الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

REPUBLIQUE ALGERIENNE DIMOCRATIQUE ET POPULAIRE

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 8 ماي 45 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم العلوم القانونية والإدارية

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR
ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE
UNIVERSITE 8 MAI 45 GUELMA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
DEPARTEMENT DES SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

مذكرة تخرج

لنيل

شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال

بعنوان

دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

من إعداد الطالب: خالد معاشو **تحت إشراف: أ.د. عبد العالي بوشهدان**

لجنة المناقشة

د.عصام نجاح	أستاذ محاضر – أ–	جامعة قالمة	رئيسا
أ.د. عبد العالي بوشهدان	أستاذ التعليم العالي	جامعة عنابة	مشرفا ومقررا
د. حفصية بن عشي	أستاذ محاضر – أ–	جامعة باتنة	عضوا مناقشا
د. محمد علي حسون	أستاذ محاضر – أ–	جامعة قالمة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2016/2015

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى والديّ الكرام أطال الله في عمرهما برا بهما واعترافا بفضلهما،

إلى الأخوات الفضليات وإلى الزوجة الكريمة،

إلى كل الأصدقاء والزملاء.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بعث فينا مُحَمَّدا ﷺ هاديا وبشيرا. والحمد لله على ما أسبغ علينا من نعم ظاهرة وباطنة، فلك الحمد والشكر يارب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

ومن ثم اتقدم بجزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور عبد العالي بوشهدان لتفضله بقبول الاشراف على هذا البحث وكل التقدير لتوجيهاته وملاحظاته القيمة.

كما اتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة الأساتذة الأفاضل الدكتور عصام نجاح والدكتور مُحَمَّد علي حسون من جامعة قالمة، والدكتورة حفصية بن عشي من جامعة باتنة، على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

ويقضي واجب الاعتراف بالجميل أن أتوجه بالشكر والتقدير إلى جميع أساتذتي وزملائي في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قالمة.

كما لا يفوتني أيضا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من قدم لي يد العون من أجل إتمام هذا البحث.

ملخص البحث

باللغة العربية:

يكمن دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، في إعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية بإلغاء أي شرط يتسم بالطابع التعسفي ويهدد التوازن العقدي بين حقوق والتزامات المستهلك والمحترف. ويستند القاضي في إعمال سلطته تلك على الأحكام القانونية الموضوعية، التي قد يجدها ضمن القواعد العامة لقانون العقود، كونها تتضمن أحكاما تكافح بعض أنواع الشروط التي تنطوي على تعسفات مضرة بالمتعاقد الضعيف، يرجع مصدرها عادة إلى فكرة الإذعان وشروط صحة العقد، كما قد يجدها القاضي ضمن الأحكام الخاصة، لعدم كفاية الأحكام العامة في تحقيق حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، نظرا لتطور مصدر التعسف وتحوله من الإذعان التعاقدي وشروط صحة العقد، إلى فلسفة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف، وهي الفلسفة التي انطلق منها المشرع الفرنسي عند وضعه لآليات الحماية من الشروط التعسفية في تقنين الاستهلاك، عكس المشرع الجزائري الذي نقل نظرية الإذعان كمصدر للتعسف من القواعد العامة إلى تقنين الاستهلاك، الأمر الذي انعكس سلبا على فعالية الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.

الكلمات المفتاحية: عقد الاستهلاك – الشروط التعسفية – الحماية – القاضي

Résumé de la recherche

En français :

Dans la protection du consommateur des clauses abusives, le juge dans l'examen du contrat va rétablir l'équilibre contractuel à ce contrat en modifiant voir en dispensant la partie adhérente de ces clauses. Cet équilibre se voit entre les obligations et les droits du consommateur et du professionnel et vis versa. En effet, le juge se base sur les dispositions juridiques de fond, qui se trouvent dans les règles générales du droit des contrats notamment à travers la notion de l'adhésion et les conditions de la validité du contrat, mais aussi dans les dispositions juridiques des textes spécifiques complémentaires au celles d'ordre générale. Cela s'explique par l'évolution inévitable de l'origine de l'abus, qui était a la base une adhésion et qui se trouve actuellement dans une couverture plutôt d'ordre économique, on parle ici bien évidemment de la supériorité économique et technique du professionnel. C'est a partir de ce moment ou le législateur français, contrairement à son homologue algérien, a justifié les procédures de protection du consommateur dans le code de consommation. Par contre le législateur algérien, a juste transposé la théorie de l'adhésion des règles générales du droit commun à un code de consommation, ce qui explique les limites de la protection judiciaire du consommateur de ces clauses abusives.

Mots clefs: contrat de consommation, clauses abusives, protection, juge.

In English :

In the protection of consumers from unconscionable clauses, the judge reviews the contract by restoring the contractual balance or not applying these one side - clauses to the parties at all. This balance is seen between the obligations and rights of the consumer and the professional and vice versa. Indeed, the judge focuses on the substantive legal provisions which are found in the general rules of contract law in particular through the concept of membership and vices of consent, but also in the legal provisions of the specific additional texts to those of general order. This is due to the inevitable evolution of the origin of the abuse, which was at the base of economic order; we are talking of course of economic and technical superiority of professionals. It is from this moment that the French legislation, contrary to his Algerian counterpart, justifies the consumer protection procedures in the consumer code. As against the Algerian legal system, it has just implemented the theory of membership and vices of consent of the general common law to a consumer code, which explains the limits of the judicial protection of consumers from these “unconscionable clauses”.

Keywords: consumer contract, unconscionable clauses, protection, judge.

مقدمة

الإنسان بطبعه اجتماعي لا يمكنه العيش بمعزل عن المجتمع، وذلك ما يدفعه إلى تكوين عدة روابط وعلاقات إنسانية من أجل العيش، ولا شك أن حاجته للتعاقد أصبحت ضرورية، ومن المسلمات وجزء لا يتجزأ من حياته اليومية، من أكل ولباس وتنقل وعلاج، والتي تعد حاجات استهلاكية يتعاقد في سبيل الحصول عليها مع طائفة تمتاز عليه بقدر من التفوق الاقتصادي والتقني.

إن النمو غير المسبوق الذي شهدته الفترة الراهنة في حجم التجارة المحلية والدولية، والزيادة الكبيرة في حركة رؤوس الأموال بين مختلف الدول في ظل سيطرة اقتصاد السوق، مع تنامي ظاهرة العولمة وتسارع وتيرة التطور التكنلوجي، أدى إلى تدفق هائل لمختلف السلع والخدمات الموجهة للمستهلك، كما أن التطور الملحوظ في طرق العرض وتعقد أساليب التعاقد والتوزيع، جعل المستهلك بحاجة إلى الحماية بوصفه طرفا ضعيفا اقتصاديا وخبراتيا، بصرف النظر عن النظام الاقتصادي الذي يعيش في ظله، سواء كان اقتصادا موجها قائما على التدخل المباشر للدولة أو كان اقتصاد السوق، بل هو بحاجة للحماية بصفة خاصة في ظل نظام اقتصاد السوق، لكونه يعتمد أساسا على القطاع الخاص، الذي يقوم على طوائف مختلفة من المحترفين المتفوقين اقتصاديا وتقنيا من المستهلك، ناهيك عن أن ما يمتلكونه من المقدرة التقنية والقانونية في التفاوض والمساومة، من شأنه أن يجعل العقود المبرمة في إطار العلاقة الاستهلاكية تتسم دائما بطابع اللاتوازن العقدي الذي يكون عادة في صالح المحترف على حساب المستهلك.

لذلك أصبح موضوع حماية المستهلك حاليا من أهم المواضيع الرئيسية في سياسات الدول، نظرا لارتباط هذا النوع من الحماية بضرورات وأهداف تنمية المجتمعات سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وثقافيا، ولما كانت حضارات الأمم ورقيها تقاس بتقدم قوانينها وأنظمتها التي تعتبر بحق شريان الحياة وقوام البنيان، فإن موضوع حماية المستهلك أصبح هاجس رجال القانون حول العالم، باعتباره العنصر الأساسي الذي تقوم عليه حركة التجارة والسوق في وقتنا الحالي، الأمر الذي أدى بالدول المتقدمة والنامية وحتى تلك التي ما زالت في طور النمو إلى اعتماد تشريعات وبرامج وسياسات اقتصادية، تهدف إلى حماية المستهلك في تعاملاته التي تتم بشكل تقليدي أو تلك التي تتم باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة، إلى درجة إقدام العديد من الدول ومنها الجزائر إلى دسترة حماية حقوق المستهلك[1].

ولعل مبررات حماية المستهلك من الوجهة القانونية، تكمن أساسا في أنه الطرف الضعيف في علاقته بالمحترف (المهني) الذي يوصف بأنه ذلك الشخص المتفوق اقتصاديا وتقنيا بما له من إمكانيات مادية

[1]– المادة 43 من الدستور الجزائري المعدلة بالقانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016، بحيث أصبحت تنص في فقرتها الثالثة على أن الدولة تكفل ضبط السوق وأن القانون يحمي حقوق المستهلكين.

وبشرية من شأنها أن تجعله في مركز قوة بالمقارنة بمركز المستهلك، هذا الأخير يرجع سبب ضعفه إلى جهله وعدم إلمامه بالمعلومات الكافية والضرورية حول السلعة أو الخدمة محل التعاقد، وتأسيسا على ذلك كان لازما على الدولة التدخل على الصعيد التشريعي أساسا، بسن مجموعة من القواعد القانونية الحمائية لصالح المستهلك من كل تعسف أو خداع ينسب للمحترف، ومن كل ما يمكن أن يعيب رضاه، وهي القواعد التي أصبحت تعرف فيما بعد بقانون المستهلك أو قانون الاستهلاك.

إن أهم أجزاء قانون المستهلك تلك القواعد التي تحكم وتنظم العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين والتي تكمن غايتها الأساسية في إعادة التوازن للعقد، الذي أصبح مهدد بفعل القوة الاقتصادية والتقنية للمحترفين[1]، وذلك عن طريق أحكام ومقتضيات النظام العام[2]، بمعنى أحكام وقواعد لا يمكن مخالفتها أو تجاوزها بموجب اتفاقيات خاصة. فالإرادة وفقا لقانون المستهلك أصبحت مقيدة بالنظام العام، ومن ثم لا يمكنها إنشاء العقد إلا إذا كانت بنوده موافقة للمصلحة العامة أو الخاصة بما يحقق العدالة العقدية[3]، ذلك أنه لو أجاز قانون المستهلك – وعلى سبيل الاستثناء – للأطراف الاتفاق على استبعاد الأحكام الحمائية التي تتضمنها نصوصه، والمتمثلة في مجموعة القواعد القانونية التي سنها المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك آلا وهو المستهلك في مواجهة المحترف، كتلك المتعلقة بالبنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن لعقد الاستهلاك، فإن ذلك الاستثناء سيتحول إلى بند مرغوب (clause de style) في كل عقد قد يبرم في مجال الاستهلاك، وهذا ما يميز قواعد قانون المستهلك عن أحكام الشريعة العامة (القانون المدني) وبالأخص في مسألة الشروط التعسفية.

بحيث أن المبدأ في الشريعة العامة هو أن العقد شريعة المتعاقدين، أي أن العقد يعتبر قانون الأطراف المتعاقدة، ومن ثم يتعين عليهما تنفيذه بأمانة وبعناية، ووفقا لما تضمنه من بنود وشروط وبحسن نية[4] ويترتب على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين وجود حرية في التعاقد، وأن للعقد قوة إلزامية اتجاه طرفيه وأن القاضي الفاصل في النزاع الذي يثور بشأن تنفيذه، ملزم كقاعدة عامة بتطبيق جميع أحكامه احتراما وتجسيدا لإرادة المتعاقدين.

---

[1]– عصام نجاح، **قانون المستهلك**، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2014، غير منشورة.

[2]– لما نتحدث عن مقتضيات النظام العام فإن ذلك يعني من الناحية القانونية وجود قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، تلك القواعد تثار تلقائيا من طرف القاضي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما أن الأحكام المتعلقة بالنظام العام عادة ما تحد من الحريات من خلال تدخل الدولة لفرض سياساتها وأهدافها في مسألة معينة.

[3]– مندي آسيا يسمينة، **النظام العام والعقود**، مذكرة ماجستير تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة 2009/2008، ص 140.

[4]– علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 97.

وتبرز الحرية التعاقدية من خلال حرية الأطراف الكاملة والمطلقة في إبرام العقد أو الإحجام عن التعاقد، وتبرز أيضا في حرية اختيار الشخص المتعاقد معه، مع تحديد شروط العقد بالاتفاق بين الطرفين بعد التفاوض حولها[1]، ومن جهة ثانية فإن القانون ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة لا ينظم العقد بل يفترض أن يكون بمثابة البديل، أو هو عبارة عن مجموعة من القواعد التفسيرية التي تطبق فقط في حالة غياب إرادة مخالفة لتلك القواعد معبر عنها من قبل الأطراف، كما يفترض أن تتولى القواعد القانونية دور ترجمة الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فضلا عن أن الحرية التعاقدية – وفقا لمبدأ سلطان الإرادة – ينبغي أن لا تخالف النصوص الآمرة أو تلك المتعلقة بالنظام العام، التي يكون مجالها محصور في حماية إرادة الطرفين كقواعد الأهلية، أو من أي اعتداء على حرية الغير[2]، أما وفيما يخص قانون المستهلك، فيضاف إلى القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أن لا يتضمن العقد شروطا تعسفية من شأنها أن تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، فإن تضمنها فيلغى البند أو حتى العقد مع تسليط جزاءات على المحترف.

إن إلغاء البنود التعسفية التي قد يتضمنها عقد الاستهلاك، يعد من الآثار القانونية التي ترتبها الأحكام الخاصة التي جاء بها قانون حماية المستهلك، التي ومن المفروض أن تختلف في مضمونها ومن حيث الفلسفة التي بنيت عليها عن الأحكام العامة، على الرغم من أن العقد صحيح وله القوة الإلزامية في منظور القواعد العامة (القانون المدني)، في حين أن ذات العقد يعد مخالفا للنظام العام الحمائي[3] في نظر قانون حماية المستهلك دائما.

ولما كان عقد الاستهلاك يتسم بطابع اللاتوازن نتيجة عدم المساواة بين طرفيه نظرا للتفوق الاقتصادي والتقني للمحترف، فإن استراتيجية قانون المستهلك تتجه نحو ضمان التوازن العقدي بين طرفي العلاقة (المحترف من جهة والمستهلك من جهة ثانية)، وذلك عن طريق استحداث آليات وميكانيزمات قانونية أبسط ما يقال عنها أنها غريبة عن تلك الموجودة ضمن أحكام الشريعة العامة، من أجل تحقيق الغاية المرجوة آلا وهي حماية المستهلك ووضعه في مركز قريب من المركز الذي يتمتع به المحترف ومنه إعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية.

---

[1]– يطلق الفقه على العقود التي تتم بالتفاوض بين الطرفين حول شروط التعاقد بعقود المساومة.

[2]– جاك غستان، **المطول في القانون المدني تكوين العقد**، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية (لبنان: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008) ص 53.

[3]– أو ما يصطلح على تسميته بالنظام العام الاقتصادي للحماية والذي يعد الجزء الثاني من النظام العام الاقتصادي بعد النظام العام الاقتصادي للتوجيه، إذ أن هذا الأخير وضع لتوجيه المجتمع ككل، أي حماية جميع شرائح المجتمع وذلك حماية للمصلحة العامة، على عكس النظام العام الاقتصادي للحماية الذي وضع لحماية فئة معينة آلا وهي فئة المستهلكين التي تتسم بالضعف إزاء المحترفين نتيجة تفوقهم الاقتصادي والتقني بفعل الموارد المادية والبشرية التي يمتلكونها والخبرة التي يحوزونها في مجال نشاطهم، ولمزيد من التوضيح راجع جاك غستان، **نفس المرجع**، ص 130 وما يليها.

ومن أهم الآليات والميكانيزمات التي استحدثها المشرع في إطار قانون حماية المستهلك ما يصطلح على تسميته بأحكام الشروط التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية، التي ومن المفروض أن تختلف أحكامها عن تلك الموجودة ضمن أحكام الشريعة العامة (الشروط التعسفية في عقود الإذعان)[1] التي تمنح بدورها نوعا من الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، رغم أن الأحكام العامة لم تسن بالأساس لحماية فئة المستهلكين، بل وضعت من أجل مكافحة أي تعسف تعاقدي قد يصدر من أحد الطرفين بصرف النظر عن صفتيهما.

ولقد حرصت التشريعات التي سلكت نهج حماية المستهلك إلى سن أحكام تتعلق بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، إلى جانب تلك الأحكام التي تضمنتها الشريعة العامة (القانون المدني) وذلك من أجل ضبط مفهوم تلك الشروط وحصرها في المرحلة الأولى، من خلال تحديد المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، ثم تقرير الأثر القانوني المترتب على اعتبار بند تعاقدي ما يتسم بالطابع التعسفي، وأن ذلك لا يظهر في مرحلة الإبرام وإنما يطفو عادة إلى السطح عند الولوج في مرحلة تنفيذ العقد، الأمر الذي قد يؤدي إلى نشوء نزاع يلجأ بشأنه إلى القضاء، ومنه يبرز دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، من خلال تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي من عدمه، وفي حالة الإيجاب تقرير الأثر القانوني بتعديل الشرط لصالح المستهلك أو إلغائه نهائيا.

من خلال ما سبق بيانه أعلاه يتضح أن موضوع بحثنا هذا يكتسي أهمية بالغة، التي كانت وفي ذات الوقت من أهم الأسباب الموضوعية التي دفعت بنا إلى اختياره، حيث تتجلى تلك الأهمية أساسا في أن القضاء هو الجهة التي يناط بها التدخل لإعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية عند نشوء النزاع، ومنه حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي قد يحتويها العقد، وأن الحماية التي يوفرها القضاء للمستهلك من الشروط التعسفية، هي من المفروض حماية فعالة وإن كانت ذات طابع علاجي، بالمقارنة مع باقي أشكال الحماية ذات الطابع الوقائي التي توفرها عادة جمعيات المستهلكين ولجنة البنود التعسفية، نظرا لما للقضاء من سلطة إصدار أحكام تحوز الحجية، وقابلة للتنفيذ بما قضت به في مواجهة المحترف.

وانطلاقا من كل ذلك، فإن الإشكالية الأساسية والمحورية التي نثيرها في هذا البحث، تتمحور أساسا حول مدى كفاية ونجاعة الآليات القانونية الممنوحة للقاضي الوطني بموجب التشريع الجزائري، في تحقيق حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية ؟.

[1]– المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: " إذا تم العقد بطريق الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

إن الإجابة على هذه الاشكالية تتطلب منا تفصيل وتدقيق في النصوص القانونية وفي الاجتهادات القضائية وفي الآراء الفقهية، بغية الوصول إلى تحليل معمق يهدف إلى إبراز دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية. ودون مصادرة على المطلوب نقول ابتداء أن مهمة القاضي الوطني على ضوء التشريع الجزائري في حماية المستهلك من الشروط التعسفية تتسم بنوع من الصعوبة راجعة بالأساس لعدم وضوح النصوص من جهة وعدم انسجامها من جهة أخرى، سيما أمام حصر الحماية من الشروط التعسفية إلا على تلك التي تضمنتها عقود الإذعان المحررة مسبقا وفق ما جاء في قانون المستهلك الجزائري. ضف إلى ذلك عدم وضوح سلطة القاضي في تقرير وإثارة الشروط التعسفية، كل ذلك خلافا لما هو موجود في المنظومة القانونية الفرنسية في مجال الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.

وإبراز دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية كهدف أساسي لهذه الدراسة، لا يتم إلا بإتباع منهج تاريخي يعتمد على التسلسل المنطقي المتتابع لمرحلتين تشريعيتين بارزتين في مجال مكافحة الشروط التعسفية، الأولى هي مرحلة الأحكام العامة أي أحكام القانون المدني، الذي تتضمن نصوصه بعض الآليات العامة التي يمكن الاعتماد عليها لمنح المستهلك نوعا من الحماية ضد الشروط التعسفية، أما الثانية هي مرحلة الأحكام الخاصة التي تبنتها التشريعات المعاصرة في مجال حماية المستهلك، والتي جاءت بآليات قانونية جديدة، تهدف أساسا إلى سد النقص والقصور الذي يطبع الأحكام العامة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية، ومنه إحاطة هذا الأخير بحماية فعالة.

وبالإضافة إلى المنهج التاريخي سوف نعتمد على المنهج المقارن وذلك بمقارنة التشريع الوطني في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية بالتشريع الفرنسي والتشريع المصري، مع الإشارة إلى بعض التشريعات الأوربية، منها التشريع الألماني والانجليزي في بعض المواضع، والتي بدورها خصت المستهلك بحماية جيدة وذلك بسن نصوص هامة في هذا المجال، مع الاعتماد على المنهج التحليلي لتحليل النصوص والآراء الفقهية ومناقشتها.

وقد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين اثنين:

الفصل الأول نتناول فيه معاينة القاضي لاختلال التوازن العقدي بفعل الشروط التعسفية، ويشمل هذا الفصل مبحثين، يتضمن الأول، تحديد العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي.

الفصل الثاني نتناول فيه سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية ويشمل هذا الفصل بدوره مبحثين، يتضمن الأول، إعادة التوازن العقدي بالاستناد على الأحكام العامة، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى إعادة التوازن العقدي بالاستناد على الأحكام الخاصة.

الفصل الأول

معاينة القاضي لاختلال التوازن العقدي بفعل الشروط التعسفية

لما يكون القاضي بصدد الفصل في نزاع ناشئ عن تنفيذ عقد استهلاك يحتوي على شرط أو عدة شروط تتسم بالطابع التعسفي، فهو مدعو للتدخل من أجل حماية المستهلك من ذلك التعسف بتطبيق أحكام البنود التعسفية كألية لإعادة التوازن العقدي.

وبناء على ذلك فإن مجال تدخل القاضي محصور في وجود عقد يوصف بأنه عقد استهلاك، هذا العقد يتميز بخصوصية معينة تتعلق أساسا بأشخاصه أي بصفة الطرف المتعاقد من جهة، كون أنه عقد يبرم بين شخص يدعى المستهلك وبين شخص آخر يدعى المحترف، وبخصائص أخرى تتعلق بطبيعة العقد من جهة ثانية أي بطبيعة العلاقة التعاقدية الاستهلاكية والشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك.

وبالتالي ومتى كان القاضي في إطار فض منازعة قضائية يتعلق موضوعها بالمطالبة بإعادة التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك، ذلك التوازن الذي أصبح مختلا بفعل الشروط التعسفية الناتجة عن القوة الاقتصادية والتقنية للمحترف، من خلال الاعتماد على أحكام البنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن المفقود ينبغي عليه – أي القاضي – في أول المرحلة أن يتحقق من أن العقد الذي نشأ بشأنه ذلك النزاع هو عقد استهلاك، وأن هذا الأمر لا يتحقق إلا بعد تحديد العقود المعنية بالحماية القانونية من الشروط التعسفية وذلك من خلال حصر أشخاص العلاقة التعاقدية، آلا وهما المستهلك والمحترف، مع تحديد طبيعة ذلك العقد (المبحث الأول)، ثم البحث في طبيعة الشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك ما إن كانت تتسم بالطابع التعسفي ومن شأنها إحداث اختلال في التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية أم لا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية

يقوم المستهلكون باقتناء حاجاتهم الشخصية من سلع وخدمات من خلال الدخول في علاقات تعاقدية تربطهم بأشخاص طبيعيين أو معنويين يحترفون بيع هذه السلع وتقديم تلك الخدمات، وهؤلاء هم المحترفون أو المتدخلون، وتتم هذه العلاقات في إطار ما يسمى بعقود الاستهلاك[1].

ويعرف العقد بشكل عام بأنه تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الأثار هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه[2]، وقد عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد على أنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

ويعد العقد من أهم مصادر الالتزام في نظرية الالتزام التقليدية حيث خصه القانون المدني الجزائري بسبعين مادة، وإن كان دوره قد تقلص حديثا بعد تدخل الدولة وتقلص مبدأ سلطان الإرادة[3].

وإذا ما طبقنا تلك القواعد العامة على عملية الاستهلاك نجد أنفسنا أمام تلاقي لإرادتي طرفي عقد الاستهلاك، وهما المستهلك من جهة أولى والمحترف (المتدخل) من جهة ثانية، على ترتيب أثار قانونية تشكل الحقوق والالتزامات التي يتضمنها عقد الاستهلاك الذي يبرمونه، والذي ينصرف محله إلى سلعة أو خدمة يقدمها المحترف (المتدخل) إلى المستهلك.

ويجدر بنا الإشارة في البداية إلى أن مصطلح عقود الاستهلاك قد يوحي في الوهلة الأولى بوجود طائفة من العقود المسماة المستقلة بذاتها إلى جانب الطوائف الأخرى كعقود البيع وعقود الإيجار وعقود القرض وعقود المقاولة، إلى غير ذلك من العقود المسماة في القانون المدني، غير أن هذا الأمر غير صحيح رغم انتشار استعمال هذا المصطلح في الأوساط القانونية، كون أن عقد الاستهلاك قد ينصرف إلى أي عقد من العقود المذكورة أعلاه، فقد يكون عقد البيع عقد استهلاك، ونفس النتيجة بالنسبة للإيجار والقرض والمقاولة، وبالتالي فإن مصطلح عقد الاستهلاك يطلق على أي عقد سواء كان عقد مسمى أو غير مسمى المهم أن يكون قد أبرم بين طرف يكون مستهلكا، وطرف ثاني يكون محترفا.

وسنحاول في هذا المبحث التطرق بالدراسة إلى تحديد أشخاص عقد الاستهلاك وهما المستهلك من جهة، والمحترف من جهة ثانية (المطلب الأول)، ثم نعرج إلى تحديد طبيعة عقد الاستهلاك كمجال للحماية من الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

---

[1]– منى أبوبكر الصديق، **الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية – مصر، 2013، ص 13.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000، ص 150.

[3]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 8.

المطلب الأول: تحديد أشخاص العقد

إن عقد الاستهلاك باعتباره تصرف قانوني[1] منشئ للالتزام هو عبارة توافق إرادتين صادرتان عن شخصان، الأول هو المستهلك والثاني هو المحترف أو المتدخل، وبالتالي يخرج عن مفهوم عقود الاستهلاك تلك العقود المبرمة بين محترفين فقط، فعقد البيع[2] مثلا ينطبق عليه وصف عقد الاستهلاك متى كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري مستهلكا، ويكون عقد القرض[3] أيضا عقد استهلاك متى توافرت في المقترض صفة المستهلك، كما يخرج عن مفهوم عقود الاستهلاك تلك المبرمة بين مستهلكين فقط، فإذا تم ابرام عقد بيع بين مستهلكين بناء على اعلانات صغيرة بين الافراد فلا يعد ذلك البيع عقد استهلاك طالما أنه لم يبرم بين محترف قوي ومستهلك ضعيف، ذلك أن الحماية المقررة في عقود الاستهلاك حماية تقتضيها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المحترف[4].

ووفقا لما سبق بيانه أعلاه يتضح جليا بأن أشخاص عقد الاستهلاك هما المستهلك كطرف متعاقد أول، والمحترف (المتدخل) كطرف ثاني للعقد، وسنحاول في الفرعين التاليين دراسة أشخاص عقد الاستهلاك وذلك من خلال التطرق لموقف الفقه والتشريع والقضاء من مفهوم المستهلك والمحترف.

الفرع الأول: المستهلك le consommateur

إن البحث في مسألة مفهوم المستهلك يكتسي أهمية بالغة من ناحيتين، تكمن الأولى في أن مفهوم المستهلك يسمح للقاضي بتحديد نطاق تطبيق القواعد الحمائية من حيث الأشخاص بحيث يترتب على حصر مفهوم المستهلك بصفة دقيقة استفادة من يصدق عليه وصف المستهلك فقط من الحماية التي توفرها أحكام قانون الاستهلاك، وفي مقابل ذلك استبعاد غيره من نطاق تلك الحماية، في حين تكمن الثانية في أن تحديد

---

[1]– يوجد إلى جانب التصرف القانوني (Actes juridiques) كسبب منشئ للالتزام والذي يكون مصدره إرادة الشخص، الواقعة المادية (Faits matériel)، فالتصرفات القانونية باعتبارها سبب منشئ للالتزام، هي التي ترتب التزاما في ذمة الشخص هذا الأخير يكون مصدره هو إرادة الشخص ذاته، فمتى اقترنت تلك الإرادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقدا، وإذا لم تقترن بإرادة أخرى سمي المصدر التزاما بإرادة منفردة، أما الواقعة المادية هي تلك الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص والتي لا تأخذ وصف التصرف القانوني وتكون بدورها سبب منشئ للالتزام، فمتى كانت تلك الأعمال مشروعة فيترتب عليها التزام ينشأ عنه ما يسمى بالفعل النافع، أي الاثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة أو ما أطلق عليه القانون المدني الجزائري، متأثرا في ذلك بتقنين نابليون بشبه العقود، وإما أن تكون الأعمال المادية غير مشروعة فتترتب عليها المسؤولية التقصيرية أو الالتزام الناشئ عن الفعل الضار، لمزيد من المعلومات راجع: علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 7 و 8.

[2]– يعرف عقد البيع وفقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أنه ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي، و بالتالي فعقد البيع هو من التصرفات الناقلة للملكية بعوض.

[3]– يعرف عقد القرض وفقا لنص المادة 450 من القانون المدني الجزائري على أنه ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفة.

[4]– خليل محمد عبد الفتاح خليل، **حمايـة المستهلك في القانون الدولـي الخاص**، دار النهظة العربية، القاهرة– مصر، 2002، ص 20.

هذا المفهوم يساهم في تسهيل إعمال النصوص القانونية ذات الصلة ودون مشقة في تفسيرها أو في تطبيقها من طرف القاضي الفاصل في النزاع الذي يثور بشأن تنفيذ عقد الاستهلاك.

يعد مصطلح الاستهلاك والمستهلك من مصطلحات علم الاقتصاد التي دخلت حديثا إلى لغة القانون مما ينبغي في هذا المقام تحديد هذا المصطلح بشكل واضح ودقيق، فلفظ (استهلك) مأخوذ من الفعل هلك ومن ثم فإن معناه اللغوي هو الهلاك والنفاذ أو الفناء[1].

أما المعنى الاقتصادي للاستهلاك هو استخدام السلع والخدمات في إشباع حاجات الانسان، بحيث ينجر عن عملية الاستهلاك انتهاء منفعة السلعة أي فناءها وهلاكها كليا، أو تناقص منفعتها تدريجيا [2]، كما يعرف أيضا بأنه آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات[3] وبناء على ذلك فإن مصطلح المستهلك – وفق المفهوم الاقتصادي – هو ذلك الفرد الذي يشتري سلعا أو خدمات بغرض الاستعمال الشخصي وليس من أجل التصنيع[4]، أي أنه ذلك الفرد الذي تنتهي عنده الدورة الاقتصادية كونها تبدأ بإنتاج السلعة أو الخدمة وتمر عبر قنوات التوزيع إلى أن تنتهي باستهلاكها[5].

وإذا كان مصطلح المستهلك ذا أصل اقتصادي إلا أن شيوعه في المجال القانوني في الآونة الأخيرة قد دفع بفقهاء القانون إلى الاجتهاد من أجل تعريفه كما حرص القضاء ومعه التشريعات الحديثة الصادرة بشأن حماية المستهلك على وضع تعريف له، وأن المهم من الوجهة القانونية ليس فعل الاستهلاك بذاته وإنما التصرف القانوني[6] الذي يبرمه الشخص لإشباع حاجاته المتنوعة وبهذا يتميز المفهوم القانوني للاستهلاك عن مفهومه الاقتصادي.

وبناء على ذلك فإن المستهلك وفق المفهوم القانوني هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود بهدف الحصول على سلع وخدمات من أجل إشباع حاجاته الشخصية، كما عرفه البعض بأنه من يحصل على الشيء[7] بطريق الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال[8].

---

[1]– موفق حماد عبد، **الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد– العراق، 2011، ص 12.

[2]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 14.

[3]– خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الالكتروني**، الدار الجامعية، الاسكندرية– مصر، 2008، ص 19.

[4]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 14.

[5]– موفق حماد عبد، **المرجع السابق**، ص 13.

[6]– نقصد به في هذا الصدد عقد الاستهلاك الذي يبرمه المستهلك مع المحترف أو المتدخل ومن ثم نستبعد التصرف بالإرادة المنفردة من مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية كما سنبينه لاحقا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[7]– يقصد بالشيء في هذا المقام السلع والخدمات.

[8]– رمضان علي السيد الشرنباصي، **حماية المستهلك**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية– مصر، 2009، ص 25.

واستنادا على ما تقدم سوف نتطرق في هذا الفرع، أولا إلى المفهوم الفقهي للمستهلك حيث نستعرض فيه بالتحليل الآراء الفقهية التي خاضت في مسألة تحديد المقصود من المستهلك، ثم نتعرض ثانيا لكل من موقف القضاء والتشريع من مفهوم المستهلك.

أولا: المفهوم الفقهي للمستهلك

لقد أثار مصطلح المستهلك جدلا فقهيا واسع النطاق حول تحديد مفهومه حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين، أحدهما يضيق من مفهوم المستهلك بينما يوسع الآخر من ذلك المفهوم، وسوف نتعرض فيما يلي لهذين الاتجاهين، وذلك بالتطرق إلى الاتجاه الأول الذي يضيق في مفهوم المستهلك ثم للاتجاه الثاني الذي يوسع من مفهومه.

أ: الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك

لقد تبنى أغلب الفقه الذي تناول البحث في مفهوم المستهلك كطرف في عقد الاستهلاك إلى جانب المحترف، مفهوما ضيقا للمستهلك وذلك بوصفه بأنه كل من يبرم عقدا لأجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، ومن ثم لا ينصرف مفهوم المستهلك حسبهم إلى من يتعاقد لأغراض مهنته أو حرفته [1].

ويقوم الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك على الربط بين مفهومه القانوني ومفهومه الاقتصادي من جهة، لكنه يقيم في ذات الوقت تضادا تاما بين مفهوم المستهلك ومفهوم المحترف من جهة أخرى، وبيان ذلك أن المستهلك بالمعنى الاقتصادي باعتباره شخصا يتعاقد لإشباع حاجاته غير المهنية يقابل المحترف الذي يباشر الانشطة المتعلقة بإنتاج وتوزيع الثروات والخدمات ويبرم العقود على أساسها والتي تعد أنشطة مهنية بحتة وغير استهلاكية، ومنه يستند تعريف المستهلك – حسب هذا الاتجاه – إلى معيار محدد وهو تخصيص السلعة أو الخدمة محل التعاقد للاستخدام الشخصي أو العائلي[2] أي الاعتماد على معيار الغرض من التعاقد، والذي حسبه يمكن التمييز بين المستهلك والمحترف [3].

وترتيبا على ذلك لا يعد مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه المحترف الذي يتعاقد للحصول على سلع أو خدمات تتعلق بنشاطه المهني أو الحرفي[4] ذلك أن الغاية من الأحكام الحمائية التي جاء بها قانون المستهلك المستهلك تنتفي في هذا الفرض، كما لا يعد مستهلكا المحترف الذي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة

---

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، **حمايـة المستهـلك، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2007، ص 19.

[2]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 16.

[3]– سلمة بن سعيدي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013، ص 11.

[4]– مثال ذلك الشركة التي تمارس نشاط تسويق السيارات الجديدة لعلامة تجارية معينة حينما تتعاقد لشراء سيارات ذات علامة مغايرة لتلك التي درجت على تسويقها من أجل توسيع نشاطها.

خارج نطاق اختصاصه متى كانت لخدمة نشاطه المهني[1]، ذلك أن حاجة هذا المحترف إلى الحماية تكون أقل حدة من حاجة المستهلك استنادا إلى قدرته على الدفاع عن مصالحه العقدية في مواجهة المتعاقد الآخر، كما لا يعد مستهلكا أيضا الشخص الذي يحترف شراء السلع بقصد بيعها أو المواد الخام بقصد تصنيعها وتحويلها، لأنه لا يخرج عن كونه محترف ولا يحتاج إلى حماية خاصة بحكم مركزه الاقتصادي وخبرته الفنية هذا من جهة، فضلا عن أن المال محل التعاقد في هذا الفرض لا يستهلك[2] وذلك من جهة ثانية، وبالتالي يتضح جليا أن المفهوم الضيق للمستهلك يماثل المفهوم الاقتصادي له، أين يمثل المستهلك الحلقة الأخيرة في الدورة الاقتصادية تجسيدا لفكرة الاستهلاك النهائي[3].

ولعل أهم الحجج التي استند عليها أنصار هذا الفريق تكمن في أن التضييق من مفهوم المستهلك هو الاتجاه الأقرب لبيان ذاتيته، كما أنه لا يثير صعوبات في التطبيق لما يتسم به من البساطة والدقة، ناهيك عن أن التصور الضيق يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني المنشود الذي يغيب في ظل تبني مفهوم واسع للمستهلك الذي يعتريه الكثير من الغموض، فضلا عن أن الأحكام الحمائية التي قررها قانون المستهلك كان منطلقها الأساسي هو حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، والذي لا يكون إلا ذلك الطرف الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية الأمر الذي يجعله في موقف اقتصادي وتقني وحتى قانوني ضعيف بالمقارنة مع مركز الطرف الآخر المتعاقد معه[4].

وإلى جانب ذلك فقد تبنى أنصار هذا الاتجاه عدة حجج من أجل إبعاد المحترف عن طائفة المستهلكين، أهمها أن المحترف الذي يتعاقد من أجل حاجاته المهنية سيكون أكثر تحفيزا من الشخص الذي يتعاقد لغرض شخصي أو عائلي، كما أن تعاقد المحترف خارج مجال اختصاصه لا يعني بالضرورة افتقاره لمقومات التعاقد كمحترف، ذلك أن احتكاكه المستمر بآليات السوق يكسبه خبرة تقوي من موقفه أثناء التعاقد ولو وقع تعاقده خارج مجال اختصاصه ويكون حينئذ في مركز قانوني متوازن مع الطرف الآخر، ومن ثم لا مبرر لمنحة ذات الحماية المقررة للمستهلك بموجب أحكام قانون المستهلك[5]، ناهيك عن أنه وفي حالة ما إذا

---

[1]– كالمحامي الذي يتعاقد لتجهيز مكتبه بجهاز " حاسوب " لتسيير اعماله، و الشركة التي تتعاقد للحصول على جهاز إنذار لتفادي السرقة أو الحريق.

[2]– أي أن الدورة الاقتصادية في هذا الفرض لا تنتهي عند ذلك الشخص.

[3]– ليندة عبد الله، **المستهلك والمهني مفهومان متباينان**، ملتقى وطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، 13 و 14 افريل 2008، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، منشورات معهد العلوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي بالوادي–الجزائر، 2008، ص22.

[4]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 17.

[5]– منى أبوبكر الصديق، **نفس المرجع**، ص 18.

كان المحترف في حالة ضعف بسبب تعاقده خارج نطاق اختصاصه فإن حمايته تكون بالاعتماد على القواعد العامة لا بالاعتماد على أحكام قانون المستهلك [1].

ورغم سلامة الاعتبارات التي يقوم عليها الاتجاه المضيق في تعريف المستهلك إلا أنه لم يسلم من النقد إذ يرى البعض بأن هذا الاتجاه يضيق كثيرا من تطبيق النصوص الحمائية إلى درجة أنه يحرم عددا كبيرا من الأشخاص من الاستفادة منها، فضلا عن أن الفكرة التي يرتكز عليها تصور المستهلك وكأن لا هم له سوى إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية رغم وجود عقود يبرمها لا تدخل في مجال الإشباع المادي بالمعنى الضيق، كعقود النقل وإيجار المساكن رغم أنها تندرج في نطاق عقود الاستهلاك.

ولقد ثار التساؤل عما إذا كان مفهوم المستهلك يشمل الأشخاص المعنوية[2] إلى جانب الاشخاص الطبيعية، أم أنه يقتصر على هذه الفئة الأخيرة وحدها.

لقد انقسم الفقه لما كان بصدد الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين، الأول يعارض فكرة اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا وآخر يؤيد إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي.

فبالنسبة للاتجاه المعارض لاعتبار الشخص المعنوي مستهلكا، فقد ظل المبدأ السائد في فرنسا – حتى وقت قريب – إلى اعتبار أن صفة المستهلك تقتصر على الشخص الطبيعي الذي يتصرف ويتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ومن ثم إقصاء الاشخاص المعنوية من طائفة المستهلكين، وذلك استنادا إلى نصوص تقنين الاستهلاك الصادر سنة 1993، ووجد هذا الاتجاه تبريره في أن صفة المستهلك منوطة بالتعاقد بغرض إشباع حاجات خاصة شخصية أو عائلية، تلك الحاجات تخص بالدرجة الأولى أشخاصا طبيعيين، أما بالنسبة للاتجاه المؤيد لإضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي فيرى أنصاره بأنه لا يوجد ما يمنع إضفاء صفة المستهلك على الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص، مثل الجمعيات

[1]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 12.

[2]– الشخص المعنوي أو كما يسميه البعض بالشخص الاعتباري، هو عبارة مجموعة من الأشخاص أو من الأموال التي تهدف الى تحقيق غرض معين ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض، والجدير بالذكر في هذا المقام أن اصطلاح الأشخاص الاعتبارية يعني صراحة أنها تكتسب الشخصية القانونية حكما أي بنص القانون الذي اعتبرها كذلك، وفي نفس الوقت يعني ضمنيا بأنها ليست بأشخاص طبيعية وإنما يمنحها القانون تلك الصفة القانونية الاعتبارية لكي تتمكن من أن تكتسب حقوقا وتتحمل التزامات في سبيل تحقيق الغرض الذي أنشأت لأجله، ولقد نص القانون المدني الجزائري على الأشخاص المعنوية في المادة 49، حيث عرفها على أنها كل مجموعة من الأشخاص أو من الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية، وأورد في معرض التعريف أمثلة لها بحيث اعتبرها أشخاصا معنوية، كل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية والشركات المدنية والتجارية والجمعيات والمؤسسات والوقف، إلى جانب كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

الخيرية[1] التي تمارس أنشطة غير مهنية لا تهدف من وراءها إلى تحقيق الربح، ويرى بعض الفقه أن امتداد صفة المستهلك إلى الأشخاص المعنوية يمكن استنباطه ضمنا من تعريف لجنة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي للمستهلك، حيث ورد لفظ الأشخاص عاما بما يوحي بشموله للأشخاص الطبيعية والمعنوية على حد السواء[2].

ب: الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك

وفقا لهذا الاتجاه، يعد مستهلكا كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك سواء لاستخداماته الشخصية أو لاستعمالاته المهنية [3].

وأول من نادى بالتوسع في مفهوم المستهلك هو الرئيس الأمريكي Kennedy سنة 1962 على أساس عدم وجود طبقتان من المواطنين، وذلك بقوله: "أن المستهلكين هم نحن جميعا"[4]، وأن كل شخص طبيعي له صفة المستهلك في مناسبات عديدة من وجوده، حتى ولو كان يمارس من ناحية أخرى نشاطا مهنيا فتكون له حينذاك صفة المستهلك[5].

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه بقدر ما جاء مختصرا ومحدود العبارات بقدر ما كان موسعا لنطاق تطبيق الأحكام الحمائية التي يتضمنها قانون الاستهلاك، من خلال بسط مفهوم المستهلك ليشمل فئات أخرى من المتعاقدين قد يكون المحترف من بينهم لما يتعاقد خارج نطاق اختصاصه ولو كان ذلك التعاقد لخدمة أغراضه المهنية [6].

ولقد ثار جدل في الفقه بصدد حقيقة انتماء المحترف الذي يتعاقد خارج مجال اختصاصه إلى طائفة المستهلكين، وهذا الجدل راجع بجذوره إلى الاختلاف الذي وقع حول تفسير نص المادة 1/35 من القانون الفرنسي رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات، لما قررت المادة السالفة الذكر أن نصوص هذا القانون تسري على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، حيث أثار اقتران مصطلح "غير المهني" بمصطلح "المستهلك" التساؤل حول ما إذا كان هناك ترادفا بين المصطلحين أي أن غير المهني هو المستهلك، أم أنه يقصد بغير المهني طائفة مغايرة

---

[1]- تعد الجمعيات الخيرية المنشأة طبقا للقانون أشخاصا اعتبارية تتمتع بالشخصية القانونية ويمنحها القانون جميع الميزات التي تترتب عن إكتسابها للشخصية الاعتبارية، من ذمة مالية مستقلة عن ذمم أعضاءها، أهلية لمباشرة التصرفات القانونية في حدود الغرض الذي انشأت لأجله، إلى جانب تمتعها بالحق في التقاضي دفاعا على مصالحها التي يحميها القانون.

[2]- منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 21.

[3]- ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 22.

[4]- محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 22.

[5]- كوثر سعيد عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2012، ص 39.

[6]- منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 24.

لطائفة المستهلكين، ليفسر بذلك غير المهني بأنه المهني الذي يتعاقد خارج مجال اختصاصه بما يثير تساؤلا آخر حول مدى أحقية هذا الأخير في الاستفادة من الأحكام الحمائية لقانون المستهلك في مجال الشروط التعسفية[1].

لقد انقسم الفقه بصدد الإجابة على ذلك التساؤل إلى مؤيد ومعارض[2] لفكرة اعتبار المهني المتعاقد خارج دائرة اختصاصه مستهلكا، فبالنسبة للرأي المؤيد فهو يرى بأن الشخص قد يتعاقد للحصول على سلع أو خدمات خارجة عن أغراض حرفته قد يكون في وضعية المتعاقد المتصرف خارج نطاق مؤهلاته المهنية ومن ثم قد يكون من عديمي الخبرة في ذلك المجال، ويمكن في هذه الحالة أن يواجه محترفا آخر، بحيث يكون المحترف عديم الخبرة بسبب تعاقده خارج نطاق اختصاصه في كفة أدنى من الكفة التي يوجد فيها المحترف المختص، بما يجعله في وضعية شبيهة بوضعية المستهلك الذي يتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية[3].

ويأتي الفقه المؤيد لفكرة اعتبار المهني المتعاقد خارج دائرة اختصاصه مستهلكا بأمثلة أشهرها الطبيب الذي يقتني المعدات الطبية من شركة مختصة في مجال تسويق الأجهزة الطبية لاستخدامها في عيادته، والتاجر الذي يشتري نظام الإنذار لمحله التجاري، والمحامي الذي يشتري جهاز الإعلام الألي لمكتبه[4]، فهؤلاء الأشخاص المتصرفين خارج نطاق اختصاصهم وعلى الرغم من أنهم محترفين إلا أنهم جديرين بالحماية القانونية وفق أحكام قانون المستهلك ضد أي تعسف أو تعدي ناتج عن استعمال المتعاقد معه – المحترف الآخر– لقوته الاقتصادية وخبرته التقنية الناجمة عن تخصصه في المجال محل التعاقد بما قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي[5].

إذا وحسب أصحاب هذا الرأي المؤيد لفكرة اعتبار المهني المتعاقد خارج مجال اختصاصه مستهلكا فإن المقارنة ينبغي أن لا تقام بين المهني والمستهلك العادي، وإنما بين المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه والمهني المتخصص، لأن الأول وبلا شك سيكون في مركز أضعف من المتعاقد الآخر الذي يحوز بفضل تخصصه خبرة ودراية بموضوع المعاملة محل التعاقد، ومن ناحية أخرى لا يسوغ القول بأن المهني وبفضل تفوقه الاقتصادي عموما يستطيع حال تعاقده خارج مجال اختصاصه الاستعانة بخبراء لتعويض نقص خبرته، طالما أن تلك الإمكانية متاحة للمستهلك أيضا، لأنه وبوسع هذا الأخير – ومتى كان

---

[1]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 25.

[2]– الفقه المعارض هو ذاته الرأي الفقهي المضيق لمفهوم المستهلك.

[3]– ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 23.

[4]– وهي ذات الأمثلة التي جاء بها أصحاب الرأي الفقهي المضيق لمفهوم المستهلك لما أرادوا استبعاد المحترف المتعاقد خارج نطاق اختصاصه من فئة المستهلكين.

[5]– ليندة عبد الله، **نفس المرجع**، ص 23.

متمتعا بملائة مالية جيدة – أن يستعين أيضا بخبراء فيما هو مقدم عليه من تعاقد، وأن القول بغير ذلك يجعل من قانون الاستهلاك قاصرا على فئة محدودي الدخل وهو ما لا يجوز من الناحية القانونية[1].

إن هذا الاتجاه المؤيد لفكرة اعتبار المهني المتعاقد خارج مجال اختصاصه مستهلكا يأخذ بمعيار عدم التخصص أو عدم الخبرة، ومنه فإن إضفاء صفة المستهلك على المهني تقتضي أن يكون هذا الأخير غير متخصص في مجال تعاقده مع الطرف الآخر، وهو بهذه الطريقة يوسع من نطاق الحماية التي قررها قانون المستهلك[2]، غير أن إعمال هذا المعيار من شأنه أن يجعل المهني موصوفا بالنقيض فهو مستهلك حينما يتصرف خارج مجال اختصاصه، في حين يعد مهنيا بالنسبة للتصرفات الداخلة في مجال اختصاصه.

وفي محاولة للتخفيف من وطأة الاعتراض على اعتبار المهني مستهلكا أضاف القضاء الفرنسي معيار آخر إلى جانب معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة، وهو معيار عدم الارتباط المباشر بين العقد المبرم ونشاط المهني، بمعنى أن يكون تصرف المهني الخارج عن مجال اختصاصه من طبيعة معينة لا يمكن معها القول بأنه يرتبط أو يتعلق بمحل نشاط أو مشروع المهني، وأن التصرفات التي لا تتصل مباشرة بالنشاط المهني للمتعاقد تلك التي تتم بعيدا عن عمليات الإنتاج والتوزيع، سواء قبل بداية النشاط أم بعد انتهائه، كعقود الدعاية والاعلان بقصد بيع المحل التجاري، وأيضا عقود شراء أجهزة الانذار ضد السرقة والحريق[3]، وتأكيدا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في شأن عقد مبرم بين شركة كهرباء فرنسا (EDF) وإحدى الشركات التجارية بأن المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لا تطبق على عقود توريد الأموال والخدمات التي لها صلة مباشرة بالنشاط المهني للمتعاقد، وذلك بمناسبة تمسك إحدى دور الطباعة بالصفة التعسفية لشرط ورد في عقد مبرم بينها وبين شركة كهرباء فرنسا يقضي بعدم مسؤولية الشركة عن الأضرار التي قد تلحق بدار الطباعة بسبب انقطاع التيار الكهربائي، متى كان ذلك راجعا إلى إضراب العاملين بها، حيث أسست قضاءها على أن العقد له صلة مباشرة بالنشاط الذي تمارسه دار الطباعة.

ويتميز هذا المعيار بأنه يحقق اعتبارات العدالة العقدية كما أنه يحافظ على الحدود التي يجب أن يعمل ويطبق فيها قانون المستهلك، في حين يؤخذ عليه أنه يهدم الأساس الذي يقوم عليه قانون المستهلك المتمثل في التفرقة بين المستهلك والمهني، كونه لا ينطلق من فكرة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية التي هي جوهر قانون المستهلك، وإزاء ذلك ذهب بعض الفقه إلى ترجيح معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة بالنظر إلى ما يترتب على اعتماد معيار عدم الارتباط المباشر بين العقد والنشاط من تضييق في

---

[1]– منى أبوبكر الصديق، **نفس المرجع**، ص 29.

[2]– ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 23.

[3]– على خلاف عقود شراء المواد الخام والآلات اللازمة لتوسيع النشاط وعقود التأمين ضد مخاطر المهنة وعقود الدعاية لبيع المنتوج، فهي عقود وإن كانت تخرج عن مجال اختصاص المهني إلا أنها على علاقة مباشرة بمهنته، كونها تساهم بشكل مباشر في الدائرة الاقتصادية المتعلقة بالتصنيع أو التوزيع أو تسويق الخدمات محل النشاط المهني للمتعاقد.

نطاق الحماية، فضلا عما أسفر عنه توسع القضاء الفرنسي في الأخذ بهذا المعيار وتطبيقه في مجال الشروط التعسفية من خروج الكثير من المهنيين من نطاق الحماية القانونية في مواجهة تلك الشروط[1].

كما أن قضية الاستعمال المختلط للسلع والخدمات أثارت إشكالية كبيرة في الأوساط القانونية، فمثلا شخص يقتني سيارة للاستعمال المهني وفي نفس الوقت يستعملها لنقل عائلته، فهنا هل يعتبر المقتني لذلك المنتوج مستهلاك أم لا؟، وفي هذا الإطار حاول مجلس الاتحاد الأوربي في تقريره الصادر بتاريخ 2005/01/20 الإجابة على هذا التساؤل بقوله: "إن كل شخص يتعاقد ويستخدم السلعة لأغراض مهنته لا يستفيد من الأحكام الحمائية إلا إذا كان هذا الاستخدام المهني هامشي أو قليل بالنظر إلى الاستخدام الشخصي"[2].

ثانيا: المفهوم التشريعي والقضائي للمستهلك

بعد أن تطرقنا إلى المفهوم الفقهي للمستهلك، سنتطرق في ما يلي إلى بيان موقف التشريع من مفهوم المستهلك، ثم نتبعه بعرض موقف القضاء من هذه المسألة.

أ: موقف التشريع من مفهوم المستهلك

في البداية لم يقدم المشرع الفرنسي تعريفا مباشرا للمستهلك، غير أنه باستقراء بعض التقنينات المتعلقة بالاستهلاك التي تناولته بصفة عرضية يمكننا أن نستخلص مفهوما للمستهلك[3]، حيث نصت المادة 02 من القانون رقم 78-22 المتعلق بحماية المستهلك في مجال عمليات الائتمان[4] على أنه " يطبق القانون الحالي على عمليات الائتمان التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين التي لا تكون مخصصة لتموين نشاط مهني "[5].

ونفهم من هذا النص أن المشرع الفرنسي كان يأخذ بمعيار الغاية من التصرف في تعريف المستهلك، أي الهدف الذي يسعى الشخص إلى تحقيقه من خلال التعاقد باقتناء السلع والخدمات، وذلك حينما اعتبره

---

[1]- منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 32.

[2]- Claire-Marie Pegliom-Zika, **la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation**, thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon – Assas, 2013, p 61.

[3]- زبيري بن قويدر، **حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2006/2005، ص7.

[4]- المؤرخ في 10 جانفي 1978.

[5]- "Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opérations de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales et que ne sont pas destinées à financier les besoins d'une activité professionnelle".

بأنه الشخص الذي تكون غايته من اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة هي غالية شخصية أو عائلية ولا علاقة لها بنشاطه المهني الذي يمارسه عادة[1].

كما أن قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 [2] الذي ضم العديد من التقنينات التي ترمي إلى حماية المستهلك في مختلف المجالات[3]، لم يتناول بصفة مباشرة التطرق لمفهوم المستهلك بل اتبع إزاء تلك المسألة منهجا خاصا، لما ذهب إلى استبعاد العمليات التي تتم لأغراض وأنشطة مهنية من الخضوع لأحكامه، بمعنى أن الحماية التي جاءت بها أحكام قانون الاستهلاك لسنة 1993 قاصرة على الأشخاص التي تتعاقد لأغراض غير مهنية[4].

وفي سياق المفهوم التشريعي للمستهلك، تناولت لجنة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي[5] la commission de refonte تعريف للمستهلكين، على أنهم الأشخاص الذين يحصلون على الأموال أو الخدمات أو يستخدمونها للاستعمال غير المهني، وهو التعريف الذي عبرت فيه اللجنة عن تبنيها مفهوما ضيقا للمستهلك[6] وذلك برفضها تشبيهه بغير المهني في اقتراحها لنصوص القانون الجديد، غير أن المشرع الفرنسي وكما يبدو فقد سلك اتجاها مخالفا لرأي اللجنة، باعتبار أن النصوص الحديثة الصادرة في مجال حماية المستهلك مازالت تحتفظ بلفظ غير المهني إلى جانب المستهلك ولم تتخلى عنه [7].

وفي نفس السياق الذي سلكته لجنة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي، تناولت العديد من التوجيهات الأوربية المتعلقة بحماية المستهلك وضع تعاريف لهذا الأخير، حيث تناول التوجيه الأوربي رقم 93-13 الصادر بتاريخ 09 أفريل سنة 1993 عن برلمان الاتحاد الأوربي، والمتعلق بحماية المستهلك في

---

[1]- محمد أمين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص 16.

[2]- الصادر في 26 جويلية 1993.

[3]- ينقسم قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة 1993 إلى 05 كتب: يتعلق الكتاب الأول بإعلام المستهلكين وتكوين العقد، والكتاب الثاني بتطابق وأمان المنتجات والخدمات، والكتاب الثالث باستدانة المستهلك أي عقود القرض التي يبرمها المستهلك أو ما يعرف بالقروض الاستهلاكية، والكتاب الرابع بجمعيات المستهلكين، والكتاب الخامس بالمؤسسات الاستهلاكية، وقد شمل تقنين الاستهلاك الفرنسي تجميعا لقوانين الاستهلاك السابقة وهي: قانون 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع في الموطن، والقانون رقم 78-22 الصادر في 10 جانفي 1978 بشأن الشروط التعسفية، والقانون الصادر في 21 جويلية 1983 بشأن أمان المستهلكين، وقانون 05 جانفي 1988 بشأن دعاوى جمعيات المستهلكين، وقانون 05 جانفي 1988 بشأن البيع بالمراسلة، والقانون الصادر في 13 جويلية 1989 بشأن الائتمان العقاري.

[4]- منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 38.

[5]- شكلت هذه اللجنة بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 22 فبراير 1982 الموقع عليه من طرف وزير الدولة للاستهلاك ووزير العدل الفرنسيين، وتضم اللجنة أكبر أساتذة القانون في الجامعات الفرنسية، بالإضافة إلى قضاة ومحامين وممثل عن مجلس الدولة الفرنسي بصفتهم خبراء ومتخصصون في مجال الاستهلاك، حيث كانت مهمة اللجنة وضع مشروع قانون جديد للاستهلاك في فرنسا.

[6]- أنظر الصفحة 10 وما يليها من هذه المذكرة.

[7]- منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 38.

مواجهة الشروط التعسفية، تعريف للمستهلك في الفقرة الثانية A على أنه: " كل شخص طبيعي يتصرف في العقود الداخلة في التوجيه الحالي لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني "[1]، كما أخذ بنفس التعريف التوجيه المتضمن حماية المستهلكين في التعاقد عن بعد رقم 97-07 الصادر في بروكسل بتاريخ 20 ماي 1997 لما نقل حرفيا التعريف الذي أورده التوجيه المتعلق بالشروط التعسفية، كما اعتمد على معيار عدم الارتباط بالنشاط المهني في تعريف المستهلك، التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية رقم 2000-31 الصادر في لكسمبورغ بتاريخ 8 جوان 2000 لما عرف المستهلك في المادة الثانية البند E على أنه: " كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"[2]، وبذلك يتضح جليا أن التعاريف الواردة في التوجيهات الأوربية للمستهلك تقصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي متى تصرف لأغراض خارجة عن إطار نشاطه المهني أو التجاري [3]، ومنه فهي تستبعد صراحة الشخص المعنوي من مجال الحماية.

ورغم الرغبة التي كانت آنذاك لدى البعض من البرلمانيين الفرنسيين في أن يتم إيراد تعريف واضح ومحدد للمستهلك في مادة افتتاحية في قانون الاستهلاك، بحيث تكون تلك المادة هي المرجع في تحديد مفهوم المستهلك تشريعيا، غير أن وزير العدل أرجع عدم وجود تعريف للمستهلك في قانون الاستهلاك إلى طبيعة التقنين ذاته "ذلك أن قانون الاستهلاك لسنة 1993 يضم بين طياته نصوصا تختلف في أهدافها ومواضيعها كما تختلف من حيث نطاق تطبيقها، إضافة إلى اعتبارات أخرى تتعلق بتأثير قانون الاتحاد الأوربي على قانون الاستهلاك الفرنسي نتيجة نقل الكثير من التعليمات الأوربية، واعتمادها في التشريع الداخلي، مع العلم أن هذه الأخيرة – أي التعليمات الأوربية – تتضمن تعريفات مختلفة للمستهلك حسب نطاق تطبيقها، وحسب القوانين المعتمدة في نقل تلك التعليمات، كل ذلك أدى إلى استحالة وضع تعريف موحد للمستهلك اللهم إلا إذا أجريت عملية إعادة صياغة كلية للتشريع، كما أن عدم وجود تعريف يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي لا يشكل أي عائق بل هو عامل مرونة يسمح للقضاء بتطبيق قواعد قانون الاستهلاك بعقلانية حسب كل حالة"[4].

غير أن المشرع الفرنسي وبعد التعديل الذي مس تقنين الاستهلاك بموجب القانون رقم 2014-344 المؤرخ في 17 مارس 2014 عدل عن موقفه الرافض إلى اعتماد نص يتم بموجبه وضع تعريف للمستهلك، بحيث وبموجب المادة 3 من القانون رقم 2014-344 وضع المشرع الفرنسي تعريفا مباشرا للمستهلك، على أنه: " كل شخص طبيعي يسعى لتحقيق غايات لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، أو

[1]- Consommateur : «Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans les faits qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

[2]- Consommateur : «Toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

[3]– كوثر سعيد عدنان خالد، **المرجع السابق**، ص 32.

[4]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 17.

المهن الحرة "[1]، وهو ذات التعريف الذي جاء به الأمر 2016-301 المؤرخ في 14 مارس 2016 المتضمن الاحكام التشريعية قانون الاستهلاك، في مادته الافتتاحية[2] مع استبعاد الانشطة الفلاحية.

وبموجب هذا النص يعد مستهلكا كل شخص طبيعي يسعى للحصول على سلع أو خدمات ليست لها علاقة بالنشاط الذي يمارسه، سواء كان ذلك النشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو نشاط يدخل في إطار المهن الحر، أو الانشطة الفلاحية، كما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الفرنسي استبعد الشخص المعنوي من فئة المستهلكين، وبذلك فهو يضيق من مفهوم المستهلك.

أما المشرع الجزائري فقد حرص ومنذ البداية على إعطاء تعريف للمستهلك، وأول تعريفه له تم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[3] وذلك في إطار بيان مفهوم المصطلحات الواردة في القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك[4]، حيث نصت المادة 2 الفقرة 9 منه على ما يلي: "المستهلك هو كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به"، وما يلاحظ على هذا النص هو أن المشرع تبنى بموجبه مفهومين متناقضين للمستهلك الأول موسع لمفهوم المستهلك بعدم استثناءه للاستعمال الوسيطي[5]، والثاني مضيق له لما رجع المشرع في نهاية الفقرة وبين أن الغرض من الاستهلاك هو سد الحاجات الشخصية أو العائلية[6].

وتداركا للتناقض الذي طبع التعريف الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 90-39 قام المشرع الجزائري بإعطاء تعريف آخر للمستهلك من خلال القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[7] المعدل والمتمم بالقانون 10-06 [8]، حيث تبنى من خلاله المفهوم الضيق للمستهلك، وهو ما يستشف من نص المادة 2 بند 3 منه، والتي تنص على أن: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"[9].

---

[1]- "Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale".

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

[3]- المؤرخ في 30 جانفي 1990، الجريدة الرسمية عدد 5 صادرة بتاريخ 31 جانفي 1990.

[4]- المؤرخ في 07 فيفري 1989، الجريدة الرسمية عدد 6 صادرة بتاريخ 08 فيفري 1989.

[5]- مع العلم أن الاستعمال الوسيطي هو استخدام سلعة معينة في عملية تصنيع سلعة أخرى، ومن يمارس ذلك النشاط لا يمكن أن يكون سوى المحترف الذي يتصرف في مجال اختصاصه.

[6]- سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 17.

[7]- المؤرخ 32 جوان 2004، الجريدة الرسمية عدد 41 صادرة بتاريخ 27 جوان 2004.

[8]- المؤرخ 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 46 صادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

[9]- سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 17.

وبصدور القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، عمد المشرع الجزائري إلى تعريف المستهلك في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

وما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح يقتني ليوسع بذلك من دائرة التصرفات التي تمكن الشخص من الحصول على السلعة أو الخدمة وذلك لضمان حد معين من الحماية للمستهلك من تعسف المحترف سواء أكان مصنعا أو حرفيا أو مستوردا أو موزعا أو تاجرا[1]، كما يدخل في مفهوم السلعة المنقول وكذا العقار، وأن تكون تلك السلعة أو الخدمة موجهة للاستعمال النهائي[2]، وأن تكون السلعة أو الخدمة التي يقتنيها الشخص موجهة لإشباع حاجاته الشخصية[3]، وذلك رغبة من المشرع في استبعاد المحترف من مجال الاستفادة من الأحكام الحمائية الخاصة التي يتضمنها قانون حماية المستهلك بما فيها تلك المتعلقة بأحكام الشروط التعسفية.

ومن خلال نص المادة السالفة الذكر نلاحظ بأنه وعلى غير عادة المشرع الجزائري الذي كان له نهج عدم التعرض بالتعريف للمصطلحات المهمة التي تعتبر نواة قانون ما مما يدفع بالمكلفين بتطبيقه أو الدارسين له إلى البحث عنها في الفقه أو في أحكام القضاء، عمد المشرع الجزائري إلى تعريف المستهلك وكأنه استفاد من الانتقادات الفقهية التي طالت بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي لما أحجم عن تعريف المستهلك ضمن نصوص قوانين الاستهلاك، كما يمكن وفي نفس السياق اعتبار أن توسيع مصطلح "المستهلك" ليشمل الشخص المعنوي[4] يعد كذلك استفادة للمشرع الجزائري من الآراء الفقهية المنتقدة لتقنينات الاستهلاك الأوربية لا سيما الفرنسية منها التي تستبعد في كثير من أحكامها الحمائية الشخص المعنوي، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حسم النقاش الفقهي – ولو بشكل نسبي – المتعلق بإمكانية إعتبار المحترف مستهلكا[5] لما يتصرف ويتعاقد خارج مجال تخصصه ويستفيد حينئذ من الحماية المنصوص عليها في قانون

---

[1]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 18.

[2]– بمعنى أن يترتب على استعمال السلعة فناؤها وهلاكها كليا، وعلى عكس الاستعمال النهائي للسلعة يوجد الاستعمال الوسيطي والذي يتمثل استخدام سلعة كمادة أولية في تصنيع سلعة أخرى، ومنه نستنتج أن المشرع قد اعتمد في تعريف المستهلك على المفهوم الاقتصادي للاستهلاك، لمزيد من التفاصيل راجع الصفحة 10 و 11 من هذه المذكرة.

[3]– تقابلها الحاجة الاحترافية.

[4]– لو اعتبرنا أن الحاجة الشخصية التي وضعها المشرع كمعيار لتحديد مفهوم المستهلك، أنها مرتبطة بالشخص الطبيعي فقط سنستبعد تماما الشخص المعنوي من مفهوم المستهلك، غير أنه ولما أدرج المشرع الشخص المعنوي كمستهلك في نص المادة 3 فقرة 1 من القانون رقم 09-03، وذلك عندما يقتني سلعا أو خدمات لتلبية حاجته الشخصية نستنتج أن المشرع يقصد من الحاجة الشخصية بأنها الحاجة غير الاحترافية.

[5]– أي يأخذ حكم المستهلك.

المستهلك متى كان الاقتناء الذي قام به موجها لإشباع حاجاته غير الاحترافية[1]، ذلك أن الشخص المعنوي هو في الأساس محترف، غير أنه وحسب المشرع الجزائري قد يكون مستهلكا لما يتصرف ويتعاقد خارج نطاق نشاطه واختصاصاته لتلبية حاجاته الشخصية غير الاحترافية، غير أن التساؤل الذي يتبادر للذهن هو هل أن للشخص المعنوي حاجات شخصية إلى جانب حاجاته الاحترافية ؟، ولعل هذا التساؤل نابع من مفهوم الشخص المعنوي في حد ذاته وطبيعته، ذلك أن الشخص المعنوي هو عبارة عن تجمع لأشخاص أو أموال بغية تحقيق هدف معين، قد يكون السعي للحصول على الربح وتحقيق الثروة كما هو الحال بالنسبة للشركات التجارية، وإما أهداف مهنية كما هو الحال بالنسبة للشركات المدنية، أو أهداف سياسية أو اجتماعية كما هو الحال بالنسبة للأحزاب السياسية والجمعيات.

ب: موقف القضاء من مفهوم المستهلك

من خلال الاطلاع على الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا بمناسبة الفصل في منازعات أثيرت بشأنها أحكام القانون الاستهلاك، يتضح جليا بأن الاجتهاد القضائي هناك يتجه نحو التوسع في مفهوم المستهلك، ولعل مظاهر ذلك الاتجاه تتجلى من خلال اعترافه للشخص المعنوي بصفة المستهلك وفق ضوابط وشروط معينة.

فقد قضت محكمة الاستئناف بباريس بحق الحزب الشيوعي الفرنسي في التمسك بالرخصة المنصوص عليها في قانون 22 ديسمبر 1976 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التسويق والبيع في محل الاقامة وذلك للعدول عن شراء بعض الأجهزة المخصصة لمباشرة نشاطه، وقد استندت المحكمة في قضاءها على أن الحزب يباشر نشاطا سياسيا، لا يستمد من هذا النشاط موارده المالية أو أسباب وجوده، ولا يمكن اعتبار النشاط السياسي نشاطا مهنيا بالمعنى المقصود في هذا القانون[2].

ومن جهة أخرى اعترف القضاء الفرنسي بحق المهني الذي يتعاقد بعيدا عن مجال تخصصه في التمتع بالحماية المقررة لفئة المستهلكين، حيث قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قراراها الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1978 بأحقية شركة تجارية في الاستفادة – بوصفها مستهلكا – من نصوص القانون الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، بالرغم من أنها شخص معنوي يحترف الأعمال التجارية في مجال العقارات، حيث أسست محكمة النقض قرارها على أن الشركة وعند تعاقدها على شراء جهاز إنذار لحماية أماكنها، تعتبر في نفس حالة الجهل التي يصاب بها أي مستهلك عادي[3].

---

[1]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[2]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 35.

[3]– منى أبوبكر الصديق، **نفس المرجع**، ص 36.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 30 أكتوبر 1979، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد الذي أبرمه بائع أسماك من أجل الحصول على جهاز إطفاء الحريق لا يتعلق بنشاطه ولا يرتبط بأعمال أو احتياجات الاستغلال وبالتالي من أحقيته الاستفادة من أحكام القانون الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التسويق والبيع في محل الاقامة[1].

يتضح مما تقدم أن القضاء الفرنسي قد تبنى المفهوم الواسع للمستهلك معتمدا في ذلك على معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة، وذلك بمنح المحترف أو المهني صفة المستهلك ومن ثم إحاطته بالأحكام الحمائية التي قررها قانون المستهلك لفئة المستهلكين[2].

غير أنه وفي تطور ملحوظ لاجتهادات القضاء الفرنسي ابتداء من منتصف التسعينيات راحت محكمة النقض الفرنسية تستبعد المحترف من مجال قانون المستهلك وبالأخص في مجال أحكام الشروط التعسفية وذلك لما أضافت معيار آخر إلى جانب معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة وذلك من أجل منح المحترف المتعاقد خارج مجال تخصصه صفة المستهلك، حيث يتمثل ذلك المعيار في ضرورة عدم الارتباط المباشر بين العقد الذي يبرمه المحترف والنشاط الذي يمارسه، وهذا ما جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جانفي 1995 المتعلق بشركة كهرباء فرنسا (EDF)[3]، و وافقتها على ذلك الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1995، مما ضيق كثيرا من نطاق الحماية إلى درجة القول أن محكمة النقض الفرنسية قد سدت الأبواب أمام استفادة المحترف من الحماية الخاصة التي يكفلها قانون المستهلك، الأمر الذي تأسف له بعض الفقهاء وهو ما دفع بـ "مازو" في مؤلفه الذي يحمل عنوان : "الشريعة العامة للعقد وقانون المستهلك" لأن يجد منفذا للمحترفين للاستفادة من الحماية المكفولة بقانون المستهلك – دائما وأبدا وطبعا – خارج نشاطهم الاحترافي، لما ذهب إلى أن تلك الحماية لا بد أن توسع لتشمل المحترفين الذين يستطيعون أن يثبتوا بأن التجاوزات أو التعسفات التي طالتهم كانت نتيجة لتبعيتهم الاقتصادية الموجودين فيها يوم أو لحظة إبرامهم للعقد، ولعدم اختصاصهم النسبي لموضوع العقد المبرم، ولاستحالة قدرتهم على التفاوض حول شروط العقد[4].

وكخلاصة لمفهوم المستهلك يمكن القول بضرورة توفر مجموعة من الشروط يستند عليها القاضي لمنح المتعاقد صفة المستهلك، ومن ثم إحاطته بالحماية القانونية من أي تعسف قد ينسب للمحترف، تلك الشروط يستنبطها القاضي بالاعتماد على ما نص عليه المشرع في قانون الاستهلاك، والتي حصرها قانون

---

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، **المرجع السابق**، ص 45.

[2]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 36.

[3]– لمزيد من التفاصيل راجع الصفحة 15 من هذه المذكرة.

[4]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

المستهلك الجزائري في وجود شخص طبيعي أو معنوي يقوم باقتناء سلعة أو خدمة، وأن تكون تلك السلعة أو الخدمة موجهة للاستعمال النهائي، تلبية لحاجاته الشخصية أو العائلية.

وفيما يتعلق بمسألة استفادة المحترف من الأحكام الحمائية المقررة للمستهلك من عدمها، وأمام سكوت المشرع في فرنسا وفي الجزائر عن توضيح تلك المسألة، وأمام منح المشرع الجزائري صفة المستهلك للشخص المعنوي الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه لحاجات غير احترافية، فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من توسيع نطاق الحماية وجعلها تشمل المحترف – بطبيعة الحال خارج مجال اختصاصه – عندما يفتقر للقوة الاقتصادية وللقدرات التقنية لمواجهة قوة المحترف الآخر في مجال تخصصه، حتى لا ينجم عن ذلك توفير حماية لمحترف كبير ضد محترف بسيط بسبب تفوقه العلمي أو التقني في مجال نشاطه[1]، والمهم في ذلك أن الفقه يحث المشرع على عدم تجاوز نقطتين مهمتين، تتمثل الأولى في أنه لا يجب أن يقتصر قانون المستهلك على حماية المستهلك بالمعنى الضيق حتى لا نكون أمام قانون (اليتيم والأرمل)، أما الثانية تكمن في ضرورة توسيع الحماية لتشمل المحترفين المتعاقدين خارج نطاق اختصاصهم، وطبعا ينبغي أن يكون ذلك بقيود لأنه ليس من غاية أو من هدف قانون المستهلك حماية المحترف ومن ثم الحلول محل القانون المدني[2] طالما أن هذا الأخير من يتولى حماية المحترف من التعسف التعاقدي الذي قد يصدر من محترف آخر.

الفرع الثاني: المحترف – المتدخل – Le professionnel

لقد اتسع استخدام مصطلح المحترف في مجال تقنينات الاستهلاك بوصفه قرينا لمصطلح المستهلك وباعتباره الطرف الآخر في عقد الاستهلاك[3]، فإذا كان التمييز بين المستهلك والمحترف هو ما يبرر تطبيق القواعد القانونية التي تتضمن أحكاما حمائية ترمي لحماية المستهلك من أي تعسف قد ينسب للمحترف، فإن الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة هو الذي يميز أساسا بين صفتي المستهلك والمحترف، إذ في حين يتعاقد المستهلك من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية فإن المحترف وحينما يتعاقد مع المستهلك فهو يتعاقد في إطار نشاطه المهني والاحترافي[4] من أجل تحقيق أهدافه ومصالحه التي يسعى إليها دائما من خلال ممارسته العادية لنشاطه التجاري أو المهني.

---

[1]– إذ لا يجوز لشركة تجارية تستغل محل ذو مساحة واسعة إذا ما قامت باقتناء – الحصول– على قرض استهلاكي أن تحتج على شرط ما بأنه تعسفي، لما لها من الإمكانيات التقنية وحتى القانونية – قسم قانوني – يمكن الاعتماد عليها في دراسة بنود العقد قبل الحصول على القرض لكي لا توافق على بنود قد يتضح فيما بعد بأنها تعسفية.

[2]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[3]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 40.

[4]– موفق حماد عبد، **المرجع السابق**، ص 16.

وإذا كان المستهلك وبصفته أحد أطراف العلاقة الاستهلاكية يتصرف بموجب التعاقد مع المحترف من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، فإن هدف المحترف– المتدخل– من وراء التعاقد هو تحقيق غاياته الاحترافية أو المهنية[1]، ومن أجل ذلك فهو يعمل على تكريس جميع ما يملك من إمكانيات اقتصادية وتقنية وخبراتية من أجل تسويق أكبر قدر ممكن من السلع والخدمات من أجل تحقيق تلك الغاية ولو على حساب المستهلك الذي قد يكون مضطرا في بعض الأحيان للتعاقد من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة، كما قد يستغل المحترف ما يحوز عليه من إمكانيات الاعلان التجاري بصوره المختلفة[2] بشكل يحث ويدفع المستهلك على التعاقد حتى ولو لم تكن لديه الرغبة الجادة في الحصول على السلعة أو الانتفاع بالخدمة المعلن عنها[3]، الأمر الذي يجعل من هذا الأخير طرفا ضعيفا في مواجهة المحترف الذي يضمن عقد الاستهلاك في مرحلة الإبرام ما يشاء من الشروط التي قد تكون مجحفة في حق المستهلك وتتسم بالطابع التعسفي[4]، حتى ولو كانت تلك الشروط محل تفاوض ومناقشة من طرف المستهلك، بحيث يهدف المحترف من خلال إدراجها في العقد إلى تغليب مصالحه، من خلال تخفيف التزاماته وتسهيل تنفيذها، مع التأكيد على التزامات الطرف الآخر ووضع الضمانات الكفيلة بسرعة ودقة التنفيذ[5]، الأمر الذي قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العلاقة بفعل تلك الشروط التي يعتمد المحترف في إدراجها ضمن عقد الاستهلاك على تفوقه الاقتصادي والتقني في مجال نشاطه الاحترافي.

وبناء على ذلك، وعلى غرار ما سبق الإشارة إليه عند التطرق لمفهوم المستهلك، فإن البحث في مفهوم المحترف – المتدخل– يكتسي بدوره أهمية بالغة لكونه الطرف المقابل للمستهلك في عقد الاستهلاك كإطار للحماية من الشروط التعسفية، والمجال الذي يتدخل فيه القاضي من أجل إعمال أو تطبيق القواعد القانونية الحمائية سيما تلك المتعلقة بأحكام البنود التعسفية كألية لإعادة التوازن العقدي، ذلك التوازن الذي أصبح مختل بفعل تلك الشروط.

وانطلاقا من ذلك سوف نتولى في هذا الفرع التطرق أولا لمفهوم المحترف – المتدخل– باعتباره الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، من خلال تبيان موقف كل من الفقه والتشريع والقضاء من مفهوم المحترف، ثم نعرج ثانيا إلى دراسة مسألة المرافق العامة ومدى اكتسابها لصفة المحترف ومن ثم إخضاعها للأحكام الحمائية المقررة لفائدة المستهلك المتعاقد معها.

---

[1]– والتي تقابلها دائما الحاجة الشخصية أو العائلية إذ أن هذه الأخيرة تكون مرتبطة دائما بالمستهلك.

[2]– إذ أصبح المستهلك في مواجهة دائمة لكم كبير من الإعلانات من خلال اللافتات والملصقات وعبر وسائل الإعلام وعن طريق كل الوسائط المتطورة والممكنة، وفي الأماكن العامة وفي المساحات الكبرى، كما ساهم نظام التقسيط ومختلف المعاملات التجارية القائمة على التسهيلات في الدفع في تزايد إقبال المستهلك على المنتوجات والخدمات بمختلف أنواعها وأصبح استقطاب المستهلك هدف المحترف.

[3]– موفق حماد عبد، **المرجع السابق**، ص 16.

[4]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 18.

[5]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 41.

أولا: موقف الفقه والتشريع والقضاء من مفهوم المحترف

إن تحديد مفهوم المحترف – المتدخل – يعد ذا أهمية بالغة كما سبق الإشارة إليه، تتجلى في أن مفهوم المحترف يمكّن من حصر أشخاص العلاقة التعاقدية الاستهلاكية التي تعد إطارا للحماية من الشروط التعسفية ومجال تدخل القاضي إزاء ذلك، وعليه سنتطرق فيما يلي إلى عرض بعض التعاريف الفقهية التي حاولت إعطاء مفهوما للمحترف كطرف متعاقد إلى جانب المستهلك، ثم نتطرق بعد ذلك إلى تبيان موقف التشريعات الصادرة في مجال حماية المستهلك من مفهوم المحترف، إلى جانب موقف القضاء من هذه المسألة.

أ: المفهوم الفقهي للمحترف

يبرم المستهلك بمناسبة إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية عدة عقود مع المحترف، تتنوع بالنظر إلى محلها، فقد يكون محل العقد مالا أو سلعة معينة، كعقود بيع المواد الغذائية والملابس والمستلزمات الشخصية، وعقود بناء المنازل للأشخاص، كما قد يتعلق العقد بتقديم خدمة معينة كعقود التأمينات وعقود القرض[1]، فالمحترف يكون في نظر المشتري للمواد الغذائية هو البائع، ويكون كذلك المحترف في نظر صاحب المنزل هو المقاول الذي يتولى تشييد وبناء المنزل[2]، كما يكون في نظر صاحب السيارة أو المنزل المؤمن عليه هو شركة التأمين، كما يكون المحترف في نظر المقترض هو البنك أو المؤسسة المالية[3] مانحة القرض الاستهلاكي.

لقد اختلف الفقهاء حول تعريف المحترف باختلاف المعايير التي اعتمدوا عليها، فهناك من يعرفه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا تجاريا بهدف الحصول على الربح وليس بهدف الاستعمال الشخصي أو العائلي[4].

---

[1]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 40.

[2]– كما هو الحال بالنسبة لمؤسسات الترقية العقارية الخاضعة للقانون رقم 04-11 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والتي تمارس نشاط تشييد وبيع السكنات، فهي محترف بامتياز في مواجهة الأطراف المتعاقدة معها طالبي السكنات بمختلف صيغها، سواء أكانت تلك المؤسسات الممارسة لنشاط الترقية العقارية عبارة عن مقاولات مملوكة لأشخاص طبيعة، أو كانت في شكل شركات تجارية، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها مع طالبي السكن هي عقود استهلاك بامتياز، وغالبا ما تتضمن شروط تتسم بالطابع التعسفي وتؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات المكتتب من جهة والمرقي العقاري من جهة ثانية.

[3]– قد يكون مانح القرض بنكا وقد يكون مؤسسة مالية غير مصرفية، وبالتالي هنالك فرق أساسي بينهما، يترتب عليه آثار قانونية هامة وأن معاير التمييز بينهما هو مكنة اللجوء إلى الادخار العام أي تلقي الودائع من الجمهور كإحدى العمليات المصرفية والتي لا يجوز القيام بها أو مباشرتها إلا لمن يحوز على صفة البنك، هذه الأخيرة تحوزها بموجب الاعتماد الذي يمنحه بنك الجزائر، ذلك أن المؤسسة المالية غير المصرفية لا يجوز لها تلقي الأموال من الجمهور في شكل ودائع.

[4]– منى أبوبكر الصديق، **نفس المرجع**، ص 40.

وفي تعريف آخر فإن المحترف هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مجال نشاط مهني معين، سواء أكان النشاط صناعيا أم تجاريا أم حرفيا أم حرا أم زراعيا، وذلك من خلال تقديم السلع والخدمات للجمهور بمقابل مادي بغرض الحصول على الربح، وسواء اتخذ ذلك النشاط شكل المشروع الفردي أو شكل الشركة أو المؤسسة التي قد تنتمي للقطاع الخاص أو إلى القطاع العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تتولى تسيير مرافق عمومية وتبرم في إطار ذلك عقودا مع المستهلكين [1].

وفي تعريف مشابه للتعريف السابق فإن المحترفين هم الاشخاص الطبيعية أو المعنوية العامة أو الخاصة الذين يعرضون أموالا أو خدمات في إطار ممارستهم لنشاط اعتيادي[2].

يستفاد من التعريفات الفقهية السابقة أن التمييز بين المحترف والمستهلك يقوم على أساس غائي، أي بالنظر إلى الغاية المقصودة من تصرف الشخص وإقدامه على التعاقد، فإذا كان مفهوم المستهلك يشمل كل من يتصرف لأغراض شخصية أو عائلية، كشراء الغذاء أو إيجار مسكن للإقامة فيه، والتأمين على السيارة ضد الحريق والسرقة، أو اقتراض الأموال لأغراض الاستهلاك والانفاق العائلي، فإن المحترف هو ذلك الشخص الذي يتصرف لأغراض مهنته وحاجاته، فيؤجر محلا لممارسة نشاطه التجاري أو المهني، ويمتلك أدوات خاصة بنشاطه ويؤمن عليها، ويبرم عقود القرض لتوسيع نشاطه وتطويره[3]، وبالتالي فإن طبيعة الهدف أو الغاية التي يسعى إليها الشخص هي التي تسمح بتصنيف صاحبها إما باعتباره من المحترفين أو من بين المستهلكين[4].

كما يستفاد من التعريفات الفقهية السابقة أن المعيار الذي يحدد مدى اتخاذ الشخص سواء أكان طبيعيا أو معنويا لصفة المحترف هو معيار الاحتراف، الذي لا يتحقق إلا بالاعتياد على ممارسة نشاط ما في إطار تنظيم محكم، والذي بموجبه يظهر المحترف كصاحب خبرة ودراية وفعالية في مجال مهنته، الأمر الذي يجعله في مركز المتفوق في علاقاته وعقوده التي يبرمها في إطار مهنته، فاستنادا إلى ذلك التفوق تظهر ضرورة إفادة الطرف الآخر في العقد وهو المستهلك بحقوق خاصة تكون في مجملها التزامات على عاتق المحترف[5].

---

[1]- Jean Calais-Auloy, **Droit de la consommation**, 3ème édition, Précis Dalloz, France, 1992, p 5.

[2]- Jean Calais-Auloy, **Propositions pour un nouveau droit de la consommation**, La documentation française, Paris - France, 1985 , p 139.

[3]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 41.

[4]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 23.

[5]– ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 30.

ويقصد بالاحتراف الذي يعتبر المعيار المحدد لصفة المحترف أو المتدخل، ممارسة نشاط معين على سبيل الاستمرار والانتظام مع اتخاذه مورد رزق، وبالتالي فالاحتراف يتكون من عنصري الاعتياد أي الاستمرارية، والانتظام في ممارسة النشاط مع نية الارتزاق.

وبالتالي ثمة تفرقة في الفقه بين الاحتراف والاعتياد، فالأول يقتضي لتحققه إتيان النشاط بصفة مستمرة ومنتظمة مع نية اتخاذ ذلك النشاط أو العمل مهنة ووسيلة للارتزاق، في حين يقتضي الاعتياد تكرار وقوع العمل من الشخص من وقت لآخر دون نية الاعتماد عليه كمصدر للارتزاق، فضلا عن أن العمل المعتاد وإن اتخذه صاحبه مصدرا للكسب وتحقيق الربح إلا أنه قد لا يصل إلى درجة الاعتماد عليه كوسيلة يطمئن إليها في كسب العيش ومواجهة أعباء الحياة، ومنه فاحتراف القيام بعمل معين أشمل من مجرد الاعتياد على إتيانه، ومنه فالاحتراف يحوي في معناه الاعتياد، غير أن الاعتياد لا يصل إلى درجة الاحتراف[1].

يعتبر الاحتراف بهذا المعنى في القانون التجاري شرطا لاكتساب صفة التاجر[2]، فالتاجر هو كل شخص يمارس أعمالا تجارية موضوعية بصفة احترافية بحيث تكون تلك الأعمال هي مهنته أي حرفته[3] بحيث يشترط لاكتساب صفة التاجر توافر عنصر الاعتياد، والذي مفاده تكرار القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة، إلى جانب عنصر الارتزاق، أي أن يكون الاعتياد في ممارسة النشاط التجاري من أجل الارتزاق من ذلك النشاط [4].

وإذا كان الاحتراف شرط أساسي لاكتساب الشخص صفة التاجر في نطاق العلاقات التجارية، فإنه وفي نطاق علاقات الاستهلاك فإن الشخص قد لا يعتبر تاجرا في مفهوم القانون التجاري رغم اعتباره مهنيا أي محترفا في مواجهة المستهلك في مفهوم قانون الاستهلاك [5]، فالمحترف الذي يتعاقد في إطار ممارسته لمهنته والتي يتخذها مصدرا للكسب والارتزاق قد لا يكتسب بالضرورة صفة التاجر، فكل من الطبيب والمهندس والمحامي يعد في إطار العلاقات التي يعقدها مع المستفيدين من الخدمات التي يقدمها محترفا في مواجهة المستهلك، غير أنه لا يكتسب صفة التاجر، ومنه نستنتج أن ثمة عدم تلازم بين صفتي المحترف والتاجر[6].

---

[1]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 43.

[2]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 23.

[3]– فرحة زراوي صالح، **الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري**، الطبعة الثانية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران – الجزائر، 2003، ص 165.

[4]– نادية فوضيل، **القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري**، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، 2003، ص 133.

[5]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 25.

[6]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 43.

فالمحترف إذن هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتمتع بعناصر من الأفضلية والتفوق والمقدرة الفنية، بحيث يكون على معرفة ودراية تامة بما يقدمه من منتجات وخدمات بما يجعله في مكز قانوني[1] واقتصادي متميز عن مركز المستهلك[2]، وأن المركز الذي يتواجد فيه المحترف في مواجهة المستهلك ناتج عن عنصر الاحتراف الذي لا يتحقق إلا بتوافر شروط الاعتياد على ممارسة النشاط بشكل منتظم ومستمر.

ب: المفهوم التشريعي والقضائي للمحترف

بالرجوع إلى التشريع الجزائري يمكننا أن نستخلص بصفة ضمنية مفهوما للمحترف في أكثر من مناسبة.

فمن خلال نص المادة 140 مكرر من القانون المدني[3] نجد أن المشرع تناول المحترف بصورة ضمنية في القانون المدني من خلال تطرقه إلى مسؤولية المنتج لما نص على أن المنتج يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

كما يمكننا استخلاص مفهوم تشريعي للمحترف من خلال القانون المتعلق بالمنافسة[4]، وذلك لما عرف عرف هذا القانون المؤسسة بأنها كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت صفته يمارس بصفة دائمة نشاطات الانتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد.

وفي ظل الأحكام الخاصة فقد عرف المشرع الجزائري المحترف في القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بموجب المادة الثالثة منه، بأنه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي

---

[1]- لما نقول أن المحترف يوجد في مركز قانوني متميز عن المحترف، فإن هذا لا يعني بأنه يتمتع بامتيازات قانونية في مواجهة المستهلك، بل نقصد بذلك أن المقدرة الفنية والاقتصادية تجعل المحترف يتمتع بدراية قانونية جيدة في مجال أحكام العقود، يفتقر إليها عادة المستهلك غير المختص.

[2]- سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 26.

[3]- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 أوت 1980 والقانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 جانفي 1983 والقانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 والقانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 والقانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 والقانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فيفري 1989 والقانون رقم 05-11 المؤرخ في 20 جوان 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[4]- الصادر بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-10 المؤرخ في 25 جوان 2008 الجريدة الرسمية عدد 36 الصادرة بتاريخ 2 جويلية 2008 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2008.

تأسس من أجلها، في حين عرفه بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك.

وكملاحظة على التعاريف التي جاءت بها القوانين الخاصة بحماية المستهلك، هو أن القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية استخدم في تعريف المحترف مصطلح العون الاقتصادي، في حين استخدم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مصطلح المتدخل.

كما يلاحظ من خلال التعريفين السابقين أن المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 تعرضت للمحترف في إطاره القانوني أي المحترف الذي يمارس نشاطه طبقا للقانون، في حين تحدثت المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 على المحترف ولو كان يمارس نشاطه خلافا للقانون[1].

ولعل ما يعاب على التعريفات التي جاء بها المشرع، هو عدم إشارته إلى أصحاب المهن الحرة رغم حيازتهم لصفة المحترف في العقود التي يبرمونها مع عملائهم كالأطباء أو المهندسين أو المحامين، ذلك أن المشرع ركز على المنتج في القانون المدني، في حين ركز على الأنشطة الاقتصادية في كل من قانون المنافسة والقانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وهناك من يرى[2] بأن مصطلح المحترف هو نفسه المتدخل، وكأن المشرع الجزائري يتلاعب بالمصطلحات، رغم أنها تؤدي نفس المعنى مع فارق بسيط يكمن في أن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، عدد الاشخاص المتدخلين كالتالي: منتج، صانع، موزع، وسيط، أما في القانون رقم 09-03 لم يعددهم بل إكتفى بالقول أن المتدخل قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.

ورغم عدم إشارة النصوص السابقة إلى أصحاب المهن الحرة، فإن مفهوم المحترف ينصرف إلى المنتج والحرفي وإلى كل من له صفة التاجر، سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا، كما ينصرف أيضا إلى أصحاب المهن الحرة، لانطوائها على خصائص الأنشطة الاحترافية.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي تعرض للدائن المحترف، والذي ينسحب مضمونه أيضا على المحترف في إطار علاقات الاستهلاك، حيث جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 09 جويلية 2009 أنه: "الدائن المحترف يأخذ هذه الصفة ما دام أن الدين نشأ بمناسبة ممارسته لمهنته أو متى كان له علاقة مع أحد نشاطاته الاحترافية حتى ولو لم تكن أساسية أو رئيسية "

[1]- كما لو كان المحترف تاجرا غير مقيد في السجل التجاري، أو يباشر نشاطا تجاريا خلافا لحضر قانوني.

[2]- زاهية حورية سي يوسف، **التزام المتدخل بضمان سلامة المواد الغذائية ونظافتها في قانون الاستهلاك الجزائري**، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014.

وبالتالي وحسب ما جاء في هذا القرار فإنه لا يسوغ للمحترف التحجج بأن تصرفه كان خارج عن نطاق نشاطه الرئيسي من أجل الابتعاد والتنصل من الأحكام الحمائية التي يتضمنها قانون المستهلك[1].

أما على الصعيد التشريعي فقد بقي المشرع الفرنسي محجما عن وضع تعريف للمحترف بموجب نصوص تقنين الاستهلاك إلى غاية صدور الأمر رقم 2016- 301، بحيث تناول هذا الأخير في مادته الافتتاحية تعريفا مباشرا للمحترف على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص يسعى لتحقيق غايات تدخل في إطار أنشطته التجارية، الصناعية، الحرفية، المهن الحرة، الفلاحية، بما في ذلك لما يتصرفون بإسم أو لحساب محترف آخر "[2].

وبموجب هذا النص يعد محترفا كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتصرف لتحقيق غايات تدخل في اطار أنشطته التجارية، أو الصناعية، أو الحرفية، أو الفلاحية، أو المهن الحرة، ، كما أن ما يلاحظ على هذا النص، هو أن المشرع الفرنسي أكد على منح صفة المحترف لكل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف بإسم أو لحساب محترف آخر، بحيث لا يمكن لذلك الشخص الاستناد على أحكام التعاقد بالنيابة للتنصل من صفة المحترف.

ثانيا: الأشخاص المعنوية العامة ومفهوم المحترف

قد يكون المحترف شخصا طبيعيا ويستوي في هذه الحالة أن يكون من كبار التجار أو من صغارهم وسواء أكان منتجا أم مستوردا أم موزعا أم بائعا، وسواء أكان تاجر جملة أم تاجرة تجزئة، وبغض النظر عن طبيعة المهنة التي يباشرها أي سواء أكانت مهنة تجارية أم زراعية أم حرة.

وإذا كان الفقه قد اختلف حول مسألة إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي، فلا خلاف حول شمول مفهوم المحترف للأشخاص الطبيعة والمعنوية على حد السواء، ذلك أن فكرة المحترف ترتبط ارتباطا وثيقا بالمشاريع، والمشروع ليس إلا تعبيرا اقتصاديا عن النشاط المهني وهذا النشاط قد يمارسه شخص طبيعي كالتاجر الفرد أو شخص معنوي كالشركة[3].

وانطلاقا من فكرة شمول مفهوم المحترف للأشخاص الطبيعة والمعنوية على حد السواء، تساءل الفقه حول مسألة إضفاء صفة المحترف على الأشخاص المعنوية العامة أي أشخاص القانون العام – المرافق العامة – فإن كان الأمر كذلك فينبغي في المقابل إطلاق وصف المستهلك على المنتفع من خدماتها ومن ثم

---

[1]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[2]- " professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ".

[3]– منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 44.

إفادته بالحماية المقررة بموجب قانون المستهلك[1] سيما تلك المتعلقة بأحكام الشروط التعسفية، بما يجعل العقود المبرمة بين المستهلك والأشخاص المعنوية التي تتولى تسيير المرافق العامة خاضعة للرقابة القضائية فيما يتعلق بالتوازن العقدي، وتكون حينئذ محلا لحماية المستهلك بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية قانونية لإعادة التوازن العقدي.

وتنقسم الأشخاص المعنوية العامة حسب طبيعة النشاط الذي تباشره إلى مؤسسات عمومية تتولى مباشرة أنشطة اقتصادية وتجارية بحتة، وتأخذ في هذه الحالة إما شكل المؤسسات العمومية الاقتصادية entreprises publiques économiques، وإما شكل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري établissements publiques à caractère industriel et commercial.

كما تنقسم كذلك إلى مؤسسات عمومية تتولى مباشرة أنشطة إدارية، وتأخذ في هذه الحالة شكل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري établissements publiques à caractère administratif.

مما لا شك فيه أن المؤسسات العمومية الاقتصادية[2] تأخذ وصف المحترف لكونها شركات تجارية تمارس أنشطة تجارية بهدف تحقيق الربح، وتخضع للقانون الخاص كما يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها[3].

---

[1]– ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 32.

[2]– والتي حلت محل الشركات الوطنية التي كانت قائمة في ظل الأمر رقم 71–74 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، الذي ألغي بموجب القانون رقم 88–01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، حيث نص القانون رقم 88–01 على أنها مؤسسات تخضع للقانون التجاري وتأخذ شكل شركات المساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة أو الجماعات المحلية فيها بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص، كما خصها القانون السالف الذكر بفصل خاص، غير أن المشرع الجزائري قام بإلغاء ذلك الفصل بموجب الأمر رقم 95–25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، مع الإبقاء على باقي أحكامه المتعلقة بالمؤسسات الأخرى، وهي الأحكام التي لا تزال سارية إلى اليوم، مع تحويل القيم المنقولة التي تحوزها الدولة أو أي شخص معنوي آخر تابع للقانون العام في المؤسسات العمومية الاقتصادية، إلى شركات جديدة تم إنشاؤها وهي الشركات القابضة العمومية التي تتولى تسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة وإداراتها، كما تم بموجب ذلك الأمر إنشاء المجلس الوطني لمساهمات الدولة CNPE الذي كلف بتنسيق نشاطات الشركات القابضة، والجدير بالذكر في هذا المقام أن الأمر رقم 95–25 تم إلغائه بموجب الأمر رقم 01–04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصتها وهو النص الساري حاليا حيث جعل المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية يخضع إنشاؤها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري، كما قام المشرع بموجب القانون رقم 01–04 بحل الشركات القابضة وعوضها بشركات أخرى تدعى شركات تسيير المساهمات.

[3]– بشرط أن يكون خصمها أمام القضاء شخص من أشخاص القانون الخاص، وأن لا يتعلق النزاع بتنفيذ صفقة عمومية ممولة كليا من طرف الدولة، وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع في قرارها الصادر بتاريخ 12 جوان 2012 المنشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2013 لما قررت بأن القاضي الإداري هو المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة باستثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة الناجمة عن صفقة عمومية مبرمة بين مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وبين مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي، حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي : " ... حيث أن النزاع الحالي يتعلق بأشغال إنجاز جسر بغرض اجتناب سد بوقوس ولاية

وتشمل هذه الفئة كل المؤسسات العمومية الاقتصادية التي كانت تعرف بالشركات الوطنية التي تنشط في مجالات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها شركة سونطراك، شركة نفطال، شركات توزيع الكهرباء والغاز، والبنوك العمومية وشركات التأمين العمومية وشركة الخطوط الجوية الجزائرية والشركة الوطنية للملاحة البحرية... إلخ.

وإن كان إضفاء صفة المحترف على النوع الأول من الأشخاص المعنوية العامة وهو المؤسسات العمومية الاقتصادية لا يثير أي إشكال من الناحية القانونية باعتبار أن النصوص القانونية التي تناولت تعريف المحترف لم تستثنها من مفهومه، سيما وأنها أشخاص معنوية تتوفر فيها كافة المعايير المعتمدة من طرف الفقه في منح صفة المحترف، ناهيك عن أن الهدف الذي تسعى وراءه من خلال نشاطها التجاري هو تحقيق الربح مع خضوعها للقانون الخاص وللقضاء العادي، فإن الأمر ليس بنفس درجة البساطة – حسب المشرع الجزائري– في منح صفة المحترف للنوع الثاني من الأشخاص المعنوية العامة والمتمثلة في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، استنادا إلى عدم حيازتها على ذات الخصائص التي تتمتع بها المؤسسات العمومية الاقتصادية، لكونها – أي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري– هيئات تتولى تسيير مرافق عمومية ولا تسعى في إطار ممارسة النشاط الذي أنشأت من أجله إلى تحقيق الربح ناهيك عن أن القانون رقم 88–01 اعتبرها هيئات عمومية تخضع للقانون العام.

وفي ذات السياق فإن المسألة تصبح أكثر تعقيدا بالنسبة للنوع الثالث من الأشخاص المعنوية العامة والمتمثل في المؤسسات العمومية الادارية لتمتعها أصلا بامتيازات السلطة العامة[1].

أ: المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (EPIC)

نص القانون رقم 88–01 في مادته 44 وما يليها على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهي هيئات عمومية تتولى تسيير مرافق عامة، حيث تخضع للقانون العام في علاقاتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع حينئذ للقانون الخاص أي القانون المدني والتجاري.

الطارف أي استثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وأنه وبالفعل فإن المؤسسة العمومية الاقتصادية – sapta – أبرمت عقدا مع الوكالة الوطنية للسدود التي كانت مؤسسة عمومية وأصبحت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05–101 المؤرخ في 2005/03/23 مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، لإنجاز مشروع استثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة وأن العقد المبرم بين الطرفين يخضع لقانون الصفقات العمومية والنزاعات الناجمة عنه هي من اختصاص الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الاداري ...".

[1]– تتمتع المؤسسات العمومية الإدارية في إطار ممارستها لنشاطها الإداري بما يسمى بامتيازات السلطة العامة، والتي تتمثل في مجموع الأليات والميكانزمات القانونية غير المألوفة في القانون الخاص، التي تستخدمها عند ممارستها لنشاطها الاداري بغية تحقيق المصلحة العامة، وتتجلى مظاهر السلطة العامة عادة في القرارات والعقود الإدارية.

ومن قبل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري نذكر، الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية (المرسوم التنفيذي رقم 90-391 المؤرخ في 02 ديسمبر 1990) والمؤسسة الوطنية للتلفزيون ENTV (المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24 فيفري 1991) ودواوين الترقية والتسيير العقاري OPGI (المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991) والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره AADL (المرسوم التنفيذي رقم 91-148 المؤرخ في 12 ماي 1991)[1].

وما يميز المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن المؤسسات العمومية الاقتصادية هو أن الأولى عبارة عن هيئات عمومية (Les établissements publics) تنشأ من طرف الدولة بحيث تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير، وتخضع للقانون الخاص ويتم قيدها في المركز الوطني السجل التجاري دون أن تتخذ شكل شركة تجارية، ويكون هدفها تسيير مرافق عمومية يستفيد منها الأشخاص بمقابل مالي يكون عادة مدروس ويتخذ في إطار تنظيمي إذ لا ترمي من وراءه الهيئة إلى تحقيق الربح.

غير أنه ونظرا لما تحوزه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من مقومات المحترف من خلال ممارستها لنشاط تجاري أو صناعي بما يدخل ضمن الأنشطة الاحترافية، ولما تتمتع به تفوق تقني وقانوني، ناهيك عن سيطرتها إلى درجة احتكارها لبض المجالات بما يجعلها في مركز متميز عن مركز الطرف المتعاقد معها[2]، كما أن عدم سعيها لتحقيق الربح لا ينفي إمكانية قيامها بتضمين العقود التي تبرمها في إطار تسييرها للمرافق العامة شروطا غير مألوفة مستمدة من القانون العام بما قد يجعلها تتسم بالطابع التعسفي وتهدد التوازن المالي للعقد، واستنادا إلى كل ذلك فإن الإجابة على التساؤل حول مدى اعتبارها من الحرفيين تكون إجابيه ويصدق عليها وصف المحترف كما يصدق على المتعاملين معها بغرض الاستفادة من المرافق العامة التي تسيرها وصف المستهلك، وتخضع بذلك للقواعد الحمائية المقررة لفائدة المستهلك سيما ما تعلق منها بأحكام الشروط التعسفية.

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي وبعد تبنيه مفهوما للمحترف بموجب الأمر رقم 2016-301 يكون قد حسم النقاش الفقهي القائم حول مدى اعتبار المرافق العامة الصناعية والتجارية من ضمن فئة المحترفين، لما أضفى على الأشخاص المعنوية العامة التي تباشر أنشطة تجارية أو صناعية وصف المحترف.

---

[1]- أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير**، الطبعة الثامنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 12.

[2]- منى أبوبكر الصديق، **المرجع السابق**، ص 45.

ب: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري (EPA)

تعتبر المؤسسات العمومية الإدارية الهيئات التي شيدت على أساسها نظريات القانون الإداري الحديث وهي تمارس نشاطا يختلف تماما عن النشاط الذي يزاوله الأفراد عادة، وتخضع بشكل تام للقانون العام ولا تلجأ للقانون الخاص إلا على سبيل الاستثناء وبرغبة الإدارة الخالصة[1].

والمؤسسات العمومية الإدارية هي هيئات عمومية تخضع للقانون العام، ومن أمثلتها المستشفيات والجامعات والمدارس الوطنية العليا والديوان الوطني للخدمات الجامعية (المرسوم التنفيذي رقم 95-84 المؤرخ في 22 مارس 1995) والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (المرسوم التنفيذي رقم 95-84 المؤرخ في 22 مارس 1995)[2].

ومما لا شك فيه أن المؤسسات العمومية الإدارية تهدف من وراء نشاطها إلى تحقيق المنفعة العامة دون السعي إلى الربح، كما أن المستفيدين من المرفق العام الذي تشرف عليه هم عادة في مركز تنظيمي غير تعاقدي، وفي أغلب الأحيان يجدون أنفسهم في حالة ضعف مقابل القوة وامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة أصلا، وبالتالي لا يمكن اعتبارهم مستهلكين، وبالنتيجة لذلك لا يمكن اعتبار المؤسسات العمومية الإدارية من فئة المحترفين، ذلك أن إعطائها تلك الصفة يؤدي بالضرورة إلى إخضاعها للأحكام الحمائية التي يتضمنها قانون حماية المستهلك وأن ذلك سوف ينزع عنها تلك الامتيازات، ناهيك عن أن قانون حماية المستهلك هو قانون خاص في حين أن المؤسسات العمومية الإدارية تخضع للقانون العام وللقضاء الاداري، ولهذا جاء في قرار محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 06 جوان 1989 أن أحكام قانون المستهلك لا يمكن أن تطبق على الأشخاص المعنوية العامة إلا إذا قامت بأنشطة الإنتاج والتوزيع[3].

ورغم ذلك يميل الفقه الفرنسي إلى اعتبار المؤسسات العمومية الادارية التي تقدم خدمات بمقابل كالمستشفيات من المحترفين، وفي المقابل إضفاء صفة المستهلكين على المنتفعين من الخدمات التي تقدمها، ومن ثم أمكن لهم التمسك بقواعد قانون حماية المستهلك[4].

والمعيار الفاصل في تحديد مفهوم المحترف سواء حسب الفقه أو التشريع – الفرنسي أو الجزائري – هو الطابع الاحترافي للنشاط، وبالتالي فالشخص الطبيعي أو المعنوي يوصف بأنه محترف متى اتسم نشاطه بخاصية الاعتياد والاستمرار ومارسه في إطار تنظيمي معين بما يعطي صورة الفعالية والاختصاص ومن ثم

[1]– ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 32.

[2]– أحسن بوسقيعة، **المرجع السابق**، ص 10.

[3]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[4]– ليندة عبد الله، **المرجع السابق**، ص 33.

تمتعه بميزة التفوق التقني والاقتصادي وحتى القانوني والتي تعد ميزة تقوم عليها الحقوق الخاصة بالمستهلك والتي تعد في ذات الوقت التزامات على عاتق المحترف.

المطلب الثاني: تحديد طبيعة العقد

نصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1] على أنه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو والمذكور أعلاه، 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" [2].

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قام بتحديد مفهوم العقود المعنية بتطبيق أحكام البنود التعسفية، بالقول بأنها كل اتفاق يتعلق موضوعه ببيع[3] سلعة أو تأدية خدمة، ذلك الاتفاق يفرغ مسبقا في محرر مكتوب من طرف المحترف الذي ينفرد بوضع شروط وبنود العقد، بشكل لا يكون معه للمستهلك سوى الإذعان لتلك الشروط دون إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد.

ومنه وبمجرد إجراء قراءة أولية للنص القانوني السالف الذكر، نستنتج أن عقد الاستهلاك الذي يخضع لقانون حماية المستهلك في ما يتعلق بأحكام البنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي، ما هو إلا عقد إذعان[4] محرر بشكل مسبق من طرف المحترف، مع انفراد هذا الأخير بوضع شروط وبنود العقد دون منح

---

[1]- المؤرخ في 19 جويلية 2003 الجريدة الرسمية عدد 16 الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006، وهو المرسوم الصادر تطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2]- وهو النص الحرفي للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد على بالممارسات التجارية.

[3]- يعاب على المشرع الجزائري عند تعريفه لعقد الاستهلاك المعني بتطبيق أحكام الشروط التعسفية، استعماله لفكرة عقد البيع، الأمر الذي قد يثير مسألة نية المشرع من وراء اعتماده على عقود البيع في تحديد عقود الاستهلاك المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية، ذلك ان الصياغة الحرفية للمادة المادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 والمادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يثير التساؤل حول ما إذا كان المشرع الجزائري يرمي من خلالهما إلى حصر عقود الاستهلاك في العقود التي يكون موضوعها بيع السلع أو تأدية الخدمات فقط، وهو الطرح الذي لا يستقيم مع مفهوم عقد الاستهلاك في حد ذاته بالنظر إلى ما تلعبه شخصية المتعاقد من دور أساسي في تحديد عقد الاستهلاك، طالما أن وجود عقد الاستهلاك من الناحية القانونية ينطلق من فكرة إبرام عقد بين محترف ومستهلك بصرف النظر عن موضوعه ما إن كان بيع أو إيجار أو قرض، أم أن المشرع قصد من وراء الاعتماد في تحديد عقود الاستهلاك على عقود البيع، لما لهذه الأخيرة من انتشار واسع في الاوساط الاستهلاكية، وهو ما نميل اليه، سيما وأن هناك طائفة أخرى من العقود تندرج ضمن عقود الاستهلاك كعقود الإيجار وعقود القرض وعقود المقاولة إلى غير ذلك من العقود التي لا تأخذ وصف عقد البيع وتخرج عن مفهوم عقد تأدية الخدمة كعقود النقل والفندقة مثلا.

[4]- لقد نص المشرع الجزائري على عقود الإذعان في المادة 110 من القانون المدني بمناسبة تعرضه للأحكام القانونية المتعلقة بآثار العقد، حيث منح للقاضي سلطة تعديل العقد الذي يتم بطريق الإذعان والمتضمن لشروط تعسفية ليمنحه مكنة تعديل تلك الشروط أو حتى إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به قواعد العدالة، غير أن تدخل القاضي في هذا المجال محصور دوما في عقود الإذعان أي

أي فرصة للمستهلك للتفاوض بشأنها، بحيث لا يكون له سوى إمكانية الانضمام للعقد[1] والإذعان للشروط المحددة مسبقا من طرف المحترف، وإما الاحجام عن التعاقد.

وبالتالي وحسب نص المادة السالفة الذكر، يتضح جليا أن طبيعة العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي هي عقود الإذعان التي تفرغ في شكل مكتوب، ومنه فالمشرع الجزائري وبموجب الأحكام الخاصة لحماية المستهلك، يكون بذلك قد حصر مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

وعلى خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري فإن الأمر مختلف حسب ما هو موجود ضمن التشريع الفرنسي في مجال طبيعة العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية، بحيث أن تقنين الاستهلاك الفرنسي ومن خلال مادته L132-1/4 المعدلة بالقانون رقم 2008-776 الصادر بتاريخ الرابع من شهر أوت سنة 2008، والتي حلت محلها المادة L 212-1/6، بعدما تم إعادة صياغة تقنين الاستهلاك الفرنسي بموجب الأمر رقم 2016-301، لم يحصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي تتخذ طابع الإذعان، بل وسع من نطاق الحماية إلى أي عقد استهلاك سواء أكان يكتسي طابع الإذعان، أو أبرم بعد التفاوض حول شروطه بكل حرية بين المستهلك والمحترف، بحيث نصت L 212-1/6 السالفة الذكر في معرض بيان مجال تطبيق أحكام البنود التعسفية على أنه : "... هذه الأحكام تطبق مهما كان شكل أو حامل العقد ويكون كذلك بالأخص وصل طلبية، فاتورة، وصل الضمان، جدول، وصل التسليم تذكرة، وصل، تضمن نصوص وبنود **تم التفاوض حولها بشكل حر أم لا** أو مرجعيات لشروط عامة معدة مسبقا"[2].

وعليه وحسب ما هو موجود ضمن التشريع الفرنسي، فإن مجال الحماية من الشروط التعسفية غير محصور في عقود الإذعان فقط، طالما أن المشرع الفرنسي نص صراحة ضمن المادة L 212-1/6 على أن الأحكام الحمائية التي يتضمنها تقنين الاستهلاك، الموجهة لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي، تطبق على أي عقد مهما كان شكله أو حامله تضمن بنودا سواء أخضعت تلك البنود للتفاوض الحر من طرف المستهلك أم انفرد المحترف بوضعها في العقد دون منح المستهلك إمكانية التفاوض حولها.

وبالتالي نستنتج أن طبيعة العقد المعني بتطبيق أحكام الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي هو عقد الاستهلاك، سواء كان عقد إذعان أم عقد مساومة، الأمر الذي يستجيب لمتطلبات قانون حماية المستهلك

أن المشرع ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان بناء على المادة 110 من القانون المدني، ومنه لا مجال لتدخل القاضي من أجل إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية وفقا للمادة 110 من القانون المدني خارج عقود الإذعان.

[1]– يطلق الفقه الفرنسي على عقد الاذعان تسمية عقود الانضمام (contrats d'adhésion) لأن من يقبل التعاقد بناء على الشروط التي انفرد بوضعها المتعاقد الآخر إنما هو ينضم للعقد دون مناقشة بنوده.

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

في جوهره، لكونه جاء لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي الذي قد يصدر من المحترف، من خلال إعادة التوازن للعقد الذي أصبح مختل بفعل شروط تتسم بالطابع التعسفي، تلك الشروط يرجع مصدر وجودها في العقد أساسا إلى التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف في حد ذاته، بصرف النظر عن انفراده بوضعا أو منح المستهلك كامل المجال والحرية لمناقشتها والتفاوض بشأنها، ذلك أن المستهلك ونظرا لعدم إلمامه الكافي بمجال وخبايا التعاقد وبالنظر لحالة الضعف التي يوجد فيها مقارنة بموقع المحترف سوف يؤدي به لا محال إلى الموافقة على شروط قد تتضمن تعسفا، رغم أنها خضعت للمفاوضة والمساومة من طرفه قبل إقدامه على إبرام العقد.

وبناء على ما سبق بيانه أعلاه، سنحاول في هذا المطلب البحث في طبيعة العقد المعني بتطبيق أحكام الشروط التعسفية في الفرعين التاليين، بحيث نتناول في الفرع الأول عقد الإذعان من حيث مفهومه الفقهي والتشريعي باعتباره المجال الذي يتدخل فيه القاضي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية حسب المشرع الجزائري، طالما أن هذا الأخير قد حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى دراسة عقود المساومة باعتبارها المجال الذي يتدخل فيه القاضي لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي الصادر عن المحترف ضمن التشريع الفرنسي، باعتبار أن المشرع الفرنسي قد وسع في مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة.

الفرع الأول: حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان

كما سبق وأن أشرنا في مقدمة هذا المطلب أن المشرع الجزائري قد حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وبالتالي كان لازما على القاضي البحث في طبيعة العقد الاستهلاكي محل النزاع، ما إن كان يتسم بطابع الإذعان أم أنه عبارة عن عقد مساومة، ولا يتسنى له ذلك إلا بعد معرفة مفهوم عقد الإذعان إنطلاقا من النصوص القانونية التي تناولته، مع الإحاطة بمفهومه الفقهي الذي لا غنى للقاضي في الاستئناس به للوصول إلى تحديد دقيق لمفهوم عقد الإذعان.

إن صاحب تسمية عقد الإذعان هو الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، حيث أطلق عليه تلك التسمية بما يدل عليه الإذعان من معنى الاضطرار في القبول، في حين أطلق عليه الفقه الفرنسي تسمية عقد الانضمام لأن من يقبل العقد دون مناقشة إنما ينضم إليه، وبالتالي فهو أوسع دلالة من الإذعان فيشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة شروط ومحتوى العقد[1].

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، مذكرة ماجستير تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 27.

لقد اختلف الفقه في إعطاء مفهوم موحد ودقيق لعقد الإذعان، فمنهم من يتبنى المفهوم التقليدي لعقد الإذعان ومنهم من يتبنى المفهوم الحديث[1]، في حين حاول المشرع تدقيق مفهوم عقد الإذعان من خلال وضع تعريف تشريعي له [2] وذلك بنصوص قانونية تناولت أحكام هذا العقد[3].

أولا: قصور الفقه في إعطاء مفهوم دقيق لعقد الإذعان

عرف الفقه التقليدي عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يسلم فيه أحد المتعاقدين بشروط مقررة يضعها المتعاقد الآخر بشكل لا يسمح له هذا الأخير بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها[4].

وفي نفس السياق عرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يعد فيه الموجب الذي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي، شروط يحددها مسبقا في ذلك العقد، وبشكل مكتوب وغير قابلة للتعديل أو المناقشة من طرف الآخر يوجهها الموجب للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليها[5]، بحيث يتولى الموجب وفقا لذلك العقد بعرض سلعة أو خدمة معينة[6] للتعاقد عليها.

من خلال التعريفات السلفة الذكر، يتبين لنا أن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان محصور في إطار محدد، فهو لا يكون على ما يظهر إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر احتكارا فعليا أو قانونيا شيئا يعد ضروريا ولا غنى عنه بالنسبة للمتعاقد الآخر، ويصدر الإيجاب عادة إلى كافة الناس دون قصد متعاقد معين وبشكل مستمر ويكون واحدا بالنسبة للجميع ويغلب أن يكون مطبوعا، والشروط التي يمليها الموجب في هذا الإطار شروطا غير قابلة للمناقشة وأكثرها لمصلحته[7].

إن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان يمنحه خصائص أساسية تميزه عن غيره من العقود، فهو يتميز بأن أحد طرفيه يكون في مركز قوة إزاء المتعاقد الآخر، بحيث يكون محتكرا للسلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا أي أن مركز القوة يستمده من الاحتكار، ويتميز أيضا بأنه عقد يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من

---

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، **المرجع السابق**، ص 492.

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 27.

[3]– ينبغي الإشارة في هذا المقام بأننا لا نقصد أن المشرع وحينما نص على أحكام عقد الإذعان بأنه تناوله كعقد مسمى كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد العارية إلى غير ذلك من العقود المسماة.

[4]– كوثر سعيد عدنان خالد، **المرجع السابق**، ص 497.

[5]– بما يفيد عدم إمكانية مناقشة الشروط والتفاوض حول محتوى العقد من الطرف الآخر، بحيث لا يسوغ له أمام هذا الوضع سوى الانضمام إلى العقد أو الاحجام عن التعاقد.

[6]– محفوظ بن حامد لشعب، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، رسالة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1984، ص 27.

[7]– عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الاردن، 2002 ص 32.

الضروريات الأساسية لكافة الناس بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنها في حياتهم، كما يتميز عقد الإذعان وفقا لمفهومه التقليدي بأن العرض الذي يتولاه الطرف المحتكر للسلعة أو الخدمة يكون عاما وموجها إلى الكافة على شكل دائم ومستمر[1]، ودون منح الطرف الذي يقبل على التعاقد إمكانية مناقشة شروط ومحتويات العقد.

غير أنه وبعد التطور الحاصل في جميع مناحي الحياة بصفة عامة، سيما أمام الكم الواسع للسلع والخدمات المعروضة، وانتشار المشاريع التجارية بما أدى إلى خلق المنافسة وانعدام الاحتكار، بشكل أصبح معه حتى للتجار الصغار أساليب إصدار فواتير ووصولات وأوراق تسليم تتضمن شروطا غير قابلة للمناقشة قد تتضمن تعسفا تعاقديا وتعتبر في بعض الأحيان أكثر إجحافا للمتعاقد الآخر بما يهدد توازن العقد، ناهيك عن عدم إمكانية تحديد السلع والخدمات التي تعتبر من الضروريات بالنسبة للجميع للتنوع الهائل للسلع والخدمات المعروضة، الأمر الذي تغير معه مؤشر الحاجات الضرورية بما يجعل من العسير إصباغ صفة الضرورة على بعض السلع والخدمات التي يتهافت عليها المستهلكون ويحرصون على الحصول عليها وبالتالي اعتبار العقود المبرمة بشأنها عقود إذعان[2]، إذ وانطلاقا من هذه الاعتبارات ظهر المفهوم الحديث لعقد الإذعان.

حيث عرف الفقه الحديث مفهوم عقد الإذعان بأنه عقد يحدد محتواه من الشروط التي تتضمن الحقوق والالتزامات كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية[3]، كما عرف أيضا بأنه الخضوع إلى عقد عقد نموذجي محرر بصفة انفرادية من قبل أحد الأطراف أو من جانب هيئة تدافع فقط عن مصالحها، بالشكل الذي يذعن له الطرف الآخر دون أن تكون له إمكانية حقيقية لتعديله[4].

وكما هو واضح فإن الفرق بين المفهومين التقليدي والحديث لعقد الإذعان، يكمن في تبني المفهوم التقليدي الى جانب شرط عدم امكانية المساومة شرطي الاحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة لاعتبار التصرف هو عقد إذعان، في حين لا يتطلب المفهوم الحديث لعقد الإذعان شرطي الاحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة، إذ يقتصر فقط على شرط واحد وهو انفراد أحد الطرفين بوضع بنود العقد وفرضها على المتعاملين معه[5].

وبصرف النظر عن المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث لعقد الإذعان، فإنه وللبحث في تعريفه لا بد لنا من الانطلاق من نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى في غياب المفاوضات الفردية السابقة للتعاقد، أما الثانية

---

[1]– حميد بن شنيتي، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996، ص 42.

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 29.

[3]- Georges Berlioz, **Le Contrat d'adhésion**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France 1976, p 27.

[4]- Jacques Ghestin**, Traité de droit civil, la formation du contrat**, 1ère édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1980 p 366.

[5]– كوثر سعيد عدنان خالد، **المرجع السابق**، ص 498 ، 499.

فتتمثل في التحديد المسبق لمحتوى العقد، لأن التحديد المسبق لشروط العقد وبشكل لا يفسح المجال لقبول المناقشة فيه من المتعاقد الآخر، تمنحه فرصة أكبر لتغليب مصلحته على مصالح الطرف الثاني، ومنه إدراج شروط قد تتسم بالطابع التعسفي، ولهذا يعد عقد الإذعان الأرض الخصبة لزرع الشروط التعسفية[1].

ويتم تحرير عقود الإذعان مسبقا بواسطة أحد الأطراف، وليس من المؤكد أن الطرف الثاني يعلم بمحتوى تعهداته، لعدم قراءته للعقد بشكل متأني وعلى نحو واع بفحوى الشروط التي يتضمنها، وهذه الفكرة تنطبق على كل الطرق الخاصة لوضع الشروط مثل التذاكر، الملاحق، البطاقات، المستندات، والأجزاء الملحقة، والمستندات بعد التعاقد ... إلخ[2].

ثانيا: تدقيق مفهوم عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي له

لم يورد المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني أي تعريف لعقد الإذعان، واكتفى كباقي التشريعات العربية بالنص على كيفية حصول القبول فيه، وذلك في المادة 70 من القانون المدني التي نصت على أنه : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وإن كانت المادة 70 من القانون المدني وفي حقيقة الأمر تتضمن مفهوما غير مباشر لعقد الإذعان والذي يستشف من خلال تركيز المشرع على فكرتين، وهما انفراد الموجب بوضع شروط العقد، وعدم قابلية تلك الشروط للمناقشة من الطرف الآخر[3].

غير أن المشرع تدارك ذلك وجاء بتعريف مباشر ودقيق لعقد الإذعان، وإن كان قد حصره في مجال الاستهلاك، وذلك في نص المادة الثالثة فقرة الرابعة من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرفه 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"[4]، وما يؤكد أن المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا لعقد الإذعان هو استعماله لعبارة " مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

فمن خلال نص المادة السالفة الذكر يتبين أن المشرع انطلق في تعريفه لعقد الاذعان من نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى في التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد اطرافه، في حين تكمن الثانية في عدم إمكانية احداث تغيير حقيقي في محتوى العقد من الطرف المذعن[5].

---

[1]- سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 27.

[2]- كوثر سعيد عدنان خالد، **المرجع السابق**، ص 499.

[3]- سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 27.

[4]- وهو ذات التعريف الذي جاءت به المادة الأولى فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[5]- سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 30 ، 31.

أ: التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه

لقد ترتب على نمو السريع للنشاط الاقتصادي وازدهاره، تزايدا هائلا في عدد العقود التي يبرمها الأطراف في كل يوم، وهو ما اقتضى ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود فنتج عن ذلك أن استقل الموجب بوضع جميع شروط العقد، وبصياغتها مسبقا بشكل استحال معه على الطرف الثاني مناقشتها عند إبرام العقد أو إجراء مفاوضات حولها قبل التعاقد.

إن طريقة التعاقد الجديدة أصبحت وسيلة مرنة في يد الموجب يستعملها لتضمين العقد بشروط وبنود تتماشى مع غايته وأهدافه التعاقدية وتخدم مصالحه الاقتصادية والربحية، تلك الشروط قد تتسم بالطابع التعسفي وترهق الطرف الآخر ومن شأنها أن تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي، ونظرا لعدم إمكانية التفاوض بشأن تلك الشروط من الطرف الثاني فلا يبقى لهذا الأخير سوى خيار الإذعان والانضمام للعقد أو رفض التعاقد، وبالتالي فإرادة المذعن لا تتدخل إلا من أجل إعطاء قيمة قانونية للإرادة الفردية للطرف المنفرد بوضع شروط العقد[1]، إلى درجة أن ذهب بعض فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد كتصرف قانوني منشئ للالتزام، على عقد الإذعان ورأوا أنه عبارة عن مركز قانوني منظم، تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه[2].

وعادة ما يتولى الموجب تحرير قائمة تتضمن شروطا عامة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمنا، كما قد يتولى الموجب تحرير عقد نموذجي تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، كما قد تتخذ الكتابة أي التحرير المسبق شكل إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور، كما هو الحال بالنسبة لما تضعه شركات التأمين بين يدي زبائنها من نشرات أو كتيبات أو مطبوعات تتضمن الشروط العامة للتعاقد، وقد ترد تلك الشروط في وصل التسليم أو في فاتورة أو وصل ضمان أو حتى في التذكرة[3].

ب: عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد

يقصد المشرع بعدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد، أن شروط ومحتوى العقد لم تكن موضوع مناقشة وتفاوض قبل إبرامه ، فالموجب هو الذي يقوم بإعداد العقد وتضمينه شروطا غير قابلة للتفاوض حولها، وعادة ما تتسم تلك الشروط بالطابع التعسفي بحيث يفرضها الموجب على القابل وتكون لصالحه كونه الأقوى اقتصاديا وتقنيا في مواجهة الطرف المذعن الذي لا يملك إزاء ذلك إلا أن يقبل

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 31.

[2]– محمد بودالي، **المرجع السابق**، ص 231 ، 232.

[3]– محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 231.

العقد برمته أو أن يرفضه برمته، دون مناقشة أو مساومة أو تفاوض بشأن تلك الشروط التي عادة ما تلائم الموجب وتمنحه مزايا جائرة أو مجحفة بالمذعن.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وفق في اعتماده لهذه الخاصية عند تعريفه لعقد الإذعان، فكلما كنا أمام عقد انعدمت فيه مرحلة المناقشة فإننا بالضرورة سوف نصطدم بإرادة مذعنة يكون فيها القبول مجرد رضوخ وتسليم وانضمام لمحتوى تعاقدي[1]، وهذا ما تؤكده المادة 70 من القانون المدني حينما نصت على أن القبول في عقد الإذعان يحصل بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد المناقشة والمفاوضة حول شروط ذلك العقد، وبالتالي فهو لا يستطيع التأثير في محتواه أو إحداث تغيير حقيقي فيه.

وبمفهوم المخالفة فإنه ومتى تم التعاقد بناء على مفاوضات سابقة بين الأطراف طالت شروط العقد ولو كان لأحد المتعاقدين سيطرة اقتصادية، فلا نكون أمام عقد إذعان وإنما نكون أمام عقد مساومة، وفي حالة ما إذا كان هذا الأخير قد أبرم بين محترف ومستهلك بناء على تفاوض مسبق بين الطرفين حول محتوى العقد من بنود وشروط، وكان رغم ذلك قد تضمن شروطا تعسفية أملاها المحترف بالاعتماد على تفوقه الاقتصادي والتقني، ووافق عليها المستهلك نتيجة عدم علمه وإلمامه الكافي بمجال التعاقد، فإن ذلك العقد لا يكون حسب المشرع الجزائري مجالا للحماية من التعسف التعاقدي بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي، طالما أن المشرع الجزائري وكما أوردنا سابقا قد حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان المحررة مسبقا.

الفرع الثاني: توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة

على خلاف المشرع الجزائري، وسع المشرع الفرنسي في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة، بعبارة أخرى إلى كافة عقود الاستهلاك بما فيها تلك التي خضعت للمناقشة حول شروطها بين المحترف والمستهلك، بحيث لم يحصر المشرع الفرنسي نطاق تطبيق الأحكام الحمائية المتعلقة بالبنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان كما فعل المشرع الجزائري، وهو الأمر الذي نصت عليه صراحة المادة L 212-1/6 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، عندما تناولت التطرق لمجال تطبيق أحكام البنود التعسفية كما يلي: " ... هذه الأحكام تطبق مهما كان شكل[2] أو حامل[3] العقد ويكون كذلك

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 32، 33.

[2]– أي سواء أكان العقد مكتوب أو شفوي، بحيث يخضع كذلك العقد الشفوي متى كان عقد استهلاك يحتوي على تعسفات تعاقدية إلى أحكام قانون حماية المستهلك بما فيها الأحكام المتعلقة بالبنود التعسفية.

[3]– استعمل المشرع الفرنسي مصطلح حامل العقد وذلك من أجل توسيع نطاق الحماية إلى عقود الاستهلاك الالكترونية المبرمة على شبكة الانترنت، والتي يكون حاملها الكتروني وافتراضي.

بالأخص وصل طلبية، فاتورة، وصل الضمان، جدول، وصل التسليم، تذكرة، وصل، تضمن نصوص وبنود تم التفاوض حولها بشكل حر أم لا أو مرجعيات لشروط عامة معدة مسبقا".

ويقصد بعقود المساومة أو عقود المفاوضة (les contrats de gré à gré) تلك العقود التي يتناقش المتعاقدان فيها حول محتوى العقد بكل حرية، بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتان ومتكافئتان[1]، ذلك أن الأصل في التعاقد هو حرية كل طرف في المناقشة والمساومة حول شروط وبنود العقد[2].

ويستفاد من المساومة أو التفاوض حول شروط العقد، وجود مرحلة سابقة عن مرحلة الإبرام وهي مرحلة تمهيدية غايتها الوصول أو محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك بين الطرفين حول شروط العقد المزمع إبرامه فيما بعد، هذه المرحلة قد تأتي نتيجة دعوة إلى التفاوض موجهة من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر وهي دعوة بعيدة إلى حد ما عن تحديد شروط العقد، وقد تأتي مرحلة المفاوضة عقب توجيه إيجاب بات من أحد الطرفين لا يرضى به الموجه إليه فيرده إلى الموجب بعدما يعدل فيه ودون أن يتقدم بإيجاب بات من ناحيته، وفي هذه الحالة يسقط الايجاب ويدخل الطرفان في دائرة أو مرحلة المفاوضات التي عادة ما تتخللها مساومات بين الطرفين، بحيث يسعى كل طرف إلى إقناع نظيره بما يريد وضعه من شروط خدمة لمصالحه إلى أن تنتهي بالاتفاق على شروط وبنود العقد المزمع إبرامه.

وبناء على ذلك يمكن تعريف التفاوض بأنه تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية بين الأطراف، للتعرف على العقد المراد ابرامه وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال إيجاد أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما بحيث يعد التفاوض عملية تتخللها محاورة ومساومة وحتى مراوغة يتبادلها المتعاقدان، إذ يستعرض كل طرف مهاراته التفاوضية في ذلك الشأن من أجل الوصول إلى تحسس مصلحته وجس نبض الطرف الآخر لتحقيق فكرة شاملة عن التعاقد ومحتويات العقد وصولا إلى تحقيق غايته المقصودة بما يضمن له عدم الالتزام بشروط لا تخدم مصالحه، وفي نفس الوقت تضمين العقد أكبر قدر من الالتزامات التي تكون على عاتق الطرف الآخر بما يحقق له أقصى منفعة من العقد محل المفاوضة، نظير أدنى مقابل يلتزم به إزاء الطرف الآخر [3].

---

[1]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 26.

[2]– محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة– الجزائر، 2004، ص 130.

[3]– حمدي محمود بارود، **نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها، دراسة تحليلية تأصيلية**، على الرابط www.alazhar.edu.ps/journal123/attachedFile.asp?seqq1=1527، 2015/12/21، الساعة 23:51.

وبذلك يعد التفاوض والمساومة على شروط العقد على النحو الذي سبق بيانه من أهم مظاهر مبدأ سلطان الإرادة، والذي يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وتضمينها ما يشاؤون من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو شريعتهم[1].

وعلى الرغم من أن عقود الاستهلاك عادة بل وفي غالب الأحيان ما تأخذ شكل عقود الإذعان، نظرا لانفراد المحترف بوضع شروط ومحتوى العقد مسبقا مع عدم السماح للمستهلك امكانية التفاوض والمساومة بشأنها، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن جميع عقود الاستهلاك هي عقود إذعان، فقد يشترك كل من المحترف والمستهلك في تحديد المحتوى التعاقدي من خلال المشاركة في وضع الشروط والبنود التي ستكون فيما بعد حقوقا والتزامات متبادلة بينهما، وحتى ولئن كان المحترف قد انفرد بوضعها مسبقا في إيجابه الموجه للمستهلكين إلا أنه قد يمنحهم إمكانية التفاوض معه ومساومته حول تلك الشروط ومن ثم الاشتراك في تحرير الشروط النهائية التي سيجري عليها التعاقد، غير أن مشاركة المستهلك الفعلية والحقيقية في وضع شروط العقد وفقا للكيفية المشار إليها أعلاه، قد تكون غير كافية لحمايته من التعسف التعاقدي الذي يصدر من المحترف، بحيث قد يوافق المستهلك على شروط كانت محل مساومة ومفاوضة مسبقة من طرفه غير أنها وفي كثير من الأحيان تتسم بالطابع التعسفي وتؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية، مما يستدعي الأمر إلى التدخل من طرف القاضي من خلال تطبيق القواعد الحمائية للمستهلك المتعلقة بأحكام البنود التعسفية، ذلك أن مصدر التعسف الذي يطبع تلك الشروط راجع بالأساس إلى التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف من جهة وإلى جهل المستهلك وعدم إلمامه الكافي بالمجال الاقتصادي والتقني وحتى القانوني للعقد، ناهيك عن حالة الضعف وعدم المساواة التي يوجد فيها مقارنة بموقع المحترف، دائما بصرف النظر عن انفراد هذا الأخير في وضع الشروط أو منح المستهلك كامل المجال لمناقشتها والتفاوض بشأنها، وهو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى توسيع مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة بما يستجيب لمتطلبات قانون حماية المستهلك في جوهره القائم على عدم المساواة الاقتصادية والتقنية بين المحترف والمستهلك، على خلاف المشرع الجزائري الذي يرى بأن التعسف التعاقدي في عقد الاستهلاك هو نتاج إذعان المستهلك للشروط والبنود التي ينفرد المحترف بتحريرها مسبقا في العقد، بما لا يدع مجالا للقاضي للتدخل من أجل إعادة التوازن العقدي لعقد الاستهلاك المختل بفعل الشروط التعسفية الذي لا يأخذ شكل عقد إذعان، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المسألة، نظرا لعدم تداركه للتطور الحاصل في مجال طبيعة العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية المبرمة في إطار العلاقات الاستهلاكية.

[1]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 10.

المبحث الثاني: تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي

يعد التراضي في عقد الاستهلاك[1] من أهم أركان التصرف، بحيث ينبغي أن يكون التراضي صحيحا وخاليا من عيوب الإرادة[2] حتى يتحقق الهدف من التعاقد، والذي يتجلى في تبادل الحقوق والالتزامات بين المستهلك والمحترف، أي حصول المستهلك على السلعة أو الخدمة وفي المقابل حصول المحترف على الثمن، وفقا لشروط يتم الاتفاق عليها بين الطرفين[3]، تلك الشروط غالبا ما تتسم بالطابع التعسفي أما نتيجة انفراد المحترف بوضعها مسبقا في العقد دون منح الفرصة لمناقشتها من طرف المستهلك وذلك في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا، وإما أن يكون التعسف التعاقدي للمحترف راجع لدرايته الكافية بمجال التعاقد، تلك الدراية ناتجة عن تفوقه الاقتصادي والتقني الذي يتمتع به في مجال نشاطه واختصاصه، رغم مشاركة المستهلك في وضع شروط العقد.

إن الواقع العملي يزخر بالكثير من الأمثلة على عقود الاستهلاك التي تتضمن شروطا تعسفية، بحيث تعتبرها الكثير من التشريعات غير مشروعة وتقرر بطلانها وتسعى لمعاقبة المحترف الذي يتعامل بها، كما هو الحال بالنسبة للشرط الذي يجبر المستهلك على التنازل عن بعض أو كل حقوقه في المطالبة بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب عيب في السلعة الاستهلاكية، وكذا الشرط الذي يقضي باستحقاق جميع الأقساط المتبقية على المشتري دفعة واحدة في البيوع بالتقسيط عند تأخره في الوفاء بأحدها[4]، وكذلك الشرط الذي يقضي باعتبار عقد القرض الاستهلاكي مفسوخا بحكم الاتفاق ودون حاجة إلى أي اجراء قضائي [5] مع استحقاق جميع الأقساط، وذلك بمجرد مضي مدة زمنية قدرها 15 يوم منذ قيام البنك بإعذار المقترض حال تأخره عن دفع أحد أقساط القرض[6].

---

[1]– وفي غيره من العقود ذلك أن التراضي ركن أساسي في العقد بصفة عامة بصرف النظر عن طبيعة ذلك العقد.

[2]– المتمثلة في كل من الغلط والتدليس والإكراه والغبن النتاج عن الاستغلال، وهي العيوب التي تشوب الإرادة وتجعل العقد قابل للإبطال بناء على طلب من تقرر الإبطال لمصلحته وهو طبعا المتعاقد الذي شاب إرادته أحد العيوب المذكورة.

[3]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 54.

[4]– عبد المنعم موسى إبراهيم، **المرجع السابق**، ص 435.

[5]– نص المشرع الجزائري على الفسخ الاتفاقي في المادة 120 من القانون المدني، بحيث أجازت هذه المادة للمتعاقدين الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون في حالة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، دون الحاجة إلى رفع دعوى قضائية للمطالبة بالفسخ، بحيث يتحلل المتعاقد من التزاماته عند إخلال نظيره المتعاقد الآخر بالتزاماته المقابلة، شرط أن يتم اعذاره أولا بضرورة الوفاء، ونتيجة لذلك يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد إعمالا لنص المادة 122 من القانون المدني، ومنه يجوز للمتعاقد الذي تقرر الفسخ الاتفاقي لمصلحته مرافعة المتعاقد المخل بالالتزامات أمام القضاء من أجل استرداد ما دفعه تنفيذا للعقد وهنا يفصل القاضي في طلب الاسترداد بعد التحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقي دونما الحاجة إلى القضاء بالفسخ أو حتى تقريره بحيث يكتفي القاضي فقط بإلزام الطرف الثاني برد ما استلمه من الطرف الأول تنفيذا للعقد.

[6]– لاحظنا في إطار البحث الذي قمنا به أن غالبية عقود القرض المبرمة من طرف البنوك الوطنية تحتوي على مثل هذا الشرط.

ولا تنحصر الشروط التعسفية فيما سبق ذكره من أمثلة، بحيث أن لكل نوع من العقود ظروفه المحيطة به وخصائصه التي يتميز بها نتيجة لطبيعة السلعة أو الخدمة محل التعاقد، ومن ثم تتغير الشروط التعسفية التي يلجأ إليها المحترفون وتتطور بحسب أنواع العقود وتطورها، الأمر الذي دفع بالتشريعات المقارنة لمحاربتها والحد منها وذلك بإخضاعها لرقابة إدارية مباشرة ومشددة من قبل هيئات متخصصة[1]، مع النص على بطلانها في مواجهة المستهلك[2]، بما يتيح لهذا الأخير المطالبة ببطلان أي شرط أو بند ثبت طابعه التعسفي لأنه يعد بمثابة اعتداء على مصالحه التعاقدية، إذ تعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل كاهل المستهلك في العقود الاستهلاكية، لكونها شروطا مجحفة في حقه تؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي للعلاقة بشكل يزيد من التزامات المستهلك مقارنة بالتزامات المحترف، ونتيجة لذلك منحت التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري سلطة للقاضي للتدخل من أجل تقرير ذلك الأثر ومنه إعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية المختل بفعل الشروط التعسفية.

وبعدما يقوم القاضي عند الفصل في المنازعة الاستهلاكية، المتعلقة بإعادة التوازن العقدي، بتحديد ما إن كان العقد موضوع النزاع من العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية، ينبغي عليه في المرحلة الثانية تحديد الشروط محل النزاع ما إن كانت تتسم بالطابع التعسفي ومن شأنها إحداث اختلال في التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية أم لا.

وسنحاول في هذا المبحث التطرق بالدراسة إلى تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي وذلك بالبحث في مفهومها من خلال تحديد تعريفها وعناصرها (المطلب الأول)، ثم نعرج إلى دراسة المعايير المعتمدة في تحديد الطابع التعسفي للشروط الواردة في عقد الاستهلاك والمتعلقة بالمعيار الشخصي والموضوعي، ومعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية – أي مبدأ سلطان الإرادة – فالأصل أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا العقد ما يشاءان من شروط ما دامت غير ممنوعة قانونا سواء أكان المنع بنص خاص أم لمخالفتها للنظام العام غير أنه قد يضع المحترف ضمن عقد الاستهلاك شروطا تتسم بالطابع التعسفي إزاء المستهلك، وهنا يثور التساؤل عن كيفية تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، وهو ما يتطلب منا التطرق لمفهوم الشرط التعسفي.

[1]– لجنة البنود التعسفية، أنظر الصفحة 115 وما يليها من هذه المذكرة.

[2]– عبد المنعم موسى إبراهيم، **المرجع السابق**، ص 436.

وقبل الخوض في مفهوم الشرط التعسفي يجدر بنا التطرق ولو بإيجاز إلى التمييز بين الشرط التعسفي وبعض المصطلحات المشابهة له سيما ما أصطلح على تسميته بالتصرف المجحف والتصرف التعسفي[1] أو التعسف في استعمال الحق.

لقد ثار خلاف فقهي بخصوص تحديد الفرق بين التصرف المجحف والتصرف التعسفي، وقيل بأن التصرف التعسفي هو الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته، وعلى خلاف ذلك فإن التصرف المجحف لا يحول الفعل أو الحق عن وظيفته ولكنه تصرف غير مقبول[2].

ويميز البعض بين التعسف والتجاوز، على أساس أن التعسف يحمل صفة الخطأ، فالمالك مثلا له أن يفعل ويتصرف كما يشاء في ملكه، ومتى تصرف في ملكه قاصدا بذلك الإضرار بالغير يكون متعسفا ويوصف حينئذ فعله بالخطأ الذي يرتب المسؤولية التقصيرية [3]، ومنه التعويض للشخص المتضرر من ذلك التعسف[4]، وعلى العكس من ذلك يتمثل التجاوز، في أن الشخص وعند استعماله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث بذلك ضررا للغير، وتأسيسا على ذلك يعتبر التعسف ذو طبيعة شخصية على خلاف التجاوز الذي يعد ذو طبيعة موضوعية أو مادية.

---

[1]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق** ، ص 55.

[2]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 95.

[3]– نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني وحصره في ثلاثة معايير، إذ اعتبر أن استعمال الحق يشكل خطأ متى وقع بقصد الإضرار بالغير أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرض من استعماله هو الحصول على فائدة غير مشروعة، ونقول في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يشأ التوسيع في مفهوم التعسف في استعمال الحق كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض الفقهاء الغربيين، ولم يشأ أن يضيق فيه كما فعلت النظرية التقليدية لما كانت تحصره في نية الإضرار بالغير، حيث اتخذ بذلك موقفا وسطا بين الاثنين.

[4]– ومن أمثلة التعسف في استعمال الحق الذي يشكل خطأ يستلزم التعويض للمتضرر، المقاضاة التعسفية، ذلك أن حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق الأساسية للإنسان المكرسة في المواثيق الدولية، وهو أساسي تكفله جميع دساتير الدول وتحميه بموجب قوانينها الداخلية، يعد في ذات الوقت من الحقوق اللصيقة بالشخصية يثبت للشخص بمقتضى أهلية الوجوب، ومن ثم لا يسوغ أن يشكل ممارسة الشخص لهذا الحق خطأ تقصيريا يستوجب التعويض، إذ أن القاعدة العامة تقضي بأن من يستعمل حقه في اللجوء إلى القضاء لا يعد مسؤولا عما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر للغير، إلا إذا ثبت أن الشخص قد انحرف في استعماله لهذا الحق عما وضع له بالأساس وذلك باستعماله استعمالا كيديا ينطوي على سوء نية بقصد الإضرار بالخصم الآخر، وأن سوء النية لا يفترض في من يستعمل حقه في التقاضي بمجرد فشله في إثبات مزاعمه أمام القضاء، وإنما ينبغي إثبات أن ذلك الشخص قد ارتكب خطأ جسيما يرقى إلى مرتبة سوء النية، وفي هذا السياق جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1994/10/26، رقم 114664 أنه: "وحيث أنه من الثابت، أن حق الالتجاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعا لذلك فإنه من يستعمل حقه في التقاضي لا يضر بالغير إلا إذا كان هذا الاستعمال مقصودا منه الإضرار. وحيث أن قضاة الموضوع، لم يبينوا – وبأسباب سائغة – أن الطاعنة قد انحرفت في استعمالها لهذا الحق بنية الاضرار بالغير، وعندما حكموا بالتعويض عن الدعوى التعسفية، دون أن يبينوا ذلك فقد أخطأوا في تطبيق القانون"، قرار غير منشور مشار إليه في مؤلف : عمر زودة، **الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء**، انسيكلوبيديا، بن عكنون – الجزائر، بدون سنة، ص رقم 10 الهامش رقم 1.

إن إعطاء مفهوم شامل للشرط التعسفي لا يتأتى إلا من خلال التطرق لتعريفه (الفرع الأول) وذلك بعرض التعاريف المختلفة الفقهية والتشريعية والقضائية للشرط التعسفي، والتي من خلالها يمكن استخلاص عناصر الشرط التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية

قبل أن نخوض في البحث في مسألة تعريف الشرط التعسفي، لا بد لنا من التطرق ولو بإيجاز إلى المعنى اللغوي لكل من الشرط والتعسف.

فالشرط لغة هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وفي الاصطلاح هو اقتران العقد بإلزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف، ومنه لا بد من التفرقة بين الشرط المقترن بالعقد والعقد المعلق على شرط، فالأول منعقد في حين أن الثاني معلق لا ينعقد إلا بتحقق الشرط، والشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود التزام أو زواله، فإذا لم يتحقق الشرط انتفى الالتزام تبعا له ويسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف، وقد يتوقف على تحققه زوال الالتزام ويسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ[1]، في حين يعني التعسف لغة استخدام الشيء وفي الاصطلاح القانوني يعني الاستخدام الفاحش[2].

إن كلمة شرط يقصد بها ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد بغية تنظيم علاقتهما التعاقدية من حقوق والتزامات[3]، وكلمة تعسف تعني الظلم والجور والتعدي.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية العقود التي من شأنها أن تلحق ضررا بأحد الأطراف، ولعل أهم عقد يظهر فيه اختلال التوازن العقدي هو عقد البيع بشرط، فقد يرى البائع أن آثار البيع غير وافية بحاجاته وأغراضه فيضيف إليه شرطا جديدا يعدل من آثار العقد بما يتفق ومصلحته، غير أن ذلك الشرط قد يكون فاسدا ويلحق ضررا بالغير، والشرط الفاسد هو ما كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع والعرف وكان لأحد المتعاقدين منفعة فيه[4].

وسنتناول فيما يأتي التطرق إلى التعريف الفقهي للشرط التعسفي ثم نستعرض موقف كل من التشريع والقضاء من تعريف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك.

---

[1]– محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، 2007، ص 15.

[2]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 56.

[3]– محمد شكري سرور، **موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري**، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2002، ص 152.

[4]– رمضان علي السيد الشرنباصي، **المرجع السابق**، ص 201، 202.

أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

عرف جانب من الفقه الغربي الشرط التعسفي، على أنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر، وفي تعريف آخر يعتبر شرطا تعسفيا في عقد محرر مسبقا من طرف المحترف بالنظر للميزة القاصرة على هذا الأخير بما يؤدي إلى إحداث عدم التوازن في حقوق والتزامات طرفي العقد[1].

وما يلاحظ على هاذين التعريفين أن الفقه ربط الشرط التعسفي بعقود الاستهلاك المحررة مسبقا من طرف المحترف، بما يفيد اقتصار الشروط التعسفية على عقود الاستهلاك التي يحررها المحترف بصفة منفردة قبل عرضها على المستهلك للتعاقد، بحيث لا يتسنى للمستهلك مناقشتها أو التفاوض بشأنها.

وفي مقابل الفقه الغربي فإن جانب من الفقه الجزائري[2] أقدم على تعريف 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 الطرفين وفقا لما تقضي به العدالة".

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء متأثرا بما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري[3] إذ أن المادة حددت للقاضي ما يعرف بالعدالة العقدية كمعيار يستند عليه في تقديره للطابع التعسفي متى كان بصدد الفصل في نزاع يتعلق بإعادة التوازن بين التزامات طرفي عقد الإذعان عندما يحتوي على شروط تعسفية، وبالتالي فما يؤخذ على هذا التعريف هو أن الفقه الجزائري اعتمد على معيارين في آن واحد لتحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، الأول هو معيار الميزة الفاحشة والذي واجه انتقادات من طرف الفقه[4]، أما الثاني فهو معيار العدالة العقدية رغم أن هذا المعيار في حد ذاته هو معيار غامض وغير واضح لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر الأمر الذي قد يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعات المتعلقة بنفس الشرط، ناهيك عن اختلاف مفهوم العدالة باختلاف الزمان والمكان[5].

---

[1]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 95.

[2]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 77.

[3]– المتعلقة بجواز تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الإذعان، وذلك بمنحه مكنة التدخل وتعديل الشروط التعسفية التي يحتويها، أو إعفاء الطرف المذعن منها نهائيا، حيث نصت المادة سالفة الذكر على أنه : "إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[4]– انظر فيما يتعلق بمعيار الميزة الفاحشة الصفحة 66 وما بعدها من هذه المذكرة.

[5]– سلمة بن سعيدي، **المرجع السابق**، ص 57.

وعرف جانب آخر من الفقه العربي الشرط التعسفي بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، بما يؤدي إلى حدوث 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 أو كانت أثرا من آثاره"[1].

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يكرر نفس المعيار في آن واحد، فهو يستعمل معيار الميزة الفاحشة ومعيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، إذ أن هذا المعيار الأخير اعتبره الفقه مجرد ترديد لمعايير الميزة الفاحشة[2]، كما يلاحظ أيضا على هذا التعريف بأنه يقتصر الشروط التعسفية ويربطها بعقود الإذعان.

وهناك جانب من الفقه من يعرف الشرط التعسفي بالنظر إلى طريقة فرضه، بالقول أنه : "كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الإضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون ويترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المحترف في مواجهة المستهلك، الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية الكافية" [3].

وهناك جانب آخر من الفقه من يربط تعريف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بالتفاوت في القدرة الاقتصادية والتقنية بين أطراف العقد، وما تتسم به من عدم التكافؤ والتفاوت الواضح في المقدرة العلمية والاقتصادية لصالح المحترف، إلى درجة وصفها بأنها علاقة قوي بضعيف، بما يؤثر الشرط التعسفي على العلاقة العقدية وتوازنها، ليعرف الشرط التعسفي حسبهم بأنه : "ذلك الشرط الذي يترتب عليه اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات كل من المحترف والمستهلك، ويتمثل بمكافأة المحترف بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك"[4].

وفي نفس السياق عرف الشرط التعسفي بأنه : " ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له، أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر"[5].

---

[1]– أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة، مصر، 1994، ص 215.

[2]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 97.

[3]– مصطفى أحمد أبو عمرو، **موجز أحكام قانون حماية المستهلك**، الطبعة الأولى، لبنان منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 171.

[4]– موفق حماد عبد، **المرجع السابق**، ص 248.

[5]– حمد الله محمد حمد الله، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة**، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، 1997، ص 53.

ثانيا: موقف التشريع والقضاء من تعريف الشرط التعسفي

في ظل الأنظمة القانونية الأنغلوساكسونية تناولت مدونة قانون التجارة الأمريكي الموحد لسنة 1962 أحكاما خاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، إذ فبعد أن برز قصور مبدأ التكافؤ في المقدرة التعاقدية الذي ابتدعه الكومن لو الانجليزي عن حماية المستهلك، وذلك لصعوبة التنبؤ بموقف المحكمة من جهة، ومن جهة ثانية شموله وعموميته، كل ذلك حدا بالمشرع الأمريكي إلى إصدار المادة 302/2 حول العقود والبنود المنافية للضمير ضمن مدونة قانون التجارة الموحد، حيث نصت تلك المادة في بندها الأول على أنه : "إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية، منافيا للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد، أو تنفيذ باقي بنوده ماعدا ما هو منافي للضمير، ولها كذلك تعديل أي شرط منافي للضمير وذلك لتفادي الآثار المجحفة"[1].

واستنادا إلى المادة السالفة الذكر، فالشرط التعاقدي وحسب مدونة قانون التجارة الأمريكي الموحد يتسم بالطابع التعسفي متى كان منافيا للضمير ويحدث آثارا مجحفة للمستهلك، ومن هنا يثور التساؤل حول ماهية الشرط المنافي للضمير؟ وهو المصطلح الذي ليس له مثيل ضمن قوانين الالتزامات في ظل النظام القانوني اللاتيني، لما للضمير من ارتباط بالأخلاق والوجدان.

وعلى صعيد القانون البريطاني فإنه ورغم تبني المشرع لقانون يتعلق بالشروط التعسفية سنة 1977 والذي سمي بقانون (Unfair contract terms act)[2] إلا أنه لم يتناول مسألة تعريف الشروط التعسفية ضمن أحكامه، حيث كانت الغاية من صدور هذا القانون هي تقييد أو إلغاء حق الاستناد على شروط الإعفاء من المسؤولية، وهكذا فهو قانون يلاحق الطرف القوي في العقد في محاولاته الرامية إلى إعفاء نفسه من المسؤولية التي قد تترتب عن الإخلال بالتزاماته، وذلك بتضمين العقد شرط إعفاء من المسؤولية بالاستناد إلى مبدأ الحرية التعاقدية.

وبذلك فالقانون البريطاني المتعلق بالشروط التعسفية يراقب الطرف القوي من حيث بنود العقد الرامية إلى التقييد أو الإعفاء من المسؤولية النابعة عن الإهمال والتي يندرج تحتها الإخفاق في اتخاذ العناية المعقولة في تنفيذ العقد، ويراقب القانون أيضا شروط العقد الرامية إلى التقييد أو الاعفاء من المسؤولية النابعة عن الأحكام الضمنية أو الكومن لو في عقود البضائع، البيع بالتقسيط وغيرها من العقود، كما يراقب أيضا شروط العقد التي تخول لأحد الأطراف تنفيذ العقد بطريقة تختلف عما كان يتوقعه الطرف الآخر أو تخوله عدم تنفيذ العقد نهائيا[3].

---

[1]– عبد المنعم موسى ابراهيم، **المرجع السابق**، ص 436.

[2]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 77.

[3]– عبد المنعم موسى ابراهيم، **المرجع السابق**، ص 439–440.

ومن التشريعات اللاتينية التي كانت سباقة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية المشرع الألماني، حيث أصدر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 قانون يتعلق بالشروط العامة للعقود، بدأ العمل به في الفاتح من شهر افريل من سنة 1977، وقد تبنى فيه المشرع الألماني قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقد ومن ثم الحكم ببطلانها، وقد عرفت المادة الأولى من هذا القانون الشروط العامة المخلة بالتوازن العقدي، على أنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، بشكل قد تكون معه تلك الشروط منفصلة عن العقد كما قد تكون مندمجة في نصوصه، ودونما اعتبار لمؤداها ولا للشكل الذي ترد فيه[1].

والملاحظ على القانون الألماني في مجال تطرقه للحماية من الشروط التعسفية في العقود، أنه لم يتناول عند تعريفه للشروط التعسفية مصطلح المحترف أو المستهلك، ومنه نستنتج أن الحماية من الشروط التعسفية لا تقتصر على المستهلكين فقط بل تمتد إلى المحترفين أنفسهم، كما أن نطاق الحماية من تلك الشروط محصورة في عقود الإذعان دون عقود المساومة وبالتالي فهو يضيق من نطاق الحماية، بالإضافة إلى ذلك فإن قانون 09 ديسمبر 1976 اشترط للاعتداد بالشروط ضرورة إعلام الطرف الآخر بها.

وعلى صعيد التشريع الفرنسي، فقد جاء القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات[2] بتعريف للشرط التعسفي في المادة 35 منه، بحيث نص على أنه: "في العقود المبرمة بين مهنيين أو غير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرمة، محددة أو منظمة ... الشروط المتعلقة بـ ... حينما تبدو هذه الشروط بأنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين وتقوم على التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي وتؤدي إلى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها "[3].

وبهذا النص يكون المشرع الفرنسي قد أثار مسألة التعريف القانوني للشرط التعسفي[4]، حيث كان الاتجاه يميل قبل صدور هذا القانون إلى ترك تحديد التعريف للقضاء، غير أن هذا الخيار أستبعد في القانون

---

[1]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 17، 18.

[2]– موفق حماد عبد، **المرجع السابق**، ص 248.

[3]- "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées..., les clauses relatives au ..., lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ". Art. 35 de loi n. 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

[4]– إن التعريف القانوني لأي فكرة أو مصطلح يكون لب وأساس نص قانوني معين، وهو بذلك يقدم فائدة كبيرة للنظام القانوني ككل، بحيث يساعد على الاستقرار القانوني من خلال التحديد الدقيق للأفكار، الأمر الذي ييسر على القاضي تطبيق القانون واستنباط حلول موحدة لكل المشاكل التي يتناولها ذلك النص.

رقم 78-23 لأن ذلك الأمر قد يستلزم عدة سنوات حتى تستقر محكمة النقض على موقف معين إزاء تعريف للشروط التعسفية[1].

وتطبيقا للقانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978[2]، أصدرت الحكومة الفرنسية مرسوما تنفيذيا بتاريخ 24 مارس 1978 اعتبرت فيه الشرط تعسفيا بأنه : "الشرط الذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه"[3]، وكذلك أعتبر في نفس السياق الشرط التعسفي على أنه : "الشرط الذي محله أو أثره يلغي أو ينقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أيا كانت"[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الأعمال التحضيرية للقانون رقم 78-23 كانت قد تضمنت تعريفا للشروط التعسفية، على أنها كل شرط أو مجموع الشروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين طبقا لنموذج معد كليا أو جزئيا من جانب المهني ويخضع له المستهلكين دون إمكانية حقيقة لتعديله[5].

وتطبيقا لهذه النصوص تعتبر محكمة النقض الفرنسية، أنه ومنذ الوقت الذي يبرم فيه عقد بين مهني ومستهلك، وكان هذا العقد يمثل ولو جزئيا خاصية البيع فإنه يخضع للمادة الثانية من المرسوم المؤرخ في 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرما باعتباره تعسفيا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون رقم 78-23، الشرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المحترف بأحد التزاماته أيا كانت، وبذلك فمحكمة النقض الفرنسية تتبنى نفس المفهوم الذي اعتمده المشرع للشرط التعسفي، لما ذهبت في قضاءها إلى أن الشرط يعتبر تعسفيا "إذا كان يتضمن تصرفا

---

[1]- محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 98.

[2]- يعتبر هذا القانون هو الخطوة الأولى في فرنسا في مجال حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية كحماية مباشرة بناء على أحكام متخصصة، حيث عالج المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات في خمسة فصول، إذ جاء الفصل الأول تحت عنوان "الوسائل المستخدمة للحفاض على أمن وصحة المستهلكين" والفصل الثاني تحت عنوان "قمع الغش والتدليس في مجال السلع والخدمات" والفصل الثالث تحت عنوان "تأهيل المنتوجات" والفصل الرابع تحت عنوان "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية" وعنوان الفصل الخامس "الإعلانات الكاذبة أو التي تؤدي إلى الغلط".

[3]- المادة الأولى من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24 مارس 1978 والتي ألغيت فيما بعد من قبل مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1980، حيث أسس مجلس الدولة قضاءه بإلغاء المادة الأولى من هذا المرسوم على تجاوز الحكومة لسلطاتها وذلك من خلال تحريمها للشروط بطريق الإحالة وهو ما لا يدخل في اختصاصها.

[4]- المادة الثانية من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24 مارس 1978.

[5]- أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 214.

غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية التعاقدي"، وهذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين عميل والبنك[1].

وما يلاحظ على التعريف الذي جاءت به المادة 35 من القانون رقم 78-23 والمادة الأولى من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24 مارس 1978، أن المشرع الفرنسي ربط مفهوم الشروط التعسفية بعقود الإذعان لما عرفها بأنها الشروط التي تفرض من المحترف على المستهلك، بما يجعل نطاق الحماية مقصور على عقود الإذعان، مما لا مجال للحديث في ظل المادتين سالفتي الذكر على شروط تعسفية في عقود خضعت للمساومة فيها من طرف المستهلك، وبالتالي تفلت من الرقابة القضائية الشروط التي كانت محل مساومة ومفاوضة، الأمر الذي لا يتماشى مع سياق القانون رقم 78-23 باعتباره نص قانوني خاص جاء لمنح حماية خاصة للمستهلك من الشروط التعسفية، طالما أن أحكام القانون المدني أصبحت غير كافية لتحقيق تلك الحماية.

ونتيجة لذلك تدارك المشرع الفرنسي المسألة المتعلقة بتعريف الشروط التعسفية التي كانت تربطها النصوص السابقة الذكر بعقود الإذعان، ذلك أنه وبعد صدور القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 المعدل للقانون المؤرخ في 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك[2]، والذي صدر استجابة للتوجيه الأوربي رقم 93-13 الصادر عن البرلمان والمجلس الأوربي في 5 أفريل 1993[3] والمتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، والقاضي بوجوب تعديل القوانين الداخلية للدول الأوربية الأعضاء لتنسجم معه في مادة الشروط التعسفية، إذ وبمقتضى القانون رقم 95-96 تم تعديل نص المادة L 132-1، والتي حلت محلها المادة L 212-1/1 بعد صدور الأمر رقم 2016-301، بحيث أصبحت تنص على أنه : "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، توصف بالتعسفية البنود التي لا يكون محلها أو أثرها إلا إنشاء – على حساب غير المحترف أو المستهلك- اختلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد".

وعليه واستنادا إلى هذا النص، فإن تعريف الشروط التعسفية أصبح غير مرتبط بعقود الإذعان المحررة مسبقا من طرف المحترف، الأمر الذي يوسع من نطاق الحماية التي تكفلها الأحكام الخاصة، رغم أن التوجيه الأوربي في تعريفه للشرط التعسفي بموجب مادته الثالثة في بندها الأول لم يتخلى على ضرورة وجود

---

[1]- محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 99.

[2]- وهو النص الذي أدمج فيه كل من القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات المؤرخ في 10 جانفي 1978 والقانون المؤرخ في 5 جانفي 1988 المتعلق بدعوى إبطال الشروط التعسفية.

[3]- تجدر الإشارة إلى أنه هناك العديد من الأسباب التي دعت إلى ضرورة وجود توجيه أوروبي لتوحيد النظم القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ذلك أن الاختلاف الذي كان واقعا بين الدول الأوربية في التعامل مع الشروط التعسفية هو السبب الجوهري الذي أدى إلى الدعوة نحو توحيد الحلول وجعلها أكثر تناغم في هذا المجال، بحيث لا يجب أن يؤدي اختلاف القوانين إلى إشعال حرب المنافسة غير المشروعة بين المنتجين على أساس تشريعي.

عقد إذعان كإطار للحماية من الشروط التعسفية، وذلك لما اعتمد على خاصية الشرط غير القابل للتفاوض الفردي بين طرفي العقد كمنطلق لاعتباره تعسفيا، بحيث يكون كذلك متى كان الشرط غير خاضع لأي مفاوضة فردية بين المستهلك والمحترف، من شأنه إحداث عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أعطى هو الآخر تعريفا للشرط التعسفي بموجب المادة الثالثة الحالة الخامسة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، بنصها على أنه: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : ... شرط تعسفي : " كل بند أو شرط بمفرده كان أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

فمن خلال نص المادة السالفة الذكر يتضح جليا بأن المشرع الجزائري عرف الشروط التعسفية على أنها الشروط التي قد يحتويها العقد، وتؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، غير أن يؤخذ على التعريف الذي جاء به المشرع للشرط التعسفي في ظل القانون رقم 04-02، هو تبني تقنية الربط بين الشرط التعسفي وعقد الاذعان، وهي التقنية المستمدة من الأحكام العامة، طالما أن المشرع انطلق من فكرة أساسية في هذا القانون، مفادها أن عقد الاستهلاك لا يكون محلا لتطبيق الأحكام الرامية لإعادة التوازن العقدي، إلا إذا اشتمل على خاصية الإذعان، ومنه كان على الأجدر بالمشرع الجزائري الأخذ بالتجربة الفرنسية في هذا المجال، نظرا لتطور مصدر التعسف من الاذعان التعاقدي، إلى ميزة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف.

كما نشير إلى أن المشرع المصري عرف بدوره في المادة 10 من قانون حماية المستهلك الشرط التعسفي بأنه : "كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند وغير ذلك، يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون"[1].

الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية

لا يكفي لتحديد مفهوم الشروط التعسفية التطرق لتعريفها بل ينبغي كذلك الوقوف عند عناصرها، هذه الأخيرة تختلف باختلاف التعريفات التي تبنتها تشريعات الدول التي سلكت نهج حماية المستهلك من الشروط التعسفية، فعناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي ليست ذاتها في القانون الجزائري.

أولا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي

حسب تقنين الاستهلاك الفرنسي يجب لاعتبار شرط تعاقدي بأنه تعسفي توافر ثلاث عناصر وهي: أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك، وأن يكون الشرط مكتوبا، وأن يكون الشرط سبب في اختلال التوازن العقدي بين المحترف والمستهلك.

[1]- القانون رقم 67 لسنة 2006.

أ: أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك

حسب تقنين الاستهلاك الفرنسي تعد عقود استهلاك تلك العقود المبرمة بن المحترفين من جهة والمستهلكين أو غير المحترفين من جهة ثانية.

ومن خلال التعريف السابق للشروط التعسفية الوارد في تقنين الاستهلاك الفرنسي[1] يتضح أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون مدرجا في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين والمستهلكين، وبالتالي لا يمكن وصف شرط تعاقدي ما بالطابع التعسفي ومن ثم وقوعه تحت طائلة الأحكام الحمائية المقررة للمستهلك إزاءه بموجب قانون الاستهلاك، الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المستهلكين، ومن باب أولى لا يأخذ أيضا وصف الشرط التعسفي تلك الشروط التي ترد في العقود المبرمة بين المحترفين، وفي هذا الاتجاه فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية يرفض تطبيق الأحكام الخاصة بقانون الاستهلاك على العقود التي لها صلة مباشرة مع النشاط المهني للشخص أي العقود المبرمة بين المحترفين، وبالتالي لا يعد الشرط الذي يرد في عقد مبرم بين محترفين شرطا تعسفيا بمفهوم قانون الاستهلاك الفرنسي، حتى وإن كان من شأنه إحداث اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين، لأن غاية قانون المستهلك هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية وهو المستهلك أو غير المحترف[2].

وفي قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جانفي 1995 رفضت بموجبه إفادة تاجر من الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية بمناسبة إبرامه لعقد توريد الكهرباء، وفي قرار آخر لنفس الغرفة بتاريخ 3 جانفي 1996 رفضت إفادة زجاج (Verrier) من أحكام قانون الاستهلاك بمناسبة إبرامه لعقد توريد الماء، وفي قرار آخر لنفس الغرفة بتاريخ 10 جويلية 1996 وفي ذات السياق، بحيث تعلق الأمر بمجموعة زراعية بمناسبة شراءها لأجهزة سقي[3].

وبهذا فإن المشرع الفرنسي ولما حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط أي العقود المبرمة بين محترف ومستهلك من أجل الحصول على سلع وخدمات، يكون قد خالف غالبية التشريعات الأوربية الخاصة بالحماية من الشروط التعسفية[4].

---

[1]– الذي جاءت به المادة L 212-1/1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، بنصها على أنه: " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، توصف بالتعسفية البنود التي لا يكون محلها أو أثرها إلا إنشاء – على حساب غير المحترف أو المستهلك – اختلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد".

[2]– غير المحترف لا يكون سوى المحترف الذي يتعاقد خارج نطاق نشاطه، ومن ثم يعد في حكم المستهلك لعدم درايته الكافية بمجال التعاقد الذي يخرج عن نطاق اختصاصه، بما قد يؤدي إلى جعله في مركز أدنى بكثير من مركز المحترف المقابل له وفي حالة ضعف إزاء المحترف الآخر، تكون تلك الحالة شبيهة إلى حد ما بحالة المستهلك.

[3]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 102.

[4]– محمد أمين سي الطيب، **نفس المرجع**، ص 102.

فالمشرع الألماني ذهب بموجب قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، إلى عدم قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين وحدهم، أي أن الحماية تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان لم يتسنى له مناقشة مضمون ذلك العقد بشكل حر ويستوي أن يكون مستهلكا أم غير ذلك[1].

وعلى صعيد القانون البريطاني، فإن المشرع لم يقصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين وحدهم، وإنما شمل الحماية بموجب القانون الصادر سنة 1977 المتعلق بالشروط التعسفية لكل عقد بصرف النظر عن صفة طرفيه[2].

ولقد كان موقف المشرع الفرنسي الذي حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط، موافقا للتوجيه الأوربي رقم 93-13 الصادر عن البرلمان والمجلس الأوربي في 5 أفريل 1993 والمتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، ذلك أن التوجيه الأوربي حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فقط.

وفي هذا الصدد أثار الفقه تساؤلا حول الشروط الواردة في عقود المرفق العام، فهل تعتبر عقود المرفق العام عقود استهلاك يمكن أن تتضمن شروطا تعسفية في مفهوم قانون الاستهلاك ؟، وما يزيد في إذكاء ذلك التساؤل هو أن عقود المرفق العام هي في الغالب عقود إذعان أي العقود الأقرب لأن تتضمن شروطا تعسفية، كما أن المستفيد من هذه العقود هو من دون شك المستهلك.

لقد سبق وأن وضحنا أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تتولى تسيير مرافق عمومية وتماشيا مع مفهوم المحترف حسب تقنين الاستهلاك الفرنسي الجديد[3] تعتبر في فئة المحترفين، وبالتالي فالعقود التي تبرمها مع المستهلكين المستفيدين من المرافق العمومية التي تتولى تسييرها هي عقود استهلاك، ومن ثم يكون من الأجدر أن تقع الشروط التعسفية التي تتضمنها تحت طائلة الأحكام الحمائية لقانون المستهلك، وذلك في الحالات التي تخلق فيها تلك الشروط نوعا من عدم التوازن البين أو الظاهر على حساب المستهلك.

والجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي وفي اجتهاد نوعي له وحتى قبل صدور الأمر رقم 2016-301 لم يتردد في تطبيق أحكام المادة L132-1 من تقنين الاستهلاك من أجل إلغاء بند تنظيمي وارد في عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية بعد تقدير شرعية تلك الشروط بناء على قواعد قانون الاستهلاك حيث أحدث مجلس الدولة الفرنسي عبارة المستهلكين المرتفقين "Les Consommateurs–Usagers"[4].

---

[1]- محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 120.

[2]- محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 120.

[3]- الأمر رقم 2016-301 المؤرخ في 14 مارس 2016.

[4]- محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 114.

ب: أن يكون الشرط مكتوبا

إن النظام الذي جاء به قانون الاستهلاك الفرنسي يطبق على جميع الشروط التعاقدية ما دامت مكتوبة وذلك بغض النظر عن السند الذي تظهر عليه، فقد تظهر مثلا في وصولات طلب الشراء أو الفواتير أو وصولات الضمان أو وصولات التسليم أو التذاكر أو على ظهر لوحات أو لافتات، وهذا ما نصت عليه المادة L 212-1/6 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[1].

وبغض النظر أيضا عن محتوى تلك الشروط فقد تتناول كيفيات دفع ثمن السلعة أو الخدمة أو تسليم الشيء المتعاقد عليه، كما قد تتناول عبئ المخاطر أي تحديد الطرف الذي يقع على عاتقه تحمل عبئ المخاطر، أو الضمان، كما قد تتناول مدى المسؤولية أي شروط قيامها وكيفية دفعها والتحلل منها، وكذا شروط التنفيذ أو الفسخ ... إلخ.

ج: أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

أن الشروط المعتبرة تعسفية هي تلك الشروط التي يكون موضوعها أو من نتيجتها – على حساب المستهلك أو غير المحترف – عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد[2].

وقد ذهبت المادة L 212-1/2 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[3] إلى أن الطابع التعسفي للشرط التعاقدي يقدر وقت إبرام العقد أي عند التراضي، وذلك بالاستناد على جميع الشروط المحيطة بإبرامه وكذلك بالنسبة للشروط الأخرى للعقد، كما يقدر الطابع التعسفي للشرط بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع.

وإذا تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لشرط وارد في عقد معين سبق إبرامه، فإن ذلك يتم استنادا لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد.

---

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

[2]– المادة L 212-1/1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

[3]- "Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution ".

أما إذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين فإنه يتم بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظروف عادية.

والنظام الذي جاء به التوجيه الأوربي لسنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية يهدف إلى مكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي التي تسببها الشروط التعسفية، وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الآداءات المتقابلة[1]، وهو ما ذهب إليه تقنين الإستهلاك الفرنسي في المادة L 212-1/3 من قانون الاستهلاك إلى أن : "تقدير الطابع التعسفي لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة، متى تم صياغة تلك الشروط بطريقة واضحة ومفهومة"[2].

ثانيا : عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري

نستخلص من التعريف السابق الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة الثالثة من القانون رقم 04-02، أنه يجب لاعتبار شرط تعاقدي ما بأنه تعسفي توافر ثلاث عناصر وهي: أن يكون مجال الشرط عقد إذعان، وأن يكون الشرط مكتوبا، وأن يؤدي ذلك الشرط إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد.

أ: أن يكون مجال الشرط عقد إذعان

لقد سبق وأن أوضحنا أن المشرع الجزائري قد حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وذلك بمناسبة تحديده لمفهوم عقد الاستهلاك المعني بالحماية من الشروط التعسفية، من خلال نص المادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا من خلال نص المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وذلك بتعريف عقد الاستهلاك 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.

ومنه نستنتج أن مجال الشروط التعسفية حسب المشرع الجزائري وخلافا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي محصورة في عقود الإذعان، وبالنتيجة لذلك لا يمكن في ظل القانون الجزائري التمسك بالطابع التعسفي لأي بند وارد في عقد يكون قد خضع للمساومة والتفاوض بين طرفيه –المحترف والمستهلك– حول الشروط التعاقدية، حتى وإن كان ذلك البند من شأنه إحداث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين.

[1]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 29، 30.

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

ب: أن يكون الشرط مكتوبا

من خلال نص المادة الثالثة، الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم [1]، وكذلك من خلال نص المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، يتبين أن المشرع الجزائري أعتبر أن عقود الاستهلاك التي تكون مجالا للحماية من الشروط التعسفية هي عقود الإذعان المكتوبة بشكل مسبق، وهو ما يتضح جليا من خلال اعتماد المشرع عند صياغته لنصي المادتان المذكورتان أعلاه عبارة "حرر مسبقا".

والكتابة الواردة في نص المادة الثالثة، الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 ليست محصورة في الكتابة الرسمية[2] فقط، بحيث تتسع لتشمل أية شروط تكون عامة أو خاصة للتعاقد ترد في أية وثائق ولو كانت محررات عرفية تصدر عن المحترف، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي قد ترد في وصل الطلب أو الفاتورة، أو في وصل التسليم، وحتى تلك التي قد ترد في سند الضمان وغيرها من الوثائق التي تلحق بالعقد وهو ما يتضح جليا من خلال المادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 بنصها على أنه: "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 المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

ج: أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

من خلال التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في نص المادة الثالثة، الحالة الخامسة من القانون رقم 04-02 والذي أكد فيه بأن الشرط التعسفي هو الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[3]، نستنتج أن المشرع أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرط تعاقدي ما تعسفيا.

وبذلك يتضح جليا أن من أهم عناصر الشرط التعسفي وفق القانون الجزائري، هو أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر أو البين لتوازن العقد من حيث آثاره التي يرتبها في ذمة طرفيه لحساب المحترف

---

[1]- المادة الثالثة، الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "... عقد: 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".

[2]- ينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الرسمية هي تسمية أو وصف يطلق على المحرر، أي نقول محرر رسمي وعلى عكسه المحرر العرفي، ولا يسوغ أن تكون الرسمية بأي حال من الأحوال وصفا يطلق على التصرف، بحيث لا يسوغ قانونا أن نقول العقد الرسمي أو العقد العرفي، باعتبار أن الرسمية تتعلق بحامل التصرف ولا تنصرف إلى التصرف في حد ذاته.

[3]- المادة الثالثة، الحالة الخامسة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "... 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".

في مواجهة المستهلك، حيث تأثر المشرع الجزائري في ذلك بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة L 132-1 من تقنين الاستهلاك، التي حلت محلها المادة L 212-1 بعد صدور الأمر رقم 2016-301 ، وهو المعيار الذي نقله المشرع الفرنسي من التوجيه الأوربي لسنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية، الذي يهدف إلى مكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي التي تسببها الشروط التعسفية، علما أن القانون الفرنسي كان يتبنى قبل ذلك معياران آخران وفقا لقانون 10 جانفي 1978، وهما معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية، ومعيار الميزة الفاحشة.

المطلب الثاني: معايير الشروط التعسفية

يعتمد القاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي على مجموعة من المعايير، هذه الأخيرة يستنبطها من النصوص الموضوعية[1] التي يعتمد عليها عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة أمامه، والتي يرمي من خلالها المستهلك إلى إعادة التوازن العقدي الذي يدعي بأنه قد أصبح مختلا إزاءه في مواجهة المحترف بفعل شروط، يصفها بأنها تعسفية وتضر بمصالحه العقدية.

إن التعامل القانوني مع أي فكرة يتطلب تعريفها وتحديدها حتى يمكن للقاضي الذي يبحث في واقعة معينة أن يتأكد من مدى انطباق هذا التعريف على هذه الواقعة، الأمر الذي يساعد على أفضل تطبيق ممكن للقانون على الواقع، ولضمان أفضل ارتباط ممكن بين الواقع والقانون يجب أن يتوفر للقاضي مجموعة من الأدوات القانونية، مادية كانت أم ذهنية، حتى يستطيع القيام بمهمته على أفضل وجه، وهنا يظهر دور المعايير القانونية التي تساعد على تعريف الأفكار بشكل يضمن سهولة ارتباطها وانطباقها على الواقعة المراد تطبيق القانون عليها، فالمعيار إذا هو أداة الربط بين المواقف المراد تكييفها وبين الأفكار القانونية، أي هو همزة الوصل التي تيسر ارتباط الفكرة القانونية على الواقعة المراد بحثها [2].

لقد تضمنت قواعد القانون المدني معيارا تقليديا يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفيا أم لا، وهو معيار العدالة، هذا الأخير يستشف من نص المادة 110 من القانون المدني لما منحت للقاضي سلطة تعديل العقد الذي تم بطريق الإذعان والذي تضمن في بنوده شروطا تعسفية وذلك بإعطاء القاضي مكنة وصلاحية التدخل من أجل تعديل تلك الشروط أو حتى إعفاء الطرف المذعن منها عن طريق إلغائها نهائيا وفقا لما تقضي به قواعد العدالة[3]، إلا أن معيار العدالة العقدية

---

[1]- المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء أكانت ضمن القواعد العامة – القانون المدني- أو ضمن نصوص خاصة، قوانين أو تنظيمات تناولت أحكاما قانونية من شأنها إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية.

[2]- 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، ص 93.

[3]- تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

قد يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية لاختلاف الشعور بالعدالة من قاض لآخر[1]، طالما أن المادة 110 من القانون المدني قد تركت السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2] في إعمال معيار العدالة العقدية من أجل تقرير الطابع التعسفي للشرط.

غير أن القواعد المعاصرة التي سنت من أجل حماية المستهلك من الشروط التعسفية، تضمنت عدة معايير يتم على أساسها تحديد الطابع التعسفي للشرط الوارد في عقد الاستهلاك من عدمه.

لقد تبنى المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، الواردة في الفصل الرابع المتعلق بالشروط التعسفية معيارين يعتمد عليهما في تحديد الطابع التعسفي للشرط، وذلك لما نصت المادة 35 المذكورة أعلاه على أنه تعتبر تعسفية البنود التي: " يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة"، وبالتالي يظهر من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي اعتمد على معيارين يجب تطلبهما لاعتبار الشرط تعسفيا أحدهما شخصي، وهو أن يكون الشرط ناتج عن تعسف المحترف في فرض نفوذه الاقتصادي، والآخر معيار موضوعي وهو معيار الميزة المفرطة أو الفاحشة التي حصل عليها المحترف، أي حصول المحترف على مزايا مفرطة أو مبالغ فيها نتيجة ذلك الشرط[3].

غير أنه وبعد تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي لسنة 1993 السالف الذكر، تخلى عن معياري التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة في تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، وأخذ بمعيار جديد، هو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، نص عليه بموجب المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك المذكورة سابقا، كأساس للكشف عن الطابع التعسفي للشروط الواردة في عقد الاستهلاك، مع الجدير بالذكر في هذا المقام أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي الذي اعتمده المشرع الفرنسي، هو نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة الثالثة الحالة الخامسة من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ليكون بذلك المشرع الجزائري قد بدأ من حيث انتهى المشرع الفرنسي بخصوص مسألة تحديد المعايير القانونية المعتمدة في الكشف عن الطابع التعسفي للشرط التعاقدي.

---

[1]- محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 103.

[2]- الأصل في قاضي الموضوع هو قاضي أول درجة وقاضي الاستئناف، غير أن قاضي الموضوع قد يكون قاضي النقض، وذلك لما تفصل المحكمة العليا بمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني والثالث في حالة عدم تقيد جهة الإحالة بالمسائل التي فصلت فيها المحكمة العليا، وهو ما نصت عليه المادة 374 فقرة 3 و 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث منح المشرع الجزائري للمحكمة العليا ورغم أنها محكمة قانون سلطة الفصل في الموضوع دون إحالة الملف إلى جهة الاستئناف ويكون بذلك قرارها قابلا للتنفيذ طبقا للمادة 374 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]- إبراهيم عبد العزيز داود، **المرجع السابق**، ص 106.

وعليه وانطلاقا من النصوص القانونية الموضوعية الخاصة بحماية المستهلك، نستنتج أن المشرع الفرنسي انتقل بخصوص تحديده للمعايير التي يعتمد عليها القاضي في الكشف عن الطابع التعسفي للشرط التعاقدي في العلاقة الاستهلاكية، من معياري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، وهو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري ابتداء في قانون الاستهلاك، وبالتالي فإن البحث في تلك المعايير ودراستها يكتسي أهمية بالغة باعتبارها الأداة والوسيلة القانونية التي يعتمد عليها القاضي في الكشف عن الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، وسنتطرق في الفرعين التاليين إلى تلك المعايير.

الفرع الأول: المعيار الشخصي والموضوعي لتحديد الشرط التعسفي

نتطرق في هذا الفرع إلى المعيارين اللذان تبناهما المشرع الفرنسي في تحديد الطابع التعسفي للشروط التعاقدية في عقد الاستهلاك بموجب نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، وهما معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية أو ما يعرف بالمعيار الشخصي، ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة كمعيار موضوعي إلى جانب المعيار الشخصي.

أولا: المعيار الشخصي (التعسف في استعمال القوة الاقتصادية)

من خلال التعريف الذي جاءت به المادة 35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات[1]، نستنتج أن المشرع الفرنسي وفي ظل هذا القانون يشترط لإضفاء الطابع التعسفي على الشرط التعاقدي المتنازع حوله بين المستهلك والمحترف، أن يكون ذلك الشرط قد فرض على المستهلك أو غير المحترف بسبب تعسف المحترف في استخدام القوة الاقتصادية[2]، وبالتالي يحصل المحترف على الشرط التعسفي الذي يكون لصالحه ضد المستهلك نتيجة تعسفه في استخدامه لقوته الاقتصادية التي يتمتع بها في مجال اختصاصه.

ولقد تعرض معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للانتقاد "فالمعيار غامض جدا، فإذا كان صحيحا أنه لفرض شرط فاحش، فإنه يجب أن تكون ذا نفوذ. لكن السلطة أو النفوذ ليس مرادفا للقوة أو عظم الشأن، فثمة حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر. بينما ثمة

[1]– تنص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 على ما يلي "في العقود المبرمة بين مهنيين أو غير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرمة، محددة أو منظمة ... الشروط المتعلقة بـ ... حينما تبدو هذه الشروط بأنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين وتقوم على التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي وتؤدي إلى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها".

[2]- " ... lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l’autre partie ... ".

مشروع كبير على المستوى الوطني، لا يمكنه ذلك، لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية" [1].

إذن هذا المعيار بغموضه طرح تساؤلين، الأول هو ما المقصود بالتعسف؟ هل هو تعسف الموقف أم تعسف الحق؟ أما التساؤل الثاني فهو يدور حول ضرورة هذا المعيار، وحول مدى نجاح المشرع الفرنسي في اختياره وتبنيه لتحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي؟.

فعن التساؤل الأول أي ما المقصود بالتعسف، فلقد حاول فريقين الإجابة عنه، حيث ذهب الفريق الأول إلى أن أول ما يتطرق للذهن هو الاعتقاد بأن ثمة عيبا في الرضاء قد حدث، ألا وهو الخشية التي تلحق بالإرادة في عنصرها الاختياري، وبمعنى أكثر وضوحا أن المقصود هو تعسف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، وهو التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة، بمعنى أن تعسف الموقف المستخدم في نطاق الإبرام للتصرفات القانونية يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال استخدامه لوسائل غير أمينة والاستغلال لوضعية الضعف التي يمتاز بها الطرف الآخر، قد أدى بالمتعاقد المتعسف إلى إبرام تصرف قانوني أي عقد يحصل من خلاله على ميزة فاحشة أو مبالغ فيها[2].

أما الفريق الثاني فذهب إلى أن المقصود بالتعسف هنا هو التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة الذي يشكل خطأ تقصيريا يستوجب التعويض، وحجتهم في ذلك راجعة إلى ما تمخض عن المناقشات البرلمانية التي ثارت عند وضع قانون 10 جانفي 1978 المذكور آنفا، بحيث ذهب أحد النواب إلى أن مشروع هذا القانون يحرم على المهني الذي يملي شروطه تجاوز هذه السلطة إضرارا بالمستهلك وهو ما يفيد التعريف التقليدي للتعسف في استخدام الحق، الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية[3]، وهذا يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا، ويرى البعض أن التحرير المنفرد للعقود النموذجية هو اليوم بمثابة ضرورة لا غنى عنها، وأنه ليس واضحا أن هذا التحرير المنفرد أمر مشروع، وإنما يمثل ممارسة لسلطة واقع وليس من حق الشخص وعلى هذا فإنه يبدوا من الصعب في هذه الظروف النظر لتحريم الشروط التعسفية على أنه مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في استعمال الحق، الأمر الذي أدى إلى القول بأن الاستناد على مفهوم تعسف الحق أمر منتقد[4].

---

[1]- Pierre Godé, **Protection des consommateur**, R.T.D.civ, 1978, p 744 et 746.

[2]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 216.

[3]- Jacques Ghestin, **Traité de droit civil, la formation du contrat**, 3ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1990, p 674.

[4]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 216.

أما التساؤل الثاني الذي طرحه هذا المعيار يتعلق بمدى ضرورته؟ إذ يبدو من الوهلة الأولى ومن الناحية النظرية ألا ضرورة لاقتران التعسف الواضح في الشرط بمعيار شخصي وهو التعسف في استخدام القوة الاقتصادية، غير أنه ومن المؤكد أن خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذه الشروط، وإلا فإن البديل هو أن تكون هذه الشروط قد فرضت عليه فرضا، خصوصا وأنه يتم طباعتها وإعدادها مسبقا لينضم إليها المستهلكون[1]، بغض النظر عما يستشعرونه فيها من تعسف أو عدم توازن بين التزاماتهم المقابلة لالتزامات المحترف[2].

وفي هذا الصدد هناك من يرى[3] أن هذا المعيار مبهم وغير واضح لأنه لا يتضمن أي مؤشر يمكن الاستناد إليه لتحسس القوة الاقتصادية للمحترف، الأمر الذي أدى بالبعض إلى التساؤل حول ما إذا كان من الضروري اعتبار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية بمثابة شرط؟ [4]، أي اعتبار هذا المعيار ضروري للكشف عن الطابع التعسفي للبنود الواردة في عقد الاستهلاك.

وأمام عدم تضمن هذ المعيار ما يمكن بواسطته تحسس تعسف النفوذ الاقتصادي حاول الفقه القيام بهذه المهمة واقترح عدة مؤشرات يمكن الاستناد إليها من بينها، الوضعية داخل السوق، ولتوضيح هذا المؤشر من المناسب اللجوء إلى قانون المنافسة، ذلك أن الوضعية الجيدة للمحترف داخل سوق معينة قد تؤدي إلى إعطاءه ميزة الهيمنة أو السيطرة على تلك السوق، بحيث ذهب البعض من الفقه إلى القول بأن التعسف يقدر ابتداء من الوضع المسيطر للمحترف، إذ بحكم السلطة التي يملكها المشروع من واقع نفوذه الاقتصادي يتم تبني تصرفات مستقلة تجاه المنافسين والعملاء والمستهلكين، تجعل صاحب الوضع المسيطر قادر على إبطال تأثير نفوذ خصومهم، وجعلهم مجبرين على الخضوع له، وهو ما يترتب عليه الحصول المحترف على شروط ملائمة بصورة مبالغ فيها، فالتعسف في استخدام التفوق الاقتصادي في نطاق المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط التعاقدية المفروضة[5].

وفي ختام تحليل معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية، الذي اختاره المشرع الفرنسي بموجب المادة 35 من قانون الاستهلاك لسنة 1978 كمعيار لتحديد الطابع التعسفي للشروط التعاقدية، يثور التساؤل حول مدى نجاح المشرع في اختياره لهذا المعيار ؟ وعن مدى جدواه في تحديد طبيعة الشرط التعسفي ؟ سيما

---

[1]– أي أنها عبارة عن عقود إذعان بحيث يذعن المستهلك للشروط التي يضعها المحترف مسبقا بصفة انفرادية ودون أية أمكانية للتفاوض أو المساومة بشأنها، بالشكل الذي لا يكون له سوى الانضمام إليها أو الإحجام عن التعاقد، وهي الفرضية المستبعدة عادة كون أن المستهلك لا يكون له سوى خيار الانضمام والتعاقد لعدم وجود البديل عند محترف آخر.

[2]– عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 141.

[3]- Boris Starck et Henri Rolend et Laurent Boyer, **Droit civil, les obligations**, 2. contrat, 3ème édition Litec, Paris - France, 1989, p 270.

[4]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 218.

[5]– أحمد محمد الرفاعي، **نفس المرجع**، ص 219.

وأن بعض من الفقه شكك في جدوى معيار التفوق الاقتصادي في الوقت الذي يمكن لمصادر أخرى للتفوق والتعسف أن تحدث عدم توازن عقدي، ذلك أن الواقع العملي يكشف أن القوة تتمثل غالبا في قوة السيطرة الفنية والتقنية، التي تمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، ولأنه محترف فله إلمام جيد بالحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، ويعرف ما يجري عليه العمل في إطار حرفته، ويكون دارسا لمدى حاجة المتعاقد وقدراته، ولديه أيضا من الوسائل الكافية بما يمكنه تحديد الالتزامات التي باستطاعته تنفيذها تحديدا دقيقا، فضلا عن قدرته في تحديد الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه[1].

لذلك فالعبرة في فرض الشروط التعسفية ليست القدرة والقوة الاقتصادية فحسب، حيث كان هذا بمثابة حجة لخمس شركات تأمين فرنسية، لما طالبت بإلغاء المادة الأولى من المرسوم التنفيذي الصادر في 24 مارس 1978[2]، معتبرين أن شروط عقود التأمين لم تكن مفروضة عن طريق تعسف التفوق الاقتصادي وهي غير قابلة لأن تكون محل مراقبة طبقا لنص المادة 35 من قانون 1978[3].

كما يلاحظ أن المشرع الفرنسي حينما وضع قانون 1978 لم يتحدث عن فرض حقيقي للتعسف في القوة الاقتصادية، بل مجرد فرض ظاهري لذلك التعسف، حيث جاء في نص المادة 35 أنه : "... متى **يظهر** أن هذه الشروط مفروضة... بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي..."، وما يمكن إضافته في هذا الشأن، هو أن المشرع الفرنسي وبمناسبة تنظيمه للشروط التعسفية لم يتطرق إلى مسألة عبئ إثبات التعسف أي على من يقع عليه عبئ إثبات التعسف أو نفيه، ومنه فهناك[4] من يرى أن إيراد عبارة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بالمادة السابقة لم يكن القصد منه جعله معيارا للشرط التعسفي، وإلا لما سكت المشرع عن بيان كيفية إثباته وطرق نفيه وهي مسألة جوهرية في الخصومة القضائية المنعقدة للفصل في طلب المستهلك الرامي إلى إلغاء الشرط الذي يرى بأنه تعسفي إزائه.

ثانيا: المعيار الموضوعي (الميزة الفاحشة أو المفرطة)

حسب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، فإنه ولكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك شرطا تعسفيا، يجب أن يكون مفروضا من طرف المحترف نتيجة تعسفه في استعمال قوته الاقتصادية التي

---

[1]– حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة، القاهرة– مصر، 1990–1991، ص 270.

[2]– تنص المادة 01 من المرسوم على ما يلي: " الشرط الوارد في أحد البنود العقدية غير المدرجة في العقد الذي وقعه المستهلك يعد تعسفيا".

[3]– أحمد رابحي، **أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن**، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الخامس (جانفي) 2008، ص 354.

[4]– أحمد رابحي، **نفس المرجع**، ص 354.

يتمتع بها هذا من جهة، وهو المعيار الذي تم التطرق إليه أعلاه، على أن يمنح ذلك الشرط ميزة فاحشة أو مفرطة لصالح المحترف، من جهة أخرى.

أن معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة الذي اعتمده المشرع الفرنسي في ظل قانون 10 جانفي 1978 للكشف عن الطابع التعسفي للشروط الواردة في عقود الاستهلاك ما هو إلا نتيجة للمعيار الأول، ذلك أن الميزة الفاحشة هي النتيجة المحصلة من استخدام المحترف لقوته الاقتصادية بطريقة تعسفية، وبالتالي يعتبر المعيار الثاني مرتبطا بالمعيار الأول بعلاقة سببية، أو كما قال البعض: "فإن المشرع قد أعطى تعريفا للتعسف مخصصا إياه بمقدار نتيجته، حيث أن الشرط لن يكون تعسفيا إلا إذا أعطى ميزة فاحشة للمحترف على حساب المستهلك"[1].

غير أن معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة أثار عدة إشكالات قانونية وعملية، حيث كان عرضة لعدة انتقادات فقهية، أهمها أنه معيار غامض وغير محدد الكمية من جهة، ومن جهة أخرى عدم تضمن نص المادة 35 لأي مؤشر يستشف من خلاله طبيعة الميزة ما إن كانت ذات طابع مالي فقط، أم أكثر من ذلك؟ ناهيك عن وجود إشكال آخر يتعلق بكيفية تقدير الميزة، إذ هل ينظر من أجل تقديرها للشرط وحده بشكل منعزل عن باقي الشروط، أم يتعين النظر إلى مجمل العقد بما يحتويه من كافة الشروط؟.

فعن الإشكال الأول، وهو كون معيار الميزة الفاحشة غير محدد الكمية،" ذلك لأن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معينا فهذا المعيار غير محدد برقم معين"[2].

إن النقد الموجه لمعيار الميزة الفاحشة على أساس أن الميزة الفاحشة غير محددة الكمية، كان السبب الذي دفع بواضعي المشروع التمهيدي لقانون 10 جانفي 1978 إلى اقتراح معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات كمعيار وحيد لتحديد الشرط التعسفي، غير أن معيار الميزة الفاحشة حل محل معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات، حيث استبعدت آنذاك صيغة عدم التوازن الظاهر كمعيار وحيد لأنها كانت تثير وبشكل قوي مسألة الغبن، أما صياغة الميزة الفاحشة فهي لا تثير مسألة الغبن وإنما تقترب منها فقط، ذلك أن نص المادة 35 اشتمل على عنصر شخصي أي التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من اجل فرض شروط معينة، وعنصر موضوعي أي الميزة الفاحشة التي ترتبها تلك الشروط، وكما هو معروف فإن القواعد العامة – نصوص القانون المدني – التي تحكم مسألة الغبن كأحد عيوب الإرادة[3] تتطلب توافر

---

[1]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 220.

[2]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 129.

[3]– نقصد في هذا الصدد الغبن الناتج عن الاستغلال كأحد عيوب الإرادة والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 98 من القانون المدني، لكونه يتطلب عنصرين الأول شخصي وهو استغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح لصيق بشخصية المتعاقد معه ذلك الاستغلال يؤدي إلى إحداث غبن أي عدم توازن واضح بين التزامات المتعاقدين، على خلاف أحكام الغبن الأخرى كما هو الحال بالنسبة

هذين العنصرين، أي العنصر الشخصي وهو استغلال طيش بين أو هوى جامح في شخصية المتعاقد معه، من أجل الحصول فائدة تفوق التي حصل عليها هذا الأخير[1].

إذن الميزة الفاحشة التي أوجدها معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من طرف المحترف لها نفس معنى الغبن تقريبا، فالفكرتين ترتبان لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، حيث يؤديان إلى إخلال التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين[2]، لكن هناك اختلاف بين الفكرتين أي فكرة الغبن وفكرة الميزة الفاحشة، وهذا الاختلاف يكمن في محل التعسف، الذي هو في الغبن ينصب على الثمن، بينما الميزة الفاحشة للشرط تنصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة[3]، وهذه الشروط لا تنصب على الثمن فقط، وإنما تتعدى ذلك إلى الشروط التي ليست ذات طابع مالي.

وهذه الفكرة الأخيرة أثارت بدورها إشكالا في البداية يرجع إلى كون معيار الميزة الفاحشة ينصب على عدم التوازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات، لكن ما هي طبيعة عدم التوازن هذا؟.

يرى البعض أنه من الطبيعي أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي، وهي تكون كذلك حينما يتعلق الشرط المعني بمبلغ الثمن أو نماذج الدفع، لكن ليس من الضروري أن تكون الميزة دائما ذات طابع مالي فالشروط التي عددتها المادة 35 والتي تتعلق بجوهر الشيء أو التسليم أو عبئ المخاطر أو شروط التنفيذ...إلخ هي ليست ذات طابع مالي، إذن فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة[4].

أما الإشكال الثاني الذي طرحه معيار الميزة الفاحشة، يتعلق بكيفية تقدير هذه الميزة، وهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمحترف منعزلا عن غيره من الشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك المعني، أم أنه يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها؟.

إذ من الحكمة أن لا يتسرع القاضي في إضفاء الطابع التعسفي على الشرط، لمجرد منحه بعض المزايا للمحترف، ذلك أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجها لإعطاء المستهلك من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله[5].

للغبن في العقار المبيع، الذي لا يشترط العنصر الشخصي، بل يكتفي لتحققه على عنصر موضوعي أي مادي فقط حدد مقداره المشرع الجزائري في المادة 358 من القانون المدني بالغبن الذي يزيد عن الخمس.

[1]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 221.

[2]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 130.

[3]– زبيري بن قويدر، **المرجع السابق**، ص 95.

[4]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 222.

[5]– عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 140.

لهذا يسلم البعض[1]، " بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشروط العقدية"، أي وجوب النظر إلى جميع الشروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن الشرط إذا نظر إليه بصفة منفردة قد يبدوا تعسفيا، إلا أنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.

ومنه يتضح جليا بأن معيار الميزة الفاحشة قد أثار نوعا من اللبس والغموض لعدم وجود حد أقصى أو سقف تكون بعده الفائدة مفرطة أو مجحفة، وهو أمر قد يؤدي إلى منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تحديد الطابع التعسفي بالاعتماد على معيار الميزة الفاحشة، ومن ثم تحكم القضاء في ضبط معيار الميزة الفاحشة، ومنه التحكم في تحديد مفهوم التعسف الذي يطال الشروط التعاقدية بين المستهلك والمحترف، ذلك أنه وابتداء من سنة 1991 اعترفت محكمة النقض الفرنسية لقاضي الموضوع فيما يتعلق بمعايير التعسف، وكرد فعل على ذلك اقترحت لجنة حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلغاء معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية وبالتبعية له معيار الميزة الفاحشة، بحيث يكون تعريف الشرط التعسفي واسعا ويتيح للجان التدخل بحرية في تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقود المبرمة بين المستهلكين المحترفين[2].

ولقد تزامنت تلك الاقتراحات مع صدور التوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية الذي تبنى تعريفا للشرط التعسفي على أساس معيار آخر وهو معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد[3] واستجابة للتوجيه الأوروبي، فقد تدارك المشرع الفرنسي النقص الذي كان يطبع قانون 1978 فيما يتعلق بمعايير تحديد الطابع التعسفي للشروط، ذلك النقص الذي ظهر من خلال الإشكالات القانونية والعملية التي طرحها معياري التعسف في استخدام القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة، بحيث تم تعديل المادة L 132-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بموجب القانون رقم 95-96 ومنه تم اعتماد معيار جديد وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، كمعيار وحيد لتقدير الطابع التعسفي للشرط، وهو المعيار الذي أبقى عليه المشرع الفرنسي في ظل الأمر رقم 2016-301[4]، على أن يقدر الطابع التعسفي للشرط بالاستناد – وقت ابرام العقد – على جميع الظروف المحيطة بإبرامه وبالنظر لباقي الشروط الأخرى، وبالرجوع أيضا إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذان العقدين يخضع فيهما أحدهما قانونا للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع[5].

---

[1]– أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 222.

[2]– إبراهيم عبد العزيز داود، **المرجع السابق**، ص 107.

[3]– إبراهيم عبد العزيز داود، **نفس المرجع**، ص 108.

[4]– المؤرخ في 14 مارس 2016.

[5]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 130.

والمشرع الجزائري بدوره ذهب إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه على أنه كذلك وهو منفرد، بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، أي ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد (المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02).

وهذا الحل يبدوا صالحا من الناحية النظرية إلا أنه يواجه صعوبات عملية، فكيف يتم حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة؟ فهل يتوازن العقد الذي ورد به تقييد لمسؤولية المحترف لأنه يعطي المستهلك الحق في الفسخ بإرادته المنفردة؟ وفي أي مدى وفي ظل أي حدود يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات؟[1].

حاول البعض الإجابة على هذا الإشكال، بالقول بأنه رغم ذلك يبقى العقد كلا واحدا منصوص فيه على شروط عديدة، ولتقدير الطابع التعسفي لشرط ما، فلا بد ومن الضروري الأخذ في الاعتبار الأداءات المتبادلة بين الطرفان في مجموعها، من أجل التحقق من عدم التوازن العقدي، ويكون الشرط تعسفيا إذا كان يؤدي إلى عدم توازن في مبادئ العقد والوصول إلى تلك النتيجة أمر منوط بالقاضي الفاصل في النزاع[2].

هذان هما المعياران اللذان وضعهما المشرع الفرنسي في قانون 10 جانفي 1978، المذكور سابقا لتحديد ما إذا كان الشرط يعد تعسفيا أم لا، وهما معياران مرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة ويمكن من خلالهما إعادة التوازن لمضمون العقد[3].

غير أن المشرع الفرنسي ومنذ التعديل الذي مس تقنين الاستهلاك في سنة 1995 تبنى معيارا جديدا، هذا الأخير أخذ به المشرع الجزائري أيضا، وهو المعيار الموالي.

الفرع الثاني: الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات كمعيار وحيد لتحديد الشرط التعسفي

لقد سبق الإشارة إلى أن المشروع المبدئي المقدم من الحكومة الفرنسية، والمتعلق بمشروع قانون 10 جانفي 1978، تضمن معيار عدم التوازن الظاهر بين الالتزامات كمعيار وحيد لتحديد الطابع التعسفي للشرط وهو المعيار الذي استبعد وحل محله معيار الميزة الفاحشة، غير أن الملاحظ على مستوى التشريع الفرنسي في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية بخصوص تحديد الطابع التعسفي للشروط أن الاعتماد على معيار الميزة الفاحشة لم يدم طويلا، إذ أن المشرع الفرنسي رجع ليأخذ بالمعيار الذي كان قد ورد في المشروع المقدم من الحكومة وهو معيار" الإخلال الظاهر بالتوازن " والذي استمده بعد تبنيه للتوجيه الأوروبي لسنة 1993 الخاصة بالشروط التعسفية.

---

[1]- عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 140.

[2]- محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 117.

[3]- أحمد محمد الرفاعي، **المرجع السابق**، ص 223.

لقد نص المشرع الفرنسي على معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات في المادة L 1132-1/، التي حلت مكانها المادة L 212-1/1 من تقنين الاستهلاك لسنة 2016، إلا أن البعض رأى في هذا الصدد أن هذا المعيار ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، أي أن مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أن الاختلاف يكمن فقط في التسمية.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ أيضا بهذا المعيار، ويظهر ذلك من خلال نص المادة الثالثة الحالة الخامسة من القانون رقم 04-02 السابق الذكر، حيث تعتبر المادة شرطا ما على أنه تعسفي متى كان من شأنه" الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطرف العقد".

وعندما نسلم بأن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فإن ما سبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بتوازن بالالتزامات، سواء في القانون الفرنسي أو القانون الجزائري، إضافة إلى ذلك فإن ما يتعلق بالإشكال الذي طرحه معيار الميزة المفرطة بشأن اقترابه من فكرة الغبن، هو نفس الإشكال الذي طرح أيضا بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر، إذ أن هذا الأخير "لا يعدوا بدوره أن يكون مجرد تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة[1] ".

لكن هذا الإشكال لم يدم على حاله، حيث ذهب المشرع الفرنسي وللتأكيد على الاختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر وفكرة الغبن، إلى إضافة فقرة سابعة إلى المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك[2]، هذه الفقرة نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد من المشرع على أن الهدف من المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة[3].

وفي مقابل المشرع الفرنسي، سكت المشرع الجزائري عن هذه الحالة، وهو ما يبقي على إشكال اقتراب معيار الإخلال الظاهر بتوازن بالالتزامات من فكرة الغبن في القانون الجزائري.

والجدير بالذكر أن التوجيه الأوربي لسنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية قد تبنى بصدد تعريفه للشروط التعسفية معيارين، الأول يتعلق بعدم التوازن الظاهر في الحقوق والالتزامات لطرفي العقد، والثاني يتعلق بمعيار المفاوضة الفردية[4] والتي ركز عليه التوجيه الأوربي كعنصر أساسي في تحديد الشروط

[1]- محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 133.

[2] - وهو نفس نص المادة L 212-1/ 3 من تقنين الاستهلاك لسنة 2016.

[3]- محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 134.

[4]- إذ يشترط التوجيه الأوروبي من أجل إضفاء الطابع التعسفي على أحد الشروط التعاقدية توفر معيار المفاوضة الفردية، أي انفراد المحترف بوضع شروط وبنود العقد، مع عدم منح المستهلك مكنة التفاوض معه حول تلك الشروط، و بناء على ذلك وحسب ما نص عليه

التعسفية، غير أن المشرع الفرنسي لم ينقل عن التوجيه الأوربي سوى معيار عدم التوازن الظاهر بين طرفي العقد في الحقوق والواجبات، مغفلا بذلك معيار المفاوضة[1]، أي أنه لم ينقل نقلا حرفيا ما تضمنه التوجيه الأوربي، وتحقيقا لذلك جرى تعديل المادة L 132-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وسيرا على نفس المنهج قامت بعض الدول الأوربية بتبني معيار عدم التوازن العقدي في تحديد الشروط التعسفية[2].

خلاصة الفصل الأول

في ختام هذا الفصل نخلص إلى القول أن القاضي وبعدما يقوم بتحديد عقد الاستهلاك المعني بالحماية من الشروط التعسفية وذلك بعد حصره لأشخاص العقد وهما المستهلك والمحترف وتحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستهلاك الذي يشترط أن يكون عقد إذعان حتى يكون مشمولا بالحماية من الشروط التعسفية وفقا للتشريع الوطني، ومعاينة الشرط التعسفي الذي من شأنه أن يحدث اخلالا ظاهرا في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، يتدخل عن طريق إعمال النصوص القانونية الموضوعية من أجل منح حماية للمستهلك إزاء تلك الشروط، بحيث يمكنه حينئذ الاستناد على الأحكام العامة التي ينص عليها القانون المدني، أو الاستناد على الأحكام الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك من التعسف التعاقدي الصادر عن المحترف، وهو ما سنتولى دراسته في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

التوجيه الأوربي في مجال الشروط التعسفية، فإن معيار عدم التوازن الظاهر بين طرفي العقد في الحقوق والواجبات غير كافي لمنح المستهلك الحماية في حالة ما إذا أبرم العقد عن طريق المساومة، أي خضع للتفاوض الحر بين المستهلك والمحترف.

[1]- وحسنا فعل المشرع الفرنسي لما اعتمد على معيار واحد لتحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، وهو معيار عدم التوازن الظاهر بين طرفي العقد في الحقوق والواجبات دون معيار المفاوضة الفردية، ذلك مصدر الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك راجع إلى التفوق التقني للمحترف في مجال اختصاصه، مقارنة بمركز المستهلك وعدم إلمامه الكافي بالمعلومات التقنية وحتى القانونية لموضوع العقد، بما يجعله في مركز ضعف، ومن ثم تكون إرادته مستعدة دائما لقبول شروط معينة قد تتسم بالطابع التعسفي بالرغم من أنه تفاوض عليها مع المحترف بكل حرية قبل التعاقد.

[2]- إبراهيم عبد العزيز داود، **المرجع السابق**، ص 110، 111.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية

رأينا في الفصل الأول من هذه المذكرة أن القاضي ومتى كان بصدد الفصل في منازعة باشرها المستهلك ضد المحترف للمطالبة بإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، تلك الشروط الناتجة عن القوة الاقتصادية والتقنية للمحترف، وذلك بالاعتماد على أحكام البنود التعسفية كألية لإعادة التوازن العقدي، بأنه مدعو ومطالب في مرحلة أولى إلى التحقق من أن العقد الذي نشأ بشأنه ذلك النزاع هو عقد استهلاك، وذلك بعد تحديد العقود المعنية بالحماية من الشروط التعسفية، انطلاقا من حصر أشخاص العلاقة التعاقدية آلا وهما المستهلك كطرف متعاقد أول والمحترف كطرف متعاقد ثاني، مع تحديد طبيعة ذلك العقد ما إن كان عقد إذعان أم عقد مساومة، ثم البحث في طبيعة الشروط التي يتضمنها ذلك العقد، من حيث ما إن كانت تتسم بالطابع التعسفي ومن شأنها إحداث اختلال في التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية.

وبعدما يتحقق القاضي من توافر جميع تلك العناصر فإنه مدعو وفي مرحلة ثانية إلى إعمال السلطة التي منحها له المشرع، آلا وهي التدخل من أجل إعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية عن طريق إلغاء الشروط التعسفية مباشرة من العقد، سواء رفع النزاع ابتداء من طرف المستهلك لإلغاء تلك الشروط، أو يكون قد رفع من طرف المحترف للإلزام المستهلك بتنفيذ شروط العقد.

أن سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية الناتجة عن القوة الاقتصادية والتقنية للمحترف إزاء المستهلك، يستمدها من أحكام القانون، والتي قد تكون عبارة عن قواعد عامة (المبحث الأول)، وقد يستمدها من نصوص خاصة تم سنها خصيصا لحماية طائفة معينة من التعسف التعاقدي وهي طائفة المستهلكين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إعادة التوازن العقدي بالاستناد على الأحكام العامة

من المسلم به أن القواعد العامة[1]، تضمنت في نصوص متفرقة، مجموعة من القواعد القانونية التي تتضمن آليات وميكانزمات وضعها المشرع خصيصا من أجل حماية المتعاقد من الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي، عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه.

وعلى غرار باقي التشريعات حاول المشرع الجزائري في القانون المدني الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، نظرا لمظاهر الإجحاف والظلم التي كانت وماتزال تتولد عن مشكلة اختلال التوازن العقدي الناتج عن استغلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية لضعف أو جهل أو عدم خبرة الطرف الآخر لدرجة أنه أصبح يفرض عليه شروطا ظالمة تتسم بالطابع التعسفي ولا تخدم سوى مصالحه، بحيث جاء المشرع ضمن القانون المدني بقواعد تعمل على استبعاد تلك الشروط التعسفية.

غير أن تلك القواعد ومن باب التوضيح قد سنت من أجل حماية الطرف الضعيف عموما في العلاقة التعاقدية بصرف النظر عن صفته، سواء كان محترفا أو مستهلكا، ولم تكن موجهة لحماية فئة معينة بذاتها[2]، إذن فالقواعد العامة منحت الحماية من الشروط التعسفية إلى أي طرف متعاقد يكون قد تضرر بسبب قيام الطرف الآخر بإدراج أحد الشروط المغايرة للقانون في العقد المبرم بينهما، ونتيجة لذلك لم يضطر لا المشرع ولا القضاء ولا الفقه، إلى القيام بتعريف أحد هؤلاء المتعاقدين، طالما لا فائدة مرجوة من ذلك في ظل القواعد العامة، باعتبار أن الحماية في ظلها من الشروط التعسفية تمتد إلى الجميع، بما فيهم المستهلكين.

وإذا حللنا الوضع من الناحية الواقعية، استخلصنا أن المحترف وفي أغلب الحالات له القدرة والدراية الكافيتين ليحمي نفسه من الشروط التعسفية، حتى ولو كان في مركز اقتصادي ضعيف بالمقارنة مع مركز الطرف المقابل، وذلك بأن يتجنب إدراج مثل تلك الشروط في العقود التي يكون طرفا فيها، وعلى النقيض من ذلك فإن المستهلك لطالما وقع ضحية هذه الشروط الجائرة، لذا درج القضاء على حمايته بمناسبة نظره الدعوى التي يرفعها هذا الأخير لمكافحة تلك الشروط.

وانطلاقا من ذلك، يتبين جليا أن القاضي وفي إطار الفصل في النزاع الذي يتعلق موضوعه بإعادة التوازن العقدي، يمكنه الاستناد على الأحكام العامة الموجودة في القانون المدني، لاحتوائه على بعض القواعد التي حاولت إحاطة الطرف الضعيف وهو في أغلب الأحيان المستهلك بنوع من الحماية، البعض من

[1]– أي أحكام القانون المدني.

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

تلك القواعد مرتبط بشروط صحة العقد، وهي نظريتي السبب والغبن (المطلب الأول) إضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بأحكام عقد الإذعان ومبدأ حسن النية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظريتا السبب والغبن لإعادة التوازن العقدي

في إطار البحث عن الأحكام القانونية التي يستند عليها القاضي من أجل منح المستهلك حماية من الشروط التعسفية بإعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفا عقد الاستهلاك، هناك آليات قانونية وردت ضمن الشريعة العامة[1]، يمكن للقاضي إعمالها من أجل تحقيق بعض الحماية للمستهلك، وذلك بإبطال الشروط التي تحمل في طياتها الطابع التعسفي وتؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات طرفا العقد.

فغياب السبب[2]، مكن القضاء من إبطال بعض الشروط الأكثر فداحة (الفرع الأول)، أما عيوب الرضا وبالتحديد الغبن الناتج عن الاستغلال[3]، فله وإلى حد ما دور وإن كان ضئيلا في تصحيح بعض إساءات الاستعمال التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة عموما، وبين المحترف والمستهلك خصوصا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي

بداية تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي، يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد يكون قد تضرر من أحد تلك الشروط، سواء كان محترف أو مستهلك، وبالتالي يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من الشروط التعسفية في العقود بشكل عام، وفي عقود الاستهلاك بشكل خاص.

والجدير بالذكر أيضا، أن البطلان لغياب السبب لم يكن مطبق من حيث المبدأ على الشروط التي لا تتضمن مقابلا خاصا، وكأن الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي لكي يصلح غياب السبب كسند عام لإبطال الشروط المفرطة، أو على الأقل البعض منها، عن طريق قبول الاجتهاد لوجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، في عقد ملزم للطرفين وهذه الطريقة في التعليل أي وجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، تتيح في الواقع، إلغاء الشروط التحديدية للمسؤولية غير المعوض عنها بتخفيض مناسب في الثمن[4]

---

[1]– أحكام القانون المدني في شقه المتعلق بالالتزامات التعاقدية.

[2]– الذي يعد أحد أركان العقد إلى جانب كل من التراضي والمحل وركن الشكل في العقود الشكلية، ولقد نص عليه المشرع الجزائري على السبب كأحد أركان العقد في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري.

[3]– المنصوص عليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

[4]– جاك غستان، **المرجع السابق**، ص 993 ، 994.

غير أن نظرية السبب ينازعها اتجاهين فقهيين – تقليدي وحديث– بحيث يؤدي الاستناد التشريعي إلى أحد هذين الاتجاهين إلى تقرير ما إذا كان بإمكان القاضي الاعتماد على نظرية السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية أم لا.

أولا: الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب

إن نظرية السبب وإن كانت من المسائل الشائعة والمعروفة ومن أكثرها تعرضا للدراسة والبحث، إلا أنها من المسائل الأكثر تعقيدا[1]، ولعل مرد ذلك هو التنازع الفقهي الذي ثار حول السبب كأحد أركان العقد ذلك أن هذا الأخير تحكمه نظريتين، الأولى تقليدية، وهي نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية[2] هو التزام كل من المتعاقدين، فكل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر، والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع في حد ذاتها أي نية إسداء الجميل إلى المتبرع له، في حين يكمن السبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل.

ولما كانت النظرية التقليدية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل، فإن عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، مما يؤدي إلى بطلان العقد[3].

إن أهم نقد وجه للنظرية التقليدية يكمن في إنها أخلطت بين السبب والمحل، إذ يقول Planyol أن العقد يحتوي على ركنين فقط هما التراضي والمحل إلى جانب الشكلية في بعض العقود، وبالتالي كيف يمكن أن نكون بصدد ركن السبب في حين أن السبب والمحل ينشأن في وقت واحد[4].

ونتيجة للانتقادات التي طالت النظرية التقليدية ظهرت النظرية الحديثة للسبب التي ابتدعها الفقهاء الكنسيين في القرون الوسطى، والتي ترى بأن السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، الذي يختلف باختلاف العقود وباختلاف الأشخاص ويعتبر خارجا عن العقد[5].

لقد تباينت التشريعات من حيث الميل لإحدى النظريات التي تحكم ركن السبب – النظرية التقليدية والنظرية الحديثة – وهو ما يتيح الفصل في إمكان أو عدم إمكان إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشروط التعسفية في كل من هذه التشريعات، وذلك حسب النظرية التي أخذت بها.

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 10.

[2]– أو ما يصطلح على تسميته بعقود المعاوضة.

[3]- Jean Carbonnier, **Droit civil, les obligations**, Presses universitaires de France, France, 1979, p 210.

[4]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[5]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 73.

ففي القانون المدني الفرنسي تنص المادة 1131 على أن: "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع"[1]. ونصت المادة 1132 على أن: "الاتفاق يكون صحيحا ولو لم يذكر سببه". كما نصت المادة 1133 على أن: "السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون، أو إذا كان مخالفا للآداب أو للنظام العام".

فمن خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع الفرنسي أخذ بالنظرية التقليدية للسبب، والتي تشترط أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا، ومعنى ذلك أن يكون لكل التزام سبب معين، وأن كل التزام ليس له سبب، يكون التزاما غير قائم ولا أثر له، وأن قيام السبب يستمر في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه بالوفاء بما تضمنه من التزامات.

أما القضاء الفرنسي فلم يتقيد بالنظرية التقليدية واتجه نحو فكرة السبب بالمعنى الباعث الدافع للتعاقد وأخذ يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث الدافع إلى انعقادها غير مشروع[2].

وقد نقل التقنين المدني المصري القديم عن التقنين الفرنسي تلك النصوص بعد أن صاغها في نص واحد، حيث نصت المادتان 94 و 148 من التقنين المدني المصري القديم على أنه: "يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا"[3].

وقد جاء القانون المدني المصري الجديد، فنص بالمادة 136 منه على أن السبب ركن في الالتزام لا في العقد، لما نصت على وجوب أن يكون للالتزام سبب، وبصدد هذا النص انقسم الفقه في مصر فقالت أغلبيته بأن القانون المدني الجديد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب واعتبره هو الباعث الدافع للتعاقد، حيث كان على رأس هذه الأغلبية الأستاذ السنهوري، بينما تمسكت أقلية من الفقه بالنظرية التقليدية في ظل القانون المصري الجديد، وقالت أن السبب ركن في الالتزام، في حين ذهبت أقلية ثانية من الفقهاء في مصر إلى القول بازدواجية السبب فيكون للالتزام سبب بالمعنى التقليدي، وللعقد سبب بالمعنى الحديث وهو الباعث الدفاع، وهذا ما أخذ به القانون اللبناني[4].

وبالنسبة للقانون الجزائري فهناك من يرى[5]، أن القانون المدني وفي ظل المادتين 97 و 98 منه قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب واعتبره الباعث الدافع إلى التعاقد، وإن كان هذا الرأي نفسه يسلم بأن المشرع الجزائري قد تأثر هو الآخر بمذهب ازدواجية السبب الذي نادى به البعض من الفقهاء في مصر، تأسيسا

---

[1]- «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet».

[2]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 74.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**، ص 477.

[4]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 75.

[5]– علي علي سليمان، **نفس المرجع**، ص 75 ، 76.

على أن المشرع الجزائري وبعد أن أسند السبب إلى العقد في المادة 97 عاد فأسنده إلى الالتزام في المادة 98 فقرة 1 التي تنص على أن: "كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا، مالم يقم الدليل على غير ذلك" غير أنه عاد فأسند السبب إلى العقد في الفقرة الثانية من ذات المادة التي بنصها "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك"[1].

إن النظرية الحديثة للسبب لا تخدم مجال الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية كونها لا تأخذ بعين الاعتبار إلا بالباعث أو الدافع للتعاقد، ولأن المتعاقد والذي قد يكون المستهلك له دائما باعث أو دافع إلى التعاقد، فإن ذلك يجعل من النظرية الحديثة للسبب لا تتماشى مع فكرة غياب أو انعدام السبب التي يمكن الاعتماد عليها في حمايته من الشروط التعسفية، طالما أن فكرة غياب أو انعدام السبب هي التي تنادي بها النظرية التقليدية.

ويقصد بالسبب الذي أخذت به النظرية التقليدية، الهدف المباشر أو السبب القصدي الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود، إذ يعتبر عنصرا لا ينفصل عن العقد، فهو بمعناه التقليدي داخلي في العقد لأن سبب التزام كل من طرفي العقد هو سبب التزام الطرف الآخر، ومنه فالالتزام يفقد سببه إذا غاب المقابل كما أنه موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم وأهدافه، وأخيرا فهو لا يتغير بتغير البواعث والدوافع فهو السبب المجرد[2].

ففي العقود التبادلية يولد العقد التزامات متبادلة على عاتق الطرفين، بحيث يكون سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، وبالرجوع إلى عقد البيع مثلا باعتباره عقدا تبادليا، نجد أن الغرض المباشر الذي يقصد إليه البائع من جراء ابرامه للعقد هو قبض الثمن، أما الغرض الذي يقصد إليه المشتري من العقد يكمن في الحصول على المبيع للانتفاع به، وعليه يكون سبب التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه هو التزام المشتري بدفع الثمن، وعلى العكس تماما فإن سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية وتسليمه للمبيع، وهذا هو الشأن لكل عقد بيع، وبصفة عامة ينطبق هذا الحكم على كل العقود الملزمة للجانبين.

إن الترابط بين الالتزامات التعاقدية يجد مبرره في سبب الالتزام، فمتى أحجم أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، أمكن للمتعاقد الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزاماته بالاستناد إلى نظرية السبب، فسبب الالتزام الذي يكمن في وجود الالتزام المقابل، إنما يستعمل كوسيلة لتصنيف العقود، لأن غياب الالتزام المقابل يستتبعه بطلان العقد، إلا إذا تبين للقاضي أن العقد قد تم بنية التبرع، فيقوم عندها بإعطاء العقد الوصف

[1]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 75.

[2]– محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 68.

القانوني الصحيح على أنه من عقود التبرع، ذلك أن سبب الالتزام في عقود التبرع يكمن في نية التبرع في حد ذاتها، ومنه فغياب سبب الالتزام يعني غيابا لنية التبرع الأمر الذي يترتب عليه كذلك بطلان العقد[1].

وهكذا يظهر أن المفهوم التقليدي للسبب يأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يقع عليه التزام، ذلك أن الشخص من طبعه ومن تكوينه الاجتماعي لا يلتزم بمبادلة إلا لتحقيق منفعة معينة له، وإلا فإن ذمته المالية ستفقر لا محالة ويثرى البعض الآخر على حسابه في حالة عدم وجود المقابل من التعاقد، ذلك أن عدالة المعاوضات أساس العقد[2].

وسنتولى فيما يلي تبيان كيفية التطبيق القضائي لنظرية السبب في مجال مكافحة الشروط التعسفية.

ثانيا: اعتماد القاضي على نظرية السبب لإلغاء الشروط التعسفية

لكي يعتمد القاضي على نظرية السبب من أجل إعادة التوازن العقدي بإبعاد الشروط التعسفية عليه التسليم بفكرة انعدام السبب[3] باعتبارها آلية قانونية تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب، والتي ترى بأن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، وتأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يترتب في ذمته التزام ما، وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وفي مجال الشروط التعسفية فإن الشرط التعسفي غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس ألا يمكن للقاضي تقرير بطلان ذلك الالتزام لغياب السبب[4].

لقد نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، وبالتالي وانطلاقا من هذا النص نستنتج أن كل التزام ليس له سبب يكون التزاما باطلا ولا أثر له، الأمر الذي يتيح للقاضي إمكانية إلغاء أو إبطال أي شرط تعسفي يحمل المستهلك التزاما ليس له سبب أي لا يقابله التزام في ذمة المحترف، بالاعتماد على فكرة انعدام السبب كآلية قانونية لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، والتي تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب.

وإن كان اعتماد القاضي في فرنسا على آلية انعدام السبب لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية لا يثير أي صعوبة، طالما أن المشرع الفرنسي قد أخذ بالنظرية التقليدية للسبب عند صياغته لنص

---

[1]– أحمد محمد ديب حجال، **القواسم المشتركة لعيوب الرضى، دراسة مقارنة**، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، 2006، ص 307 ، 308.

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 12.

[3]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 56.

[4]- Hélène Bricks, **Les clauses abusives**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France 1982, p 28.

المادة 1131 من القانون المدني، التي تنص على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب وتشترط أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا، فإنه وفي ظل أحكام السبب المقررة في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري، والتي لا تشترط فيه إلا شرط واحد فقط وهو أن يكون مشروعا، فإن إمكانية استناد القاضي الوطني على آلية انعدام السبب لإلغاء الشروط التعسفية ومنح حماية للمستهلك إزائها، يحتاج إلى اجتهاد قضائي فاصل يسلم بفكرة انعدام السبب التي تجد أساسها في النظرية التقليدية، وهو الاجتهاد الذي قد يلقى وفي حال صدوره ترحيبا من جانب الرأي الفقهي[1] الذي يقول بازدواجية السبب في القانون المدني الجزائري، أي سبب العقد بالمعنى الحديث وسبب للالتزام بالمعنى التقليدي.

ولخلو القضاء الوطني لحد الآن من أحكام تستند على فكرة غياب السبب لاستبعاد الشروط التعسفية[2] سنحاول استعراض بعض التطبيقات القضائية الفرنسية لنظرية السبب في مجال إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، والتي تستند على ضرورة وجود السبب في الالتزام.

ففي محاولة لتحقيق التوازن العقدي، ظهر في فرنسا في السبعينات اتجاه قضائي، يعتمد على غياب السبب لإبطال الشروط المفرطة التي يكون من نتيجتها إعطاء أحد المتعاقدين والذي حرر الشرط نفعا غير مشروع لأنه مجرد من المقابل[3]، ويؤدي إعماله إلى إحداث اختلال كبير في التوازن العقدي، خاصة تلك الشروط التي ترمي إلى استبعاد أو تحديد مسؤولية أحد المتعاقدين[4].

وقد جرى قبول هذا الحل أولا في مادة التأمين، حيث قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية[5] وتراجعا منها عن اجتهادها السابق، بأن الشرط الوارد في عقود التأمين والذي يشترط أن لا تكون مضمونة إلا المطالب الحاصلة[6] خلال مدة صلاحية وثيقة التأمين، هو شرط تعسفي باطل، حيث أسست محكمة

---

[1]– علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 201، 202.

[2]– حيث لم نعثر خلال مرحلة إعداد هذا البحث على أي حكم أو قرار قضائي صادر عن القضاء الوطني يتعلق موضوعه بإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية بالاعتماد على نظرية السبب.

[3]– درماش بن عزوز، **نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ص 86.

[4]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع السابق**، ص 54.

[5]– ثلاثة قرارت صادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1990، مشار اليها في مؤلف: جاك غستان، **المرجع السابق**، ص 995.

[6]– سواء أكانت مطالب ودية أم قضائية، بحيث يلقي هذا الشرط في ذمة المؤمن له التزام مطالبة شركة التأمين بضمان الخطر المؤمن عليه أثناء سريان مدة العقد، فمتى انقضت المدة وحسب هذا الشرط فإنه لا يحق للمؤمن له مطالبة شركة التأمين بإعمال الضمان حتى ولو وقع الخطر المؤمن عليه أثناء سريان مدة عقد التأمين، وهذا الشرط الذي كانت تضعه شركات التأمين في فرنسا يشبه إلى حد ما الشرط الذي وضعته الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في الجزائر، للمطالبة القضائية بإعادة تكييف علاقة العمل من محددة المدة إلى غير محددة المدة لمخالفة العقد أحكام المادة 12 من القانون 90–11، وذلك في اجتهادها الذي درجت عليه منذ قراراها الصادر عن الغرفة الاجتماعية القسم الأول بتاريخ 2008/12/03 ملف رقم 462015، إذ كرست من خلاله شرط وجوب رفع دعوى إعادة تكييف عقد العمل المحدد المدة لمخالفته أحكام المادة 12 من القانون 90–11 إلى عقد عمل غير محدد المدة أثناء سريان العقد محل طلب إعادة

النقض قضاءها، على أن التزام المؤمن له بتسديد أقساط التأمين للمؤمن خلال الفترة الواقعة بين بدء سريان عقد التأمين وانتهائه، يقابله بالضرورة التزام المؤمن بضمان الأضرار التي يكون مصدرها أحد الأخطار المبينة في العقد والحاصلة خلال فترة سريانه، وبالتالي فإن الاشتراط الوارد في وثيقة التأمين والذي بمقتضاه لا يضمن المؤمن الضرر إلا إذا كانت مطالبة الضحية قد قدمت خلال فترة العمل بالعقد، من شأنه حرمان المؤمن له من فائدة التأمين بسبب واقعة غير منسوبة إليه وإلى إنشاء منفعة غير مشروعة لكونها مجردة من السبب لصالح المؤمن الذي كان قد استولى على أقساط التأمين بدون مقابل[1].

وفي قرار آخر استنتجت الغرفة التجارية لمحكمة النقض[2]، أنه يقتضي أن يعتبر شرط عقد التأمين الذي بمقتضاه يكون ضمان أضرار كهذه ساريا بعد فسخ عقد التأمين مقابل دفع أقساط لاحقة في بعض الحالات غير مكتوب، أي شرط تعسفي باطل، لأن القسط الإضافي اللاحق في مثل هذه الحالة هو في الواقع مجرد من أي مقابل يكون قد يحصل عليه المؤمن له وبالتالي فهو مجرد من السبب.

وفي ذات السياق فقد قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1986 أن الآونة أو الوقت الذي ينبغي فيه تقدير غياب السبب، هو وقت تكوين العقد، بمعنى ينبغي تقدير سبب الالتزام عند تكوين العقد[3].

وتوالت القرارات المماثلة في القضاء الفرنسي، والتي تعتمد على فكرة غياب السبب لإبطال الشروط التعسفية، على أن أهم قرار على الإطلاق والذي أثار جدلا فقهيا، هو القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 22 أكتوبر 1996[4]، والذي عرف بقرار Chronopost والذي استندت فيه الغرفة التجارية على آلية غياب السبب كأساس لإلغاء الشرط المحدد للمسؤولية.

التكييف وليس بعد تنفيذه وانتهاء مدته، إذ جاء في هذا القرار ما يلي: " حيث يبين من الحكم المطعون فيه أن موضوع الدعوى التي أقامها المطعون ضده كان يرمي إلى عادة تكييف عقد العمل المحدد المدة المخالف للمادة 12 من القانون 90-11 لانعدام سبب تحديد المدة إلى عقد غير محدد المدة عملا بأحكام المادة 14 من نفس القانون. وحيث أن في هذه الحالة تكون المطالبة بإعادة تكييف العقد المحدد المدة خلال سريان مدة تنفيذه، أما وأن تنتهي علاقة العمل بإنهاء مدة العقد فلا يمكن ذلك لانقطاع علاقة العمل وزوال العقد المراد تحويله. حيث أن قاضي الدرجة الأولى، لما عاين بأن علاقة العمل المحددة المدة التي بدأت بتاريخ 2001/11/14 وانتهت بتاريخ 2002/06/01، وأن الدعوى رفعت من طرف المطعون ضده بتاريخ 2006/01/30، دون ذكر تاريخ إجراءات عدم المصالحة وقضى بإعادة تكييف عقد العمل من محدد المدة إلى غير محدد المدة، فإنه خالف المادة 14 من القانون رقم 90-11 وعرض بذلك حكمه للنقض والإبطال دون حاجة لمناقشة الوجهين المثارين". قرار غير منشور، وذات الشرط كرسته المحكمة العليا في قراراها الصادر بتاريخ 2009/01/06 ملف رقم 476502، المنشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2009 العدد 01 ص 403، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2011/06/02 ملف رقم 622703، منشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2011 العدد 02 ص 213.

[1]- جاك غستان، **المرجع السابق**، ص 995.

[2]- قرار صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1990، مشار إليه في مؤلف: جاك غستان، **نفس المرجع**، ص 996.

[3]- جاك غستان، **نفس المرجع**، ص 999.

[4]- مشار إليه في مؤلف: محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 54.

وتتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا القرار، في أن شركة البريد السريع المعروفة باسم Chronopost تعاقدت مع شركة ثانية تعرف بإسم Banchereau، بحيث وبموجب ذلك العقد إلتزمت شركة Chronopost على أن تنقل لصالح لشركة Banchereau طرودا تتضمن عرضا مقدما من هذه الأخيرة للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم، وعلى مرتين تصل الطرود متأخرة، الأمر الذي حرم شركة Banchereau من المشاركة في المناقصة.

ونظرا للضرر الذي لحق بشركة Banchereau جراء عدم وصول الطرود في الوقت المناسب قامت هذه الأخيرة برفع دعوى قضائية ضد شركة Chronopost للمطالبة بالتعويض، فعارضت شركة Chronopost ودافعت متمسكة بوجود شرط تعاقدي يحدد مبلغ التعويض عن التأخير في حدود مصاريف النقل المدفوعة من الزبون فقط، وهو ما سار عليه قضاة الغرفة الأولى لمحكمة الاستئناف Rennes[1] عند فصلهم في النزاع، غير أن محكمة النقض الفرنسية نقضت ذلك القرار باعتباره قضاء مخالفا لأحكام المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، حيث أسست محكمة النقض قرارها على أن شركة Chronopost قد أخلت بالتزامها الأساسي والمتمثل في السرعة والثقة في أداء خدماتها، وهو ما يميزها عن الخدمات التي يقدمها قطاع البريد التقليدي، ويبرر لها الحصول على ثمن مرتفع، وعليه فإن الشرط الرامي إلى تحديد المسؤولية الوارد في العقد يجب اعتباره غير مكتوب ولا يحتج به في حالة التأخير، لأنه يجرد الالتزام الأصلي من السبب، فالتزام الزبون بدفع ثمن يفوق الثمن العادي لنقل الطرود يجد سببه في التزام الناقل بإيصال الطرد بسرعة في أجل قصير سبق للناقل أن حدده بنفسه وبرضاه، وبالتالي فالشرط الذي يقلص من التزام هذا الأخير في حالة التأخير، ويجعله محددا في استرجاع الزبون لمصاريف النقل المدفوعة من طرفه فقط، يفرغ الالتزام الأصلي من محتواه ويجعله بدون سبب، وبذلك اعتبرت محكمة النقض ذلك الشرط المحدد للمسؤولية كأن لم يكن.

إذن ومن خلال هذا القرار يتبين أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية استندت على آلية غياب السبب من أجل إبطال الشرط التعسفي الذي فرضته شركة البريد، وهو الشرط المحدد لمسؤوليتها عن التأخير والذي يناقض أصلا التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، فنقل الطرود في حد ذاته لا يمكن اعتباره التزاما أساسيا في نظر زبائن شركة Chronopost بل أن السرعة والفعالية في إيصال الطرود هما اللذان يشكلان الخاصية المميزة للشركة[2]، والتي تتيح لها إمكانية تلقي ثمن يفوق الثمن العادي لنقل الطرود من طرف شركات البريد التقليدية أو العادية.

وهكذا اعتمد القضاء الفرنسي عند معالجته مسألة عدم التوازن العقدي الذي أصبح يطبع العديد من العلاقات التعاقدية، على فكرة الغياب الكلي أو الجزئي للسبب وذلك في حالات يكون فيها شرط في العقد من

[1]– قرار صادر بتاريخ 30 جوان 1993.

[2]– درماش بن عزوز، **المرجع السابق**، ص 88.

العقود ليس له مقابل أي ليس له سبب، وبالتالي أصبح هذا الأخير أي السبب بمثابة الأساس التقني لمفهوم عدم التوازن العقدي[1]، غير أن هناك من يرى أن هذا التحليل وإن كان ممكن من الناحية النظرية فإنه صعب نوعا ما من الناحية العملية، فالعقد قد يتسم بنوع من التعقيد في العديد من الأحيان، بشكل يجعل من الشروط التي يحتويها مرتبطة ببعضها ولا تقبل الانفصال، الأمر الذي يصعب معه القول بأن شرط ما يضع على عاتق أحد الأطراف التزاما له مقابل وشرط آخر ليس له مقابل، كما أن العقد يعد كيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط ولاعتبار شرط ما على أنه تعسفيا لا بد من النظر للالتزامات المتقابلة في مجموعها[2].

وبخصوص موقف الفقه من الاجتهاد القضائي الذي يستند على آلية غياب السبب لإبطال الشروط التعسفية، فقد ذهب البعض إلى القول أن هذه الآلية القانونية لا تؤدي سوى إلى إبطال بعض الشروط، دون إزالة حالة عدم التوازن العقدي برمته، فضلا عن أن إعمال فكرة انعدام السبب وفقا للمعنى الموروث من النظرية التقليدية للسبب يؤدي إلى بطلان العقد أيضا[3]، وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك التي ترمي إلى إبطال الشرط وحده، والإبقاء على العقد بحيث يبقى المستهلك يتطلع إلى الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع عقد الاستهلاك[4].

إلا أن القضاء سرعان ما لاحظ أن إبطال العقد برمته لا يخدم لا المتعاقد المتضرر من الشرط، ولا العقد في حد ذاته باعتبار أن إبطال العقد برمته قد يمس باستقرار المعاملات[5].

ونتيجة لذلك ذهب قضاة محكمة النقض وهم بصدد الفصل في قضية Chronopost إلى القول بأن الأمر يتعلق بغياب جزئي فقط للسبب، وذلك من خلال قيامهم بمقارنة دقيقة بين الالتزامات المتقابلة في القضية، بحيث اسفرت على أن الشرط القاضي بتحديد مسؤولية شركة Chronopost في حالة عدم الالتزام باحترام الأجل المتفق عليه لإيصال الطرد، هو بمثابة غياب جزئي للسبب، مفضلين بذلك بطلانا جزئيا للعقد بإلغاء ذلك الشرط لوحده مع الابقاء على العقد قائما[6].

ولقد حضي التوجه الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المعروف بقضية Chronopost بنوع من التأييد من جانب الفقه، حيث ذهب البعض إلى القول أن هذا قضاء أخرج السبب من النطاق الذي حصره فيه الفقه التقليدي، فلم يعد السبب مجرد وسيلة لتحقيق تعادل موضوعي للعقد بصرف النظر عن التفاوت الذي يمكن أن يتضمنه من حيث مضمون الالتزامات، بل أصبح أداة موازنة حقيقية للعقد ببعدها

---

[1]- عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[2]- Hélène Bricks, Op. cit, P 113.

[3]- Jean Carbonnier, Op. cit, P 106.

[4]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 43.

[5]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 53.

[6]– درماش بن عزوز، **المرجع السابق**، ص 88.

الشخصي فالالتزام الأساسي الذي تحملته شركة البريد السريع والمتمثل في دقة وانتظام المواعيد شكل جوهر البنية التجارية للشركة وهيكلها الإشهاري، ومن جهة أخرى هو الدفاع الحاسم الذي حرك إرادة الزبون[1] للتعاقد معها، ومنه فالقرار كان موفقا لأنه سيسمح بمكافحة ممارسات تعمل على منح وعود مدعمة بحملات اشهارية واسعة وفي نفس الوقت إدراج شروط تعسفية خفية ضمن الشروط العامة، تجعل من هذه الوعود مجرد أوهام[2].

وهناك من يرى أن القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المعروف بقرار Chronopost هو بمثابة إعادة إحياء وبعث لنظرية السبب، باعتبار أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت شرطا محددا لمسؤولية المحترف –شركة البريد السريع– لكونه مضر بالمتعاقد معه ومخالف للسبب الذي تعاقد لأجله هذا الأخير متأثرة في قضاءها هذا بما جاء في قانون المستهلك من أحكام ترمي في مجملها إلى استبعاد الشروط التعسفية لما يكون هناك ما يسمى باللاتوازن البين أو الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك déséquilibre significatif[3].

وفي مقابل التأييد الذي حضي به قضاء محكمة النقض الفرنسية ضمن قرارها الفاصل في قضية Chronopost، فقد واجه الموقف الذي اتخذته عدة انتقادات، فهناك من يرى أن الحل الذي اعتمده قضاة محكمة النقض كان غير ملائم، إذ كان من الأجدر بهم الاستعانة بوسائل أخرى تؤدي إلى نفس النتيجة كالخطأ الجسيم أو الاخلال البسيط بالتزام أساسي، أو حتى فسخ العقد لعدم التنفيذ إعمالا للمسؤولية العقدية أو إعادة تكييف الشرط، كشرط جزائي مبالغ فيه، إلا أن قضاة النقض أرادوا الابتكار من خلال التمسك بفكرة غياب السبب كأساس لقرارهم[4].

كما ذهب اتجاه آخر من الفقه بمناسبة انتقاده لقرار Chronopost إلى القول أن نظرية السبب لا تسمح بمراقبة مدى التكافؤ بين الأداءات المتقابلة، وإقامة توازن حقيقي في العقد، ذلك أن وجود عوض حقيقي للالتزام كافي لأن يكون له سبب، وهو ما يتحقق في قضية Chronopost باعتبار أن العوض

---

[1]- Denis Mazeaud**, Cause illicite,** Revus des contrats**,** Librairie générale de droit et de jurisprudence**,** avril 2005 N°2**,** p 83.

[2]- Frédéric-Jérôme Panser et Robert Wintgen**, Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations**, édition ellipses, Paris - France, 2000, p 52.

[3]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[4] - J-M. Guéguen, **Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle**, Dalloz, 33e cachier, 23 septembre 1999, p 353.

موجود والتعادل المتفق عليه كذلك، أما الثمن المقترح من شركة البريد وإن كان يفوق ثمن البريد العادي، إلا أنه لا يرقى إلى أن يكون ثمنا فاحشا.[1]

وكخلاصة للموقف الذي اتخذه الفقه من اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في قرارها الفاصل في قضية Chronopost، يمكن القول أن تبني وظيفة جديدة للسبب من طرف القضاء الفرنسي كوسيلة للحماية من الشروط التعسفية بالاستناد على فكرة غياب السبب، أصبح أمر مقبول في الأوساط القانونية رغم الانتقادات التي سبق ذكرها، التي وجهت إلى هذه الوسيلة من طرف بعض الفقه المعارض[2]، بحيث أصبح مفهوم السبب هو الأساس للانسجام التعاقدي، وإن كانت هذه الفكرة لا تلقى إجماعا لدى الفقه الفرنسي بحيث أن هناك توجه للتركيز أكثر على مفهوم المحل والذي يسمح حسب الفقيه مازو بضمان انغماس العقد في الواقع – أي يصبح أكثر واقعية – وبهذا يتم استبدال مفهوم السبب بمفهوم المصلحة من العقد[3].

وانطلاقا من الاعتبارات التي أسس عليها الفقه المعارض انتقاداته لاجتهاد محكمة النقض الفرنسية في قضية Chronopost، يمكن القول بأنه من الصعب الاعتماد على نظرية السبب لوحدها لاستبعاد الشروط التعسفية كونها لا تقدم الحماية الفعالة للمستهلك من التعسف التعاقدي، فمن جهة غياب السبب لا ينتج عن مجرد انعدام التكافؤ الاقتصادي في الأداءات المتبادلة، ذلك أنه حتى نكون أمام غياب للسبب يجب أن يكون هناك انعدام حقيقي للمقابل كما سبق توضيحه، ومن جهة أخرى لا يمكن القول بأن التزام من يتحمل أداء تعاقدي ثقيل ومرهق، هو التزام بدون سبب لأنه وفي هذه الحالة سنكون أمام غبن، والاعتماد على انعدام السبب لن يكون له أي معنى ما دام أن الغبن يغني عن الرجوع إليه[4]، وهو ما يدفعنا للبحث عما إذا كانت نظرية الغبن قادرة على إعادة التوازن العقدي واستبعاد الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: نظرية الغبن لإعادة التوازن العقدي

الغبن في اللغة هو النقص، ويقصد به اصطلاحا كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر، أي حالة عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، وبعبارة أخرى عدم التعادل بين ما يبذله المتعاقد وما يأخذه، وقد ينظر إليه من الناحية المادية، وهو ما يعرف بالغبن، وقد ينظر إليه من الناحية النفسية فيسمى استغلال[5].

---

[1]- H. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, **Les grands arrêts de la jurisprudence civil**, Tome 2, 11ème édition, Dalloz, Paris - France, 2002, p 82.

[2]– محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 55.

[3]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[4]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 16.

[5]- أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 83.

والغبن في الفقه الاسلامي نوعان يسير، وفاحش. أما الغبن اليسير فهو ما دخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء، وذلك في حدود عشرة في المائة مثلا، كشراء شيء بمائة ثم يقدره الخبير بخمسة وتسعون مثلا، وأما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء[1]، كما هو الحال بالنسبة للغبن في بيع العقار الذي حددته بعض تشريعات الدول العربية، ومنها التشريع الجزائري بالغبن الذي يزيد عن الخمس[2].

لقد تطورت نظرية الغبن المادية التي سادت قديما إلى نظرية نفسية في العصر الحاضر، تقوم على عنصر شخصي إلى جانب العنصر المادي المتمثل في التفاوت بين الأداءات، بحيث تصيب رضا أحد المتعاقدين وتجعله معيبا بما يصطلح على تسميته بعيب الاستغلال، وهو عيب عرفته التشريعات الحديثة مثل القانون الألماني والسويسري في حين لم يعرفه القانون الفرنسي، وإن كان القضاء هناك يأخذ بإبطال العقد للاستهواء La captation أو الإيحاء La suggestion، وهو يختلف عن الغبن في أن معياره شخصي بينما معيار الغبن موضوعي مادي، بحيث أن معيار الاستغلال يكمن في أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بحالة الطيش أو الهوى التي تعتري شخصيته، فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم به المتعاقد المغبون[3].

ورغم التطور الذي طال نظرية الغبن، إلا أن القوانين لم تستجب جميعا لهذا التطور، بحيث مازال بعضها متشبثا بنظرية الغبن المادية كالقانون الفرنسي، وفيما يلي سنتناول البحث في مسألة الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي الغبن، ثم نتطرق بعد ذلك إلى كيفية إعمال القاضي لنظرية الغبن لإعادة التوازن للعقد المختل بفعل الشروط التعسفية.

أولا: الاستناد التشريعي على نظريتي الغبن

إن الاستغلال أمر نفسي بينما يعد الغبن مظهرا ماديا له[4]، لذا فقد نصت المادة 129 من القانون المدني المصري على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

---

[1]– نذير حمادو، **حماية المستهلك من الغبن والغرر في الفقه الاسلامي**، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص (أفريل) 2005، ص 156.

[2]– المادة 358 من القانون المدني الجزائري.

[3]– علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 67.

[4]– عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 29.

بينما نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم 05-10[1] علـــى أنه:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ...".

لقد أخذ كل من المشرع المصري والجزائري بالنظرية المادية للغبن، وذلك توافقا مع المشرع الفرنسي، الذي أخذ بنفس النظرية بموجب المادة 1118 من القانون مدني[2]، هذه النظرية يعني الغبن في نظرها عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين، لكن هذه النظرية لم يأخذ بها المشرعين المصري والجزائري في القانون المدني على إطلاقها، وإنما حصرا تأثير الغبن وفقها على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر[3]، لا تهم في أغلبها أحوال المستهلكين[4].

وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقا مع المشرع الألماني[5]، وتأسيسا على مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، فإنهما – أي المشرع المصري والمشرع الجزائري– أسسا أحكام الغبن كأحد عيوب الإرادة، من جهة أخرى على النظرية الشخصية والتي جعلا منها سببا من أسباب إبطال العقود[6]، وهي نظرية لا تعتد بتقدير الشيء بقيمته المادية فقط، بل بقيمته الشخصية أيضا بالنظر إلى ظروف المتعاقد، فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلال في الأداءات المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر، والجزاء في هذه الحالة هو بطلان العقد بطلانا مطلقا في القانون الألماني، باعتبار أن الغبن هو عمل غير مشروع ومخالفا للآداب، وفي القانون المدني المصري والجزائري

---

[1]– المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2] -"La lésion ne vice les conventions que dans certians contrats ou à l'egard de certains personnes, ainsi qu'il sera expliqué en le même section".

[3]– حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس المنصوص عليها في المادة 358 فقرة أولى من القانون المدني، وكذا حالة غبن الشريك في القسمة المنصوص عليها في المادة 732 فقرة أولى من القانون المدني.

[4]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 60.

[5]– المادة 138 (مدني ألماني) : حيث تبنى المشرع الألماني النظرية الشخصية للغبن 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 مالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع"، أورده، محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 60، هامش 2.

[6]– أي الغبن كعيب من عيوب الرضا.

يكون للقاضي سلطة تقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون، الذي يكون في أغلب الأحوال مستهلكا[1].

وبالتالي يمكن القول أن تأثر كل من المشرع المصري والمشرع الجزائري بالقانون الألماني في هذا المقام، أي باعتناقهما للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن كأحد عيوب الإرادة التي تقوم على الاستغلال، قد تجنبا القصور التشريعي الحاصل في القانون الفرنسي، لما اعتنق هذا الأخير النظرية المادية للغبن، ولا شك أن سلطة القاضي عند تقرير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقا منها في النظرية الموضوعية[2].

ثانيا: اعتماد القاضي على نظرية الغبن لإلغاء الشروط التعسفية

من خلال ما سبق بيانه أعلاه، يتضح جليا أن مفهوم الغبن الناتج عن الاستغلال[3] يتلاءم تماما مع موضوع الشروط التعسفية، كون أن هذه الأخيرة تنطلق أساسا من مبدأ عدم التوازن الظاهر أو البين بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك، وأن أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال ستسمح للقاضي بتوفير حماية للمستهلك ضد تلك الشروط، طالما أن وجود هذا العيب في العقد سوف يؤدي لا محالة إلى وجود تفاوت بين في الالتزامات المتبادلة، مما يعني أن العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية هو عقد به غبن[4].

إذن فالقاضي يعتمد على نظرية الغبن الناتج عن الاستغلال من أجل التدخل وإعمال سلطته في إعادة التوازن العقدي الذي أصبح مختل بفعل أحد الشروط التعسفية، وذلك إما بإبطال العقد كليا أو الانقاص من التزامات المستهلك، من خلال إبطال الشروط التي أدت إلى وجود تفاوت بين التزامات الطرفين.

وعلى المستهلك الذي يؤسس دعواه الرامية إلى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية على أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال المنصوص عليها بالمادة 90 من القانون المدني، أن يثبت عنصريه المادي والنفسي.

---

[1]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 49.

[2]– محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 62.

[3]– نرى من الأحسن أن نطلق على العيب الذي يشوب إرادة أحد المتعاقدين وفقا لما تنص عليه المادة 90 من القانون المدني، والذي يجعل من العقد قابلا للإبطال لمصلحته، مصطلح الغبن الناتج عن الاستغلال، طالما أن المشرع اعتمد على كل من النظرية المادية والشخصية في تقريره لهذا العيب، تأسيسا على أن التفاوت الحاصل بين الأداءات أو الالتزامات التعاقدية كان ناتجا عن استغلال المتعاقد الآخر للحالة النفسية التي تعتري نظيره المتعاقد المغبون.

[4]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 20.

ويتمثل العنصر المادي في عدم التكافؤ بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الذي استغله، شرط أن يكون عدم التكافؤ فادحا أو فاحشا[1]، وبالتالي ينبغي على المستهلك أن يوضح للقاضي الفاصل في النزاع حالة عدم التكافؤ الفادحة أو الفاحشة بين التزاماته والتزامات المحترف الذي تعاقد معه، كما لا يكفي عدم التكافؤ متى كان مألوفا، بل ينبغي أن يكون خارجا عن المألوف[2]، ويترتب على ذلك أن للقاضي سلطة في تقدير حالة عدم التكافؤ تلك، غير أن الاشكال الذي يثور بصدد هذه المسألة، يتعلق بالضابط أو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير حالة عدم التكافؤ بين التزامات المستهلك والمحترف، وما إن كانت تتسم بالفداحة أو الفحش، وتخرج بذلك عن الحد المألوف؟.

بالرجوع إلى نص المادة 90 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد عبر عن الضابط المعتمد لتقدير حالة عدم التكافؤ الفادحة، في عبارة : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة ..."، أي عبر عنه بوضعية التفاوت الكثير في النسبة بين الالتزامات، إلا أنه لم ينص على رقم معين ينبغي أن يبلغه الفارق[3] حتى تتوفر حالة عدم التكافؤ الفادحة، تاركا بذلك الأمر مرة أخرى لتقدير القاضي، على أن تكون العبرة في تقدير الاختلال بقيمة الشيء وقت التعاقد وليس بعده، وأن يعتد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد المتضرر، أي القيمة التي كان مستعدا لدفعها في سبيل حصوله على الشيء[4].

في حين ينظر للعنصر النفسي للغبن الناتج عن الاستغلال كأحد عيوب الإرادة، الذي استند عليه المستهلك في تأسيس دعواه الرامية إلى إعادة التوازن العقدي، من ناحيتين، فهو بالنسبة للمستهلك ضعف نفسي، ويكون حينئذ ووفقا لنص المادة 90 من القانون المدني واحد من أمرين، طيش بين أو هوى جامح، أما بالنسبة للمحترف، فيكون استغلاله لحالة الضعف التي تعتري نفسية المستهلك والاستفادة منها.

وعليه ينبغي على القاضي حين وقوفه على العنصر النفسي للغبن الناتج عن الاستغلال التحقق من توفر ثلاث شروط، والتي يتعين من ناحية أخرى على المستهلك إثبات تحققها في دعواه، تتمثل في ما يلي:

- الاستغلال: أي انصراف إرادة المحترف إلى استغلال حالة الضعف التي تعتري شخصية المستهلك وهو ما يستشف من صياغة المادة 90 من القانون المدني بنصها على أنه: " ... ويتبين أن المتعاقد

---

[1]– محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 58.

[2]– توفيق حسن فرج، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، دراسة مقارنة بين القوانين العربية**، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002، ص 168.

[3]– كما فعل في حالة الغبن الذي يلحق بعقد البيع الوارد على العقار، المنصوص عليه في المادة 358 فقرة أولى من القانون المدني، لما حدده بالغبن الذي يزيد عن الخمس، بنصها على أنه: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

[4]– العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 130.

المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح ...". فكلمة "استغل" معناها استفادة أحد المتعاقدين من وضع الطرف الآخر، مع إرادة ذلك، وأن الإرادة تقتضي علم المستفيد بالحالة التي يوجد فيها الطرف الآخر الذي يقع عليه الغبن، وأن يسعى وراء الاستفادة منها ولو لم يكن له دخل في وجودها[1].

- وقوع الاستغلال على أحد حالات الضعف التي حددها القانون: بمعنى أن يقع الاستغلال الذي انصرفت إليه إرادة المحترف على إحدى حالتي الطيش البين أو الهوى الجامح، التي قد تعتريان شخصية المستهلك، إذ قد يكتشف المحترف بأن شخصية المستهلك الذي سيتعاقد معه تنطوي على طيش بين، أو هوى جامح، فيعمد حينئذ إلى استغلال ذلك الضعف من أجل تضمين عقد الاستهلاك بشروط، تكون تعسفية وتؤدي إلى اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد، بحيث يكون هذا الاختلال في مصلحة المحترف.

والطيش هو الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر وعدم الاكتراث بالعواقب، شرط أن يكون هذا الطيش بينا، أي واضحا وظاهرا. في حين يقصد بالهوى الجامح، الولع أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التصرف عاطفيا بدون إرادة حكيمة[2].

- أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد: إذ لا يكفي أن يستغل المحترف في المستهلك المغبون ضعفه، بل يجب أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، ويتحقق ذلك إذا تبين للقاضي أن المستهلك المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المحترف قد استغل في طيشا بينا أو هوى جامح.

وعليه ومتى توافرت شروط تطبيق أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال ضمن عقد الاستهلاك محل المطالبة القضائية بإعادة التوازن العقدي، كان للمستهلك المغبون إما طلب إبطال العقد، الأمر الذي قد لا يخدم مصلحته في حالة ما إذا كان بحاجة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، وإما المطالبة بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن، وإعادة التوازن للعقد، وما تجدر الاشارة إليه أن القاضي يبقى مقيد دائما بطلبات الأطراف، إذ لا يجوز له توقيع الإبطال متى طلب المستهلك الانقاص من الالتزامات فقط، اعملا لمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم.

ومما لا شك فيه أن المشرع الجزائري باعتناقه للنظرية الشخصية التي تقوم على استغلال الضعف النفس الذي يعتري شخصية المتعاقد المغبون، عند وضعه لأحكام الغبن المنصوص عليه في المادة 90 من القانون المدني، يكون بذلك وكما سبق وأن أشرنا إليه، قد تجنب القصور التشريعي في فرنسا بتبنيه للنظرية

[1]– توفيق حسن فرج، **المرجع السابق**، ص 169.

[2]– العربي بلحاج، **المرجع السابق**، ص 131.

المادية للغبن، والتي تعتبر غير فعالة لأنها تلعب دورا جد ضيق في مكافحة الشروط التعسفية، طالما أن المشرع حصرها في حالات خاصة حسب المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي[1].

غير أن ما يعاب على أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال ضمن القانون المدني الجزائري، كآلية يستند عليها القاضي لمكافحة الشروط التعسفية، هو عدم منحها الحماية اللازمة للمستهلك في جميع الحالات بإبطال كافة أنواع وأشكال الشروط المخلة بتوازن العقد، كون أن نظرية الغبن تمنح حماية محدودة، طالما أن المشرع حصر نطاق تطبيقها في حالة الضعف التي قد تلحق بالمستهلك نتيجة الطيش البين أو الهوى الجامح فقط، في حينه أنه وفي مجال العلاقات التعاقدية الاستهلاكية غالبا ما يسعى المحترفون إلى استغلال المستهلك ليس فقط من حيث طيشه البين أو هواه الجامح، وإنما أيضا من حيث حاجته الملحة إلى السعة أو الخدمة، أو عدم درايته الكافية بمجال التعاقد بما يسمح للمحترف بتضمين العقد بالعديد من الشروط التعسفية، هذه الأخيرة قد تفلت من الرقابة القضائية التي يعتمد فيها القاضي على نظرية الغبن الناتج عن الاستغلال.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، اعتمد المشرع العراقي وفي إطار صياغته لأحكام الغبن الناتج عن الاستغلال كأحد عيوب الرضا، إلى جانب حالات الضعف النفسي من الطيش و الهوى، على حالات أخرى تمثلت في حاجة المتعاقد لإبرام العقد، وعدم درايته وخبرته بمجال التعاقد، إذ نصت المادة 125 من القانون المدني العراقي على أنه: " إذا كان أحد المتعاقدين قد أُستغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول... "، وهو نفس ما ذهبت إليه المادة 138 فقرة 2 من القانون المدني الألماني بنصها على أنه: " يعتبر باطلا بشكل خاص كل تصرف قانوني يستغل فيه الشخص حاجة الغير، أو طيشه، أو عدم خبرته، ليحصل لنفسه أو لغيره نظير شيء يؤديه على منافع مادية تزيد في قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء"[2].

وعليه يمكن القول أن أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال حسب التشريع الجزائري، كان بإمكانها أن تمثل آلية فعالة يعتمدها القاضي في مكافحة الشروط التعسفية، لو أن نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري جاء واسعا ولم يحصر الاستغلال على حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح فقط، بحيث كان من الأفضل لو أن المشرع ابتعد عن التعداد واكتفى بالنص على الاستغلال بصفة عامة، بالشكل الذي يكون فيه كل عقد قابلا للإبطال عندما يكون التفاوت في الأداءات التي يرتبها فاحشا وناتجا عن استغلال أحد الأطراف للآخر.

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 20.

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **نفس المرجع**، ص 21.

المطلب الثاني: آلية عقد الإذعان ومبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي

إلى جانب نظريتي السبب والغبن اللتان يمكن للقاضي الاستناد عليهما للفصل في المنازعة القضائية المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، التي أدت إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد المبرم بين المحترف والمستهلك، باعتبار أن النظريتين عبارة عن آليات قانونية وردت ضمن قواعد الشريعة العامة[1]، فإن الأحكام المتعلقة بعقد الإذعان وكذا تلك المتعلقة بمبدأ حسن النية، والواردة هي الأخرى في القانون المدني تشكل بدورها آليات قانونية يمكن للقاضي الاعتماد عليها في استبعاد الشروط التي قد تتسم بالطابع التعسفي وترهق ذمة المستهلك، بما يؤدي إلى اختلال التوازن في عقد الاستهلاك، وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب ضمن فرعين، نتناول في الأول آلية عقد الإذعان لإعادة التوازن العقدي، ونخصص الثاني لدراسة مبدأ حسن النية كآلية لإعادة التوازن العقدي.

الفرع الأول: آلية عقد الإذعان لإعادة التوازن العقدي

لقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما نصت المادة 112 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه: " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة المذعن ".

من خلال هاتين المادتين يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد حرص على أن يمنح حماية خاصة للمتعاقد المذعن، تتمثل في الاعتراف للقاضي بسلطة استثنائية[2]، تتيح له تجاوز دوره الرئيسي المقصور بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، إلى إهدار الشروط الواردة في العقد أو تعديلها إذا تبين أنها تعسفية، وهذا بغية إعادة التوازن للحقوق والالتزامات بين المتعاقدين[3].

وتأخذ هذه الحماية التي خص بها المشرع الطرف المذعن في عقود الإذعان، والذي يكون في غالب الأحيان مستهلكا، شكل صورتين تتمثل الأولى في سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، في حين تتمثل الصورة الثانية في سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن، وهما الصورتان المستنبطتان من نصي المادتين 110 و 112 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري بإعتبار أن المادة 110 منحت للقاضي سلطة المساس بالقوة التنفيذية لشروط العقد، في حين منحته المادة 112 فقرة 2 تفسير الغموض الذي يشوب العقد لمصلحة الطرف المذعن.

---

[1]– أحكام القانون المدني فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية.

[2]– ذلك أن هذا الاعتراف يمثل خروجا عن مبدأ سلطان الإرادة المكرس ضمن القانون المدني الجزائري في المادتين 106 و 107.

[3]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق**، ص 61.

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

على خلاف السلطة التقديرية للقاضي التي منحها له المشرع من أجل ممارستها في تقدير الوقائع والتصرفات واعطائها الوصف القانوني الصحيح، عند الفصل في كل قضية مطروحة أمامه، بغية إصدار الحكم القضائي الذي يراه مناسبا للفاصل في النزاع[1]، فإن سلطة التعديل من شروط العقد هي سلطة استثنائية منحت له في حالات محددة بنص القانون[2].

ويفرض القانون في الحالات التي يمنح فيها للقاضي سلطة المساس بالقوة التنفيذية لشروط العقد وجود عقد يشوبه اختلال في التوازن بين الأداءات، الأمر الذي من شأنه أن يلحق بأحد طرفيه ظلما، يشكل مساسا بمقتضيات العدالة العقدية، وبناء على طلب[3] المتعاقد المتضرر، يقوم القاضي بمراجعة بنود العقد وإعادة تنظيمه بالصورة التي تتفق مع العدالة، بحيث يعيد إليه التوازن المطلوب وبالوسيلة التي يراها ملائمة لتحقيق هذا الغرض[4].

ولما كان عقد الإذعان يكرس فكرة عدم التوازن العقدي، أي أننا نصطدم لا محالة في هذا النوع من العقود بفكرة استغلال الطرف الأقوى اقتصاديا وهو المحترف للطرف الضعيف وهو المستهلك، لما يكون عقد الاذعان في نفس الوقت هو عقد استهلاك، كان لابد من معالجة هذا الوضع السيء والذي يشكل هضما لحقوق المستهلكين المذعنين نتيجة التزامهم بشروط تتسم بالطابع التعسفي، يتم إدراجها من طرف المحترفين دون منحهم مكنة التفاوض حولها، وذلك بوضع نصوص قانونية تسمح بالتدخل المباشر لمواجهة تلك الشروط التعسفية، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني السابق ذكرها.

وبلغة مطابقة لنص المادة 110 من القانون المدني، حاولت معظم التشريعات التدخل مباشرة في عقود الإذعان للحد من غلوها إذا تضمنت شروطا تعسفية[5]، بغية توفير حماية فعالة للطرف المذعن من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا مجحفة، لا يملك الطرف المذعن إلا القبول بها

---

[1]– نبيل اسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 1984، ص 81.

[2]– حميد بن شنيتي، **المرجع السابق**، ص 9.

[3]– فالأصل أن القاضي لا يسوغ له التدخل من تلقاء نفسه لمراجعة العقد من خلال المساس بشروطه وتعديلها لمصلحة أحد الطرفين أو إعفاءه منها نهائيا، ولو وقف على عدم التوازن العقدي في إطار نظره في دعوى تنصب أساسا حول تنفيذ ذلك العقد غير المتوازن من حيث الحقوق والالتزامات، طالما أن القاضي ملزم بمبدأ الحياد الاجرائي، الذي يقتضي عدم جواز القضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبه الخصوم، باعتباره من المبادئ العامة التي تحكم العمل القضائي، المكرسة دستوريا، وضمن مدونات أخلاقيات مهنة القضاء إلى جانب النصوص الاجرائية المدنية منها والجزائية، التي أوردت نصوصا قانونية صريحة تلزم القاضي دائما بالتقيد بهذا المبدأ، ومن ثم فلا خروج عن هذا المبدأ إلا بنص خاص.

[4]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 21.

[5]– المادة 149 من القانون المدني المصري، المادة 167 فقرة 2 من القانون المدني العراقي، المادة 149 من القانون المدني الليبي والمادة 204 من القانون المدني الأردني.

وإن كانت الحماية المقررة لهذا الأخير من الشروط التعسفية بموجب أحكام عقد الإذعان، تخرج القاضي عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير إلى تعديل الشرط، بإزالة ما فيه من تعسف، أو إعفاء الطرف المذعن منه بشكل تام، وليس هناك من حدود لما يراه القاضي في إطار إعادة التوازن العقدي، إلا ما تقتضيه العدالة[1].

وتدعيما لهذه الحماية فإن أي اتفاق بين المتعاقدين على سلب القاضي السلطة المخولة له في تعديل أو إهدار أو الإعفاء من الشروط التعسفية يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام[2]، ذلك أن المشرع قد تنبه إلى أنه بإمكان الطرف الذي ينفرد بصياغة بنود العقد تضمينه بشرط يستبعد من خلاله حق الطرف المذعن في اللجوء إلى القضاء وطلب تعديل أو الإعفاء من الشرط التعسفي، فربطه بالنظام العام، وبالتالي ضمان حماية جدية للطرف المذعن، لأن القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الخروج عما تقرره، تطبيقا لما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني بقولها: "... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ذلك أن إجازة مثل هذا الاتفاق يفرغ الحماية القانونية للطرف المذعن من مضمونها ويشجع الطرف القوي على إدراج هذا البند ضمن شروط العقد.

وعليه نستنتج مما سبق عرضه، أن أحكام عقد الاذعان المقررة ضمن القانون المدني الجزائري، تشكل أداة قانونية في يد القاضي، يستطيع بالاستناد عليها أن يحيط المستهلك المذعن بالحماية اللازمة من الشروط التعسفية، التي قد تتضمنها العقود التي أبرمها مع المحترف، وفيما يلي سنبين الشروط التي تسمح بتدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، وكيفية التدخل.

أ: شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه

يتضح جليا من خلال نص المادة 110 من القانون المدني أن تدخل القاضي لتعديل ما تضمنه عقد الاذعان من شروط تعسفية، أو إعفاء للطرف المذعن منها، مرهون بضرورة توفر شرطين وهما: وجود عقد إذعان، واحتوائه على شروط تعسفية.

1- وجود عقد إذعان:

حتى يتمكن القاضي من تطبيق أحكام عقد الإذعان وفقا لنص المادة 110 من القانون المدني، من أجل توفير حماية للمستهلك من الشروط التعسفية، يجب أن يكون عقد الاستهلاك موضوع النزاع قد انعقد بين المستهلك والمحترف بطريق الإذعان.

[1]- عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**، ص 250.

[2]- لمزيد من المعلومات حول مفهوم النظام العام أنظر الهامش رقم 2 للصفحة الثانية من هذه المذكرة.

وكما سبق وأن أوضحنا أن المشرع الجزائري لم يورد في القانون المدني أي تعريف لعقد الإذعان، وعليه ولما كان النزاع المعروض على القاضي يتعلق بمنح حماية للمستهلك من الشروط التعسفية، فكان لازما عليه الاعتماد على التعريف الذي جاء به المشرع في المادة الثالثة، الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 [1]، والذي بمقتضاه نكون أمام عقد إذعان متى توفر هذا الأخير على عنصرين، يتمثل الأول في التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه، أي انفراد أحد المتعاقدين وهو المحترف بوضع كافة بنود العقد من حيث الحقوق والالتزامات، في حين يتمثل العنصر الثاني في عدم إمكانية الطرف المذعن وهو المستهلك من إحداث تغيير حقيقي في العقد، أي عدم منح الطرف المذعن أية فرصة لمناقشة بنود العقد، والمساومة حول ما تضمنته من حقوق والتزامات.

2- وجود شروط تعسفية:

إن المبرر القانوني لتدخل القاضي هو أن يتضمن عقد الاستهلاك الذي تم بطريق الإذعان شروطا تعسفية، فرضها المحترف بحكم مركزه القوي في العلاقة التعاقدية، فهنا يكون للقاضي سلطة تعديل تلك الشروط أو إعفاء المستهلك المذعن منها، بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن يكون عليه، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين، ويخف الإرهاق الذي كان يثقل ذمة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد.

والمشرع في بادئ الأمر كباقي التشريعات التي أخذت بذات الأحكام الواردة في نص المادة 110 من القانون المدني، لم يعط تعريفا للشرط التعسفي في عقد الإذعان، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، وله في إطار ذلك كامل السلطة التقديرية بالاعتماد على معيار العدالة العقدية، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، فإذا اتضح له أن هناك شرطا تعسفيا يطبع العقد كان له سلطة تعديله بما يزيل من أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يعفي الطرف المذعن من ذلك الشرط، من دون أن يكون مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة[2]، وبالتالي فأن مسألة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، من مسائل الواقع التي لا رقابة على القاضي في تقديرها من قبل جهة النقض.

والجدير بالذكر في هذا المقام أنه وبعد صدور القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد أن المشرع قد جاء بتعريف صريح للشرط التعسفي في عقد الإذعان وذلك بموجب نص المادة الثالثة الحالة الخامسة منه، وإن كان قد حصره في مجال عقود الاستهلاك، معتمدا في ذلك على معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، لما نصت المادة السالفة الذكر على أن الشرط التعسفي هو:" كل شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه

[1]- المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**، ص 250.

الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، ومن جهة أخرى أورد المشرع وفي نفس القانون في المادة 29 منه، وأيضا في المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في المادة 5 منه، قائمة لبعض الشروط التي اعتبرها تعسفية والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر[1].

وعليه فإن القاضي وعند اعتماده على الأحكام العامة المتعلق بعقد الإذعان من أجل التدخل لتعديل الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الاستهلاك أو الإعفاء منه، يجد نفسه مضطر إلى العمل في ذات الوقت بالأحكام الخاصة الواردة في كل القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، طالما أن الأحكام الخاصة تنطلق في منح الحماية للمستهلك من فكرة أساسية هي أن عقد الاستهلاك هو في ذات الوقت عقد إذعان.

ب- كيفية تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه

إن تعديل الشرط التعسفي متعلق بالإنقاص من التزامات الطرف المذعن إلى غاية إزالة المظهر التعسفي للشرط، بما يحقق الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو تحقيق التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد.

ويعد إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي سلاحا بالغ الخطورة في يد القاضي، فمن خلاله يستطيع إذا ما تبين له الطابع التعسفي للشرط، أن يعطله ويعفي الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك أهم مبدأ يحكم الالتزامات التعاقدية، وهو مبدأ سلطان الارادة، وأن تعطيل الشرط والاعفاء منه يعد إلغاء له، ويلجأ القاضي لاستخدام سلطته تلك، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل، ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي وصف به الشرط، ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولن ترجع العدالة العقدية إلا بإعفاء الطرف المذعن منه[2].

وهناك من يرى أن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وفقا للمادة 110 من القانون المدني هي سلطة جوازية، وليست وجوبية، فيجوز حينئذ لقاضي الموضوع ألا يستعمل الرخصة المخولة إليه من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان[3]، غير أننا نرى وخلافا لما ذهب إليه هذا الرأي، أن مسألة الجوازية التي نستشفها من صياغة نص المادة 110 من القانون المدني " ... جاز

---

[1]- أنظر فيما يتعلق بقائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 الصفحة 108 وما يليها من هذه المذكرة.

[2]- حميد بن شنيتي، **المرجع السابق**، ص 47.

[3]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 102.

للقاضي ..." تنصرف من جهة أولى، إلى تخيير القاضي بين تعديل الشرط التعسفي أو الاعفاء منه إلى غاية إزالة مظهر التعسف حسب ما تقتضيه العدالة العقدية.

كما تنصرف من جهة ثانية إلى التأكيد أن نص المادة 110 من القانون المدني في شقه المتعلق بمكنة تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ليس من النظام العام، بحيث لا يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه لإعمال مقتضيات المادة 110 دون إثارتها والتمسك بها من طرف المتعاقد المذعن في الخصومة القضائية، طالما أن النص لم يمنحه تلك المكنة، خلافا لما ذهب إليه المشرع في البعض من الحالات[1]، وهو ما دفع البعض[2]، ونؤيده في ذلك إلى القول بأن ما يعاب على الحماية الممنوحة للطرف المذعن بموجب أحكام عقد الإذعان، هو عدم منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإعادة التوازن العقدي، بتعديل الشروط التعسفية والإعفاء منها.

بالتالي وحسب مقتضيات المادة 110 من القانون المدني يكون القاضي ملزم بالتدخل لإعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية متى توفرت شروط تطبيق النص المذكور أعلاه، آلا وهي وجود عقد استهلاك تم بطريق الإذعان، على أن يتضمن هذا الأخير شروطا تعسفية مع تمسك المستهلك المذعن بمقتضيات هذا النص، ومنه لا يسوغ القول بأن للقاضي سلطة جوازية، في التدخل أو عدم التدخل لتطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني، لأن التسليم بذلك سيفرغ النص من محتواه الحمائي.

ثانيا: تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن

التفسير لغة يعني شرح ما هو غامض، ويؤخذ من المعاجم اللغوية أن المقصود بالتفسير هو البيان وكشف المغطى، فيقال فسر الشيء أي أبانه [3].

أما اصطلاحا فقد تعددت التعاريف بشأنه، فالبعض استند في تعريفه إلى الهدف من عملية التفسير والذي يتمثل في تحديد معنى الشرط التعاقدي، والغرض منه هو تحديد مضمون القاعدة أي المراد منها وعرفه الأستاذ صبري السعدي[4]، بأنه وقوف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وفي تعريف آخر للأستاذ بلحاج العربي فإن التفسير معناه: " تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للعاقدين ومن ثم فإنه يجب على القاضي الذي عرض عليه النزاع التأكد من توفر شروط انعقاد العقد وصحته القانونية ثم البحث في مضمون العقد الذي يجب تنفيذه"[5].

---

[1]– كما هو الحال بالنسبة لإثارة البطلان المطلق للعقد، وفقا لنص المادة 102 التي تنص على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ...".

[2]– عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 47.

[3]– المعجم الصافي في اللغة العربية، ص 494.

[4]– محمد صبري السعدي، **المرجع السابق**، ص 228.

[5]– العربي بلحاج، **المرجع السابق**، ص 238.

وتفسير العقد من عمل القاضي، وهو الجهة التي يناط بها هذه العملية الدقيقة، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية، في شأن تفسير العقود، بل ألزمه بضرورة اتباع قواعد معينة والتقيد بها لضمان عدم خروجه على مهمة التفسير، وهناك ثلاث حالات للعبارات الواردة في العقد، يمكن أن تعرض على القاضي بخصوص التفسير.

الأولى حالة وضوح عبارات العقد، وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارات الواضحة عن طريق التفسير، والثانية في حالة غموض عبارات العقد، وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وعدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويستعين القاضي هنا في تفسير العبارات الغامضة بطبيعة المعاملات وما يقتضي ذلك من أمانة وثقة بين المتعاقدين إلى جانب الأخذ بالعرف الجاري في المعاملات، أما الثالثة فتتعلق بحالة الشك في التعرف عن القصد المشترك للمتعاقدين، فهنا يفسر الشك في صالح المدين[1]، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن[2].

ورغبة من المشرع لضمان حماية فعالة للطرف المذعن، نصت المادة 112 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن"، ومعنى ذلك أنه ينبغي أن يصب التفسير الذي يعطيه القاضي للعبارات الغامضة، دائما في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا، ويجد هذا النص تبريره في أن المشرع حسب ما يرى البعض[3] قد أخذ المقصر بخطئه وحمله المسؤولية عن صياغة شروط العقد، باعتباره هو المتسبب في الغموض أو في ما يحيط بشروط التعاقد من شك، ومنه يتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان لما يكون محترفا المسؤولية إزاء المستهلك المذعن عن صياغة بنود العقد بشكل غامض.

وما يهمنا في هذا الصدد هو حالة غموض عبارات العقد، فيفسر هذا الغموض لمصلحة المستهلك المذعن، فإذا إذا كانت العبارات تحمل في مضمونها شروطا تعسفية واضح وجلية، فالقاضي كما بينا سابقا يقوم إما بتعديل تلك الشروط أو إلغائها نهائيا، لأجل رفع التعسف عن كاهل المستهلك[4].

---

[1]– ذلك أن الأصل في الالتزامات المدنية، هو براءة الذمة من أي التزام ومن يدعي خلاف الأصل أن يثبت العكس، وهو المبدأ الذي جسده المشرع الجزائري في نص المادة 323 من القانون المدني، التي تلقي على عاتق الدائن عبئ إثبات الالتزام وعلى المدين عبئ إثبات التخلص منه.

[2]– حميد بن شنيتي، **المرجع السابق**، ص 10 وما يليها.

[3]– عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي**، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، 1984، ص 125.

[4]– حمد الله محمد حمد الله، **المرجع السابق**، ص 96.

ويقصد بالعبارات أو الشروط الغامضة عدم التوافق بين الألفاظ والإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وقد يقع الغموض في الألفاظ أو في الإرادة أو فيهما معا، كما يقصد بالشروط الغامضة تلك التي تحمل أكثر من معنى، ويرجع الغموض فيها لكون الشرط مبهم أو ناقص، كما هو الحال مثلا بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان التعاقدي هل هو إصلاح المبيع أم استبداله أم رده كما قد يرجع الغموض إلى التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد، كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين، مما يؤدي إلى التساؤل عن أي شرط يعتد به منهما[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتسي بعض العقود ليس دائما وليد الصدفة وليس دائما مقصودا من طرف واضعه، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمدا لأنه يسمح بتمرير اشتراطات معينة تخدم مصلحة واضعه، تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد[2]، وفي حالة النزاع حول غموض شروط العقد، فإن القانون اعترف للقاضي بسلطة تقديرية في تفسيرها، وتفسر في عقود الإذعان في ظل غياب المفاوضة المشتركة للمتعاقدين، نتيجة انفراد أحدهما بوضع شروط العقد، لمصلحة الطرف المذعن، وفي ظل عقود الاستهلاك تفسر لصالح المستهلك المذعن، وهذا ما كرسته المادة 112 فقرة 2 من القانون المدني السابق ذكرها، فيتحمل حينئذ المحترف باعتباره الطرف الذي حرر محتوى العقد مسؤولية تقصيره في إيضاح شروط العقد.

وهكذا وعلى الرغم من أن الأحكام العامة المتعلقة بعقود الاذعان توفر للمستهلك قدرا من الحماية القضائية من الشروط التعسفية، إلا أنها غير كافية ولا تفي بالغرض المطلوب، فرغم أن عقود الاستهلاك تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث القدرة والخبرة إلا أن هذه العلاقات ليست كلها عقود إذعان، إذ قد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات في غياب الاحتكار، وفي ظل إمكانية مناقشة بنود العقد، إلا أن الذي يحدث واقعيا هو أن عدم كفاءة المستهلك الفنية أو القانونية لا تمكنه من مناقشة بنود العقد بتمعن وتبصر لما تحتويه من التزامات، كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه الشروط على مركزه القانوني أو على مركزه المالي[3]، ولهذا يكون من اللازم حماية المستهلك الذي هو في حالة ضعف مقارنة بمركز المحترف كيفما كان شكل العقد، لأن الحماية الناجعة تقتضي إبطال الشروط التعسفية من العقود ولو كانت محل مفاوضات فردية إذا تبين أنها تتضمن إجحافا بالنسبة للمستهلك، واختلالا ظاهرا في الحقوق المتولدة عن العقد، وهي الحماية التي لا توفرها آلية عقد الإذعان.

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 43.

[2]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 61.

[3]– عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 38.

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي

يوجد ضمن أحكام القانون المدني مبدأ آخر يمكن للقاضي اعتماده لمنح المستهلك بعض الحماية من الشروط التعسفية، بحيث يعتبر المبدأ بمثابة آلية عامة من شأنها تحقيق نوع من التوازن العقدي الذي أصبح مختل بفعل الشروط التعسفية، وإن كانت الحماية التي يوفرها هذا المبدأ في حدود ضيقة.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن الحماية التي يوفرها مبدأ حسن النية ليست مقتصرة على المستهلك فقط وإنما تمتد إلى أي متعاقد يكون في مركز ضعف إزاء نظيره المتعاقد الآخر، تأسيسا على أن الأحكام العامة للعقود المنصوص عليها في القانون المدني ليست موجهة إلى فئة معينة بذاتها، على خلاف قانون المستهلك الذي يخاطب فئة المستهلكين والمحترفين، إذ أن الأحكام الحمائية التي تتضمنها نصوصه موجهة لفئة المستهلكين دون سواهم، وفيما يلي سنتولى إلقاء نظرة على هذا المبدأ، من حيث تعريفه (أولا) ثم نخوض في البحث في مدى إمكانية اعتماد القاضي على هذا المبدأ لإحاطة المستهلك بقدر من الحماية من الشروط التعسفية (ثانيا).

أولا: تعريف مبدأ حسن النية

يعتبر حسن النية (Bonne foi) من العوامل الجوهرية في النظام القانوني وفي العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد، فبغير إعماله ومراعاة مقتضياته لا يكون إلا الاختلاف بين أطراف العقد بما يؤدي إلى نشوء المنازعات سيما في مرحلة تنفيذ العقود[1].

يقصد بمبدأ حسن النية (Le Principe de bonne foi) على أنه تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع ، كما تفيد النية الحسنة، القصد السوي، أو الصراحة، وعليه فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش وأي رغبة في الإضرار بالغير، وبصفة عامة مبدأ حسن النية له مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير[2].

وفي تعريف آخر لمبدأ حسن النية، أنه "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعدالة التي أنشئ من أجلها، والتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"[3].

ويعود مبدأ حسن النية إلى عهد القانون الروماني، إذ كان الشخص في ظل هذا القانون يلزم بالوفاء بما تعهد به، ولا يمكنه الاخلال بالثقة والأمانة، وإلا أعتبر مرتكبا لعمل يدخل في نطاق الغش والخديعة

[1]– أحمد محمد ديب حجال، **المرجع السابق**، ص 112.

[2]– عبد الحكيم فودة، **تفسير العقد في القانون المصري والقانون المقارن**، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 2002، ص 153.

[3]– تعريف للدكتور مصطفى العوجي، مشار إليه في مؤلف أحمد محمد ديب حجال، **المرجع السابق**، ص 112.

بحيث رتب " البريتور"[1] جزاء لمن أخل بذلك، فمنح الدائن دعوى تؤسس على حسن النية (العادات التي تسود بين الناس الشرفاء) ليعرف هذا النوع من الدعاوى فيما بعد بدعاوى حس النية[2]، وإن كان مبدأ حسن النية في القانون الروماني لا يشمل كافة العقود، والتي قسمت في ظله إلى عقود القانون الضيق التي تنفذ حرفيا، وإلى عقود حسن النية [3].

ففي ظل القانون الروماني كانت تطلق تسمية "Bonafides" على العقود التي يتحتم أن تراعى فيها نوايا المتعاقدين وإخلاصهم والثقة المتبادلة فيما بينهم، أي أن تراعى جميع تلك الاعتبارات المعنوية والأدبية إلى جانب ما كان يجب مراعاته من الشكليات الموضوعة لتلك العقود، وفي هذا الصدد ذهب شراح القانون الروماني مذاهب مختلفة في تفسيرهم لمعنى حسن النية، فمنهم من رأى قصره على مقتضيات العدالة البحتية، ومنهم من رأى انصرافه إلى وجوب انتفاء الغدر والخديعة، ومنهم من يدخل في معنى حسن النية الجهالة والخطأ المغتفر، فحسن النية حسب القانون الروماني، يشكل أحيانا مبدأ نفسيا إدراكيا يتجسد بالمعرفة والجهل، وآخر نفسي أدبي يدل على حالة إنتفاء الغش والخداع، وفي الأخير فحسن النية يشكل مبدأ قانونيا له كيانه وأصوله الخاصة به حسب القانون الروماني[4].

أما في الشريعة الإسلامية فإنه وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي يتبين أنها لا تتجاهل مفهوم حسن النية في العقود، فالعقود حسبه[5] مبنية في الأصل على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، وأن الوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود وهي جميعها من نتائج الأمانة والصدق[6].

---

[1]– الحاكم القضائي المختص بالفصل في منازعات الأجانب، فبعد أن اتسعت الامبراطورية الرومانية وازداد عدد الأجانب سواء اللاتينيين الذين يعيشون في إيطاليا أو بقية الشعوب والأمم التي حكمتها الامبراطورية، أصبح قانون الألواح الاثني عشر غير صالح لحكم هذه الشعوب المختلفة العادات والتقاليد والطباع، لذلك تم إنشاء وظيفة الحاكم القضائي المختص بالفصل في منازعات الأجانب وسمي (البريتور) وبدأ هذا الأخير باستخدام الحيلة القضائية في تطوير القانون الروماني ومحاولة تخفيف أحكامه الغليظة القاسية فظهر ما يسمى بقانون الشعوب وهو القانون الذي استخدمه البريتور للفصل في منازعات الأجانب، وكان هذا القانون يعتمد على ثلاث مصادر رئيسية هي: القانون الروماني بعد تخليه عن الشكليات والرسميات، والقانون اليوناني الخالي من الشكليات، وكذلك مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، بعد ذلك بدأ القانون الروماني نفسه يندمج مع قانون الشعوب ويأخذ منه بعض المبادئ مثل مبدأ افتراض حسن النية في المعاملات.

[2]– عبد الرحمن خليفاتي، **مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1987، ص 90.

[3]– حمد الله محمد حمد الله، **المرجع السابق**، ص 451.

[4]– أحمد محمد ديب حجال، **المرجع السابق**، ص 111.

[5]– نذكر من بين الآيات القرآنية التي تؤكد تشبع الفقه الاسلامي بمفهوم حسن النية: الآية الأولى من سورة المائدة ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ** ﴾ ، والآية 152 من سورة الانعام ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ** ﴾ .

[6]– أحمد محمد ديب حجال، **المرجع السابق**، ص 111.

وإن كان حسن النية من المبادئ التي تكتسي طابعا أخلاقيا والتي من المفروض أن تطبع سلوك المتعاقد بحيث لا يمكنه تجاهلها في معاملاته وتصرفاته، إذ ينبغي على كل متعاقد أن يتحلى بحسن النية في جميع مراحل العقد بدأ من مرحلة الإبرام إلى غاية مرحلة التنفيذ، وبالتالي أن يتصف المتعاقدين بقدر من الأخلاق في تعاملاتهم[1]، فإن هذا لا يعني أن مبدأ حسن النية ليس له مدى قانوني ويقتصر على مداه الأخلاقي فقط، والدليل على أن مبدأ حسن النية تعدى الصعيد الأخلاقي إلى الصعيد القانوني، هو تكريس حسن النية كمبدأ قانوني يحكم العقد في العديد من التشريعات الحديثة[2].

ولعل أهم مظاهر مبدأ حسن النية على الصعيد القانوني هي الأمانة في إبرام العقود وفي تنفيذها والتعاون بين المتعاقدين حتى يصلا بعقدهما إلى أفضل نتيجة وأحسن غاية كان قد توخاها معا عند إقدامهما على التعاقد، إلى جانب الثقة المشروعة بحيث يكون المتعاقدين على قدر من النقاء والنزاهة والشرف بما يضفي على المعاملة التعاقدية ثقة متبادلة، إضافة إلى ضرورة انتفاء ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق الذي قد يمارسه أحد المتعاقدين ومن ثم الخروج بالحق عن حدود حسن النية[3].

وبالتالي فتصرفات المتعاقد بما يخالف حسن النية، أي أفعاله الصادرة عن سوء نيته، إما أن تكون سلبية، كامتناع البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع الخفية، وإما أن تكون إيجابية، كإدراج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المحترف والمستهلك، يسعى المحترف من خلال الشرط إلى الحصول على ميزة فاحشة وبالنتيجة إلحاق ضرر بالمستهلك.

إذن فالسؤال المطروح هو، إلى أي مدى يمكن أن يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية لإلغاء الشروط التعسفية المدرجة في العقد من طرف المحترف؟، وهو ما سنعالجه في ما يلي.

ثانيا: اعتماد القاضي على مبدأ حسن لإعادة التوازن العقدي

للوقوف على مدى إمكانية اعتماد القاضي على مبدأ حسن النية كآلية عامة واردة في القانون المدني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، بإلغاء أي شرط في العقد يهدد توازنه لحساب المحترف، ينبغي الإجابة أولا على التساؤل الذي مفاده: هل أن مبدأ حسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ وتفسير العقد فقط، أو أنه يشمل المرحلة السابقة له ؟، طالما أن الشروط التعاقدية التي قد تتسم بالطابع التعسفي يتم إدراجها في مرحلة إنشاء العقد أي عند إبرامه بين المحترف والمستهلك، أي في مرحلة سابقة للتنفيذ والتفسير.

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 22.

[2]– المشرع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني، المشرع الألماني في المادة 242 من القانون المدني، المشرع المصري في المادة 148 من القانون المدني، المشرع اللبناني في المادة 221 من القانون المدني، والمشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني.

[3]– حمد الله محمد حمد الله، **المرجع السابق**، ص 88.

لقد اختلفت التشريعات المقارنة التي اعتمدت في تقنيناتها المدنية على حسن النية كمبدأ قانوني يحكم العلاقات التعاقدية، في الإجابة على التساؤل المطروح أعلاه، فهناك منها من كرس قاعدة عامة مفادها أن كل فرد ملزم بأن يمارس حقوقه وينفذ التزاماته وفقا لقاعدة حسن النية[1]، فجاءت بنصوص ترعى بصفة عامة حسن النية في التعاقد، وذلك بوجوب أن تعقد الاتفاقات وتنفذ بحسن نية، ومن بين تلك التشريعات القانون المدني الألماني في المادة 242 منه، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 221 منه.

فالمادة 142 من القانون المدني الألماني، نصت على مبدأ حسن النية 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 الأشد وقعا، عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته، كما منحت المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976، والمتعلق بالشروط العامة للعقود، للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي، والعمل على تحقيقه لما تكون بصدد الفصل في منازعات قضائية يتعلق موضوعها بمكافحة تلك الشروط المدرجة في العقد، وفي ذات السياق نصت المادة 09 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية[2].

في حين نصت المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني[3] على أنه: " إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا حسن النية والإنصاف والعرف"، وهناك من يرى[4] أن هذا النص وإن كان يندرج تحت عنوان آثار العقد، إلا أن تطبيق مبدأ حسن النية الذي كرسه لا يقتصر على مرحلة التنفيذ والتفسير فقط، بل يتعدى ذلك إلى مرحلة إنشاء العقد، لأن المشرع نص صراحة على أن العقود يجب أن تفهم comprises وفقا لحسن النية، ومن المنطقي أن العقود تفهم عند إنشاءها وتكوينها، ففي مرحلة المفاوضات يجب أن يقوم كل من المتعاقدين بفهم الالتزامات الملقاة على عاتقه، وأن ذلك يجب أن يتم في مرحلة تكوين العقد، وهي المرحلة الأولى والأساسية التي ترتكز عليها المرحلة الثانية وهي مرحلة التنفيذ والتفسير، فبقدر ما تفهم العقود بحسن نية أثناء تكوينها بقدر ما يأتي تنفيذها وتفسيرها في المراحل اللاحقة وفقا لهذا المبدأ.

---

[1]– المادة الثانية من قانون الالتزامات السويسري التي تنص على أنه : "يجب استعمال الإنسان لحقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا لمقتضى حسن النية وأن الإساءة الظاهرة في استعمالها لا يحميها القانون".

[2]– محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق**، ص 64.

[3]– التي تقابل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 148 من القانون المدني المصري والمادة 107 من القانون المدني الجزائري.

[4]- أحمد محمد ديب حجال، **المرجع السابق**، ص 114.

وبالتالي وحسب التحليل المذكور أعلاه للمادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والذي نؤيده فإن مبدأ حسن النية كآلية عامة يسمح للقاضي بإحاطة المستهلك بنوع من الحماية من الشروط التعسفية التي قد يحتويها عقد الاستهلاك من خلال إعادة التوازن له الذي أصبح مختلا بفعلها، طالما أن إدراجها في العقد من طرف المحترف أثناء مرحلة التكوين كان وبدون شك بسوء نية، وأن سوء نية المحترف في ذلك تستخلص من قصده في الحصول على ميزة غير مبررة بدون مقابل.

وعلى خلاف المشرع الألماني واللبناني، فقد انحصر تطبيق مبدأ حسن النية حسب المشرع الفرنسي في مرحلة التنفيذ فقط دون مرحلة إنشاء وتكوين العقد، ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي[1] أوجبت أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية، وعلى الرغم من صراحة نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن هناك من الفقه من يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظل العقود جميعها سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو بتنفيذها[2]، ليذهب (J.Mestre) إلى حد القول بأن حسن النية مطلوب في إبرام العقود، حتى ولو لم يوجد أي نص يشير إلى ذلك صراحة[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 107 فقرة أولى من القانون المدني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وفي ذلك اعتراف للقاضي بسلطة الزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه من التزامات، على أن يتم التنفيذ بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، وبالتالي تجنب أي غش أو خداع عند الوفاء[4].

ولقد ذهب المشرع المصري إلى نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والجزائري، حيث نصت المادة 148 من القانون المدني المصري، المطابقة لنص المادة 107 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري، على أنه : "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن نية".

ونلاحظ من خلال ما سبق أن كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري نص على مبدأ حسن النية عند تطرقه للقواعد القانونية التي تحكم مسألة تنفيذ الالتزامات، إلا أن الرأي المستقر عليه لدى الفقه الفرنسي هو أن مبدأ حسن النية عام فهو يشمل مرحلتي إنشاء العقد وتنفيذه، كما أن الشريعة الإسلامية

---

[1]- "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

[2]- Jacques Ghestin, **Traité de droit civil, la formation du contrat**, 1ère édition, op.cit, p 140.

[3]– أحمد محمد ديب حجال، **المرجع السابق**، ص 114.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**، ص 700.

جعلت مبدأ حسن النية مسيطر أو مهيمن على العقد في جميع مراحله منذ مرحلة التفاوض ومرورا بمرحلة الإبرام إلى غاية التنفيذ[1].

وبخصوص التطبيقات القضائية لمبدأ حسن النية في مجال إعادة التوازن العقدي ومكافحة الشروط التعسفية، فعلى المستوى الوطني ولعدم عثورنا على أي اجتهاد القضائي وطني يعتمد على مبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي، فإننا سنستعرض أحد أهم القرارات القضائية الفرنسية في هذا المجال، والتي اعتمدت على مبدأ حسن النية لتقرير بطلان الشروط التعسفية، وهو القرار الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 1989 عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة باريس الفاصل في قضية السيدة "FORILLIERE" [2].

وتتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا القرار، في أن السيدة "FORILLIERE" قامت بتسجيل ابنتها في المدرسة الدولية للمضيفات الجويات، وهي مؤسسة تعليم خاصة، حيث سجلت الطالبة لمدة قدرها تسعة أشهر، وقد كانت استمارة التسجيل تتضمن شرطا واضحا ودقيقا يقضي بضرورة أداء مبلغ التسجيل السنوي دفعة واحدة، في حين أن العادة في هذا المجال جرت على أن يتم دفع المبلغ بصفة دورية كل 3 أشهر، ونظرا لعدم حضور الطالبة لمتابعة دراستها إلا في حصتين خلال شهري سبتمبر وأكتوبر طالبتها المدرسة بأداء مبلغ التسجيل السنوي استنادا إلى مقتضيات العقد الواضحة، والتي تلزمها بذلك غير أن السيدة "FORILLIERE" تمسكت أمام القضاء بأن الشرط تعسفي لكونه يخرج عن العادة المتبعة في هذا المجال والتي تقضي بالأداء الدوري لمبلغ التسجيل كل ثلاثة أشهر.

ولما لاحظت محكمة باريس عند فصلها في قضية السيدة "FORILLIERE" أن العادة التي تتبعها المدرسة الدولية للمضيفات الجويات في مجال دفع حقوق التسجيل، هي دفع المبلغ بصفة دورية كل ثلاثة أشهر اعتبرت أن مؤسسة التعليم للمضيفات الجويات كانت سيئة النية في المطالبة بتنفيذ العقد فيما يتعلق بحقوق التسجيل لخروج تلك المطالبة عن العادة المعمول بها في هذا المجال، أين قضت لصالح السيدة "FORILLIERE" واعتبرت ذلك الشرط تعسفي.

و الجدير بالذكر في هذا المقام أنه لا يوجد معيار محدد يعتمد عليه القضاء لمعرفة حسن أو سوء النية، بحيث يستشف القاضي تلك المسألة من خلال الظروف والملابسات التي تحيط بالقضية المطروحة أمامه، ويقدر حسن أو سوء النية وفقا لما يتمتع به من سلطة تقدير الوقائع.

من خلال ما سبق بيانه يمكن القول أن حسن النية يظهر كتكريس عام لدرجة من الأمانة يمكن للمشرع أن يحددها، وعند غياب ذلك يحددها القضاء انطلاقا من العادات وعموما من الممارسات التعاقدية

---

[1]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، **حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية – مصر، 2004، ص 323.

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 24.

الحسنة، فمبدأ حسن النية يترجم سلوك أخلاقي معين مرتبط بالعادات والمعاملات الجيدة والحسنة وبالأخلاف التعاقدية الحميدة، وإن كان البعض يرى في مبدأ حسن النية الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه لمكافحة الشروط التعسفية، فهناك من استبعد إمكانية الاعتماد عليه، وحجتهم في ذلك راجعة إلى وجود صعوبة في الجمع بين التعريف الذي يمكن إعطاؤه لحسن النية ومنطق الشروط التعسفية، معتبرا أن القضاء غالبا ما يستعمل حسن النية لمعاقبة خطأ في سلوك المتعاقد، فهو يعبر عن ضرورة سولك أخلاقي، كما أن حسن النية ينتج عن حكم قيمي حول سلوك شخص وليس عن حكم حول مشروعية شرط تعاقدي، في حين أن تكييف الشرط التعسفي هو بالأساس موضوعي، إذ أن الاهتمام هنا ينصب على الشرط في حد ذاته وليس على المتعاقد، بحيث يقتصر الفحص على ملاحظة الاختلال في التوازن العقدي ولا شيء يربط التكييف بتقدير سلوك المحترف، فلا يهم ما إذا كان المتعاقد يسعى للإضرار بشريكه أو ما إذا كان قد تصرف وتعاقد بمخالفة مبدأ حسن النية[1].

وكخلاصة لما سبق بيانه نقول أن القواعد العامة في ظل التشريع الوطني والتشريعات المقارنة سيما المشرع الفرنسي والمصري وإن كانت تتضمن أحكاما تشكل آليات عامة للحماية يمكن للقاضي الاعتماد عليها لإعادة التوازن العقدي، إلا أنها تبقى عاجزة نوعا ما وقاصرة عن توفير حماية قضائية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، ذلك أن القواعد العامة لم تسن بالأساس لحماية فئة المستهلكين، فظلا عن أن تطور مصدر التعسف وتحوله من الاذعان التعاقدي وشروط صحة العقد إلى ميزة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف، جعل القواعد العامة عاجزة عن مواكبة ذلك التطور وهو ما يبرر اعتماد التشريعات على أحكام خاصة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تتضمن تقنيات وآليات جديدة لمكافحة تلك الشروط.

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 23.

المبحث الثاني: إعادة التوازن العقدي بالاستناد على الأحكام الخاصة

على عكس الأحكام العامة التي يستند عليها القاضي في إعادة التوازن العقدي والتي رأينا بأن قواعدها تتميز بالنقص وتبقى عاجزة نوعا ما وقاصرة عن توفير حماية قضائية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية فإن الأحكام الخاصة التي تعد في ذات الوقت قواعد معاصرة بالنظر إلى تاريخ صدورها مقارنة بالأحكام العامة، قد شرعت لتحديث الحماية وجعلها تتلاءم مع المستجدات التي أصبحت تطبع عقود الاستهلاك بحيث تتضمن نصوص وقواعد قانونية وضعت من طرف المشرع لحماية المستهلك من التعسف التعاقدي الذي قد يصدر من المحترف، ولعل أهم الأحكام الخاصة التي تمنح حماية للمستهلك من الشروط التعسفية نظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية (مطلب أول) وحق جمعيات حماية المستهلك في اختصام المحترف أمام القضاء من أجل استبعاد الشروط التعسفية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الاعتماد على نظام القائمة لإعادة التوازن العقدي

لقد عمد المشرع الجزائري على وضع قائمة[1] للشروط التعسفية التي يرى بأن أغلب عقود الاستهلاك المبرمة بين المستهلكين والمحترفين أصبحت تتضمن تلك الشروط، ساعيا من وراء ذلك إحاطة المستهلك بحماية خاصة وفعالة في هذا المجال، بالاعتماد المباشر على القائمة التي وضعها من أجل مكافحة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، مسايرا بذلك كل من القانون الفرنسي في قانونه الصادر سنة 1978 والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، والقانون الألماني في تشريعه الخاص بالشروط العامة للعقود لسنة 1976، اللذان اعتمدا ذات النظام.

ومن خلال ذلك يستعين القاضي عند فصله في النزاع القضائي المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية بالأحكام الخاصة المتعلقة بنظام القائمة، وذلك على ضوء ما ورد في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، باعتبارهما من النصوص الخاصة التي سنت أساسا لحماية المستهلك، سيما في ما يتعلق بموضوع الشروط التعسفية.

---

[1]- يعد نظام القائمة الذي اعتمدته معظم التشريعات الحديثة المهتمة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، بمثابة تعريف غير مباشر للشروط التعسفية، ذلك أن التعريف غير المباشر لفكرة معينة لا يشمل فقط المعنى اللغوي لتلك الفكرة، بل يأخذ بعدة صور لها، منها التعداد الحصري أو غير الحصري للمواقف التي تعبر عن الفكرة بشكل دقيق وهو ما يسمى بتعريف القائمة، وعلى ذلك فإن التعريف غير المباشر أو ما يعرف بنظام القائمة يمثل هدفا تسعى كل النظم القانونية إلى تحقيقه، لما تمنحه هذه المنهجية من استقرار قانوني من خلال توحيد الحلول، وعلى خلاف التعريف غير المباشر للشروط التعسفية يوجد التعريف المباشر والذي يعتمد على جملة من المعايير يضعها المشرع، والتي يمكن للقاضي من خلالها إضفاء الطابع التعسفي على الشرط التعاقدي من عدمه. إبراهيم عبد العزيز داوود، **المرجع السابق**، ص 98.

ولتوضيح كيفية استعانة القاضي بنظام القائمة لمكافحة الشروط التعسفية، كان لازما علينا التعرض إلى مضمون نظام القائمة (فرع أول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى كيفية إعمال القاضي لنظام القائمة لاستبعاد الشروط التعسفية، وذلك من خلال دراسة الجزاء المقرر قانونا لضمان احترام قائمة الشروط التعسفية (فرع ثاني).

الفرع الأول: مضمون نظام القائمة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشروط التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي في العقود المبرمة ما بين المستهلكين والمحترفين بموجب نصوص خاصة منذ سنة 2004[1]، وذلك بعد صدور القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وتعرض إلى ذلك في الفصل الخامس من الباب الثالث من هذا القانون، والمتضمن للمادتين 29 و 30 تحت عنوان الممارسات التعاقدية التعسفية، حيث نصت المادة 29 منه على قائمة لبعض الشروط التعسفية، وبهدف حماية المستهلك وضمان أكثر لحقوقه نصت المادة 30 من ذات القانون على إمكانية تحديد العناصر الأساسية لبعض العقود، ومنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في العقود عن طريق التنظيم.

وتطبيقا لنص المادة 30 من القانون رقم 04-02 صدر المرسوم التنفيذي 06-306 لسنة 2006 المعدل في سنة 2008 [2]، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والذي بدوره أورد قائمة للشروط التعسفية، وعليه فإن دراستنا لمضمون نظام القائمة ستكون وفق القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306.

أولا: القائمة المنصوص عليها في القانون 04-02

لقد نصت المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ثمانية شروط اعتبرها المشرع تعسفية، ومن خلال الصياغة التي جاءت بها هذه المادة لما نصت على أنه: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير ..." نستنتج أن الشروط التي وضعتها كانت على سبيل المثال لا الحصر، بما يوحي بوجود شروط أخرى خارج التعداد الذي جاء به نص المادة 29 من القانون 04-02، قد تتسم بالطابع التعسفي وتؤدي إلى إحداث اختلال في توازن العقد المبرم بين المستهلك والمحترف.

---

[1]- رغم أن أول نص تشريعي وضع في الجزائر لحماية المستهلك كان سنة 1989، وذلك بموجب القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الذي لم تتضمن نصوصه أحكاما خاصة بالشروط التعسفية، وهو القانون الذي ألغي في سنة 2009 بموجب المادة 94 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[2]- بموجب المرسوم رقم 08-44 المؤرخ في 3 فيفري 2008، الجريدة الرسمية عدد 7 صادرة بتاريخ 10 جانفي 2008، مع الإشارة إلى أن التعديل مس فقط تشكيل لجنة البنود التعسفية المنصوص عليها في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

والجدير بالذكر أن الشروط المحددة في القائمة المنصوص عليها في المادة 29 أعلاه، ملزمة للمحترف، بحيث يحضر عليه تضمين العقود التي يبرمها مع المستهلكين بأحد تلك الشروط، كما أنها ملزمة أيضا للقاضي بحيث لا يكون له أية سلطة في تقدير الطابع التعسفي لها، وتتمثل الشروط التي تضمنتها المادة 29 السابق ذكرها فيما يلي:

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

– فرض التزامات فورية ونهائية للمستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

– امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية[1] أو مميزات المنتوج المسلم، أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

– التفرد[2] بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

– إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

– رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

– التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

– تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

ثانيا: القائمة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 06-306

بالإضافة إلى القائمة التي جاءت بها المادة 29 من القانون 04-02، نجد أن المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 في الفصل الثاني تحت عنوان البنود التي تعتبر تعسفية، جاءت هي الأخرى بقائمة للشروط التعسفية، حيث تضمنت 12 شرطا تعسفيا، لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 04-02، إذ أنها ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية، ومن ثم يمنع العمل بها في العقود المبرمة ما بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين أي المحترفين بصفة عامة، كما أنها ملزمة للقاضي ولا

[1]– حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، يقصد بعناصر العقد الأساسية تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع والخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع، وتتعلق عناصر العقد الأساسية كذلك حسب المادة 3 من نفس المرسوم بما يلي: "خصوصيات السلع والخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع والتسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع والخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد".

[2]– صياغة ركيكة ومصطلحات خاطئة، إذ أن الأصح هو الانفراد أو انفراد المحترف في حق تفسير أحد شروط العقد، وليس التفرد.

مجال له لإعمال سلطته التقديرية في تحديد طابعها التعسفي، وله الاستناد عليها مباشرة في إعادة التوازن العقدي باستبعاد أي شرط منها يكون قد تضمنه عقد الاستهلاك، وتتضمن القائمة المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 الشروط التالية:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود، المذكورة في المادتين 2 و 3 من ذات المرسوم[1].
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع التعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو فسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون تحديد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد، دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وما يترتب على اعتبار أن الشروط الواردة في القائمة المنصوص عليها في المادة 29 من القانون 04-02، وكذا الشروط الواردة في القائمة المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم رقم 06-306، أنها واردة على سبيل المثال لا الحصر، هو أن القاضي يعتمد للكشف عن الطابع التعسفي لأي شرط خارج عن

[1]- أنظر الهامش رقم 1 للصفحة 109 من هذه المذكرة.

تلك القائمتين، على المعيار المذكور في المادة 03 الحالة رقم 5 من القانون رقم 04-02، وهو معيار الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

وكما يتضح من خلال ما سبق بيانه أن نظام القائمة في التشريع الجزائري يشبه إلى حد ما النظام المتبع في القانون الألماني، إذ يمكننا تصور وجود قائمتين للشروط التعسفية:

1- قائمة سوداء: وتضم 20 شرطا تعسفيا سواء تلك المذكورة في القانون 04-02 أو المذكورة في المرسوم التنفيذي 06-306، وهي شروط ممنوعة بقوة القانون ملزمة للمحترفين في علاقاتهم مع المستهلكين كما أنها ملزمة للقاضي إذ لا يكون له سلطة تقديرية حول تحديد طابعها التعسفي، وأي عقد تضمن أحد هذه الشروط وجب على القاضي بناء على طلب المستهلك إما تعديلها أو إعفاؤه منها.

2- قائمة رمادية: لم يتم النص عليها وهي باقي الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية والتي تستلزم تدخل القاضي لتقدير طابعها التعسفي، وفق معايير[1] نص عليها القانون، وهو ما ذهب إليه القانون الألماني الصادر في: 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود[2]، الذي كان يهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج عن العقود المكتوبة مسبقا بإرادة أحد الطرفين، ولمواجهة ما يؤدي إليه استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد الذي جاء به التقنين المدني الألماني، بالشكل الذي يضر بمصالح المتعاقدين[3]، إذ نجد أن المشرع الألماني قد قسم هذه الشروط التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم أم لا، فحاول التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي فيما يخص بعض الشروط، والمسماة شروطا سوداء بحيث تكون باطلة في كل الأحوال، وما بين الاعتراف بسلطة رقابية للقضاء على طائفة من الشروط المسماة شروطا رمادية والتي يجوز للقاضي استبعادها إذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون[4]، وبالرجوع لأحكام المادة 16 من قانون الشروط العامة للعقود الألماني، نجد أن هذا الأخير نص على بطلان الشرط دون العقد، أي أن العقد يبقى صحيحا على الرغم من بطلان شرط أو أكثر من شروطه.

وحسب القانون الألماني تشمل القائمة السوداء Clauses dites noires ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة، نصت عليها المادة 10 من قانون 9 ديسمبر 1976 السابق الذكر، وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه. حق المحترف

---

[1]- وهي المعايير المعتمدة في تحديد الطباع التعسفي للشرط التعاقدي المستمدة من نص القانون فيما يتعلق بتعريف الشرط التعسفي، لمزيد من المعلومات أنظر الصفحة 61 وما بعدها من هذه المذكرة.

[2]- الذي أصبح ساري المفعول منذ الفاتح من شهر أفريل 1977، إذ وبموجب هذا القانون يعتبر المشرع الألماني من أوائل الدول الأوربية التي أصدرت نصا تشريعيا يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية.

[3]- عامر قاسم أحمد القيسي، **المرجع السابق**، ص 148 وما يليها.

[4]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 20.

في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر. أو حقه في تعديل العقد آخذا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك. وبحقه أيضا في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه. وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[1].

أما القائمة الرمادية Clauses dites grises، فهي تشمل 10 أصناف من الشروط التعسفية، نصت عليها المادة 11 من قانون 9 ديسمبر 1976، وتتعلق على وجه الخصوص، بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها في خلال مدة أربعة أشهر. وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس. وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له على المحترف خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي. والاعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه. واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[2].

وعلى غرار المشرع الألماني الذي اعتمد على نوعين من القائمة المتضمنة شروطا تعسفية، قائمة سوداء وأخرى رمادية، نجد أن التشريع الفرنسي وإلى غاية تاريخ 2009/03/18 [3] قد تضمن ثلاثة قوائم ويرجع هذا التعدد لتعدد مصادرها، فهي عبارة إما عن مراسيم صادرة عن مجلس الدولة، وإما لائحة ملحقة بمدونة الاستهلاك، وإما توصيات صادرة عن لجنة الشروط التعسفية.

1- المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة:

لقد أجازت المادة L 132-1/2 [4] من تقنين الاستهلاك الفرنسي[5] لمجلس الدولة إصدار مراسيم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، من أجل تحديد أنواع الشروط واعتبارها تعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا.

وبذلك لا يكون للقاضي المختص بالنظر في النزاع أية سلطة حول تقدير الطابع التعسفي من عدمه لأحد تلك الشروط، إذ يجب عليه أن يعتبر أي شرط يعاينه في عقد استهلاك ما يكون قد تضمنه المرسوم الصادر عن مجلس الدولة شرطا تعسفيا باطلا، وينصب هذا البطلان على الشرط التعسفي ذاته دون العقد

[1]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 20.

[2]- محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 20.

[3]- تاريخ صدور المرسوم رقم 2009-302.

[4]- وهي المادة L 212-1/4 الحالية في ظل الأمر رقم 2016-301.

[5]- Art L 212-1/4 "Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa ".

بحيث يظل هذا الأخير صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية دون الشرط الذي تقرر إبطاله بما يتفق مع مصلحة المستهلك، وهذا النوع من البطلان هو بطلان نسبي لا يجوز التمسك به إلا من جانب المستهلكين فقط [1].

ومنذ بدء العمل بنظام المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة، فإنه لم يتم سن سوى مرسوم واحد مؤرخ في 24 مارس 1978، والذي نص على قائمة تضمنت ثلاث أنواع من الشروط التعسفية تتمثل فيما يلي:

– منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل اللائحة أو الشروط العامة للبيع وغيرها، والتي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها.

– منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم.

– منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها[2].

2– ملحقة مدونة الاستهلاك:

أضاف المشرع الفرنسي في سنة 1995 ملحقا بقانون الاستهلاك، يتضمن قائمة للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، مستوحاة من التعليمة الأوربية لسنة 1993، وقد جاءت شاحبة على حد تعبير الاستاذ Calais-Auloy من جهة افتقارها للقوة الالزامية التي تتمتع بها المراسيم، وبالتالي فهي قائمة توجيهية وغير ملزمة، ومن جهة أخرى تحمل المستهلك عبئ إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا لنص المادة L 212–1 من تقنين الاستهلاك، وتضم ملحقة مدونة الاستهلاك 17 نوعا من الشروط التعسفية تتعلق بما يلي[3]:

– استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

– استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.

– النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، أو تعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.

---

[1]– حمد الله محمد حمد الله، **المرجع السابق**، ص 65.

[2]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 27.

[3]– محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 28.

– السماح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها للمستهلك الذي عدل عن إبرام أو تنفيذ العقد دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض من المحترف يعادل المبلغ الذي دفعه المستهلك إذا كان المحترف هو الذي عدل عن التعاقد.

– إلزام المستهلك الذي لم ينفذ التزامه بدفع تعويض مبالغ فيه وغير متناسب.

– السماح للمحترف بفسخ العقد بطريقة تحكمية دون منح المستهلك مثل هذا الحق أو السماح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعت له كمقدمات مقابل التزامات لم يتم تنفيذها من جانب المحترف على الرغم من قيام هذا الأخير بفسخ العقد.

– السماح للمحترف بإنهاء العقد دون إخطار المستهلك على الرغم من كون العقد غير محدد المدة إلا إذا كان هذا الإنهاء لسبب جدي أو لمبرر واضح.

– التمديد التلقائي للعقد محدد المدة، دون الاعتداد بإرادة المستهلك.

– الإثبات القاطع لإذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.

– السماح للمحترف بأن يعدل بصفة انفرادية عبارات العقد دون مبرر مشروع أو محدد بالعقد.

– السماح للمحترف أن يعدل بصفة انفرادية بدون مبرر مشروع خصائص السلعة أو صفاتها وصفات المنتج الواجب تسليمه أو الخدمة الواجب تقديمها.

– النص على أن ثمن السلعة يتحدد في لحظة تسليمها أو منح البائع أو مورد الخدمة حق زيادة الثمن دون أن يكون للمستهلك في الحالتين حقوق مماثلة تسمح له بفسخ العقد في حالة المبالغة في رفع السعر بشكل لا يتناسب مع السعر المتفق عليه لحظة إبرام العقد.

– منح المحترف الحق في تحديد ما إذا كان الشيء المستلم أو الخدمة المقدمة يتطابق مع شروط العقد أو منح المحترف الحق المطلق في تفسير بعض شروط العقد.

– تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات التي تقع على عاتق تابعيه أو وكلائه.

– إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه وفي نفس الوقت لم يلتزم المحترف بتنفيذ الالتزامات الواجبة عليه.

– النص على إمكانية إنهاء العقد بواسطة المحترف دون إعطاء هذه الخاصية للمستهلك.

– حرمان المستهلك من ممارسة حق التقاضي أو الاتفاق على وقف الدعاوى التي رفعها المستهلك أو حرمان هذا الأخير من الالتجاء إلى الطرق الأخرى أو إلزام المستهلك بالخضوع لعملية تحكيم لا تنطبق عليها نصوص القانون أو تقليص حق المستهلك في الاستناد إلى وسائل الإثبات المتاحة له أو إلزامه بتحمل عبئ الإثبات بمخالفة نصوص القانون المطبق على العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أصدر بتاريخ 28 جانفي 2005 قانون شاتال (Chatel) نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بالإعلام وتمثيل حماية المستهلكين، حيث تم بموجب هذا القانون تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب IV تحت عنوان أحكام مختلفة وذلك بأن أضاف للقائمة البيانية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، الشرط الذي يلزم المستهلك بقبول نظام بديل لتسوية النزاعات[1].

3- توصيات لجنة الشروط التعسفية:

أنشأت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، على أن توضع لدى الوزير المكلف بالاستهلاك، وقد تم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995[2]، بحيث تضم هذه اللجنة 13 عضو منهم قاضيين يتولى أحدهما مهام رئاسة اللجنة أما الآخر فيكون نائبا له، وعضوين مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود يتم اختيارهم بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك، وأربعة أعضاء ممثلين للمحترفين وأربعة أعضاء ممثلين للمستهلكين، أما العضو الأخير فهو محافظ الحكومة والتي أسندت مهامه إلى المدير العام للمنافسة والاستهلاك[3]، وبذلك حاول المشرع الفرنسي من خلال تشكيلة اللجنة تمثيل جميع الأطراف المعنية بإشكالية الشروط التعسفية من قضاة وإداريين ومستشارين في مجال القانون والعقود، وممثلين عن المستهلكين والمحترفين، وهذا حتى تتمكن اللجنة من الاضطلاع بمهامها على أحسن وجه، وهو ما يعكس رغبة المشرع الفرنسي في أن تكون مكافحة الشروط التعسفية في إطار لجنة الشروط التعسفية، عن طريق أهل الخبرة والاختصاص[4].

ويتم اخطار هذه اللجنة إما من الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما من المحترفين أنفسهم، كما يجوز للجنة التدخل من تلقاء نفسها[5]، ومنذ سنة 1993 أصبح للقضاء إمكانية إخطار لجنة الشروط التعسفية[6].

وعلى خلاف مهام مجلس المنافسة في فرنسا[7]، فإن لجنة الشروط التعسفية مجرد هيئة استشارية تنحصر مهامها في إصدار توصيات بحذف أو تعديل الشروط التي تراها تعسفية بمفهوم المادة L 212-1

---

[1]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 30.

[2]- بموجب المادة L 132-2، وما يليها من قانون الاستهلاك، التي عوضت المادة 1/35 وما يليها من قانون 10 جانفي 1978.

[3]- محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 30.

[4]- محمد أمين سي الطيب، **المرجع السابق**، ص 127.

[5]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 31.

[6]- عصام نجاح، **المرجع السابق**.

[7]- باعتباره سلطة إدارية مستقلة تتمتع بصلاحيات استشارية، وصلاحيات تنازعية يتخذها من أجل وضح حد للممارسات المقيدة للمنافسة التي تأخذ أشكال مختلفة، كالاتفاقيات المقيدة للمنافسة، الممارسات التعسفية، وكذا حالة التجميعات الاقتصادية.

وليس لهذه التوصيات أية قوة إلزامية سواء للأطراف أو للقاضي، بحيث لا يمكن للجنة الشروط التعسفية أن تصدر أوامر أو تتخذ عقوبات في حق المحترفين المخالفين.

ولقد صدر عن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا إلى غاية سنة 2008 ثمانية وستون توصية تضمنت كل واحدة منها العديد من الشروط التعسفية يمكن تقسيمها إلى طائفتين:

الطائفة الأولى هي عبارة عن توصيات عامة تضم شروطا تهم عقود الضمان (التوصية رقم 97-01) اللجوء إلى القضاء (التوصية رقم 08-03)، آجال التسليم (التوصية رقم 80-60)، إنشاء العقد، ... إلخ.

أما الطائفة الثانية فهي خاصة بقطاعات معينة، بحيث تضم شروطا تهم شراء أشياء التأثيث (التوصية رقم 80-05)، تركيب المطابخ (التوصية رقم 82-03)، النقل البري للأشخاص (التوصية رقم 84-52) شراء سيارة (التوصية رقم 85-04)، عقد بناء مسكن فردي (التوصية رقم 91-03)، الإيجار مع خيار الشراء (التوصية رقم 86-01)، بطاقات الوفاء (التوصية رقم 94-02)، إيجارات السيارات (التوصية رقم 96-02)، الاشتراك في الكابل والتلفزيون مدفوع الثمن (التوصية رقم 80-06)[1].

ورغم عدم إلزامية تلك التوصيات، فإن المحاكم في فرنسا لم تتردد في الاستئناس بها لتقدير الطابع التعسفي لشرط تعاقدي معين، كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة، حيث أصدر المشرع بناء على تلك التوصيات عدة قوانين، منها القانون المؤرخ في 23 جوان 1989 المتعلق بوكالات الزواج، وقانون 6 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن، وقانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، وقانون 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي، وقانون 18 جويلية 1992 المتعلق بآجال التسليم والذي أصبح يشكل حاليا المادة 114-1 من قانون الاستهلاك[2].

وعلى غرار المشرع الفرنسي، نص المشرع الجزائري في المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3] على إنشاء لجنة للبنود التعسفية، وهي لجنة ذات طابع استشاري توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة.

وتتشكل لجنة البنود التعسفية في الجزائر حسب ما نصت عليه المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدلة بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44[4] من خمسة أعضاء دائمين وخمسة

---

[1]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 31.

[2]- محمد بودالي، **نفس المرجع**، ص 32.

[3]- التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة".

[4]- المؤرخ في 03 فيفري 2008.

أعضاء مستخلفين، يتوزعون كما يلي: "ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية، ممثلان عن وزير العدل مختصان في مجال العقود، ممثلان عن مجلس المنافسة، متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود، ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود"، في حين يتولى مهام رئاسة اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة[1].

وتضطلع لجنة البنود التعسفية بمهام ذات طابع استشاري، تتمثل أساسا بالبحث في مختلف العقود المطبقة من طرف المحترفين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، وتتولى في إطار ذلك صياغة توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أيضا القيام بدراسات وإنجاز خبرات تتعلق بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين[2]، كما يمكن للجنة نشر آراءها وتوصياتها بأي وسيلة ملائمة[3].

وتمارس لجنة البنود التعسفية مهامها الاستشارية أما تلقائيا، أو بعد إخطارها من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة أو جمعية مهنية، ومن جمعيات حماية المستهلكين، أو من كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[4].

وبالرجوع إلى نظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية حسب التشريع الفرنسي، فإنه ومنذ صدور المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009، تم اعتماد قائمتان للشروط التعسفية، الأولى رمادية تتضمن شروطا يفترض أنها تعسفية نصت عليها المادة R 132-2 [5]، ويقع على المحترف عبئ إثبات أنها ليست تعسفية، على أن يكون ذلك تحت السلطة التقديرية للقاضي، أما القائمة الثانية فهي سوداء تضم شروطا تعسفية دوما أي بصفة مطلقة، نصت عليها المادة R 132-1 [6]، وذلك لخطورتها في تهديد توازن العقد وهي غير قابلة لإثبات العكس من طرف المحترف [7]، وليس للقاضي سلطة في تقدير طابعها التعسفي.

---

[1]- الفقرة الثانية للمادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل بموجب المرسوم رقم 08-44.

[2]- المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل بموجب المرسوم رقم 08-44.

[3]- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل بموجب المرسوم رقم 08-44.

[4]- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل بموجب المرسوم رقم 08-44.

[5]- Art. R 132-2: " Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: …"

[6]- Art. R 132-1: " Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: …"

[7]- عصام نجاح، **المرجع السابق**.

الفرع الثاني: تطبيق القاضي لنظام القائمة

ضمانا لاحترام نظام القائمة، رتب المشرع الجزائري على إدراج أحد الشروط التعسفية، في العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا نوعان من الآثار القانونية، الأول يوقعه القاضي المدني الفاصل في منازعة قضائية تتعلق بمكافحة الشروط التعسفية التي يحتويها عقد الاستهلاك، أما الأثر الثاني فيوقعه القاضي الجزائي نظرا لما يشكل فعل الاخلال بنظام القائمة بتضمين عقد الاستهلاك أحد الشروط التعسفية الممنوعة من مخالفة جزائية [1].

أولا: الجزاء المدني

يتمثل الجزاء المدني الذي يوقعه القاضي على المحترف الذي أخل بنظام القائمة في منعه من الاستفادة بالامتيازات التي يمنحها له الشرط التعسفي، وذلك بإلغائه بحيث لا يسوغ للمحترف مطالبة المستهلك بتنفيذه، وبالتالي فالأثر الذي يترتب على الجزاء المدني هو إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية الاستهلاكية.

وإلغاء الشروط التعسفية من عقود الاستهلاك كجزاء مدني يوقعه القاضي، نستخلصه من المادة 30 من القانون رقم 04-02 بنصها على أنه "... وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " وإن كانت القراءة الحرفية لهذه المادة تشير فقط إلى الحذف المادي للشروط التعسفية من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين والمحترفين.

وما يلاحظ على المادة 30 من القانون رقم 04-02 هو أن صياغتها جاءت ركيكة، إذ يتضح من عباراتها وكأن هناك بعض الشروط التعسفية لا يمنع العمل بها، غير أن هذا التفسير لا يتماشى مع السياق العام لأحكام الشروط التعسفية المقررة بموجب القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، بحيث أن قصد المشرع من خلال نص المادة 30 أعلاه، أن شروط العقد ليست كلها تعسفية، والمنع ينصرف فقط للشروط التي تتسم بالطابع التعسفي، لذا كان من الأجدر أن يكون نص المادة كما يلي: "... وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود بالشروط التي تعتبر تعسفية ".

وعلى خلاف المشرع الجزائري، قرر المشرع الفرنسي صراحة في المادة L 241-1 [2]، كجزاء على احتواء عقد الاستهلاك لأحد الشروط التعسفية، اعتبارها غير مكتوبة، ويبقى العقد قائما وصحيحا إذا أمكن أن يبقى دون الشروط السابقة[3].

---

[1]- المقصود بالمخالفة في هذا المقام هو مخالفة قاعدة قانونية جزائية، بصرف النظر عن التكييف الذي يلحق الفعل المجرم.

[2]- من تقنين الاستهلاك لسنة 2016 " الأمر رقم 2016-301 "، مع الاشارة إلى أن المادة L 241-1 هي ذاتها المادة السابقة من تقنين الاستهلاك L 132-1

[3] - " Les clauses abusives sont réputées non écrites. Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses" .

وقد ذهب أغلب الفقهاء إلى تفسير عبارة كأنها غير مكتوبة réputées non écrites بأنها باطلة، غير أن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد يتمحور حول نوع هذا البطلان، هل هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي[1].

كما يبدو في الوهلة الأولى أن الجزاء المقرر في المادة L 241-1 ، هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك، طالما أن الشروط التعسفية تمس بمصالح أحد المتعاقدين وهو المستهلك دون المحترف، فضلا عن أن البطلان ينصب على الشرط دون العقد[2]، بما يتلاءم ومصلحة المستهلك، إذ يبقى العقد قائما وله الاستفادة من السلعة أو الخدمة التي يقدمها المحترف[3].

غير أن ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة L 241-1 من تقنين الاستهلاك تدعونا إلى التمهل قليلا قبل إضفاء طابع البطلان النسبي على الجزاء المقرر في الفقرة الأولى لذات المادة، كونها اقرت صراحة أن الاحكام المقررة في المادة L 241-1 من النظام العام[4] ، الأمر الذي يثير الشك حول نوع هذا البطلان واقترابه إلى البطلان المطلق منه عن البطلان النسبي، وما يزيد في إذكاء هذا الشك هو ما نص القانون رقم 2014-344 المؤرخ في 17 مارس 2014 والتي أوجبت على القاضي وبعدما يتلقى جميع البيانات أو التعليقات من الأطراف، أن يستبعد من المناقشة أي شرط يتسم بالطابع التعسفي يحتويه عقد الاستهلاك محل النزاع.

مع الإشارة في هذا المقام إلى أن تعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على تقنين الاستهلاك بموجب القانون رقم 2014-344 كان استجابة لما ذهبت إليه محكمة العدل للمجموعة الأوربية في قرارها الصادر بتاريخ 2009/06/04 الذي حولت فيه سلطة تدخل القاضي لتقرير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية من جواز التدخل تلقائيا إلى واجب التدخل، حيث جاء في قرارها: "دور القاضي الوطني في مجال البنود التعسفية لا يتحدد فقط بالقدرة والإمكانية البسيطة للتصريح بالطابع التعسفي للبند التعاقدي، ولكن يتعلق أيضا بواجب البحث من تلقاء نفسه في هذه المسألة بمجرد ما يتعلق الأمر بمجال اختصاصه الاقليمي"[5].

---

[1]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 42.

[2]– وفي ذلك تكريس لنظرية انتقاص العقد التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 104 من القانون المدني، بنصها على أنه: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل 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".

[3]– محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 42.

[4] - "Les dispositions du présent article sont d'ordre public".

[5]– عصام نجاح، **المرجع السابق**.

ثانيا: الجزاء الجنائي

لقد رتب المشرع الجزائري على إدراج أحد الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02، جزاء جنائيا وذلك بموجب المادة 38 من ذات القانون بنصها على أنه تعتبر ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المادة 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار(5.000.000 دج)، كما نصت المادة 17 من المرسوم 06-306 على أنه: " تتم العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام المادة 05 من هذا المرسوم والتي تضمنت النص على الشروط التعسفية طبقا للقانون 04-02 "[1].

وبذلك فإن المشرع وضمانا لاحترام القائمة فرض إضافة للجزاء المدني جزاء جنائي يتمثل في الغرامة المالية كعقوبة جزائية، ولعل المشرع الجزائري قد أخذ هذا الجزاء عن نظيره الفرنسي حيث كان يعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، بالغرامة على كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيوب الخفية في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[2].

وعليه وحسب نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 فإن إدراج المحترف في عقود الاستهلاك التي يبرمها مع المستهلكين أحد الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02، أو تلك الواردة في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، يشكل جنحة معاقب عليها بالغرامة، وفيما يلي سوف نتطرق إلى أركانها ثم إلى المتابعة والجزاء المقرر لها.

أ: أركان الجريمة

إلى جانب الركن الشرعي والمتمثل في نص المادة 29 من القانون رقم 04-02، تقتضي جنحة الممارسات التعاقدية التعسفية لقيامها توفر كل من الركن المادي والركن المعنوي.

---

[1]- الأصل أن التجريم في مادة الجنايات والجنح يتم بموجب نصوص تشريعية سواء أكانت قوانين أو أوامر تخضع للمصادقة عليها في البرلمان بغرفتيه، وفقا لما تنص عليه المادة 140 من الدستور الجزائري، وبالتالي وبمفهوم المخالفة فإنه لا يسوغ التشريع في مادة الجنايات والجنح عن طريق التنظيم بالمفهوم الواسع سواء أكان عبارة عن مراسيم رئاسية، أو مراسيم تنفيذية، أو قرارات إدارية تنظيمية، وعليه فإن الإحالة التي جاءت بها المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 بجعل مخالفة أحكام المادة 5 من ذات المرسوم والمتعلقة بقائمة الشروط التعسفية تقع تحت طائلة العقوبات المقررة في المادة 38 من القانون رقم 04-02، بمثابة التجريم في مادة الجنح بموجب التنظيم، نظرا لاحتواء القائمة المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 على شروط تعسفية غير واردة في القائمة المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 هذا من جهة، ولإمكانية التوسيع من نطاق الشروط الواردة في القائمة المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 بإضافة شروط جديدة بموجب مرسوم تنفيذي يعدل من المرسوم التنفيذي 06-306 من جهة ثانية، وهو الأمر غير الجائز دستوريا، باعتبار أن فعل الاخلال بنظام قائمة الشروط التعسفية يكيف كجنحة لتجاوز الحد الأدنى للغرامة المقررة لها مبلغ 20.000 دج، باعتباره النصاب القانوني المقرر في المادة 5 من قانون العقوبات.

[2]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق**، ص 101.

ويتحقق الركن المادي لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية بتحقق ثلاث عناصر، يتمثل الأول في صفة الجاني وهو المحترف، وبالتالي لا يجوز متابعة المستهلك من أجل جنحة التعاقد بالشروط التعسفية، في حين يتمثل العنصر الثاني من الركن المادي في وجود عقد استهلاك، هذا الأخير وكما سبق وأن رأينا في الفصل الأول من هذه المذكرة بأنه ذلك العقد الذي يبرمه المستهلك مع المحترف تلبية لحاجاته الشخصية، أما العنصر الثالث فهو تضمين عقد الاستهلاك بأحد الشروط التعسفية الواردة ضمن القائمة المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 أو المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 من طرف المحترف.

ولا تكتمل أركان جنحة الممارسات التعاقدية التعسفية إلا بتحقق الركن المعنوي، والذي يتمثل في قصد المحترف في الحصول على امتيازات تعاقدية غير مبررة على حساب المستهلك نتيجة تلك الشروط.

ب: المتابعة والجزاء

لم ينص المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 على شرط الشكوى المسبقة لمتابعة المحترف بجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية، وبالتالي فالمتابعة الجزائية من أجلها تلقائية تباشرها النيابة أما بناء على شكوى المستهلك المتضرر، وإما بناء على معاينات تم إجراؤها من طرف الأشخاص المذكورين في المادة 49 من القانون رقم 04-02 في إطار التحقيقات التي يقومون بها وهم: "ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الاجراءات الجزائية، أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، الأعوان التابعون للمصالح الجبائية"، على أن تفرغ تلك المعاينات في محاضر ترسل إلى مصالح النيابة المختصة.

وبخصوص الجزاء، فقد قرر المشرع في المادة 38 من القانون رقم 04-02 توقيع غرامة مالية كعقوبة أصلية على المحترف الذي تثبت إدانته بجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية، يتراوح مبلغها بين خمسين ألف دينار جزائري (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج)، مع الإشارة إلى أن هذه الجنحة لا تقبل نظام غرامة المصالحة حسب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من للمادة 60 من القانون رقم 04-02.

المطلب الثاني: توسيع دائرة حق التقاضي لإعادة التوازن العقدي

لم يعد الحق في رفع دعوى اعادة التوازن العقدي مقتصرا على شخص المستهلك فقط، بل إمتد أيضا إلى الجمعيات الناشطة في مجال حماية المستهلكين، بحيث أصبحت تلعب دورا فعالا في مواجهة هذه الشروط انطلاقا من حتمية أن مسؤولية حماية المستهلك مسؤولية جماعية ومشتركة تتقاسمها أطراف عديدة فاعلة في الحياة الاقتصادية داخل المجتمع من بينها جمعيات حماية المستهلكين[1].

[1]- الهواري هامل، **دور الجمعيات في حماية المستهلك**، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص (أفريل) 2005، ص 221.

وتماشيا مع ذلك وعلى غرار باقي التشريعات كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية إنشاء الجمعيات في جميع الميادين والمجالات[1]، بما فيها تلك التي تعمل في مجال حماية المستهلك، وأعطى لها الحق في الدفاع عن حقوق المستهلكين في مواجهة المحترفين بجميع الطرق القانونية المتاحة.

وتفاديا لتقاعس المستهلكين عن رفع دعاوى إبطال الشروط التعسفية، بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان مقارنة بقيمة السلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي فإن العديد من التشريعات ذهبت إلى حل المشكلة عن طريق منح جمعيات المستهلكين الحق في مكافحة الشروط التعسفية من خلال رفع دعاوى إعادة التوازن العقدي.

إذ فبالإضافة إلى ما تقوم به جمعيات حماية المستهلك من توعية وتحسيس من أجل تفادي المخاطر التي قد تصيب المستهلك جراء علاقاته مع المحترف، منحها القانون صلاحية اللجوء إلى القضاء ورفع دعاوى يتعلق موضوعها بالمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية، وأن كان ذلك بمثابة حق استثنائي خوله لها المشرع من أجل الدفاع عن حقوق المستهلك، لأن الأصل في الدعوى أن يتم رفعها من طرف المستهلك طالما أنه صاحب الصفة والمصلحة فيها[2]، لكونه صاحب الحق المعتدى عليه، آلا وهو حقه في التوازن العقدي الذي أعتدي عليه من طرف المحترف بإدراجه في العقد شروطا تعسفية.

وعليه سنتولى التطرق في هذا المطلب إلى شروط مباشرة جمعيات المستهلكين لدعوى إعادة التوازن العقدي (فرع أول)، ثم إلى أنواع دعاوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي (فرع ثاني).

الفرع الأول: شروط مباشرة جمعيات المستهلكين لدعوى إعادة التوازن العقدي

لما كان حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية المختل بفعل الشروط التعسفية يشكل في ذات الوقت الحق في الدعوى، فإن ممارسة هذا الحق من طرف جمعيات المستهلكين مرهون بتحقق شرطان اساسيان وهما: شرط توافر جمعيات المستهلكين على الأهلية اللازمة وشرط الصفة في دعوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي.

أولا: شرط توافر جمعيات المستهلكين على الأهلية اللازمة

يشترط القانون لصحة العمل الاجرائي، أن يتحقق وجود الشخص من الناحية القانونية، وأن يكون قادرا على مباشرة الأعمال الإجرائية أمام القضاء، أي يشترط أن تتوافر لدى الخصم الأهلية اللازمة، هذه الأخيرة تنقسم إلى أهلية الاختصام وأهلية التقاضي (الأهلية الإجرائية).

---

[1]– المادة 84 من الدستور الجزائري " حرية التعبير، وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمون للمواطنين "، والمادة 54 " حق إنشاء الجمعيات مضمون، تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية، يحدد القانون العضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات".

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 75.

ويقصد بأهلية الاختصام ما يتمتع به الخصم من المركز الإجرائي في الدعوى، وبما يمده من الحقوق ويحمله بالواجبات والاعباء الإجرائية، فأهلية الاختصام ينظر إليها من خلال أهلية الوجوب، وهي تعني صلاحية الشخص بأن يتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات وتؤكد على وجوده من الناحية القانونية سواء اكان شخصا طبيعيا أو معنويا[1].

وتكتسب جمعيات حماية المستهلكين أهلية الاختصام بمجرد اكتسابها للشخصية المعنوية، ولا يكون ذلك إلا بعد تأسيسها طبقا للقانون الذي يحكم الجمعيات بصفة عامة.

ولتأسيس جمعية حماية المستهلك وفقا للقانون 12-06 المتعلق بالجمعيات[2] لابد من توافر جملة من الشروط والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين، شروط موضوعية وأخرى شكلية.

فالنسبة للشروط الموضوعية فقد نصت المادتين 04 و 05 من القانون 12-06 على جملة من الشروط تعلقت بما يجب توفره في أعضاء الجمعية، فإن كان أعضاءها أشخاص طبيعيين، فيشترط فيهم حسب نص المادة 04 من القانون 12-06 أن يبلغوا سن 18 فما فوق، أن يكونوا من جنسية جزائرية، مع تمتعهم بحقوقهم المدنية والسياسية، وأن يكونوا غير محكوم عليهم بجناية و / أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص فقد نصت المادة 05 من القانون 12-06 على الشروط المتعلقة بهم، وتتمثل فيما يلي : " أن يكونوا مؤسسين طبقا للقانون الجزائري، ناشطين عند تأسيس الجمعية، غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم".

وأضافت المادة 06 الفقرة الثالثة من نفس القانون شرطا رابعا تمثل في أن يكون عدد الأعضاء المؤسسين عشرة أعضاء بالنسبة للجمعيات البلدية، وخمسة عشر عضوا بالنسبة للجمعيات الولائية منبثقين عن بلديتين على الأقل، وواحد وعشرون عضوا بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقين عن ثلاث ولايات على الأقل، وخمسة وعشرون عضوا بالنسبة للجمعيات الوطنية منبثقين عن 12 ولاية على الأقل.

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية فمردها الإجراءات الواجب إتباعها لتأسيس الجمعية، إذ نصت المادة 06 الفقرة الأولى والثانية من القانون 12-06 على أن الجمعية تؤسس بحرية من قبل أعضائها المؤسسين ويجتمع هؤلاء في جمعية عامة تأسيسية تثبت بموجب محضر اجتماع يحرره محضر قضائي، حيث تتولى حينئذ الجمعية العامة التأسيسية المصادقة على القانون الأساسي للجمعية وتعين مسؤولي هيئاتها التنفيذية.

---

[1]- عمر زودة، **المرجع السابق**، ص 63.

[2]- المؤرخ في 12 جانفي 2012، الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2012.

وأضافت المادتين 07 و 08 من ذات القانون، أنه يخضع تأسيس الجمعية إلى تصريح تأسيسي وإلى تسليم وصل تسجيل، ويودع التصريح التأسيسي مرفقا بكل الوثائق المذكورة بالمادة 12 لدى المجلس الشعبي البلدي للجمعيات البلدية، الولاية بالنسبة للجمعيات الولائية، والوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية أو ما بين الولايات، مقابل وصل إيداع تسلمه وجوبا الإدارة المعنية مباشرة بعد تدقيق حضوري لوثائق الملف، ويمنح للإدارة ابتداء من تاريخ إيداع التصريح آجال محددة في نص المادة الثامنة، تتراوح ما بين 30 إلى 60 يوم حسب الحالة، لإجراء دراسة من أجل مطابقة ملف تأسيس الجمعية لأحكام القانون رقم 12-06، وعند انقضاء هذا الأجل على أقصى تقدير يتعين إما تسليم الجمعية وصل تسجيل ذي قيمة اعتماد أو اتخاذ قرار بالرفض، على أن يعد عدم رد الادارة خلال الآجال المذكورة أعلاه بمثابة اعتماد للجمعية المعنية وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة تسليم وصل تسجيل للجمعية.

وهكذا إذا استكملت الجمعيات بصفة عامة ومن بينها جمعية حماية المستهلك هذه الإجراءات تكون قد تأسست من الناحية القانونية، وبالتالي تكتسب الشخصية المعنوية، وتتمتع منذ اكتسابها للشخصية المعنوية بأهلية الاختصام وتصبح قادرة على مباشرة الأعمال الاجرائية أمام القضاء بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية تلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية.

وحالما يتم تأسيس جمعيات حماية المستهلكين طبقا للقانون، وبمجرد أن تصبح متمتعة بالشخصية القانونية، يكون لها في ذات الوقت أهلية الاختصام وأهلية التقاضي باعتبار أن هذه الأخيرة هي نتيجة حتمية للأولى، بحيث يمكنها بموجب أهلية التقاضي أن تباشر دعاوى أمام القضاء باسمها عن طريق ممثلها، وهو رئيس الجمعية عادة، الذي يتولى القيام بجميع الأعمال الإجرائية التي تقتضيها الدعوى باسم ولحساب الجمعية، وهو ما يسمى بالتمثيل الاجرائي.

ثانيا: شرط الصفة في دعوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي

تقضي القاعدة العامة في القانون أن لكل شخص الحق في الدعوى متى كانت هناك مصلحة قانونية تحتاج إلى الحماية القضائية، وهي القاعدة التي جسدها المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] في فقرتها الأولى بنصها على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، وبناء على ذلك فإن الشرط الأساسي لقبول أي دعوى قضائية بما فيها دعوى إعادة التوازن العقدي هو الصفة، وبالتالي يشترط لقبول دعوى إعادة التوازن العقدي المرفوعة من

[1]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 افريل 2008.

طرف جمعيات المستهلكين حيازتها على شرط الصفة، تحت طائلة عدم قبولها وفقا لما نصت عليه المادة 67 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[1].

الأصل أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، على أن يباشرها ضد من يوجد الحق في مواجهته، وهو ما يعبر عنه بوجوب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة[2].

وعليه فإن القاعدة العامة تقتضي وجوب أن ترفع دعوى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية من طرف المستهلك دون سواه، لكونه صاحب الحق والمركز القانوني المعتدى عليه من قبل المحترف بتضمين العقد بشروط تعسفية، ولو أناب المستهلك غيره في مباشرة إجراءات رفعها أمام القضاء[3] غير أنه وكاستثناء على تلك القاعدة، قد تثبت الصفة في هذه الدعوى لبعض التجمعات نظرا لوجود رابطة وثيقة بين مصالح المستهلك صاحب الحق المدعى به، وبين المصالح الجماعية لذلك التجمع، شريطة أن يمنحها القانون بنص خاص وصريح طالما أن الأمر يتعلق هنا باستثناء على القاعدة العامة[4].

والمشرع الجزائري في ظل القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات جاء بنص صريح منح بموجبه الجمعيات بصفة عامة، ومن بينها جمعيات حماية المستهلكين الحق في التقاضي، حيث نصت المادة 17 منه على أنه: " تكتسب الجمعية المعتمدة الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها ويمكنها حينئذ القيام بما يأتي: التقاضي والقيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية ألحقت ضررا بمصالح الجمعية أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها...".

وفي إطار الأحكام الخاصة بجمعيات حماية المستهلكين، كرس المشرع الجزائري بموجب المادة 12 من القانون 98-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في فقرتها الثانية[5] الملغى بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حق جمعيات حماية المستهلك في الادعاء أمام القضاء المختص، دفاعا عن المصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بها وبذلك أعترف المشرع الجزائري لجمعيات حماية المستهلكين بالحق في رفع أي دعوى بصرف النظر عن منشئها أكان مدني أم جزائي، منذ وضعه لأول نص تشريعي يعنى بحماية المستهلك.

---

[1]- التي تنص على أن "الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

[2]- عمر زودة، **المرجع السابق**، ص 63.

[3]- وهو ما يطلق عليه الفقه تسمية الصفة الإجرائية التي تثبت للنائب أو الممثل القانوني، الذي يتولى تمثيل المدعي صاحب الصفة الأصلية أمام القضاء، شرط أن يتمتع من يباشر الدعوى نيابة عن صاحب الصفة الأصلية فيها بحق التمثيل، هذا الأخير يثبت له أما بنص قانوني –كالولي عن القاصر والمقدم عن المحجور عليه– أو بالاتفاق –كعقد الوكالة الخاصة للتقاضي–.

[4]- حفيزة مركب، **الحماية التشريعية للمستهلك في ظل جودة المنتوج والخدمة**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 73.

[5]- المؤرخ في 7 فبراير 1989 الجريدة الرسمية عدد 6 لسنة 1989.

أما في ظل القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جاء المشرع الجزائري بنص يشبه إلى حد ما نص المادة 12 من القانون 98-02، منح بموجبه لجمعيات حماية المستهلكين الصفة في التأسس كطرف مدني عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية، تسبب فيها نفس المحترف وذات أصل مشترك[1]، غير أنه بالتمعن في هذا النص يتبين لنا عدم إمكانية الاستناد عليه لمنح الصفة لجمعيات حماية المستهلكين في رفع دعوى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، طالما أن هذا النص انحصر في حق جمعيات حماية المستهلكين في التأسس كطرف مدني في حالة وجود مخالفة جزائية، وتأسس الجمعية في هذه الحالة سيمنحها فقط صفة الطرف المدني في الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية، الأمر الذي يدفع بنا إلى التساؤل أكثر حول حقيقة وجود النص القانوني الصريح الذي يمنح الصفة لجمعيات المستهلكين في دعوى إعادة التوازن العقدي.

وبالرجوع إلى القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نجد أن المشرع الجزائري قد أتى بنص آخر منح بموجبه الحق في التقاضي لجمعيات حماية المستهلك، وهو المادة 65 التي جاء فيها أنه: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية يمكن جمعيات حماية المستهلك التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسس كطرف مدني في الدعاوى للحصول عن تعويض الضرر الذي لحقهم"، ولما كان الحاصل أن دعوى إلغاء الشروط التعسفية تجد أساسها القانوني في أحكام القانون رقم 04-02، طالما أن إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة ما بين المستهلكين والمحترفين ممنوع بموجب المادة 30 من ذات القانون، أفلا يمكن القول أن صفة جمعيات المستهلكين في دعوى إعادة التوازن العقدي تثبت لها بموجب المادة 65 من القانون 04-02.

وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي لم تتضمن نصوصه إلى حد اليوم أحكاما صريحة تمنح جمعيات حماية المستهلكين الحق في التقاضي لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، مر التشريع الفرنسي بخصوص صفة الجمعية في رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية بثلاثة مراحل، عرفت آخر مرحلة نصوص صريحة منحت الجمعية تلك الصفة.

فأول مرحلة كانت بصدور قانون ROYER الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1973، والذي كان السباق في منح جمعيات حماية المستهلك المعتمدة حق الالتجاء إلى القضاء بغرض الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين، حيث يعتبر بمثابة النص الأساسي والأول الذي يتعلق بالدعاوى الجماعية التي تباشرها جمعيات حماية المستهلك، حينما نص في مادته 46 على أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك المرخص لها لهذا

[1]- المادة 23 من القانون رقم 09-03 التي تنص على ما يلي: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية، تسبب فيها نفس المتدخل، وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني".

الغرض، أن تباشر أمام المحاكم بجميع أنواعها الدعوى المدنية التي تتعلق بالأعمال التي يترتب عليها ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين[1].

وعليه لاحظ البعض أنه بإمكان الجمعيات أن تطالب بإلغاء الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المقدمة أو المعروضة على المستهلكين، إلا أن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية أصدرت قرارا بتاريخ 16 جانفي 1985 يعطي تفسيرا ضيقا للمادة 46 السابق ذكرها، حيث تضمنت حيثياته أن الدعوى المدنية التي ورد النص عليها يجب أن يقصد بها فقط دعوى تعويض الضرر الحاصل بسبب جريمة جنائية أو بسبب مخالفة قانون العقوبات[2].

غير أنه ومنذ صدور قانون 5 جانفي 1988 أعاد المشرع الفرنسي تنظيم الدعاوى القضائية التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك، ومن بين الدعاوى التي أجازها دعوى إلغاء الشروط التعسفية، التي نصت عليها المادة 06 منه، وجاء فيها ما يلي: " يمكن لجمعيات حماية المستهلك المرخص لها أن تطلب من القضاء المدني أو التجاري إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في العقود التي قدمها المهنيون عادة للمستهلكين ويمكن للقضاء أن يفرض ذلك تحت غرامة تهديدية إذا لزم الأمر ".

أما المرحلة الثالثة فبدأت بصدور تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 والذي عالج مسألة الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في حالتين، حيث تتمثل الأولى في وجود مخالفة جزائية ونصت عليها المادة L421-1، وتتعلق بالدعوى المدنية التي ترفع بغرض تعويض الضرر الجماعي للمستهلكين سواء أمام المحاكم المدنية أو الجنائية، أما الحالة الثانية تتعلق بعدم وجود مخالفة جزائية، وهنا ثار التساؤل حول ما إذا كان بإمكان جمعيات حماية المستهلك رفع الدعاوى إذا كان الفعل الضار بالمصالح الجماعية للمستهلكين مجرد خطأ مدني، وكان قد تضمن قانون 1988 في مادتيه الخامسة والسادسة حلا لذلك التساؤل، مفاده أنه لا يجوز لجمعيات حماية المستهلك رفع الدعاوى في حالة عدم وقوع جريمة جنائية إلا في فرضين، الأول يتعلق بالمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية، في حين يتعلق الثاني بالتدخل الاختياري من طرف الجمعيات في نزاع فردي معروض أمام المحاكم[3].

وقد اعتنق تقنين الاستهلاك لسنة 2016[4] هذا الحل في مادته L 621-2/1 التي نصت على أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك أن ترفع أمام القضاء المدني دعوى إلغاء الشروط التعسفية، وأن تطلب

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 83.

[2]– سليمة أحمد يحياوي، **نفس المرجع**، ص 83.

[3]– حمد الله محمد حمد الله، **المرجع السابق**، ص 121.

[4]– الأمر رقم 2016-301 المؤرخ في 14 مارس 2016.

إلغاء الشروط المنصوص عليها في نماذج العقود والاتفاقات المعتادة، التي يطرحها المهنيون على المستهلكين[1].

الفرع الثاني : أنواع دعاوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي

وسنحاول ضمن هذا الفرع التطرق إلى الدعوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في مجال مكافحة الشروط التعسفية، وهي دعوى إلغاء الشروط التعسفية والتي تأخذ إما شكل دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها أي العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف، وإما دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود ذلك أن معظم المحترفين يضعون نماذج مسبقة يجري عليها التعاقد تتضمن شروطا تعسفية وتهدد توازن العقد الذي سيبرم لاحقا.

أولا: دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها

لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من الدعاوى، أي دعوى إلغاء الشروط التعسفية بشكل مباشر إلا أنه يمكن استخلاصها من خلال نص المادة 65 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في فقرتها الأولى، التي نصت على أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك رفع دعاوى في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، ويعد إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين بمثابة مخالفة لأحكام القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وعليه يحق لجمعيات حماية المستهلك رفع أي دعوى بما أن النص جاء عاما ومن بين هذه الدعاوى، دعوى إلغاء الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين.

وعليه وأمام وجود نص المادة 65 من القانون رقم 04-02، نرى بأنه لا مانع في قبول القاضي للدعاوى المرفوعة من طرف جمعيات المستهلكين الرامية إلى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي سبق ابرامها، شريطة أن يكون المستهلك الذي يكون طرفا في العقد المختل بفعل الشروط التعسفية من بين أعضاء الجمعية ذلك أن النزاع في هذه الحالة يتعلق بمصلحة فردية للمستهلك، الأمر الذي يتماشى مع ما نصت عليه المادة 17 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، حينما منحت الجمعية حق التقاضي بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية ألحقت ضررا بمصالح الجمعية أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها.

[1] - "Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 621-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer une clause illicite dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs ou dans tout contrat en cours d'exécution".

ثانيا: دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود

إذا كانت دعوى إلغاء الشروط التعسفية الموجودة في العقود التي تم إبرامها بين المستهلكين والمحترفين لم يتم النص عليها بصفة مباشرة، فإن دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين والمحترفين يمكن استنتاجها مباشرة من نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تمنع العمل بالشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود وهذا ما يعبر عنه بالحذف المادي للشروط التعسفية من نماذج العقود الأمر الذي يوفر حماية جد فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية[1].

والجدير بالذكر أن دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين والمحترفين هي دعوى متاحة فقط لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا، وهذه النتيجة يقتضيها شرطا الصفة والمصلحة في الدعوى بصفة عامة، إذ لا يسوغ للمستهلك اختصام المحترف من أجل إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود في ظل غياب عقد يربطهما، اللهم إلا إذا كان المستهلك في إطار التفاوض من أجل التعاقد مع المحترف بأحد تلك النماذج التي تحتوي على شروط تعسفية، فتكون حينئذ دعواه مبنية على مصلحة محتملة يحميها القانون بموجب المادة 30 من القانون رقم 04-02.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، تناول المشرع الفرنسي النص على دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود بشكل مباشر وصراحة في قانون 05 جانفي 1988، حيث نص على إمكانية مباشرة دعوى مستقلة تسمى دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية من نماذج العقود، والتي تبناها تقنين الاستهلاك لسنة 2016 فيما بعد بموجب المادة L621-2/1، والتي نصت على أنه: "بإمكان جمعيات حماية المستهلك أن ترفع أمام القضاء المدني دعوى إلغاء الشروط التعسفية، وأن تطلب إلغاء الشروط المنصوص عليها في نماذج العقود والاتفاقات المعتادة، التي يطرحها المهنيون على المستهلكين".

ويعبر عن دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود بالحذف المادي لهذه الشروط، وتعد هذه الأخيرة أهم ميزة تتمتع بها لكونها دعوى وقائية[2].

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك الادعاء أمام القضاء المدني ليس فقط عن طريق دعوى أصلية ولكن أيضا عن طريق التدخل في دعوى سبق رفعها بواسطة واحد أو أكثر من المستهلكين، وذلك وفقا لإجراءات التدخل في الخصام المنصوص عليها في المادة 196 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، فيمكن لجمعيات المستهلكين إذا كانت لها مصلحة مشروعة في النزاع القائم

[1]– سليمة أحمد يحياوي، **المرجع السابق**، ص 76.

[2] - Gabriel Guéry , **Pratique du droit des affaires** , 6 édition, Dunad, Paris – France, 1994 , p 403 .

[3]– الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

بين المحترف والمستهلك أن تتدخل في الدعوى إما تدخلا إنضماميا أو تدخلا أصليا[1] وذلك للدفاع عن المصلحة الجماعية[2]، وهذا ما يستخلص من نص المادة 65 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي نصت على أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك القيام برفع دعوى قضائية في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، ولم تبين نوع هذه الدعوى، إذ جاء النص عاما مما يفتح الباب أمام الجمعيات لرفع أي نوع من الدعاوى، بما فيها تلك المتعلقة بالانضمام إلى دعاوى مرفوعة مسبقا من طرف المستهلك.

وأخيرا نشير إلى أن المشرع الجزائري قد نص لأول مرة على المساعدة القضائية بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك من أجل مساعدتها على القيام بمهامها لرفع الدعاوى، في محاولة منه توفير حماية جدية للمستهلك، وذلك في المادة 22 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي نصت على إمكانية استفادة جمعيات حماية المستهلكين من المساعدة القضائية، إلا أنها اشترطت أن تكون هذه الجمعيات معترف لها بالمنفعة العمومية.

[1]- يقصد بالتدخل الإنضمامي أو التدخل الفرعي وهو المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في نص المادة 196 في الدعوى، هو الوقوف بجانب أحد طرفي لتدعيم مواقفه سواء من ناحية الحق أو الاثبات فهو يتدخل من أجل دعم ادعاءات أحد الخصوم في الدعوى، بحيث لا يطالب المتدخل الفرعي بأي حق شخصي له على عكس التدخل الأصلي والذي يظهر فيه المتدخل أصليا في الخصام بمظهر المدعي لكونه يتدخل للمطالبة بحق له أو حماية أحد مراكزه القانونية.

[2]- محمد براهيمي، **الوجيز في الإجراءات المدنية**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 98.

خلاصة الفصل الثاني

في ختام هذا الفصل نخلص إلى القول أن القاضي يتدخل لإعمال سلطته في إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية بالاستناد على أحكام عامة واردة في القانون المدني، تضمنت في نصوص متفرقة بعض الآليات القانونية التي تمنح نوعا من الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، البعض منها مرتبط بشروط صحة العقد وهي نظريتا السبب والغبن، إضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بمبدأ حسن النية وأحكام عقد الإذعان، إلا أنها تبقى عاجزة نوعا ما وقاصرة عن توفير حماية قضائية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية لتطور مصدر التعسف التعاقدي في عقود الاستهلاك، عموما من فكرة الإذعان وشروط صحة العقد، إلى فلسفة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف، عكس الأحكام الخاصة التي جاءت بها تقنينات الاستهلاك في مجال الحماية من الشروط التعسفية، المتمثلة أساسا في الآليات القانونية الجديدة المستحدثة والمتعلقة بنظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية وما يترتب على مخالفتها من طرف المحترف وقوعه تحت طائلة جزاءات مدنية وأخرى جنائية تتضمن غرامات مالية معتبرة، إلى جانب منح جمعيات المستهلكين الحق في اختصام المحترف من أجل مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، هاته الأحكام رأينا بأنها كانت فعالة في مكافحة الشروط التعسفية على ضوء تقنين الاستهلاك الفرنسي، عكس ما هو موجود ضمن تقنين الاستهلاك الجزائري، لاعتمادها على فكرة الإذعان التعاقدي كمصدر للتعسف، ولعدم وضوح نصوصها فيما يتعلق بتوسيع دائرة الحق في التقاضي لإعادة التوازن العقدي إلى جمعيات المستهلكين، بما انعكس سلبا على فعالية الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.

الخاتمة

حاولنا من خلال هذا البحث دراسة موضوع دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية من مختلف جوانبه، انطلاقا من فكرة أساسية تكمن في أن القضاء هو الجهة التي يناط بها التدخل لإعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية عند المنازعة القضائية التي تثور حول الطابع التعسفي لشرط تعاقدي ما ومنه منح حماية للمستهلك من الشروط التعسفية التي قد يحتويها عقد الاستهلاك، باعتبار أن القضاء هو الجهة التي تمنح حماية مباشرة وفعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، لما له من سلطة إلغاء البنود والشروط التي تتسم بالطابع التعسفي، بالرغم من أنها كانت محل اتفاق مسبق بين المحترف والمستهلك، ونافذة في حق الأطراف إعمالا لمبدأ سلطان الارادة.

وقد عمدنا في دراستنا لموضوع دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، إلى إتباع خطة منهجية تطرقنا من خلالها لجميع المسائل التي قد يثيرها هذا الموضوع، انطلاقا من المرحلة الأولى التي يتولى فيها القاضي معاينة الاختلال الذي يمس التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية بفعل الشروط التعسفية، حيث خلصنا إلى أن معاينة الاختلال بين الحقوق والالتزامات في عقد الاستهلاك، لا يكون إلا بعد تحديد القاضي لماهية عقد الاستهلاك في حد ذاته، كونه العقد المعني بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي، وأن مجال تدخل القاضي محصور في وجود عقد، يوصف بأنه عقد استهلاك، والذي خلصنا إلى أنه يتميز فعلا بخصائص معينة تتعلق أساسا بأشخاصه، أي بصفة الطرف المتعاقد من جهة كون أنه عقد يبرم بين شخص يدعى المستهلك وبين شخص آخر يدعى المحترف، وبخصائص أخرى تتعلق بطبيعة العقد من جهة ثانية، كما أن معاينة القاضي للاختلال الحاصل في عقد الاستهلاك لا يكتمل إلا بعد تحديد الشروط التعسفية كسبب مباشر لذلك الاختلال، وأن ذلك لا يتأتى له إلا بعد أن يحيط علما بمفهوم الشرط التعسفي والمعايير التي يعتمد عليها في الكشف عن الطابع التعسفي لذلك الشرط.

وبعد أن ينتهي القاضي من معاينة اختلال التوازن العقدي الحاصل في عقد الاستهلاك بفعل الشروط التعسفية، تأتي مرحلة ترتيب الأثر القانوني على ذلك الاختلال، والمتمثل في إعادة التوازن العقدي من خلال إلغاء الشروط التعسفية التي كانت سببا في الاختلال، وأن توقيع ذلك الأثر منوط بالقاضي الذي منحه المشرع سلطة التدخل، بحيث يعتمد في توقيع ذلك الأثر على أحكام عامة واردة ضمن قواعد القانون المدني إلى جانب أحكام خاصة مستمدة من القواعد التي وضعت أساسا لحماية المستهلك، سيما تلك المتعلقة بالشروط التعسفية، وقد ارتأينا أن نختم بحثنا بتقديم الخطوط العريضة – باستعراض – ما توصلنا إليه من نتائج نوجزها في ما يلي:

لقد كانت نقطة البداية في هذا البحث هي أن العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية باعتبارها المجال الذي يتدخل فيه القاضي لإعادة التوازن العقدي، هي عقود الاستهلاك والتي يتحدد نطاقها عن طريق الأخذ بعين الاعتبار صفة أطرافها من جهة ولطبيعتها من جهة أخرى.

فعقود الاستهلاك هي تلك المبرمة بين المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة ثانية، وذلك بغرض حصول المستهلكين على سلع أو خدمات يقدمها المحترفين، من أجل إشباع حاجاتهم الشخصية.

فبالنسبة للمستهلك والمحترف اللذان يعتبران طرفا عقد الاستهلاك، فقد توصلنا في هذا البحث إلى أن مفهوميهما يكتسيان أهمية بالغة، باعتبار أن المستهلك هو الطرف المعني بالحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وأن تدخل القاضي لمنحه تلك الحماية سيكون في مواجهة الطرف الثاني في ذات العقد، وهو بلا شك المحترف، وبالتالي فطرفي النزاع الذي يثور بشأن تنفيذ عقد الاستهلاك، والذي يكون موضوعه إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، هما كل من المستهلك والمحترف الأمر الذي يجعل من شرط الصفة في هذه الدعوى، يرتبط لا محالة بالمفهوم القانوني لكل من المستهلك والمحترف، بحيث لا يستطيع القاضي التحقق من توفر شرط الصفة في الخصوم، إلا بعد إلمامه الكافي بالتعريف القانوني لكل من المستهلك والمحترف.

لقد خلصنا في هذا البحث إلى ضرورة توفر مجموعة من الشروط يستند عليها القاضي لمنح المتعاقد صفة المستهلك، ومن ثم إحاطته بالحماية القانونية من أي تعسف قد ينسب للمحترف، تلك الشروط يستنبطها القاضي بالاعتماد على ما نص عليه المشرع في قانون الاستهلاك، والتي حصرها القانون الجزائري في وجود شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، تلبية لحاجاته الشخصية أو العائلية، وذلك بعدما حرص المشرع الجزائري ومنذ البداية في وضع مفهوم تشريعي للمستهلك، على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يتطرق لتعريف المستهلك إلا بعد التعديل الذي مس تقنين الاستهلاك في سنة 2014، رغم قدم النصوص الخاصة التي تم سنها في إطار حماية المستهلك، التي يرجع تاريخها لسنة 1978، مما أدى بالفقه خلال تلك الفترة إلى الاجتهاد لوضع تعريف له، أين انقسم في ذلك إلى اتجاهين، الأول مضيق لمفهوم المستهلك، والثاني موسع له بإدخال طائفة من المحترفين المتصرفين خارج نطاق نشاطهم ضمن فئة المستهلكين، بالاعتماد على معيار التخصص والخبرة، والذي أضاف له القضاء الفرنسي فيما بعد، في محاولة منه للتخفيف من وطأة الرأي الفقهي المعارض على اعتبار المهني مستهلكا، معيار آخر يتعلق بعدم الارتباط المباشر بين العقد الذي يبرمه المحترف والنشاط الذي يمارسه، وهو ما اعتبره جانب آخر من الفقه بأن القضاء الفرنسي قد سد الأبواب أمام استفادة المحترف من الحماية التي يكفلها قانون الاستهلاك، الأمر الذي أدى بالفقه في فرنسا إلى حث المشرع على عدم تجاوز نقطتين مهمتين عند وضع أي تعريف للمستهلك، تتمثل الأولى في أنه لا يجب أن يقتصر قانون المستهلك على حماية المستهلك

بالمعنى الضيق، أما الثانية تكمن في ضرورة توسيع الحماية لتشمل المحترفين المتعاقدين خارج نطاق اختصاصهم وذلك بقيود، طالما أن الغاية والهدف من قانون المستهلك ليس حماية المحترف بل حماية الطرف الضعيف المقابل له وهو المستهلك.

أما فيما يتعلق بالمحترف باعتباره الطرف الثاني في العقد وفي المنازعة، فقد رأينا في هذه الدراسة أن المشرع الجزائري قد تناول تعريف المحترف في النصوص الخاصة بحماية المستهلك، في حين وعلى صعيد التشريع الفرنسي في مجال قانون الاستهلاك، ورغم قدم النصوص الخاصة التي تم سنها في إطار حماية المستهلك لم يتطرق المشرع الفرنسي إلى تعريف المحترف إلا حديثا بموجب الأمر رقم 2016-301، وخلصنا إلى أن المعيار الفاصل في تحديد مفهوم المحترف سواء حسب الفقه أو التشريع – الجزائري أو الفرنسي- هو الطابع الاحترافي للنشاط، وبالتالي فالشخص الطبيعي أو المعنوي يوصف بأنه محترف متى اتسم نشاطه بخاصية الاعتياد والاستمرار ومارسه في إطار تنظيمي معين بما يعطي صورة الفعالية والاختصاص، ومن ثم تمتعه بميزة التفوق الاقتصادي والتقني، باعتبارها ميزة تقوم عليها الحقوق الخاصة بالمستهلك، والتي تعد في ذات الوقت التزامات على عاتق المحترف، مع إمكانية إضفاء صفة المحترف على المؤسسات العمومية التي تتولى تسيير المرافق العامة الصناعية التجارية، نظرا لتوفر النشاط الذي تمارسه في سبيل تسيير تلك المرافق عموما على بعض خصائص النشاط الذي تمارسه الأشخاص المعنوية التابعة القانون الخاص، من خاصية التعاقد مع المستهلكين، وخضوع تلك العلاقة التعاقدية للقانون الخاص، مع إختصاص القضاء العادي في نظر المنازعات التي قد تثور بشأنها، وفي مقابل ذلك ينبغي استبعاد المؤسسات العمومية الإدارية من فئة المحترفين لعدم انسجام نظامها القانوني مع صفة المحترف.

ولا يكفي ليتحدد المجال الذي يتدخل فيه القاضي لتطبيق أحكام الشروط التعسفية، حصره لأشخاص عقد الاستهلاك فقط، بل ينبغي عليه أيضا تحديد طبيعة ذلك العقد ما إن كان عقد إذعان أم عقد مساومة طالما أن عقود المساومة المبرمة بين المحترفين والمستهلكين ليست مجالا للحماية من الشروط التعسفية حسب المشرع الجزائري الذي حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان فقط، على خلاف المشرع الفرنسي الذي وسع من نطاق الحماية إلى عقود المساومة، بما يستجيب ومتطلبات قانون حماية المستهلك في جوهره لكونه جاء لحماية المستهلك من خلال إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، التي أصبح مصدر وجودها في العقد راجع إلى التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف في حد ذاته، بصرف النظر عن انفراده في وضع الشروط أو منح المستهلك إمكانية مناقشتها والتفاوض حولها، ذلك أن المستهلك ونظرا لعدم إلمامه الكافي بمجال التعاقد وحالة الضعف التي يوجد فيها مقارنة بموقع المحترف، سوف يؤدي به لا محال إلى الموافقة على شروط قد تتضمن تعسفا رغم أنها كانت محل مفاوضة ومساومة من طرفه قبل إقدامه على إبرام العقد.

وبعدما يقوم القاضي الذي يفصل في المنازعة الاستهلاكية، المتعلقة بإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، بتحديد ما إن كان العقد موضوع النزاع من العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي، ينبغي عليه تحديد الشروط محل النزاع ما إن كانت تتسم بالطابع التعسفي ومن شأنها إحداث اختلال في التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية، وذلك بالاستناد على المعيار الذي وضعه المشرع لتقدير الطابع التعسفي، وهو معيار الإخلال الظاهر بالالتزامات كمعيار وحيد، وهو ذات المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي، بعدما تخلى عن معياري التعسف في استخدام القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة.

كما تناولنا في القسم الثاني من هذه الدراسة التطرق لسلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية، بحيث يستند القاضي في إعمال سلطته تلك، على الأحكام القانونية الموضوعية والتي قد يجدها ضمن القواعد العامة لقانون العقود، طالما أنها تتضمن أحكاما تكافح بعض أنواع الشروط التي تنطوي على تعسفات مضرة بالمتعاقد الضعيف، يرجع مصدرها عادة إلى انفراد الطرف القوي بوضع تلك الشروط وعدم منح الطرف الضعيف إمكانية التفاوض حولها، وإلى عيوب الإرادة في مجال الغبن.

كما قد يجدها القاضي ضمن الأحكام الخاصة – تقنينات الاستهلاك – التي سنها المشرع لحماية المستهلك، لعدم كفاية الأحكام العامة في تحقيق حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، نظرا لتطور مصدر التعسف، وتحوله من الإذعان التعاقدي والغبن، إلى فلسفة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف، وهي الفلسفة التي انطلق منها المشرع الفرنسي عند وضعه لآليات الحماية من الشروط التعسفية في تقنين الاستهلاك، عكس المشرع الجزائري الذي نقل نظرية الإذعان كمصدر للتعسف، من القواعد العامة إلى تقنين الاستهلاك، الأمر الذي انعكس سلبا على فعالية الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.

فبالنسبة للقواعد العامة (القانون المدني)، فقد رأينا بأنها تضمنت في نصوص متفرقة عدة أحكام من شأنها منح بعض الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، بعضها مرتبط بشروط صحة العقد وهي نظريتا السبب والغبن، إضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بمبدأ حسن النية وأحكام عقد الإذعان.

ولقد رأينا أن القضاء في فرنسا استند على نظرية السبب لإبطال بعض أنواع الشروط التعسفية وخاصة تلك المحددة لمسؤولية المحترف، بالإضافة إلى ذلك فإن نظرية الغبن الناتج عن الاستغلال لها دور كذلك في إزالة الشروط التعسفية ذات الطابع المالي، وإلى جانب ذلك فقد كان لمبدأ حسن النية أيضا دور في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، طالما أن العقود ومن منطلق العدل والانصاف يجب أن تنفذ بحسن نية، وبالتالي فمتى قام المحترف بإدراج شرط تعسفي في عقد الاستهلاك فإن ذلك يعد قرينة على أنه يرمي إلى تنفيذ العقد بسوء نية.

غير أن أهم الأحكام العامة التي تمنح نوع من الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، هي نظرية عقد الإذعان التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني، والمشرع المصري في المادة 149 من القانون المدني، ذلك أن أحكام عقد الإذعان تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي أو إعفاء المستهلك منها، كما تمنحه سلطة تفسير العبارات الغامضة في العقد لصالح المستهلك، كجزاء يوقعه القاضي على المحترف بسبب إدراجه في العقد شروطا غامضة.

وإلى جانب الأحكام العامة، يستند القاضي في منح الحماية للمستهلك من التعسف التعاقدي للمحترف على الأحكام خاصة التي تتضمنها تقنينات الاستهلاك في مجال الشروط التعسفية، والمتمثلة أساسا في الآليات القانونية الجديدة المستحدثة، نظرا لعجز القواعد العامة عن تحقيق الحماية الفعالة، وتتمثل تلك الآليات، في تحديد مفهوم الشرط التعسفي بالاعتماد على نظام القائمة كتعريف غير مباشر له، مع وضع جزاءات تصل إلى درجة العقوبات الجزائية، في حالة عدم تقيد المحترف بنظام القائمة، بحيث أعتمد المشرع الفرنسي على نظام القائمة في تقنين الاستهلاك المتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، وهو ما انتهجه أيضا المشرع الجزائري في تقنين الاستهلاك، غير أن ما يؤخذ على هذا الأخير فيما يتعلق باعتماده لنظام القائمة كآلية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وهو تبنيه إلى جانب نظام القائمة، تقنية التعريف المباشر للشروط التعسفية الذي ربطه بعقد الإذعان، رغم أن فكرة الإذعان لم تعد أساس مصدر التعسف، ذلك أن التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف من جهة وما يتميز به المستهلك من ضعف في مواجهة المحترف، هو ما قد يؤدي إلى اصطباغ العقد ببعض الشروط التعسفية التي تكون في خدمة المصالح العقدية المحترف على حساب المستهلك.

وإلى جانب نظام القائمة، رأينا أن التشريعات الحديثة في مجال حماية المستهلك قد اتجهت إلى التوسيع من دائرة الحق في التقاضي لإعادة التوازن العقدي ومكافحة الشروط التعسفية، وذلك بمنح جمعيات المستهلكين الحق في رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية، وهو ما يعد في حد ذاته خروجا عن القواعد العامة في مجال شروط رفع الدعوى، باعتبار أن الصفة في الدعوى القضائية مرتبطة دائما بالمستهلك دون سواه لكونه صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، إلا أن التشريعات الحديثة رأت ضرورة توسيع الحق في التقاضي في مجال الشروط التعسفية إلى جمعيات حماية المستهلكين، ولعل مرد ذلك هو تقاعس وتراخي المستهلك في الالتجاء إلى القضاء لمخاصمة المحترف من جهة، وإلى طول اجراءات التقاضي وتكاليفها بالمقارنة مع الفائدة المالية التي يحصل عليها المستهلك من عقد الاستهلاك، وإن كان المشرع الجزائري قد منح لجمعيات المستهلكين الحق في التقاضي دفاعا عن حقوق المستهلك، غير أن ما يعاب عليه هو عدم النص صراحة على منح جمعيات المستهلكين الصفة في رفع دعوى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل

الشروط التعسفية، على خلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك، بما يفتح المجال إلى اختلاف الرأي حول أحقية الجمعية في رفع مثل تلك الدعاوى.

وعلى أساس ما سبق عرضه من نتائج، نوصي في ختام بحثنا هذا إلى ضرورة تعديل المشرع الجزائري لتقنين حماية المستهلك في مجال مكافحة الشروط التعسفية، بتبني فلسفة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف كمصدر للتعسف التعاقدي، مع التخلي عن الربط التشريعي الحالي بين التعريف المباشر للشرط التعسفي ونظرية الإذعان، بكيفية يتم على أساسها تحديد مفهوم الشرط التعسفي، على أنه ذلك الشرط الذي يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمحترف، الناشئة عن عقد الاستهلاك سواء تم التفاوض بشأن شروط العقد بشكل حر أم لا.

كما نقترح منح القاضي وبنص صريح إمكانية إثارة الطابع التعسفي للشروط الواردة في عقد الاستهلاك تلقائيا، ودون حاجة للتمسك به من طرف المستهلك، لإضفاء فعالية أكثر على الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.

وإلى جانب ذلك، نقترح أيضا وضع نصوص قانونية صريحة تمنح لجمعيات حماية المستهلكين الحق في اختصام المحترف أمام القضاء لمكافحة الشروط التعسفية، مع اقتصار ذلك الحق في دعاوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود فقط، دون دعاوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها لتجنب أي تعارض مع الأحكام العامة التي تحكم شروط رفع الدعوى فيما يتعلق بالصفة في التقاضي لارتباط هذه الأخيرة في دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها، بشخص المستهلك دون سواه، طالما أنه صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه.

قائمة المراجع والمصادر

مراجع عامة، متخصصة، مقالات

أولا: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب العامة

1- العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

2- أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير**، الطبعة الثامنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائري، 2008.

3- أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

4- أحمد محمد ديب حجال، **القواسم المشتركة لعيوب الرضى، دراسة مقارنة**، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، 2006.

5- توفيق حسن فرج، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، دراسة مقارنة بين القوانين العربية**، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002.

6- جاك غستان **المطول في القانون المدني تكوين العقد**، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

7- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000.

8- عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي**، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، 1984.

9- علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

10- عبد الحكيم فودة، **تفسير العقد في القانون المصري والقانون المقارن**، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 2002.

11- علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

12- عمر زودة، **الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء**، انسيكلوبيديا، بن عكنون- الجزائر، بدون سنة.

13- فرحة زراوي صالح، **الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري**، الطبعة الثانية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران – الجزائر، 2003.

14- محمد حسنين، **الوجيز** في **نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

15- محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2004.

16- نادية فوضيل، **القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري**، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، 2003.

ب- الكتب المتخصصة

1- أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة، مصر، 1994.

2- 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.

3- حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة، القاهرة- مصر، 1990-1991.

4- حمد الله محمد حمد الله، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة**، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، 1997.

5- خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الالكتروني**، الدار الجامعية، الاسكندرية – مصر، 2008.

6- خليل محمد عبد الفتاح خليل، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2002.

7- رمضان علي السيد الشرنباصى، **حماية المستهلك**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009.

8- عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2002.

9- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، **حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، 2004.

10- عبد المنعم موسى إبراهيم، **حماية المستهلك، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2007.

11- مصطفى أحمد أبو عمرو، **موجز أحكام قانون حماية المستهلك**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

12- منى أبوبكر الصديق، **الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية – مصر، 2013.

13- محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

14- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

15- موفق حماد عبد، **الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد – العراق، 2011.

16- محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، 2007.

17- كوثر سعيد عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.

18- نبيل اسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 1984.

ج- المذكرات والرسائل الجامعية

1- آسيا يسمينة مندي، **النظام العام والعقود**، مذكرة ماجستير تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة 2009/2008.

2- حميد بن شنيتي، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996.

3- حفيزة مركب، **الحماية التشريعية للمستهلك في ظل جودة المنتوج والخدمة**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

4- درماس بن عزوز، **نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006.

5- زبيري بن قويدر، **حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2006/2005.

6- سليمة أحمد يحياوي، **آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010.

7- سلمة بن سعيدي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013.

8- عبد الرحمن خليفاتي، **مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

9- محفوظ بن حامد لشعب، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، رسالة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1984.

10- محمد أمين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007.

د – المقالات والمحاضرات

1- أحمد رابحي، **أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن**، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الخامس (جانفي) 2008.

2- الهواري هامل، **دور الجمعيات في حماية المستهلك**، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص (أفريل) 2005.

3- زاهية حورية سي يوسف، **التزام المتدخل بضمان سلامة المواد الغذائية ونظافتها في قانون الاستهلاك الجزائري**، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014.

4- عمر زغدودي، **مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2014.

5- عصام نجاح، **قانون المستهلك**، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2014، غير منشورة.

6- ليندة عبد الله، **المستهلك والمهني مفهومان متباينان**، ملتقى وطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، 13 و 14 أفريل 2008، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، منشورات معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي – الجزائر، 2008.

7- نذير حمادو، **حماية المستهلك من الغبن والغرر في الفقه الاسلامي**، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص (أفريل) 2005.

و – مواقع الانترنت

– حمدي محمود بارود، **نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها، دراسة تحليلية تأصيلية**، على الرابط www.alazhar.edu.ps/journal123/attachedFile.asp?seqq1=1527، 2015/12/21، الساعة 23:51.

ثانيا :المراجع باللغة الأجنبية

I Ouvrages généraux

1- Boris Starck et Henri Rolend et Laurent Boyer, **Droit civil, les obligations, 2. Contrat**, 3ème édition, Litec, Paris - France, 1989.

2- Frédéric-Jérôme Panser et Robert Wintgen**, Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations**, édition ellipses, Paris - France, 2000.

3- H. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, **Les grands arrêts de la jurisprudence civil**, Tome 2, 11ème édition, Dalloz, Paris - France, 2002.

4- Jean Carbonnier, **Droit civil, les obligations**, Presses universitaires de France, France, 1979.

5- Jacques Ghestin, **Traité de droit civil, la formation du contrat**, 1ère édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1980.

6- Jacques Ghestin, **Traité de droit civil, la formation du contrat**, 3ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1990.

II Ouvrages spéciaux

1- Georges Berlioz, **Le Contrat d'adhésion**, 2ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1976.

2- Gabriel Guéry, **Pratique du droit des affaire**, 6 édition, Dunad, Paris – France, 1994.

3- Hélène Bricks, **Les clauses abusives**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris - France, 1982.

4- Jean Calais-Auloy, **Propositions pour un nouveau droit de la consommation** La documentation française, Paris - France , 1985.

5- Jean Calais-Auloy, **Droit de la consommation**, 3ème édition, Précis Dalloz, France ,1992.

III Thèses

1- Claire-Marie Pegliom-Zika, **la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation**, thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon – Assas

IV Notes et articles

1- Denis Mazeaud, **Cause illicite**, Revus des contrats, Librairie générale de droit et de jurisprudence, avril 2005 N°2.

2- J-M. Guéguen, **Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle**, Précis Dalloz, 33e cachier, 23 septembre 1999.

3- Pierre Godé, **Protection des consommateur**, R.T.D.civ, 1978, p 744, et 746.

النصوص القانونية

أولا: في القانون الجزائري

أ- النصوص الأساسية

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، (الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996)، معدل بالقانون رقم 02 – 03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، (الجريدة الرسمية رقم عدد المؤرخة في 14 أبريل 2002)، وبالقانون رقم 08 – 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 (الجريدة الرسمية عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008)، وبالقانون رقم 16 – 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 (الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016).

2- النصوص التشريعية

1- الأمر رقم 66 – 155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975) المعدل والمتمم.

4- القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخة في 08 فيفري 1989) ملغى.

5- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة (الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-10 المؤرخ في 25 جوان 2008 (الجريدة الرسمية عدد 36 الصادرة بتاريخ 2 جويلية 2008)، والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 (الجريدة الرسمية عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2008).

6- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004).

7- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 افريل 2008).

8- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009).

9- القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتمم القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010).

10- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات (الجريدة الرسمية عدد 2 المؤرخة في 15 جانفي 2012).

3- النصوص التنظيمية

1- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش (الجريدة الرسمية عدد 05 لسنة 1990).

2- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2006).

3- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فيفري 2008 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 (الجريدة الرسمية عدد 2 لسنة 2008).

II-En droit Français:

1/ Les lois

1- Le code civil français.
2- La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services comprend cinq chapitres dont le quatrième est intitulé: "De la protection des consommateurs contre les clauses abusives".
3- La loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978, relative à la protection et à l'information des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.
4- La loi n°.88-14 du 5 Janvier 1988 sur les actions en justice des associations de consommateurs.
5- La loi n°.93-949 du 26 Juillet 1993, relative au code de consommation français, modifiée par la loi n°.95-96 du 01 Février 1995. Et l'ordonnance n°.2000-741 du 23 Août 2000. Et par la loi châtel, 28 Janvier 2005. Et La loi n°.2014-344 du 17 mars 2014.
6- Ordonnance n°.2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

2/ Textes réglementaires

1- Le décret n°.78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n°.78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. "De la protection des consommateur contre les clauses abusives".
2- Le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

الفهـــــرس

مقدمـــة:.....01
الفصـــل الأول: معاينة القاضي لاختلال التوازن العقدي بفعل الشروط التعسفية.....06
المبحث الأول: تحديد العقود المعنية بتطبيق أحكام الشروط التعسفية.....07
المطلب الأول: تحديد أشخاص العقد.....08
الفرع الأول: المستهلك le consommateur.....08
أولا: المفهوم الفقهي للمستهلك.....10
أ: الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك.....10
ب: الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك.....13
ثانيا: المفهوم التشريعي والقضائي للمستهلك 16
أ: موقف التشريع من مفهوم المستهلك.....16
ب: موقف القضاء من مفهوم المستهلك 21
الفرع الثاني: المحترف – المتدخل – Le professionnel.....23
أولا : موقف الفقه والتشريع والقضاء من مفهوم المحترف.....25
أ: المفهوم الفقهي للمحترف.....25
ب: المفهوم التشريعي والقضائي للمحترف.....28
ثانيا: الأشخاص المعنوية العامة ومفهوم المحترف.....30
أ: المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (EPIC) 32
ب: المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري (EPA).....34
المطلب الثاني: تحديد طبيعة العقد.....35
الفرع الأول: حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاذعان.....37
أولا: قصور الفقه في إعطاء مفهوم دقيق لعقد الإذعان 38
ثانيا: تدقيق مفهوم عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي له.....40

أ: التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه.....41
ب: عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد.....42
الفرع الثاني: توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة 42
المبحث الثاني: تحديد الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي 45
المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية.....46
الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية.....48
أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي.....49
ثانيا: موقف التشريع والقضاء من تعريف الشرط التعسفي.....51
الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية.....55
أولا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي.....55
أ: أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك.....56
ب: أن يكون الشرط مكتوبا 58
ج: أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد.....58
ثانيا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري.....59
أ: أن يكون مجال الشرط عقد إذعان 59
ب: أن يكون الشرط مكتوبا 60
ج: أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد.....60
المطلب الثاني: معايير الشروط التعسفية.....61
الفرع الأول: المعيار الشخصي والموضوعي لتحديد الشرط التعسفي 63
أولا: المعيار الشخصي (التعسف في استعمال القوة الاقتصادية).....63
ثانيا: المعيار الموضوعي (الميزة الفاحشة أو المفرطة) 66
الفرع الثاني: الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات كمعيار وحيد لتحديد الشرط التعسفي.....70
خلاصة الفصل الأول.....72
الفصل الثاني: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية.....73
المبحث الأول: إعادة التوازن العقدي بالاستناد على الأحكام العامة.....74
المطلب الأول: نظريتا السبب والغبن لإعادة التوازن العقدي.....75

الفرع الأول: نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي.....75
أولا: الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب.....76
ثانيا: اعتماد القاضي على نظرية السبب لإلغاء الشروط التعسفية.....79
الفرع الثاني: نظرية الغبن لإعادة التوازن العقدي.....85
أولا: الاستناد التشريعي على نظريتي الغبن.....86
ثانيا: اعتماد القاضي على نظرية الغبن لإلغاء الشروط التعسفية.....88
المطلب الثاني: آلية عقد الإذعان ومبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي.....92
الفرع الأول: آلية عقد الإذعان لإعادة التوازن العقدي.....92
أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها.....93
أ: شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه.....94
1: وجود عقد إذعان.....94
2: وجود شروط تعسفية.....95
ب: كيفية تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه.....96
ثانيا: تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن.....97
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي.....100
أولا: تعريف مبدأ حسن النية.....100
ثانيا: اعتماد القاضي على مبدأ حسن لإعادة التوازن العقدي.....102
المبحث الثاني: إعادة التوازن العقدي بالاستناد على الأحكام الخاصة.....107
المطلب الأول: الاعتماد على نظام القائمة لإعادة التوازن العقدي.....107
الفرع الأول: مضمون نظام القائمة.....108
أولا: القائمة المنصوص عليها في القانون 04-02.....108
ثانيا: القائمة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 06-306.....109
الفرع الثاني: تطبيق القاضي لنظام نظام القائمة.....118
أولا: الجزاء المدني.....118
ثانيا: الجزاء الجنائي.....120
أ: أركان الجريمة.....120

ب: المتابعة والجزاء..... 121
المطلب الثاني: توسيع دائرة حق التقاضي لإعادة التوازن العقدي 121
الفرع الأول: شروط مباشرة جمعيات المستهلكين لدعوى إعادة التوازن العقدي..... 122
أولا: شرط توافر جمعيات المستهلكين على الأهلية اللازمة..... 122
ثانيا: شرط الصفة في دعوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي..... 124
الفرع الثاني: أنواع دعاوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي..... 128
أولا: دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها 128
ثانيا: دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود..... 129
خلاصة الفصل الثاني 131
الخـــاتمة..... 132
قائمة المراجع والمصادر..... 138
الفهـرس..... 146