفية مما جعله يصدر أحكام خاصة تنزع الكائن في مفهومه لضمان حماية تليق به وهي المرحلة الثانية، بحيث أصدر المشرع القانون04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهي مبادرة تستحق الثناء على المشرع باعتباره القانون الأول من نوعه الذي تطرق إلى الشروط التعسفية أعطى له مفهوما واضحا، المشرع الجزائري فضلا عن هذا القانون فقد صدر مرسوم تنفيذي رقم06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

في الحقيقة، تبين لنا في البداية البحث أن المشرع تناول نقاط بالغة الأهمية من خلالها يبسط الحماية الشاملة غير انه بعد التعمق في البحث تبين وجود نقائص تعتريه وفق النقاط التالية: اعتنق المشرع طريقتين لتقدير الطابع التعسفي للشرط تتمثل الأولى في معيار القوائم التشريعية والتي تُعدّد مجموعة من الشروط المسلم بطابعها التعسفي بقوة القانون، أما الثانية يلجأ إليها القاضي حال وجوده أمام شرط غير مذكور في القوائم مستندا فيه على معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

لكن بعد البحث تبين أن معيار القوائم السوداء لا تتماشى مع معيار تقدير الإخلال الظاهر بالتوازن ويعود تقدير هذا الأخير بالنظر إلى مجموع العقد، في حين القوائم السوداء فهي تعسفية بقوة القانون ولذلك فتبني المشرع لهذا المعيار غير موفق.

من جانب أخر لقد حصر المشرع سواء في القانون المدني أو قانون الممارسات التجارية المجال المادي للشروط التعسفية بطائفة عقود الإذعان ومعلوم أن هذه العقود لا تأتي إلا نتيجة لتفوق أحد أطرافها على الطرف الأخر وفي تقديرنا هذا اختيار موفق.

أظهرت الدراسة أن المشرع انتهج أسلوب الحماية المزدوج يُعرف الأسلوب الأول بأسلوب الحماية الوقائية ويضمن تطبيق هذا الأسلوب هيئتين هما لجنة الشروط التعسفية والجمعيات، وقد أحسن المشرع في تنظيم مهام اللجنة التي يستعان بها حول الطابع التعسفي لبعض الشروط المدرجة في نماذج العقود لكن المؤسف في هذا انه لم يكرسها لحد الآن على الأرض الواقع.

رغم مسايرة المشرع الجزائري للتشريعات في مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية وما وفره من قوانين إلا أن العديد من الإشكالات سواء من الناحية القانونية أو من ناحية التطبيق الفعلي لازلت تشكل عائق، ومن أجل مواكبة التطور الحاصل لأبدا من تقديم التوصيات التالية:

1-المبادرة بمعالجة الشروط التعسفية بالطريقة المباشرة وذلك بوضع قانون حماية المستهلك واحد وهذا بجمع كل النصوص الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء في القواعد العامة أو الخاصة لتسهيل الاطلاع عليها، والتعامل مع هذه الظاهرة بجدية.

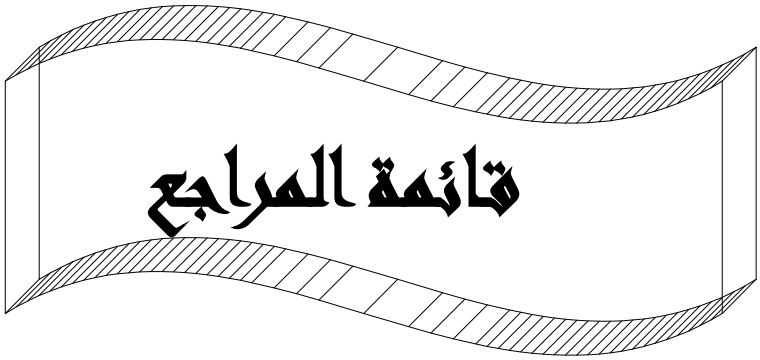
2- إخضاع رقابة العقود النموذجية إلى الرقابة القضائية المسبقة وذلك بالنص على ضرورة إخضاع العقود المبرمة بين المهني والمستهلكين للمصادقة عليها من طرف المحاكم المختصة إقليميا فهو أسلوب ردعي.

3- تكاثف الجهود بين الدولة في مجال تدعيم الرقابة على الشروط التعسفية وإعلام المستهلك وبين المستهلك الذي يسعى إلى فهم ثقافة الاستهلاك شبه الغائبة لديه، مع ضرورة إنشاء آليات وقنوات الإشهار لفحص السياسة الاستهلاكية عبر الانترنيت ولمعرفة مدى تلبيتها لحاجات المستهلك ومدى رضاه بها.

4- تدعيم جمعيات حماية المستهلك وهذا عن طريق رقم التدعيم المالي المخصص لها لتسهيل استعمال حقها في التقاضي لصالح المتضررين من الشروط التعسفية فحبذا الحرص على تكريسها على الأرض الواقع.

5- اعتماد نظام الرقابة اللامركزية وذلك باستحداث لجان وفروع محلية تابعة للوزارة الوصية تكلف بالسهر على رقابة العقود المبرمة بين المهني والمستهلكين على المستوى المحلي.

6- العمل على إدراج حصص تهتم بحماية المستهلك في المنهج التربوي وذلك بتلقين دروس وحصص خاصة بتوعية المستهلك بحقوقه وواجباته وبث الثقافة الاستهلاكية في الأطوار التعليمية خاصة الابتدائية والمتوسطية والثانوي كون هذه الفئة من المجتمع تحتاج أكثر للحماية لأنها عرضة لمختلف التجاوزات الاستهلاكية.


قائمة المراجع

أولا. باللغة العربية

1. الكتب

أ. المراجع العامة

1. بلحاج العربي، النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني،(العقد والإرادة المنفردة)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2004.

2. عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام)، المجلد الأول للعقد، دار النهضة العربية، 1981.

3. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام،ط3،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

4. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر 1994.

5. علي علي سليمان،النظرية العامة الالتزام(مصادر الالتزام في القانون الجزائري)ط3، دار النشر الجزائر، ب.س.ن.

6. فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موقع لنشر، الجزائر،2001.

7. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية للكتاب، مصر 2007.

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

9. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، (النظرية العامة للالتزامات)، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2006–2007.

ب. المراجع المتخصصة

1. احمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون، دار النهضة العربية مصر، 1994 .
2. احمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، (في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
3. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد،(دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك)، دار الجامعية، لبنان،2003.
4. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة مع القوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه، الجزائر، 2007.
5. _____، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، (دراسة مقارنة)،دار الفجر للنشر والتوزيع القاهرة، 2007.
6. _____،" الالتزام بالتضحية في نطاق عقود الخدمات،(دراسة مقارنة)، مكتبة الرشيد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2005.
7. تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.
8. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ب.ط، دار الفكر العربي،1997.
9. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك،(دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون)منشاة المعارف للنشر، مصر،الإسكندرية، 2004.

10. على بوليحة بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

11. كتو محمد الشريف،قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا الأمر 03-03 والقانون رقم 04-02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.

12. محمد محمود مصباح القاضي، الحماية الجنائية للمستهلك، (دراسة مقارنة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية)، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

2. الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ. الرسائل الجامعية:

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

2. بن شنيتي عبد الحميد، سلطة القاضي قي تعديل العقد،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

3. عميراث عادل ، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016.

4. مهدي محمد أمين، النظام القانوني للمؤسسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر،2017.

ب. المذكرات الجامعية:

ب1. مذكرات الماجستير:

1. بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون09-03 (المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2015.
2. بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص حماية المستهلك و المنافسة، كلية الحقوق بن عكنونجامعة الجزائر، 2015
3. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008
4. راضية يحياوي سليمة، الشروط التعسفية في إطار القانون رقم04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2011.
5. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك-دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008.
6. عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005
7. علال سميحة، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية، رسالة ماجستير، في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005.
8. كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار الممارسات التجارية ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2011
9. لبان فريدة، مبدأ حسن النية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

10. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير في القانون العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، الجزائر، 1984.

11. نادية بن ميسة، الحماية الجنائية للمستهلك من المنتوجات والخدمات المغشوشة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، 2009.

ب2. مذكرات الماستر:

. خوجة عائشة، مبدأ شفافية الممارسات التجارية في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة 2017.

3. المقالات والمداخلات:

أ. المقالات:

1. احمد رباحي "اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد5، د.س.ن، ص ص. 343-368.

2. زرارة صالحي الواسعة، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية .العدد05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2012، ص ص.183-206.

3. شوقي بناسي، "الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية صادرة عن كلية الحقوق، الجزائر، عدد2، 2009، ص ص.141-195.

4. شريف بحماوي،"سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية "،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة الحاج لخضر، باتنة، عدد2، 2014، ص ص. 98-112.

5. فتيحة بلقاسم،"اثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"،مجلة القانون الاقتصادي والبيئة،جامعة وهران ،عدد2 2009، ص ص. 91-107.

6. يسين سعذون،" البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق"، المجلد العاشر العدد الثالث، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص ص.261-271.

ب. المداخلات:

1. ربيعة صبايحي،"فعلية أحكام وإجراءات حماية المستهلك في القانون الجزائري"،مداخلة في الملتقى الوطني بعنوان المنافسة وحماية المستهلك يومي 17و 18، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية،2009،ص ص.1-26.

2. معمر فرقاق،"ضمانات التوازن العقدي من خلال التعدي للممارسات التعاقدية التعسفية" مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني السادس حول ضمانات تحقيق التوازن العقدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة حسيبة بن بوعلي- شلف، 2013، ص ص.1-25.

4. **النصوص القانونية:**

أ. **الدستور:**

. دستور الجمهورية الديمقراطية الشعبية، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر1996 صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-438، مؤرخ في07 ديسمبر1996،ج.ر.ج.ج.عدد 76 الصادر في08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم02-03، المؤرخ في 10افريل 2002،ج.ر.ج.ج. عدد25، الصادرة في 14 افريل2002، وبالقانون رقم08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر2008، ج،ر،ج،ج، عدد63، الصادرة في 16 نوفمبر2008.

ب. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني،ج.ر.ج.ج. عدد78 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتمم.

2. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20رمضان1395 الموافق ل26 سبتمبر1975، يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم.

3. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 ابريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد17 مؤرخ في 25 ابريل سنة1990، معدل ومتمم.

4. قانون رقم 90-31 مؤرخ في 04 ديسمبر1990، المتعلق بالجمعيات، ج.ر.ج.ج عدد53 الصادر في 05 ديسمبر1990 (ملغى).

5. الأمر رقم 03- 06مؤرخ في19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات،ج.ر.ج.ج. عدد44 الصادر في21 جويلية 2003.

6. قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج.عدد41، مؤرخ في 27 ابريل سنة 2004، معدل ومتمم.

7. قانون رقم 08-12 المؤرخ في 25يوليو2008، المعدل والمتمم للأمر رقم03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة،ج.ر.ج.ج. عدد43، الصادرة في 20 جويلية 2003 معدل ومتمم.

8. قانون رقم09-03، مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج. عدد15، الصادر في08 مارس2009.

9. القانون رقم12-06 مؤرخ في 12جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات.ج.ر.ج.ج. عدد 02 الصادر في 15جانفي2012.

ت. النصوص التنظيمية:

1.المرسوم التنفيذي رقم78-464 المؤرخ في 24 مارس1978 متعلق بتطبيق قانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات،ج.ر، صادر 1افريل 1978.

2. مرسوم تنفيذي رقم90-39 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش،ج.ر.ج.ج. عدد05، الصادر سنة1990، المعدل والمتمم بموجب مرسوم تنفيذي رقم01-315 مؤرخ في 16 اكتوبر 2001ج.ر.ج.ج. عدد61، الصادر في 21 اكتوبر 2001.

3. مرسوم تنفيذي رقم90-31 مؤرخ في 24 ديسمبر 1990 الخاص بالجمعيات الملغى بموجب القانون رقم12-06، المؤرخ في 12جانفي 2012، ج.ر.ج.ج. عدد2، الصادر في 15فيفري 2012.

4. المرسوم التنفيذي05-486 المؤرخ في 10دسيمبر 2005، يحدد شروط تحديد الفاتورة ومنه التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك، ج.ر.ج.ج .عدد80، 2005.

5. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج. عدد56، الصادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج.ر.ج.ج. عدد 07 الصادر في 10 فيفري2008 .

6. المرسوم التنفيذي رقم08-44، المؤرخ في 03فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية،ج.ر.ج.ج .عدد07، المؤرخ في10فيفري2008.

ثانيا. باللغة الفرنسية:

A. Ouvrages.

1-CALAIS-AULOY Jean et TEMLE Henri, Droit de la consommation, 9eme éd Dalloz, paris, 2015.

2-CALAIS-AULOY Jean, Frank STEINMETZ, **«** Droit de la consommation **»**, 5éme édition, Dalloz, paris, 2006

3-CHENDEB Rabih, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative,(droit français, libanais et égyptien), LGDJ, paris, 2010

4-GUY Raymond, Droit de la consommation, 2éme éd, lexis lites, paris, 2011.

5-LARROUMET Christian, Les obligations, le contrat,droit civil, t03, économisa‹ paris, 1996.

6- LITTY Olivier, Inégalité des parties et durée du contrat d'adhésion, étudedequatre contrats d'adhésion usuels, LGDJ, paris, 1999.

7-No Blot Cyril, Droit de la consommation, l'extenso éditions , paris, 2012**.**

8- PIEDELIEVERE Stéphane, Droit de la consommation, éd Economico, paris, 2010.

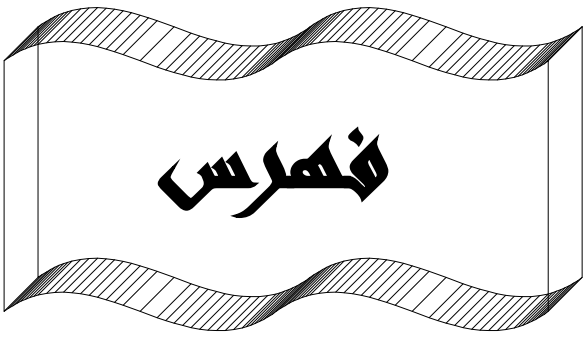
B. Textes juridiques.

1. Loi n°95-96du 1fevrier1995, dernière modification le 19 juin 2020- document généré le 17 juillet 2020.(Abrogée) code consommateur français' in **https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565** consulté le 30/09/2020.

2. Loi n° 78-23 du 10janvier1978‹ sur la protection et l'information des consommateurs de produit et des services‹ JORF, du11janvier1978.(Abrogée)

3. Loi n°88-14du 5 janvier1988 relative aux actions en justice de l'association agrée de consommateurs et a l'information des consommateurs, journal officiel de la république français n°88-21 du 6 janvier 1988.(Abrogée)

4. Loi n°2008-03 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.


فهرس

فهرس

1 .تشكرات

2 إهداء

3 قائمة المختصرات..... 1

4 مقدمة 2

5 الفصل الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني 6

6 المبحث الأول: تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي 7

7 المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية 7

8 الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية 8

9 أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي 8

10 ثانيا: التعريف التشريعي للشرط التعسفي..... 9

11 الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية..... 10

12 أولا: أن يكون مجال الشرط عقد إذعان..... 10

13 ثانيا: أن يكون العقد مكتوبا 11

14 ثالثا: أن يكون احد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا 12

15 الفرع الثالث: معايير تحديد الشرط التعسفي..... 13

16 أولا: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية 13

17 ثانيا: معيار الميزة المفرطة 14

18 ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بتوازن التزامات العقد..... 15

19 المطلب الثاني: مفهوم عقد الإذعان..... 16

20 الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد الإذعان 16

21 أولا: النظرية غير التعاقدية 16

22 ثانيا: النظرية التعاقدية 17

فهرس

1 الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان 18
2 أولا: التعريف الفقهي لعقد الإذعان 18
3 ثانيا: التعريف التشريعي لعقد الإذعان ..... .19
4 الفرع الثالث: أهم صور عقد الإذعان 20
5 أولا: الإذعان في وثيقة التامين 20
6 ثانيا: الإذعان في عقد النقل 21
7 ثالثا: الإذعان في عقد العمل 21
8 المبحث الثاني: صعوبة مقاومة الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية للقانون المدني 23
9 المطلب الأول: الضمانات التقليدية في ضوء النظرية العامة للعقد 23
10 الفرع الأول: المبادئ القانونية 24
11 أولا: مبدأ استقلالية سلطان الإرادة 24
12 ثانيا: مبدأ حسن النية 25
13 الفرع الثاني: النظريات العامة في التعاقد 26
14 أولا: نظرية السبب 26
15 ثانيا: نظرية الغبن والاستغلال 27
16 ثالثا: نظرية التعسف في استعمال الحق 28
17 المطلب الثاني: الرقابة القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية 29
18 الفرع الأول: التدخل ألحصري للقاضي لاسترجاع التوازن العقدي 30
19 أولا: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية 30
20 ثانيا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية 31
21 ثالثا: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية 31
22 الفرع الثاني: المعايير المعتمدة من طرف القاضي لتقدير الاختلال التوازن العقدي ..... .32

فهرس

1 أولا: استعانة القاضي بالمعيار العام لضبط التوازن العقدي 32
2 1. رقابة القاضي المدني 32
3 2. رقابة القاضي الإداري 33
4 أ. الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية 34
5 ب. الرقابة على شروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية 34
6 ثانيا: استعانة القاضي بقواعد التفسير الواردة في القواعد العامة.....35
7 الفصل الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل أحكام خاصة 37
8 المبحث الأول: صور الشروط التعسفية الواردة في إطار القانون رقم04-02 38
9 المطلب الأول: مجال تطبيق صور الشروط التعسفية الواردة في إطار القانون رقم04-02.... 38
10 الفرع الأول: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد.....39
11 أولا: عدم التماثل في الحقوق والالتزامات ..... .39
12 ثانيا:حرية المهني في تنفيذ لالتزاماته 40
13 الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد 41
14 أولا: احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحية تحديد عناصر العقد 41
15 ثانيا: انفراد العون الاقتصادي بصلاحية تفسير العقد 42
16 ثالثا: إعفاء العون الاقتصادي نفسه من تنفيذ التزاماته..... 42
17 رابعا: انفراد العون الاقتصادي بتغيير أجال 43
18 الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بانحلال العقد..... 44
19 أولا: حرمان المستهلك من حق الفسخ 44
20 ثانيا: تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية..... 45
21 المطلب الثاني: مبادئ الممارسات التجارية 45
22 الفرع الأول: مبدأ شفافية الممارسات التجارية 46

فهرس

1 أولا: التزام العون الاقتصادي بإعلام بالأسعار والتعريفات..... 46
2 ثانيا: إلزامية التعامل بالفاتورة 47
3 الفرع الثاني: مبدأ نزاهة الممارسات التجارية 48
4 أولا: الممارسات التجارية غير الشرعية 48
5 1. رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة دون مبرر شرعي 48
6 2. البيع بالمكافأة 49
7 ثانيا: الممارسات التجارية غير النزيهة.....50
8 1. الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين..... 50
9 2. حظر الإشهار التضليلي 50
10 المبحث الثاني: صور الشروط التعسفية الواردة في إطار المرسوم التنفيذي06-306 52
11 المطلب الأول: مجال تطبيق صور الشروط التعسفية الواردة
12 في إطار المرسوم التنفيذي06-306..... 52
13 الفرع الأول: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد..... 53
14 أولا: تقليص عناصر العقد الأساسية 53
15 ثانيا: فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد 54
16 الفرع الثاني: الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد 55
17 أولا: الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه 55
18 ثانيا: تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته اتجاه المستهلك..... 55
19 ثالثا: احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك 56
20 رابعا: تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك 56
21 خامسا: فرض واجبات جديدة غير مبررة على المستهلك..... 57
22 سادسا: إلزام المستهلك بدفع تعويض ومصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري..... 57

فهرس

1 سابعا: إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته أو استفادته من حقوق..... 58
2 الفرع الثالث: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد 58
3 أولا: منع المستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ إلا بمقابل يدفعه 59
4 ثانيا: الشرط التعسفي المتعلق بممارسة الحقوق القضائية 59
5 المطلب الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية..... 60
6 الفرع الأول: لجنة الشروط التعسفية 60
7 أولا: تنظيم لجنة البنود التعسفية..... 61
8 1. تشكيل لجنة البنود التعسفية 61
9 2. سير لجنة البنود التعسفية 62
10 ثانيا: دور لجنة البنود التعسفية..... 62
11 الفرع الثاني: جمعيات حماية المستهلك 63
12 أولا: دور جمعيات حماية المستهلك ..... .64
13 1. الدور الوقائي للحد من الشروط التعسفية..... 64
14 أ. الدور التحسيسي وإعلامي 65
15 ب. مراقبة الأسعار 65
16 2. الدور العلاجي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية..... 66
17 أ. الدعاية المضادة..... 66
18 ب. الدعوى إلى المقاطعة..... 66
19 ثانيا: الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية 67
20 1. رفع دعوى حذف الشروط التعسفية 67
21 2. رفع دعوى الإلغاء الشروط التعسفية 68
22 خاتمة ..... .69

فهرس

1 قائمة المراجع ..... 73.

2 فهرس ..... 82.

3 ملخص

4

5

6

الحماية المزدوجة للمتعاقد من الشروط التعسفية

ملخص

انتشرت الشروط التعسفية في العقود مما دفع جل التشريعات إلى معالجة هذه الشروط بعد أن حددوا ماهيتها ومن ذلك التشريع الجزائري الذي عرفها في القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك يكون قد قصر نطاقها بعقود الإذعان، كما اعتبر عدم التوازن بين حقوق وواجبات الأطراف معيارا لاعتبار الشرط تعسفيا مع وضع قائمة للشروط التعسفية.

لقد اتبع المشرع أسلوبين لمواجهة الشروط التعسفية، أسلوب تنظيمي قام من خلاله بإنشاء لجنة البنود التعسفية كما منح للحكومة سلطة تحديد الشروط التعسفية، أما الثاني فهو أسلوب قضائي حيث مكن القاضي من تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها بالإضافة إلى ترتيب جزاء مدني يتمثل في بطلان الشروط التعسفية التي تتضمنها وثيقة التامين.

Résumé

Les clauses abusives se sont répondues dans les contrats et la législation algérienne s’est empresse qui la définie dans la loi n°04-02 fixant les règles applicables aux pratiques ainsi, sa portée a été restreinte aux contras d adhésions, Il a par ailleurs considère le déséquilibre entre les droits et les devoirs des parties comme un critère sur lequel une condition peut être considérer comme abusive, en outre, une liste de clauses abusives a été établie.

Le législateur a adopté deux méthodes pour faire face aux clauses abusives : une approche réglementaire par laquelle il a crée une commission de la clause abusive, et le Gouvernement s'est vu également attribuer le pouvoir de déterminer les clauses abusives, Et une approche juridique, le juge peut modifier les clauses abusives ou en dispenser la partie adhérente, en plus de l’établissement d'une sanction civile qui consiste a annuler des abusives inclues dans la police d’assurance.