الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي-

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مدرسة الدكتوراه "دراسات قانونية"
قطب: جامعة 8 ماي 1945 قالمة

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية

إعداد الطالبة:
بوشارب إيمان

إشراف الأستاذ الدكتور:
حميدي عبد الحميد

أعضاء لجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. سحري فضيلة	أستاذ التعليم العالي	جامعة عنابة	رئيسًا
أ.د. حميدي حميد	أستاذ التعليم العالي	جامعة عنابة	مشرفا ومقررا
د. دربال عبد الرزاق	أستاذ محاضر أ	جامعة تبسة	عضوا مناقشا
د. بودفع علي	أستاذ محاضر أ	جامعة سكيكدة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2012/2011

شكر

أتقدم بشكري لأستاذي الذي أشرف على إعداد مذكرتي هذه

الأستاذ الدكتور: حميدي عبد الحميد لما لقيته منه من عون وتوجيه وتفهم.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من ساعدني على إخراج هذا العمل

المتواضع

إهـداء

إلى سندي في الحياة: والدي العزيزين،

إلى زادي: إخوتي،

إلى حبيبة قلبي: الكتكوتة أريج،

إلى كل العائلة، و الزملاء

إلى هؤلاء جميعا، أهدي هذا العمل المتواضع

إيمان بوشارب

مقدمة

يقوم العقد في القانون المدني الجزائري[1] كأصل عام على مبدأ هام هو مبدأ سلطان الإرادة، الذي مفاده أن العقد هو نتاج للإرادة المشتركة لأطرافه ولا معقب على هذه الإرادة المشتركة سوى القانون حينما يتدخل بدافع الحفاظ على النظام والآداب العامين في المجتمع.

ويُعرَف العقد على أساس هذا المبدأ بأنه اتفاق بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين.

و يرجع ظهور مبدأ سلطان الإرادة في الفكر القانوني، إلى مذاهب فلسفية واقتصادية، برزت في القرن الثامن عشر[2]، زمن سيادة المذهب الفردي القائم على تقديس حرية الفرد.[3]

فمن وجهة نظر فلسفية، فإن منبع مبدأ سلطان الإرادة هو ذلك الإعتقاد الطبيعي بالحرية الإنسانية، فالإنسان حر و لا يمكن أن يلتزم إلا إذا هو أراد.[4]

و من وجهة نظر إقتصادية، فمبدأ سلطان الإرادة هو نتاج الفكر الليبرالي الإقتصادي القائم على تشجيع المبادرة الفردية في الحقل الإقتصادي، دون تدخل من الدولة، تكريسا لمبدأ آدم سميث[5]: دعه يعمل، دعه يمر. فعلى اعتبار أن العقد هو أهم آداة لتجسيد فكرة المبادلات التي يقوم عليها قانون السوق، فقد كان من الطبيعي أن يحمل في طياته تلك الحرية الإقتصادية لأطرافه و أن يكون نتاجا لما أراده هؤلاء دون سواهم.

فالحرية الإقتصادية أدت إلى ظهور الحرية التعاقدية.

---

[1]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 78 مؤرخة في 1975/09/30 المعدل و المتمم.

[2] - Jacques Flour, Jean- Luc Aubert : "Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique", Dalloz, Paris, 2006, p71.

[3]- محمد صبري السعدي: " الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2010، ص 46.

[4] - Rémy Cabrillac : "Droit des obligations", Dalloz, Paris, 2008, p18.

[5]- فيلسوف و باحث اقتصادي اسكتلندي، ولد سنة 1723 و توفي سنة 1790، دافع عن الليبرالية الإقتصادية من خلال كتابه الذي يحمل عنوان" ثورة الأمم". أنظر الموقع الالكتروني التالي:

ar.wikipedia.org/wiki/ آدم_سميث

وتقوم الحرية التعاقدية على ثلاث عناصر تعكس مثالية العقد هي: حرية الفرد في التعاقد، و حريته في اختيار من يتعاقد معه، و كذا له حرية وضع ما شاء من بنود تعاقدية بالإتفاق مع الطرف الآخر[1]. مما يعني أن العقد مبني على التفاوض الحر، قوامه الرضائية، يمثل في النهاية حلا وسطا بين مصالح أطرافه و وسيلة مثلى لتحقيق العدالة، فهو كما عبر عنه Alfred Fouillée العدالة نفسها[2].

و يظهر تكريس القانون المدني الجزائري لمبدأ الحرية التعاقدية واضحا فأغلب الأحكام التي نظمت العقد هي أحكام مكملة غير آمرة، للمتعاقدين حرية الأخذ بها أو الإتفاق على ما يخالفها تبعا لما يرونه مناسبا، بما يخدم أكبر قدر من مصالحهم. إضافة إلى أن العقد وفقا لهذا القانون قوامه التراضي، يكفي لانعقاده تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما، بغض النظر عن الشكلية التي يحددها القانون بعد ذلك.

و يقوم القانون المدني في ظل مبدأ سلطان الإرادة على مسلمة مفادها أن كل المتعاقدين متساوين في مواجهة بعضهم البعض، ليس لطرف أن يغلب مصلحته على حساب الطرف الآخر. فالبرغم من أن هذا القانون قد نظم عقود الإذعان، إلا أن هذا التنظيم هو استثناء ضيق النطاق.

و مع أواخر الثمانينات، عرفت الجزائر تغييرات جذرية في توجهها الإقتصادي، استجابة للمتطلبات الإقتصادية العالمية القائمة على اقتصاد السوق، حيث عزفت عن النظام الإشتراكي القائم على الاقتصاد الموجه و تبنت النظام الليبرالي. ظهر هذا التحول بصورة صريحة في دستور 1989[3] الذي جاء خاليا من كل إديولوجية إشتراكية للدولة، و دعم

---

[1] - François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette : " Droit civil, Les obligations ", Dalloz, Paris, 1993, p24.

[2] - بقوله: "Toute justice est contractuelle, qui dit contractuel, dit juste"

أنظر، محمد بودالي: " الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر"، دار هومة، الجزائر، 2007، ص10. و كذا:

Jean Hauser : "Les contrats", presses universitaires de France, Vendôme, 1977, p 5.

[3]- جريدة رسمية عدد 09، مؤرخة في 01 مارس 1989.

أكثر في دستور 1996[1]، من خلال تبني مبادئ إقتصاد السوق – الليبرالية- ، القائمة على حرية التجارة و الصناعة[2]، حيث تم تحرير الإقتصاد من تسيير الدولة.

و قد شهد تحرير التجارة و الصناعة، حركة الإنسحاب التدريجي للدولة من الحقل الإقتصادي لفائدة الخواص[3]، فبرز القطاع الخاص بمختلف شخصياته من منتجين، موزعين، موردين، مؤدوا خدمات...و غيرهم من المهنيين الفاعلين في المجال الإقتصادي. مما أدى إلى ظهور سلع و خدمات متنوعة و معقدة في الأسواق الوطنية، تواكب التطور التقني و التكنولوجي الحاصل في العالم، لم يألفها المستهلك الجزائري، الذي اعتاد على النموذج البسيط للسلع و الخدمات في ظل الإقتصاد الموجه – المرحلة الاشتراكية-، إلا أنه و تحت تأثير الدعاية و الإعلانات المصاحبة لطرحها في الأسواق يقدم على اقتناءها إشباعا لرغباته و حاجياته دون أن يهتم بمضمونها وتركيبها، إذ يكفي أنها تواكب أحدث التكنولوجيا و الماركات العالمية.

و سرعان ما ظهر تفاوت محسوس في العلم بين المهني و المستهلك، فالمهني الذي تعود على عالم الأعمال، يعرف كل شيء حول السلعة أو الخدمة التي يطرحها في السوق، كما ألف سلوك المستهلك حولها، لذا يظهر بمظهر العالم بالعلاقة التعاقدية مع المستهلك، على عكس هذا الأخير الذي يظهر في مركز ضعف نتيجة عدم علمه بأبعاد هذه العلاقة الإستهلاكية التي يدخلها مع المهني.

و لما كان هدف المهني هو تحقيق أكبر قدر من الأرباح في أقصر وقت ممكن، أمام ازدياد النزعة الإستهلاكية للمستهلك يوما بعد يوم، أصبحت غالبية العقود التي يقدم المستهلك على إبرامها هي عقود إذعان معدة سلفا من قبل المهني، و بصورة منفردة، بلغة قانونية يصعب على المستهلك الجزائري الذي تعوزه الثقافة القانونية استيعابها في أغلب الأحوال، إذ يكتفي بالإمضاء على العقد، دون القدرة على مناقشة ما جاء فيه.

الوضع الذي أدى إلى تعزيز المركز التعاقدي للمهني على حساب مركز المستهلك، وقلب الموازين العقدية، إذ تحول العقد من ثمرة للتفاوض إلى نتاج علاقات قوة بين أهم

---

[1]- جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

[2]- أنظر، المادة 37 من دستور 1996.

[3]- تجسد هذا الإنسحاب في ظاهرة الخوصصة، التي مفادها تخلي الدولة عن ملكية مؤسساتها العمومية الإقتصادية لصالح الخواص.

جسدين تقوم عليهما الدورة الاقتصادية هما: المهني والمستهلك. حيث أصبحت عقود الإذعان هي الأصل، بعدما مثلت الاستثناء في ظل القانون المدني و أصبحت المساواة التعاقدية و العدالة في الأداءات، مجرد أمر نظري لا يتلاءم والواقع المعاش.

ونظرا لضعف المستهلك التقني و القانوني من جهة، ولانفراد المهني في تحديد مضمون العقد من جهة أخرى، استغلت الوضع فئة من المهنيين الذين لا يهتمون إلا بتحقيق مصالحهم نتيجة الأنانية و الجشع اللذْين يرتابانهم، بأن أصبحوا يُدَسون في ثنايا العقود شروطا تعسفية تجحف بمصالح المستهلك.

توصف هذه الشروط بالتعسف كونها تؤدي إلى الإخلال البَين بين واجبات و حقوق الطرفين.

لذلك فوجود شروط تعسفية في عقود الإستهلاك غير المتوازنة في الأصل، يُ مثَل مظهرا من مظاهر الإجحاف غير المبرر بحقوق المستهلك، تتبغي حمايته بضبط مثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية.

تعتبر ظاهرة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، ظاهرة عالمية مسَت كل أنحاء العالم، كنتيجة لتبني نظام اقتصاد السوق، و قد عرفت المواجهة القانونية لها انطلاقتها الأولى بالولايات المتحدة الأمريكية في بداية عام 1962 في قانون التجارة الموحَد، أين تم إعطاء القاضي سلطة إبطال أي شرط يتبَين أنه تعسفي، ما عُبر عنه آنذاك بالشرط غير المعقول Unconscionable clause.[1]

و لم يظهر تقنين الشروط التعسفية في البلدان الأوروبية إلا في السبعينيات حيث صدر التشريع السويدي عام 1971، و التشريع الدنماركي عام 1974 و التشريع الألماني في 1976 و التشريع البريطاني عام 1977، باسم قانون الشروط التعاقدية غير العادلة Unfair clause.[2]

أما في فرنسا، فقد ظهرت مكافحة الشروط التعسفية في قانون الإستهلاك، عبر التشريع رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 و المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع

[1] - Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz : "Droit de la consommation ", 5eme édition, Dalloz, Paris, 2006, p 186.

[2] - Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz : op cit, p 186.

و الخدمات[1]، الذي عرف فيما بعد سلسلة من التعديلات تمثلَت أهمها في القانون رقم 96/95[2] و كذا القانون رقم 776/2008 المتعلق بعصرنة الإقتصاد.[3]

و قد كان لوجود سوق داخلية مشتركة أثره بالنسبة لدول الاتحاد الأوربي، إذ سرعان ما ظهرت الحاجة لتوحيد قوانين الدول الأعضاء في مجال حماية المستهلك الأوروبي من الشروط التعسفية، مما دفع بمجلس الإتحاد الأوروبي إلى إصدار تعليمة تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين بتاريخ 5 أفريل1993، تضمنت نصوصها الحد الأدنى للحماية و التي لا يمكن للدول الأعضاء بأي حال من الأحوال النزول تحتها.[4]

و قد ظل المشرع الجزائري صامتا أمام ظاهرة الشروط التعسفية و اكتفى بالمبدأ العام الموجود في القانون المدني الذي يحمي كل الأشخاص دون تحديد صفاتهم، و المتمثل في منح القاضي سلطة إعادة النظر في عقود الإذعان متى تضمنت شروطا تعسفية.[5]

و أمام عالمية تدخل التشريعات لمواجهة الشروط التعسفية، و كذا ضغوطات المنظمة العالمية للتجارة، التي أبت أن تنظم الجزائر لها إلا بعد تعديل نصوصها القانونية وسن أخرى جديدة، تتناسب مع قوانين المنظمة نفسها، تحت غطاء عولمة الإقتصاد و القانون، و تلاؤما مع انتهاج الجزائر لنظام اقتصاد السوق، تفطن المشرع الجزائري لضرورة حماية المستهلك من مثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية، حيث طُدر أول نص يُكَرس

---

1 - Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Voir : Yvan Auguet : "Droit de la consommation ", Ellipses, Paris, 2008, p 84.

[2] - Loi n° 95/96 du 1 Février 1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs , Ibid.

[3] - Loi n° 2008/776 du 4 Aout 2008 sur la modernisation de l'économie. Voir commentaire de Yves Picod dans : " Code de la consommation ", 15eme édition, Dalloz, Paris, 2010, p203.

[4] - Directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Publie dans le journal officiel français n°095 du 20/04/1993, sur le site www.légifrance.gouv.fr

[5] - أنظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

للمستهلك بالذات حماية من الشروط التعسفية، هو القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.[1]

من هنا تكمن **أهمية البحث** في موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية إذ يعتبر من أحدث أنواع التدخل القانوني في مجال حماية المستهلك. كما أنه ليس موضوعا كلاسيكيا، بل هو يعكس الواقع المعاش، فكل منا هو عرضة لمثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية باعتبار أننا كلنا مستهلكين في إطار إشباع الإحتياجات الشخصية أو حاجات من نكفلهم نتعاقد مع المهنيين لتحقيقها. و نتيجة عدم الوعي القانوني خاصة بالظاهرة ارتأيت اختياره كموضوع بحث.

و على اعتبار أَن التنظيم القانوني للشروط التعسفية حماية للمستهلك، لم يأت نتيجة ضغط المجتمع الداخلي، فالمستهلك الجزائري غير واع بوجود ظاهرة الشروط التعسفية- ما يتأكد من حالة السكوت التي تشهدها المحاكم من هذا النوع من القضايا- تثور **إشكالية البحث**، في محاولة تقييم مدى ضبط المشرع للنظام القانوني الخاص بالشروط التعسفية، لمعرفة مدى نجاحه في تحقيق حماية للمستهلك الجزائري من الشروط التعسفية على المستوى النظري و التطبيقي.

و بخصوص **المنهج** المتبع، ولأن الدراسة ستتخذ شكلا تقييميا للنظام القانوني الجزائري المتعلق بالشروط التعسفية ، سيتم استخدام المنهج التحليلي و معه الوصفي بهدف استعراض النصوص القانونية و تحليلها و الربط بينها بمحاولة الكشف عن نية المشرع، وكذا سرد و تحليل الآراء الفقهية في كل مرة يلزم التطرق إليها.

كما لن يخلو البحث من استخدام بعض أدوات المنهج المقارن من خلال الإستدلال أحيانا بالنظام القانوني الفرنسي الخاص بالشروط التعسفية من جهة، على اعتبار عراقة النظام الفرنسي و أصالته في مجال الشروط التعسفية. و كذا بالتوجيه الأوروبي لسنة 1993 المتعلق بتنظيم الشروط التعسفية من جهة أخرى، على اعتبار تأثَر المشرع الجزائري بهما حينما نظم الشروط التعسفية حماية للمستهلك.

---

[1]- القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004.

و على ضوء الإشكالية المطروحة و محاولة للإجابة عنها تعرضت الدراسة لمحاولة تقييم نظام الشروط التعسفية في القانون الجزائري، من خلال فصلين، حاولنا من خلال هذا التقسيم انتهاج نهج المشرع الجزائري حينما نظم الشروط التعسفية، يتعلق الفصل الأول بتبيان الأسس القانونية للشروط التعسفية بغية التعرف على ماهية هذه الشروط مجالا و مضمونا، و يرتبط الفصل الثاني بمواجهة الشروط التعسفية بالتطرق للآليات التي وفرها المشرع الجزائري لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

أما الخاتمة فقد كانت خلاصة لأهم النقاط و النتائج التي توصلت إليها الدراسة، كما احتوت بعض التوصيات.

و عليه، فإن هذا البحث سيدرس في فصلين معنونين كما يلي:

- **الفصل الأول**: الأسس القانونية للشروط التعسفية
- **الفصل الثاني:** آليات مواجهة الشروط التعسفية

الفصل الأول

الأسس القانونية للشروط التعسفية

إنَ تنظيم أية ظاهرة أو موضوع في شكل نصوص قانونية، يبقى قاصرا عن تحقيق الغاية التي نُظم من أجلها، إذا لم تضبط معالمه بشكل جيد، و يساهم في ضبطه القضاء و كذا الفقه، سواء كانت هذه المساهمة بصورة سابقة أو لاحقة لتقنينه.

و المشرع الجزائري حينما نظم ظاهرة الشروط التعسفية بأحكام خاصة، عمد إلى تحديد جل ما تقوم عليه، راغبا في ضبط أسسها و عدم ترك ذلك للفقه بصفة أساسية، و لا للقضاء الذي يغيب أصلا في قضايا المستهلكين عموما، فكيف إذن في الشروط التعسفية، على إعتبار أنها أحدث التدخلات القانونية التي تستهدف حماية المستهلك في المجال العقدي.

وتحديد أسس الشروط التعسفية يكشف عن خصوصيتها و عن تميزها عن بعض الأنظمة المشابهة، بحيث يتحدد مضمونها و كذا المجال الذي يعمل فيه نظامها القانوني، إذ أن النظام القانوني للشروط التعسفية لا يعمل إلا إذا ظهرت مثل هذه البنود في عقود الإستهلاك، على إعتبار أن المستهلك هو محل الحماية من مثل هذه البنود التعاقدية و التي لا يمكن لأي شخص آخر الإستفادة منها و لو وقع في أخطر هذه الشروط وجودا.

وعليه، فإن دراسة الأسس القانونية للشروط التعسفية، تقتضي التطرق لماهية عقود الإستهلاك، باعتبارها مجال الدراسة و نطاق الحماية من الشروط التعسفية، و كذا التعريف بالشروط التعسفية، من خلال ما جاء به المشرع الجزائري، بغية الكشف عن حدود النظام القانوني الذي يحكم الشروط التعسفية ، مجالا و مضمونا، و محاولة تقييمه.

و وفقا لما سبق سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

- **المبحث الأول:** عقود الإستهلاك، مجال للشروط التعسفية.
- **المبحث الثاني:** مضمون الشروط التعسفية.

المبحث الأول

عقود الإستهلاك، مجال للشروط التعسفية

حدد المشرع الجزائري نطاق الإستفادة من التنظيم القانوني للشروط التعسفية بعقود الإستهلاك.

و عقود الإستهلاك تسمية لم يألفها القانون المدني الجزائري، و لا القانون التجاري و لا غيره من القوانين الخاصة المتعددة. فهو مصطلح تزامن ظهوره و تلك المستجدات التي أفرزها التطور الإقتصادي و الإجتماعي و التي أسفرت عن تقسيم جديد للعقود، بالنظر إلى صفة المتعاقد، حيث عبرت عقود الإستهلاك عن تلك العقود التي تبرم بين مهني ومستهلك، فيما وصفت العقود التي يبرمها المهنيون فيما بينهم بالعقود المهنية.

والملاحظ أن أساس هذا التقسيم كان بالنظر لأطراف العلاقة العقدية (المطلب الأول) ، و إن كان لهذا المعيار أهميته البارزة في تحديد مفهوم هذه العقود ، إلا أنه غير كاف أمام توجه المشرع الجزائري بشأنها، حيث اعتبر أن عقود الإستهلاك هي عقود إذعان بصراحة النص. مما يحيل إلى تناول معيار آخر لا يقل أهمية عن الأول، يتعلق بالإذعان طريقة إبرام عقد الإستهلاك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

معيار أطراف عقد الإستهلاك

يعتبر معيار أطراف عقد الإستهلاك، المعيار الأساسي الذي اعتمده الفقهاء بصدد تصنيف هذه العقود.

و طرفا عقد الإستهلاك هما المهني و المستهلك، اللذان يمثلان أهم الأشخاص الفاعلة في الحياة الإقتصادية، لذلك يعتبر قانون الإستهلاك أشمل القوانين على الإطلاق ذلك أن أحكامه تخاطب عدد كبير من الأشخاص، فكل المواطنين مستهلكين، بالمقابل فإن معظمهم من المهنيين.

و الحديث عن معيار أطراف العقد، يقود لطرح التساؤل التالي:
من هو المهني؟(الفرع الأول) و من هو المستهلك؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مفهوم المهني

لا يتعلق الأمر بمجرد طرف من أطراف علاقة تعاقدية، فالمهني، هو ذلك الطرف ذو المركز القوي، الذي يفرض قانونه الذي أعده بصورة منفردة في مواجهة المستهلك.

هذا القانون الذي لا يتصف بالتوازن في أغلب الأحوال. فالمهني في مقابل الحفاظ على مصالحه، أصبح مصدرا للشروط التعسفية بما يحرره من عقود.

و هو ما يبرر إخضاعه لقانون حماية المستهلك، باعتباره القانون الذي يعبر عن عدم توازن العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص.

وبالرجوع لمصطلح المهني في حد ذاته، نجد أنه مصطلح جد متداول ومعروف منذ القدم، انطلاقا من أهمية المهنة في المجتمع، حيث أولتها شريعتنا السمحاء، كل التبجيل والسمو، واعتبرتها جوهر العبادة، إذ لطالما دعت للتوكل على الله عز و جل، و كسب القوت الحلال بالعمل الحلال وحده. وهو ما أدى إلى اتسام العلاقات التعاقدية بين المهنيين والمستهلكين، بنوع من المساواة و العدل.[1]

إلا أنه، و نتيجة للتطور الذي شهده العالم منذ نهاية القرن التاسع عشر و مطلع القرن العشرين، بدأ المهني يتجسد بمفاهيم إقتصادية أكثر منها مجرد وسيلة كسب رزق إذ أصبح العنصر الأول الذي كثيرا ما تبدأ منه دورة الحياة الإقتصادية، و أصبح في الحياة القانونية طرفا تقتضي حماية المستهلك منه عبر كل مراحل وضع المنتوج للإستهلاك.

---

[1] - لمزيد من التوسع أنظر:

أكرم محمد حسين التميمي: " التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص13 – ص 20.

و قد لاقى تحديد مفهوم المهني سياطا كبيرا في وسط الفقهاء (أولا) كما أن المشرع الجزائري لم يغفل الأمر (ثانيا).

أولا: مفهوم المهني، فقها

تعد فكرة المهني، فكرة واسعة، تشمل أكبر طائفة من الناس الذين ينتمون لعالم الشغل و الأعمال، و يدل تعبير مهنة على: " كل نشاط منظم هدفه الإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات".[1]

و إن كانت التجارة أول هذه المهن، فهي لا تشملها، فإذا كان كل التجار هم مهنيون، فإن المهنيين ليسوا كلهم تجارا، حيث يقوم إلى جانب هؤلاء أشخاص آخرون كأصحاب المهن المدنية الحرة و كذا أصحاب الأنشطة الفلاحية و الحرفيين.

و قد اختلفت تعريفات المهني عند الفقهاء، غير أنهم مجمعون على أن تحديد فكرة المهني تقوم على جملة من المعايير هي:

1- المهني هو كل شخص إعتاد مزاولة نشاط دائم:

وفقا لهذا المعيار، يجب أن يزاول المهني نشاطه بشكل دائم، بأن يتخذه مورد رزقه الأساسي. و لا يهم بعدها الهدف من النشاط، كما هو لازم عند فئة التجار حيث تقوم التجارة على هدف واضح هو تحقيق الربح. كما لا تهم الطبيعة القانونية للنشاط، تاجرا كان أو مهندسا أو أي مهني آخر. ولا يهم كذلك المستوى الإقتصادي لذلك النشاط.[2]

2- المهني هو كل شخص مستقل و له سلطة:

يجب أن يعمل المهني لحسابه الخاص، بأن يكون مستقلا عن أية علاقة تبعية تجعله خاضعا لشخص آخر، فهو رب عمله و المسؤول عنه مسؤولية كلية. و إذا وقع و أن

---

[1] - ليندة عبد الله: " المستهلك و المهني مفهومان متباينان "، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008.

[2]- Yvan Auguet : op cit, p 37.

كان في علاقة تبعية فبوصفه متبوعا لا تابعا، له كامل السلطة على الأشخاص الذين يستخدمهم من أجل تنفيذ مهنته.

3- وجوب إعلان المهني عن طبيعته المهنية:

فالمهني يجب أن يبدي تمتعه بصفة المهنية، أو على الأقل يظهر باعتباره كذلك للغير[1]. فللإعلان ميزة هامة، إذ يترجم قيام فعلي لعمليات التبادل الاقتصادي بصورة ملموسة.[2]

4- المهني له شكل منظم يجعله يبدو متفوقا:

يجب أن تتخذ المهنة شكلا منظما، بأن يوفر المهني كل ما من شأنه أن ييسر من آداءه لها من معدات و أجهزة و أشخاص مساعدين بحسب طبيعة النشاط. و لا يهم مستوى التنظيم، فقد يكون تنظيما بسيطا كما هو الحال في عَدَة ُصلَح الأجهزة الكهرومنزلية، أو عال كأجهزة الطبيب الأخصائي.

و أما التفوق، فهو عنصر ملازم للتنظيم، و أهم ميزة للمهني. فكل مهني متفوق في نطاق اختصاصه، يدرك جيدا حدود نشاطه و مركزه القانوني، لذلك فهو يظهر أمام الناس على أنه ذلك الخبير الذي يعرف كل فنَيات مهنته.

و وفقا للفقهاء، فإنه لإعتبار شخص ما مهني يجب أن تجتمع فيه كل المعايير المذكورة أعلاه.

و إن كانت معايير هامة و صائبة إلا أنها تبقى عامة و نظرية إذا ما قورنت بالحيوية التي تتسم بها قوانين الاستهلاك التي ترسم الواقع المعاش بشخصياته و حقائقه.

ثانيا: مفهوم المهني لدى المشرع الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن مصطلح مهني، لم يكن مصطلحا موحدا في جميع القوانين المتعلقة بالإستهلاك، حيث تعددت الألفاظ التي إستعملها المشرع، فمرة يطلق عليه إسم

---

[1] - عدنان إبراهيم سرحان: " المهني المفهوم و الإنعكاسات القانونية "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، مجلة فصلية، العدد الأول 2003، ص 63.

[2] - أكرم محمد حسين التميمي: المرجع السابق، ص36.

"المحترف"، كما في المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات[1]، و مرة يستخدم مصطلح " المهني"، و ذلك في القرار المتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي 266/90[2]، و مرة يطلق عليه مصطلح " المتدخل"، مثلما جاء في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش[3]، فيما أطلق عليه مصطلح " المؤسسة"، من خلال القانون رقم 12/08 المعدل و المتمم لقانون المنافسة.[4]

أما في القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فقد فضل المشرع الجزائري إطلاق مصطلح " العون الإقتصادي"، وهو نفس المصطلح الذي تبناه في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.[5]

و في تعريف المشرع للعون الإقتصادي (L'agent économique) باعتباره المصطلح الذي وظفه في إطار عقود الإستهلاك بصراحة و بصورة مباشرة، فقد جاء في نص المادة 3 فقرة 1 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: " عون إقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي، أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

و ما يؤخذ على هذا التعريف أنه قلص من نطاق المهني، ليشمل أشخاص محددين لا يمثلون كل أصناف المهنيين، إذا ما قارنا هذا التعريف بالتعريفيْن الذيْن أوردهُما المشرع لكل من المحترف من جهة، حيث عرفه في المادة 2 من المرسوم التنفيذي

---

[1] - مرسوم تنفيذي رقم 266/90، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، جريدة رسمية عدد 40، مؤرخة في 19 سبتمبر 1990.

[2] - قرار يتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90، مؤرخ في 10 مايو 1994، جريدة رسمية عدد 35، مؤرخة في 05 جوان 1994.

[3] - قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 08 فبراير 2009

[4] - قانون رقم 12/08، مؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36 مؤرخة في 02 يونيو 2008، يعدل و يتمم الأمر رقم 03/03 ، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003.

[5] - مرسوم تنفيذي رقم 306/06، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات كما يلي: " المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع أو على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك..." و للمتدخل من جهة أخرى، الذي عرفه في المادة 3 فقرة 7 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش كما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للإستهلاك".

وعملية عرض المنتوجات للإستهلاك، هي جميع مراحل الإنتاج و التخزين والنقل والتوزيع بالجملة و بالتجزئة[1].

ومن خلال جملة التعريفات التي أوردها المشرع للمهني، يجدر تحديد أصناف المهنيين الخواص، و مدى اعتبار المؤسسات العمومية من المهنيين.

1- أصناف المهنيين الخواص:

تتحدد أصناف المهنيين وفقا للمشرع الجزائري بدقة، في المادة 2 من القانون رقم 06/10 المعدل والمتمم للقانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2] و التي جاء فيها: "...يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية و تربية المواشي، و على نشاطات التوزيع و منها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها، و الوكلاء، و وسطاء بيع المواشي، و بائعو اللحوم بالجملة، وكذا على نشاطات الخدمات و الصناعة التقليدية و الصيد البحري، التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية ".

و منه فالمهنيون هم إما منتجون أو موزعون، مقدموا خدمات أو حرفيون:

[1] - أنظر المادة 3 فقرة 8 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

[2] - القانون رقم 06/10، مؤرخ في 15 غشت 2010 المعدل و المتمم للقانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 46، المؤرخة في 18 غشت 2010.

أ/ المنتج: (Le producteur)

لم يعرف المشرع الجزائري المنتج. غير أنه عرف الإنتاج في المادة 3 فقرة 9 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بقوله: " الإنتاج: العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و جمع المحصول و الجني و الصيد البحري و الذبح، و المعالجة و التصنيع و التحويل و التركيب و توضيب المنتوج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه و هذا قبل تسويقه الأول".

فالمنتج إذا هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بعملية الإنتاج، سواء كان إنتاجا طبيعيا كتربية المواشي و الصيد البحري، أو صناعيا.[1]

ب/ الموزع: (Le distributeur)

و هو الشخص الذي يتولى عملية إدخال السلع حيز التداول و الإستهلاك، سواء كانت سلعا و منتجات ذات صنع محلي، أو ذات صنع أجنبي[2]. و يطلق على الموزع في الحالة الأخيرة المستورد[3].

والموزع يمكن أن يعرف كذلك بالبائع الوسيط، فهو عادة الوسيط بين المنتج و البائعين النهائيين[4]. كما قد يأخذ الموزع صورة البائع النهائي الذي يتعامل مباشرة مع المستهلك.

ج/ الحرفيون و مقدموا الخدمات:

---

[1] - و هو ما يتوافق و مفهوم المنتج في إتفاقية المجلس الأوربي المنعقدة في 1976/09/09، حيث عرفته المادة 2 فقرة 2 بأنه: " هو صانع السلعة في شكلها النهائي أو صانع الأجزاء التي تتركب منها كذلك و منتجوا السلع الطبيعية".

أنظر، زاهية حورية سي يوسف: " المسؤولية المدنية للمنتج "، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 25.

[2] - عبد الرزاق بولنوار: " المهني و المستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الإستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري و الفرنسي "، مجلة دفاتر السياسة و القانون، صادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلة دورية، العدد 1 جوان 2009، ص 299.

[3] - و قد نظم المشرع عمليات الإستيراد بالأمر رقم 04/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات إستيراد البضائع و تصديرها، جريدة رسمية عدد43 ، مؤرخة في20 يوليو 2003.

[4] - و هنا لا نكون بصدد عقود إستهلاك، بل عقود مهنية.

الحرفي (L'artisan)، هو كل شخص يمارس نشاطا يطغى عليه العمل اليدوي، و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 10 من الأمر 01/96 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية و الحرف[1]، بأنه: " حرفي، كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف، يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 5 من هذا الأمر...".

و يعمل الحرفي عادة في إطار مشروعات عادة ما تكون صغيرة لا ترق لمستوى المقاولة التجارية، إلا أنه و متى ارتقى النشاط الحرفي لمستوى المقاولة التجارية، فالحرفي ملزم على التسجيل في السجل التجاري إلى جانب تسجيله في سجل الصناعة التقليدية و الحرف[2].

أما مقدموا الخدمات فهم كل من يتخذون مهنة لهم تقديم الخدمات للمستهلك، بغض النظر عن نوع الخدمة، ما يشمل أصحاب المهن الحرة، كالأطباء، المحامون، و كالات السياحة و الأسفار، شركات التأمين، الفنادق...

و إن كان المألوف أن المهني يمكن أن يكون شخصا معنويا إلى جانب كونه شخصا طبيعيا ما دام هذا لا يخرج عن إعتباره شخصا من أشخاص القانون الخاص، فهل الأمر سيان عند المشرع الجزائري بالنسبة للمؤسسات العمومية بوصفها أشخاص معنوية عامة؟

2- مدى إعتبار المؤسسات العمومية من المهنيين:

يأخذ مفهوم المؤسسة العمومية في الجزائر مدلولين إثنين، حُدِدا بموجب القانون رقم 01/88 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية[3]، يتعلق الأول بالمؤسسات العمومية الإقتصادية (E.P.E) ، و يرتبط الثاني بالهيئات العمومية و التي

[1] - الأمر رقم 01/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية و الحرف، جريدة رسمية عدد 3، مؤرخة في 13 يناير 1996.

[2] - أنظر المادة 23 من نفس الأمر.

[3] - القانون رقم 01/88، المؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، جريدة رسمية عدد 30، مؤرخة في 13 يناير 1988.

تنقسم بدورها إلى هيئات عمومية ذات الطابع الإداري (S.P.A) و هيئات عمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي (E.P.I.C).

ولا شك في أن الهيئات العمومية الإدارية، هي أساس نظرية القانون الإداري، فهي تخضع للقانون العام و تستعمل أساليبه بشكل تام، و لا تنزل إلى مستوى الأفراد إلا في إطار ضيق.

ومن ناحية الجهة القضائية المؤهلة للفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها، فهو القضاء الإداري وفقا للمادة 800[1] من القانون رقم 09/08 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2]، و يبقى المنتفع في علاقته معها في مركز لائحي تنظيمي.

وبالتالي فمثل هذه المؤسسات لا يمكن إخضاعها لأحكام قوانين الإستهلاك، إذ من المستحيل وضعها موضع المهنيين و لا اعتبارها كذلك.

وإن كان الأمر محسوما بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية، فهل ينطبق الأمر على المؤسسات العمومية الإقتصادية و كذا الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؟

بالنسبة للمؤسسة العمومية الإقتصادية، فقد حدد المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 01/88 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية طبيعتها القانونية، فهي شركة تجارية تأخذ شكل شركة ذات أسهم أو شركة ذات مسؤولية محدودة[3]، تتمتع بالشخصية المعنوية و يحكمها القانون التجاري[4]. أما الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، فهي و بالرغم من أنها تمارس نشاطا ذو طابع تجاري

---

[1] - و يجدر التنويه أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة، لم يستخدم مصطلح هيئة عمومية ذات الطابع الإداري، بل إستخدم مصطلح المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و هو نفس المصطلح الذي سبق و أن إستخدمه في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

[2] - القانون رقم 09/08، المؤرخ في25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

[3] - أنظر المادة 5 من القانون رقم 01/88 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية.

[4] - أنظر المادة 3 فقرة 3 من القانون رقم 01/88 نفسه، و لمزيد من التوسع حول هذه المؤسسات، أنظر:
Fadila Sahri : "L'application du droit des sociétés commerciales aux entreprises publiques économiques", thèse doctorat, Nanterre Paris x, 1987.

و صناعي كما يدل عليه اسمها، فهي لا تتمتع بالإستقلالية عن الدولة، و تبقى خاضعة لقواعد القانون الإداري في علاقتها معها، إلا أنها و في علاقاتها مع الغير تخضع لقواعد القانون التجاري و تعد بذلك تاجرة[1].

و الإستقلالية عن الدولة، هي أهم ما يميز المؤسسة العمومية الإقتصادية عن الهيئة العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي.

و على اعتبار أن كل من المؤسسة العمومية الإقتصادية و كذا الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري تستخدمان أساليب القانون الخاص، سواء من حيث طريقة التعامل مع المنتفعين التي تتم عن طريق التعاقد، فالعلاقة التي تربطها بهؤلاء هي علاقة تعاقدية، لا لائحية تنظيمية، أو من ناحية طريقة ممارسة نشاطها، إذ تمارس نشاطا شبيها بنشاط الأفراد فهي تلجأ للمنافسة و الإشهار رغبة في كسب الزبائن، و هو ما أصبح هدفها الأساسي أمام ضيق نطاق هدف تحقيق المنفعة العامة[2]. إضافة إلى أنهما تخضعان لاختصاص القضاء العادي إذا ما كانتا طرفا في منازعة.

بالمقابل فإن كاريزما هذه المؤسسات لا يمكن أن يخلع عنها صفة العمومية، ما سيجعلها في مركز أقوى من مركز المتعاقدين معها.

لذلك فإن اعتبارها من المهنيين، أمر لا مفر منه، حماية للمتعاقدين معها بوصفهم مستهلكين.

---

[1] - أنظر المادة 45 من القانون رقم 01/88 نفسه.

[2] - محمد بودالي: " مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك "، مجلة إدارة، صادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق و البحوث الإدارية، الجزائر، مجلة سداسية ، العدد24 لسنة 2002، ص55.

الفرع الثاني
مفهوم المستهلك

تجد فكرة المستهلك و الإستهلاك أساسهما في علم الإقتصاد. و الإستهلاك هو إهلاك الشيء و إفناؤه، و يمثل عند الإقتصاديين المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الإقتصادية، بعد مرحلتي الإنتاج و التوزيع[1].

و من ثم فإن المستهلك هو من يقوم بعملية الإستهلاك.

و بالرجوع لمفهوم المستهلك في القانون، فإن أغلب التشريعات العربية لجأت إلى تعريفه تجنُّبا لما قد يثار من إشكالات عند تطبيق قواعد قوانين الإستهلاك[2]، على اعتبار أن تحديد مفهوم المستهلك يشكل تحديدا لنطاق تطبيق قواعد هذه القوانين بصورة أساسية كما يحدد الشخص المستفيد من الحماية التي تقررها أحكامها.

و إذا كان مفهوم المستهلك هو مفهوم واضح عند الإقتصاديين، فالوضع ليس كذلك عند القانونيين، إنطلاقا من جملة الإشكالات و التساؤلات التي سبق و أن أسالت الكثير من الحبر في الوسط القانوني الفرنسي، حيث لم يحصل إتفاق على مفهوم المستهلك بصورة دقيقة، وهو الإشكال الذي نقله جميع الفقهاء العرب و الذي يتضح في مؤلفاتهم وكتاباتهم.

وعليه فإن الرجوع لما حصل من مناقشات فقهية و مواقف قضائية – فرنسية- أمر يفرض نفسه خصوصا أمام غياب أحكام قضائية في الجزائر (أولا)، من أجل سهولة التطرق لمفهوم المستهلك في القانون الجزائري (ثانيا).

---

[1] - عامر قاسم أحمد القيسي: " الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن "، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،الأردن،2002، ص9.

[2] - أنظر: المادة 1 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، و الفصل الثاني من قانون حماية المستهلك التونسي رقم 92/117 لسنة 1992، و الفصل الأول من قانون حماية المستهلك السوري رقم 2 لسنة 2008، و المادة 2 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 2000/659 لسنة 2005، و المادة 1 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.

أولا: مفهوم المستهلك فقها و قضاء

بالرغم من قدم قانون الاستهلاك الفرنسي مقارنة مع قوانين الإستهلاك في البلدان العربية، إلا أن المشرع الفرنسي لم يعرف المستهلك، و اكتفى بتوصيل فكرة أن المستهلك ضد المهني، سواء في طبيعة كليهما أو في موقعهما في قانون الإستهلاك و هي الفكرة التي لا تختلف عن ما هو مسلم به في جميع أقطار الكرة الأرضية.

وقد ظهر مصطلح مستهلك لأول مرة في القانون الفرنسي، ضمن قانون 1137/72 المؤرخ في 22 ديسمبر 1972، المتعلق بأحكام البيع بالمنزل، و منذ ذلك الحين، حظا هذا المفهوم بدراسات مركزة[1].

إلا أن فكرة المستهلك، سرعان ما أخذت منحا آخرا، بصدور القانون رقم 23/78 لسنة 1978، المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات، حيث أثارت فكرة غير المهني إلى جانب فكرة المستهلك، التي جاءت بها المادة 35 منه و المتعلقة بالشروط التعسفية، الوسطين الفقهي و القضائي، و هي نفس الفكرة التي أعاد المشرع تأكيدها في المادة 132-1 من القانون رقم 96/95 لسنة 1995 و المتعلقة بالشروط التعسفية[2].

1- موقف الفقه من مفهوم المستهلك:

لقد انقسم الفقهاء في تحديدهم لمفهوم المستهلك إلى فريقين، الأول كان متوسعا في رأيه و الثاني مضيقا له.

أ- المفهوم الموسع لفكرة المستهلك:

وفقا لأنصار هذا الإتجاه، فإن المستهلك هو كل شخص يقوم بعملية الإستهلاك، و لو كان يتعاقد من أجل حاجاته المهنية ما دام ما يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه. و قد أطلق المشرع الفرنسي على المستهلك الذي يتعاقد لأغراض مهنية تعبير غير المهني (Le non professionnel).

---

[1]- Rabih Chendeb : " le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (droit Français, Libanais et Egyptien) ", édition Alpha, Paris, 2010, p 18.

[2] - أنظر نص المادة في الصفحة52 من المذكرة.

و بالتالي فإنه يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة لاستعمالها في نطاق مهنته أو لاستعمالها في إطار شخصي على السواء، مادام سيستهلك السيارة في الأخير[1]. وعليه فإن من يشتري سيارة لإعادة بيعها لا يعد مستهلكا، كما أن من يشتري سيارة بوصفه مهنيا يتعامل في إطار تخصصه ليس مستهلكا كذلك.

و قد إستند أنصار هذا التوجه إلى أن غير المهني، يقف موقف الجاهل و عديم الخبرة بأسرار المهن الأخرى، ما سيجعله ضعيفا أمام المهني المتخصص مثله مثل المستهلك العادي[2]، كالمزارع الذي يبرم عقد تأمين على نشاطه الفلاحي، و المحامي الذي يشتري كمبيوتر و مستلزماته لحاجات مكتبه.

ب- المفهوم المضيق لفكرة المستهلك:

لم يرحب أصحاب هذا الرأي بفكرة إضفاء صفة المستهلك على غير المهني، فالمستهلك في نظرهم هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لهدف واحد هو إشباع حاجاته الشخصية و حاجات عائلته فقط[3]، دون أن يمتد هذا الوصف لمن يتعاقد لأغراض مهنته بشكل كلي أو مختلط. أي أن هذا الإتجاه لا يعترف بصفة المستهلك حتى للمهني الذي يشتري سيارة للهدفين معا هدف الإستعمال المهني و الشخصي في نفس الوقت.

و من أجل تدعيم موقفهم، إستند أنصار هذا الإتجاه إلى الحجج التالية:[4]

- لا يمكن الجزم أن المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه سيكون مجردا من كل سلاح مثله مثل المستهلك، حيث يظهر و بصورة عامة أن المهني الذي يتعاقد لحاجاته المهنية سيكون أكثر حذرا بالضرورة من ذلك الذي يتعاقد لحاجاته الخاصة.

---

[1] - أحمد محمد محمود خلف: " الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة "، المكتبة العصرية للنشر، المنصورة، مصر، 2008، ص58.

[2] - محمد بودالي: " حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي " ، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص22.

[3] - أبو بكر أحمد الأنصاري: " المستهلك و مدى حاجاته إلى الحماية الجنائية " ، مجلة الدراسات العليا، صادرة عن أكاديمية الدراسات العليا و البحوث الاقتصادية، دمشق، سوريا، العدد السادس شتاء 1428، ص144.

[4] - Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz : op cit, p 12.

- صعوبة معرفة ما إذا كان المهني يتعاقد في غير تخصصه فعلا، إذ يتطلب الأمر دراسة كل حالة على حدا و هو ما لن يخلو من الغرر دائما، لذلك فتبني المفهوم الضيق للمستهلك يوفر الأمن القانوني المنشود، و الذي لا يمكن أن يحققه المفهوم الواسع غير الواضح.

- و يختم أنصار هذا الرأي، أنه و إن كان من الممكن اعتبار المهني الذي يتعاقد في غير تخصصه مستهلكا، فإنه بالمقابل يتوجب اعتبار المستهلك الذي يتعاقد في نطاق إختصاصه مهنيا، كالمحامي الذي يقع ضحية عقد مليء بالشروط التعسفية إثر تأمينه على منزله الشخصي من الحريق.

2- موقف القضاء من مفهوم المستهلك:

كان من الطبيعي أن يتبنى القضاء الفرنسي منذ عام 1978، موقف القانون من مفهوم المستهلك، و الذي اعتنق بصورة صريحة فكرة غير المهني بوصفه مستهلكا فيما يتعلق بالشروط التعسفية، الأمر الذي يظهر جليا من جملة ما صدر عنه من أحكام و قرارات ، و لعل من أهم الأحكام التي صدرت في هذا الإتجاه، ما جاء عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في 28 أفريل 1987[1]، في قضية إشترت فيها وكالة عقارية جهاز إنذار، " حيث اعتبرت المحكمة هذه الشركة و لغرض حمايتها من الشرط التعسفي الوارد في عقد الشراء و الذي يقرر عدم أحقيتها في التعويض عن الضرر أو فسخ العقد عند ظهور بعض الإزعاجات الناجمة عن الطريقة غير المثلى لعمل جهاز الإنذار من المستهلكين، على أساس أنها قد وجدت نفسها غريبة عن التقنية و الخاصة جدا لجهاز الإنذار"[2]. بالمقابل فإن المحكمة ذاتها رفضت في حكم آخر إضفاء صفة مستهلك بالمفهوم الواسع على وكيل تأمينات تعاقد مع شركة إشهارات، للتعريف بمكتبه[3].

و قد بررت المحكمة العليا الفرنسية هذا الإختلاف في الأحكام الصادرة عن نفس الجهة بقولها: أن هذين الحكمان غير متناقضين، إذ يوجد هناك تكامل بينهما، فالوكالة العقارية

---

[1]- Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du 28 Avril 1987
N° de pourvoi: 85-13674: publié sur le site www.légifrance.gouv.fr

[2]- عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص57.

[3]- Rabih Chendeb : op cit, p 21.

في القضية الأولى عندما ركبت جهاز إنذار، لم تتعاقد في مجال تخصصها الذي يلزمها حينما تسير أعمالها الخالصة[1].

و لم يستقر موقف القضاء الفرنسي على هذا النحو الغامض، إذ بمجرد صدور القانون رقم 96/95 لسنة 1995، الذي تضمن المادة 132-1 المتعلقة بالشروط التعسفية، إتسم القضاء في أحكامه بالوضوح، حيث كرس القضاة معيارا جديدا للحكم على ما إذا كان من الممكن أن يستفيد المهني من الحماية المقررة للمستهلك العادي أو لا، تمثل في مدى وجود علاقة مباشرة (un rapport directe) بين ما أقدم الشخص على التعاقد عليه و نشاطه الذي يزاوله، فمتى تحققت العلاقة انتفت صفة المستهلك والعكس صحيح.

و تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد وجود هذه الصلة من عدمها، حسب وقائع كل قضية على حدا.

ثانيا: مفهوم المستهلك في القانون الجزائري

لم يُغفل المشرع الجزائري أمر تعريف المستهلك، حيث جاء في المادة 3 فقرة 1 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ما يلي: " المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به" و هو نفس التعريف تقريبا الذي أورده في المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و التي تنص: " مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني".

يتضح من هذين التعريفين، أن المشرع جعل معيار تحديد صفة المستهلك هو الغرض من الإقتناء، فثبوت صفة المستهلك يقتضي أن يكون الغرض من إقتناء السلعة أو الخدمة هو سد حاجة شخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به ،أي أن يكون الغرض غير

[1] -Ibid, p 21.

مهني. ما يعني بمفهوم المخالفة نفي صفة المستهلك عمن يقتني سلعة أو خدمة لغرض مهني.

ويؤكد ذلك أن المشرع نص في هذا التعريف على أن تكون السلعة أو الخدمة المقتناة موجهة للإستعمال النهائي أي للإستهلاك، فالمشرع ينفي صفة المستهلك عمن يقتني سلعا أو خدمات موجهة للإستعمال الوسيط كونها بهذا الوصف تستخدم لأغراض مهنية كإعادة التصنيع والإنتاج والإستثمار وليس للإستهلاك[1].

وبهذا يكون المشرع قد تبنى مفهوما ضيقا للمستهلك، وتفادى المآخذ السابقة التي سجلت عليه حينما عرف المستهلك في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[2]، كما يلي: " المستهلك: كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا وخدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

حيث ثار جدل فقهي حول مقصد المشرع من عبارة "الإستعمال الوسيط" بين من ذهب إلى أن المشرع قصد التوسع في نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك لتشمل حتى المحترف الذي يتصرف لأغراض مهنية[3]، وبين من رأى أن المشرع وقع في تناقض حين جمع بين الإستعمال الوسيط والغرض الشخصي أو العائلي من الإقتناء في تعريف واحد للمستهلك ما يقتضي حذف عبارة "الإستعمال الوسيط"[4] وهو ما أخذ به المشرع في تعريفه الأخير للمستهلك، مما يعني أنه قد ألغى ضمنيا التعريف الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

---

[1] - محمد عماد الدين عياض: " نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك و قمع الغش(09-03) "، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك في ظل القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جامعة 20 أوت 1956، سكيكدة 2010.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 39/90، المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 5، مؤرخة في31 يناير.

[3] - M. Kahloula et G. Mekamcha : " La protection du consommateur en droit Algérien" Revue Idara, Vol 5- n° 2, 1995, p15.

[4] - انظر، محمد بودالي: " حماية المستهلك في القانون المقارن "، المرجع السابق ، ص 30 وما بعدها.

ومثال الغرض غير المهني إقتناء المواد الغذائية لتناولها أو سيارة سياحية للتنقل و التنزه بها أو أجهزة منزلية للإستعمال المنزلي، وكذا الذهاب إلى الطبيب للعلاج أو المحامي للإستشارة.

و مثال الغرض المهني إيجار محل تجاري أو شراء سلع قصد إعادة بيعها أو شراء آلات لتجهيز مصنع.

ولم يشترط المشرع في تعريفه للمستهلك أن يكون الغرض من الإقتناء هو سد حاجات شخصية للمقتني ذاته، بأن يكون المستهلك هو نفسه المستهلك المتعاقد، بل اِعتبر المشرع مستهلكا أيضا، من يقتني سلعة أو خدمة لسد حاجة شخص آخر ليس طرفا في عقد الإستهلاك، و هو الذي يصطلح عليه البعض اصطلاح المستهلك المستفيد كونه يستفيد من السلعة أو الخدمة التي يقتنيها المستهلك المتعاقد نفسه، دون أن يتحمل مشقة الحصول عليها[1].

كما يعتبر مستهلكا أيضا من يقتني سلعة أو خدمة لسد حاجة حيوان يتكفل به، كأن يشتري له علفا أو يتعاقد مع مدرب لتدريبه أو مع بيطري لمداواته، وهذا يعكس المكانة الهامة التي صار يحظى بها الحيوان بوجه خاص الأليف منها، و الذي يمكن أن يعاشره الإنسان بهدف تربيته و الإستئناس به دون أن يكون لهذا الأخير هدف مهني من ذلك. ويرى البعض أن المشرع بهذه الإلتفاتة قد غير من نظرته السابقة للحيوان و التي كان يعتبره فيها أن مجرد شيء من أشياء القانون المدني[2]، و هو ما سيتماشى و المكانة التي سبق و أن أعطاها له في نصوص قانون العقوبات حين جرم بعض الأفعال التي تسيء للحيوان[3].

وإذا كان الأصل أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا كون تلبية الحاجة الشخصية أمر يناسب الشخص الطبيعي، فإن المشرع صرح بإمكانية إضفاء صفة المستهلك على

---

[1] - محمد عماد الدين عياض: المداخلة السابقة.

[2] - محمد بودالي: " حماية المستهلك في القانون المقارن "، المرجع السابق، ص 32.

[3] - أنظر: المادة 449 من قانون العقوبات.

الشخص المعنوي، وهو موقف عام إستقر عليه المشرع، سواء في تعريفه للمستهلك في القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أو في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و هو بهذا التوجه يكون قد خالف ما جاء في المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية، حيث قصرت مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي فقط دون المعنوي[1].

و يطرح إمداد صفة المستهلك إلى الشخص المعنوي، صعوبة تحديد الصفة الإستهلاكية النهائية لما يقتنيه هذا الأخير، فالمعروف أن الأشخاص المعنوية عادة ما تتعاقد لأغراض مهنية، فهي تقوم في الغالب لهذا الغرض، لذلك يقع على المشرع أن يبين من هي الأشخاص المعنوية التي ستستفيد من وصف مستهلك و بالتالي من الحماية التي تقررها القوانين المتعلقة بالإستهلاك.

و تحقيقا للإنسجام بين مفهوم المستهلك كشخص طبيعي و المستهلك كشخص معنوي، يمكن القول أن الأشخاص المعنوية المقصودة هي تلك التي تقوم لأغراض غير مهنية ولا تهدف إلى تحقيق الربح، مثال ذلك الجمعيات الدينية و الرياضية التي تسعى لتأطير الشباب و دعم صحتهم.

[1] - Article 2: " consommateur, toute personne **physique** qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ".

المطلب الثاني

الإذعان، طريقة إبرام عقد الإستهلاك

جاء موقف المشرع الجزائري واضحا إزاء طريقة إبرام عقد الاستهلاك، إذ إعتبره و بصراحة نص المادة 3 فقرة 4 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عقد يبرم بطريق الإذعان، حيث جاء فيها: " 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".

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

أما المشرع الفرنسي، فقد إتخذ إتجاها موسعا للعقود حيث لم يقصرها على عقود الإذعان فقط – و إن كانت المجال الخصب للشروط التعسفية- بل كذلك لعقود المساومة، رغبة منه في بسط حماية أكبر للطرف المذعن[2].

---

[1] - حيث جاء في الفقرة 2 من المادة الثالثة ما يلي: " يعتبر الشرط دائما أنه لم يكن محل مفاوضة فردية، حينما يكون قد حرر مسبقا و لم يتمكن المستهلك من إحداث أي تأثير على محتواه، خاصة في إطار عقود الإذعان "، ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

Alinéa 2 de l'article 3 : "Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ".

[2] - حيث جاء في الفقرة 4 من المادة 132-1 ما يلي: " تطبق هذه الأحكام مهما يكن شكل أو سند العقد... يحتوي على شروط متفاوض عليها بحرية أو لا أو مراجع لشروط عامة محددة مسبقا"، ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

Alinéa 4 de l'article 132-1 : " Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat…contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ".

و من خلال توجه المشرع الجزائري عبر هذين النصين اللذين حددا طبيعة عقد الإستهلاك بتعبير آخر، تقتضي دراسة هذا المعيار، تحديد مفهوم عقود الإذعان (الفرع الأول)، و كذا تكوين عقود الإستهلاك باعتبارها عقود إذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مفهوم عقود الإذعان

كان Saleilles و بمناسبة إصدار كتابه الذي حمل عنوان "الإعلان عن الإرادة"، عام 1929، أول من سلط الضوء على هذا النوع من العقود تحت مسمى عقود الإنضمام (Les contrats d'adhésion) ، و هو المصطلح الذي سرعان ما اعتنقه كل الفرنسيين، بعدما أدركوا أن من يقبل التعاقد في مثل هذه العقود إنما ينضم لعقد دون إمكانية مناقشته[1]. و لما باتت حاجة تنظيم هذه العقود ملحة عند العرب، كان السنهوري سباقا في نقلها إليهم، إلا أنه آثر أن يسمي هذه العقود و على خلاف ما ساد في فرنسا بعقود الإذعان[2]، و قد لاقت هذه التسمية رواجا كبيرا عند رجال القانون، و كرستها أغلب التشريعات العربية[3].

و كأية ظاهرة جديدة، لاقت عقود الإذعان اهتماما كبيرا من قبل الفقهاء الغربيين منهم و العرب، محاولة لإزالة اللبس حول مفهومها، و نظرا للطبيعة غير المألوفة لتلك العقود احتدم الصراع بين الفقهاء حول مدى إمكانية إعتبارها عقودا بالمعنى الصحيح (أولا)، بالمقابل فقد عكفوا يعرفونها (ثانيا)، و باختلاف توجههم في التعريف إختلفت المعايير التي ظهرت بمناسبة دراستها (ثالثا).

أولا: طبيعة عقود الإذعان

---

[1] - محفوظ لعشب بن حامد: " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن" ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص23.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام" ، الجزء 1، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص245.

[3] - فيما فضل المشرع اللبناني تسمية عقود الإذعان بعقود الموافقة.

لما ظهر الإذعان في المجال العقدي، ظهرت معه الحاجة لتحديد طبيعة ما عرف آنذاك بعقود الإذعان أو عقود الإنضمام لدى فقهاء فرنسا، من أجل إخضاعها لنظام معين و وضعها في إطارها المناسب من الناحية القانونية، و هو الأمر الذي نشأ عنه نقاشات عدة بين الفقهاء، إنتهت بانقسامهم لمذهبين، أصر المذهب الأول على أن عقود الإذعان هي مركز منظم، فيما قرر المذهب الثاني أن عقود الإذعان هي عقود بالمعنى الحقيقي .

1- الفريق الذي أنكر صفة العقد على عقود الإذعان:

و على رأسهم الأستاذ Saleilles، و قلة من فقهاء القانون العام أمثال Léon Duguit و Hauriou، حيث حاولوا تبرير موقفهم على أساس أن هذه التصرفات هي نتاج إرادة منفردة، يصدرها المذعن له فتكون بمثابة قانون أو لائحة تنظم العلاقة بينه و بين المذعن الذي تتأثر إرادته العقدية نتيجة الضغط الإقتصادي[1]، فتلك الإرادة المنفردة في عقود الإذعان، هي مصدر الرابطة أو العلاقة القانونية، فمنها تتولد و بها تتحدد و تضبط[2]، وهو ما رأى فيه أصحاب هذا التوجه مخالفا لنظرية العقد المألوفة في القانون المدني والتي تقوم على مبدأي المساواة و التفاوض لصنع الإرادة العقدية.

2- الفريق الذي اعتبر عقد الإذعان عقدا حقيقيا:

و قد مثل هذا المذهب غالبية فقهاء القانون المدني[3] - وهو الرأي الراجح، يكفي أنه توجه كل المشرعين و منهم مشرعنا الجزائري – حيث قالوا بأن عقود الإذعان ليس فيها ما يجعلها غريبة عن الأسرة العقدية، فهو عقد يتم بتوافق إرادتين، و القول أن إرادة الطرف المذعن تتأثر نتيجة الإكراه الإقتصادي، فهذا أمر لا يعرفه القانون المدني[4]، إذ لا يعبر عن الإكراه المندرج تحت هذا القانون بوصفه عيبا من عيوب الإرادة، و بالتالي فالإرادة التعاقدية للمذعن تبقى موجودة و قانونية، و هو الأمر المطلوب لصحة العقود.

---

[1] - أحمد سمير قرني: " عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي"، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية، 2010، ص 45.

[2] - محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص44.

[3] - و هو ما سيجعل توجههم أكثر إقناعا، بحكم أنهم يناقشون مسألة تدور في لب تخصصهم.

[4] - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 247 و كذا، محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص36.

ثانيا: تعريف عقود الإذعان

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، و يتضح هذا التباين في التعريفات التي جاء بها كل من الفقه العربي و الغربي – الفرنسي على وجه التحديد-:

1- بعض تعريفات الفقهاء العرب لعقود الإذعان:

يعرف عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان بأنه: " العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر، و لا يسمح بمناقشتها و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[1].

و عرفه علي فيلالي بقوله: " هو عقد يملي فيه المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله. و يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها.و ترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"[2].

و يقول خليل أحمد حسن قدادة في تعريفه لعقد الإذعان: " العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر، بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، بوضع شروط العقد في جملتها، إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته"[3].

و في تعريف أخير للعشب محفوظ بن حامد، يقول: " عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[4].

---

[1] - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني: " العقود الإدارية و أحكام إبرامها "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص293.

[2] - علي فيلالي: " الإلتزامات، النظرية العامة للعقد "، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص60.

[3] - خليل أحمد حسن قدادة: المرجع السابق، ص27.

[4] - محفوظ لعشب بن حامد: المرجع السابق، ص 31.

و ما يمكن ملاحظته على هذه التعريفات أنها إعتمدت على معيار إحتكار المذعن له للسلع و الخدمات لتحديد مفهوم عقد الإذعان.

2- بعض تعريفات الفقهاء الفرنسيين لعقود الإذعان:

عرف Saleilles عقود الإذعان بقوله: " عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و تفرضها مسبقا و من جانب واحد و لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد "[1].

فيما عرفه Ghestin Jacques بأنه :" إنضمام لعقد نموذج يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب و ينظم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله "[2].

و قد عرفه Georges Berlioz كما يلي: " عقد الإذعان هو عقد حدد محتواه العقدي كليا أو جزئيا بصورة عامة و مجردة قبل مرحلة التعاقد"[3].

و الملاحظ على توجه الفقه الفرنسي بشأن تعريفاتهم لعقود الإذعان، أنهم لم يتحدثوا لا من قريب و لا من بعيد على ضرورة وجود احتكار للسلع و الخدمات ليقوم عقد الإذعان، بل أوجدوا معيارا آخرا مفاده التحرير المسبق و المنفرد للعقد.

---

[1] - " Les contrats d'adhésion dans lesquels il y a exclusive d'une seule volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi-même".

هذا النص الأصلي منقول عن محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 23.

[2]- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي و مراجعة فيصل كلثوم: " المطول في القانون المدني، تكوين العقد"، المجلد الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص 97.

[3]- " Un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel à été fixé totalement ou partiellement de façon abstraite et générale avant la période contractuelle ".voir :
Georges Berlioz : " Le contrat d'adhésion ", bibliothèque de droit privé, Paris, 1973, p 27.

ثالثا: معايير عقود الإذعان

يتضح من خلال التعريفات الفقهية لعقود الإذعان، وجود معيارين رئيسيين يتجسد من خلالهما مفهوم عقود الإذعان، يتعلق الأول بتمتع المذعن له بوضع احتكاري لسلع و خدمات ضرورية، و يرتبط الثاني بالإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده من طرف هذا الأخير.

و يجدر الوقوف عند كل معيار على حدا لسهولة استنباط المعيار الراجح و موقف المشرع الجزائري فيما بعد.

1- معيار التمتع بوضع إحتكاري لسلع و خدمات ضرورية:

و قد تبناه أغلبية الفقه المصري، و وفقا لهذا المعيار، فإنه و لكي يتصف العقد بأنه عقد إذعان، لا بد أن يتمتع الموجب بوضع إحتكاري فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة محل العقد ، ذلك بأن ينفرد وحده بسوقها[1]، فالإحتكار إلغاء للمنافسة[2]، ذلك أنه يؤدي إلى السيطرة و النفوذ[3]. و ليس هذا و حسب بل يجب أن يكون محل العقد القائم عليه الإحتكار من الضروريات بالنسبة لكافة الناس، و هو التوجه الذي أكدته بعض التطبيقات القضائية، حيث قضت محكمة الاستئناف العليا في الكويت، " بعدم تكييف العقد بين شركة الهواتف المتنقلة- كذا في الأصل- و بين أحد المشتركين في خدمة الهاتف النقال بأنه من قبيل

---

[1]- محمد سلمان الغريب: " الإحتكار و المنافسة غير المشروعة "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص36.

[2]- و هو في فكر المدرسة الاقتصادية الكلاسيكية: الحالات التي تكتسب فيها شركة أو مجموعة من الشركات القدرة على السيطرة على السوق المحلي بصورة تمكنها من بيع منتجاتها بأسعار تتيح لها تعظيم هامش ربحيتها و ذلك بغض النظر عن أية اعتبارات تتعلق بترك تحديد أسعار هذه المنتجات وفقا لقانون العرض و الطلب في السوق المحلي.
أنظر، أحمد محمد محمود خلف: " الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار و حماية المنافسة و منع الإحتكار"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 66.

[3]- فاطمة نساخ: " مفهوم الإذعان "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 12 و ما بعدها.

عقود الإذعان لأن الشركة لا تتمتع باحتكار، بالإستناد إلى أن الخدمة ليست من الضروريات التي لا غنى للناس عنها".[1]

و نفس التوجه ذهبت إليه محكمة تمييز دبي فيما يتعلق ببطاقات الإئتمان التي تصدرها البنوك حيث رفضت اعتبارها من الخدمات الضرورية.[2]

و الإحتكار نوعان:

إحتكار قانوني: و تنشؤ مثل هذه الإحتكارات بمقتضى قانون، كأن يتعاقد شخص خاص مع الدولة لتسيير مرفق النقل ، أو كالحق الذي يمنح لصاحب براءة الاختراع بأن يحتكر اختراعه و يستأثر باستثماره، أو " أن يتولى تقديم الخدمة أو السلعة مرفق إقتصادي عام مباشرة أو عن طريق عقود إلتزام المرافق العامة، و ذلك كشركات التليفون و المياه و الكهرباء".[3]

و إحتكار فعلي: و هو الإحتكار الذي ينشئ نتيجة ظروف معينة خارجة عن سلطان القانون حيث لا يتدخل في إنشاءها. و من صوره مثلا أن يتمكن صاحب مشروع معين في الوصول إلى وضعية الهيمنة في السوق نتيجة سيطرته على المواد الأولية، أو حسن تدبيره و تسييره، أو أن يتواجد مشروع وحيد في منطقة منعزلة مما سيجعله بصورة فعلية في تلك الوضعية الاحتكارية.

و ما يلاحظ على معيار التمتع بوضع احتكاري لسلع و خدمات ضرورية أنه معيار متشدد يضيق نطاق عقود الإذعان، و بالتالي تقليص الحماية المقررة في مواجهة هذه العقود، حيث سيفلت العديد من المهنيين الغير المتمتعين بوضعية الإحتكار من توقيع

---

[1]- محمد عبد الظاهر حسين: " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد "، مجلة الحقوق، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول و الثاني مارس و يونيو 1992، ص751.

[2]- محمد إبراهيم بنداري: " نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المصري و الإماراتي و الفرنسي"، مجلة الأمن و القانون، صادرة عن كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الأول جانفي2000، ص 66.

[3]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 82.

الجزاء المناسب، ذلك أن أصغر تاجر سلع أو مقدم خدمات، يحرر عقودا قد تكون الأكثر خطورة[1]، إضافة إلى كونه معيارا تقليديا، فرضته الظروف الإقتصادية التي نشأ في ظلها، إذ أثبت الواقع أن المحتكر لا يكون بالضرورة الأقوى ماليا، فقد يذعن الأكثر ثراءً لبنود هذا المحتكر. و فيما يخص السلع و الخدمات المتعلقة بحاجات عامة الناس و التي لا غنى لهم عنها في حياتهم اليومية، فهو معيار فضفاض، ذلك أنه يختلف من حالة إلى أخرى فما يعتبر ضروري عند أحدهم، قد لا يكون كذلك عند آخر.

و في محاولة للتقليص من حدة الإنتقادات التي وجهت لهذا المعيار، حاول أنصاره التوسيع فيه بأن أضافوا حالات المنافسة المحدودة[2] لإضفاء وصف الإذعان على العقود التي يبرمها هؤلاء المتنافسين مع جماعة المستهلكين، الأمر الذي اعتمدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 248 لسنة 1969، حيث قضت بأنه :" لكي يعتبر العقد عقد إذعان يجب أن يتضمن إحتكارا قانونيا أو فعليا، و في القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق"[3].

2- معيار الإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده:

نتيجة للتطور التكنولوجي و الإقتصادي، لم يعد الإنفراد بتحرير بنود العقد مقتصرا على شركات الإحتكار فقط، فقد فرض هذا الأسلوب نفسه على كافة التعاملات في السوق، أمام عدة عوامل أهمها ضخامة الإنتاج و تزايد الطلب، الذين أديا إلى حتمية التوزيع السريع للسلع الذي لا يتلاءم و مناقشة العقد في كل مرة على حدا من جهة، و كذا دخول جهاز الحاسوب عالم الأعمال من جهة ثانية، إذ أصبح المهنيون يعولون عليه في تحرير عقودهم، بعدما بات التشابه بين طلبات المستهلكين واضحا بحيث يكتفون بإعداد نموذج واحد للعقد على عدة نسخ، يقتصر دور المستهلك فيه على ملئ الفراغات الخاصة

[1]- Georges Berlioz, Op cit, p29.

[2] - محمد سلمان الغريب: المرجع السابق، ص 145.

[3] - محمد سلمان الغريب: المرجع السابق، ص 121.

بمعلوماته الشخصية و الإمضاء دون مناقشة بنود العقد، لا لأن السلعة أو الخدمة ضرورية بالنسبة له، مثلما كان يتطلبه المعيار القائم على الإحتكار، بل فقط لأن هذا الأخير يرى نفسه دائما في مركز ضعف بمجرد أنه يتعامل مع مهني يضعه أمام خيارين لا ثالث لهما هما إما قبول العقد برمته هو أو رفضه برمته.

و الحقيقة أن أهم سبب يجعل المستهلك غير قادر على مناقشة بنود العقد هو ضعفه القانوني على وجه الخصوص فهو غالبا ما يتعاقد خارج تخصصهإذ يُخَيل له أن هذه البنود هي بنود قانونية ملزمة أكثر منها بنودا تخدم مصالح واضعيها، لإشتباهها بالنماذج التي تطرحها الجهات الإدارية حينما تتعامل مع الأفراد فيما يطلبونه من خدمات. أو يعتقد أن ما هو مقدم عليه هو مجرد إجراء روتيني مفروض و موحد في السوق، تعَود على القيام به عند اقتناءه للسلع و الخدمات دون أن يدرك حقيقة ما هو مقدم عليه.

و وفقا لهذا المعيار، فإننا نكون بصدد عقود إذعان في كل مرة يتم فيها قبول عقد محرر مسبقا و بصورة منفردة دون مناقشته، بحيث لا يتدخل القابل إلا لإعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة للمذعن له[1].

و هذا الإعداد المنفرد للبنود هو ما يعرف بالعقود النموذجية الإنفرادية (Contrats type unilatéraux)، تمييزا لها عن العقود النموذجية الثنائية التي قوامها التفاوض مما يعني إمكانية التعديل فيها من الطرفين، و بينها و بين تلك التي تفرضها النصوص القانونية[2]، كما هو الحال في نموذج عقد الإيجار الذي جاء تنفيذا للمرسوم التشريعي رقم 03/39 المتعلق بالنشاط العقاري[3].

و ما دام العقد النموذجي الإنفرادي هو عقد إذعان، فهو يشكل بالتالي مصدرا للشروط التعسفية.

---

[1]- George Berlioz : op cit, p 28.

[2]- لمزيد من التوسع أنظر، ليلى حدوم: " العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر،2001، ص44 – ص 94.

[3] - المرسوم التشريعي رقم 03/39، المؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 03 مارس 1993.

غير أنه لا يمكن القول أن كل عقد نموذجي انفرادي يحوي بالضرورة على مثل تلك الشروط التعسفية، إذ قد يأتي هذا العقد خاليا من كل تعسف تعاقدي بالرغم من تحريره مسبقا و بصورة منفردة من جانب المهني.

3- تحديد المعيار الراجح و موقف المشرع الجزائري:

لا شك و أن معيار الإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده، هو المعيار الراجح، إذ يكفي في ترجيحه ما يلي:

- جملة الإنتقادات الموجهة لمعيار التمتع بوضع احتكاري لسلع و خدمات ضرورية، و عدم تماشيه مع التطورات الإقتصادية و التكنولوجية.
- توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية، إذ تدخل بموجبه عقود كثيرة دائرة الإذعان ليس فقط في مجال السلع بل الخدمات كذلك كالخدمات الفندقية و خدمات وكالات السفر و السياحة، و كراء السيارات.
- توجه أغلب التشريعات العربية للأخذ به[1]، مسايرة للفقه و القضاء الفرنسيين، و منهم المشرع الجزائري، و الذي لم يشر لا من قريب و لا من بعيد لفكرة الإحتكار سواء في نص المادة 70 منذ صدور الأمر رقم 58/75 و المتضمن القانون المدني، أو في تعريفه لعقد الإذعان في المادة 3 فقرة 4 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

و يكون بذلك قد إختار مدلولا واسعا لعقود الإذعان و منه لعقود الإستهلاك يتواكب و التطور الإقتصادي الحاصل.

الفرع الثاني

تكوين عقود الإستهلاك بإعتبارها عقود إذعان

[1]- أنظر: المادة 213 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002، المادة 100 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 و المادة 105 من القانون المدني الإماراتي رقم 22 لسنة 2004.

لم يتناول المشرع الجزائري أمر ضبط كيفية تكوين عقود الإستهلاك في القوانين المتعلقة بالإستهلاك، غير أنه كان ذكي حينما أعطاها وصف الإذعان بصورة صريحة، مما سيبقيها مرتبطة بتنظيم عقد الإذعان في القانون المدني فيما يتعلق بكثير من المسائل ومنها بالتراضي و الذي يتكون من إيجاب و قبول (أولا)، و مع ذلك فعقد الإستهلاك يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بمحل العقد الذي يدور حول السلع و الخدمات (ثانيا). و لما كان عقد الإستهلاك هو عقد إذعان وجب أن يكون عقدا مكتوبا (ثالثا).

أولا: التراضي

تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

فالتراضي وفقا لهذا النص و ما هو مألوف حول نظرية العقد في القواعد العامة، هو تطابق إرادتين صحيحتين، تتمثل هتان الإرادتان في إيجاب يصدر من الطرف الأول، و هو العرض الذي يتقدم به بغية التعاقد، و قبول لهذا العرض من الطرف الثاني.

و إن كان التراضي في الحالات العامة هو نتاج التفاوض و المساومة، فإنه في عقود الإذعان و منه عقود الإستهلاك يشذ عن القاعدة، سواء فيما يتعلق بالإيجاب أو بالقبول:

1-الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الإستهلاك:

يكتسي الإيجاب في عقود الإذعان أهمية بالغة، فهو يترجم في الكثير من الأحوال العقد النهائي بكامل قوامه الأساسية، إذ لا يكون قابلا للتفاوض فيه، على عكس ما هو معروف في عقود المساومة، حيث تتعدد و تتوالى فيها العروض و المفاوضات حول الإيجاب الأول إلى حين الوصول إلى الإيجاب النهائي.

و لما كان الإيجاب في عقود الإذعان ذو طبيعة خاصة، فهو يتميز بجملة من الخصائص تضفي عليه هذه الطبيعة، كما أن له أشكال تختلف عن الشكل المألوف في عقود المساومة.

أ / خصائص الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الإستهلاك:

يتميز الإيجاب في عقود الإذعان بجملة من الخصائص، فهو إيجاب عام حتمي، ودائم :

أ$_1$/ عمومية الإيجاب:

فالإيجاب في عقود الإذعان، لا يقتصر على شخص واحد، بل هو إيجاب موجه إلى الجمهور على وجه العموم، أو إلى فئة منه يشترك المنتمون إليها في صفات معينة، و لما كان الإيجاب عام، فإنه لا يجوز للمذعن له أن يختار فيما بعد من يتعاقد معهم، إذ يكون ملزما بالتعاقد مع كل من وافق على إيجابه كاملا دون النظر لشخصه[1].

أ$_2$/ حتمية الإيجاب:

يتميز الإيجاب في عقد الإذعان أيضا، بأنه إيجاب بات، حتمي و مفروض يصدر في مواجهة الجمهور بصورة قاطعة، دون إمكانية المناقشة و التغيير في العرض الذي ورد فيه.

أ$_3$/ ديمومة الإيجاب:

و يتميز الإيجاب في عقود الإذعان كذلك، بأنه إيجاب دائم، مستمر، و غير محدد المدة، و هو أمر طبيعي إذا ما نظرنا للخصيصتين السالف ذكرهما، فعمومية الإيجاب و حتميته، يقتضيان ديمومته حتى لا يفقد الإيجاب طبيعته الخاصة، و تخف بالتالي قوته الملزمة في مواجهة الجمهور. فإستمرار الإيجاب يبعث في نفس المستهلك

[1] - محمد إبراهيم البنداري: المرجع السابق، ص78.

الراحة و الطمأنينة حيث يتأكد أنه يبرم عقدا سيبرمه الآلاف من أمثاله و بنفس الشروط، بل و أبرمه الكثير من قبله كذلك[1].

ب/ أشكال الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الإستهلاك:

للإيجاب في عقود الإذعان شكلين، يتمثل الشكل الأول في تلك العقود النموذجية الإنفرادية التي تقدم للمذعن بمجرد إظهار رغبته في التعاقد أو تحمسه حوله، و يتعلق الشكل الثاني في الإعلانات القانونية حينما تستوفي بعض الشروط.

ب$_1$/العقود النموذجية الإنفرادية:

أصبحت العقود النموذجية الإنفرادية نفسها، شكلا من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان و أكثرها شيوعا على الإطلاق، و يبرر إستعمال هذه المطبوعات المحررة سلفا من قبل الموجب نظام السوق الحالي القائم على تماثل العروض و تزايد الطلبات و رغبة المهنيين في تحقيق أكبر قدر من المعاملات المربحة في أقصر وقت ممكن ، الأمر الذي من شأنه أن يجعل صبها في عقود نموذجية بشروط موحدة أمرا عمليا و تقنيا بالدرجة الأولى، إذ من غير المعقول أن تعاد سرد الشروط بصورة شفوية في كل مرة يأتي فيها شخص ما للموجب بغية إبرام العقد، أو أبسط من ذلك، مجرد الإستفسار فقط حول شروطه و مدى ملائمتها لمصالحه. إلا أن هذا المنطق و إن كان منطقا سليما و عمليا، فهو يخدم مصالح المذعن له في الغالب، فهو أوجده لهذا الغرض حتى و إن لم يورد بهذه المطبوعات شروطا تعسفية.

ب$_2$/الإشهار كشكل من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان:

أصبح الإشهار سمة من سمات العصر، إذ أصبح يمثل مصدرا هاما لإعلام المستهلكين ، و توجيه رغباتهم، أمام الكم الهائل للسلع و الخدمات و التي كثيرا ما يقف المستهلك حائرا في إنتقاء الأجود منها أو على الأقل الأكثر نفعا له.

[1] - ليلى حدوم: المرجع السابق، ص22.

و قد عرف المشرع الجزائري الإشهار، في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بموجب المادة 03 فقرة 4 على أنه: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة ".

و ما يلاحظ على هذا التعريف أنه ركز على إعتبار الإشهار مجرد وسيلة لترويج بيع السلع و الخدمات[1]، متناسيا في ذلك وظيفته في الإعلام و هي الوظيفة الأهم، حتى تحقق الرسالة الإشهارية دورها كاملا كإيجاب ينعقد به العقد بمجرد صدور قبول مطابق له. بالرغم من أن الإشهارات لم تعد تقتصر على جانب الترويج فقط، و لعل أوضح مثال هو تلك الإشهارات التي تغزو الصحف و الجرائد، و التي تحوي أهم البيانات والمعلومات الحقيقية حول السلع والخدمات، كذلك الاشهارات الموجودة على صفحات الأنترنت.

لذلك فإن التعريف الكامل للإشهار هو: " مجموعة من الإدعاءات، الإشارات البيانات التي يوصلها المعلن إلى المستهلك، حول مزايا و مواصفات المال أو الخدمة المراد الإشهار عنها من خلال الوسيلة الاشهارية المناسبة بغية إعلامه حولها، و حثه في الأخير على ضرورة اقتناءها عن طريق جلب انتباهه و إثارة اهتمامه".[2]

و يعود إقتصار المشرع الجزائري على إعتبار الإشهار وسيلة للترويج فقط دون الإعلام إلى أنه قد أورد نصوصا خاصة بالإعلام كإلتزام يقع على عاتق المهنيين. و مع ذلك يبقى الإشهار وسيلة إعلام إختيارية يمكن للمهني الإستناد عليها في إعلامه للمستهلك. و للإشهار عنصران:

---

[1] - و قد عُرف الترويج، بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 المؤرخ في 18 جوان2006، الذي يحدد شروط و كيفيات البيع عند مخازن المعامل و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، جريدة رسمية عدد 41، المؤرخة في 21 جوان 2006 على أنه: " كل تقنية بيع سلع مهما يكن شكلها، و التي يرمي العون الاقتصادي عن طريقها إلى جلب الزبائن و كسب وفائهم".

[2]- خديجة قندوزي : " حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2001، ص 13.

عنصر مادي: و يقصد به جملة الأدوات و الوسائل التي تتيح الإتصال بالجمهور، سواء كانت من أدوات الكتابة بجميع أنواعها، كالجرائد و المجلات و المطبوعات و الرسوم، أو المسموعة عن طريق الإذاعة و الصياح في الطرق العمومية، أو المشاهدة كالتلفزيون و الأنترنت مثلا.[1]

و عنصر معنوي: و يتمثل في التأثير على الجمهور، بغية تحفيزه على إقتناء المنتوجات، بهدف تحقيق الربح، و تحقيق الربح، هو ما يميز الإشهار التجاري عن باقي الإعلانات الأخرى،[2] كتلك التي تقوم بها الوزارات من فترة إلى أخرى في مواجهة المواطنين.

و قد أدى الإنفتاح على العالم من خلال شبكة الأنترنت و التلفزيون، سرعة إدراك بعض المحترفين لخطورة الإشهارات الكاذبة عليهم و على أعمـالهم بالدرجة الأولى، لذلك فهم يحرصون في الغالب، على إيراد إشهار مطابق لما هو موجود فعلا لديهم من سلع و خدمات، و لهذا فقد أصبحت الإشهارات في الكثير من الأحوال تمثل شكلا من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان، ذلك أنها تترجم ما سيكون عليه العقد في النهاية سواء فيما يتعلق بالثمن أو بمميزات السلع و الخدمات، أو بالشروط العامة للعقد. و حول هذه النقطة، فقد إحتدم الصراع بين الفقهاء في مدى إعتبار الإشهار شكلا من أشكال الإيجاب، و قد نتج عن هذا الصراع بروز موقفين لكل منهما رأيه، ذهب الأول إلى التشكيك في اعتبار الإشهار إيجابا كاملا، و إكتفى أنصاره بإعطاءه قيمة إرشادية فقط، على أساس أنه لا يخلو من التغرير و الذي بات أمرا مألوفا، و خلصوا في النهاية إلى أن الإشهار ليس جزء من العقد، فهو مجرد دعوة للتفاوض[3].

فيما ذهب الثاني – و هو الأصح - أن الإشهارات التي تصادفنا يوميا سواء تلك المنشورة في الصحف و المجلات بأنواعها، أو تلك التي تعرض على التلفزيون و على صفحات

---

[1]- العربي مياد: " إشكالية التراضي في عقود الإذعان "، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2001، ص 283.

[2]- موفق حماد عبد: " الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)"، منشورات زين الحقوقية، بغداد، العراق،2011، ص45.

[3]- موفق حماد عبد: المرجع نفسه، ص 50، ص51.

الأنترنت، تعد إيجابا صحيحا[1]، ما دامت هذه الإشهارات واضحة تضم أهم بنود العقد النهائي من ذكر خصائص المنتوج و ثمنه، فإذا خلى الإشهار من هذه البيانات هنا فقط ينزل لمستوى إعتباره مجرد دعوة للتفاوض[2].

2-القبول في عقود الإذعان:

تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها".

فالقبول في هذه العقود و بصراحة النص القانوني، يقتصر على مجرد الإذعان لما يقرره الموجب، و من ثم فلا خيار للقابل سوى قبول العقد برمته أو رفضه برمته.

و تعتبر طريقة حصول القبول قضاء، المعيار الذي يكيف على أساسه العقد فيما إذا كان من عقود الإذعان أو المساومة، ما أكدته محكمة النقض الإماراتية في الطعن رقم 208، المؤرخ في 22 أفريل1954، إذ قضت أنه: " متى كان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض و ذلك بعدم تقديم عطائه أصلا، أو بتضمينه الشروط التي يرتضيها و تلك التي لا يقبلها فان التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقدا من عقود الإذعان"[3].

و يعبر Ripert عن القبول في عقود الإذعان بأنه: " خضوع الإرادة ورضوخها لعقد أعد من قبل مع الإحتجاج في القلب ضد القانون الشديد المفروض عليه"[4].

ثانيا: المحل في عقود الإستهلاك

يتمثل محل عقود الإستهلاك، في السلع و الخدمات، و هذين المصطلحين غير المعروفين في اللغة القانونية الكلاسيكية، هما اليوم الأكثر استعمالا في القانون

---

[1]- عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، ص 432.

[2] - رشيد ساسان: " الطبيعة القانونية للإشهار التجاري و آثاره على إرادة المستهلك"، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك في ظل القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جامعة 20 أوت 1956، سكيكدة 2010.

[3] - محمد إبراهيم البنداري: المرجع السابق، ص81.

[4] - ترجمة لمحمد ابراهيم البنداري، المرجع نفسه، ص81.

الإقتصادي، و على وجه الخصوص قانون الإستهلاك[1]، و بالرجوع للمادة 2 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، فإن المشرع ركز في تحديد أحكام هذا القانون من حيث الموضوع على السلع و الخدمات، حيث جاء فيها: " تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للإستهلاك بمقابل أو مجانا، و على كل متدخل و في جميع مراحل عملية العرض للإستهلاك".

فما المقصود بالسلع و الخدمات فقها و قانونا؟

1- السلعة: (La marchandise)

عرف المشرع الجزائري السلعة في المادة 3 فقرة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، بأنها: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

و من خلال هذا التعريف، فإن السلعة لا تقتصر على الأشياء التي تستهلك بأول استعمال لها، كالمأكولات الغذائية، بل تشمل أيضا الأشياء ذات الإستعمال المتكرر كالملابس.

السلعة لا تقتصر كذلك على الأشياء الجديدة، بل تشمل أيضا الأشياء المستعملة.

السلعة لا تشمل الأشياء غير المادية كبراءات الإختراع و العلامات التجارية و التي لا يمكن بأي حال أن تكون موجهة للإستهلاك، لتعلقها بعالم الأعمال البحت من جهة، وللطبيعة غير المحسوسة لهذه الأشياء و التي تجعل من تطبيق آليات قانون الإستهلاك عليها غير ملائمة من جهة أخرى، بالمقابل فإن مثل هذه الأشياء و التي تمثل حقوق الملكية الفكرية سواء الأدبية منها أو الصناعية فقد نظمها المشرع الجزائري بنصوص خاصة.[2]

---

[1] - Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz : op cit, p 215.

[2] - أنظر: الأمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. الأمر رقم 06/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، الأمر رقم 03 /07 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءات الإختراع. الأمر رقم 08/03 مؤرخ في19 يوليو 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة .

و يلاحظ أن المشرع من خلال تعريفه للسلعة قد إعتمد تعريفا واسعا، يشمل المنقول و العقار معا، و يكون بذلك قد عدل عن مفهوم السلعة الذي أورده في المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش و الذي عرف السلعة من خلال المادة 2 فقرة 1 بأنها: " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية".

إلا أن ما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه إستعمل مصطلح " السلعة" La marchandise للتعبير عن المنقول و العقار معا، في حين أن السلعة لا يمكن أن تعبر إلا على المنقول، بالرغم من أنه قد أحسن التعبير باللغة الفرنسية حينما إختار مصطلح " Bien "، بمعنى مال، و هو المصطلح الأدق، ذلك أنه يشمل المنقولات و العقارات على حد السواء.

2- الخدمة: (Le service)

عرفتها المادة 3 فقرة 16 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، بقولها: " الخدمة: كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى و لو كان التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

ومنه، فإن الخدمة هي كل أداء أو عمل يمكن تقويمه نقدا، سواء كانت هذه الأداءات مادية كخدمات الإصلاح، أو فكرية، كخدمات المحامي و الطبيب و البيطري أو مالية، كالتأمين و القروض[1].

و قد إستثنى المشرع صراحة الإلتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة، كونه إلتزام تكميلي للإلتزام الأصلي المتمثل في نقل الملكية، وفقا لما هو معروف في القانون المدني[2].

و من أجل التعبير عن المحل بشكل يشمل المال و الخدمة معا، إستعمل المشرع الجزائري مصطلح المنتوج، و ذلك من خلال المادة 3 فقرة 10 و التي جاء فيها: " المنتوج: كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

[1] - محمد بودالي: " حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي" ، مرجع سابق، ص30.

[2] - محمد عماد الدين عياض: المداخلة السابقة.

و ما يمكن قوله حول هذا التعريف، أنه لم يتفادى الخطأ السابق المتعلق بإستعمال مصطلح السلعة بدلا من مصطلح مال من أجل التعبير عن المنقولات والعقارات معا، بالرغم من أن الترجمة للغة الفرنسية للمادة نفسها كانت صحيحة كذلك.

و المتصفح للقانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، يلاحظ أن مصطلح المنتوج في كثير من المواد، جاء للدلالة على السلعة بمفهومها المجرد فقط دون الخدمة و لا حتى العقار، و مثال ذلك المادة 13 منه و المتعلقة بإلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع، حيث جاء فيها: " يستفيد كل مقتن لأي **منتوج** سواء كان جهازا، أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون.
و يمتد هذا الضمان أيضا إلى **الخدمات".**

فيما أكدت نصوص أخرى، أن قانون 03/09 يحقق فعالية في مواجهة السلع فقط دون الخدمات، فقواعده غير مهيأة لتطبق على الخدمات[1]، و مثاله نص المادة 11 المتعلقة بإلزامية مطابقة المنتوجات، و المادتين 9 و 10 المتعلقتين بإلزامية أمن المنتوجات – كما عنون الفصل- ، و هو إن دل على شيء إنما يدل على الخلط الواقع لدى المشرع - في نفس القانون - من ناحية المصطلحات التي كان ينبغي ضبطها أكثر تجنبا للتأويلات و الإشكالات التي يمكن أن تثار عند تطبيق هذه الأحكام.

ثالثا: شكل عقد الإستهلاك باعتباره عقد إذعان

قصر المشرع الجزائري نطاق الحماية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فهل إشترط شكلا معينا لهذه العقود أم لا ؟

بالرجوع للمادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد أن المشرع قد استعمل عبارة " حرر مسبقا "، و التحرير يفيد الكتابة، مما يعني أن المشرع قد إشترط أن تكون عقود الإذعان مكتوبة، و بالتالي فقد أقصى عقود

[1] - الياقوت جرعود: المرجع السابق، ص 76.

الإذعان الشفوية، و هو إن كان لا يتماشى مع الواقع المعاش، إذ أن المستهلك غالبا ما يتعاقد شفاهة و يكون عرضة لشروط هي الأكثر تعسفا من قبل المهني، فإن توجهه يبقى سليما إذا ما نظرنا لاستحالة إثبات التعسف الواقع في شروط العقود الشفوية.

و الكتابة التي تطلبها المشرع ليست تلك الكتابة الرسمية المنصوص عليها في القانون المدني، و إنما كتابة بسيطة عرفية، فالمشرع لم يهتم بشكل معين لها، الأمر الذي تم تأكيده في الشطر الثاني من المادة 3 فقرة 4 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي ينص: " 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 المقررة سلفا".

و بالتالي فكل سند مكتوب، يتعاقد على إثره الطرفان و يجعلان منه العقد الذي يجمعهما، على وجه لا يمكن معه للطرف المذعن إحداث تغيير حقيقي فيه، يحمل وصف عقد الإذعان بالمعنى الذي أراده المشرع الجزائري. فإذا ما تم إبرامه بين مهني و مستهلك فهو عقد إستهلاك.

المبحث الثاني
مضمون الشروط التعسفية

بالرغم من أن تنظيم الشروط التعسفية تنظيما قانونيا ليس بالغريب عن القانون المدني الجزائري، إلا أن تسليط الضوء على موضوع الشروط التعسفية لم يأت إلا حديثا، ، بعد أن أصبح لها علاقة مباشرة بالمستهلك، نظرا لإمكانية ظهورها في العقود التي يبرمها مع المهني في إطار سد حاجياته و رغباته اليومية و المتكررة.

و قد إستحدث المشرع الجزائري نظام خاص بالشروط التعسفية من خلال أحكام القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حاول من خلاله الإسهاب في تحديد مضمون هذه الشروط، رغبة في تحقيق حماية فعالة للمستهلك، على غرار باقي التشريعات بالعالم.

و في الواقع، فإن تحديد مضمون الشروط التعسفية أمر في غاية الأهمية، لما من شأنه أن يوضح الدراسة و يرسم حدودها، عن طريق التطرق لمفهوم الشروط التعسفية (المطلب الأول) و كذا التعرف على الطريقة التي إعتمدها المشرع الجزائري للكشف عن الطابع التعسفي للشرط كأساس للدراسة، مع الإستأناس بما أورده المشرع الفرنسي و كذا التوجيه الأوروبي المتعلقين بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، في كل مرة يتطلب الأمر ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مفهوم الشروط التعسفية

يقتضي تحديد مفهوم الشروط التعسفية، التطرق لتعريفها (الفرع الأول)، و كذا تمييزها عما يشتبه بها من أنظمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
تعريف الشروط التعسفية

إكتسى تعريف الشرط التعسفي أهمية بالغة في الوسط القانوني، ما يتضح من خلال غزارة التعريفات التي أوردها الفقهاء (أولا)، و كذا عكوف أغلب التشريعات بالعالم على تعريفه، و المشرع الجزائري واحد منها، حيث فضل إيراد تعريف خاص للشرط التعسفي (ثانيا).

أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

تعددت المعايير التي اعتمد عليها الفقهاء في التعريف، فمنهم من عرفه على أنه نتاج عن التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية، و منهم من عرفه على أساس إنفراد المهني بتحريره خدمة لمصالحه، و منهم من إعتبره نتاج لتفوق المهني في كل النواحي، و منهم من فضل تعريفه بربطه بمبادئ القانون الطبيعي كالعدالة و روح الحق :

1- الشرط التعسفي ناتج عن التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية:

عرف الدكتور أحمد محمد محمد الرفاعي الشرط التعسفي بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الإقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة..."[1].

كما عرفه الدكتور السيد محمد السيد عمران بأنه: " الشرط التعسفي، هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في إستعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[2].

و ما يمكن ملاحظته على التعريفين السالفي الذكر، أنهما تأثرا بالتعريف الذي كان قد أورده المشرع الفرنسي سابقا في المادة 35 فقرة 01 من القانون رقم 23/78 لسنة 1978، و المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية[3]، و حملا معه الإنتقاد الذي

---

[1] - أحمد محمد محمد الرفاعي: " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 215.

[2] - السيد محمد السيد عمران: " حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك"، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 2003، ص49.

[3]- Art 35-1 : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées ,imposées...les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'a son versement, a la consistance de la chose ou a sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation aux non- professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif " .Article publié sur le site : www.legifrance.gouv.fr

تعرض له النص فيما يتعلق بالإعتماد على التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية كمعيار لفرض الشرط التعسفي كما سيتم توضيحه[1].

فيما عرفه الدكتور عبد المنعم موسى بأنه: " البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه و بين غير المهني و المستهلك إعتمادا من المحترف على سلطته الإقتصادية من أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق"[2].

لم يأت هذا التعريف بالجديد مقارنة بالتعريفين السابقين، إلا أن ما يؤخذ عليه أنه استخدم حرف (و) بدلا من حرف (أو)، في عبارة...بين غير المهني و المستهلك و هو ما يوحي للقارئ و كأَن هناك ثلاث أطراف في العلاقة العقدية هم: المحترف، غير المهني و المستهلك.

2- الشرط التعسفي، و إختلال توازن العقد نتيجة تحريره مسبقا:

و قد عرفه الأستاذان Jean Calais Auloy وFrank Steinmetz، كما يلي: " هو تعسفي، كل شرط حرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر قوة، مما يخلق عدم توازن واضح على حساب الطرف الأكثر ضعفا "[3].

ركز هذا التعريف على الطريقة التي يفرض بها الشرط التعسفي في العقد، و هي التحرير المسبق من قبل الطرف القوي. إضافة لأنه لم يحدد أطراف عقد الإستهلاك بدقة، حيث فضل الإشارة للمراكز التعاقدية للطرفين المتعاقدين بشكل يشمل كل الأشخاص بغض النظر عن إنتماءهم لفئة معينة، حيث اكتفى بالقول بأن يكون أحدهم في مركز ضعف و الآخر في مركز قَوة.

---

[1] - أنظر صفحة63 و ما يليها من المذكرة.

[2] - عبد المنعم موسى إبراهيم: " حماية المستهلك، دراسة مقارنة "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنـان، 2007، ص 453.

[3] - ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

" Est abusive, la clause qui prérédigée par la partie la plus puissante crée un déséquilibre significatif au détriment de la partie la plus faible ". Voir: Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz: op cit, p 185.

3- الشرط التعسفي، ناتج عن تفوق المهني في جميع النواحي:

ذهب الدكتور إسماعيل محمد المحارقي في تعريفه للشرط التعسفي إلى ما يلي: " لا بد أن تكون تلك الشروط التعسفية، و هي تكون كذلك عندما تفرض على عديم الخبرة بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الواقعي و الاقتصادي و التقني و الفني"[1].

جاء هذا التعريف بتسمية عديم الخبرة بدلا من المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد، وهو اللفظ الذي يحتمل عدة تأويلات إذ قد يقصد به المستهلك كما قد يقصد به المهني فعدم الخبرةُ تطال الطرفين، إضافة إلى أن إستخدام مثل هذا المصطلح الفضفاض يدخل المهني مجال الحماية من الشروط التعسفية ، ما لا يتفق و الغاية من التنظيم القانوني للشروط التعسفية و هي حماية المستهلك فقط. كما أنه لا يعالج أثر فرض الشرط التعسفي و هو الإخلال الظاهر بالحقوق و الإلتزامات بين أطراف العقد.

إلا أنه بالمقابل قد وسع من نطاق التفوق بين المحترف وعديم الخبرة – كما أسماهما -، إذ جعل سبب تعسفه هو إستخدامه ليس فقط لقوته الإقتصادية بل كذلك الواقعية و التقنية و الفنية.

4- الشرط التعسفي يتنافى و روح الحق و كذا العدالة:

و قد عرف الدكتور محمد إبراهيم بنداري الشرط التعسفي بقوله: " ... هو الذي يتنافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق و العدالة، و يترتب عليه اختلال توازن العقد"[2].

إعتمد هذا التعريف على روح الحق و العدالة كمعيار لتعسفية الشرط ، فمتى توافر كل من روح الحق و العدالة عند التعاقد إنتفى وجود شروط تعسفية، و العكس و ما يمكن قوله هنا أن فكرتي روح الحق و العدالة هما فكرتان أكثر معنوية و مثالية لا يفترض وجودهما حتى في عقد البيع البسيط و الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحقق فيه العدالة بطريقة كلية في العطاءات المتبادلة، فكيف إذن في عقد الإستهلاك القائم أصلا على إنعدام المساواة بين مراكز أطرافه؟

---

[1] - إسماعيل محمد المحاقري: " الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة" مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع ديسمبر 2006، ص253.

[2] - محمد إبراهيم بنداري: المرجع السابق، ص95.

ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي

بالرغم من أن مجال التعريفات هو إختصاص أصيل للفقه، إلا أن الوضع بالنسبة للشروط التعسفية مختلف، فأغلب التشريعات في العالم أوردت تعريفا لها[1] و هذا إن دل على شيء إنما يدل على الاهتمام البالغ بالظاهرة.

و سيتم التركيز في نقطتين على التعريف الذي أورده التشريع الفرنسي نظرا للدقة التي إتسم بها مما يسهل تقييم التعريف الذي أورده المشرع الجزائري، و إمكانية القيام بمحاولة ذاتية لتعريف الشرط التعسفي.

1- تعريف الشرط التعسفي في التشريع الفرنسي:

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 132 فقرة 01 من قانون 96/95 لسنة 1995 بقوله: " في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية، الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق و التزامات أطراف العقد سواء تعلقت هته الشروط بمحل العقد أو آثاره "[2].

و بصورة مبسطة فقد عرف الشرط التعسفي بأنه كل شرط ينجم عن وضعه عدم توازن واضح بين حقوق و التزامات المستهلك أو غير المهني من جهة، و المهني من جهة أخرى، والواقع أن المشرع الفرنسي قد نقل هذا التعريف عما جاء في التوجيه الأوروبي رقم

---

[1] - فقد عرف المشرع الكيبيكي الشرط التعسفي في المادة 1437 من القانون المدني بقوله: هو تعسفي، كل شرط يجحف بحقوق المستهلك أو المذعن بصورة مفرطة و غير معقولة بالنظر لما يتطلبه حسن النية، و يعد تعسفيا خصوصا الشرط الذي يبعد الإلتزامات الأساسية التي تحكم العقد في العادة، فيغير من طبيعتها. كما عرف القانون البلجيكي الخاص بالممارسات التجارية لسنة 1971 الشرط التعسفي في المادة 31 منه بقولها: الشرط التعسفي هو كل شرط تعاقدي يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق و الإلتزامات التعاقدية على حساب المستهلك. أما المشرع الألماني فقد عرف الشرط التعسفي بصفة عامة بموجب المادة 09 من قانون 1976 و التي جاء فيها: تعتبر الشروط العامة التي يضعها المشترط لاغية إذا كانت مجحفة بالشريك في العقد بصورة غير معقولة بالنظر لمقتضيات حسن النية.

أنظر، أحمد رباحي: " أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، صادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف العدد الخامس شهر جانفي2008، ص345.

[2] - ترجمة شخصية للنَص الأصلي التالي:

Art 132 – 1 : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non- professionnelles, ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non- professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat". Code de la consommation, 15eme édition, Dalloz, Paris, 2010, p208.

13/93 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، حيث عرفت المادة 3 منه الشرط التعسفي بقولها: " كل شرط في العقد لم يكن محل مساومة فردية رغم ضرورة توفر حسن النية، يعتبر تعسفيا حينما يخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد"[1].

فبإستثناء عدم إشارة المشرع الفرنسي لعبارتي " حسن النية " و " المساومة الفردية "[2] فالتعريفين متقاربين جدا، و هو أمر طبيعي بالنظر إلى الغاية من إصدار هذا التوجيه و هي التناغم في النصوص القانونية الداخلية المتعلقة بالشروط التعسفية بين الدول الأعضاء بحيث يشكل ما جاء في هذا التوجيه الحد الأدنى من الحماية الواجب توافرها للمستهلك الأوروبي و الذي تلتزم كل دول الإتحاد باعتماده[3].

و يعود سبب عدم ذكر عبارتي حسن النية و المساومة، إلى إفتراض حسن النية في التعاقد بصفة عامة، و توسيع المشرع الفرنسي لنطاق قرينة قيام التعسف في الشروط حيث مدها حتى لتلك التي خضعت لمفاوضة فردية، كما تم توضيحه آنفا[4].

2- تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري:

---

[1] - ترجمة شخصية لَلنص الأصلي التالي:

Article 3: " Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ".Voir : la directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, op cit.

[2]- شوقي بناسي: " الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، صادرة عن جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2 2009، ص 144.

[3]- و بصورة عامة، فإن أي توجيه أوروبي، يصدر لهدفين الأول هو إحداث تناغم بين النصوص الداخلية لدول الاتحاد، بحيث تلتزم هذه الأخيرة بتبني ما جاء فيه خلال مدة مضبوطة تحدد في هذه التوجيهات، مع إمكانية التشريع لاحقا لفرض حماية أنجع من تلك التي جاءت في التوجيهات، و الثاني هو تجسيد نظام السوق الواحد من الناحية الاقتصادية، و الذي يمثل أهم سبب للتوحد الأوروبي.

[4] - أنظر حول هذه النقطة ، الصفحة 28 من المذكرة.

لم يغفل المشرع الجزائري في قانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أمر تعريف الشرط التعسفي، إذ جاء النص عليه في الفقرة الخامسة من المادة 3 كما يلي: " **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 و واجبات أطراف العقد".

و الملاحظ من نص هذه المادة، أن المشرع الجزائري قد تأثر بالتعريف الوارد في القانون الفرنسي و منه في التوجيه الأوروبي. إلا أن التعريف الذي أورده جاء عاما، يصلح وضعه في أي إطار قانوني آخر غير قانون الإستهلاك، فهو لا يعكس الهدف من تقرير الحماية من الشروط التعسفية و هو المستهلك، لأنه لم يحدد أطراف العقد بدقة مثلما فعل نظيره الفرنسي، كما أن عدم التحديد هذا يعطي إنطباعا لتقرير نفس درجة الحماية للطرفين دون تفضيل ما لا يتسم و غاية نظام الشروط التعسفية في تحقيق حماية قانونية للمستهلك في مواجهة المهني. لذلك يعتبر التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون 96/95 لسنة 1995 تعريفا شاملا و واضحا، يعكس حقيقة وضع الشروط التعسفية، من حيث نوع العقود المبرمة و هي العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين، و من حيث محل الحماية و هو المستهلك، و من حيث القائم بإيراد مثل هذه الشروط و هو المهني، و من حيث أثر وجود مثل هذه الشروط و هو عدم التوازن الظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد.

و عليه يمكن القيام بمحاولة ذاتية لتعريف الشرط التعسفي، كما يلي: الشرط التعسفي، هو ذلك البند التعاقدي الصادر من المهني بصورة منفردة، في مواجهة المستهلك، والذي ينجم عن فرضه إختلالا ظاهرا بين حقوق و التزامات الطرفين لصالح المهني بشكل يجحف بمصالح المستهلك .

الفرع الثاني

تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة

يقترب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن شروط تعاقدية، و على وجه التحديد يمثل كل من الشرط غير المشروع و الشرط النموذجي أكثر المفاهيم تداخلا

مع مفهوم الشرط التعسفي، لذلك يدق التمييز بينه و بين الشرط غير المشروع من جهة (أولا)، و بينه و بين الشرط النموذجي من جهة أخرى(ثانيا) للخروج بمفهوم أكثر دقة للشرط التعسفي.

أولا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع

يقتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع تحديد مفهوم هذا الأخير أولا لإستنباط الفروقات بينه و بين الشرط التعسفي.

1- مفهوم الشرط غير المشروع (La clause illicite)

الشرط غير المشروع، هو الشرط التعاقدي المخالف لقواعد القانون الآمرة[1]، التي تكفل إحترام النظام و الآداب العامين.[2]

لذلك، فإن جزاء وجود مثل هذا الشرط هو البطلان الذي يأخذ وجهين:

إما أن يكون مطلقا و إما نسبيا، و يمثل الأول الأثر الأصلي للبطلان، ذلك أنه يبطل العقد برمته بما في ذلك الشرط غير المشروع، و لعل أبرز مثال على بطلان العقد لوجود شرط غير مشروع هو بطلان عقد الشركة بوجود الشرط الذي مفاده إتفاق الشركاء على أن لا يساهم أحدهم بالخسارة فيما يستفيد من الأرباح المحصلة، أو أن يحرم أحدهم من

---

[1]- و القواعد القانونية الآمرة، هي تسمية فقهية للدلالة على تلك النصوص التي تأمر بفعل ما أو تنهى عنه، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها مهما كانت مراكزهم القانونية، فالعلاقة بين إرادة الأفراد المخاطبين بأحكامها هي علاقة خضوع كامل، أنظر، محمد سعيد جعفور: " مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون"، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص109.

[2]- كان و لا يزال أمر تعريف النظام العام و الآداب العامة مستعصيا، و يرجع ذلك إلى أن فكرته مرنة غير محددة، فهو مفهوم مطَاط يختلف باختلاف المكان و الزمان، فما يعتبر من النظام العام و الآداب العامة في مجتمع ما، لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، و قد يخرج ما كان يعتبر منهما من دائرتهما بشكل نهائي في زمن لاحق.
و القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك التي يرمي من وراء تقريرها مصلحة عامة سياسية، اجتماعية أو اقتصادية، تعلو مصلحة الأفراد، أما الآداب العامة فهي تلك الوتيرة الأدبية التي تعارف الناس في مجتمع معين على السير بموجبها باعتبارها وليدة المعتقدات الحميدة المتأصلة فيه، و للدين أثر كبير في درجة مثاليتها اقترابا و ابتعادا لتعلقها بأمور أخلاقية بحتة.
أنظر، عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام"، المرجع السابق، ص 434، ص 435، ص436.

الأرباح فيما يساهم بالخسارة، و مثل هذا الشرط عادة ما يدرجه الشريك ذو المركز القوي في الشركة، لذلك فقد درج الفقه على تسميته بشرط الأسد (Clause léonine)، و هو ما تناولته المادة 426 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تقول: " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة و لا في الخسارة كان عقد الشركة باطلا".

و تقرير البطلان لوجود مثل هذا الشرط أمر طبيعي، باعتبار المساهمة في الأرباح و الخسائر ركن من أركان عقد الشركة.[1]

و أما الثاني- البطلان النسبي- ، فيقتصر على بطلان الشرط غير المشروع فقط دون العقد الذي يبقى قائما، ما يعرف في القواعد العامة بنظرية إنقاص العقد Réduction du contrat و التي جاء النص عليها في المادة 104 من القانون المدني الجزائري بقولها: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

وفقا للمادة فإن بطلان الشرط دون العقد هو الأصل في إعمال هذه النظرية، إلا أنه متى كان الشرط محل إعتبار في العقد، بطل العقد كله، و يجب إحترام نية المتعاقدين للكشف عما إذا كان الشرط الباطل محل إعتبار أو لا.

غير أن المشرع الجزائري، قد نصَ في كثير من الأحوال على حالات تكرس نظرية إنقاص العقد دون النظر لنية المتعاقدين، منها الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع، فقد جاء في المادة 384 من القانون المدني ما يلي: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه و أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

[1]- عمار عمورة: " الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري"، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص161.

و جاء النص على بطلان مثل هذا الشرط تقريرا للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 178 من القانون المدني التي و إن أجازت الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية عموما فإنها تبطل كل شرط ينشؤ عن غش المدين و خطئه الجسيم.

كذلك نص المادة 52 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري[1]، فيما يخص مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشياء على: " يكون باطلا كل إشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

1- الفرق بين الشرط غير المشروع و الشرط التعسفي:

يظهر الفرق بين الشرط غير المشروع و الشرط التعسفي من عدة نواحي:

أ- من الناحية الاصطلاحية:

مَيز المشرع الجزائري في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين مصطلحي غير المشروع و التعسفي، فقد عبر عن البنود أو الشروط التعسفية بالممارسات التعاقدية التعسفية (Pratiques contractuelles abusives) حينما إستخدمها كعنوان للفصل الخامس المتعلق بأحكام البنود التعسفية، فيما عرف مفهوم غير الشرعي بصورة غير مباشرة حينما عنْون الفصل الأول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية (Pratiques commerciales illicites) ، فلو كان يرمي لمفهوم واحد لما خصص لكل منهما فصلا مستقلا.

ب-من الناحية القانونية:

تحتل الإتفاقات في المجال العقدي مركزا مهما من الناحية القانونية، فهي تسمو على القواعد المكملة[2] مهما كانت أهميتها، فكل العقود مبنية على الإتفاق الذي يترجم في بنود

---

[1] - الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

[2] - و النصوص المكملة عبارة عن قواعد قانونية واصفة، يسوقها المشرع لا من قبيل الإلزام، و لكن على سبيل الإستئناس فقط بهدف مساعدة المتعاقدين على إبرام العقد في كثير من الأحوال أو بهدف تطبيقها إذا ما سهى الأطراف عن تنظيم بعض المسائل في العقد.

تعاقدية تكون صحيحة ما دامت غير مخالفة لقواعد القانون الآمرة، فمتى خالفتها فهي بنود غير مشروعة بغض النظر عن المراكز القانونية للأطراف.

أما الشروط التعسفية فإن مجالها هو عقود الإستهلاك بإعتبارها عقود عدم التوازن في المراكز القانونية، و لا يمكن أن تمتد للعقود التي تتسم بالتوازن، إذ يكمن مناط التعسف في ذلك الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات الأطراف الذي يحدثه وجود مثل هذه البنود كونها تخدم مصالح المهنيين و تتعسف في حق المستهلكين، بالرغم من أنها تبدو في الظاهر بنودا إتفاقية محظى لأَن المهني غالبا ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد و وافقت عليه إضافة إلى الإمضاء[1] و بالتالي فالشرط التعسفي، ليس الشرط الذي يخالف النصوص الآمرة كما يجسده مفهوم الشرط غير المشروع، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الإتفاقي للعقد.

ج- من ناحية تعامل القضاء:

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

و قد وضحت الفرق بين الشرطين، محكمة إستئناف Grenoble، الغرفة المدنية الأولى، في القضية بين UFC[2] بصفتها مستأنفة و Association Clevacances مستأنف عليها في قرارها الصادر في 15 جانفي2008 و الذي تمحور موضوعه حول إلغاء الشروط التعسفية و غير المشروعة جبرا للضرر العام الذي أصاب المستهلكين من عقود تأجير المنازل النموذجية الصادرة عن Association Clevacances، حيث جاء في حيثيات القرار أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكما من النظام العام، و عليه فإن البند الذي يقضي بأن مبادرة المالك (المؤجر) بالعدول عن العلاقة العقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك (المستأجر)، هو بند مخالف للقواعد العامة التي

[1] - أنظر عقد نموذجي يتضمن هذه العبارة، ملحق رقم 1.

[2] - الإتحاد الفدرالي للمستهلكين = Union Fédérale des consommateurs.

تقضي بأنه إذا عدل من قبض العربون رده و مثله وفقا للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي و المادة 114 فقرة 1 من قانون الإستهلاك، و هته الأحكام من النظام العام.

أما بالنسبة للبند الذي لا يُمكَن المستأجر من أن يحضر أشخاصا زائدين عن العدد المذكور في العقد إلى البيت، إلا بعد أخذ رأي المؤجر فقد إعتبرته المحكمة شرطا تعسفيا، ذلك أن المألوف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل إيجار المحل ككل بصرف النظر عن ما يسعه من أماكن مقارنة بعدد الأشخاص و الذي يبقى عمل الفنادق.[1]

ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي

الشرط النموذجي (la clause type)، هو ذلك البند المعد مسبقا من قبل أحد أطراف العقد لاستعمال عام و متكرر، بصورة غير قابلة للتفاوض[2]، و يشكل مجموع هذه البنود الشروط العامة للعقد، و لما كانت مفروضة فإن قبول التعاقد يبقى قبولا ظاهريا وهميا في كثير من الأحوال.

و إن كان هذا القبول الظاهري لا يطرح إشكالا متى كانت الشروط النموذجية عادية و تحقق مصالح متوازنة لطرفي العقد، فإن الأمر ليس كذلك عندما تكتسب هذه الأخيرة لونا تعسفيا، نتيجة إستغلال المتعاقد القوي و هو المهني لمركزه التعاقدي قبل المتعاقد الضعيف و هو المستهلك، و يمكن الإستشهاد ما ورد في البند 3 من الفصل 4 من عقد القرض RENAULT Crédit، و هو البند الذي تعلق بحل النزاعات، حيث عقد اختصاص النظر في كل نزاع ناشئ عن تنفيذ أو تفسير العقد الحالي لمحكمة بئر مراد رايس دون سواها، و الذي سيشكل تعسفا في الكثير من الأحوال، إذا ما نظرنا إلى جملة من الاعتبارات تتعلق بطول المسافة بالنسبة للكثير من المتعاقدين، و ما سينجم عنه من تكبد لمصاريف و تعب السفر و تضييع وقت الكثير منهم.

---

[1] - Cour d'appel de Grenoble, chambre civile 1, Audience publique du 15 Janvier 2008, N° de RG: 05/3326. Voir l'arret complet sur le site: www.l'égifrance.gouv.fr

[2] - مقال منشور في الموقع التالي: www.Unidroit.org

Par l'institut international pour l'unification du droit privé: " Principe d' Unidroit relatifs aux contrats du commerce internationale ", Rome, 2004.

و لا يتوقف البند هنا، حيث ينص على أن يتحمل المقترض المصاريف الناتجة عن الدعاوى المرفوعة من طرف القارض، إلا أن الأمر لا يتعلق بالمصاريف القضائية المألوفة و التي يتكبدها خاسر الدعوى في كل الأحوال- عدا حالة المساعدة القضائية - فالمقترض هنا يتحمل كذلك مصاريف المحامي أو المحامين الذين يوكلهم القارض في القضية، و هو البند الذي وضح بصورة أكبر بالرجوع للغة الفرنسية عنه بالعربية حيث حذفت هذه الجزئية في النص العربي و أضيفت في النص المترجم إلى اللغة الفرنسية.[1]

و التداخل بين الشرط التعسفي و الشرط النموذجي كبير و واضح، إذ يعبر الأول عن وصف للثاني، فالشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن، و هنا يكون شرط نموذجي عادي بمفهومه الإيجابي، و قد يظهر باللون التعسفي و هنا يكون شرط نموذجي تعسفي و هو مفهومه السلبي، إلا أن الشرط التعسفي يتميز عن الشرط النموذجي، كونه يصدر في مواجهة مستهلك بصدد عقود الإستهلاك إستغلالا لمركزه الضعيف، و أما الشرط النموذجي فمجاله غير محدد، لا من حيث الأشخاص و لا من حيث العقود فقد يمتد لعقود كثيرة، حتى لتلك التي يبرمها المهني حينما يتعامل مع باقي المهنيين، و لتلك العقود التي تحدد أهم بنودها بنصوص قانونية كالشروط النموذجية الملزمة في عقود الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة[2].

المطلب الثاني

تحديد الطابع التعسفي للشروط

[1]- أنظر عقد RENAULT crédit في الملحق رقم 2.

[2]- أنظر المواد 11، 12 13، 14،15، 16 من الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي1996، المتعلق بالإعتماد الإيجاري، جريدة رسمية عدد3، مؤرخة في 14 جانفي 1996.

إن الإلمام بكامل أنواع البنود التعسفية، أمر غير ممكن، فالشروط التعسفية كثيرة و متغيرة، فما يعتبر تعسفيا في عقد ما قد لا يعتبر كذلك في عقد آخر، الأمر الذي فرض ضرورة الإستناد القانوني إلى معايير تسهل من خلالها عملية الكشف عن الطابع التعسفي للشرط أو الشروط التي يظهر أنها تثقل كاهل المستهلك في العقد.

و من أجل محاولة دراسة الطابع التعسفي للشروط من وجهة نظر المشرع الجزائري، تجدر معالجة المعايير التي يتحدد من خلالها هذا الطابع كقاعدة عامة (الفرع الأول)، ثم التعرف على الإستثناء من القاعدة، و هو أسلوب إيراد قوائم بالشروط التعسفية، على إعتبار أن المشرع الجزائري قد إتبع هذا الأسلوب المباشر لتحديد الطابع التعسفي للشرط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المعايير التي يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط

إن أساس تفوق المهني على المستهلك، يكمن في العادة و بصورة أساسية في القوة الإقتصادية التي يتمتع بها المهني، لذلك جعل الفقهاء من التعسف في إستخدام هذه القوة، بشكل يؤدي إلى حصول المهني على ميزة مفرطة، معيارين لإضفاء اللون التعسفي على البند أو البنود التعاقدية.

و الواقع فإن معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و كذا الميزة المفرطة، قد نقلهما الفقهاء العرب الذين تناولوا الشروط التعسفية بالدراسة[1]عن المشرع الفرنسي، في توجهه السابق بموجب قانون 23/78 لسنة 1978 (أولا).

أما بالنسبة للمعيار الذي تبناه المشرع الجزائري فهو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات كل من المهني و المستهلك، و هو نفس المعيار الذي جاء به المشرع الفرنسي

[1]- منهم، حمد الله محمد حمد الله: " حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 59 و 60، محمد بودالي: " الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر"، المرجع السابق، ص 93 – ص 95، و كذا موفق حماد عبد: المرجع السابق، ص 250- ص 252.

بموجب القانون رقم 95/96 لسنة 1995، تكريسا لما إعتمده التوجيه الأوروبي رقم 13/93 لسنة 1993، المتعلق بالشروط التعسفية (ثانيا).

أولا:معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و كذا الميزة المفرطة لتحديد الطابع التعسفي للشروط.

يجد معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و كذا الميزة الفاحشة أساسهما القانوني من خلال ما جاء في المادة 35 من قانون 23/78 و التي تنص: " في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين، يمكن أن تكون ممنوعة، محددة أو منظمة بلوائح صادرة عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي اللجنة المنشأة بالمادة 36، تميز عند الاقتضاء وفقا لطبيعة الأموال و الخدمات المعنية، الشروط المتعلقة بالطابع المحدد أو الذي يحدد الثمن، كذلك طريقة الدفع، تسليم الشيء و حقيقته، تحمل المخاطر، زيادة المسؤولية و الضمانات، شروط التنفيذ، شروط الفسخ عندما تبدو أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال القوة الإقتصادية للطرف الآخر، مما يحقق لهذا الأخير ميزة مفرطة "[1].

---

[1] - ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

Article 35 : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ". Voir l'article sur le site : www.Légifrance.gouv.fr

إنَ الإمعان في هذه المادة يظهر وجود معيار آخر، يقوم إلى جانب معياري التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية و كذا الميزة الفاحشة، هو معيار تعلق الشرط بأحد العناصر المحددة في القانون، و الذي مفاده وجوب أن يتعلق الشرط بأحد الصور المذكورة في المادة 35 من القانون 23/78 و هي: الشرط المتعلق بالطابع المحدد أو الذي يحدد الثمن، الشروط الخاصة بدفع الثمن، الشروط المتعلقة بحقيقة الشيء و كيفية تسليمه، الشروط المتعلقة بالمسؤولية و الضمان، الشروط المتعلقة بتحمل المخاطر، و الشروط المتعلقة بفسخ العقد.

و قد اعتبرت هذه الصور مجالا إنحصر فيه إضفاء صفة التعسف على الشرط من عدمه، بمعنى أن كل شرط و لو كان التعسف بارزا فيه، عليه أن يتعلق بإحدى تلك العناصر الست بأي حال من الأحوال، و إلا لا يمكن إعتباره

1- معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية:

و يطلق عليه أيضا المعيار الشخصي[1]، و قد مثل معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، إذ يفترض أن يتمتع المهني نفسه بوضعية إقتصادية معينة حينما يتعاقد مع المستهلكين، يستغلها للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي يريد، نظرا لتمتعه بمركز قوي من الناحية الاقتصادية، الفكرة المباشرة التي تتجسد بعد قراءة المادة 35 من قانون 23/78.

و القوة الإقتصادية هي تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق و التي تخول له أن يكون ذا نفوذ و هيبة، مما يجعله معروفا في السوق، ما يترتب عنه وضعية الهيمنة، ذلك أن القوة الإقتصادية و وضعية الهيمنة وجهان لعملة واحدة[2]، الأمر الذي سيخرج طائفة كبيرة من المهنيين الذين يفرضون شروطا تعسفية على المستهلكين دون أن يمتعوا بقوة اقتصادية بالمفهوم السالف ذكره، من إطار نظام الحماية من الشروط التعسفية، ما يجعل هذا المعيار هو نفسه يحتاج إلى معيار يضبطه، فهل ننظر للقوة

تعسفيا، و بالتالي فلا مجال للمنازعة القضائية فيه من جهة، و لا مجال لتحريم، تحديد أو منع العمل ببعض الشروط من قبل الحكومة من جهة أخرى، و هو الأمر الذي كرسه مجلس الدولة الفرنسي، في قراره الصادر في 03 ديسمبر1980، والذي ألغى بموجبه المادة الأولى من المرسوم 78/ 464 الصادر في 24 مارس 1978، المتعلق بتطبيق الفصل السادس من القانون 23/87 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات، و التي جاء فيها: " في العقود المبرمة بين المهنيين من جهة، و بين المستهلكين أو غير المهنيين من جهة أخرى، يمنع بصفة التعسف وفقا للمعنى الوارد في الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني، الشرط الذي يكون محله إخضاع انضمام غير المهني أو المستهلك لمشارطات تعاقدية لا تظهر في المكتوب الذي يمضيه". لما حملته من تعدي صريح على نص المادة 35 لخروجها عن العناصر المحددة في هذه الأخيرة كأهم وجه للإلغاء.

أنظر القرار و كذا المرسوم 464/78 عبر الموقع الإلكتروني نفسه.

[1]- عامر قاسم أحمد القيسي: " الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن" ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص140.

[2]- و يمكن الإستناد لتوضيح هذا الإرتباط، للمادة 3 فقرة جـ من القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة، و التي جاء فيها: " وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة إقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة الى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها".

الإقتصادية بالنظر لمكانة المهني في السوق و التي لا يمكن تحديدها في الغالب[1]؟ أم بمقارنتها مع مكانة المستهلك ؟

و على هذا الأساس، إعتبر بعض الفقه أن معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية معيارا غامضا جدا[2]، ذلك أنه إذا كان من السهل الكشف عليه في مشروعات معروفة، فالأمر ليس كذلك في المشروعات الصغيرة التي لم تبرز بعد في السوق، و هو ما يجعل منه معيارا مرهقا للمستهلك الذي يتحمل عبء إثبات أن تعسف المهني كان بسبب إستعمال قوته الإقتصادية، كذلك فإن التركيز على هذا المعيار لوحده يهمل أو يتجاهل التفوق في الخبرة الفنية و الكفاءة التقنية، التي تمكن المهني من فرض شروط تعسفية لأن هذا الأخير متعود على إبرام العقود والصفقات، ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويعرف ما يرجى به العمل في مهنته ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تقدير حدود إمكانياته الفعلية لتنفيذ العقد، و هو الأمر الذي سيمكنه من التعاقد بالشكل الذي يناسبه.[3]

و نظرا لعدم وضوح هذا المعيار، فقد أعفى القضاء الفرنسي في أغلب القضايا، المستهلك من عبء إثباته، إذ جرى العمل القضائي على أن كشف المستهلك أو غير المهني عن الميزة الفاحشة إضافة لملابسات القضية، يؤدي إلى قيام قرينة عن وجود تعسف في إستعمال القوة الاقتصادية.

و يمكن الإستناد في هذا الشأن على ما جاء في القرار رقم 17731-84 الصادر عن محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، بتاريخ 16 جويلية1978 و الذي تلخصت وقائعه في أن السيد M .X كان قد أبرم عقد متعلق بأثاث معين مع مؤسسة HOME SALONS ، و قام بدفع عربون مقابل وصل مكتوب على وجهه بشكل واضح، تاريخ التسليم: شهرين، و على ظهر الوصل مكتوب" شروط البيع" و من بين أحكام عديدة في

---

[1]- أحمد رباحي: المرجع السابق، ص353.

[2]- أحمد محمد محمد الرفاعي: المرجع السابق، ص217، كذلك أحمد رباحي: المرجع السابق،ص 353.

[3]- الحسين بلحساني: " أساس الإلتزام بتبصير المستهلك و مظاهره "، المجلة المغربية للإقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الرابع ديسمبر 2001، ص26.

الوصل، تظهر تحت مسمى التسليم ما يلي: " تواريخ التسليم التي نجتهد من أجل احترامها، محددة على سبيل الإشارة فقط، و هو ما لا يشكل سببا للفسخ و لا مجالا لطلب التعويض إذا حدث تأخير في التسليم، - و يكمل النص-...غير أن المشتري يمكنه إلغاء طلبيته بدون الفوائد المقررة قانونا، إذا لم يتسلم السلعة في مدة 90 يوما من تاريخ إعذاره و الذي لا يمكن أن يتم إلا بعد فوات مدة التسليم المبينة على سبيل الإشارة".

و هو ما حصل، حيث سلم البائع السلعة بعد شهر و 8 أيام من تاريخ إعذاره، و قد رفض المشتري هذا التسليم بإعتباره متأخرا جدا، و لهذا السبب قام هذا الأخير برفع دعوى لإبطال العقد، رفضتها المحكمة على أساس أن الشرط الموضوع من طرف HOME SALONS، لم يكن متعسفا عندما منح المهني البائع ميزة مفرطة، كما رفضت المحكمة كذلك تدخل إتحاد المستهلكين بصفة إرادية في الدعوى.

و لهذه الأسباب، إعتبرت محكمة النقض مثل هذا الشرط يمس بأحكام المادة 35 من قانون 23/78 بشكل واضح، سواء في تعلقه بالتحكم في تسليم السلعة، أو في الميزة المفرطة التي منحت للمهني أو في إفتراض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، و هو ما جعلها تنقض و تلغي القرار الصادر في 25 سبتمبر 1984، مع إحالة الأطراف لمحكمة أخرى.[1]

2- معيار الميزة المفرطة:

إن معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية للمهني، وحصوله على ميزة مفرطة في مواجهة المستهلك، هما في الحقيقة معيارين متحدين و تربطهما علاقة سببية تامة ، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للتعسف في إستخدام القوة الإقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وهكذا فإن المعيار الثاني هو نتيجة طبيعية للمعيار الأول.

[1] - Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique du 16 Juillet 1987, n° de pourvoi: 84-17731. Voir l'arret complet sur le site: www.légifrance.gouv.fr

و تعتبر الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد عنصرا موضوعيا يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني.

و قد طرح إشكال على مستوى الفقه فيما يخص نوعية هذه المزايا، إلا أنهم خلصوا إلى أن الميزة المفرطة تشمل كل أنواع المزايا سواء كانت نقدية أو غير نقدية[1]، ذلك أن المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 35 من القانون 23/78 لم يقم بحصرها في نوع معين، و حسن فعل لأن مثل هذا الحصر سيؤدي إلى تقليص الحماية المقررة لجماعة المستهلكين أو غير المهنيين.

ثانيا: معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الإلتزامات لدى المشرع الجزائري

نصت المادة 3 فقرة 5 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على ما يلي: " 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 و واجبات أطراف العقد".

و طبقا لهذا النص فإن معيار تحقق تعسفية بند أو شرط ما في عقود الإستهلاك يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد.

و قد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 132-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 96/95 لسنة 1995، و هو المعيار نفسه الذي جاء في التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث كان لصدور هذا التوجيه، أثره البالغ على النظام القانوني الفرنسي في هذا المجال، تجلى في تخلي المشرع الفرنسي عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 23/78 لسنة 1978- التعسف

[1]- إدريس الفاخوري: " حماية المستهلك من الشروط التعسفية "، المغربية للإقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الثالث جوان2001، ص70.

في إستخدام القوة الإقتصادية و الميزة المفرطة- ، لصالح المعيار الذي جاء به التوجيه الأوروبي و هو عدم التوازن الظاهر بين حقوق و إلتزامات أطراف العقد[1].

و قد إعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أن مثل هذا التعديل لا يدخل تغييرا جوهريا و عميقا على تعريف الشروط التعسفية، و منه إلى المعايير[2]، فيما واصل جانب آخر أن معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق و الإلتزامات هو نفسه معيار الميزة المفرطة بألفاظ مختلفة[3]. و يبدو أن الرأي الثاني هو الرأي السديد، ذلك أنهما يعبران عن حقيقة واحدة و هي تحقيق مصالح المهني على حساب مصالح المستهلك.

و معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو أمثل معيار يمكن الإستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى و لو لم تكن لديهم قوة إقتصادية، كما أنه يتجنب الإنتقادات التي كانت موجهة لمعيار التعسف في إستعمالها، و التي لا يمكن الكشف عليها في كثير من الأحوال. بالإضافة لكون الإعتماد على هذا الأخير يهمل وضعيات التفوق الأخرى التي أثبتت خطورتها في الواقع العملي.

و يطرح معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات كل من المستهلك و المهني مسألة تقنية هامة، تتعلق بكيفية تقديره، و التي إكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 3 فقرة 5 نفسها بالقول أنها تتم إما بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، و تتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الإخلال ظاهرا في الحقوق و الإلتزامات العقدية بين أطراف العقد، و الذي يظهر خصوصا في تلك البنود التي جاء النص على إعتبارها تعسفية صراحة في القانون، إلا أن هذه الحالة تمثل الإستثناء، فالقاضي في غير هذه الحالات، يتمعن في البنود بأكملها للتحقق من الإخلال الظاهر، و

---

[1]- أنظر نص المادة في الصفحة 52 من المذكرة.

[2]- Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz : op cit, p 192.

[3]- شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 146.

هو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي، فيما سكت عن باقي الإعتبارات الأخرى والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط.

و قد إعتبر البعض أن مثل هذا السكوت لا ينقص من المسألة شيئا، " بإعتبار أن مثل هذه الأمور من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود"[1]، فيما ما ذهب البعض الآخر أن المشرع الجزائري في تناوله لمسألة تقدير الطابع التعسفي قد إعتمد توجها محتشما و ناقصا[2]، و هو الرأي الراجح، إذ أن القول بأن الأمر متروك للقضاء يفتح المجال لتناقض الأحكام إذا ما تم الأخذ بعين الإعتبار حداثة الظاهرة التي تحتاج في مراحلها الأولى لإهتمام قانوني أكثر جدية.

و قد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة في تقديره للطابع التعسفي للشرط، سواء من حيث وقت هذا التقدير، أو في كيفية ذلك، حيث جاء في المادة 132-1 فقرة 5 من القانون الفرنسي رقم 96/95 ما يلي: " بدون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1161، 1163 و 1164 من القانون المدني، الطابع التعسفي للشرط يقدر عند لحظة إتمام التعاقد، بالنظر لكل الظروف المحيطة بإتمامه، كذلك بكل الشروط في العقد نفسه أو تلك الموجودة في عقد آخر عندما يرتبط إتمام أو تنفيذ هذين العقدين قانونيا بعضها ببعض"[3].

---

[1] - أحمد رباحي: المرجع السابق، ص 361

[2] - شوقي بناسي: المرجع السابق، ص 148.

[3] - ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

Article 132-1 alinéa 5 : " 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 toute les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'a toute les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ".Voir : code de la consommation : op cit, p 209.

فيما واصلت المادة 132-1 فقرة 7 الصادرة بموجب الأمر رقم 741/2001[1] ما يلي: " تقدير الطابع التعسفي بمعنى الفقرة الأولى لا يتعلق لا على التعريف بمحل العقد الرئيسي، و لا على تعادل الثمن مع المال المباع أو الخدمة المقدمة"[2].

و تجد هتان الفقرتين مصدرهما في المادة 4 من التوجيه الأوروبي 13/93 [3]

و بهذا النص الصريح و الواضح فإن المشرع الفرنسي قد تبنى قواعد التقدير التالية:

بالنسبة لوقت ذلك التقدير، فإنه يكون في كل الأحوال عند لحظة إتمام التعاقد، لا لحظة تكوين العقد و لا وقت تطبيق الشرط المتنازع فيه.

و بالنسبة لكيفيته، فالطابع التعسفي يتحدد كما يلي:

بالنظر للشروط الأخرى في العقد نفسه، أو تلك الموجودة في عقد آخر مرتبط قانونيا بالأول، ذلك أنه قد يمنح بند معين ميزة للمهني على حساب المستهلك أو غير المهني فيما يعدل بند آخر المسألة بأن يمنح ميزة لهذا الأخير على حساب الأول و هو ما سيعيد التوازن العقدي.[4]

---

[1] - Ordonnance n°2001/741 du 23 Aout 2001,I bid, p 209 .

[2] - ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

Article 132-1 alinéa 7 : " 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 ".Voir : Code de la consommation : op cit, p 209 .

[3] - التي جاء فيها:

Article 4 : "1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et 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, ou d'un autre contrat dont il dépend. 2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ". Voir : Directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, op cit.

[4] - شوقي بناسي: المرجع السابق، ص 145.

بالنظر لكل الظروف التي أحاطت بتنفيذ العقد، فالبند الذي لم يكن لوضعه أي مجال للمناقشة مثلا سيكون أمر إعطاءه الطابع التعسفي أسهل من البند الذي كان محل مناقشة بين أطراف العقد.

بأن لا يقع التقدير لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد و لا على تعادل الثمن مع المال المبيع أو الخدمة المقدمة، و هو ما إعتبره الفقه الفرنسي إعادة تأكيد على إستبعاد فكرة الغبن التي يرفضها القانون الفرنسي أصلا.[1]

الفرع الثاني

القوائم، أسلوب مباشر لتحديد الطابع التعسفي للشرط

إعتمد المشرع الجزائري في تحديده للشروط التعسفية على أسلوب إعداد قوائم تضم جملة من أهم الشروط التعسفية التي تحوز هذه الصفة بقوة القانون.

و لعل أهم ميزة لهذا الأسلوب تتعلق بعدم الحاجة **لإثبات** اللون التعسفي للبند الذي يبقى مفترضا في إطار ما ذكر من شروط في هذه القوائم، أما خارجها، فالبينة على من إدعى وفقا للقواعد العامة، إذ يقع على المستهلك عبء إثبات أن الشرط المتنازع فيه ورد بشكل تعسفي.

و يجب تحديد محتوى هذه القوائم بالضبط (أولا)، من أجل إمكانية تصنيف الشروط التعسفية الواردة فيها (ثانيا).

أولا: محتوى قوائم الشروط التعسفية

أحدث المشرع الجزائري قائمتين بالشروط التعسفية، حدد الأولى بموجب القانون رقم 02/04 و أورد الثانية في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

[1]- Taib Aurélie: " la modification unilatérale des contrats de communication électronique ", Master 2, Université de Versailles Saint Quentin, France, 2007, p 22.

1- القائمة الواردة في القانون رقم 02/04:

تم النص على جملة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تحت إطار الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية التعسفية، و التي جاء فيها ما يلي: " تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

2- فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

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

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

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

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ الخدمة،

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

و ما يمكن أن يوجه للمشرع، أنه قصر مجال الحماية من هذه الشروط التعسفية على عقود البيع فقط، الأمر الذي يتضح في بداية المادة نفسها، التي تحدد أطراف العلاقة التعاقدية في البائع و المستهلك.

كما يلاحظ أن هذه القائمة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، و هو ما يستشف من عبارة " لا سيما " الواردة في المادة 29، إضافة إلى أن المادة 30 من القانون نفسه قد فوضت أمر تحديد شروط تعسفية أخرى للتنظيم[1]، حيث جاء فيها: " بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

2- القائمة الواردة في التنظيم:

بعد انتظار سنتين على صدور قانون 02/04 الذي يحدد بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، بهدف تطبيق أحكام المادة 30 من القانون رقم 02/04، حيث جاء في الفصل الثاني تحت عنوان " البنود التي تعتبر تعسفية " مادة وحيدة هي المادة 5 نصت على:

" تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،
- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الإحتفاظ 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 قام بفسخه،

[1] - قادة شهيدة: " المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2007، ص 272.

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

و قد جاءت هذه القائمة كذلك على سبيل المثال، و هو أمر طبيعي ذلك أن البنود التعسفية لا يمكن حصرها فهي تتنوع بتنوع العقود، كما قد تتغير في العقد الواحد تبعا لظروف التعاقد و غايات المهني في الزمان و المكان.

و بالنسبة للعناصر الأساسية للعقود التي من شأن التقليص منها، إعتبار الشرط أو الشروط تعسفية، كما جاء في الفقرة 1 من المادة 5 السالف ذكرها، فقد أحالت هذه الأخيرة للمادتين الثانية و الثالثة لتحديد تلك العناصر. حيث جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 306/06 ما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي و المستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و أمن و مطابقة السلع و/أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع".

فيما نصت المادة 3 على: " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه، أساسا بما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها،
- الأسعار و التعريفات،
- كيفيات الدفع،
- شروط التسليم و آجاله،

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

ثانيا: تحديد أصناف الشروط التعسفية

إن محاولة تقسيم ما جاء من شروط تعسفية في القوائم، يسفر عن وجود عائلتين من البنود التي إعتبرها المشرع الجزائري كذلك، هما:

البنود التعسفية المرتبطة بتنفيذ الإلتزامات الأساسية للطرفين و البنود المتعلقة بعدم تنفيذ العقد و المنازعة في زواله.

1- البنود التعسفية المرتبطة بتنفيذ الإلتزامات الأساسية للطرفين:

بانعقاد العقد صحيحا، تتولد إلتزامات أساسية معروفة بالنسبة لكل العقود في القانون المدني على عاتق طرفيه، تتفرد الإرادة التعاقدية المشتركة غالبا في تحديدها بقدر من المساواة، باعتبار أن هذه الإرادة تجد مجالها الواسع في المجـال التعاقدي، فمعظم مواد القانون المدني فيما يتعلق بالعقود هي مواد مكملة لا إرغام فيها في وجود الإتفاق الذي يعلو عليها ما دام مشروعا، إلا أن الأمر في العقود التي يبرمها المهني مع المستهلك، مختلف، فمن أجل حماية المستهلك من تعسفات المهني التعاقدية، عمد المشرع الجزائري لتحديد الإلتزامات التعاقدية للمهني بنصوص قانونية صريحة، تضعف الإرادة العقدية، بل تزول غالبا بوجودها، و بالرغم من ذلك فالمهني غالبا ما يتحايل على هذه النصوص بما يخدم مصالحه مستغلا في ذلك عدم خبرة المستهلك في كثير من الأحوال الفنية و التقنية و القانونية للتملص من إلتزاماته بإعفاء نفسه منها، إما بإلقائها على عاتق المستهلك أو بالتشديد الإنفرادي في الأعباء المفروضة قانونا على المستهلك أهمها تشديد إلتزام هذا الأخير بدفع الثمن.

و إن كان مثل هذا التحايل مقبولا في ما يسمح به القانون، فالأمر ليس كذلك في تلك الإلتزامات التي تشدد المشرع الجزائري في فرضها من خلال تنظيمها تنظيما دقيقا، و هنا تكمن خطورة تحايل المهني حولها.

و السؤال المطروح، هل إيراد شروط تعسفية ممكن في كل الإلتزامات؟ أم هناك إلتزامات تتعلق بالنظام العام، لا مجال للحديث عن مثل هذه الشروط فيها؟

و لمناقشة هذا الإشكال، سيتم التطرق لأهم الشروط التعسفية المتعلقة بأهم الإلتزامات القانونية المفروضة، على النحو التالي:

أ/ الشروط التعسفية المتعلقة بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة:

الإلتزام بالتسليم يقوم على شقين هامين، يتعلق الأول بآجال التسليم و كيفياته، و يرتبط الثاني بمحل هذا الإلتزام، و هما الشقين الذين تدور حولهما الشروط التعسفية كذلك.

أ$_1$/ الشروط التعسفية المرتبطة بآجال التسليم و كيفياته:

كثيرا ما يتحايل المهني في هذا الإلتزام بخصوص آجال التسليم[1] و كيفياته. و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتبر هذه المسألة من النظام العام، و قد غلب الإتفاقات إن وجدت على ما ورد في النصوص القانونية[2]، إلا أنه بالمقابل تفطن بعد ذلك لخطورة مثل هذا النص في العقود التي يبرمها المهني قبل المستهلك، و التي لا مجال للإتفاق فيها، فالمهني هو المتفق الوحيد في العقد، و هو ما سيعطيه مجالا واسعا في تحديد كيفيات التسليم و آجاله على النحو الذي يلائمه، و عليه فقد إعتبر المشرع التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة شرطا تعسفيا، بنص المادة 29 فقرة 7 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. إلا أن الملاحظة التي توجه

[1] - تناول القانون المدني الإلتزام بالتسليم في المواد من 364 إلى 370 منه، و هذه المواد لا تخص عقد البيع وحده، فمعظم العقود في القانون المدني تحيل عليها كما جاء مثلا في المادة 478 من قانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل و المتمم للقانون المدني، و الإلتزام بالتسليم هو وضع الشيء محل العقد تحت تصرف الدائن به.

[2] - أنظر المواد 281، بالنسبة لزمان التسليم، المادة 282 بالنسبة لمكان التسليم، و المادة 283 بالنسبة لنفقات التسليم من القانون المدني.

لهذه الفقرة، أنها ذكرت تنفيذ الخدمة، فيما تعلق نص المادة 29 بتلك البنود التعسفية في عقد بيع الإستهلاك فقط، فهل هذا معناه أن الخدمة ترد عليها البيوع؟

و إجابة على هذا التساؤل، لم يتردد بعض الفقه من ترويج فكرة بيع الخدمات نظرا لأهمية قطاع الخدمات حاليا، و رغبة في تحقيق نفس الحماية المقررة في مجال بيع السلع للمستفيدين من هذه الخدمات[1]، فيما إعتبر البعض الآخر أن إستخدام مصطلح بيع الخدمات جائز لكن ليس على أساس توفير الحماية، إنما بسبب وجود خدمات ترتبط بشكل كامل أو جزئي مع السلع وقت البيع[2]، إلا أن هذا التوجه يبقى نسبيا، فهو إن كان ممكنا في حالات الإرتباط، فهو غير كذلك في الخدمات البحتة كخدمات المحامين مثلا.

و حماية المستهلك في مجال آداء الخدمات اليوم ليست بحاجة لإستعارة أحكام بيع السلع، على إعتبار أن المشرع الجزائري قد أقر نفس الحماية للمستفيدين من الخدمات كما السلع، مما يعني أن إيراد عبارة – تنفيذ خدمة- وردت سهوا من قبل المشرع في نص المادة 29، خصوصا و أن الخدمات يقابلها الأجر أو الأتعاب و ليس الثمن كما هو الحال في عقد البيع محل هذه المادة.

و نظرا لإمكانية تلاعب المهني بآجال و كيفيات التسليم، لم يكتف المشرع بما ورد في المادة 29، بل إعتبر البند المتعلق بشروط التسليم و آجاله، عنصرا أساسيا في العقود كافة دون تخصيص و فقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 306/06، و بالتالي فمن شأن تقليصه إضفاء الطابع التعسفي على الشرط المقلص، تطبيقا لما ورد في المادة 5 فقرة 1 من نفس المرسوم.

---

[1] - أنظر حول هذا، محمد بودالي: " الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، مكتبة الرشاد للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص6، ص 7.

[2]- Gerard Tocquer, Michel Longlo : " Le marqueting des services", Dunod, Paris,1992, p 21, p 22.

أ$_2$/ الشروط التعسفية المرتبطة بالتسليم المطابق للمنتوج:

لطالما عرفت العلاقات التعاقدية في ظل القانون المدني ضرورة التسليم المطابق لما أقدم الدائن به على التعاقد عليه، فالمعروف أن المدين بالتسليم، و ليكن البائع، يلتزم بتقديم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، و بالمقدار المحدد في العقد[1]،على مسؤوليته فيما نقص منه، فإذا ثبت أن النقص يؤثر في خيار المشتري بحيث لو علمه وقت التعاقد لما أبرم العقد، جاز له فسخ العقد مع إمكانية التعويض. كما أكدت المادة 353 من القانون المدني على موضوع المطابقة فيما يخص البيع بالعينة، حيث يلتزم البائع بتقديم مبيع مطابق لها.

إلا أنه إذا كان من الممكن التحقق من مطابقة المحل في ظل القواعد العامة، و بالتالي تطبيق قواعد المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بالإلتزام بالتسليم، أو اللجوء لأحكام ضمان العيب الخفي على إعتبار أن المشرع قد سوى بينه و بين تغيب الصفة المتعاقد عليها من حيث الأحكام[2]، فالعقود التي يبرمها المهني مع المستهلك، اليوم تتعلق في الغالب بمنتوجات غاية في التعقيد تخضع في مجملها للطلبيات من أجل الوفاء بها، و هو ما جعل المهني يستغل الفرصة، ليضمن العقود شروطا تسمح له بإمكانية تغيير صفات المنتوج عما ورد في العينة، أو شرط عدم لزوم مطابقة المنتوج للعينة[3]، دون أن يكون للمستهلك أدنى دراية بالموضوع حينما يمضي العقد. و يعتمد المهني في تضمينه لمثل هذا الشرط كي يبدو متناسقا مع البنود الأخرى، على عدم التطرق نهائيا للبنود المحددة لخصوصيات المنتوج عند التعاقد. و لم يغفل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، مثل هذا الأمر، فبالرجوع للمادة 3 منه، نلاحظ أنها إعتبرت بند خصوصيات المنتوج عنصرا أساسيا في العقد من شأن تقليصه إضفاء الطابع التعسفي على الشرط المقلص، و هو ما سيؤدي بطريق غير مباشر إلى التخلص من شرط عدم

---

[1] - أنظر: المادة 364 من القانون المدني الجزائري.

[2] - أنظر: المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

[3] - الياقوت جرعود: " عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 92.

لزوم المطابقة الذي يضعه المهني في العقد، مما سيشكل حماية كافية للمستهلك من مثل هذا التلاعب من قبل المهني. هذا بغض النظر عن النص الصريح في المادة نفسها حول بند المطابقة نفسه كعنصر أساسي هو الآخر.

و المطابقة و فقا لقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، لم تعد تقتصر على ما يتفق عليه المتعاقدان في العقد، بل أصبحت مطابقة للمقاييس، ترتبط إرتباطا وثيقا بالجودة، إذ يجب أن يطابق المنتوج المواصفات القانونية و التنظيمية تحقيقا للهدف الأساسي منها و هو وجوب تلبية المنتوج للرغبات المشروعة[1] للمستهلك أي مشروعية الرغبة في الإستهلاك، و التي يجب أن تبقى فقط منطقية، و في حدود ما يسمح به القانون و السير العادي و الطبيعي لكيفيات الإستهلاك، بالرجوع في تحديدها إلى مستهلك متوسط كأصل عام[2].

و لم يغفل أمر تعريف المطابقة على المشرع ، حيث نصت المادة 3 فقرة 18 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، على: " المطابقة: إستجابة كل منتوج موضوع للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، و للمتطلبات الصحية و البيئية و السلامة و الأمن الخاصة به".

و هو تعريف أكد المشرع من خلاله، توسيع نطاق المطابقة التي يجب أن تتحقق ليس فقط في إطار العقد الذي يربط المهني بالمستهلك بطريق مباشر بل يتعدى ذلك إلى وجوب تحقيقها عبر جملة مراحل وضع المنتوج للإستهلاك منذ إنتاجه إلى غاية عرضه على المستهلك تحت الرقابة القبلية لعرضه للإستهلاك من قبل الأعوان المعهود لهم إجراؤها قانونا، و التي و بالرغم من فعاليتها لا تعفي المتدخل من إلزامية التحري شخصيا حول حقيقة مطابقة المنتوج للمواصفات الجاري بها العمل.[3]

---

[1] - أنظر: المادة 11 من قانون حماية المستهلك 03/09.

[2] - لمزيد من التوسع، أنظر: محمد بودالي: " حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي"، المرجع السابق، ص283، ص 284.

[3] - أنظر: المادة 12 من قانون حماية المستهلك رقم 03/09.

و لأهمية المطابقة عند التسليم فقد، إعتبر المشرع الجزائري كل من يخدع المستهلك، أو يحاول ذلك، حول كمية المنتوجات المسلمة و كذا تسليم منتوجات غير مطابقة، معاقب بجنحة الغش في بيع السلع و التدليس في المواد الغذائية و الطبية و فقا للمادة 429 من قانون العقوبات، و التي تحيل إليها المادة 68 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و هو ما سيحقق بلا شك ردعا كافيا للمهني من وضع شروط تعسفية متعلقة بهذا الإلتزام بطريقة غير مباشرة.

ب/ الشروط التعسفية المتعلقة بالإلتزام بالضمان:

يعتبر الإلتزام بالضمان، أهم إلتزام يقوم به المهني، لتعلقه بصفة مباشرة بمصالح المستهلك و بإرضاء رغباته المنشودة من المنتوج، و إن كان الأمر اليوم يتعدى هذه الغاية، إذ يقع على المهني بالإضافة لضمان سلامة المنتوج من العيوب، ضمان أمنه عند الإستعمال، فقد أدى التطور الصناعي و التكنولوجي و كثرة الإنتاج و تشعب العلاقات في العمليات الإستهلاكية، إلى ظهور منتوجات تحمل صفة الخطورة، سواء بطبيعتها أو لأنها خرجت مشوبة بهذا العيب من المصانع و وصلت للمستهلك بإفلاتها من الرقابة.

و قد كان من نتائج ذلك، وجود عدد متزايد من الضحايا بسبب إستعمال هذه المنتوجات، فالموضوع يتعلق بجسد الإنسان و لا يخفى على أحد قدسية مثل هذا الأمر، الذي جعل المشرع الجزائري- على غرار باقي التشريعات- يتشدد في تنظيم الإلتزام بالضمان، كونه إلتزاما يتعلق بالسلامة الجسدية. و بالرغم من ذلك، فكثيرا ما يتحايل المهني لفرض بنود أكثر منها تعسفية أحيانا، إذا ما قورنت بالنتائج المترتبة عنها، يقوم من خلالها بإنقاص مسؤوليته أو إعفاء نفسه منها، إذ يضمن العقد بندا يقضي بإعفاءه الكلي أو الجزئي من الضمان، أو بتقليص الآجال الممنوحة للمستهلك للمطالبة به وفقا للقواعد العامة.

و كتفصيل لما سلف ذكره، تجدر مناقشة مجال الشروط التعسفية المتعلقة بالإلتزام بالضمان تبعا لنوعين من إلتزام المهني حوله هما: الإلتزام بضمان العيوب، و الإلتزام بضمان أمن المنتوج.

ب$_1$/ الإلتزام بضمان العيوب و الشروط التعسفية:

العيب هو" آفة تصيب الشيء المبيع، فتنقص من قيمته الاقتصادية"[1]، و الآفة هي " كل ما تخلو منها الفطرة السليمة للشيء"[2].

و البائع وفقا للقواعد العامة ملزم بضمان العيب، و لو لم يكن عالما به وقت التعاقد،[3] بمجرد تحقق شروطه[4].

إلا أن المسألة تبقى إتفاقية، حيث نصت المادة 384 من القانون المدني الجزائري على إمكان تعديل أحكام الضمان من العيوب الخفية زيادة أو نقصانا، و هو ما سيترك المجال واسع أمام المهني للإفلات من مسؤوليته و تحقيق هذا الإلتزام بالطريقة التي تحلو له و تخدم مصالحه و الذي سينعكس في صورة بنود تعسفية.

و أمام هذا الوضع، كان لا بد للمشرع الجزائري التدخل بنصوص صارمة بخصوص الضمان، حيث نص في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أحكام لضمان قانوني لا مجال للإنتقاص منه، حيث جاء في المادة 13 من الفصل الرابع " إلزامية الضمان و الخدمة ما بعد البيع" ما يلي: " يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون.
و يمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات.
يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته.
يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية.
يعتبر **باطلا** كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة..."

---

[1] - خليل أحمد حسن قدادة: " الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع "، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2005، ص 173.

[2] - عمر محمد عبد الباقي: " الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 529.

[3] - أنظر المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

[4] - و شروط العيب الموجب للضمان هي: أن يكون خفيا، مؤثرا، قديما، أن لا يكون المشتري على علم به وقت التسليم.

و بطلان الشرط المخالف للضمان القانوني، هو الحكم الذي سبق و أن أورده المشرع الجزائري في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات[1] بقولها: " يبطل كل شرط عدم الضمان و يبطل مفعوله.
و المراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من إلتزامات المحترف القانونية أو يستبعدها".

فبموجب هذين النصين، أصبح الإلتزام بضمان العيوب إلتزاما قانونيا، يتعلق بالنظام العام، يترتب على الإنتقاص منه أو إلغاؤه عن طريق المشارطات التي يضعها المهني بهدف الحد منه، بطلان هذه الأخيرة، الأمر الذي يعتبر غطاء تشريعيا لكل شرط يأتي مناقضا لأحكام المادة بغض النظر عن تعسفيته، فحتى لو إفترضنا التوازن في العقد، فالشرط المخالف للأحكام السالف ذكرها، باطل في كل الأحوال.

إلا أن إعتبار المشرع أن الإلتزام القانوني بالضمان من النظام العام، لا يلغي الضمانات الإتفاقية و التي تبقى ممكنة و مشروعة ما دامت لا تنتقص من الضمان القانوني بإعتباره الحد الأدنى للضمان في كل الأحوال.

و أمام هذا التشدد في تنظيم هذا الإلتزام، يتبادر إلى الذهن مدى إمكانية العثور على شروط تعسفية متعلقة به؟

عمليا يثبت الضمان في وثيقة يمنحها المهني للمستهلك تسمى: شهادة الضمان. و قد تحدث المشرع عن هذه الشهادة، في المادة 14 و كذا المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، إضافة لما ورد في القرار التطبيقي لهذا المرسوم[2]، و الذي وضع نموذجا عن شهادة الضمان، حَدد فيه أهم البيانات التي يجب على المهني أن يذكرها، كذلك مدد الضمان القانوني الخاصة بأهم المنتوجات، إلا أنه و في غياب جزاء على مخالفة هذا النموذج، فقد وجدت هذه الشهادات اليوم المجال

[1] - المرسوم التنفيذي رقم 266/90، مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، جريدة رسمية عدد 40، مؤرخة في 19 سبتمبر 1990.

[2] - قرار يتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90، مؤرخ في 10 مايو 1994، جريدة رسمية عدد 35، مؤرخة في 05 جوان 1994.

الخصب للبنود التعسفية و حتى غير المشروعة[1] - باعتبار المادتين 13 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش 03/09 و 10 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات السالف ذكرهما و اللتين إعتبرتا أن كل شرط مخالف لأحكامهما باطل- و التي يجهل المستهلك حقيقة وضعيتها.

و من أمثلة الشروط التعسفية، أن يورد المهني بندا يجعل من خلاله الضمان يسري من يوم البيع لا من يوم التسليم، و من أمثلة البنود غير المشروعة، البنود التي تقصر الضمان على التصليح فقط دون إستبدال المنتوج أو إرجاع ثمنه إذا ما إقتضى الأمر ذلك، و البنود التي تدمج بين الخدمة ما بعد البيع و إلتزام المهني بالضمان، و ما ينجر عن ذلك من تحمل المستهلك مصاريف اليد العاملة و كذا بعض الأعباء الإضافية، بالرغم من أنها تقع على عاتق المهني في إطار ضمان العيوب، على عكس الخدمة ما بعد البيع، حيث تقع مصاريفها على عاتق المستهلك.

و خلاصة القول، أنه و من أجل تحقيق فعالية للنصوص القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية حول الإلتزام بضمان العيوب، يجب بسط رقابة على هذه الشهادات من قبل الأعوان المختصين على مستوى الأجهزة المختصة في الولايات، بصفة أساسية الأعوان المتواجدين على مستوى المديريات الولائية للتجارة، لأن المستهلك لا يعرف مركزه التعاقدي قبل المهني و بالتالي سكوته في أغلب الأحوال عن المطالبة بحقه، فغير المشروع يبدو له مشروعا نتيجة عدم وعيه القانوني خاصة إضافة للثقة التي يضعها في المهني في كثير من الأحوال.

ب$_2$/ الإلتزام بضمان السلامة و الشروط التعسفية:

لم يكتف المشرع، على غرار باقي التشريعات الأخرى بالإلتزام التقليدي المتعلق بضمان العيوب الخفية من أجل حماية المستهلك، بل فرض إلتزاما آخرا في مواجهة المهني يتعلق بإلزامية أمن المنتوجات، و الذي نظمه في المادتين 9 و 10 من قانون 03/09 المتعلق

[1] - أنظر الملحق رقم3 المتضمن شهادة ضمان تحتوي على بند لا يعفي المستهلك من الأعباء الإضافية في إطار ضمان المنتج، و هو بند غير مشروع.

بحماية المستهلك، إضافة لما ورد في المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات.

و الإلتزام بضمان السلامة، لا يجد مجاله في ما يتعلق بالمنتجات و السلع فقط، بل يتعدى ذلك إلى الخدمات، الأمر الذي أغفله المشرع الجزائري، فبقراءة النصوص القانونية المتعلقة بإلزامية أمن المنتوج، و خاصة المادة 10 من قانون حماية المستهلك 03/09، نجدها تركز على كيفية إحترام إلزامية الأمن بالنسبة للمنتجات دون الخدمات، فبالرغم من أن المشرع إستعمل عبارة منتوج و الذي يشمل النوعين معا، إلا أنه قد قصد المنتجات دون الخدمات، و يتضح هذا القصد في إستخدامه لمصطلح (Les produits) ، في ترجمته للمادة باللغة الفرنسية.

و قد نص المشرع في المادة 19 من نفس القانون، التي جاءت تحت إطار الفصل السادس المعنون بـ: " المصالح المادية و المعنوية للمستهلكين"، على وجوب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصالحه المادية و المعنوية، مما يمكن التأسيس عليه في مجال إلزامية ضمان أمن الخدمات كذلك.

و في مجال الخدمات، فالإلتزام بضمان السلامة أقدم نشأة، و لعل أألف مثال: إلتزام الناقل بأن يوصل المسافر سالما معافا للمكان المحدد في عقد النقل، و إلتزام الجراح بضمان سلامة المريض في العقد الطبي.

أما في مجال السلع و المنتجات، فقد فرض المشرع إلتزاما عاما بالسلامة، يقع على عاتق كل محترف يضع المنتج حيز التداول[1] بما في ذلك الإلتزام بالسلامة العقدي و الذي يقوم بين المهني و المستهلك مباشرة – ما يهم في هذا الإطار -، بعدما تزايد عدد ضحايا إستعمال المنتجات ذات التركيبة المعقدة، و التي فرضها التطور العلمي والتكنولوجي، اذ أصبحت صفة الخطورة صفة ملازمة للمنتجات الحديثة، سواء تعلق الأمر بمنتجات خطرة بطبيعتها، بالنظر لما يدخل في تركيبتها من مكونات بالرغم من أنها تمثل حقيقة النسب

[1] - محمد حاج بن علي: " مسؤولية المحترف عن أضرار و مخاطر تطور منتجاته المعيبة"، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، صادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الثاني2009، ص 42.

الطبيعية المتعارف عليها و المطابقة للمواصفات[1]، أو بمنتجات خطرة بسبب وجود عيب شاب هذه التركيبة عند تصنيعها[2] و هي أشد خطورة من الثانية نظرا لإشتداد إحتمال الإصابة من جراء إستعمالها.

و عليه فالإلتزام بضمان السلامة، يتعلق بحماية جسد الإنسان الذي يعتبر من أسمى الحقوق التي أكدت عليها دساتير العالم و قوانينها الداخلية، و كذا مواثيق حقوق الإنسان[3]، و الذي يفرض على المهني، أن يتوقع الحادث الذي يمكن أن يصيب سلامة المستهلك من جراء إستعمال المنتج، ليس فقط بتحذير هذا الأخير منه، بل بأن يمنع حدوثه من الأصل أو على الأقل تجنب آثاره[4]، عن طريق إلتزام القواعد المنصوص عليها في المادة 10 من قانون حماية المستهلك رقم 03/09.

و بالرجوع للشروط التعسفية المتعلقة بهذا الإلتزام، فإنه لا محل لإعتبارها كذلك نظرا لتعلق ضمان الأمن بالسلامة الجسدية و هو أمر غير قابل للتلاعب فيه بحكم الطبيعة البشرية، و حتى إن وجد شرط يتعلق بالحد من هذا الالتزام فهو شرط باطل و غير مشروع، و هذا البطلان تقرره صراحة المادة 10[5] من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، على إعتبار أن المادة 3 من نفس المرسوم نصت صراحة على إلتزام المهني بضمان سلامة المنتوج من العيوب الخفية من جهة و من الخطورة التي ينطوي عليها من جهة أخرى، و بالتالي فالبطلان الوارد في المادة 10 يشمل النوعين من الضمان، و هو الجزاء الذي أغفله قانون حماية المستهلك رقم 03/09.

---

[1] - و إن كان هذا المعنى يخلط بين الإلتزام بالمطابقة و الإلتزام بضمان السلامة، إلا أن الإلتزامين مختلفان، فالمنتج المطابق للمواصفات لا يعني بالضرورة أن يكون آمنا على المستهلك.

[2] - لمزيد من التوسع، أنظر: نبيل شلبي: " إلتزامات المهني إتجاه المستهلك"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2008، ص102- ص 104.

[3] - جميلة عزيزي: " حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003،ص22.

[4] - عبد القادر محمد أقصاصي: " الإلتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة"، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، مصر، 2008، ص140.

[5] - أنظر نص المادة، في الصفحة 81 من المذكرة.

و لما كان ضمان أمن المنتجات هو التزام متعلق بالنظام العام، فإن إيراد المشرع لإعتبار كل تقليص يرد عليه شرط تعسفي كونه من البنود الأساسية بموجب ما جاء في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، هو أمر ليس في محله، لأن الأحرى هو إعتباره شرط غير مشروع و بالتالي باطل.[1]

ج/ الشروط التعسفية المتعلقة بإلتزام المستهلك بدفع الثمن:

الثمن هو الإلتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المستهلك بإعتباره المقابل الذي يحصل عليه المهني من أجل تقديم المنتوج.

و دفع الثمن هو أكثر ما يهم في العقد بالنسبة للمهني، و هو أمر مقبول بالنظر لطبيعة نشاط المهني التجاري في الغالب و الذي يهدف دائما لتحقيق الربح و المضاربة، لذا فقد بات تحكم هذا الأخير بالبند المتعلق بالثمن أمرا مفروغا منه. وصور هذا التحكم كثيرة و متنوعة، فقد يفرض سعرا جد عال[2] إذا ما قورن بالآداء المقابل، أو قد يجعل الثمن مفتوحا يتحدد يوم التسليم النهائي[3] مع علمه أنه خلال تلك الفترة سترتفع الأسعار، أو أن يتحكم بكيفيات الدفع بإرادته المنفردة بشكل يهدد العلاقة التعاقدية بصورة مستمرة، و قد يطالب المستهلك بالتسديد دفعة واحدة في حين أن المنتوج المراد الوفاء به يتأخر هو في تنفيذه وبالقدر الذي يشاء.

و رغبة من المشرع في الحد من هذه التجاوزات أمام مبدأ حرية الأسعار، فقد جعل كل ما يتعلق بالثمن عنصرا أساسيا يجب تحديده في العقد، وأن كل تقليص منه يمكن المستهلك من المطالبة بتعسفية الشرط.

---

[1] - أنظر، ملحق رقم 4، يتضمن شهادة ضمان تحتوي بند غير مشروع، يخرج إصابة الشخص في جسمه أو في ماله من نطاق الضمان إذا حدث عطب في الجهاز، و الذي يظهر بشكل أوضح في الترجمة باللغة الفرنسية.

[2] - محمد السيد عمران: المرجع السابق، ص 175

[3] - موفق حماد عبد: المرجع السابق، ص 255.

2- البنود التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ العقد و المنازعة في زواله:

إن تنفيذ العقد بما ينشأ عنه من إلتزامات أمر ملزم للطرفين، و لو لزم ذلك اللجوء إلى القضاء لإجبار المدين على الوفاء عينا، و عند الإستحالة فيجب عليه التعويض عن إخلاله بتنفيذ التزامه، كما يمكن للدائن المطالبة بالفسخ أو الفسخ مع التعويض متى كان ذلك ممكنا، إلا أن المهني، و نظرا لصرامة القواعد العامة في هذا المجال، فكثيرا ما يحاول وقاية نفسه من مثل هذا الطريق الجبري عن طريق فرض بنود تعسفية، أهمها:

أ/ الشرط الجزائي التعسفي:

يأتي الشرط الجزائي في سياق تنفيذ الإلتزام، فهو يمثل طريق من طريقي التنفيذ و هو التنفيذ بمقابل عند إستحالة التنفيذ العيني[1] كطريق أصلي.

فالتنفيذ غايته الأصلية و التعويض غايته البديلة، و على هذا فالشرط الجزائي مناطه التعويض.

و التعويض هو جزاء لقيام المسؤولية العقدية، و يعد الشرط الجزائي نوع من أنواع تقدير التعويض، و يعرف على أنه ذلك الإتفاق المسبق على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في الحالة التي يخل بها المدين بالإلتزام[2]، فهو يعرف بالتعويض الإتفاقي.

و إن كان الأصل أن يقدر بإتفاق الأطراف، فإن الأمر في عقود الإستهلاك مختلف، فالمهني عادة ما ينفرد بتحديده، و لا يتوقف الأمر عند التحديد الإنفرادي الذي يبقى عاديا إذا وقع بصورة معقولة، بل يتعدى ذلك بأن يقدر المهني مبلغ التعويض بصورة مفرطة لا تتناسب البتة مع ما أخل به المستهلك من إلتزام، بالإضافة إلى أن التحديد يسري في مواجهة هذا الأخير فقط، فالشرط الجزائي الذي يورده المهني في العقد لا يسري في الحالة التي يخل بها هو نفسه بإلتزاماته، و قد جاء النص على هذه الصورة في الفقرة 9 من المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية

---

[1]- جواد محمود أحمد محرز: " الشرط الجزائي بين الفقه و القانون "، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2009، ص132.

[2]- أنظر: محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص80 و السيد عبد الوهاب عرفة: " المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية و التعويض عنها"، مجلد 1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص135.

للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، حيث أقرت صراحة بتعسفية هذه الشروط.

ب/ الشروط التعسفية المرتبطة بالمسؤولية و فسخ العقد:

تقوم مسؤولية المدين العقدية عند إخلاله بتنفيذ التزامه، و يكون ملزما بالتعويض جبرا للضرر الذي حصل للدائن جراء هذا الإخلال، و يبقى العقد قائما ما لم يكن الجزء غير المنفذ على درجة من الأهمية مقارنة مع ما تم تنفيذه، فإذا كان كذلك، جاز للدائن المطالبة بحقه في الفسخ بالإضافة لحقه في التعويض.

و إن كان الأصل أن المسؤولية العقدية تنتفي بتحقق السبب الأجنبي، الذي يعدم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، فإن الإستثناء هو بقاؤها قائمة في حالة الإتفاق على تشديد قواعد المسؤولية على عاتق المدين بها، على أساس أن قواعد المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، يجوز مخالفة أحكامها بإتفاق الطرفين معا[1]، فإذا ما وقع مخالفة أحكامها بصورة منفردة، و تم تحديدها من جانب واحد وقع التعسف، و أُعتبر البند في هذه الحالة بندا تعسفيا، الأمر الذي يحدث بين المهني و المستهلك، الذي غالبا ما يضع بنودا في العقد تعفيه من المسؤولية إذا ما أخل بإلتزاماته العقدية. و قد ذكر المشرع الجزائري في المادة الخامسة من المرسوم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، صورتين للشرط التعسفي في مجال قواعد المسؤولية العقدية، تتعلق الأولى بالبند الذي لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بعد دفع تعويض، بالرغم من أنه في هذه الحالة ينفسخ العقد بقوة القانون متى أثبت المدين إستحالة التنفيذ[2]، و لا يتحمل المدين – المستهلك- من جراء الإنفساخ أية مسؤولية عقدية[3].

---

[1]- أنظر المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

[2]- أنظر: المادة 307 من القانون المدني المتعلقة باستحالة الوفاء و المادة 121 من القانون المدني المتعلقة بالإنفساخ و كذا المادة 176 من القانون المدني المتعلقة بانتفاء المسؤولية العقدية إذا أثبت المدين السبب الأجنبي..

[3]- أحمد سليم نصرة: " الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري"، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 164.

و ترتبط الثانية بالبند الذي يتخلى بموجبه المهني عن مسؤوليته بصفة منفردة نتيجة إخلاله بتنفيذ إلتزاماته سواء كان عدم تنفيذ كلي أو جزئي.

و فيما يتعلق بفسخ العقد، فمن آثاره إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها العقد، فإن كان العقد بيعا، يسترجع المشتري الثمن و يسترجع البائع الشيء المبيع، إلا أن المهني في مثل هذه الحالة، ينص في العقد على إحتفاظه بالمبالغ التي دفعها المستهلك بالرغم من أن الفسخ كان نتيجة عدم تنفيذه هو للعقد، و متى نص العقد على مثل هذا البند أُعتبر تعسفيا، و نفس الوصف ينطبق على الشرط الذي يحرم من خلاله المهني المستهلك من المطالبة بالتعويض إذا ما قام الأول بفسخ العقد بإرادته المنفردة.

ج/ الشروط التعسفية المرتبطة بطرق تسوية النزاعات:

تعتبر البنود المتعلقة بكيفيات تسوية النزاعات في العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين من أهم البنود، و قد إتجه إلى هذا المشرع الجزائري في المادة 3 من المرسوم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، حينما إعتبر شروط تسوية النزاعات عنصرا أساسيا يجب أن يشتمل عليه العقد، و لما كان المهني شديد التفوق في كل النواحي مقارنة بالمستهلك و منها الناحية القانونية، فهو يعلم أن القضاء ليس الوسيلة الوحيدة المتاحة للمستهلك لإستيفاء حقوقه، بالرغم من أنها الأساسية، إذ يمكن للمستهلك أن يلجأ للمديريات الولائية للتجارة مرفقا بما يثبت إدعاءه. لذلك نجد المهني و بالإضافة للبنود السالف ذكرها، يضمن العقد بندا يقضي بعدم لجوء المستهلك لأي وسيلة طعن ضده إذا حدث و أن حصل خلاف بينه و بين هذا الأخير، و قد تفطن المشرع لهذا البند و اعتبره شرطا تعسفيا وفقا للفقرة 6 من المادة 5 من نفس المرسوم.

خلاصة الفصل الأول:

إن عقود الإستهلاك هي المجال الخصب للشروط التعسفية، و قد سميت كذلك لوجود المستهلك طرفا فيها، و قد إعتبرها المشرع الجزائري عقود إذعان حقيقية، بصراحة النص، بما من شأنه تسهيل إستنباط تكوينها بالرجوع للقواعد العامة.

و يشكل الإذعان كطريقة لإبرام عقد الإستهلاك معيارا آخر يقوم عليه تحديد مفهوم عقود الإستهلاك إضافة لمعيار الأطراف.

و لم يشترط المشرع شكلا معينا لهذه العقود، فقد تكون فاتورات أو تذاكر أو شهادات ضمان، أو عقودا نموذجية، على أن تكون محررة مسبقا و من جانب المهني وحده، و هذا هو روح الإذعان، مما يعني إخراج عقود الإستهلاك الشفوية من دائرة الحماية، وعدم الإعتداد بالشروط التعسفية التي يدعي المستهلك أنه قد وقع فيها.

و قد لعب المشرع الجزائري دورا معتبرا في تحديد معالم الشروط التعسفية بالرغم مما يمكن توجيهه من إنتقادات، حيث عمد إلى تعريفها بعدما كان الأصل أن يترك تعريف الظواهر القانونية إلى الفقه، كما فضل سلك طريقين لتحديد الطابع التعسفي للشرط، الأول هو تحديد اللون التعسفي للبند التعاقدي من خلال معيار عام، مثَل القاعدة العامة، هو معيار الإخلال الظاهر بالحقوق و الإلتزامات لصالح المهني و الذي إقتبسه عن المشرع الفرنسي و كذا التوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية. أما الثاني فهو الإستثناء من القاعدة، و يتمثل في إستخدام أسلوب قوائم بالشروط التعسفية، وردت هذه القوائم على سبيل المثال لا الحصر، تتضمن أنواعا لأهم الشروط التي تعتبر تعسفية بحكم القانون، ظهرت في قائمتين الأولى في قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و الثانية بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، و يغني وجود هذه القوائم المستهلك من عبئ إثبات اللون التعسفي للشرط في حدود ما جاء فيها، أما خارجها فالبينة على من إدعى، وفقا للقواعد العامة.

هذا و تتميز الشروط التعسفية عن الشروط الغير مشروعة في النظام القانوني الجزائري، فيما قد تأخذ صورة من صور الشروط النموذجية إذا ما ظهرت بلون تعسفي في عقد نموذجي على أن يوجه للمستهلك.

الفصل الثاني

آليات مواجهة الشروط التعسفية

جاء المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 03/09 الذي يتعلق بحماية المستهلك، و كذا القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و نصه التطبيقي في مجال الشروط التعسفية رقم 306/06، بجملة من الوسائل و الأجهزة التي رأى أن لها القدرة على مواجهة الشروط التعسفية، كما عمد إلى تجريم فعل تضمين عقود الإستهلاك شرطا أو شروطا تعسفيا، إذ سما هذا الفعل المجرم من خلال قانون رقم 02/04 بجريمة الممارسات التعاقدية التعسفية، و كان من الطبيعي أن يقرر لها جزاء يتناسب و هذا التكييف و هو الجزاء ذو الطابع الجزائي، مما يعني الإحالة المباشرة للقواعد العامة فيما يتعلق بالجزاءات ذات الطابع المدني، وفقا لما يبغيه المستهلك، بعد سكوت المشرع عن تحديده في قانون رقم 02/04.

و تقتضي دراسة آليات مواجهة الشروط التعسفية في القانون الجزائري بهدف محاولة تقييم مدى توفير الحماية اللازمة للمستهلك، التطرق لجملة هذه الآليات التي أحدثها المشرع عبر جملة النصوص القانونية السالف ذكرها بما في ذلك ما جاء في القواعد العامة.

و عليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين إثنين كالآتي:

- **المبحث الأول:** وسائل و أجهزة حماية المستهلك من الشروط التعسفية
- **المبحث الثاني:** الجزاءات المرصودة لمقاومة الشروط التعسفية.

المبحث الأول

وسائل و أجهزة حماية المستهلك من الشروط التعسفية

جاء المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ثريا بجملة من الآليات القانونية المباشرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تتعلق الأولى بالتحديد الصريح لأهم الشروط التعسفية و كذا العناصر الأساسية في العقود من خلال المواد 3،2 و 5 منه، ما عُرف على مستوى الفقه بالأسلوب التنظيمي لمواجهة الشروط التعسفية و هو أسلوب كانت فرنسا سباقة إليه، و تجسدت الآلية الثانية في شكل إلتزامات على عاتق المهني- العون الاقتصادي- أوردتها المادة 4 من نفس المرسوم، و ترتبط الآلية الثالثة بمولود جديد لم يعرفه القانون الجزائري حتى تاريخ صدور المرسوم التنفيذي رقم 306/06 هو لجنة الشروط التعسفية.

و إن كان المرسوم التنفيذي رقم 306/06، قد أقر حماية المستهلك من الشروط التعسفية من جهتين جهة المهني نفسه من خلال الإلتزامات المفروضة عليه، و جهة الإدارة أي الدولة، من خلال لجنة الشروط التعسفية بوصفها جهازا إداريا، فإنه لا يمكن إغفال جهازا آخرا خارج إطار هذا المرسوم، إلا أنه لا يقل أهمية عن الوسائل و الأجهزة السالف ذكرها، ذلك أنه يكفل للمستهلك حماية نفسه بنفسه و هو جمعيات حماية المستهلك.

و على إعتبار أن الأسلوب التنظيمي قد تم تناوله في الفصل الأول، في إطار الحديث عن القوائم كطريق إستثنائي لتحديد الطابع التعسفي للشرط أو الشروط التعاقدية[1]، سيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى باقي الوسائل و الأجهزة الأخرى، عن طريق معالجة كيفية مواجهة الشروط التعسفية من خلال الإلتزامات المفروضة على المهني (المطلب الأول) و كذا التعرف بشيء من التفصيل على أجهزة حماية المستهلك من الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

[1]- أنظر صفحة69 و ما يليها من المذكرة.

المطلب الأول

مواجهة الشروط التعسفية من خلال الإلتزامات المفروضة على المهني

فرض المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و كذا القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جملة من الإلتزامات على عاتق المهني، ضمانا للشفافية و النزاهة الإقتصادية بصفة عامة، إلا أنه و في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية أكد على إلتزامين إثنين، جاء النص عليهما في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية كما يلي: " يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد و إبرامه".

من خلال هذه المادة يتضح أن هذين الالتزامين هما: الإلتزام بالإعلام (الفرع الأول) و الإلتزام بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و إبرامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإلتزام بالإعلام

(L'obligation de l'information)

إن الإلتزام بالإعلام بهذا التعبير الجديد المعروف في القواعد الخاصة بحماية المستهلك، و الذي يهدف من خلاله إلى تجسيد الشفافية في المعاملات التجارية، ليس وليد هذه القواعد، فهو إلتزام معروف في النظرية العامة للعقود بصورتين: صورة سلبية، حيث إعتبر المشرع الجزائري تدليسا السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة من شأنها تغيير وجهة نظر المدلس عليه و إحجامه عن التعاقد إذا علمها على حقيقتها[1]، و صورة إيجابية كرستها المادة 352 من القانون المدني الجزائري بما يعرف بالعلم الكافي بالمبيع كإلتزام يقع على عاتق البائع قبل المشتري.

[1]- أنظر المادة 86 من القانون المدني الجزائري.

و إن كان المشرع الجزائري لم يغفل عنه أمر تنظيم الإلتزام بالإعلام في عقود القانون المدني – و لو بصورة سطحية- التي تتسم بالمساواة بين المتعاقدين، فإنه من الطبيعي أن يتطرق لتنظيم أكثر دقة لهذا الإلتزام في عقود الإستهلاك التي لا تتسم أصلا بهذه المساواة.

و من خلال ما سبق فإن تحديد مضمون هذا الإلتزام في القواعد الخاصة يقتضي التطرق لمفهومه (أولا) ثم معالجه دوره في تنوير إرادة المستهلك (ثانيا) وتطبيقاته التي تكرس هذا التنظيم الخاص(ثالثا).

أولا: مفهوم الإلتزام بالإعلام

الإلتزام بالإعلام، هو إلتزام قانوني يقع على عاتق المهني، يتمثل في الإدلاء بكل المعلومات التي من شأنها تنوير إرادة المستهلك عن طريق إحاطته بكل ما يتعلق بالمنتوج و بشروط التعاقد[1].

والواقع أن الإلتزام بالإعلام، الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد، لا يقتصر دائما على مجرد الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و بالمنتوج، إذ قد يتعدى ذلك إلى واجب التحذير أو النصيحة، بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يستعمل هذين المصطلحين للتعبير عن الإلتزام بالإعلام، وهذان الإلتزامان ليسا إلتزامين مستقلين عن الإلتزام بالإعلام، بل هما صورتين مكملتين له، تجسدان صورته المتشددة، فواجب التحذير يقع على بائع الأشياء الخطرة التي تستلزم عناية خاصة عند إستعمالها، أما الإلتزام بالنصيحة فهو إلتزام يقدمه مؤدوا الخدمات في الغالب، لإرتباط الخدمة بمسائل فنية و تقنية غير ملموسة، كما يقع على بائعي السلع تقديمه إذا تطلب الأمر ذلك.

و مهما تكن صور الإلتزام بالإعلام فهو يبقى إلتزاما ببذل عناية لا تحقيق نتيجة[2]، فالمهني لا يضمن تحقق إستيعاب المستهلك لما جاء في الإعلام، فقدرة الإستيعاب مسألة

---

[1]- عبد الحق ماني: " حق المستهلك في الإعلام"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، منشورة عبر الموقع الإلكتروني التالي:
www.univ-biskra.dz/fac/droit/graduation/.../maniabdelhak.pdf

[2]- محمد بودالي: " الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات"، مرجع سابق، ص29.

ذاتية تختلف من شخص إلى آخر، بالمقابل فالمهني ملزم بإتباع ما جاء النص عليه قانونا حول تجسيد الإلتزام بالإعلام، و يسأل هنا مساءلة كلية إذا ثبت تقصيره في ذلك.

ثانيا: دور الإلتزام بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك

يلعب الإلتزام بالإعلام دورا هاما في تنوير إرادة المستهلك في المرحلة قبل التعاقدية، فالمستهلك العالم بحدود العرض سيصبح قادرا على إقتناء المنتوجات التي هو بحاجة إليها فعلا و التي تتناسب مع رغباته المشروعة[1].

كما أن المستهلك العالم بحدود العقد الذي سيقدم على إبرامه، سيجد نفسه قادرا على الدفاع عن مصالحه بنفسه، فإلتزام المهني بإعلام المستهلك حول مغانم العقد و مغارمه، لا يضمن فقط الشفافية الإقتصادية، بل يضمن كذلك تماسك العقود وإستقرار المعاملات، إذ يجسد مبدأ حسن النية في شكل إلتزام قانوني مفروض على المهني في المرحلة السابقة على التعاقد من خلال تطبيقاته الواسعة. إلا أن هذا القول ليس معناه خلق جو من التفاوض بين المهني و المستهلك، ذلك أن عقود الإستهلاك هي عقود إذعان، و الإلتزام بالإعلام لا يغير من هذه الطبيعة، بل يساعد فقط في تكوين قناعة الطرف المذعن و إتخاذ قرار سليم برفض العقد برمته أو قبوله برمته، إلا أنه قد يشكل سببا قويا لمحاربة الشروط التعسفية، إذا أدى إحجام المستهلكين عن التعاقد بسبب وجود بنود تعسفية في العقود إلى تهديد مصالح المهني الذي يضطر إلى تعديل عقوده النموذجية الإنفرادية، خصوصا إذا ما أدت الأجهزة المخول لها توعية المستهلك و إعلامه دورا فعالا في تنوير و تثقيف جماعة المستهلكين.

ثالثا: تطبيقات الإلتزام بالإعلام

إذا كان الإعلام الذي جاءت به المادة 4 من المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[2]، هو إعلام متصل بوثيقة العقد لتعلقه بشروطه، فإن المادة 3 من نفس

---

[1]- Guyon Yves: " Droit des affaires, Droit commercial general et Societés", Tome 1,12eme édition, Delta, France, 2003, p 988.

[2] - أنظر نص المادة في الصفحة 94 من المذكرة.

المرسوم في إطار سرد العناصر الأساسية للعقود جاءت بأهم عنصرين فيها، يتعلق الأول بخصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها و يرتبط الثاني بالأسعار و التعريفات[1]، و إن كان هذان العنصرين يعبران عن بنود تعاقدية مكتوبة في كل الأحوال على إعتبار أن عقود الإستهلاك هي عقود مكتوبة، فإن المشرع قد شَدد من إلتزامات المهني بخصوصهما حيث فرض عليه إلتزاما بالإعلام حولهما خارج وثيقة العقد في مرحلة العرض في السوق، كمرحلة سابقة على التعاقد، إضافة لمعاودة إعلام المستهلك بهما في إطار وثيقة العقد كغيرهم من البنود الأخرى، من أجل حماية المستهلك من تعسف المهنيين و تلاعبهم بشأن هذين العنصرين و إمكانية بسط الرقابة المطلوبة عليهما تجسيدا للشفافية الإقتصادية.

و عليه، فتطبيقات الإلتزام بالإعلام هي:

- الإلتزام بالإعلام عن خصوصيات السلع و الخدمات .
- الإلتزام بإعلام الأسعار و التعريفات.
- الإلتزام بالإعلام حول شروط العقد.

و قد عبر البعض عن هذه التطبيقات بالإلتزام الخاص بالإعلام.[2]

1- الإلتزام بالإعلام حول خصوصيات السلع و الخدمات:

أكد المشرع الجزائري على إلتزام المهني بإعلام المستهلك حول خصوصيات السلع و الخدمات في المادة 17 فقرة 01 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و التي جاء فيها: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

و من خلال هذه المادة، يتضح أن إعلام المستهلك بخصائص المنتوج و خصوصياته هو حق مكفول له قانونا، بغية تمكينه من معرفة المنتوج بشكل يعطيه القدرة على

[1] - أنظر نص المادة في الصفحة 73 من المذكرة

[2]- Rabih Chendeb: op cit, p178.

الإختيار المطابق لرغباته المشروعة، فيبرم العقد و هو قانع بما وقع إختياره عليه، و هذا الحق يقابله إلتزام المهني بإعلامه بذلك بأية وسيلة كانت، فالمشرع الجزائري لم يشترط أن يتم الإعلام بوسيلة محددة، حيث ترك الحرية للمهني في إختيارها ما دامت تلبي الغرض المقصود منها، إلا أنه في المقابل نص على أهم وسيلة مكرسة عمليا يتحقق من خلالها إعلام المستهلك بخصائص المنتوج، عبر جملة من النصوص القانونية، عرفت هذه الوسيلة بالوسم، لذلك سيتم التطرق لمفهوم الوسم و قواعده.

أ- مفهوم الوسم (l'étiquetage)

عرف المشرع الجزائري الوسم و حدد له صورا عديدة.

أ$_1$/ تعريف الوسم:

عرف المشرع الجزائري الوسم في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، بأنه: " جميع العلامات و البيانات و عناوين المصنع أو التجارة و الصور و الشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتوج ما و التي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بهما".

كما عرفه في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها[1] كما يلي: " **وسم:** كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة، الذي يرفق بالمنتوج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع".

و وفقا للمادتين، فالوسم يأخذ شكلين: فقد يظهر الوسم على غلاف السلع مباشرة مهما كان نوع هذا الغلاف، بلاستيكيا كغلاف العجائن، أو في شكل عبوة كحليب الأطفال أو في قنينة كقارورات المياه المعدنية، في صورة بيانات مكتوبة، أو في صورة رسوم و أشكال. و قد يأتي الوسم في وثيقة أخرى ترافق المنتوج، كوثائق التعريف بالخدمات الفندقية المتوفرة في فندق معين، و إن كانت قواعد الوسم غير مهيأة لتطبيقها على الخدمات.

[1] - المرسوم التنفيذي رقم 484/05 مؤرخ في 22 ديسمبر 2005 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها، جريدة رسمية عدد 83 مؤرخة في 25 ديسمبر 2005.

أ$_2$/ صور الوسم في القانون الجزائري:

أحدث المشرع الجزائري ترسانة قانونية تتعلق بكيفية وسم أهم المنتوجات[1] سيتم التعرض لإثنين منها على سبيل المثال:

أ$_2$-$_1$/وسم السلع الغذائية:

نظمت أحكام الوسم في مجال السلع الغذائية من خلال المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها[2]، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 484/05، و قد عرف هذا المرسوم في المادة 3 منه السلع الغذائية كما يلي: " مادة غذائية: كل مادة معالجة جزئيا أو في شكلها الخام، معدة لتغذية الإنسان و تشمل المشروبات و علك المضغ و كذا جميع المواد المستعملة في صناعة المادة الغذائية أو تحضيرها أو معالجتها باستثناء مستحضرات التجميل أو التبغ أو المواد المستخدمة في شكل أدوية فقط".

و قد نص المشرع من خلال المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 484/05 على جملة البيانات التي يتضمنها وسم السلع الغذائية، و هي:

- " تسمية المبيع،
- الكمية الصافية للمواد المعبأة مسبقا،

---

[1] - أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 90/ 366، المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 50 ،مؤرخة في 21 نوفمبر 1990. المرسوم التنفيذي رقم 97/ 429، المؤرخ في 11 نوفمبر 1997، المتعلق بالمواصفات التقنية المطبقة على المنتوجات النسيجية، جريدة رسمية عدد 75، مؤرخة في 12 نوفمبر 1997. المرسوم التنفيذي رقم 97/ 494، المؤرخ في 21 ديسمبر 1997، المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن إستعمال اللعب، جريدة رسمية عدد 85، مؤرخة في 24 ديسمبر 1997. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 4 جويلية 2003، المتضمن المواصفات التقنية والقواعد المطبقة على الإسمنت، جريدة رسمية عدد 40، مؤرخة في 2 جويلية 2003. القرار الوزاري المؤرخ في 26 جوان 2000 المحدد للحد الأدنى المطلوب لمستويات الفعالية للمزلقات الكاملة وكذلك كيفيات وشروط عرضها للإستهلاك، جريدة رسمية عدد 54، مؤرخة في 30 أوت 2000. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 أفريل 2001 يتعلق بمواصفات الإطارات المطاطية لعجلات العربات ومقطوراتها وكيفيات وضعها للإستهلاك، جريدة رسمية رقم 26 المؤرخة في 9 ماي2001 .

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 367/90، مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها، جريدة رسمية عدد 50، مؤرخة في 21 نوفمبر 1990.

- إسم الشركة أو عنوانها أو العلامة المسجلة و عنوان المنتج أو الموضب أو الموزع و المستورد، إذا كانت المادة مستوردة،
- البلد الأصلي و/أو بلد المنشأ،
- تحديد حصة الصنع،
- طريقة الإستعمال و إحتياطات الإستعمال في حالة ما إذا كان إغفاله لا يسمح بإستعمال مناسب للمادة الغذائية،
- تاريخ الصنع أو التوضيب و تاريخ الصلاحية الدنيا أو في حالة المواد الغذائية سريعة التلف مكروبيولوجيا، التاريخ الأقصى للإستهلاك،
- قائمة المكونات،
- الشروط الخاصة بالحفظ،
- بيان " نسبة حجم الكحول المكتسب" للمشروبات التي تحتوي على أكثر من 1.2% من الكحول حسب الحجم،
- إذا إقتضى الحال بيان" معالجة بالأشعة الأيونية أو معالجة بواسطة الأيونات" أو رمز الإشعاع العالمي بقرب إسم الغذاء مباشرة".

و هذه البيانات تبقى إلزامية إلا أنه يجوز الإعفاء من ذكر أحدها أو بعضها بقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك و قمع الغش، كما يجوز الإعفاء من ذكر أحدها أو بعضها إذا إقتضت طبيعة المادة الغذائية ذلك كالإعفاء من بيان تحديد مكونات الفواكه و الخضر الطازجة التي لم تقشر أو تقطع أو تخضع لمعالجة.[1]

[1]- أنظر: المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم المواد الغذائية و عرضها.

أ-2-2/ وسم مواد التجميل و التنظيف البدني:

عولجت أحكام وسم مواد التجميل و التنظيف البدني عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 37/97 الذي يحدد شروط و كيفيات صناعة مواد التجميل و التنظيف البدني و توضيبها و إستيرادها و تسويقها في السوق الوطنية.[1]

و يقصد بمواد التجميل و التنظيف البدني و فقا للمادة 2 من نفس المرسوم: "

...كل مستحضر أو مادة، بإستثناء الدواء، معد للإستعمال في مختلف الأجزاء السطحية لجسم الإنسان، مثل البشرة و الشعر، و الأظافر، و الشفاه، و الأجفان و الأسنان و الأغشية، بهدف تنظيفها أو المحافظة على سلامتها، أو تعديل هيئتها، أو تعطيرها أو تصحيح رائحتها".

و عن البيانات الإلزامية التي يجب أن يشتمل عليها الوسم، ليكون قانونيا فقد حددتها المادة 10 من نفس المرسوم كما يلي:

- " تسمية المنتوج، مصحوبة على نحو مباشر بتعيينه، ما لم تتضمنه التسمية نفسها،
- الإسم أو العنوان التجاري و العنوان أو المقر الإجتماعي للمنتج، أو الموضب أو المستورد، و كذا بيان البلد المصدِر إذا كانت هذه المواد مستوردة،
- الكمية الإسمية وقت التوضيب، معبرا عنها بوحدة قياس قانونية ملائمة،
- تاريخ إنتهاء مدة الصلاحية و الظروف الخاصة بالحفظ و/أو الخزن،
- تاريخ صنع المنتوج أو المرجع الذي يسمح بالتعرف على ذلك،
- في حالة ذكر عنصر مكون يدخل في التسمية التجارية للمنتوج، يجب ذكر النسبة المستعملة منه،
- التركيب و الشروط الخاصة بالإستعمال، و مخاطر الإستعمال كما يحددهما القانون".

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 37/97، مؤرخ في 14 جانفي 1997، يحدد شروط و كيفيات صناعة مواد التجميل و التنظيف البدني و توضيبها و إستيرادها و تسويقها في السوق الوطنية، جريدة رسمية عدد 4، مؤرخة في 15 جانفي 1997.

ب/ قواعد الوسم:

إذا كان لكل مادة أو سلعة بيانات وسم تتلاءم مع طبيعتها، فإنها بالمقابل تشترك جميعها في قاعدتين أساسيتين، جاء النص عليهما في المادة 18 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بقولها: " يجب أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الإستخدام و دليل الإستعمال و شروط ضمان المنتوج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، و على سبيل الإضافة، يمكن إستعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، و بطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها".

و من خلال هذا النص يتضح أن هاتين القاعدتان هما:

وجوب تحرير الوسم باللغة العربية، تأكيدا لما جاء النص عليه بموجب القانون رقم 05/91 الذي يتضمن تعميم إستعمال اللغة العربية في شتى مناحي الحياة[1]، بإعتبارها اللغة الرسمية للدولة الجزائرية و مقوم من مقومات الشخصية الوطنية، و فقا للمبادئ الدستورية. إضافة لكونها اللغة المتداولة بين المواطنين.

و يمكن إستعمال لغات أخرى مألوفة بين الناس بحيث يسهل إدراكها على سبيل الإضافة.

أن يتسم الوسم بالوضوح، بأن يأتي بصورة مرئية و متعذر محوها، و هو ما تفتقده أغلب السلع و المواد في السوق الجزائرية، حيث تشتمل على وسم صغير جدا في الحجم يصعب تمييز ما جاء فيه أحيانا، كما يأتي في أحيانا أخرى ممحوا نسبيا أو غائبا تماما أو ينقصه بيان إلزامي كتاريخ الصلاحية مثلا.

2/ الإلتزام بإعلام الأسعار و التعريفات:

[1]- قانون رقم 05/91 مؤرخ في 16جانفي 1991، المتضمن تعميم إستعمال اللغة العربية، جريدة رسمية، عدد 03، مؤرخة في 16 جانفي 1991.

(L’information sur les prix et tarifs)

إن أهم العناصر الأساسية التي يركز عليها المستهلك عند رغبته في شراء سلعة أو الحصول على خدمة هو الثمن الذي سوف يدفعه مقابل حصوله عليها، و عليه فإن السعر بند أساسي في أي عقد إستهلاك، لذلك فرض المشرع الجزائري على جماعة المهنيين إلتزاما بإعلام الأسعار و التعريفات من خلال المادة 4 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و التي تنص: " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع".

و الملاحظ من خلال هذا النص أنه جاء بإلتزام عام للإعلام عن الأسعار و التعريفات، يشمل كل أنواع التعاملات في السوق، سواء في تلك التي تكون بين المهنيين أو في تعامل هؤلاء مع المستهلكين - و إن كان النوع الأول منه يخرج عن مجال الدراسة-، و هو ما ينسجم و هدف المشرع من تحقيق الشفافية في السوق إضافة لحماية المستهلك.

و للإلتزام بإعلام الأسعار و التعريفات ضوابطه الخاصة كما له وسائل معينة، كرسها قانون 02/04 نفسه.

أ/ ضوابط إعلام الأسعار و التعريفات:

بهدف قيام المهني بالتزامه بإعلام الأسعار و التعريفات على أكمل وجه، يقع عليه إحترام ما يلي:

- يجب أن يعبر المبلغ المعلن عنه في إطار الإعلام بالأسعار و التعريفات عن قيمة ما سيدفعه المستهلك فعلا عند التعاقد، و فقا لما نصت عليه المادة 6 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها: " يجب أن توافق الأسعار أو التعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة". و فرض مثل هذا التطابق في السعر يؤدي إلى إقصاء مسبق لكل شرط تعسفي يتعلق بزيادة الثمن أو التحكم فيه بشكل يخالف ما جاء التصريح به في المرحلة السابق على التعاقد.

- يجب إعلان كل السلع المعروضة للبيع، بشكل يمكن المستهلك من معرفة السعر وحده دون الحاجة إلى سؤال صاحب المحل إذا كان داخله و دون الحاجة إلى الدخول إلى المحل إذا كان معروضا خارجه.

- يجب أن يتم الإعلام عن الأسعار و التعريفات بالدينار الجزائري، على أساس أنه العملة الوطنية المألوفة عند المستهلكين.

- يجب أن يكون السعر المعلن عنه مرئيا و مقروءا، لا يدعو إلى الشك في إنتسابه للسلعة التي يتعلق بها، و هو ما جاء في المادة 5 فقرة 2 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها: " يجب أن تبين الأسعار و التعريفات بصفة مرئية و مقروءة "، و يفهم من هذه الفقرة أن المشرع أكد بطريق غير مباشر عن إستبعاد كل إعلام شفوي للأسعار و التعريفات.

ب/ وسائل الإعلام عن الأسعار و التعريفات:

هناك وسائل عامة و وسائل خاصة.

ب$_1$/الوسائل العامة للإعلام عن الأسعار و التعريفات:

تنص المادة 5 فقرة 1 من قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على: "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري قد ترك الحرية للمهني في إختياره للوسيلة الملائمة لإعلام الأسعار و التعريفات، ما دامت تحقق النتيجة المرجوة منها، إلا أنه بالمقابل قد نص على ثلاث وسائل هي:

العلامات: (Le marquages)

يوحي مصطلح العلامات إلى كل إشارة للسعر يضعها المهني كتابة بيده سواء تمت الكتابة على كارتون أو ورقة عادية أو ملصقات.

الوسم: (L'étiquetage)

تتعلق قواعد الوسم في الأساس بطبيعة المنتوج كإلتزام يقع على عاتق المنتج أو المستورد، و ليس بتحديد سعره كإلتزام يقع على البائع النهائي، و هو ما يتأكد من خلال التعريف الذي ورد في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش[1]، و كذا النصوص المتعلقة بوسم السلع و المواد.ذلك أن تحديد سعر المنتوج غالبا ما يتعذر وضعه مسبقا كونه يخضع لقواعد السوق، و تدخل في تقديره عدة عوامل تكريسا لمبدأ حرية الأسعار، لذلك يبقى الوسم كوسيلة للإعلام عن الأسعار و التعريفات ضيق النطاق، ينحصر في بعض السلع المحلية التي تحدد أسعارها من قبل المنتج كالأسعار التي تأتي موسومة على بعض المشروبات الغازية و العصير.

المعلقات: (Les affichages)

و تدل على قوائم للأسعار مقابل المنتوج المقدم، كالمعلقات الموجودة في المقاهي وعند أصحاب الوجبات السريعة.

ب2/ الوسائل الخاصة للإعلام عن الأسعار و التعريفات:

أحالت المادة 5 فقرة 4 من قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على التنظيم فيما يخص تحديد الكيفيات الخاصة للإعلام حول الأسعار في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع و الخدمات الخاصة، حيث جاء فيها: " تحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع و الخدمات الخاصة عن طريق التنظيم". و تطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 65/09 الذي يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع و الخدمات المعينة[2]، حيث عرفت المادة 2 فقرة 2 منه الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار بأنها: "

---

[1] - أنظر في هذا التعريف الصفحة 98 من المذكرة.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 65/09 ، مؤرخ في 7 فيفري 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع و الخدمات المعينة، جريدة رسمية عدد10، مؤرخة في 11 فيفري 2009.

طرق الإشهار حول الأسعار و التعريفات المتعلقة بالسلع و الخدمات التي تعتمد على إستعمال وسائل معينة، لا سيما الدعائم التقنية و التكنولوجية للإشهار و الإتصال".

و لا يفرض على المهني وسيلة معينة ما دامت تتعلق بوسائل الإتصال و التكنولوجيا الحديثة، إلا أن المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي قد ذكرت أهم هذه الكيفيات الخاصة للإعلام عن الأسعار و التعريفات هي: دعائم الإعلام الآلي (تيليماتيك)، الوسائل السمعية البصرية و الهاتفية، اللوحات الإلكترونية، الدلائل و النشرات البيانية.

و مثل هذا المرسوم التنفيذي و إن دل على شيء فإنما يدل على رغبة الدولة في مواكبة التطور التكنولوجي الحاصل في العالم و التمكن من تنظيمه و التحكم فيه بما تصدره من نصوص قانونية.

و فيما يخص تحديد قطاعات النشاط و السلع و الخدمات الخاضعة لهذا النوع من كيفيات الإعلام الخاصة، أحالت المادة 4 منه للوزير المكلف بالتجارة سلطة إصدار قرار يحدد من خلاله بدقة هذه الخدمات و النشاطات و السلع الخاضعة لهذه الوسائل الخاصة للإعلام عن الأسعار و التعريفات بقولها: " تحدد فئات النشاطات و السلع و الخدمات المعينة الخاضعة لهذا المرسوم و كذا كيفيات الإعلام و الإشهار عن الأسعار والتعريفات و عناصرها المفصلة بموجب قرار من الوزير المكلف بالتجارة و/أو الوزراء المعنيين".

إلا أن هذه القرار لم ير النور بعد، الأمر الذي يعاب على النصوص القانونية الجزائرية، فيما يخص كثرة الإحالة على النصوص التنظيمية و تأخر صدورها مما يجعل النصوص الأصلية تفقد فعاليتها في كثير من الأحوال.

3/ الإلتزام بالإعلام عن شروط العقد:

إذا كان تنظيم الإلتزام بالإعلام عن خصائص السلع و الخدمات و كذا الإلتزام بإعلام الأسعار و التعريفات، تنظيما قانونيا هو تنظيم قديم[1]، فإن الشيء الجديد هو الإلتزام

[1]- حيث نظمت مسألة الأسعار و إلزامية إشهارها بموجب القانون رقم 12/98، مؤرخ في 05 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، جريدة رسمية، عدد19، مؤرخة في 1989/07/19، و الذي تم إلغاؤه بموجب المادة 97 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة.

بالإعلام حول شروط العقد، حيث عالجه المشرع الجزائري لأول مرة بموجب الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة[1]، و أعاد تنظيمه بموجب القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية من خلال الفصل الأول من الباب الثاني المعنون بـ " الإعلام بالأسعار و التعريفات و شروط البيع". و حول هذا العنوان فإن ما يلفت الإنتباه أن المشرع ألزم المهني بإعلام شروط عقد البيع فقط دون سواه من العقود، مما يعني أن المهني غير ملزم بالإعلام عن شروط آداء الخدمة، إلا أن هذا غير صحيح و هو ما تؤكده فحوى مواد هذا الفصل فيما بعد، مما يعني أن المشرع قد وقع في سهو غير مقصود، الأمر الذي سرعان ما تداركه المشرع بمناسبة إصدار المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية من خلال المادة 4 منه، حينما نص على إلتزام العون الإقتصادي بإعلام المستهلك حول الشروط التعاقدية في كل أنواع عقود الإستهلاك دون تمييز[2].

و يمثل الإلتزام بإعلام شروط العقد، الصورة المباشرة المتعلقة بمرحلة إبرام العقد بالكشف عن بنوده المكتوبة سواء كتبت في الوثيقة العقدية ذاتها أو في وثائق أخرى لها صلة بموضوع العقد.

و إذا كان إلتزام المهني بالإعلام عن خصائص السلع و/أو الخدمات يكشف عنه بالوسم، و إلتزامه بإعلام الأسعار و التعريفات تسهل مراقبته بمجرد الدخول إلى المحل، فإن إلتزام المهني بإعلام المستهلك عن الشروط التعاقدية يصعب إثبات القيام به بالشكل المطلوب لتعلقه بشخص الإنسان و مدى نزاهته و صدقه، لذا فهو إلتزام أخلاقي أكثر منه قانوني، الأمر الذي يستشف من نص المادة 8 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي جاء فيها: " يلزم البائع قبل إختتام عملية البيع

---

[1]- و هو أمر ملغى بصفة جزئية بالأمر رقم 03/03، مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد43، مؤرخة في 2003/07/20 و ملغى كليا بالقانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إلا أن هذا الإلغاء لا يمس القضايا الجاري التحقيق فيها و التي تبقى خاضعة لأحكام الأبواب 4 و 5 من الأمر رقم 06/95، وفقا للمادة 66 من القانون رقم 02/04.

[2]- أنظر نص المادة في الصفحة 94 من المذكرة.

بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت و حسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة و الصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة و شروط البيع الممارس و كذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

و يبدو أن تحديد المشرع للعناصر الأساسية التي يجب ذكرها في كل عقود الإستهلاك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية لم يأت إعتباطا، بل من أجل سهولة الكشف عن مدى حسن نية العون الإقتصادي، و عدم تعسفه في الشروط التعاقدية، ومنه في إلتزامه بالإعلام حولها، إذ أن إدراج المهني لكل هذه العناصر الأساسية في العقد بصورة سليمة، يقيم قرينة على حصول الإعلام حولها.

الفرع الثاني

الإلتزام بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد

زيادة على إلتزام المهني بالإعلام حول شروط العقد، فرض المشرع عليه إلتزاما آخرا، يتمثل في منح المستهلك مهلة كافية لفحص العقد و إبرامه في الفترة ما بين صدور إيجاب من المهني و إمضاء المستهلك على العقد إذا قبله.

و مثل هذا الإلتزام الجديد الذي أحدثه المشرع الجزائري بموجب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية أمر طبيعي، بالنظر لطبيعة عقود الإستهلاك بإعتبارها عقود إذعان، يملي فيها المهني شروطه التي أعدها مسبقا و بصورة منفردة، فمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد، هو ما سيعطيه فرصة للتفكير فيما إذا كانت تلك البنود تخدمه أو لا، مما سيساعد في إعادة التوازن في العلم على الأقل بين الطرفين نظرا لإمكانية إستعلام المستهلك حول بند معين لم يفهمه، إلا أن هذا القول ليس معناه فتح باب المفاوضات بين المستهلك و المهني و تعديل بنود العقد بما يخدم مصالح الطرفين، ذلك أن هذا الإلتزام لا يغير من طبيعة عقود الإستهلاك و التي مفادها عدم

إمكانية تعديل بنودها، فالمذعن إما أن يقبل العقد برمته أو يرفضه برمته، و هو روح الإذعان و لن يتغير بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد.
و قد إكتفى المشرع الجزائري بمجرد النص على منح المستهلك مدة لفحص العقد و إبرامه، إلا أنه لم يحددها بفترة زمنية، و إكتفى بالقول أنها يجب أن تكون كافية، و هو معنى فضفاض، فهل الإكتفاء يتحقق بالنظر للقدرات الذهنية لكل مستهلك على حدا؟ أو لطبيعة العقد و ظروفه؟ أو للعاملين معا؟ و هو ما يفتح مجالا للقاضي لإعمال سلطته التقديرية.

و في إنتظار إجتهادات قضائية بخصوص هذه النقطة، يبدو أن كفاية المدة تتحقق وفقا لطبيعة كل عقد و ظروفه، و بالنظر لمستهلك متوسط.

و الملاحظ أيضا، أن المشرع لم ينص على جزاء عدم تمكين المستهلك من حقه في فحص العقد، مما يفقد هذا الإلتزام فعاليته المطلوبة.

المطلب الثاني
أجهزة حماية المستهلك من الشروط التعسفية

في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية، أحدث المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جهازا خاصا بذلك عرف بلجنة الشروط التعسفية (الفرع الأول) و بالموازنة مع دور هذه اللجنة يبقى لجمعيات حماية المستهلك من خلال المهام المسندة إليها دورا معتبرا في الحماية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
لجنة الشروط التعسفية
(La commission des clauses abusives)

تناولت تنظيم لجنة الشروط التعسفية المواد من 6 إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، حيث حدد المشرع من خلالها الطبيعة القانونية

للجنة الشروط التعسفية (أولا)، تكوين هذه اللجنة (ثانيا)، المهام المسندة إليها (ثالثا) و كذا تسييرها (رابعا).

أولا: الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية

حددت الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية بقولها: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري و تدعى في صلب النص " اللجنة" ".

من خلال هذا النص، يتضح أن لجنة الشروط التعسفية هي جهاز إداري إستشاري، على إعتبار أنها تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة. مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة، لا يتمتع بالإستقلالية.

فالبرغم من أنها تنشط في المجال الإقتصادي إلا أن هذه التبعية تنفي إعتبارها سلطة من السلطات الإدارية المستقلة.[1]

---

[1] - السلطات الإدارية المستقلة، هي تلك السلطات المكلفة بمهمة الضبط الإقتصادي في مجال معين، و قد ظهرت هذه السلطات بدخول الجزائر في نظام إقتصاد السوق، حيث فرض إنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي عن طريق خوصصته، ضرورة تعويض هذا الإنسحاب، اذ من غير المعقول ترك السوق يسير نفسه بنفسه دون رقيب و لا حسيب.

فالسلطات الإدارية المستقلة، تجسد الدور الجديد للدولة في المجال الإقتصادي، هو دور الضبط الإقتصادي، فمن دولة مسيرة في النظام الإشتراكي إلى دولة ضابطة في النظام الليبرالي.

و توجد في الجزائر إثني عشر سلطة إدارية مستقلة، التي إعتبرها المشرع كذلك في القوانين المتعلقة بها، و هي:

1- مجلس النقد و القرض.
2- اللجنة المصرفية.
3- لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها.
4- مجلس المنافسة.
5- سلطة ضبط البريد و المواصلات.
6- الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية.
7- الوكالة الوطنية الجيولوجية.
8- لجنة ضبط الكهرباء و الغاز.
9- لجنة ضبط النقل.
10- لجنة الإشراف على التأمينات.

ثانيا: تكوين لجنة الشروط التعسفية

حددت المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، أعضاء لجنة الشروط التعسفية كالآتي: " تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا،
- ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود،
- عضو(1) من مجلس المنافسة،
- متعاملين إقتصاديين(2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و مؤهلين في قانون الأعمال و العقود،
- ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال و العقود.

يمكن اللجنة الإستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها."

إلا أن هذه التشكيلة قد أعيد ضبطها بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06[1]، حيث أصبحت المادة 8 كما يلي:

11- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته.

12- سلطة ضبط المياه.

لمزيد من التوسع أنظر: صليحة نزليوي: " سلطات الضبط المستقلة، آلية للإنتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة"، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المـالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007. و كذا:

Rachid Zouaimia : "Droit de la régulation économique", Berti éditions, Alger, 2006, p 16-23.

[1] - المرسوم التنفيذي رقم 44/08 مؤرخ في 3 فيفري 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 7، مؤرخة في 10 فيفري 2008.

" تتكون اللجنة من خمسة (5) أعضاء دائمين، و خمسة (5) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية، رئيسا،
- ممثلان (2) عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،
- ممثلان (2) من مجلس المنافسة،
- متعاملان اقتصاديان(2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة مؤهلان في قانون الأعمال و العقود،
- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود.

يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها."

و ما يتأكد من خلال هذا التعديل الذي قام به المشرع الجزائري في غضون عامين، بالرغم من أن لجنة الشروط التعسفية لم تباشر مهامها إلى الآن، أنه لم يتم بعد ضبط تشكيلتها كي تباشر مهامها بدون مشاكل، حيث فضل المشرع تحضير هذا الجهاز جيدا من خلال مضاعفته لعدد الممثلين عن كل هيئة بإحداثه لكل عضو أساسي عضو إحتياطي يستخلفه في حال غيابه ضمانا لعدم عرقلة مهام هذه اللجنة في المستقبل، كما ألغى الشرط الوارد على ممثلي جمعيات حماية المستهلك الذيْن كان يتطلب فيهما أن يكونا منتميين لجمعية وطنية، و هو الأمر الذي سيخلق إشكالات لاحقا لندرة مثل هذه الجمعيات بالجزائر. لذلك فضل المشرع تبسيط الأمور بما يتلاءم و الواقع.

بالمقابل فإن هذه التشكيلة المختلطة للجنة الشروط التعسفية خصوصا بوجود تمثيل لطائفة المهنيين و آخر لطائفة المستهلكين من خلال جمعيات حماية المستهلك، يوحي إلى رغبة المشرع الجزائري في معالجة ظاهرة الشروط التعسفية في العقود بصورة أكثر واقعية و جدية عن طريق فتح باب التحاور و المواجهة بين الطائفتين.

و بالنسبة لكيفية تعيين أعضاء لجنة الشروط التعسفية، فإن ذلك يتم بقرار من الوزير المكلف بالتجارة بإقتراح من الوزراء و المؤسسات المعنية، لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، وتنهى مهامهم بنفس الأشكال، سواء لإنتهاء العهدة وفقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية أو لإستبداله بعضو جديد في حالة إنقطاعه النهائي قبل إنتهاء العهدة وفقا للمادة 10 من نفس المرسوم، و يترأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة وفقا للمادة 6 فقرة 2 من المرسوم نفسه.

ثالثا: مهام لجنة الشروط التعسفية

تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية على: " تكلف اللجنة، لاسيما بالمهام التالية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها."

و الواضح من المادة أن هذه المهام جاءت على سبيل الإستدلال لا الحصر إلا أنها تعبر عن أهمها على الإطلاق، و هو ما يتضح من إستخدام عبارة " لا سيما " في بداية النص. فالبنسبة لدور اللجنة في البحث عن الشروط التعسفية، فهو دور هام و مزدوج، ذلك أنه يساهم في إقصاء الشروط التعسفية الموجودة في نماذج العقود قبل عرضها على التعاقد إضافة لتلك التي تم التعاقد مع المستهلكين من خلالها، مما يعطي اللجنة دورين دور وقائي و دور علاجي[1].

[1] - حمد الله محمد حمد الله: المرجع السابق، ص 141.

أما فيما يخص إمكانية القيام بالدراسات والخبرات المتعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، فهي في غاية الأهمية خصوصا وأن المشرع الجزائري خول للجنة سلطة نشر آراءها و توصياتها بكل الوسائل الملائمة وفقا للمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، إذ سيكون لها دور فعال في إلغاء فكرة الشروط التعسفية في العقود في المستقبل عن طريق تحسيس المواطنين بها و لفت إنتباههم لإمكانية وجودها.

و بغض النظر عن هذه المهام، ينبغي على اللجنة إعداد تقرير سنوي عنها يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و ينشر كليا أو مستخرج منه بكل وسيلة ملائمة وفقا للمادة 12 فقرة 3 من نفس المرسوم.

و جدير بالذكر أن آراء اللجنة و توصياتها لا تتمتع بأي قوة إلزامية فهي جهاز ذو طابع إستشاري، لكن يبقى لها دور في توجيه السياسة التشريعية في الجزائر[1] و كذا تنوير القضاء إذا ما طرح أمامه نزاع يتعلق بالشروط التعسفية.

رابعا: تسيير لجنة الشروط التعسفية

لكي تؤدي اللجنة مهامها بدون معوقات كان من المحتم النص على كيفية تسييرها سواء من الناحية الإدارية أو من خلال الإجتماعات التي تقوم بها.

1- التسيير الإداري للجنة:

خول المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية من خلال المادة 6 فقرة 3 و 4 للجنة الشروط التعسفية إعداد نظامها الداخلي، الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، الأمر الذي لم يتم إلى حد الآن، كما أن أعضاءها لم يتم تعيينهم بعد مع إنعدام قرار التعيين من قبل الوزير المكلف بالتجارة و هي الصلاحية التي تمنحه إياها المادة 9 فقرة 1 من نفس المرسوم.

[1] -Fadila Sahri : " La protection juridique du consommateur contre les clauses abusives a travers la loi 04/02 du 23/06/2004 et le décret exécutif 06/306 du 10/09/2006", Revue des sciences juridique, Faculté de droit, Université Badji Mokhtar, Annaba, n 12, Juin 2002, p 226.

و يتم تسيير أمانة اللجنة من طرف المصالح المعينة للوزارة المكلفة بالتجارة.

2/ إجتماع لجنة الشروط التعسفية:[1]

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل 3 أشهر في دورة عادية، كما يمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل. و لا ينعقد الإجتماع صحيحا في الحالتين إلا بعد إرسال إستدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء، تحدد فيها تاريخ الإجتماع بدقة في اليوم و الساعة إضافة إلى مكانه، و جدول الأعمال المقرر لذلك الإجتماع، على أن ترسل هذه الإستدعاءات قبل 15 يوما على الأقل من التاريخ المحدد للإجتماع كأصل عام، يقلص إلى 8 أيام في حالة الدورات الإستثنائية

تنعقد اللجنة صحيحة إذا ما حضر نصف أعضاءها، و تفاديا لتعطيل مهامها في حالة غياب أحدهم و إستحالة تعويضه بالعضو الإحتياطي الذي يخلفه، يمكن للجنة أن تجتمع بعد 8 أيام من التاريخ الأول للإجتماع و مهما يكن عدد الحاضرين، شريطة أن يتم إستدعاؤهم إستدعاءا صحيحا وفقا للمادة 13 فقرة 4 من نفس المرسوم.

و تتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين مع ترجيح صوت الرئيس في حال تعادلها، و تتوج المداولات بإعداد محاضر مرقمة و مرتبة و موقعة من طرف رئيسها و أعضائها.

و فيما يتعلق بإخطار اللجنة فقد جاء في نص المادة 11 من المرسوم رقم 306/06 ما يلي: " يمكن اللجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة و من طرف كل إدارة و كل جمعية مهنية و كل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك".

فالأصل أن اللجنة تخطر من تلقاء نفسها، إلا أن القانون منح لجهات أخرى صلاحية إخطار اللجنة و هي:

[1] - أنظر المواد من 11 إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

- الوزير المكلف بالتجارة: باعتباره مكلف باقتراح كل إجراء من شأنه تعزيز حماية المستهلك[1]، و ما دامت اللجنة تنشؤ لديه فله صلاحية إخطارها بكل العقود التي يرى أنها تحوي بنود تعسفية، كما له أن يطلب إستشارتها في أي مسألة تدخل في مجال إختصاصها.

- الإدارة: و هو مصطلح عام يرمي المشرع من خلاله إلى توسيع البحث و الكشف عن الشروط التعسفية من خلال التعاملات التي تجريها الإدارة بأشكالها أثناء القيام بمهامها و تعاملها مع المهنيين الخواص.

- الجمعيات المهنية و كذا جمعيات حماية المستهلك.

- كل مؤسسة لها مصلحة: لم يبين المشرع طبيعة هذه المؤسسة، إلا أن الأهم هو رغبة المشرع في تكثيف الجهود و عدم إخراج أي شخص كان من دائرة البحث عن الشروط التعسفية و منه إخطار اللجنة. و إن كانت المادة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بالقانون رقم 12/08، قد عرفت المؤسسة كما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد". و هي بهذا التعريف تتفق و مفهوم المهني، ما يعتبر توجه هادف من شأنه إشراك هذه الطائفة في ترقية قانون المنافسة بصفة عامة و كذا قوانين الإستهلاك، والمساهمة في تقديم إنشغالاتهم بشأن كيفية إبرام العقد مع المستهلكين.

و في الأخير فإن تقييم مدى فعالية هذه اللجنة يتوقف على ما ستقدمه في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية حال مباشرة مهامها.

[1] - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 453/02 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المحدد لصلاحيات وزير التجارة، جريدة رسمية عدد 85، مؤرخة في22 ديسمبر 2002.

الفرع الثاني

دور جمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية

الجمعية هي منظمة حيادية تطوعية لا تهدف إلى تحقيق الربح، يؤسسها أشخاص من كافة فئات المجتمع النشيطة في مجال معين.

إنشاؤها هو حق مكفول دستوريا وفقا للمادة 43 من دستور 1996 التي جاء فيها: " حق إنشاء الجمعيات مضمون".

و قد ظهر أول نص قانوني ينظم الجمعيات، سنة 1987 بموجب قانون رقم 15/87 المتعلق بالجمعيات، الذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 31/90[1] الساري المفعول إلى حد الآن[2].

و جمعية حماية المستهلك هي جمعية ذات طابع إجتماعي، و هي واحدة من أهم أصناف الجمعيات على إعتبار أنها تعالج قضايا أكبر طائفة على الإطلاق هي طائفة المستهلكين الذين يمثلون الناس جميعا، ظهورها كان نتيجة حتمية بعدما تأكدت عدم كفاية أجهزة الدولة في توفير الحماية المطلوبة منها لجماعة المستهلكين، مما اِضطر هؤلاء للتدخل بأنفسهم لحماية مصالحهم عن طريق التكتل في شكل جمعيات بعيدة كل البعد عن أي تأثير سياسي.

و تجدر الإشارة إلى انعدام نص خاص ينظم جمعيات حماية المستهلك، لذلك فهي تستمد أحكامها من القانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات عامة، و بعض القوانين المتعلقة بالإستهلاك على رأسها قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الذي دعم من دورها العلاجي تماشيا مع التحولات الاقتصادية و المتطلبات العالمية.

---

[1] - القانون رقم 31/90 مؤرخ في 4 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53، مؤرخة في 5 ديسمبر 1990.

[2] - مع العلم أن هناك مشروع لقانون الجمعيات، سيتم عرضه على البرلمان خلال دورة الخريف 2011، أنظر: قائمة المشاريع التي ستعرض على البرلمان، عبر موقعه الرسمي التالي: www.apn-dz.org/

لذلك فالرجوع لكيفيات تواجد جمعيات حماية المستهلك يقتضي الرجوع لأحكام القانون رقم 31/90 (أولا)، و لا يختلف دور جمعيات حماية المستهلك بصفة عامة عن دورها في مجال الشروط التعسفية، لذلك فالبحث عن مدى فعاليتها في هذا المجال يقتضي البحث في مهامها الأساسية في مجال حماية المستهلك(ثانيا).

أولا: تأسيس جمعيات حماية المستهلك

نصت المادة 2 فقرة 1 من قانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات على ما يلي: " تمثل الجمعية إتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها و تجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي غير مربح".

يتضح من خلال هذا النص أن الجمعية تنشأ على أساس تعاقدي، مما يعني أنها تخضع في تكوينها للشروط الموضوعية العامة المعروفة في نظرية العقد من تراضي، محل و سبب، إلا أن قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات لم يؤكد على هذه الأركان بصورة مباشرة، على أساس أنها منظمة تنظيما دقيقا في القانون المدني، إلا أنه ركز على جملة من الشروط تتعلق بتأسيس الجمعيات، يتعلق بعضها بالأشخاص الذين يريدون تأسيسها و يرتبط بعضها الآخر بجملة من الإجراءات السابقة لإعطاءها وصف الجمعية.

1- الشروط المتعلقة بالأشخاص الراغبين في تكوين الجمعيات:

حتى تعتبر أهلية مؤسسي الجمعية كاملة، ينبغي أن يكون كل واحد منهم راشدا، أي بالغا لسن 19 سنة كاملة وفقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، جزائري الجنسية، متمتعا بحقوقه المدنية و السياسية، و أن لا يكون قد سبق له و أن قام بسلوك يناهض ثورة التحرير الوطني، وفقا للمادة 4 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات، تحت طائلة بطلان الجمعية بقوة القانون وفقا لما تقرره المادة 5 منه كما يلي: " تعد الجمعية باطلة بقوة القانون في الحالتين الآتيتين...إذا لم تتوفر في الأعضاء المؤسسين الشروط المحددة في المادة (4) من هذا القانون".

و لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون المؤسسون أشخاصا طبيعية، إذ لا مانع من أن تتأسس الجمعية من أشخاص معنوية[1]، على أن يحافظوا على الغرض غير المربح لها.

و بالنسبة لعدد مؤسسي الجمعية فالمشرع الجزائري إشترط أن يبلغوا 15 عضوا على الأقل، و فقا للمادة 6 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات.

2- إجراءات تكوين جمعية حماية المستهلك:

حُدِّدت هذه الإجراءات بموجب المادة 7 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات، حيث جاء فيها: " تؤسس الجمعية قانونا بعد الإجراءات التالية:

- إيداع تصريح التأسيس لدى السلطات العمومية المختصة المذكورة في المادة 10 من هذا القانون.
- تسلم وصل تسجيل تصريح التأسيس من السلطة العمومية المختصة خلال ستين(60) يوما على الأكثر من يوم إيداع الملف و بعد دراسة مطابقة لأحكام هذا القانون.
- القيام بشكليات الإشهار على نفقة الجمعية في جريدة يومية إعلامية واحدة على الأقل ذات توزيع وطني."

و بالنسبة لتصريح التأسيس يجب أن يرفق بقائمة تتضمن ما يلي: [2]

- أسماء المؤسسين، و أعضاء هيئاتها القيادية و توقيعاتهم و حالاتهم المدنية و عناوين مساكنهم.
- نسختان مطابقتان للأصل من القانون الأساسي.
- محضر الجمعية العامة التأسيسية.[3]

---

[1] - و تظهر الأشخاص المعنوية عموما كمؤسسين للجمعية في حال إتحادات الجمعيات، أنظر:
فهيمة ناصري: " جمعيات حماية المستهلك"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص27.

[2] - المادة 9 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات.

[3] - و الجمعية العامة التأسيسية هي عبارة عن إجتماع للراغبين في تكوين جمعية، يقومون فيها بالمصادقة على القانون الأساسي و تعيين مسؤولي هيئاتها القيادية من بينهم، أنظر: المادة 6 من نفس القانون.

يتم إيداع هذا التصريح لدى السلطات المختصة المتمثلة في:
والي ولاية المقر للجمعيات التي يقتصر نشاطها على إقليم بلدية واحدة أو عدة بلديات في الولاية الواحدة.
وزير الداخلية للجمعيات ذات النشاط الوطني أو المشتركة بين الولايات.[1]

و تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية بمجرد تسليمها وصل تسجيل تصريح التأسيس و قيامها بشكليات الإشهار، حيث يخول لها جميع حقوق الشخص الإعتباري التي تقررها المادة 50 من القانون المدني المتمثلة في:

- ذمة مالية،
- أهلية في الحدود التي يعينها قانونها التأسيسي أو التي يقررها القانون،
- موطن، و يتحدد بالمقر المتخذ لممارسة مهامها،
- نائب يعبر عن إرادتها،
- حق التقاضي.

و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد سهل من إجراءات تأسيس الجمعيات بموجب القانون رقم 31/90 بإلغاه لشرط الإعتماد المسبق الذي كان منصوصا عليه في المادة 3 فقرة 2 من قانون رقم 15/87 السابق، و هو ما يعبر عن رغبة المشرع في تدعيم الحركة الجمعوية و تنشيطها.

ثانيا: مهام جمعيات حماية المستهلك

تسعى جمعيات حماية المستهلك إلى أن يكون صوت المستهلكين مسموعا، على النحو الذي يجعلهم قادرين فعلا على الدفاع عن مصالحهم كل على إنفراد، لذلك زودت بعدة صلاحيات لخّصتها المادة 21 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش كما يلي: " جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه و تحسيسه و توجيهه و تمثيله".

[1] - المادة 10 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات.

و عليه، فإن مهام جمعيات حماية المستهلك هي:

- إعلام المستهلك و تحسيسه.
- مهام تمثيله.

- فيما أضافت المادة 23 من نفس القانون مهام الدفاع عنه، بحيث أعطت لها صلاحية التأسس كطرف مدني في كل مرة يتعرض فيها المستهلك للضرر، على النحو الذي سيأتي بيانه.

1- دور جمعيات حماية المستهلك في الإعلام:

يعتبر التثقيف حق من حقوق المستهلك الأساسية، الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 248/39 في 15 أفريل 1985 [1]، و هو دور منوط أساسا بجمعيات حماية المستهلك، فإلى جانب الإعلام المفروض على المهني، تقوم جمعيات حماية المستهلك هي الأخرى بهته المهمة.

و يتفق الإعلام الذي يقوم به كل من المهني و جمعيات حماية المستهلك في الغاية المرجوة منه، و هي إعادة المساواة في العلم بين المستهلك و المهني، إلا أن الإعلام الذي تقوم به جمعيات حماية المستهلك هو إعلام موضوعي[2]، بعيد كل البعد عن كل هدف تجاري أو مهني، يلعب دورا في تحسيس المستهلك و توجيهه و توعيته

بهدف ترشيد الإستهلاك[3].

---

[1] - عنابي بن عيسى: " جمعيات حماية المستهلك و ترشيد الإستهلاك لدى المستهلك الجزائري" ، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008.

[2] - جميلة عزيزي: المرجع السابق، ص136.

[3] - و عن أهم أهداف ترشيد الإستهلاك:

- تعريف المستهلك بحقوقه و واجباته حتى يمارس الإستهلاك بشكل لائق و آمن.
- تبصير المستهلك بطرق غش السلع و أساليبه و كيفية الكشف عنه.
- تزويد المستهلك بالمعلومات الأساسية المختلفة عن السلع المتوفرة في السوق و ذلك دون لمساعدته على المفاضلة و الاختيار المناسب. أنظر، عنابي بن عيسى: المرجع السابق، ص245.

و من أجل إعلام المستهلك تعتمد جمعيات حماية المستهلك على أقرب الوسائل إتصالا بجماعة المستهلكين و هي وسائل الإعلام، كما تقوم إلى جانب ذلك بإصدار نشريات متخصصة و تنظيم محاضرات و أيام دراسية.

أ/ إعلام المستهلكين عن طريق وسائل الإعلام:

عادة ما تلجؤ جمعيات حماية المستهلك من أجل تحسيس المواطن المستهلك و توعيته، إلى إستخدام وسائل الإعلام بأنواعها، سواء المكتوبة منها أو المسموعة أو السمعية البصرية.

و يعتبر الإعلام الذي يعرض مباشرة على التلفزيون أهم أنواع الإعلام على إعتبار أن التلفزيون هو أكثر الوسائل متابعة و إهتماما من قبل المستهلك، و بالرغم من أهمية إستخدام وسائل الإعلام لتحسيس المستهلك، فإن الملاحظ هو قلة إستعمال هذه الوسائل، فالتلفزيون الجزائري يكتفي بعرض حصة واحدة بعنوان المستهلك يوم الأربعاء من كل أسبوع، تحاول جمعيات حماية المستهلك أن تنشط من خلالها، إلا أن هذا يبقى غير كاف لشد إنتباه المستهلك و تحقيق أهداف الجمعيات التوعوية.

بالمقابل و رغم شيوع إستعمال الأنترنت، إلا أن أغلبية الجمعيات لا تملك مواقع إلكترونية[1] إلى حد الآن بالرغم من مجانية و سهولة فتحها، لذلك بات التحجج بأن جمعيات حماية المستهلك لا يمكنها القيام بمهامها على أكمل وجه لعدم وجود الإمكانيات المادية، أمر يصعب هضمه أمام غياب حسن التسيير من الأصل.

و يقصد بترشيد الإستهلاك: " حصول كل فرد في المجتمع على إحتياجاته المثلى من السلع و الخدمات دون زيادة أو نقصان كل وفقا لجنسه و عمره و نوع العمل الذي يؤديه على أن يكون ذلك في حدود موارده المتاحة". أنظر: مها سليمان محمد أبو طالب: " ترشيد المستهلك و الإستهلاك"، دار القلم للنشر و التوزيع، دبي، 1999، ص207، نقلا عن: عنابي بن عيسى، المرجع نفسه.

[1] - و قد أعلن وزير التجارة مصطفى بن بادة، يوم 07 أوت 2011، أن الوزارة تعتزم إنشاء شبكة وطنية إلكترونية لجمعيات حماية المستهلك بغرض تبادل الخبرة و نقل التجربة، من خلال بوابة إلكترونية وضعت لهذا الغرض. أنظر: جريدة المجاهد، بتاريخ 08 أوت 2011، مقال منشور عبر موقعها الإلكتروني التالي: www.elmoudjahid.com/ar/actualites/1435 - Algérie.

ب/ إعلام المستهلكين عن طريق النشريات الخاصة:

منحت المادة 19 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات لهذه الأخيرة مكنة إصدار نشريات متخصصة بقولها: " يمكن الجمعية أن تصدر و توزع في إطار التشريع المعمول به نشريات و مجلات و وثائق إعلامية و كراسات لها علاقة بهدفها".

و قد بين التشريع المعمول به و هو قانون رقم 07/90 المتعلق بالإعلام[1] إجراءات إصدار النشريات، حيث يستوجب تقديم تصريح مسبق في أجل لا يتعدى 30 يوما من صدور العدد الأول وفقا للمادة 14 منه بقولها: " إصدار نشرية دورية حر غير أنه يشترط لتسجيله و رقابة صحته، تقديم تصريح مسبق في ظرف لا يقل عن 30 يوما من صدور العدد الأول".

فيما عرفت المادة 17 منه هذه النشريات المتخصصة بقولها: " تعتبر دوريات متخصصة، النشريات التي تتعلق بموضوعات خاصة في ميادين معينة".

و قد أوجبت المادة 6 من قانون الإعلام ضرورة إستخدام اللغة العربية عند تحرير مثل هذه الدوريات، الأمر الذي تم تدعيمه في المادة 19 فقرة 2 من قانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات التي جاء فيها: " يجب أن تكون النشرية الرئيسية باللغة العربية مع إحترام القوانين المعمول بها".

و إن كان الإعلام عن طريق النشريات المتخصصة قد لاقى إهتماما قانونيا معتبرا، فإن تجسيد هذا الإهتمام على أرض الواقع يبقى عاجزا و متذبذبا، إذ يلاحظ غياب شبه كلي لمثل هذه النشريات من قبل جمعيات حماية المستهلك، و ما يبعث قليل من التفاؤل هو النشرية المتخصصة المجانية لجمعية حماية المستهلك على مستوى ولاية الأغواط بعنوان " وعي المستهلك"[2]، و الحديث مع بعض ممثلي جمعيات حماية المستهلك يسفر غالبا

---

[1]- قانون رقم 07/90 مؤرخ في 3 أفريل 1990، يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 4 أفريل 1990. مع العلم أن هناك مشروع لقانون عضوي يتعلق بالإعلام، سيتم عرضه على البرلمان خلال دورة الخريف 2011، أنظر: قائمة المشاريع التي ستعرض على البرلمان، عبر موقعه الرسمي التالي: www.apn-dz.org

[2] - فهيمة ناصري: المرجع السابق، ص 84.

عن أن أهم سبب لغياب مثل هذه النشريات المتخصصة هو عدم وجود الإمكانات المادية.

و أمام هذا الوضع، قررت وزارة التجارة التدخل لتولي موضوع إصدار كتاب يعني بحماية المستهلك، جاء تحت عنوان " دليل المستهلك الجزائري"، صرحت أنه كتاب شامل لجميع المواضيع التي تهم المستهلك، و منها موضوع الشروط التعسفية، و هو موجود على مستوى الوزارة، يحوي على أزيد من 200 صفحة[1].

و قد أوكلت وزارة التجارة مهمة توزيع هذا الدليل، لجميع جمعيات حماية المستهلك عبر كامل التراب الوطني، الذي سيكون مجانيا و على كل المواطنين، و الذي كان يفترض أن يتم خلال الدخول الإجتماعي الأخير أي لسنة 2011-2012.[2]

ج/ تنظيم أيام و دراسات و محاضرات:

قد تتوجه جمعيات حماية المستهلك مباشرة إلى جمهور المستهلكين، على إختلاف أعمارهم و أجناسهم و ثقافاتهم، عن طريق أبواب مفتوحة لحملات تحسيسية، سواء للإجابة عن إنشغالاتهم أو دعوتهم إلى مقاطعة منتوج معين أو نقده أو لإلقاء مواضيع حساسة تتعلق بالإستهلاك.

2- دور جمعيات حماية المستهلك في التمثيل:

لا يقتصر دور جمعيات حماية المستهلك في إعلام جمهور المستهلكين فقط بل يمتد دورهم إلى تمثيل هؤلاء في أهم الهيئات المستحدثة من قبل الدولة و التي تنشط في مجال الإستهلاك، و هو ما يجعلها تساهم في إعداد سياسة الإستهلاك[3]، من خلال توصيل

---

[1] - أنظر حول هذا الدليل، الموقع الرسمي لوزارة التجارة: www.mincommerce.gov.dz

[2] - أنظر: أديب زكي: " دليل حماية المستهلك يبقى حبرا على ورق"، مقال منشور، في جريدة الجزائر، بتاريخ 19 أوت 2011، عبر موقعها الإلكتروني التالي: www.eldjazaironline.net

[3] - علي بولحية: " القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2000، ص66، و سامية لموشية: "دور الجمعيات في حماية المستهلك"، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008.

صوت المستهلك إلى الدولة مباشرة، مجسدة في هيئاتها. فجمعيات حماية المستهلك لها حضور دائم بنص القانون في أهم هذه الأجهزة: فهي عضوة في مجلس المنافسة عن طريق ُممثلْين لها، وفقا للمادة 24 من قانون 12/08 المتعلق بالمنافسة، و هي كذلك عضوة بنصاب ُممثلْين، في تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين بموجب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 272/92 الذي يحدد تكوينه و إختصاصه[1]، كما هي عضوة بممثلين إثنين كذلك، في لجنة الشروط التعسفية.

إلا أَن تمثيلها للمستهلك أمام مختلف أجهزة الدولة، يبقى مجرد حبر على ورق في الغالب، أمام عدم وجود أغلب هذه الأجهزة على أرض الواقع.

3- دور جمعيات حماية المستهلك في التقاضي:

أمام الدور الوقائي المنوط بجمعيات حماية المستهلك، خولها القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ُمكنة اللجوء للقضاء و التأسس كطرف مدني للدفاع ليس فقط على المصالح المشتركة للمستهلكين كما نص عليه القانون الملغى رقم02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في مادته 12 فقرة 2، بل حتى على المصالح الفردية للمستهلك، وهو ما يعتبر تدعيما قانونيا فعالا للدور العلاجي لمثل هذه الجمعيات، و الذي زاد القانون رقم 03/09 من تدعيمه حينما نص على إمكانية الإعتراف لها بالمنفعة العمومية و بالتالي إستفادتها من أحكام المساعدة القضائية.[2]

---

[1] - المرسوم التنفيذي رقم 272/92، المؤرخ في 6 جويلية1992، يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين و إختصاصاته، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 8 جويلية 1992.

[2] - و المساعدة القضائية هي الإستفادة من الخدمات القضائية بما فيها المحامي دون مقابل، في حالة عجز الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي سواء بصفته مدعي أو مدعى عليه عن تسديد تكاليف اللجوء إلى القضاء لعدم كفاية موارده. و يحكم المساعدة القضائية الأمر رقم 57/71 المؤرخ في 5 غشت 1971، يتعلق بالمساعدة القضائية، المعدل و المتمم بالقانون رقم 02/09، المؤرخ في 25 فبراير 2009، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009.

و أمام هذا التوسع في دور جمعيات حماية المستهلك في التقاضي، ينبغي التطرق للشروط القانونية المفروضة لقبول دعاواها، و كذا مدى إمكانية تقدمها أمام أي جهة قضائية سواء كانت جزائية أو مدنية.

أ/ شروط رفع الدعوى من قبل جمعيات حماية المستهلك:

أوجب المشرع الجزائري على كل متقاضي يدعي المساس بحق من حقوقه أو بمركزه القانوني، أن يتوفر في دعواه شرطي الصفة و المصلحة، أمام كل الجهات القضائية وفقا لما نصت عليه المادة 13 من القانون رقم 08/09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

و تثبت الصفة في التقاضي لجمعية حماية المستهلك، بجرد تأسيسها تأسيسا صحيحا بموجب إكتسابها للشخصية المعنوية، تأسيسا على أحكام المادة 50 من القانون المدني الجزائري، أما صفتها في الدعوى[1] التي ترفعها فهي ثابتة بنص القانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات حينما تدافع عن مصالحها الشخصية، وفقا لما جاء في المادة 16 منه بقولها: " تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية و الأهلية المدنية بمجرد تأسيسها طبقا للمادة 7 من هذا القانون و يمكنها حينئذ أن تقوم بما يأتي:

- أن تمثل أمام القضاء و تمارس خصوصا أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية و تلحق أضرارا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية...".

[1] - الصفة في الدعوى معناها أن يكون المتقاضي الذي يرفع طلبه إلى القضاء بموجب عريضة هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، و هو الأصل، إلا أن القانون قد يخول لجهات أخرى حق التقاضي دون أن تكون هي صاحبة الحق نفسه، الأمر الذي تقرر لجمعيات حماية المستهلك، و يطلق الفقه على الصفة هنا بالصفة غير العادية في الدعوى.

كما أن صفة الجمعية للدفاع عن مصالح[1] المستهلكين ثابتة بموجب المادة 23 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بقولها: " عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل و ذات أصل مشترك يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني".

و يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد وسع من صلاحيات التمثيل القضائي لجمعيات حماية المستهلك، حينما أعطاها مكنة التأسس مدنيا لطلب التعويض دفاعا عن مصلحة مستهلك واحد فقط، ما يتضح من إستعمال عبارة " عندما يتعرض مستهلك"، أو للدفاع عن مصالح عدة مستهلكين، بعدما كانت سلطتها مقتصرة على وجوب وجود مصلحة مشتركة لجماعة من المستهلكين كشرط لقبول تأسسها مدنيا، و بالتالي فإن مصلحة جمعيات حماية المستهلك هي الدفاع عن حقوق المستهلك فردية كانت أو مشتركة.

و عن مفهوم المصلحة المشتركة فقد عَرفها الفقهاء تعريفا تقديريا، حيث عبر عنها Yvan Auguet بقوله: " من الصعب وضع حدود للمصلحة المشتركة، فهي تأخذ موقعا وسطا بين المصلحة العامة و التي تدافع عنها النيابة العامة و بين المصلحة الفردية لكل مستهلك، حيث نحصل ببساطة على المصلحة المشتركة بانضمام هذه

المصالح الفردية بعضها إلى بعض"[2].

ب/ الجهة القضائية المختصة في نظر دعاوى جمعيات حماية المستهلك:

إذا كان لجمعية حماية المستهلك الحق في التقاضي دفاعا عن مصالح المستهلكين، فهو حق غير مقبول ما لم يثبت وقوع الضرر فعلا للمستهلك الفرد أو الجماعة.

---

[1] - المصلحة كشرط ثاني لقبول الدعوى هي المنفعة أو الفائدة التي يبغي المتقاضي تحقيقها من خلال عرض نزاعه أو إشكاله على القضاء.

[2] - ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

"Cette notion d'intérêt collectif est assez difficile à délimiter, elle se situe à mi-chemin entre l'intérêt général, dont la défense incombe au ministère public, et l'intérêt individuel de chaque consommateur que l'on ne saurait simplement additionner pour obtenir l'intérêt collectif ".Voir: Yvan Auguet: op cit, p 370.

و يثور التساؤل عما إذا كان الضرر الحاصل هو ضرر ناشؤ عن إخلال بإلتزام قانوني أو عقدي يؤدي لقيام المسؤولية المدنية فقط، ما يجعل القضاء المدني لوحده هو المختص، أو أنه يشترط في الضرر الحاصل أن يكون ضررا ناشئا عن جريمة بغض النظر عن وصفها مخالفة كانت أو جنحة أو جناية، و بالتالي يكون القضاء الجزائي وحده المختص؟

إن تحديد الجهة القضائية المختصة يتضح من خلال المادة 23 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بقولها: " عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار...يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني".

إذ بنص المشرع الجزائري على طريقة رفع الدعوى أمام القضاء و هي التأسس كطرف مدني، يتضح أن الجهة القضائية المختصة هي القضاء الجزائي، و ما يزيد من تأكيد ذلك نص المادة 65 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها: " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، و الجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، و كذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم."

و إن كان البعض قد فسر الفقرة الأولى من هذه المادة على أن المشرع قد منح جمعيات حماية المستهلك صلاحية رفع الدعاوى أمام القضاء المدني، على أساس أن النص جاء عاما، إلا أن طبيعة أحكام قانون 02/04 ذات صبغة جزائية بحتة، مما يعني أن النظر في الدعاوى الخاصة بمخالفتها اختصاص أصيل للقضاء الجزائي.

و التأسس كطرف مدني يمكن أن يتم على مستوى قاضي التحقيق عن طريق عريضة ادعاء مدني وفقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، و إما بتقدم المدعي المدني- جمعية حماية المستهلك- بتقريره أمام كتابة ضبط القسم الجزائي قبل الجلسة، و إما

أثناء الجلسة و يتعين التأسس هنا قبل أن تبدي النيابة العامة طلباتها في الموضوع تحت طائلة عدم قبوله.[1]

ما يمكن قوله من حالات التأسس، أن جمعية حماية المستهلك لها القدرة على تحريك الدعوى العمومية لأول مرة، كما لها أن تكتفي بالتأسس كطرف مدني بعد تحريكها من قبل وكيل الجمهورية.

و إن كان تحريك الدعوى العمومية من قبل جمعيات حماية المستهلك عن طريق التأسس أمام قاضي التحقيق، أمر غير وارد على أساس وجوب إيداع مبلغ للكفالة، و هو ما سيرهق كاهل جمعيات حماية المستهلك، أمام الإمكانات الضئيلة التي تشكو منها إلا إذا إستفادت من المساعدة القضائية إذا ما تم الإعتراف لها بالمنفعة العمومية.

المبحث الثاني

الجزاءات المرصودة لمقاومة الشروط التعسفية

يعتبر الجزاء إحدى أهم عناصر القاعدة القانونية، كون القاعدة القانونية التي تولد دون جزاء هي و العدم سواء، إذ تفقد كل فعاليتها المطلوبة.

و الجزاء المتعلق بالشروط التعسفية كممارسة تعاقدية تعسفية، كغيره من باقي الممارسات التجارية الأخرى الواردة في قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، هو جزاء ذو طابع مالي، في شكل عقوبة مالية "غرامة" (المطلب الأول)، ذلك أن المشرع الجزائري في هذا القانون و كذا في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، لم ينص على جزاء مدني، الأمر الذي يحيل إلى البحث في القواعد العامة عن جزاء مدني مناسب (المطلب الثاني).

[1] - أنظر المواد 240،241، 242 من قانون الإجراءات الجزائية.

المطلب الأول

الجزاءات الجزائية المرصودة لمواجهة الشروط التعسفية

الأصل أن القضاء هو الجهة المختصة في توقيع الجزاء على كل شخص أتى بمخالفة الأحكام القانونية، إلا أنه مراعاة لخصوصية جريمة الممارسة التعاقدية التعسفية كجريمة إقتصادية، إرتأى المشرع الجزائري صراحة التخفيف من العبء الملقى على القضاء و ذلك بتمكين الإدارة من مصالحة المهني من خلال نص المادة 60 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها: " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية.

غير أنه يمكن المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الإقتصاديين المخالفين بمصالحة...".

و من أجل رصد الجزاءات الجزائية الخاصة بجريمة الممارسات التعاقدية التعسفية، يجدر التطرق للجزاء الذي تفرضه الإدارة، و المتمثل في غرامة المصالحة (المطلب الأول) و كذا الجزاءات المخولة للقضاء الجزائي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

غرامة المصالحة

(L’amende transactionnelle)

المصالحة وسيلة وضعها القانون تحت تصرف الإدارة، تسمح بالحصول على تعويض مرض عن ضرر ماس بالمصلحة العامة. فهي جزاء ذو طابع إداري.

و الدافع المباشر للمصالحة هو تحاشي طرح الخصومة أمام القضاء.

و إن كانت المصالحة بصفة عامة ليست بالشيء الدخيل على القانون الجزائري، حيث عرف هذا الطريق البديل لتسوية النزاعات المدنية البحتة[1] و نزاعات الأسرة[2]، و كذا

[1] - أنظر: المادة 459 من القانون المدني الجزائري.

[2] - أنظر: المادة 49 من قانون الأحوال الشخصية الجزائري.

النزاعات الخاصة بالعمل[1]، و غيرها من النزاعات الهامة الأخرى، إلا أنها تبقى مصالحة من نوع خاص ذلك أن الإستفادة منها يلزم المهني – العون الاقتصادي- بدفع مبلغ من المال للإدارة، لذلك يعرف هذا الصلح بغرامة المصالحة.

و المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لم يعرف غرامة المصالحة (أولا)، إلا أنه بالمقابل قد تحدث عن أهم الأحكام التي تنظمها، حيث حدد شروطها(ثانيا)، كما تطرق لكيفية تنفيذها (ثالثا)، لذلك تجدر في النهاية تقييم المصالحة في الممارسات التعاقدية التعسفية (رابعا).

أولا: تعريف المصالحة

تُعرَف المصالحة بشكل عام، على أنها طريق لتسوية النزاعات بشكل ودي[2]. لم يُعط القانون رقم 02/04 تعريفا للمصالحة، إلا أنه قد تم تعريفها من خلال المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة[3] على أنها: " طريقة تسوية ودية بين الإدارة المكلفة بمراقبة الممارسات التجارية من جهة و المتعامل الإقتصادي المحرر من جهة أخرى، يتم من خلالها إنهاء النزاع الناجم عن مخالفة أحكام القانون رقم 02/04".

و قد إعتبرها المنشور نفسه، وسيلة عادلة، فعالة و سريعة.

و تقترب المصالحة وفقا للقانون رقم 02/04 من مفهوم الصلح في القانون المدني، فكلاهما عقد رضائي بين الطرفين، كما أنهما يتماثلان في الآثار الناجمة عن كليهما، و المتمثلة في حسم النزاع و كذا في أثرهما النسبي، حيث لا ينتفع الغير بهما، و لا يضار منهما[4]. إلا أنهما يختلفان في كون المصالحة غير مبنية على التنازل المتبادل بين الإدارة

---

[1] - المواد من 16 إلى 20 من القانون رقم 04/91 المؤرخ في 06 فيفري 1991 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، جريدة رسمية عدد6 مؤرخة في 7 فيفري 1991.

[2]- أحسن بوسقيعة: " المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص"، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص11.

[3] - منشور وزاري رقم 01/ أخ وت/ 2006، مؤرخ في 08 مارس 2006، يتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة، غير منشور.

[4] - أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 215 ، ص 216.

و العون الإقتصادي المخالف، ذلك أن الإدارة ليست طرفا في النزاع القضائي الذي يتحاشاه العون الإقتصادي المخالف، فليس أمامها ما تتوقاه أو تخشاه، على عكس الصلح المدني الذي مفاده تنازل كل من الطرفين على وجه التبادل عن حقه، تفاديا لنزاع قضائي يجمعهما معا.

ثانيا: شروط المصالحة

إن إستقراء نصوص قانون 02/04، يجد أن المشرع الجزائري قد جاء بجملة من الشروط الأولية لاستفادة المهني من المصالحة، يتعلق بعضها بالقيمة القصوى المقررة لمقدار الغرامة و التي إن تجاوزتها لا يمكن الإستفادة من المصالحة، و يرتبط بعضها الآخر بطرفي المصالحة و هما الإدارة و المهني المخالف.

1- الشروط المتعلقة بقيمة الغرامة التي تخضع للمصالحة:

نصت المادة 60 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية.

غير أنه، يمكن المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الإقتصاديين المخالفين بمصالحة، إذا كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار(1.000.000دج) إستنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين.

و في حالة ما إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار(1.000.000 دج) و تقل عن ثلاثة ملايين دينار(3.000.000 دج)، يمكن الوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة، استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين و المرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة.

عندما تكون المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج)، فإن المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية".

وفقا للمادة، فقد أجاز القانون 02/04 المصالحة في مخالفة الممارسة التعاقدية التعسفية متى كانت المخالفة المسجلة أقل من 3 ملايين دينار جزائري إستنادا ليس للعقوبة الأصلية المقررة لها، بل لقيمة الغرامة في المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين.

و تجدر الإشارة أن المادة 60 من خلال الفقرة 3، قد أغفلت الحالة التي تكون فيها المخالفة معاقبا عليها بغرامة تساوي ثلاثة ملايين دينار جزائري، و هو ما يثير اللبس في مدى جواز الأخذ بالمصالحة من عدمه إذا تساوت القيمة المصرح بها في المحضر المعد من قبل الموظفين المؤهلين مع هذا المبلغ. و مثل هذا الإشكال لم يكن قائما في ظل أحكام الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، إذ كان ينص في المادة 91 على أن المصالحة تجوز متى كان مبلغ غرامة المخالفة يساوي أو يقل عن 500.000 دج.
و يبدو أن مصطلح "يساوي" قد سقط سهوا عند إعداد نص المادة 60 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لذلك فإنه يبقى من الممكن الأخذ بالمصالحة حينما تحدد مبلغ الغرامة بقيمة 3.000.000 دج بالضبط.

2- الشروط المتعلقة بطرفي المصالحة:

طرفي المصالحة هما الإدارة و المهني المخالف – العون الإقتصادي- و تتعلق شروط الإدارة بوجوب أن تكون ممثلة في شخص مختص قانونا، أما الشروط المتعلقة بالمهني المخالف فهي تلك التي ترتبط بالوضعية القانونية التي يجب أن يكون فيها حتى يستفيد من المصالحة.

أ/ الشروط المتعلقة بمدى إختصاص ممثل الإدارة:

أشارت المادة 60 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية إلى كيفية توزيع إختصاص ممثل الإدارة و الذي يتم بحسب مبلغ الغرامة التي يقدرها الموظفون المؤهلون على النحو التالي:

- يختص المدير الولائي المكلف بالتجارة بمنح المصالحة إذا كانت المخالفة التي تمت معاينتها في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار.

- فيما يختص الوزير المكلف بالتجارة بمنح المصالحة إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار و تقل عن ثلاثة ملايين دينار.

و بالنسبة لإشكالية عدم نص المشرع الجزائري عن الحالة التي تساوي فيها الغرامة مبلغ ثلاث ملايين دينار جزائري، فهي تطرح إشكالا فرعيا آخرا يتعلق بالجهة المختصة بالمصالحة عند هذه القيمة بين المدير الولائي المكلف بالتجارة و وزير التجارة، إلا أن المنطق يقتضي إسناد الإختصاص لوزير التجارة على أساس أن إختصاص المدير الولائي يتوقف في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار.

ب/ الشروط المرتبطة بوضعية المهني المخالف:

علَقت المادة 62 من القانون رقم 02/04 إستفادة المهني المخالف من المصالحة على شرط يرتبط بالوضعية التي يكون فيها وقت وقوع المخالفة، حيث جاء فيها: " في حالة العود حسب مفهوم المادة 47 (فقرة 2) من هذا القانون، لا يستفيد مرتكب المخالفة من المصالحة و يرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية".

يستشف من تلاوة هذه المادة أن المصالحة في جريمة الممارسة التعاقدية التعسفية غير جائزة إذا كان مرتكبها في حالة عود، لكن السؤال المطروح هو أي عود يقصد المشرع؟ هل العود المعروف وفقا لقانون العقوبات[1]؟ أم هو عود إداري خاص بجرائم الممارسات التجارية؟

أحالت المادة 62 على نص المادة 47 من قانون رقم 02/04 التي عَرفت العود بموجب الفقرة 2 منها، و التي خضعت للتعديل بموجب المادة 11 من القانون رقم 06/10 المعدل و المتمم للقانون 02/04 لتصبح كما يلي: " يعد حالة عود، في مفهوم هذا القانون، قيام

[1] - المواد 54 مكرر و ما يليها من القسم الثالث المعنون بالعود، و هي نصوص خضعت أغلبها لتعديل قانون العقوبات لسنة 2006 بالقانون رقم 23/06.

العون الإقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين (2) التي تلي إنقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط"[1].

و قد إستخدم المشرع الجزائري، لفظ "العقوبة"، و العقوبة هي الجزاء الذي يوقعه القضاء إذا ثبتت المسؤولية الجنائية للشخص. إلا أنه قد إستعمل مصطلح Sanction بمعنى الجزاء، في ترجمته للنص باللغة الفرنسية، و من ثم يتسع لفظ العقوبة ليشمل الجزاء القضائي – العقوبة- و الجزاء الإداري، و تبعا لذلك يعتبر في حالة عود في نظر الإدارة: من سبق الحكم عليه قضائيا بسبب جريمة من جرائم القانون رقم 02/04 بعد رفضه للمصالحة، و قيامه بعد السنتين التي تلي انقضاء العقوبة بمخالفة أخرى عن نفس النشاط. و هنا تعلم الإدارة أن المهني المخالف، قد صدر في حقه حكما قضائيا يقضي بالعقوبة ، عن طريق ورقة تحقيق تقوم بإرسالها إلى السلطات القضائية، و التي تعاد إلى مصالحها بعد المحاكمة القضائية[2].

- من سبق و أن سدد الغرامة بعد قبوله المصالحة، بسبب مخالفته لأحكام القانون رقم 02/04 و عاود القيام بمخالفة أخرى عن نفس النَشاط، بعد السنتين التي تلي إنقضاء العقوبة الأولى.

و يؤدي هذا الطرح إلى مسلمة مفادها أَن العود وفقا لقانون 02/04 من قانون الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون رقم 06/10، هو عود أشمل من ذلك المعروف في قانون العقوبات، على إعتبار أن الجزاءات الإدارية لا يأخذ بها قانون العقوبات في تقرير حالة العود، بينما يأخذ قانون الممارسات التجارية بعقوبات القانون الجزائي إضافة للجزاءات الإدارية في تقريرها. و من شأن الأخذ بهذا الطرح الذي يوسع من مفهوم العود، التقليص من حظوظ المهنيين من الإستفادة من المصالحة كطريق بديل لحل النزاعات، الوضع الذي سينجر عنه تراكم الملفات أمام العدالة بشأن هذه المخالفات و هو ما يتناقض و مبررات فرض غرامة المصالحة الذي يهدف إلى إنقاص هذا العبء.

---

[1] - و قد كانت هذه الفقرة قبل التعديل كما يلي: " يعتبر في حالة عود، في مفهوم هذا القانون، كل عون إقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة".

[2] - أنظر ملحق رقم 5، يتضمن نموذج عن ورقة التحقيق.

و إضافة إلى توسيع المشرع الجزائري لمفهوم العود من حيث شمول تقريره على الجزائين الإداري و القضائي، وسَع كذلك في حالات تقريره من حيث نوع المخالفة، و التي أشار إلى أنه يعتبر في حالة عود المهني المخالف الذي قام بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين (2) التي تلي إنقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط، مما يعني أَن المهني يعتبر في حالة عود بغض النظر عن مِثْلِيَة المخالفة الجديدة مع تلك التي عوقب بشأنها في السابق المهم أن تتعلق بنفس النشاط، ما يؤخذ على المشرع الجزائري إذ كان من المفترض أن يُخفّف من أحكام المصالحة لزيادة فعاليتها، لا تضييق أحكامها بما ينعكس سلبا و الغاية من تقريرها. لذلك لا بد من التدخل لتلطيف أحكام العود بأن يقصره على وجوب أن تكون المخالفة الجديدة هي نفس المخالفة السابقة و التي عوقب المهني بشأنها في السابق.

ثالثا: تنفيذ المصالحة

يخضع تنفيذ المصالحة لجملة من الإجراءات التي إذا ما إنتهت بقبول غرامة المصالحة من قبل المهني المخالف أنتجت أهم آثارها و هي إنهاء كل المتابعات القضائية.

1- إجراءات المصالحة:

بعد ثبوت المخالفة و إقتراح مقدار غرامة المصالحة، يتوجب إتفاق الإدارة مع المهني المخالف حول هذه القيمة و قبول تسديدها، كي تعتبر المصالحة تامة:

أ- معاينة المخالفات و اقتراح المصالحة:

تمنح نصوص القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية لأعوان الرقابة[1]، سلطة عامة في البحث عن المخالفات المتعلقة بشفافية و نزاهة الممارسات التجارية و منها تلك الممارسات التعاقدية التعسفية، و في إطار الرقابة الدورية

[1] - و قد حددت المادة 49 من قانون رقم 02/04 أعوان الرقابة كالآتي:

- ضباط و أعوان الشرطة القضائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة،
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية،
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض.

لأماكن ممارسة النشاطات، يمكن للموظفين المؤهلين تفحص كل الوثائق و المستندات دون الإحتجاج عليهم بالسر المهني[1]، فإذا ما وجدوا في إطار هذه المعاينات أن هناك مخالفة أو مخالفات تمس أحكام القانون رقم 02/04، فإنهم يقومون بإقتراح غرامة مصالحة وفقا لما يرونه مناسبا، فالمشرع الجزائري من خلال أحكام هذا القانون لم يضع قيما محددة و ثابتة لغرامة المصالحة يلتزم الموظف المؤهل بها، كما أنه لم يحدد معايير يتم الإستناد عليها لتحديد مبلغ الغرامة، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم المساواة بين الأعوان الإقتصاديين عند إرتكابهم لنفس المخالفة، و بالتالي إمكانية فتح باب لنزاعات تكون الإدارة في غنى عنها. على عكس ما ذهب إليه المشرع في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش عندما إستحدث أحكاما خاصة بالصلح حيث حدد لكل مخالفة غرامة المصالحة المقررة لها و التي ليس على المهني المخالف الإعتراض بشأنها[2].

إلا أن المنشور الوزاري الذي يتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة، قد تدارك سكوت القانون رقم 02/04، حيث جاء بجملة من المقاييس التي يقع على العون المؤهل أخذها بعين الإعتبار، حينما يقوم بتحديد مبلغ الغرامة، لخصها في ما يلي:

- **طبيعة النشاط:**

يجب على العون المؤهل، أن يعرف طبيعة نشاط المتعامل الإقتصادي المخالف، و يصنفه في إحدى الأصناف الثلاثة التالية:

تجارة التجزئة و الخدمات،

تجارة الجملة،

الإنتاج و الإستيراد.

[1] - المادة 50 من القانون رقم 02/04.

[2] - أنظر: المادة 88، و المادة 91 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

إذ يوزع مجال تحديد مبلغ الغرامة إلى ثلاثة أجزاء محصورة بين الحد الأدنى و الحد الأقصى المعاقب به لكل مخالفة، حيث يصبح كل جزء يمثل قاعدة تحديد مبلغ الغرامة حسب تصنيف المتعامل الإقتصادي المخالف[1].

- **مقاييس أخرى:**

بعدما يتم وضع قاعدة تحديد غرامة المصالحة لكل صنف من المتعاملين الإقتصاديين، يجدر بالعون المؤهل أن يستند في تحديده لمبلغ الغرامة إلى بعض المعايير الأخرى التي من شأنها أن تؤثر على هذا المبلغ، يتعلق الأمر بـ:

- " أهمية قيمة المنتوجات و الخدمات موضوع المخالفة، و من ثم الأضرار الناجمة عنها على الإقتصاد الوطني أو المستهلك،
- أهمية النشاط الممارس (رقم الأعمال - الأرباح المحققة)،
- الطبيعة و المنفعة الإجتماعية للمنتوج أو الخدمة موضوع المخالفة و وفرتها في السوق،
- سلوك المخالف."[2]

إن مبلغ المصالحة المقترح يثبت في محضر رسمي[3] يحرر فيه الموظف أو العون المؤهل، البيانات التالية:

- هوية و صفة الموظفين الذين قاموا بالمعاينة[4]،
- تصنيف المخالفة مع الأساس القانوني لها،
- ذكر قيمة الغرامة المقترحة،
- هوية مرتكب المخالفة و نشاطه و عنوانه، و توقيعه إذا كان حاضرا، و إذا كان غائبا أو رفض التوقيع أو عارض غرامة المصالحة المقترحة ينوه العون المؤهل بذلك في المحضر[1].

---

[1] - أنظر: الصفحة 10 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.

[2] - أنظر: الصفحة 11 من المنشور الوزاري نفسه.

[3] - أنظر الملحق رقم 6 يتضمن نموذج عن محضر رسمي.

[4] - المادة 56 من القانون رقم 02/04.

و يلزم العون المؤهل بإشعار العون الإقتصادي المخالف بإجراء المصالحة، و إعلامه بأنها طريق لتسوية النزاع وديا، تسمح بتفادي المتابعات القضائية[2]، إذا ما قبلها العون المخالف يستفيد بقوة القانون من تخفيض بنسبة 20 % من المبلغ الأولي المقترح من قبل العون المؤهل[3].

ترفع هذه المحاضر المثبتة للمخالفات إلى المديرية الولائية للتجارة التي يمكنها أن تتصرف فيه وفقا لأحكام المصالحة، فقد تحيل الملف مباشرة إلى وكيل الجمهورية في الحالات التالية:

- حالة العود.
- حالة تجاوز مبلغ الغرامة قيمة ثلاث ملايين دينار.
- حالات رفض المهني المخالف للمصالحة مفضلا اللجوء إلى القضاء
- عندما يرفض المهني المخالف التوقيع على المحضر.

ب/ الإتفاق حول المصالحة:

لما كانت المصالحة هي طريق ودي يمتاز بالرضائية، يكون المهني المخالف حر في قبولها مباشرة أو بعد تقديم إعتراضه حول قيمتها، كما له أن يرفضها مفضلا المتابعة القضائية.

ب$_1$- قبول المهني المخالف مبلغ الغرامة المقترح:

إذا قبل المهني المخالف مبلغ الغرامة، يقع على العون المؤهل أن يشير إلى ذلك في المحضر مع ذكر قيمة الغرامة المقترحة، بعد القيام بإجراء التخفيض.

يرسل المحضر إلى المدير الولائي، الذي يتثبت من كون المصالحة من إختصاصه، و يكون عليه إذا كانت كذلك، القيام بما يلي:[4]

---

[1] - المادة 56 و 57 من نفس القانون.

[2] - أنظر: الصفحة 03 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة

[3] - المادة 61 فقرة 04 من نفس القانون.

[4] - أنظر: الصفحة 05 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.

- تفقد مطابقة المحضر و مبلغ الغرامة المقترحة،
- تسجيل المحضر في سجل المنازعات،
- إرسال أمر بالدفع للمهني المخالف، لدى أمين خزينة الولاية التي تمت معاينة المخالفة على مستواها[1].

و يمنح للمهني المخالف، أجل 45 يوما إبتداءا من تاريخ قبوله المصالحة من أجل دفع مبلغ الغرامة، تحت طائلة إحالة الملف على وكيل الجمهورية قصد المتابعة القضائية[2].

بمجرد تسديد مبلغ غرامة المصالحة، يعد المدير الولائي شهادة تدعى بـ " شهادة معاينة التسديد"، تدرج في ملف المتابعة الذي تحفظه مصلحة المنازعات على مستواها.[3]

أما إذا كان مبلغ غرامة المصالحة يدخل ضمن إختصاص وزير التجارة و بعد أن يحال المحضر على المدير الولائي للتجارة من قبل الأعوان المؤهلين، يرسل المدير الولائي الملف مرفوقا ببطاقة تحليلية عن المخالفة موقعة من قبله، للمدير الجهوي للتجارة، الذي بدوره يقوم بإرسال نسخة عنهما إلى وزارة التجارة ممثلة في المديرية العامة للرقابة الإقتصادية و قمع الغش. تعد هذه الأخيرة بعد تلقيها للمحضر أمرا بالدفع، ترسله إلى المدير الولائي للتجارة، الذي يبلغه للمهني المخالف من أجل تسديد المبلغ لدى أمين خزينة الولاية و حفظ الملف لدى مصلحة المنازعات، بعد إصدار المدير الولائي للتجارة لشهادة التسديد[4].

ب2- إعتراض المهني المخالف على مبلغ غرامة المصالحة:

قد يحدث و أن يعترض المهني المخالف على مبلغ غرامة المصالحة المقترح من طرف الأعوان المؤهلين، و في هذه الحالة يسلمه هؤلاء وثيقة إعتراض، على أن يتقدم المهني

---

[1] - أنظر الملحق رقم 7، يتضمن نموذجا عن أمر بالدفع.

[2] - المادة 61 فقرة 07 من القانون رقم 02/04.

[3] - الصفحة نفسها من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.

[4] - أنظر : الصفحة 07 من نفس المنشور.

المخالف بطعنه المعلل إلى المدير الولائي للتجارة في ظرف 08 أيام إبتداءا من تسليم المحضر له[1].

فإذا كانت المصالحة من إختصاص المدير الولائي للتجارة، يعرض الطعن بعد تسجيله لدى المصلحة المكلفة بالمنازعات، على لجنة خاصة لتقدير قبول الطعن أو رفضه، و تصدر أمرا بالدفع حسب أحد الوجهين:

- أمر بدفع المبلغ الأول المقترح من طرف الأعوان المؤهلين إذا رفضت إعتراض المهني المخالف،
- أمر بدفع مبلغ معدل، إذا قبلت إعتراض المهني المخالف.

فإذا سدد المهني المخالف مبلغ الغرامة الجديد، يحفظ الملف، أما إذا رفضه يحال الملف على وكيل الجمهورية[2].

و الملاحظ أن القانون رقم 02/04 لم يشر لا من قريب و لا من بعيد للجنة المختصة بدراسة الطعون، و هي لجنة اُستحدثت من خلال أحكام المنشور الوزاري و التي تتشكل من:[3]

- المدير الولائي للتجارة أو ممثله المؤهل لذلك، رئيسا،
- رئيس مصلحة المراقبة و المنازعات،
- رئيس مكتب مراقبة الممارسات التجارية و المنافية للمنافسة،
- رئيس مكتب المنازعات،
- ممثل عن المصالح المتعاونة (الأمن الولائي، مجموعة الدرك الوطني، مصالح الضرائب) متى كانت معنية بالمحاضر المبرمجة و المحالة على اللجنة.

[1] - المادة 61 فقرة 02 من القانون رقم 02/04.

[2] - أنظر : الصفحة 06 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.

[3] - أنظر: نفس الصفحة عن نفس المنشور الوزاري.

أما إذا كان الإعتراض على المصالحة من إختصاص وزير التجارة، و بعد تقديم المهني المخالف إعتراضا مكتوبا في أجل 8 أيام أمام المدير الولائي للتجارة يرسل هذا الأخير، للمديرية العامة للرقابة الإقتصادية و قمع الغش، الوثائق التالية:[1]

- الإعتراض المقدم من قبل المهني المخالف،
- نسخة عن محضر المخالفة،
- البطاقة التحليلية للمخالفة.

تقوم المديرية بدراسة الإعتراض و البث فيه، و تصدر أمرا بدفع إما:

- المبلغ الجديد للغرامة، إذا قبلت الإعتراض،
- المبلغ الأول نفسه، إذا رفضت الإعتراض.

ترسل المديرية العامة للرقابة الإقتصادية و قمع الغش، الأمر بالدفع إلى المدير الولائي، الذي يتبع نفس الإجراءات السابقة أي حفظ الملف إذا سدد المهني المخالف مبلغ الغرامة، أو إحالة الملف على القضاء إذا تعَنت المهني.

2- آثار غرامة المصالحة:

تنص الفقرة 5 من المادة 61 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على ما يلي: " تنهي المصالحة المتابعات القضائية".

و وفقا للمادة، فإن أهم ما يترتب على المصالحة هو توقيف المتابعات القضائية، إذ تجنب المهني المخالف طرح النزاع أمام القضاء بمجرد تسديده لمبلغ الغرامة في أجل 45 يوما لدى خزينة الولاية.

و ما يميز الغرامة التي تحكم بها الجهات القضائية و غرامة المصالحة، هو أن الأولى تدفع لدى قباضة الضرائب، أما الثانية فتدفع عند خزينة الولاية.

[1] - أنظر : الصفحة 08 من المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة.

رابعا: تقييم المصالحة في مجال الممارسات التعاقدية التعسفية

جاءت المادة 60 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عامة تطال كل مخالفة لأحكام هذا القانون. كما أن المنشور الوزاري الذي يتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة لم يشر لأي تحديد نوعي.

و الممارسة التعاقدية التعسفية، إحدى هذه المخالفات التي يمكن للأعوان المؤهلين أن يعاينوها بمجرد إطلاعهم على العقود النموذجية الإنفرادية التي يعدها المهنيون بغض النظر عن الدعامة المادية لها.

إلا أن الواقع العملي، يثبت عدم فعالية المصالحة في الممارسات التعاقدية التعسفية، ذلك أن الأعوان المؤهلين عادة ما لا ينتبهون لتفحص نماذج العقود أو شهادات الضمان للكشف عن البنود التعسفية، على الرغم من السلطة الواسعة التي خصها لهم المشرع في إطار الرقابة الدورية، إذ يمكنهم أن يتفحصوا كل المستندات و الوسائل الموجودة في محل ممارسة المهني لنشاطه، دون الإحتجاج عليهم بالسر المهني، و دون الحاجة لإذن قضائي. و كان يجدر بالمشرع في إطار هذه السلطة الواسعة وفقا للمادة 50 من القانون رقم 02/04، النص على مسألة فحص الأعوان المؤهلين للعقود النموذجية المعروضة على جماعة المستهلكين، على وجه التحديد لضبط المارسات التعاقدية التعسفية.

و يعود سبب عدم إنتباههم الأساسي، أنهم في الكثير من الأحيان لا يتمتعون بمؤهلات كافية في مجال العقود بصفة عامة، و في عقود الإستهلاك بصفة خاصة.

و الواقع أن عدم فعالية المصالحة، لا يقتصر على المخالفات المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية، بل يمتد لكافة المخالفات الأخرى، فالأعوان الإقتصاديين المخالفين عادة ما يفضلون اللجوء إلى القضاء بدل دفع غرامة المصالحة و ذلك للأسباب التالية:

- إمتياز القضاء بطول الإجراءات و إمكانية إستعمال الحيل حولها، مما يساعدهم على ربح الوقت من أجل توفير مبلغ الغرامة الذي قد تحكم به المحكمة،
- إمكانية الإستفادة من ظروف التخفيف، أو من حكم غير نافذ.

الفرع الثاني
الجزاء القضائي

يمتاز القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بطابعه الجزائي، لذلك فالقضاء الجزائي هو المجال الواسع و الخصب لقمع الجرائم المتعلقة بهذا القانون، و بصفة خاصة جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية.

و تتمثل عقوبة الممارسات التعاقدية التعسفية، في الغرامة.

و إن كان يبدو للوهلة الأولى أن الغرامة جزاء خفيف لا يحقق الردع الكافي إلا أن العكس صحيح بالنظر لما يمثله عنصر المال من أهمية في الحياة الاقتصادية لأي مهني- عون إقتصادي-.

و إذا كانت الغرامة هي العقوبة الأصلية (أولا)، فإن العقوبات التكميلية هي الأخرى لها تأثير قد يتعدى التأثير الذي تحدثه العقوبة الأصلية، إذ قد يمس جوهر النشاط الإقتصادي (ثانيا).

أولا: العقوبات الأصلية

العقوبة الأصلية هي تلك العقوبة التي يمكن الحكم بها بصورة مستقلة، دون أن تقترن بها أي عقوبة أخرى[1].

إن جريمة الممارسة التعاقدية التعسفية هي جريمة ذات طابع جنحي، ذلك أن المشرع الجزائري قد إختار لها عقوبة تعكس هذا التكييف و هي الغرامة، و قد جاء النص على الغرامة بوصفها العقوبة الأصلية لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية، في المادة 38 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية كما يلي: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

[1] - المادة 4 من قانون العقوبات، معدلة بالقانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 84، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

و بالتالي فإن المهني الذي يفرض بنودا تعسفية على المستهلك يعاقب بغرامة تتراوح من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج، بحسب تقدير القاضي.

- تضاعف هذه العقوبة في حالة العود، كما يمكن فضلا عن ذلك معاقبة المهني العون الإقتصادي- العائد، بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمسة أشهر وفقا للمادة 11 من القانون رقم 06/10 المعدل و المتمم للقانون رقم 02/04.

و وفقا لقانون العقوبات في مادته 18 مكرر[1]، فإنه متى كان العون الإقتصادي شخصا معنويا، فإن الغرامة المطبقة عليه تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للمهني عندما يكون شخصا طبيعيا، أي أن الغرامة المقررة للعون الإقتصادي في جنحة الممارسات التعاقدية التعسفية إذا كان شخصا معنويا تساوي خمسة ملايين دينار جزائري أو خمس مرات منها حسب تقدير القاضي الجزائي.

ثانيا: العقوبات التكميلية

إلى جانب العقوبات الأصلية، هناك عقوبات تكميلية تضاف إليها إجباريا أو إختياريا[2].

و قد نص قانون العقوبات على هذه العقوبات التكميلية في المادة 9 منه فيما يخص الشخص الطبيعي، و في المادة 18 مكرر فقرة 3 بالنسبة للشخص المعنوي.

و تتمثل العقوبات التكميلية التي جاء بها القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المصادرة[3]، المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة[4]، نشر الحكم[5].

و الملاحظ بعد إستقراء نص المادة التي تتحدث عن المصادرة أنها لم تشمل صراحة حالة الممارسات التعاقدية التعسفية حينما تم تنظيمها، لذلك فإن العقوبات التكميلية في إطار

---

[1] - معدلة بالقانون رقم 23/06 نفسه.

[2] - أنظر المادة 4 من قانون العقوبات، معدلة بالقانون رقم 23/06.

[3] - المادة 44 من القانون رقم 02/04.

[4] - المادة 11 من القانون رقم 06/10 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 02/04.

[5] - المادة 48 من القانون رقم 02/04.

جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية وفقا لقانون 02/04، تتعلق بـ: عقوبة نشر الحكم و كذا المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة.

1- عقوبة نشر الحكم:

عقوبة نشر الحكم عقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية في قانون العقوبات الجزائري، يتم تطبيقها في حالات قليلة فهي جوازية في بعض الحالات و وجوبية في حالات أخرى، و هذا طبقا لنص المادة 18 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06 و التي تنص: " للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها، و ذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على أن لا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض، و ألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا".

و الملاحظ على هذه العقوبة أنه يجب النص عليها صراحة في نصوص القوانين الخاصة، و هو ما فعله المشرع في القانون رقم 02/04 إذ أجاز من خلال المادة 48 منه للقضاء، الحكم على نفقة المحكوم عليه بنشر الحكم كاملا أو خلاصة منه في الصحافة الوطنية أو لصقه في الأماكن التي يحددها.

و على خلاف الحال في القواعد العامة يستعين المشرع بجزاء نشر حكم الإدانة على نطاق واسع في الجرائم الاقتصادية، لما لهذا الجزاء من أثر فعال في مكافحتها، فهو يصيب المحكوم عليه في سمعته في الوسط العملي الذي يمارس فيه نشاطه، فليس أضر عليه من أن يسمع زبائنه من جماعة المستهلكين الذين يعتمد عليهم في كسبه، بممارسته التعسفية قبلهم، و بأنه غير نزيه و بالتالي لا يمكن الثقة فيه، فمما لا شك فيه أن التشهير بالمحكوم عليه بتعليق حكم إدانته على واجهة محله سيكون أبلغ أثرا من العقوبة الأصلية المتمثلة في الغرامة، التي يظل تنفيذها خافيا على المستهلكين.

2- المنع من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة:

أجاز المشرع الجزائري في المادة 16 مكرر من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06 ، للقاضي أن يحكم على المُدان، بالمنع من ممارسة النشاط لمدة 5 سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة، متى تبين للقاضي أن الجريمة لها علاقة مباشرة بمزاولته.

أما في القانون رقم 02/04 فقد نص المشرع على هذه العقوبة في حالة العود وفقا للمادة 47 ، و قد جاء موقفه متشددا حينما عدَل هذه المادة بموجب القانون رقم 10/06، حيث نص في المادة 11 منه على جواز منع المهني العائد المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط دون تحديد بغض النظر عن كونه نشاطه الأساسي الذي حوكم بسببه كما كانت تقره المادة 47 قبل التعديل ، و بغض النظر عن علاقة الجريمة بالنشاط كما جاء في المادة 16 مكرر من قانون العقوبات.

كما قام المشرع في المادة 11 نفسها برفع المدة المقررة للمنع المؤقت حتى العشر سنوات.

و هو ما ينطوي عن خطورة هذه العقوبة التكميلية التي يجدر على القاضي التفكير و التريث قبل النطق بها.

المطلب الثاني

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

من خلال الجزاءات المدنية

بالرغم من أهمية الجزاءات الجزائية إلا أنها لا تحقق الحماية الآنية التي يبغيها المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، على إعتبار أن المشرع قد قصد من وراءها قمع الممارسة التعاقدية التعسفية كفعل مجرم بوجه عام دون التطرق لمصير الشرط التعسفي في حد ذاته.

تتمثل غاية المستهلك المباشرة و مصلحته الآنية، في أنه عادة ما يرغب في المضي في العقد لحاجته إليه، لكن فقط دون وجود الشرط أو الشروط التعسفية التي ترهقه، لذلك فإن

اللجوء للجزاءات المدنية عن طريق البحث في القواعد العامة عن جزاء مناسب يبقى لجوءا أكثر فعالية، لما له من تحقيق للمصلحة الخاصة للمستهلك.

و في هذا الإطار، أقر المشرع الجزائري سلطة واسعة للقاضي المدني لمواجهة الشرط التعسفي (الفرع الأول)، إلا أن هذه السلطة على إطلاقها قد تعجز عن تحقيق الحماية للمستهلك لأنها محصورة في ما يراه القاضي مناسبا وفقا لتقديره، لذلك ينبغي البحث في نظريات القانون المدني للنظر في إمكانية الإستناد عليها لتحقيق جزاء مدني مناسب للشرط أو الشروط التعسفية (الفرع الثاني)، و يبقى طلب التعويض طريق هام أمام المستهلك لرفع التعسف الذي وقع فيه عند تنفيذه للشرط أو الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الدور المنوط بالقاضي المدني لمواجهة الشروط التعسفية

لم ينص المشرع الجزائري على مسألة إيراد جزاء مباشر للشروط التعسفية حينما نظمها بموجب القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و فضل بالمقابل إحداث تكامل بين قواعد هذا القانون و قواعد القانون المدني عن طريق مد صفة الإذعان إلى عقود الإستهلاك، الأمر الذي من شأنه أن يحقق للمستهلك صراحة نوعا من الحماية التي تقررها نصوص القانون المدني للطرف المذعن من خلال أحكام المادة 110 منه و التي منح المشرع بموجبها للقاضي سلطة واسعة في التصرف بالشروط التعسفية ، تصرفا يصل إلى حد إبطالها (أولا). إضافة إلى أن المستهلك يمكنه الإستفادة من أحكام المادتين 184 و 185 من القانون المدني إذا تعلق الأمر بالشروط الجزائية التعسفية بصورة خاصة (ثانيا).

أولا: مكافحة القاضي للشروط التعسفية عبر أحكام عقود الإذعان

تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن

يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة، و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح " أداة قوية في يد القاضي"[1]، تتمثل في إمكانية توقيع الجزاء المناسب للشرط التعسفي تعديلا أو إعفاءا وفقا لسلطته التقديرية، لا يتقيد في ممارستها إلا بما تقرره مبادئ العدالة، الأمر الذي من شأنه أن يوفر الحماية المباشرة للمستهلك بما تقتضيه مصلحته الخاصة.

إلا أن سلطة القاضي التقديرية و عقد الإستهلاك بين يديه - بإعتباره عقد إذعان- لا يمكن أن تتكون دون المرور بعمليات فنية و قانونية.

1- تعامل القاضي مع عقد الإستهلاك:

بغية توقيع الجزاء المدني المناسب، و بعد التأكد من طبيعة العقد، بالنظر إلى أطرافه و كذا الطريقة التي حرر بها، يتعين على القاضي القيام بما يلي:

أ/ تفسير الشروط التعاقدية:

يقصد بالتفسير تلك العملية الفنية لتوضيح العقد، و التي يقوم بها القاضي حينما ينشأ خلاف بين المتعاقدين حول شرط أو عدة شروط تعاقدية بعد طرح النزاع على القضاء.

ومن الناحية الإجرائية فإن التفسير قد يكون محلا لدعوى مستقلة- و هذا الوجه ليس هو المقصود بالدراسة-، و قد يأتي بصورة ضمنية إثر قيام القاضي بمراقبة العقد وتفحصه بغية القيام بتعديله، لذلك فالدعوى هنا تتعلق بتعديل العقد لا بتفسيره، وهذا هو الهدف من تناوله.

وسواء تعلق الأمر بدعوى تفسير مستقلة أو بتفسير ضمني، فإن هذا لا يغير من الأمر شيء بالنظر للقواعد الموحدة التي يتبعها القاضي في كليهما.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام"، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 250.

و قد عالج المشرع الجزائري ضوابط التفسير في المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري، و التي تنصرف إلى ثلاث حالات يختلف فيها موقف القاضي وفقا لكل حالة هي:[1]

- **حالة وضوح عبارات العقد:**

فمتى كانت عبارات العقد واضحة بحيث يكون من السهل الكشف على مدلولها من قبل القاضي، لا يجوز الإنحراف عنها و تأويلها وفقا للمادة 111 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

- **حالة غموض عبارات العقد:**

في حالة غموض عبارات العقد، فإن الأصل في التفسير هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، و قد وضع المشرع وفقا للمادة 111 فقرة 2 معايير موضوعية من شأنها أن تسهل دور القاضي في الكشف عنها، تتمثل في الإستهداء بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، و كذا لما هو سائد عرفا في المعاملات.

- **قيام الشك في تفسير عبارات العقد:**

أقرت المادة 112 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، أنه متى قام لدى القاضي شك في تحديد المقصود من عبارة أو عبارات تعاقدية معينة، يجب أن لا يضر هذا الشك أبدا بمصلحة المدين بل يجب أن تصب في مصلحته.

وفي الحقيقة فهذه الحالات عند التفسير، تعني كل العقود التي تنشؤ عن إرادتين مشتركتين تكَونان معا الإرادة التعاقدية، إلا أن المسألة في عقود الإستهلاك بوصفها عقود إذعان تختلف، ذلك أن المهني هو صانع العقد فهو من يحرر بنوده وفقا لما يخدم مصالحه، لذلك فلا يمكن تفسير عقد الإذعان بالنظر للنية المشتركة للمتعاقدين والتي تغيب أصلا في مثل هذه العقود[2].

---

[1] - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص276، ص277، ص282، ص283، ص286. و محفوظ لعشب بن حامد: المرجع السابق، ص144.

[2]- فطيمة عاشوري: " تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005، ص74.

و عليه فالقاضي عندما يفسر عقود الإستهلاك يكون عليه إحترام حالتين فقط، فالعقد إما أن تكون عباراته واضحة و يخضع هنا للقاعدة العامة و هي عدم جواز التفسير بما يجاوز مدلولها، و إما أن تكون عبارات العقد غامضة، و قد نصت في هذا الصدد المادة 112 فقرة 2 على ما يلي: " غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان، ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

و يمثل مثل هذا النص خروجا عن القاعدة التي مفادها تفسير الشك لصالح المدين، إلى تفسير الشك لصالح المذعن بغض النظر عما إذا كان دائنا أو مدينا.

و تجد هذه الحماية الخاصة للمذعن أساسها في أنه لا يجب أن يفسر عقد لم يكن للمستهلك فيه أي دور في صياغته و لا في التفاوض بشأنه في غير مصلحته، إذ من العدل أن يتحمل المهني المذعن له، عبء ما إقترفت يداه، باعتباره المتسبب في ما إكتنف العقد من غموض إثر إنفراده بتحريره[1]. ضف إلى ذلك أن المستهلك المذعن يفترض فيه المشرع الجزائري أنه هو الطرف الضعيف في العقد، دائنا كان أو مدينا وهو الذي تجدر حمايته دائما.

وفي ما يخص مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا في التفسير، فمن المعروف أن المحكمة العليا هي محكمة قانون و ليست محكمة واقع، فهي ليست جهة للتقاضي، بل يقتصر دورها على مراقبة التطبيق الصحيح و السليم للقانون من قبل القضاة.
وهذا المبدأ هو مبدأ عام يسري كذلك في إطار تفسير العقود، حيث يمكن للمحكمة أن تنظر في جميع المسائل القانونية المتعلقة بقواعد التفسير، إذ يخضع القاضي إذا ما خالفها لرقابتها بوصفها قواعد يلزم القاضي بإتباعها.

وتتعلق المسائل التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا في إطار عقود الإذعان على وجه الخصوص في قاعدتين هما:[2]

---

[1]- محمد إبراهيم البنداري: المرجع السابق، ص289، ص290.

[2]- لمزيد من التوسع راجع: فطيمة عاشوري: المرجع السابق، ص 77-85 و محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص289، ص290.

- قاعدة الإلتزام بعدم تأويل العبارات متى كانت واضحة.
- قاعدة تفسير الشك لصالح الطرف المذعن.

ب/ الكشف عن اللون التعسفي للشرط:

بعدما يفهم القاضي جيدا البنود التعاقدية و ذلك بتفسيرها، يقع عليه البحث بين بنوده، عن تلك التي تعتبر تعسفية وفقا لما يدعيه المستهلك، و الواقع أن القاضي سيجد نفسه أمام نوعين من البنود وفقا للنظام القانوني للشروط التعسفية:

- الشروط التعسفية التي عددها المشرع الجزائري بنص المادة 29 من قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و كذا المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.
- شروط جديدة يجدر على القاضي التأكد من اللون التعسفي لها.

و لا سلطة تقديرية للقاضي للتأكد من تعسفية الشرط أو الشروط إذا كان الشرط أو الشروط التي يدعي المستهلك تعسفيتها واردة في المادة 29 من قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أو في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ذلك أنها تحوز صفة التعسف بقوة القانون، ولا يلزم المستهلك بإثبات لونها التعسفي.

أما إذا كان الشرط أو الشروط التعسفية التي يدعي المستهلك أنها كذلك، غير مذكورة في القائمتين اللتين حددهما كل من القانون رقم 02/04 و كذا التنظيم رقم 306/06، تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة للتأكد من تعسفيتها أولا، ليرى فيما بعد توقيع الجزاء المناسب من عدمه.

وفي إطار الشروط الجديدة الغير مذكورة في القوائم، يجدر التذكير إلى أن المشرع الجزائري مقابل إتيانه لقوائم بالشروط التعسفية قد وضع قاعدة عامة لتحديد الطابع

التعسفي للشرط من خلال المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تتمثل في وجوب أن يؤدي الشرط أو الشروط إلى الإخلال الظاهر بين حقوق و واجبات المهني و المستهلك، حتى تعتبر تعسفية[1]. و على أساس هذه القاعدة يجب على المستهلك أن يثبت أن الشرط أو الشروط قد أدت إلى هذا الإخلال وفقا للمبدأ الثبوتي المعروف في القواعد العامة البينة على من إدعى، و يقع على القاضي إعمال سلطتة التقديرية للتأكد من صحة ما يدعيه المستهلك وفقا لنفس القاعدة.

و يستعين القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط أو الشروط بما ورد في نص المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 02/04 من وجوب النظر في ما يحدثه الشرط لوحده أو بإرتباطه مع شروط أخرى في نظر الإخلال الظاهر، كما يمكنه أن يستعين بما ستنشره لجنة الشروط التعسفية من شروط تعسفية في المستقبل.

2- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها:

أقرت المادة 110 من القانون المدني الجزائري صراحة بسلطة القاضي في التصرف بالبنود التعسفية تعديلا أو إلغاء، و استقراء هذه المادة يتضح منه أنها تعالج مسألتين هامتين، ترمي الأولى إلى تحديد محتوى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها، و تتطرق الثانية لطبيعة سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها.

أ/ محتوى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها:

يملك القاضي سلطة مباشرة و صريحة للتدخل في تعديل عقود الإذعان، بغية استرجاع ما كانت تفتقده هذه العقود من مساواة بين طرفيها، عن طريق وجهين:

يتعلق الوجه الأول بتعديل الشروط التعسفية، و الذي يقصد به رد هذه البنود إلى المستوى المطلوب في الأحوال العادية، عن طريق التخفيف و التلطيف من وطأتها على المستهلك، فمثلا لو أن بندا يتعلق بتحديد بعيد للمحكمة المختصة في حال النزاعات

[1]- إرجع في تحديد الطابع التعسفي للشروط إلى الصفحة 66 من المذكرة.

عن المكان الذي يقطن فيه المستهلك و ظهر للقاضي أنه تعسفي، جاز له أن يعدل مكان اختصاص المحكمة إلى ما فيه مصلحة المستهلك بالدرجة الأولى، و مثل هذه السلطة في التعديل من شأنها أن تجرد الشرط من لونه التعسفي إلى شرط تعاقدي عادي لا ضرر من إعماله.

أما فيما يخص الوجه الثاني، المتعلق بإعفاء الطرف المذعن نهائيا من الشرط أو الشروط التعسفية، فهو جزاء مباشر و واضح، يرمي القاضي من وراءه إلى إعتبار الشرط لاغ و غير مكتوب.

والأولى أن يُعمل القاضي الوجه الأول المتعلق بتعديل الشروط التعسفية، فلا يلجأ إلى إعفاء المستهلك منها إلا في الحالة التي يستحيل معها تعديل مثل هذه البنود أو في الحالة التي لا يؤدي فيها إعمال الإعفاء إلى بطلان العقد كاملا إذا كان من غير الممكن إبقاء العقد بإسقاط الشرط خصوصا و أن المشرع سكت عن مثل هذه الحالة، مما يعني من سكوته أنه لا يخول للقاضي سلطة إبطال العقد بأكمله على اعتبار أن هذا لا يتناسب وغاية المشرع في المحافظة قدر المستطاع على الروابط التعاقدية و إستقرارها.

وقد منح المشرع الجزائري من خلال المادة 110 من القانون المدني، للقاضي سلطة واسعة في توقيع الجزاء الذي يراه مناسبا تخفيفا أو إلغاءا وفقا لتقديره الذي يجب فقط أن يتفق و العدالة.

ب/ طبيعة سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها:

إن طبيعة سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية تحقق ضمانا للمستهلك إلا أنها بالمقابل مقصورة فيما يراه القاضي مناسبا.

ب$_1$/هي سلطة من النظام العام:

تعد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، لذلك فقد إعتبر المشرع الجزائري أن كل إتفاق على مخالفة أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري هو إتفاق باطل.

و يعزز مثل هذا المبدأ من حماية المستهلك في مواجهة المهني، ذلك أنه من شأن إجازة مثل هذه الإتفاقات إستفادة المهني من الوضع، بأن يحرم المستهلك من حقه في اللجوء إلى القضاء المدني و طلب جبر ضرره من جور الشروط التعسفية التي أوقعه فيها المهني، حيث يقوم هذا الأخير بإدراج شرط في العقد يسلب من خلاله حق المستهلك من اللجوء إلى القضاء و طلب حمايته من الشرط أو الشروط التعسفية[1] تأسيسا على أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

ب$_2$ *I* هي سلطة جوازية:

إن تحقيق مثل هذا الجزاء المتمثل في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المستهلك منها، ليس متوقعا دائما، إذ في إطار إعمال القاضي لسلطته التقديرية، قد يصل إلى توقيعه و بالتالي حماية المستهلك من الشروط التعسفية، و قد يبقي على العقد كما هو، إذا ما إرتأى ذلك.

وبالمقابل فإن الضابط الذي وضعه المشرع الجزائري للقاضي حينما يعمل سلطته التقديرية و المتعلق بوجوب إحترام العدالة، هو ضابط غير ثابت يختلف من شخص إلى آخر، فما يراه قاض ما عادلا قد لا يراه قاض آخر كذلك.

لذلك فان إطلاق العنان للقاضي في توقيع الجزاء المناسب تعديلا أو إعفاءا من البنود التعسفية– و إن كان دورا في غاية الأهمية مع غياب جزاء مدني- عن طريق ما له من سلطة جوازية، قد يضعف حظوظ المستهلك من بريق الأمل المباشر للتخلص من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، باعتباره سلطة محصورة في يد القضاة يتحكمون فيها وفقا لما يرونه مناسبا من وجهة نظرهم الشخصية.

[1] - أنظر: عمر عبد الباقي: المرجع السابق، ص 485، محمد البنداري، المرجع السابق، ص 100، ، عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام"، المرجع السابق، ص 250.

ثانيا: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي التعسفي

إذا كان الشرط الجزائي هو تعويض إتفاقي يحدده الطرفان بإرادتهما المشتركة ليسري في مواجهتهما معا إذا ما أخل أحدهما بالتزاماته العقدية على النحو الذي يكفل للطرف الآخر الضرر الحاصل، فإنه في عقود الإستهلاك، قد يأخذ منحا آخرا، ذلك أن المهني هو الذي يتحكم فيه عند تحريره للعقد بما يخدم مصالحه، و قد عالج المشرع الجزائري من خلال المادتين 184 و 185 من القانون المدني الجزائري أهم أوجه هذا التحكم و التي منح للقاضي بعد إثباتها من قبل المستهلك دائنا كان أو مدينا، سلطة واسعة لمواجهة مثل هذه الصور للشروط الجزائية التعسفية تعديلا أو إعفاءا. و هي سلطة من النظام العام، حيث لا يجوز الإتفاق على سلب القاضي سلطته هذه.

و تأخذ سلطة القاضي في مواجهة الشروط الجزائية التعسفية حالات ثلاثة هي:

- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي التعسفي.
- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي التعسفي.
- سلطة القاضي في إعفاء المستهلك من الشرط الجزائي التعسفي.

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي التعسفي:

تنص المادة 184 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

من خلال هذا النص يتضح أن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي التعسفي يعملها في وضعين، فهو إما أن يخفض الشرط الجزائي متى كان مفرطا فيه و إما أن يخفضه إذا أثبت المستهلك أنه قد قام بتنفيذ إلتزامه الأصلي تنفيذا جزئيا يقتضي رد التعويض إلى الحد المعقول.

أ/ تخفيض الشرط الجزائي بسبب الإفراط في تقديره:

وتمثل هذه الحالة، الحالة الشائعة التي يوردها المهني في عقوده، لما لها من تحقيق لفائدة مالية مباشرة و فعالة، أمام عدم خبرة المستهلك بالأحكام القانونية.

والإفراط معناه المبالغة في تقدير الشرط الجزائي، بما يحقق معه عدم تناسب كبير بين الضرر الحاصل و التعويض[1].

فمتى تبين للقاضي وجود مثل هذا الإفراط، كان عليه أن يخفض في مقدار الشرط للحد الذي من شأنه تحقيق تناسب يكفي فيه أن يكون معقولا[2] بين الضرر الذي نجم عن الإخلال بالإلتزام الأصلي و قيمة الشرط الجزائي كمقدار للتعويض.

ب/ تخفيض الشرط الجزائي بسبب تنفيذ المستهلك لجزء من إلتزامه الأصلي:

قد يحدث و أن يدرج المهني بندا في العقد مفاده أن القيمة التي يبينها الشرط الجزائي مستحقة في كل حالات الإخلال بالإلتزام، و الواضح أن مثل هذا الشرط غير منطقي، إذ لا يعقل أن يدفع المستهلك مبلغا يفوق حدود ما أخل به في الفرض الذي يقوم فيه بتنفيذ إلتزامه تنفيذا جزئيا، خصوصا و إن كان الإلتزام الأصلي قابلا للإنقسام[3]، مما يعني أن المهني هنا سيتفيد إستفادة كبيرة من خلال ما سيجنيه عند تنفيذ المستهلك لإلتزامه جزئيا، و كذا مقدار الشرط الجزائي، لذلك فقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة التدخل لرد

---

[1] - خديجة فاضل: " تعديل العقد أثناء التنفيذ"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، ص96.

[2]- على أساس أنه من الصعب في أغلب الأحيان أن يكون التقدير دقيقا، بحيث يتناسب كلية و الضرر الحاصل، أنظر:

محمد مرعي صعب: " البند الجزائي، دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 264.

[3] - و مسألة قابلية الإلتزام الأصلي للإنقسام مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، أنظر:

خديجة فاضل: المرجع السابق، ص 98.

الشرط الجزائي لحده المعقول إستنادا لمبررات قانونية أكثر منها تحقيقا للعدالة تتعلق بعدم جواز الجمع بين طريقين للتعويض، و كذا إثراء المهني على حساب المستهلك.

و يراعي القاضي عند تخفيض التعويض ما تحصل عليه المهني من فائدة بعد تنفيذ المستهلك لإلتزامه بصورة جزئية و ما حصل له من ضرر، مقابل تفحص نوعية التنفيذ و مدى سلامته[1].

و يقع على المستهلك من أجل إستفادته من تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة أن يثبت أنه قام فعلا بتنفيذ إلتزامه الأصلي في جزء منه، و إلا فلا مجال لإعمال سلطة القاضي.

2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي التعسفي:

تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشا، أو خطأ جسيما".

و يمكن أن تتحقق مثل هذه الحالة في الفرض الذي يريد المهني من خلاله إيجاد فرصة للتنصل من العقد لأنه يتطلع لصفقة أكبر تأخرت في المستقبل، و على إعتبار أنه محرر بنود العقد الوحيد فهو هنا يتعمد تقليص مبلغ الشرط الجزائي بما لا يتناسب البتة و الضرر الذي سيحدث للمستهلك على إعتبار أنه متأكد من أنه هو من سيخل بإلتزامه.

و لاستفادة المستهلك من أحكام هذه المادة و التي تجيز للقاضي أن يزيد من مقدار الشرط الجزائي يجب أن يكون هو الدائن بمبلغ التعويض لا مدينا، كما يجب أن يثبت أن المهني قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما.

---

[1]- عبد المجيد طيبي: " الشرط الجزائي و تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري"، مذكرة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2004، ص 76.

و يعرف الخطأ الجسيم بأنه " ما يتأتى من عدم بذل العناية و الحيطة في شؤون الغير بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه"[1].

أما الغش فهو" كل فعل أو إمتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر، و هو يقابل الخطأ العمدي الذي يكون المدين قاصدا إحداثه"[2].

3- سلطة القاضي في إعفاء المستهلك من الشرط الجزائي التعسفي:

نصت على هذه الحالة المادة 184 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

يُلزم المهني المستهلك بأن يدفع له قيمة الشرط التعسفي بالرغم من عدم إصابته بضرر، الأمر الذي ينفي مبرر استحقاق التعويض لإنتفاء ركن من أركان المسؤولية العقدية.

و أمام هذا الوضع يمكن للمستهلك اللجوء للقاضي كي يكف عنه أذى المهني بإعفاءه نهائيا من التعويض التعسفي، إلا أن المستهلك لا يستفيد من هذه المادة بمجرد رفع أمره إلى القاضي، إذ يقع عليه إثبات إنتفاء الضرر على المهني.

و في الأخير، فإن وجود هذا الطريق أمام المستهلك فيما يتعلق بالشرط الجزائي التعسفي، يبقى محصورا في يد القاضي باعتباره مجرد سلطة جوازية له مثلها مثل سلطة القاضي في مجال عقود الإذعان.

الفرع الثاني
مدى إمكانية التعويل على
بعض نظريات القانون المدني لمواجهة الشروط التعسفية

القانون المدني هو قانون المساواة في المعاملات، و من أجل ذلك كان من الضروري أن يتضمن جملة من النظريات التي تكفل إعادة التوازن بين الأشخاص إذا ما إختل.

---

[1]- أحمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص 72.

[2]- المرجع نفسه، ص74.

و بخصوص الشروط التعسفية، فإنه هناك البعض من هذه التقنيات التي يقترب نظامها من نظام الشروط التعسفية يتعين النظر فيها للكشف عن مدى إمكانية التأسيس عليها عند رفع الدعوى إلى القضاء من أجل توقيع جزاء على الشرط التعسفي، متى فشل التوكل على المادة 110 من القانون المدني، خصوصا إذا تعلقت الدعوى بشروط تعسفية غير مذكورة في القوائم، تتعلق هذه النظريات في نظرية الإثراء بلا سبب (أولا)، نظرية عيوب الإرادة (ثانيا) و نظرية حسن النية (ثالثا).

أولا: دور نظرية الإثراء بلا سبب في مواجهة الشروط التعسفية

إن المهني و بمناسبة فرض شروط تعسفية كثيرا ما يثري على حساب المستهلك، خصوصا إذا تعلق الأمر بالشروط ذات الطابع المالي البحت كالشرط الجزائي التعسفي، لذلك يثور التساؤل حول مدى صحة هذا القول، و الذي يقتضي التطرق لمفهوم الإثراء بلا سبب باختصار، للوصول لمدى إمكانية التعويل على هذا المفهوم لمقاومة الشرط أو الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك.

1- مفهوم الإثراء بلا سبب: (L'enrichissement sans cause)

الإثراء بلا سبب مصدر من مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري يجد أساسه في المادة 141 و المادة 142 منه.

و يقوم مفهوم الإثراء بلا سبب على جملة من الشروط، و التي يجب أن تتوفر مجتمعة حتى يمكن إعمال النظرية، تتعلق بما يلي:

- إثراء المدين،
- إفتقار الدائن،
- إنعدام السبب.

أ/ إثراء المدين: يقصد بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية لها قيمة مالية يجنيها المدين. و منه فللإثراء وجهان:

إثراء مادي: و هو الأصل، و له عدة صور فقد يكون إثراءً إيجابيا، بأن يحقق المدين قيمة مالية أو منفعة مادية معينة[1]، و قد يكون سلبيا عن طريق الإنقاص من ديون المدين بقضاء دين معين له[2]، و قد يكون إثراء مباشرا أو غير مباشر، و يتحقق الإثراء في الفرض الأول عندما يتم نقل قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى، أما الإثراء غير المباشر فيكون في الحالة التي يتدخل فيها وسيط بين المفتقر و المثرى يقوم بنقل المال إلى ذمة هذا الأخير[3].

و إثراء معنوي: و يمثل الحالة الشاذة للإثراء بلا سبب، و قد إحتدم الصراع بين الفقهاء حول مدى الإعتداد بالإثراء المعنوي من عدمه، خلصوا بعده إلى جواز الأخذ به طالما تعلق بمنفعة تعود على المدين المثرى على حساب المفتقر سواء كانت أدبية، عقلية أو صحية، ما دام يمكن تقويمها بمال[4].

ب/ إفتقار الدائن:

و المقصود من الإفتقار" الخسارة التي يتكبدها الدائن و تلك المنفعة التي تفوته"[5] سواء كانت مادية أو معنوية، فما سيفتقره الدائن هو ما سيثري به المدين.

و لقيام هذا الركن يجب أن يشكو الدائن من إفتقاره، إذ لا يقوم الإثراء بلا سبب إذا لم يقم هذا الركن، حتى و لو ثبت أن المدين قد أثرى فعلا على حسابه " كما لو أقامت شركة مصانع في جهة ما و ترتب على ذلك إرتفاع قيمة الأراضي المجاورة بقيمة ما أثروا"[6]، فما دام الثراء هنا لا يحقق إفتقارا، لا تقوم دعوى الإثراء بلا سبب.

---

[1] - خليل أحمد حسن قدادة: " الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص203.

[2] - توفيق حسن فرج: " الإثراء بلا سبب، الكسب غير المشروع كمصدر عام للإلتزام، النظرية العامة للإثراء بلا سبب"، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996، ص160.

[3] - العربي بلحاج: " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - و القانون"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص455.

[4] - عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام"، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 1276.

[5] - العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 455.

[6] - المرجع نفسه، ص 456.

ج/ إنعدام السبب:

يجب أن لا يرتكز الإثراء على سبب قانوني، و هذا الركن هو ما عبرت عليه المادة 141 من القانون المدني الجزائري بإستعمال عبارة " ليس لها ما يبررها" و السبب هو المصدر القانوني الذي يمكن المثري من الإحتفاظ بثرائه في حال ثبوت وجوده فعلا.

2- مدى إمكانية التعويل على نظرية الإثراء بلا سبب لمواجهة الشروط التعسفية:

بالنظر إلى مفهوم الإثراء بلا سبب و خاصة إلى ركنه الأخير المتمثل في إنعدام السبب لقيام الإثراء، يلاحظ عدم إمكانية الإعتماد على هذه النظرية لمواجهة الشرط أو الشروط التعسفية، على أساس أنه و بالرغم من أن المهني يثري على حساب المستهلك غالبا، إلا أنه يقوم بذلك بوجود السند القانوني و هو عقد الإستهلاك.

ثانيا: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط التعسفية

تقترب نظرية عيوب الإرادة إقترابا متفاوتا من فكرة الشروط التعسفية على هذا التدرج الإكراه، الإستغلال ثم الغلط والتدليس.

1- مدى إمكانية الإستناد على الإكراه لمقاومة الشروط التعسفية:

الإكراه وفقا للمادة 88 من القانون المدني الجزائري هو تعاقد الشخص عنوة عنه، غير راغب في ذلك تحت سلطان الرهبة البينة التي يبعثها في نفسه المتعاقد الآخر، دون وجه حق.

و وفقا لهذا التعريف، للإكراه ثلاث شروط:

- إستعمال وسائل ضغط سواء كانت مادية كالتهديد بالقتل، أو معنوية تمس الشخص في كرامته و شرفه.
- أن يؤدي الضغط إلى التعاقد نتيجة الرهبة التي يولدها الضاغط في نفس المكره.
- أن يقع الضغط دون وجه حق.

و استنادا إلى هذه الشروط، يتضح أن المستهلك لا يتعاقد تحت أي رهبة أو تهديد من المهني، فهو يتعاقد تحت تأثير الضرورة لسد حاجات ماسة له و لمن يعولهم بالمعنى

الواسع، و أحيانا أخرى تحت تأثير الرغبة فقط، و ما إذعانه للمهني إلا لهذين السببين، فهو بهذا يقع في إكراه من نوع إقتصادي لا يعرفه الإكراه القانوني، ما يجعل الإكراه قاصرا على تحقيق جزاء مناسب للمستهلك من الشروط التعسفية.

2- دور الإستغلال في مقاومة الشروط التعسفية:

تنص المادة 90 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: " إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد".

الواضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري حاول تقرير حماية للطرف الضعيف في العقد الذي يحوي شروطا غير عادلة بالنظر للأثر الذي تتركه، و هو التفاوت الكبير في النسبة بين الإلتزامات التعاقدية للطرفين، مما يحقق لأحدهما فائدة معتبرة، ما يمكن أن ينطبق على أثر وجود شروط تعسفية في الغالب، خصوصا وأن جزاء الإستغلال له شقين، فقد يرفع المتعاقد المغبون دعوى لإبطال العقد، كما يقع وأن يرفع دعوى لإنقاص إلتزاماته فقط دون الإبطال، و هذا الأخير هو ما يعد مناسبا جدا لما يريده المستهلك، إذ يمكنه من التخلص من الشرط أو الشروط التعسفية لوحدها دون العقد.

إلا أن المشرع قد ضيق من حالات الإستغلال حينما حصرها في وجوب وجود ضعف نفسي عند المغبون، يتعلق بالطيش البين و الهوى الجامح فقط.

و يقصد بالطيش البين " الخفة الزائدة و التسرع الذي يصحبه عدم التبصر وعدم الإكتراث بالعواقب"[1]، و أما الهوى الجامح فهو: " الولع أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص، فتدفعه إلى التصرف عاطفيا، و بدون إرادة تحكمية"[2].

---

[1] - العربي بلحاج: " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة "، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 131.

[2] - المرجع نفسه، ص131.

و حالتا الطيش البين و الهوى الجامح لا تنطبقان على حالة المستهلك أخذا بالمعيار العادي، إضافة إلى أن استغلال المهني للمستهلك ليس ناتجا عن ضعف نفسي، بل ضعف يتعلق بعد الخبرة و الحاجة إلى المال أو الخدمة محل التعاقد، و هي الحالة التي لا تعالجها أحكام المادة 90 من القانون المدني الجزائري[1] مما يجعل هذه النظرية قاصرة عن توقيع جزاء مناسب للشرط التعسفي في عقود الإستهلاك.

3- مدى إمكانية الإستناد على الغلط و التدليس لمقاومة الشروط التعسفية:

يعرف الغلط كعيب من عيوب الإرادة بأنه: " وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته و يدفعه إلى التعاقد"[2].

والغلط أنواع، غلط مانع يعدم الرضا كله، و غلط غير مؤثر في الرضا و غلط يعيبه، وهذا الأخير هو ما ينطبق عليه وصف عيوب الإرادة.

وقد عالجت المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري أحكام الغلط.

ويرتكز الغلط على شرط قانوني أوردته المادة 81 من القانون المدني يتعلق بوجوب أن يكون الغلط جوهريا، فيما حددت المادة 82 منه متى يكون الغلط جوهريا بقولها: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

و عليه، فإن كل متعاقد وقع في غلط جوهري، بحيث لو علمه وقت التعاقد لما أبرم العقد جاز له طلب إبطال العقد، و يجب أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر حتى لا يفاجئ بانهيار العقد الذي إطمئن له. و لا يهم بعد ذلك إن كان غلطا مشتركا أو فرديا.

---

[1] - و إن كانت بعض القوانين العربية في تنظيمها للإستغلال قد أدخلت عدم الخبرة إضافة للطيش البين أو الهوى الجامح في حالات الإستغلال كالقانون المدني العراقي في المادة 125، و القانون المدني السوداني في المادة 115 والقانون المدني اللبناني في المادة 21 منه، أنظر: إسماعيل محمد المحاقري: المرجع السابق، ص290.

[2] - محمد سعيد جعفور: " نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي"، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 14.

و إن كان الأمر أكثر وضوحا في مجال عقود الإستهلاك، إذ تقوم قرينة على إتصاله بعلم المهني و كذا بوقوعه منفردا من جانب المستهلك، لذلك يمكن للمستهلك الذي يشكو من وجود شرط أو شروط تعسفية في العقد أن يرفع دعوى إلى القضاء يؤسسها على أحكام الغلط الذي وقع فيه كنتيجة لتقصير المهني في إلتزامه بالإعلام حول شروط العقد، كإلتزام مفروض عليه، إذ لو لا هذا التقصير لما وقع المستهلك في الغلط.

إلا أن هذا غير كاف، إذ يقع على المستهلك أن يبين جسامة الغلط بحيث لو علمه لما أقدم على التعاقد، الأمر الذي لا يحصل دائما في إطار الشروط التعسفية، فليس كل شرط تعسفي هو السبب الدافع إلى التعاقد بحيث تتحقق معه جسامة الخطأ الذي وقع فيه هذا المستهلك.

و فيما يخص التدليس فهو التغليط العمدي للمتعاقد من قبل الطرف الآخر، و هو إن كان يقترب إلى الغلط لحد أن اعتبره بعض الفقهاء تفصيلا زائدا[1]، إلا أنه يتميز عنه في كون الغلط ذاتي تلقائي أما التدليس فهو غير ذاتي ينتج عن الوهم الذي يضعه فيه المتعاقد الآخر بتدبيره.

و قد جاء تنظيم أحكام التدليس في المادتين 86 و 87 من القانون المدني الجزائري، ويتضمن التدليس عنصرين:[2]

- عنصر موضوعي، يتعلق باستعمال طرق إحتيالية، سواء من المدلس نفسه أو باستناد هذا الأخير على الغير.
- و عنصر شخصي، يرتبط بإيهام الشخص و خداعه لحمله إلى التعاقد.

[1] - محمد سعيد جعفور: المرجع السابق، ص42.

[2] - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177.

و كما الغلط يشترط في التدليس أن يكون هو الدافع الباعث إلى التعاقد و أن يتصل بعلم المتعاقد الآخر.

و قد إعتبر المشرع الجزائري من خلال المادة 86 فقرة 2 تدليسا السكوت العمدي عن واقعة من شأن علم المدلس عليه بها وقت إبرام العقد أن يحجم عن التعاقد و هنا يمكن الإستناد على أحكام التدليس في مجال الشروط التعسفية من خلال سكوت المهني العمدي عن إعلام المستهلك بشروط العقد كإلتزام يقع على عاتقه.

و يلاحظ أن نظريتي الغلط و التدليس كعيبين من عيوب الإرادة و إن كان يظهر أنهما قد يحققان للمستهلك الحماية من الشروط التعسفية، إلا أنه بالنظر للجزاء المرصود لهما و هو قابلية العقد للإبطال، هو ما سيحول دون الإعتماد عليهما، ذلك أن المستهلك غالبا ما يرغب في تنفيذ العقد لحاجته إليه، بإلغاء الشرط و مواصلة العقد دونه، و هو ما لا تكفله هتين النظريتين.

ثالثا: دور نظرية حسن النية في إقصاء الشروط التعسفية

إهتم الفقهاء كثيرا بمبدأ حسن النية، و حاولوا تحديد مفهومه بوضع معايير له، فمنهم من أسنده إلى معيار شخصي، حيث اعتبروا أن حسن النية مربوط بالقصد المشترك للأطراف المتعاقدة، فيما حاول آخرون إلحاقه بمفاهيم أخرى معروفة كالنظام العام و الإنصاف و غيرها، فيما لخصوه بالمعيار الموضوعي[1].

و مهما تكن معايير حسن النية، فإنه يبقى أمرا متعلقا بنفس كل إنسان، ليس للقانون في الأصل صلة به، فأي شخص يمكن أن يكون حسن النية و يمكن أن لا يكون كذلك بحسب الموقف و الظروف التي هو فيها، إلا أنه متى ظهرت نية هذا الشخص بشقها السلبي بشكل مكشوف يكون من الواضح تبينه بحيث تتأثر بها مصالح الآخرين وحقوقهم يكون للقانون أن يتدخل لحماية هذه المصالح و الحقوق.

[1] - لمزيد من التوسع: أنظر، عبد المنعم موسى إبراهيم: " حسن النية في العقود، دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص84 – ص 95.

و قد أخذت كل قوانين العالم بمبدأ حسن النية و بدون إستثناء، و بالأخص التشريعات المدنية العامة و التي إعتبرته مبدأً أساسيا من مبادئ القانون المدني.

و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على هذا المبدأ بموجب المادة 170 فقرة 1 من القانون المدني و التي جاء فيها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

وفي عقود الإستهلاك، يتطلب حسن النية إلتزاما عاما بالنزاهة و التحلي بالشفافية، ما يستشف بمجرد الإطلاع على قانون حماية المستهلك و قمع الغش رقم 03/09 و كذا القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث أصر المشرع من خلال هذين النصين على عدم إستغلال المهنيين للمستهلكين، و لا بإستفادة هؤلاء من وضعيتهم المهيمنة، ولا بالتعسف في إستعمال قوتهم لتحقيق مزايا غير مستحقة في الأصل[1]، وبذلك فإن الحماية من الشروط التعسفية قائمة أساسا على وجوب التحلي بحسن النية، ليس فقط في مرحلة التنفيذ والتي اقتصرت عليها المادة 107 من القانون المدني الجزائري، بل كذلك في المرحلة ما قبل التعاقدية، عن طريق فرض إلتزام عام بالإعلام بشروط العقد على عاتق المهني، بعدما تأكد المشرع أن حسن النية معيار فضفاض ينبغي ضبطه في شكل إلتزام قانوني يسهل ضبطه والكشف عن مدى الإلتزام به من عدمه، لذلك كان أساس الإلتزام بالإعلام هو حسن النية.

إلا أنه و بالرغم من إمكانية التعويل على حسن النية لإقصاء الشرط التعسفي، فإن غياب الجزاء على هذا المبدأ الذي أوردته المادة 107 من القانون المدني الجزائري يحسم سلبا هذه الإمكانية، كما أن التأسيس على الإلتزام بالإعلام غير وارد لأنه يرجع المستهلك لقواعد الغلط و التدليس و التي إتضح عدم مقدرتها على إبطال الشرط التعسفي وحده دون العقد، بغض النظر عن الصعوبة في الإثبات.

[1]- Rabih Chendeb : op cit, p 303.

الفرع الثالث

حق المستهلك في طلب التعويض عن التعسف الذي وقع فيه

يقوم الحق في طلب التعويض لأي شخص يثبت تعرضه لضرر معين، تهدف المطالبة به إلى جبر هذا الضرر و رفعه عن الطرف المتضرر.

وبما أن المستهلك في تنفيذه للعقد الذي يحتوي على شرط أو شروط تعسفية يحصل له ضرر، فإن حقه في طلب التعويض مكفول قانونا.

وعلى إعتبار أن المشرع الجزائري قد إعتبر فعل تضمين عقود الإستهلاك شرطا أو شروطا تعسفية جريمة يختص بالنظر فيها القضاء الجزائي، فللمستهلك المتضرر من هذه الجريمة طلب التعويض أمام هذه الجهة (أولا). و يبقى للقضاء المدني الإختصاص الأصيل لنظر طلب التعويض الذي يرفعه المستهلك أمامها، كون الموضوع يتعلق بقواعد المسؤولية المدنية (ثانيا).

أولا: حق المستهلك في طلب التعويض أمام القضاء الجزائي

إذا كانت القاعدة العامة هي إختصاص القضاء المدني بالنظر في دعاوى التعويض عن الضرر باعتبارها دعاوى مدنية في الأصل، فإن الإستثناء هو إختصاص القضاء الجزائي في نظرها متى كان سبب حصول الضرر المراد التعويض عنه جريمة. و لا يهم التكييف القانوني لها في ما بعد، جناية كانت أو جنحة أو مخالفة و يقع على المضرور إثبات أن الضرر الذي حصل له كان نتيجة مباشرة للجريمة مستخدما في ذلك كافة طرق الإثبات.

واختصاص القضاء الجزائي في نظر الدعاوى التي يرمي المضرور من خلالها إلى التعويض، ليس إختصاصا إجباريا، فالمضرور حر في إختيار القضاء الجزائي أو القضاء المدني، إلا أنه و متى توجه إلى القضاء الجزائي أصبحت الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجزائية من الناحية الإجرائية و من حيث مصيرها، فمن الناحية الإجرائية، يحكم الدعوى المدنية نفس القانون الذي يحكم الدعوى الجزائية و هو قانون الإجراءات الجزائية، ومن حيث مصيرها، فمصير الدعوى المدنية متوقف على نتيجة الحكم في الدعوى

الجزائية، فإذا حكم القاضي الجزائي ببراءة المتهم من الجريمة، فإنه يحكم بعدم الإختصاص بنظر الدعوى المدنية، و يبقى حق المدعي المدني – المضرور - محفوظا يقتضيه بالذهاب إلى القضاء المدني[1]، أما إذا حكم القاضي بإدانة المتهم فإنه يقضي بتعويض المدعي المدني. و القاضي الجزائي ملزم بالفصل في الدعويين و في حكم واحد إيجابا أو سلبا.

وعلى أساس تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية، سمى الفقه الدعوى المدنية المنظورة أمام القضاء الجزائي بالدعوى المدنية بالتبعية.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الدعوى في المواد من 2 إلى 5 مكرر و كذا المادة 10 من قانون الإجراءات الجزائية.

و وفقا لما سبق، فإن المستهلك الذي يصيبه ضرر من جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية – على إعتبار أن فعل تضمين شروط تعسفية في عقود الإستهلاك يقيم المسؤوليتين معا الجنائية و المدنية، فهي جريمة ينشؤ عنها في الأصل ضرر خاص بالمستهلك - يمكنه رفع دعوى طلب تعويض أمام القضاء الجزائي، و يكون من السهل عليه إثبات إدعائه في الحالة التي يحرك فيها بنفسه الدعوى العمومية، إذا كان البند التعسفي واردا في القوائم القانونية التي نظمها المشرع في المادة 29 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا المادة 5 من نصه التنظيمي المتعلق بالشروط التعسفية، كما يسهل الإثبات في الحالة التي تكون فيها الدعوى العمومية قد حركت إستنادا إلى محضر عدم الصلح أو إستنادا إلى معاينة المخالفة إذا تعدت قيمة الغرامة الثلاث ملايين دينار، الذين ترسلهما المديرية الولائية

[1] - إلا أنه من المتعين عدم تعميم هذا التوجه على كل حالات البراءة، فليس كل حكم يقضي ببراءة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه يقتضي الحكم بعدم الإختصاص بنظر الدعوى المدنية، إذ يتوقف ذلك إلى أسباب الحكم بالبراءة، فإذا ثبت عدم قيام المسؤولية الجزائية لعدم توفر أركانها أو لعدم إكتمالهم، لسبب أو لآخر كعدم كفاية الأدلة مثلا، فلا مجال للحكم بالتعويض في الدعوى المدنية . أما إذا بنت المحكمة البراءة على وجود عذر مانع من العقاب يجدر عليها الفصل في الدعوى المدنية، أنظر: المواد 364 و 361 من قانون الإجراءات الجزائية.

للتجارة إلى وكيل الجمهورية قصد المتابعة. إذ تحوز هذه المحاضر الحجية القانونية إلى غاية الطعن فيها بالتزوير.[1]

ومن الناحية العملية، يرفع المستهلك الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي عن طريق تأسسه كطرف مدني بإيداع عريضة إدعاء مدني أمام قاضي التحقيق وفقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، و إما بتقرير لدى كتابة ضبط القسم الجزائي قبل الجلسة، و إما أن يتأسس في الجلسة مباشرة على أن يكون ذلك قبل أن تبدي النيابة العامة طلباتها في الموضوع[2]. كما يمكن للمستهلك أن يستفيد من أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 337 مكرر لتكليف المهني – العون الإقتصادي- مباشرة بوصفه المدعى عليه مدنيا للمثول أمام محكمة الجنح، على أن يحصل المستهلك على ترخيص من النيابة. فإذا صح له هذا الطريق يكون طريقا عمليا و يسيرا على المستهلك خصوصا في الفرض الذي يكون ملف المتابعة قد وصل إلى يد النيابة العامة عن طريق الأعوان المؤهلين باعتبارها الجهة المنوط إليها تحريك الدعوى العمومية في الأصل.

وقد يقع و أن تتقدم جمعيات حماية المستهلك للتأسس كطرف مدني حماية لمصلحة المستهلك إذا فضل هذا الأخير اللجوء إليها و استخدامها كوسيط بينه و بين القضاء لاستيفاء مبلغ التعويض على إعتبار أنها يمكنها التأسس كطرف مدني للدفاع حتى عن مصلحة مستهلك واحد.

ثانيا: حق المستهلك في طلب التعويض أمام القضاء المدني

إن أساس طلب التعويض كدعوى مباشرة أمام القضاء المدني هو المسؤولية المدنية. والمسؤولية المدنية مفادها هو إخلال الشخص بإلتزام مشروع بشكل يؤدي إلى إلحاق ضرر بشخص آخر، لذلك يلتزم المخل بجبر الضرر الذي حصل للمضرور عن طريق تعويضه.

و تنقسم المسؤولية المدنية بحسب نوع الإلتزام المخل به، إلى نوعين:

---

[1] - أنظر: المادة 58 من القانون رقم 02/04.

[2] - أنظر: المواد 240، 241، 242 من قانون الإجراءات الجزائية.

مسؤولية عقدية: و تتحقق متى تم الإخلال بالتزام عقدي، إذ تجد مصدرها في العقد.
و مسؤولية تقصيرية: و تتحقق إذا تم الإخلال بالتزام قانوني.

فنطاق المسؤولية العقدية هو العقد، من مرحلة إنعقاده صحيحا إلى غاية زواله، فالمسؤولية العقدية لا تغطي المرحلة السابقة على التعاقد و لا المرحلة اللاحقة لتقرير زواله. أما نطاق المسؤولية التقصيرية فأوسع، يشمل كل الحالات التي يخل فيها الشخص بالتزام فرضه القانون، متى أدى إلى وقوع ضرر بالغير.

والمسؤولية العقدية تجب المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة، فلا يجوز للدائن الذي يربطه بالمدين عقد صحيح، أن يؤسس دعواه على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، إذا كان خطأ المدين ناتج عن الإخلال بالتزام عقدي.

ويجدر التطرق إلى مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد المسؤولية العقدية من جهة، و إلى قواعد المسؤولية التقصيرية من جهة أخرى.

1- مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد المسؤولية العقدية:

إن أساس الضرر اللاحق بالمستهلك جراء تنفيذه للشرط أو الشروط التعسفية هو العقد الذي يربطه بالمهني، و بالرغم من ذلك فالمستهلك الذي تضرر من شرط أو شروط تعسفية لا يمكنه أن يؤسس دعواه على أساس قواعد المسؤولية العقدية، فالمهني الذي يفرض بنودا تعسفية على المستهلك لا يعد مخلا بالتزاماته العقدية من الناحية الظاهرية، فإمضاء المستهلك على العقد يقيم قرينة أمام القاضي المدني المنوط إليه نظر دعوى التعويض، على أن المستهلك قد وافق على كل الشروط التعاقدية حتى تلك التي تمنح للمهني حرية التماطل في تنفيذ إلتزاماته أو عدم تنفيذها، حتى وإن كانت تعسفيتها ظاهرة و ثابتة بقوة القانون، فالقاضي لا يحكم بغير ما طلب منه، فالدعوى التي أمامه هي دعوى تعويض لا دعوى إلغاء أو تعديل للشروط التعسفية، لذلك فهو ينظر فقط في مدى وجود الإخلال بالتزام عقدي أي مدى توفر ركن الخطأ، إضافة لمدى وجود الضرر والعلاقة السببية بينهما، ضف إلى ذلك أنه ليس كل شرط أو شروط تعسفية تتعلق بتنفيذ

الإلتزامات التعاقدية، فقد تتعلق بالمسؤولية نفسها تقليصا أو إعفاءً أو بالجهة التي تنظر في النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد مثلا.

2- مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد المسؤولية التقصيرية:

إن أساس الشرط التعسفي كما يدل عليه إسمه هو تعسف المهني، لذلك يجدر التطرق لمدى إمكانية إستناد المستهلك إلى أحكام التعسف في استعمال الحق كتطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض.

و لما كان المشرع الجزائري قد فرض على المهني التزاما عاما بالإعلام فإنه من الممكن الإستناد إلى أحكامه لاستيفاء التعويض كما سيأتي بيانه.

أ/ مدى إمكانية التعويل على أحكام التعسف في استعمال الحق لاستيفاء التعويض:

يُعرف الحق بأنه إستأثار بشيئ معين إستأثارا يقره القانون و يحميه، و وفقا لذلك يكون لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال حقه ما دام لا يخرج عن الحدود التي يرسمها القانون له.

وإن كان الأصل أن يستعمل صاحب الحق حقه دون أن يسيء إلى غيره، فإنه قد يحدث وأن يسيء استعمال هذا الحق عمدا، و بشكل يلحق ضررا بالغير، فإذا ما حدثت هذه الإساءة المقصودة، عد صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه، يقع عليه تعويض ما لحق المتضرر من أضرار وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، و هذا هو مناط نظرية التعسف في استعمال الحق.

وفي مجال الشروط التعسفية، أكد تيار فقهي في فرنسا أن قانون 1978 المتعلق بالشروط التعسفية هو قانون مستوحى من نظرية التعسف في استعمال الحق، فاختيار المصطلحات " شروط تعسفية" وكذا " التعسف في استخدام القوة الإقتصادية" يوضح الإرتباط[1]. كما سبق وأن أكد على هذا التأثر ما جاء في المناقشات البرلمانية الفرنسية

[1] - Rabih Chendeb : op cit, p 306.

بمناسبة مناقشة مشروع قانون 1978، حيث قال أحد النواب: " ليس إلى عيوب الإرادة ترجع المناقشات البرلمانية، بل بالأحرى إلى فكرة التعسف في استعمال الحق"[1].
و يثير هذا الطرح تساؤلا هاما يتعلق بمدى اعتبار التحرير الإنفرادي لبنود العقد حقا شخصيا للمهني، حتى يمكن إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق إذا ما وجدت شروطا تعسفية في العقد؟

إن التحرير الأحادي الجانب لبنود العقد، ضرورة أملتها التطورات الإقتصادية والإجتماعية والتكنولوجية – بدخول الحاسوب عالم الأعمال-، الحاصلة اليوم، فهو تقنية لا يمكن الإستغناء عنها في ظل الإنتاج و الإستهلاك الكبيرين الذين يفرضان السرعة في التوزيع. وبالرغم من هذه الأهمية إلا أنه لا يمكن إعتباره حقا شخصيا للمهني في مواجهة المستهلك، فالتحرير الأحادي الجانب لبنود العقد لا يعدو أن يكون ممارسة لسلطة واقع[2]، ذلك أن المهني يستغل في الواقع مركزه القوي في علاقته مع المستهلك و كذا ضرورة العقود النموذجية حينما يضع شرطا أو شروطا تعسفية في تلك النماذج، لذلك فلا مجال للإستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق للمطالبة بالتعويض في غياب فكرة الحق من الأساس.

ب/ التعويض على أساس الإخلال بالإلتزام بالإعلام:

إن الإلتزام بالإعلام هو التزام قانوني يقع على عاتق المهني في المرحلة السابقة على التعاقد، لذلك فكل إخلال به يلزم المهني بتعويض المستهلك طبقا لأصول المسؤولية التقصيرية[3].

---

[1] - ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:
"Ce n’est pas cependant aux vices de consentement que se réfèrent les débats parlementaires mais plutôt à la notion d’abus de droit", voir : Rabih Chendeb : op cit, p 307.

[2] - أنظر في نفس السياق، أحمد محمد محمد الرفاعي: المرجع السابق، ص 217 و كذا أحمد رباحي: المرجع السابق، ص 350.

[3] - أنظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

يتحقق الإلتزام بالإعلام عندما يقدم المهني المدين به للمستهلك الدائن به، كل المعلومات التي لها أهمية بالنسبة لجميع المستهلكين في نفس ظروف التعاقد و بالطريقة التي حددها القانون. فبوصف المهني هو الخبير بمهنته و العالم بحدودها، يفترض فيه أن يعلم حدود وحجم المعلومات التي ينبغي أن تكون لها أهمية بالنسبة للمستهلك، ومقابل ذلك فهو لا يسأل إلا في حدود تلك المعلومات التي يكون جهلها مشروعا من طرف المستهلك[1]، على إعتبار أن الإلتزام بالإعلام هو التزام بوسيلة، فلا يقع على المهني ضمان تحقق استيعاب المستهلك لما جاء في الإعلام، و يقع على القاضي تبيان حدود مشروعية الجهل تبعا لظروف التعاقد موازنة بما يقضي به التنظيم القانوني للإلتزام بالإعلام.

ولقيام المسؤولية التقصيرية كنتيجة لإخلال المهني بالتزامه بالإعلام، يجب على المستهلك أن يثبت أَولا وجود الإلتزام بالإعلام، و هذا سهل مردُه النصوص القانونية التي ركزت على هذا الإلتزام في عقود الإستهلاك، نظرا للدور المزدوج الذي يلعبه في تحقيق الشفافية في السوق و كذا في حماية المستهلك. كما يقع عليه بعد ذلك إثبات أركان المسؤولية التقصيرية من خطىء و ضرر و علاقة سببية.

و يقوم الخطؤ إذا أثبت المستهلك وجود إخلال بالإلتزام بالإعلام، كونه التزام بتحقيق نتيجة من حيث وجوب وروده بالشكل المنصوص عليه في القانون، و يعد من الخطىء كذلك كتمان المهني بعض المعلومات أو كذبه على المستهلك. أما الضرر فيتمثل في وقوع المستهلك في شروط تعسفية لم يكن على علم بها كأن ترد مثلا في وثائق ثانوية يحيل إليها العقد الأصلي. أما العلاقة السببية فهي التي تربط بين الخطأ و الضرر إرتباط السبب بالنتيجة وفقا لما تقضي به القواعد العامة.

فإذا أثبت المستهلك كل هذا إستحق التعويض.

---

[1] - محمد الهيني: " الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، فاس، المغرب، 2006، ص 44-45.

خلاصة الفصل الثاني:

تتعلق مواجهة الشروط التعسفية من خلال النظام القانوني الجزائري الذي نظمها بتلك الآليات و الأجهزة و كذا الجزاءات التي أراد المشرع من خلالها تحقيق الحماية المطلوبة للمستهلك من مثل هذه البنود.

و في إطار الشق الأول من المواجهة و المتعلق بتلك الوسائل و الأجهزة الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فقد كان للمرسوم التنفيذي رقم 306/06 النصيب الأوفر في استحداث أغلبها، حيث قرر المشرع الجزائري التأكيد على دور الالتزام بالإعلام في مواجهة الشروط التعسفية بصورة خاصة، إذ لم يكتف باعتباره إلتزاما عاما مفروضا على المهنيين ضمانا لشفافية السوق من خلال أحكام القانون رقم 02/04 و هو ما يؤكد اعتراف المشرع الجزائري بأهمية هذا الالتزام في تنوير إرادة المستهلك خصوصا و قد دعمه بالتزام آخر يتمثل في منح المستهلك فرصة لقراءة بنود العقد تسمح له بالوقوف على حقيقة التصرف القانوني الذي يبغي إبرامه.

كما أن المشرع الجزائري قد استحدث جهازا خاصا بحماية المستهلك من خلال نفس المرسوم التنفيذي هو لجنة الشروط التعسفية.

وفي إطار حماية المستهلك لنفسه عن طريق التكتل في الشكل الجمعوي، عزز المشرع الجزائري من دور جمعيات حماية المستهلك من ناحية التمثيل القضائي، حيث منحها الحق في الدفاع عن مصالح المستهلكين و لو كانت منفردة، كما أقر بإمكانية منحها صفة المنفعة العمومية مما يخولها حق الاستفادة من المساعدة القضائية تسهيلا لمهامها بتخفيف الأعباء المالية عنها و التي لطالما تشكو من قلتها أو انعدامها تماما، ما يمكن اعتباره قفزة سريعة لدور مثل هذه الجمعيات في الجزائر.

وإن كان لهذه الوسائل و الأجهزة ثقلا معتبرا من الناحية القانونية، فإن مثل هذا الثقل لا يضاهي الحماية المباشرة للمستهلك المتمثلة في توقيع الجزاء المناسب الذي فضل المشرع أن يكون جزاءا ذو طبيعة جزائية متمثلة في الغرامة التي تسلط من خلال طريقين الودي

و القضائي فيما أحال بطريق غير مباشر على القواعد العامة فيما يخص الجزاءات المدنية بعد سكوته عن النص عليها في القانون رقم 02/04.

خاتمـــة

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، والتي حاولنا على إثرها تقييم النظام القانوني للشروط التعسفية من خلال فصلين، نخلص إلى أن نجاح المشرع الجزائري في ضبط نظام قانوني خاص بالشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، بغية حماية المستهلك من مثل هذه الشروط يبقى مجرد أمر نظري، فالمشرع قد نص على كل ما من شأنه أن يكفل حماية للمستهلك من الشروط التعسفية نظريا، بالرغم من وجود بعض الهفوات نتيجة السهو، وكذا الفوضى في المصطلحات، إلا أن هذا النجاح غير مكرس من الناحية الفعلية، إذ يثبت الواقع عدم فعالية الوسائل والأجهزة التي إستحدثها المشرع الجزائري في مجال مقاومة الشروط التعسفية، فنص المشرع على إلتزام المهني بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد لا معنى له في غياب أي جزاء عن مخالفته، إضافة إلى أنه غير واضح المعالم. كما أن إستحداث المشرع للجنة الشروط التعسفية، يبقى مجرد حبر على ورق فالجهاز غائب بالكامل من الناحية الواقعية، إضافة لعدم وجود رقابة من طرف الإدارة على العقود النموذجية الموجهة للمستهلكين، إذ في الواقع لا يراقب أعوان قمع الغش مثل هذه الأمور مما يعني أن تطبيق أحكام المصالحة منعدم تماما في مجال الشروط التعسفية.
كما يلاحظ إنعدام أي دور لجمعيات حماية المستهلك التي لاحظنا جهلها بوجود مثل هذه الممارسات أصلا بغض النظر عن العجز المالي الذي تزعمه.

لذلك يبقى من الناحية الواقعية طريقا واحدا أمام المستهلك هو الطريق القضائي، سواء للمطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية أو للمطالبة بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية.

و قد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج هي:

- إن النظام القانوني الجزائري الخاص بالشروط التعسفية هو نظام موزع على عدة نصوص قانونية، يتعلق الأمر أساسا بـ:

القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي يعتبر أول نص خاص يتناول تنظيم الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك بشيء من الدقة، حيث عالج من خلاله المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي استنادا على المعيار الذي يقوم عليه و هو معيار الإخلال الظاهر بالحقوق و الواجبات بين المستهلك و المهني –

و إن كان لم يذكر الأطراف بدقة-، هذا المعيار الذي يساعد القاضي في الكشف عن اللون التعسفي للشرط أو الشروط التعاقدية كمبدأ عام. كما تطرق لتحديد قوائم بالشروط التعسفية حصرها في عقد البيع فقط دون غيره من العقود، أوردها على سبيل المثال لا الحصر، كما نظم المشرع من خلاله مسألة الجزاءات و التي فضل أن تكون ذات طابع جزائي، و تتمثل هذه الجزاءات في غرامة المصالحة و العقوبات القضائية.

المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، بهدف تطبيق أحكام المادة 30 من القانون رقم 02/04، الذي دعم من نظام الشروط التعسفية، حيث جاء من خلاله المشرع الجزائري بجملة من الوسائل والأجهزة التي من شأنها أن تكفل حماية المستهلك، تتعلق بفرض إلتزامين على المهني هما الإلتزام بالإعلام حول شروط العقد و كذا الإلتزام بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد، كما إستحدث جهازا جديدا لم يكن له وجود في السابق يتمثل في لجنة الشروط التعسفية.

القانون رقم 03/09 الذي يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الذي عزز من دور جمعيات حماية المستهلك القضائي، سواء فيما يتعلق بإمكانية الدفاع عن مصلحة مستهلك واحد فقط أو بإمكانية الإعتراف لها بالمنفعة العمومية.

القانون المدني، إذ في سكوت المشرع الجزائري عن ذكر الجزاء المدني يعتبر هذا القانون جزءا هاما من النظام القانوني للشروط التعسفية من خلال النص العام المتعلق بسلطة القاضي في تعديل أو إبطال الشروط العقدية أو من خلال سلطته في مجال الشروط الجزائية التعسفية كصورة من صور الشروط التعسفية، كما أن القانون المدني يكفل حق المستهلك في التعويض على أساس إخلال المهني بإلتزامه بالإعلام.

و يتبين من خلال هذا النظام القانوني للشروط التعسفية ما يلي:

- ركز المشرع الجزائري على الإذعان في تعريفه لعقد الإستهلاك كمجال للشروط التعسفية، حيث لم يشر إلى معيار أطراف العقد لا في القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و لا في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر

الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية .

- حصر المشرع الجزائري نطاق عقود الإستهلاك بإعتبارها المجال الخصب للشروط التعسفية و كذا مجال الحماية المقررة من الشروط التعسفية، في العقود المكتوبة، مما يعني عدم مد الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى العقود الشفوية، و بالرغم من كونه توجه عملي يتناسب و سهولة إثبات ادعاءات المستهلك إذا ما لجأ إلى القضاء، فالواقع يعكس قلة الكتابة في إبرام عقود الإستهلاك على أنواعها، الأمر الذي سيمكن المهني من مواصلة إجحافه بحقوق المستهلك الذي يتعرض إلى ممارسات تعاقدية تعسفية غير مكتوبة.

- إتسم المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، بالحشو وعدم الوضوح فيما يخص إقراره أن كل تقليص للعناصر الأساسية في العقود يعتبر شرطا تعسفيا، فيما أنه أورد بالمقابل عناصر أساسية جد مهمة تتعلق بالنظام العام لا مجال لاعتبار التقليص منها شروطا تعسفية بل هي إذا ما وجدت في العقود عدت غير مشروعة، كتلاعب المهني بأحكام أمن السلع أو الخدمات.

- إن المشرع الجزائري حينما نص في القانون رقم 02/04 على جزاءات جزائية فقط دون المدنية منها، ليس معناه أنه فضل تغليب المصلحة العامة الإقتصادية على المصلحة الخاصة للمستهلك أمام عدم إيراده لجزاءات مدنية، إذ أن الإتيان بجزاء جزائي يتناسب و طبيعة القانون في حد ذاته بوصفه قانونا مصبوغا بالجزاءات الجزائية المتمثلة في الغرامة عبر كل الأحكام التي جاء بها. كما أن من شأن الإعتماد على الجزاءات الجزائية من خلال تدخل الدولة ممثلة في الإدارة و القضاء الجزائي، أن يقضي على هذه الممارسات التعاقدية التعسفية في السوق بصفة نهائية مع مرور الوقت، ما سيحقق مصلحة المستهلك.

- إن المشرع الجزائري عندما أضفى صفة الإذعان على عقود الإستهلاك قد حفظ مصلحة المستهلك الآنية فيما يخص الجزاء المدني، إذ يمكنه الرجوع إلى القواعد العامة لتعديل أو إلغاء الشرط أو الشروط التعسفية على أساس المادة 110 من القانون المدني و التي تمنح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ، خصوصا وأنها سلطة تتعلق بالنظام العام من شأنها أن تحقق الحماية التي يبغيها المستهلك عادة وهي مواصلة تنفيذ العقد دون التعسف الموجود في بند أو عدة بنود تعاقدية، الأمر الذي من شأنه إحداث تكامل هام بين القواعد الخاصة و القواعد العامة بما يحقق حماية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك.

- إن سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط لا تبقى قائمة في جميع الحالات، يعملها فقط في تلك الشروط التعسفية التي لم يأت ذكرها في القوائم، إذ لا سلطة له، إذا تعلقت الدعوى بشرط أو شروط تعتبر تعسفية بقوة القانون، في إطار ما ورد في القوائم.

و من أجل تفعيل النظام القانوني الجزائري للشروط التعسفية بشكل يكفل حماية واقعية للمستهلك الجزائري، نقترح بعض التوصيات كالآتي:

- توحيد المفاهيم و المصطلحات المستخدمة، يتعلق الأمر أساسا بأطراف عقد الإستهلاك و كذا محله، تجنبا للتأويل و الغموض الذين قد يثاران أمام القضاء.

- إعادة ضبط و تبسيط العناصر الأساسية للعقود، التي وردت في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

- تسريع إستحداث لجنة الشروط التعسفية لما قد تمارسه من ضغط معنوي على المهنيين بما تصدره من توصيات، كما أنها مكان مناسب لحل موضوع الشروط التعسفية بطريقة المواجهة بين المستهلكين والمهنيين باعتبار وجود ممثلين عن الفئتين فيها.

- النص على جزاء مناسب عن إخلال المهني بالتزامه بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و توضيح أحكام هذا الالتزام الفتي بشكل أكبر.

- تعديل المادة 50 من القانون رقم 02/04 المتعلقة بمهام الأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات بإضافة عبارة: ... كما يمكنهم تفحص العقود الموجهة للمستهلكين بهدف الكشف عن الممارسات التعاقدية التعسفية، كفقرة ثانية، تلاؤما مع أحكام المصالحة التي جاءت عامة من خلال المادة 60 تطال كل المخالفات الناجمة عن أية ممارسة تجارية تناولها هذا القانون.

- و من الناحية العملية، وبهدف ضمان التطبيق الصحيح لأحكام الشروط التعسفية، يجب تأهيل القضاة و كذا الأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات في مجال الشروط التعسفية في إطار المصالحة، نظرا للدور الإيجابي والفعال الذي يلعبونه في حماية المستهلك من مثل هذه الشروط.

و في النهاية، يجدر التنويه إلى أن ظاهرة الشروط التعسفية اليوم، لا تمس المستهلك فقط، إذ هي ظاهرة يمكن أن يعاني منها المهني نفسه في مواجهة المهني الأكثر تفوقا منه في السوق في إطار ممارسته لمهنته، فعقود الإذعان باعتبارها تلك العقود المحررة مسبقا و بصورة منفردة ومفروضة على المذعن غير قاصرة على عقود الإستهلاك فقط، إذ تطال في الواقع حتى العقود المهنية، لذلك فحماية المهني من الشروط التعسفية هو منظور آخر يبقي البحث في ظاهرة الشروط التعسفية مفتوحا.

الملاحق

ترتيب الملاحق:

الملحق رقم 1: عقد نموذجي يتضمن عبارة " قرئ هذا العقد و وافق على شروطه، ص 186

الملحق رقم 2: عقد RENAULT crédit، يتضمن بند يظهر فيه اللون التعسفي يتعلق بحل النزاعات، ص 188.

الملحق رقم 3: شهادة ضمان JUNKERS، يتضمن بندا غير مشروع يقلص من الضمان القانوني، ص 191.

الملحق رقم 4: عقد ضمان Maxwell، يتضمن بندا غير مشروع، يخرج من الضمان الأضرار التي تسببها الآلة للأشخاص أو الأموال، ص 192.

الملحق رقم 5: نموذج عن ورقة تحقيق صادرة عن المديرية الولائية للتجارة، تفيد في تأكيد حالة العود، ص 194.

الملحق رقم 6: نموذج عن المحضر الرسمي الذي يحرره الأعوان المؤهلون بصدد تسليط غرامة المصالحة، ص 195.

الملحق رقم 7: نموذج عن أمر بالدفع، ص 199.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولا: النصوص القانونية

I. الدساتير:

1- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989.

2- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، المعدل في 2002 و في 2008.

II. القوانين و التنظيمات:

1- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 48، مؤرخة في 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

2- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

3- الأمر رقم 57/71 المؤرخ في 5 غشت 1971، يتعلق بالمساعدة القضائية، جريدة رسمية عدد 67، مؤرخة في 17 غشت 1971.

4- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30 المعدل و المتمم.

5- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم.

6- الأمر رقم 01/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية و الحرف، جريدة رسمية عدد 3، مؤرخة في 13 يناير 1996.

7- الأمر رقم09/96 المؤرخ في 10 جانفي1996،المتعلق بالإعتماد الإيجاري، جريدة رسمية عدد 3، المؤرخة في 14 جانفي 1996.

8- الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد43، مؤرخة في 2003/07/20.

9- الأمر رقم 04/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات إستيراد البضائع و تصديرها، جريدة رسمية عدد43 ، مؤرخة في20 يوليو 2003.

10- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، جريدة رسمية عدد 30، مؤرخة في 13 يناير 1988.

11- القانون رقم 07/90 المؤرخ في 3 أفريل 1990، يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 4 أفريل 1990.

12- القانون رقم 31/90 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53، مؤرخة في 5 ديسمبر 1990.

13- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004.

14- القانون رقم 09/08 المؤرخ في25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد21، المؤرخة في 23 أبريل2008.

15- القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36 مؤرخة في 02 يونيو 2008.

16- القانون رقم 02/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يعدل و يتمم الأمر رقم 57/71 المتعلق بالمساعدة القضائية، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009.

17- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش ، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 08 فبراير2009.

18- القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010 المعدل و المتمم للقانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 46، مؤرخة في 18 غشت 2010.

19- المرسوم التشريعي رقم 03/39 المؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 03 مارس 1993.

20- المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 5، مؤرخة في31 يناير 1990.

21- المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، جريدة رسمية عدد 40، مؤرخة في 19 سبتمبر 1990.

22- المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها، جريدة رسمية عدد 50، مؤرخة في 21 نوفمبر 1990.

23- المرسوم التنفيذي رقم 272/92 المؤرخ في 6 جويلية1992، يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين و اختصاصاته، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 8 جويلية 1992.

24- المرسوم التنفيذي رقم 37/97 المؤرخ في 14 جانفي 1997، يحدد شروط و كيفيات صناعة مواد التجميل و التنظيف البدني و توضيبها و استيرادها و تسويقها في السوق الوطنية، جريدة رسمية عدد 4، مؤرخة في 15 جانفي 1997.

25- المرسوم التنفيذي رقم 453/02 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المحدد لصلاحيات وزير التجارة، جريدة رسمية عدد 85، مؤرخة في22 ديسمبر 2002.

26- المرسوم التنفيذي رقم 484/05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها، جريدة رسمية عدد 83، مؤرخة في 25 ديسمبر 2005.

27- المرسوم التنفيذي رقم 215/06 المؤرخ في 18 جوان2006، الذي يحدد شروط و كيفيات البيع عند مخازن المعامل و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود جريدة رسمية عدد 41، مؤرخة في 21 جوان 2006.

28- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

29- المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 3 فيفري 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و

المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 7، مؤرخة في 10 فيفري 2008.

30- المرسوم التنفيذي رقم 65/09 المؤرخ في 7 فيفري 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع و الخدمات المعينة، جريدة رسمية عدد10، مؤرخة في 11 فيفري 2009.

31- قرار يتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 10 مايو 1994، جريدة رسمية عدد 35، مؤرخة في 05 جوان 1994.

32- منشور وزاري رقم 01/ أخ وت/ 2006، مؤرخ في 08 مارس 2006، يتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة، غير منشور.

ثانيا: الكتب

1- أحمد محمد محمد الرفاعي: " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

2- أحمد محمد محمود خلف: " الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار و حماية المنافسة و منع الاحتكار"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

3- أحمد محمد محمود خلف: "الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة"، المكتبة العصرية للنشر، المنصورة، مصر، 2008.

4- أحمد سمير قرني: "عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي"، الطبعة الأولى، دار كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية، 2010.

5- أحسن بوسقيعة: " المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص"، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

6- أكرم محمد حسين التميمي: " التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

7- السيد محمد السيد عمران: " حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك"، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 2003.

8- السيد عبد الوهاب عرفة: " المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية و التعويض عنها"، مجلد 1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

9- العربي بلحاج: " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب و القانون"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

10- العربي بلحاج: " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

11- توفيق حسن فرج: " الإثراء بلا سبب، الكسب غير المشروع كمصدر عام للإلتزام، النظرية العامة للإثراء بلا سبب"، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.

12- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي و مراجعة فيصل كلثوم: " المطول في القانون المدني، تكوين العقد"، المجلد الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص 97.

13- حمد الله محمد حمد الله: " حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.

14- خليل أحمد حسن قدادة: " الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع "، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2005.

15- خليل أحمد حسن قدادة: " الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

16- محمد سعيد جعفور: " مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون"، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004.

17- محمد سعيد جعفور: " نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي "، دار هومة، الجزائر، 2009.

18- محمد بودالي: " الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة "، مكتبة الرشاد للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
19- محمد بودالي: " حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي "، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
20- محمد بودالي: " الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر"، دار هومة، الجزائر، 2007.
21- محمد مرعي صعب: " البند الجزائي، دراسة مقارنة "، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.
22- محمد صبري السعدي: " الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية "، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
23- محمد سلمان الغريب: " الإحتكار و المنافسة غير المشروعة" ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2004.
24- محفوظ لعشب بن حامد: " عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
25- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني: " العقود الإدارية و أحكام إبرامها "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2008.
26- موفق حماد عبد: " الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة "، منشورات زين الحقوقية، بغداد، العراق، 2011.
27- زاهية حورية سي يوسف: " المسؤولية المدنية للمنتج "، دار هومة، الجزائر،2009.
28- عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام"، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
29- عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام"، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

30- عبد المنعم موسى إبراهيم: " حماية المستهلك، دراسة مقارنة "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
31- عبد المنعم موسى إبراهيم: " حسن النية في العقود، دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
32- عامر قاسم احمد القيسي: " الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن"،الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2002.
33- علي بولحية: " القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري "، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2000.
34- علي فيلالي: " نظرية الالتزامات "، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001.
35- عمار عمورة: " الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري "، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
36- عمر محمد عبد الباقي: " الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
37- قادة شهيدة: " المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2007.

ثالثا: الرسائل الجامعية

I. رسائل الدكتوراه:

1- العربي مياد: " إشكالية التراضي في عقود الإذعان "، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2001.
2- أقصاصي عبد القادر محمد: " الإلتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة"، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، مصر، 2008.

II.مذكرات الماجستير:

1- أحمد سليم نصرة: " الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري" ، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.

2- الياقوت جرعود: " عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري" ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002.

3- جميلة عزيزي: " حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري" ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003.

4- جواد محمود أحمد محرز: " الشرط الجزائي بين الفقه و القانون"، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2009.

5- خديجة فاضل: " تعديل العقد أثناء التنفيذ "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002.

6- خديجة قندوزي : " حماية المستهلك من الاشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

7- ليلى حدوم: " العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر،2001.

8- محمد الهيني: " الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، فاس، المغرب، 2006.

9- نبيل شلبي: " التزامات المهني اتجاه المستهلك "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2008.

10- عبد المجيد طيبي: " الشرط الجزائي و تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري "، مذكرة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2004.

11- فاطمة نساخ: " مفهوم الإذعان "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001.

12- فطيمة عاشوري: " تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005.
13- فهيمة ناصري: " جمعيات حماية المستهلك "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2004.

رابعا: المقالات

1- أبو بكر أحمد الأنصاري: " المستهلك و مدى حاجاته إلى الحماية الجنائية " ، مجلة الدراسات العليا، صادرة عن أكاديمية الدراسات العليا و البحوث الاقتصادية، دمشق، سوريا، العدد السادس شتاء 1428.
2- أحمد رباحي: " أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، صادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف العدد الخامس شهر جانفي2008.
3- إدريس الفاخوري: " حماية المستهلك من الشروط التعسفية "، المغربية للإقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الثالث جوان2001.
4- الحسين بلحساني: " أساس الإلتزام بتبصير المستهلك و مظاهره "، المجلة المغربية للإقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الرابع ديسمبر 2001.
5- إسماعيل محمد المحاقري: " الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة" مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع ديسمبر2006 .
6- محمد إبراهيم بنداري: " نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المصري و الإماراتي و الفرنسي"، مجلة الأمن و القانون، صادرة عن كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الأول جانفي2000.

7- محمد بودالي: " مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك "، مجلة إدارة، صادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق و البحوث الإدارية، الجزائر، مجلة سداسية ، العدد24 لسنة 2002.

8- محمد حاج بن علي: " مسؤولية المحترف عن أضرار و مخاطر تطور منتجاته المعيبة"، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، صادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الثاني2009.

9- محمد عبد الظاهر حسين: " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد "، مجلة الحقوق، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول و الثاني مارس و يونيو 1992.

10 - عبد الرزاق بولنوار: " المهني و المستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري و الفرنسي "، مجلة دفاتر السياسة و القانون، صادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلة دورية، العدد 1 جوان 2009.

11 - شوقي بناسي: " الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، صادرة عن جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2 2009،.

12 - عدنان إبراهيم سرحان: " المهني المفهوم و الإنعكاسات القانونية "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، مجلة فصلية، العدد الأول 2003.

خامسا: المداخلات

1- محمد عماد الدين عياض: " نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك و قمع الغش(09-03) "، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك في ظل القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جامعة 20 أوت 1956، سكيكدة 2010.

2- رشيد ساسان: " الطبيعة القانونية للإشهار التجاري و آثاره على إرادة المستهلك "، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك في ظل القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جامعة 20أوت 1956، سكيكدة 2010.

3- ليندة عبد الله: " المستهلك و المهني مفهومان متباينان "، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008.

4- صليحة نزليوي: " سلطات الضبط المستقلة، آلية للإنتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة"، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المـالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007.

5- عنابي بن عيسى: " جمعيات حماية المستهلك و ترشيد الإستهلاك لدى المستهلك الجزائري "، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني لحماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 13 و 14 أفريل 2008.

6- سامية لموشية: " دور الجمعيات في حماية المستهلك "، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني لحماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 13 و 14 أفريل 2008.

سادسا: الجرائد

1- جريدة المجاهد، بتاريخ 08 أوت 2011 عبر موقعها الإلكتروني التالي: *www.elmoudjahid.com/ar/actualites/1435 - Algérie*.

2- جريدة الجزائر، بتاريخ 19 أوت 2011، عبر موقعها الإلكتروني التالي: www.eldjazaironline.net

المراجع باللغة الفرنسية:

I- Législations étrangères :

1- Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

2-Décret n°78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

3- Directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

4- Loi n° 95/96 du 1 Février 1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

5- Loi n° 2008/776 du 4 Aout 2008 sur la modernisation de l'économie.

II- Ouvrages :

1- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette : " Droit civil, Les obligations ", Dalloz, Paris, 1993.

2-Georges Berlioz : " Le contrat d'adhésion ", bibliothèque de droit privé, Paris, 1973.

3-Georges Wiederkehr et autres: "Code de la consommation", 15eme édition, Dalloz, Paris, 2010.

4- Gerard Tocquer, Michel Longloi: "Le marqueting des services", Dunod, Paris, 1992.

5- Guyon Yves : " Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés ", Tome 1, 12emeedition, Delta, France, 2003.

6- Jacques Flour, Jean- Luc Aubert : "Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique", Dalloz, Paris, 2006.

7- Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz : " Droit de la consommation ", 5eme édition, Dalloz, Paris, France, 2006.

8-Jean Hauser : "Les contrats", que sais- je ?, presses universitaires de France, Vendôme, 1977

9-Rabih Chendeb : " le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, (droit Français, Libanais et Egyptien), édition Alpha, Paris, 2010.
10- Rachid Zouaimia : "Droit de la régulation économique", Berti éditions, Alger, 2006
11-Rémy Cabrillac : "Droit des obligations", Dalloz, Paris, 2008.
12- Yvan Auguet : " Droit de la consommation", Ellipses, Paris, 2008.

III- Thèses :

1- Taib Aurélie: "la modification unilatérale des contrats de communication électronique ", Master 2, Université de Versailles Saint Quentin, France, 2007.

IV- Articles :

1- Fadila Sahri : " La protection juridique du consommateur contre les clauses abusives a travers la loi 04/02 du 23/06/2004 et le décret exécutif 06/306 du 10/09/2006 ", Revue des sciences juridiques, Faculté de droit, Université Badji Mokhtar, Annaba, n° 12, Juin 2002.

2- M. Kahloula et G. Mekamcha, : " La protection du consommateur en droit Algérien ", Revue Idara, Vol. 5- n° 2-1995.

3- l'institut international pour l'unification du droit privé : " Principe d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international", Rome, 2004 , publie sur le site : www.Unidroit.org

V- Jurisprudence:

1- Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du 28 Avril 1987, N° de pourvoi: 85-13674: publié sur le site www.légifrance.gouv.fr

2- Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique du 16 Juillet 1987, n° de pourvoi: 84-17731: publié sur le site: www.légifrance.gouv.fr

3- Cour d’appel de Grenoble, chambre civile 1, Audience publique du 15 Janvier 2008, N° de RG: 05/3326: publié sur le site: www.l’égifrance.gouv.fr

الفهـرس

العنــوان	رقم الصفحة
مقدمة	**01**
الفصل الأول: الأسس القانونية للشروط التعسفية	08
المبحث الأول: عقود الإستهلاك، مجال للشروط التعسفية	09
المطلب الأول: معيار أطراف عقد الإستهلاك	09
الفرع الأول: مفهوم المهني	10
أولا: مفهوم المهني، فقها	11
1- المهني هو كل شخص إعتاد مزاولة نشاط دائم	11
2- المهني هو كل شخص مستقل و له سلطة	12
3- وجوب إعلان المهني عن طبيعته المهنية	12
4- المهني له شكل منظم يجعله يبدو متفوقا	12
ثانيا: مفهوم المهني لدى المشرع الجزائري	13
1- أصناف المهنيين الخواص	14
أ/ المنتج	15
ب/ الموزع	15
ج/الحرفيون و مقدموا الخدمات	16
2- مدى إعتبار المؤسسات العمومية من المهنيين	17
الفرع الثاني: مفهوم المستهلك	19
أولا: مفهوم المستهلك فقها و قضاء	20
1- موقف الفقه من مفهوم المستهلك	20
أ/ المفهوم الموسع لفكرة المستهلك	21
ب/ المفهوم المضيق لفكرة المستهلك	21
2- موقف القضاء من مفهوم المستهلك	22
ثانيا: مفهوم المستهلك في القانون الجزائري	24
المطلب الثاني: الإذعان، طريقة إبرام عقد الإستهلاك	27

الفرع الأول: مفهوم عقود الإذعان	28
أولا: طبيعة عقود الإذعان	29
1- الفريق الذي أنكر صفة العقد على عقود الإذعان	29
2- الفريق الذي اعتبر عقد الإذعان عقد حقيقي	30
ثانيا: تعريف عقود الإذعان	30
1- بعض تعريفات الفقهاء العرب لعقود الإذعان	30
2- بعض تعريفات الفقهاء الفرنسيون لعقود الإذعان	31
ثالثا: معايير عقود الإذعان	32
1- معيار التمتع بوضع إحتكاري لسلع و خدمات ضرورية	33
2- معيار الإنفراد المسبق بتحرير العقد و فرض بنوده	35
3- تحديد المعيار الراجح و موقف المشرع الجزائري	36
الفرع الثاني: تكوين عقود الإستهلاك بإعتبارها عقود إذعان	37
أولا: التراضي	38
1- الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الإستهلاك	38
أ / خصائص الإيجاب في عقود الإذعان ومنه في عقود الإستهلاك	38
$أ_1$/ عمومية الإيجاب	39
$أ_2$/ حتمية الإيجاب	39
$أ_3$/ ديمومة الإيجاب	39
ب/ أشكال الإيجاب في عقود الإذعان ومنه في عقود الإستهلاك	39
$ب_1$/العقود النموذجية الإنفرادية	40
$ب_2$/الإشهار كشكل من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان	40
2- القبول في عقود الإذعان ومنه في عقود الإستهلاك	43
ثانيا: المحل في عقود الإستهلاك	43
السلعة	44
الخدمة	45

ثالثا: شكل عقد الإستهلاك باعتباره عقد إذعان	46
المبحث الثاني: مضمون الشروط التعسفية	47
المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية	48
الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية	48
أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي	48
1- الشرط التعسفي ناتج عن التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية	48
2- الشرط التعسفي، و إختلال توازن العقد نتيجة تحريره مسبقا	50
3- الشرط التعسفي، ناتج عن تفوق المهني في جميع النواحي	50
4- الشرط التعسفي يتنافى و روح الحق و كذا العدالة	51
ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي	51
1- تعريف الشرط التعسفي في التشريع الفرنسي	52
2- تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري	53
الفرع الثاني:تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة	54
أولا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع	54
1- مفهوم الشرط غير المشروع	55
2- الفرق بين الشرط غير المشروع و الشرط التعسفي	57
أ/ من الناحية الاصطلاحية	57
ب/من الناحية القانونية	57
ج/ من ناحية تعامل القضاء	58
ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي	59
المطلب الثاني: تحديد الطابع التعسفي للشروط	60

الفرع الأول: المعايير التي يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط	61
أولا:معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و كذا الميزة المفرطة لتحديد الطابع التعسفي للشروط	61
1- معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية	63
2- معيار الميزة المفرطة	65
ثانيا: معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الإلتزامات لدى المشرع الجزائري	66
الفرع الثاني: القوائم، أسلوب مباشر لتحديد الطابع التعسفي للشرط	69
أولا: محتوى قوائم الشروط التعسفية	70
1- القائمة الواردة في القانون رقم 02/04	70
2- القائمة الواردة في التنظيم	71
ثانيا: تحديد أصناف الشروط التعسفية	74
1- البنود التعسفية المرتبطة بتنفيذ الإلتزامات الأساسية للطرفين	74
أ/ الشروط التعسفية المتعلقة بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة	75
أ$_1$/ الشروط التعسفية المرتبطة بآجال التسليم و كيفياته	75
أ$_2$/ الشروط التعسفية المرتبطة بالتسليم المطابق للمنتوج	76
ب/ الشروط التعسفية المتعلقة بالإلتزام بالضمان	79
ب$_1$/ الإلتزام بضمان العيوب و الشروط التعسفية	80
ب$_2$/ الإلتزام بضمان السلامة و الشروط التعسفية	83

ج/ الشروط التعسفية المتعلقة بإلتزام المستهلك بدفع الثمن	85
2- البنود التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ العقد و المنازعة في زواله	86
أ/ الشرط الجزائي التعسفي	86
ب/ الشروط التعسفية المرتبطة بالمسؤولية و فسخ العقد	87
ج/ الشروط التعسفية المرتبطة بطرق تسوية النزاعات	88
خلاصة الفصل الأول	90
الفصل الثاني: آليات مواجهة الشروط التعسفية	92
المبحث الأول: وسائل و أجهزة حماية المستهلك من الشروط التعسفية	93
المطلب الأول: مواجهة الشروط التعسفية من خلال الإلتزامات المفروضة على المهني	94
الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام	94
أولا: مفهوم الإلتزام بالإعلام	95
ثانيا: دور الإلتزام بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك	96
ثالثا: تطبيقات الإلتزام بالإعلام	96
1- الإلتزام بالإعلام عن خصوصيات السلع و الخدمات	97
أ/ مفهوم الوسم	98
أ$_1$/ تعريف الوسم	98

أ/2/ صور الوسم في القانون الجزائري	99
أ-1-2/وسم السلع الغذائية	99
أ-2-2/ وسم مواد التجميل و التنظيف البدني	101
ب/ قواعد الوسم	102
2- الإلتزام بإعلام الأسعار و التعريفات	103
أ/ ضوابط إعلام الأسعار و التعريفات	103
ب/ وسائل الإعلام عن الأسعار و التعريفات	104
ب1/الوسائل العامة للإعلام عن الأسعار و التعريفات	104
ب2/ الوسائل الخاصة للإعلام عن الأسعار و التعريفات	105
3- الإلتزام بالإعلام عن شروط العقد	107
الفرع الثاني: الإلتزام بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد	109
المطلب الثاني: أجهزة حماية المستهلك من الشروط التعسفية	110
الفرع الأول: لجنة الشروط التعسفية	110
أولا: الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية	110
ثانيا: تكوين لجنة الشروط التعسفية	112
ثالثا: مهام لجنة الشروط التعسفية	114
رابعا: تسيير لجنة الشروط التعسفية	115
1- التسيير الإداري للجنة	115

2- إجتماع لجنة الشروط التعسفية	116
الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية	118
أولا: تأسيس جمعيات حماية المستهلك	119
1- الشروط المتعلقة بالأشخاص الراغبين في تكوين الجمعيات	119
2- إجراءات تكوين جمعية حماية المستهلك	120
ثانيا: مهام جمعيات حماية المستهلك	121
1- دور جمعيات حماية المستهلك في الإعلام	122
أ/ إعلام المستهلكين عن طريق وسائل الإعلام	123
ب/ إعلام المستهلكين عن طريق النشريات الخاصة	124
ج/ تنظيم أيام و دراسات و محاضرات	125
2- دور جمعيات حماية المستهلك في التمثيل	125
3- دور جمعيات حماية المستهلك في التقاضي	126
أ/ شروط رفع الدعوى من قبل جمعيات حماية المستهلك	127
ب/ الجهة القضائية المختصة في نظر دعاوى جمعيات حماية المستهلك	129
المبحث الثاني: الجزاءات المرصودة لمقاومة الشروط التعسفية	131
المطلب الأول: الجزاءات الجزائية المرصودة لمواجهة الشروط التعسفية	131
الفرع الأول: غرامة المصالحة	132
أولا: تعريف المصالحة	133
ثانيا: شروط المصالحة	133

1- الشروط المتعلقة بقيمة الغرامة التي تخضع للمصالحة	134
2- الشروط المتعلقة بطرفي المصالحة	135
أ/ الشروط المتعلقة بمدى إختصاص ممثل الإدارة	135
ب/ الشروط المرتبطة بوضعية المهني المخالف	136
ثالثا: تنفيذ المصالحة	138
1- إجراءات المصالحة	138
أ/ معاينة المخالفات و إقتراح المصالحة	138
ب/ الإتفاق حول المصالحة	141
ب1- قبول المهني المخالف مبلغ الغرامة المقترح	141
ب2- إعتراض المهني المخالف على مبلغ غرامة المصالحة	143
2- آثار غرامة المصالحة	144
رابعا: تقييم المصالحة في مجال الممارسات التعاقدية التعسفية	145
الفرع الثاني: الجزاء القضائي	146
أولا: العقوبات الأصلية	146
ثانيا: العقوبات التكميلية	147
1- عقوبة نشر الحكم	148
2- المنع من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة	149
المطلب الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال الجزاءات المدنية	150

الفرع الأول: الدور المنوط بالقاضي المدني لمواجهة الشروط التعسفية	150
أولا: مكافحة القاضي للشروط التعسفية عبر أحكام عقود الإذعان	151
1- تعامل القاضي مع عقد الإستهلاك	151
أ/ تفسير الشروط التعاقدية	152
ب/ الكشف عن اللون التعسفي للشرط	154
2- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها	156
أ/ محتوى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها	156
ب/ طبيعة سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها	157
ب$_1$/هي سلطة من النظام العام	157
ب$_2$/ هي سلطة جوازية	158
ثانيا: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي التعسفي	158
1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي التعسفي	159
أ/ تخفيض الشرط الجزائي بسبب الإفراط في تقديره	159
ب/ تخفيض الشرط الجزائي بسبب تنفيذ المستهلك لجزء من التزامه الأصلي	160
2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي التعسفي	161
3- سلطة القاضي في إعفاء المستهلك من الشرط الجزائي التعسفي	161
الفرع الثاني: مدى إمكانية التعويل على بعض نظريات القانون المدني لمواجهة الشروط التعسفية	162

أولا: دور نظرية الإثراء بلا سبب في مواجهة الشروط التعسفية	163
1- مفهوم الإثراء بلا سبب	163
أ/ إثراء المدين	163
ب/ افتقار الدائن	164
ج/ انعدام السبب	164
2- مدى إمكانية التعويل على نظرية الإثراء بلا سبب لمواجهة الشروط التعسفية	165
ثانيا: دور نظرية عيوب الإرادة في مواجهة الشروط التعسفية	165
1- مدى إمكانية الإستناد على الإكراه لمقاومة الشروط التعسفية	165
2- دور الاستغلال في مقاومة الشروط التعسفية.	166
3- مدى إمكانية الاستناد إلى الغلط و التدليس لمقاومة الشروط التعسفية	167
ثالثا: دور نظرية حسن النية في إقصاء الشروط التعسفية	169
الفرع الثالث: حق المستهلك في طلب التعويض عن التعسف الذي وقع فيه	170
أولا: حق المستهلك في طلب التعويض أمام القضاء الجزائي	171
ثانيا: حق المستهلك في طلب التعويض أمام القضاء المدني	173
1- مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد المسؤولية العقدية	174
2- مدى إمكانية تأسيس المستهلك على قواعد المسؤولية التقصيرية	174
أ/ مدى إمكانية التعويل على أحكام التعسف في استعمال الحق	175

لاستيفاء التعويض	
ب/ التعويض على أساس الإخلال بالإلتزام بالإعلام	176
خلاصة الفصل الثاني	178
خاتمة	180
الملاحق	185
قائمة المراجع	200
الفهرس	214