جامعة 8 ماي 1945 – قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والإدارية
تخصص قانون أعمال
(النظام القانوني للاستثمار)

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في قانون أعمال

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

إعداد الطالبتين:

- الطالب (ة): مريم بوحظيش
- الطالب(ة): إبتسام عمارة

إشراف الدكتور:

– عصام نجّاح

أعضاء لجنة المناقشة

الرقم	الاسم و اللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	أحمد فنيـــــدس	8 مـــــاي 1945	أستـــــاذ محاضر	رئيســـــــا
02	عصام نجـــــاح	8 مـــــاي 1945	أستـــــاذ محاضر	مشرفـــــــا
03	محمد شرايريـــــة	8 مـــــاي 1945	أستـــــاذ محاضر	مناقشـــــــا

2016-2015

طـه (114)

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي وفقنا لإنجاز وإتمام هذا العمل

شكر خاص للأستاذ الدكتور " عصام نجّاح" لقبوله الإشراف على هذا العمل.

و كذا على ملاحظاته وتوجيهاته القيمة

كما نتقدم بالشكر إلى أساتذتنا الكرام بقسم العلوم القانونية والإدارية بجامعة 08 ماي 1945 بقالمة

خاصة الأساتذة" إيمان بوشارب "

أيضا نتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة الكرام

" محمد شرايرية "" أحمد فنيدس "

كما لا ننسى الفضل وتقديم الشكر لأساتذتنا عبر مسارنا الدراسي في الأطوار

التي سبقت الجامعة

إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد.

الإهـــداء

نهـدي هـــــذا العمـــل

إلى العـــائلـــــة الكريمـــــة

وإلى أصدقائـــنا وأساتذتنا عبر مشـوارنا الدراســي

إلى دفعـــــة قـــــانون أعمـــــال

تخصص قانـــــون الإستثمـــــار

(2016/2015)

خطـــــــة المذكـــــــرة

مقدمـــــــة

الفصل الأول: ماهية الشروط التعسفية

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له

المطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي وطرق تحديده

المبحث الثاني: مجالات الشروط التعسفية

المطلب الأول: عقود الإذعان

المطلب الثاني: شروط تعسفية أخرى

الفصل الثاني : الآليات القانونية والمؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

المبحث الأول: الآليات القانونية لحماية للمستهلك من الشروط التعسفية

المطلب الأول: الشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية

المطلب الثاني: القواعد الخاصة لحماية المستهلك من الشروط لتعسفية

المبحث الثاني: الآليات المؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

المطلب الأول: دور لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك

المطلب الثاني: دور القضاء والإدارة العامة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

الخاتمة

مقدمة

مقـــدمـــــة

إن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الأثار التي ترتبها ،بل في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية ،معنى ذلك أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، فالقاعدة النظرية المعروفة في القانون المدني هي أن الأصل في إبرام العقود أنها تتم بعد مناقشة ومفاوضات بين الأطراف المتعاقدة حول المضمون العقدي وبالأخص حول شروط العقد ،واذا ما حصل تطابق الإرادتين انعقد العقد.

وإذا ما انعقد العقد فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقرها القانون ،فالعقد شريعة المتعاقدين حـ سب المادة 106 من القانون المدني الجزائري ومع أواخر الثمانينات، عرفت الجزائر تغييرات جذرية في توجهها الاقتصادي حيث تخلت عن النظام الإشتراكي القائم على الاقتصاد الموجه وتبنت النظام الليبرالي القائم على حرية التجارة والصناعة [1]، وبذلك تم تحرير الإقتصاد من تسيير الدولة.

وقد شهد تحرير التجارة والصناعة، تطور عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات الأمر الذي ساعد على تكون مجالا خصبا لنمو عقود الإذعان والاستهلاك، والتي في الغالب تطرح إلى السوق في شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من قبل المهنيين أي تحمل شروطا محررة مسبقا، كما قد يتم إحالة المتعاقد لوثائق تتكون من عدة نسخ مما يصعب الاطلاع عليها، وإما أن تكون معلقة بمكان إبرام العقد والمستهلك يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجته اليها، إذ أنها تتضمن في الوقت نفسه السرعة وسلامة المعاملات ولكنها تمثل خطورة بالنسبة للمستهلكين لثقتهم الزائدة بالمهنيين، فالعقود سابقة التحرير هي في الغالب الأعم عقود غير متوازنة باعتبارها فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك أو غير المهني، نظرا لما يتميز به المهنيين من قوة ونفوذ اقتصاديين إذ دأبوا هؤلاء على أن يدرجوا في عقودهم شروطا وضعوها مسبقة من جانب واحد و من دون فسح المجال لمناقشتها من الطرف الأخر، وبالتالي إختل مبدأ مساواة العقد بين الطرفين ،مما يخل بالتوازن العقدي الذي يحكم العقود ولذا فهي تعتبر شروط تعسفية باعتبارها توفر مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين أو غير المهنيين.

لذلك فلموضوع حماية المستهلك أهمية بالغة خاصة في الفترة الراهنة، نظرا لضعف مركز المستهك بالمقارنة مع المهني، وحتى تتجسد حماية المستهلك بالشكل اللازم لابد من تحديد تعريفه غير أنه قد تعددت تعريفات المستهلك بحيث ذهب البعض إلى القول أن فكرة المستهلك والإستهلاك أساسهما في علم الاقتصاد. والإستهلاك هو أهلاك

[1] - المادة 37 من دستور 1996.

الشيء وإفناؤه، ويمثل عند الاقتصاديين المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الاقتصادية، بعد مرحلتي الإنتاج والتوزيع، ومن ثم فإن المستهلك فهو من يقوم بعملية الإستهلاك.

ومن خلال هذا التعريف يتعين التمييز بين المستهلك المتعاقد وهو الذي يكون في علاقة مباشرة مع المحترف والمستهلك المادي وهو الذي يستعمل المنتوج أو الخدمة دون أن يتعاقد مع المحترف.

وإذا كان تعريف المستهلك واضح عند الاقتصاديين فالوضع ليس كذلك بالنسبة القانونيين حيث ينازعه اتجاهين أحدهما متوسعا في رأيه والثاني مضيقا له.

فالمستهلك وفقا للمفهوم الواسع هو كل شخص يقوم بعملية الاستهلاك، ولو كان يتعاقد من أجل حاجاته المهنية مادام يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه. وقد اطلق المشرع الفرنسي على المستهلك الذي يتعاقد لأغراض مهنية تعبير غير المهني. وهناك مفهوم ضيق يأخذ بفكرة إضفاء صفة المستهلك على غير المهني، فالمستهلك في نظرهم هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لهدف واحد هو اشباع حاجته الشخصية وحاجات عائلته فقط، دون أن يمتد هذا الوصف لمن يتعاقد لأغراض مهنته بشكل كلي أو مختلط أن هذا الاتجاه لا يعترف بصفة المستهلك حتى للمهني الذي يشتري سيارة للهدفين معا هدف الاستعمال المهني والشخصي في نفس الوقت.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف المستهلك في المادة 03 من الأمر 09-03 التي تنص على "يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون ما يلي:

المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة الاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص أخر أو حيوان متكفل به..."[1]، فيستخلص من هذه المادة انه وعلى غير عادة المشرع الجزائري الذي كان له نهج عدم التعرض بالتعريف لمصطلحات مهمة تعتبر نواة قانون ما يدفعنا للبحث عنها في الفقه .

وكأن المشرع استفاد من التجارب القانونية المقارنة حيث أن تقنين المستهلك الفرنسي والى غاية 2005 لم يعرف المستهلك مما جعله عرضة للإنتقاد، كما يمكن كذلك إعتبار أن توسيع مصطلح "مستهلك" ليشمل الشخص المعنوي هو ألفيا إستفادة من الآراء الفقهية المنتقدة لتقنيات الإستهلاك الأوروبية لاسيما الفرنسية منها التي تستبعد في كثير من أحكامها إعتبار المستهلك شخص معنوي .[2]

---

[1] القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج ر ، المؤرخة في 8 مارس 2009 .

[2] – عصام نجاح ، قانون المستهلك ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، 2014.

لاشك أن هذا الاستبعاد له ما يبرره لما يتعلق الأمر أن حماية المستهلك لا تتصرف إلا للشخص الطبيعي مثل المتعلقة بالصحة والسلامة .

ومن خلال هذا التعريف نستشف أن المشرع قد حسم النقاش الفقهي المتعلق المحترف "مستهلك" يستفيد من الحماية المنصوص عليها في قانون المستهلك فالمحترف يمكن أن يقتني سلعة أو خدمة من محترف أخر ولكن بشرط أن يكون ذلك الاقتناء موجه لتلبية حاجة شخصية فيأخذ بذلك حكم المستهلك .

كما نود إن نشير إن المادة 03 من لقانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية عرفت المستهلك بما يلي: "...2-المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني..." [1]

في المقابل نجد أن هناك من الفقه من عرف المحترف انه الشخص الطبيعي أو المعنوي والذي يتعاطى عمله في القطاع الخاص أو العام والذي يقوم بممارسة نشاطه مباشرة باسمه أو لحساب غيره و الذي يمثل في بيع أو توزيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات، كما اعتبره [2]، غير أن المشرع الجزائري لم يستخدم مصطلح المحترف بل استخدم مصطلح المتدخل في القانون 09-03 وعرفته المادة 3 من نفس القانون على أنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك "، حيث استعمل مصطلح العون الاقتصادي في القانون 04-02 والتي عرفته المادة 1/3 منه على أنه: " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها "

ويجدر الإشارة إلى أن القانون السابق لحماية المستهلك 02/89 لم يتطرق إلى لا لتعريف المستهلك ولا إلى تعريف المحترف.

أما بخصوص اعتبار الشخص العمومي محترف أم لا ، فيمكن تصور المؤسسة العمومية التجارية كمحترف، ولكن بالنسبة للمؤسسة العمومية الإدارية فالمسألة أكثر تعقيدا يتمثل في كون ان المادة 3 من القانون 09-03 عرفت المحترف بشخص معنوي دون تحديد أن كان عام أو خاص .

فالمركز الممتاز الذي يتمتع به المحترف لإبرام العقد فسح المجال لبروز الشروط التعسفية وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، لذلك توصف هذه الشروط بالتعسفية كونها تؤدي إلى الإخلال البين بين واجبات وحقوق الطرفين.

---

[1] – القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ،ع41، المؤرخة في 27 يونيو 2004

[2] – غسان رباح ، قانون حماية المستهلك الجديد، ط2،منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان،2011،ص104

تعتبر ظاهرة الشروط التعسفية في العقود ،ظاهرة عالمية مست كل أنحاء العالم ، كنتيجة لتبني نظام اقتصاد سوق وقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية نقطة انطلاق المواجهة القانونية لها ،وكان ذلك في بداية عام 1926 في قانون التجارة الموحد، أين تم إعطاء القاضي سلطة إبطال أي شرط يتبين أنه تعسفي، الذي أطلق عليها في ذلك الوقت الشرط غير المعقول.

تتجلى أهمية هذا البحث في موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري يعتبر موضوع الساعة يعكس الواقع المعاش، خاصة الظروف الاقتصادية التي تمر بها الجزائر حاليا ،فكل منا هو عرضة للممارسات التعاقدية التعسفية باعتبار أننا كلنا مستهلكين في إطار إشباع الإحتياجات الشخصية أو حاجات من نكفلهم نتعاقد مع المهنيين لتحقيقها.

أما فيما يخص الأسباب التي دفعت بنا لإختيار هذا الموضوع للبحث فيه ،هو عدم استقرار الوضع بشأن موضوع الشروط التعسفية خاصة أنه يتضمن صعوبة تحديد الشرط التعسفي الذي لا يزال إلى يومنا هذا موضوع نقاش وهو من الأسباب والدوافع القوية التي أثارت رغبتنا في تناول هذا الموضوع إضافة إلى قلة الدراسات السابقة المتعلقة به .فأغلبية الدراسين لموضوع حماية المستهلك تناوله من جانب الحماية الجنائية من الغش والخداع والتدليس، أو حصروا هذه الدراسة في مجال عقود الإستهلاك دون غيرها ،خاصة وأن حياة الفرد في المجتمع أصبحت عبارة عن تعاقدات في شتى المجالات تترتب عليه إشكالات تحتاج إلى متابعة هذه التصرفات والتدخل أحيانا من جهات أخرى ليست طرفا في العقد لإنقاص الضغط على الطرف الضعيف، وإعادة التوازن العقدي.
يتضح أن الموضوع متشعب ويصعب الإلمام به ناهيك عن قلة المراجع التي تتناول بشكل مباشر حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري.

ولم يتم تقنين الشروط التعسفية في البلدان الأوروبية إلا في السبعينات من القرن الماضي و ذلك بصدور التشريع السويدي عام 1971، والتشريع الدنماركي عام 1974 والتشريع الألماني في 1976 والتشريع البريطاني عام 1977، باسم قانون الشروط التعاقدية الغير عادلة.

أما في فرنسا فقد ظهرت مكافحة الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك، عبر التشريع رقم23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات ،الذي عرف تعديلات عديدة تمثلت أهمها في القانون 96/95 وكذا قانون 776/2008 المتعلق بعصرنة الاقتصاد، خلافا للمشرع الذي ظل ساكنا أمام

ظاهرة الشروط التعسفية واكتفى بالمبدأ العام الموجود في القانون المدني الذي يحمي كل الأشخاص دون تحديد صفاتهم حيث ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان.[1]

حيث كان الطرف الضعيف في ظل هذه القواعد يتمتع ببعض الحماية وإن كانت ناقصة وغير فعالة إلى حد ما، فهي قد احتوت على مجموعة من المبادئ التي يمكن بموجبها إلغاء بعض الشروط التعسفية المدرجة في العقود. إلا أنه نتيجة للتعقد المتنامي للعلاقات الاستهلاكية عجزت الشريعة العامة عن ضبطها فكان لزاما تبني قواعد جديدة تتماشى وهذه التطورات.[2]

هذا ما جعل المشرع الجزائري يتفطن لضرورة حماية المستهلك من الشروط التعسفية حيث صدر أول نص يحمي المستهلك من الشروط المجحفة وهو القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

تعد حماية المستهلك ترجمة فعلية للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان فهي الهدف الذي يرجى تحقيقه رغم كل الظروف المحيطة به، كما أن الحرية لم تعد حبر على الورق بل أن جميع الشعوب تنادي بها، وعلى اعتبار أن المستهلك هو أحد أطراف العلاقة التعاقدية الذي تفرض عليه أحيانا شروط تعسفية ينبغي عليه قبولها دون مناقشتها ما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي إنطلاقا من هذا الطرح تتلخص مشكلة البحث الأساسية في: هل وفق المشرع الجزائري في اعتماده الأليات القانونية والمؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ؟

و لكن قبل الإجابة على فعالية ما تم اعتماده من طرف المشرع يتوجب علينا الإجابة على التساؤلات الفرعية الناتجة عن الإشكالية

- فيما تتمثل الشروط التعسفية ؟

-ما هي الأليات القانونية التي تبناها المشرع ؟ وما هو الاطار المؤسساتي لحماية المستهلك و ما هو دوره؟

وللإجابة عن كل هذه التساؤلات قسمنا هذا العمل في البداية إلى فصل تمهيدي تناولنا فيه ماهية الشروط التعسفية وفصل أول خصصناه للآليات القانونية لحماية المستهلك وفصل ثاني خصص للآليات المؤسساتية لحماية المستهلك، لاعتقادنا أن هذه الخطة الأنسب لدراسة هكذا موضوع، غير أنه وللصعوبات التي ذكرنا جانب منها. ولاعتبار أن الدور المؤسساتي في الجزائر محدود جدا ما كان يمكن أن يكون عملنا هذا متوازنا، لذلك آثرنا أن نقسم العمل إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية الشروط التعسفية وفي الثاني الآليات القانونية والمؤسساتية لحماية

---

[1] – إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية ،جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2012، ص 05 .

[2] – عصام نجاح، حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، العقود الاستهلاكية، ملتقى وطني، جامعة قسنطينة، يومي 10/09 ديسمبر 2015،ص 01.

المستهلك باعتبار أن معرفة الشروط التعسفية أمر مهم للحكم على الآليات التي وضعت لمجابهتها بالفعالية من عدمها.

ولا يفوتنا في الأخير الإشارة إلى أننا اعتمدنا على المنهج التحليلي، كذلك اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال مقارنة التشريع الجزائري مع غيره من التشريعات الأخرى.

الفصل الأول :

ماهية الشروط التعسفية

يعد التراضي أهم ركن يقوم عليه العقد والذي يتوجب أن يكون صحيحا خاليا من عيوب الإرادة حتى يتحقق الهدف من التعاقد المتمثل في تبادل الالتزامات والحقوق أي تقديم خدمة أو سلعة وفي المقابل الحصول على الثمن، غير أنه قد يعتري العقد بعض العوارض التي تشوب أركانه فتحوله من عقد مساومة إلى عقد إذعان فإن شاء المستهلك تعاقد وإن شاء رفضه وانصرف عنه ما يجعله يقع في نفس الشروط مع متعاقد آخر.

وهذه الشروط غالبا ما تكون تعسفية محررة مسبقا، كالعقود النموذجية فالمستهلك يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجته إليها، مما يؤدي إلى اختلال توازن العقد لذا تعتبر شروط غير متوازنة باعتبارها توفر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك.

في أغلب الأحيان، تحرر الشروط العامة مسبقا ولا يتمكن المستهلك من الاعتراض على بعض البنود التي تبدو غير مبررة أو تمنح امتيازا مبالغا فيه للمهني، ولذلك عادة ما تسمى عقود الاستهلاك بعقود الإذعان.[1] وهذا يمثل إساءة في استعمال قدرة المتعاقد ويجسد انحراف لتقرير وتجسيد قوة التعاقد. [2]

ولذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص المبحث الأول لمفهوم الشروط التعسفية، بينما نتناول مجالات الشروط التعسفية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية

[1] – فرانشيسكو أبروزي، دليل حماية المستهلك، الصادر عن وزارة التجارة، الجزائر، 2011، ص 88.

[2]- Grégoire Loiseau ; « la puissance du contractant en droit commun des contras » , AJ/contrats d’affaires- concurrence-distribution,paris,2015,p.496.

يعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية باعتبارها عقودا مجحفة تنال من رضاه، والعلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض بشأنها، وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام المستهلك في العقود الاستهلاكية. لذلك سنتطرق في هذا المبحث لتعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له (مطلب أول) ،عناصر الشرط التعسفيو طرق تحديده (مطلب ثاني)

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له

لا يتأتى إعطاء مفهوم شامل للشرط التعسفي إلا بتمييزه عن التصرفات المشابهة له، مع ذكر تعاريفه الفقهية منها والقانونية وأيضا القضائية، لذلك خصصنا الفرع الأول لتعريف الشروط التعسفية و الفرع الثاني تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

سنتطرق إلى التعريف الفقهي للشرط التعسفي ثم التعريف القانوني وبعدها نتناول التعريف القضائي للشرط التعسفي.

أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

عرف القانونيون الجزائريون الشرط 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 العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي."[1]

ورد هذا التعريف متأثرا بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تقر للقاضي بالسلطة التقديرية لتقدير الطابع التعسفي بقولها " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."[2]

وهناك من يعرف الشرط التعسفي بالنظر لطريقة فرضه بأنه" كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الإضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون، يترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك التي لا تتوافر فيه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية.[3]

---

[1]– سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص 57.

[2]– مرجع نفسه.

[3]– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 58.

وهناك من يعرف الشرط التعسفي بأنه" الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استحصال الأخيرة لسلطته الإقتصادية، بغرض الحصول على ميزة مجحفة."[1]

فالشرط يكون تعسفا عندما تكون الميزة المجحفة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية الأخير وهو ما يعرف في النهاية" بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية"، ودليل ذلك العوامل المادية التي تصاحب تقديم السند التعاقدي، والتي تعكس عدم المساواة في القوة مثل الشروط المطبوعة سلفا، الصياغات الموحدة للعقد والمعدة من قبل المهني ومن في حكمه.[2]

ويعرف البند التعسفي عموما بأنه" البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أعلى إرادته على الطرف الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة، منتقصا من حقوق الطرف الآخر الذي رضخ له، وذلك لتسلط من فرض هذا البند على العقد."[3]

وعرف الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم البند التعسفي بأنه " هو البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه وبين غير المهني والمستهلك، اعتمادا من المحترف على سلطته الاقتصادية من أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق."[4]

يمكن القول أن التعريف الفقهي للشرط التعسفي يمكن أن يقسم لثلاث اتجاهات:

فعرفه جانب من الفقهاء بالنظر إلى من يضع الشرط التعسفي والغرض من وضعه، فعرفه بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية، بغرض الحصول على ميزة مجحفة هذا من جانب.

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني، ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثرا من آثاره."

---

[1]– السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 32.

[2]– مرجع نفسه، ص 33.

[3] –فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 87.

[4]–عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 453.

وفي اتجاه آخر في العقد عرف الشرط التعسفي بالنظر إلى أنه يلحق ضررا بالمستهلك، فعرفه بأنه في الشرط الذي يترتب عليه الأضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح "الممقوت" بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك فيكون تعسفا الشرط المفروض بواسطة الطرف الأقوى، وينشأ عدم توازن هام على حساب الطرف الضعيف.[1]

ويعرف الشرط التعسفي: بأنه الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العقد بفرضه تعسفا على الطرف الآخر بسبب عدم المساواة بينهما، وينتج عنه اختلال باهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف، وفي الغالب فإن الشروط التعسفية ترد وتكثر في عقود الاستهلاك من خلال قيام المهني أو التاجر المحترف بفرض شروط تعسفية تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك بغرض الحصول على مزايا معينة حيث تقوم فكرة الشرط التعسفي في الفقه القانوني على وجود عنصرين الأول التعسف في استعمال السلطة والنفوذ الاقتصادي، والثاني الحصول على ميزة مفرطة بسبب التفاوت الظاهر بين التزامات الطرفين سواء بإنقاص التزامات الطرف القوي اقتصاديا أو بفرض التزامات مرهقة على المستهلك. [2]

ونستطيع أيضا أن نعرف الشروط التعسفية في إطار عقد الاستهلاك الالكتروني بأنها"الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الالكتروني المبرم مع المستهلك، والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ضد مصلحة المستهلك."[3]

ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي

عرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية وذلك من خلال المادة 3 فقرة 5 من القـانون رقــم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت على" شرط تعسفي: 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."

هذا التعريف لم يكن شاملا بمعنى الشرط التعسفي لذلك حددت المادة 29 من نفس القانون البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

1- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

---

[1] – كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 518.

[2]– سعود العماري :" الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، جريدة العربية، 17 مارس 2014، السعودية، ص 02.

In http://www.alarabiya.net/ar/aswaq/2014/03/17/

[3] – كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 518، 519.

2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو أجال تنفيذ خدمة.

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة."[1]

كما نصت أيضا المـادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعـوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التـي تعتبر تعسفية والتـي نصت على:" تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذ تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

---

[1] – المادة 3 فقرة 5 من القانون 04 – 02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425، الموافق لـ 23 يونيو لسنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 49، مؤرخة في 27 يونيو 2004.

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."[1]

في حين عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 132 فقرة 1 من قانون 96/95 لسنة 1995 بقوله " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية، الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد سواء تعلقت هاته الشروط بمحل العقد وأثاره."[2]

من خلال هذه المادة يتضح أن الشرط التعسفي هو كل شرط ينجم عن وضعه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات المستهلك أو غير المهني من جهة والمهني من جهة أخرى، والواقع أن المشرع الفرنسي قد نقل هذا التعريف عما جاء في التوجيه الأوروبي رقم 93– 13 المتعلق بالشروط التعسفية بقولها" كل شرط في العقد لم يكن محل مساومة فردية رغم ضرورة توفر حسن النية، يعتبر تعسفا حينما يخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد."[3]

وهكذا يتبين أن تعريف الشرط التعسفي في مختلف التشريعات هو تعريف واحد وكذلك الأمر في بعض القوانين الأوروبية.

ففي القانون البلجيكي عرفت الشروط التعسفية في المادة 21 من قانون 14 يوليو 1991 بأنه يشمل "كل شرط يمكن أن يؤدي بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى إلى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الأفراد."[4]

ومن جانبه اصدر المشرع الإسباني قانون19 يونيو 1984 المعدل بالقانون 13 أفريل سنة 1997 الذي ينص في مادته العاشرة على أن المقصود بالشروط التعسفية" تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب

---

[1]– المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06– 306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ع 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

[2]– إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص53.

[3]– إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 53، 54.

[4]– إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة والجديدة للنشر، مصر، 2014، ص 114.

عدم التكافؤ أو الملائمة أو بأسلوب غير عادل، أو ما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد."

وبدوره اصدر المشرع الإيطالي القانون الصادر في 2 فبراير 1992 الذي عدل في المواد 1429 وما يليها من القانون المدني الايطالي، متبنيا معيار التوازن العقدي في تعريف الشروط التعسفية.[1]

وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري ومختلف القوانين كالقانون الفرنسي والقوانين الأوروبية قاموا بتعريف الشروط التعسفية على ضوء مفهوم التوازن العقدي.

وقد أورد القانون بعض التطبيقات كأمثلة على ما يعتبر من قبيل البنود التعسفية وأوردها على سيبل المثال لا الحصر، فالبنود النافية لمسؤولية المحترف تعتبر من قبيل البنود التعسفية لأن في إيرادها في العقد مخالفة لقواعد قانونية حمائية وانتهاكا واضحا لحقوق المستهلك الذي لأجله وضع القانون، كما أن أي تنازل من المستهلك عن أي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة يعد من قبيل البنود التعسفية لأن في ذلك إفراغا للحماية المقررة لهذا المستهلك من معناها، علاوة على أن وضع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون يعد أيضا من البنود التعسفية إضافة إلى منح المحترف وبصورة منفردة صلاحية تعديل كل أو بعض أحكام العقد لا سيما تلك المتعلقة بالثمن أو تاريخ أو مكان التسليم يجعل من المستهلك أسير إرادة المحترف وبوده التعسفية المرتبطة بتنفيذ العقد.

ويعتبر أيضا من قبيل البنود التعسفية منح المحترف حق إنهاء العقد غير المحدد المدة، دون إبلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مهلة معقولة.[2]

ثالثا: التعريف القضائي للشرط التعسفي

بالرجوع إلى القضاء الجزائري لا نجد ما يمكن من خلاله استخلاص موقعه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء.[3]

غير أن المشرع الجزائري أعطى الحق للقاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط وذلك من خلال المادة 110 من القانون المدني التي تنص:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."[1]

---

[1]– مرجع نفسه، ص115.

[2]– فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص 88.

[3]– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 58.

غير أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر انه من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين المهني والمستهلك يعتبر لاغيا الشرط الذي من شأن محله وأثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت.

فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي يتبناه المشرع للشرط التعسفي وقالت أن الشرط يعتبر تعسفا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية.[2]

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة

يقترب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن شروط تعاقدية، وعلى وجه التحديد يمثل كل من الشرط غير المشروع والشرط النموذجي اكثر المفاهيم تداخلا مع مفهوم الشرط التعسفي، لذلك وجب التمييز بينه وبين الشرط النموذجي من جهة (أولا)، وبينه وبين الشرط غير المشروع من جهة أخرى (ثانيا) للخروج بمفهوم اكثر دقة للشرط التعسفي.[3]

أولا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي

1-تعريف الشرط النموذجي

يقتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي، تعريف الشرط النموذجي لأن الشرط التعسفي سبق تعريفه في الفرع الأول، ثم التمييز بين الشرطين، فالعقد النموذجي هو عقد معد من قبل أحد المتعاقدين، ويتضمن شروط العقد المعروضة على المتعاقد الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار، ويقدم هذا العقد في شكل مطبوع فيه شروط وفراغات يملئها طرفيه حتى يصبح خاصا بهم، وحاليا نظرا للحاجة الماسة لسرعة المعاملات شاعت العقود النموذجية بشكل كبير، حيث أخذت شروط العقود النموذجية تحل محل القواعد القانونية المكملة. [4]

---

[1]- المادة 110 من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

[2]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 58.

[3] - إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 55.

[4] - آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، 2008، 2009، ص 27.

ويعرف أيضا الشرط النموذجي بأنه" مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزورة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد"، كما عرف الشرط النمطي أو الشرط النموذجي بأنه " عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية.[1]

قد ترد الشروط النموذجية أحادية التحرير في الوثيقة المكونة للعقد سواء كان مكونا من ورقة واحدة أو عدة أوراق وقع عليها المتعاقدان، وقد يوقع المتعاقدان على وثيقة العقد المبرم بينهما، ويشار فيها إلى وثيقة أخرى تتضمن تلك الشروط النموذجية. [2]

ويعتبر الشرط النموذجي شبيها بالعقد النموذجي، حيث يمكن أن يعد هذا الشرط سلفا كالعقد النموذجي، وبالتالي هو صيغة تعد مسبقا من قبل طرف له قدرة نافذة على التعاقد فالطرف الآخر يقبل الإيجاب كما ورد الطرف القوي دون أن يفاوض أو يناقش في هذا الشرط النموذجي، كما أن الشرط النموذجي هو شرط أساسي في العقد لا يمكن تعديله أي يمكن أن يكون هناك صيغ أخرى للعقد النموذجي، إلا أن الشرط النموذجي يبقى ثابتا، كما أن هذا الشرط الذي يعتبر جزء من العقد، يمكن أن يوجه إلى عدد غير محدد من الأشخاص، وليس لشخص محدد بذاته. [3]

2-أوجه الشبه بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي

الشرط التعسفي يتفق مع الشرط النموذجي، أن كلا الشرطين لا يقبلان التفاوض، لأن المستهلك لا يملك سلطة تعديل أي من الشرطين، فهما لا يقبلان التفاوض.

3-أوجه الاختلاف بين الشرط النموذجي والشرط التعسفي

فإن الشرط التعسفي لا يشترط أن يعد مسبقا من قبل منظمة أو هيئة على عكس الشرط النموذجي، وأيضا أن العقد الذي يشمل الشرط النموذجي يمكن أن يكون موجها للعامة، وأن الشرط التعسفي قد لا يوجه إلى العموم.

كذلك يمكن أن يستنتج أن الشرط النموذجي أخف وطأة على المستهلك، بينما الشرط التعسفي يوضع دائما خلافا لمصلحة المستهلك، وخلافا لمبدأ حسن النية، أما الشرط النموذجي فليس بالضرورة أن يوضع خلافا فالمبدأ حسن النية.

---

[1] – نصيرة خلوى عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنيت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 37.

[2]– منصور حاتم وإيمان طارق:" القوة الملزمة للشروط الحادية والتحرير في العقد "، كلية القانون، جامعة بابل، ص 11.

[3]– عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، 2012،ص131.

أضف إلى ذلك أن الشرط التعسفي يعطي لطرف على حساب طرف آخر بغض النظر عن المساواة والتعادل فيما بين الطراف، وإن كان في الإطار التطبيقي يظهر أن استخدام الشروط النموذجية يكون من الطرف ذي المركز الاقتصادي القوي. [1]

ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع

يقتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع تحديد مفهوم هذا الأخير أولا لاستنباط الفروقات بينه وبين الشرط التعسفي.

1-مفهوم الشرط غير المشروع

الشرط غير المشروع، هو الشرط التعاقدي المخالف لقواعد القانون الآمرة، التي تكفل احترام النظام والآداب العامين، لذلك فإن جزاء وجود مثل هذا الشرط هو البطلان الذي يأخذ وجهين:

إما أن يكون مطلقا وإما نسبيا، ويمثل الأول الأثر الأصلي للبطلان، ذلك انه يبطل العقد برمته بما في ذلك الشرط غير مشروع، هو بطلان عقد الشركة بوجود الشرط الذي مفاده اتفاق الشركاء على أن يساهم أحدهم بالخسارة[2]، ومثل هذا الشرط عادة ما يدرجه الشريك ذو المركز القوي في الشركة، لذلك فقد درج الفقه على تسميته بشرط الأسد (clause léonine)، وهو ما تناولته المادة 426 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري [3].

وتقرير البطلان لوجود مثل هذا الشرط أمر طبيعي، بإعتبار المساهمة في الأرباح والخسائر ركن من أركان عقد الشركة.

أما الثاني- البطلان النسبي- فيقتصر على بطلان الشرط غير المشروع فقط دون العقد الذي يبقى قائما، ما يعرف في القواعد العامة بنظرية انقضاء العقد réduction du contrat والتي جاء النص عليها في المادة 104 من القانون المدني الجزائري. [4]

---

[1]- إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 133،134.

[2]- مرجع نفسه، ص 56.

[3]- المادة 426 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري:" إذا وقع الاتفاق على أن احد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في الخسارة كان عقد الشركة باطلا".

[4]- المادة104 ق.م.ج" إذا كان العقد في شق منه باطلا 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".

وجاء النص على بطلان مثل هذا الشرط تقريرا للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 178 من القانون المدني [1]والتي وإن أجازت الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية عموميا فإنها تبطل كل شرط ينشآ عن غش المدين وخطه الجسيم.

كذلك نص المادة 52 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري [2]، فيما يخص مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشياء.

2- الفرق بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي

يظهر الفرق بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي من عدة نواحي

أ- من الناحية الاصطلاحية

ميز المشرع الجزائري في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين مصطلحي غير المشروع والتعسفي، فقد عبر عن البنود أو الشروط التعسفية بالممارسات التعاقدية التعسفية(pratique contractuelles abusives) حينما استخدمها كعنوان للفصل الخامس المتعلق بأحكام البنود التعسفية، فيما عرف مفهوم غير الشرعي بصورة غير مباشرة حينها عنون الفصل الأول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية(pratiques commerciales)، فلو كان يرمي لمفهوم واحد أما خصص لكل منهما فصلا مستقلا.

ب- من الناحية القانونية

تحتل الاتفاقيات في المجال العقدي مركزا مهما من الناحية القانوني، فهي تسمو على القواعد المكلمة، مهما كانت أهميتها، فكل العقود مبنية على الاتفاق الذي يترجم في بنود. [3] تعاقدية تكون صحيحة ما دامت غير مخافة لقواعد القانون الأمرة، فمتى خالفتها فهي بنود غير مشروعة بغض النظر عن المراكز القانونية للأطراف.

أما الشروط فإن مجالها هو عقود الاستهلاك باعتبارها عقود عدم التوازن في المراكز القانونية ولا يمكن أن تمتد للعقود التي تتسم بالتوازن، إذ يكمن مناط التعسف في ذلك الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطراف الذي يحدثه وجود مثل هذه البنود كونها تخدم مصالح المهنيين وتتعسف في حق المستهلكين، بالرغم من أنها تبدو في الظاهر بنودا اتفاقية محظى لأن المهني غالبا ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد ووافقت عليه، إضافة

---

[1] – المادة 178 من القانون المدني الجزائري:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطه الجسيم".

[2] – المادة 52 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري: الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 101 مؤرخة 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم تنص على" يكون باطلا كل استراط من شانه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

[3] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 58.

إلى الإمضاء، وبالتالي فالشرط التعسفي، ليس الشرط الذي يخالف النصوص الأمرة كما يجسده مفهوم الشرط غير المشروع، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الاتفاقي للعقد.[1]

ج- من ناحية تعامل القضاء

يختلف تعامل القاضي مع الشرطين، فإذا وجد شرط غير مشروع في العقد، يقضي القاضي ببطلانه من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم به، أما إذا وجه شرطا تعسفيا فإن القاضي لا يقرره من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون محل دعوى مباشرة للنظر فيه.

وقد وضحت الفرق بين الشرطين، محكمة استئناف grenable، الغرفة المدنية الأولى، في قضية بين ufc بصفتها مستأنفة وassociation clevacances مستأنف عليها في قرارها الصادر في 15 جانفي 2008، والذي يتمحور موضوعه حول إلغاء الشروط التعسفية وغير المشروعة جبرا للضرر العـــام الذي أصاب المستهلكين فـــي عقود تأجير المنـــازل النموذجية الصـــادر عنassociation clevacances، حيث جاء في حيثيات القرار أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكما من النظام العام، وعليه فإن البند الذي يقضي بأن مبادرة المالك (المؤجر) بالعدول عن العلاقة العقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك(المستأجر)، هو بند مخالفا للقواعد العامة التي تقضي بأنه، إذا عدل من قبض العربون ومثله وفقا للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي والمادة 114 فقرة 1 من قانون الاستهلاك، وهاته الأحكام من النظام العام أما بالنسبة للبند الذي لا يمكن المستأجر من أن يحضر أشخاص زائديين عن العدد. [2]المذكور في العقد إلى البيت، إلا بعد أخذ رأي المؤجر فقد اعتبرته المحكمة شرطا تعسفيا، ذلك أن المألوف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل إيجار المحل ككل بصرف النظر عن ما يسعه من أماكن مقارنة بعدد الأشخاص والذي يبقى عمل الفنادق.[3]

المطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي وطرق تحديده

أدت القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى ظهور عدة معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط، ومن أهمها معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، لذلك سنخصص الفرع الأول لعناصر الشرط التعسفي، وفي الفرع الثاني سنتطرق لتحديد الشرط التعسفي.

الفرع الأول: عناصر الشرط التعسفي

---

[1] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 58.

[2] – مرجع نفسه، ص59.

[3] – إيمان بوشارب، مرجع سابق ، ص60.

من التعريفات السابقة للشروط التعسفية نستخلص أنه لوصف شرط أو بند بأنه تعسفي، ينبغي أن تتوافر فيه الشروط أو العناصر الآتية:

1- أن يوجد عقد استهلاكي.

2- أن يكون العقد مكتوبا.

3- أن يكون احد طرفي العقد مستهلكا.

4- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

أولا: أن يوجد عقد استهلاكي

لم يكتفي المشرع الجزائري بالأخذ بالمعنى الكلاسيكي للعقد الذي يعرفه في المادة 58 قانون مدني جزائري بأنه " كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل أو عدم فعل شيء ما" بل ذهب إلى أبعد من ذلك وتبنى مفهوم حديث للعقد في المادة 03 من القانون 04- 02 المعدل والمتمم بأنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقدرة سلفا."

وقد كرر المشرع الجزائري هذا التعريف في المادة1 من القانون 06- 306 المعدل والمتمم بالقانون 08 – 44 بقوله" يقصد بالعقد في مفهوم المادة 3 من القانون 04- 02 كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير تغيير حقيقي فيه".[1]

وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية التي تنظم هذا النوع نجد أنها تنص على كلمة منتوج بدلا من سلعة ، والعلة في ذلك هي أن كلمة منتوج أعم وأشمل في حين أن السلعة تشمل فقط المنقولات المادية سواء أكانت تستهلك باستعمالها لأول مرة كالمواد الغذائية أو سلع معمرة كالسيارات.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 22 من المرسوم التنفيذي 90- 266 السابق والتي عرفت المنتوج بأنه " كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة."[1]

[1]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 62، 63.

غير أن المشرع الجزائري في المـادة 2 من المـرسوم التـنفيذي السـابق رقم 90– 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش عرفت المنتوج " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات."[2]

والملاحظ أن المادة تناولت المنقول المادي دون الخدمة لكن المشرع الجزائري تدارك هذا التقصير في القانون 09–03 ووسع من تعريف المنتوج بأنه" كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا ".[3]

من خلال التعريف السابق نجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن العقار بصفة عامة غير أن البعض يميل إلى الرأي الذي يعتبرها منتوجا أو سلعة قابلة للاستهلاك ويخضع فيها المتعاقد العادي أو المستهلك للحماية الخاصة التي تقررها القوانين الحمائية.

وذلك للأهمية البالغة التي يحظى بها العقار في يومنا هذا سواء تعلق الأمر ببيعه أو إيجاره، ونظرا لأن من يشرف على مثل هذه التصرفات لابد أن يكون محترفا ومختصا وهو ما يجعل المتعاقد العادي أو المستهلك في مركز ضعيف، إضافة إلى أن السلعة قد تكون موضوع العقد المتضمن شرطا تعسفيا والتي عرفها المشرع في المادة 3 من القانون09–03 كالآتي " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة."

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع أخرج بصريح العبارة الالتزام بتسليم المنتوج من مفهوم الخدمة باعتباره التزاما يقع على عاتق المحترف أو البائع في عقد البيع وهو ما تتفق عليه المادة 364 قانون مدني جزائري بقوله" يلتزم البائع بتسليم الشيء في عقد البيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع."[4]

فالمشرع اعتبر هذا الاستثناء الوحيد في ذمة البائع التزاما وليس تقديم خدمة فالمشرع الجزائري ضيق من نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية وحصرها في عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة على عكس المشرع الفرنسي الذي ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو

---

[1]– المرسوم التنفيذي90–266 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، ج ر، ع 40، مؤرخة في 19 سبتمبر 1999.

[2]– المرسوم التنفيذي 90–39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع 5، المؤرخة في 31 يناير1990.

[3]– القانون 09–03 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج ر، ع 15، المؤرخة في 8 مارس 2009.

[4] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 64.

سندها مما جعل هذه النصوص تسري على جميع العقود كعقد البيع أو الإيجار أو التأمين وأيا كان محلها عقارا أو منقولا وسواء كانت تنصب على السلع أو الخدمات.[1]

ثانيا: أن يكون العقد مكتوبا

ويستخلص من هذا الشرط صراحة من قوله " حرر مسبقا" [2]وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فان المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة أو أكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة.

والمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم، وغيرها.[3]

وكذلك نص المادة 03 فقرة 4 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق... يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المتابعة لشروط البيع العامة المقررة سلفا". [4]

إذن، فأهم ما يمكن تسجيله هو تنوع أشكال عقود الإذعان المتضمنة لشروط التعاقد العامة، والتي لا تقف تحت حصر، ويكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معين هو المحترف أو العون الاقتصادي يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواء كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين.[5]

غير أنه يمكن أن يكون العقد شفاهة أي لا تشترط الكتابة وهذا ما نستخلصه من نص المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 التي عرفت الشرط التعسفي " شرط تعسفي: كل بند او شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."[1]

---

[1] – مرجع نفسه.

[2] – وقد درج المشرع الفرنسي على استعمال مصطلح "contrat prérédigé" ثم ما لبث أن استعمل في قانون الاستهلاك مصطلح "conditions générales des contrats"، نقلا عن محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2007 ، ص 86 .

[3] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص 86.

[4] – المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02.

[5] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص 86

ثالثا– أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكا

أثارت مسالة الحماية من الشروط التعسفية إشكالا يتمثل في وجوب قصر هذه الحماية على بعض الأشخاص أم يجب أن يستفيد منها أي شخص يمكن أن يتضرر من الشرط التعسفي؟

إختلف جوانب التشريعات المعروفة عن هذا الإشكال بين موسع لنطاق الحماية ليشمل جميع الأشخاص، وبين مضيق لا يتعدى المستهلك بمعناه الحرفي.

ويضم الاتجاه الأول عدة تشريعات منها:

- القانون الألماني الذي يذهب بموجب قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد إلى عدم قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين.

أي أن الحماية تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان والذي لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حر يستوي أن يكون مستهلكا أم لا.

إن القانون الانجليزي لم يذهب إلى حماية المستهلكين فقط ،كما لم يقتصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان، فنص القانون المسمى" **unfair contract terms act** " لسنة 1977 على جواز استبعاد القاضي للشروط غير الشريفة "**unconscionable** " في أي عقد كان حتى لو كان هناك نصوص خاصة بالعقود التي يبرمها المستهلكون.[2]

في مقاطعة الكبيك وفقا لنص المادة 1437 من القانون المدني فان الحماية من الشروط التعسفية ليست مقصورة على المستهلكين وحدهم وإنما تمتد لكل طرف في عقد الإذعان، لم يتسن له المناقشة والمفاوضة حول اشتراكات العقد.

وفي مقابل التشريعات الموسعة في نطاق حماية الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، هناك تشريعات ضيقت من نطاق هذا المفهوم، على رأسها القانون الفرنسي، الذي افرد للمستهلكين حماية خاصة ضد الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والذي ألحقه– فيما بعد– كجزء لا يتجزأ من قانون الاستهلاك.

ومن جهته لم يتوان المشرع الأوروبي في سن تعليمة خاصة في 5 أفريل 1993 تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين،[3] مما جعل هذه الحماية تنصرف للمستهلكين فقط، فضلا عن وضع التعليمة

---

[1] – المادة 03 فقرة 05 من قانون 04-02.

[2] – محمد بودالي، مرجع سابق،ص87.

[3] – مرجع نفسه، ص 88 .

لتعريف المستهلك في المادة2 واستثناءا المحترفين صراحة من الحماية، علما أن نصوص هذه التعليمة قد تم إدخالها في القانون الفرنسي بموجب قانون1 فيفري 1995 والذي عدل مواد قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية، وبوجه خاص المادة1-132 وبالنتيجة فان نصوص قانون 1995 قد عوضت نصوص قانون 1978 الذي تم إلغاؤه.

أما موقف المشرع الجزائري فجاء موافقا للاتجاه الأول عند إصداره للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي رأى أن يضع فيه نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية، وتجلى هذا الموقف بوضوح من خلال نصه في المادة الأولى من القانون السابق على أنه يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه.

وهكذا أصبح لازما للإفادة من قواعد الحماية أن يوفرها القانون رقم04-02 قيام عقد إذعان بين محترف ومحترف، أو بين محترف ومستهلك.[1]

رابعا: أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان على الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد

نصت المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: "شرط تعسفي أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[2]

وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95-96 لسنة 1996، وهو المعيار نفسه الذي جاء في التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بحماية المستهلك ممن الشروط التعسفية، حيث كان لصدور هذا التوجه، أثره البالغ على النظام القانوني الفرنسي في هذا المجال، تجلى في تخلي المشرع الفرنسي عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 23/78 لسنة 1978- التعسف في استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرطة-، لصالح المعيار الذي جاء به التوجيه الأوروبي وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.[3]

---

[1]- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 87، 88.

[2]- المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[3]- إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 67

ومعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات كل من المستهلك والمهني مسالة تقنية هامة، تتعلق بكيفية تقديره، والتي اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 3 فقرة 5 بالقول أنها تتم إما بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، وتتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الإخلال ظاهرا على اعتبارها تعسفية صراحة في القانون إلا أن هذه الحالة تمثل الاستثناء، فالقاضي في غير هذه الحالات يتمعن في البنود بأكملها للتحقق من الإخلال الظاهر، وهو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي، فيما سكت عن باقي الاعتبارات الأخرى، والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط.[1]

وهذا العنصر الأخير للشروط التعسفية يشمل ثلاثة معايير وهي:

- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.
- معيار الميزة المفرطة.
- معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

1- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

تولى المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي في القانون رقم 04- 02 لسنة 2004 المتعلق بالممارسات التجارية بموجب المادة الثالثة في فقرتها الخامسة بقوله:" شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

وانطلاقا من التعريف السابق الذي جاء به المشرع الجزائري نحاول بيان معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لفرض الشرط التعسفي معتمدين في ذلك على ما أورده المشرع الفرنسي بهذا الشأن في قانون الاستهلاك لسنة 1995، والتوجيه الأوروبي لسنة 1993.[2]

والسبب في ذلك أن المشرع الجزائري أتى موافقا إلى حد كبير للتعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 1-132.

أما ما اختلف فيه المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي فقد اتفق فيه مع التوجيه الأوربي ،ووجه الاختلاف بين المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي يكمن في المجال الشخصي لتطبيق كلا القانونين، فينما يحدد المشرع الفرنسي أشخاص الحماية بغير المحترفين والمستهلكين بقوله" في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين

---

[1]- إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 68، 69.

[2]- أحمد رباحي:" اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5،ص 359.

أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط..."، يتجه المشرع الجزائري إلى حصر هذه الحماية على المستهلك فقط، بدليل الهدف الذي أعلن عنه في المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية بقوله" يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه"، ثم لما تولى هذا القانون تعريف بعض المصطلحات، اتجه في تعريف المستهلك للأخذ بالمفهوم الضيق له، ولم يورد إطلاقا على عكس المشرع الفرنسي طائفة غير المحترفين في هذا القانون، بنص المادة الثالثة في فقرتها الثانية التي جاء فيها" مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفي من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني." [1]

ووجه آخر يفترق فيه المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي، هو أن المشرع الجزائري اعتبر أن الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين، وتكون محررة مسبقا، ويذعن لها المستهلك، أي أن مجال الحماية يتحدد بدائرة عقود الإذعان فقط.

وهذا هو أيضا موقف التوجه الأوروبي في المادة 3– 1 التي نصت على " الشرط في العقد الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفا عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويحدث أضرار بالمستهلك وعدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد." وفي هذا كله يختلف موقف المشرع الفرنسي، إذ أنه لم يحصر دائرة الشروط التعسفية بطائفة من العقود بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو عقود مساومة.

والمشرع الفرنسي آتى بهذا المعيار الجديد، من أجل أن يكون موافقا لما جاء به التوجيه الأوروبي في المادة 3–1 السابقة، ومتخليا به في ذات الموقف عن معايير الشرط التعسفي المعتمدة في المادة 35 من قانون 1978، والمادة132–1 من قانون الاستهلاك لسنة 1993 [2].

2– معيار الميزة المفرطة

الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد، هو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا ويعرفها الفقيه "GIAME" على أنها "المقابل المغالى فيه، وذلك بواسطة شرط أو عدة شروط عديدة تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري.[3]

---

[1] – أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 359.

[2] – مرجع نفسه، ص 360.

[3] – نصيرة خلوي عنان، مرجع سابق، ص 33.

فلكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا فانه يجب أن يكون معروضا بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني، من جهة على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل.[1]

يجد معيار الميزة المفرطة أساسه القانوني من خلال ما جاء في نص المادة 35 من قانون 23/78 الفرنسي والتي تنص "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، يمكن أن تكون بالمادة 36 تميز عند الاقتضاء وفقا لطبيعة الأموال والخدمات المعنية، الشروط المتعلقة بالطابع المحدد أو الذي كان يحدد الثمن، كذلك طريقة الدفع، تسليم الشيء وحقيقته، تحمل المخاطر، زيادة المسؤولية والضمانات، شروط التنفيذ، شروط الفسخ عندما تبدو أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر مما يحقق لهذا الأخير ميزة مفرطة. [2]

غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية من طرف الفقه هذا الأمر معيار غامض لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة الميزة أهي ذات طابع مالي فقط أو اكثر من ذلك؟ فضلا عن ذلك هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير الميزة هل ينظر بموجبه للشرط منفردا أم أنه يجب النظر للعقد برمته؟

فعن الإشكال الأول هو معيار الميزة المفرطة غير محدودة الكمية، ذلك لأن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا في الإبطال بعض العقود، إذا بلغ حدا معينا وهو الخمس، فهذا المعيار غير محدد برقم معين وهو ما يجبرنا للقول بان الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقا.[3]

أما الإشكال الثاني الذي طرحه معيار الميزة الفاحشة فهو الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة، وهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمنهني منعزلا عن غيره من الشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك، أم انه يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها؟.

---

[1] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 71.

[2]- Article 35 : « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ,ou consommatateurs,peuvent étre interdites,limitées ou réglementées,par les décrets en conseil d'etat pris,après avis de la commission instituée par l'article36,en distingnant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés,les clauses relatives au caractére déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versemant,à la consistance de la chose ou à sa livraison,à la charge des risques,à l'étendue des responsabilites et conventions,lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels des consommateurs par un abus de la puissance économique de l'entre partie et conférent à cette derniére un avantage excessif »

نقلا عن إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 63 .

[3] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 71.

ذهب المشرع الجزائري في ذلك للقول بان الشرط التعسفي لا ينظر إليه وهو منفرد، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد وهو ما نص عليه في المادة3 في فقرة 5 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بقوله" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال القاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد".[1]

3- معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد

ذكرنا سابقا أن المشرع الفرنسي استعاض عن المعيارين السابقين بمعيار" الإخلال الظاهر بالتوازن" والذي استمده من خلال التعليمة الأوروبية لسنة 1993.

ويرى البعض أن شيئا لم يغير من حيث الموضوع، بمعنى أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية.

وتسمح قراءة المادة 03 فقرة 05 من قانون 04- 02 بالقول بان تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة وإنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها.[2]

ومع ذلك ليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ أو كيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط وأنه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل إعتبار الشرط تعسفيا والتأكد من عدم وجود التوازن العقدي.

ولما لم يكن هناك فرق بين معيار الميزة المفرطة ومعيار عدم التوازن الظاهر فان الفقه كان يذهب إلى أن قاضي الموضوع ينفرد بتقدير الميزة المفرطة في كل حالة على حده، بإعتبارها مسالة واقع مسالة قانون، لا يخضع فيه الرقابة المحكمة العليا.

إن معيار عدم التوازن الظاهر إذا كان ترديدا لمعيار الميزة المفرطة فانه تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة.[3]

غير أن معيار عدم التوازن الظاهر يختلف عن الغبن من عدة وجوه منها :

عدم تحديد عدم التكافؤ برقم معين، ومن حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن، وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، وأخيرا من حيث عدم اقتصاره- مثل الغبن- على المزايا غير المالية.

---

[1]- القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2]- محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص 96.

[3] - محمد بودالي، مرجع سابق، ص 96،

وللتأكيد على هذا الاختلاف بين فكرة عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن، حرص المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة 7 إلى المادة 132-1 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد على أن من هذا النظام هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة.

يضاف إلى ذلك أن الأصل أن أسعار المنتجات والخدمات يتحدد عن طريق المنافسة الحرة، وفقا لآليات السوق مع مراعاة مصلحة المستهلك، كما أن المحل الرئيسي للعقد تراعى فيه إرادة الطرفين، مما يجنب المساس بالتوازن العقدي المنشود.[1]

والملاحظ أن المشرع الجزائري- للأسف- لم يتجنب الانتقادات الموجهة للمشرع الفرنسي من قبل الفقهاء، وجاء هو الآخر بمعيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد، دون أن يأتي بما يفيد في تحديده، سوى بيانه أن تقدير الشرط إن كان يحدث اختلالا في التوازن العقدي يمكن أن يقدر بمفرده أو مشتركا مع شرط أو شروط أخرى، وهو نفس ما جاء به أيضا المشرع الفرنسي، لكن مع عدم أخذ المشرع الجزائري ببعض ما ذكره المشرع الفرنسي، من أمور يمكن أن يقدر بها الطابع التعسفي للشرط كالاستناد على وقت إبرام العقد، والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وفي هذا تنص الفقرة الخامسة من المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء فيها " يقدر الطابع التعسفي للشرط كالاستناد على وقت إبرام العقد، والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وفي هذا تنص الفقرة الخامسة من المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء فيها " يقدر الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى وقت إبرام العقد، والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وكذا يكون تكوين أو تنفيذ هذين العقدين متوقفا قانونيا احدهما بالآخر."

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حينما لم يتحدث عن ضرورة الاستثناء إلى وقت إبرام العقد والى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه لتقدير الطابع التعسفي للشرط لان هذه المسائل من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود حيث توليه عملية تفسر بها دون حاجة إلى نص.[2]

وهذا التحليل يبين أن المشرع الجزائري، من خلال تعريفه الشرط التعسفي لم يأخذ صراحة بمعيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، وان كان يفهم ذلك من خلال تحديده لدائرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان التي تعني وجود تفوق ما، وبالمقابل فقد اعتمد معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والتزامات أطراف العقد، وهذه خطوة

---

[1] - مرجع نفسه، ص 97.

[2]- أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 361.

تكشف عن نيته في مكافحة الشروط التعسفية، ومحاولة اعتماده لأحدث الأحكام والآراء بهذا الصدد، ولا ندعي أن المشرع قد وصل إلى أوج الحماية، ولكنها مرحلة أولية لبناء نظام متكامل يضع العدالة أساسه.[1]

وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرطا تعسفيا متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 132–1 قانون الاستهلاك [2]، والذي نقله هذا الأخير عن التعليمة الأوروبية لسنة1993 .[3]

الفرع الثاني: طرق تحديد الشرط التعسفي

رغم الجهود المبذولة لحصر الشروط التعسفية، إلا أنه لحد الآن هذه الشروط محددة على سبيل المثال ويبقى الاجتهاد حول تحديدها مستمر، فكل مرة يتم منع بعض الأنواع سواء بموجب القانون أو المراسيم أو من طرف لجنة البنود التعسفية [4]، فهناك من حددها على أساس أنها تحقق نفع للمهني(أولا)، و جانب آخر حددها على أساس الحاقها الضرر بالمستهلك(ثانيا)،هذا بطبيع الحال على المستوى الفقهي، أما بالنسبة للتشريع إختلف الأمر(ثالثا)

أولا: شروط تعسفية من شأنها تحقيق نفع للمهني

يأخذ تحقيق هذا النفع صورتين تضم الأولى الشروط التي تعمل على تخفيف التزامات المهني، وتضم الثانية من الشروط ما تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له.

1– أمثلة عن الشروط التي تعمل على تخفيف التزامات المهني

- إمكانية قيام المهني بتسليم محل غير مطابق للمواصفات المدرجة بالعقد.

---

[1]– مرجع نفسه، ص 362.

[2]– المادة 132 فقرة 1 من التشريع الفرنسي لقانون الاستهلاك 95/ 96 لسنة 1995 حيث عرفت الشرط التعسفي بقولها " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية، الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد سواء تعلقت هته الشروط بمحل العقد أو بآثاره."

[3]– أما عن تعريف الشرط التعسفي من خلال التعليمة الأروبية التي كان المشرع الفرنسي بدوره متأثرا بها هو التعريف الذي جاء في التوجه الأوربي رقم 93– 13 المتعلق بالشروط التعسفية بقولها:" كل شرط في العقد لم يكن محل مساومة فردية رغم ضرورة توفر حسن النية، يعتبر تعسفا حينما، حينما يخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد ".

[4]– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 57.

- الشروط المحددة أو المعفية للمسؤولية.
- الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح فيها بذلك.
- السماح له بإنهاء العقد دون إخطار المستهلك على الرغم من أن العقد غير محدد المدة.
- الشرط الذي يعفي المهني من الضمان عند التخلف عن تنفيذ التزاماته. [1]

2- أمثلة للشروط التي تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة المهني

احتفاظ المهني لنفسه بحق تحديد محل العقد، أو تعديل بعض خصائصه بالإرادة المنفردة ودون أن يصحب ذلك أي تعديل في الثمن.

- تحديد المهني تاريخ التسليم على سبيل الاسترشاد، وليس بصورة إلزامية أو ترك تحديد ذلك لمحض إرادته. [2]
- تحديد الثمن طبقا للتعريفة السارية وقت التسليم.
- اشتراط المهني قيام المستهلك بالوفاء بالثمن خلال تواريخ محددة، وإلا يكون العقد مفسوخا، مع ضرورة ما حصل المهني عليه من مبالغ بمثابة تعويض له عن استعمال المبيع من قبل المستهلك.
- قد يشترط المهني السماح له بتعديل العقد، أو إنهائه بالإرادة المنفردة، دون التزامه بتقديم مبررات لذلك التعديل أو لهذا الإنهاء. [3]
- الشروط المتعلقة بماهية محل العقد، عادة ما يحتفظ المهني لنفسه بحق تحديد ذلك المحل بإرادته المنفردة مع إمكانية تسليم شيء غير مطابق للمواصفات أو الاستخدامات المتفق عليها، من ذلك مثلا، الشرط الذي يرد في عقد بيع أثاث منزلي وينص على أن الأشكال والأحجام المتعلقة بالأثاث والمطبوعة في الكتالوجات ليست ملزمة، وللبائع أن يدخل تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل، بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتبا لأية أو منشأ لأي التزام.[4]

ثانيا: شروط تعسفية من شأنها الحاق الضرر بالمستهلك

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشاة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004،ص 407.

[2]- مرجع نفسه.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 407،408.

[4]- خالد محمد السباتين:" تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك"، سلسلة مشروع تطوير القوانين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 2002.

ويتحقق هذا الضرر أيضا من خلال صورتين من الشروط تعمل أحداهما على تثقيل التزامات المستهلك، وتؤدي الأخرى إلى حرمانه من بعض الحقوق الممنوحة له.

1- أمثلة للشروط التي يؤدي إلى تثقيل التزامات المستهلك

- اشتراط المهني قيام المستهلك بالتعاقد خلال مدة معينة.
- اشتراط المهني قيام المستهلك بالتوقيع على أنه على علم ومعرفة حقيقية بكافة بنود العقد وشروطه، وحالة البضائع، أو طبيعة الخدمات، بالرغم من جهله في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل.
- إلزام المستهلك الذي لم ينفذ التزامه بدفع تعوض مبالغ فيه وغير مقبول.
- الشروط المتعلقة بعبء المخاطر، وماله اشتراط الناقل على الشاحن (المستهلك) أن يتحمل وحده تبعة المخاطر من لحظة الشحن حتى ميناء الوصول. [1]
- الشروط المتعلقة بتحمل المخاطر الناجمة عن نقل المبيع، حيث يحرص المهنيون عادة على أن تتضمن عقودهم شرطا يجعل تبعة أخطار النقل على عاتق المستهلك. [2]

2- أمثلة للشروط التي تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له:

- الشروط المتعلقة بالخاصية المحددة للثمن، قد يضع المهني شرطا في العقد يحتفظ لنفسه برفع بحق تحديد الثمن بإرادته المنفردة، أو ترك هذا التحديد لمنتج السلعة، أو يسمح لنفسه برفع الثمن خلال الفترة الواقعة ما بين إبرام العقد وتسليم السلعة، من ذلك، الشرط الذي يرد في عقود بيع السلع الكهربائية المنزلية وعقود بيع السيارات، ويقضي بأنه إذا لم وجد اتفاق مخالف فإن أسعار البيع يتم تحديدها يوم التسليم، والأسعار قابلة للتعديل وفقا المتغيرات السوق والمؤشرات الرسمية مضافا إليها كل الضرائب والرسوم حتى ما يتقرر منها لاحقا. [3]
- الشرط الذي يقضي بتأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك.
- تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ المحترف. [4]
- الشروط المتعلقة بموعد تسليم المبيع، إذا رجعنا إلى ما جرى عليه العمل في إبرام عقود البيع نجد أن الشروط التعاقدية التي تتكرر في مجال بيع السلع النمطية تتجه إلى وضع تواريخ تقريبية من شأنها استعباد المسؤولية

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 408.

[2]- خالد محمد السباتين، مرجع سابق.

[3] - مرجع نفسه.

[4] - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 408.

عن التأخير في تسليم المبيع، ومن ذلك مثلا الشرط الذي يرد في عقود بيع السيارات وينص على أنه" بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة وإنما هي مهلة إرشادية". [1]

- الشروط المتعلقة بظروف فسخ في أغلب الأحوال يسعه المهني إلى تضمين العقد ما يفرضه سلطة واسعة في فسخ العقد بإرادته المنفردة، بينما يقلص في ذات الوقت من سلطات المستهلك في استخدام هذا الحق.
- الشروط المتعلقة بإجراءات الفصل في النزاع وطرق حله، قد يشترط المهني تنازل المستهلك عن حقه في الرجوع إلى المحاكم العادية. [2]

ثالثا: تحديد الشروط التعسفية بالنسبة للتشريع

إن معظم التشريعات تحدد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر وهي الشروط التي لا ترتب عليها عدم التوازن العقدي، فالمشرع الجزائري حدد مجموعة من الشروط التعسفية من خلال المادة 29 من القانون 04-02 [3]، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 [4] هذه الشروط التي سبق ذكرها في المطلب الأول.

وكذلك المشرع الفرنسي[5]، هذا على عكس المشرع الألماني الذي حدد هذه الشروط ضمن قائمتين على أساس مدى قابلتهما للتقييم وللسلطة التقديرية لقاضي وهما:

أ- القائمة السوداء:

وهي الشروط التي تبطل بقوة القانون دون الاعتراف بأي سلطة تقديرية للقاضي وهذه الشروط الثمانية محددة في المادة 10 [6] بقوله:

- إطالة أجال التسليم أو التنفيذ التزام المحترف.
- أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.

---

[1] – خالد محمد السباتين، مرجع سابق.

[2]– خالد محمد السباتين ، مرجع سابق.

[3]– القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[4]– المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية.

[5]– حدد المشرع الفرنسي البنود التعسفية من خلال قانون الاستهلاك 95-964 لسنة 1995.

[6]– القانون الألماني المتعلق بالقواعد العامة للعقد، الصادر في 1976/12/9.

- حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبررا أو تعديله آخذا في الاعتبار مصالحة دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك.
- الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه.
-
- الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار وجود مصلحة مشروعة. [1]

ب- القائمة الرمادية:

فنصت عليها المادة 11 من نفس القانون وتتعلق بحق المعترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفي ثمنها خلال مدة 4 أشهر.

- استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس.
- حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي.
- الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي.
- الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه أو تحديد من المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأطير. [2]

ولعل أهم هذه الشروط التعسفية، هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان، حيث نصت المادة 11 من القانون السابق على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيعة الجديدة بموجب الشروط العامة، حيث يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا للحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيعة موردة من قبل الغير.

ويجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج، ولكن في جميع الحوال يجب أن يبقى ضمن البائع بصفة احتياطية. [3]

وهكذا يبدو أن هدف المشرع الألماني من هذا التنظيم التشريعي والقضائي، للشروط التعسفية الباطلة، هو إعادة التوازن العقدي بين اطراف العقد، والذي قد يخل به المحترف عند إيراده للشروط العامة.[1]

---

[1]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 76.

[2] - مرجع نفسه، ص 76.

[3] - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ،2006، ص 236.

وفي ظل هذه البنود التي يمكن تسميتها بالبنود السوداء فإن الحق في القوة والعزم والصلابة يعتبر مصدر صعوبة وعموما فإن هذه البنود تضر بحماية المستهلك، وهذا راجع لوجود نظامين قضائين مختلفين، الأول محاط بالقانون أما الثاني مثبت بالنظام هذه التركيبة الخاصة بالنظام لا تسمح بالتدقيق في الحسابات فيما يخص جودة القوانين على النظام، وذلك بالرفض بشكل قانوني أو نظامي، إذن فالبنود مصورة في ملحق ذو قيمة تشريعية للمعاملة، إذا تحولت من سيارة للبرلمانيين إلى تسهيل للنظام الحالي، أي النظام الثنائي للبنود التعسفية.

ولكن هناك أيضا تداول لقيمة حصرية منظمة إذ أن هذه البنود المخالفة أصبحت من الآن فصاعدا محددة بمراسيم حكومية تخدم مصالحها، وفي وجود نوعان من البنود التعسفية، والمتمثلة في البنود السوداء والرمادية، فهناك بطبيعة الحال اختلاف بين هذان النوعان، إلا أن طبيعة الاختلاف لا تكمن في وجهة الناظر المتعلقة بمصدرها وإنما تكمن في خاصية نظامهما المقنع.

فيما يخص البنود الرمادية واختلافها مع النظام السابق فإن المستهلك غير قادر على إقناع القاضي بالخاصية المخالفة لهذه البنود، وإنما يدفع للمختصين للحصول على ما هو ذو خصائص غير مخالفة، وبالتالي يضمن لنفسه الحماية.[2]

المبحث الثاني: مجالات الشروط التعسفية

---

[1] – محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 21.

[2]–Xavier Delpech ," LME/renforcement du méconisme de lulte contre les clouses abusives ",Recueil dolloz,paris,2008

إذا كانت أغلب العقود تتم شفاهة فان العقود المهمة بالنسبة للمستهلك أي التي تستدعي دفع مبالغ مالية معتبرة من طرفه وتهم مستقبله تكون في الغالب وبالأخص في الدول المتطورة في شكل عقود نموذجية محررة من طرف المحترف أو من طرف منظمة ينتمي لها ذلك المحترف.[1]

تشمل هذه العقود جملة من الشروط المحررة مسبقا من طرف المحترف ليوافق عليها المستهلك أو الأصح ينضم إليها وهذا ما نصت عليه المادة سالفة الذكر من المرسوم التنفيذي 306/06المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل بالمرسوم التنفيذي 44/08 وهذه الشروط قد تكون شروط تعسفية في حد ذاتها أو شروط تتضمن تعسفا، أما بخصوص العقود المتعلقة بالبنود التعسفية فحسب المادة 1 فقرة2 من المرسوم التنفيذي 306/06 " العقد : هو كل اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

وهذا يمس جوهر قانون المستهلك وهو إعادة التوازن للعقد معنى ذلك أن العقد الذي يمكن أن يحكمه أحكام القانون المدني ما هو إلا عقد إذعان المحرر مسبقا، إلا إن المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وسعت من أشكال عقود الإذعان ، حيث يمكن أن تكون شكل طلبيه أو فاتورة....

وقبل ذلك نص القانون المدني الجزائري من المواد 110 إلى 112 على الشروط التعسفية ولكنه ربطهما دوما بعقد الإذعان[2] (المطلب الأول)، إلا أنها قد توجد شروط تعسفية خارج مجال عقود الإذعان المتمثل في شروط تعسفية أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقود الإذعان

تعتبر عقود الإذعان محلا رحبا لظهور الشروط التعسفية في العقود التفاوضية، إذ توجد تلك الشروط في العقود المذكورة، ولكن بدرجة تقل كثيرا بالمقارنة بوجودها في عقود الإذعان.[1]

[1]– عصام نجاح، ق اذ ون المستهلك، مرجع سابق.

[2] – مرجع نفسه.

ذلك أنه قبل ظهور حركات حماية المستهلك، فإن الحياة القانونية ظلت خالية من أدوات حماية الطرف الضعيف، بل إن القوانين المدنية حتى في الدول التي كانت تتبنى النهج الاشتراكي البائد ظلت تتصدر موادها، مبادئ وقواعد هي من الفكر الفردي، والتي كانت من نتائجها تكريس عدم المساواة السابقة، ولعل أهم مبدأ أسهم في تعميق عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة هو مبدأ سلطان الإرادة،[2] والذي تلازم في نشأته مع النظام الرأسمالي، بل يمثل هذا المبدأ إحدى دعائمه الأساسية لما يراه أنصاره من أن الإرادة هي أساس القانون وأساس العقد، ومن اعتبار الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون استنادا إلى انه كانت إرادة الفرد حرة فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء العقود وما يترتب عنها من أثار.[3]

وبالتالي فان المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف، وعلى هذا الأخير أن يذعن تحت ظهور الحاجة، ويقبل مكرها ما قام القوي بفرضه بحرية وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط.[4]

فلوحظ ما شاب مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي، ومدى الاختلال الخطير في حرية التعاقد فاثر أن يتلاقى في تلك العيوب، التي كشفت عنها التطورات الاقتصادية الحديثة، وعمد إلى حماية الطرف المذعن حماية فعالة، بأن صاغ نظرية عقود الإذعان[5]، وبالتالي تقتضي دراسة عقود الإذعان بالتطرق إلى مفهومه (الفرع الأول)، وخصائص عقد الإذعان وصوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

---

[1]– حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997،ص 42.

[2]– يعد مبدأ سلطان الإرادة سبب أفول للتعسف في الحرية التعاقدية ما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة مكرس في التشريع المدني الجزائري حيث تنص المادة 106 منه على " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون".

[3]– وفقا للمبدأ القائل:" دعه يعمل دعه يمر= دعه يتعاقد" نقلا عن محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 227.

[4] – مرجع نفسه، ص 228.

[5]– سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، 2008،ص 31.

العقود تتم عادة بطريق المساومة، فيتناقش المتعاقدان فيـها، ويضـع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين"**de gré a gré**"[1]

هذا كأصل عام واستثناءا كنتيجة للتطور الاقتصادي، ظهر ما يعرف بعقود الإذعان وهذا ما يسوقنا لدراسة ظهور عقد الإذعان (أولا) وتعريف عقد الإذعان (ثانيا)، وخصائص عقد الإذعان (ثالثا).

أولا: ظهور عقد الإذعان [2]

لقد ظهر للعيان أن العقد في القانون المدني ظل يتلاءم مع صناعة الوحدة أو المقاس، ومع عقد المساومة أو المفاوضة. أما وأن التطور الاقتصادي الحديث اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم، فانه من الطبيعي أن يحل أسلوب التوزيع الواسع محل المساومة، ومثله مثل المنتوج أصبح العقد ذاته صناعيا وموحدا. بحيث أن نفس النص الذي يكرر نفس الشروط، يستعمل لبيع مئات الآلاف من السلع المتشابهة، مما أدى إلى ميلاد العقود النموذجية أو عقود الجمهور"**contrat type ou contrat de masse**".[3]

ونظرا للإمكانيات الكبرى التي يتمتع بها أحد أطراف التعاقد، نتيجة سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة، فإن ذلك سمح له من أن يجعل من العقود التي يبرمها عقودا غير تفاوضية. وأصبح العقد نموذجيا وموحدا يعده المحترف مسبقا بنفسه، بصفة منفردة، سواء كان منتجا أو موزعا يملي بموجبه إرادته وشروطه المعدة سلفا، على كل مشتري يرغب في التعاقد معه والذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها. والذي لم يبق له سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان للعقد.وهو سيذعن لا محالة، لما للمحترف من احتكار على السلعة أو الخدمة.

فعقد الإذعان كان نتيجة الحد من الحرية التعاقدية بسبب الحرية الاقتصادية.

---

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، طبعة7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007،ص 26.

[2]– يعتبر الفقيه الفرنسي "**saleilles**" أول من قام بتسمية "**Les contrats d'adhésions**" أي عقود الانضمام في كتابه (الإعلان عن الإرادة)، أما التسمية العربية فهي من ابتداع الأستاذ السنهوري حيث يقول " وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان،لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول. وقد صادفت هذه التسمية رواجا في اللغة القانونية من فقه وقضاء وانتقلت إلى التشريع الجديد"، ومنه إلى تشريعات جميع الدول العربية: الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد 1،ص 245، هامش 1، نقلا عن محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 229.

[3] – مرجع نفسه، ص227.

وأصبح العمل واسعا بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر تماشيا مع التطور الاقتصادي، وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة على السلع والخدمات والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها.

ومن الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف وهو الطرف القوي إلى تضمين هذا العقد من الشروط ما يفيده ويخدم مصلحته، والتي قلما تخدم مصالح المستهلكين.[1]

ثانيا: تعريف عقد الإذعان

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، وكذا فإن التشريعات لم تجد تعريفا له [2]، أما بالنسبة للقضاء فكان أمر آخر وسنتطرق إلى هذه التعريف كالتالي:

1- التعريف الفقهي لعقد الإذعان

يجمع الفقهاء على أن" ساليي" هو صاحب أول فكرة للاذعان يرى أن:" عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"[3]

ويلاحظ على هذا التعريف الذي أورده "ساليي" أنه اهتم بالإرادة المنفردة وبطريق انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد.

وقد عرفه "جورج برليون" عقد الإذعان بأنه:" عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد."

وبهذا التعريف لا يكون "برليون" قد خرج عن تعريف صاحب فكرة الإذعان الأستاذ "ساليي" إلا فيما يخص توضيحه بأن المحتوى التعاقدي قد يكون تحديده جزئيا.

وقد عرف الدكتور عبد المنعم فرج الصده عقد الإذعان بأنه:" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يمنحها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها."

---

[1]- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 230.

[2]-محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990،ص 23.

[3]- « Les contrats d'adhésion dans les queles il y a exclusive d'une seule volonté agissant comme unilatérole qui dicte sa loi non plus a un individu mais a une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unieateralment sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi – même »

نقلا عن محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص 23.

ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بشأن عقود الإذعان:" أما عقود الإذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة بل يجب قبول العقد أو تركه جملة."

وهناك أيضا من عرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل(المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب (التاجر ومن في حكمه) ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة الناطق في شأنه أو شأنها.[1]

وبصدد الحديث عن بعض صور القبول يقول الدكتور سليمان مرقس:" مع أن الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها، فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصا معينة إلى إبرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في إبرامه أو عدمه أو في ترتيب آثاره بشكل أو بآخر."[2]

أما الآن فقد أدى التطور الاقتصادي الحديث إلى أوضاع لا يتسع فيها المقام لمثل تلك المناقشات والمفاوضات.

فأصبح المتعاقدين في حالات كثيرة يحددان شروط العقد مقدما على نحو لا يقبل المناقشة، ويعرضها على الجانب الآخر الذي يكون له خيار إما أن يقبلها كما هي بدون مساومة وإما أن ينصرف عن العقد، ولما كان هذا الأخير في غالب الأحوال ، مضطرا إلى التعاقد لاتصاله بمرافق أساسية لا غنى له عنها فإنه في الواقع يذعن لما يضعه الأخر من شروط."

ويرى فقهاء القانون المدني الفرنسي:" أنه لا توجد عقود هي في الحقيقة أعدت مسبقا، وموجهة إلى الجمهور حسب شكل موحد ولا يمكن قبولها إلا جملة مع استحالة مناقشة أي شرط من شروطها."[3]

ويعرف جاك قستيان"**J Ghestin**" عقد الإذعان بأنه:" الانضمام إلى عقد نموذجي حرر بصورة انفرادية من أحد الأطراف، وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله."[4]

لم يضع الأستاذ السنهوري تعريفا خاص بالإذعان بل تعرض له من خلال القبول في عقود الإذعان فيقول" قد يكون القبول مجرد إذعان لما يطلبه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من

---

[1] – السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 27.

[2] – محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص 24.

[3] – محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص 25.

[4]- Jacques Ghestin : traité de droit civil, les obligation, les contrat, ed 1986.
« Le contrat d'adhésion peut aussi ètre défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre adhére sans possibilité réelle de le modifier. »

نقلا عن محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق ، ص 25.

الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان." وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منها بعوامل نفسية.[1]

ويلاحظ على هذه التعاريف الفقهية أنها إما أن تتعرض إلى كون عقود الإذعان مجرد إرادة تملي شروطها على إرادة أخرى لأفراد غير محددين دون أن تذكر محتوى العقد، وإما أن تأتي في صيغة شرح للعقد أكثر من اتجاهها نحو تعريف دقيق للإذعان وذلك إما بالاعتداد بالأسباب الاقتصادية والاجتماعية التي استحدثت في النظرية العامة للعقد في العصر الحديث، وإما بالاتجاه إلى وصف موقف القابل في عقود الإذعان، غير أن أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتداد به هو ما توصل إليه الدكتور عبد المنعم فرج الصده، إذ يصف الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته.[2]

وعقود الإذعان يطلق عليها الفرنسيون عقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة.

ويذكر عبد المنعم فرج الصده أن صاحب تسمية عقد الإذعان هو أستاذنا السنهوري وهي أصح من التسمية [3] الفرنسية التي قال بها الأستاذ "ساليي" (إعلان الإرادة فقرة 89)، والتي معناها الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقود الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة.

وما يفرق عقد الإذعان عن العقود الأخرى، أو ما هو مهم وضروري هو عدم وجود حوار مسبق أو مساومة من أحد أطرافه أو من الغير بل إن تحديد محتوى العقد ومضمونه، كان بإرادة مقصوده، وهذه الإرادة المحددة لأركان العقد لا يعوزها سوى انضمام كي تعطي فعالية قانونية إلى تلك الإرادة المنفردة.

ومن هنا فإننا لا نستطيع إهمال إرادة القابل لكونها تساهم مساهمة فعالة لا في تحديد شروط العقد، وإنما في إعطاء الفعالية القانونية وفي إثبات وصف العقد على هذه الفئة من العقود.[4]

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام– العمل غير المشروع– الإثراء بلا سبب– القانون، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان،ص229.

[2]–محفوظ لعشب بن حامد ، مرجع سابق، ص 26.

[3]– تجدر الإشارة إلى أن التسمية التي اختارها القانون اللبناني في المادة 172 موجبات وعقود الصادر في 9 آذار سنة 1932، حيث سمي عقد الإذعان بعقد للموافقة."

[4]– محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق ، ص 27.

أما تحديد محتوى العقد فيكون من طرف الموجب، وهو يتلاءم مع الأوضاع التي يكون عليها هذا الأخير، وذلك من حيث مركزه في العقد وقت إبرامه، أو في كيفية تنفيذه باعتباره سيتحمل المخاطر التي تنجم عن تطبيقه.

وفي بعض الحالات فإن المنضم إلى هذه العقود، حتى لو افترضنا انه قد أسهم في إعداد تلك الشروط، فإنه يبقى دائما في مركز التابع بالنسبة للموجب، وتلك التبعية التي ينبغي أن تراعى في كل عملية خاصة على حدة، وليس بالنظر إلى القوى المحدودة بمجمل الصفقات.

إن ضعف الطرف المنضم ينتج مبدئيا من ضعف تنبئه وتوقعه وإلمامه بمحتوى العقد، إذ بالنسبة إليه فإن الأمر يتعلق بعملية لم يفكر فيها بصورة [1] خاصة إلا قبل فترة وجيزة من إبرام العقد، فهو يتعاقد خاضعا في واقع الأمر إلى الموجب ولم يساهم في تحرير العقد بأكثر من توقيع يؤدي به إلى أن يلعب دورين:

دورا ايجابيا وهو إعطاء الحياة للعقد ووضعه بالضرورة موضع التنفيذ، وآخر سلبيا إذا راعينا ما يتحمله من التزامات، وما يعود عليه من حقوق وتلك نتيجة منطقية حسب المقدمات التي ذكرناها.

غير أن الوضع يختلف بالنسبة للموجب إذ أنه يتعاقد وهو على بينة بمحتوى العقد فهو من صنع إرادته، وبالتالي فإنه يتنبأ بكل مراحل العقد قبل صياغة شروطه، وتنبؤه هذا يرتبط بمهل التفكير التي يمنحها لنفسه من جهة وبالتجربة التي تمكنه في كل مرة من تعديل الشروط وإعطائها الوجهة الصائبة لخدمة أغراضه ومصالحه وذلك أنه يجري عمليات أو صفقات متعددة ومتكررة وبكيفيات مختلفة ومتفرقة فأصبحت شيئا معتادا في حياته المهنية، والمذعنون ينضمون له بهذه الصفة وهذا هو عقد الإذعان في الفقه.[2]

1- التعريف التشريعي لعقد الإذعان

إن أغلب التشريعات العربية قد تعرضت إلى عقد الإذعان، ولكن دون أن تتعرض إلـى تعريف محدد لهذه الفئة من العقود، بـل أوردت كيفية حصول القبول فيها، فنصت المـادة 70من القانون المدني الجزائري على أنه :" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها."[3]

وهي نفسها نص المادة 100 من القانون المدني المصري[4]، والمادة101 مدني سوري.[1]

---

[1]- مرجع نفسه، ص 27.

[2]- محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق ، ص 28.

[3]- الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78،المؤرخ في 1975/09/30 المعدل والمتمم بقانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

[4]- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري هو أول مشرع يخص عقد الإذعان بنصوص خاصة فقد كانت صياغة المادة 100 من التقنين المدني المصري المذكور أعلاه محل نقاش حاد، فكان حضرات مستشاري محكمة النقض المصرية قد اقترحوا أن تصاغ المادة

حيث تنص المادة 100 من القانون المدني المصري على أن:" القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد تسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها."[2]

كما تناولت المادة 104 من القانون المدني الأردني عقود الإذعان حيث تنص على أن"القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، وقد اتخذ المشرع الفلسطيني ذات الموقف للمشرعين المصري والأردني، حيث جاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 89" يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها."[3]

ويؤخذ على هذه النصوص السابقة أنه لم يراع ما استجد في مفهوم عقد الإذعان، فلم يعد هذا العقد اليوم محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية ، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، وليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توفرها ليعتبر عقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر المستهلك إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها.[4]

وتماشيا مع المفهوم الحديث لعقود الإذعان إعتبر المشرع الجزائري عقود الإذعان في الغالب أنها من عقود الاستهلاك وهذا يتجلى بوضوح في النصوص الخاصة التي أصدرها التي بين من خلالها انه لا يشترط لكي يعتبر العقد من عقود الإذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة بل يكفي أن يكون شروط العقد معدة سلفا.

حيث أن في النصوص الخاصة فقد عرفت المادة 4/3 من القانون 04-02 العقد بأنه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" ومن ثم فإن هذا النص يؤكد فعلا أن كل عقد استهلاكي هو عقد إذعان. [5]

---

100 كما يأتي "عقد الإذعان هو الذي يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها."، وذلك ليكون النص مطبقا لمرجعه وهو المادة 172 لبناني، لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 28.

[1]– مرجع نفسه.

[2] – حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص 42.

[3]– عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق ، ص 118.

[4] – مرجع نفسه، ص 119.

[5] – القانون04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، ع 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004.

نفس عبارات المادة أعلاه، أعاد المشرع تأكيدها بشكل حرفي في الفقرة 2 من المادة الأولى[1] من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ليكون بذلك قد ساير ما اتبع في التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية.[2]

حيث أنه في نطاق تعريف الشرط التعسفي الذي أورده توجيه "الشروط التعسفية" رقم 13/93 الصادر في 5 ابريل 1993 عن البرلمان والمجلس الأوروبي نصت المادة الثالثة منه على أنه:" يعتبر الشرط أنه لم يكن محلا لتفاوض فردي إذا كان تم صياغتها مسبقا وإن المستهلك بناء على ذلك لم يكن له تأثير على محتواه، خاصة في إطار عقد الإذعان."

بمفهوم المخالفة يعني أن عقد الإذعان يتم صياغته عن طريق وضع شروطه بطريقة مسبقة ولا يكون للمستهلك أي تأثير على محتواه كما نصت نفس المادة على استخلاص عقد الإذعان من خلال التقدير الشامل للعقد.[3]

1- التعريف القضائي

عرفت الدائرة التجارية لمحكمة مصر الابتدائية عقود الإذعان بأنها:" التي يملي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البري والبحري وعقود توريده المياه والنور إلى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروط متشابهة وضعت لجميع العملاء".[4]

أما القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح الإذعان في العديد من الأحكام القضائية، وبمناسبة النزاع في قضايا تتعلق بالتعامل بالعقد الدولي، وقد وضح هذا الحكم بأنه سواء في اللوائح الدولية أو الداخلية فإنه يعتد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهي الإرادة الحقيقة دون الاعتداد بالألفاظ الخارجية كما يجب أن يعتد في عقد الإذعان بما

---

[1] – نصت المادة 101 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 06 – 306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية على " ... يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3، الحالة 4 من القانون رقم 04 – 02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ما حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

المشرع الجزائري يؤكد باتخاذه للمفهوم الحديث للإذعان في عقود الاستهلاك لتوفير حماية خاصة للمستهلك.

[2] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 29.

[3] – كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 497.

[4] – نقلا عن محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص 29.

أعد مسبقا من إيجاب كما أن استعمال العبارات وتفسيرها يجب أن يكون وفقا للمصطلح العرفي المتعارف عليه سواء في العقود الداخلية أو الدولية.

وكذا في عقد التأمين حيث تراعى طبيعة العقد الاقتصادية ومدى الخدمات التي يؤديها وتوقع جزاءات على من يخالفها وهكذا يتضح أن القضاء الفرنسي وإن كان قد استعمل مصطلح الإذعان في العديد من الأحكام إلا أنه من الصعوبة يمكن القول بأنه قد أوجد تعريفا جامعا مانعا لعقد الإذعان، ولا شك أن صعوبة تحديد تعريف دقيق إنما مرجعه إلى تعدد أنواع هذه العقود.

وأخيرا يمكن من خلال ما سبق استنتاج التعريف التالي" عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض وجهها سلعة أو خدمة معينة".[1]

ثالثا: خصائص عقد الإذعان

يتميز عقد الإذعان بخاصيتين أساسيتين هما:

أولا: الطابع التنظيمي بطريقة منفردة من جانب الموجب فهذا الشكل من العقود غير شخصي، لأنه يوجه إلى أي شخص، ويوجد في شكل نمطي مفصل ويضم قائمة من الشروط.

ثانيا: تمتع الموجب بقوة اقتصادية تجعله ينفرد بتحرير العقد، ومصدر هذه القوة– عادة– هو الاحتكار القانوني (مثل النقل) بالسكك الحديدية، الاشتراك في مصلحة المياه أو الكهرباء أو الغاز أو الاحتكار الفعلي (عقد التأمين، عقد النقل البري، عقد بيع المنقولات أو السيارات الجديدة).[2]

والراجح في الفقه أن لعقد الإذعان ثلاث خصائص هي:

أ– تعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين .[3]

ولهذا لا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محدودة لا تقبل مساومة فيها من قبيل عقود الإذعان مادامت السلع التي يريد التعاقد عليها لاتعد من الأولويات ولا تنعدم فيها المنافسة أو تقل إلى حد كبير.

---

[1] – مرجع نفسه ، ص30، 31.

[2] – حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص 47.

[3]– عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايته القانونية، دار الكتب القانونية ، مصر، 2007، ص 49.

وعلى نقيض ذلك يعد التعاقد مع شركة المياه تعاقدا بطريق الإذعان لأن المياه تعد من الأولويات التي تنعدم المنافسة بشأنها مما يحمل الأفراد على التسليم بالشروط العامة المقررة التي تصنعها شركة المياه ولا تقبل مناقشة فيها.[1]

ب-احتكار-الموجب- لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها، سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.[2]

حسب هذه الخاصية لا يوجد عقد الإذعان إلا في ظل الاحتكار الذي عرفه أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصده بأنه يلغى قدرة المحتكر على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد لأنه لن يجد أي بديل أخر للمتعاقد المحتكر[3]، وذلك بقوله " إذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذ هو ملزم للاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد، وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع، وإلا كان متعسفا في هذا الرفض وترتب مسؤوليته".[4]

الأمر الذي يجعل المتعاقد المحتكر مهددا بعدم قدرته على الحصول محل التعاقد الذي يتميز في عقود الإذعان بأنه يتعلق بسلع أو خدمات غير خاضعة لأي منافسة أو على الأقل لا تعرف سوى منافسة محدودة النطاق نتيجة الظروف الاقتصادية أو الاتفاق بين أصحاب السلع والخدمات، أما إذا سادت المنافسة الحرة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان حيث سيجد المستهلك دائما من يقدم له شروطا أفضل رغبة في جلب أكبر عدد ممكن من العملاء.[5]

لكن إذا كانت عقود الإذعان تتطلب احتكار وسيطرة اقتصادية من جانب طائفة التجار أو مقدمي السلع والخدمات للمستهلكين، حتى يمكن وصفها أو تكييفها قانونا بهذا الوصف، إلا أن المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق، لأن الاحتكار قد لا يكون واضحا كما أنه قد يكون فعليا ويصعب بالتالي التعرف عليه أو تحديده قانونا، كما إن الواقع العملي قد أفرز صورا عديدة من العلاقات التعاقدية التي يخضع فيها أحد المتعاقدين للآخر

---

[1]- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997،ص 55.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2006،ص 46.

[3]- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص 139.

[4]- إبراهيم عبد العزيز داود،مرجع سابق، ص 49.

[5]- إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 49.

دون وجود هذا المعيار الاقتصادي المتمثل في احتكار[1] أحد الطرفين لمحل العقد، فعدم التوازن بين المتعاقدين وما يترتب عليه من عدم تكافؤ بين الالتزامات التعاقدية يظهر في أنواع أخرى من العقود.[2]

ج- صدور الإيجاب إلى كافة الناس، وبشروط واحدة على نحو مستمر أي لمدة غير محددة وغالبا ما تكون في صورة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيه، وأكثرها لمصلحة الموجب- البائع- أو المنتج مثلا- فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر- المشتملة- وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يصعب فهمها من أوساط الناس.[3]

الأصل أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر في صورة قاطعة ويشمل على تفاصيل العقد الجوهرية الثانوية ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيها وبذلك لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان للموجب، وأن الإيجاب لا يلزم من صدر عنه لا في الحدود التي يفصح فيها هذا الإيجاب عن رغبته في أن يلتزم ولكن في بعض الأحيان يصدر الإيجاب ويكون متضمنا أو مصحوبا بشروط أو تحفظات نلاحظ أن مساس حاجة المذعن لمحل العقد لا تجعل من واقعة علمه أو عدم علمه بالشروط ذات أثر في انصراف إرادته إلى التعاقد فهو يقدم على التعاقد في ضوء إيجاب يصدره الطرف القوي ولا يقوى على مناقشة شروط التعاقد التي حددها الموجب، وليس له بديل عن التعاقد لأن الإذعان يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط المفروضة، وعليه فيستوي بالنسبة للطرف المذعن الشروط التي علم بها لأن العلم بالشيء وعدم الاعتراض عليه صراحة يعني الرضاء به ضمنا، أو تلك التي يعلم بها. وإن من شأن ذلك هدم توازن العقد.[4]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وصوره

---

[1]- للاحتكار علاقة تناسبية طردية مع النظام السياسي الذي يتبعه البلد، ففي البلدان الرأس مالية وان بدا أن استغلال المنشأة قائم على نظام المنافسة الحرة، وموزع على الشركات قد تكون خاصة أو عامة إلا أننا نصادف الاحتكار الفعلي والقانوني، أما في البلدان الاشتراكية احتكار معظم المرافق الحيوية في يد الدولة.

[2]- ابراهيم عبد العزيز، مرجع سابق، ص 50.

[3]- عبد الفتاح بيومي الحجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 34.

[4] - خولة محمد كاظم:" الإيجاب في عقد الإذعان"، مجلة المحقق العلمي للعلوم القانوني والسياسية، العدد الأول، ص 377.

In http:// mouhakiq .com/papers/lawj-paper-2014-71512381.PDF.

لما ظهر عقد الإذعان، ظهرت معه الحاجة لتحديد طبيعة ما عرف آنذاك بعقود الإذعان أو الانضمام لدى فقهاء فرنسا، من أجل إخضاعها لنظام معين ووضعها في إطارها المناسب من الناحية القانونية.[1] وهذا ما يؤدي بنا إلى ضرورة دراسة الطبيعة القانونية لعقد الإذعان (الفرع الأول)، وصور عقود الإذعان (الفرع الثاني).

أولا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين، فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود وفريق آخر وسط بين الرأيين السابقين سنتناول هاته الآراء

1- **الفريق الأول** : ينكر أنصار هذا الفريق على عقد الإذعان وصف العقد، فيرى فيه مركزا قانونيا منظما "Institution" تنشئة إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها، فهو يجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة، وأن يطبق تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، أما الإذعان فليس من شأنه أن يغير من طبيعة هذا المركز، لأنه لا يخلق الالتزام ، وإنما يجعله منتجا فحسب.[2]

وأنصار هذا الرأي على رأسهم الأستاذ "سالي"، ويتبعه في ذلك فريق من الفقهاء أغلبهم متخصص في القانون العام، أمثال ديجي وهوريو، وحججهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوفر فيه الإرادة التعاقدية وهي الإرادة المشتركة، ولا توجد فيه المساواة التي تفترضها فكرة العقد، والنقاش فيه معدوم، وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة، كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية أثاره القانونية.

هذا إلى أن الاعتراف للقوى الخاصة التي تقوم بدور الموجب في عقد الإذعان بالسلطة اللائحية ما يبرره، لأنه يمكن عقد الإذعان بالسلطة اللائحية ما يبرره، لأنه يمكن لها من التصرف بحرية وبلا تردد، فيساعدها بذلك أن تؤدي خدمات جليلة للاقتصاد القومي.[3]

2- **الفريق الثاني:** يرى هذا الفريق أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الأخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.[4]

---

[1] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 31.

[2] – عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق،ص 140.

[3] – عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 141.

[4] – عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 232.

وأنصار هذا الرأي هم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا وجميعهم في مصر، وهؤلاء يفندون مزاعم الرأي الآخر فيقولون أن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان، لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد انضماما إرادة القابل إليها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد. والمساواة القانونية هي المطلوبة في العقد، أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة، لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور آخر الأخرى، ولا يشترط قانونا لاتفاق الإرادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين.[1]

وكل ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي، وجميع العقود مقيدة قليلا أو كثيرا بضرورات النظام الاقتصادي والسلطة اللائحية التي يراد إعطاؤها للموجب سلطة خطرة، لأنها تؤدي إلى الإضرار بصالح الطرف المذعن ويضيفون إلى هذا التنفيذ نقدا للفكرة المعارضة، فيرون أن هذه الفكرة ينقصها معيار دقيق للتفرقة بين عقود الإذعان وغيرها من العقود، الأمر الذي يجعل من الخطر تطبيق فقه هذه الفكرة، لأنه يؤدي بالمحاكم إلى عدم الدقة والتردد.[2]

والواقع أن الطريقة التي يتم بها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدي، ذلك التطور الذي رأينا أنه جاء لتطور في الحياة الاقتصادية الحديثة.

ولهذا فإن هذه الطريقة لم تقتصر على عقد الإذعان بل نجدها في عقود أخرى كثيرة تتم بمجرد انضمام من القابل لا نقاش فيه، كما هي الحال في المشتريات بأسعار محددة من المحال الكبرى، والإكراه الاقتصادي أي حالة الضرورة التي تحمل المذعن على التعاقد، لا يعتبر ضعف غير مشروع، ولا أثر له في صحة التراضي.

إلا أنه مع ذلك تنطوي عقود الإذعان على أخطار محتملة، إذن يخشى أن يستفيد الموجب من تفوقه فيدخل في العقد شروطا تكون في صالحه وجائزة بالنسبة إلى الطرف المذعن، ومن ثم يكون من الضروري حماية هذا الأخير.[3]

وعليه فإن علاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل أن العلاج الناجع هو تقوية للجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي.

---

[1] – عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 141

[2] – مرجع نفسه، ص 141

[3] – عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق ص 142.

ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا: الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية عليه فيتدخل المشرع –لا القاضي– لينظم عقود الإذعان.[1]

الفريق الثالث: وهو المذهب الوسط ما بين الرأيين السابقين تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر تعاقدي أو غير تعاقدي، فمنها ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وإن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك ديموج .

ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية فيعتبر عقد الإذعان خليطا من جزئين أحدهما تعاقدي والآخر لائحي وهو رأي الأستاذ جونو.

وقد اتبع رأي جونو الفقيه لويس لوكا، ومنها ما يقرب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية وهو الأستاذ ديرو.[2]

ثانيا: صور عقد الإذعان

عقود الإذعان بمفهومها الواسع لا تقتصر على العقود المكتوبة فقط، وإنما يلحق وصف الإذعان حتى العقود التي تتم شفاهة.

ولكن نظرا لأهمية المعاملات التي يقع عليها من حيث الحجم ومن حيث المدة، فإنه غالبا ما يتخذ الإذعان صورة عقد مكتوب يعده المحترف سلفا ويعرضه على زبائنه أو عقده هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها.

ويتضمن العقد المذكور شروطا عامة ترد في قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمنا، كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك.

وقد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور، كما هو الحال في ما تضعه شركات التأمين بين يدي الزبائن من نشرات وكتيبات أو مطبوعات تتضمن الشروط العامة للتعاقد، وقد ترد هذه الشروط في وصل التسليم، أو فاتورة، أو وصل الضمان، أو التذكرة ... إلخ. [3]

---

[1] – عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 232

[2] – محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص 53.

[3] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 231.

ومن أفضل الأمثلة عن عقود الإذعان هي: عقد العمل في الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين بمختلف أنواعه، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وشركات السيارات العامة، وشركات البواخر، وشركات الطيران، وعقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والتليفون، والتعاقد مع مصلحة البريد والتلغراف، ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، ولا مفر للطرف الآخر من القبول، لأنه يتعاقد مع محتكر للسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التي لا غنى عنها. [1]

فمن خلال هذا الكلام يتوجب علينا شرح المقصود بالعقود النموذجية والتطرق إلى عقود التجارة الإلكترونية ثم عرض نماذج عن عقود الإذعان في كل مجال ما أمكن منها.

1- العقود النموذجية

ينبغي عدم الخلط بين العقود النموذجية وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة أن يكون من عقود الإذعان، إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان، لا سيما في المعاملات الالكترونية عبر الانترنت.[2]

ويعرف العقد النموذجي بأنه عبارة عن مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد، كما عرفت العقود النمطية أو النموذجية بأنها:" عقود تنطوي على حقيقة التعاقد ، وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته، أو أقرته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المزودة والوطنية، كما وعرف العقد النموذجي بأنه صيغة قائمة بذاتها حيث يستطيع الطرفان الاعتماد عليها بشكل كامل دون حاجة إلى صيغة كتابة أخرى بما يلاءم مقتضيات التعامل بينها، وما عليها سوى إدراج أسمائهم وملء البيانات الأخرى، كالثمن والكمية وميعاد التسليم.[3]

وقد اعتبر البعض أن العقود النموذجية من قبيل عقود الإذعان، فبالرغم من أن العقد النموذجي هو الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان نظرا لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لانضمام المتعاقد

---

[1] – السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 28.

[2] – عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص 128.

[3] – مرجع نفسه، ص 128، 129.

المذعن، إلا أن هذه العقود تكاد تطيح بحرية الطرف الذي ينضم إليها في التعبير عن إرادته أو في التفاوض، فالمعروف أن هذه العقود لا تنتشر ولا توزع على الطرف المطلوب منه الانضمام إليها بل يفاجأ بها في اللحظة التي يبرم فيه العقد بما لا يتيح له فرصة للاطلاع عليها والتعرف على شروطها.

فالعقد النموذجي هو عقد موجه للجمهور، أي لعدد غير محدد من الأشخاص وليس لشخص محدد بذاته، فهو يهدف إلى توفير الوقت والنفقات، كما أنه يمكن أن يتكون من أكثر من نموذج، وهذا ما أضفى عليه سمة الاختيارية، وبالتالي يمكن أن يتم هناك نوع من التفاوض حول نماذج هذا العقد واختيار أفضلها والتفاوض على بعض بنودها، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار العقد النموذجي عقد إذعان في حالة انتفاء صفة التفاوض، وعدم قدرة المستهلك على اختيار نموذج من النماذج المتعلقة بالعقد.[1]

وفي هذا السياق يوجد ما يعرف بالشرط النموذجي وهو تسليما للعقد النموذجي، حيث يمكن أن يعد هذا الشرط سالفا كالعقد النموذجي، وبالتالي هو صيغة تعد مسبقا من قبل طرف له قدرة نافذة على المتعاقد، فالطرف الأخر يقبل الإيجاب كما ورد من الطرف القوي دون أن يفاوض أو يناقش في هذا الشرط النموذجي، كما أن الشرط النموذجي شرط أساسي في العقد لا يمكن تعديله، أي يمكن أن تكون هناك صيغ أخرى للعقد النموذجي، إلا أن الشرط النموذجي يبقى ثابتا، كما أن هذا الشرط الذي يعتبر جزءا من العقد يمكن أن يوجه إلى عدد غير محدد من الأشخاص، وليس الشخص محدد بذاته.[2]

وعليه فإن الشرط النموذجي هو عقد يوجه للعامة، أي لعدد غير محدد من الأفراد، بحيث يعد مسبقا من أحد أطرافه، الذي يتعين أن يتمتع بمقدرة نافذة على التعاقد، وأن يقبل الطرف الآخر العقد كما ورد من الطرف القوي، ولا يحق للطرف الضعيف المفاوضة حول بنوده، فإما أن يقبل أو يدع، فالشرط النموذجي يتفق مع عقود الإذعان في أن الطرف القوي (المزود) يملي إرادته على الطرف الضعيف (المستهلك)، بحيث لا يملك الأخير أن يعدل في هذا الشرط المعد مسبقا، حيث قد يكون هذا الشرط مجحفا في حق المستهلك الذي لا يملك أن يفاوض، أو يعدل في هذا الشرط.[3]

أما تمييز الشرط النموذجي عن عقد الإذعان فهو أن الشرط النموذجي يعد مسبقا من قبل منظمة مزودة أو شركة ليتم الاستفادة منه مستقبلا في التعاقد، حيث يكون جزءا أساسيا في التعاقد لا يملك المستهلك تعديله، أما عقد الإذعان فهو ليس بالضرورة أن يعد مسبقا، وكذلك أن يتم إنشاؤه من قبل منظمة أو هيئة بل يمكن أن يكون هذا

---

[1] –عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص 130.

[2] – مرجع نفسه، ص 131.

[3] – مرجع نفسه ، ص 132.

المزود شخصا عاديا، إلا أن هذا الشرط ليس ضروريا، حيث يمكن لهذا الشخص العادي (المزود) أن يعد شروطا نموذجية مسبقا، كما أن العقد الذي ترد فيه شروط نموذجية يوجه إلى شخص معين بذاته، كذلك فإن الشرط النموذجي لا يعتبر عقدا حقيقيا قائما بذاته، بل هو شرط وارد في العقد المراد إبرامه يعطي في مضمونه جميع المسائل المتعلقة به، أو يقتصر على البعض منها، في حين يعتبر عقد الإذعان عقدا حقيقيا يتعلق بتوافق إرادتي الطرفين، حيث يهيمن الطرف الأقوى اقتصاديا على شرط العقد دون أن تكون فرصة للطرف أن يعدل شرطا من شروطه.[1]

2- عقود التجارة الإلكترونية

العقد الإلكتروني مفهوم جديد في مجال نظرية العقود، يتميز باعتماد الطرق الإلكترونية في التفاوض والإبرام والتنفيذ فيما بين متعاملين لا يجمع بينهما مكان واحد، يخضع من جهة إلى القواعد العامة للعقود ويتميز بقواعد خاصة من جهة أخرى، ونتيجة لخصوصية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إبرام العقد الإلكتروني في مجال التجارة، فقد كان يعتبر من قبيل عقود الإذعان. [2]

العقد الإلكتروني مجاله التجارة الالكترونية وهي كافة الأنشطة التجارية للمنتجات والخدمات التي تتم باستخدام تكنولوجيا المعلومات وعبر شركة اتصال دولية، وباستخدام التبادل الالكتروني للبيانات لتنفيذ العمليات التجارية، سواء تمت بين الأفراد والهيئات أو تمت على المستوى المحلي أو الدولي.[3]

وكأثر للواقع الإلكتروني لا يتمكن المستهلك من مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية بحيث يكون في مركز متساو مع المهني (المحترف)، الذي ينفرد بتحديد شروط العقد استنادا إلى تفوق مركزه الاقتصادي والمعلوماتي بدرجات تنبئ عن تفاوت ملموس و شاسع بينه وبين هذا المستهلك.

ومن ثم فإن الإيجاب الصادر بخصوص عقد التجارة الإلكترونية يتضمن شروط العقد ككل ولا يخول المستهلك إلا القبول المذعن إذا ما أراد أن يتمم العقد.

---

[1] – عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق ، ص 133.

[2] – عبد العزيز زرادزي:" الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، جوان 2014، ص 262.

[3]– أحمد رباحي،" الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية، العدد 10، جوان 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ص 98.

in http:// www.univ-chlef-dz/ratsh/RATSH-AR/

والقول بأن عقود التجارة الإلكترونية عقد إذعان" **contrat d'adhésion**" يستند إلى حقائق موضوعية، وهي أن المهني (الموجب) في مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي، وأن العقد يتعلق بسلع أو خدمات لا غنى عنها المستهلك الذي يسعى لتلبية حاجاته الشخصية، أو حاجات أسرته فهي ضروريات ليس له العزوف عنها، فضلا عن أن الإيجاب الإلكتروني يعد عاما ودائما بحيث يبث إلى جمهور غير محدد، من المستهلكين ولوقت غير محدد وتتم صياغته مضمونة بما تحتويه من بنود في قالب

نموذجي تتم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل فنية دقيقة كعنوان للعلاقات العقدية الحديثة التي تفتقر إلى الوضوح، وإن كانت فلا يتسير فهمها بالنسبة للمستهلك العادي حيث أن المستهلك يذعن للإيجاب الإلكتروني بما يتضمنه من شروط مطبوعة لا يملك احتمالية تعديلها ما يوجد اختلالا عقديا"**un déséquilibre**" بين طرفي العقد، فإن المادة(1- L132) من تقنين الاستهلاك قد اعتبرت من قبيل التعسف الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلال عقديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك، وبما يحقق مصلحة المهني، وقد أوضحت المادة المذكورة أن هذا النص يعد محلا لتطبيق بصرف النظر عن شكل العقد أو الوسيط التي يتم من خلاله مما يعني انطباقه على العقد الإلكتروني[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه لم يعتبر عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان[2]

3- الإذعان في عقود التأمين

من خلال المفاهيم التي سبق وإن تعرضنا إليها بخصوص الإذعان فإنه من البديهي اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان بالنسبة للمستأمن [3]، فهو الطرف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يمليها المؤمن وترد مطبوعة بالوثيقة، ومعروضة على الناس كافة، فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول، إلا أن المستأمن ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما له قبول الشروط النمطية التي يمليها المؤمن أو رفضها.[4] ويترتب على اعتبار التأمين من عقود الإذعان توفير حماية واسعة للمستهلك المستأمن من تعسف المؤمن.

---

[1]- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 190- 199.

[2]- أنظر كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 507 -511.

[3]- إعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان دليل على الأخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان والقائم على معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده والذي أخذ به المشرع الجزائري.

[4]- محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 149.

4- عقد العمل

ينقسم عقد العمل إلى قسمين: عقد عمل فردي، وعقد عمل جماعي، فعقد العمل الفردي يمكن أن يوصف بأنه من عقود الإذعان[1]، قد أفرزت محاولات فقهية وتشريعية عدة تعريفات لعقد العمل

أ- **بالنسبة للمحاولات الفقهية :**

نجد هناك من عرف عقد العمل بأنه :" اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف، بإنجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح طرف آخر وتحت إشرافه مقابل عوض"، بينما يعرفه البعض الآخر بأنه:" اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بوضع نشاطه في خدمة شخص آخر وتحت إشرافه، مقابل أجر.

ب-بالنسبة للمحاولات التشريعية:

فمن المعروف أنه ليس من مهمة التشريعات وضع تعاريف للمواضيع التي نتناولها لكون المشرع عندما يقنن أو ينظم موضوعا ما، كثيرا ما تتحكم فيه بعض الظروف والمعطيات التي قد تتغير بعد ذلك[2] .

فيمكن تعريف عقد العمل في التشريع الجزائري من خلال نص المادة 8 " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة، على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفقا لما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات وأو الاتفاقيات الجماعية وعقد العمل".[3]

حيث أنه من المعتاد لدى الشركات أن تعد عقدا نمطيا إلى جميع العاملين فيها التوقيع عليه ولا يكون لطالب العمل فرصة المناقشة لما يرد فيه من شروط وأحكام[4] وعليه فمن خصائص عقد العمل أنه عقد إذعان.

ومن خصائص عقد العمل أنه عقد إذعان ذلك أن شروطه ومحتواه سابق لمرحلة تبادل التراضي، وهذه الشروط موضوعة من قبل المستخدم وما على العامل إلا أن يقبل بها بسبب وضعه الاقتصادي.[5]

5- الإذعان في عقد النقل

عقد النقل هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص في مقابل أجر بأن ينقل بنفسه شخصا أو بضاعة من مكان لآخر.

---

[1]- http//:www.kantakji.com/media/5740/9007.doc

[2]- http//:www.fac-droit-alger.dz/droit/pdf_ 2014/hamia/el _wajiz.pdf

[3]- المادة 8 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 أفريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، معدل ومتمم بقانون رقم 21-29 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق لـ 21 ديسمبر سنة 1991، جريد رسمية عدد 68، لسنة 1991.

[4]- www.kantakji.com/media/5764/34701.htm.

[5]- http://www.startimes.com/?t=16456978,20/02/2016,21/h16.

ويتضح 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 قد تكون البضائع مرسلة لنفس المرسل كما لو أرسل محل تجاري بضائع إلى أحد فروعه، وقد تكون مرسلة لشخص آخر هو المرسل إليه، وللمرسل إليه حق خاص مباشر للمطالبة بالبضاعة عند الوصول .[1]

فمن تطبيقات عقد الإذعان في النظام الإذعان في عقد النقل وهي على ثلاثة أنواع:

أ- النقل البري:

فإذا كان النقل عن طريق السيارات الخاصة فالذي يظهر أن هذه الخدمة لا تعد من عقود الإذعان نظرا للمنافسة المفتوحة أمام الجميع، أما إذ كان النقل عن طريق الحافلات فالدول تختلف في اعتماد مواطنيها على النقل بالحافلات وإذا كانت خدمة النقل الجماعي ضرورية أو حاجية فإن عقد النقل هنا يعد عقد إذعان وإلا فلا.

أما خدمة النقل عن طريق القطارات فالأمر فيها أيضا يختلف من دولة إلى أخرى فإذا كانت ضرورية أو حاجية فالعقد هنا عقد إذعان وإلا فلا.[2]

ب-خدمة النقل الجوي:

خدمة النقل الجوي تختلف من دولة إلى أخرى فالبلد الذي يحتكر فيه خدمة النقل ما بين المدن التعاقد معها عقد إذعان.[3]

ج- النقل البحري:

اختلف شراح النظام في عقد النقل البحري هل يعود من عقود الإذعان؟ على قولين حيث ذهب أكثر علماء القانون إلى أن عقد النقل البحري يعد عقد الإذعان، بينما يذهب فريق آخر إلى أنه لا يعد عقد الإذعان إلا أن الدول تختلف فمتى كانت المنافسة ظاهرة مفتوحة أمام الجميع فلا يمكن أن يوصف العقد بأنه عقد الإذعان وإذا كانت المنافسة معدومة أو محدودة فإن العقد يكون عقد إذعان.

6- الإذعان في العقود التي تجريها البنوك:

---

[1] – مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 73.

[2]- http://www.kantakji.com/media/5740/9007.doc

[3]- http://www. kantakji.com/media/5740/9007.doc

تتبع البنوك من حيث الموضوع أسلوبا واضحا في النماذج المصرفية كالعقود وغيرها من حيث الشكل والموضوع بحيث تكون العلاقة واضحة بين أطراف التعامل بعيدة عن اللبس والغموض وتصاغ بطريقة يسهل تفسير شروطها وتوضح ما يصبو إليه أطرافها في تعاملهم بطريقة قانونية مبنية على النظم التجارية والأعراف أما من حيث الشكل فلها شكل خاص تتبعه كافة المصارف ذات آثار خاصة كالتعامل بالأوراق التجارية وغيرها تعتمد كافة البنوك في كافة نماذجها على أسلوب موحد قد يصفها البعض بأنها عقود إذعان رغم توضيحها لحقوق وواجبات كل من البنك وعملائه .

العمليات المصرفية تقوم دائما على الاعتبار الشخصي أي على ثقة أطرافها(أو هذا هو المفروض) وهذا يسهل العمليات، فالبنك ينظر إلى أخلاق عملية ومركزه المالي ليطمئن في تعامله معه كما أن الاعتبار الشخصي الذي ينتظره العميل من البنك هو نوع العمل والخدمة وحسن المعاملة والسرعة التي تختلف من بنك إلى آخر[1]، وأفضل مثال على ذلك هو القرض المصرفي وهو أقدم وأبسط صور اعتماد مصرفي وفيه تسلم النقود مباشرة إلى العميل أو تقيد في الجانب الدائن لحسابه، والعقد هو عقد قرض عادي يشتمل بيان الفوائد والعمولة وميعاد الرد، ويخضع لأحكام القواعد العامة، وقد يكون مضمون يمنح للعميل بمراعاة أمانته ويساره.

والغالب أن يكون المقترض في هذه الصورة البسيطة من القرض من غير التجار، أما القروض للتجار فتتم عادة عن طريق فتح اعتماد في الحساب الجاري.[2]

وقد يمنح البنك أحيانا بعض التيسيرات لعميله دون أن يكون بينهما اتفاق على فتح اعتماد، فيتسامح في أن يكون حساب العميل مدينا أي مكشوفا في حدود معينة ولمدة معينة، على أن البنك يظل حرا في إنهاء هذا التسامح متى كانت الظروف لا تبعث على الثقة في يسار العميل، ولا يكون البنك مسئولا إلا إذا كان الإنهاء مشوبا بالغش وسوء النية.[3]

فالطلب على القرض المصرفي يتوق على الحالة الاقتصادية المحيطة بكل من البنك والعميل إذن تتوقف القروض المصرفية على هيكل الودائع المصرفية والطلب المشتق على السلع والخدمات التي يبيعها العميل للمقترض فالكساد والركود والانتعاش والنمو تؤثر على دورة حياة القروض المصرفية الجيدة المتغيرة المشكوك فيها.[4]

---

[1]– شعبان فرج، العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، دروس موجهة لطلبة الماستر، جامعة البويرة، 2014/2013، ص 31، 32.

[2]– مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 157.

[3]– مصطفى كمال طه، مرجع سابق،ص 157.

[4]– شعبان فرج، مرجع سابق، ص 36.

تحمل عقود الائتمان عموما مزايا للمستهلك تتمثل في حصوله على قروض من مؤسسات تختص بذلك، حيث ينفرد المقرض بصياغة عقد القرض على نحو يضعف من مركز المقترض[1]، وتأسيسا على الأسلوب الموحد لكافة النماذج دون المفاوضة في بنودها [2]، هذا تعتبر العقود التي تجريها البنوك في الغالب هي عقود إذعان.

7- الإذعان في العقود الدولية

يعبر العقد عموما عن توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، يتمثل في التزام شخصا أو أكثر مواجهة شخص آخر أو أكثر، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، مقابل تعويض مادي أو عيني.

ينطبق هذا التعريف أيضا على العقود الدولية التي تتميز بخصوصية عدم التكافؤ القانوني بين أطراف العقد وفي إمكاناتهم الفعلية،[3] ما يؤدي حتما إلى التعسف في حق المستهلك ما يحقق الاحتكار والتحديد المسبق لبنود العقد لبنود العقد بناءا على مصالح الطرف الأقوى وقبول الطرف الضعيف بهذا الإذعان لحاجته الاقتصادية الملحة ما يؤدي بنا القول أن العقود الدولية عقود إذعان.

8- الإذعان في عقد الفرانشيز

حق الامتياز بالانجليزية "**Franchising**" تشتهر بمسمى فرنشايز وتعني عقد حق الامتياز يعرف بأنه عقد بين طرفين مستقلين قانونيا واقتصاديا يقوم بمقتضاه أحد طرفيه والذي يطلق عليه مانح الامتياز بالانجليزية "**Franchisor**" بمنح الطرف الآخر والذي يطلق عليه ممنوح الامتياز بالانجليزية "**Franchisee**" الموافقة على استخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية والصناعية أو المعرفة الفنية لإنتاج سلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز ووفقا لتعليماته وتحت إشرافه حصريا في منطقة جغرافية محددة و لفترة زمنية محددة مع التزامه بتقديم المساعدة الفنية وذلك بمقابل مادي أو لحصول على مزايا أو مصالح اقتصادية.[4]

---

[1]- عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002،ص 155، 156.

[2]- شعبان فرج، مرجع سابق، ص 32.

[3]- http:// arab-ency.com/ar/ البحوث/ العقود – الدولية ,20/02/2016,21h58.

[4]- http://ar.wikipedia.org/wiki/حق_ الامتياز

وهو ما جعل تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز بالنظر لمحله، يتنوع لدى الفقه، بين وصفه كعقد معرفة فنية، عقد مساعدة فنية، وعقد توريد. [1]

وعليه فإذا حاولنا تطبيق الخصائص الذي امتاز بها عقد الإذعان على عقد الفرانشيز نلاحظ ما يلي :

- يتمتع الطرف الأقوى وهو المانح في عقد الفرانشيز، باحتكار قانوني أو فعلي يعطيه سيطرة مستمرة على الطرف الآخر. و من ثم يستطيع أن يملي ما يشاء من الشروط مستندا إلى احتكاره، في حين الممنوح لا يستطيع أن يجد البديل، إذ يتميز مجال المعرفة الفنية بالطبيعة الاحتكارية، حيث تعتبر المعرفة الفنية ركيزة جوهرية في العقد.
- أنه استنادا إلى معيار أن يتعلق العقد بسلع أساسية وضرورية، فإن المعرفة الفنية الخاصة بالمانح تكون ضرورية للممنوح بحيث لا يمكنه الاستغناء عنها كضرورة اقتصادية لنجاحه.
- يجب أن يصدر إيجاب عام ونموذجي، بحيث لا يستطيع القابل أن يعدل في شروطه، وهذا عين ما تمتنع عنه إرادة الممنوح لضعف مركزه الاقتصادي بالنظر إلى احتكار المانح.

- وإن كانت الشروط الثلاثة السابقة قد توافرت في عقد الفرانشيز، ومن تم أمكن وصفه بعقد إذعان.[2]

المطلب الثاني: شروط تعسفية أخرى

الشروط المتضمنة تعسفا هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق، بالتمسك بحرفيتها، وعدم مراعاة روحها، أما الشروط التعسفية بذاتها فهي الشروط التي يظهر التعسف فيها منذ إدراجها في العقد، حيث تنبئ ذات ألفاظها بأنها تحمل معنى الظلم.[3]

وكل هذه الشروط قد تعتبر تعسفا وبالتالي فهي مجالا للشروط التعسفية البعض منها يتعلق بعدم تنفيذ العقد والمنازعة فيه (الفرع الأول)، وأخرى تتضمن تعسفا بذاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: البنود التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ العقد والمنازعة فيه

---

[1]– حيث أجاز المشرع الجزائري الترخيص باستعمال العلامة التجارية، المادة 16 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يونيو 2003، المتعلق بالعلامات، ج ر، عدد 44، صادر بتاريخ 23 يونيو 2003.

[2]– ساسية عروسي، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة ماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2015، ص 21.

[3]– سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 82.

تتضمن الشريعة العامة أحكاما تمنع أو تنظم بعضا من الشروط وهذه الأحكام تحد أو تضعف الشروط التعسفية ليس لكونها تعسفية بل لمخالفتها قاعدة موضوعية ومع ذلك فهي مهمة، وهذا ما يبرر التعرض لهذه الأحكام من الشريعة العامة ولكن سنقتصر على الإشارة إلى الأساسية منها:

أولا: شرط أو بند التسوية

يقصد به اتفاق أطراف لرفع النزاع في حالة وقوعه أمام حكم أو عدة أحكام، ففي فرنسا مثل هذا البند محضور بموجب المادة 2001 قانون مدني فرنسي إلا أن تعلق الأمر بالعقود التجارية المحضة واستبعد لأنه يمكن أن يكون فيه تعسف في حق طرف الوساطة والصلح تحت إشراف القضاء لكن لا توضع كبند، وفي الجزائر التحكيم مسموح به في العقود المدنية. [1]

وحتى بعد التعديل الذي مس المادة سالفة الذكر بقي الحظر قائما حيث لم يسمح بهذه البنود إلا في عقود مبرمة لأغراض أو نشاطات احترافية، وتأكيدا على ذلك نفس المادة R132-2 من تقنين الاستهلاك الفرنسي" تحذف أو تعرقل استعمال دعاوى قضائية أو طرق طعن مسموح بها للمستهلك وبالأخص إجبار المستهلك على إخطار حصريا هيئة تحكيم ليست مشمولة بأحكام شرعية أو اللجوء حصريا إلى طريقة بديلة لتسوية النزاع".

اعتبر قانون المستهلك بنود التسوية التي فيها طريق بديل للقضاء هو بند تعسفي.

نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية "... النص في حالة خلاف مع المستهلك تخلى هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده".

المادة تحدد البنود التعسفية وهذا غير كاف بالمقارنة مع النص الفرنسي، وقد يرجع الأمر لكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولاسيما المادة 1006 منه تجيز للأشخاص الطبيعية حتى وإن كانت مدنية اللجوء إلى التحكيم وذلك بشروط.

وأثار بعض القانونيين الفرنسيين ذكر هذا الشرط في تقنين الاستهلاك على أساس أن التقنين المدني كفل ذلك.[2]

ثانيا: البنود المسندة للاختصاص

يمكن أن يتضمن العقد شرط يسند بموجبه الاختصاص الإقليمي لمحكمة معينة دون غيرها حيث قد يجبر المستهلك على التنقل لمحكمة بعيدة لأجل نزاع أو قيمة قليلة، وهذا ما قد يدفعه لترك المتابعة القضائية ما يمثل إعفاء المحترف.

---

[1]– عصام نجاح، قانون المستهلك ،مرجع سابق.

[2] – عصام نجاح، قانون المستهلك، مرجع سابق.

ولهذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي الجديد حيث أعطى فرصة للمدعي عليه أثناء المطالبة القضائية أمام محكمة التنفيذ أو محكمة التسليم.

لهذا نصت المادة 46 بأنه يمكن للمدعي أن يرفع دعواه في المسائل التعاقدية أمام المحكمة التي تم في مجال اختصاصها التسليم الفعلي للشيء أو مكان تنفيذ تقديم الخدمة وبموجب القانون 2009/05/12 الفرنسي وضع حلولا أخرى للمستهلك المادة 5-141 وبالتالي كل مخالفة لهذه الأحكام تعد وكأنها غير مكتوبة، وعليه فإنه في فرنسا الشروط التي تستند بشكل آلي في العقود المبرمة مع المستهلكين للمحاكم التجارية تعد باطلة.[1]

وفي الجزائر لم يتضمن قانون المستهلك إشارة لمثل هذه النقطة أو المسألة أما ما تعلق بالاختصاص الموضوعي(النوعي) ففي فرنسا لم ينص المشرع على أي أحكام متعلقة بهذا الاختصاص، ويظهر الاحتياج لهذا النص لوجود تضارب كبير وعدم استقرار في الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية في 1982/05/17" الطرف الذي ليس تاجر في عقد يمكن أن يكيف تجاري بالنظر للطرف الآخر يمكن أن يتم النظر فيه من طرف المحكمة التجارية المحددة بموجب اتفاق الأطراف".

وفي قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1997/06/10 اعتبرت أن شرط إسناد الاختصاص أو تحديد الاختصاص للمحكمة التجارية لا يمكن أن يكون في مواجهة غير التاجر وهو قد يشمل المستهلك وغيره كالحرفي البسيط.[2]

ثالثا: الشرط الجزائي التعسفي

يعتبر الشرط الجزائي التعسفي من أهم الشروط التي قد تتضمن تعسف غالبا ما يستخدم المهنيون الشرط الجزائي، نظرا لما يتمتعون به من نفوذ اقتصادي، وذلك بغية الحصول على مزايا فاحشة بفرض تعويض اتفاقي فاحش على المستهلكين، بالنظر لعدم المساواة الاقتصادية بين هذين الفريقين أقرت التشريعات للقاضي سلطة النظر فيما إذا كان التقدير الاتفاقي للتعويض فاحشا أم لا ، وبتعبير آخر تدخل المشرع من أجل إلغاء مبدأ عدم المساواة بالشرط الجزائي عندما يؤدي إلى نتائج ظالمة بشكل واضح لواقع المساواة الاقتصادية والخبراتية بين المحترفين [3]من جهة والمستهلكين أو غير المحترفين من جهة أخرى، وهذا كله بسبب تعسفات ليست محل شك، في حالة إدراج شروط جزائية مطابقة لإرادة محرر العقد بإرادة شبه منفردة، لأن إرادة المستهلك في الواقع غالبا ما تكون وهمية،

---

[1] – مرجع نفسه.

[2] – عصام نجاح،قانون المستهلك، مرجع سابق.

[3] – سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص64.

حيث يقول البعض أن هذه الشروط الجزائية مؤكدة للتحديد الرهيب والتحكيمي، وذلك بصفة أساسية في عقود البيع الإيجاري، وعقود البيع بالائتمان. [1]

ولتوضيح ما سبق سوف نتعرض إلى تعريف الشرط الجزائي والغاية منه ثم التطرق إلى طبيعته وخصائصه، وشروط تطبيقه.

1- تعريف الشرط الجزائي والغاية منه

للتوضيح أكثر وفهم الشرط الجزائي جيدا لابد من التطرق إلى تعريفه ثم معرفة الغاية من إدراجه في العقود كالتالي:

أ- تعريف الشرط الجزائي

الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه، وسمي كذلك لأنه عادة ضمن شروط العقد الأصلي .

وكثيرا ما يصادف الشرط الجزائي في عقود المقاولة والتوريد والنقل فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد به. [2]

وقد اختلفت تعريفات الشرط الجزائي في القانون الوضعي تبعا لاختلاف المعرف – بكسر الراء- فتعريف القانون للشرط الجزائي كمادة من المواد يختلف عن تعريف شراح القانون والمجتهدين في ضوئه، فالتعريف الموضوع كمادة من المواد يظل قاصرا عن بيان حقيقة الشرط الجزائي،إنما وضع مسايرة للاجتهاد في وقت وضعه خلافا لتعريفات الشراح. [3]

ولهذا سوف نتعرض إلى التعريف القانوني للشرط الجزائي ثم الفقهي.

- **تعريفات مواد القانون للشرط الجزائي:**

نصت المادة 1226 مدني فرنسي على أن الشرط الجزائي هو(ذاك الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار الأضرار المتوجبة الأداء في حال عدم التنفيذ).

---

[1] – مرجع نفسه.

[2]– أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 362.

[3]–محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-1426، ص 13.

كما نصت المادة 1229 مدني فرنسي على تعريف الشرط الجزائي بأنه(تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي).

وقد انتقد التعريف الأول بأنه عام وناقص إذا اقتصر على حالة عدم التنفيذ.

وانتقد الثاني بشدة من قبل مجتهدي القانون، لأنه قصر التعويض على حالة وقوع الضرر وهذا ما يخالف المادة 1152 مدني فرنسي والتي بمقتضاها يمكن للمشترط الحصول على التعويض المشترط في حالة الإخلال ولم يحصل الضرر. [1]

وهذا الأمر يظهر مدى الخلاف والتردد الذي وقع فيه القانون الفرنسي وشراحه حول طبيعة الشرط الجزائي.

ولم تقع القوانين العربية [2] في الجملة –وعلى راسها القانون المصري– فيما وقع فيه القانون الفرنسي فأحجمت عن تعريف الشرط الجزائي في موادها المنظمة لحكامه لفتح المجال أمام الاجتهاد في أحكام الشرط الجزائي. [3]

- **تعريفات شراح القانون للشرط الجزائي:** يوجد عدة تعريفات، وبينها تباين كبير في تحديد طبيعة الشرط الجزائي وهي في جملتها تعد تصورا يمثل وجهة نظر المعرف وليس حدا سالما من الاعتراضات وهذا ما حذا بالسنهوري إلى عدم تعريف الشرط الجزائي في الوسيط لذلك سأكتفي بذكر بعضها مما يغني عن غيرها فيما يلي:
- **تعريفات الغربيين:** عرف بأنه" ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه، أو لتأخره في تنفيذه".

كما عرف بأنه" اتفاق تبعي للاتفاق، بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ".

ويلاحظ اتفاق التعريفين في تأكيد عدم اختصاص الشرط الجزائي بالتعويض عن الضرر وهذا يتفق مع الاتجاه الفرنسي في عدم ربط الشرط الجزائي بالضرر. [4]

إضافة إلى الطابع العقابي الذي أبرزه التعريف الأول للشرط الجزائي بقوله(كجزاء)،كما أن التعريف الثاني اقتصر على حالة عدم التنفيذ فقط.

---

[1]– محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، مرجع سابق، ص 13،14.

[2]–المشرع الجزائري أيضا لم يعرف الشرط الجزائي واكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 مدني جزائري كالآتي" للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق..."، ونظهر أحكامه في المادتين 184 و185 مدني جزائري.

[3]– محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، مرجع سابق، ص 14.

[4]– مرجع نفسه، ص 15.

- **تعريفات القانونيين العرب:** عرف بأنه" اتفاق بين الطرفين يحدد مقدما مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه إلى دائنه في حالة عدم تنفيذ التزامه ، أو تأخره في تنفيذه".

ويؤخذ عليه قصر الشرط الجزائي على المدين دون غيره من العقود وعلى حالة عدم التنفيذ والتأخر فيه دون حالة التنفيذ الجزئي والمعيب.

وعرف أيضا بأنه" التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقرر أنه بنفسهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب أو حصول التأخير في الوفاء".

ويؤخذ عليه اقتصاره على حالة عدم التنفيذ والتأخر في التنفيذ وكذلك حصر الشرط الجزائي بالعقد رغم أنه يجوز بعده وقبل الضرر.[1]

ويؤخذ على التعريفين عدم ربط التعويض بالضرر مما يوهم عدم اشتراط الضرر.

كما عرف بأنه" اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين – يجوز في الغالب دفع مبلغ من النقود– في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك".

وعرف بأنه" اتفاق طرفين مسبقا في العقد، أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الالتزام على أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ". [2]

ب–الغاية من الشرط الجزائي

يقصد المتعاقدان عادة بالشرط الجزائي تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، على أن هذا الغرض قل ما أن يتحقق إذ سيكون دائما لحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه.

كذلك قد يقصد بالشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائده التأخير، كما يقصد به التعديل في أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق يقل كثيرا عن الضرر المتوقع حصوله، أو بالتشديد فيما إذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه. [3]

---

[1]– محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، مرجع سابق، ص 15.

[2]– مرجع نفسه، ص 16،17.

[3]– أنور سلطان، مرجع سابق، ص 368.

2- طبيعة الشرط الجزائي

هو قبل كل شيء اتفاق بين طرفين، وهو بهذه الصفة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة وتسري عليه أحكام العقود من حيث أركانه وشروطه وأثاره و بوجه خاص من حيث اعتبار العقد شريعة العاقدين وهو فوق ذلك اتفاق على تقدير التعويض بمبلغ معين، بحيث يقوم هذا التقدير مقام تقدير القاضي للتعويض عند عدم الاتفاق، الأمر الذي يجعل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي تعويضا عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه ويقتضي بالتالي خضوعه لأحكام التنفيذ بمقابل التي تقوم بيانها.

وقد تتعارض الأحكام المترتبة على كون الشرط الجزائي اتفاقا يعتبر [1] هو شريعة العاقدين مع الأحكام المترتبة على اعتباره تعويضا يخضع لقواعد التنفيذ بمقابل، فيقضي الأمر تغليب إحدى الصفتين على الأخرى، فمثلا إذا اتفق الدائن والمدين على التزام الأخير بأن يدفع إلى الأول مبلغ ألف جنيه تعويضا عن عدم تنفيذ التزامه الأصلي بقطع النظر عن حصول أي ضرر للدائن، فإن تغليب حكم العقد على أحكام التنفيذ بمقابل يؤدي إلى إلزام المدين بهذا الشرط الجزائي دون تكليف الدائن بإثبات أهم شرط من شروط استحقاق التعويض وفقا للقواعد العامة وهو شرط نشوء ضرر له من عدم تنفيذ المدين التزامه، كما يؤدي أيضا إلى إلزام المدين بمبلغ الألف جنيه كاملا ولو كان الضرر الذي أصاب الدائن أقل من هذه القيمة أو لم يكن قد أصابه ضرر البتة. [2]

وبالعكس من ذلك فإن تغليب أحكام التنفيذ بمقابل على حكم العقد يجيز للقاضي ألا يحكم بالشرط الجزائي متى كان الدائن لم يصبه أي ضرر من عدم التنفيذ أو من التأخير في التنفيذ، كما يجيز له أيضا أن يخفض قيمة الشرط الجزائي إذا كانت قيمة الضرر الذي وقع من القيمة المتفق عليها.

غير أن السير في هذا الاتجاه الأخير من شأنه يفقد الاتفاق التعويض أهميته العملية، مادام هو يحول دون خروجه عن حكم القواعد العامة للتنفيذ بمقابل، وهذا لا يتفق من الخدمات الحقيقية التي يؤديها الشرط الجزائي في العمل أو التي ينتظر منه أن يؤديها.

لذلك كان من المتعين التسليم بأن الشرط الجزائي ينطوي أيضا على فكرة ثالثة هي فكرة الجزاء أو العقوبة الخاصة المقررة برضا الطرفين، إذ أن هذه الفكرة الثالثة من شأنها أن التوفيق بين الفكرتين السابقتين من حيث أنها بإضافتها فكرة الجزاء إلى فكرة التعويض تسمح بأن تكون قيمة الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر أو بأن يطبق الشرط الجزائي دون حاجة إلى تكليف الدائن بإثبات الضرر طالما أن المدين لم يثبت عدم وقوع ضرر، وبذلك

---

[1] – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزامات، أحكام الإلتزام، ط2، ص 178.

[2] – مرجع نفسه، ص 179.

تقرب هذه الفكرة حكم الشرط الجزائي من حكم العقد وتسمح بالقول بأن الشرط الجزائي هو إلى حد كبير شريعة المتعاقدين. [1]

3- خصائص الشرط الجزائي وشروطه:

من خلال ما سبق نستنتج للشرط الجزائي مميزات خاصة به وأنه لقيام هذا الشرط يتوجب توفر شروط معينة وبالتالي سنتطرق إلى خصائصه وشروط كالآتي:

أ- **خصائص الشرط الجزائي:** مما تقدم يتضح أن الشرط الجزائي اتفاق يقصد به الخروج عن أحكام التقدير القضائي للتعويض الذي يستحق عند الإخلال بالتزام أصلي، فهو يتميز بالخصائص الآتية:

أنه اتفاق، وفيه خروج على القواعد العامة، وهو اتفاق تبعي لأنه يحد التزاما جزائيا لا ينشأ إلا نتيجة الإخلال بالتزام أصلي، وهو اتفاق سابق على الإخلال بالالتزام الأصلي. [2]

البند الجزائي عقد: البند الجزائي هو اتفاق بين طرفين أو أكثر حول التعويض الذي يتوجب على أحدهما للآخر عند امتناع المدين عن التنفيذ أو عند التأخر فيه.

وهو بذلك يشكل اتفاق ملزم للطرفين، والاتفاق الملزم يسمى عقدا، فالبند الجزائي هو عقد يترتب عليه موجبات وعلى الفرقاء الموقعين عليه الالتزام بمضمونه تحت طائلة إلزامهم بذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء. [3]

ويترتب على الطابع التعاقدي للبند الجزائي النتائج التالية:

- يجب أن يتضمن البند الجزائي كل أركان العقد والشروط القانونية المفروضة لصحة العقد، مثل عدم وجود عيب من عيوب الرضا وأن يكون موضوعه مشروعا ومباحا وممكنا.
- فالبند الجزائي وإن لم يكن بعقد كبقية العقود بيد أنه عند إنشائه لا يتميز البتة عن باقي العقود، فهو كغيره من العقود يتطلب توافر الشروط القانونية كافة التي يشترط توافرها لصحة العقود وخاصة لجهة الرضا والموضوع والسبب وحتى الشكل عندما يشترط القانون ضرورة حصوله بشكل معين. [4]
- إن البند الجزائي عقد موضوعه محدد وهو تحديد التعويض الذي يترتب لمصلحة الفريق المتضرر من عدم تنفيذ المدين للموجب المترتب عليه أو تأخره عن التنفيذ، وهذا الأمر يجعل البند الجزائي عقدا من نوع خاص.

---

[1] – سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 180.

[2] – مرجع نفسه.

[3] – محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 121.

[4] – محمد مرعي صعب، مرجع سابق، ص 122.

- إن البند الجزائي يخضع بالتالي للشروط العامة التي يخضع لها كل عقد وإلى شروط خاصة لاحقة أخرى. [1]

- يترتب على الطابع التعاقدي للبند الجزائي أنه وليد إرادة الفرقاء واتفاقهم الصريح وبالتالي هو ملزم لهم ولا يمكنهم التنصل من أحكامه وعلى القاضي أن يحترم هذه الإرادة المعبر عنها في العقد المبرم بين الطرفين والتي توافق المتعاقدون بموجبه على سلب القاضي في صلاحيته في تقدير التعويض المترتب عن الضرر عند وقوعه إلى إعطاء أنفسهم هذه الصلاحية. [2]

والحقيقة أن دور القاضي في الرقابة على البند الجزائي سيتم التطرق إليه تفصيلا في الفصل الثاني.

الشرط الجزائي فيه خروج على القواعد العامة:

ويترتب على كونه اتفاقا يخرج بالتعويض عن حكم التقدير القضائي أن نصوصه تعتبر بمثابة نصوص استثنائية يجب تفسيرها بكل دقة أي دون توسع. [3]

-**البند الجزائي اتفاق تبعي:** الالتزام بالبند الجزائي هو التزام تابع لا إلتزام أصيل، والالتزام الأصلي الذي يتبعه الالتزام بالبند الجزائي يمثل ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين بقدر أن به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزاماته.

فالبند الجزائي لتحقيق القصاص التعويض للضرر الحاصل من جراء عدم تنفيذ العقد الأساسي، فالبند الجزائي إذا عقد تابع للعقد الأساسي والذي وجد البند الجزائي لتحقيق العقد الأساسي، فالبند الجزائي هو تابع دائما لموجب أصلي، فلا يكون له وجود بدونه، كما أن الصفة التبعية للبند الجزائي يترتب عليها أمر مهم جدا وهو أن العبرة في الالتزام تكون بالالتزام الأصلي لا بالبند الجزائي أو الالتزام التبعي. [4]

ويترتب على كون البند الجزائي اتفاق تبعي نتائج نذكر كالآتي:

---

[1] – مرجع نفسه، ص 123.

[2] – مرجع نفسه، ص 124.

[3] – سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 181.

[4] – محمد مرعي صعب، مرجع سابق، ص 125.

- أن الشرط الجزائي أو الاتفاق سلفا على مقدار التعويض لا ينشئ الالتزام بالتعويض بل يقتصر على تحديد مبلغ التعويض الذي يحتمل نشوء الالتزام الأصلي ، فهذا الإخلال هو الواقعة التي يتحقق بها الشرط الجزائي المتفق عليه بين الطرفين. [1]
- إن عدم نشوء الالتزام الأصلي أو بطلانه أو انقضاؤه يجعل الشرط الجزائي باطلا أو منقضيا، ذلك أن الشرط الجزائي يقصد به أن يكون جزاء للإخلال بالالتزام الأصلي، فإذا كان هذا الالتزام لم يقم أصلا أو تقرر بطلانه، فلا يكون ثمة محل للإخلال به ولا توقيعه جزاء على هذا الإخلال. ومثل ذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في الوعد بالزواج.

وكذلك إذا انقضى الالتزام الأصلي باستحالة الوفاء، كما في حالة هالك المبيع بقوة قاهرة، فإن الشرط الجزائي ينقضي تبعا لانقضائه، وكذلك أيضا إذا اختار الدائن عند عدم تنفيذ المدين التزامه الأصلي فسخ العقد المنشئ لهذا الالتزام، فإن الفسخ يزيل الالتزام بأثر رجعي ويبطل بالتالي الشرط الجزائي ولو كان هذا الشرط قد نص عليه في اتفاق لاحق للعقد الذي فسخ. [2]

- إن بطلان الشرط الجزائي لا يؤثر في وجود الالتزام الأصلي.
- أما أنه اتفاق سابق، فلأنه تقدير للتعويض قبل تحقق شروط استحقاقه، ذلك أنه تم الاتفاق على تقدير التعويض بعد الإخلال بالالتزام الأصلي فإن هذا الاتفاق يعتبر صلحا وتطرق عليه أحكام الصلح لأحكام الشرط الجزائي. [3]

ب-شروط الشرط الجزائي:

إن الأصل في تحرير الموجبات هو بالتنفيذ العيني، ولكن قد لا ينفذ الموجب عينا، فكان لابد من إيجاد وسيلة أخرى تحل مكان التنفيذ وترضي الدائن قدر الإمكان، فكان التعويض.

والتعويض كحق احتياطي لا يستفيد منه الدائن إلا عند عدم التنفيذ، ويستحق التعويض على وجهين، قائم على التحول بصورة نهائية وقائم على التأخر في التنفيذ. [4]

ولهذا فإن إعمال الشرط الجزائي كأحد وجوه التعويض ولابد من توافر شروط استحقاق التعويض وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وأخيرا الإعذار في الحالات التي يكون فيها واجبا. [1]

---

[1] – سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 181.

[2] – مرجع نفسه، ص 182.

[3] – مرجع نفسه، ص 183.

[4] – محمد مرعي صعب، مرجع سابق، ص 225.

- **الخطأ العقدي:** وهو إخلال المدين عن وعي وإدراك بالتزام ترتب في ذمته بموجبه عقد صحيح، وقد تعمدت استعمال كلمة " إخلال" لأنها تشمل عدم التنفيذ الكلي، عدم التنفيذ الجزئي، التأخر في التنفيذ وكذلك التنفيذ المعيب، وبالتالي فإنه متى وجد عقد صحيح فإن تنفيذ ما اشتمل عليه يعتبر التزاما واجب التنفيذ على أطرافه، ونصوص القانون المدني التي تؤيد هذا الطرح كثيرة ومتعددة منها نص المادة 106 ق.م.ج فقرة1 التي تنص على أن" العقد شريعة المتعاقدين"، وكذلك المادة 107 [2] التي تقضي بأنه " ... يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، إضافة إلى نص المادة 164 والذي ذكر في متنه" يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكن" وعلى ذلك إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي فإن الركن الأول للمسؤولية العقدية يكون قد توافر ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى إهمال المدين أو فعله العمدي، غير أن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو التأخر فيها لا يكفي لإمكان استحقاق التعويض المقدر كشرط جزائي، بل يستلزم إضافة إلى ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجعا إلى تقصير المدين أي إلى خطئه، فمتى كانت المسؤولية على أساس الخطأ فلا مناص من ثبوته لإستحقاق الشرط الجزائي، لكن الهدف من هذا الأخير هو تقدير التعويض تقديرا اتفاقيا، وتقدير أي تعويض يستلزم خطأ من جانب المدين. [3]
- **الضرر:** لا يكون التعويض إلا عما أصاب الدائن من ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد، ولا يقتصر الضرر على عدم التنفيذ، وإنما يشمل التأخر في التنفيذ. [4]

فللضرر عدد من التعريفات الفقهية فقد عرفه البعض بأنه الضرر الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه، أو غير ذلك.

والضرر عناصر المسؤولية العقدية، فهو[1] الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي، وهذا يعني أن الخطأ إذا لم يترتب عليه ضرر فإنه لا مجال لإعمال المسؤولية العقدية.[2]

---

[1] – أنور سلطان، مرجع سابق، ص 368.

[2]– بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني، مذكرة ماجستير، تخصص عقود مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص 33.

[3] – مرجع نفسه، ص 34.

[4] – بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 114.

- **العلاقة السببية:** يقصد بالعلاقة السببية الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر، إذ لا يكفي إثبات عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ولا تحقق ضرر للدائن من جراء ذلك، بل يجب أن يكون هذا الضرر راجعا إلى خطأ المدين، من ثم إذا انتفت هذه العلاقة، بأن أثبت المدين وجود السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير أو فعل المتضرر نفسه، أو أثبت أن الضرر غير مباشر، أو أثبت أن الضرر مباشر ولكنه غير متوقع، ففي مثل هذه الحالات لا تتحقق المسؤولية العقدية وبالتالي لا يستحق الدائن الشرط الجزائي.[3]
- **إعذار المدين:** وهو تنبيه المدين إلى وجوب تنفيذ الالتزام التعاقدي وإلا اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري، ذلك أن مجرد حلول الأجل لا يترتب عليه أية آثار قانونية، لاحتمال أن يكون الدائن راضيا أو على الأقل متسامحا، أو أنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه، والإعذار في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه لاستحقاق التعويض، الأمر الذي تقضي به صراحة المادة 179 قانون مدني جزائري وخير دليل على وجوب توجيه إعذار للمدين لاستحقاق الشرط الجزائي، هو إحالة المشرع الجزائري في نص المادة 183 على المواد180 إلى 182 قانون مدني جزائري والتي تعجل الإعذار شرطا ضروريا لاستحقاق التعويض. [4]

1- تمييز الشرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية

يتفق الشرط الجزائي مع الشرط المحدد للمسؤولية في أن كلاهما يعتبر تعديلا اتفاقيا على ما تقضي به القواعد العامة.

كما يتفقن أيضا في أنهما كاتفاقين يعدان باطلين في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

كما يتشابهان في أن النظامين يؤديان في أحيان كثيرة إلى نفس النتيجة وهي تخفيف التعويض الذي يلتزم به المدين، أو تحميل المدين أكثر من التعويض الذي يجب أن يتقاضاه الدائن، ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على مبلغ من النقود كجزاء للإخلال بالعقد. [5]

---

[1] – بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 40.

[2] – مرجع نفسه، ص 40،41.

[3] – بسام سعيد جبر جبر، مرجع سابق، ص 116.

[4] – بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 60.

[5] – مرجع نفسه، ص 29.

ويعتبر هذا التقدير هو الحد الأقصى الذي لا يمكن للقاضي تجاوزه ومثال ذلك أن تشترط مصلحة السكة الحديدية أو مؤسسة البريد أو أي متعهد بالنقل، بأن مسؤولية أي منهما لا تتجاوز مبلغا معينا عند ضياع رزمة أو صندوق من البضاعة المرسلة كتعويض عن الضياع، فإن زاد الضرر عن المبلغ المحدد دفعتها تحدد من الشرط الأعلى للمسؤولية.

لكن رغم الالتباس الذي قد يحصل في بعض الأحيان بين كل من الشرط الجزائي والشرط المحدد للمسؤولية إلا أنه ثمة فروقا جوهرية بينهما لاسيما من الناحية العملية نسوقها على النحو التالي:

أ- من حيث المحل

إن الشرط الجزائي يتناول قيمة التعويض ولا يتناول مسؤولية المدين، أي أن هذا الأخير يظل مسؤولا مسؤولية كاملة حتى ولو كان التعويض الاتفاقي أكبر من قيمة الضرر فإن مثل هذا الاتفاق لا يعتبر شرطا مشددا للمسؤولية. [1]

ب-من حيث المصلحة المشمولة بالحاجة

إن الشرط المحدد للمسؤولية يشترط دائما لمصلحة المدين، ومهما كانت كيفياته فإنها تكون لمصلحة المدين، أما الشرط الجزائي فهو بخلاف ذلك، يمكن تبعا لقيمة الجزاء أن يفيد أحد الفريقين المتعاقدين.

ج-من حيث الإثبات

في الشرط المحدد للمسؤولية يقع عبأ إثبات الضرر على الدائن وفقا لما تقضي به القواعد العامة، أما الشرط الجزائي فإن فيه خروجا عن هذه القواعد، إذ أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يجعل الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته، بل على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر لإسقاط الشرط الجزائي أو أن يثبت أنه كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة للتقليص من قيمته.

د- من حيث سلطة القاضي في تعديل الشرط

لا يجوز للقاضي التعديل في الشروط المعدلة للمسؤولية إلا إذا كان مخالف للنظام العام، أما الشرط الجزائي فقد أجاز المشرع للقاضي تعديله أو الإعفاء منه، إذا ثبت أنه كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة أو أن الدائن لم يلحقه أي ضرر على النحو الذي سنتناوله في الفصل الثاني.[2]

---

[1] – مرجع نفسه، ص 30.

[2] – بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 31.

وأخيرا ومن خلال ما تم التعرض إليه سابقا بخصوص هذا الشرط الذي يصنع بين يدي المتعاقد القوي وسيلة تسمح له باستغلال قوته الاقتصادية، من أجل اشتراط مفرطة كجزاء لعدم تنفيذ المتعاقد آخر لالتزامه، [1] وهذا ما يؤدي بنا لاعتبار هذا الشرط الجزائي تعسفي هو من البنود المجحفة التي قد يتعرض لها المستهلك.

الفرع الثاني: شروط تتضمن تعسفا بذاتها

إن الشروط المتضمنة تعسفا في العقد هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عن إدراجها في العقد، ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند تنفيذ العقد، إذ أن مثل هذه الشروط عادية غير أن الأطراف فيها يؤدي إلى اختلال العقد، ما يتطلب التدخل من أجل الحد من هذا الإفراط ومن أهم هذه الشروط الشرط الإرادي (أولا)[2]، والشرط الذي يورد الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي (ثانيا) شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها (ثالثا)، الشروط التعسفية في وثيقة التأمين (رابعا)، وشرط إنقاص أو إسقاط الضمان (خامسا).

أولا: الشرط الإرادي

1- مفهوم الشرط الإرادي: الشرط الإرادي هو "ذلك الشرط الذي يجعل تنفيذ الاتفاق متوقفا على حدث ما والذي يكون بوسع أحد الأطراف تحقيق هذا الحدث أو عدم تحققه"، وهو ما نصت عليه المادة 117 من القانون المدني الفرنسي[3]، وكذلك أي التزام يكون قد تم التعاقد عليه تحت شرط إرادي من جانب ذلك الذي يلتزم يكون باطلا، وما نصت عليه المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي[4]، بعبارة أخرى لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام موقفا على محض إرادة الملتزم، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في

---

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 265.

[2] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 128.

[3]- Art 1170 c.c.f :(la condition otestative et celle qui fait dépendre l'execution de la connention d'un évenement qu'il est an pouvoir de léune ou de l'autres des parties contractantes de faire arriver ou d'empécher)

نقلا عن سلمة بن سعيدي ، مرجع سابق، ص 128 .

[4]- Art 1174 c.c.f;(toute ligation et nulle lorsque a été contacté sous une condition potestative de la parte de celui qui s'oblige)

نقلا عن سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 129.

المادة 205 من القانون المدني الجزائري بقوله" لا يكون الالتزام قائما أن علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " وتقابله بنفس الصياغة المادة 267 من القانون المدني المصري.

إذن فالشرط الإرادي يكون باطلا لكن البطلان يكون مقتصرا على الالتزامات الخاضعة لمحض إرادة المدين، بينما الالتزامات الخاضعة لإرادة الدائن رغم وصفها بأنها إرادية إلا أنها لا تعتبر باطلة.

2- أنواع الشروط الإرادية: يجب التمييز بين الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المحض

أ- **الشرط الإرادي البسيط** عرف جانب من الفقه الشرط الإرادي البسيط بأنه ذلك الشرط الذي يلحق بإرادة طرفي الالتزام دون أن تكون هذه الإرادة مطلقة بل تتقيد بإرادة أخرى غير معنية، أو بظروف اقتصادية أو اجتماعية أو ملابسات أخرى.

ومثال الشرط الإرادي الذي يلحقه البطلان، هو ما قررته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في عقد البيع، عندما يورد البائع شرطا مفاده أن لهذا الأخير الحق في فسخ عقد البيع في حالة تقاعس المشتري عن دفع رسوم الماء والتدفئة ومرور 30 يوم على اعذاره، وإذا وجد البائع أنه في مصلحته، فالشرط ليس مطلقا على محض إرادة البائع وإنما يتوقف على محض[1] إرادة البائع وعنصر آخر هو عدم التنفيذ من طرف المشتري فضلا عن عنصر الإعذار.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف باريس، التي اعتبرت أن الشرط الوارد في عقد الإيجار المتعلق بالزيادة في الإيجار بنسبة 20 % من مبلغ الإيجار في حالة تشغيل المصعد لا يعتبر شرط إرادي محض، وإنما هو شرط إرادي بسيط، نظر لوجود عنصر آخر إلى جانب إرادة المؤجرين، وهو قرار مجموع الشركاء في العقار، وبالتالي فإن الشرط مشروع ولا يقع تحت طائلة المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي.

إذن يتضح مما سبق أن القضاء الفرنسي مستقر على مشروعية الشروط الإرادية البسيطة وذلك على العكس تماما من الشروط الإرادية المحضة، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يميز بين أنواع الشروط الإرادية[2]،من خلال المادة 208 من القانون المدني الجزائري.[3]

---

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،1994، ص 286.

[2]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 130.

[3]- المادة 208 من قانون مدني جزائري" إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشا فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنها يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط، غير انه لا يكون اثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لابد للمدين فيه."

ب-الشرط الإرادي المحض: الشرط الإرادي المحض هو الشرط الذي يتوقف بموجبه تحقق الالتزام على محض إرادة المدين أو الدائن، فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطا صحيحا وكان الالتزام قائما معلقا على إرادة الدائن إن شاء تقاضي المدين الشيء الذي ألزمه به وإن شاء أحله منه، أما إذا كان وجود الالتزام معلق على محض إرادة المدين أيضا ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا وهو في الغالب الملتزم بتقديم سلعة أو خدمة لصالح المستهلك.[1]

الشرط الإرادي المحض يجعل الالتزام غير حقيقي أو وهمي "**illusoire**"، كما في عقد الإيجار، ثمة شرط يسمح للمؤجر بأن يحدد وفقا لإرادته مبلغ الإيجار حتى نهاية السنة السادسة أو السنة التاسعة واستمرار ذلك حتى السنة الثانية عشرة مما يجعل الشرط غير حقيقي أو وهمي ولكن كثيرا ما يرد الشرط الإرادي ضمن الشروط العامة للبيع في صدد الالتزام بالتسليم.[2]

وفي قرار صدر عن محكمة استئناف باريس التي عبرت عن موقفها من شرط إرادي محض أدرجه أخذ المهنيين ضمن الشروط العامة للبيع الذي أراد به تحديد الاختصاص القضائي، فجاء فيه أن المشتري يقبل أي محكمة سواء أكان ذلك في انجلترا أو في أي مكان آخر سوف يحدد البائع وفقا لإرادته وذلك لعل الخلاف الذي ينجم عن العقد، أي أنه في الحالة التي يكون فيها البائع هو المدعى عليه، فأنه سيكون بإمكانه أن يفرض على المدعي الجهة القضائية المختصة سواء في انجلترا (حيث مقر البائع)[3]، أم في بلد آخر يسمح هذا الشرط بالخداع والتحايل على قواعد الاختصاص، فقررت محكمة الاستئناف أنه ينبغي استبعاد هذا الشرط، باعتبار أن يترك للمدعي الاختيار مستقبلا وبدون تحديد الجهة القضائية المختصة.

ثانيا: الشرط الذي يورد الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي

حيث حملت المادة 47 من القانون التجاري الجزائري الناقل مسؤولية عن الأشياء المواد نقلها، عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها. [4]

---

[1]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 130.

[2]- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 289.

[3]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق،ص 131.

[4]- المادة 47 من القانون التجاري الجزائري، الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر ،ع101، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.

" يعد الناقل مسؤولا من وقت تسليمه الأشياء المواد نقلها، عن ضياعها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها".

ومن جهة أخرى نصت المادة 3/52 من نفس القانون، على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاء كلي من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها [1]، فيرى أن الشروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة، وبالتالي فإذا وجد في عقد نقل الأشياء شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف، فيعتبر شرطا باطلا دون أثر، ويبقى العقد.

ثالثا: شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها

قد يرمي الشرط الإتفاقي إلى الإعفاء من المسؤولية مطلقا، وقد يرمي إلى التخفيف منها فقط كالاتفاق على إنقاص مدى التعويض ليقتصر على تعويض بعض الأضرار دون البعض الآخر، وكالاتفاق على تقصير الأجل القانوني الذي ترفع خلاله دعوى المسؤولية، والأصل أن هذه الاتفاقات هي باطلة إذا وقعت بعد تحققه، وتعتبر في هذه الحالة من قبيل الصلح أو التنازل الجائزين.[2]

أما في مجال المسؤولية العقدية، فالأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعدها، وذلك نتيجة منطقية للاعتراف بحقهم في إنشاء الروابط التعاقدية، كل ذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 2/178 (ق.م.ج) فإن هذا الجواز ينصب على الأخطاء الشخصية فقط.

أما إذا كان الشرط يرمي إلى الإعفاء قد ينشأ عن الغش، وما يلحق به من خطأ جسيم فإنه يعد باطلا، ويبرر هذا الحكم بأنه لو أجزنا ذلك لكان الالتزام التعاقدي معلقا على شرط إرادي، إرادي محض، وهو أمر يتعارض ومقتضى المادة 205 قانون مدني المقابلة لنص المادة 1174 مدني فرنسي.

ويميل القضاء في فرنسا إلى تسليط، نفس الجزاء وهو البطلان على الشروط التي ترمي إلى استبعاد أو تخفيف مسؤولية أحد المتعاقدين عن الأضرار الجسدية التي تلحق بالمتعاقد الآخر، وأن هناك ميلا إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا في عقد المريض مع الطبيب، أو في عقد النقل بين الناقل والراكب، على أساس عدم جواز التعامل في الجسم الإنساني، وكذلك هي أساس أن هناك التزاما ما يتصل بالنظام العام ألا وهو الالتزام بالسلامة الذي أصبح جزءا لا يتجزأ من بعض العقود.[3]

---

[1]– المادة 52 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري" يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

[2]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق،ص 270.

[3] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق،ص 271.

في القانون الجزائري اكتفى نص المادة 2/178 بالنص على بطلان الشرط، ولم ينص على أن ذلك يستتبع ببطلان العقد كله، إلا إذا كان العقد يتوقف في وجوده كله عليه فيبطل العقد أيضا، أي إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية كان هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله، فلا يتحقق هذا إلا نادرا.[1]

ضف إلى ذلك أن الشرط السابق يجوز اعتباره شرطا تعسفيا إذا ورد في عقد من عقود الإذعان، فيقع تحت طائلة نص المادة 110 (ق.م.ج) وبناء على ذلك يجوز للقاضي أن يعدله.[2]

ولدواعي حماية المستهلك قطع المشرع الفرنسي دابر الخلافات والجدل الفقهي والقضائي الذي ثار بشأن جواز أو عدم جواز الشروط المعفية أو المخففة من المسؤولية، فإستقى عن التفرقة السابقة الذكر بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء العمدية الجسيمة، ونص صراحة في المادة 132 /1 من قانون الاستهلاك على أنه في مجال عقد البيع فإن الشرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص حق المشتري في التعويض تعتبر شرطا تعسفيا ويعتبر في ذات الوقت غير مكتوب.

وهكذا لا يترتب على إيراد مثل هذا الشرط أي أثر فلا يكلف المستهلك بإثبات الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من البائع المحترف.[3]

غير أن الوضع يختلف إذا كان محل العقد خدمة من الخدمات، فإذا تضمن عقد الخدمة شرطا يرمي إلى إنقاص أو إسقاط مسؤولية المحترف فإن شرطا مثل هذا لا يعتبر تعسفا بقوة القانون، على أساس أنه ورد ذكره في القائمة المحلقة بالحرف (ب) في قانون الاستهلاك، والتي وردت على سبيل الاستئناس وبالتالي فهي لا تلزم القاضي.

لذلك لا يبقى أمام المستهلك في هذه الحالة إلا التمسك بالطابع التعسفي للشرط بصفة أصلية أو إثبات صدور غش أو خطا جسيم من المحترف بصفة احتياطية.[4]

خلاصة القول أنه حتى وإن أمكن إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم بموجب المادة 2/178 فإن ذلك ولاشك يستوجب الإثبات من قبل المستهلك، وهو أمر ليس باليسير، حتى وإن أمكن

---

[1] – المادة 178 /2 قانون مدني جزائري" وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشا عن غشه، أو عن خطئه الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه."

[2] – المادة 110 قانون مدني جزائري:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وان يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

[3] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق،ص 273.

[4] – مرجع نفسه، ص 273.

لنا الاستعانة بنص المادة 110 من القانون المدني لمطالبة القضاء بتعديلها، إذا وردت ضمن عقد من عقود الإذعان، فقد رأينا سابقا عجز هذه المادة عن حماية المستهلكين من مخاطر الشروط التعسفية، لذلك لم يبق أمامنا إلا النص على بطلانها صراحة باعتبارها شرطا تعسفيا.[1]

رابعا: الشروط التعسفية في وثيقة التأمين

تنص المادة 662 من القانون المدني الجزائري:" يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشروط التي تقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الفرق جناية أو جنحة عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان العذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص من فصل عن الشروط العامة.
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه."[2]

عقد التأمين من أبرز عقود الإذعان حيث تضع الشركة شروطه بطريقة منفردة، دون الدخول في مفاوضات مع الزبون، وهذا ما يجعل منه مجالا خصبا للشروط التعسفية.

وسيتم تفصيل الحماية العامة التي نص بها المشرع عقود الإذعان، والتي تتلخص في تخويل القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وتفسير الشك في مصلحة المذعن دائنا أو مدينا.

بالإضافة إلى هذه الحماية العامة للطرف المذعن أو المؤمن له توفرت لهذا الأخير حماية خاصة من بعض الشروط التعسفية التي قد ترد في وثيقة التأمين، وهذا ما نصت عليه المادة 662 قانون مدني جزائري المقابلة للمادة 750 قانون مدني مصري.[3]

فهذا الشرط يعد باطلا في جميع الحالات لأنه ينطوي على التعسف، فإذا اشترط المؤمن في التأمين من السرقة مثلا أن المؤمن له يجب أن يبلغ الشرطة أو النيابة فور وقوع الحادث وإلا تعرض حقه في مبلغ التامين إذا

---

[1] – مرجع نفسه.

[2] – المادة 662 من القانون المدني الجزائري.

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

لم يفعل ذلك للسقوط، فهذا الشرط يعد شرطا تعسفيا، وقد أبطله المشرع لأنه ينطوي على التعسف ويؤدي إلى إهدار حقوق المؤمن له دون مبرر.[1]

أما عن سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في تقديم المستندات للمؤمن فإن هذا الشرط يبطل أيضا إذا كان التأخر بعذر مقبول، وقد أبطل المشرع هذا الشرط لأنه يعد من قبيل الشروط التعسفية وذلك حتى لو كان هذا الشرط ضمن اتفاق خاص بين المؤمن والمؤمن له أو مكتوبا أو مطبوعا بشكل بارز وظاهر.[2]

كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، وبهذه الفقرة الأخيرة يكون المشرع قد فتح الباب أمام القاضي ليتمكن من إبطال أي شرط تعسفي آخر غير عادي ذي أثر على وقوع الحادث المؤمن منه.

خلاصة القول أن المادة 750 قانون مدني مصري، المادة 622 قانون مدني جزائري تعتبر بمثابة قائمة سواء محددة لبعض الشروط التعسفية، والتي افترض القانون فيها الطابع التعسفي افتراضا لا يقبل إثبات العكس.[3]

خامسا: شروط إسقاط أو إنقاص الضمان

المادة 1643 قانون مدني فرنسي تجيز للبائع الذي يجهل وجود عيب خفي في الشيء المبيع أن يدرج شرطا في عقده مع المشتري، يسقط به أو ينقص من ضمانه لصالح هذا الأخير، وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم فإذا كان البائع يعلم بوجود العيب الخفي وقت البيع فإن شرطه الذي يقضي بإسقاط أو إنقاص الضمان يعتبر باطلا ولا ينتج أي أثر ، لكن نتيجة ما كرسه القضاء الفرنسي من الخمسينات، حيث ذهب إلى افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع، وحرمه من الاستفادة من الميزة التي تقررها المادة 1643 مدني للبائع حسن النية، واعتبر الشروط المسقطة أو المنقصة للضمان شروطا تعسفية تعد غير مكتوبة وبالتالي باطلة، وهذا البطلان وجد بعد ذلك سندا تشريعيا في القانون الفرنسي جعله أكثر رسوخا، في صدد عقود البيع المبرمة مع المستهلكين، والذي يتمثل في القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين، وتحديدا المادة 1/35 منه[4]، أما المشرع الجزائري، فهو الآخر يجيز هذه الشروط كمبدأ عام بموجب المادة 1/384 (مدني)[5]، غير أنه يعتبر هذه الشروط باطلة إذا تعهد البائع إخفاء العيب

---

[1] – مرجع نفسه، ص 84.

[2]– سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق،ص84

[3]– مرجع نفسه، ص 85.

[4]– مرجع نفسه، ص 88.

[5]– المادة 384 قانون مدني جزائري فقرة 1 " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقص منه وأن يسقط هذا الضمان."

في الشيء المبيع 2/384 (مدني)[1]، كما ذهب أيضا إلى النص على بطلان شرط إسقاط أو إنقاص الضمان بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 306/06.[2]

[1]– المادة 2/384 قانون مدني جزائري" غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إضفاء العيب في المبيع غشا منه".

[2]– سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 88.

خلاصة الفصل الأول

من خلال هذا الفصل عرضنا مجمل التعريفات التي وردت بخصوص الشروط التعسفية سواء كانت فقهية أو تشريعية أو قضائية محاولة منا لتحديد ماهية الشروط التعسفية.

فيعتبر الشرط تعسفيا في مجال الاستهلاك، إذا أحدث إخلالا بالتوازن العقدي لأن المستهلك هو الطرف الضعيف تنقصه الدراية والخبرة ما يسمح للمتدخل باعتباره الطرف الأقوى أن يفرض ما يشاء من شروط مجحفة وقاسية على الطرف الآخر الذي يقبل ويذعن لها نظرا لحاجته الماسة إليها.

ولذلك عرضنا كيف صنف المشرع الجزائري الشروط التعسفية وذلك من خلال قائمتين الأولى من خلال المادة 29 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والقائمة الثانية من خلال المادة5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ونص المشرع الجزائري على مختلف الشروط التي تتضمن تعسفا في شتى المجالات في القواعد التقليدية وكان لعقود الإذعان النصيب الأوفر منها، إلا أنه لم يشر لا من قريب ولا من بعيد لفكرة الاحتكار سواء في نص المادة 700 من الأمر 58/75 والمتضمن القانون المدني أو في تعريفه لعقد الإذعان في المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، ما دل على أنه أخذ بالمفهوم الحديث لعقود الإذعان، فحسن ما فعل المشرع الجزائري للأخذ بالمفهوم الحديث لعقود الإذعان كما في ذلك من توسيع لنطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وبعيدا عن عقود الإذعان قد تدرج العقود شروطا أخرى تعسفية، فمنها المتعلقة بعدم تنفيذ العقد والمنازعة فيه، وأخرى متعلقة ببعض البنود كشرط الإعفاء من المسؤولية و شرط إنقاص الضمان...

وعليه فإن المشرع الجزائري ألم بمجالات الشروط التعسفية مما يسهل القضاء عليها وتوفير حماية أكثر للمستهلك من الشروط التعسفية.

الفصل الثاني:

الآليات القانونية

والمؤسساتية لحماية المستهلك

من الشروط التعسفية

إن الأصل العام تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا تعاقدهما أي شرط يرتضيانه ،طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانونا سواء كان هذا المنع بنص خاص أو كان كذلك لمخالفته النظام العام والآداب، وهذا الأصل العام من الأمور المسلم بها بحيث لا يحتاج إلى نص لتقريره.

إلا أنه في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، نجد أن آلة الإنتاج قد ركزت في أيدي عدد محدود من المنتجين، الأمر الذي صاحبه انتشار العديد من العقود النموذجية والذي أدى تبعا لذلك إلى إنفراد أحد المتعاقدين بصياغة العقد، بعيدا عن أي نوع من أنواع الرقابة، مما أتاح له فرض شروط مجحفة على الطرف الآخر، وهي في انتشار مستمر، غير أنه ولحماية هذا المذعن فأنه اتفقت معظم التشريعات على وضع آليات تهدف من خلالها إلى إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين سواء كانت هذه الآليات منصوص عليها في القواعد العامة التي يتضمنها القانون المدني، أو إضافتها في قوانين خاصة بحماية المستهلك من التعسف، أو تمثلت هذه الآليات في تفعيل الرقابة القضائية التي تسمح للقاضي بالتدخل للحد من مثل هذه الشروط وإبطالها، وهذا لا يمنع من فرض جزاء على محررها.

هذا ما سنتطرق له في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين حيث سنتناول في المبحث الأول: الآليات القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية والمبحث الثاني: الآليات المؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

المبحث الأول: الآليات القانونية لحماية للمستهلك من الشروط التعسفية

ابتداء نود أن نشير أن المشرع الجزائري لم ينص على نظام خاص لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، التي بدأت صورها تتضاعف في الحياة اليومية للمستهلكين، على غرار ما فعل المشرع الفرنسي والألماني والأمريكي وغيرهم حيث ترك حكمها للقواعد العامة.

حيث أن المشرع الجزائري ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان دون أن يفصل فيها إذا كانت الشروط التعسفية هي نفسها عقود الإذعان أم لا، ودون إعطاء تعريف واضح لها، فكل ما قام به هو وضع القائمتين المحددتين للشروط التعسفية، فوردت القائمة الأولى في نص المادة 29 من القانون 04-02 والقائمة الثانية من خلال المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306.

وحتى القضاء الذي يمكن أن يسعفنا بمساهمة ما، عن طريق الاجتهاد والتفسير لم تتح له الفرصة لذلك، نظرا لقلة بل لإنعدام المنازعات المتعلقة بشؤون الاستهلاك، الأمر الذي أدى بالرجوع إلى الشريعة العامة لمحاربة الشروط التعسفية، وكذلك القوانين الخاصة ذات العلاقة بحماية المستهلك.[1]

ولهذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول: دور الأحكام العامة للشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية، والمطلب الثاني: الحماية الخاصة للمستهلك من الشروط التعسفية في بعض القواعد المتفرقة.

المطلب الأول: الشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية

تلعب التقنيات القانونية العامة دور فعال في تحقيق التوازن العقدي، حيث تنقسم هذه التقنيات بدورها إلى أحكام دائمة متعلقة ببعض نظريات القانون المدني التي تخدم حماية المستهلك من الشروط التعسفية وكذا مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وأحكام عامة مؤقتة تتمثل في بنود التسوية وبنود إسناد الاختصاصات الشرط الجزائي، والتي تم التفصيل فيها في الفصل الأول.

لذلك ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول بعنوان دور الأحكام العام الدائمة للشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية، والفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

الفرع الأول: دور الأحكام العامة الدائمة للشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 250.

بالرغم من قيام أحكام الشريعة على مفهوم الحرية التعاقدية، واستغلال الإرادة وكذلك العدالة العقدية فأنها تبقى غير كافية لحاجة المستهلك في مواجهة المحترف، ومع ذلك فقيمة هذه الأحكام تبقى كاملة في مجال الاستهلاك وذلك في:

1- حالة عدم وجود نص في قانون المستهلك.

2- حالة عدم تطبيق قواعد قانون المستهلك مثل: علاقة محترف بمحترف (حسب بعض الأنظمة القانونية).

ويمكن القول أن الشريعة العامة تتضمن أربعة مفاهيم يمكن أن يكون لها الدور في استعمال الحق والسبب، بالإضافة إلى مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان التي هي بدورها مجال رحبا لها، يمكن إجمالها في نظرية الإثراء بلا سبب (أولا)، نظرية عيوب الإرادة (ثانيا)، نظرية السبب(ثالثا)، ونظرية التعسف في استعمال الحق ومبدأ حسن النية (رابعا). [1]

أولا: دور نظرية الإثراء بلا سبب في مواجهة الشروط التعسفية

الإثراء بلا سبب مصدر من مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، فهو مصدر مستقل يقوم جنبا إلى جنب مع بقية المصادر الأخرى، دون أن يعتبر اشتقاقا منها، أو ازدواجا لها. والإثراء بلا سبب واقعة قانونية مؤداها أن يثري شخص على حساب شخص آخر دون سبب قانوني، أو أن يفتقر شخص لمصلحة شخص آخر دون مبرر مشروع، فإذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها إلتزام من أثري به، إلى من افتقر بسبب هذا الإثراء وفي حدود هذا الافتقار، أي بأن يدفع تعويضا يساوي أقل القيمتين: قيمة الإثراء، وقيمة الإفتقار[2]، وحتى يتحقق الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري يقتضي التطرق لأركان الاثراء بلا سبب لتوضيح مفهومها أكثر وبالتالي مدى إمكانية الاعتماد على هذه النظرية في مواجهة الشروط التعسفية لحماية المستهلك .

1- أركان الإثراء بلا سبب

[1] – عصام نجاح، قانون المستهلك، مرجع سابق.

[2] – لعربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 443.

تنص المادة 141 من القانون المدني الجزائري، على أن" أن كل من نال عن حسن النية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلتزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء". [1]

يتضح لنا من نص المادة 141 من القانون المدني الجزائري، أن الإثراء بلا سبب ثلاثة أركان:

الأول: إثراء المدين، الثاني: افتقار الدائن، الثالث: إنعدام السبب القانوني لإثراء المدين.

أ-**إثراء المدين** يعتبر مصدر إلتزام المدين هو الإثراء الذي حققه على حساب الشخص الآخر أن يكون له سبب قانوني يستند إليه، ومن ثم إثراء المدين يعتبر ركنا من أركان الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الإلتزام ويترتب على عدم وجوده [2]،تخلف قيام الإلتزام في ذمة المدين والإثراء عبارة عن منفعة مادية أو أدبية لها قيمة مالية يحصل عليها المثرى (المدين)[3]، والأصل في الإثراء أن يكون ايجابيا ولكن يجوز أن يكون سلبيا، وان يكون مباشرا ولكن يجوز أن يكون غير مباشر وأن يكون ماديا ولكن يجوز أن يكون معنويا. [4]

وعليه فإن للإثراء بلا سبب صورتان:

- **إثراء ماديالأصل** في الإثراء أن يكون ماديا [5]، إلا أنه له عدة أنواع فقد يكون إثراء ايجابيا ويتحقق هذا الإثراء عادة بأن تضاف قيمة مالية لذمة المدين، ويتم هذا بأن يكسب المدين حقا، عينيا كان أو شخصيا، أو أن يزيد فيما يملك من ذلك[6]، وقد يكون سلبيا وذلك أن يوفي شخص بدين على آخر، فيثرى هذا إثراء سلبي عن طريق النقص فيما عليه من ديون[7]، وكما قد يكون إثراء مباشرا أو غير مباشر، ويتحقق الإثراء في النوع الأول بانتقال هذا الإثراء من ذمة المفتقد(الدائن) إلى ذمة المثرى(المدين) وذلك بفعل أحدهما، أما

---

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ع 78، المؤرخة في 1975/04/30 المعدل والمتمم.

[2]- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 203.

[3] - مرجع نفسه، ص 203.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام مصدر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 1269.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، مرجع سابق، ص 1275.

[6] -مرجع نفسه، ص 1269.

[7] - عبد الرزاق أحمد السنهوري مرجع سابق، ص 1271.

الإثراء غير المباشر فيتم نتيجة تدخل شخص أجنبي بنقل الإثراء من ذمة المفتقر(الدائن) إلى ذمة المثرى (المدين). [1]

- **إثراء المعنوي:** الإثراء قد يكون معنويا، كأن يكون إثراء عقليا أو أدبيا أو [2] صحيا فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقليا، والمحامي وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبيا، والطبيب وهو يشفي المريض يجعله يثرى إثراء صحيا، فهل يصلح الإثراء المعنوي كالإثراء المادي ركنا لقاعدة الإثراء بلا سبب.

ارتطمت هذه القاعدة هنا، كما ارتطمت في الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفي الإثراء غير المباشر بعقبات، ما لبثت أن ذللتها، فقد رأينا كيف أن الفقه في فرنسا كان يأبي أن يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل، ثم تطور فأجاز ذلك، وتحررت قاعدة الإثراء من هذا القيد حيث كانت النظرية الرومانية تأبي أن يكون الإثراء غير مباشر، ولكن قاعدة الإثراء تحررت من هذا القيد أيضا في فرنسا وفي مصر.

كما أن القانون الألماني والسويسري يشترطان في نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية **(anfdessen kosten)**، ونرى جانبا من الفقه في فرنسا بهذا الرأي. [3]

ولكن قاعدة الإثراء تحررت من هذا القيد الثالث، وأصبح جمهور الفقهاء في مصر وفي فرنسا يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنويا ما دام من المستطاع أن يقدر بمال، سواء في ذاته ناحية الإفتقار الذي يقابله، وبهذا الرأي جرى القضاء في فرنسا وفي مصر. [4]

أ- افتقار الدائن(المدعي)

يقصد بالافتقار **(appauvrissement)** الخسارة التي يتكبدها الدائن أو تلك المنفعة التي تفوته، وقد تكون هذه الخسارة مالا ينفقه كما إذا أقام الدائن بناء على أرض يملكها المدين، وقد يكون الإفتقار منفعة تفوت الدائن، كما يؤدي عملا يفيد منه المدين، كعلاج طبي أو رسم هندسي، فيفتقر الدائن بقدر ما فاته من كسب وهو أجر عمله.

والإفتقار كالإثراء قد يكون إيجابيا أو سلبيا، ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر. وبما أن الإثراء واقعة مادية رتب عليها المشرع. [1] أثرا قانونيا، فلا أهمية لكون المفتقر حسن النية أو سيئها. غير أنه إذا تحقق لإثراء دون

---

[1]- خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 204.

[2]- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، مرجع سابق، ص 1275، 1276.

[3]- مرجع نفسه، ص 1276.

[4]- مرجع نفسه، ص 1277.

الإفتقار، فإن الإثراء بلا سبب لا يقوم قانونا لفقد ركن من أركانه ويستحيل على المدعي الرجوع على المدعى عليه بدعوى الإثراء، فلا يكون هناك إلتزام بأي شيء إذا تبين بأن الإثراء لم يحدث إفتقار لأي شخص، كما لو أقامت شركة مصانع في جهة ما وترتب على ذلك إرتفاع قيمة الأراضي المجاورة، فلا يجوز للشركة الرجوع على أصحاب الأراضي المجاورة بقيمة ما أثروا، لأن هذا الإثراء لم يقابله إفتقار في جانبها.

وعليه فأنه يجب لتطبيق قانونا الإثراء بلا سبب أن يكون إفتقار الدائن هو الذي أدى إلى إثراء المدين، فيكون هناك إفتقار في جانب الدائن، وتكون هناك علاقة سببية بين إفتقار الدائن وإثراء المدين، ويسهل التدليل على هذه العلاقة إذا أمكن ردهما إلى واقعة واحدة، فواقعة دفع الدين مثلا في السبب المباشر في إفتقار الدائن وفي إثراء المدين، كما أن قيام المستأجر بالترميمات الواجبة هو سبب إفتقار المستأجر وإثراء المؤجر، ومن ثم تقوم علاقة السببية بين الإفتقار والإثراء. [2]

ج- انعدام السبب القانوني

ويعتبر انعدام السبب لإثراء المدين، الركن الثالث للإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الإلتزام، فإذا كان الإثراء يستند إلى سبب قانوني، فإن للشخص المثرى الحق في الإحتفاظ بالثراء الذي حققه، وهذا الركن هو ما عبرت عنه المادة (141) من القانون المدني الجزائري (ليس لها ما يبررها).[3]

والسبب هو المصدر القانوني الذي يعطي المثري الحق في الإحتفاظ بشرائه، وهذا المصدر قد يكون تصرفا قانونيا، وقد يكون حكم القانون.

ويكون سبب الإثراء تصرفا قانونيا، إذا كان بين المثرى والمفتقر عقد من العقود يكون سببا لهذا الإثراء وهذا الإفتقار، كأن يشترط المؤجر على المستأجر تملك التحسينات التي يقوم بها المستأجر عند نهاية عقد الإيجار وإذا أمن أحد الأشخاص على دار من الدور من الحريق، ثم احترقت هذه الدار، فليس لشركة التامين أن تعود على صاحب الدار بالفرق بين قيمة الدار قبل انهياره بالحريق وبعد إقامته، لأن إثراء صاحب الدار سببه عقد التأمين وهكذا. [4]

2-مدى إمكانية الاعتماد على هذه النظرية في مواجهة الشروط التعسفية لحماية المستهلك

---

[1] – العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 455.

[2] – مرجع نفسه، ص456.

[3] – خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 204.

[4] –خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 204.

من خلال ما تطرقنا إليه من شرح لنظرية الإثراء بلا سبب نلاحظ أنه وسيلة لأجل منع اللاتوازن العقدي، ولكن في الحقيقة فإن مجال الإدعاء به ضيق جدا حيث يستلزم عدم وجود أي سبب للالتزام وعدم وجود أي حق يمكن أن يستخلص من أي اتفاق أو أي وضعية شرعية أخرى، وبالتالي فهذه النظرية لا تصلح لأن مجالها محدد في القانون. [1]

ثانيا: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط لتعسفية

نظرية عيوب الإرادة من أهم التقنيات التي تعمل على حماية المستهلك بصورة عامة ولهذا سنحاول معرفة كل عيب ومدى فعاليته في حماية المستهلك من خلال مواجهة الشروط التعسفية.

1- الإكراه

هو إجبار الشخص بغير حق أن يعمل عملا دون رضاه، وهذا هو تعريف الإكراه المعتبر شرعا في الفقه الإسلامي، ويترتب على الإكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ في قانوننا اعتبار العقد الذي أوقعه المكره عقدا موقوفا.

وقد يصدر الإكراه من أحد المتعاقدين ولا من الغير، بل من ظروف تهيئة مصادفة اضطر معها شخص إلى التعاقد فهل تعد الضرورة إكراها يفسد رضا المستهلك فيجوز طلب نقض العقد؟

وبالنظر إلى ما يتم العمل به في مجال ترويج السلع والخدمات، فإننا لا نكاد نرى عقدا تحت ضغط الإكراه كما وردت به نصوص القانون المدني.

قد يتصور البعض أن المتعامل بقصد الحصول على سلعة أو خدمة قد يضطر لقبول التعاقد بالشروط التي يفرضها فيها مقدم السلعة أو الخدمة تحت ضغط يمكن تكييفه على أنه إكراه معيب للإرادة.

وقد يتصور البعض الآخر أن الطرف الأضعف إقتصاديا لا يستطيع إلا قبول العرض لأنه إذا رفضه سيحرم من إشباع حاجياته خصوصا أن الطرف المسيطر قد يكون محتكرا في هذا المجال.

من الناحية النظرية، فقد ذهب التقليديون في فقه القانون المدني أن مجرد الإضطراد لا يصلح سببا للطعن في العقد بالإكراه لأن الأخير يفترض أن يهيئ شخص وسيلة لإنتزاع رضا المكره وفي حالة الإضطرار تهيئات الظروف مصادفة. [2]

ويمكن القول أن مثل هذه الضغوط العملية التي يتعرض لها المتعاملون على السلع والخدمات، لا يمكن اعتبارها من قبيل الإكراه الذي يسمح بإبطال العقد أو بإيقافه على النحو الذي يقضي به تشريعنا، ذلك أن تكييف

---

[1] – عصام نجاح، قانون المستهلك، مرجع سابق.

[2] – عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 19.

مثل هذه الضغوط العملية على أنها نوع من أنواع الإكراه يؤدي إلى إضطراب السوق، ومن ثم انهيار كافة العقود التي تتم على هذا النحو، ومما لاشك فيه أن الإبقاء على هذه العقود مثل ضرورة إقتصادية تستجيب لإحتياجات التعامل المستمر لاسيما مع مستحدثات الحياة المعاصرة كما هو الحال في شأن بيع الأجهزة الكهربائية والمنزلية والخدمات المصرفية وغيرها.

وهكذا يمكن القول أنه لا توجد في نظرية الاكراه ما يخدم قضية حماية المستهلك فعليا. [1]

2- الغلط

عرف الفقه الغلط بأنه: " وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص، أو حالة تقدم بالنفس، تجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، أي على غير الواقع، أي أن الوقوع فيه يعني أن يكون لدى الشخص اعتقاد مخالف للحقيقة ".[2]

والغلط أنواع متفاوتة، منها ما يؤثر على سلامة الرضا ومنها ما هو دون ذلك، ويميز الفقه بين الغلط المانع والغلط المعيب للرضا.

فالغلط المانع يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول، فيمنع قيام العقد، ويقع هذا الغلط في ماهية أو طبيعة العقد، أو محل العقد، وقد يتصل هذا النوع من الغلط بسبب العقد، إن هذه الصور الثلاث التي تجسد الغلط المانع يترتب عليها البطلان المطلق للعقد، فهو منعدم الوجود، حيث لم يتحقق تطابق الإيجاب والقبول.

الغلط المعيب هو النوع الثاني من الغلط الذي يؤثر على رضا المتعاقد، حيث يكون القبول مطابقا للإيجاب، إلا أن رضا المتعاقد غير سليم، لأنه لم يكن على بينة حق أمره، وأنه لولا الإعتقاد الخاطئ الذي وقع فيه لما أبرم العقد، ويترتب على النوع من الغلط البطلان النسبي، أي أن العقد يكون قابل للإبطال.

لم يعتد المشرع بهذا التقسيم الفقهي، واكتفى في المواد من81 الى85 من القانون المدني الجزائري بمعالجة الغلط الجوهري المعيب للرضا فقط، والذي يقع فيه المتعاقدين وقت إبرام العقد. [3]

وعوض أن يعرف المشرع الغلط الجوهري تعريفا شاملا ودقيقا، إكتفى بالإشارة إلى مواصفاته [4]، وذكر بعض صوره[1]، من جهة أخرى.[2]

---

[1]- مرجع نفسه، ص 20.

[2]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، منشاة المعارف، مصر، 2008، ص 336.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 109.

[4]- مواصفات الغلط الجوهري:

- غلط جسيم: المادة 82 ق.م.ج " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة...".

كما كانت العقود الحديثة شديدة التعقيد بل أنه يصعب على المتعاقد العادي فهمها فمن السهل أن يوقع المحترف الطرف الآخر في غلط بناء على أمل يوقعه فيه، غير أن الغلط حتى يكون منتجا لآثاره القانونية لابد أن يكون متوفر على شرطين حسب القواعد العامة:

- أن يكون مما لا يمكن التسامح فيه ولا يقع فيه الشخص المعتاد.
- أن يكون الغلط قد وقع على صفة جوهرية في الشيء محل التعامل.

فمتى تم إثبات الغلط تترتب إمكانية إبطال العقد كليا خاصة إذا كان الغلط وقع في طبيعة العقد أو محل العقد ذاته.

مما لاشك فيه أن المستهلك لا يرغب في التمسك في عيب الغلط حتى لا يحرم من السلعة أو الذمة محل التعامل، فبالرغم من نجاح هذه النظرية غير أنها لا تخدم حماية المستهلك. [3]

3- التدليس

تناول المشرع الجزائري التدليس في المادتين 76و87 قانون مدني، غير أن الفقه عرف التدليس بأنه:" تعمد أحد المتعاقدين وهو المدلس، استخدام الحيل أو الوسائل الاحتيالية ليوقع المتعاقد الآخر، وهو المدلس عليه في غلط من شأنه أن يدفعه إلى التعاقد". [4]

فهو غلط مستثار أي- مدبر- ولذا يكون العقد قابلا للإبطال، ليس بسبب التدليس في حد ذاته، وإنما للغلط الذي أوقع فيه المتعاقد.

الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن العلاقة بين التدليس والغلط.

- غلط مؤثر: أي أن يكون الغلط الجوهري هو السبب الرئيسي والوحيد الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.

[1]- صور الغلط الجوهري نص عليها المشرع في الفقرة 2و3 من المادة 82 من القانون المدني الجزائري وهي الغلط في صفة الشيء، الغلط في ذات المتعاقد، الغلط في القانون، الغلط في الباعث على عكس المشرع الفرنسي الذي لا يعتبر إلا بالغلط في صفة الشيء ويعتبر إستثناء بالغلط في ذات المتعاقد.

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 42.

[3]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 109.

[4]- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص343.

بالنسبة للقانون الفرنسي يمكن التمييز بسهولة بين الغلط والتدليس، حيث ذكرنا أن القضاء الفرنسي يشترط في الغلط الجوهري أن يكون متصلا بالصفة الجوهرية للشيء، وفي بعض الحالات بذات المتعاقد أو بصفة من صفاته، أما إذا تعلق الغلط بأمر آخر، كالغلط في القيمة أو الباعث، فلا يعتد به حتى لو كان الدافع الرئيسي للتعاقد، ولكن إذا كان الغلط ناتجا عن حيل إستحصاها المتعاقد لإيقاع الطرف الثاني في الغلط، فنكون بصدد التدليس. [1]

وخلاصة القول تكون العبرة بالغلط إذا تعلق الأمر بصفة الشيء أو بذات المتعاقد، بينما يعتد بالتدليس، إذا تعلق الغلط بغير ذلك شريطة أن يكون الغلط – بطبيعة الحال – غلط مدبر.

أما بالنسبة للقانون الجزائري والقانون المصري فإن الطرح يختلف، لأن مجال الغلط الجوهري غير مقيد بصفة الشيء أو بذات المتعاقد، وأيضا يكون الغلط هو الدافع للتعاقد– بغض النظر عن الأمر الذي تعلق به الغلط– وبالتالي فإن الغلط في الباعث أو في القيمة– بالنسبة للقانون المصري– يعد غلطا جوهريا طالما هو الدافع للتعاقد.

وإنطلاقا من هذا التصور الجديد، نرى أنه نشب اختلاف فقهي حول استقلالية التدليس عن الغلط من عدمها، فمنهم من إعتبر أن التدليس والغلط عملتان لوجه واحد، ومنه فإن نظرية الغلط تعني نظرية التدليس ومنه بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ السنهوري.[2]

والبعض الآخر[3] يقول باستقلالية نظرية التدليس عن نظرية الغلط، مستدلين بحجج عدة [4].

---

[1]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص 125.

[2]– الأستاذ السنهوري يقول بشأن التدليس ما يلي:" فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعا وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من غلط، فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لابد أن يكون غلطا دافعا، والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى لو دفع في الباعث أو في القيمة، فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل بالغلط، وأن نظرية الغلط تعني إذن عن نظرية التدليس.

[3]– من بين الحجج التي استند بها الفريق القائل باستقلالية نظرية التدليس عن نظرية الغلط نذكر:

- بالنسبة لعيب الغلط يقع المتعاقد فيه من تلقاء نفسه، بينما المدلس عليه يقع في غلط يسببه الغير.
- إثبات التدليس أمر يسير عكس الغلط الذي يتعلق بحالة نفسية.
- يترتب على الغلط إبطال العقد، أما التدليس فيترتب عليه إبطال الغلط والتعويض للمجلس عليه .

[4]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص125.

وفي إعتقادنا فإن نظرية الغلط لا تعني عن نظرية التدليس في القانون الجزائري، وذلك لأنه يمكن القول: أن الغلط في القيمة لا يبطل العقد ولو كان هو الدافع بينما إذا كان ذلك ناتج عن حيل، يكون العقد قابلا للإبطال بسبب التدليس.

وتجدر الإشارة كذلك لأحكام المادة 85 قانون مدني التي تمنع من وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية، وهذا الحكم يعني الغلط التلقائي لا الغلط المدبر– أي التدليس– لأن المدلس يكون دائما ذا نية سيئة تحرمه من حماية القانون.

وخلاصة القول نرى أنه يجب أن يؤخذ بعين الإعتبار أن التدليس عنصرين، عنصر مادي وعنصر معنوي.

العنصر المادي يتمثل العنصر المادي في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد.

العنصر المعنوي يتمثل في نية التضليل والخداع عند المدلس، وتتمثل الوسائل المختلفة المكونة للعنصر المادي للتدليس في الحيل المختلفة، الكذب، السكوت العمدي. [1]

قد إعتبر المشرع الجزائري من خلال المادة 86 فقرة 2 من القانون المدني تدليسا السكوت العمدي عن واقعة من شان علم المدلس عليه بها وقت إبرام العقد أن يحجم عن التعاقد، وهنا يمكن الاستناد على أحكام التدليس في مجال الشروط التعسفية من خلال سكوت المهني العمدي عن إعلام المستهلك بشروط العقد كإلتزام يقع على عاتقه.[2]

ويلاحظ أن نظرية التدليس بإعتبارها من عيوب الإرادة، وإن كان يظهر أنها قد تحقق للمستهلك الحماية من الشروط التعسفية، إلا أنها بالنظر إلى الجزاء المرصود لها وهو قابلية العقد للإبطال، وهو ما سيحول دون الإعتماد عليها، ذلك أن المستهلك غالبا ما يرغب في تنفيذ العقد لحاجته إليه، بإلغاء الشرط ومواصلة العقد دونه، وما لا تكفله هاته النظرية. [3]

4–دور الغبن والاستغلال

تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد".

---

[1]– مرجع نفسه، ص 126.

[2] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص167.

[3] – مرجع نفسه، ص 167.

يتضح من هذا النص أن الإستغلال كعيب من عيوب الإرادة هو(عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد، وبين ما يلتزم به نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر له) ويتبين لنا من هذا التعريف أن الإستغلال يتوافر بوجود شرطين، المادي والمعنوي، أما المادي فيتمثل بعدم التعادل بين ما حصل عليه الشخص وما يلتزم به، والمعنوي فيتمثل بإستغلال المتعاقد الآخر حالة العنف الناجمة من الطيش والهوى الجامح الذي وقع فيه المتعاقد.

إتباعا لنهج القانون الفرنسي[1]، فإن المشرع الجزائري اعتنق النظرية المادية في الغبن، والذي يعني في نظرها، عدم التعادل، أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين ولكنه لم يأخذ بها على إطلاقها، وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معينة، وحالات محددة على سبيل الحصر، لا تهم في أغلبها أحوال المستهلكين. [2]

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقا مع المشرعين الألماني[3] والسويسري، وتأسيسا على مبدئي التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات، فإنه أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية

---

[1] – وذلك وفقا لنص المادة 1118 (مدني) ومن بين الحالات التي اخذ فيها المشرع الفرنسي بنظرية الغبن المادية، والتي تهم المستهلكين حق نقض البيع" rexision"لصالح القاصر غير المرشد في جميع العقود، أيا كان طبيعتها ومهما كانت درجته يسيرا كان أم فاحشا (المادة 1305 مدني)، ويسمح ذلك للقاصر بالتحرر من مشترياته إذا اشترى بثمن باهظ، وتدخل القضاء لتخفيض أتعاب الوكلاء المهنيين وأعضاء المهن الحرة: كالأطباء المهنيين ووكلاء الأشغال، ووكلاء الدعوى والموثقين، والوكلاء، تأسيس على وجوب توافر مبدأ حسن النية في التعاقد، وفقا لنص المادة: 1/1134 (مدني فرنسي) وكذلك في حالة قروض النقود وتحديد القانون لنسب الفائدة، وحظره للنسب التي تتجاوزها، ومنها أيضا استغلال الضعف والتي عاقب عليها قانون العقوبات وقانون الاستهلاك معا: وتتمثل في استغلال ضعف شخص ضعيف أو عاجز أو جاهل من أجل الحصول منه على التزام غابن أو التزام فيه غبن: نقلا عن محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 252.

[2]– ومن بين أهم هذه الحالات: حق البائع في طلب تكملة الثمن إذ أثبت أن العقار بيع بغبن زاد عن الخمس، غير أن قصر الحماية على البائع في طلب تكملة الثمن وحده دون المشتري فيه إجحاف في حق هذا الأخير لأنه قد يكون مغبونا أيضا المادة 358 مدني جزائري)، وحق الشريك في نقض القسمة الاتفاقية، إذا اثبت أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس المادة 732 مدني جزائري(، نقلا عن المرجع نفسه، ص 252.

[3]– المادة 138 (مدني ألماني): حيث تبنى المشرع الألماني النظرية الشخصية للغبن أي الاستغلال، والتي نصت على:" أن العمل القانوني المخالف للآداب يعتبر باطلا، ويعتبر باطلا بوجه خاص العمل القانوني الذي يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته ليحصل لنفسه أو لغيره على منافع حالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها، بحيث يتبين من الظروف أن هناك، اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع " نقلا عن المرجع نفسه، ص 252،253.

الشخصية والتي تجعل منها سببا من أسباب إبطال العقود وهي نظرية لا تعتد عند تقرير الشيء بقيمته المادية بل قيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف المتعاقد.

فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالإختلاف في الأداء المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأت ذلك نتيجة إستغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر، وهذا الجزاء هو إما إبطال العقد كما في القانون السويسري، أو بطلانه بطلانا مطلقا كما في القانون الألماني باعتبار الغبن عملا غير مشروع ومخالفا للآداب، أو الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية بين إبطال العقد أو نقصان إلتزامات المتعاقد المغبون كما في القانون الجزائري، والقانون المصري واللذين تأثرا مثل باقي القوانين العربية بالقانون الألماني.

ولاشك أن المشرع الجزائري باعتناقه للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن قد تلافى القصور التشريعي في فرنسا، التي إعتنق المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيقة، ولاشك أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقا في النظرية الموضوعية.

ولازال الفقه في فرنسا يرى منذ عهد: **gripert** تعميم نظرية الغبن، لحماية جميع المتعاقدين الضعفاء إقتصاديا" **economiquement faibles** بما فيهم المستهلكين، كما أنه كلما كنا بصدد عقد إذعان وجب إبطاله بسبب الغبن الذي يلحق بالطرف الضعيف.

غير أن فكرة تعميم نظرية الغبن تصطدم بحق بما نعين هما:

1-أنه وسيلة غير مجدية، لأن الغبن هو عدم توازن الأداءات المتبادلة، وأنه ليس هناك تلازم بين إذعان وبين عدم تعادل الأداءات، أي أنه يترتب دائما عدم تعادل بين الأداءات من واقع لإذعان أحد المتعاقدين للشروط التي انفرد الطرف الآخر بوضعها.

ذلك أن فكرة الغبن تتعلق بمحل العقد، أما الإذعان فيتعلق بالإرادة، ومن ثم فإنه لا يجوز أن نحمي فكرة متعلقة (بالكيف) "**une motion qualitative**"، بواسطة فكرة ذات طابع كمي" **une motion quentitative "**

2-أنه في الدول التي نصت قوانينها على نظرية الاستغلال أو النظرية الشخصية للغبن، لم تشهد محاكمها أ قضية تتعلق به، وهي من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى وشبه ميت. [1]

وأنه حتى ولو افترضنا العمل به على نطاق واسع، لأدى ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات واهتزاز الأمن القومي.

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 253.

فضلا عن وجوب اللجوء إلى المحكمة لرفع دعوى البطلان وأن الإبطال أو دعوى الإنقاص، مع يصاحب ذلك من مصاريف وصعوبة في الإثبات، مما يؤدي إلى تثبيط أهم المستهلكين في سلوك هذا الطريق. [1]

وعليه لا يمكن أن يعتد الطرف المعنيون بالاستغلال إلا بإثبات العنصر النفسي بقيام الضعف النفسي من طيش بين أو هوى جامح.[2]

وهذا المعيار النفسي أو الشخصي الذي أخذ به المشرع الجزائري لا ينطبق على حالة المستهلك فالغبن الذي يتعرض له المستهلك من قبل المهني ليس ناتج عن طيش أو هوى جامح وإنما ناتج عن حاجة للخدمة، أما من يتعاقد معه وإنما يهدف في العادة إلى الحصول على أكبر المكاسب من العقد في ضوء ما يسمح به القانون وما يقترضه من تساوي أطراف العقد (ولو كان ذلك من الناحية النظرية) في القدرة على التفاوض.[3]

وهذا ما يجعل هذه النظرية قاصرة في مواجهة الشروط التعسفية.

ثالثا: دور نظرية السبب في مواجهة الشروط التعسفية

ولمعرفة مدى نجاح هذه النظرية في مواجهة الشروط التعسفية لابد من التعريف بها والتطلع إلى كيفية معالجة المشرع الجزائري لهذه النظرية.

تعريف السبب: يلزم لنشأة الالتزام وجود سبب ويقصد بالسبب الغرض أو الغاية التي يقصد الملتزم الوصول إليها من وراء رضاءه التحمل بالالتزام. [4]

تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري:" إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، كما تقضي المادة 1/98 من نفس القانون " كل التزام مفترض أنه سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك". [5]

يتبين من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري يعتد بسبب الالتزام وسبب العقد، أي فكرة ازدواج السبب، ولو أنه لم يصرح بالتفرقة بينهما، كما أنه قصد الأخذ بالنظرية [6] الحديثة التي سار عليها القضاء، وخاصة فيما يتعلق بأحكام

---

[1] – مرجع نفسه، ص 253.

[2]– عامر قاسم احمد القيسي، مرجع سابق، ص 30.

[3]– مرجع نفسه، ص 32.

[4]– رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 427.

[5]– المادة 97و 98 من القانون المدني الجزائري.

[6]– نشب تنازع أراء حول تعريف السبب فتنازعته نظريتان:

الباعث غير المشروع، فالسبب في القانون المدني الجزائري هو الباعث الدافع على التعاقد بهذا المعنى ذاتي، يختلف باختلاف العقود التي تعتبر أن السبب هو القصد المنشود من العقد، كما انه أخذ بأحكام القضاء الفرنسي الحديث الذي لم يتقيد بحرفية المادتين 1131و 1133 قانون مدني فرنسي وعلى هذا الأساس ، فإنه يشترط في السبب وفقا للمادتين 97و 98 قانون مدني جزائري، شرطان أساسيان هما: أن يكون موجودا، وأن يكون مشروعا. [1]

والخلاصة أن التقنين المدني الجزائري يشترط أن يكون للإلتزام سبب فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع فإن العقد يكون باطلا، وهو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب، والأخذ بالمعنى المذكور يقصد به حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام وحسن الآداب، وبذلك يتحقق صالح الفرد وصالح المجتمع. [2]

1-مدى نجاح نظرية السبب في مواجهة الشروط التعسفية

وللتفصيل أكثر إذا اعتبرنا أن سبب الإلتزام هو المقابل الذي يبحث عنه يمكن القول أن إلتزامات المتعاقد الذي قبل بشروط تعسفية سينقصها السبب أن الإلتزام بشيء ما إلا إذا حصلت على شيء آخر، وإذا لم يتم إلتزامي يسقط.

ولهذا يمكن اعتبار الشرط التعسفي يعيب في المصلحة الحصرية لطرف دون آخر، حيث يوضع على عاتق الطرف الآخر إلتزام، دون مقابل حقيقي فيكون هذا الإلتزام باطل لإنعدام السبب، وهذا ما اعتمد في قضية " كروتو بوست". [3]

هناك مقولة لأحد القانونيين: السبب مصحح لتوازن خطير التي تمس العقد، وبالنظر لإجتهاد آخر لمحكمة النقض الفرنسية استخدامها للسبب ليس فقط لمواجهة الغياب التام للسبب مثل القضية السابقة، لما يتبين من تنفيذ

– نظرية تقليدية: تعرفه على أنه الغرض المباشر الذي يريد المدين أن يصل إليه من وراء التزامه.

– نظرية حديثة: ساير الفقه القضاء في التوسع في تحديد السبب يجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

انظر في ذلك رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 428-430.

[1]– العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 165،166.

[2]– محمد صبري السعيدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة،ط2، الجزء الأول ، دار هومة، 2004، ص 238.

[3]– عصام نجاح، قانون المستهلك ،مرجع سابق.

عقد يتضح إقتصار هذا العقد يصبح مستحيلا (هنا يوجد مقابل لكن هذا المقابل بغياب الإلتزام المقابل إلى عدم وجود فائدة اقتصادية ترجى من العقد).

غير أنه وكما لاحظ الفقه الفرنسي أن استخدامات هذه النظرية لإستبعاد الشروط التعسفية تبقى قليلة كما أن القضاء متردد في تعميمها، ذلك أن هناك تيار فقهي وقضائي ينادي بإستبدال هذه النظرية بالفائدة الشخصية وغيرها من الأفكار التي جعلت من القانوني " مارو" يكتب (السبب مفهوم في مهب الريح).[1]

رابعا: دور مبدأ التعسف في استعمال الحق وقاعدة حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية

الطرف الذي يجني فائدة أكبر بكثير من فائدة الطرف الآخر يعد تعسف باستعمال حقه في التعاقد، وهذا ما استخدمته محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها، كالحكم الصادر عن الغرف التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 1989/12/1 الشروط التعسفية ونظرية التعسف في استعمال الحق "**karimi 2001".**

غير أنه وحسب الفقه الفرنسي هذه التقنية تظهر غير واضحة حتى يمكن أن تعمم وتستخدم في كل مجالات قانون المستهلك قريبا من مفهوم التعسف في استعمال الحق، نجد مفهوم "حسن النية" والذي وفقه يكون المتعاقدون ملزمون على مطابقة سلوكهم على قواعد معينة، ولكن حسب بعض الفقه الفرنسي لا تصلح كتقنية لحل مشاكل اللاتوازن العقدي إلا بشكل غير مباشر.

غير أن هذا المفهوم لحسن النية استخدم في ألمانيا عكس فرنسا يستخدم كتأسيس لإستبعاد البنود التعسفية، ومن هنا فعلينا التعريف بمبدأ حسن النية وطبيعته القانونية. [2]

1- تعريف مبدأ حسن النية

تنص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما، اشتمل عليه وبحسن نية"، نستشف من هذا النص القانوني أنه يجب الالتزام بحسن نية في العقد، إلا أنه لا يعرفه، لأن التشريعات عموما تتحاشى ذكر تعريف لحسن النية تاركة ذلك للفقه والقضاء، وبالرجوع إلى هذين الأخيرين نجد أن إيجاد تعريف موحد لحسن النية في العقد هو أمر يصعب تحققه، لأن اصطلاح حسن النية يعتبر اصطلاحا واسعا، وبالتالي لا يوجد مفهوم عام وشامل ومحدد لحسن النية، وإنما يتوقف على الظروف والملابسات التي تثور فيها مسألة تنفيذ العقد ومسألة تفسيره، ومسألة تكوين العقد.[3]

---

[1] – عصام نجاح، قانون المستهلك، مرجع سابق.

[2] – مرجع نفسه.

[3] –هدى بن يوب ،مبدأ حسن النية في العقود،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،تخصص قانون العقود المدنية،جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي،2012-2013،ص 37.

إلا أنه يمكن القول بأن حسن النية من المبادئ الأساسية في مجال القانون بشكل عام وفي مجال العقود بشكل خاص، بدءا من مرحلة تكوينها غلى مرحلة تحديد نطاقها وتفسيرها إلى غاية آخر مرحلة وهي التنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أن أسس مظهر لحسن النية هو ذلك المظهر الذي يعبر عن احترام الالتزام الموعود به، معنى ذلك أن يحترم المتعاقد ما تم الاتفاق عليه من الطرف الآخر، وأن يتم التنفيذ وفقا لذلك وليس كما يريد أحدهما، ويأخذ هذا المبدأ مفهوم واسعا، فهو يعبر عن الصراحة والقصد السوي والإحساس بالأمانة واستقامة الضمير والنية الصادقة والصريحة كما تعبر عن النية التي لا تشوبها الرغبة في الإضرار بالغير والإساءة إليه والامتناع عن الغش والتدليس والغدر والخداع. [1]

2-مدى إمكانية الاعتماد على مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية

توجب الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية، فهذه الفقرة تقع تحت طائلتها كل العقود دون إستثناء، فقد أراد المشرع بوضع هذه القاعدة أن تكون حدا قانونيا مضروبا على الإرادة، حتى ترتد إلى الحدود الصحيحة للأمانة.

ويثور التساؤل بشأن النص السابق، لماذا يتعلق الأمر بالحماية من الشروط التعسفية على الرغم من أنه يتكلم عن تنفيذ اتفاقات. [2]

هناك رأيين متعارضين في هذا الصدد، وذلك رغم أن الفقه لم يولي اهتماما كبيرا بمبدأ حسن النية، كآلية لإعادة التوازن إلى العقد، فالرأي الأول يذهب إلى أن مبدأ حسن النية يراعي فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة بما كان ترك شروط العقد لمحض تقدير القاضي بالاستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة 1134 مدني فرنسي.

على أن الرأي الثاني يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يطل العقود جميعها، سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها فالمادة 142 مدني ألماني مثلا نصت على هذا المبدأ بوصفه مبدأ عام، بشرط أن لا يؤدي إعماله إلى المساس باستقرار المعاملات، كما أن المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود، والأشد وقعا عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته، إذ أن المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976، والمتعلق بالشروط العامة للعقود، منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي والعمل على تحقيقه، كما نصت المادة 09 من نفس

---

[1]- عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، ماجستير تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص 17.

[2]- سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 56.

القانون على تحديد معنى الشروط العامة، بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية.

وتتردد المحاكم في فرنسا في تبني موقف القانون الألماني، وإن كانت أحيانا تتطلب أو تستوجب حسن النية عند تنفيذ العقد، بما يسمح بتقدير فيما إذا كان سلوك المتعاقد سويا أم لا.

مما يفسح المجال لإعمال ميكانيزمات تقنية مختلفة أخرى مثل المسؤولية والفسخ وغيرها.

وبالتالي فإنه رغم الاعتراف بقاعدة حسن النية في فرنسا، وما توجب به من تطبيق لبعض القواعد والأحكام، فإنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي. [1]

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نص عليه في المادة 1/107 من خلال هذه المادة نستخلص إن في ذلك اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بان يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، فضلا عن استخلاص نهيه بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد.

إذا علمنا أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، فإن ذلك يفسر انعدام الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية من اجل إعادة التوازن إلى العملية العقدية لصالح الطرف الضعيف، إذ أن إدراج شرط تعسفي من طرف المهني في عقد الاستهلاك الذي يربطه بالمستهلك، ما هو إلا تصرف ناجم عن سوء نيته،" وهو ما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي في القانون الجزائري". [2]

الفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في عقد الإذعان

جاء موقف المشرع الجزائري واضحا إزاء طريقة إبرام عقد الإستهلاك، إذ اعتبره وبصراحة نص المادة 3 فقرة 4 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عقد يبرم بطريق الإذعان، حيث جاء فيها:" عقد كل اتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

---

[1]- سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 57.

[2]- مرجع نفسه، ص 57.

ونفس عبارات هذه المادة، أعاد المشرع تأكيدها بشكل حرفي في الفقرة 2 من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ليكون بذلك قد ساير ما اتبع في التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية.[1]

والنتيجة التي تترتب على هذا الإحتكار هي إنفراد هذه القوى المحتكرة بوضع شروط العقد وبنوده ولا تقبل من المتعاقدين معها مناقشة هذه البنود أو الإعتراض عليها بحيث لا يكون أمامهم سوى قبول شروط العقد برمتها أو رفض التعاقد وغالبا ما تضطرهم ظروفهم إلى قبولها إذ أن العقد أحد أطراف العقد لا يعني بالضرورة عقد من عقود الإذعان إلا أن الواقع المعاصر أفرز صورا حديثة من العقود أضحى فيها إختلال التوازن بين إلتزامات أطرافها واضحا وذلك في ظل عدم قدرة المتعاقد الضعيف على مناقشة بنود العقد فضلا عن عدم رغبته الفنية والقانونية يمثل واقعا لا يسمح له بتقدير آثار هذه البنود على مركزه المالي والقانوني تقديرا صحيحا. [2]

ولتوضيح الحماية المقررة للطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقد الإذعان لا بد من توضيح أولا: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية، ثم سنتناول تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدنيا.

أولا: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية

لتبيان الحماية المقررة للطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقد الإذعان لابد من توضيح استفادة هذا المستهلك المذعن من الحماية ثم تبيان كيف للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يستبعدها نهائيا.

فإذا كان دور القاضي في القواعد العامة يتمثل في مجرد التفسير بغية إعمال حكم القانون عليها، غير أنه وخروجا عن هذه القاعدة أعطاه المشرع سلطة استثنائية لتعديل أي شرط يرى أنه قد يلحق ضرر بالمتعاقد المذعن أو إعفاءه منه، وهو ما نص عليه في المادة 110 من القانون المدني الجزائري:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

1-شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية

---

[1] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 29.

[2] – موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011، ص 263،264.

حتى تتقرر الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية لابد من توافر شروط وهي:

- أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم وصحيح.
- أن يتضمن العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية.
- أن يكون المذعن في موقف ضعيف.[1]

- **الشرط الأول: وجود عقد قائم وصحيح** لبسط الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان لا بد أن يكون هناك عقد قائم، يتوافر على عنصر التراضي من إيجاب وقبول وأن يكون صحيحا خالي من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه التي قد تشوب العقد وأن يكون له محل موجود أو قابل الوجود ومشروع، وبالإضافة إلى سبب العقد الذي يشترط فيه المشروعية وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العام.[2]
- **الشرط الثاني: تضمن العقد شرط أو عدة شروط تعسفية** بعد قيام عقد صحيح خال من كل عيب من شأنه إبطاله لابد أن يتضمن شرط أو عدة شروط تعد تعسفية، تتطلب بسط الرقابة عليها بهدف إعادة التوازن للعقد أو هي الأقل لإزالة التفاوت الكبير فيه، وإذا لم يكن العقد متضمن لأي شرط تعسفي فلا محل لمراجعة القاضي.
- **الشرط الثالث: الضعف الإرادي للمتعاقد المذعن** ما يميز عقد الإذعان هو ضعف الطرف المذعن في مواجهة المتدخل أو المهني الذي لا يوجد أمامه سوى الإذعان والرضوخ لشروط مفروضة عليه لأنه لو كانت هذه الشروط نتيجة مفاوضات بين الطرفين فإن المادة 106 من القانون المدني الجزائري هي التي تنفذ أحكامها باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما حتى وإن كانت شروط تعسفية فما دام تم التفاوض بشأنها وقبولها فلا تطبق عليه الحماية، ذلك أن الحماية مقررة للطرف الضعيف المذعن على قبول شروط العقد دون المفاوضة حولها ومناقشتها فإن رغب قبل وأبرم العقد، وإلا ينصرف نهائيا عن العقد، فإن قبل وأبرم العقد تدخل القاضي لحماية الإرادة الضعيفة للمتعاقدين إما بالتعديل أو الإعفاء منها. [3]

2-سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها

---

[1] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص91.

[2] –مرجع نفسه.

[3] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص92.

يجوز للمستهلك بموجب المادة 110 من القانون المدني أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود، أو بإعفائه منها كلية، على نحو ما تقضي به العدالة، ما دام أن القانون منح للقاضي أداة قوية يحتمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الإحتكار والمحترفين.

وفقا للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها، لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتي له ذلك إلابناءا على طلب الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني.

يرى الدكتور محمد بودالي أنه يجب الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوروبية، لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية.

ويرى بعض الفقهاء العرب أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به شرطا تعسفيا في عقد إذعان، فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة.

فمحكمة النقض الفرنسية تبسط رقابتها على تقدير المحاكم الأدنى للطابع التعسفي للشروط بوصفها مسألة قانون لا واقع، متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير وتحقيقا للأمن القانوني واستقرار المعاملات. [1]

أما المشرع الفرنسي فقد نص في محتوى المادة 1169 من مشروع التنظيم، وهو نص من القانون المشترك للعقود على" أن البند الذي يخلق اختلال أو عدم توازن دلالي بين حقوق وواجبات أطراف التعاقد، يمكن حذفه بأمر من القاضي وبطلب من المتعاقدين أو المتضررين."

فالمشرع الفرنسي أعطى أيضا للقاضي سلطة إلغاء الشرط التعسفي الذي يخلق عدم توازن بين اطراف العقد وذلك بطلب من أطراف العقد أو المتضررين منه.[2]

حيث تدخل المشرع المصري تدخلا مباشرا لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فقضت المادة 149 من القانون المدني المصري أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 260،261.

[2]- L'aurène Gratton, « les chause abusives en droit comun des contrats» recueil dalloz , Paris, 2016,P22.

يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"

وبلغه متطابقة تماما تدخل المشرع العراقي فنص في المادة 167 فقرة 2 على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك).

ويتضح من النصين أن المشرعين أرادا أن يحميا الطرف المذعن حماية فعالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية لا يملك الطرف المذعن إلا القبول بها، الحقيقة أن عدم وضوح الشرط أو غموضه بما يجعل من الصعب على المذعن التعرف على مضمونه أو مداه لا يتعلق بمدى التعسف المترتب عنه هذا الشرط، وإنما هي مسألة تتعلق بإعمال قواعد التفسير الخاصة والتي قرر المشرع من خلال ترجيح جانب الطرف المذعن. [1]

ثانيا: تفسير عقود الإذعان

بمراجعة نص المادتين 111 و112 (مدني جزائري) يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين حالات ثلاث وهي:

- حالة وضوح عبارات النص وهنا لا يجوز الإنحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.
- وحالة غموض عبارات النص وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الإسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل.
- وأخيرا حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهنا يتعين تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.[2]

فالقانون اعترف للقضاء بسلطة تفسير الشروط الغامضة أو المبهمة، وقد نصت المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه" إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...".

وتضع المادة المذكورة بين يدي القاضي وسائل يستهدي بها للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين، في أعماق الباطنة إذا تعذر عليه التعرف عليها من الإرادة القاهرة، وهذه الوسائل منها ما ذكره

---

[1] – عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 36.

[2] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، ص 262.

النص على سبيل المثال ومنه ما استخلصه الفقه من نصوص القانون المدني الفرنسي، وهي في مجملها قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي.[1]

يضاف إليه ما إكتشفته المحاكم ذاتها من وسائل والتي منها مثلا: تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة في التناقض، والشروط المرقونة على الشروط المطبوعة وان الإشارة المخطوطة المدرجة في فراغ أبيض تعتبر جزءا لا يتجزأ من باقي النص. [2]

فالمشرع أعطى للقاضي السلطة في التدخل لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه لكن الإشكالية التي تثور حول هذه المادة هي: هل أن القاضي متى طلب منه الخصوم التعديل أو الإعفاء يستجيب أم أن له السلطة التقديرية في تحديد الطابع التعسفي من عدمه؟.

أوضح النص المذكور سابقا أن سلطة التعديل أو الإعفاء جوازيه وليست وجوبيه وعليه فرغم وجود الشرط التعسفي إلا أنه للقاضي أن يمتنع عن استخدام هذه السلطة الممنوحة له إذ ترجع المسألة إلى تقديره ومدى قناعته باستخدام هذه الرخصة من عدمها مع التأكيد أن القاضي لا يمكنه التدخل من تلقاء نفسه وإنما يتأتى ذلك بناء على طلب الطرف المذعن عملا بمبدأ حياد القاضي.

ويرى جانب من الفقه أنه لتوفير الحماية أكثر أضاف المشرع جملة:" يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"، فلا يجوز الإتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو الإعفاء من الشروط التي يراها تعسفية، ذلك أنه لو كان من الجائز مثل هذا الإتفاق لما تأخر المتدخل في جعله من شروط العقد ولإنعدمت الحماية القانونية المتوفرة للطرف المذعن. [3]

ثالثا: تفسير الشك لمصلحة المذعن

وهذه القاعدة تبرزها عدة اعتبارات منها أن الأصل هو براءة ذمة المدين من أي التزام وأن ترتيب إلتزام في ذمته استثناء، ولا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء، فإذا قام شك في التزام ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل وهو براءته، ثم أن القواعد العامة تقتضي بأن على الدائن إثبات الإلتزام، فإذا قام شك في التزام المدين فإن على الدائن أن يزيل هذا الشك ويثبت الإلتزام.

غير أن المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري قد أوردت استثناء على هذه القاعدة بتفسير الشك في عقود إذعان، فيقضي النص فيها بان يفسر الشك لمصلحة العاقد المذعن، دائنا كان أو مدينا، لماذا؟ لأن من المفروض

---

[1] – مرجع نفسه، ص 662.

[2] – مرجع نفسه، ص 263.

[3] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 94،95.

أن العاقد الآخر، وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وتحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض. [1]

وطبقا للمادة 112 من القانون المدني الجزائري فأنه إذا إستحال على القاضي تفسير الشروط الغامضة فله أن يفسر كل شك لصالح المدين وبموجب هذه المادة فإن المشرع وضع حماية خاصة للمدين، كما هو الحال عند مراجعته للشرط الجزائي بوضعه لهذه القاعدة يجعل المدين الطرف الضعيف الواجب حمايته، غير أن الواقع قد لا يكون المدين يجعل المدين الطرف الضعيف الواجب حمايته، غير أن الواقع قد لا يكون الحدين في حاجة لمثل هذه الحماية لاسيما عندما يكون هو الذي وضع الشرط الغامض سواء عن حسن نية أو عن سوء نية وذلك بقصد الأضرار بالدائن، فكيف نفسر الشرط لصالحه؟.

مثلا إذا كان المدين هو شركة تجارية أو مقاولة يتعاقد معها المستهلكين للحصول على خدمات معينة تسمح لهم بالمفاوضات في شروط العقد ولكن نظرا لإحترافها وخبرتها تضع شرط غامض أي يتضمن عبارات ومصطلحات يصعب على الطرف العادي فهمها، ويكون الشرط الغامض محل التزامها اتجاه المستهلك، فكيف نفسر هذا الشرط لصالح الشركة ؟

إذن يتجلى لنا أن القواعد المعتمد عليها لتفسير العقود لا تحقق حماية كافية للمستهلك من الشروط التي قد يضعها المحترف بحيث لا يمكن الإعتماد على المعيار الشخصي لإنعدام الإرادة المشتركة في عقود الإستهلاك، ولا حتى على المعيار الموضوعي لأنه مرتبط بالأول أو على القاعدة المنصوص عليها في المادة 2/112 من القانون المدني لأن المستهلك قد يكون دائنا كما قد يكون مدنيا. [2]

ونجد أن تفسير الشك يكون لصالح المدين إذا تعلق الأمر بعقد إذعان فإنه يجب أن يفسر لصالح المذعن ولو كان دائنا وذلك عند غموض عبارات التعاقد، ففي عقود الإذعان يستقل الطرف القوي في وضع شروط التعاقد ويتوافر له من الوسائل ما يمكن أن يضعها في أوضح صورة وأفضل صياغة بغير تخوف من ردة فعل الطرف الآخر وهذا الطرف القوي يعلم أن الطرف الآخر سيذعن ويقبل هذه الشروط في أي صورة كانت، ومن ثمة يتحمل تبعة غموض الصياغة حيث كان في وسعه أن يتحاشاها لكي لا يتخذ هذا الغموض سبيلا لتضمن العقد الشروط التي تهدر مصلحة المذعن. [3]

---

[1]– آسيا يسمينة مندي، مرجع سابق، ص 117.

[2] –جميلة عزيزي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003، ص 52،53.

[3]– موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 272.

ويحفل القانون الفرنسي بنصوص أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود للمستهلك، فإضافة إلى نص المادة 1102 قانون مدني، المرادفة للمادة 112 قانون مدني جزائري، فهناك نص المادة 1602 التي وبعد أن حملت البائع بإلتزام بالإيضاح **une obligation de clarte** إضافة إلى كل تصرف أو غامض يفسر ضد البائع، وهو في الغالب الأعم من يكتب العقد.

يضاف إلى ذلك نص المادة 133 فقرة 2 من قانون الاستهلاك ألت تقضي بأن شروط العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين، يجب أن يقدم وتكتب بشكل واضح ومفهوم، وأنها تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصلح للمستهلك أو غير المحترف.[1]

المطلب الثاني: القواعد الخاصة لحماية المستهلك من الشروط لتعسفية

تتوقف حماية المستهلك على مدى احترام المحترف للالتزامات الملقاة عليه، حيث يكون هذا الأخير ملزما باحترام كافة تقاليد المهنة التي يزاولها، فالاهتمام بحماية المستهلك قد يأخذ عدة أشكال الأمر الذي لا يمكن حصره في موضوعنا هذا، لكن تقضي المصلحة أن نتعرض لأهم الالتزامات التي ألقاها المشرع على المحترف في إطار التصرفات التي يبرمها مع المستهلك سواء بطريق مباشر (علاقة عقدية) أو غير مباشرة، إذ يتعين على المحترف أن ينصب اهتمامه بالدرجة الأولى على إعلام وإحاطة المستهلك بكل المعلومات اللازمة عن المنتوج[2](فرع أول) إلى جانبه الالتزام بضمان المنتوج من كافة العيوب (فرع ثاني).

الفرع الأول: إعلام المستهلك

إن عدم التكافؤ بين المستهلكين والمهنيين يعود بالدرجة الأولى إلى عدم مساواة إعلامهما، فالمهنيون يعرفون أكثر من المستهلكين المنتوجات والخدمات المعروضة في السوق، في حين أن المستهلكين معظمهم غير قادر على الحكم على المنتجات أو الخدمات ولا حتى التفريق فإعلام المستهلك عامل لشفافية السوق وتطوير المنافسة، فإذا كان المستهلك عالما بالمنتوج كانت له سلطة وحرية الاختيار، أما إذا كان يعوزه العلم أو كانت له معرفة غير كافية، حال ذلك دون حرية واستقلال القرار لديه، لذا صار الإعلام حقا أساسيا للمستهلك، بإعتباره شرطا لحرية الإختيار والإعلام قد يكون من جانب المهنيين، كما قد يكون من جانب أجهزة حماية المستهلك[3]،

---

[1]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 264.

[2]– زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "المسؤولية المهنية"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 116.

[3]– عماد الدين فراجي، الحماية الجزائية للمستهلك وقع الغش وقوانين الملكية الفكرية، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة التاسعة عشر،2008–2011، ص 15.

ويكون هذا الإعلام فعالا لا بد أن يمنح وقتا كافيا له، لهذا فإن المشرع الاستهلاكي وضع مقاييس خاصة لحماية الاتفاقيات من تعسف المهني كإجبارية الإعلام وآجال التفكير[1]،وعليه فإن إعلام المستهلك يتضمن إلتزامين أساسيين إلتزام المهني بالإعلام(أولا)، والتزام بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد وإبرامه (ثانيا).

أولا: إلتزام المهني بالإعلام

الإعلام هو تحصيل حقيقي لشيء ومعرفته والتيقن منه، أما في الاصطلاح الصحفي يقصد به، عملية توصيل الأحداث والأفكار لعلم الجمهور، عن طريق وسائل عديدة سواء كانت مسموعة أو مرئية أو مكتوبة، ويشترط في الإعلام المصداقية والوضوح. [2]

فالإعلام يتميز بالموضوعية من الناحية النظرية خلافا للإعلان الذي يعتمد على المبالغة والتمويل، فالإعلام لا يكون إلا محايدا، لأنه يهدف إلى ترويج سلع أو خدمات معينة، وحتى يتسنى له معرفة حقيقة الإعلام فلابد من التعرض لمضمون الإعلام وطبيعته' وكيفية ووسائل تنفيذه.

1- مضمون الالتزام بالإعلام

الالتزام بإعلام المستهلك هو التزام يرمي إلى تنوير المستهلك وتمكينه من الإقدام على اقتناء المنتوج أو الخدمة عن إرادة حرة وسليمة، فهو لا يستطيع تحديد أوصاف المنتوج ومكوناته إلا بناء على البيانات التي تعطى له، وهو التزام يجد مصدره في القانون مثله مثل الالتزامات الأخرى.

الإعلام هو عبارة عن بيان أو إشارة أو تعليمات يمكن أن تقدم توضيحا حول واقعة أو قضية، وعليه مضمون الإلتزام بالإعلام تنوير المستهلك حول المنتوج وذلك بتقديم مواصفاته من وزن ومكونات وتاريخ الصلاحية وكيفية عليه والسهر إلى غير ذلك[3] من المعلومات المرتبطة بالبيع وجزاء تخلف ذلك هو دليل على ممارسة أنشطة مخالفة لقواعد شفافية الممارسات التجارية، نجد مصدره[4] في كل من القواعد المدنية وتلك المكرسة لحماية المستهلك وممارسة الأنشطة التجارية.

---

[1]-Jean-pierre pizzio: "la protection des consommateur par le droit commun des obligation",RTD com,Paris,1998,p53.

[2] – بدر الدين عزيزي، دور الأعوان المكلفون برقابة الجودة وقمع الغش في حماية المستهلك في ظل القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة، 2015/2014 ،ص 06.

[3] –مرجع نفسه، ص 07.

[4]– يستنتج من خلال مصادر الإلتزام بالإعلام وأسسه القانونية، أن لهذا الالتزام صنفين: الالتزام عام بالعالم فنجد أساسه في القانون المدني، والتزام خاص بالإعلام نجد أساسه في بعض المراسيم والتنظيمات الخاصة لا تزيد للالتزام العام بالإعلام وإنما هي مكملة له.

يفهم من خلال التعرض لمضمون الالتزام بالإعلام أنه قد يكون هذا الالتزام سابق عن إبرام العقد وهو ما يطبق عليه" الالتزام قبل التعاقد بالإعلام" كما يمكن أن يكون هذا الالتزام أثناء إبرام العقد.[1]

نص المشرع الجزائري بضرورة التزام المحترف بإعلام المستهلك بالمبيع طبقا لنص المادة 352 فقرة 1 من التقنين المدني الجزائري كما يلي:" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".[2]

كان هذا ضمن أحكام عقد البيع، فعلى البائع إذن أن يصرح بحقيقة المبيع وبوضعه وصفا نافيا للجهالة، ونجده كذلك في نص المادة 86 من القانون المدني التي اعتبرت السكوت العمدي تدليسا هذا بالنسبة للقانون المدني، أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك وقمع الغش[3]، فتنص المادة 17 منه على:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضمه للاستهلاك بواسطة الرسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".[4]

وعليه فان المشرع شدد على المحترف بأن يقوم بإعلام المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتوج سواء تعلق بكيفية الاستخدامات أو مواصفاتها القانونية أو طبيعتها أو منشأها ومن المراسيم القانونية التي تجرم المحترف بذلك نذكر منها:

- المرسوم التنفيذي رقم 90-366 المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها. [5]
- المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها. [6]

---

[1]- بدر الدين عزيزي، مرجع سابق، ص 3، 4.

[2]- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية ، عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بقانون رقم 07-05 المؤرخ في 03 مايو 2007.

[3]- بدر الدين عزيزي، مرجع سابق، ص 5.

[4]- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 الصادر بتاريخ 8 مارس 2009.

[5]- المرسوم التنفيذي 90-366 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

[6]- المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية جريدة رسمية عدد 50 الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

2- طبيعة ونطاق الالتزام بالإعلام

يعتبر الإعلام عامل من العوامل التي تؤثر على شفافية السوق وتطوير المنافسة، فعدم التكافؤ في العلاقات بين المستهلك والمحترف يعود بالدرجة الأولى لعدم مساواة علمهما بالمنتوج، لذا يجب معرفة طبيعة ونطاق هذا الالتزام نظرا للآثار التي يرتبها خاصة فيما يتعلق بمسؤولية المحترف.

إن معرفة طبيعة الالتزام بالإعلام يعتبر معرفة بالغرض المرجو منه، في الحين معرفة النطاق الذي يشمله يكمن في معرفة المنتوجات الخاضعة لإلزامية الإعلام وكذا معرفة الأشخاص المستفيدين والملزمين به.[1]

أ- طبيعة الالتزام بالإعلام

يعتبر العديد من الفقهاء أن الالتزام بالإعلام وفقا لقانون الاستهلاك هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أن يثبت المنتج أنه بذل العناية اللازمة في إيصال البيانات والمعلومات للمستهلك لان الأمر يتعلق ببيانات إجبارية منصوص عليها في نصوص تشريعية وتنظيمية ويجب أن يتم تنفيذه طبقا لما جاء في القانون، فإذا لم يعلم المستهلك عنها يستنتج القاضي إخلاله بالتزام الإعلام ويترتب عليه حق المستهلك في التعويض.[2]

إذا كان من الفقهاء من يعتبر هذا الالتزام وهو التزام بتحقيق نتيجة، فهناك من يعارض على الاعتقاد الذي اخذ بصفة مطلقة وهذا لأمرين هما:

الأمر الأول: إذا كان المحترف التزامه هو تحقيق نتيجة فإنه يسعى جاهدا لتحقيق هذه النتيجة والتي هي عدم الإضرار بالمستهلك، ولكن الواقع يثبت إهمال العديد من المحترفين لهذا الالتزام والأكثر من ذلك هو علمهم بوجود القاعدة التي تعاقب على الإخلال بذلك.

الأمر الثاني: قد يكون أيضا إلتزام المنتج هو بذل عناية والتي تتمثل في تمكين المستهلك من اقتناء منتجات وخدمات دون الإضرار به، وذلك بمنحه منتوجات تتماشى مع المقاييس وتجاوب مع الرغبات المشروعة عند استعمالها.

وكذلك إلى جانب ذلك فإننا نقول بأن طبيعة الالتزام بالإعلام تختلف باختلاف الهدف الذي تسعى إليه القواعد القانونية التي وضعت من أجل ذلك، فنجد أن الالتزام بالإعلام في القانون المدني يختلف عن الإلتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش ونذكر من هذه الاختلافات.[3]

---

[1]- زوبير ارزقي، مرجع سابق، ص 120، 121.

[2]- مرجع نفسه، ص 121.

[3] - زوبير ارزقي، مرجع سابق، ص 122.

- الإخلال بالالتزام بالإعلام في المادة 86 من القانون المدني الجزائري يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال نظرا للتدليس الذي تعرض له المستهلك وهذا ليس لصالحه.
- تضرر المستهلك نتيجة اقتناء منتجات لا تحمل تاريخ الصلاحية مثلا، ففي إطار التقنين المدني حتى يبطل العقد لابد من رفع دعوى قضائية يكون موضوعها طلب إبطال العقد والتفويض عليه، وعلى المستهلك أن يثبت توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 86 من القانون المدني الجزائري، وليس فقط عدم توافر البيانات على المنتوج، وإنما أيضا توفر نية التضليل والسكوت وأن هذا السكوت هو الدافع لإبرام العقد وكل ذلك يستحيل على المستهلك القيام به، في حين نجد أن قانون حماية المستهلك لا يشترط إثبات سوء نية المنتج ولا إثبات الإخلال بالتزام الإعلام، وإنما يكفي عدم وجود بيانات إلزامية على المنتوج ليستخلص منها القاضي مباشرة أن هناك إخلال بالتزام يفرضه القانون على المحترف.[1]
- الالتزام بالعلام في نصوص التقنين المدني ينفذ أثناء إبرام العقد ، أما في إطار نصوص حماية المستهلك فهذا الالتزام يكون موجودا قبل إبرام العقد فهو قائم في جميع الحالات مهما كانت العلاقة بين المحترف والمستهلك.[2]

ب- نطاق الإلتزام بالإعلام

أما بالنسبة لنطاق الالتزام بالإعلام فهو يشمل كل من السلع والخدمات سواء كانت محل بيع أو محل تنازل مجاني للمستهلك ، بحيث لا يمكن حصر مجال معين لهذا الالتزام ولا يمكن وضع قالب معين يقدم لكل المستهلكين المهم أن يكون بلغة يفهمها المستهلك وبصورة تجعل هذا الأخير قادرا على التحكم في السلطة أو الخدمة المواجهة له بما يعود عليه بالفائدة.[3]

3- كيفية تنفيذ التزام المهني بالإعلام ووسائله

يحدد القانون والتنظيم أحيانا أوجه الإعلام الواجب على المحترفين تقديمها للمستهلك، وتوصف هذه الالتزامات الخاصة بأنها إجبارية لاقترانها بجزاءات عقابية عند الإخلال بها، كما أن هناك جهات رسمية لمصالح مديريات التجارة تسهر على فرض احترام النصوص التشريعية، والتنظيمية، وتتنوع الالتزامات الخاصة بالإعلام.[4]

أ- إعلام المستهلك بعناصر وخصائص المنتجات

---

[1] – مرجع نفسه، ص 122.

[2] – بدر الدين عزيزي، مرجع سابق، ص 6.

[3] – مرجع نفسه.

[4]– عماد الدين فراجي، مرجع سابق،ص 18

لا يتمكن المتدخل من تنفيذ التزامه بإعلام المستهلك بخصوص عناصر وخصائص المنتجات إلا باستعماله لوسائل قانونية تضمن نقل كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج.[1]

وهذا ما أكدته المادة 17 فقرة 1 من القانون 09- 03[2] بخصوص هذا الالتزام والتي تنص على:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة."

من خلال هذه المادة يتضح أن إعلام المستهلك بخصائص المنتوج وخصوصياته هو حق مكفول له قانونا، بغية تمكينه من معرفة المنتوج بشكل يعطيه القدرة على الاختيار المطابق لرغباته المشروعة، فيبرم العقد وهو مقتنع بما وقع اختياره عليه، وهذا الحق يقابله التزام المهني بإعلامه بذلك بأية وسيلة كانت، فالمشرع الجزائري لم يشترط أن يتم الإعلام بوسيلة محددة، حيث ترك الحرية للمهني في اختيارها ما دامت تلبي الغرض المقصود منها، إلا أنه في المقابل نص على أهم وسيلة مكرسة عمليا يتحقق من خلالها إعلام المستهلك بخصائص المنتوج، عبر جملة من النصوص القانونية[3]، لذلك سنتطرق إلى تعريف الوسم مضمونه، كيفية وضعه، وأنواعه في القانون الجزائري، والقواعد التي يجب مراعاتها في الوسم.

تعريف الوسم

عرفت المادة 03 فقرة 04 من القانون09-03[4] الوسم " كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة تظهر على كل غلاف أو وثيقة لافتة أو سمه أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها."

---

[1]- آسيا يلس، الالتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة آم البواقي، 2011 – 2012،ص 117.

[2]- القانون 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بجناية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 ، صادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

[3]- إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 98.

[4]- القانون رقم 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 6 مارس 2009.

إلا أنه ما يلاحظ استعمال المشرع في المادة 03 فقرة 04 أعلاه مصطلح "المرتبطة بالسلعة"، ولا نفهم السبب في ذلك لان الوسم يشمل كل من السلعة والخدمة على حد سواء وللأفضل أن يستعمل لفظ منتوج لأنه أكثر شمولية.[1]

وهو ما اقتدى به المشرع الجزائري عند تعريفه الوسم في المادة 2 فقرة 6 من المرسوم التنفيذي 90/ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.[2]

- **مضمون الوسم**

يشمل الوسم كل البيانات والكتابات التي تحدد العناصر التي تتعلق بسلعة ما وحتى الصور والرموز التي تنبه المستهلك بالأخطار المحتملة، خاصة الأمي، مما يمكنه من معرفة خصائص المنتوج من دون أن يسأل البائع، الوسم يؤدي إذن دور البائع الساكت، وهو أيضا يسهل عليه عملية البحث والمقارنة بين مختلف الماركات المنافسة،والمفاضلة بينها لاتخاذ القرار السليم.[3]

- **كيفية وضع الوسم**

يتم وضع الوسم بعدة طرق:

أ- يطبع الوسم على بطاقة تثبت على التغليف وهو ما نصت عليه المادة 5 مكرر من المرسوم 90 – 367 بقولها:" عندما تكون بيانات الوسم موضوعة على بطاقة يجب أن تثبت هذه الأخيرة بطريقة لا يمكن إزالتها من التعبئة." [4]

---

[1] – آسيا يلس ، مرجع سابق، ص 119.

[2]– المادة 2 فقرة 6 من المرسوم 90– 39 :" جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بالمنتوج."

[3]– آسيا يلس، مرجع سابق، ص 119.

[4]– المرسوم التنفيذي 90– 367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم السلع الغذائية، جريدة رسمية عدد 5، بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

ب– يطبع الوسم مباشرة على التغليف وهو ما نصت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 90 –366 التي نصت على أنه:" يمكن أن تطبع البيانات المذكورة في المادة 5 أعلاه مباشرة على التغليف."

وهو ما تؤكده المادة 3/3 من القانون 03/09 التي عرفت التغليف بأنه:" كل تعليب مكون من مواد أيا كانت طبيعتها، وضمان إعلام المستهلك بذلك."

يؤدي الوسم دور كبير في إعلام المستهلك وتمكينه من اتخاذ إقراره الملائم له.[1]

- **أنواع الوسم**

يتميز الوسم بأهمية كبيرة تزايدت خاصة بعد تعدد أنواع المنتجات في الأسواق إلى درجة أن المستهلك لا يستطيع المقارنة بينها فيساهم الوسم في مساعدته على التمييز بين السلع وتفادي الخلط بينهما، ويمكن أن يكون الوسم على غلاف المنتوج كما يمكن طبعه في أوراق منفصلة وموضوعة داخل الغلاف.[2]

وقد نظم المشرع الجزائري الوسم في أنواع معينة من المنتوجات بموجب مجموعة من المراسيم والقرارات أهمها[3]:

- وسم السلع الغذائية بموجب المرسوم 90/ 367 الصادر في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05 – 484[4] وقد عرف السلع الغذائية في المادة 3 منه، ويقصد بالسلع الغذائية جميع المواد المخصصة لتغذية الإنسان أو الحيوان وجميع المواد المستعملة في صناعة الأغذية وتحضيرها ومعالجتها باستثناء المواد المستخدمة في شكل أدوية ومستحضرات للتجميل فقط، ويجب أن يشتمل وسمها جميعا على بيانات إجبارية كالتسمية الخاصة بالبيع، وتاريخ الصنع والأجل الأقصى لاستهلاك، شروط الحفظ الخاصة، اسم الشركة، العلامة المسجلة، عنوان الشخص المسؤول عن صناعة السلعة وتوضيبها أو توزيعها أو استردادها، المكونات.[5]

---

[1]– أسيا يلس، مرجع سابق، ص 120.

[2]– كريمة جيدل، حماية المستهلك، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الخامس بعنوان "الحماية القانونية للمستهلك"، يومي 16 و 17 ماي 2015، جامعة المدية، ص 11.

[3]– عماد الدين فراجي، مرجع سابق،ص 19.

[4]– المرسوم التنفيذي 05– 484 مؤرخ في 29 ديسمبر 2005، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 90– 367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 83، مؤرخة في 25 ديسمبر 2005.

[5]– كريمة جيدل، مرجع سابق، ص 4.

وجميع البيانات الأخرى التي تصبح إجبارية بموجب نص خاص، وهذا طبقا لنص المادة 6 منه.[1]

المرسوم التنفيذي 97- 429[2] يتعلق بالخصائص التقنية المطبقة على المنتوجات النسيجية المرسوم التنفيذي 97- 494 [3]المتعلق بالرقابة من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب، وأيضا وسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية بموجب المرسوم 90- 366 الصادر في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها ويتحقق إعلام المستهلك بالنسبة للسلع الغذائية غير جاهزة التعبئة عن طريق التعرف بها بواسطة تسمية خاصة بتسجيل لافتة أو ما شابه ذلك أما السلع الغذائية الجاهزة التعبئة، فيتم إعلام المستهلك بها عن طريق بطاقة تكون ضمن التغليف نفسه إضافة إلى التسمية الخاصة.[4]

ويبقى الهدف من الرسم وذكره البيانات السابقة هو إما المحافظة على صحة وأمن وسلامة المستهلكين، كما هو الحال بالنسبة للمنتجات الصيدلانية، وكذا مواد التجميل والتنظيف البدني التي عالجها المرسوم التنفيذي 92- 41 الصادر في 1 يناير 1992، وكذا المنتجات الخطيرة والمواد الملامسة للأغذية.

وإما بهدف ضمان صدق العرض والأمانة كما هو الحال بالنسبة للمواد النسيجية والإطارات المطاطية.[5]

وإما بهدف لفت انتباه المشتري أو المستهلك إلى خاصية متميزة في المنتوج كما هو الحال بالنسبة لمياه الشرب[1]، الموضوعة مسبقا وكذا الخضر والفواكه الطازجة الغير مغلفة.[2]

---

[1]- المادة 6 من المرسوم التنفيذي 90 – 367 المتعلق بوسم السلع الغذائية تنص على:" يشتمل وسم السلع الغذائية على البيانات الإجبارية التالية: 1- التسمية الخاصة بالبيع، 2- عند الاقتضاء قائمة التوابل، 3- الكمية الصافية والمعبر عنها بوحدة النظام الطولي، 4- تاريخ الصنع المعبر عنه بعبارة "صنع في...." والأجل الأقصى لصلاحية استهلاكه، المعبر عنه "يستهلك قبل...." وكذا شروط الحفاظ الخاصة، 5- الاسم أو اسم الشركة أو العلامة المسجلة وعنوان الشخص المسؤول عن صناعة السلعة وتوضيبها أو توزيعها أو استزادها، 6-طريقة الاستعمال أو شروط التنازل الخاصة عند الضرورة، 7- جميع البيانات التي تصبح إجبارية بموجب نص خاص."

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 97- 429 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997، المتعلق بالمواصفات التقنية المطبقة على المنتوجات النسيجية، جريدة رسمية عدد 75 مؤرخة في 12 نوفمبر 1997.

[3]- المرسوم التنفيذي 97 – 494 المؤرخ في 21 ديسمبر 1997المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب، جريدة رسمية عدد 85، مؤرخة في 24 ديسمبر 1997.

[4]-عماد الدين فراجي، مرجع سابق،ص 19.

[5]- أنظر القرار المشترك المؤرخ في 25 افريل 2001، يتعلق بمواصفات الإطارات المطاطية ، العجلات العربات ومقطوراتها، وكيفيات وضعها للاستهلاك، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخة في 9 ماي 2001.

- **قواعد الوسم**

المنتج يجب أن يلحق منتوجه بوسم بشكل بطاقة هوية له، يتضمن كل المعلومات التي تخصه، ويجب أن تكون بيانات الوسم واضحة يسهل قراءتها يتعذر محوها مكتوبة باللغة الوطنية، وبلغة أخرى على سبيل الإضافة، كما يجب أن يكون صادقا لا يتضمن أي علامة خيالية[3]، وذلك حسب المادة 18 من القانون 09- 03 حيث تنص على" يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج، وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مركبة ومقررة ويتعذر محوها."[4]

ج- الإعلام بشروط البيع

إعلام المستهلك بالسعر غير كافي لإبرام العقد إذ لابد من إعلامه كذلك بشروط البيع التي لها تأثير على قراره باقتناء المنتوج أو حصوله على الخدمة مثلا كشرط التسليم في المنزل.[5]

فيما يتعلق بشروط البيع أو الخدمة فربطها المشرع الجزائري بالإعلام بالأسعار وذلك في نص المادة 4 من قانون 02/04 " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع." لذا فإن البائع يتحمل عبء إعلام المستهلك بشروط البيع.

وأكدت المادة 8 من القانون 02/04 بأنه" يلتزم البائع بإخبار المستهلك.... وشروط البيع وكذلك الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة."

وذلك كأن يشترط البائع أن يتحمل المشتري نفقات نقل المنتوج أو نفقات الإرسال، أو دفع قيمة رسم معين أو أجر يد عامله وما إلى ذلك من شروط تتعلق بالبيع أو بأداء الخدمة.[6]

---

[1]- أنظر القرار المؤرخ في 26 يونيو 2000، يتعلق بمواصفات الشرب الموضوعة مسبقا وكيفيات عرضها جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 20 غشت 2000، المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 16 يناير 2001، جريدة رسمية عدد 6، المؤرخة في 2001.

[2]- عماد الدين فراجي ، مرجع سابق، ص 20.

[3]- كريمة جيدل، مرجع سابق،ص 4.

[4]- القانون 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 11 ربيع الأول عام 1430، الموافق لـ 8 مارس 2009.

[5]-عائشة مزراي، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة لنل شهادة ماجستير، جامعة وهران، 2013،ص 13.

[6] -عماد الدين فراجي، مرجع سابق، ص 21.

وهذا ما يفهم منه أن المحترف قد يقوم بالتحديد الاحتمالي للمسؤولية التعاقدية عن طريق إدراجها ضمن شروط البيع وهذا ما أدى بالفقه الفرنسي إلى انتقاد هذه المسألة على أساس وجود تناقض.[1]

ب- الالتزام بالإعلام المتعلق بالأسعار

يعتبر السعر من أهم وسائل العملية التنافسية فهو أحد الطرق والآليات التي يستعملها العون الاقتصادي لجذب المستهلكين لمنتوجاته أو خدماته، لذلك يجب أن يكون المستهلك عالما بهذا السعر على يقين، وتحقيقا لذلك ألزم قانون الممارسات التجارية العون الاقتصادي بإعلام المستهلك بسعر المنتجات أو بتعريفات الخدمات[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من قانون الممارسات التجارية والتي تنص على" يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع."[3]

ويعتبر سعر الشراء من المتغيرات الرئيسية للمستهلك عند اتخاذه قرار الشراء، لذلك من حق المستهلك أن يعرف قيمة السلعة قبل اتخاذ قراره، إذ يجب على المؤسسات التجارية أن تتأكد من عدم وجود التباس في السعر لدى المستهلك.

لذلك تسعى الكثير من القوانين لحماية رضا المستهلك وتنويره كي لا يقع في غلط أو غبن أو تدليس من خلال إلزام الأعوان الاقتصاديين بإعلامه بالسعر.[4]

فالهدف الأساسي للإعلان عن الأسعار هو حماية المستهلك من تعسف البائع أو الصانع أو مقدم الخدمة.[5]

وللالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات وسائل وشروط خاصة، كرسها قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وسائل إعلام المستهلك بالأسعار

نصت المادة 1/5 من قانون الممارسات التجارية على" يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة."[1]

---

[1] -عائشة مزراي، مرجع سابق، ص 63.

[2] - علال طحطاح، التزامات العون الاقتصادي في ظل قانون الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2013- 2014،ص 20.

[3] - قانون رقم 04- 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المعدل والمتمم بالقانون 10 - 06 المؤرخ في 15 غشت 2010 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 الصادرة في يونيو 2004.

[4] -علال طحطاح، مرجع سابق، ص 21.

[5] - مرجع نفسه.

حيث ألزمت هذه المادة العون الاقتصادي بضرورة إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات بأي وسيلة تحقق ذلك، لاسيما عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقا.

فنص المادة 5 بصياغته المذكورة سلفا يعطي للعون الاقتصادي إمكانية اختبار الوسيلة المناسبة للإعلام عن سعر السلعة أو الخدمة.[2]

وتستعمل العلامات[3] في الغالب لإشهار أسعار السلع صغيرة الحجم و الهشة التي لا تحتمل الملصقات كالمجوهرات، وتوضع العلامة على المنتوج أو في جواره بحيث لا تدع مجالا للشك في انتسابه لمنتوج آخر من حيث الطبيعة ولا من حيث النوعية، ويكون ذلك بتسمية المنتوج بدقة والكتابة المقروءة بشكل جيد، سواء من خارج المحل إذا كان المنتوج معروض في الواجهة أو من داخله، وقد يتم تضمين العلامات حروف مستقرة، ويعتبره الفقه إشعارا صحيحا طالما كان بالإمكان معرفة مدلول كل حرف بالرجوع إلى لائحة معدة خصيصا لذلك الغرض، أما الملصقات من الناحية العملية فتستعمل في حالة المنتوجات التي يمكن للمستهلك الإمساك بها دون الحاجة إلى طلبها من البائع.[4]

في حين المعلقات نجد أنها وسيلة تستعمل للإعلام بالأسعار بوضع لافتة في واجهة للمحل التجاري، تتضمن قائمة من السلع بحيث يدون فيها سعر كل سلعة على حدا بطريقة واضحة وسهلة الفهم، لكن عادة ما نلاحظ استعمال هذه الوسيلة في الإعلام بأسعار الخدمات أكثر من السلع، خاصة في محلات تقديم الوجبات السريعة.[5]

أما الوسم وهو ما تم شرحه بالتفصيل فيما سبق فهو أفضل الطرق لأنه يحقق العلم بشكل لا يلتبس فيه أي منتوج مع غيره ولو تم نقل المنتوج من مكان إلى آخر.

كما يمكن استعمال وسائل الإشهار الحديثة كاللوحات الالكترونية شرط احتوائها على الشروط المقررة للإعلام.

شروط خاصة لتحقيق الإعلام بالأسعار

اشترطت الفقرة 2 من المادة 5 من الأمر 04-02 لتحقيق الإعلام بالأسعار شرطين هما:

---

[1] – قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004 المعدل والمتمم بالقانون 10- 06 المؤرخ في 15 غشت 2010.

[2]– علال طحطاح، مرجع سابق، ص 22.

[3]– انظر الأمر03- 06 المؤرخ في 19 يونيو 2003، المتعلق بالعلامات، جريدة رسمية عدد 44، الصادر بتاريخ 23 يونيو 2003

[4]– علال طحطاح، مرجع سابق،ص 22.

[5]– أسيا يلس، مرجع سابق،ص 121.

ليس العبرة أن يقوم العون الاقتصادي بتبيان السعر لكنها في علم المستهلك به، لذلك يجب أن توضح الأسعار والتعريفات بطريقة يمكن معها للمستهلك رؤيتها بوضوح، إذا تم يتحقق ذلك اعتبر العون الاقتصادي لم ينفذ التزامه بالإعلام حتى ولو قام بتعليق السعر أو بوسمه كان يوسم السعر أسفل المنتوج أو في الجهة المقابلة لجدار فهذا يأخذ حكم العدم هذا الوضع يؤكد أن الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية فبمجرد عدم رؤية السعر من المستهلك يفترض أن العون الاقتصادي قد اخل بالتزامه، وفي جميع الحالات يجب أن يحوز الإعلان[1]، عن السعر واضحا لا يحتاج مع المستهلك إلى سؤال البائع، ويجب الإشارة إلى السعر على المنتوج ذاته أو بمحاذاته وبصورة واضحة وفي مكان بارز حتى لا يختلط الأمر على المستهلك، واشتراط أن يتم الالتزام بالإعلام كتابة هو تقوية لهذا الالتزام. [2]

- **أن يكون السعر مقروء**

لا يكفي لتحقق إعلام المستهلك بالسعر أن يكون السعر مرئي، بل لابد أيضا أن يكون مقروء، إما إذا تعذر قراءته فأنه لا يحقق على المستهلك ولا يمكن للعون الاقتصادي التمسك به للقول بأنه نفذ التزامه بالإعلام، وتحقيقا لذلك يجب أن يكون السعر مكتوب بأرقام واضحة أو بحروف واضحة[3]، وبلغة يفهمها عموم المستهلكين، وهذا يقتضي استعمال اللغة العربية إذا تم تبيان السعر بالحروف على اعتبارها اللغة الوطنية والرسمية من جهة وقياسا على اشتراطها في وسم المنتوجات، وان كان الغالب المألوف هو إعلام الأسعار بالأرقام وليس بالحروف.

ونشير في هذا الصدد أن السعر يجب أن يكون بالعملة الوطنية حتى ولو لم يتضمن قانون الممارسات التجارية النص على ذلك، على اعتبار أن العملة الوطنية من مظاهر السيادة التي يجوز المساس بها لأي سبب من الأسباب ولضمان التوازن الاقتصادي وضمان مراقبة الدولة لحركة العملة الأجنبية.

والحاصل أن السعر أو التعريفة يجب أن يعلم به المستهلك قبل إقدامه على الشراء ذلك أن المادة 4 و 5 المذكورتين سلفا جاءتا على صيغة الوجوب.

لذلك فالصواب هو وضع السعر على كل السلع دون استثناء لضمان حصول الزبائن على المعلومات الصحيحة في كل الظروف.[4]

---

[1] –علال طحطاح، مرجع سابق، ص 23.

[2] – مرجع نفسه، ص24.

[3] –علال طحطاح، مرجع سابق، ص 25.

[4] – مرجع نفسه.

ويجب أن تتوفر في الدعامة الثبات وإمكانية قراءتها وسهولتها وعدم إمكانية تحريفها، فضلا عن وجودها تحت تصرف المستهلك بحيث يسهل عليه استخدامها، كما يجب أن يكون المستهلك قادرا على الاعتماد على الإعلان على الأسعار للقيام بعملية الشراء، ويستبعد الإعلام الشفهي[1]، إن التحديد الاحتمالي للمسؤولية العقدية من طرف المحترف سواء بالتخلي عنها أو بتحديدها يستدل بشرط تعسفي في مواجهة المستهلك وذلك بالرجوع إلى نص المادة 05 فقرة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 المؤرخ في 10سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، فأنها تعتبر أن المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التنفيذ الغير صحيح لواجباته يعد من قبيل البنود التي تعتبر تعسفية.[2]

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يعرف ما يقصد بشروط البيع، وما هو مضمونها، وبالخصوص إذا كانت العلاقة التعاقدية تربط المحترف بالمستهلك على عكس العلاقات القائمة فيما بين الأعوان الاقتصاديين، فيجب في مثل هذه العلاقات أن تتضمن شروط البيع إجباريا كيفيات الدفع، وعند الاقتضاء الخصوم والتخفيضات والمسترجعات وهذا ما توضحه أحكام المادة 09 من القانون 04- 02.

كما لم يبين المشرع الجزائري الوسائل المعتمدة للإعلام بشروط البيع على خلاف الأسعار التي تحدد وسائل الإعلام بها، وبالتالي فان المحترف بإمكانه استعمال كل الوسائل الملائمة للإعلام بالشروط العامة والخاصة لبيع المنتوجات، و/ أو تأدية الخدمات، وهذا طبقا لأحكام المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 06 – 306 المعدل والمتمم، وغالبا ما يتم تحديد هذه الشروط مسبقا من طرف المحترف، ويقدمها على شكل قائمة، ويرفقها بالعقد ،أو تكون محررة في دفاتر تخص نوع معين من المنتوج أو الخدمات كالدفاتر المحررة من طرف الشركة الوطنية للتأمين، وبالتالي فإن شروط البيع تتضمن كل العناصر التي تبين شروط العقد وآثاره، وحقوق والتزامات كل من المحترف والمستهلك المتعاقد، ونذكر من بين هذه الشروط ميعاد وكيفية التسليم، تحديد الضمان، تحديد المسؤولية، شروط فسخ العقد، كيفية دفع الثمن.[3]

الفرع الثاني: استفادة المستهلك من فرصة للتفكير

لقد تفطن المشرع الجزائري إلى وجود ممارسات تتعمد استقطاب المستهلك لإبرام العقد بسرعة دون أن يتفطن لما يتضمنه من بنود، لو علم بها مسبقا لما وافق على الدخول في تلك العلاقة التعاقدية.

---

[1]- علال طحطاح، مرجع سابق، ص 26.

[2]- عائشة مزراي، مرجع سابق ،ص 64.

[3]- مرجع نفسه،ص64.

لذا وقصد حمايته من الوقوع في هذه المواقف منحه الحق في الاستفادة من مهلة للتفكير وفحص العقد، حتى يتمكن من إبرامه عن دراية وتبصر وهو ما نصت عليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي 306/06" يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه." إلا أن هذا النص لم يحدد هذه المدة، لذا سيتولى أمر تحديدها المتدخل بطبيعة الحال.[1]

فالشكلية الإعلامية تضمن من الناحية النظرية إمكانية التعاقد عن دراية لما تتضمنه من بيانات مكتوبة خاصة العقود المحررة من قبل الموثق، إذ يمكن للمستهلك الرجوع إليه واستفساره عن كل غموض قد يثور في ذهنه باعتباره شخصا محايدا عن أطراف العقد، إلا أن الإشكال يثور بالنسبة للعقود التي يستفرد المتدخل بتحريرها، إذ يعتمد صياغتها بطريقة معقدة، مما يؤدي إلى عدم فهمها من قبل المستهلك وهو ما يولد لديهم شعورا بعدم جدوى فقراءتها، لذا فنماذج العقود حقيقية لا تقرا وان قرأت لا تفهم، وهذا راجع إلى طريقة الصياغة التي تستعمل نصوص قانونية التي يستعصى على أهل الاختصاص فهمها أو وضع البنود الجوهرية في مكان ثانوي لا ينتبه له المستهلك، فيمضي على العقد دون أن يعلم بوجودها[2]، وحتى وان تمكن من فهمها فأنه لن يتمكن من فعل أي شيء، لأنه لا يملك الأدوات القانونية التي تمكنه من إبطال تلك الشروط لانتفاء أي جزاء قانوني على وجود شرط تعسفي في العقد.

تؤدي كل وسيلة من الوسائل القانونية التي سلف ذكرها: الوسم والمعلقات والإشهار والشكلية الإعلامية دورا ايجابيا في تنفيذ الالتزام بالإعلام، إلا أنه لا يمكن الاعتماد على وسيلة واحدة فقط، لعدم إمكانها تغطية كل عناصر الالتزام بالإعلام، لذا يمكن استعمال الوسم كوسيلة للإعلام عن المعلومات المتعلقة بالمنتوج، أما المعلقات الإشهارية فيستحسن استخدامها للأخبار عن الأسعار في حين تستعمل الشكلية الإعلامية للإعلام عن شروط العقد المزعم إبرامه.[3]

الفرع الثالث: الالتزام بضمان المنتوج من كافة العيوب

---

[1] – آسيا يلس، مرجع سابق، ص 129.

[2] –مرجع نفسه.

[3] – آسيا يلس، مرجع سابق ،ص 130

يعد الالتزام بضمان العيوب الخفية من أهم الالتزامات المترتبة بذمة البائع في عقد البيع وغيره من العقود التي تنشئ هذا الضرب من الالتزامات، إذ بوجود هذا الالتزام يمكن للمستهلك أن ينتفع بالعين المبيعة استعمالا واستغلالا على نحو يمكنه من الاستفادة من كل مزاياها.[1]

أولا: تعريف العيب الخفي

هو كل ما يعرض المبيع فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي، ويجب أن يعتد بكل ذلك قانونا.

وهناك من عرفه أيضا بأنه" عدم قابلية المبيع للاستعمال المعد له، إما بحسب طبيعته أ و تبعا لإرادة الطرفين، أو التدني اللاحق بهذه القابلية بشكل لم يكن ليرضى به المشتري، أو ما كان قد رضي بها إلا بثمن اقل."

ويلاحظ من التعريف السابق أن العيب الذي يلحق بالمبيع هو العيب الذي يصيب الخدمة والمنتج، حيث يجعلهما غير صالحين للهدف المعدين من أجله فيؤثر فيهما ويؤدي إلى إتلافهما أو إنقاص قيمتهما ومنفعتهما، حيث لو كان المشتري عالما به لما تعاقد على شراءه و لما دفع فيه الثمن المسمى.

غير أن التشريعات المدنية في معظم الدول العربية لم تعرف العيب الخفي، إلى أن صدرت قوانين خاصة عالجت المسائل المتعلقة بالمستهلك، ومن ضمنها إفراد تعريف للعيب الخفي في المبيع، كالقانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك المصري[2]، أما مصدر هذا الضمان في القانون الجزائري، فهو المادة 379 قانون مدني جزائري والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90/ 266 المؤرخ في 1990/9/15[3] المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.

وقد عرفه الأستاذ " مازو" بأنه" النقيصة الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند فحصه أو الكشف عليه والتي تمنع المشتري من استعماله وفقا للغاية المعد لها".

عرف بعض الفقهاء العيب في المنتوج من عدة جوانب، فمن الناحية المادية تم تعريفه:

---

[1]– موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 298.

[2]–انتصار بوزكري، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سطيف، 2013،ص 53.

[3]– المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90– 266 المؤرخ في 1990/9/15 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40، حيث تحدد هذه المادة في الملحق الأول بهذا القرار قائمة المنتوجات التي يجب أن ترفق بشهادة الضمان وكذا بالمدة المتعلقة بالضمان.

"العيب الذي يتلف الشيء أو يلحق به الهلاك أو يؤدي إلى الانقاص من قيمته أو منفعته". [1]

وعرف أيضا من نفس الوجهة بأنه" هو نقيصة بمعنى آفة طارئة أو تلف أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته او يؤثر على متانته، او حتى على مظهره الخارجي".[2]

أما من الناحية الوظيفية عرف بأنه" العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض المعد من أجله".[3]

أشار المشرع الجزائري لتعريف الضمان وليس لتعريف العيب الخفي وذلك في المادة 3 من قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فنص هذه المادة هي" الضمان: التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته."[4]

تتحدث هذه المادة عن العيب الظاهر الذي يلتزم البائع بخدماته، ولو لم يكن عالما بوجوده، لأن الشيء المبيع لم يشتمل على التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله[5]، لذلك سنتطرق لشروط العيب الخفي الموجب للضمان.

ثانيا: شروط العيب الخفي الموجب للضمان

ينبغي أن نوضح في البداية أنه يستبعد من نطاق ضمان العيوب الخفية البيوع القضائية، إذا كانت بالمزاد العلني، حيث رأى المشرع الجزائري أن البيع في هذه الحالة قد تم بطرق جلية للجميع وتم الإعلان عنه وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا المبيع قبل المبادرة باتخاذ قرار الشراء.

وفي خضم هذه الأحكام فان الالتزام بضمان العيب الخفي في المبيع، لا يترتب في كل الأحوال وإنما يتطلب شروط، لذلك حرصت كل التشريعات على ضرورة إثبات وجود العيب بالشيء المبيع من طرف المتضرر في النطاق العقدي الذي يسبب الضرر وذلك بتوافر شروط معينة هي: أن يكون العيب قديما، ومؤثرا، وخفيا، حيث

---

[1]-علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 111.

[2] – عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 527.

[3]– علي حساني، مرجع سابق، ص 111.

[4]– المادة 3 من القانون رقم 09– 03 مؤرخ في 29 صفر سنة 1430، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 11 ربيع الأول عام 1830 ، الموافق لـ 8 مارس سنة 2009.

[5]– علي حساني، مرجع سابق، ص 112.

ستكفل هذه الشروط حماية أكبر للمستهلك، وتحافظ في نفس الوقت على استقرار المعاملات والتي سنتعرض لكل منها:

1- أن يكون العيب قديما

القصد الحقيقي من هذا الشرط هو أن يكون العيب من صاحب المبيع وليس لغيره، لذلك يجب أن يكون سابقا على البيع، والمقصود هنا بالبيع هو التسليم ونقل الملكية للمشتري كما يستوي في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون راجعا إليه أو راجعا إلى الغير.

كما نجد أن العيب القديم هو ما كان موجودا في المبيع وقت إبرام العقد أو حدث بعده ولا زال في يد البائع قبل التسليم، كما جاء في مجلة الأحكام العدلية، طبقا للمادة 339 التي حددت العيب القديم بأنه" ما يكون موجودا في المبيع وهو عند البائع"، وأضافت المادة 340 من المجلة" بان العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد ويكفي أن يوجد العيب في المبيع قبل التسليم ولو ا ناثره لم يظهر الا بعد ان وجد المبيع في يد المشتري.

والعيب يعد قديما ولو كان في أول مراحله وقت التسليم بحيث تعذر على المشتري اكتشافه ثم تطور وظهر العيب في يد المشتري.[1]

2- أن يكون العيب مؤثرا

لا يكفي أن يكون العيب قديما بل يجب أن يكون مؤثرا أيضا، وهو الذي ينقص من قيمة المبيع أو يقلل من منفعته، وقد حدد المشرع الجزائري معنى العيب المؤثر بأنه" ذلك الذي ينقص من قيمة المبيع، أو ينقص من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، كما بينها العقد أو تظهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له."

وذكر الأستاذ السنهوري بأن العيب المؤثر الموجب للضمان هو" العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع فمعيار العيب هنا موضوعي محض، فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادي، أو من نفعه، وقيمة الشيء ونفعه أمران متمايزان."

3- أن يكون العيب خفيا

الضمان لا يترتب على العيب القديم والمؤثر فقط، بل لابد أن يكون هذا العيب خفيا أيضا ولا يكون كذلك إلا إذا كان المشتري غير عالم به وليس باستطاعته أن يعلم بالمبيع من عيب، أما إذا كان يعلم بالعيب علما حقيقيا

[1]- مرجع نفسه، ص 120.

وقت البيع، أو كان العيب ظاهرا بحيث يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما يجب عليه من العناية، فان العيب هنا لا يكون خفيا، والعناية الواجبة هنا على المشتري، وهي فحص المبيع بعناية الرجل العادي[1]، ما لم يكن قد أكد له البائع خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفاء العيب غشا منه، فعلى المشتري أن يستعين بمن لهم الخبرة والاختصاص في الميدان، حتى يتمكن من فحص المبيع واكتشاف ما يشوبه من عيب، ولا يحتج بعدم دراته وقدرته على اكتشاف خبايا هذا المبيع، وبالتالي نقول أن البائع لا يضمن العيب إلا في الحالتين التاليتين:

- إذا كان ظاهرا في زمن تسلم المشتري للمبيع راضيا به، فيكون إذا قد تنازل عن المطالبة بحقه.
- إذا لم يكن ظاهرا، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبين بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي.[2]

ثالثا: أحكام الالتزام بالضمان

لقد وردت أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع ورغم ذلك فإنه من المستقر أن هذا الضمان لا يقتصر عقد البيع، وإنما تسري أحكامه على جميع عقود المعاوضات سواء كانت ناقلة للملكية أو للانتفاع فتسري أحكام ضمان العيوب الخفية بصدد المقايضة وقد نص المشرع على خضوعها لأحكام عقد البيع في حدود ما تسمح به طبيعتها، ونظم التقنيين المدني أحكام ضمان العيوب الخفية في مجال عقد الإيجار، وذلك بما يتناسب مع طبيعة هذا العقد، كما تسري أحكام العيب الخفي على عقد المقاومة.[3]

رابعا: الالتزام بالضمان في ظل أحكام قانون حماية المستهلك والقوانين المتعلقة بالضمان

أن الأسباب السالفة الذكر جعلت المشرع الجزائري يتوسع في مجال الحماية القانونية للمستهلك وذلك بتشديد تنظيم الالتزام بضمان العيوب الخفية في إطار قانون الاستهلاك.

فتنص المادة 13 من القانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش" يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء جهاز أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون."[4]

كما وضع المشرع كذلك الأحكام الإجرائية الواجب إتباعها والمتضمنة في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات؟

---

[1]-علي حساني، مرجع سابق ،ص 121.

[2]-مرجع نفسه.

[3]- عبد الحميد سفيان، ضمان العيوب الخفية للمبيع وفقا للقانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك 89/ 02 ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، السنة القضائية، 2006- 2007،ص 10.

[4]- مرجع نفسه.

كما يتجلى اهتمام المشرع بهذا الجانب الأساسي من الحماية من خلال أنواع الضمان المختلفة التي يجوز أن يتمسك بها المستهلك، فان جانب الضمان القانوني في حالة وجود عيب بالمنتوج ألزم المشرع على المهني وبعد انتهاء فترة الضمان أن يوفر الخدمة ما بعد البيع، فضلا على الضمان الاتفاقي الذي يمكن أن يبرم بين الأطراف.[1]

فالمرسوم التنفيذي 90-266 يفرض على المحترف ضمان سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب غير صالح للاستعمال المخصص له، أو من أي خطر ينطوي عليه ابتداء من تسليم المنتوج، وعليه تقوم مسؤوليته بإصلاح الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب هذه العيوب باستبدال هذا المنتوج المعيب أو إصلاحه أو استبداله أو إرجاع الثمن وتحمل جميع المصاريف الإضافية الأخرى المرتبطة بذلك، كما يتحمل المحترف مسؤولية كل ضمان، ويبطل كل شرط من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها.[2]

القانون 09-02، حيث يجب أن يتوفر كل منتوج أو خدمة على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنها وتضر بمصالحه المادية، وان يتوفر على المطابقة للقواعد الخاصة والمقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية، والتنظيمية أثناء عرضه للاستهلاك، بحيث يستجيب للرغبات المشروعة للاستهلاك، ويعتبر الضمان حق للمستهلك ويشترط تنفيذه في كل الأحوال.[3]

ولما كان الضمان امن المنتجات هو التزام متعلق بالضمان العام، فإن ايراد المشرع باعتبار كل تقليص يرد عليه شرط تعسفي كونه من البنود الأساسية بموجب ما جاء في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 والأمر ليس في محله، لأن الحرى هو اعتباره شرط غير مشروع وبالتا

المبحث الثاني: الآليات المؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

جاء المشرع الجزائري من خلال القانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وكذا القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصه التطبيقي في مجال الشروط التعسفية رقم 306/06، على جعله من الوسائل والأجهزة التي رأى أن لها القدرة على مواجهة الشروط التعسفية وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الأول، كما عمد إلى تجريم فعل تضمين عقود الاستهلاك شرطا أو شروطا تعسفية، وكان من الطبيعي أن يقرر لها جزاء يتناسب وهذا التكييف، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني من خلال الجزاءات.

المطلب الأول: دور جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

---

[1]- عائشة مزراي، مرجع سابق، ص 136.

[2]-علي حساني، مرجع سابق، ص 134.

[3]- المواد 2-3-5-6-8 من القانون 89-02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق لـ 7 فيفري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 154 المؤرخة في 2 رجب 1409.

في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية، أحدث المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، جهازا خاصا بذلك عرف بلجنة البنود التعسفية، وبالموازنة مع دور هذه اللجنة يبقى لجمعيات حماية المستهلك من خلال المهام المسندة إليها دورا معتبرا في الحماية،لهذا سنتناول جمعيات حماية المستهلك(فرع أول)،و لجنة البنود التعسفية (فرع ثاني).

الفرع الأول: جمعيات حماية المستهلكين

سنقوم في هذا بتعريف جمعيات حماية المستهلك وبيان دورها في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

أولا: التعريف بجمعيات حماية المستهلكين

هي الجمعيات والمؤسسات واتحاداتها المشهرة وفقا لأحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية، والتي تعني بحماية المستهلك سواء بصفة أساسية أو تبعية، وتعتبر يتمثل في العمل في مجالات حماية المستهلك، إذا كان غرض حماية المستهلك يمثل احد مجالات عملها.[1]

أن جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر تخضع من حيث إنشائها وتنظيمها وتسييرها إلى قانون رقم 90-31 المؤرخ في 1990/12/4 المتعلق بالجمعيات[2]، ويمكن أن يكون نشاطها وطني أو محلي حسب ميدان نشاطها في منطقة أو محيط معين ، وأن جمعيات حماية المستهلكين لم تبرز بنشاطها ولم تظهر ديناميكية أو فعالية مستمرة مما جعل تأثيرها الاجتماعي ضعيفا، بحيث تنقصها القاعدة الشعبية والتي بدونها تبقى دائما عاجزة عن القيام بنشاطاتها المحددة ضمن أهدافها.[3]

ورد تعريف جمعية حماية المستهلكين وفقا للقانون12-06 المتعلق بالجمعيات باعتباره الشريعة العامة والإطار التشريعي الساري المفعول، فقد جاء في مادته الثانية" تعتبر الجمعية في مفهوم هذا القانون تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة.

---

[1]- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 89.

[2]- القانون رقم 90-31 مؤرخ في 17 جمادى الأولى الموافق لـ 4 ديسمبر 1990، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53، لسنة 1990.

[3]- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2000،ص 66.

ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مربح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها لا سيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني."[1]

وبالرجوع إلى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فقد جاء في مادته 21 الفقرة الأولى" جمعيات حماية المستهلكين هي كل جمعية منشئة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه." ونستخلص من نص هذه المادة مجال اختصاص الجمعيات الناشطة في مجال حماية المستهلك وقد حددها النص بأربعة مجالات أساسية وهي الإعلام، التمثيل، التحسيس ، التوجيه.

وقد جاء في دليل المستهلك الجزائري تعريفا وظيفيا لجمعيات حماية المستهلك بوصفها هياكل وسيطة فهي تتمركز بين الفاعلين الثلاثة للسوق" المستهلكون الفرادى الذين تدافع عنهم وتمثلهم المهنيون والسلطات العمومية." وبالنظر لصفتها التمثيلية فهي" صوت المستهلكين الذين لا يملكون الوسائل للتعبير بصفة مباشرة"[2]

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 21 أنه" يمكن أن يعترف لجمعيات حماية المستهلك المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه بالمنفعة العمومية، ضمن الشروط والكيفيات المنصوص عليها في المشروع والتشريع والتنظيم الساري المفعول."

وتضمن المادة 22 من نفس القانون إمكانية استفادة جمعيات حماية المستهلك من المساعدة القضائية.[3]

ثانيا: تأسيس جمعيات حماية المستهلكين

تكتسب جمعية حماية المستهلك الشخصية المعنوية والأهلية المدنية، بمجرد تأسيسها، والمشكلة من أشخاص طبيعيين أو معنويين[4]، وحسب القانون الجديد المتعلق بالجمعيات تأسس الجمعية من قبل (10) أعضاء على الأقل بالنسبة للجمعيات البلدية و(15) عضو بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقين عن بلديتين على الأقل، و(21) بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقين عن ثلاثة (03) ولايات على الأقل، و(25) عضو بالنسبة للجمعيات الوطنية منبثقة عن اثني عشر (12) ولاية على الأقل، ويمنح وصل التسجيل في حالة قبول الملف القانوني من طرف البلدية في حالة الجمعيات البلدية، ومن طرف الولاية في حالة الجمعيات الولائية وتمنح من طرف الوزارة

---

[1]- المادة الثانية من القانون رقم 06/12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات.

[2]- نقلا عن محمد عبيدي:" حركة حماية المستهلك بالجزائر في ظل اقتصاد السوق"، مداخلة في الملتقى الوطني الخامس بعنوان الحماية القانونية للمستهلك يومي 16 و 17 ، جامعة المدية، 2015،ص 7.

[3]- محمد عبيدي، مرجع سابق، ص 8.

[4]- مضمون المادة 2 والمادة 17 من القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات.

المكلفة بالداخلية في حالة الجمعيات ما بين الولايات أو الجمعيات الوطنية، وتعتبر الجمعية بعد تسليم هذا التصريح التأسيسي معتمدة قانونا.

أما بالنسبة للموارد المالية التي تعتمد عليها الجمعيات في نشاطها فالقانون الجديد حدد هذه المواد في اشتراكات الأعضاء أو عوائد نشاطات الجمعية وأملاكها، وكذا الهبات النقدية والعينية والوصايا، ومداخيل جمع التبرعات، والإعلانات التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية، أما فيما يخص الهبات الأجنبية فلا يتم قبولها إلا بعد موافقة السلطات العمومية المختصة، وكذلك الشأن فيما يخص جمع تبرعات علنية من طرف الجمعية، غير أنه تبقى المساعدات المالية المقدمة من طرف الدولة احتمالية أي تخضع لسلطتها التقديرية.[1]

ويشترط في هدف الجمعية أن لا يكون ماديا أي بغرض الربح، والملاحظ أن ضآلة الموارد المالية لا يشجع أبدا الجمعيات على التحرك والنشاط للقيام بدورها على أكمل وجه خاصة في مجال حماية المستهلك، فكان على الدولة أن تكون سخية باعتبار أن الجمعيات همزة وصل بين المواطن والحكومة ولا يقل أهمية عنها.

تجدر الإشارة إلى أن أغلب جمعيات حماية المستهلك المتواجدة اليوم شكلت قبل المصادقة على قانون 4 ديسمبر 1990.

ويكون نشاط هذه الجمعيات على المستوى الوطني كما هو الحال بالنسبة إلى:

- الجمعية الجزائرية لحماية المستهلكين (**AAPC**) المنشاة عام 1898.
- جمعية المصلحة والدفاع عن المستهلك **(IDEC)** المنشاة عام 1989.

ويكون نشاط هذه الجمعيات على المستوى المحلي أي في إقليم جغرافي محدد داخل الدولة كما هو الشأن بالنسبة:

- جمعية حماية المستهلك والبيئة بوهران أنشأت عام 1990.
- جمعية حماية المستهلك بتلمسان أنشأت عام 197.
- جمعية حماية المستهلك والبيئة بسطيف أنشأت عام 1999.
- جمعية حماية المستهلك بغرداية أنشأت عام 2004.
- جمعية من اجل الحماية والدفاع على المستهلك – سكيكدة– أنشأت عام 1989.

والملاحظ أن هذه الجمعيات المحلية عددها كثير بالمقارنة بالجمعيات الوطنية وهذا طبيعي حيث بلغ عددها 54 جمعية محلية وفقا لإحصائيات وزارة التجارة 2009.[2]

---

[1]– أنظر المواد 29، 30، من القانون رقم 06/12، المتعلق بالجمعيات.

[2]– الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، جامعة قسنطينة، 2014،ص 135.

ويجب التنويه هنا إلى هذه الجمعيات وغيرها والتي تم تأسيسها بصفة قانونية في ظل القانون رقم 90-31 (الملغى) هي ملزمة بإيداع قوانين أساسية جديدة تتطابق مع أحكام القانون الجديد المتعلق بالجمعيات رقم 12-06 في أجل أقصاه سنتان وإلا تعرضت للحل من قبل الجهات المخولة لها قانونا حل الجمعيات.[1]

ثالثا: أهداف وأساليب جمعيات حماية المستهلكين

1- الأهداف

تتمثل الأهداف الأساسية والعامة لجمعيات حماية المستهلكين في الأتي:

- إعلام وإرشاد المستهلكين عن طريق تزويدهم بالمعلومات حول السلع والخدمات وتدريبهم على اكتساب مهارات حول كيفية التسوق.
- التصدي للإعلانات المضللة والكاذبة التي من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك.
- توعية المستهلك وتعريفه بحقوقه وإرشاده إلى الأنظمة التي تؤمن حمايته.
- الدفاع عن المصالح المادية والمعنوية للمستهلك ولفت انتباهه إلى السلع التي تتعرض للغش والتزوير.
- المساهمة في تحسين الوضع الاقتصادي للمستهلكين بتزويدهم بآليات للمحافظة على قدرتهم الشرائية وترشيد الاستهلاك.
- ترقية المستهلك عن طريق الرفع من مستوى الوعي الاستهلاكي لديه وثقافة من الأخطار المرتبطة بالاستهلاك.
- المساهمة في تحسين الإطار المعيشي بلفت نظره لأنماط الإستهلاك المستدام وكيفية التمتع في العيش في بيئة صحية.[2]

2- الأساليب

- لا يكفي أن يمنح القانون لجمعيات حماية المستهلكين صلاحيات واختصاصات وقد لا يكون كافيا أن تحدد هذه الجمعيات في قوانينها الأساسية للأهداف التي تسعى إلى تحقيقها دون أن تعتمد أساليب لبلوغ هذه الأهداف، وفي هذا السياق يمكن أن نحدد فيما يلي جملة من الأساليب التي على الجمعية أن تلجا إليها لضمان حماية فعلية وفعالة للمستهلك.

أ- الدعاية المضادة

---

[1]- أنظر المادة 70 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات.

[2] - محمد عبيدي، مرجع سابق، ص 9.

يمكن أن تمارس الدعاية المضادة بشتى الطرق فقد تلجا إلى طريق النقد العام لبعض النماذج من المنتوجات غير الصحيحة مثل الأغذية المشبعة بالدهون والمعالجة بالمواد الحافظة الضارة والحلوى المحتوية على نسبة عالية من السكر خاصة للأطفال والمشروبات الكحولية والسجائر، كما قد تتم الدعاية المضادة عن طريق ما تقوم به الجمعيات من تجارب مقارنة تنشأ في مجلتها فيما بعد.[1]

ب-المقاطعة

يمكن لجمعيات المستهلكين الدعوة لمقاطعة بعض السلع بالنظر لأضرارها أو مصدرها أو بالنظر لغلاء أسعارها أو ضعف جودتها وتعرضها للغش والتقليد تقطع الغيار أو المواد التي تتعرض في ظروف وأماكن غير ملائمة كالمشروبات الغازية التي تعرض تحت أشعة الشمس واللحوم غير المختومة من قبل المصالح البيطرية والمنتجات المجهولة الهوية والمنشأ والتي لا تحمل بطاقة الوسم أو أن بطاقة الوسم لا تجمل بعض البيانات الإلزامية.

غير أن ما يجب الإشارة إليه أن أساليب معاقبة السوق عن طريق المضادة أو المقاطعة والامتناع عن الشراء عبارة عن أسلحة فعالة للغاية لذا يتعن استخدامها بعناية شديدة، فهذه الأساليب قد تؤدي إلى إفلاس المشروع، ولذلك يتعين استعمال هذه الأساليب كأسلحة تهديديه حتى تكون الخشية منها كافية لالتزام المهنيين باحترام حقوق المستهلكين وأذواقهم ورغباتهم ومصالحهم المادية والمعنوية.[2]

رابعا: دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن مصالح المستهلك أمام القضاء

بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يعترف لجمعيات المستهلكين بحق اللجوء الى القضاء للدفاع عن المصلحة المشتركة استنادا إلى مبدأ " النيابة العامة وحدها هي التي تدافع عن المصلحة العامة."

حيث ظل كفاح هذه الجمعيات مستمرا حتى سنة 1973 تاريخ صدور قانون "Royer" الذي اعترف لها بهذا الحق في المادة 46 منه، فان الوضع يختلف بالنسبة للمشرع الجزائري حين اعترف منذ البداية بهذا الحق نص قانون حماية المستهلك الملغى 02/89 في المادة 12 فقرة 2 على حق هذه الجمعيات في رفع الدعاوى أمام أي محكمة مختصة بشأن الضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين وذلك قصد التعويض عن الضرر المعنوي.

وحسب المادة 17 من القانون 06/12 المتعلق بالجمعيات فإنه من آثار اكتساب الشخصية المعنوية هو حق الجمعيات في ممارسة كل الحقوق الممنوحة للطرف[3] المدني أمام القضاء بسبب وقائع تمس أهدافها أو تمس

---

[1] – محمد عبيدي، مرجع سابق ،ص 9.

[2] –مرجع نفسه، ص 10.

[3] – الصادق صياد، مرجع سابق،ص 143.

المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها، كما نصت المادة 23 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى أحكام القانون 02/89، حيث نصت على حق جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني عند تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك.

وحسب المادة 17 من القانون رقم 12-06 فان المشرع أعطى الحق للجمعيات أن تمثل أمام القضاء وتمارس حقوق الطرف المدني وذلك بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية، وتلحق ضررا بمصالح الجمعية أو مصالح أعضائها الفردية أو الجماعية، والجدير بالذكر أن المشرع أعطى هذا الحق للجمعيات على سبيل الاستثناء إذ الأصل أن ترفع الدعوى من صاحب الحق نفسه وهو المستهلك.[1]

1- الشروط الواجب توفرها في الجمعية لرفع الدعوى

أ- شرط توفر الجمعية على صفة وأهلية تقاضي

لا يكفي أن يتفق الأشخاص المعنية على إنشاء جمعية لحماية المستهلكين حتى يعترف لهذه الأخيرة بالشخصية القانونية وبالتالي بأهلية التقاضي، بل لا بد أن تثبت وجودها قانونا، وقد نصت المادة 17 والمادة 2 من القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات على أنه تكتسب الجمعية الشخصية القانونية والأهلية المدنية.

فمتى كانت الجمعية مؤسسة قانونا تثبت لها صفة التقاضي وبالتالي لها الحق في تمثيل مصلحتها الخاصة أو المصالح التي أوجب عليها التشريع حمايتها، وذلك أمام الجهات القضائية المختصة.

ب- شرط توافر الضرر

لقد نصت المادة 12 الفقرة 2 من القانون 02/89 المتعلق بحماية المستهلك يمكن للجمعية حماية المستهلكين اللجوء إلى القضاء متى كان هناك أضرار تلحق بالمصالح المشتركة لجماعة المستهلكين[2]، وحسب المادة 17 من قانون 06/12 المتعلق بالجمعيات فأنه من أثار اكتساب الشخصية المعنوية هو حق الجمعيات في ممارسة كل الحقوق الممنوحة للطرف المدني أمام القضاء بسبب وقائع تمس أهدافها، أو تمس المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها.[3]

خامسا: انضمام جمعيات حماية المستهلك إلى الدعاوى المرفوعة مسبقا من قبل المستهلك

---

[1] - مرجع نفسه، ص 144.

[2] -جميلة عزيزي، مرجع سابق، ص 136.

[3] -الصادق صياد، مرجع سابق، ص 143.

الشكوى هي تعبير عن إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجزائية ضد المشكو منه لإثبات مسؤوليته الجنائية ومعاقبته قانونا، قد تكون الشكوى من الشخص المضرور أي المستهلك الذي تعرض حقه الذي يحميه نص التجريم لعدوان مباشر، وقد تكون عن طريق جمعيات حماية المستهلك، بحيث مكنها المشرع من ممارسة هذا الحق بالإضافة إلى الإعتراف لها بالمنفعة العامة والاستفادة من المساعدة القضائية. [1]

وبالرجوع إلى المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على" يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في أول مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا ولا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة"، وبوجود شرطي الصفة والمصلحة في جمعيات حماية المستهلكين يحق لها التدخل والدفاع عن المصالح التي يسعى إلى تحقيقها رافع الدعوى سواء بتأكيد ادعاءاته أو إضافة طلبات إضافية.

فالمجال مفتوح أمام الجمعية سواء بتدعيم الطلب الأولي الذي قام به المستهلك أمام القضاء والمطالبة بوقف السبب الذي أنتج الضرر مثلا طلب إيقاف الإشهار التضليلي.[2]

صدر قرار بذلك عن محكمة باريس بـ 13 جوان 1978 حيث قامت الوحدة الفدرالية للمستهلكين بجميع طرق الإعلام بالتنديد ببيع لحم البقر الذي يحتوي على كمية من الهرمونات التي تضر بالمستهلك، حيث قامت في سنة 1980 بإمضاء اتفاق مع المحترفين يسمى مبيعات لحم البقر، وهذا لعدم تكرار هذه الأعمال.[3]

ورغم الدور الهام الذي تلعبه هذه الجمعيات إلا أنها تتعرض لمشاكل كبيرة نذكر منها: مشكل التمويل، حيث أنها تعتمد على الإعلانات التي تقدمها الدولة.

عدم توفر النصوص القانونية اللازمة التي تسهل عمل الجمعية، والتي تتضمن إلزام مقدمي الخدمات وبائعي السلع، بالالتزام بما تصدره الجمعية من توصيات، وعليه فان هذه الجمعيات تواجه تحديات مختلفة نذكر منها:

اتساع دائرة التجارة الالكترونية بشكل سريع، وظاهرة العولمة والتطور التكنولوجي.[4]

---

[1]– حليمة بن شعاعة، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة ورقلة، 2013/2012،ص 39.

[2]– الصادق صياد، مرجع سابق،ص 149.

[3]– مبروك ساسي، الحماية الجنائية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة باتنة، 20111/2010،ص 59.

[4] – عبد القادر سبتي،" آليات دعم وترقية حماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الخامس بعنوان: الحماية القانونية للمستهلك، يومي 16 و 17 ماي 2015، بجامعة المدية، ص 6.

على خلاف المشرع الجزائري الذي حصر دور جمعيات حماية المستهلك في الدور الوقائي فلا يمكنها التدخل للحد من الشرط التعسفي أو تعديله، فإن المشرع الفرنسي من خلال تعديله للمادة L 421-6 من قانون الاستهلاك طور الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك ليصبح دور علاجي وذلك من خلال التدخل مباشرة للحد من الشروط التعسفية دون الرجوع إلى القضاء.

ولقد تم تعديل هذه المادة(L 421-6) على مرحلتين:

من خلال قانون Hamon في 17 مارس 2014.

من خلال قانون Macron لسنة 2015.[1]

الفرع الثاني: لجنة البنود التعسفية

تناولت تنظيم لجنة البنود التعسفية المواد من 6 إلى 16 من المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية حيث حدد من خلالها الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية (أولا)، ثم تكوين هذه اللجنة(ثانيا)، وتسييرها (ثالثا)، وكذا اختصاصات اللجنة (رابعا)

أولا: الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية

حددت الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية بقولها" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري تدعي في صلب النص" اللجنة"[2]

من خلال هذا النص يتضح أن لجنة الشروط التعسفية هي جهاز إداري استشاري على اعتبار أنها تنشا لدى الوزير المكلف بالتجارة، مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة، لا يتمتع بالاستقلالية.

فبالرغم من أنها في المجال الاقتصادي إلا أن هذه التبعية تنفي اعتبارها سلطة من السلطات الإدارية المستقلة.[3]

أما في فرنسا فقد تأسست هذه اللجنة بتاريخ: 1978/01/10، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، وهو حل تجنب فيه المشرع تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التي يراها تعسفية وجعلها من مهام هذه اللجنة، وهي لا تقابل مجلس المنافسة نظرا لأنها لا

---

[1]- Mahasti Razavi et Charles Bouffier:"contrat concurrence consummation ",n°2 ,Paris, fevrier 2016,etude,p5.

[2] – نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة.

[3] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 114.

تملك ما يملكه المجلس من صلاحيات فهي بمثابة جهاز استشاري فقط، فالمشرع رخص للحكومة استشارة لجنة الشروط التعسفية.[1]

ثانيا: تكوين اللجنة

تنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية على تكوين لجنة البنود التعسفية فنصت على" تتكون اللجنة من الأعضاء الأتي ذكرهم:

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية ، رئيسا.
- ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو (1) من مجلس المنافسة .
- متعاملين اقتصاديين(2)عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها."[2]

إلا أن هذه المادة عدلت بموجب المرسوم التنفيذي 08-44 حيث وسع عدد أعضائها اللجنة حيث نصت المادة 8 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم التنفيذي 08-44 المعدل والمتمم بالمرسوم 06-306 على أنه" تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان على الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.
- ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها."[3]

---

[1] – سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص 149.

[2]– نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 306/06.

[3]– المادة 2 من المرسوم التنفيذي 08-214، المؤرخ في 26 محرم عام 1429، الموافق لـ 3 فبراير سنة 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين

وتحدد القائمة الإسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية.
يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها.[1]

ثالثا: تسيير لجنة البنود التعسفية

لكي تؤدي اللجنة مهامها بدون معوقات من المحتم النص على كيفية تسييرها سواء من الناحية الإدارية، أو من خلال الاجتماعات إلي تقوم بها.

1- التسيير الإداري للجنة

خول المرسوم التنفيذي رقم 306/06 من خلال المادة 6 فقرة 3 و4 للجنة الشروط التعسفية إعداد نظامها الداخلي، الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة وهي الصلاحية التي تمنحه إياها المادة 9 فقرة 1 من نفس المرسوم.[2]

2- إجتماع لجنة الشروط التعسفية

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل 3 أشهر في دورة عادية، كما يمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل ولا ينعقد الإجتماع صحيحا في الحالتين إلا بعد إرسال استدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء، تحدد فيها تاريخ الاجتماع بدقة باليوم والساعة إضافة إلى مكانه، وجدول الأعمال المقررة لذلك الاجتماع، على أن ترسل هذه الإستدعاءات قبل 15 يوما على الأقل من التاريخ المحدد للاجتماع كأصل عام،و يقلص إلى 8 أيام في حالة الدورات الاستثنائية.

تنعقد اللجنة صحيحة إذا ما حضر نصف أعضائها، وتفاديا لتعطيل مهامها في حالة غياب أحدهم أو استحالة تعويضه بالعضو الاحتياطي الذي يخلفه، يمكن للجنة أن تجتمع بعد 8 أيام من التاريخ الأول للاجتماع، ومهما يكن عدد الحاضرين، شريطة أن يتم استدعاء صحيحا وفقا للمادة 13 فقرة 4 من نفس المرسوم تؤخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا.

الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 7، مؤرخة في 3 صفر عام 1429، الموافق لـ 10 فبراير سنة 2008.

[1]- المادة 9 من المرسوم التنفيذي 306/06.

[2]- إيمان بوشارب، مرجع سابق،ص 115.

وفيما يتعلق بإخطار اللجنة فقد نصت المادة 1 من المرسوم رقم 306/06 على ما يلي " يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك."[1]

رابعا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية

تكلف اللجنة، لا سيما بالمهام الآتية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين .
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

كما يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية، وكل جمعية لحماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك.[2]

- تنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة.

وزيادة على ذلك يمكنها تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة.

تقوم كل سنة بإعداد تقارير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة.[3]

- ويتمثل دور هذه اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، وأنها مسؤولة عن البحث عما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تحمل في طياتها خاصية التعسف.

كما أن اللجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل للشروط التعسفية التي تتمثل فيها خاصية تعسفية، إذن فاللجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين، وتبحث عما إذا كانت تتضمن

---

[1]– انظر المواد من 11 إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[2]– المواد 7 و12 من المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية والعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[3]– نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 306/06.

تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسفا فإنها تصدر توصيات، إما بالإلغاء لتلك الشروط وإما تعديلها [1]، وتقوم هذه اللجنة بعملها، إما بناء على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشروط، كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها.

كذلك فان الوزير المسؤول عن الاستهلاك، يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللجنة ذاتها، وان هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعد اللجنة تقريرا عن نشاطها وتعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة، وينشر هذا التقرير.[2]

المطلب الثاني: دور القضاء والإدارة العامة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

كما سبق أن بينا نص المشرع الفرنسي نص على اعتبار الشروط التعسفية وكأنها غير مكتوبة، وفسر ذلك الجزاء بالبطلان أي البطلان الجزئي، ليس للعقد برمته وإنما للشرط فقط كما نصت المادة L 132-1 من ق.إ.ف على بقاء بنود العقد سارية، باستثناء الشروط التي حكم باعتبارها تعسفية، إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط السابقة، وهو ما اعتبر تطبيقا لنظرية انتقاص العقد.

استكمالا لدراسة الدور المؤسساتي في حماية المستهلك يستدعي الأمر معرفة دور القضاء الإدارة العامة في هذا المجال ويتأرجح هذا الدور بين الجزاءات الجزائية والجزاءات المدنية لمواجهة الشروط التعسفية.

وعلى النقيض من ذلك كله، فإن المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02 لم يتفطن إلى بيان الجزاء المدني المترتب على إيراد الشرط التعسفي على عقد من العقود.

واكتفى بترتيب جزاء جزائي [3] (الفرع الأول)، أما بخصوص الجزاء المدني فبسبب تعذره علينا اللجوء إلى الشريعة العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاءات الجزائية المقررة لمواجهة الشروط التعسفية

إن حماية المستهلك من الشروط التعسفية تتطلب وجود جهاز فعال ومؤهل لمراقبة المنتجات والخدمات وإثبات المخالفات وقد عرض المشرع الجزائري على إنشاء عدة أجهزة وهيئات للرقابة منها سلطات إدارية وقضائية.[4]

---

[1] – أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 234.

[2] – أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 235.

[3] –محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص100.

[4] –علي بولحية بن بوخميس، مرجع سابق، ص60.

وعليه فإن الجزاءات الجزائية المقررة لجريمة التعسف في حق المستهلك قد تكون صادرة عن الإدارة وقد تكون صادرة عن القضاء وهذا ما أكدته المادة 60 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك بقولها:

"تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية.

غير أنه يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بالمصالحة...."

نستشف من هذه المادة أن الأصل في الجزاء الجزائي بخصوص هذه الجريمة هو الجزء القضائي إلا أنه ولامتصاص الضغط الواقع على الجهات القضائية وأيضا لاختصار الوقت فأعطى لإدارة مديرية التجارة أن توقع جزاء دون اللجوء إلى القضاء وهو ما يعرف بغرامة المصالحة (أولا) إلا أنه إذا تعذر تحقيق هذه المصالحة فلا بد من اللجوء إلى القضاء للتوقيع الجزاء القضائي (ثانيا).

أولا: غرامة المصالحة

يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام، بأنها تسوية لنزاع بطريقة ودية. والمصالحة في الشريعة العامة " **droit commun** " تحكمها في القانون الجزائري أحكام الفصل الخامس من الباب السابع في القانون المدني[1] وقد عرفت المادة 459 من القانون المدني الصلح كالآتي:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، ويتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل" [2]

كما تستمد المصالحة في المواد الجزائية مشروعيتها من المادة 6 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات الجزائية [3] التي تجبر انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة. [4]

ويمكن اختصار غرامة المصالحة في: أنها تسوية ودية بالترضي بين الإدارة المكلفة بمراقبة الممارسات التجارية وقمع الغش من جهة المتعامل الاقتصادي ومن جهة أخرى فهي وسيلة سريعة وفعالة وعادلة لإنهاء النزاع دون اللجوء إلى القضاء.[5]

---

[1] – أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، ط 8، دار هومة، الجزائر، 2008، ص3.

[2]– المادة 459 من القانون المدني الجزائري.

[3]– الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

[4]– أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 13.

[5]http//:www.dreblida.dz/index.php ?option=com_content&view=drtiele&id=168%3A2013 06-04-13-55-03&cdtid=37%3A2013-01-06-14-13-141Itemid=315.

وهو نفس التعريف المذكور في المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق، أحكام غرامة المصالحة والذي اعتبرها أيضا إجراء من شأنه تخفيف العبء، عن الجهات القضائية والناتج عن العدد الكبير لملفات المتابعات. [1]

1 – شروط المصالحة

لاستفادة المهني من المصالحة لابد من مراعاة شروط موضوعية وأخرى إجرائية خصها بها المشرع الجزائري منها:

أ – الشروط الموضوعية

وقد تتلخص الشروط الموضوعية في الشروط المتعلقة بقيمة الغرامة التي تخضع للمصالحة، الشروط المتعلق بطرفي المصالحة، الشروط المتعلقة بوضعية المهني.

- **الشروط المتعلقة بقيمة الغرامة التي تخضع للمصالحة**

تنص المادة 60 من الأمر 04 –02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على: "تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية غير أنه، يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة، إذ كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار 1.000.000 دج استنادا على المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين.

وفي حالة ما إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار 1.000.000 دج ونقل عن ثلاثة ملايين دينار 3.000.000 دج، يمكن الوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة، استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة". [2]

وعليه نستشف من هذه المادة أن تحديد الهيئات المؤهلة لإجراء [3] الصلح يتوقف على قيمة الغرامة المحددة بطبيعة الحال إذا كانت الطريق المختارة من قبل الأعوان الاقتصاديين هي المصالحة عن طريق الإدارة وليس القضاء، حيث أنه إذا كانت الغرامة تقل أو تساوي مليون دينار فإنه المدير الولائي المكلف بالتجارة هو المختص،

---

[1]– المنشور الوزاري رقم 01 أ خ و ت/06 المؤرخ في 08 مارس 2006، يتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة، غير منشور.

[2]– المادة 60 من القانون 04 –02، السابق الذكر.

[3]– أنظر الصفحة 02 من المنشور الوزاري رقم 01 أ خ و ت /06 المؤرخ في 8 مارس 2006، يتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة، (غير منشور).

أما إذا كانت الغرامة تفوق المليون دينار وتقل عن 3 ملايين دينار فإن المختص هنا هو الوزير المكلف بالتجارة، ذلك استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين المرسل من قبل المدير الولائي المكلف بالتجارة.[1]

وبخصوص هذا الاختصاص نشب نزاع كانت مديرية التجارة والأسعار طرفا فيه حيث تم الإشارة فيه صراحة على أن المحاضر تحال على مديرية التجارة والأسعار بالولاية التي يمكنها البت في الغرامة الواجب فرضها أو إحالة الملف إلى وزير التجارة أو وكيل الجمهورية وبما أن الملف أحيل مباشرة من طرف مصالح الدرك إلى النيابة فإن المحكمة صرحت بعدم قبول الدعوى العمومية. [2]

- **الشروط المتعلقة بطرفي المصالحة**

طرفي المصالحة هما الإدارة والمهني المخالف وتتعلق هذه بـ:

- الشروط المتعلقة بمدى اختصاص ممثل للإدارة [3] والتي سبق أن تم تناولها والإشارة بخصوصها إلى الصفحة 02 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.
- الشروط المتعلقة بوضعية المهني المخالف، حيث أن المصالحة في جريمة الممارسة التعاقدية غير جائزة، إذا كان مرتكبها في حالة عود ويقصد بحالة العود هنا طبقا لنص المادة 62 من القانون 04-02 التي أحالتنا إلى نص المادة 41 من فقرة 02 من نفس قانون ، التي عرفت العود والتي خضعت للتعديل بموجب المادة 11 من القانون 10-06 المعدل والمتمم للقانون 04-02 كمايلي: "يعد حالة عود في نظر الإدارة من سبق الحكم عليه قضائيا بسبب جريمة من جرائم القانون رقم 04-02 بعد رفضه المصالحة وقيامه بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة بمخالفة أخرى عن نفس النشاط وهنا تعلم الإدارة أن المهني المخالف قد أصدر في حقه حكما قضائيا يقضي بالعقوبة عن طريق ورقة تحقيق، [4] تقوم بإرسالها إلى السلطات القضائية والتي تعاد إلى مصالحها بعد المحاكمة القضائية."

ب – الشروط الإجرائية

بعد ثبوت المخالفة واقتراح مقدار غرامة المصالحة يتوجب اتفاق الإدارة مع المهني المخالف حول هذه القيمة وقبول تسديدها كي تعتبر المصالحة تامة.

---

[1] – أنظر المادة 60 من الأمر 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية.

[2]– أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 13 889 بتاريخ 1993/03/09، مجلة قضائية عدد 3 لسنة 1994، ص 279.

[3] – ريمة أومدور ودنيا زاد كنوش، حماية رضا المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2014-2015، ص83.

[4] – أنظر الملحق رقم، ورقة التحقيق.

- **معاينة المخالفات واقتراح المصالحة**

منح القانون 04-02 في إطار الرقابة الدورية لأماكن ممارسة النشاطات، للموظفين المؤهلين تفحص كل الوثائق والمستندات دون الإحتجاج عليهم بالسر المهني حيث منح لأعوان الرقابة سلطة عامة في البحث عن المخالفات المتعلقة بشفافية ونزاهة الممارسات التجارية ومنها تلك الممارسات التعاقدية التعسفية، فإذا ما وجدو في إطار هذه المعاينات أن هناك مخالفة تمس أحكام القانون رقم 04-02 فإنهم يقومون باقتراح غرامة للمصالحة، وفقا لما يرونه مناسبا على عكس المشرع في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك حيث استحدث أحكاما خاصة بالصلح إذ حدد لكل مخالفة غرامة المصالحة المقررة لها والتي ليس على المهني المخالف الإعتراض بشأنها،[1] غير أن هناك جملة من المقاييس التي لا بد من مراعاتها من طرف العون المؤهل حينما يقوم بتحديد مبلغ الغرامة. [2]

- **الاتفاق حول غرامة المصالحة.**

المصالحة في جرائم مخالفة قواعد ممارسة التجارة كما هو الحال بالنسبة لجرائم صرف الجمارك، ليست حقا لمرتكب الجريمة ولا هي إجراء إلزامي بالنسبة للإدارة المكلفة بالتجارة ومخالفة قواعد ممارسة التجارة، وإنما هي مكنة جعلها المشرع في متناولهما، بحيث يجوز للمخالف أن يطلب الاستفادة منها، ويجوز للمكلف بالتجارة وممثلة على مستوى الولاية وإجراؤها كما يجوز لهما رفضها ويجوز للمخالف تقديم اعتراض على قيمتها.

المصالحة في مجال جرائم مخالفة قواعد ممارسة التجارة تتم بناء على طلب مرتكب المخالفة الذي من الأفضل أن يكون كتابيا. [3]

في حالة قبول المخالف مبلغ الغرامة يشار إلى ذلك في المحضر الذي يرسل بعد القيام بإجراء التخفيض إلى المدير الولائي للتجارة ويحرص هذا الأخير على:

- مراجعة مطابقة للمحضر ومبلغ الغرامة المقترحة.
- تسجيل المحضر في سجل النزاعات.
- إرسال للمخالف الأمر بالدفع.

عندما يتم تسديد مبلغ الغرامة، يقوم المدير الولائي بإعداد شهادة معاينة التسديد.

---

[1] – ريمة أومدور ودنيا كنوش، مرجع سابق، ص 84.

[2] – أنظر الصفحة 10 من النشور الوزاري رقم 20/01 أوت 2003 مؤرخ في 08 مارس 2006 المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة، غير منشور.

[3] – http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net//943-topic

في حالة عدم القيام بالتسديد في أجل 45 يوما ابتداء من تاريخ قبول المصالحة، يحال الملف على وكيل الجمهورية المختص إقليميا من أجل المتابعة القضائية في حالة رفض المخالف مبلغ الغرامة يشار إلى ذلك في المحضر ويسلم له وثيقة الاعتراض، من طرف الأعوان الذين قاموا بإعداد هذا المحضر. ويلتزم المخالف بتقدير طعنه المعلل إلى المدير الولائي للتجارة في أجل 8 أيام من تاريخ تحرير المحضر. [1]

2 – آثار غرامة المصالحة

ما يترتب على المصالحة هو توقيف المتابعات القضائية إذ تجنب المهني المخالف طرح النزاع أمام القضاء بمجرد تسديده لمبلغ الغرامة في أجل 45 يوما لدى خزينة الولاية وذلك طبقا للمادة 61[2] من القانون 04-02.

وعليه يمكن القول أن الواقع العلمي بين عدم فعالية المصالحة في الممارسات التعاقدية التعسفية ذلك أن الأعوان المؤهلين عادة لا ينتبهون لتفحص نماذج العقود أو شهادات الضمان للكشف عن البنود التعسفية، والواقع أن عدم فعالية المصالحة، لا يقتصر على المخالفات المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية، بل يمتد لكافة المخالفات الأخرى، فالأعوان الاقتصاديين المخالفين عادة ما يفضلون اللجوء إلى القضاء بدل دفع غرامة المصالحة، وذلك للأسباب التالية: [3]

– امتياز القضاء بطول الإجراءات وإمكانية استعمال الحيل حولها، مما يساعدهم على ربح الوقت من أجل توفير مبلغ الغرامة الذي قد تحكم به المحكمة.

– إمكانية الإستفادة من ظروف التخفيف، أو من حكم غير نافذ.

ثانيا: الجزاء القضائي

الجزاء القضائي هو المجال الواسع والخصب لقمع الجرائم وبصفة خاصة جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية المتعلقة بالقانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي يتميز بطابعه الجزائي. [4]

1 – العقوبات الأصلية

---

[1] – أنظر الصفحة 5، 6، 7، 8 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.

[2] – تنص المادة 61 من القانون 04-02 الذي يحدد الواعد المطبقة على الممارسات التجارية على: "تنهي المصالحة المتابعات القضائية والشيء الذي يميز غرامة المصالحة المتابعات القضائية أن الأولى تدفع عند خزينة الولاية والثانية لدى قباضة الضرائب".

[3] – ريمة أومدور ودنيا كنوش، مرجع سابق، ص 85.

[4] – مرجع نفسه، ص 86.

العقوبات الأصلية هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أحرى هذا حسب نص المادة 04 من قانون العقوبات. [1]

إن جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية هي جريمة ذات طابع جنحي حيث اختار لها المشرع عقوبة تعكس هذا التكليف وهي غرامة وذلك طبقا للمادة 38 من القانون 04-02 حيث تنص على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26، 27، 28 و 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف إلى خمسة ملايين دينار".

وبالتالي يعاقب المهني بغرامة تتراوح ما بين 50.000 ألف دج إلى 5.000.000 دج بحسب تقدير القاضي وذلك إذ فرض بنود تعسفية على المستهلك، كما تضاعف هذه العقوبة في حالة العودة إضافة إلى انه يمكن حبس المهني من 3 أشهر إلى 5 أشهر وفقا للمادة 11 من القانون 10-06 المعدل والمتمم للقانون 04-02، ووفقا للمادة 88 من قانون العقوبات إذا ما كان العون الاقتصادي المعني شخصا معنويا فإن الغرامة [2] المطبقة عليه تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للمهني عندما يكون شخصا طبيعيا أي أن الغرامة تساوي خمس ملايين دج، وخمس مرات منها تقدير القاضي الجزائي.[3]

2 – العقوبات التكميلية

وهي العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي ما إجبارية أو إختيارية، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 4 من قانون العقوبات. [4]

وتتمثل العقوبات التكميلية التي نص عليها القانون رقم 04-02 في المصادرة طبقا للمادة 44 من القانون 04-02، المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة طبقا للمادة 11 من القانون 10-06 الذي يعدل ويتمم القانون 04-02، نشر الحكم طبقا للمادة 48 من القانون 04-02 ولكن بعد استقراء نص المادة 44 المتعلق بالمصادرة فإنها لم تشمل صراحة حالة الممارسات التعاقدية التعسفية، لذلك فإن العقوبات التكميلية في إطار جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية وفقا لقانون 04-2 تتعلق بعقوبة نشر الحكم، وكذا المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة. [5]

---

[1] – المادة 04 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] – ريمة أومدور ودنيا زاد كنوش، مرجع سابق، ص 86.

[3]– ريمة أومدور ودنيا زاد كنوش، مرجع سابق، ص 87.

[4]– المادة 04 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 20-12-2006، ج ر، عدد 84، صادر في 20-12-2006.

[5]– ريمة أومدور ودنيا زاد كنوش، مرجع سابق، ص 87.

وهذه العقوبات لم يغفل عنها قانون العقوبات بطبيعة الحال حيث نص عليها في المادة 9 منه فيما يخص الشخص الطبيعي أما بالنسبة للشخص المعنوي فكان ضمن المادة 18 مكرر فقرة 03.[1]

أ – عقوبة نشر الحكم

هذه العقوبة تضمنتها المادة 48 من القانون رقم 04-02 كالتالي "يمكن للوالي المختص إقليميا، وكذا القاضي أن يأمرا على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا، ينشر قراراتها كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددانها". [2]

يستخلص من هذه المادة أن عقوبة نشر الحكم أمر جواري من صلاحيات الوالي المختص، والقاضي ويكون هذا النشر على حساب مرتكب المخالفة أو للمحكوم عليه نهائيا.

كما قد نص على هذه العقوبة من قانون العقوبات أنه يجوز أن تأمر في حالات حددها القانون لدى حكمه، بالنسبة الحكم بأكمله، ومستخرج منه في جريدة أو تعليقه في الأماكن التي يبينها القانون على حساب المحكوم عليه بحيث اشترط المشرع أن لا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة وأيضا حدد مدة النشر بأن لا تتجاوز شهرا واحد. [3]

ب – المنع من ممارسة أي نشاط مهني مؤقت:

نص المشرع على هذه العقوبة في القانون 04-02 في حالة العود وفقا للمادة 47 وقد جاء موقفه متشددا حينما عدل هذه المادة بموجب القانون رقم 06-10، حيث نص في المادة 11 منه على جواز منع المهني العائد للمحكوم عليه من ممارسة أي نشاط دون تحديد بغض النظر عن كون نشاطه الأساسي الذي حوكم بسببه كما كانت تقره المادة 47 قبل التعديل، وبغض النظر على علاقة الجريمة بالنشاط كما جاء في المادة 16 مكرر من قانون العقوبات. كما قام المشرع في المادة 16 نفسها برفع المدة المقررة للمنع المؤقت حتى العشر سنوات وهو ما ينطوي عن خطورة هذه العقوبة التكميلية يجدر على القاضي التفكير قبل النطق بها. [4]

الفرع الثاني: الجزاءات المدنية المقررة لمواجهة الشروط التعسفية

---

[1]– المادة 9 و18 مكرر من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 20-12-2006، ج ر، عدد 84، صادر في 20-12-2006.

[2]– قانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[3]– المادة 18 من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006، ج ر، عدد 84، صادرة في 20-12-2006.

[4]– ريمة أومدور ودنيازاد كنوش، مرجع سابق، ص 87،88.

بالرغم من أهمية الجزاءات إلا أنها لا تحقق الحماية الآنية التي يبيعها المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، على اعتبار أن المشرع قد قصد من وراءها قمع الممارسة التعاقدية التعسفية كفعل مجرم بوجه عام، دون التطرق لمعيار الشرط التعسفي في حد ذاته، حيث تتمثل غاية المستهلك المباشرة ومصلحته الآنية في أنه عادة ما يرغب في المضي في العقد لحاجته إليه، لكن فقط دون وجود الشرط أو الشروط التعسفية الذي ترهقه، لذلك فإن اللجوء للجزاءات المدنية عن طريق البحث في القواعد العامة عن جزاء مناسب يبقى لجوء أكثر فعالية، كما له من تحقيق للمصلحة الخاصة للمستهلك. [1]

وفي هذا الإطار سنتطرق (أولا) لحق المستهلك في طلب التعويض عن التعسف الذي وقع فيه، ولمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام لضمان (ثانيا)، جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام (ثالثا) وأخيرا مكافحة الشرط الجزائي التعسفي(رابعا).

أولا: حق المستهلك في طلب التعويض عن التعسف الذي وقع فيه

لم تخلو نصوص القانون الجزائري من الأحكام التي تقضي بتقدير التعويض حيث تم منح القاضي سلطة تقديرية للتعويض إذ لم يكن مقدرا في العقد أو في القانون. [2]

حيث نجد أن نصوص القانون المهني الجزائري تأكد ذلك"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 128 و 182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"

أما المادة 132 فقد جاءت تنص على مايلي "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف" كما نصت المادة 177 أيضا على أنه"يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر أو أزاد فيه" [3]

كما تنص المادة 182 أيضا على "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد وفي القانون فالقاضي هو الذي يقدره"، كما تنص المادة 184، 2 على ما يلي" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذ أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر". [4]

---

[1]– إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 148.

[2]– علي حساني، مرجع سابق، ص 345.

[3]– المواد 130 و132، 177 من القانون المدني الجزائري.

[4]– المواد 182، 184 من القانون المدني الجزائري.

والقاضي عند تقديره للتعويض ينظر إلى عنصرين مهمين، الأول: هو موجود الضرر ومدى تأثيره على المتضرر، والعنصر الثاني: الشخص المضرور الذي أصابه الضرر ذلك عن طريق وجود علاقة بين الضرر والمتضرر. [1]

1 – مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد المسؤولية العقدية في طلب التعويض

إن أساس الضرر اللاحق بالمستهلك جراء تنفيذه للشرط أو الشروط التعسفية هو العقد الذي يربطه بالمهني، وبالرغم من ذلك فالمستهلك الذي تضرر من شرط أو شروط تعسفية لا يمكنه أن يؤسس دعواه على أساس قواعد المسؤولية العقدية، فالمهني الذي يفرض بنودا تعسفية على المستهلك لا يعد مخلا بالتزاماته العقدية من الناحية الظاهرية، فإمضاء المستهلك على العقد يقيم قرينة أمام القاضي المدني المنوط إليه نظر دعوى التحريض، على أن المستهلك قد وافق على كل الشروط التعاقدية حتى تلك التي تمنح المهني حرية التماطل في تنفيذ التزاماته أو عدم تنفيذها، حتى وإن كانت تعسفيتها ظاهرة وثابتة بقوة القانون، فالقاضي لا يحكم بغيرها طلب منه، فالدعوى التي أمامه هي دعوى تعويضه لا دعوى إلغاء أو تعديل للشروط التعسفية، لذلك فهو ينظر فقد في مـدى وجـود

الإخلال بالتزام عقدي أي مدى توفر ركن الخطأ، إضافة لمدى وجود الضرر والعلاقة السببية بينهما،[2]ضف إلى ذلك أنه ليس كل شرط أو شرط تعسفية تتعلق بتنفيذ الالتزامات التعاقدية أفقد تتعلق بالمسؤولية نفسها تقليصا أو إعفاءا، أو بالجهة التي تنظر في النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد مثلا".[3]

2 – مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد التقصيرية

إن كان الأصل أن يستعمل صاحب الحق حقه دون أن يسيء إلى غيره فإنه قد يحدث وإن يسيء استعمال هذا الحق عمدا، وبشكل يلحق الضرر بالغير، فإذا ما حدثت هذه الإساءة المقصودة، عد صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه، يقع عليه تعويض ما لحق المتضرر من أضرار وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وهذا هو مناط نظرية التعسف في استعمال الحق.

إن أساس طلب التعويض كدعوى مباشرة أمام القضاء المدني هو المسؤولية المدنية، والمسؤولية المدنية مفادها هو إخلال الشخص بالتزام مشروع بشكل يؤدي إلى إلحاق ضرر بشخص آخر، لذلك يلزم المخل يحبر الضرر الذي حصل للمضرور عن طريق تعويضه، وتنقسم المسؤولية المدنية بحسب الالتزام المخل به إلى نوعين: [1]

---

[1]– علي حساني، مرجع سابق، ص 151.

[2] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 182.

[3] – مرجع نفسه، ص 173.

- **مسؤولية عقدية** وتتحقق متى تم الإخلال بالتزام عقدي، إذ تجد مصدرها في العقد ومسؤولية
- **مسؤولية تقصيرية** وتتحقق إذا تم الإخلال بالتزام قانوني.

فنطاق المسؤولية العقدية هو العقد، من مرحلة انعقاده صحيحا إلى غاية زواله، فالمسؤولية العقدية لا تخطي المرحلة السابقة على التعاقد ولا المرحلة اللاحقة لتقرير زواله، أما نطاق المسؤولية فأوسع، يشمل كل الحالات التي يخل فيها الشخص بالتزام قرضه القانون، متى أدى إلى وقوع ضرر بالغير".[2]

ثانيا: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالضمان

قانون الاستهلاك الجزائري لسنة 1989 خلا من تطبيق مسؤولية المنتج ضمانا لالتزامه نحو المنتوج من العيوب المسببة للأضرار ماعدا ما يمكن أن نعتبره شروط سلامة المنتوجات من المخاطر التي تمس صحة المستهلك وأمنه وتضر بمصالحه المادية، وبالتالي تقع المسؤولية على المنتج الذي أخل بهذه الشروط باعتبارها التزامات تقع عليه بالدرجة الأولى.[3]

وفي المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 [4] جاء نصها ليحدد مسؤولية المحترف في تطبيق أحكام الضمان على منتجاته المعيبة والنظرة، وبالتالي يعتبر مسؤولا عن ضمان سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح الاستعمال المخصص له أو أي خطر ينطوي عليه.

فإذا كانت هذه المنتجات خطرة أو تحتوي على عيب فإن المحترف يصبح مسؤولا عن كل ضرر ينجم من جراء استعمال هذه المنتجات، وبالتالي نستطيع "أن نجزم أن المشرع الجزائري في هذا النص أراد أن يحدد مسؤولية المحترف عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة أو الخطرة، دون أن يشير إلى التفرقة المعروفة سواء في القانون الأوروبي أو في فرنسا فقها وقضاء بين المنتجات الخطرة بطبيعتها والمنتجات بسبب عيب يكمن فيها.[5]

---

[1] – مرجع تفسه، ص 171

[2]– إيمان بوشارب، مرجع سابق ،ص 172.

[3] – المادة الثالثة من القانون 89 –02 المؤرخ في 07-02-1989 "كل منتوج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل أنماط التي من شأنها تمس صحة المستهلك وأمنه أو تضر بمصالحه المادية"

[4]– علي حساني، مرجع سابق، ص317.

[5]– مرجع نفسه.

وإذا كان الأمر لا يبدو مهما في هذه التفرقة، فإن الضرورة تقتضي تحديد ما إذا كان هذا المنتوج خطيرا يؤدي إلى حدوث الضرر، رغم أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية أبعد من ذلك، حيث لا يكفي أن يكون المنتوج خطرا حتى تنعقد المسؤولية ولكن يجب أن يتضمن هذا الأخير عيبا في الصنع.[1]

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون 09-03 من خلال المادة الثانية في تعريف المنتوج السليم والقابل للتسويق والتي نصت على أن المنتوج يعتبر كذلك إذا كان "خال من أي نقص والعيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة المستهلك أو بخصائصه المادية والمعنوية". [2]

وكما كان متوقع من قانون الاستهلاك الصادر حديثا، فإنه فرض إلتزاما بضمان المخاطر والأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة للتداول، وبالتالي تتحقق مسؤولية كل متدخل في عملية وضع المنتوج للاستهلاك.

وقد فضل المشرع في هذا القانون تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل وجعلها ملزمة ومن النظام العام حتى يحافظ على مصالح المستهلك وسلامته الجسدية والمادية والمعنوية وبالتالي تتأكد مسؤولية المتدخلين، ومن بين هذه الالتزامات ما يلي: [3]

أ – في مجال النظافة الصحية للمواد الغذائية

جاء في قانون المستهلك الجزائري 09-03 بأنه "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية الاستهلاك احترام سلامة هذه المواد والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك". [4] كما يمنع وضع مواد غذائية الاستهلاك تحتوي على ملوث بكمية غير مقبولة بالنظر إلى الصحة البشرية والحيوانية، وخاصة فيما يتعلق بالجانب السام له، ويجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك أن يسهر على احترام شروط النظافة والنظافة الصحية للمستخدمين، وأماكن ومحلات التصنيع أو المعالجة أو التحويل أو التخزين، أو كذا وسائل نقل هذه المواد وضمان عدم تعرضها للإتلاف بواسطة عوامل بيولوجية أو كيميائية أو فيزيائية، ويجب أن لا تحتوي على التجهيزات واللوازم والعتاد والتغليف، وغيرها من الآلات المخصصة لملامسة المواد الغذائية، إلا على اللوازم التي لا تؤدي إلى افسادها". [5]

ب – مجال أمن المنتوجات

---

[1] – المادة الثالثة من القانون 89 -02 المؤرخ في 07-02-1989.

[2] – القانون 09-03 المؤرخ في 25-02-2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[3] – علي حساني، مرجع السابق، ص 319.

[4] – المادة 04 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[5] – المواد 05، 06، 07 من القانون 09-03.

يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرر بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين". [1]

جـ – مجال المحافظة على المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين

"يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية وأن لا تسبب له ضررا معنويا".[2]

يجب تحقق مسؤولية المنتج حتى يمكن مقابلته بتحمل تبعة الأضرار التي سببتها منتجاته المخيبة، وبعدما اتضحت طبيعة هذه المسؤولية وأساسها القانوني نجد أن القانون يرفض على المنتج المسؤول ضمان عيوب منتجاته، مهما كانت هذه المنتجات سواء المعيبة" [3] أو الخطيرة، وعليه يلتزم بالقيام بجبر الضرر العامل من جراء ما سببته هذه المنتجات من أدى المستهلك، وإذا كان المتدخل المنتج لا يستطيع تحمل ثقل هذه الأضرار ورفعها عن المتضرر، فإنه يكون ملزما بتعويض ذلك، وفق ما أقره القانون من أحكام".[4]

إن التعويض عن الأضرار التي تسببها المنتجات والخدمات، يعد أهم وسيلة يسعى إليها المتضرر للوصول إلى استفاء حقه عن طريق إثارة مسؤولية المنتج التي تحققت بتحقق شروطها، عمى أن التأمين على هذه المسؤولية أصبح التزاما قانونا بنص المادة 168 من الأمر 95–07 والمتعلق بالتأمينات في الجزائر.[5]

ثالثا: جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام

---

[1] – المادة 9 من القانون 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لسنة 2009.

[2] – المادة 19 من القانون 09–03.

[3] – علي حساني، مرجع سابق، ص 334.

[4] – مرجع نفسه، ص 335.

[5] – المادة 168 من قانون التأمين أمر 95–07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم " يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنع أو ابتكار أو تحويل أو تعديل" أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو للاستعمال، أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين وتجاه الغير".

إن التنفيذ الصحيح الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على إبرام العقد وفقا للشروط التي حددها القانون، يكفل سلامة إرادة المستهلك بما يضمن تحقيق الغاية التعاقدية بتلبية حاجاته المشروعة إلا أنه في الحالة المعاكسة فإن للإخلال بتنفيذه يؤثر مباشرة على صحة رضاءه.[1]

يمكن إبطال العقد على أساس نظرية عيوب الارادة لأن الإخلال بتنفيذ الالتزام بالإعلام من شأنه أن يعيب الإرادة بأحد العيوب كالغلط والتدليس لارتباطهما الوثيق بهذا الالتزام، الذي يهدف إلى تبصير الإرادة وتنويرها.

وإذا كانت النصوص متعلقة بحماية المستهلك تعترف بوجود الغلط بسبب الإخلال بتنفيذ الالتزام بالعلام، فإنه من الصعب إثباته بناء على الشروط التي تمليها القواعد العامة [2] بأن يكون جوهريا ومؤثرا ومقترنا بعلم المتعاقد الآخر طبقا للمادة 81 [3] و 82 [4] من التقنين المدني، لأنها مرتبطة بأمور نفسية داخلية صعبة الإثبات، وهو ما يحول دون الحماية الفعالة للمستهلك.

ولقد فقد إدخال بعض المرونة على هذه القواعد، اعتبر الفقه قرينة علم المتكفل بكل المعلومات المتعلقة بالعقد تكفي وحدها للدلالة على وقوع المستهلك في غلط بمجرد عدم اعلامه وفقل للكيفيات التي حددها القانون.[5]

لكي يتمكن المستهلك من إبطال عقد البيع الاستهلاكي فعليه أن يثبت تحقق الركنين المادي والمعنوي للتدليس طبقا للمادة 36 من التقنين المهني، [6] وهو أمر صعب حيث لا يطرح الإشكال بالنسبة للركن المادي بقدر ما يطرح بالنسبة لصعوبة إثبات نية التقليل والانخداع أمر غير ملموس.[7]

ومن خلال ما سبق بيانه فان الاستناد على نظرية عيوب الإرادة ولا سيما الأحكام النظرية للغلط والتدليس لحماية المستهلك ومعاقبة المحترف المخل بالتزام الإعلام لا تحقق الحماية الكافية، وذلك بسبب أن الأثر المباشر

---

[1] – آسيا يلس، مرجع سابق، ص 134.

[2] – مرجع نفسه، ص 134.

[3] – المادة 81 ق مدني جزائري، "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد "أن يطالب بإبطاله".

[4] – المادة 82 ق م ح "يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لولد يقع في هذا الغلط"

[5] – آسيا يلس، مرجع سابق، ص 136.

[6] – المادة 86 من القانون المدني الجزائري" يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد وتعتبر تدليس السكوت عهدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملابسة".

[7] – آسيا يلس، مرجع سابق، ص 137.

الناجم عن تطبي أحكام هاتين النظريتين هو بطلان العقد، وهذا لا يخدم دائما مصلحة المستهلك، التي سبق بيانها من جهة ومن جهة أخرى أنه لا يوجد أي نص يلوم المحترف بتنفيذ العقد وتدقيق الرغبة المشروعة. [1]

– للمستهلك حق في طلب إبطال العقد نتيجة إخلال المحترف الإلتزام بإعلام لكن قد يرى أن البطلان لا يحقق له أي فائدة فلجأ إلى طلب التعويض فقط، كما أنه قد يتعذر عليه رفع دعوى البطلان لعدم توافر شروطها بحيث لا يستطيع أن يثبت أن الغلط قد كان جوهريا أو أن الوسائل التدليسية التي استحماها المحترف في دفعته للتعاقد لا سيما وإن هذا الأخير يستطيع بفضل خبرته وكفاءته إثبات عكس ما يدعيه المستهلك.

وبالتالي لا يبقى أمام المستهلك إلا الاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أي إثبات أن المحترف قد أخل بواجب الإعلام، ويطالب بالتعويض عن الضرر الملحق به. [2]

– يجوز للمستهلك الخيار بين دعوى التعويض ودعوى البطلان، وتعتبر دعوى البطلان كدعوى أصلية يمكن للمستهلك رفعها مع إثبات توافر شروطها، إلى جانب ذلك يمكنه رفع دعوى التعويض.[3]

كما يحق للمستهلك الجمع بين طلب التعويض وطلب البطلان، فقد يرفع المستهلك المتضرر من تصرفات المحترف دعوى البطلان، إلى جانب ذلك فقد يطالب بالتعويض عن الأضرار الملحقة به، وطبقا للقواعد العامة فإنه يمكن لكل شخص أن يقوم طلب إضافي بالتعويض إلى جانب طلبه الأصلي ولا يستجيب القاضي لطلبه التكميلي، إلا إذا كان الطلب الأصلي مؤسس من جهة، ولوجود ارتباط بين الطلبين. [4]

حيث يمكن أيضا إبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع وهذا ما كرسته المادة 352 من التقنين المدني التي نصت على أنه "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يكن التعرف عليه". [5]

فإذا لم يعلم البائع المشتري بالأوصاف الأساسية للمبيع، جاز للمشتري أن يطلب ابطالا العقد المبرم على أساس المادة 352، حتى ولو لم تصب إرادته بأي عيب من عيوب الإدارة، [6] ، إذ يعني المشتري من إثبات شروط الغلط أو التدليس، بحيث يقوم حقه في الإبطال بمجرد إثبات خلو العقد من الصفات الأساسية للمبيع. [1]

---

[1] – جميلة عزيزي، مرجع سابق، ص 106.

[2] – مرجع نفسه، ص 107.

[3] – جميلة عزيزي، مرجع سابق،ص 108.

[4] – مرجع نفسه، ص 109.

[5]– نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

[6]–جميلة عزيزي، مرجع سابق، ص 137.

والمسؤولية تكيف على أنها مسؤولية عقدية وجبر الضرر يكون بالتعويض عن الأضرار المادية ويمكن فسخ أو إبطال في حالة ما إذا اعتبر الإخلال في حكم الرضا المعيب بغلط العقد.[2]

– يترتب على سوء نية البائع الحقيقية أو المفترضة، أن لا يستفيد من شروط عدم الضمان التي يدرجها في العقد وهذا ما أقرته المادة 06 الفقرة الأخيرة من قانون حماية المستهلك التي جاء فيها:

"يعتبر لاغيا كل شرط يقضي بعدم الضمان"، وبالتالي يلتزم بتعويض كل الأضرار.[3]

رابعا: مكافحة االشرط الجزائي التعسفي

منح المشرع الجزائري كذلك من جهته للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما:

- إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه.
- وإذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.
- كما أجاز من جهة أخرى للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

وقد أضاف المشرع الفرنسي فقرة جديدة إلى نص المادة 1152 بموجب قانون 11 أكتوبر 1985 تجيز للقاضي مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه لو لم يطلبه الخصوم.

ولم يوضح لا المشرع الجزائري ولا الفرنسي قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي التعسفي، إنما أورد معيارا عاما لها، تاركا تقدير هذه المغالاة إلى قاضي الموضوع والذي يلتزم ببحث وبيان بدقة وجه المغالاة أو البخس في الشرط مقارنة بالضرر اللاحق فعلا بالدائن كل ذلك تحت رقابة محكمة النقض.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى تقدير طابع المغالاة في الشرط الجزائي يتم استنادا إلى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق الشرط.

وهكذا أصبح أمام المستهلك في فرنسا وسيلتان ضد مخاطر التعسف في استعمال الشرط الجزائي: إما التمسك بنص المادة 1152 (مدني) وما يفيده المستهلك من سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي.

وإما التمسك بنص المادة 132–1 من قانون الاستهلاك والتي يسمح تطبيقها باعتبار الشرط الجزائي شرطا تعسفيا، وبالتالي يعتبر وكأنه غير مكتوب، وهو ما يؤدي إلى توفير حماية أفضل للمستهلك من تلك التي توفرها له

---

[1]– مرجع نفسه، ص 137.

[2]– الطيب الصامت، الحق في الإعلام في إطار قواعد حماية المستهلك، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، 2006–2009، ص45.

[3]– الطيب الصامت، المرجع أعلاه، ص 49.

مراجعة الشرط الجزائي على يد القضاء، فضلا عن أن نفس القانون يمنح جمعيات المستهلكين الحق في رفع دعوى إزالة مثل هذه الشروط من نماذج الاتفاقات والعقود المقترحة على المستهلكين.[1]

وأخيرا وسع المشرع الفرنسي سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي وأجاز له التدخل لمراجعة الشرط من تلقاء نفسه متى كانت العقوبة فاحشة جدا أو تافهة وذلك دون انتظار أن يطلب منه ذلك وفق التعديل الحديث الذي أدخله المشرع.

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 267،268.

خلاصة الفصل الثاني

بينا من خلال هذا الفصل الآليات القانونية التي من خلالها يمكن إعادة التوازن للعقد فالقواعد العامة التي جاءت بالعديد من الآليات للتخفيف من حدة الشروط التعسفية حماية للمستهلك ومن بينها استبعاد الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان، ووضع تقنيات قانونية لتحقيق التوازن بين الطرفين النظرية السبب، ومبدأ حسن النية، ونظرية الغبن والاستغلال.

كذلك توفير الحماية اللازمة للمستهلك من خلال الالتزامات المفروضة على المهني حيث تطرقنا للالتزام بالإعلام بوصفه التزام ملقى على عاتق المهني ولدوره الفعال في تنوير إرادة المستهلك حول المنتوج الذي يقتنيه ،وأيضا من الالتزامات المفروضة على المهني الالتزام بضمان على العيوب العيوب الخفية للمنتوج وكذا سلامته ،وتهدف هذه الالتزام إلى إنارة تفكير المستهلك لتفادي استغلال المحترف لمركزه وخبرته لفرض ما يحلو له من شروط.

كما تبين لنا أهمية أجهزة حماية المستهلك التي من أهمها جمعيات حماية المستهلك التي تتمثل أهميتها في تمثيل المستهلكين قضائيا وتشجيعهم على مخاصمة المنحرفين عن سلوك التاجر أو المتعامل النزيه، وذلك من أجل حماية حقوقهم قضائيا وكذلك الأمر بالنسبة للجنة البنود التعسفية التي تعتبر جهازا خاصا بحماية المستهلك التي من المفروض أن يكون لها الدور الفعال في حماية المستهلك.

هذا وإمعانا في تكثيف حماية المستهلك وتقويتها سمح المشرع الجزائري للقضاء والإدارة بتوقيع الجزاء على من يمارس الشروط التعسفية، والتي فضل المشرع، أن يكون جزاء ذو طبيعة جزائية متمثلة في الغرامة التي تسلط من خلال طريقتين الودي والقضائي فيما أحال بطريق غير مباشرة على القواعد العامة فيما يخص الجزاءات المدنية بعد سكوته عن النص عليها في القانون رقم 02/04.

الخـــاتمة

الخاتمة

حاولنا من خلال الدراسة التي قمنا بها تقييم مدى فعالية الآليات القانونية والمؤسساتية في حماية المستهلك، حيث أن النظام القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية فقد اخذ شوطا لا باس به نحو التكامل، فأصبح في متناول القاضي قواعد أكثر تخصصا وتعلقا بموضوع الشروط التعسفية والمستهلك ومن أبرزها في هذا المجال نذكر القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث يعتبر هذا الأخير أول قانون يتناول تنظيم الشروط التعسفية، كذلك المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، بالإضافة للقانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذلك بعض القوانين المتخصصة والمراسيم، والأنظمة كالمتعلقة منها بإعلام المستهلك، والضمان، وتعتبر هذه الجملة من القوانين بمثابة قوانين مكملة للقواعد العامة الواردة في القانون المدني والمتعلقة بالمستهلك وحمايته.

أما فيما يخص الحماية المؤسساتية للمستهلك من الشروط التعسفية، فقد استحدث المشرع الجزائري أجهزة من خلال القوانين السالفة الذكر، فقد أنشأت لجنة البنود التعسفية بموجب القانون 04-02 هذه اللجان التي حددت مفهوم الشروط التعسفية وأوردت قائمة على سبيل المثال على مجموعة من الشروط التعسفية، مما يوسع من دائرة الحماية بالنسبة للمستهلك، كما فتح المجال للمبادرة الفردية والجماعية لإنشاء جمعيات حماية المستهلكين وذلك بموجب القانون 09-03 التي لها الدور الفعال في حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه، وكذلك تمثيله أمام القضاء.

ويمكن إجمال النتائج المتوصل لهافي النقاط التالية:

أضحت العقود التي تتفاوت فيها المراكز بين المتعاقدين منتشرة كثيرا، إذ بات من المألوف فرض الطرف المتمتع بالقوة الاقتصادية والتعاقدية شروطه المحررة سلفا، والتي لا يملك إزاءها المتعاقد الآخر من الناحية العملية فرصة المناقشة، أو تعديل مضمونها هذا من جهة، ومن جهة أخرى أصبحت هذه العقود سببا للإجحاف بحق الطرف الأقل خبرة، وذلك لتضمنها شروطا تحد من حقوقه أو ضماناته وتزيد من أعباءه والتزاماته، أو بالعكس تزيد من حقوق واضعها، وتوفر له السبل الكفيلة في الزيادة من ضماناته، أو الحد من نطاق التزاماته التي يفرضها العقد المبرم بينهما.

اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه للشروط التعسفية على معيار الإخلال الظاهر بالحقوق والواجبات بين أطراف العقد، وهذا التعريف نقله عن نظيره الفرنسي، وهذا الأخير بدوره أورد هذا التعريف متأثرا بالتعريف الذي ورد في التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية.

صحيح أن الشروط التعسفية كانت معروفة في القواعد العامة للقانون المدني منذ زمن، غير أن المشرع الجزائري لم يضع تشريعا خاصا بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، إلا منذ وقت قليل، فقد كان صدور أول قانون يعالج مسألة الشروط التعسفية سنة 2004 من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فهو قانون جد حديث مقارنة مع أول قانون فرنسي خاص بالشروط التعسفية وهو قانون 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية والإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية.

تعدد أنواع الشروط التعسفية والمحددة على سبيل المثال، وسع من دائرة الحماية للمستهلك لتشمل الكثير من الشروط، وهذه الشروط محددة في التشريع الجزائري بقائمتين، حيث وردت القائمة الأولى في المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02، أما القائمة الثانية فقد وردت في المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات العربية منها والغربية كالتشريع الفرنسي، ماعدا التشريع الألماني الذي حدد قائمتين على سبيل الحصر بالشروط التعسفية سميتا بالقائمة السوداء والقائمة الرمادية للشروط التعسفية.

توفير الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية وذلك من خلال القواعد العامة الواردة في القانون المدني، وكذلك القوانين الخاصة بحماية المستهلك، والقوانين الخاصة بالشروط التعسفية.

أما عن الرقابة المؤسساتية وأجهزة الحماية من الشروط التعسفية، فقد أنشأت لجنة البنود التعسفية بموجب القانون 04-02 حيث تختص هذه اللجان بدراسة الشروط المفروضة عادة من قبل المهنيين على المستهلكين ، والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا.

فتح مجال لتأسيس جمعيات حماية المستهلك بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، هذا الجهاز الذي يعني بمصالح المستهلكين وحمايتهم وذلك من خلال إعلامهم وتحسيسهم، وكذا تمثيلهم أمام القضاء، وذلك الادعاء كطرف مدني.

وتحقيقا لحماية المستهلك من تعسف المهني أو المحترف فرض المشرع التزامات على عاتق المحترف الالتزام بالإعلام، والتزامه بالضمان.

ولمواجهة الشروط التعسفية وحماية المستهلكين من هذه الشروط خول المشرع الجزائري للقضاء والإدارة العامة توقيع جزائيين، يتمثل الجزاء الأول في الجزاء الجزائي المتمثل في الغرامة المالية كغرامة أصلية بالإضافة إلى عقوبات تكميلية، أما الجزاء المدني فتمثل في سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، وذلك بطلب من المستهلك أو جمعيات حماية المستهلكين، وكذلك تفسير الشك لصالح المدين (المذعن).

واعتمادا على النتائج السابقة نقدم الاقتراحات التالية:

تتطلب حماية المستهلك تكاثف الجهود بين الدولة ومختلف المؤسسات ذات العلاقة بالمستهلكين وذلك من اجل تدعيم الرقابة على الشروط التعسفية، وإعلام المستهلك.

المبادرة إلى وضع قانون موحد لحماية المستهلك، وهذا بجمع كل النصوص الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء القواعد العامة أو الخاصة.

إعادة صياغة الجزاءات المقررة على المهني أو المحترف بما يتناسب مع توفير حماية جدية وفعالة للمستهلك.

تشجيع دور الدولة والجمعيات التي تستهدف حماية المستهلكين في تحرير عقود متوازنة بدلا من ترك احد أطراف يستقل بتحرير العقود.

تفعيل دور لجنة البنود التعسفية، وجمعيات حماية المستهلكين وذلك بتحويل دورها الوقائي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى الدور العلاجي لتوفير الحماية الأكيدة والفعالة للمستهلكين.

الاهتمام بالدور الإعلامي والذي من شانه تكريس ثقافة استهلاكية جزائرية متوازنة.

العمل على تكثيف الحملات الهادفة إلى توعية المستهلكين بحقوقهم وتنسيق وتضافر جهود كافة الجهات ذات العلاقة.

العمل على إجراء الدراسات والبحوث للتعرف على المشاكل الاستهلاكية التي تواجه المستهلكين في مجال السلع الإستهلاكية والخدمات.

إصدار المطبوعات والنشرات العلمية والمشاركة في البرامج الإذاعية والتلفزيونية لنشر الوعي والتثقيف الاستهلاكي، فضلا عن نشر وتقويم كفاءة وأداء السلع والخدمات، والمواضيع الأخرى كأداة العلاقة باهتمامات المستهلكين وحاجاتهم .

مراعاة مصالح الطرفين (المنتج والمستهلك)، دون الإجحاف بأي طرف منهم.

كما لا يفوتنا في الأخير الإشارة إلى أن هذا البحث رغم تواضعه إلا أنه يصلح لأن يكون أرضية لدراسات أخرى ويفتح أفاق جديرة بالبحث نذكر من بين هذه الدراسات:

- العقود النموذجية.
- الشروط التعسفية. في عقد الإذعان.
- آليات حماية المستهلك من تعسف المهني.
- ضمان السلامة وجودة السلع الاستهلاكية والخدمات.
- السياسات العامة والخاصة تجاه حماية المستهلك.

الملاحق

1- ترتيب الملاحق:

- ملحق رقم 01 : عقد إيجار يتضمن شروط تعسفية.
- ملحق رقم 02 شهادة ضمان تتضمن شرط غير مشروع يقلص من الضمان القانوني.
- ملحق رقم 03 : نموذج عن امر بالدفع.
- ملحق رقم 04: نموذج عن اعتراض عن مبلغ غرامة المصالحة.
- ملحق رقم 05 : نموذج عن بطاقة تحليلية للمخالفة.

الملحق رقم 01

.....

AGENCE LOCATION DE VOITURES TOURISTIQUES

.....

.....

الهاتف : .....037 النقال : 0771

سجل تجـــاري رقم: .....

CONTRAT DE LOCATION

عقـــــد إيجـــــــار

Contrat N°:../.. عقد رقم:

Nom & Prénom : ..... الإسم واللقب :

Né (e) le: ..... A:.....قـــالمة.....ب: .....1900/.11./.11 مولود (ة) في :

Adresse: ..... العنوان :

Tél : .....+(213) 0771 00 00 00..... الهاتف :

Permis de conduire N°: ..... رخصة السياقة رقم :

Date & lieu de délivrance: .....2000/.00./.00.. بـ: قـالمة..... تاريخ ومكان الإيداع:

Marque de véhicule : ..... نوع السيارة :

N° D'immatriculation : ..... رقم التسجيل :

Compteur N° : ..... العداد رقم :

Date de sortie : .....:00h..... الساعة: ..... تاريخ الخروج :

Date d'entrée : .....:00h..... الساعة: ..... تاريخ الدخول :

Ce contrat est délivré à l'intéressé (e) pour servir et valoir ce que de droit.

سلم هذا العقد للمعني (ة) لإستعماله في حدود ما يسمح به القانون.

لا يسمح لهذه المركبة أن تغادر التراب الوطني

✓ Fait à Guelma le : ..../...../20.....

الوكالة
L'agence

توقيع المستأجرمع بصمة الأصبع الأيسر
signature du Client

ملاحظة : في حالة تأخر المستأجر أكثر من ساعة عن الموعد المحدد يلزم بدفع مبلغ 400.00 دج عن كل ساعة

شروط الإيجـــار

الشروط العامة :

عملية تأجير السيارة تقوم على شروط أساسية وافق عليها المستأجر وهي كالآتي:

٧ المادة الأولى : إستعمال السيـارة

♦حتى لا يتعرض لفقد التأمين على المستأجر أيتعهد بعدم السماح لأي كان غيره قيادة السيارة إلا من لديه تسريح من الوكالة.

♦أن يتعهد بعدم إستعمال السيارة إلا لحاجته الشخصية.

♦أن لا يشارك في سباق أي كان.

♦أن لا يستعملها لأهداف غير شرعية أولنقل البضائع أوحاجات ممنوعة قانونيا.

♦فالمستأجر يتحمل المسؤولية الكاملة إتجاه ذلك أمام الشرطة و رجال الدرك و الجمارك.

♦أن لا يستعملها في دفع سيارة أو جر مقطورة.

♦عدم إحتيازه على وثائق جمركية.

♦أن لا يستعملها في نقل أشخاص بمقابل و ان لا يتجاوز العدد المسموح به في البطاقة الرمادية.

♦أن لا يستعمل السيارة في الطرق الغير صالحة.

♦أن يدفع ثمن الضرر الناجم عن إستعمالها في الورشات أو الجنوب (العواصف الرملية).

٧ المادة الثـانية : حالة السيـارة

♦السيارة تسلم إلى المستأجر في حالة سير جيدة ونظيفة.

♦لا يسمح بتجاوز 400 كلم خلال 24 ساعة.

♦السيارة تعاد إلى الوكالة نظيفة مثلما إستلمها صاحبها.

♦عجلات السيارة تسلم في حالة جيدة و بدون شقوق.

♦في حالة تلف إحدى العجلات لسبب أو لآخر على المستأجر أن يستبدلها بـ إطار أو عجلة تكون مطابقة للعجلة الأصلية.

٧ المادة الثـالثة : الصيانة و التصليح

♦تصليح العطب الميكانيكي العادي يكون على عاتق الوكالة, و كل عطب ناجم عن الإهمال أو إفراط المستأجر يتحمل ثمن تصليحها.

♦عند التوقف التام للسيارة فإن التصليح لا يتم بعد إبرام إتفاق كتابي وفق قواعد الوكالة.

♦القطع المستبدلة يجب أن تذكر في الفاتورة.

♦في أي حال من الأحوال لا يستطيع المستأجر المطالبة بتعويض في حالة تأخير في تسليم السيارة أو توقف السيارة عند التصليح.

♦لا تتحمل الوكالة المسؤولية في حالة الضرر الواقع للأشخاص بفعل الحادث (عيب تقني بتركيبة السيارة أو التصليحات السابقة), أو أي شيء ناجم عن الحادث.

٧ المادة الرابعة : التأميـــن

♦المستأجر مأمن من الحوادث.

♦التأمين غير محدد بمبلغ لكل حادث يتسبب فيه الغير بما فيه المرافقين, دون الزوجة والآباء والأبناء و السائق.

♦السيارة مؤمنة من السرقة و الحريق إلا في حالة إهمال المستأجر عند وقوع حادث على المستأجر أن يدفع فاتورة التصليح إضافة ثمن مدة توقفها دون نقاش في ذلك و الفرق بين شرائها وبيعها بعد الحادث.

♦ليس من حق المستأجر التدخل في كيفية التعويضات.

♦يضيف إلى تصريح تقرير الشرطة و الدرك أو معاينة محضر.

♦لا يسمح التفاوض مع مسؤولية الحدث مع الخصم.

♦لا تأمن الملابس و الأشياء المحمولة في أي حال من الأحوال ماعدا المطاط والزجاج.

♦الوكالة لا تتحمل المسؤولية في حالة وقوع حوادث للغير و الأضرار الملحقة بالسيارة أثناء مدة الكراء, و في حالة التصريحات الكاذبة حول هوية المستأجر و عنوانه و مدة صلاحية رخصة السياقة.

٧ المادة الخامسة : الكفـالة ـ الكفالة أو التسبيـق ـ التمديـد

♦سعر الكراء أو التسبيق محددان حسب الأسعار المعمول بها و تدفع مسبقا حسب نوع وقيمة كل سيارة.

♦لا تحل الكفالة في أي حال من الأحوال في تمديد الكراء في حالة الرغبة في ذلك يجب إعلام الوكالة ودفع مبلغ التسديد حتى لا يتعرض المستأجر لمتابعة قضائية بسبب السرقة.

٧ المادة السادسة : إسترجاع السيارة

♦يمنع المستأجر منعا باتا التخلي عن السيارة لأي سبب من الأسباب.

♦في حالة عطب عليه أن يرجعها و هو ملزم بدفع مصاريف تصليحها وثمن الكراء ساريا حتى عودتها للنشاط.

٧ المادة السابعة : وثائق السيارة

♦تسترجع وثائق السيارة كاملة عند نهاية مدة الكراء بما في ذلك السيارة و إلا بقي الإيجار مفتوحا.

٧ المادة الثامنة : المسؤولية

♦يبقى المستأجر هو المسؤول عن المخالفات المسجلة أمام جميع السلطات.

٧ المادة التاسعة : الكفاءة

♦كل النزاعات الناتجة بين الوكالة و المستأجر تبقى من صلاحيات العدالة (مكان وجود الوكالة).

الملحق رقم 02

CERTIFICAT DE GARANTIE

JUNKERS
Bosch Thermotechnik

Nous vous félicitons et remerçiant de la confiance accordée à nos appareils. Nos appareils ont été fabriqués conformément aux normes internationales et ont subi des contrôles de qualité minutieux avant la sortie de l'usine, toutefois en cas d'une éventuelle défectuosité, veuillez tenir compte des prescriptions données dans nos conditions de garanties stipulées ci-après :

Conditions de Garantie

1 - Durée : la durée de garantie est de 1 an ferme à partir de la date d'achat de l'appareil (Le cachet du vendeur et la facture de vente faisant foi).

2 - Etendue de la garantie : la garantie couvre tout vice de fabrication Ou défaut de matière, ainsi que le bon fonctionnement de l'appareil à l'exception toutefois des travaux nécessaire pour remédier aux effets de l'usure normale, de l'usage ou d'un défaut d'entretien.
Notre garantie est limitée à l'échange gratuit ou réparation des pièces reconnues défectueuses par nos services après vente et ceci après leur retour à nos ateliers.
Sont exclus de la garantie, les frais de transport, la main d'œuvre et le déplacement.
Les pièces défectueuses restent notre propriété.

3 - Validité : **JUNKERS** décline toute responsabilité et la garantie ne peut être accordée, si l'installation de l'appareil n'est pas réalisée conformément à la réglementation en vigueur et aux usages de la profession et sans que les consignes figurant dans les notices d'installation et de mise en service accompagnant les appareils, aient été observées.
La garantie cesse dans le cas ou l'appareil a fait l'objet d'une réparation ou d'une modification par un intervenant étranger à nos services.

4 - Conditions de mise en service : Nos appareils doivent être installés par un professionnel qualifié ou un installateur agrée par **JUNKERS**, Suivant les normes en vigueur et les prescriptions contenues dans nos notices accompagnant les appareils.

10 DEC 20

6 720 605 984 PT 1999.10

Nom de l'acheteur :..... Adresse :..... Tél. :.....	
Type de l'appareil :.....	**Cachet du vendeur**
Série N° :..... 588.5450	
Date de vente :.....	

الملحق رقم 03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التجارة

مديرية التجارة

لولاية..... ....، في ....

إلى السيد / .....

أمر بالدفع

- طبقا لأحكام المادة 60 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية؛
- وبناء على المحضر الذي حرر ضدكم يوم.....و المسجل تحت رقم..... بتاريخ.....من طرف..... لإرتكابكم مخالفة..... المنصوص عليها في أحكام المادة .....من القانون رقم 04-02 المشار إليه أعلاه و المعاقب عليها بنص المادة.....من نفس القانون؛
- ولإنهاء هذه القضية فإنكم ملزمون بدفع غرامة مالية قدرها:

(بالأرقام) :.....

(بالأحرف) :.....

لذا عليكم الإتصال بمصالح خزينة ولاية.....لدفع المبلغ المحدد أعلاه في الحساب رقم .....أو إرسال حوالة بريدية إلى حساب السيد أمين خزينة ولاية ..... بنفس المبلغ و تحت رقم نفس الحساب و هذا في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما إبتداءا من تاريخ تبليغكم هذا المحضر، وختم البريد يثبت ذلك.

أحيطكم علما بأنه في حالة عدم دفع مبلغ هذه الغرامة في الآجال المحددة، سوف يحال ملف قضيتكم على المحكمة المختصة إقليميا قصد متابعتكم قضائيا.

إمضاء المدير

الملحق رقم 04

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التجارة

مديرية التجارة لولاية.....

..... في،.....

خانة مخصصة للإدارة
إستلم بتاريخ.....
وسجل تحت رقم.....
تاريخ التبليغ للسلطة المفوضة
لدراسة الطعن ورقم التسجيل
.....رقم.....

إلى السيد : مدير التجارة

وزير التجارة

إعتراض على مبلغ غرامة المصالحة

الإسم:.....اللقب:.....

رقم المحضر ..... تاريخ المحضر.....مبلغ الغرامة المقترح من طرف الأعوان المؤهلين..... دج

موضوع الإعتراض: .....

أسبابه:.....

.....

.....

.....

.....

إمضاء المعترض

ملاحظة:

يقدم الإعتراض في ظرف لا يتجاوز ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ إقتراح غرامة المصالحة.

الملحق رقم 05

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التجارة

مديرية التجارة

لولاية.....

بطاقة تحليلية للمخالفة

سجل المنازعات:

رقم:.....

محضر رقم:.....

المؤرخ في:.....

طعن رقم:.....

المؤرخ في:.....

المخالفة:

- طبيعة المخالفة:
- تاريخ معاينتها:

المخالف:

الاسم واللقب:.....

العنوان:.....

الشركة (الشكل و التسمية الإجتماعية) :.....

عنوان الشركة:.....

رقم السجل التجاري:..... تاريخ و مكان إصداره:.....

طبيعة النشاط الممارس:.....

معلومات إضافية (حول المخالف، نشاطه و ظروف ارتكاب المخالفة):

.....

.....

غرامة المصالحة:

مبلغ الغرامة المقترح:.....دج.

التخفيض (20%) في حالة القبول: .....دج.

المبلغ المطلوب تسديده:.....دج.

إمضاء المدير

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية

I – النصوص القانونية

أ- الدساتير

1-دستور 28 نوفمبر 1996 منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، صادرة في 08ديسمبر 1996، معدل بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 6مارس 2016، جريدة رسمية عدد14، صادرة في 7مارس 2016.

II-النصوص التشريعية

أ- القوانين:

1- القانون 89-02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق لـ 7 فيفري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 154 المؤرخة في 2 رجب 1409، لسنة 1989.

2- القانون رقم 90-31 مؤرخ في 17 جمادى الأولى الموافق لـ 4 ديسمبر 1990، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53، لسنة 1990.

3- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1412 الموافق لـ 21 افريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل ومتمم بالقانون رقم 21-29 مؤرخ في 14 جمادى الثاني 1412 الموافق لـ 21 ديسمبر 1991، ج.ر.ع 58، سنة 1991.

4- قانون 04-02 المؤرخ 5 جمادى الأول عم 1425، الموافق لـ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 49، المؤرخة في 27 يونيو 2004.

5- القانون 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 11 ربيع الأول عام 1430، الموافق لـ 8 مارس 2009.

6- القانون رقم 06/12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، لسنة 2012.

7- الأوامر:

1- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78،المؤرخ في 1975/09/30 المعدل والمتمم .

2- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية ، عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

3- الأمر 75-07 المؤرخ في 25 يناير 1975،المتعلق بالتأمينات، المعدل و المتمم.

4- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يونيو 2003، المتعلق بالعلامات، ج ر، عدد 44، صادر بتاريخ 23 يونيو 2003.

5- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون 06 -23 مؤرخ في 2006/12/20 ، ج.ر.ع.84 ، صدر في 2006/12/20.

III- النصوص التنظيمية

أ- المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي 90-39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع 5، المؤرخة في 31 يناير 1990.

2- المرسوم التنفيذي 90-366 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

3- المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية جريدة رسمية عدد 50 الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

4- المرسوم التنفيذي 90- 367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم السلع الغذائية، جريدة رسمية عدد 5، بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

5- المرسوم التنفيذي90-266 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، ج ر، ع 40، مؤرخة في 19 سبتمبر 1999.

6- مرسوم تنفيذي رقم 97- 429 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997، المتعلق بالمواصفات التقنية المطبقة على المنتوجات النسيجية، جريدة رسمية عدد 75 مؤرخة في 12 نوفمبر 1997.

7- المرسوم التنفيذي 97 – 494 المؤرخ في 21 ديسمبر 1997المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب، جريدة رسمية عدد 85، مؤرخة في 24 ديسمبر 1997.

8- المرسوم التنفيذي 05- 484 مؤرخ في 29 ديسمبر 2005، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 90-367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 83، مؤرخة في 25 ديسمبر 2005.

9- المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق لـ: 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ع 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

10- المرسوم التنفيذي 08-214، المؤرخ في 26 محرم عام 1429، الموافق لـ 3 فبراير سنة 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 7، مؤرخة في 3 صفر عام 1429، الموافق لـ 10 فبراير سنة 2008.

ج- القرارات.

1- القرار المشترك المؤرخ في 25 افريل 2001، يتعلق بمواصفات الإطارات المطاطية، العجلات العربات ومقطوراتها، وكيفيات وضعها للاستهلاك، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخة في 9 ماي 2001.

2- القرار المؤرخ في 26 يونيو 2000، يتعلق بمواصفات الشرب الموضوعة مسبقا وكيفيات عرضها جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 20 غشت 2000، المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 16 يناير 2001، جريدة رسمية عدد 6، المؤرخة في 2001.

3- المنشور الوزاري رقم 20/01 أوت 2003 مؤرخ في 08 مارس 2006 المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة، غير منشور.

IV - المؤلفات

أ- الكتب

1- أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، ط 8، دار هومة، الجزائر، 2008.

2- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،1994.

3- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
4- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر.
5- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني و الإرادة المنفردة، والقانون، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
6- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
7- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
8- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ، 2014
9- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.
10- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك- دراسة مقارنة – دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
11- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
12- رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، مصر.
13- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزامات، أحكام الإلتزام، ط2.
14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام مصدر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000.
15- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
16- عبد الفتاح بيومي الحجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

17-عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2006.

18-عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايته القانونية، دار الكتب القانونية ، مصر، 2007.

19-عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

20-عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.

21-عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

22-عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

23-علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2000.

24-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، طبعة7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

25-علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

26-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشاة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

27-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، منشاة المعارف، مصر، 2008.

28-غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت ،لبنان،2011

29-فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

30-فرانشيسكو أبروزي، دليل حماية المستهلك، الصادر عن وزارة التجارة، 2011.

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

32-محمد بودالي، حماي ة المستهلك في القانون المقارن ن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دار الكتاب الحديث، 2006.

33-محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007.

34-محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

35-محمد صبري السعيدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام. مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة،ط2، الجزء الأول ، دار هومة، 2004.

36-محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.

37-موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011.

38-مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

39-كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.

ب-الرسائل والمذكرات العلمية

- **الدكتوراه**

1- علال طحطاح ، التزامات العون الاقتصادي في ظل قانون الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2013- 2014

2- علي حساني ، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

3- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-1426.

- **الماجستير**

1- آسيا مندي يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، 2008، 2009.

2- آسيا يلس، الالتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة آم البواقي، 2011 – 2012.

3- الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، جامعة قسنطينة، 2014.

4- انتصار بوزكري، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سطيف، 2013.

5- ايمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2012.

6- بو بكر قارس ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني، مذكرة ماجستير، تخصص عقود مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2015 .

7- بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

8- جميلة عزيزي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2003.

9- زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "المسؤولية المهنية"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

10-ساسية عروسي، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة ماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف ، 2015 .

11-ساسي مبروك، الحماية الجنائية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة باتنة، 20111/2010.

12-سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية تخصص: عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014.

13-سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، 2008.

14-عائشة مزاري، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة لنل شهادة ماجستير، جامعة وهران، 2013.

15-عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، ماجستير تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

16-نصيرة خلوى عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنيت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

17-هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012-2013.

- **الماستر**

1-بدر الدين عزيزي، دور الأعوان المكلفون برقابة الجودة وقمع الغش في حماية المستهلك في ظل القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة، 2015/2014.

2-حليمة بن شعاعة، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة ورقلة، 2013/2012.

3-ريمة أومدور ودنيا زاد كنوش، حماية رضا المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2014-2015.

- **مذكرات المدرسة العليا للقضاء**

1- الطيب الصامت، الحق في الإعلام في اطار قواعد حماية المستهلك، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الستة القضائية 2006-2007.

2- عبد الحميد سفيان، ضمان العيوب الخفية للمبيع وفقا للقانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك 89/ 02، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، السنة القضائية، 2006- 2007.

3- عماد الدين فراجي، الحماية الجزائية للمستهلك وقع الغش وقوانين الملكية الفكرية، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة التاسعة عشر،2008-2011.

V- المقالات

1- أحمد رباحي،" اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن" مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، عدد5.

2- أحمد رباحي،" الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية، العدد 10، جوان 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر.

3- خالد محمد السباتين: " تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك"، سلسلة مشروع تطوير القوانين الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 2002.

4- خولة محمد كاظم:" لا يجاب في عقد الإذعان" مجلة المحقق العلمي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد الأول.

5- سعود العماري: " الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، منشور في جريدة العربية، 17 مارس 2014، السعودية.

6- عبد العزيز زرادزي:" الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، جوان 2014.

7- منصور حاتم وإيمان طارق:" القوة الملزمة للشروط الحادية والتحرير في العقد"، كلية القانون، جامعة بابل.

VI- المداخلات

1- عبد القادر سبتي،" آليات دعم وترقية حماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الخامس بعنوان: الحماية القانونية للمستهلك، يومي 16 و 17 ماي 2015، بجامعة المدية.

2- عصام نجاح، "حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري"، ، ملتقى وطني بعنوان" العقود الاستهلاكية "، جامعة قسنطينة، يومي 10/09 ديسمبر 2015.

3- كريمة جيدل،" حماية المستهلك"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الخامس بعنوان " الحماية القانونية للمستهلك"، يومي 16 و 17 ماي 2015، جامعة المدية.

4- محمد عبيدي،" حركة حماية المستهلك بالجزائر في ظل اقتصاد السوق"، مداخلة في الملتقى الوطني الخامس بعنوان الحماية القانونية للمستهلك يومي 16 و 17 ، جامعة المدية، 2015.

IX - محاضرات

1- عصام نجاح ، قانون المستهلك ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، 2014.

2- شعبان فرج، العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، دروس موجهة لطلبة الماستر، جامعة البويرة، 2014/2013.

X - قرارات وأحكام قضائية

1- قرار المحكمة العليا ملف رقم 13 889 بتاريخ 1993/03/09، مجلة قضائية عدد 3 لسنة 1994.

المواقع الإلكترونية

1- http//:www.kantakji.com/media/5740/9007.doc.

2- http//:www.fac-droit-alger.dz/droit/droiit/pdf-2014/hamia/el-wajiz.pdf

3- http:/www.starttimes.com/?t=16456978,20/02/2016,21/h16.

4- http:/ arab-ency.com/ar/

5- http://ar.wikipedia.org/wiki.

6- http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net//943-topic

ثانيا: باللغة الأجنبية

II- Les ouvrage

1- Xavier Delpech "LME : renforiement du mécanisme de lutte contre les clause abusisive"Recueil Dalloz Paris 2008

2- L'aurène Gratton,«les chauseabusives en droitcomun des contrats » recueil dalloz , Paris , 2016 .

3- Grégoire Loiseau ; « la puissance du contractant en droit commun des contras » , AJ/contrats d'affaires- concurrence-distribution , Paris,2015

4- Jean-Pierre pizzio:"la protection des consommateur par le droitcommun des obligation",RTDcom,Paris,1998.

5- Mahasti Razavi et Charles Bouffier:"contrat concurrence consummatio",n°2 ,Paris, fevrier 2016,etude.

فهرس المحتويات

فهرس محتويات

عنـــــــــــــــوان	الصفحة
المقدمـــة	01
الفصل الأول : ماهية الشروط التعسفية	07
المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية	08
المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له	08
الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي	08
أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي	08
ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي	11
ثالثا: التعريف القضائي للشرط التعسفي	14
الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة	15
أولا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي	15
ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع	17
hالمطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي وطرق تحديده	20
الفرع الأول: عناصر الشرط التعسفي	20
أولا: أن يوجد عقد استهلاكي	20
ثانيا: أن يكون العقد مكتوبا	22
ثالثا– أن يكون احد أطراف العقد مستهلكا	23
رابعا: أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان على الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد	25
الفرع الثاني: طرق تحديد الشرط التعسفي	32
أولا: شروط تعسفية من شانها تحقيق نفع للمهني	32
ثانيا: شروط تعسفية من شانها الحاق الضرر بالمستهلك	33
ثالثا: تحديد الشروط التعسفية بالنسبة للتشريع	35
المبحث الثاني: مجالات الشروط التعسفية	38

المطلب الأول: عقود الإذعان 39
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان 40
أولا: ظهور عقد الإذعان 40
ثانيا: تعريف عقد الإذعان 41
ثالثا: خصائص عقد الإذعان 48
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وصوره 51
أولا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان 51
ثانيا: صور عقد الإذعان 54
المطلب الثاني: شروط تعسفية أخرى 64
الفرع الأول: البنود التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ العقد والمنازعة فيه 64
أولا: شرط أو بند التسوية 64
ثانيا: البنود المسندة للاختصاص 65
ثالثا: الشرط الجزائي التعسفي 66
الفرع الثاني: شروط تتضمن تعسفا بذاتها 77
أولا: الشرط الإرادي 78
ثانيا: الشرط الذي يورد الناقل للاعفاء من المسؤولية في حالة الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي 80
ثالثا: شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها 80
رابعا: الشروط التعسفية في وثيقة التأمين 82
خامسا: شروط إسقاط أو إنقاص الضمان 84
الفصل الثاني : الآليات القانونية والمؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية 87
المبحث الأول: الآليات القانونية لحماية للمستهلك من الشروط التعسفية 88
المطلب الأول: الشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية 88
الفرع الأول: دور الأحكام العامة الدائمة للشريعة العامة في مواجهة الشروط التعسفية 89
أولا: دور نظرية الإثراء بلا سبب في مواجهة الشروط التعسفية 89

ثانيا: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط لتعسفية 93
ثالثا: دور نظرية السبب في مواجهة الشروط التعسفية 101
رابعا: دور مبدأ التعسف في استعمال الحق وقاعدة حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية 103
الفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في عقد الإذعان 106
أولا: حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية 107
ثانيا: تفسير عقود الإذعان 110
ثالثا: تفسير الشك لمصلحة المذعن 111
المطلب الثاني: القواعد الخاصة لحماية المستهلك من الشروط لتعسفية 113
الفرع الأول: إعلام المستهلك 113
أولا: إلتزام المهني بالإعلام 114
ثانيا: إستفادة المستهلك من فرصة للتفكير 128
الفرع الثاني: الإلتزام بضمان المنتوج من كافة العيوب 129
أولا: تعريف العيب الخفي 129
ثانيا: شروط العيب الخفي الموجب للضمان 131
ثالثا: أحكام الإلتزام بالضمان 132
رابعا: الالتزام بالضمان في ظل أحكام قانون حماية المستهلك والقوانين المتعلقة بالضمان 133
المبحث الثاني: الآليات المؤسساتية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية . 134
المطلب الأول:دور جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية 134
الفرع الأول: جمعيات حماية المستهلكين 135
أولا: التعريف بجمعيات حماية المستهلكين 135
ثانيا: تأسيس جمعيات حماية المستهلكين 136
ثالثا: أهداف وأساليب جمعيات حماية المستهلكين 138
رابعا: دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن مصالح المستهلك أمام القضاء 139
خامسا: انضمام جمعيات حماية المستهلك إلى الدعاوى المرفوعة مسبقا من قبل المستهلك 141

الفرع الثاني: لجنة البنود التعسفية 142
أولا: الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية 143
ثانيا: تكوين اللجنة 143
ثالثا: تسيير لجنة البنود التعسفية 144
رابعا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية 145
المطلب الثاني: دور القضاء والإدارة العامة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية 147
الفرع الأول: الجزاءات الجزائية المقررة لمواجهة الشروط التعسفية 147
أولا: غرامة المصالحة 148
ثانيا: الجزاء القضائي 153
الفرع الثاني: الجزاءات المدنية المقررة لمواجهة الشروط التعسفية 155
أولا: حق المستهلك في طلب التعويض عن التعسف الذي وقع فيه 156
ثانيا: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالضمان 158
ثالثا: جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام 161
رابعا: مكافحة الشرط الجزائي التعسفي 163
خاتمة 166
قائمة المراجع 170
ملاحق ـــــ
فهرس المحتويات ـــــ