جامعـــــة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق
تخصص قانون أعمال

مذكـــرة مكملة لمتطلبات نيــل شهادة الماستر في القانون

التعسف في إستعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالإستهلاك

إعـــدادالطالبتين:
1/ جاهمي تقوى
2/ مغادشة لميس

تحت إشراف:
الدكتورة: بوشارب ايمان

تشكيل لجنـة المناقشـــة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/ نجاح عصام	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ التعليم العالي	**رئيسا**
02	د/ بوشارب إيمان	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر –أ–	**مشرفًا**
03	د/ يلس أسيا	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر –ب–	**عضوا مناقشًا**

لسنـة الجامعيـة: 2021_ 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذتنا الفاضلة التي أشرفت على إعداد هذه المذكرة المتواضعة

الأستاذة الدكتورة: " إيمان بوشارب"، نتيجة ما لقيناه من تفهم وعون وتوجيه وإرشاد، كما لا يفوتني أن أتقدم بشكرعلى كل من مد يد المساعدة وساعدنا على إنجاز هذا العمل المتواضع.

و أيضا نشكر أعضاء اللجنة المشرفة

وشكرا

.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

أهدي ثمرة جهدي إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم أبي الغالي

"حميد"

إلى من أرضعتني الحب والحنان وكانت لي سندا بدعائها أمي الغالية "شهرزاد حياة""

أدامهما الله تاجا فوق رأسي

إلى روح جدي وجدتي -رحمهما الله-

إلى من كبرت معهم وعليهم اعتمدت إلى من أمسكوا بيدي لأصل أعلى المراتب

إلى سندي في حياة إخوتي وأخواتي "محمد، خضير، فريدة، يامنة، أيمن".

إلى فرحة البيت وبراعم السعادة، "لجنين، أسيل، عربي، مريم، يمان".

إلى كل عائلتي

إلى صديقتي وأختي التي لم تلدها أمي "ياسمين"

إلى شريكتي في اعداد مذكرة ، وإلى كل صديقاتي الدراسة" منار، خلود، رميساء"

إلى كل من عرفتهم ووسعهم قلبي ولم يسعهم قلمي

***** لميس *****

أهدي ثمرة جهدي إلى من نزل في حقهما:

" وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا "

الإسراء الاية 23.

إلى من كان دعائه لي ورضاهم عني سبب توفيق ونجاحي في الحياة " أبي وأمي"

وإلى إخوتي "دعاء" و "معتصم".

وإلى زوجي حفظه الله

وإلى شريكتي في اعداد مذكرة وصديقاتي وزميلاتي خاصة "شيماء" و "لمياء"

و"ريمة"، وإلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

*** تقوى ***

مقدمـــــة

مقدمة:

يكتسي الحق أهمية بالغة من الناحية القانونية والناحية الفقهية، حيث اختلف الفقهاء في تحديد مدلوله، فهناك من اعتبره صفة تلحق بصاحبه فعرف بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون"، إلا أن هذا الرأي وجهت له عدة انتقادات من أبرزها أن هناك بعض الحقوق تنشأ دون أي تدخل لارادة صاحبها في ذلك، كما نجد أن هناك من ربط الحق بفكرة المصلحة، حيث عرف بأنه: "مصلحة يحميها القانون"، غير أن هذا الرأي لم يسلم هو الآخر من الانتقادات وذلك لربطه فكرة الحق بالغاية التي وجد من أجلها، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الحق ميزة إستئثارية يحميها القانون وبمقتضاها يمكن لصاحب الحق التصرف بشكل تسلطي على قيمة معينة بصفته مالكا أو مستحقا لها[1].

فالقانون عند تنظيمه للحقوق وتحديده للسلطات عمل على التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، بحيث لم يعد الحق مطلقا يستعمله صاحبه كيفما يشاء، بل قيده بالغاية التي شرعه من أجلها، ومن ثم فأي استعمال يكون مجاوزا لهذه الحدود من جهة وماسا بمشروعية المصلحة التي وجد من أجلها الحق من جهة أخرى، يعد تعسفا في استعمال الحق في نظر القانون، وبالتالي تنتفي الحماية القانونية في هذه الحالة[2].

وإن كانت فكرة التعسف في استعمال الحق من معالم الفكر القانوني الحديث، إلا أن هذا لا يعني أنها نظرية مستحدثة، حيث نجد أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في معالجة نظرية التعسف في استعمال الحق فحرصت على "مبدأ توازن الحقوق" الذي يكمن أساسه في العدالة والتوفيق بين مصالح

---

[1]- محاضرات منشورة عبر الموقع الالكتروني: https://cte. Univ-setif 2.dz بتاريخ 2022/06/25، على الساعة 16:03.

[2]– محمد سراج، **نظرية العقد والتعسف في إستعمال الحق من جهة الفقه الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998، ص 274.

الناس، والدليل على ذلك نصوص الكتاب والسنة[1]، وواصلت هذه النظرية تطورها إلى أن استقرت في الفكر الحديث[2].

وتجد نظرية التعسف في استعمال الحق مكانها ضمن نصوص القانون المدني في مختلف التشريعات المقارنة، اذ أنها أصبحت نظرية عامة يقاس عليها وفق أحكام هذا القانون، ومن بين هذه التشريعات نجد القانون المدني المصري، السوري، اللبناني[3]، دون اغفال القانون المدني الجزائري الذي يعتبر أساس موضوع هذه الدراسة.

وظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري لأول مرة على ضوء الأمر رقم 58/75[4]، المتضمن القانون المدني، من خلال نص المادة 41 الملغاة وذلك ضمن الأحكام العامة أصبحت بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05[5]، تقع ضمن أحكام المادة 124 مكرر وذلك في الفصل المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية.

ثم إن نظرية التعسف في استعمال الحق تتميز بكونها نظرية مرنة ومجال تطبيقها واسع، فهي بذلك صالحة لكل مكان وزمان، وتتواجد أحكامها بين مختلف فروع القانون العامة منها والخاصة، سواء كانت هذه القوانين، قوانين موضوعية أو اجرائية.

أهمية البحث:

من هنا تظهر القيمة العلمية لهذا الموضوع من خلال التطرق لإمكانية إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق على القوانين المتعلقة بالاستهلاك، على اعتبار هذا الأخير مجاله واسع مرتبط بالنشاط الاقتصادي، فهو يحقق المصلحة الاقتصادية وذلك بتحريكها من جهة، ومن جهة أخرى يحقق المصلحة

---

[1]– مونة مقلاتي، "**التأصيل القانوني لفكرة التعسف في إستعمال حق الملكية، دراسة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي**"، مجلة دراسات وأبحاث، الصادرة عن جامعة قالمة، 2015، ص395.

[2]– محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، " **المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية– نظرية الحق، نظرية الحق ماهية الحق، أنواع الحق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخصية القانونية، الشخص الطبيعي. الشخص المعنوي**"، الكتاب الثاني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص253.

[3]– مونة مقلاتي، المرجع السابق، ص400.

[4]– الأمر رقم 58/75 المورخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[5]– القانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 يونيو 2005.

الاجتماعية المرتبطة بالمستهلك، الذي يعتبر الحلقة الأضعف سواء في مجال عقود الاستهلاك، أو في مجال الممارسات التجارية

وهذه الدراسة لاتقل أهمية من الناحية القانونية من خلال تبيان ملائمة القوانين المتعلقة بالاستهلاك لنظرية التعسف في استعمال الحق في الشق التطبيقي، ومن بين هذه النصوص قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09[1]، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09/18[2]، وقانون الممارسات التجارية رقم 02/04[3]، المعدل والمتمم، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى، التي لا يمكن تحديدها حصرا لأن الاستهلاك من مجالات الأكثر استعمالا وتطورا مع تطورات الحديثة التكنولوجية للحياة.

أسباب إختيار البحث:

ومن الأسباب التي دفعتنا الى إختيار الموضوع، الرغبة والميول الشخصي في البحث في هذا الموضوع الشيق والواسع، الذي يشمل العديد من الجوانب التي تمس بصاحب الحق عامة والمستهلك خاصة، على أساس أنه يشكل الطرف الأكثر تضررا في علاقته مع المتعامل الاقتصادي، وبالرجوع الى قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09، المعدل والمتمم، ستتضح العديد من العراقيل التي تواجهه ومن بينها الشروط التعسفية التي أثارت العديد من الصعوبات في ابرامه العقود، إضافة إلى بعض الممارسات التجارية غير النزيهة المنصوص عليها ضمن القانون رقم 02/04، المحدد للممارسات التجارية، المعدل والمتمم، التي من شأنها التأثير على علاقة المتعاملين الاقتصاديين فيما بينهم.

بالإضافة إلى أن هذا الموضوع جديد لم يتناول في الدراسات السابقة.

ومن أسباب البحث في هذه الدراسة أيضا، التزويد بالمعرفة العلمية، من خلال البحث في الأفعال التي تعتبر تعسفية، وتمس خاصة المستهلك وإسقاطها على عقود الاستهلاك، من خلال الالمام بجميع النصوص القانونية التي تضم هذه المسألة.

---

[1]– القانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15، مؤوخة في 08 فبراير 2009، المعدل والمتمم.

[2]– القانون رقم 09/18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بتعديل القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد35، مؤرخة في 13جوان 2018.

[3]– القانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم.

وعليه يعتبر موضوع التعسف في استعمال الحق، من المواضيع المهمة في الدراسات القانونية وخاصة في المجال الاستهلاكي، على أساس أنه أكثر المجالات تعاملا من قبل المستهلكين أو المتعاملين الإقتصادين فيما بينهم.

الدراسات السابقة:

أما بخصوص الدراسات السابقة، نجد أهم المراجع التي خدمت هذا البحث المعنون "التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك"، الذي نجد بأنه يشمل جانبين متشعبين، جانب نظري وآخر تطبيقي، فبالنسبة للجانب النظري المتمثل في ذاتية التعسف في استعمال الحق نذكر بعض الدراسات التالية:

– محمد أمين سي الطيب، "**الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة**"، جامعة بوبكر بلقايد، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، 2007–2008، فجاءت هذه الدراسة من خلال فصلين ففي الفصل الأول تناول حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية، أما الفصل الثاني خصص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل القواعد المعاصرة، وقد أضفنا من خلال هذا البحث مسألة إمكانية اسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق على أحكام الشروط التعسفية.

– بدرة لعور، "**آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري**"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014/2013. تناولت هذه الدراسة الناحية الإجرائية للموضوع في حين خصصنا دراستنا للجانب الموضوعي.

إشكالية البحث:

وعلى إعتبار أن قوانين الاستهلاك تكتسي صبغة جزائية أكثر منها مدنية، ألزم الأمر الرجوع الى القواعد العامة للبحث عن مدى إمكانية إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق على بعض الممارسات المحظورة في هذه القوانين، وعليه تثور إشكالية البحث التالية: **ما مدى فعالية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في حماية المستهلك؟**

منهج البحث:

إعتمدنا في دراستنا لموضوع هذه المذكرة على كل من المنهج التحليلي من خلال إستعراض النصوص القانونية العامة المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق من خلال تحليلها وربطها بنصوص الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك من الممارسات التعسفية، والممارسات التجارية غير النزيهة ذلك من

خلال إستقراء النصوص القانونية وتحليلها، والذي يتخلله المنهج الوصفي من خلال الإلمام بشرح موضوع الدراسة من خلال تعريف المصطلحات وشرح المضمون هذه الدراسة، وأيضا إتبعنا المنهج المقارن في بعض طيات هذه المذكرة كضرورة لمقارنة بين التشريع الجزائري، وغيره من التشريعات العربية، وذلك إذا أمكن الحصول على مادة العلمية طبعا.

الخطة البحث:

وعلى ضوء الإشكالية المطروحة ومحاولة للاجابة عنها قسم البحث حول موضوع التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك إلى فصلين أساسين، حيث يتعلق **الفصل الأول** بذاتية التعسف في استعمال الحق، ويرتبط **الفصل الثاني** بالبحث عن تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل بعض القوانين المتعلقة بالاستهلاك، وخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها، وعليه اتبعنا الخطة المتمثل في:

مقدمة

الفصل الأول: ذاتية التعسف في استعمال الحق

المبحث الاول: مضمون التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني: أحكام التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني: البحث عن تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في ظل قانون حماية المستهلك

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في ظل قانون الممارسات التجارية

خاتمة

الفصل الأول

ذاتية التعسف في استعمال الحق

الفصل الأول:

ذاتية التعسف في استعمال الحق

يعتبر التعسف في استعمال الحق نذرية قائمة بذاتها، خصها المشرع بنص المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب تعديل 2005 للقانون المدني.

لذا يجدر من خلال هذا الفصل ابراز هذه الذاتية التي تميزها عن عما يلتبس بها من أنظمة سواء من حيث تحديد مضمونها وهو ما سيتم التطرق له في (المبحث الأول)، أو في أحكامها وهو ما سيتم معالجته في (المبحث الثاني)، كما يلي:

المبحث الأول: مضمون التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني: أحكام التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول:

مضمون التعسف في استعمال الحق

نظرا لأهمية نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد أزالت الكثير من الحبر بين أوساط الفقهاء حيث عكفوا يعرفونها و يميزونها ابرازا لخصوصيتها، كما أولاها المشرع ذات الأهمية من خلال تحديد نطاقها المطلب الأول، كما أثارت فكرة تحديد طبيعتها الكثير من الجدل الفقهي على أساس أن المشرع كان في السابق يوردها في الأحكام العامة بموجب المادة 41 من القانون المدني الملغاة وهو ما سيتم التطرق اليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

التعسف في استعمال الحق بين التعريف، التميز وتحديد النطاق

لذا يستوجب في هذا المقام تعريف التعسف في استعمال الحق في الفرع الأول وكذا تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له في الفرع الثاني، وأخيرا تحديد نطاق التعسف في استعمال الحق في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التعريف التعسف في استعمال الحق

يقتضي الأمر هنا البحث في المعنى اللغوي لنظرية التعسف في استعمال الحق والإصطلاحي، بالاضافة إلى التعريف الفقهي، أما عن التعريف القانوني لفكرة التعسف في استعمال الحق نجد أن أغلب التشريعات قد أغفلت ذلك، ومن بينها المشرع الجزائري حيث إكتفت بإدارج حالاته أو طبيعته ضمن أحكامها القانونية وعليه سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى:

أولا: التعريف اللغوي للتعسف في استعمال الحق

عسف عسفا عن الطريق،" سار فيه على غير هدى"، وعنه حاد ومال، إعتسف، إعتسافا، مال وعدل عنه، وفلانا استخدمه وظلمه، تعسف تعسفا به: "ظلمه"[1].

وورد كذلك في تعريفه بأنه: "التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي"عسف" والعسف: السير على غير هدى وركوب الأمر من غير تدبير، وعسف فلان فلانا: إذ ظلمه، ورجل عسوف، إذا كان ظلوما، ولم يقصد الحق، وعسف فلانة غصبها نفسها، وعسف الولاة، إسراعهم إلى الظلم"[2].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتعسف في استعمال الحق

عرف التعسف في استعمال الحق: "**abus de droit"** بأنه: "إساءة إستعمال الحق أو التعسف في الحق، خطأ يتكون من ممارسة بدون فائدة للذات وبهدف الإضرار بالغير"[3].

ويعرف كذلك بأنه: "يستعمل صاحب الحق حقه بغرض الإضرار بالغير أو من أجل الحصول على فائدة غير مشروعة"[4].

كما عرف أيضا: "إساءة استعمال الحق"، **"Abuse of right"**، **"Abus de droit"**، توسل بحق للإتيان بعمل غير مشروع"[5].

ولا يختلف معناه باللغة الفرنسية عن المعنى سابق الذكر حيث يعرف التعسف في استعمال الحق بأنه: "إساءة استخدام الحق من قبل صاحبه في تنفيذه خارج غرضه".[6]

---

[1]– أحمد سليم الحمصي سعدي عبد اللطيف ضناوي: "**الرافد، معجم الناشة اللغوي عربي– عربي**"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص ص 638– 684.

[2]– طارق صادق أحمد عفيفي: "**نظرية الحق**"، المركز القومي للاصدرات القانونية، القاهرة، 2016، ص286.

[3]– جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي: "**معجم المصطلحات القانونية**"، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، 1998، ص130.

[4]– إبتسام القرام: "**المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسي**"، قصر الكتاب، البليدة الجزائر، 1998، ص03.

[5]– فادي أسعد فرحات، ميشال إبراهيم ساسين: "**المعجم القانوني إنجليزي، عربي، فرنسي**"، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2014، ص08.

[6]- ترجمة شخصية للتعريف الأصلي التالي:

-"ABUS DE DROIT: fait par le titulaire d'un droit de la mettre en œuvre en dehors de safinalité Raymond", Guillien Jean, Vincent"Lexique Termes Juridiques "10 eme édition, Dalloz, Paris, 1995, p 03.

ثالثا: التعريف الفقهي للتعسف في استعمال الحق

عرفه الدكتور فتحي الديريني بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأدون فيه شرعا بحسب الأصل"[1].

وعرفه عبد الله الدرعان بأنه: "ممارسة الشخص لفعل مشروع في الأصل على وجه يلحق الضرر بغيره أو بأسلوب مخالف الحكمة من مشروعيته"[2].

أما أبو زهرة بأنه: "إستعمال الحق بشكل يؤدي إلى الأضرار بالغير إما لتجاوز حق الإستعمال المباح عادة أو لترتيب ضرر بالغير وفيه منفعة صاحب الحق"[3].

وعليه من خلال جملة التعاريف السابقة، يمكن تعريف التعسف في إستعمال الحق على أنه إساءة إستعمال الحق بنية الإضرار بالغير، سواء كانت الفائدة غير مشروعة أو غير مساوية للضرر الناشئ عن هذا الفعل مما يترتب عنه مسؤولية إتجاه المضرور ووجب التعويض.

الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عن بعض الأنظمة المشابهة

يقترب مفهوم التعسف في استعمال الحق ببعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن عدم مشروعية إستعمال الحق والإضرار بالغير، ويمثل كل من مجاوزة الحق والتعسف في إستعمال السلطة ومضار الجوار غير المألوفة، بالإضافة إلى دعوى المنافسة غير المشروعة أنظمة تقترب ونظرية التعسف في استعمال الحق، ولهذا لابد من تمييزهاعن هذا الأخير:

أولا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق

مجاوزة الحق: "**Dépassement de droit**"، ويقصد به تجاوز صاحب الحق عن الحدود التي وضعها القانون، وذلك بالخروج عن نطاق الحق ومجاوزته، والذي يعد خطأ يلتزم مرتكبه بالتعويض في هذه الحالة[4].

---

[1]– فتحي الديريني: "**نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**"، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص87.

[2]– جميل فخري محمد جانم:"**التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**"، دار الحامد للنشر والتوزيع عمان، 2000، ص44.

[3]– حميد مسرار: "**نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة**"، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 2013، ص112.

[4]– محمد حسين منصور، محمد حسني قاسم: "**المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية–نظرية الحق**"، الكتاب الثاني، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000، ص203.

في حين أن التعسف في استعمال الحق كما سبق ذكره في التعريف، هو إساءة استعمال الحق بهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة وقصد الإضرار بالغير[1].

وعليه من هنا يمكن توضيح الفرق بين هذين المصطلحين وهو في مدى مشروعية الفعل الصادر عن صاحب الحق، ففي مجاوزة الحق نكون أمام تجاوز مضمون هذا الأخير وذلك أن هذا الفعل غير مشروع في الأساس حتى وإن كان المقصود منه تحقيق منفعة، مهما كان مقدار الضرر الحاصل ونوعه فهذا لا يغير تكييفه[2].

على عكس التعسف في استعمال الحق، فوصف عدم المشروعية يرد على استعمال المنافي للغاية التي وجد من أجلها حيث أن النتيجة المترتبة عنه هي إحداث ضرر بالغير[3].

إضافة إلى ذلك، يمكن التمييز بينهما في نقطة ترتيب أو وقوع المسؤولية، ففي الخروج عن الحق يكون الفعل الضار مرتب للمسؤولية حتى ولو انتفت سوء النية، على خلاف التعسف في استعمال الحق هو قائم على أساس سوء النية، والتي تتمثل في إلحاق الضرر بالغير، بالإضافة إلى كون أحد المعايير الأساسية التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق[4].

ومن جهة أخرى الخروج عن حدود الحق يرتب دائما مسؤولية تقصيرية وما ينجرعنها من تعويض للضرر، أما التعسف في استعمال الحق فإما يرتب مسؤولية تقصيرية أو عقدية، أما بالنسبة للضرر فيكون في غالب الأحيان جبر للضرر بإصلاحه ومثال ذلك بصفة خاصة الملكية العقارية، التي تعد من التطبيقات القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق[5].

ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن التعسف في استعمال السلطة

فكرة التعسف في استعمال السلطة تجد أساسها في القانون الإداري، أي نطاقها القانون العام، ويناط به إساءة استعمال السلطة الخاصة بالشخص، أما عن طريق إساءة التصرف أو سلوك يقوم به وهو

---

[1]– محمد حسين منصور، محمد حسني قاسم، المرجع السابق، ص203.

[2]– مشعل بن مطلق بن مقدل العتيبي: "**التعسف في إستعمال حق الولاية على المرأة، دراسة تأصيلية مقارنة**"، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011، ص52.

[3]– نفسه، ص53.

[4]– إيهاب علي محمد عبد العزيز: "**نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية**"، رسالة استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن،2011-2012 ص79.

[5]– مونة مقلاتي: المرجع السابق، ص402.

شاغل الوظيفة، ويصنف الفعل تحت طائلة الفعل غير القانوني، إلا أن هذه الفكرة تتداخل والتعسف في استعمال الحق، في كون إن كلاهما يقومان على فكرة الخطأ، سواء كان صاحب الحق أو الهيئة الإدارية صاحبة السلطة، بالإضافة إلى أن كلاهما تجاوز الغاية التي أوجدها القانون من أجلها[1].

يرى الدكتور السنهوري، بأن التعسف في استعمال السلطة صورة أخرى من صور التعسف في استعمال الحق وذلك بأن الموظف إذا ما انحرف بمناسبة أداء أعمال وظيفته عن الواجب الذي فرضه عليه القانون، وكان هذا الفعل صادر عند نية الإضرار بالغير ومنافيا للمصلحة العامة، يكون متعسفا في استعمال السلطة وقامت مسؤوليته في هذه الحالة ووجب التعويض[2].

وهنا نميز بين نوعين من التعسف في استعمال السلطة، فقد يتم التعسف في النوع الأول بموجب قرارا إداري صادر عن الموظف، فيكون هذا القرار تحت طائلة البطلان ويلزم صاحبه بالتعويض، أما النوع الثاني هو قيام فكرة التعسف في استعمال السلطة بناء على فعل مادي، ففي الحالة ترتب المسؤولية على كل من الموظف والحكومة وهي مسؤولية تقصيرية، ففي الحالة الأولى نكون أمام كل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، وهنا يؤول الإختصاص للفصل فيه لمحكمة القضاء الإداري **(مجلس الدولة)** أما في الحالة الثانية، فيؤول الإختصاص لمحكمة القضاء العادي دون سواه[3].

ثالثا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مضار الجوار غير المألوفة

يقصد بمضار الجوار الغير المألوفة أن يلحق المالك بمناسبة استعماله لحق الملكية ضررا فاحشا غير عادي بجاره دون أي نفع ظاهر[4].

ولقد اختلف الفقه حول تكييف فكرة مضار الجوار غير المألوفة، بين من يرى بأنها تطبيقة أخرى من تطبيقات التعسف في استعمال الحق وذلك أن القرينة القائمة هنا هي "**ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق بالغير**"، فيعد المالك في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه بنية إلحاق الضرر بالغير دون تحصيل النفع له، فالشخص الذي انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي وألحق ضررا بجاره وكان فاحشا، قامت مسؤوليته ووجب التعويض مثال

---

[1]– إيهاب علي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص84.

[2]– عبد الرزاق السنهوري: "**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**"، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام"، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص968.

[3]– نفسه.

[4]– محمد لعشاش: "**مضار الجوار الغير المألوفة في القانون الجزائري وتطبيقاتها المعاصرة**"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 06، العدد 3 ديسمبر 2021، ص1279.

ذلك من بنى أرضه وخالف في ذلك قواعد فن البناء بشكل تقصيري وخلف بذلك ضرا لجاره، كان هذا التعسف في استعمال الحق[1].

إضافة على ذلك إن إقامة حائط بهدف الستر من أن يطل جاره على منزله، أو حديقته، هذا الفعل لا يعد من قبيل التعسف، على عكس ذلك فمن أقام حائط بغرض حجب النور أو الهواء عن جاره دون نفع مرجو يكون المالك قد إساءة استعمال الحق بصورة تعسفية وخلافا لما فرضه القانون[2].

ومن مؤيدي هذا الإتجاه نجد كل من الفقيه "**capitant**"، والفقيه "**lablé**" بالإضافة إلى الفقهين **"plariol" و"colin"** إذ نادو بهذا الفكرة من خلال القول بان أي عمل كون بصورة غير مألوفة يدخل تحت دائرة سوء استعمال الحق[3].

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، من خلال نص المادة **691** من القانون المدني[4]، والتي تنص على أنه: "**يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.**

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة. غير أنه يجوز له إن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف. وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

باستقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد اقر صراحة بان فكرة الجوار غير المألوفة هي تطبيقية من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، ومعيار أخر من معاييرها المنصوص عليها بموجب المادة **124 مكرر** من نفس القانون، حتى ولو ما تظهر كمعيار منصوص عليه ضمن هذه المادة [5].

رابعا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن دعوى المنافسة غير المشروعة

ذهب الكثير من الفقهاء إلى الرابط بين التعسف في استعمال الحق ودعوى المنافسة غير المشروعة، حيث يرى جانب من الفقه أن المسؤولية المترتبة عن أعمال المنافسة غير المشروعة قائمة على أساس التعسف في استعمال الحق، وذلك باعتبار أن المنافسة هي فعل مشروع في الأساس والتاجر

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص967.

[2]– نفسه.

[3]– مروان كساب: "**المسؤولية عن مضار الجوار**"، دون دار نشر، بيروت، 1998، ص ص 50–51.

[4]– الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر1975: "المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[5]– محمد لعشاش، المرجع السابق، ص1281.

له الحق في ممارسة هذا النوع من الأعمال المنافسة مادام أنه لا يتجاوز الحدود المشروعة التي رسمها القانون وفي حال ماخرج عن هذه الحدود نكون أمام إساءة استعمال الحق[1].

وقد نادى بهذا الرأي الفقيه "**جوسران**" حيث يرى بان المنافسة غير المشروعة ما هي إلا حالة من حالات التعسف في استعمال الحق وكذا الفقيه "**روبير**" يرى أن المنافسة غير المشروعة هي فعل مباح إلا أن الوسائل التي اعتمد عليها التاجر لممارسة هذا الفعل، يعد في عرف المنافسة التجارية عملا غير مشروع، على عكس المنافسة الممنوعة التي بمقتضاها يعمد الشخص على الإتيان بفعل تنافسي على غير وجه حق، أما في المنافسة الغير المشروعة الشخص يتصرف في حقه بشكل مفرط ليس إلا: "الإفراط في استخدام الحرية" والأمر كذلك يتعلق بمحل الحظر، ففي المنافسة الممنوعة يكون المحظور هو نشاط التنافسي في حد ذاته، على عكس المنافسة غير المشروعة فمحل المنع فيها هي الوسائل التي استخدمها الشخص للقيام بالنشاط التنافسي[2].

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد ووجد له معارضين وذلك إستناد على أن أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة لايمكن تأسيسها على نظرية التعسف في استعمال الحق ولا يمكن اعتبارها تطبيقا لأي من معاييرها، واعتبرها نوعا خاص من دعاوى المسؤولية وعليه يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه ما إذا كانت المصلحة المراد تحقيقها غير مشروعة ومخالفة لأحكام القانون ومتعارضة مع النظام العام والآداب العامة[3].

بالإضافة إلى المعيار الثاني وهو معيار قصد الاضرار بالغير، ففي المنافسة غير المشروعة ينظر إلى الوسائل التي اعتمد عليها التاجر عند استعمال حقه والإتيان بهذا الفعل المنافي لقواعد المنافسة، لا الغاية المراد الوصول إليها وذلك على عكس نظرية التعسف في استعمال الحق التي ينظر فيها إلى الغاية بصورة أولى[4].

---

[1]– محمد تيورسي: "**الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر**"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013 ص169.

[2]– حليمة بن دريس: "**دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعة والتجارية**"، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 1 أوت 2014، ص43.

[3]– سعاد بلمختار: "**الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة وشروطه**"، الصادرة عن المركز الجامعي مغنية المجلد 01، الجزائر، العدد01 يناير 2021، ص133.

[4]– نفسه.

إضافة إلى ذلك، انتقد هذا الإتجاه من حيث تأسيس دعوى المنافسة الغير المشروعة على أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، فالأخذ بهذا القول يرتب النتائج نفسها في حال تم تأسيسها على الأحكام التي تقوم عليها دعوى المسؤولية التقصيرية، ففكرة التعسف في استعمال الحق تجد تطبيقها ضمن نطاق هذه الأخيرة، فالفعل الناجم عن كلتا الحالتين يترتب عنه ضرر سواء كان بوصفه ضررا أو تعسفا في استعمال الحق وعليه في هذه الحالة يستوجب التعويض للطرف المتضرر أي الغير[1].

فنودي باستقلالية دعوى المنافسة غير المشروعة، وجعلها نظام مستقل عن كل من نظرية التعسف في استعمال الحق ودعوى المسؤولية التقصيرية، وذلك نظرا لخصوصية هذه الدعوى إستنادا على أن محل الحماية الحق ذو طبيعة خاصة، فهي لا تتوقف عند تعويض الضرر الحاصل كما هو الحال بالنسبة لدعوى المسؤولية التقصيرية، بل تذهب إلى أبعد من ذلك، بالإضافة إلى الجانب الحمائي المتمثل في التفويض نجد الجانب الوقائي الذي تقره مستقبلا[2].

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم يعرف المنافسة غير المشروعة، بل اكتفئ بسرد التصرفات التي يمكن أن تقام عليها هذه الدعوى كالممارسات التجارية الغير النزيهة، الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها ضمن أحكام الأمر رقم **03/03**[3] المعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، بالقانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، وعلى الرغم من خصوصية دعوى المنافسة غير المشروعة، إلا أن المشرع قد نظمها وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية والتي تقوم على ثلاثة أركان: الخطأ، الضرر، العلاقة السببية[4].

الفرع الثالث: نطاق التعسف في استعمال الحق

تعد فكرة التعسف في استعمال الحق قاعدة مسلم بها سواء في الفقه والقضاء على حد السواء، إلا أن فقهاء الإتجاه المؤيد لنظرية التعسف في استعمال الحق قد إختلفوا في تحديد نطاق تطبيقها، بين

1– نعيمة علواش: "**الأساس القانوني للمنافسة الغير المشروعة في الجزائر**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية **والسياسية**، جامعة البليدة 2، ، الجزائر، 1 جانفي2013 العدد05، ص58.

2– سعاد بلمختار، المرجع السابق، ص ص137–140.

3– الأمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جويلة 2003، يتعلق بمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، مؤرخة في 20 جويلة 2003 المعدل والمتمم.

4– احمد صادق، نعيمة علواش: "**الطبيعة القانونية لدعوى المنافسة غير المشروعة في ضوء الممارسات التجارية**" مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 13، جانفي، العدد 25 جانفي 2021، ص ص830–831.

التضييق في مجالها وحصرها فقط في بعض الحقوق دون غيرها، أما الإتجاه الآخر نادى بالتوسيع في نطاقها واشتمالها على كل الحقوق والحريات والرخص، وهذا ما سيتم إلقاء الضوء عليه من خلال هذا الفرع:

أولا: التعسف يرد على استعمال الحقوق دون الرخص العامة والحريات

حيث يتجه جانب من الفقه إلى القول بان نظرية التعسف في استعمال الحق يمكن تطبيقها فقط في مجال الحقوق، دون غيرها، كما عالجوا هذه الحقوق أيضا في مجال ضيق وليس على المطلق، ومن بين أنصار هذا الاتجاه نجد الفقيه "**سافاتييه**" و"**روبييه**"، كما ميزوا بين الحقوق المقيدة والحقوق المطلقة فهناك من يرى بأن التعسف يشمل فقط الحقوق المقيدة، وعليه فان أصحابها فقط من يقررون كيفية استعمالها، استناد على أن الرخص ماهي إلا نوع أخر من المزايا القانونية التي تنشا في فترة نشوء المراكز القانونية، ولصاحب السلطة حق إما بالقبول أو الرفض مثالها للوارث قبول أو رفض التركة[1].

ويرى الأستاذ "**ريبر**" **"Ripert"** في كتابه بعنوان" القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية": "**إن نظرية التعسف في استعمال الحق مستوحاة برمتها من القواعد الخلقية ولم تنفذ في نطاق القانون إلا في مجال ضيق، متواضع**"، إضافة على ذلك فقد حاول الأستاذ "**ريبر**" البحث عن أساس التعسف في استعمال الحق خارج نطاق الحق، وذلك نظرا لاتساع الحق وعدم رسم حدوده له، إلا أن هذا الرأي قد واجه العديد من الإنتقادات الكبيرة من بينها ما وجه الفقيه " **بلانيول**" حيث يرى أن الأخد بهذا المنطلق يجعلنا تحت تناقض منطقي خاصة فيما تعلق الأمر بجعل الحق مطلق دون حدود قانونية[2].

ثانيا: التعسف في استعمال الحق يرد على الحقوق وكافة الحريات والرخص

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه، ومن أكبر داعميه الأستاذ "**جوسران**" أن التعسف فكرة واسعة النطاق، حيث تشمل كل من الحقوق والرخص على حد سواء، وذلك استناد على أن القانون ما هو إلا قاعدة إجتماعية إلزامية، حيث يرى "**جوسران**" أن الحق ما وجد إلا للجماعة وبالجماعة، أي يجب مراعاة مصلحة الجماعة لا مصلحة الفردية فقط عند استعماله، فالحقوق نسبية لها أهداف وضعت من أجلها ولا

[1]– حسن علي الذنون: "**المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الخطأ**"، دار وائل للنشر، عمان، 2006 ص401.

[2]– نفسه، ص397.

يجوز لصاحب الحق أن يتجاوزها، وفي حال إنحرافه عنها يكون ملزما بتعويض الضرر اللاحق بالغير ومن ذلك يرى الفقيه "**جوسران**": "**حق الملكية مثلا ليس إلا وظيفة اجتماعية**"[1].

ونجده قد قسم الحقوق وفقا لأهدافها إلى ثلاثة أقسام وهي: "**حقوق مبنية على الأنانية**" **وتتمثل في حق الملكية، وحقوق أخرى** "**مبنية على التضحية والإيثار**" **ومثالها حق السلطة الأبوية، وأخيرا حقوق مطلقة لا روح لها ولا سبب**"، وعليه فأول نوعين بحسب رأي **جوسران** يدخلان تحت طائلة الحقوق التي يكون استعمالهما منافيا للهدف الذي وجدت من أجله وتعبر عن التعسف، أما النوع الأخير يمثل حق المالك[2].

المطلب الثاني:

طبيعة التعسف في استعمال الحق

إختلف شراح القانون، وكذلك التشريعات القانونية في تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى معرفة أساس التعسف في استعمال الحق، هل قوامه المسؤولية التقصيرية (الفرع الاول)، أم أنها نظام مستقل بذاته (الفرع الثاني) وذلك على ترتيب كالآتي:

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ

إتجه هذا الرأي الى إعتبار أن التعسف في استعمال الحق عبارة عن تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، على أساس أن التعسف في استعمال الحق يندرج ضمن الخطأ التقصيري، وأعتمدوا بعض أراء نذكر من بينها:

الرأي الاول: التعسف في استعمال الحق مساويا للخروج عن الحق

أخذ بهذا القول الفقيه "**بلانيول**"، على إعتبار التعسف في استعمال الحق يشكل عملا غير مشروع، وبتالي فهو يندرج ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، على أساس أنه إذا وجد تعسف في سلوك الفرد، فإن ذلك لا يكون عند استعمال حقه، وإنما يكون عند تجاوزه لحدود هذه الحقوق المحددة قانونا والعمل في هذه الحالة يكون دون حق، غير أنه انتقد هذا القول على أساس أنه لم يميز بين التعسف في

[1]– حسن علي الذنون: "**المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الخطأ**"، المرجع السابق، ص404.

[2]– نفسه.

استعمال الحق، والخروج عن الحق، حيث أن التعسف في استعمال الحق يفترض فعلا في إطار المشروعية، والخروج عن الحق يكون في إطار غير المشروعية[1].

الرأي الثاني: التعسف في استعمال الحق مساويا لخطأ التقصيري

إعتمدوا هذا الرأي على أساس أن الفقه القديم كان يقيد الرخص دون تقييد الحقوق، حيث كان يشترط في منح الرخص عدم انحراف الفرد عن سلوك الرجل العادي، أما بالنسبة للحق فلا يشترط في استعماله إلا عدم تجاوزه حدوده القانونية وأخذ بهذا الرأي على أساس أن الخطأ هو انحراف عن السلوك في منح الرخص أو تجاوز الحدود في استعمال الحق[2].

أما في حالة إذا ما استعمل الشخص حقا ولم يتجاوز حدوده القانونية، فلا يعد مخطئ، حتى ولو نتج عن ذلك ضرر بالغير وعليه إذا خرج صاحب الحق عن حدود ممارسة حقه، يتحمل بذلك المسؤولية وحيث أنتقد هذا الرأي على أساس أنه من غير المنطقي عدم تحمل الشخص المسؤولية في حالة الإضرار بالغير، ذلك في حالة عدم تجاوزه لحدوده القانونية[3].

أما الرأي المنطقي أنه تقام مسؤولية نتيجة الإضرار بالغير، بسبب انحرف عن سلوك الرجل العادي وبذلك توصل أصحاب هذا الرأي لصورتين للخطأ، فالصورة الأولى تشمل الخروج عن حدود الحق، والصورة الثانية التعسف في استعمال الحق[4]، إلا أنه تم إنتقاد هذا الرأي من قبل الفقه الحديث على أساس أن الخطأ يقيم المسؤولية خارج نطاق المشروعية، على عكس التعسف يكون داخل نطاق المشروعية وإستدلوا في ذلك على أساس أن صاحب الحق بمجرد أخذ الحيطة عند ممارسة حدوده القانونية وعليه لا ينجر عن ذلك إلحاق الضرر بالغير وبالتالي أدرجت هذه الفكرة ضمن المعيار الموضوعي، مما يخرج عن فكرة الخطأ ومنه يخرج التعسف في استعمال الحق عن مجال المسؤولية التقصيرية[5].

---

[1]– شوقي بناسي: "**التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 4 لعام 2009 ص187.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص189.

[3]– نفسه، ص190.

[4]– فاطمة الزهراء تبوت: "**التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية**"، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2016، ص27.

[5]– نفسه، ص29.

الرأي الثالث: التعسف في استعمال الحق خطأ متميز عن الخطأ التقصيري

أخذ هذا الراي الفقيه "**جوسران**" على أساس أن فكرة الخطأ في مجال التعسف عبارة عن خطأ إجتماعي، معياره إنحراف عن روح الحق وغايته إجتماعية وبذلك يكون هذا الخطأ متميزا عن الخطأ التقصيري العادي، حيث قسم "**جوسران**" الأعمال إلى ثلاثة أنواع مستقلة تقيم مسؤولية صاحبها، نجد الأعمال المخالفة للقانون، وهي تجاوز حدود الحق وتمثل الإعتداء على حق أخر، أما الأعمال غير المشروعة هي استعمال الحق على نقيض غايته، أما بالنسبة للعمل الفاحش عبارة عن عمل متفق مع القانون، إلا أنه يؤدي إلى أضرار غير عادية فاحشة تلحق بالغير[1].

حيث نجد أن التعسف في استعمال الحق نطاقه الأعمال غير المشروعة، لأن أصل العمل المشروعية، لكن ينصدم مع أساس الحق وغايته وتوصل"جوسران" إلى إعتبار التعسف غاية إجتماعية منحت من أجلها الحقوق، إلا أنه تمسك بفكرة الخطأ في تأسيس التعسف في استعمال الحق وإدراجه خارج دائرة المسؤولية[2].

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ التقصيري

إتجه البعض إلى إعتبار أن التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة بذاتها وليست تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري وبذلك لابد أن يكون لها قواعدها الخاصة التي تطبق عليها واعتمدوا على مجموعة من الأدلة نذكر من بينها:

قصور فكرة الخطأ في استعاب حالة التعسف في استعمال الحق، على أساس عدم تساوي مركز صاحب الحق في استعماله لحقه، بمركز الشخص في ممارسة الرخص العامة، بذلك حتى يكون هناك تعسف في الحالة الأولى والخطأ في الحالة الثانية، لابد أن تكون فكرة الخطأ في مجال الحريات والرخص وعليه يكون الجميع على قدم المساواة، إلا أن في مجال الحقوق صاحب الحق يمتلك سلطة إستئثار منحها له القانون دون غيره[3].

---

[1]– محمد شوقي السيد: "**التعسف في استعمال الحق معياره، وطبيعته في الفقه والقضاء، وفقا لأحكام القانون المدني المصري**"، الهيئة المصرية العامة لكتاب، مصر، 1979، ص86، نقلا عن فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق ص29.

[2]– حسن كيرة : "**مدخل للعلوم القانونية**"، الإسكندرية، مصر، 1971 ، ص762 ، نقلا عن فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص29.

[3]– نفسه، ص32.

ويستدل على ذلك أيضا أنه في حالة استخدام صاحب الحق حقه دون حيطة أو يقظة يكون متعسفا، فكلما إنحرف صاحب الحق عن غايته حتى ولو لم يخل بحالة اليقظة، مثل ذلك خطأ وبالتالي يوجد تعسف حتى ولو لم تتوفر مقومات الخطأ[1].

من بين الحجج أيضا بفكرة أسبقية التعسف عن المسؤولية

أساسها أن فكرة التعسف في استعمال الحق، تتضمن مشكلة سابقة عن مشكلة المسؤولية والتي لا يتصور حل لها إلا على ضوء معرفة حقيقة الحق وجوهره، وذلك عن طريق النظرية العامة، غير أن مشكلة التعسف تقتضي أولا إختيار بين النسبية أو المطلقة في استعمال الحق، وهو غير متوقع تحقيقه داخل إطار المسؤولية التقصيرية، بل يرهن بفكرة الحق بالنظر إلى القانون وغايته الفردية أو الجماعية وهذه المسائل تخرج عن مجال المسؤولية[2].

وإستدلوا أيضا على **الدور الوقائي للتعسف في استعمال الحق**

حيث يتمثل الدور الوقائي كجزاء ناشئا عن طبيعة تعسف صاحب الحق في استعمال حقه وبالتالي لا يمكن تفسيره على أساس المسؤولية، لأن حل مشكلة التعسف سابقة في وجودها عن المسؤولية نفسها، وإنما تجد نفسها في مفهوم الحق وغايته في التشريع والاصول العامة[3].

حيث أن فكرة التعسف في استعمال الحق لها مجال وقائي تعويضي، على أساس أن فكرة التعسف يمكن أن تتحاشى وقوع عمل مخالف للحق، لأن التعسف متصل بغاية الحق[4].

واعتبروا أن فكرة التعسف في استعمال الحق، تتجاوز فكرة المسؤولية في إختصارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه، حيث في حالة التعسف يكتفي برد طلب صاحب الحق وهو ما يمنع وقوع الاستعمال التعسفي وبذلك لا تثور مشكلة المسؤولية[5].

[1]– حسن كيرة، المرجع السابق، ص766، نقلا عن فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص32.

[2]– نفسه، ص33.

[3]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص38.

[4]– محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص118.

[5]– فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص33.

وهناك الرأي أخر يأخذ بالاعتماد على أصل تاريخي، على أساس أن القوانين العربية استمدت أحكام التعسف في استعمال الحق من الشريعة الإسلامية، والتي هي لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ وإنما تنظر إليها نظرة موضوعية[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع من نظرية التعسف في استعمال الحق

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات التي لاقت اهتماما من قبل فقهاء القانون وكذلك التشريعات العربية من بينها التشريع الجزائري وعليه سنتناول من خلال هذا الفرع، دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق عبر مرحلتين، مرحلة قبل تعديل القانون المدني، ومرحلة ما بعد تعديل القانون المدني، على النحو التالي:

أولا: التعسف في استعمال الحق قبل تعديل 2005

أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق، في ظل المادة **41** من القانون المدني القديم، والتي تنص على: "**يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛**
- **إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة**"[2].

ويعاب على نص **41** المادة سالفة ذكر التي حددت حالات التعسف صاحب الحق في استعمال حقه أنها تعرضت لجملة من الانتقادات من حيث الشكل والموضوع ويتبن ذلك من خلال مايلي:

1- من حيث الشكل

نجد أن المشرع الجزائري نظم نظرية التعسف في استعمال الحق، في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "الاشخاص الطبيعية والإعتبارية"، إلا أن نظرية التعسف في استعمال الحق أدرجها ضمن الفصل الأول المعنون "الأشخاص الطبيعية"، والفصل الثاني "الأشخاص الاعتبارية"، يتضح أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تطبق على الأشخاص الإعتبارية، على أساس أنها حق شخصي[3].

---

[1]- علي علي سليمان: "**النظرية العامة للالتزام، مصادر للالتزام في القانون المدني الجزائري**"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص224.

[2]- شوقي بنانسي، المرجع السابق، ص194.

[3]- فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص38.

ويرى الأستاذ محمد صبري سعدي، بأنه كان على المشرع أن يضع هذه النظرية في مكان أكثر بروزا في التقنين المدني، يتناسب مع أهميتها، حيث اقترح إدرجها ضمن الباب الأول من الكتاب الأول المتضمن استعمال الحقوق كما فعلت ذلك معظم التقنيات الحديثة، ومنها التقنينات العربية[1].

2- من حيث الموضوع

نجد أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري الذي استمد منه أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث لم يتناول المشرع الجزائري القاعدة العامة التي تقضي الى: "**أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير**"، لأن نظرية التعسف في استعمال الحق هي استثناء على هذه القاعدة، التي أصل الأفعال فيها هو الإباحة، ولا يستقيم الفعل بتناول الإستثناء بمعزل عن القاعدة[2].

ونجد أن المشرع الجزائري قد حدد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق تحديدا حصريا في المعايير الثلاثة سابقة ذكر، والدليل على ذلك عبارة "الأحوال التالية"، وبالتالي ذكرت معايير على سبيل الحصر، بإضافة الى أن فقرة الأولى من نفس المادة جاء فيها: "**إذا وقع بقصد الإضرار بالغير**"، لا تتطابق مع النص باللغة الفرنسية الذي جاء على نحو التالي: " **Si l'a lieu dans le seul but du nuire à autrui"**، ويتضح من خلال نص المادة أيضا سالفة ذكر، المدرجة باللغة العربية أنها أوسع مجالا من اللغة الفرنسية، على أساس أنه لم يشترط تمحض قصد الإضرار بالغير، إنما توفر هذا القصد ولو وجدت عناصر أخرى، إتجهت اليها إرادة صاحب الحق[3].

ثانيا: تنظيم التعسف في استعمال الحق بعد تعديل 2005

يتضح أن المشرع الجزائري ألغى المادة 41 من القانون المدني الجزائري، بموجب القانون رقم 10/05[4]، الذي أعاد صياغة أحكام التعسف في استعمال الحق ضمن المادة 124 مكرر فيتبين أنه أدرجها ضمن أحكام القسم الأول، المتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، في الفصل الثالث المعنون،" الفعل المستحق للتعويض"، ثم حسم طبيعتها، حيث اعتبرت صورة من صور من المسؤولية التقصيرية، إضافة الى مصطلح "الخطأ"، ولفظ" مرء"، بمعنى تطبق على الشخص الطبيعي والشخص

---

[1]- محمد صبري سعدي: "**النظرية العامة الالتزامات في القانون الجزائري**"، دار الكتاب الحديث، 1991، ص64.

[2]- فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص39.

[3]- نفسه.

[4]- القانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75، سبق ذكره.

المعنوي، لكن عبارة "**يشكل الإستعمال التعسفي لحق خطأ لاسيما في"الحالة الاتية"**، التي يعاب عليها أنها حملت معنى لم يقصده، يفهم من هذه الصياغة أن التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ في الأحوال التي عددتها المادة فقط، أما غيرها من الأحوال لا يشكل تعسف فيها خطأ، وإنما يقوم على أساس آخر[1]، **ونأخذ مثال على ذلك من خلال نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري على أساس أنه لم يحسم أمر مضار الجوار هل أنها تطبيقة من تطبيقات التعسف في استعمال الحق أما لا ورغم توفرها على عناصر المسؤولية التقصيرية، وإنما إكتفى بإدراجها ضمن الفصل المعنون حق الملكية بوجه عام، والقسم الثالث المعنون" القيود التي تلحق حق الملكية"، دون أن يوجد نص قانوني صريح يوضح موقعها من تعسف على أساس التشابه بينها، على عكس بعض التشريعات المقارنة أعتبرت مضار الجوار تطبيق من تطبيقات التعسف في استعمال الحق.**

إنتقدت هذه المادة من قبل بعض أساتذة القانون، حيث ذهب علي علي سليمان إلى القول: "إذا كان التعسف صور من صور المسؤولية التقصيرية، فماهي الفائدة من تضمين نصوص لها، أليس النص على أن خطأ يضر بالغير، يلزم فاعله بالتعويض، كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ"[2].

المبحث الثاني:

أحكام التعسف في استعمال الحق

تضمنت نظرية التعسف في استعمال الحق ضوابط وأسس بنيت عليها، ذلك من خلال تحديد معايير تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، من خلال ذكر تطبيقاتها في التشريعات الوضعية والنصوص القانونية وكذلك بينت الآثار المترتبة عليها من خلال تحديد جزاء تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، وعليه ينبغي علينا التطرق الى معرفة الضوابط المنصوص عليها قانونيا من خلال هذا المبحث حيث سيتم التطرق لحالات التعسف في استعمال الحق(المطلب الاول)، بعد ذلك لابد من استخلاص النتائج المترتبة عن تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، من خلال تحديد آثار التعسف في استعمال (المطلب الثاني)، على النحو الآتي:

[1]– فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص40.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص41.

المطلب الأول:

حالات التعسف في استعمال الحق

حيث نجد أن الشريعة الأسلامية وضعت معايير، بينما أغلب التشريعات القانونية حددت حالات تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى دراسة معايير التعسف في استعمال الحق في ظل الفقه الاسلامي(الفرع الاول)، ثم سنتناول معايير بصفة خاصة تحت عنوان معايير في ظل القانون المدني (الفرع الثاني) وعليه سيتضح ذلك من خلال مايلي:

الفرع الاول: معايير التعسف في استعمال الحق في ظل الفقه الاسلامي

تنقسم معايير التعسف في استعمال الحق حسب الفقه الاسلامي إلى قسمين، يتضمن القسم الأول المعيار الذاتي، أو ما يطلق عليه بالمعيار الشخصي، والقسم الثاني يشمل المعيار الموضوعي، أو المعيار المادي، وبذلك سنتطرق إليهم على النحو التالي:

أولا: المعيار الذاتي (الشخصي) لتعسف في إستعمال الحق

يتفق الفقهاء ومن بينهم الأستاذ فتحي الدريني على إعتبار أن المعيار الذاتي يتحدد بالنية او الباعث[1]، أو أنه يعتمد على العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف في حقه، من أجل الإضرار بالغير، أو من أجل تحقيق مصلحة غير مشروعة[2].

ومن وجهة نظر الإمام الشاطبي أعتبر أن المعيار الذاتي قائم على أن: "فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار، من حيث هو إقرار لثبوت الدليل على أنه: "(لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)"، ويتضح من خلال ماسبق قوله على أن صاحب الحق لا يستعمل حقه إلا لغاية أساسية وهي إلحاق الضرر بالغير دون وجه حق ودون أن يكون له أدنى نفع من وراء هذا الاستعمال لحقه وعليه يكون مسيئا في استعمال حقه بطريقة غير مشروعة وبذلك يمنع من هذا التصرف التعسفي[3].

ويتحقق المعيار الذاتي للتعسف في استعمال الحق بتوفر شرطين المتمثلين في أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير، وتمحض قصده لذلك، بحيث لا تكون هناك أية نية إلى شيء آخر من وراء هذا الفعل إلا الإضرار به، وبذلك نجد أن الفقهاء إتفقوا على تحريم قصد الإضرار بالغير وردع كل

---

[1]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص90.

[2]– نفسه، ص242.

[3]– مجيد محمود سعيد أبو حجير: "**نظريات في الفقه الاسلامي، نظرية التعسف في إستعمال الحق، نظرية ظروف الطارئة، دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير وجه الصلة بينهما**"، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، سنة2002 ص36.

من يتسبب بذلك بتحمل الجزاء، الذي يكون قضائي بين المنع والضمان ويتضمن أيضا المعيار الذاتي لفكرة استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها، على أساس تحليل المحرم وإسقاط الواجب[1].

حيث يكون قوام تمحض قصد الإضرار بالغير، نتيجة توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض دون سواه ومثاله كالمالك الذي يغرس أشجارا عالية على الأرض لهدف حجب الضوء عن جاره حتى لو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع، مادام هذا النفع غرضه هو مجرد الإضرار بالغير بالتالي فلا مجال للحديث عنه، مدام هناك تعسف بحق الغير[2].

ويعتبر المعيار الذاتي من أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع القديمة، حيث اتجه حسن علي الذنون إلى اعتبار المعيار الشخصي قائم على نية سيئة تهدف إلى الإضرار بالغير، الذي لا يشترط لتطبيق المعيار للتعسف في استعمال الحق تمحض نية صاحب الحق، وإنما قد يكون هناك هدف آخر من الإضرار وغالبا ما يكون ثانوي وبذلك لا يمنع قيام مسؤولية صاحب الحق نتيجة تعسفه في استعمال حقه[3].

- **ومن تطبيقات المعيار الشخصي لتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**

نذكر بعض المسائل التي عالجت مسألة المعيار الشخصي للتعسف في استعمال على سبيل المثال فقط نعدد ما يلي:

1- تعسف المطلق في استعمال حق الطلاق: ذلك من خلال توريث المبتوتة في مرض الموت، من أجل حرمانها من الميراث وذلك بغيت الإضرار بها[4].

---

[1]- مجيد محمود سعيد أبو حجير، المرجع السابق، ص ص38 - 39.

[2]- عبد الحميد الشواربي: "**التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصادر االقانون، التعسف في استعمال الحق الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي، تنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان، الجنسية، الأشخاص والأموال، الفقه، القضاء، صيغ العقود والدعاوى**، الكتاب الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص ص210 .211

[3]-**حسن علي الذنون:** "**المبسوط في المسؤولية المدنية المدنية، الضرر**"، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، 2006 ص ص413 414.

[4]- عبد الرزاق الصنعاني: "**كتاب الطلاق**"، **باب الطلاق المريض**"، **تحقيق:** حبيب الرحمن الاعظمي، الجزء 7، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983، نقلا عن: سعيد نعمي، أحمد النمس، "**نظرية التعسف في إستعمال الحق، في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، تخصص شريعة والقانون، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019-2020، ص64.

2- تعسف الولي في استخدام حق الولاية على النفس والمال: حيث شرعت الولاية على النفس والمال لمصلحة ولرعاية المولى عليه، غير أنه إذا استعمل الولي الولاية في غير ما شرع له، ذلك من أجل تحصيل مصلحة غير مشروعة[1].

3- تعسف الأب في حق تأديب ولده: لأن الأب يملك سلطة تأديب الإبن، لكن لابد أن يكون ملائما بحيث لا يكون استعمال هذا الحق بطريقة تخرج عن المشروعية وبذلك يكون متعسفا[2].

ثانيا: المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق

والذي يقوم على أساس فكرة إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، أو مسألة انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير، حيث يكون صاحب الحق بذلك مسيئا في استعماله حتى إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه لا تتناسب مطلقا مع الأضرار التي تصيب الغير من جزاء هذا التعسف، بذلك لابد أن تكون المصلحة متناسقة مع الأضرار التي تنجم عن هذا الاستعمال، فإذا لم تكن متناسبة كان الاستعمال من قبيل التعسف فلا يقر عليه[3].

ويتضمن أيضا المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق الضرر الفاحش، حيث إذا كان صاحب الحق يستعمل حقه وترتب عن ذلك ضررا فاحشا للغير، فإنه يؤدي إلى تحقق ضررا وزوال مشروعية الحق، من لحظة نشوئه بالغير[4]، حيث يصعب إثبات الضرر الفاحش في الواقع، على أساس أنه ينطوي على خفايا النفس وقد اتجه الفقيه "**سالي**" إلى إثبات الضرر الفاحش عن طريق الأخذ بطبيعة الإستعمال إما أن يكون عاديا أو استعمالا شاذا للحق وعليه يكون الاستعمال الشاذ أي غير المألوف مندرجا ضمن مجال التعسف، ويأخذ القاضي بإستنتاجه من خلال الظروف المكانية والزمانية والإجتماعية، بذلك يكون التصرف شاذا ومنحرفا عن تحقيق الغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي من أجله وجد هذا الحق[5].

---

[1]- سعيد نعمي، احمد النمس، المرجع السابق، ص59.

[2]- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص257.

[3]- مجيد محمود سعيد أبو حجير، المرجع السابق، ص43.

[4]- نفسه، ص44.

[5]- حسن علي الذنون: "المبسوط في المسؤولية المدنية المدنية"، الضرر، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ص415 414.

- **من تطبيقات المعيار الموضوعي لتعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي** نذكر منها:

نأخذ على سبيل المثال فكرة الإحتكار: والذي يقصد به شراء ما يحتاجه الناس وإدخاره من أجل بيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه، الذي يمكن أدراجه في خانة تعسف صاحب الحق في استعمال حقه[1].

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق قانونا

أدرج المشرع الجزائري حالات التعسف في استعمال الحق ضمن نص المادة 124 **مكرر** من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: "**يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:**

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ويتضح من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق على سبيل الحصر، وتتمثل في ما يلي:

أولا: قصد الاضرار بالغير كصورة من صور التعسف

حيث لابد من أجل قيام المسؤولية توفر لدى صاحب الحق القصد في الإضرار بالغير، فهو الباعث الأساسي لاستعمال الحق، حتى لو أدى القصد الى تحقيق مصلحة غير مشروعة، على اعتباره خطأ عمدي ويصعب إثباته، ونجد كل من الفقه والقضاء قد اتبع بعض الحجج والدلائل لاثباته، من بينها إنتفاء المصلحة، أو على أساس أخذ بمعيار الاستعمال صاحب الحق طرق أكثر ضررا للغير، على أساس أنه كان بإمكانه استعمال حقه على نحو أخر دون الإضرار بالغير[2].

- **ومن تطبيقات قصد صاحب الحق الإضرار بالغير في القانون المدني**، نجد:

ما جاء في نص المادة **191 من القانون المدني الجزائري** التي نصت على أنه: "**لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته، وترتب عسر المدين أو زيادة في عسره.....**"

[1]- سعيد نعمي، أحمد النمس، المرجع السابق، ص63.

[2]- علي فيلالي: "**الالتزامات الفعل المستحق للتعويض**"، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص64.

يتضح من خلال نص المادة السابقة الذكر من القانون المدني191، يحق الدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرف، في حالة توفر قصد الإضرار به من قبل المدين، بالتالي إذا تحقق هذا الشرط يعتبر المدين متعسفا في حق الدائن.

ثانيا: عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير كصورة من صور التعسف

والذي أساسه الموازنة بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، فتقوم مسؤولية صاحب الحق إذا كانت المصلحة قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع الضرر الناشئ للغير ولا يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه، إذا تساوى الضرر والمصلحة، أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبة معقولة، أما في حالة إذا رجح الضرر عن المصلحة اعتبر صاحب الحق متعسفا[1].

- **ومن تطبيقات التي أوردها المشرع الجزائري من خلال نصوص القانونية،** التي تحدد عدم تناسب بين المصلحة والضرر اللاحق بالغير، نجد من خلال نصوص المواد:

حيث نصت المادة **708** في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنه: "**غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط**".

يتضح من خلال نص المادة سالفة الذكر، أنه إذا كان هناك عذر قانوني من خلال المصلحة الجدية التي يرمي المالك إلى تحقيقها، لا يعتبر صاحب الحق متعسفا وهنا المصلحة تتقدم على أساس أن المالك يتصرف في ملكه، أما إذا كان عذرا غير قوي متمثل في هدم الحائط، وبذلك ترجح المصلحة للجار، ويعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه[2].

كما نجد أن نص المادة **788** من القانون المدني، تطبيق من تطبيقات معيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق، التي نصت على أنه: "**إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل.**"

يفهم من خلال نص المادة **788** من القانون المدني سابقة الذكر، أنها صريحة في اقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، بذلك يزال الضرر الأشد بالأخف بناءا على عدم هدم الجدار، مقابل تعويض يكون عادلا ومنصفا للمتضرر نتيجة تجاوز صاحب الحق حدوده.

---

[1]– فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص ص43–44.

[2]– مونة مقلاتي، المرجع السابق، ص404.

ويمكن إضافة أيضا نص المادة **176** من القانون المدني الجزائري، التي تقضي بالتعويض النقدي، على أساس الموازنة بين الضرر اللاحق بالمدين والمنفعة التي يحصل عليها الدائن، والتي تنص على أنه:" **إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه،....**".

ثالثا: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها كصورة من صور التعسف

حيث تكون المصلحة غير مشروعة، إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون، أو متعارضة مع النظام العام والآداب العامة، حيث لابد من أن يقدر انحراف الشخص الذي يستعمل حقه بسلوك الرجل العادي الذي لا يسعى إلى الحصول على مصلحة غير مشروعة تحت ستار استعمال الحقوق[1].

*** ومن تطبيقات معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:** نجد نص المادة **187** من القانون المدني التي تنص على أنه: "**إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الإتفاق، أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر**".

من أمثلة معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها، فصل العامل بسبب مذهبه السياسي أو انتمائه النقابي، أو الذي يؤجر بيته لمقابلات مخالفة للنظام العام والآداب العامة[2].

يستخلص من نص المادة **187** أعلاه، أن الدافع يكون غير مشروع للدائن في حالة إطالة النزاع للمطالبة بحقه، ولتحقيق مصلحة لنفسه، والتي تقوم على سبب غير مشروع، بحيث أن الدائن إذا أراد أن يزيد في مبلغ التعويض على عاتق المدين يكون بذلك قد حقق مصلحة غير مشروعة، من خلال إطالة أمد النزاع، وعليه يكون الحكم لاغيا أو بتخفيض المبلغ المتفق عليه[3].

وخلاصة القول يتضح من خلال نص 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، التي تضمنت معايير التعسف في استعمال الحق في حالات فقط، والتي يمكن إجمالها على أساس فكرة المصلحة فالحقوق لم تقرر إلا لتحقيق غايات وهدف الحق وإشباع المصلحة بالنظر إلى ما منحه القانون من سلطات وإمتيازات، والتعسف في استعمال الحق يكون عند إنعدام المصلحة ورجحان الضرر أو إذا قلت

---

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص223.

[2]– نفسه.

[3]– فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص ص45–46.

المصلحة، لكن مع تحقق قصد الإضرار بالغير أو عدم مشروعية المصلحة، نكون بصدد التعسف في إستعمال الحق، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، على أساس اعتبار التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري[1].

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة التي تضمنت مسألة التعسف في استعمال الحق من خلال نصوصها القانونية، بداية نجد أن المشرع المصري أدرج كل من المبدا العام لاستعمال الحق، من خلال القانون المدني المصري وكذا الإستثناء، على غرار المشرع الجزائري الذي اكتفى فقط بذكر الإستثناء وحده دون القاعدة، حيث نصت المادة الرابعة من القانون المدني المصري على أنه: "**من استعمل حقه استعمالا مشروعا، لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر**"، يتضح لنا من خلال نص المادة سابقة الذكر من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يوقع صاحبه أية مسؤولية، ولكن الإشكال الذي يطرح نفسه متى يعتبر استعمال الحق غير مشروعا[2]، والإجابة تتضح من خلال نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه:" **يكون استعمال غير مشروع في أحوال التالية :**

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير؛

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الاهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها؛

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة"[3].

وعليه يتضح من خلال نصوص المواد 4، 5 سابقة ذكر من القانون المدني المصري، أن هناك تشابه كبير بين المشرع الجزائري والمصري من خلال استقراء نصوص المواد، حيث أن المشرع الجزائري لم يضع معيارا عاما للتعسف، كما فعلت بعض التشريعات الحديثة وتجنب استخدام مصطلح "تعسف" لسعته وإبهامه، وإتبع المشرع المصري في المعايير المتعارف عليها وتتمثل في قصد الإضرار بالغير بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه، إذا لم يستعمله إلا بقصد الإضرار بالغير ويمكن إثبات

[1]- فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص ص45-46.

[2]- المادة 4، 5، من القانون المدني المصري.

[3]- نبيل ابراهيم سعد: "**المبادئ العامة لقانون، نظرية القانون، نظرية الحق**"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر،2013، ص211.

قصد صاحب الحق في الإضرار بالغير بكافة طرق الإثبات ويستدل عليه من انعدام مصلحة صاحب الحق، مثال ذلك أن يحفر صاحب الأرض بجوار جدار جاره بهدف إنهيار هذا الجدار[1].

- **ومن تطبيقات التي يمكن إضافتها لهذا النوع من التعسف في استعمال الحق**، دعاوى الإفلاس الكيدية، والتنفيذ الكيدي، حيث تكشف عن تعسف الدائن من استعمال السلطات التي خولها القانون لاستفاء حقه، وكذلك دعاوى الدفوع القضائية الكيدية، حيث تتضمن التعسف في استعمال، بذلك يحق الإلتحاق الى القضاء لمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالغير[2].

حيث يعتبر تمحض قصد الإضرار بالغير، من أقدم المعايير وأكثرها شيوعا في الشرائع المختلفة فهو معيار ذاتي، قوامه توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ومن تطبيقاته كالمالك الذي يغرس أشجارا عالية على الأرض، من أجل حجب الضوء عن جاره، حتى ولو عادت هذه الأشجار بالنفع، لكن إذا هذا النفع غرضه هو مجرد الإضرار بالجار، اعتبر صاحب الحق متعسفا[3].

ونصت الفقرة الثانية من نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري،على معيار عدم تناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير، بذلك يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه، إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من خلال هذا الاستعمال لا تتناسب مع ما يعود على الغير من ضرر[4].

أي أنه يتم الموازنة بين المصلحة التي تعود على صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير وعليه يكون الشخص متعسفا إذا تساوى الضرر والمصلحة، أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبة معقولة، أو إذا رجح الضرر عن المصلحة رجحان كبيرا ومن تطبيقاته كالمالك الذي يقيم مدخنة تؤذي الجار وكان بإمكانه دون أن ترجع عليه بمنفعة، تجنب هذا الاذى لو اقامها في مكان اخر.[5]

أما الفقرة الثالثة من نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري، التي أدرجت عدم مشروعية المصلحة، وبذلك يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه، إذا كانت المصلحة التي يريد تحقيقها

---

[1]– نزيه نعيم شلالا: "**دعاوى التعسف وإساءة في استعمال الحق، دراسة مقارنة من خلال الفقه، الاجتهاد، النصوص**" بيروت، لبنان، 2006، ص120.

[2]– محمد حسن قاسم: "**المدخل الى القاعدة القانونية، نظرية الحق**"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص359.

[3]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص210–211.

[4]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص242,

[5]– محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص360.

من وراء استعماله لحقه مخالفة لأحكام القانون، أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومن أبرز تطبيقات هذا المعيار، إساءة استعمال الحكومة سلطاتها، كفصل الموظفين من أجل تحقيق غرض شخصي.[1]

واتجه جانب من الفقه إلى اعتبار أن المصلحة تكون غير مشروعة إذا كانت مخالفة لحكم من أحكام القانون أو الآداب العامة، حيث يعتبر المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الاساسية لتنفي صفة المشروعية عن المصلحة[2].

في حين اتجه المشرع اللبناني إلى الإعتماد على معيار مجاوزة حدود حُسن النية عند استعمال صاحب الحق لحقه يلزم مرتكبه بتعويض الغير، ونتيجة لهذا التجاوز أو الغرض الذي منح من أجله هذا الحق، اعتبر صاحب الحق متعسفا في حالتين، حالة مجاوزة الغاية التي تقرر من أجلها الحق، وحالة مجاوزة حدود حُسن النية عند استعمال الحق، لأنه من يتجاوز في استعمال حقه وفقا لهذا المعيار يكون منحرف في نفس الوقت عن غاية الحق الذي يقوم على توفر قصد الإضرار بالغير، سواء كان إنعدام أو تفاهة المنفعة التي تعود على صاحب الحق من وراء استعماله[3].

كما أدرج القانون المدني السوري، نظرية التعسف في استعمال الحق، ضمن المادة الخامسة والسادسة منه، حيث نصت المادة الخامسة على أنه: "**من أستعمل حقه استعمالا مشروعا، لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر**".

في حين نصت المادة السادسة من القانون المدني السوري على أنه: "**يكون الإستعمال غير مشروع في الأحوال التالية:**

- إذا لم يقصد به سواء الإضرار بالغير؛

- إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها؛

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة"[4].

---

[1]- طارق عفيفي صادق أحمد، المرجع السابق، ص28.

[2]- عصام انور سليم: "**نظرية الحق**"، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، د. س. ن، ص375.

[3]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص262-263.

[4]- محمود حمزة جيلال: "**العمل غير المشروع بإعتباره مصدر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني الفرنسي**"، ديوان المطبوعات الجامعية، دون ذكر سنة، الجزائر، ص93.

يتضح من خلال من نص المادة 5 من القانون المدني السوري سالفة الذكر نستنتج أن نية الإضرار بالغير عند استعمال الحق وانعدام تحقيق مصلحة تامة، قرينة على قصد الإضرار بالغير ويدل الخطأ الجسيم على سوء النية صاحب الحق في استعمال حقه[1].

في حين ينص المعيار الثاني من خلال نص المادة 5 من القانون المدني السوري، سالفة الذكر على أنه: "إذا كانت المصالح قليلة الاهمية بالنسبة للأضرار الواقعة، على أساس أن يكون رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا، فحق الملكية فرضت له حماية عند استعماله، وإذا تسبب المالك عند استعماله لحقه ورتب ضرر لغيره اعتبر متعسفا ووجب التعويض"[2].

ويقصد بعدم مشروعية المصلحة هي تلك النية التي تمثل العلة الأساسية لانتفاء المشروعية عن المصالح المراد تحقيقها وعليه يتضح أن المشرع السوري اعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري، ذلك على أساس أن كل من انحراف عن سلوك الرجل العادي، يعتبر مخطئ ويرتب المسؤولية، إلا أن إنحراف صاحب الحق لا يخرج عن ما نصت علية المادة الخامسة السابقة ذكر، بتالي معايير تعسف في إستعمال الحق ذكرت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال[3].

نستخلص من خلال ما سبق بيانه أن معايير التعسف في استعمال الحق متشابه من خلال استقراء فحوى نصوصها القانونية وتشابهها من خلال مضمونها إلا أنها تختلف فقط من حيث تسميتها وأن المشرع الجزائري اعتمد نفس معايير التعسف في استعمال الحق التي اخذ بها القانون المصري والقانون السوري وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع اللبناني، إلا أن ما يعاب على المشرع الجزائري قد أغفل المبدأ العام لعدم التعسف في استعمال الحق على غرار المشرع المصري الذي أقره صراحة والمتمثل في مشروعية الحق.

المطلب الثاني:

آثار التعسف في استعمال الحق

تترتب آثار التعسف في استعمال الحق إذا تجاوز صاحبه حدوده المخولة له قانونا، وينجر عن ذلك جزاء تعسف صاحب الحق في استعماله السلطات المخولة له وعليه لابد من التطرق الى توضيح متى تترتب المسؤولية الناتجة عن تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، من حيث تحديد نوعية

[1]– المواد 5، 6، من القانون المدني السوري.

[2]– محمود حمزة جيلال، المرجع السابق، ص ص93– 94.

[3]– نفسه، ص95.

المسؤولية المترتبة وأركانها، وأطراف الدعوى، بالاضافة إلى تحديد من يقع عليه عبء الإثبات والجزاء المترتب عن التعسف وذلك على نحو التالي:

الفرع الاول: دعوى التعسف في استعمال الحق

إذا تحققت معايير التعسف في استعمال الحق حسب نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، تترتب مسؤولية متمثلة في المسؤولية التقصيرية للمتعسف في استعمال حقه وبذلك لابد من تبيان الأركان الأساسية لقيام المسؤولية التقصيرية وأطراف المسؤولية وتحديد مضمونها،وذلك على النحو التالي:

أولا: أركان التعسف في استعمال الحق

تترتب المسؤولية التقصيرية من قبل المسؤول نفسه على أساس قيامها على الخطأ الواجب الإثبات ولقيام المسؤولية التقصيرية لابد من توفر عناصرها المتمثلة في: الخطأ، الضرر والعلاقة السببية، وعليه يقتضي الأمر التطرق إلى مفهومهم، تحديد عناصرهم والأثار المترتبة عنهم وذلك كما يلي:

1- الخطأ:

إن فكرة الخطأ لم ينص القانون على تعريفها واكتفى الفقهاء في تحديد مضمونها وذلك على أساس أنه من الصعب إثباته، ومن بين التعاريف التي وردت بشأنه نذكر منها:

اعتبر **الفقيه سالي** الخطأ على أنه: "فكرة غامضة ومطاطة تسمح لكل إنسان تفسيرها وفهمها وفقا لنزعته الشخصية، يكون صادر من الشخص نفسه، ويحقق فعله ضررا للغير"[1].

ويقصد به أيضا: "كل عمل يقوم به الانسان وهو مدرك تمام الادراك بأنه عمل يضر بالغير"[2].

ومن تطبيقات الخطأ نجد مسألة التعسف في استعمال الحق، على أساس أنها صورة من صور الخطأ التقصيري لأن صاحب الحق يخرج عن حدوده، وبذلك نجد أن المعيار الذي يقاس على مسؤولية صاحب الحق المتعسف هو معيار الرجل العادي، ولقيام الخطأ لابد من توفر الركنين المتمثلين في التعدي والإدراك، والذي يقصد بهما مايلي:

[1]- حسن علي الذنون: "**المبسوط في المسؤولية المدنية المدنية، الجزء الأول**، المرجع السابق، ص63.

[2]- خليل احمد حسن قدادة: "**الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام**"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص242.

أ- **التعدي:**

وعليه يتمثل **التعدي في الركن المادي** والذي يقصد به: "هو العمل الذي يسبب ضررا للغير والذي يصدر منه من أجل الإضرار بالغير"[1].

ب- الإدراك:

أما بالنسبة **للركن المعنوي** المتمثل في **الادراك** لا يكتفي لقيام المسؤولية التقصيرية مجرد توفر التعدي من قبل الشخص وإنما لابد أن يكون مدركا وقاصدا أعمال التعدي التي قام بها[2].

2- الضرر:

حيث لابد أن يترتب على الخطأ ضررا، يصيب الغير إما في ماله أو جسمه والضرر المادي يكون عبارة عن إخلال محقق بمصلحة أحد الاشخاص ذات قيمة مالية[3].

3- العلاقة السببية:

تقوم على وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكب والضرر الذي تحقق، ذلك ما جاء نص المادة 124 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "**كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"، ويعتبر أهم ركن على الاطلاق لأنها أساس اثبات أو نفي المسؤولية [4].

ثانيا: أطراف الدعوى المسؤولية التقصيرية

1-المدعي:

المتمثل في الشخص الذي وقع فيه الضرر، أي الشخص المضرور والذي يتعرض للتعسف من قبل صاحب الحق، فقد يكون المضرور نفسه أو نائبه أو خلفه الذي يثبت له الحق بالتعويض.

2- المدعى عليه:

يعتبر ذلك الشخص المسؤول عن الضرر الذي وقع على المضرور، وهو الذي ترفع ضده الدعوى لدفع تعويضات عن الخطأ الذي وقع منه[5].

---

[1]- خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 242.

[2]- نفسه.

[3]- نفسه.

[4]- مدان المهدي: "**المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي**"، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة جيلالي إلياس، سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 2، عدد3 سنة2021، ص41.

[5]- خليل حسن أحمد قدادة، المرجع السابق، ص ص258-259.

ثالثا: موضوع دعوى التعسف في استعمال الحق

يتمثل موضوعها في الجزاء المترتب عن تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، والذي بدوره يختلف من زاوية تحديده، وعليه لابد من التطرق إلى جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، ثم بعد ذلك تتناول جزاء تعسف صاحب الحق في استعمال حقه في ظل القانون المدني، وذلك من خلال مايلي:

1- جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

يترتب عن التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، عقوبات ناتجة عن الإخلال بما هو محدد فيها، حيث يتمثل أولهما في الجزاء المالي والثاني في الجزاء العيني وأخيرا في الجزاء التعزيري، وذلك على نحو التالي:

أ- الجزاء المالي

فهو التعويض المالي المحض نتيجة الإساءة في استعمال الحق، حيث يلزم فاعله بتعويض الغير عما أصابه من ضرر سواء كان ماديا أو معنوي.[1]

ب- الجزاء العيني

ويكون الجزاء العيني في الفقه الإسلامي في صور نذكر منها:

- إبطال ذات التصرف: وذلك لمنع اثارها عليها، كابطال وصية الاضرار؛
- جبار الممتنع عن استعمال حقه: كإجبار المحتكر على البيع بثمن المثل؛
- سلب الحق من صاحبه، كما في سلب الولاية من الولي؛
- منع صاحب الحق من استعمال حقه: كمنع الغاصب من هدم مبناه في الأرض المغصوبة، إذ لم يعد عليه من فائدة، ولو كان الغاصب مالكها[2].

[1]- سعاد بلحورابي: "**نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**"، رسالة لنيل الماجستيرفي القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014. ص30.

[2]- سعيد نعمي، أحمد النمس، المرجع السابق، ص78.

ج- الجزاء التعزيري

يقصد بالجزاء التعزيري، يجوز للحاكم أن يعزر أو يأدب كل من يرتكب معصية سواء كانت تتعلق بحقوق الله عز وجل كترك صلاة أو بحقوق عباده كمن يؤذي جاره، والتي ليس لها حد مقدر في الشرع[1].

2- جزاء التعسف في استعمال الحق في ظل القانون المدني

إذا تحققت معايير التعسف في استعمال الحق، وعليه يترتب الجزاء الذي يكون بطبيعة الحال في شكل تعويض الذي يمثل الحكم الذي تقرر لمصلحة المتضرر بعد توفر المعايير التي تثبت التعسف في استعمال الحق، بذلك يتخذ التعويض شكلين، التعويض النقدي والتعويض العيني، والذي يقصد بهما مايلي:

أ- التعويض النقدي: حسب نص المادة **124** من القانون المدني التي تنص على أنه: "**كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

ب- التعويض العيني: الذي يقصد به اعادة الحال لما كان عليه قبل وقوع الضرر، بذلك يكون الجزاء الأنسب نتيجة تحقق معايير التعسف المنصوصة عليها قانونيا.[2]

وحسب المادة **132** من القانون المدني التي تنص على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف" **والفقرة الثانية** من نص المادة **132** نصت على التعويض بنوعيه على أنه: "**يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض....**".

يتضح من خلال نص المادة **182** من القانون المدني الجزائري، أن للقاضي سلطة تقديرية بالحكم بالتعويض النقدي إذا أمكن ذلك، أو أن يحكم باعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تحقق الضرر، إذا لم يكن تعويضا عدلا ومنصفا.

بعض الأراء اتجهت إلى القول أن تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، يرتب أثر يتمثل في التعويض النقدي وحده دون العيني، على اعتبار أن التعويض العيني يفترض عملا غير مجاوز لحدود الحق، بينما التعسف يفترض عملا مجاوز لحدود الحق ومضمونه، إلا أن هذا الرأي لم يرى تأييد من

[1]- سعاد بلحوواربي، المرجع السابق، ص31.

[2]- حكيمة سباعي: "**التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية**"، مجلة دراسات إسلامية، جامعة عبد المالك السعدي المغرب، المجلد 12، عدد1سنة 2017، ص46.

الفقه والقضاء، والرأي الراجح أن جزاء التعسف يكون في شكل التعويض بنوعيه، نقدي وعيني حسب الأحوال[1].

واتجه كذلك طارق عفيفي إلى القول أنه إذا تحقق الضرر بالغير نتيجة استعمال صاحب الحق حقه بطريقة غير مشروعة حسب المعايير التي حددها القانون، يترتب الجزاء القانوني المتمثل في التعويض بصورتيه، تعويض نقدي، سواء كان مقسط أو معجل، وتعويض عيني يتمثل في اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع التعسف، وعليه من ادعى أنه تعرض للتعسف من طرف صاحب الحق، يجب عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، ومن أمثلة قيام الجزاء نتيجة تعسف صاحب الحق في استعماله لحقه، نجد في عقود العمل الطرف المتعاقد الذي يفسخ العقد ويكون فسخا تعسفا [2].

ويمكن إضافة أيضا الجزاء الوقائي لتعسف في إستعمال الحق، الذي يكون هدفه جبر الضرر الناجم عن السلوك التعسفي لصاحب الحق، أو تخفيف من وطأته، إذا لم يكن التخفيف ممكنا، من أجل منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي[3].

الفرع الثاني: إثبات التعسف في استعمال الحق

تقتضي القاعدة العامة أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه، على أساس أنه من يدعي على خلاف الأصل أو المفروض أو الظاهر أو الثابت حسب مسألتنا، يفترض المفروض، على أساس أنه يرجح وقوعه في أغلب الاحوال أو يتصور وقوعه حسب المألوف أو أن يكون الشخص حَسن النية على أساس أنه مفترض، وعليه صاحب الحق يكون استعماله لحقه مشروعا بحيث لا يشوبه تعسف أو إساءة، وبالتالي على الطرف المتضرر من قبل صاحب الحق إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات المعروفة[4].

وأيد هذا الراي عبد الحميد الشواربي، على أساس العمل بالقاعدة: "من يدعي وقوع تعسف من صاحب الحق في إستعمال حقه، وجب عليه إثبات ما يدعيه"، طبقا للقواعد العامة في الإثبات، على

[1]–عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص226–225.

[2]– طارق عفيفي أحمد صادق، المرجع السابق، ص288.

[3]– حكيمة سباعي، المرجع السابق، ص46.

[4]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص376.

أساس أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه، على إعتبار أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك[1].

أما بالنسبة لمسألة إثبات المسؤولية التقصيرية، تكون على أساس العمل بالقاعدة العامة في الاثبات البينة على من إدعى، واليمين على من أنكر، ودليل على ذلك نص المادة **323** من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنه: "**على الدائن اثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**"[2].

[1]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص225.

[2]– مدان المهدي، المرجع السابق، ص43.

خلاصة الفصل الأول:

يتضح من خلال ماسبق التطرق إليه في الفصل الاول المتعلق بذاتية التعسف في استعمال الحق، على أن مصطلح التعسف في إستعمال الحق، يتضمن مصطلحات عديدة متشابهة من بينها إساءة في استعمال الحق، ومجاوزة حدود الحق، إلا أن المصطلح الأدق يتمثل في **abus du droit**.

أما بالنسبة لمحل التعسف في استعمال الحق يرد على الحقوق دون الرخص على أساس أن التعسف في استعمال الحق يندرج ضمن الحقوق ونجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على ذلك بأن التعسف في استعمال الحق يرد على الحقوق دون الرخص والحريات والدليل على ذلك عبارة "**يشكل الاستعمال التعسفي للحق**...."، ذلك من خلال الفقرة الأولى من نص المادة **124 مكرر** من القانون المدني المعدل والمتمم.

وتدور طبيعة التعسف في استعمال الحق بين الرأيين الأساسيين، على أن التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية، أم أنها نظام مستقل عن المسؤولية التقصيرية، حيث أخذ المشرع الجزائري بأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق إلا المسؤولية التقصيرية، من خلال تحديد معايير التعسف صاحب الحق في استعمال حقه من خلال نص المادة **124مكرر** قانون المدني المعدل والمتمم والمحددة حصرا.

وعليه إذا تحققت حالات التعسف في استعمال الحق وأثبت وجودها الطرف المتضرر بكافة طرق الإثبات تقوم دعوى المسؤولية التقصيرية التي أساسها التعويض.

الفصل الثاني

البحث عن التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك

الفصل الثاني:

البحث عن تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك

أصبحت حماية المستهلك مهمة أساسية، لأنه الطرف الضعيف في علاقته التعاقدية والاستهلاكية عامة مع المتعامل الاقصادي، الذي يمثل الطرف القوي في العلاقة المبرمة مع المستهلك.

وما يؤكد ذلك هو الطبيعة القانونية لعقود الاستهلاك فهي عقود إذعان، محررة مسبقا من قبل هؤلاء المتعاملين الاقتصاديينن ناهيك عن أن هؤلاء وفي سبيل تحقيق الأرباح السريعة وتحقيق مصالحهم سيميلون الكفة ضد المستهلك سواء في التعامل قبل التعاقد معه أو بعد ذلك.

وقد ارتأينا هنا البحث في قانونين رأيناهما الأقرب الى الاستهلاك والمستهلك، وهما قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المعدل و المتمم، وقانون الممارسات التجارية رقم 02/04 المعدل والمتمم، عن امكانية اسقاط أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق على بعض الممارسات المحظورة أو غير النزيهة المنصوص عليها فيهما.

وعليه، سيتم البحث في قانون حماية المستهلك في المبحث الأول، والبحث في قانون الممارسات التجارية في المبحث الثاني، كما يلي:

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في ظل قانون حماية المستهلك

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في ظل قانون الممارسات التجارية

المبحث الأول:

التعسف في استعمال الحق في ظل قانون حماية المستهلك

إن عدم وجود تكافئ بين علاقة المحترفين بالمستهلكين، نتيجة لعدة أسباب من بينها، المتمثل في عدم التوازن العقدي، على أساس وجود متعامل يمتلك القوة ليس الاقتصادية فقط، وإنما عديد من الأليات التي تؤدي إلى تكريس عدم المساواة بين أطراف العقد، من بينها الشرط التعسفي الذي أدى الى الاختلال العقدي، حيث ينبغي علينا التطرق من خلال هذه الدراسة إلى معرفة الشروط التعسفية (المطلب الاول) ومن بين الضمانات التي يكتسبها المستهلك، والتي يمكن أن يستعملها بسوء وينتج عنها ما يسمى بإساءة استعمال حق العدول(المطلب الثاني).

المطلب الاول:

الشرط التعسفي وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق

قبل التطرق إلى الشروط التعسفية، لابد من الرجوع أولا الى عقود الإذعان، على أساس أن قانون حماية المستهلك حدد نطاق العقود المبرمة مع المستهلك على أنها عقود إذعان، لذلك ينبغي التطرق الى مضمونها أولا، ثم معرفة مدى اعتبارها عقودا تعسفية، وهل لها علاقة بالتعسف في استعمال الحق (الفرع الاول)، بعد ذلك لابد من التطرق إلى الشرط التعسفي من خلال الالمام بأهم عناصره من خلال تعريفه وتبيان معاييره (الفرع الثاني)، وأخيرا لابد من معرفة هل هناك ارتباط التعسف في استعمال الحق بالشروط التعسفية (الفرع الثالث)، ذلك على نحو التالي:

الفرع الاول: مجال الشروط التعسفية

يشمل مجال الشروط التعسفية، عقود الإذعان التي تعتبر عقود خاصة، وأكد المشرع الجزائري من خلال نصوصه القانونية، على أساس أن طريقة إبرام عقد الاستهلاك، تكون على شكل عقد إذعان وبذلك لابد من بيان مفهوم عقود الإذعان أولا، ثم بعد ذلك لابد من توضيح هل يمكن إدخالها ضمن العقود التعسفية أم لا.

أولا: مفهوم عقد الإذعان

سنتدرج من خلال هذه الدراسة التطرق الى تعريف عقود الإذعان، من حيث اللغة، وإدراج بعض التعاريف الفقهية، فيما يلي:

1- تعريف عقد الاذعان لغة

يقصد به الإنقياد والإقرار والذلة، والإسراع في الطاعة، يقول: أذعن له إذا سلس وإنقاد، وهو مذعن وأذعن فلان يعني أقربه[1].

2- تعريف عقد الاذعان فقها

تعددت التعاريف الفقهية لعقد الاذعان، إلا أنها تنصب حول نفس المعنى تقريبا، حيث عرفها الفقيه "**سالي**" على أساس أنه صاحب أول فكرة للاذعان، يرى أنهذا العقد: "محض تغليب إرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد"[2].

حيث عرف عقد الإذعان من قبل أستاذ على فيلالي على أنه: "هو عقد يملي فيه المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الأخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها وترجع هذه السيطرة عادة إلى إحتكار فعلي أو القانوني، لسلع والخدمات، من طرف المتعاقد القوي"[3].

في حين إتجه خليل أحمد حسن قدادة إلى إعتبار عقد الاذعان على أنه: "العقد الذي لايملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الأخر بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، بوضع شروط العقد في جملتها، إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته"[4].

---

[1]- خاطر السرحان: "**شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية**"، الدار العلمية لنشر والتوزيع، عمان، سنة 2008 ص107.

[2]- علي مصبح صالح الحيصة: "**سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد اذعان**"، رسالة مقدمة لاستكمال للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط،2011، ص14.

[3]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص60.

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

حيث اتجه" **Georges Berlioz**"، إلى تعريفه على أنه: "عقد الاذعان هو عقد حدد محتواه العقدي كليا، أو جزئيا بصورة عامة ومجردة قبل مرحلة التعاقد"[1].

ثانيا: ما مدى ارتباط عقد الاذعان بالتعسف في استعمال الحق

نجد أن الفقهاء منذ عهد "**Seteilles**"، أخذون بالقول أن التعسف الذي ينجم عن عقود الاذعان إلا أن الفقيه"**Starck**"يقول أن سبب مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية[2].

في حين استنكر هذا القول الفقيه "**Bertioz**" على أساس أنه بدل من أن يكون أداة للتوفيق بين المصالح المتضاربة للأطراف، فإن عقد أصبح وسيلة يملي بموجبها أحد المتعاقدين شروطه، وعلى أساس أن عقد الإذعان يستعمل لإنشاء نظام إقطاعي جديد ومع التطور التكنولوجي في العلاقات القانونية لا يمكنه أن يساهم في تفاقم هذه الظاهرة[3].

دون أن ننسى فكرة عقد الاذعان بالنسبة للمستهلك الالكتروني، على أساس أن غالبية العقود التي يبرمها عبر شبكة الأنترنت، من خلال عقود نموذجية تظهر عبر الموقع الالكتروني في شكل إستمارة نموذجية إلكترونية، والتي تكون في شكل شروط تتضمن بعض الكلمات القانونية صعبة الفهم بالنسبة للمستهلك، وكذلك هذه العقود تكون غير قابلة للنقاش، أو التعديل، وبذلك يظهر التعسف في إبرام هذه العقود خاصة للمستهلك مما يؤدي الى عدم التوازن العقدي، على أساس أن المحترف يمتلك خبرة في تحديد الحقوق والإلتزامات الناشئة في العقد، دون أن يتسنى للمستهلك تحقيق مصالحه من هذه العقود[4].

ويتضح أن عقود إذعان هي أكثر العقود التي تتضمن الشروط التعسفية، إلا أنها عقود مستقلة بذاتها عن موضوع الدراسة التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك، إلا أنها

---

[1]- " Un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel à été fixé totalement partiellement de façon abstraite et générale avant la période contractuell ".Voir:
Georges Berlioz : " Le contrat d'adhésion", bibliothèque de droit privé, Paris, 1973, p 27.
نقلا عن ايمان بوشارب: "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر،2018، ص 45.

[2]– محمد بودالي: "**الشروط التعسفية في عقود في القانون** الجزائري، **دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر**" دار الهومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص13.

[3]– نفسه.

[4]– أمال بوهنتانة: "**الاذعان في عقود التجارة الكترونية**"، مجلة العلوم الانسانية، جامعة باتنة، الجزائر، المجلد 21، عدد1 سنة2021، ص59.

عقود تعسفية رغم أنها تبرم بالأرادة المنفردة للأطراف المتعاقد، إلا أنها تشكل إجحافا للمستهلك، من قبل المتعاملين الإقتصادين.

الفرع الثاني: الشرط التعسفي

انتشر الشرط التعسفي بكثرة في عقود الاستهلاك، نتيجة علاقته بالمستهلك، لذلك لابد من محاولة الالمام بما يحتويه هذا الشرط، من خلال تحديد مفهومه، ومعايره المشابه له، وفي النهاية لابد من تبيان أهم عنصر في الدراسة المتمثل في هل هناك علاقة بين الشرط التعسفي والتعسف في استعمال الحق من خلال ما يلي:

أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

حيث تنوعت التعاريف الفقهية للشرط التعسفي، حسب إختلاف الرؤية له، فمنهم من عرفه على أساس أطراف العلاقة التعاقدية، وجانب آخر إتجه الى تعريفه من خلال مصدره، ورأي آخر عرفه على أساس آثاره، وعليه يعرف الشرط التعسفي على نحو التالي:

1- من حيث العلاقة التعاقدية

بذلك اتجه هذا الجانب من الفقه على تعريفه على أنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني والذي هو المستهلك، من قبل المهني نتيجة تعسف في استعمال المستهلك لسلطته، بفضل الحصول على ميزة مجحفة"[1].

2- من حيث الطبيعة

على أنه الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل عليه، من الشرف والنزاهة وحسن النية والذي يتنافى أيضا مع روح العدالة والحق[2].

[1]- أحمد رباحي: "**أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن**" مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، عدد 5 مارس 2010، ص346.

[2]- عمر محمد عبد الباقي: "**الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**"، منشأة المعارف، مصر 2008، ص 402.

3- من حيث طريقة فرضه

حيث عرف على أنه: "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الإقتصادي القوي، والذي يخول له ميزة فاحشة، عن الطرف الاخر"[1]

4- من حيث آثاره

حيث يرتب هذا الشرط في العقد عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات، على عاتق المهني والمستهلك، ويؤدي إلى الإضرار به، على أساس أن المهني يحصل على ميزة مبالغ فيها في مواجهة المستهلك، والتي لا تتوفر عنده[2].

في حين اتجه الدكتور أحمد محمد الرفاعي لتعريف الشرط التعسفي على أساس أنه: "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي، بطريقة يؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة"[3].

كما عرفه الدكتور إسماعيل محمد المحارقي في تعريفه لشرط التعسفي على أنه: "لابد أن تكون تلك الشروط التعسفية، وهي تكون كذلك عندما تفترض على عديم الخبرة، بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الواقعي والاقتصادي والتقني والفني"[4].

أما بالنسبة للدكتور عبد المنعم موسى فقد إعتبر الشرط التعسفي على أنه: "البند الذي يضعه المحترف في العقد، الموقع بينه وبين غير المهني والمستهلك، اعتمادا من المحترف على سلطته الاقتصادية، من أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق"[5].

ويتضح من خلال هذه التعاريف سالفة، لكي يعتبر شرط تعسفي لابد ان تتوفر هذه العناصر:

---

[1]- عبد الرزاق الوافي، جمال غريسي: "**الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها، كألية لحماية المستهلك على ضوء القانون02/04**"، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، جامعة حمة لخضر الوادي، الجزائر، المجلد6، عدد2021 ص302.

[2]- خالد ممدوح ابراهيم: "**حماية المستهلك في المعاملات إلكترونية، دراسة مقارنة**"، الدار الجامعية، إسكندرية، 2007 ص195.

[3]- أحمد محمد محمد الرفاعي: "**الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994، ص215.

[4]- إسماعيل محمد المحاقي: "**الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة**"، مجلة الحقوق، صادرة عن المجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع ديسمبر2006، ص253.

[5]- عبد المنعم موسى ابراهيم: "**الحماية مستهلك، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2007 ص453.

1- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة، أو تأدية خدمة؛

2- أن يكون العقد مكتوبا؛

3- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا، أوعونا اقتصاديا؛

4- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الاذعان، إلا اخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[1].

وعرفه كل من "Jean Calais Auloy"، و"Steinmetz Frank"، الشرط التعسفي على أنه: "هو تعسفي، كل شرط حرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر قوة، مما يخلق عدم توازن واضح على حساب الطرف الأكثر ضعفا[2].

ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي

تنوعت التعاريف القانونية لشرط التعسفي، ونظرا لكثرت تعاريفه في مختلف القوانين، حيث إرتئينا أن نحدد مفهومه فقط في التشريع الجزائري، وذكر بغض البنود التي تعبر تعسفية، من خلال ما يلي:

1- تعريف الشرط التعسفي حسب قانون الممارسات التجارية

إستحدث المشرع الجزائري تعريفا لشرط التعسفي، بموجب المادة **الثالثة فقرة الخامسة** من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه: "**الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد، أو عدة بنود، أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق ووجبات أطراف العقد**"[3].

حيث أضاف كذلك المشرع الجزائري تضمين الشروط التعسفية، من خلال نص المادة **29** من القانون الممارسات التجارية رقم 02/04[4]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، وتم تضمينها على سبيل المثال فقط في مايلي: " **تعتبر بنود وشروط تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنحه هذا الأخير:**

---

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص80.

[2]- Est abusive , la clause qui prérédijée par la partie la plus puissante crée un déséquilibre significatif au détriment de la partie plus faible".voir : Jean calais, AuLoy Frank Steinmetz: " Droit de la consommation 5eme édition, Dalloz, France, 2006, P185.65 نقلا عن ايمان بوشارب، المرجع السابق، ص

[3]- المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 02/04، المعدل و المتمم، سبق ذكره.

[4]- المادة 29 من القانون الممارسات التجارية 02/04، سبق ذكره.

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 بتفسير 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 بالتزام أو عدة التزامات في ذمته؛

7- التفرد بتغير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة؛

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

2- تعريف الشرط التعسفي حسب المرسوم التنفيذي رقم 306/06

لم يتطرق الى تعريف الشرط التعسفي، انما اكتفى بالنص على البنود التعسفية التي تمنح أفضلية للعون الاقتصادي، ويظهر ذلك من خلال نص المادة **05** من المرسوم التنفيذي رقم **306/06**[1]، الذي يحدد العناصر الاساسية المبرمة بين الاعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والتي نصت على أنه: "**تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي:**

1- تقليص العناصر الاساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه؛

2- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك؛

3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض؛

4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته؛

[1]- المرسوم التنفيذي رقم306/06 المؤرخ في 2006/09/10، "يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية"، جريدة رسمية عدد 56، مؤرخة في 11سبتمبر 2006.

5- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده؛

6- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد؛

7- 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؛

8 - 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؛

9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك؛

10- الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق؛

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته؛

12- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

يتضح من خلال استقراء نصوص المواد 29 من القانون المطبق على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الاساسية المبرمة بين الاعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث تضمنت المواد سلفة ذكر مجموعة من البنود التي تمس بعديم الخبرة "المستهلك" بدرجة الأولى في الممارسات والعقود المبرمة مع العون الاقتصادي، وكذلك نجد فحوى نص المادة 29 من القانون الممارسات التجارية المعدل والمتمم، أعطت أفضلية وأولوية للأعوان الاقتصادين الكثير من الإمتيازات والإلتزامات التي يضعها المهني أو العون الاقتصادي على المستهلك، ولم تأخذ بمبدأ التوازن العقدي بين المتعاقدين، وإنما فرضت إلتزامات على عاتق المستهلك تفرض عليه دون حق فسخ أو تعويض أو تغير شرط أو حق من حقوق، فهي بنود تعسفية تمس المستهلك، أما بالنسبة للمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، أعطت العون الاقتصادي أهمية كبرى على المستهلك فهي بنود تعسفية محضة، وهي بنود مذكورة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال دليل ذلك الفقرة الاولى من المادة 5 نصت على:" **تعتبر تعسفية البنودالتي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي...**".

3- تعريف الشرط التعسفي وفق التشريع الفرنسي

حيث قد عرف المشرع الفرنسي من خلال نص المادة **132 فقرة1** من القانون رقم **96/95**[1] على أن الشرط التعسفي: " **في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم التوازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد سواء تعلقت هته الشروط بمحل العقد أو أثاره**"[2].

ثالثا: معايير الشرط التعسفي

تناول المشرع الفرنسي نوعين من المعيار ذات طابع التعسفي، في حين اتجه المشرع الجزائري إلى الاكتفاء بمعيار واحد لتحديد الشرط التعسفي، وسنبين ذلك من خلال ما يلي:

1- **معايير الشرط التعسفي وفق التشريع الفرنسي**

أدرج المشرع الفرنسي معيارين لتحديد البند التعسفي، فالأول المتمثل في معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، و الثاني في معيار الميزة المفرطة، وعليه سنوضح المقصود بهما على نحو التالي:

أ- **معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية**

هو الشرط المفروض على المستهلك، أو غير المحترف، بسبب تعسف المحترف المتدخل في استخدام نفوذه الاقتصادي، إلا أنه انتقد على أساس الفرض "أن الشرط الفاحش يجب أن يتضمن نفوذ لكن ليس هناك علاقة بين النفوذ والقوة"[3].

---

[1]-Loi n° 96/95 du 1Février1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateur.69 نقلا عن ايمان بوشارب، المرجع السابق، ص

[2]- Art 132-1": Dans des contrats conclus entre professionnels et non- professionnelles.ou consommateur.sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de céer. 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. نقلا عن ايمان بوشارب، نفسه.

[3]- نجاة حملاوي: "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون02/04، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، عدد السابع افريل 2017، ص56.

ب- معيار الميزة المفرطة

حيث نجد أن معيار القوة الاقتصادية، مرتبط بفكرة الميزة المفرطة، حيث أن المهني يحصل عليها بمناسبة التعاقد، على أساس توفر المهني على مزايا مبالغ فيها[1].

2- معيار الشرط التعسفي وفق التشريع الجزائري

استحدث المشرع الجزائري معيار واحد بموجب القانون02/04 **المعدل والمتمم**، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، المتمثل في معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، ولكي يكون الشرط تعسفيا يجب أن يكون من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[2].

الفرع الثاني: الشرط التعسفي ونظرية التعسف في استعمال الحق

تعددت أراء حول تكييف الشرط التعسفي في ظل العقود، حيث إنقسم الفقهاء إلى إتجاهين، الأول يعتبر الشرط التعسفي تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، الاتجاه الثاني يرى ان الشرط التعسفي مستقل عن نظرية التعسف في استعمال الحق، سنحاول توضيح هذه اراء والخروج بنتيجة معينة، وذلك من خلال ما يلي:

أولا: الشرط التعسفي تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

إتجه بعض الفقه إلى مقارنة الشرط التعسفي بالاستعمال التعسفي للحق، على أساس أن حرية التعبير عن الارادة يمثل ممارسة حق، وذلك ما أدى الى البحث عن الشرط التعسفي في ظل المادة **124** مكرر من القانون المدني الجزائري، المتعلقة بمعايير التعسف في استعمال الحق:

واستدلوا على بعض آراء نذكر من بينها:

[1]- ياسين سعدون: "**البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية التعسف في استعمال الحق**"، مجلة الدراسات القانونية **المقارنة**، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلد 05، عدد01 سنة 2019، ص93.

[2]- عبد الرؤوف زيوش: "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**"، المجلة الجزائرية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود تيزي وزو، الجزائر، المجلد 5، عدد2 سنة 2020، ص106.

تبنى الفقيه "**demogue**" أن مبدأ حُسن النية لا ينحصر فقط في قواعد النزاهة والثقة وإنما لديه أيضا بعد أخلاقي، على أساس التعاون بين المتعاقدين على إعتبار أن العقد يحقق مصالح متقابلة على عاتق المتعاقدين، على أساس أن النظرية الإجتماعية للعقد، تكون أساسها العدالة[1].

حيث هناك جانب من الفقه اعتبر أن الشروط التعسفية تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق على اساس ادراج الشروط التعسفية في العقد، ما هو إلا نتيجة تعسف شخص في استعمال حقه في التعاقد، من خلال إدراج بنود تناسبه، إذا لم يقصد منه صاحبه سوى الاضرار بالغير[2].

ومن الناحية التطبيقية استدلوا على أنه قبل تحديد مفهوم الشرط التعسفي من خلال القانون الممارسات التجارية **02/04** المعدل والمتمم، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، كان الفقه والقضاء يعتمدوا على تحديد أحكامه من خلال نص المادة **41** من القانون المدني الجزائري قبل تعديل، والتي تتضمن معايير التعسف، على أساس أنه كان يقال أن إدراج الشرط في العقد يعتبر حقا ويكيف على أنه شرط تعسفي متى تطبق عليها احد تلك معايير التعسف[3].

في حالة استغلال أحد المتعاقدين وضعيته الاقتصادية في اللجوء الى التعسف، من أجل تحديد شروط العقد، يشكل خطأ وفق مقتضيات مبدأ حسن النية، على أساس ان الخطأ يتضمن عنصر موضوعي يتمثل في اعتداء على حق، وعنصر شخصي يتمثل في أن يكون المعتدي مدركا أو كان بوسعه أن يدرك الاعتداء على حق الغير، وعليه فإن استغلال أحد المتعاقدين وضعيته العقدية في ادراج شروط تعسفية يشكل تعسف في استعمال الحق[4].

كذلك اعتمدوا على ان مجال الشروط التعسفية، وعلاقتها بتعسف في استعمال الحق، ان فرنسا سابقا في ظل القانون 1978، المتعلق بالشروط التعسفية أنه قانون مستوحى من نظرية التعسف في استعمال الحق على اساس تقارب من خلال المصطلحات، الشروط التعسفية، وكذا التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ويظهر التعسف بناء على ادراج شروط التعسفية في العقد ما هو الا نتيجة تعسف

---

[1]– سي الطيب محمد أمين: "**الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة**"، جامعة بوبكر بلقايد، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، 2007–2008، ص118.

[2]– شهناز عنتري بوراز: "**التعسف في استعمال العقود**"، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2013 ص11.

[3]– نفسه، ص13.

[4]– ياسين سعدون، المرجع السابق، ص94.

المتعاقد في استعمال حق التعاقد. واكد على هذا التأثر ما جاء في مناقشة قانون 1978 بقوله" ليس الى عيوب الارادة ترجع المناقشات البرلمانية، بل على اساس التعسف في استعمال الحق"[1].

في حين نجد أن هناك من ربط فكرة الحق بالحرية على أساس تطبيق الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق، على اعتبار ان كلاهما يؤديان وظيفة اجتماعية، إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أن الوظيفة الاجتماعية تتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية، على أساس أن الحق واقعة قانونية يستند إلى قاعدة قانونية، بينما الحرية مستمد من المبادئ العامة، ولا تستند إلى نص قانوني[2].

ثانيا: الشرط التعسفي مستقل عن نظرية التعسف في استعمال الحق

والرأي المناقض لهذا الرأي أن التعسف في استعمال الحق غير مرتبط بفكرة الشروط التعسفية على أساس أن بعد صدور قانون الممارسات التجارية المعدل والمتمم وتعديل قانون المدني الجزائري، والذي أدرج التعسف في استعمال الحق كصورة من صور الخطأ، وربطه بأحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس أن لو أدرج المشرع التعسف ضمن الاحكام العامة في القانون لأصبح من الممكن ربط فكرة التعسف بالشرط التعسفي[3].

استدلوا على أن محل التعسف طبقا لنظرية التعسف في استعمال الحق حق شخصي، بينما التحرير المسبق لشروط العقد من قبل أحد المتعاقدين يمثل سلطة الواقع، على اعتبار ادراج هذه الشروط بمثابة حرية وليس حقا كما هو بالنسبة لصاحب الحق[4].

كذلك أن المتعامل الاقتصادي يستغل مركزه القوي في علاقته مع المستهلك من خلال استخدام خاصية العقود النموذجية، وكذلك تضمين شروط تعسفية، وبذلك لا مجال للاستناد على نظرية التعسف في استعمال الحق للمطالبة بالتعويض في غياب فكرة الحق من الأساس[5].

والرأي الأكثر صواب ومنطقية هو استقلاليته عن نظرية التعسف في استعمال الحق، على أساس أن الحق والحرية مفهومان متناقضان، وأهم منطقية أن التعسف هو حق يقره القانون ويرسم حدوده، وعند

[1]– إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص203.

[2]– ياسين سعدون، المرجع السابق، ص97 .

[3]– فاطمة الزهراء تبوت، المرجع السابق، ص137.

[4]– أحمد رباحي، المرجع السابق، ص351.

[5]– أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص217.

مجاوزته يتحمل المسؤولية، على عكس الشرط التعسفي عبارة عن حرية إرادة ومن يتعرض للتعسف يتحمل عبء إثباته.

- أما بالنسبة لجزاء الشرط التعسفي، نجد أن قانون الممارسات التجارية لم ينص على جزاء الشرط التعسفي المدني، إنما اكتفى بتحديد العقوبات والغرامات المالية صراحة للشرط الجزائي من خلال نص المادة منه، وبالتالي فبالرجوع للقواعد العامة من خلال نص المادة **110** من القانون المدني، بعبارة: "**جاز لقاضي تعديل شرط التعسفي، أو إعفاء طرف المذعن منه.**" وعليه يعتبر الشرط التعسفي من النظام العام وبالتالي يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك، ومن بين الآليات القانونية للحماية من الشروط التعسفية نجد أن القانون المدني يعد جزءا معتبرا من النظام القانوني للشروط التعسفية الذي لا يمكن الاستغناء عنه لتضمينه جزاءات مدنية أمام الطابع الجزائي للشروط التعسفية[1].

المطلب الثاني:

حق العدول وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق

نظم المشرع الجزائري حق المستهلك في العدول وفق القانون المتعلق بالحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم، الذي وضع ظوابط استعمال المستهلك لهذا الحق، من خلال تحديد مدته وآثاره متمثلة في سوء استعمال المستهلك لحقه في العدول، وعليه سنتطرق الى تحديد مفهومه، ثم خصائص وأهم شيء معرفة ما مدى إرتباط حق العدول بفكرة التعسف في استعمال الحق. وسنوضح ذلك من خلال ما يأتي:

الفرع الاول: مفهوم حق العدول

قبل تبيان حق العدول من خلال القواعد الخاصة بالمستهلك، لابد أن نشير أن حق العدول من المبادئ العامة التي كرسها القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة **106** منه، من خلال عبارة "العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك عملا بمبدأ التوازن العقدي بين المتعاقدين، إلا أن حق العدول في القواعد الخاصة المتعلقة بالمستهلك تختلف أحكامه عن تلك في القواعد العامة، وسيتضح ذلك من خلال مايأتي

[1]- إيمان بوشارب: "**إعادة التوازن العقدي في عقود الإستهلاك**"، أطروحة لنيل ذكتواره علوم قانونية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2018-2019، ص01.

لاحقا، وعليه يعد حق العدول من أهم الضمانات المخولة للمستهلك لحماية إرادته، وبذلك لابد أولا من معرفة المقصود به فقهيا، ثم تطرق إليه قانونيا. حسب ما يلي:

أولا: التعريف الفقهي لحق العدول

تعددت التعاريف الفقهية بخصوص حق العدول، نذكر منها:

عرف على أنه: "أنه حق يثبت للمستهلك خلال مدة معينة من تاريخ التسليم في الخيار بين رد المبيع غير المطابق، واستبداله بآخر مطابق أو إعادته وإسترداد الثمن دون أن تحمل أية نفقات"[1].

يتضح من خلال هذا التعريف أنه حدد نطاق تطبيق حق العدول في عقود بيع البضائع، واستثنى عقود التأمين، والخدمات التي يحتاجها المستهلك لتقرير هذا الحق.

واتجه فريق أخر الى اعتبار حق العدول : "هو سلطة لأحد المتعاقدين للرجوع في قبوله الذي إنعقد به العقد، ولو كان العقد قد تم تنفيذه بشكل كامل[2].

في حين أعتبر أيضا على أنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد ابرام العقد صحيحا، أو قبل ابرامه دون تعويض المتعاقد الاخر، عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع.[3]

ويتضح من خلال التعاريف السابقة لحق العدول أنه مكنة قانونية منحت للمستهلك في حق الرجوع عن العقد، بإرادته حتى ولو أبرم العقد بشكل صحيح، بأن يعدل العقد خلال مدة محددة قانونيا، ودون أن يتحمل أي مصاريف، دون مصاريف الارجاع.

ثانيا: التعريف القانوني لحق العدول

تضمن القانون رقم **09/18**[4]، المعدل والمتمم للقانون رقم **03/09**، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث نجد أن المشرع أدرج مفهوم حق العدول من خلال نص المادة **19 فقرة 2**، والتي نصت على أنه:" **العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج دون وجه سبب**" نجد أن

---

[1]– ممدوح محمد علي مبروك: "**ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك**"، دار النهضة العربية، 2008 ص154.

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي: "**التجارة إلكترونية العربية**"، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003، ص222.

[3]– أكرم محمد حسن التميمي: "**دراسة مقارنة في نطاق الاعمال التجارية**"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2010، ص85.

[4]– القانون رقم 09/18، المؤرخ في 10يونيو سنة 2018، الموافق 25 فبراير 2009، "المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"، جريدة رسمية، رقم35، المؤرخة في 13 جوان 2018.

المشرع حدد من يحق له الرجوع عن التعاقد، من خلال نص المادة **19 فقرة 3** من نفس القانون على أنه:" **المستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفع مصاريف إضافية**".

في حين أن الفقرة الرابعة من نص المادة **11** من نفس القانون، أحال المشرع الجزائري الى التنظيم الذي لم يصدر بعد، الذي حدد كيفيات ممارسة حق العدول وأجاله،وحدد قائمة المنتوجات التي تدخل ضمن نطاق العدول[1].

أما بالنسبة للمستهلك الإلكتروني، قبل تحديد اذا ما أقر المشرع الجزائري حق العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، لابد من تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني، ذلك بموجب القانون رقم **05/18** المتعلق بالتجارة الإلكترونية، من خلال نص المادة **6 الفقرة 3** على أنه:" **المستهلك الإلكتروني كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة، أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي**"[2].

أما بالنسبة لإدراج حق العدول للمستهلك الإلكتروني، من خلال نص المادة **11 فقرة 14** منه يتضح أن المشرع لم يعرف حق العدول للمستهلك الإلكتروني، وإنما اكتفى بذكر شروطه وأجال عند اقتضى فقط، وقولها: "**شروط وأجال العدول عند الاقتضاء....** "، إلا أن المستهلك الإلكتروني أكثر استحقاق لحق العدول، على اعتبار أن العقود الإلكترونية أكثر تعقيدا وابهاهما وعرضة لتضليل وتعسف من قبل المورد الإلكتروني، حيث أن ممارسة المستهلك الإلكتروني لحق العدول ليس تلقائيا كما أشرنا سابقا من خلال المستهلك الإلكتروني، أنا محدد في حالة على سبيل حصر فقط للمستهلك من خلال نص المواد **23،22** من قانون التجارة الإلكترونية[3].

---

[1]– الزهرة جقريف: "**الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد كآلية لحماية المستهلك إلكتروني بين إقرار المشرع وغياب التنظيم**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الأمير عبد القدر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد الخامس العدد الثالث سنة 2020، ص ص227–228.

[2]– القانون رقم: 05/18، المؤرخ في 24 شعبان سنة 1439، الموافق 10متيو 2018، "المتعلق بالتجارة إلكترونية" جريدة رسمية، عدد رقم28، المؤرخة في 16 مايو سنة 2018.

[3]– إيمان أمحمدي بوزينة، شهيدة قادة: "**العدول بين الحماية الاجرائية للقواعد العامة والقوانين الخاصة بالمستهلك**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 07، عدد02 سنة 2021، ص1165.

ثالثا: خصائص حق العدول

تفرد حق العدول بميزات نذكر من بينها، من خلال ما يأتي:

– حق العدول حق شخصي ينفرد به المستهلك أو المستهلك الإلكتروني، يمارسه وفق تحقيق مصالحه ودون تقديم اي مبررات من أجل العدول، واستعمال هذا الحق لا يرتب عليه أية مسؤولية.

– حق العدول أقره القانون صراحة من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش . او يكون اتفاقي وفق القواعد العامة.

– حق العدول حق مؤقت ليس بدائم، الا ان المرسوم الذي حدد المدة واجال لم يصدر بعد، وبذلك يرجع الي مدة المحددة وفق القواعد العامة من خلال مادة **106** منه[1].

– حق العدول محدد مجال عقود التي يرد عليها، وهي العقود الملزمة للجانبين، كالبيع والايجار

– حق العدول قاعدة قانونية أمرة من خلال عقود استهلاك، بذلك لا يجوز التنازل عنه، لأن المشرع أقره صراحة، على أساس كل شرط يقضي بتقيد المستهلك في إستعمال هذا الحق الذي أقره القانون حماية المستهلك وقمع الغش[2].

الفرع الثاني: حق العدول ونظرية التعسف في استعمال الحق

تطرقنا سابقا الى اعتبار التعسف في استعمال الحق أنه من الحقوق الشخصية وأقره المشرع صراحة وأدرجه ضمن الخطأ وحدد معايير تعسف صاحب الحق في استعمال حقه على سبيل الحصر وأقر جزاء المتعسف في حالة توفر المعايير المذكورة في نص المادة **124 مكرر** من القانون المدني والمتمثلة في المسؤولية التقصيرية، ونجد أن كل من حق العدول و التعسف في استعمال الحق يتشابهان في أن القانون قد أقرهما صراحة كوسيلة لحماية صاحب الحق، وكذلك حق العدول محدد على سبيل الحصر وليس المثال، إلا أن الاختلاف بينهما يظهر في أن حق العدول قد نظمه المشرع من خلال كل من القانون المدني وقانون حماية المستهلك، على عكس نظرية التعسف في استعمال الحق التي يحكمها

[1]– فاطمة زهرة فرحات، قنقود رمضان: "**فعالية حق العدول كألية قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني**، مجلة أستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، المجلد 7، أفريل 2022، ص ص264–265.

[2]– فتيحة حزام: "**حق الرجوع عن العقد إلكتروني بين الاطلاق والتنفيذ، دراسة مقارنة على ضوء القانون 05/18** "مجلة العلوم الانسانية، جامعة أم البواقي، الجزائر، المجلد8، عدد 2جوان 2021، ص148.

القانون المدني فقط، وخلاصة القول، رغم أن كلاهما حق من الحقوق التي أقرها القانون صراحة، إلا أنهما يختلفان من خلال أحكام ومجالات التطبيق، وبذلك ليس هناك علاقة بينهما، غير أنه يمكن اعتباره تطبيقة من تطبيقات التعسف في استعمال الحق ودليل ذلك العبارة: "**نحو مباشرته دون وجه سبب**" التي نص عليها المشرع من خلال نص المادة **19** من القانون رقم **09/18** المعدل والمتمم للقانون رقم **03/09** المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ولكن ما يعاب على هذه المادة أن المشرع قد أدرج حق العدول ضمن مادة وحيدة ولم يحديد جميع عناصره خاصة تلك المتعلقة بالعقود التي يقع عليها ومدة تحديده، وأحالنا إلى التنظيم الذي لم يصدر بعد، وبذلك يكون المستهلك قادر على استعمال هذا الحق بطريقة تعسفية نتيجة غياب هذا التنظيم.

المبحث الثاني:

التعسف في استعمال الحق في ظل قانون الممارسات التجارية

تناول المشرع الجزائري بمناسبة تنظيمه للممارسات التجارية، مجموعة من الأعمال ذات الطابع التجاري ضمن قانون الممارسات التجارية، إضافة إلى نصوص قانونية أخرى وقد حاول المشرع من خلال مختلف هذه الأحكام تنظيم وضبط السوق وكذا الحفاظ على قواعد النزاهة والشفافية بين الأعوان الاقتصاديين وبينهم وبين المستهلكين، وعليه من خلال هذا المبحث يتم إلقاء الضوء على بعض هذه الممارسة على النحو التالي: الممارسات التجارية غير الشرعية (المطلب الأول)، الإشهار التجاري المضلل (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الممارسات التجارية غير الشرعية وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق

يعد رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي والبيع المشروط، من بين الممارسات التجارية غير النزيهة والغير شرعية المنصوص عليها ضمن أحكام القانون رقم **02/04** المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، وذلك من خلال الفصل الأول تحت عنوان "**الممارسات التجارية غير الشرعية**" من الباب الثالث بعنوان "**نزاهة الممارسات التجارية**"، وهذا النوع من الممارسات المحظورة قد يلجأ لها العون الاقتصادي بهدف فرض قوته في سوق معينة وتحقيق الربح السريع، مما يضر بمصلحة الأعوان الاقتصاديين الآخرين من جهة، والمستهلك الذي يعد الطرف الأضعف في هذه العلاقة

من جهة أخرى ولهذا حظر المشرع هذا النوع من الممارسات وذلك من خلال وضع نصوص قانونية قمعية بهدف خلق بيئة مناسبة لمنافسة أكثر نزاهة وشفافية، وتكريس حماية فعالة للمستهلك.

ومن هذا المنطلق سيتم التطرق إلى كل من رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي (الفرع الأول) والبيع المشروط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق

جاء في نص المادة **1/15** من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، بأنه: "....**تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور للبيع...**"، وعليه **تعد هذه الأخيرة قرينة دالة على أن كل سلعة وضعت في متناول الجمهور موجهة للبيع، ولذا يمنع كل رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة سواء كان بشكل صريح أو ضمني، الذي من شأنه المساس بمصلحة الأعوان الاقتصاديين داخل السوق، مما يعني تقييد المنافسة والقضاء على الفعالية الاقتصادية من جهة، والتأثير السلبي على حقوق المستهلكين من جهة أخرى، فالإتيان بهذه الممارسات يعد تصرفا تعسفيا وفعلا غير شرعي جرمه المشرع.**

ولتوضيح فكرة رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي سيتم التطرق إلى ذاتية هذا الأخير (أولا)، ومن ثم التطرق إلى الجزاء المترتب في حال وقوع الرفض (ثانيا) وأخير إلى مدى إمكانية اعتباره تعسفا في استعمال الحق (ثالثا).

أولا: ذاتية رفض بيع المنتوج دون مبرر شرعي

وعليه سنحاول من خلال هذا العنصر اعطاء تعريف لرفض بيع منتوج دون مبرر شرعي، من ثم بيان شروط قيامه:

1- تعريف رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي

بالرجوع للمشرع الجزائري نجده لم يعرف رفض البيع وأداء خدمة دون مبرر شرعي، بل اكتفى بمنع مثل هذا الفعل واعتباره من قبيل الممارسات التجارية غير الشرعية، حيث أشار ذلك من خلال المادة **15** في فقرتها الثانية من القانون رقم **02/04**[1]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه: "... **يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت**

[1]- القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم، سبق ذكره.

هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة..." ، وعليه يمكن الاستدلال بالتعريف الذي جاءت به فاطمة محمودي بأن رفض البيع أو تأدية الخدمة دون مبرر شرعي هو: "تصرف سلبي أو أداء خدمة لمستهلك رغم إمكانية ذلك (مثال عرضها للمستهلك)، متحججا بأسباب غير شرعية ومقنعة للرفض التعسفي"[1]، وعليه **يعتبر رفض البيع أو أداء الخدمة دون مبرر شرعي فعلا مخلا بنزاهة الممارسات التجارية ومعاقب عليها وفقا لأحكام هذا القانون، حيث بمقتضاه يرفض العون الاقتصادي بيع سلعة أو تأدية خدمة للمستهلك رغم توافرها في السوق، متحججا في ذلك بأسباب غير جدية وغير موضوعية غير أن هذه القاعدة لا تطبق على مطلقها، حيث يخرج من نطاق هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات.**

2- شروط قيام رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي

بالنظر لأحكام القانون **02/04**[2]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم نجد أن المشرع قد وضع قرينة مفترضة، وذلك ما جاء في نص المادة **15** في فقرتها الأولى والتي تنص على أنه: "**تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع...**" ، وبالتالي يعفى المستهلك في هذه الحالة من عبء إثبات نية العون في البيع، وعليه يشترط لاعتبار هذا الفعل الصادر عن العون الاقتصادي رفضا بمفهوم هذه المادة الشروط الآتية:

أ- أن يتم الرفض بصورة فعلية

حتى يكون هناك رفض للبيع وأداء خدمة لابد من أن يكون المنتوج معروضا على نظر الجمهور سواء كان ذلك في الأسواق أو في واجهات المحلات، أو عن طريق وسائل الاتصال الحديثة (عبر شبكة الانترنت)، أو أي وسيلة أخرى قد يلجأ إليها العون الاقتصادي لعرض مختلف سلعه وخدماته، وعليه فأي رفض سواء كان بحجة نفاذ الكمية أو عدم توفر الخدمة رغم عرضها، يكون قد خالف أحكام القانون **04/ 02** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، في هذه الحالة غير أنه يشترط في طلب السلعة أو الخدمة بغض النظر عن صفته سواء كان مستهلكا أو عونا اقتصاديا آخر حسن النية

---

[1]- فاطمة محمودي: "**رفض العون الاقتصادي البيع وأداء الخدمة للمستهلك**"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة الصادرة عن مركز جيل البحث العلمي، البليدة، عدد 29 سنة 05 فيفري 2019، منشور عبر الموقع الإلكتروني: https://JiLrc.com، بتاريخ 2022/04/22، الساعة 22:57، ص05.

[2]- القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم، سبق ذكره.

كما يجب أن يكون طلبه في حدود المعقول وأن لا يتجاوز الحد الأقصى لما هو معروض، وذلك كأن يطلب كميات تفوق قدرة العون الإقتصادي مما يؤدي الى عجزه، وعليه فهنا يكون رفضه مبرر ولا عيب فيه، ومع ذلك تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى وجود المبرر الشرعي من عدمه[1].

ب- انعدام المبرر الشرعي

يرجع الامر في تحديد مدى قيام المبرر الشرعي من عدمه إلى السلطة التقديرية للقاضي، وذلك نظرا لشمولية المبرر الشرعي، آخذا في عين الاعتبار سوء نية المستهلك أو عون اقتصادي آخر، وعدم توفر السلعة أو استحالة تقديم الخدمة، ونظرا لكون المادة **15** من القانون **02/04** من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، جاءت على وجه العموم يمكن ادراج العديد من المجالات مجال تطبيقها، كالمجال الطبي مثلا أو مجال الصيدلة، فرفض بيع بعض الأدوية دون وصفة طبية، أو رفض الطبيب تقديم خدمة خارج مجال تخصصه يعد من قبيل المبرر الشرعي، إضافة إلى رفض بيع الخمور للقصر عملا بالأمر **26/75**[2]، المتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، وعليه كما أشرنا سابقا أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة معتمدا في ذلك على معيار الشرعية، لتحديد طبيعة الفعل ما إذا كان مبررا شرعيا أم لا [3].

ثانيا: جزاء رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي

أقر المشرع ضمن أحكام القانون **02/04**، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، تضمن عقوبة في حق كل عون اقتصادي قد ارتكب فعل مخالف للأحكام المنصوص عليها في نص المادة **15** منه، حيث يعاقب بغرامة مالية تتراوح ما بين مائة ألف دينار جزائري 100.000 دج إلى ثلاثة ملايين دينار جزائري 3.000.000 دج، وذلك ضمن المادة **35** من نفس القانون والتي تنص على أنه: "**تعتبر ممارسات تجارية غير شرعية، مخالفة لأحكام المواد 15، 16**

---

[1]- قاتح خلاف: "**العقوبة السالبة للحرية في جرائم الممارسات التجارية غير المشروعة، دراسة في ضوء أحكام القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم**"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، الصادرة عن جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل العدد 08 جوان 2019، ص ص79- 80.

[2]- الأمر رقم 26/75 المؤرخ في 29 أبريل 1975، المتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 09 مايو 1975.

[3]- أمينة لطروش: "**رفض البيع ورفض أداء خدمات دراسة مقارنة**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011، ص ص21-22.

17، 18، 19 و20 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج)".

وزيادة على ذلك مكن المشرع للقاضي بالإضافة إلى العقوبات المالية أن يصدر حكم بمصادرة السلع المحجوزة وذلك ضمن أحكام المادة **44** معدلة من القانون **02/04** المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم بموجب أحكام المادة **09** من القانون **06/10**[1]، المعدل والمتمم للقانون **02/04**، والتي جاءت بصفة العموم على أنه: "**تعدل أحكام المادة 44 من القانون رقم 02/04، وتحرر كما يأتي:**

المادة 44: "**زيادة على العقوبات المالية المنصوص عليها في ذا القانون، يمكن للقاضي أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة.**

وإذا كانت المصادرة تتعلق بسلع كانت موضوع حجز عيني تسلم هذه المواد إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم ببيعها وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

وفي حالة العجز الاعتباري، تكون المصادرة على قيمة المواد المحجوزة لكاملها أو على جزء منها.

وعندما يحكم القاضي بالمصادرة يصبح مبلغ بيع السلع المحجوزة مكتسبا للخزينة العمومية"[2].

غير أن ما يعاب على المشرع عند نصه على العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية من القانون 02/04 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أنه لم يشر إلى المواد 15 إلى 19 في أحكام الفصل الثاني المتعلق بالعقوبات التكميلية والذي جاء تحت عنوان "عقوبات أخرى"، حيث نصت على الحجز كإجراء تتخذه الهيئات المختصة في مواجهة الممارسة الغير الشرعية بجانب العقوبات المالية المنصوص عليها في نفس القانون، إضافة على ذلك عند تعديل أحكام القانون 02/04 بموجب القانون 06/10 نجده كذلك قد أسقط هذه المواد وذلك من خلال تعديل نص المادة 39 بموجب المادة 08 منه.

وعليه فهذا لا يمنع الرجوع إلى قانون العقوبات المعدل والمتمم، فيما تعلق الأمر بإجراء المصادرة كونه لا يتعارض واحكام القانون 02/04، حيث جاء في نص المادة **15 مكرر01 فقرة 02** من الأمر

[1]– القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل ويتمم القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 46، مؤرخة في 18 غشت 2010.

رقم **156/66**[1]، المتضمن قانون العقوبات على أنه: "... **وفي حالة الإدانة لارتكاب جنحة أو مخالفة يؤمر بمصادرة الأشياء المذكورة في الفقرة السابقة وجوبا إذا كان القانون ينص صراحة على هذه العقوبة، وذلك مع مراعاة حقوق الغير حسن النية**".

ثالثا: رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي ونظرية التعسف في استعمال الحق

قد تم التطرق سابقا إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق نظرية عامة تطبق على كافة الحقوق في مختلف المجالات والقوانين، حيث تقوم هذه الأخيرة على عنصر أساسي ألا وهو التعسف وما مدى إلحاق الضرر بالغير، ومن هذا المنطلق يمكن ربط هذه النظرية بفكرة رفض البيع وأداء خدمة على أساس أن العون الاقتصادي في علاقته مع المستهلك أو مع عون اقتصادي آخر يكون متعسفا في ممارسة التزامه سواء ببيع سلعة أو بتقديم خدمة، غير أنه وعلى عكس القواعد العامة، فإن هذا الفعل يعد غير شرعي في حد ذاته على عكس الفعل القائمة عليه نظرية التعسف في استعمال الحل الذي يعتبر مشروعا في الأساس، وأزيد من ذلك، فالجزاء المترتب على الإخلال بأحكام الممارسات التجارية النزيهة عن طريق إتيان هذا الفعل الذي يعد من قبيل الأعمال المخالفة للنظام العام والآداب العامة التي يترتب عنها البطلان، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد اعتبر المشرع رفض البيع وأداء خدمة دون مبرر شرعي جنحة يعاقب عليها بموجب القانون **02/04** المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك من خلال نص المادة **35** سالف الذكر، وعلى هذا الأساس يمكن القول باستقلالية هذا النوع من الأعمال المخالفة لنزاهة الممارسات التجارية عن نظرية التعسف في استعمال الحق.

ومع ذلك تبقى إمكانية رفع دعوى أمام القسم المدني ممكنة، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية لإسقاط أحكام التعسف عليها.

الفرع الثاني: أحكام البيع المشروط وعلاقته بالتعسف في إستعمال الحق

لقد أدرج المشرع الجزائري القواعد القانونية التي تحكم البيع المشروط ضمن أحكام القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، واعتبره من الممارسات التجارية غير الشرعية والماسة بنزاهة الممارسات التجارية، إضافة على ذلك التأثير السلبي على المستهلك الذي يكون عرضة للاستغلال والتعسف من قبل العون الاقتصادي المتعامل معه عند كل عملية شراء سلعة أو أداء

[1]– الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

خدمة، ولهذا استدعى الامر تحديد مضمون البيع المشروط (أولا) والجزاء المترتب في حال ممارسة هذا النشاط غير الشرعي (ثانيا) وأخيرا مدى اعتباره تعسفا في استعمال الحق (ثالثا).

أولا: مضمون البيع المشروط

كون البيع المشروط من الأفعال غير الشرعية المعاقب عليها قانونا، استدعى الأمر تعريف هذا الأخير وكذا البحث في صوره من خلال ما يلي:

1- تعريف البيع المشروط

لم يرد أي تعريف بخصوص البيع المشروط، سواء تعريف قانوني أو فقهي، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد عالج هذا النوع من البيوع ضمن القانون **02/04**[1]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بموجب المادة **17** منه، ولكن هذا لا يمنع وضع تعريف للبيع المشروط، فيمكن القول بأنه **ذلك النوع من البيوع الذي يفرض فيه العون الاقتصادي زبائنه سلعة معينة إضافة إلى السلعة المراد اقتناؤها أو خدمة إضافة إلى الخدمة المراد تقديمها بهدف تحقيق ربح أسرع وبسط قوته في السوق بشكل تعسفي، هذا من جهة، ومحاولته التخلص من منتوج كاسد من جهة أخرى، إلا أن هذا النوع من الممارسات يثقل كاهل المستهلك إذ يجد نفسه مجبرا على اقتناء سلعة هو في غنى عنها من أجل الحصول على سلعة أخرى هو في حاجة لها.**

2- صور البيع المشروط

لقد ميز المشرع من خلال المادة **17** من القانون **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، بين العديد من الصور التي يمكن أن يكون عليها البيع المشروط، حيث تتمثل الصورة الأولى في البيع باشتراط شراء كمية مفروضة، والصورة الثانية البيع باشتراط شراء سلعة أخرى أو خدمة، وأخيرا تأدية خدمة باشتراط خدمة أخرى أو بشراء سلعة.

[1]- القانون 02/04، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

أ- البيع باشتراط شراء كمية مفروضة

نصت المادة **17** من القانون 02/04[1]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "**يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة...**". ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع قد حظر هذا النوع من البيوع، حيث يظهر البيع المشروط بهذه الصورة في حالتين:

***الحالة الأول:** إشتراط كمية تزيد عن الكمية المطلوبة، وذلك بأن يبيع العون الاقتصادي للمستهلك سلعة ما قد طلبها هذا الأخير، ولكن تكون هذه الأخيرة بصورة تفوق احتياجاته بشكل تعسفي، مما يؤدي إلى إثقال كاهله وذلك عن طريق دفع مبالغ طائلة مقابل حصوله على هذه السلعة[2].

***الحالة الثانية:** إشتراط كمية تقل عن الكمية المطلوبة، وتتجلى هذه الصورة في أن يعرض العون الاقتصادي سلعته على المستهلك وتكون هذه الأخيرة غير كافية لسداد حاجته المطلوبة[3].

ب- البيع باشتراط شراء سلعة أخرى أو بتقديم خدمة

وهو أن يلزم المستهلك عند شرائه لسلعة ما بسلعة أخرى أو بخدمة هو في غنى عنها، ومثال ذلك كأن يلزم المستهلك عند اقتنائه لمادة الحليب مرفوقا مع كيس من اللبن الذي هو في غنى عنه، ففي هذه الحالة بدل أن يدفع ثمن كيس الحليب وحده يدفع الضعف، ومصحوبا بكيس اللبن، وهذا ما شهدته الأسواق الجزائرية مؤخرا من ممارسات تعسفية أثارت موجة سخط واستنكار وخاصة في أوساط الطبقة الفقيرة التي باتت مجبرة على سلع ليسوا بحاجتها، وعليه نجد أن المشرع قد حظر هذا النوع من الممارسات وذلك لاعتبارات اقتصادية وأخرى اجتماعية[4].

---

[1]- القانون 02/04، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[2]- بدرة لعور: "**آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري**"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر 2014/2013، ص105.

[3]- نفسه.

[4]- ليندة عبد الله: "**المساس بشفافية ونزاهة الممارسات التجارية**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، دون ذكر العدد 01 جويلية 2014، ص189.

ج- تأدية خدمة باشتراط خدمة أخرى أو بشراء سلعة

وتتجلى هذه الصورة في نص المادة **17** من القانون **02/04**[1]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي نصت على أنه: "...**وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة...**" ، وتكون هذه الأخيرة في شكل تلازمي بين خدمتين مختلفتين تماما، وذلك أن الخدمة الأولى هي محل طلب المستهلك، أما الثانية مفروضة بشكل تعسفي عليه وخارجة عن رغبته، كما قد تكون في شكل سلعة ملازمة للخدمة محل الطلب، وعليه تثقل ذمته المالية[2].

إلا أن المشرع قد استثنى من احكام هذه القاعدة صورة أن تقدم السلع التي تكون من نفس النوع والمبيعة في شكل حصة شريطة أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصورة مستقلة ومنفصلة عن الأولى ويظهر ذلك جليا من خلال الفقرة الثانية من المادة **17** من القانون **02/04**[3]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم.

ثانيا: جزاء ممارسة البيع المشروط

إذا خالف العون الاقتصادي المنع المنصوص عليه ضمن أحكام المادة **17** من القانون **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يكون قد ارتكب جنحة معاقب عليها بموجب أحكام المادة 35 سالفة الذكر من ذات القانون، المتمثلة في دفع غرامة مالية تقدر ما بين مائة ألف دينار جزائري (100.000دج) إلى ثلاثة ملايين دينار جزائري (3.000.000دج) إضافة إلى ذلك تطبيق أحكام قانون العقوبات بموجب المادتين **15 مكرر 2/1** سالفة الذكر والمادة **18 مكرر**، وذلك في حالة ما إذا كان هذا العون الاقتصادي شخص معنوي، حيث نصت على أنه: " **العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح وهي:**

1- الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

---

[1]- القانون 02/04 المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[2]- بدرة لعورة، المرجع السابق، ص107.

[3]- المادة 2/17 من القانون رقم: 02/04: "... لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المبيعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة بصفة منفصلة".

2- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي،

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات،

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات،

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات،

-مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها،

-نشر وتعليق حكم الإدانة،

-الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات.

وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته".

ثالثا: البيع المشروط ونظرية التعسف في استعمال الحق

نظم المشرع الجزائري البيع المشروط من خلال قانون الممارسات التجارية، الذي يكتسي طابعا جزائيا أكثر منه مدنيا، وذلك في محاولة منه لردع مثل هذه الممارسات التي من شأنها المساس بمصالح الغير سواء كانوا أعوان اقتصاديين أو مستهلكين، وذلك من خلال إلحاق الضرر بهم بشكل تعسفي باستغلال مركزه كطرف قوي في السوق، وهذا من الجانب الجزائي، أما من الجانب المدني فنجد أن المشرع لم يبنين ذلك بطريقة مباشرة على إمكانية تطبيق أحكام التعسف في استعمال الحق على مثل هذه الممارسات، وهذا راجع كون التعسف جزاء مدني والقوانين المتعلقة بحماية المستهلك ذات صبغة جزائية وعليه فزيادة على العقوبات المقررة بموجب القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، يمكن الرجوع الى القواعد العامة بهدف تكريس الحماية المدنية و ذلك من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية و المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل.

المطلب الثاني:

الإشهار التجاري المضلل وعلاقته بالتعسف في إستعمال الحق

يلعب الإشهار دورا هاما ورئيسيا سواء على الصعيد الاجتماعي والثقافي، أو على الصعيد الاقتصادي، فهو بمثابة الحلقة الفعالة لتحديد مدى نجاح أو فشل المشروع الاقتصادي في السوق من جهة، ويمثل الوسيلة الأنسب للتعبير عن متطلبات الجمهور ورغباتهم من جهة أخرى، إلا أن هذا التأثير

لإيجابي للإشهار متوقف على مدى نزاهة وصدقه فمتى حاد هذا الأخير عن الغاية التي وضع من أجلها كان من قبيل الممارسات التجارية غير النزيهة وكان دوره سلبيا وفقا لهذا الوصف سواء على المستهلك أو على تكوين السوق، وعليه سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى مفهوم الإشهار التجاري المضلل (الفرع الأول)، ثم إلى آثار الإشهار التجاري المضلل (الفرع الثاني)،و أخيرا معرفة مدى ارتباط فكرة الإشهار التجاري المضلل بنظرية التعسف في استعمال الحق في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون الإشهار التجاري المضلل

يعد الإشهار التجاري المضلل من الممارسات التجارية غير الشرعية، التي تمس بحق المستهلك في أن يتعرف على المنتوج المعروض عليه وعلى المعلومات المتعلقة به بصورة تطابق الواقع لحد ما ولذلك لابد من أن يكون هذا الاإشهار خاليا من أي تضليل أو عبارات كاذبة من شأنها خداع المستهلك وعليه من هذا المنطلق سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف الإشهار التجاري المضلل، بالإضافة إلى التعرف على عناصره، وصوره، ثم معاييره، وأخيرا محل الإشهار التجاري المضلل.

أولا: تعريف الإشهار التجاري المضلل

يقتضي البحث في الإشهار التجاري المضلل التطرق إلى كل من التعريف اللغوي والفقهي والقانوني، وهذا ما سيتم إلقاء الضوء عليه من خلال مايلي:

1- التعريف اللغوي للإشهار التجاري المضلل

الإشهار لغة: "هو من الشهرة وهي وضوح الأمر، نقول منه شهرت الأمر، أشهره، شهرا، أوشهرة فاشتهر، أي وضح"[1].

أما المقصود بالتضليل لغة هو: "ضل، يضل، تضليل ومعناه لم يهتدي إلى شيء وهو ضد الرشاد، ويقال أضل فلان فرسه، بمعنى شرده وضاع منه"[2].

[1]- محمد رضا حمادي: "**حماية المستهلك من الإشهار المضلل للعلامة التجارية**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، عدد4 ديسمبر 2016، ص91.

[2]- نفسه.

2-التعريف الفقهي للإشهار التجاري المضلل

الإشهار المضلل، الإشهار الذي يعتليه نوع من التغليط، والذي من شانه خداع المستهلك من خلال رسم فكرة وانطباع خاطئ في ذهنه حول منتج أوخدمة معروضة عليه[1].

وعرف الإشهار التجاري المضلل على أنه: "الإشهار الذي من شانه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى خداعه، وذلك من خلال إدعاءات أو تأكيدات ليست كاذبة في حذ ذاتها وإنما قد تؤدي إلى خداع"[2].

وعرف أيضا بأنه: "الإشهار المقنع الذي يوجه للجمهور يتضمن فائدة ما الهدف منه تضليل المستهلك وذلك عن طريق إعطاء أو تقديم معلومات خاطئة أو ناقصة أو مبالغ فيها، أو لا يحتوي على العناصر المنصوص عليها قانونا حول المنتج المعروض"[3].

كما عرف بأنه:" كل إدعاء أو زعم أو تأكيد أو إشارة أو عرض كاذب أو مضلل ذي طبيعة من شأنها إيقاع المستهلك في غلط حول حقيقة أو طبيعة أو جودة أو استعمال أو مصدر أو سعر السلعة أو الخدمة التي هي هدف الإعلان"[4].

وبالتالي يتضح لنا من خلال التعاريف السابقة، أن الإشهار المضلل هو ذلك الإشهار القائم على عنصر التضليل والذي من شأنه خداع المستهلك وخلق لبس في ذهنه حول طبيعة المنتج أو الخدمة محل الإعلان[5].

---

[1]- محمد رضا حمادي، المرجع السابق، ص91.

[2]- محمد بوراس: "**النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات، دراسة تأصيلية للإشهار التجاري**"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 342.

[3]- فضيلة محند: "**الإشهار التجاري المضلل وأثره على متطلبات حماية المستهلك**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس 2017، ص49.

[4]- محمد رضا حمادي، المرجع السابق، ص 92.

[5]- منال صديقي، عثمان بقنيش: "**حماية المستهلك الالكتروني من التظليل الإعلاني**"، مجلة القانون الدولي والتنمية جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، المجلد 9، العدد01 30 جوان 2021، ص ص 302-303.

3- التعريف القانوني للإشهار التجاري المضلل

لم يعرف المشرع الجزائري الإشهار التجاري المضلل، بل اكتفى فقط بذكر حالاته وذلك من خلال نص المادة **28** من القانون 04-02[1]، المحدد للقواعد المنظمة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم والتي تنص على أنه: "**دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لاسيما إذا كان:**

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته،

2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه،

3- يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

وعليه اعتبرت المادة **28** من القانون رقم **04-02** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، أن الإشهار التجاري المضلل سلوك غير شرعي وممنوع وهو من قبيل الممارسات غير النزيهة، حيث حظر المشرع مثل هذه الممارسات التي من شأنها خداع المتلقي وفرض حماية له، إضافة إلى خلق جو ملائم لمنافسة نزيهة، كما أنه تم التأكيد على هذا الحظر نصوص قانونية أخرى، من بينها المواد **36** و**56** والمادة **60** من المرسوم التنفيذي رقم **13- 378**[2]، الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[3].

حيث جاء في نص المادة **36** من المرسوم التنفيذي رقم **13-378**، على أنه:" **يجب أن لا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يثير انطباعا خاطئا بخصوص نوعه بطريقة تؤدي إلى تغليط المستهلك.**

---

[1]- المادة 28 من القانون رقم: 04-02 المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 378/13، المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك جريدة رسمية عدد 58، مؤرخة في 18 يونيو 2013.

[3]- منية شوايدية: "**ضوابط حماية المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي 13/378**"، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،عدد 12جوان 2015، ص ص146-147.

يجب أن لا تكون الادعاءات المستعملة على الوسم وعرض المواد الغذائية الموضوعة حيز الاستهلاك: -غير صحيحة أو غامضة أو مضللة...."[1].

أما المادة **56** من نفس المرسوم نجد المشرع أدرج فيها لفظ الإشهار الكاذب، والتي تنص على أنه: "**تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك.**"، وانطلاقا من نص هذه المادة يمكن التفرقة بين الإشهار الكاذب والإشهار المضلل، فالأول يتضمن عبارات كاذبة بطبيعته ومزيفة، مخالفة لحقيقة المنتج أو الخدمة المعلن عنها، أما الثاني فمسألة الكذب فيه نسبية أي ليس حتما فالإشهار المضلل يتضمن عبارات من شأنها خلق لبس في ذهن المستهلك وتؤدي إلى خداعه، فهو يكون في نقطة بين الإشهار الكاذب والصادق[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنيسي، قد عالج مصطلح الإشهار التجاري المضلل لأول مرة ضمن القانون الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1973، المتعلق بقانون التوجيه التجاري والحرفي والمعروف بقانون **Royer** حيث جاء فيه: "لكي يتم تشكيله، يجب أن يحتوي الإعلان المعني على ادعاءات بمعلومات كاذبة أو معلومات ذات طبيعة مضللة، لكن ليس من الضروري أن يكون هناك سوء نية من جانب مرتكب الجريمة مما يجعله جريمة مادية و يوسع إلى حد كبير نطاق التجريم والأفعال المستهجنة للملاحقة بسبب الدعاية المضللة يمكن أن يصاحبها أيضا إجراء من أجل المنافسة غير العادلة"[3].

ثانيا: عناصر الإشهار التجاري المضلل

يشترط لوجود إشهار تجاري مضلل عنصرين أساسيين، هما العنصر المادي للإشهار والمتمثل في السلوك الصادر عن المعلن الذي من شأنه إحداث اللبس، أما العنصر المعنوي يتمثل في سوء النية.

---

[1]– المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم13–378، سبق ذكره.

[2]– منية شوايدية، المرجع السابق، ص 147.

– ترجمة شخصية للنص الأصلي التالي:

- Puflicité mensongére: Ce détit a été introduit dans notre droit par la loi d'orientation du commerce et de l' artisanat du 27décembre1973, Dite loi Loyer pour qu'il soit constitué , il faut que la publicité en question comporte des allégation, des indications fausses ou de nature à induire en erreur mais il n'est pas nécessaire qu' il y ait eu mauvaix foi de la part de l' auteur de l'infraction , ce qui en fait une infraction matérielle et élargit considérablement le champ de l' incrimination et des actes répréhensibles , les poursuites pour publicités mensongéres peuvent en outre se doubler d' une action en concurrrence déloyale.
- Patrick Nicoleau, Dicojuris, Lexique de droit privé, édition Ellipses, Paris, 1996,p 284,285.

1: العنصر المادي للإشهار التجاري المضلل

كما أشرنا سابقا في العنصر المادي يتمثل أساسا في ذلك السلوك الصادر عن المعلن والذي من شأنه إيقاع المستهلك في نوع من التضليل، إضافة إلى الأدوات التي تساهم في تحقيق هذا الفعل سواء كانت عن طريق الوسائل التقليدية كالكتب والمجلات، أو عن طريق الوسائل الحديثة مثل شبكة الأنترنت أو حتى الإشهار المتعلق بالعلامة التجارية فهي تساعد العون الاقتصادي في التعريف بمنتجاته[1].

وعليه لقيام العنصر المادي لا بد من توفر شرطين، الأول يتمثل في وجود إشهار أي تكون هناك رسالة مرئية أو مقروءة موجهة للمستهلك قصد حثه لاقتناء المنتج المعلن عنه والخدمة المعروضة، أما الشرط الثاني يكمن في عنصر التضليل يتضمن بيانات مغلوطة تؤدي إلى خداع المستهلك[2].

وقد عالج المشرع الجزائري في نص المادة **68** من القانون رقم **03/09**[3]، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل و المتمم، مجموعة من المسائل التي ينصب عليها التضليل، حيث جاء في نص المادة على أنه:

"**يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات، كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول:**

- **كمية المنتوجات المسلمة،**
- **تسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا،**
- **قابلية استعمال المنتوج،**
- **تاريخ أو مدد صلاحية المنتوج،**
- **النتائج المنتظرة من المنتوج،**
- **طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج.**"

[1]– محاسن إبتسام زيغم، بلقاسم تروزين: "**أثار الإشهار التضليلي على المستهلك في السوق الجزائرية**"، مجلة الدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة وهران 2، الجزائر، المجلد 10، عدد 03 16 جوان 2021، ص 347.

[2]– محاسن إبتسام زيغم، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، ص347.

[3]– القانون رقم 03/09، سبق ذكره.

2- العنصر المعنوي للإشهار التجاري المضلل

يقصد بالعنصر المعنوي سوء النية المعلن، أي توجه نيته إلى التضليل وإيقاع اللبس في ذهن المستهلك، كأن يتضمن الإشهار عرضا كاذبا ومخالفا لطبيعة المنتوج الحقيقية، ولا بد أن يكون هذا السلوك المضل صادر عن المعلن (المهني) صاحب المنتوج أو الخدمة محل هذا الإشهار المضلل[1].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد جعل من سوء النية شرط أساسي لقيام المسؤولية عن الإشهار المضلل وذلك من خلال نص المادة **5** من القانون رقم **628/63** الصادر بتاريخ 02 جويلية 1963 والمتعلق بالمحافظة على التوازن الاقتصادي والمالي سابقا، إلا أنه وبعد صدور قانون حماية المستهلك الفرنسي الحالي نجد بأنه جاء خاليا من أي نص يتضمن هذا العنصر لقيام هذه المسؤولية[2].

ثالثا: صور الإشهار التجاري المضلل

كما رأينا سابقا يكون الإشهار المضلل في عدة صور أو حالات وذلك ضمن نص المادة **28** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، على النحو التالي:

1- الإشهار المفضي إلى التضليل

هو ذلك الإشهار الذي يحمل في طياته مجموعة من البيانات والتصريحات التي من شأنها أن تؤدي إلى التضليل أي أنه لا يشترط أن يقع التضليل بشكل فعلي، بل يكفي أن يؤدي إلى الوقوع فيه مستقبلا، مما يستوجب تكريس الحماية للمستهلك، ومن أمثلة ذلك الاستعانة ببعض المشاهير أو الخبراء أو المختصين للإقرار بصحة ما جاءت به الرسالة الإشهارية وما تحمله من بيانات حول طبيعة وخصائص السلع والخدمات المشهر بها، وذلك انطلاقا من تجربة شخصية لهم، ثم يظهر عكس ذلك تماما[3].

وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة **28** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، التي تنص على أنه "...يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لا سيما إذا كان:

---

[1]- محاسن إبتسام زيغم، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، ص347.

[2]- محمد بوراس، المرجع السابق، ص 332.

[3]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص ص 51-52.

يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته..."[1].

فهنا المشرع لم يشترط وقوع التضليل فعلا بل اكتفى بأن يؤدي الإشهار إلى التضليل، كما أن الأمر أيضا يتعلق باستخدام عبارات عامة وغامضة حول بيع منتج ما بأسعار خاصة التي تعد هي الأخرى تضليلية وغير دقيقة[2].

2- الإشهار المفضي إلى اللبس

أورد المشرع الإشهار المفضي إلى اللبس في نص المادة **28 الفقرة 02** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، التي تنص على أنه:

"... **يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه...**"، والملاحظ عليه من صياغة هذه المادة أن المشرع لم يشترط وقوع اللبس فعليا، بل مجرد احتمال وقوعه مستقبلا، والهدف من حظر هذا النوع من الإشهار هو حماية المستهلك بالمقام الأول وذلك لما يرسمه من مغالطات وشكوك في ذهنه، الذي من شأنه التأثير سلبا على رضاه أيضا، مما يجعله يقدم على شراء سلع أو طلب خدمات لم يكن يقصدها، وإضافة على ذلك، حاول المشرع من خلال هذا القانون التشديد على نزاهة الممارسات التجارية بين الأعوان الإقتصاديين، خاصة تلك المتعلقة بتقليد علامة تجارية مميزة لأحدهم، أو تقليد سلعة أو خدمة يقدمها[3].

وهذا ما أكدته المادة **27 الفقرة 02** من القانون رقم **02/04**، المحدد للقواعد المصبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم،التي تنص على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: .... **تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك و أوهام في ذهن المستهلك،....**".

[1]- القانون 02/04، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[2]- محاسن إبتسام زيغم، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، ص 348.

[3]- محمد رضا حمادي، المرجع السابق، ص92.

3- الإشهار المضخم

جاءت فكرة الإشهار التجاري المضخم من خلال الفقرة الثالثة من نص المادة **28** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، التي تنص على أنه "...**يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كافي لتلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار**"، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن **الإشهار المضخم هو ذلك الإشهار الذي يكون فيه عدم التكافؤ بين ضخامة الإشهار والسلع والخدمات التي يمتلكها العون الاقتصادي، أي عدم قدرة العون الاقتصادي على ضمان السلع والخدمات التي يجب تقديمها مقارنة وضخامة الإشهار.**

ولقد حضر المشرع هذا النوع من الإشهار لما يحدثه من عدم التوازن بين العرض والطلب وما يخلفه من عدم استقرار الأسعار التي من شأنها التأثير سلبا على وضع السوق، مما يؤدي إلى عجزها في تأدية متطلبات المستهلك وارتفاع الأسعار التي تعد من العناصر التي يبحث عنها المستهلك إلى جانب الخدمة والتي تتضمن كل من الجودة والمصدر وكذا الخصائص الجوهرية لهذه الأخير، وهذا ما نص عليه المشرع ضمن أحكام المادة **60** من المرسوم التنفيذي رقم **378/13** الذي يحدد شروط و كيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[1].

رابعا: معايير الإشهار التجاري المضلل

لتقدير فكرة الإشهار التجاري المضلل يستخدم في العادة معيارين، المعيار الذاتي الشخصي والمعيار الموضوعي:

1- المعيار الذاتي (الشخصي) للإشهار التجاري المضلل

يقوم المعيار الذاتي للإشهار التجاري المضلل على شخص المتلقي، أي بالنظر إلى درجة فطنته وذكائه، فالإشهار لا يعد مضللا إلا في حالة اذا ما كان المتلقي شديد الذكاء وفطن، فإذا كان دون المستوى العادي لا يعتبر تضليلا، غير أن هذا المعيار يعاب عليه من ناحية صعوبة الكشف عنه وعدم

[1]- فاطمة الزهراء ربحي تبوت: "**حماية المستهلك من الإشهار التجاري المضلل**"، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1 الصادرة عن جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 35، العدد01 مارس 2021، ص ص139-140.

انضباطه، والذي يقتضي فيه الأمر البحث في شخصية المتلقي والذي لا يعد بالأمر الهين ويصعب الكشف عنه من قبل القاضي كونه يختلف من شخص الى آخر[1].

2- المعيار الموضوعي للإشهار التجاري المضلل

ينظر هذا الموضوع الى الشخص العادي المألوف متوسط الذكاء كمقياس، لتحديد التضليل في الإشهار، وعليه ففي هذا المعيار تستبعد كل ظروف المتلقي الشخصية إضافة الى إن هذا المعيار أعفى القاضي من مهمة البحث واستنباط الخفايا التي يصعب الوصول لها، وهذا ما توجه إليه غالبية القضاء و استقر عليه المشرع الجزائري ضمن قانون الممارسات التجارية المعدل والمتمم[2].

خامسا: محل الإشهار المضلل

يرد التضليل على أكثر من عنصر من العناصر المكونة لمنتج أو خدمة ما محل الإشهار، فإما يقع على ذات المنتج أو الخدمة أو يقع خارج ذلك:

1- الإشهار التضليلي الواقع في ذات المنتج أو الخدمة

يقع التضليل في الإشهار التجاري على الخصائص أو الصفات الأساسية للمنتج أو الخدمة والتي تميزها عن غيرها، حيث أن بفقدان هذه العناصر تتغير طبيعة كل منهما وتتمثل هذه العناصر في مايلي:

أ- التضليل المتصل بطبيعة المنتج أو الخدمة

تتجلى طبيعة الخدمة أو المنتوج في العناصر المميزة و المكونة له، ويهدف الى الإشهار المضلل الى إحداث تغيير في هذه العناصر الجوهرية مما يؤدي الى تضليل المستهلك وخلق لبس في ذهنه حول المنتج أو الخدمة محل الإشهار، ومثال ذلك:" **كالإشهار عن مدفأة تتكون من بعض أجزائها من البرونز مع أن الأمر يتعلق بمعدن يقل كثيرا في القيمة عن البرونز**"، وعليه فان التضليل الحاصل هنا يحدث فارق بين الخصائص المعروضة في الإشهار المتعلق بهذا المنتج وخصائصه في هذا الواقع[3].

أما الإشهار المضلل المنصب على خدمة، ففي قضية الحال في فرنسا والتي يدور موضوعها حول موضوعها حول الإشهار عن برامج تأهيل مهني يتم من خلالها إعطاء دروس ومحاضرات من قبل من

[1]- محاسن إبتسام زغيم، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، ص 348.

[2]- نفسه، ص 349.

[3]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص67.

الأساتذة أصحاب خبرة وحاصلين شهادات علمية معترف بها، ثم اتضح الأمر عكس ذلك تماما حيث أن هناك شخص واحد فقط مؤهل من بين الآخرين وهو المسؤول عن هذا البرنامج محل الإشهار[1].

ب- التضليل المتصل بعناصر الجوهرية للمنتوج

ويكون الإشهار المضلل هنا أما متعلق بنوع وصنف المنتوج أو بالخصائص الجوهرية له، أو تلك المعلقة بالمقدار والقياس أو المعايير أو النتائج المرجوة أو المنتظرة منه، ففي الحالة الأولى يتمثل في مجموع الخصائص المميزة للمنتج عن باقي المنتجات من نفس الجنس، ففي هذا الصدد:" **قضت محكمة ذات الاختصاص الموسع بنيس بإدانة المعلن الذي قام بإشهار عبر جريدة نيس الصباح، بتاريخ 11/16/ 1967 يعني فيه بأنه يبع ألبسة من نوع صوف، في حين أن تلك الألبسة تحتوي على نسبة 60 بالمئة من مواد مصنعة وفقط على 40 بالمئة من الصوف**"[2].

أما الحالة الثانية المعلقة بالخصائص الجوهرية،هي تلك الخصائص التي تقوم عليها القيمة الأساسية والحقيقية للسعلة أو الخدمة: "**قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1997/06/18 بإدانة مصنع لمشروبات كحولية بسب إشهار يدعي فيه أن المشروب معد بطريقة طبيعية ف حين اتضح انه معد في بعض أجزاءه بطريقة صناعية**"[3].

فالإشهار التجاري المضلل الواقع على مقدار أو قياس أو معايير المنتوج، يقصد به تضخيم المنتوج أو الخدمة من ناحية الكيل أو القياس أو الكم وغيرها، حتي أن الإشهار يحتوي على كم ومقدار مخالف للحقيقة المنتج أو الخدمة في الواقع ومثاله كالإشهار حول خدمة اتصال لوقت أطول وبسعر مغري في حين تظهر عكس ذلك تماما[4].

وأخيرا فالإشهار المضلل المنصب على النتائج المرجوة، ويقصد به تلك الفائدة المنتظرة والفعالة للمنتج أو الخدمة المعلن عنها، حيث ورد في هذا الصدد قضية الحال والمتعلقة بمستحضرات التجميل حيث:" **قضت محكمة باريس الموسعة الاختصاص باعتبار الإشهار عن منتج يؤدي الى فقد الوزن**

[1]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص67.

[2]- محمد بوراس، المرجع السابق، ص 366.

[3]- نفسه، ص367.

[4]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص70.

بسرعة minci vite وبدون جهد إشهار كاذب ومضلل إذ صور الإشهار انه عن طريق ارتداء ذلك المنتج **panty bell يؤدي الى فقدان الوزن مع إظهار صور الأشخاص قبل وبعد استعمال المنتج**"[1].

ج- **التضليل الاشهاري المتعلق بأصل المنتج أو الخدمة**

ويكون هذا التضليل، على النحو التالي:طريقة الصنع، تاريخ الصنع، أصل المنتج:

ج-1 طريقة الصنع: أي تركيبية البضاعة أو المنتج، فيقع التضليل هنا حول هذه التركيبية وطريقة الصنع، حيث يتوجه المستهلك دائما نحو تلك المنتجات المصنوعة من المواد الطبيعية والخالية من المواد المصنعة والكيميائية تخوف منه الأضرار الصحية التي قد تتسبب بها[2].

ج-2 تاريخ الصنع: فتاريخ الصنع يعبر عن مدة صلاحية السلعة محل الإنتاج والذي يعدمن البيانات الرئيسية له، فيقع التضليلأو الكذب إما بتقديم أو تأخير مدة الصلاحية ومثالهإيهام التاجر الزبون بان المخبوزات أو الحلويات طازجة ومعدة أمامه لكن يتضح أنها معدة مسبقا مند عدة أيام[3].

ج-3 أصل المنتج: وهو مكان الإنتاج ، فالمستهلك عادة ينساق نحو تلك المنتجات التي يكون أصلها أو مصدرها دولة رائدة دوليا ومتخصصة في ذلك المجال، فالاشهارات التي لا تتضمن المصدر الحقيقي والفعلي للمنتج تعد مضللة من نشأتها تضليل المستهلك[4].

2- **الإشهار التضليلي الواقع خارج ذات المنتج أو الخدمة**

أ - تضليل دافع للتعاقد:

فيتمثل ذلك في إن الدافع وراء التعاقد وراء هذا الإشهار، إما مرتبط بإفلاس أو حريق أو حجز جمركي، أو توسيع في المحل التجاري، فيخيل للمستهلك جراء هذه الدوافع سيحظى بثمن منخفض أو عروض استثنائية، وقد أصدر القضاء الفرنسي العديد من التطبيقات في هذا الصدد كقضية الحال المتمثل موضوعها في الدوافع الزائفة للبيع حيث جاء في القضية: "**بأنه يعد إشهار كاذب أو مضلل**

[1]- محمد بوراس، المرجع السابق، ص 368.

[2]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص71.

[3]- محمد بوراس، المرجع السابق، ص 371.

[4]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص68.

الإشهار الذي يعلن فيه تاجر أنه 75 من العمل قرر إغلاق محله التجاري وتصفية مخزونه من المنتجات بأسعار منخفضة، ويظهر في الواقع أنها دوافع لا وجود لها من الصحة"[1].

ب-تضليل متعلق بشروط البيع:

كثيرا ما تكون الاشهارات تعج بعبارات حول شروط البيع مثل التسليم الفوري، أو إن الشحن أو التسليم يكوم مجانيا، وغيرها من العبارات، فقد يلحق مثل هذه الإشهار نوع من التضليل مما يدفع المستهلك لاقتناء أو طلب خدمة أو سلعة معلن عنها[2].

ج- تضليل متعلق بالتزامات المعلن:

وقد يقر المستهلك الإقدام على طلب أو اقتناء منتج أو خدمة بناء على الالتزامات التي قدمها المعلن ف الإشهار، ولكن يبثث فيما بعد كذبة وعدم صدقه مما يضع المستهلك في حالة غش، لهذا حظر القانون مثل هذه الممارسات المضللة للجمهور[3].

د- تضليل منصب على الثمن

يقع على عاتق البائع إلتزام، واجب الإعلام بالأسعار وذلك بموجب أحكام قواعد المنافسة، ونظم ذلك المشرع الجزائري هذه المسالة من خلال نص المادة **04** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، غير أن المقصود بالثمن محل الإشهار المضلل أن المعلن صرح بالأسعار لكن هذه الأخيرة مخالفة تماما للواقع، فهي بمثابة العنصر الأساسي لجذب المستهلك وكذا تعد وسيلة رئيسية لتحديد قدرات المؤسسة التنافسية في السوق، في كون التضليل هنا في عدة أشكال، كان يتم الإشهار للمنتجات بأسعار فريدة وتعد الأقل بالمقارنة مع المنافسين الآخرين[4].

هـ- تضليل متعلق ببيانات المتعلقة بالمعلق:

فكثير من الأحيان يلجا المعلن الى تضمين الإشهار بيانات متعلقة بشخص، كان يزعم حصوله على كفاءات وشهادات تاهيلية أو حصوله جوائز أو خبرات طويلة من شانها التأثير على المستهلك وجذبه نحو منتجه أو خدمة يقدمها،إلا أن هذه البيانان قدت تكون مضللة وليس صحيحة مما يؤدي الى خلق نوع من التضليل في هذا الإشهار[5].

---

[1]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص72.

[2]- محمد بوراس، المرجع السابق، ص374.

[3]- فضيلة محند، المرجع السابق، ص72.

[4]- محمد بوراس، المرجع السابق، ص ص377-378.

[5]- محمد رضا حمادي، المرجع السابق، ص94.

الفرع الثاني: آثار الإشهار التجاري المضلل

كما رأينا سابقا بان الإشهار المضلل من قبيل الأفعال الغير المشروعة و الممنوعة، والتي عمد المشرع الجزائري على حظرها لنظرا لما يحمله من أثار سلبية سواء على المستهلك أو المساس بنزاهة الممارسات التجارية، وقصد الحفاظ عليها وحماية المستهلك من هذا النوع من الإشهار أقرا المشرع لكل من الحماية المدنية والحماية الجزائية:

أولا: الحماية المدنية للمستهلك في مواجهة الإشهار التجاري المضلل

من بين صور الحماية المدنية التي مكنها المشرع الجزائري للمستهلك في مواجهة الإشهار التجاري المضلل نجد دعوى التعويض والتي جاء فيها عدة دعاوى منها:

1- طلب إبطال العقد لعيب التدليس

يمكن اللجوء ألى دعوى التدليس لتكريس الحماية المدنية من الإشهار التجاري المضلل وذلك على إعتبار أن هناك حالات يكون فيها الإشهار دافعا لإتمام العقد و هي كثيرة و متعددة، فالمستهلك كثيرا ما يتعاقد بسبب الإشهار و ما يحدثه من ضجة، حيث جاء في نصوص المواد **81 و 82** و **86** من القانون المدني:

المادة **81**: "**يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله**"، حيث أخذ بموجبها المشرع بنظرية الغلط، أما المادة **82** من نفس القانون: "**يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد وقت إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.**

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص اذا بلغ في وقع في صفة شيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

اذا وقع في ذات المتعاقدان في صفة من صفاته، كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

وعليه نستخلص من نص هاتين المادتين أن المشرع حمى المستهلك في حالة وقوعه في الغلط جراء الإشهار المتضمن رسالة غير صحيحة ومضللة وذلك من خلال إقرار حقه بطلب إبطال العقد وفقا لنص المادة **81** قانون مدني، إضافة إلى أنه أصر المشرع على ضرورة أن تكون هذه البيانات التي

تحملها الرسالة الاشهارية صادقة ولا يعتليها أي تضليل، المتعلقة أساسا بالمنتج أو الخدمة محل الإشهار[1].

وجاء في نص المادة **86** من القانون المدني التي تنص على دعوى التدليس التي أقرها المشرع للمستهلك في مواجهة الأضرار الناجمة عن الإشهار التجاري المضلل والتي تنص على أنه: " **يجوز إبطال العقد للتدليس اذا كان الحيل التي لجا إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد.**

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

ب- طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ

وزيادة عليه يمكن للمستهلك أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ أو له أن يقبل بالمبيع مقابل إنقاص الثمن أو ذلك وفقا لما جاء في نص المادة 164و 170 من القانون المدني[2].

ج _ رفع دعوى لضمان العيوب الخفية

حيث جاء في نص المادة **379** في فقرتها الأولى:" **يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشمل المبيع عيب ينقصه من قيمته أومن الانتفاع به حسبالغاية المقصودة منه حسبما هومذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعة أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولم يكن عالما بوجودها**".

وهذا اذا ما كان الأمر متعلق بإبرام عقد استناد على الإشهار، أما اذا كان المستهلك غير متعاقد مع المعلن، اقر له المشرع دعوى المسؤولية التقصيرية وفقا للمادة **124** من القانون المدني، إضافة إلى دعوى المنافسة الغير المشروعة التي تجد أساسها ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، التي تقوم على3 أركان الخطأ: المتمثل في احد حالات المنافسة غير المشروعة، الضر إما مادي أو معنوي، فالمادي إما يكون نقص عدد العملاء أو إقصاء المنافسين الآخرين والركن المعنوي يكون بالمساس بالسمعة التجارية للعون الاقتصادي، وأخيرا العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعليه يستوجب التعويض إضافة إلى الحد من الأفعال المنافية للمنافسة [3].

[1]- محمد رضا حمادي، المرجع السابق، ص95.

[2]- نفسه، ص96.

[3]- محاسن إبتسام زغيم، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، ص352.

ثانيا: الحماية الجزائية للمستهلك في مواجهة الإشهار التجاري المضلل

أقر المشرع للمستهلك حماية جزائية بجانب الحماية المدنية من الإشهار التجاري المضلل وذلك من خلال أحكام القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، الذي جرم هذا الفعل واعتبره من الممارسات التجارية المضللة غير النزيهة، حيث جاء في نص المادة **38** منه:" **تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار50.000 إلى خمسة ملايين 5.0000000 دينار جزائري**"[1].

حيث تعد هذه العقوبات من قبل العقوبات الأصلية التي تشكل ردعا قانونيا في مواجهة هذه الممارسات من قبل الأعوان الاقتصاديين، وعليه من استقراء نص المادة **38** من قانون الممارسات التجارية **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجالرية المعدل و المتمم، نجد أن المشرع قد أقر غرامات مالية من خمسين ألف دينار إلى خمسة ملايين دينار جزائري، لكل من حاول خداع المستهلك من خلال جذبه عن طريق الإشهار التجاري المضلل بغرض الترويج للمنتوج "سلعة أو خدمة" يقدمه، بالإضافة إلى هذه العقوبات أقر المشرع عقوبات أخرى تكميلية ضمن نفس القانون، كالإجراء المتعلق بالحجز على البضائع موضوع المخالفة، بالإضافة إلى حجز العتاد وتجهيزات التي يستعملها العون الاقتصادي في ارتكاب هذه المخالفة مع مراعاة الغير حسن النية، وكذلك يجب أن تكون هذه المواد محل الحجز موضوع محضر جرد وفق إجراءات قانونية معينة، حيث أشار المشرع إلى ذلك في نص المادة **39** المعدلة بموجب القانون **06/10**[2]، المتعلق بتعديل القانون **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، وعليه يمكن تقسيم الحجز إلى نوعين: حجز عيني وآخر اعتباري:

فالحجز العيني، كل حجز مادي للسلع من قبل أعوان مؤهلين، وفي هذه الحالة يكلف مرتكب المخالفة لحراسة المواد المحجوز عليها في حالة امتلاكه لمخازن أو محلات التخزين وتشمع بالشمع الأحمر، أما في حالة عدم إمتلاكه لمثل هذه المحلات تتكفل إدارة أملاك الدولة بحراستها وتحويلها من قبل الأعوان المؤهلين، فيتولى حراسة هذه المواد حارس الحجز الى غاية صدور قرار قضائي بشأنها

[1]– القانون رقم: 02/04، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[2]– القانون رقم: 10–06، سبق ذكره.

وتكون تطالب الحراسة كاملة على عاتق العون الاقتصادي مرتكب المخالفة و هذا ما جاء في نص المادة **40** والمادة **41** من القانون رقم **02/04**[1]، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم.

أما المقصود بالحجز الاعتباري، يتعلق أساسا بكل سلعة لا يمكن لصاحب المخالفة تقديمها لسبب ما، حيث يتم في هذه الحالة إقامة جرد وصفي وكمي لطبيعة السلع وقيمتها الحقيقية، وعلى أساسها يتم تقييم المواد المحجوزة وفقا لسعر البيع الذي اعتمده العون الاقتصادي مرتكب المخالفة وبالرجوع إلى السعر الحقيقي في السوق[2]، وهذا ما نصت عليه المادة **42** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم.

إضافة إلى ذلك مكن المشرع للقاضي إصدار حكم قضائي بمصادرة المواد المحجوزة، وعليه يصبح المبلغ المتحصل عليه من بيع هذه المواد ملكا للخزينة العمومية، حيث جاء في نص المادة **44** في فقرتها الأولى والمعدلة بموجب القانون **06/10**[3]، المتعلق بتعديل القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، على أنه:" **زيادة على العقوبات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن القاضي أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة...**".

كما يمكن اصدار قرار بالغلق الاداري من قبل الوالي للمحلات التجارية وذلك وفي حال مخالفة أحكام المادة **28** من القانون **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت المادة **46** المعدلة بموجب المادة **10** من القانون رقم **06/10**، على أنه: "**يمكن للوالي المختص اقليما بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة، ان يتخذبموجب قرار اجراءات غلقإدارية للمحلات التجارية لمدة أقصاها ستون (60) يوما، في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في أحكام المواد 04 و 05 و06 و 07 و 08 و 09 و 10 و 11 و 12 و 13 و 14و20 و 22 و22 مكرر 23 و24 و25 و26 و 27 و 28 و 53 من هذا القانون ....**"، **مع قابلية هذا القرار بالغلق للطعن فيه امام الجهات القضائية المختصة، وفي حالة إلغاء هذا القرار من قبل القاضي، يمكن للعون**

[1]– القانون رقم04–02، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[2]– القانون رقم04–02، المعدل والمتمم، سبق ذكره.

[3]– القانون رقم 10–06، سبق ذكره.

الإقتصادي المتضرر المطالبة بالتعويض جراء الضرر اللاحق به أمام القضاء، وهذا طبقا لأحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 46 سالفة الذكر.

الفرع الثالث: الإشهار التجاري المضلل ونظرية التعسف في استعمال الحق

يشكل التعسف في استعمال الحق نظرية عامة تطبق على كافة الحقوق الصادرة عن الفرد والتي تكون بشكل تعسفي، وقد استقر المشرع ضمن احكام المادة **124 مكرر** من القانون المدني واعتبرها حالة من حالات الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية، وارتباطها بعنصر الضرر الذي يشكل قاسما مشتركا بينها وبين الإشهار التجاري المضلل، وما يلحق من ضررا بالمستهلك الذي يمثل الحلقة الأضعف في علاقته بالعون الإقتصادي، إلا أن هذا لا يكفي وحده للقول بإرتباط فكرة الإشهار المضلل بنظرية التعسف في استعمال الحق، وكذا بإعتبار الإشهار التجاري مكنة قانونية منحها المشرع بهدف الترويج لمختلف السلع والخدمات فأي ضرر منجر عنه لا يعد من قبيل التعسف في استعمال الحق وعليه إستحالة إسقاط معايير هذا الأخير، وزيادة على ذلك الطبيعة القانونية لهذا النوع من الإشهار، الذي اعتبره المشرع من قبيل الممارسات التجارية غير النزيهة ومن الافعال غير الشرعية والممنوعة، وذلك وفقا لنص المادة **28** من القانون **02/04** المتعلق بالممارسات التجارية، المعدل والمتمم، الذي أقر حماية جزائية في حال وقوعه، لذا استوجب الأمر البحث في القواعد العامة لتكريس حماية مدنية للمستهلك كون الحماية الجزائية وحدها غير كافية، إلا أنه يمكن للمتضرر اللجوء إللى الشق المدني والمطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المادة **124** التي تنص على دعوى المسؤولية التقصيرية.

خلاصة الفصل الثاني:

توصلنا من خلال هذه الدراسة الفصل الثاني المتعلق بالبحث عن تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل بعض القوانين المتعلقة بالاستهلاك، يتضح أن الشرط التعسفي أكثر مجالات انتشارا في عقود الإذعان، وخاصة العقود المبرمة بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي، ورغم أن الشرط التعسفي من البنود التعسفية، ألا أنه مستقلا تماما عن أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق.

نجد أن المشرع الجزائري أقر ضمانات لحماية المستهلك من تعسف المتعامل الاقتصادي، وأهم ضمانة متمثلة في حق العدول، التي منحها تلقائيا لاستخدام هذا الحق دون أية مبررات.

وعليه أن حق العدول أستحدثه المشرع صراحة لحماية المستهلك من خلال قانون رقم **09/18** وحدده من خلال نص مادة وحيدة، إلا أنه يعتبر حق من حقوق، نجده مستقلا تماما عن أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق.

أما بخصوص التعسف في استعمال الحق في ظل قانون الممارسات التجارية، نجد المشرع قد حضر مجموعة من الممارسات تعد قبيل الأفعال غير الشرعية والماسة بنزاهة الممارسات التجارية المتمثلة في كل من رفض البيع دون مبرر شرعي والإشهار التجاري المضلل، فنجد أنها تخرج عن نطاق التعسف في استعمال الحق نظرا لطبيعتها الجنائية ونظرا لعدم فاعلية هذه الأخيرة لتكريس الحماية الكافية للمستهلك وجب الرجوع إلى القواعد العامة لتفعيل الحماية المدنية لهذا الأخير.

الخاتمة

الخاتمـــــة:

في ختام هذه الدراسة المتضمنة التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك والتي حاولنا على إثرها الإلمام بهذه النظرية العامة من الجانب النظري من خلال تسليط الضوء على تعريفها الذي نجد أغلب التشريعات المقارنة قد أغفلت إعطاء تعريف قانوني لها ومن بينهم المشرع، الذي اكتفى بإدراج الاستثناء المتمثل في المعايير وإهمال الأصل وهو مشروعية الفعل والذي يتجل من خلال أحكم المادة **124 مكرر** من القانون المدني، المرتبة للمسؤولية التقصيرية المبنية على فكرة الخطأ موجبة التعويض في حال تحقق أركانها الخطأ، الضرر، العلاقة السببية.

أما بالنسبة للجانب التطبيقي لموضوع هذه الدراسة المحدد في مجال بعض قوانين الاستهلاك المتمثلة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم وقانون الممارسات التجارية المعدل والمتمم، القائمة أساس على العلاقة بين المستهلك والعون الاقتصادي من جهة وعلاقة العون الاقتصادي بعون اقتصادي آخر من جهة أخرى، وعليه من بين التطبيقات التعسفية التي يمكن إسقاط أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق عليها نجد كل من فكرة الشرط التعسفي المنصوص عليه ضمن القانون **03/09** المعدل والمتمم المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وفكرة حق المستهلك في العدول المشار إليها ضمن أحكام القانون **09/18** المعدل والمتمم **03/09** المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وعليه نجد أن الشرط التعسفي أكثر الممارسات إنتشارا في عقود الاستهلاك ذات الطبيعة التعسفية والذي تعددت الآراء حول مدى إعتباره تعسفا في إستعمال الحق أو أنه نظام مستقل بذاته ونجد أن الرأي الراجح توجه للقول باستقلالية الشرط التعسفي عن أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق وعليه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ذلك.

أما بخصوص حق المستهلك في العدول، الذي قد أقره المشرع كضمانة لحماية المستهلك في مواجهة العون الاقتصادي المتعاقد معه، وذلك ضمن أحكام القانون **09/18** الذي يعدل ويتمم القانون **03/09** المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بمقتضى مادة وحيدة وهي المادة **19** منه، إلا أن ما يعاب على نص هذه المادة انها أغفلت تحديد المدة القانونية للعدول عن ممارسة هذا حق، على غرار التشريعات المقارنة، وترك الامر لنصوص التنظيمية التي لم تصدر بعد، إضافة إلى عدم تحديد مجالات ممارسة هذا الحق.

وبالتالي رغم أن حق العدول يعتبر حق يؤدي إلى إنحراف في إستعماله إلا أنه يخرج عن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق لانحصاره في مجال الإستهلاك واعتباره ضمانة قانونية.

إضافة إلى فكرتي الإشهار التجاري المضلل والممارسات التجارية غير الشرعية، التي عالجها المشرع الجزائري في أحكام القانون **02/04** المعدل والمتمم المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وعليه فنجد أن فكرة الإشهار التجاري المضلل المنصوص عليها بموجب المادة **28** من هذا القانون تدخل تحت مفهوم الفعل الغير الشرعي والممنوع والذي يعد من قبيل الممارسات التجارية غير النزيهة إضافة لاعتباره وسيلة غير مشروعة يلجأ لها العون الاقتصادي لخداع المستهلك والحاق الضرر به قصد تحقيق أكبر قدر من الربح وعلى هذا الأساس يخرج هذا الأخير من نطاق تضييق نظرية التعسف في استعمال الحق، رغم توفر أحد معاييرها وهو قصد الإضرار بالغير، ونجد المشرع قد وضع مشروع قانون خاص بالغشهار إلا أنه لم يصدر إلى يومنا هذا، إضافة إلى غياب الرقابة على مثل هذه الممارسات التي زادت من إنتشارها بشكل يضر المستهلك.

أما بالنسبة للممارسات التجارية غير الشرعية، نجد أن فكرة رفض البيع وأداء خدمة دون مبرر شرعي، التي تطرق إليها المشرع ضمن أحكام المادة **15** من نفس القانون، تحت الفصل الأول المعنون بـ: "**الممارسات التجارية غير الشرعية**"، وكذا فكرة البيع المشروط من نفس الفصل، ضمن أحكام نص المادة **17** من قانون **02/04**، نجد أن هذا النوع من الممارسات قد حظره المشرع، وذلك كونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة، إضافة إلى إعتبارها جريمة في مفهوم هذا القانون يعاقب عليها بغرامات مالية، وبهذا تخرج من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

إلا أن المشرع عند تنظيمه للعقوبات الموقعة على الممارسات السابقة الذكر ضمن أحكام المادة 39 نجده قد نص صراحة على الإشهار التجاري المضلل لكنه أغفل الممارسات التجارية الغير شرعية والمتمثلة في كل من رفض البيع دون مبرر شرعي والبيع المشروط، سواءا ضمن القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أو ضمن القانون المعدل له رقم **06/10**.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها نقترح بعض التوصيات كالآتي:

– على المشرع إدراج تعريف قانوني لفكرة التعسف في إستعمال الحق،

–إعادة صياغة المادة **691** من القانون المدني، وذلك باضافة معيار الضرر الفاحش لمضار الجوار غير المألوفة،

– اعادة ضبط نص المادة **124 مكرر** من القانون المدني بالنص على المبدأ المتمثل في أن الأصل في الأفعال هو المشروعية.

– على المشرع تدارك النقص في نص المادة **19** من القانون **09/18** المعدل والمتمم للقانون **03/09** المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بتحديد مدة العدول عن العقد وكذا مجالات تطبيق هذا الحق، من خلال إصدار التنظيم المتعلق به.

– على المشرع إصدار قانون متعلق بالإشهار الذي لم يشهد الضوء حتى الآن.

– إنشاء لجان ومؤسسات خاصة تعمل على مراقبة مجال الإشهار.

– اعادة ضبط وصياغة المادة **39** من القانون رقم **02/04** المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم لتشمل نص المادتين **15** و**17** منه، والمتعلقة بكل من رفض البيع وأداء خدمة دون مبرر شرعي والبيع المشروط.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

I- المصادر والمراجع باللغة العربية

أولا- المصادر

1- النصوص القانونية

أ- القوانين العادية:

01- القانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية جريدة رسمية عدد41 ، مؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم.

02- القانون رقم 09 /03، مؤرخ في25 فبراير 2009، يتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15، مؤرخة في 08 فبراير 2009، المعدل والمتمم.

03- القانون رقم 06/10، مؤرخ في15 غشت 2010، المعدل والمتمم للقانون رقم 02/04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 46، مؤرخة في 18 غشت 2010.

04- القانون رقم 05/18، مؤرخ في 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة الرسمية عدد 28، مؤرخة في 16 ماي 2018.

05- القانون رقم 09/18، مؤرخ في 10 يونيو2018، المعدل والمتمم للقانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فبراير2009، المتعلق بالحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 35، مؤرخة في 13 جوان 2018.

ب- الأوامر:

01- الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة ارسمية عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

02- الأمر رقم 26/75 مؤرخ في 29 أبريل 1975، المتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 09 مايو 1975.

03- الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم.

04- الأمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جويلة2003، يتعلق بمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، مؤرخة

في 20 جويلة 2003، المعدل والمتمم.

ج- المراسيم

01- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصادين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56 ، مؤرخة في 11سبتمبر 2006.

02- المرسوم التنفيذي رقم378/13، المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية عدد 58، مؤرخة في 18نوفمبر 2013.

2- المعاجم والقواميس:

01- أحمد سليم الحمصي، سعدي عبد اللطيف ضناوي، الرافد، معجم الناشة اللغوي عربي- عربي المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.

02- جيرار كورنو، ترجمة: منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

03- إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسي، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998.

04- فادي أسعد فرحات، ميشال إبراهيم ساسين، المعجم القانوني إنجليزي، عربي، فرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

ثانيا_ المراجع:

I. الكتب باللغة العربية:

01- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

02- اكرم محمد حسن التميمي، دراسة مقارنة في نطاق الاعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010.

03- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.

04- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2000.

05- حميد مسرار، نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان 2013.

06- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الجزء الاول، دار وائل للنشر عمان، 2006.

07- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، الجزء الثاني، دار وائل للنشر عمان، 2006.

08- طارق صادق احمد عفيفي، نظرية الحق، المركز القومي للاصدرات القانونية، القاهرة، 2016.

09- محمد حسين منصور، محمد حسني قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية–نظرية الحق الكتاب الثاني، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000.

10- محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية– نظرية الحق نظرية الحق، ماهية الحق، أنواع الحق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته الشخصية القانونية، الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي، الكتاب الثاني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.

11- مشعل بن مطلق بن مقدل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، دراسة تأصيلية مقارنة، الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011.

12- مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، ، دون دار نشر، بيروت، 1998.

13- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

14- محمد سعدي صبري، النظرية العامة الالتزامات في القانون الجزائري دار الكتاب الحديث 1991.

15- مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظريات في الفقه الاسلامي، نظرية التعسف في إستعمال الحق نظرية ظروف الطارئة، دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير وجه الصلة بينهما، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2002.

16- محمد حسن قاسم، المدخل الى القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2012.

17- محمود حمزة جيلالي، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني الفرنسي ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، د. س. ن.

18- محمد بودالي، الشروط التعسفية في عقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا

والمانيا ومصر، دار الهومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

19- ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، 2008.

20- محمد بوراس، النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات، دراسة تأصيلية للإشهار التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

21- محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في إستعمال الحق من جهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

22- نبيل ابراهيم سعد، المبادئ العامة لقانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، 2013.

23- نزيه نعيم شلالا، دعاوى التعسف وإساءة في استعمال الحق، دراسة مقارنة من خلال الفقه الاجتهاد، النصوص، بيروت، لبنان، 2006.

24- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

25- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصادر القانون، التعسف في إستعمال الحق، الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي، تنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان، الجنسية، الأشخاص والأموال، الفقه، القضاء، صيغ العقود والدعاوى، الكتاب الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

26- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

27- علي فيلالي، التزامات الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007.

28- عصام انور سليم، نظرية الحق، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، د. س. ن.

29- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2008.

30- عبد المنعم موسى ابراهيم، الحماية مستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2007.

31- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة إلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003.

32- فتحي الديريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1988.

33- فاطمة الزهراء تبوت، التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.

34- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

35- خاطر السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ، الدار العلمية لنشر والتوزيع عمان، 2008.

36- خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات إلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية اسكندرية، 2007.

II. الرسائل والمذكرات:

1- اطروحات الدكتوراه:

01- إيمان بوشارب، إعادة التوازن العقدي في عقود الإستهلاك، أطروحة لنيل ذكتواره علوم قانونية كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2018-2019.

02- بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014/2013.

2- المذكرات:

أ- مذكرات الماجستير

01- إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية رسالة استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن،2011-2012.

02- لطروش أمينة، رفض البيع ورفض أداء خدمات، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011.

03- محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، جامعة بوبكر بلقايد، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، 2007-2008.

04- علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد اذعان، رسالة مقدمة لاستكمال للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط،2011.

05- شهنياز عنتري بوراز، التعسف في استعمال العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013.

06- فضيلة محند، الإشهار التجاري المضلل وأثره على متطلبات حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2017.

ب-مذكرات الماستر:

01- سعيد نعمي، أحمد النمس، نظرية التعسف في إستعمال الحق، في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، تخصص شريعة والقانون، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019-2020.

III - المقالات:

01- احمد صادق، نعيمة علواش، الطبيعة القانونية لدعوى المنافسة غير المشروعة في ضوء الممارسات التجارية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 13، العدد 25، جانفي 2021.

02- أمال بوهنتانة، الاذعان في عقود التجارة الكترونية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة باتنة الجزائر، المجلد 21، العدد1 سنة 2021.

03- أحمد رباحي، أثر التفوق الإقتصادي في الفرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 5 مارس 2010.

04- اسماعيل محمد المحاقي، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، صادرة عن المجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع ديسمبر 2006.

05- الزهرة جقريف، الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد كألية لحماية المستهلك إلكتروني بين إقرار المشرع وغياب التنظيم، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الأمير عبد القدر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد الخامس، العدد الثالث السنة 2020.

06- إيمان أحمدي بوزينة، شهيدة قادة، العدول بين الحماية الاجرائية للقواعد العامة والقوانين الخاصة بالمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان المجلد 07، العدد 02، 2021.

07- عبد الرؤوف زيوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المجلة الجزائرية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود تيزي وزو، الجزائر، المجلد 5، العدد 02 2020.

08- حليمة بن دريس، دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعة والتجارية مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر 01 اوت 2014.

09- حكيمة سباعي، التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية، مجلة دراسات إسلامية جامعة عبد المالك السعدي المغرب، المجلد 12، العدد1 السنة 2017.

10- يسين سعدون، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلد 05، العدد01 سنة 2019.

11- ليندة عبد الله، المساس بشفافية ونزاهة الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، دون ذكر العدد، 01 جويلية 2014.

12- مونة مقلاتي، التأصيل القانوني لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية، دراسة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، مجلة دراسات وأبحاث جامعة قالمة، 2015.

13- محمد لعشاش، مضار الجوار الغير المألوفة في القانون الجزائري وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور،الجلفة، الجزائر، المجلد 06، العدد 3 ديسمبر 2021.

14- مدان المهدي، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة جيلالي إلياس ، سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 2، العدد3، سنة2021.

15- محمد رضا حمادي، حماية المستهلك من الإشهار المضلل للعلامة التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد4 ديسمبر 2016.

16- منال صديقي، عثمان بقنيش، حماية المستهلك الالكتروني من التظليل الإعلاني، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، المجلد 9، العدد01 سنة 30 جوان 2021.

17- منية شوايدية، ضوابط حماية المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي 378/13 مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 12، جوان 2015.

18- محاسن إبتسام زيغم، بلقاسم تروزين، أثار الإشهار التضليلي على المستهلك في السوق الجزائرية، مجلة الدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة وهران 2، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، 16 جوان 2021.

19- نعيمة علواش، الأساس القانوني للمنافسة الغير المشروعة في الجزائر،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، العدد05، الجزائر، 1 جانفي2013.

20- نجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون02/04، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر العدد السابع، أفريل 2017.

21- سعاد بلمختار، الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة وشروطها، مجلة نوميروس الاكاديمية، الصادرة عن المركز الجامعي مغنية، المجلد 01، العدد01، الجزائر، يناير 2021.

22- عبد الرزاق الوافي، جمال غريسي، الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها، كألية لحماية المستهلك على ضوء القانون 02/04، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، جامعة حمة لخضر الوادي الجزائر، المجلد6، العدد2021.

23- فاطمة زهرة فرحات، قنقود رمضان، فعالية حق العدول كألية قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة أستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس بالمدية الجزائر، المجلد 7، أفريل 2022.

24- فتيحة حزام، حق الرجوع عن العقد إلكتروني بين الاطلاق والتنفيذ، دراسة مقارنة على ضوء القانون 05/18، مجلة العلوم الانسانية، جامعة أم البواقي، الجزائر، المجلد8، العدد2 جوان 2021.

25- قاتح خلاف، العقوبة السالبة للحرية في جرائم الممارسات التجارية غير المشروعة، دراسة في ضوء أحكام القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، الصادرة عن جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد 08، جوان 2019.

26- فاطمة الزهراء ربحي تبوت، حماية المستهلك من الإشهار التجاري المضلل، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، الصادرة عن جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 35، العدد01، مارس 2021.

27- فاطمة محمودي، رفض العون الاقتصادي البيع وأداء الخدمة للمستهلك، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الصادرة عن مركز جيل البحث العلمي، البليدة، العدد 29، 05 فيفري 2019، منشور عبر الموقع الإلكتروني: https://JiLrc.com.

28- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10. المعدللقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر، العدد 4 لعام 2009.

IV- المحاضرات

- محاضرات منشورة عبر الموقع الالكتروني: https://cte. Univ-setif 2.dz بتاريخ 2022/06/25، على الساعة 16:03.

II- المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

I- Lois :

01- Loi n°96/95 du 1Février1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

02- Code de la consommation.15eme édition.Dalloz.Paris.2010

II- ouvrages:

01- Jean calais, AuLoy Frank Steinmetz: " Droit de la consommation 5eme édition, Dalloz, France ,2006,

03- Patrick Nicoleau, Dicojuris, Lexique de droit privé, édition Ellipses, Paris, 1996

04- Raymond, Guillien Jean, Vincent"Lexique Termes Juridiques "10 eme édition Dalloz Paris 1995

III- Livres:

01- Georges Berlioz : " Le contrat d'adhésion bibliothèque de droit privé", Paris, 1973

الفـــهرس

الفهرس:

مقدمة 1

الفصل الأول: ذاتية التعسف في استعمال الحق..... 7

المبحث الأول: مضمون التعسف في استعمال الحق 8

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق بين التعريف، التميز وتحديد النطاق..... 8

الفرع الأول: التعريف التعسف في استعمال الحق 8

أولا: التعريف اللغوي للتعسف في استعمال الحق..... 9

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتعسف في استعمال الحق 9

ثالثا: التعريف الفقهي للتعسف في استعمال الحق..... 10

الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عن بعض الأنظمة المشابهة..... 10

أولا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق..... 10

ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن التعسف في استعمال السلطة 11

ثالثا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مضار الجوار غير المألوفة..... 12

رابعا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن دعوى المنافسة غير المشروعة..... 13

الفرع الثالث: نطاق التعسف في استعمال الحق..... 15

أولا: التعسف يرد على استعمال الحقوق دون الرخص العامة والحريات 16

ثانيا: التعسف في استعمال الحق يرد على الحقوق وكافة الحريات والرخص 16

المطلب الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق 17

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ 17

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ التقصيري..... 19

الفرع الثالث: موقف المشرع من نظرية التعسف في استعمال الحق 21

أولا: التعسف في استعمال الحق قبل تعديل 2005..... 21

1- من حيث الشكل..... 21

2- من حيث الموضوع..... 22

ثانيا: تنظيم التعسف في استعمال الحق بعد تعديل 2005 22
المبحث الثاني: أحكام التعسف في استعمال الحق 23
المطلب الأول: حالات التعسف في استعمال الحق 24
الفرع الاول: معايير التعسف في استعمال الحق في ظل الفقه الاسلامي..... 24
أولا: المعيار الذاتي (الشخصي) لتعسف في إستعمال الحق 24
ثانيا: المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق..... 26
الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق قانونا 27
أولا: قصد الاضرار بالغير كصورة من صور التعسف 27
ثانيا: عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير كصورة من صور التعسف 28
ثالثا: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها كصورة من صور التعسف..... 29
المطلب الثاني: آثار التعسف في استعمال الحق 33
الفرع الاول: دعوى التعسف في استعمال الحق 34
أولا: أركان التعسف في استعمال الحق 34
1- الخطأ:..... 34
2- الضرر: 35
3- العلاقة السببية:.....35
ثانيا: أطراف الدعوى المسؤولية التقصيرية..... 35
1-المدعي: 35
2- المدعى عليه:..... 36
ثالثا: موضوع دعوى التعسف في استعمال الحق..... 36
1- جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 36
أ- الجزاء المالي..... 36
ب- الجزاء العيني..... 36
ج- الجزاء التعزيري 37

2- جزاء التعسف في استعمال الحق في ظل القانون المدني..... 37
أ- التعويض النقدي. 37
ب- التعويض العيني..... 37
الفرع الثاني: إثبات التعسف في استعمال الحق 38
خلاصة الفصل الأول..... 40
الفصل الثاني: البحث عن تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل القوانين المتعلقة بالاستهلاك42
المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في ظل قانون حماية المستهلك 43
المطلب الاول: الشرط التعسفي وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق..... 43
الفرع الاول: مجال الشروط التعسفية 43
أولا: مفهوم عقد الإذعان..... 44
1- تعريف عقد الاذعان لغة..... 44
2- تعريف عقد الاذعان فقها 44
ثانيا: ما مدى ارتباط عقد الاذعان بالتعسف في استعمال الحق 45
الفرع الثاني: الشرط التعسفي..... 46
أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي 46
1- من حيث العلاقة التعاقدية..... 46
2- من حيث الطبيعة 46
3- من حيث طريقة فرضه 47
4- من حيث آثاره 47
ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي..... 48
1- تعريف الشرط التعسفي حسب قانون الممارسات التجارية..... 48
2- تعريف الشرط التعسفي حسب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 49
3- تعريف الشرط التعسفي وفق التشريع الفرنسي..... 51
ثالثا: معايير الشرط التعسفي..... 51

1- معايير الشرط التعسفي وفق التشريع الفرنسي 51
أ- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية 51
ب- معيار الميزة المفرطة 52
2- معيار الشرط التعسفي وفق التشريع الجزائري 52
الفرع الثاني: الشرط التعسفي ونظرية التعسف في استعمال الحق 52
أولا: الشرط التعسفي تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق 52
ثانيا: الشرط التعسفي مستقل عن نظرية التعسف في استعمال الحق 54
المطلب الثاني: حق العدول وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق 55
الفرع الاول: مفهوم حق العدول 55
أولا: التعريف الفقهي لحق العدول 56
ثانيا: التعريف القانوني لحق العدول 56
ثالثا: خصائص حق العدول 58
الفرع الثاني: حق العدول ونظرية التعسف في استعمال الحق 58
المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في ظل قانون الممارسات التجارية 59
المطلب الأول: الممارسات التجارية غير الشرعية وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق 59
الفرع الأول: رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي وعلاقته بالتعسف في استعمال الحق 60
أولا: ذاتية رفض بيع المنتوج دون مبرر شرعي 60
1- تعريف رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي 60
2- شروط قيام رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي 61
أ- أن يتم الرفض بصورة فعلية 61
ب- انعدام المبرر الشرعي 62
ثانيا: جزاء رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي 62
ثالثا: رفض بيع منتوج دون مبرر شرعي ونظرية التعسف في استعمال الحق 64
الفرع الثاني: أحكام البيع المشروط وعلاقته بالتعسف في إستعمال الحق 64

أولا: مضمون البيع المشروط..... 65
1- تعريف البيع المشروط..... 65
2- صور البيع المشروط..... 65
أ- البيع باشتراط شراء كمية مفروضة 66
ب- البيع باشتراط شراء سلعة أخرى أو بتقديم خدمة..... 66
ج- تأدية خدمة باشتراط خدمة أخرى أو بشراء سلعة 67
ثانيا: جزاء ممارسة البيع المشروط 67
ثالثا: البيع المشروط ونظرية التعسف في استعمال الحق 68
المطلب الثاني: الإشهار التجاري المضلل وعلاقته بالتعسف في إستعمال الحق 68
الفرع الأول: مضمون الإشهار التجاري المضلل 69
أولا: تعريف الإشهار التجاري المضلل..... 69
1- التعريف اللغوي للإشهار التجاري المضلل..... 69
2-التعريف الفقهي للإشهار التجاري المضلل..... 70
3- التعريف القانوني للإشهار التجاري المضلل 71
ثانيا: عناصر الإشهار التجاري المضلل..... 72
1: العنصر المادي للإشهار التجاري المضلل 73
2- العنصر المعنوي للإشهار التجاري المضلل 74
ثالثا: صور الإشهار التجاري المضلل..... 74
1- الإشهار المفضي إلى التضليل 74
2- الإشهار المفضي إلى اللبس..... 75
3- الإشهار المضخم 76
رابعا: معايير الإشهار التجاري المضلل 76
1- المعيار الذاتي (الشخصي) للإشهار التجاري المضلل 76
2- المعيار الموضوعي للإشهار التجاري المضلل..... 77

خامسا: محل الإشهار المضلل..... 77
1- الإشهار التضليلي الواقع في ذات المنتج أو الخدمة..... 77
أ- التضليل المتصل بطبيعة المنتج أو الخدمة..... 77
ب- التضليل المتصل بعناصر الجوهرية للمنتوج 78
ج- التضليل الاشهاري المتعلق بأصل المنتج أو الخدمة..... 79
2- الإشهار التضليلي الواقع خارج ذات المنتج أو الخدمة 79
أ - تضليل دافع للتعاقد..... 79
ب- تضليل متعلق بشروط البيع 80
ج - تضليل متعلق بالتزامات المعلن 80
هـ- تضليل متعلق ببيانات المتعلقة بالمعلق. 80
الفرع الثاني: آثار الإشهار التجاري المضلل 81
أولا: الحماية المدنية للمستهلك في مواجهة الإشهار التجاري المضلل 81
1-طلب إبطال العقد لعيب التدليس 81
ب- طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ..... 82
ج _ رفع دعوى لضمان العيوب الخفية..... 82
ثانيا: الحماية الجزائية للمستهلك في مواجهة الإشهار التجاري المضلل 83
الفرع الثالث: الإشهار التجاري المضلل ونظرية التعسف في استعمال الحق..... 85
خلاصة الفصل الثاني 86
الخاتمـــــــة 88
قائمة المصادر والمراجع..... 92
الفهرس..... 102
الملخص 109

ملخص

الملخص:

يشـكل التعسـف فـي اسـتعمال الحـق نظريـة عامـة تـرد علـى حـق شخصـي، وقـد عالجهـا المشـرع الجزائـري ضـمن أحكـام المـادة **124 مكـرر** مـن القـانون المـدني المعـدل والمـتمم، التـي تضـمنت علـى عـدة معـايير، فبمجـرد تحققهـا قامـت المسـؤولية التقصـيرية التـي يترتـب عنهـا التعـويض، أمـا بالنسـبة لإمكانيـة إسـقاط أحكـام هـذه النظريـة علـى القـوانين المتعلقـة بالاسـتهلاك وذلـك فـي علاقـة المسـتهلك بالمتعامـا الاقتصـادي مـن خـلال "الشـرط التعسـفي، حـق المسـتهلك فـي العـدول ورفـض البيـع أو أداء خدمـة والإشـهار التجـاري المضـلل"، نجـد رغـم تـوفر معيـار قصـد الإضـرار بـالغير إلا أنـه لا يكفـي وحـده لقيامهـا، وعليـه إسـتقلاليتها عـن القـوانين المتعلقـة بالاستهلاك.

الكلمات المفتاحية: تعسف في استعمال الحق، المسؤولية التقصيرية، الشرط التعسفي، حق العدول الممارسات التجارية غير الشرعية.

Abstract:

Abuse of rights is a general theory that responds to a personal right, and the Algerian legislator has dealt with it within the framework of the provisions of article 124 bis of the amended and supplemented Civil Code, which included several criteria.to consumption, in the relationship between consumer and professional through the "arbitrary condition of the consumer's right to withdraw and refuse to sell or perform a service and misleading commercial advertising", we find that despite the presenceof an intent to harm others test, it is not sufficient on its own to establish it, and it is independent of consumer laws.

Keywords: abuse of rights, tort liability, arbitrary clause, right of withdrawal, illegal commercial practices.

: