وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي الشيخ المقاوم آمود بن مختار – إيليزي–

معهد الحقوق

مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

الآليات القانونية والمؤسساتية لمكافحة الشروط التعسفية

إعداد الطالبتين:

زكور فوزية

بوعامر أم كلثوم

تحت إشراف:

الأستاذ: حمادي محمد رضا

لجنة المناقشة:

الأستاذ/ زيوش عبد الرؤوف	أستاذ محاضر قسم " ب"	رئيسا
حمادي محمد رضا	أستاذ محاضر قسم " ب"	مشرفا ومقررا
بوخاري مصطفى أمين	أستاذ محاضر قسم " ب"	مناقشا

السنة الجامعية 2023/2022

شكر و تقدير

بعد الحمد لله على منه وكرمه وتوفيقه لنا في انهاء هذا العمل والصلاة والسلام على حبيبنا سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله مثل ذلك نتوجه بخالص تشكراتنا وامتناننا إلى كل أساتذتنا الأفاضل ونخص بالذكر أستاذنا المشرف على العمل الدكتور حمادي محمد رضا لقبوله الاشراف على مذكرة التخرج وتوجيهه ومساعدته لنا في أداء واجبنا، والشكر موصول كذلك للأساتذة المناقشين الذين نتقدم لهم بكل الشكر والتقدير لقبولهم الاشراف على مناقشة المذكرة، كما نوجه التحية العطرة لكل الأساتذة بالمركز الجامعي إليزي وبالخصوص لأساتذة معهد الحقوق ونخص بالذكر الشكر والتقدير للدكتور المحترم عماد حميدة وأستاذتنا الفاضلة الدكتورة نجاة حملاوي وجزيل الشكر للدكتورة المحترمة هامل فضيلة وأيضا الدكتور أولاد سعيد حمد بجامعة غرداية لما قدموه لنا من مساندة وتوجيهات في أداء مهمتنا جزاهم الله عنا خير الجزاء.

إهداء

إهداء الطالبة زكور فوزية

أهدي ثمرة جهدي في هذا العمل إلى :

والدي العزيز الذي له الفضل كله بعد الله سبحانه وتعالى بارك الله فيه وأسعد

قلبه وأطال في عمره.

والدتي الحبيبة لما لها من فضل علي عطرها الله وبيض وجهها وأسعد الله قلبها وبارك في عمرها .

إلى زوجي الغالي رفيق دربي الذي كان لي سندا و تحمل معي عناء الدراسة بارك الله فيه وأسعد قلبه.

إلى إخوتي وأخواتي أنوار وزهرات حياتي حفظهم الله وأعزهم وبارك الله فيهم .

وإلى كل فرد صغير وكبير في عائلتي وعائلة زوجي حفظهم الله وأسعد قلوبهم .

إلى زميلتي وأختي شريكتي في العمل بوعامر أم كلثوم

وكل الأصدقاء والزملاء كان الله معهم جميعا.

إهداء

إهداء الطالبة بوعامر أم كلثوم

أهدي ثمرة جهدي في هذا العمل إلى:

إلى روح أمي الغالية رحمها الله وجعل مثواها الأخير الفردوس الأعلى من الجنة.

الى والدي العزيز أطال الله في عمره، وزوجة والدي .

لها من فضل علينا ،بارك الله في عمرها

إلى زوجي وبناتي زهرات حياتي مليكة، أروى

و نور اليقين حفظهم الله وأسعد قلوبهم وجعل التوفيق حظهم.

إلى إخوتي وأخواتي وخالتي العزيزة التي كانت لي نعم السند في حياتي.

إلى كل أفراد عائلتي وعائلة زوجي وكل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو بعيد.

إلى كل الأصدقاء والزملاء وأخص بالذكر زميلتي شريكتي في العمل زكور فوزية.

قائمة بأهم المختصرات

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

د . س .ن : دون سنة النشر

د . م . ج : ديوان المطبوعات الجامعية

ص : صفحة

ط : طبعة

ج : جزء

ع : عدد

ق . م . ج : القانون المدني الجزائري

ق .م .ف : القانون المدني الفرنسي

ق. م. م : القانون المدني المصري

م : المادة

ف : فقرة

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

P : page

Art : article

مقدمة

ارتبط مفهوم العقد بمبدأ سلطان الإرادة وهو المبدأ الذي "وضع بذرته الأولى ديمولان في أوائل القرن 16 (1500-1566) وازدهر بعد الثورة الفرنسية وانتشار المذهب الفردي وتم وضع تقنين نابليون على أساس هذا المبدأ"[1] هذا المبدأ الذي فحواه أن إرادة الأشخاص وحدها كافية لإبر ام ما تشاء من عقود وتحديد ما يترتب عليها من حقوق والتزامات.

وبناء على هذا المبدأ كان الأصل في إبرام العقود أن تبرم بعد مفاوضات في جو من الحرية والمناقشة بين الأطراف المتعاقدة حيث تعتبر إرادة الأفراد حرة ووحدها كفيلة بإنشاء العقود وما يترتب عنها من آثار ومن ثم تم تكريس الحرية التعاقدية التي فحواها أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه وهي القاعدة الواردة في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري[2]، فلا يحق لأحد سواهما تحديد الالتزامات وكيفية الوفاء بها.

لقد كان من نتائج هذه الحرية التعاقدية أن تعسف الطرف المتعاقد القوي في تضمين العقد شروطا يقبلها ويذعن لها الطرف الآخر المحتاج للسلعة أو الخدمة محل العقد ومن هنا ظهر عدم التكافؤ في العلاقة التعاقدية، فإن كان التوازن العقدي مفترض وجوده طبقا لمبدأ سلطان الارادة لأنها إرادة عادلة تهدف إلى تحقيق مصالحها المشروعة، ولكن هذا التوازن نظري ولم يعد حقيقة فعلية فمع التطور الصناعي والاقتصادي أصبحت الحرية التعاقدية نقمة على الطرف الضعيف الذي يجد نفسه مضطرا لإبرام عقد دون القدرة على مناقشة شروطه والاذعان لها بسبب حاجته للسلعة أو الخدمة التي يحتكرها الطرف القوي اقتصاديا .

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 3، د. م. ج، الجزائر 1993 ، ص23.

[2] الأمر رقم 75/ 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج، عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 /05/ 2007، ج .ر. ج. ج، عدد 31، مؤرخة في 2007/05/13.

فبعد أن كانت العقود تتم عن طريق المفاوضة والمساومة أدى التطور الصناعي وظهور الآلة الانتاجية إلى ازدياد حجم الانتاج للسلع والخدمات فزاد العرض ومعه الطلب، فتحولت العقود من عقود مساومة إلى عقود نموذجية توجه لجمهور المستهلكين بشكل عام.

ولقد أدت القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد طرفي التعاقد إلى الحد من الحرية التعاقدية فكان من بين نتائجها عقود الاذعان التي أخذت شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من قبل المهنيين ويعرف عقد الإذعان بأنه "**العقد الذي يملي فيه المتعاقد شروطه على الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله حيث يتميز هذا النوع من العقود بفرض الطرف القوي لشروطه وما على المتعاقد الآخر إلا أن يقبل التعاقد أو أن يرفض** [1] " ويعزز موقف الطرف القوي كونه محتكرا للسلعة التي يعرضها بينما يقبل الطرف الضعيف في أغلب الأحيان لأنه محتاج إليها.

لقد ارتبط إذن ظهور الشروط التعسفية بانتشار عقود الاذعان حيث "أصبح العمل واسعا بهذا النوع من العقود في المجتمع المعاصر تماشيا مع التطور الاقتصادي وما واكبه من نشوء لمؤسسات وشركات و أشخاص ذو نفوذ مالي، علمي وخبراتي يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة عل السلع والخدمات التي لا غنى للجمهور عنها[2]"

إن الشروط التعسفية تعد سببا من أهم أسباب اختلال التوازن العقدي في حالة تضمينها في فحوى العقد، ومن هنا ظهرت الحاجة لمكافحتها حماية للطرف الضعيف في العلاقة وتحقيقا للعدالة بعد ملاحظة الباحثين في مجال حماية المستهلك وتنبه المشرعين أن الهوة بين المحترفين والمستهلكين قد ازدادت اتساعا خاصة أن الوسائل التقليدية في مكافحة عدم التوازن العقدي أصبحت غير كافية .

[1] علي فيلالي، الالتزامات ،النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، الجزائر ،2012، ص72.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص 12.

وكانت البداية لمكافحة الشروط التعسفية في الولايات المتحدة الأمريكية حيث نصت في قانون التجارة الموحد على اعطاء القاضي سلطة ابطال أي شرط يتبين أنه تعسفي وسمي بالشرط غير المعقول unconscionable clause[1] أما مكافحة الشروط التعسفية في الدول الأوروبية فقد بدأت في السبعينيات ففي فرنسا ظهرت لأول مرة مكافحة الشروط التعسفية في تشريع الاستهلاك رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات[2]والذي شمله العديد من التعديلات فيما بعد أهمها القانون رقم 96/95 بينما الاتحاد الأوروبي في 5 أبريل 1993 قام بسن تعليمة تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[3]،وبالنسبة لتشريع 23/78 الفرنسي فإنه لاقى العديد من المعارضة على أساس أن فيه مساسا بمبدأ سلطان الارادة بينما اعتبره المؤيدون تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في نص المادة 2134 من ق. م. ف، وفيما يخص ألمانيا فهي تعتبر من أوائل الدول الأوروبية التي قامت بإصدار أول قانون في هذا المجال و الذي صدر في تاريخ 9 ديسمبر 1976 وبدأ العمل به في أول أبريل 1977 [4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ظل يعمل بالمبادئ العامة التي جاء بها القانون المدني وهي المبادئ التي سنها المشرع لكل الأشخاص دون تحديد لصفاتهم، حيث أعطت المادة 110 من القانون المدني للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه في عقود الاذعان، ولأن ظاهرة الشروط التعسفية أصبحت عالمية خاصة مع انتشار فكرة ضرورة مكافحتها، وتحت الضغط العالمي وخاصة أمام ضغوطات المنظمة العالمية للتجارة ونظام اقتصاد السوق وعولمة الاقتصاد و القانون، فقد قامت الجزائر هي الأخرى بانتهاج سياسة مكافحة الشروط التعسفية ولكن كانت البداية بالنسبة للجزائر بإصدار أول تشريع وهو يتعلق بالمستهلكين وحماية حقوقهم وهو قانون حماية المستهلك رقم 02/89 الملغى.

[1] Jean calais-auloy,frank steinmetz : « droit de la consommation »,5eme èdition , dalloz, paris, 2006, p 186.
[2] Loi n° 78/23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.
[3] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2018، ص 13،14.
[4] محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 17.

وقد استمر العمل في الجزائر بالقواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية الواردة في القانون المدني حيث يتمتع الطرف الضعيف ببعض الحماية الناقصة إلى أن تم اعتماد أول التشريعات التي نصت على حماية المستهلك من الممارسات التعاقدية التعسفية والمتمثل في قانون رقم 02/04[1] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي نص بصفة مباشرة على مواجهة الشروط التعسفية وتلته العديد من المراسيم التنفيذية والقوانين المعدلة وقد تجسدت مكافحة الشروط التعسفية في نصوص تشريعية تنظيمية من جهة وفي وسائل وأجهزة إدارية من جهة أخرى اضطلعت بمهمة مراقبة مدى توافر العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلك والآخر محترف، أو متدخل اقتصادي، على الشروط التعسفية والمطالبة بإلغائها وعدم العمل بها حماية للطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية كما أن القضاء منح سلطة فرض عقوبات جزائية، وكلها تعتبر آليات قانونية ومؤسساتية رصدها المشرع الجزائري لحماية المستهلك من الشروط التعسفية .

ومن هنا تظهر **أهمية موضوع الدراسة** فمن خلال ما تحدثه الشروط التعسفية من إضرار بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وإخلال في توازن العقد تظهر أهمية البحث في أساليب وطرق مكافحتها فكل واحد منا قد يتعرض لمثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية خاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي يشهده عالمنا المعاصر كما أن الموضوع من أكثر المواضيع حداثة في الدراسة خاصة مع تكريس تشريعات حماية حقوق المستهلك ومكافحة كل أشكال التعسف في حقه في غالبية الدول.

و بالنسبة **لأهداف الدراسة** فتتمثل في محاولة الالمام بكل الوسائل القانونية والمؤسساتية التي اتبعها المشرع الجزائري في مكافحته للشروط التعسفية في العقود وتحديدها تحديدا نافيا للجهالة، والوقوف على مدى كفايتها

[1] قانون رقم 02/04، مؤرخ في 23جوان2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر.ج. ج، عدد 41،مؤرخة في 27جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010،ج. ر. ج. ج،ع 46، مؤرخة في 18غشت 2010.

لإعادة التوازن العقدي المفقود بسبب هذه الشروط التعسفية، لتكون بذلك إضافة إلى الدراسات القانونية التي عالجت نفس الموضوع ويميز هذه الدراسة تركيزها فقط على آليات مكافحة الشروط التعسفية بصفة مباشرة .

أما عن أهم أسباب اختيار هذا الموضوع فهناك **الأسباب الموضوعية** حيث أن الشروط التعسفية من المواضيع الحديثة التي ربطتها معظم التشريعات بقوانين حماية المستهلك لأن فئة المستهلكين تعد الطائفة الأكبر تضررا من الشروط التعسفية ومعظم قوانين حماية المستهلك حديثة النشأة ما يعني قلة الدراسات الأكاديمية في هذا المجال هذا من جهة، ولاتساع دائرة العمل بالشروط التعسفية خاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي ما جعلها تحظى باهتمامنا وهذا إسوة بالاهتمام الذي حظيت به من طرف كل التشريعات في الدول.

وفيما يخص **الأسباب الذاتية** تمثلت في الميول الشخصي نحو دراسة العقود بشكل عام وما يتعلق بها من مواضيع، ومن ثمة جاءت الرغبة في دراسة الشروط التعسفية في العقود بسبب أهميتها وحداثتها، زيادة على أنها من المواضيع التي تدخل ضمن التخصص.

و من خلال كل ما سبق يتم طرح الاشكالية التالية : **ما مدى كفاية الوسائل القانونية والمؤسساتية التي كرسها المشرع الجزائري ضمن منظومته القانونية لمواجهة الشروط التعسفية وإعادة التوازن العقدي المختل بسبب هذه الشروط؟**

وسيتم في هذه الدراسة اعتماد **المنهج الوصفي والمنهج التحليلي**، وذلك لدراسة ظاهرة الشروط التعسفية وكيفيات مكافحتها بوصفها عن طريق جمع البيانات والمعلومات عنها وترتيبها وتحليلها وتحليل نصوص المواد القانونية التي تناولت هذا الموضوع وتفسيرها واستخراج النتائج المتوخاة منها، وقد تم إتباع خطة البحث الثنائية بتقسيم البحث إلى **فصلين** (**الفصل الأول**) بعنوان الآليات القانونية لمكافحة الشروط التعسفية و (**الفصل الثاني**) بعنوان الآليات المؤسساتية لمكافحة الشروط التعسفية .

الفصل الأول: الآليات القانونية لمكافحة الشروط التعسفية

تعد الشروط التعسفية من بين أهم أسباب اختلال التوازن العقدي في العقود الناتج عن تفوق أحد طرفي العلاقة العقدية على الآخر أيا كان سبب التفوق اقتصاديا أو معرفيا، نتيجة لظهور الشركات الكبرى واحتكارها لعملية الانتاج والتسويق للسلع والخدمات، أو بسبب التطور التكنولوجي والصناعي وما ترتب عنه من استعمال للتقنية والآلة في التصنيع والتوزيع، ما دفع رجال الفقه والقضاء إلى البحث عن أساليب ووسائل تحد من تعسف هذه الشروط وكانت المحاولة في مواجهة الشروط التعسفية في البداية من خلال الأحكام العامة التي تضمنتها التشريعات المدنية ولكن المعلوم أن الأحكام العامة للعقود تم اعتمادها في ظل سيادة مبادئ سلطان الارادة حيث العدالة العقدية مفترضة حتى ولو وجد اختلال في التوازن العقدي بسبب شرط تعسفي ضمنه الطرف القوي اقتصاديا في العقد، وقد ترتب عن هذا الوضع أن أصبحت الأحكام العامة التي تحكم العقود غير متناسبة مع ما أفرزته التطورات الاقتصادية والتكنولوجية مما أدى بتشريعات الدول لاستحداث أحكام جديدة ضمن نظمها القانونية لمواجهة أي اختلال في توازن العقد بسبب هذه الشروط المجحفة فنشأت أحكام خاصة لمواجهة هذه الظروف التي طرأت على عملية التعاقد وبناء عليه سيتم التطرق في (**مبحث أول**) إلى مكافحة الشروط التعسفية طبقا للأحكام العامة وفي (**مبحث ثاني**) سيتم التطرق إلى مكافحة الشروط التعسفية طبقا للأحكام الخاصة.

المبحث الأول: مكافحة الشروط التعسفية طبقا للأحكام العامة

عند دراسة القواعد العامة التي نص عليها القانون المدني لا نجد نصوصا مباشرة تنص على مكافحة الشروط التعسفية ما عدا ما تعلق منها بأحكام عقود الإذعان حيث تلعب دورا هاما في تحقيق التوازن العقدي، بينما نجد أحكام أخرى متفرقة سواء ما تعلق منها بالشرط الجزائي أو ببعض أحكام عيوب الإرادة أو نظرية السبب أو مبدأ حسن النية وغيرها حاولت النظم القانونية من خلالها إنقاص أثر التفاوت الممقوت في العلاقة العقدية ،وعليه يتم

التطرق في هذا المبحث في (**مطلب أول**) إلى التقنيات القانونية العامة لإعادة التوازن العقدي في ظل النظرية التقليدية وفي (**مطلب ثاني**) إلى الوسائل القانونية الخاصة لمكافحة الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة.

المطلب الأول: التقنيات القانونية العامة لإعادة التوازن العقدي في ظل النظرية التقليدية

ومن خلال هذا المطلب سيتم التركيز من خلال العيوب التي تمس الارادة والتي لها أثر في احداث اختلال في توازن العقد فقط على الغبن والاستغلال في (**فرع أول**) ثم يتم دراسة نظرية السبب ومبدأ حسن النية في (**فرع ثاني**).

الفرع الأول: نظريتا الغبن و الاستغلال

إن الغبن في اللغة النقص، ويقصد به فقها كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها، والغبن كما قد يكون في جانب البائع قد يكون في جانب المشتري أي أنه لا يكون في جانب واحد دائما[1]، وهناك تعريف آخر ضيق للغبن فهو" **عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وبين ما يأخذه"**[2] .

إن المشرع الجزائري كقرينه الفرنسي أخذ بدءا بالنظرية المادية للغبن وهي التفاوت بين ما يعطي العاقد وبين ما يأخذ، أي عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد ولكنه حصر تطبيقها على عقود معينة دون أخرى فهي لا تهم المستهلكين لا من قريب ولا من بعيد، حيث نجدها في الغبن العقاري في نص المادة368من القانون المدني والقسمة الاتفاقية في نص المادة 732 من نفس القانون؛ حيث قصر الحماية في الأولى على بائع العقار دون المشتري ونص في الثانية عل حق الشريك في نقض القسمة الاتفاقية إذا أثبت أنه لحقه غبن يزيد على الخمس .

[1] أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ،دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي،ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،2005،ص83.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص216.

والملاحظ أن عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد أي عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه قد ينظر اليه من الناحية المادية وهذا ما يعرف اصطلاحا بالغبن وقد ينظر إليه من الناحية النفسية فيسمى استغلالا[1].

ومن بين التشريعات التي أخذت بالنظرية الشخصية المشرع الجزائري خلافا للمشرع الفرنسي وتوافقا مع المشرعين الألماني والسويسري فهي نظرية لا تعتد عند تقدير الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف المتعاقد، حيث ينظر إلى التفاوت بين الأداء ات المتفاوتة التي يرتبها العقد بين العاقدين من جانب نفسي فيسمى استغلال، حيث يعتبر الاستغلال في هذه الحالة عيبا من عيوب الرضا توافره يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، والاستغلال لا يتحقق إلا إذا استغل الشخص المتعاقد الطرف الآخر لعوزه أو طيشه أو عدم خبرته ، والجزاء إما ابطال العقد كما في القانون السويسري أو بطلانه بطلانا مطلقا كما في القانون الألماني.[2]

وقد عالج المشرع الجزائري موضوع الغبن الاستغلالي في نص المادة 90من القانون المدني بنصه" **إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ،جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ،أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن**"

لقد مزج المشرع بين مفهوم الغبن المادي حيث نص على الالتزامات المتفاوتة بين ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد مقارنة مع التزامات الطرف الآخر وبين الاستغلال النفسي لهوى جامح أو طيش بين في هذا

[1] أنور سلطان، مرجع سابق، ص83.

[2] محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 49، 50.

المتعاقد حيث خالف المشرع الجزائري المشرع الفرنسي الذي اعتنق فقط النظرية المادية للغبن وبالتالي يكون قد تلافى القصور التشريعي في فرنسا واستفاد من الانتقادات الموجهة له.

والذي يهم في موضوع الغبن الاستغلالي هو مدى استفادة الطرف الضعيف اقتصاديا في العقد من الحماية العامة التي أوردها المشرع للطرف المغبون أو بمعنى آخر هل تصلح نظرية الغبن الاستغلالي لمكافحة الشروط التعسفية في العقود؟

نجد أن الفقه الفرنسي لا يزال يعمم نظرية الغبن، لحماية جميع المتعاقدين الضعفاء اقتصاديا بما فيهم المستهلكين كما أنه كلما كنا بصدد عقد اذعان وجب إبطاله بسبب الغبن الذي يلحق بالطرف الضعيف[1] وإن كانت وسيلة غير مجدية لأن الغبن هو عدم تعادل الأداءات بينما لا يترتب دائما عدم الأداءات عن عقد إذعان لأن الغبن يتعلق بمحل العقد بينما الاذعان يتعلق بالإرادة.

أما بالنسبة للدول التي تأخذ بالغبن الاستغلالي مثل الجزائر نجد أن قضايا من هذا النوع غير دارجة على مستوى المحاكم، كما أن الملاحظ على المشرع الجزائري قد ضيق من الحماية المنصوص عليها بموجب نص 90 من القانون المدني المعدل والمتمم، التي اشترطت أن يكون تفاوت الأداءات نتيجة استغلال هوى جامح أو طيش بين فقط عكس بعض التشريعات التي وسعت في نطاق هذا النوع من الاستغلال إلى ضعف أو حاجة أو عدم خبرة المتعاقد الآخر حيث يمكن للمستهلك في مثل هذه الحالات أن يتدخل كطرف ضعيف في عقد من العقود ليطالب بحقه في الانقاص أو الابطال، أو أن يستفيد من هذه الحماية في هذا النص، ومن التشريعات التي وسعت في مظاهر وحالات الاستغلال نجد مثلا المشرع العراقي في المادة 125 من القانون المدني، المشرع الألماني في المادة 138 فقرة 2 من القانون المدني و كذلك المشرع السويسري في المادة 21 قانون الالتزامات[2].

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 50.

[2] سليمة أحمد يحياوي ، أليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي ،مذكرة ماجستير قانون أعمال، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر1،الجزائر ،2010-2011 ص22.

وكنتيجة بعد كل ما تم التطرق إليه أعلاه فإنه للاستفادة من نظرية الغبن والاستغلال في مكافحة الشروط التعسفية أنه كان لابد على المشرع بعد اعتناقه للنظرية الشخصية للغبن ونصه على الغبن الاستغلالي ألا يضيق من نطاق الحماية بحصرها فقط في حالتي استغلال الهوى الجامح أو الطيش البين، بل كان من الممكن النص على حالات أخرى مشابهة أو على الأقل جعل الأمر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر حتى يمكن للقاضي اعمال سلطته التقديرية لأنها من مسائل الواقع، فيستفيد حتى الطرف المستهلك الذي تم استغلاله نتيجة لضعفه أو عدم خبرته وجهله.

وبالرغم من أهمية الغبن والاستغلال في الحد من الشروط إلا أن الملاحظ على نظريات عيوب الارادة بشكل عام عدم جدواها في محاربة الشروط التعسفية واعادة التوازن العقدي، وبعد التأكد من قصور نظريتي الغبن والاستغلال في توفير الحماية للطرف الضعيف يجب البحث في وسائل أخرى حيث يجب التطرق إلى دور كل من نظرية السبب وكذا مبدأ حسن النية في إعادة التوازن للعقد وذلك في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: نظرية السبب ومبدأ حسن النية

أولا: نظرية السبب

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 97 من القانون المدني على أنه "**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا**".

يعد السبب أحد أركان العقد الموضوعية التي لابد من توافرها لقيام العقد صحيحا ،وقد ظهرت في البداية النظرية التقليدية للسبب، وهي نظرية موضوعية مفادها أن السبب في العقود التبادلية هو التزام كل من المتعاقدين وأن كل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر فالسبب في عقود التبرع هو نية التبرع وفي العقود الملزمة لجانب واحد السبب هو تسليم المحل ولكن اختفت النظرية التقليدية التي كانت تجعل كل التزام سبب

في الالتزام المقابل وحلت محلها فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع الذي يختلف باختلاف العقود وباختلاف الأشخاص ويعتبر خارجا عن العقد [1].

وقد كانت النظرية التقليدية تشترط في السبب وجوب أن يكون صحيحا، ومشروعا علاوة على اشتراطها أن يكون موجودا ولكن بعد اختفائها حاول اتجاه قضائي في فرنسا بناء على دعم من بعض الفقه الفرنسي الدعوة إلى الأخذ بنظرية السبب التقليدية لإبطال بعض الشروط التعسفية تحقيقا للتوازن العقدي تطبيقا لنص المادة 1131 من القانون المدني وذلك لإبطال الشروط المخالفة لالتزام أساسي في العقد إلا أن القضاء الفرنسي اتجه نحو فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع وبدأ **يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث الدافع لانعقادها غير مشروع.**[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري ومن خلال نصي المادتين 97ف1 و98 من القانون المدني يلاحظ عليه أنه أخذ بازدواجية السبب في العقد أي أنه أخذ بمفهوم النظرية التقليدية للسبب من جهة والسبب بمعنى الباعث الدافع من جهة أخرى، والمؤكد أن السبب المقصود كركن في العقد هو الذي يأخذ معنى الباعث الدافع فإذا كان هذا السبب غير مشروع سواء علم به المتعاقد الآخر أو لم يعلم به كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

والمهم في هذا كله هل تصلح نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي في العقود؟ وهل يمكن للطرف الضعيف اقتصاديا أن يتمسك بالسبب غير المشروع للعقد للحصول على الحماية؟

عند تفحص نص المادة 97 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري لم ينص إلا على شرط واحد للسبب وهو مشروعيته وعدم مخالفته للنظام العام وكأنه سلم بتواجد السبب بمجرد قيام العقد أي أن السبب موجود ولم يبق سوى النظر في مدى مشروعيته عن طريق إعمال فكرة الباعث الدافع بمعنى أن المشرع الجزائري اشترط فقط مشروعية السبب في التعاقد ولم ينص على مدى تواجده من عدمه كشرط لقيامه كركن، فنصل إلى أنه وفي ظل اعتماد المشرع الجزائري لفكرة الباعث الدافع عند البحث في مشروعية السبب أنه لا يمكن للقضاء إعمال هذا النص

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73،74.

[2] محمد بودالي، مرجع سابق، ص53،54.

لإعادة التوازن العقدي، حيث أنه تصطدم بالأحكام الواردة في نص المادة 178ف1 من القانون المدني والتي تجيز الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

وبالتالي لم يبق سوى إعمال فكرة انعدام السبب طبقا للنظرية التقليدية للسبب التي اعتمدها القضاء الفرنسي لإبطال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية وهي تقنية لم تسلم من النقد باعتبار أنها لا تؤدي سوى إلى إبطال بعض الشروط فقط، وليس لإزالة عدم التوازن العقدي برمته،كما أن إعمال فكرة السبب طبقا للنظرية التقليدية للسبب يؤدي إلى بطلان العقد كله وليس شرطا من شروطه وهذا لا يخدم أبدا مصلحة المستهلك أو الطرف الضعيف اقتصاديا الذي يرغب في ابطال أو انقاص الشرط وليس بطلان العقد ككل وزواله[1].

وكنتيجة بعد هذا التحليل، يمكن القول أنه من الصعب إعمال نظرية السبب لاستبعاد الشروط التعسفية لأن هذه الأخيرة تفترض وجود عدم تكافؤ اقتصادي في الأداءات المتبادلة لذلك لابد من انعدام حقيقي للمقابل حتى نكون أمام انعدام السبب، وعليه وكما تم ذكره سالفا إن انعدام ركن السبب يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا وهذا لا يفيد الطرف الضعيف أو المستهلك في شيء والذي يهمه ابطال الشرط لا بطلان العقد.

وبعد هذا العرض لنظرية السبب ومعرفة قصورها في إعادة التوازن العقدي خاصة في العلاقة العقدية الاستهلاكية لابد من التطرق لمعرفة ما يقدمه مبدأ حسن في هذا الشأن.

ثانيا: دور مبدأ حسن النية في الحماية من الشروط التعسفية وإعادة التوازن العقدي

يعتبر مبدأ حسن النية أحد أهم المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها العقد بصفة عامة ،وهو مبدأ أخلاقي ذو مضمون قانوني استدعت الضرورة اعماله كقاعدة ملزمة في العلاقات القانونية، وقد كانت البداية التشريعية لمبدأ حسن النية في القوانين الوضعية كقاعدة قانونية ، في قانون 1804 الفرنسي، لذا سنتعرف على المقصود بهذا المبدأ ثم نتطرق إلى دوره في مكافحة الشروط التعسفية.

[1] محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 56.

1/ تعريف مبدأ حسن النية

لم يول الفقه التقليدي اهتماما كبيرا لمبدأ حسن النية[1] كما أن هذا المبدأ لم يحظ بتعريف تشريعي له بالرغم من كثرة تطبيقاته ضمن قواعد القانون المختلفة بحكم أنه مبدأ أخلاقي يتسم بالمرونة وخاضع للتطور المستمر ويعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تسري على جميع العقود، وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في نص المادة **107/ف 1 من القانون المدني حيث جاء فيها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".**

يعتبر مبدأ حسن النية من المفاهيم التي يصعب تحديدها لكونه مبدأ عام ومرن ويتعلق بالوضع الشخصي للمتعاقد وقد عرفه مصطفى العوجي على أنه "**التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير ،بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة اللتين أنشئ من أجلها، والتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الاضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة**"[2]وقد عرفه أيضا عبد المحسن ابراهيم سلامة بأنه "**ضرورة مراعاة الاخلاص والأمانة والصراحة وعدم الغش والاحتيال والنزاهة في التصرفات والاجراءات عموما**"[3].

ولقد انفرد المشرع الأمريكي بوضع تعريف لهذا المبدأ بعد ما طورت المحاكم الأمريكية العديد من النظريات القانونية الخاصة به، حيث جاء تعريف هذا المبدأ على أنه "**الاخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد**" إذن يمكن القول أن عبارات الاخلاص والاستقامة والأمانة في التعامل مع الطرف الآخر تعبر عن معنى حسن النية.

---

[1] محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 51.

[2] أحمد بورزق، الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،مخبر قانون البيئة العدد1، الجزائر،2021 ، ص 573.

[3] محمود علي رحمة، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 124.

ويرى خبراء القانون المقارن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذا المبدأ للوصول إلى تعريفه حيث يوجد بعدان هامان لهذا المبدأ بعد شخصي يتعلق بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد والحالة الذهنية التي قد يكون عليها أثناء التعاقد ما قد يدفعه لعدم مراعاة مصالح الطرف الآخر كما يتعامل مع مصالحه، أما البعد الموضوعي فيتعلق بمؤشرات خارجية يمكن البناء عليها عند التعامل مع هذا المبدأ من خلال البحث في التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية في أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد وخلال مرحلة تنفيذ هذه الشروط وقد عرف خبراء القانون المقارن بناء على هذين البعدين حسن النية بأنه "**التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن**"[1]

من الواضح أن هذا المبدأ يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد في مراحله الثلاثة بدءا بمرحلة التفكير ثم مرحلة الانشاء والتكوين إلى مرحلة التنفيذ وفقا لما تقتضيه وتمليه الارادة المشتركة للطرفين بما يضمن توازن العقد فالنية الحسنة مفترضة لدى كل من المتعاقدين إلا إذا ثبت عكس ذلك وفي هذه الحالة يجب إثبات من له مصلحة سوء نية المتعاقد فيتدخل القضاء وبواسطة التشريع لإعادة التوازن العقدي المختل من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي التعاقد.

وقد أشار الأستاذ الفاضل علي فيلالي إلى مظهرين لحسن النية الأول يقتضي أمانة ونزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، أما الثاني فيقتضي الالتزام بالتعاون ويقصد بالنزاهة الاخلاص امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل الالتزام عسيرا أو مستحيلا[2]وبذلك يلاحظ مدى ضرورة وأهمية تطبيق هذا المبدأ الأخلاقي القانوني ولكن ما مدى نجاعته؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه في العنصر الموالي.

[1] محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 54، إبريل 2013، ص 230 ،231.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص369.

2/دور مبدأ حسن النية في مكافحة الشروط التعسفية

بناء على الواقع العملي الذي ثبت من خلاله وجود اختلاف في المركز الاقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة التعاقدية حيث يفرض أحد الاطراف ارادته التعاقدية على الآخر فينشأ حالة من اختلال التوازن العقدي بين أطراف هذه العلاقة تظهر أهمية هذه الأداة القانونية التي يفرض من خلالها القاضي التزامات تعاقدية على طرفي العقد حيث تمكن القاضي من مراقبة وضمان تحقيق العدالة خاصة في الحد من استخدام الشروط التعسفية.

وقد استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي حيث جاءت المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لتقضي ببطلان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد [1] وفي فرنسا نصت المادة **1134 ف3 على" يجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية"** ومن هذا النص الفرنسي استقت التشريعات العربية مبدأ حسن النية وضمنته نصوصها ولكن المشرع الفرنسي وبموجب التعديل الأخير لقانون العقود الصادر في 10 فبراير 2016 أصبحت هذه المادة تحت رقم 1104 والتي توجب إعمال مبدأ حسن النية ومنذ بدأ مرحلة التفاوض على العقد إلى غاية تنفيذه[2].

وبالنسبة للقضاء الفرنسي وبالرغم من استعماله لهذا المبدأ في مواجهة الشروط التعسفية ولكنه غير فعال فهو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي بينما في ألمانيا يوجد نص المادة 242 من القانون المدني ينص على أن مبدأ حسن النية بوصفه مبدأ عاما لابد أن يطبق على جميع العقود بشرط ألا يؤدي اعماله إلى المساس باستقرار المعاملات ، كما أن المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود حيث منحت المادة 10 من قانون 9 ديسمبر1976 للقضاء سلطة تقديرية

[1] محمود فياض، مرجع سابق، 233.

[2] مجدي بسيوني علي،مرجع سابق، ص 319.

واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي كما نصت المادة 9 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على هذا المبدأ في المادة 107 ف1 ق. م. ج والتي تم الاشارة إليها سابقا والتي تقابلها المادة 148 ق. م. م ويستفاد من هذا النص أنه يتعين على المدين تنفيذ مضمون العقد والقواعد المكملة له بحسن نية وأضاف المشرع أيضا أن العقد لا يقتصر في تنفيذه على ما ورد في مضمونه بل يتعداه إلى ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة كل التزام، وتقتضي النية الحسنة إضافة إلى نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص الالتزام بالتعاون طبقا لمقتضيات حسن النية وذلك بالقيام بعمل يتمثل في اطلاع واشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم التنفيذ.

هذا الالتزام بالنزاهة هو الذي يبرر بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم(178 ق. م. ج) ،بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير (377 ق. م. ج)، أو الاتفاق المتضمن الاعفاء أو التحديد من الضمان أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى بغش سبب هذا الضمان(490 ق. م. ج)ويكون المتعاقد قد أخل بواجب الالتزام بالنزاهة إذا تم تنفيذ العقد بطريقة غير مرضية، أما واجب التعاون فبعض العقود تقوم أساسا عليه كعقد الشركة التي تنص على نية المشاركة التي تعد ركنا موضوعيا في عقد الشركة وفي عقد التأمين تنص المادة 15 من الأمر 07/95المتعلق بالتأمينات أن يخبر المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر محل التأمين وفي عقد الايجار تنص المادة 497 ق. م "**يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ...**"[2]

وبعد هذا العرض لأحكام وبعض تطبيقات مبدأ حسن النية يمكن القول أن المتعاقد قد يتعامل بما يخالف هذا المبدأ إما بطريقة سلبية كامتناعه عن اعلام المشتري بعيوب المبيع الخفية مثلا وإما بطريقة إيجابية كإدراج شرط

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص52.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 369، 370.

تعسفي في العقد المبرم بين المحترف والمستهلك فيسعى المحترف من خلال الشرط الحصول على ميزة فاحشة وبالتالي الحاق الضرر بالمستهلك إلا أن الأكيد في التشريع الجزائري أنه لم ينص على أي جزاء يترتب في حالة عدم مراعاة مبدأ حسن النية زيادة على عدم وجود أي اجتهاد قضائي يتناول موضوع حسن النية في مجال اعادة التوازن العقدي وبالتالي هو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة لتحقيق هذا التوازن وعليه فإن الفقه يقول بقصور هذه التقنية خاصة في مجال عقود الاستهلاك حيث يكون الاهتمام بالشروط الواردة في العقد أكثر من المتعاقد في حد ذاته[1]

المطلب الثاني : الوسائل القانونية الخاصة لمواجهة الشروط التعسفية طبقا للأحكام العامة

زيادة على التقنيات العامة نص المشرع الجزائري على تقنيات قانونية ضمن الشريعة العامة لمحاربة الشروط المجحفة في العقود، وللوقوف على هذه الحلول ومعرفة مدى فعاليتها في الحد من الشروط التعسفية يتم التطرق إلى مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاذعان في (**فرع أول**)، مكافحة التعسف في استعمال الشرط الجزائي في (**فرع ثاني**) وأخيرا مكافحة شروط خاصة بموجب نصوص تشريعية خاصة في (**فرع ثالث**).

الفرع الأول: مكافحة الشروط التعسفية في عقد الإذعان

لقد أفرزت الثورة الصناعية في بداية القرن العشرين عن أوضاع اقتصادية نتج عنها وجود كيانات اقتصادية قوية استطاعت الهيمنة على الاحتياجات الأساسية للأفراد من سلع وخدمات حيث ارتبطت هذه السيطرة بمناخ احتكاري وعلى ذلك فسبب نشأة هذه الظاهرة يرجع إلى قيام قوى هائلة اقتصادية تتحكم في الحاجات الضرورية للأشخاص من سلع وخدمات من خلال الاحتكار الذي يقضي على المنافسة[2] ،وهو ما ترتب عليه سيطرة طرف قوي يمتلك كل أدوات ووسائل النفوذ وطرف آخر ضعيف يفتقر حتى إلى قدرته على اتخاذ قرار حر بالتعامل مع هذه الكيانات الاقتصادية.

[1] سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص 28.

[2] ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2014 ، ص 21.

لاحظ فقهاء القانون أن العقود نتيجة لهذه الأوضاع أصبحت تتم بطريقة غير تفاوضية على غير العادة حيث كانت تخضع للمساومة، مما جعل الطرف الضعيف إما يقبل شروط العقد فيحصل على الخدمة أو السلعة، أو أنه يعرض عن التعاقد لرفضه لهذه الشروط وبالتالي حرمانه من سلعة أو خدمة هو بحاجة إليها هذه الظاهرة تم رصدها من طرف المشرعين وكان المشرع المصري سباقا لتنظيم هذه الظاهرة قانونا، وكان أن ألحقها بنظام العقود في القانون المدني تحت تسمية عقود الاذعان حيث ابتدع هذه التسمية الفقيه عبد الرزاق السنهوري لأول مرة.

وقد اعتنق المشرع الفرنسي تسمية الفقيه saleilles حيث سماها بعقود الانضمام[1]، وبالرغم من أن المشرع الفرنسي لم ينص على عقد الاذعان إلا أنه وبدءا من عام 1978 بدأ حضره للشروط التعسفية وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ عن المشرع المصري تنظيمه لعقود الإذعان فجاءت المادة 110 من القانون المدني مطابقة للمادة 149 من القانون المدني المصري، وبناء على ما سبق نتناول مفهوم عقد الإذعان الذي احتوى موضوع الشروط التعسفية **(أولا)** ثم نعرج إلى الأحكام التي نصت على مكافحة الشروط التعسفية حماية للطرف المذعن **(ثانيا)** .

أولا: مفهوم عقد الاذعان

ونتناول ضمن المفهوم تعريف عقد الاذعان، خصائصه ثم معاييره.

1/ تعريف عقد الاذعان

إن الوصول إلى تعريف قانوني لعقود الاذعان مسألة في غاية الصعوبة لأنه كان موضوع خلاف بين الفقهاء، مرجعه كيفية ظهور هذا العقد، وخصائصه التي يتميز بها بين العقود، ذلك أن القبول في عقد الاذعان يختلف عن القبول في عقد آخر[2] .

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق ، ص 41.

[2] محمود علي رحمة، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، ط1، مصر، 2018.

لقد عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه "**العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها**"[1] وإن كان تعريف فرج الصدة هو المرجح إلا أنه يمكن الاشارة إلى تعاريف فقهية أخرى حيث نجد تعريف الفقيه saleilles الذي كان قد أشار لأول مرة إلى عقود الانضمام في كتابه "**الاعلان عن الارادة**"[2] والذي عرفه بأنه "**محض تغليب لإرادة واحدة تنصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد**"[3].

كما عرفه الأستاذ الفاضل علي فيلالي بأنه" **عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي**"[4].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أشار لعقد الاذعان لأول مرة في المادة 70من القانون المدني[5] **وعليه فإن عقد الاذعان هو العقد الذي يضع أحد طرفيه شروطا مسبقة لإبرامه ولا يقبل مناقشتها من قبل الطرف الآخر الذي يسلم ويقبل بهذه الشروط .**

---

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص، 12.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، د. س. ن.

[3] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 44.

[4] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 72.

[5] 70 ق م ج" **يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها**".

وبالنسبة لطبيعة عقد الاذعان فكونه يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، ويفرض شروطه نتيجة لاحتكار فعلي أو قانوني لسلعة أو خدمة وهو ما أدى ببعض الفقه لإنكار الطبيعة العقدية لعلاقة عملية الاذعان، وحجتهم في ذلك أن وضع الطرف المذعن مماثل تماما لمستعمل المرفق العمومي[1] وعلى رأسهم سالي ، حيث يرون أنه ليس عقد وإنما مركز قانوني منظم ينشأ بإرادة منفردة ويشبه اللائحة وبالتالي يجب أن تنطبق عليه قواعد تفسير اللائحة وتعديلها وليس قواعد تفسير العقد وتعديله، لكن الرأي الغالب في الفقه يرى أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ،ولا يمنع التفاوت الاقتصادي بين أطراف العقد من تكييفه بأنه عقد[2] بينما المشرع الجزائري لا ينازع في الطبيعة العقدية لعملية الاذعان، ويتميز عقد الاذعان بجملة من الخصائص يتم ذكرها في الفقرة الموالية.

2/ خصائص عقد الاذعان

– أنه يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

– احتكار الموجب لهذه السلعة أو المرافق أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، فعقد الاذعان يسود في ظل الاحتكار للسلع حيث غالبا ما يندر وجود هذا العقد في ظل المنافسة الحرة، لأن انعدام الاحتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك في إيجاد منتوج أو خدمة بشروط أفضل لدى أحد المنافسين.

– عمومية الايجاب ومعناه أن الإيجاب يكون في عقد الإذعان إيجابا عاما فلا يكون موجها إلى شخص معين بذاته، بل إيجابا موجها إلى الجمهور عامة أو إلى طائفة من الجمهور تتوافر فيه صفة معينة بشكل دائم وموحد[3].

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 73.

[2] سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، ع 4، الجزائر، جوان 2016 ،ص 126.

[3] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 57.

– الطابع الاضطراري للقبول فقد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا يمكنه الاستغناء عنه فهو مضطر للقبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثمة سميت هذه العقود بعقود الاذعان[1].

– أما بالنسبة للمشرع الجزائري فتتجلى خصائص عقد الاذعان من خلال نص المادة 70 ق. م السابق ذكرها وهي :أنها شروط مقررة ، وأنها غير قابلة للنقاش، وان القبول في عقد الاذعان مجرد تسليم لشروط مقررة.

3/ معايير عقد الاذعان

إنه ومن خلال التعريفات التي سبق وتم عرضها لعقود الإذعان يتضح وجود معيارين يتجسد من خلالهما مفهوم عقود الاذعان وهما : معيار التمتع بوضع احتكاري لسلع وخدمات ضرورية، ومعيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده وبعد عرض هذين المعيارين نوضح موقف المشرع الجزائري.

أ/ معيار التمتع بوضع احتكاري لسلع و خدمات ضرورية

وقد تبناه غالبية الفقه المصري وبناء عليه لكي يتصف عقد اذعان بهذه الصفة لابد أن يتمتع الموجب بوضع احتكاري، فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة محل العقد، والاحتكار نوعان احتكار قانوني واحتكار فعلي فالاحتكار القانوني ينشأ من خلال القانون كالمرافق العمومية المحتكرة من طرف الدولة مثل مرفق الكهرباء والغاز والمياه...إلخ، وأيضا كأن يتعاقد شخص من الخواص مع الدولة لتسيير مرفق النقل[2].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 229.

[2] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 47.

أما الاحتكار الفعلي فهو ينشأ في ظروف معينة خارجة عن سلطان القانون حيث لا علاقة للقانون بإنشائها ، فمثلا قد يتمكن صاحب مشروع معين من الوصول إلى وضعية الهيمنة في السوق وبالتالي يتصف بطابع الاحتكارية بصورة فعلية نتيجة لسيطرته على المواد الأولية وقدرته الاقتصادي.

إن معيار الاحتكار هو معيار تقليدي، فرضته الظروف الاقتصادية التي نشأ في ظلها، حيث ثبت في الواقع أن المحتكر لا يكون بالضرورة الأقوى ماليا دائما، فقد يقوم تاجر سلع ومقدم خدمات بسيط بتحرير عقود أكثر خطورة، لذلك فهذا المعيار يضيق من نطاق عقود الاذعان وبالنتيجة ينقص من الحماية المقررة في مواجهة هذه الشروط، فالمهنيين الذين لا يتمتعون بوضعية الاحتكار سيفلتون من توقيع الجزاء والعقاب.

ب/معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده

إن الانفراد بتحرير شروط العقد لم يعد حكرا على الشركات التي تتمتع بوضعية الاحتكار حيث فرضت أسباب ضخامة الانتاج وتزايد الطلب على السلع والخدمات وحتمية التوزيع السريع للسلع وحتى الرقمنة هذا الأسلوب على كافة التعاملات في السوق، حيث أصبح المهنيون يحررون عقودهم بإعداد نموذج موحد لها من عدة نسخ ويقتصر دور المستهلك فيه على ملأ الفراغات الخاصة بمعلوماته الشخصية والامضاء دون مناقشة بنود العقد لا لأن السلعة أو الخدمة ضرورية بالنسبة له مثلما كان يتطلبه المعيار القائم على الاحتكار، بل لأنه يرى أنه في مركز ضعف، فبمجرد تعامله مع مهني يضعه أمام الأمر الواقع فإما القبول أو الرفض للعقد[1] .

ومفاد هذا المعيار أننا نكون أمام عقد إذعان كلما تم تحرير العقد ووضع شروطه بصفة منفردة دون مناقشة شروطه من الطرف الآخر فالإعداد المنفرد للبنود هو ما يعرف بالعقود النموذجية الانفرادية التي تعد مصدرا للشروط التعسفية، ويعد العقد النموذجي أحد أسباب ظهور الشروط التعسفية ولكن ليس دائما العقد النموذجي قد يحوي شروطا تعسفية وهذا ما يبرر إعطاء القاضي سلطة الرقابة على وجود الشروط التعسفية من عدمها، فقد يوجد

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 48.

الشرط وقد لا يوجد، وبالتالي **عدم وجود شرط تعسفي** في عقد إذعان يعني عدم التمكن من الحصول على الحماية من هذا النوع من العقود .

ج/ موقف المشرع الجزائري

إن المعيار الذي أخذ به المشرع وكذا أغلب التشريعات العربية هو **معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده،** لأن هذا المعيار يؤدي إلى توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية حيث تدخل بموجبه عقود كثيرة دائرة الاذعان، كالخدمات الفندقية وخدمات وكلات السفر والسياحة وكراء السيارات[1]، وبالتالي المشرع الجزائري وطبقا لنص المادة 70 ق م ج لم يشر فيها بتاتا لموضوع الاحتكار يكون قد اختار المدلول الواسع لعقود الاذعان، ومنه لعقود الاستهلاك في المادة 03 فقرة 4 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.[2]

ثانيا: أحكام مكافحة الشروط التعسفية في نظرية عقد الاذعان

سيتم التطرق في هذه الفقرة إلى مفهوم الشروط التعسفية ثم إلى سلطة القاضي في تعديل هذه الشروط أو استبعادها وكذا تفسيرها.

1/ مفهوم الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة

ويتم تناول تعريف الشروط التعسفية ثم شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية.

أ/ تعريف الشروط التعسفية

لم تتعرض المادة 110 ق. م. ج والمادة 149 ق. م. م إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية ، بالرغم من أن سلطة القاضي التي منحه إياها المشرع تنصب على الشروط التعسفية دون سواها إذا كان أمامه عقد يتسم بطابع الاذعان.

---

[1] إيمان بوشارب، مرجع ، ص 50.

[2] م 3 فقرة4 "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."

لقد عرف بعض الفقه الشرط التعسفي بأنه" **ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة ...وهذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد وموضوع وحالة طرفيه ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة**" و هذا التعريف منتقد لأنه جاء سطحيا ولم يأت بأي جديد فأضاف أصحاب هذا التعريف تعريفا آخر " **شرط ينقسم إلى شرط تعسفي بذاته وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند ادراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها**" [1]

وانتقد هذا التعرف أيضا لأنه يعتبر تصنيف للشروط أكثر منه تعريف لها، إلا أنه يمكن تعريف الشروط التعسفية من خلال الأمثلة التي تعرض إليها القضاء المصري على أنه " **ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدالة ويترتب عليه اختلال توازن العقد**" وتجدر الاشارة إلى أن التشريعات لم تقم بتعريف الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة في القانون المدني، لذلك سيتم التطرق إلى تعريف الشرط التعسفي طبقا للأحكام الخاصة بحماية المستهلك في موضعها.

ب/ شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية

هناك ثلاثة شروط لابد من توافرها حتى يتم تفعيل هذه الحماية وهي :

– وجود عقد صحيح تتوافر فيه عنصر التراضي من إيجاب وقبول، ويكون خاليا من العيوب حتى يستطيع القاضي فرض رقابته على وجود الشرط التعسفي من عدمه.

[1] عبد اللطيف هني، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1 جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق،، 2014، ص 511.

– تضمين العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية حيث أن حماية المذعن من الشروط التعسفية في عقود الاذعان هي المسوغ الذي من أجله أجاز المشرع في المادة 110 ق م ج للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي[1] ، وتبعا لذلك إذا لم يتضمن العقد أيا من هذه الشروط فلا محل لمراجعة القاضي للعقد .

– الضعف الارادي للطرف المذعن حيث يكون الطرف المذعن ضعيفا أمام الشروط التي يفرضها الطرف القوي وهو المتدخل الاقتصادي حيث لا يمكنه مناقشة بنود العقد فيسلم بها دون مفاوضة عليها، أما إذا تم العقد بعد مفاوضات ومناقشة شروطه فلا نكون أمام شروط تعسفية وبالتالي لا يمكن بسط رقابة القضاء على شروط العقد.

وبعد ان تم توضيح ودراسة شروط استفادة المذعن من الحماية المقررة في عقد الاذعان بموجب أحكام القانون المدني سيتم التطرق للسلطة الممنوحة للقاضي في حالة توافر هذه الشروط التعسفية وفرض رقابته عليها.

2/ سلطة القاضي في مكافحة الشروط التعسفية

منح المشرع للقاضي بموجب أحكام عقد الاذعان في حالة تضمنه لشروط تعسفية سلطة استثنائية بموجبها يمكنه تعديل هذه الشروط أو اعفاء الطرف المذعن منها ولم يكتف بذلك بل منحه حق تفسير العبارات الغامضة فيه لمصلحة الطرف المذعن .

أ/ تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان

إن المبدأ العام في العلاقة العقدية هو المساواة بين طرفيها نتيجة المساومة والمفاوضة التي يتم من خلالها العقد طبقا لما تقضي به الشريعة العامة " **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون** "[2]

[1] عبد الطيف هني، مرجع سابق، ص 511، 512.

[2] 106 ق.م. ج.

وفي حالة انعدام المفاوضة على شروط العقد قرر المشرع أحكام عقد الإذعان التي جاءت في القانون المدني حماية للطرف المذعن حيث منح من خلالها للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو اعفاء الطرف المذعن منها ولم يقيده إلا بما تقضي به مبادئ العدالة متى اتضح أن هذا الشرط سيسبب اختلالا كبيرا بين أداءات الأطراف واختلال توازن العقد ذلك أن إبقاء الشرط يكرس التعسف الذي يعكس الظلم الذي يتنافى مع مبادئ القانون حيث نصت المادة 110 ق م ج على "**إذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**" هذا بالرغم من أن الأصل هو امتناع القاضي عن التدخل في مضمون العقد بناء على القوة الملزمة للعقد، وهذا ما يمثل حماية للطرف المذعن الذي يتميز بالضعف في هذا النوع من العقود.

وتتمثل هذه السلطة الرقابية إما في التعديل فقط للشرط التعسفي حيث يقوم القاضي بانقاص أثر التعسف لأنه هناك شروط لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها فإلغاؤها يؤدي إلى القضاء على العقد برمته كالأجرة في عقد الايجار أو الثمن في عقد البيع فإذا رأى القاضي أن فيها تعسفا جاز أن يعدلها طبقا لمقتضيات العدالة ومن تطبيقات القضاء في تعديل الشروط التعسفية مثلا في عقد العمل إذا كانت شروطه تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاء أخطاء بسيطة ،أمكن للقاضي إذا رأى أنها تشكل شرطا تعسفيا تعديل هذه الغرامة بأن يخفضها وفقا للعدالة، وفي عقد البيع إذا كان الثمن مبالغا فيه جاز للقاضي تخفيضه تبعا للظروف[1].

إضافة إلى سلطة التعديل جاز طبقا لأحكام عقد الإذعان للقاضي إعفاء المذعن من الشروط التعسفية بإزالته تماما، وذلك في حالة ما إذا كان التعديل للشرط التعسفي لا يفي بالغرض ولا يقدم الحماية الكافية فيقوم بمقتضى سلطته اهدار الشرط بما أنه تعسفي فمثلا إذا تضمن عقد الكهرباء شرطا بقطع التيار الكهربائي نهائيا

[1] الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 2،المركز الجامعي تامنغست، جوان 2014، ص107، 108.

بالرغم من التزام المستهلك المذعن بدفع الفاتورة دوريا[1] ، ومن بين هذه الشروط في عقد البيع :شرط استبعاد المسؤولية بالضمان ، شرط تعديل العقد بالإرادة المنفردة، الشرط الجزائي في حالة المبالغة في التعويض.

وقبل الختم لهذه الفقرة يجب التنويه إلى أن القاضي لا يمكنه التصدي من تلقاء نفسه بالتعديل أو الاعفاء من هذه الشروط ولكن بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك تطبيقا لمبدأ حياد القاضي المدني لذلك هناك من يرى ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو الاعفاء من تلقاء نفسه[2] لأن ذلك التقييد فيه تضييق للحماية، أيضا لابد من الإشارة إلى أن سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك، وهي بذلك حماية مقررة من المشرع للطرف المذعن، وهي كذلك سلطة جوازية إن شاء أخذ بها القاضي وان شاء لم يأخذ بها[3]، وذلك كله تطبيقا لنص المادة 110 ق. م. ج.

ب/ تفسير عقود الإذعان

طبقا لنصي المادتين 111و 112 من القانون المدني الجزائري يتبين وجود ثلاث حالات في تفسير العقد وهي **حالة وضوح العبارة** في النص حيث لا يجوز للقاضي الانحراف عن المعنى الظاهر لها ، أما إذا كانت **عبارة العقد غامضة وهي الحالة الثانية** فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وتليها ا**لحالة الثالثة وهي حالة الشك** في معرفة هذه الارادة وهنا تفسر العبارات لمصلحة المدين الملتزم واستثناء في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن[4] .

[1] الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 109.

[2] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 59.

[3] سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص 95.

[4] أمين بن قردي وجيلالي بن عيسى ،عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، مجلد 1، ع 1، الجزائر، ديسمبر 2019 ، ص 11.

ذلك أن الأصل الوارد في نص المادة 112 فقرة1 ق. م. ج والذي تقابله المادة 151 فقرة 1 من القانون المدني المصري أتى مكرسا للمبادئ العامة في التفسير والتي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين[1] ، فالمبدأ هو امتناع القاضي عن التدخل في مضمون العقد لكنه يستطيع أن يتدخل لتفسير هذا المضمون، حينما تكون إرادة الأطراف غير واضحة أو حينما يكون الشرط غامضا وبالتالي يستعمل القاضي سلطته في تفسير شروط العقد وفي معرفة توجه إرادة المتعاقدين.

إن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين أصلها ومبررها براءة الذمة إلى أن يثبت العكس ،لكن في عقود الاذعان قرر المشرع استثناء من هذه القاعدة أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا ويبرر الفقه ذلك شرحا للفقرة 2 من المادة 151 من القانون المدني المصري التي تقابلها للفقرة 2 من المادة 112 ق، م، ج أن الطرف القوي في ضوء استقلاله بوضع شروط العقد وعلى النحو الذي أشار إليه الفقه فإنه يقع عليه تبعة غموض الصياغة[2] .

ويقدر بعض الفقه أن ذلك ما يبرر حكمة وضع المشرع لهذا النص "أن الطرف القوي يتحكم في صياغة شروط العقد، ويتوافر له من الوسائل ما يمكن أن يضعها في أوضح صورة، وأفضل صياغة بغير تخوف من رد فعل الطرف الآخر، والطرف المتحكم في العقد يعلم أن الطرف الآخر سيذعن ويقبل هذه الشروط في أي صورة كانت"[3]

لذلك يمكن القول أن في عقود الإذعان قد يورد الطرف القوي أو المحترف شروطا تحتمل أكثر من معنى ويكون الابهام أو الغموض مرجعه شرط غامض وناقص ومثاله : وصل ضمان لا يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان الاتفاقي هل هو اصلاح المنتوج المبيع أم استبداله أم رده؟ وقد يحصل أن يكون الابهام مرجعه التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد والذي قد يكون متعمدا لتحقيق مصالح الطرف القوي وهو المحترف

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، ط1،الاسكندرية، مصر،ص462.

[2] عمر محمد عبد الباقي ،مرجع سابق، ص 463.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،1996،ص 255.

لأنه يساعده في وضع شروط ما كان الطرف الآخر ليقبلها لو كانت واضحة, فإذا حصل نزاع في تأويل العبارات يأتي دور القضاء في التفسير حيث قرر المشرع أن القاضي يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ما أكدته المادة 111 الفقرة 2 ق. م. ج السابق ذكرها، وكما تم التوضيح لا يكون تفسير العبارات مضرا بمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري نقل حرفيا النص 112 الفقرة 2 ق م ج عن النص المصري 151 الفقرة 2 ق. م. م فهو لم ينتبه إلى أن الحماية التي يوفرها مثل هذا النص محدودة وقاصرة ، فمن جهة نجد أن المشرع المصري قد جعل التفسير مفيد للطرف المذعن في الحالات التي يكون فيها النص غامضا مع أن غموض النص أو وضوحه لم يكن ليؤثر في شيء، إذ أن المذعن كان سيقبل بالعقد بغض النظر عن مدى اجحاف شروطه وبغض النظر عن وضوح هذا الاجحاف أو غموضه وإلا فما معنى الإذعان .

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع المصري قد اقتصر في هذه الحالة على توفير تلك الحماية الناقصة أو المحدودة لمن يتوفر فيه وصف الاذعان دون غيره من المتعاقدين ما يعني أن الطرف الضعيف المغلوب على أمره في عقود المساومة، أو ذلك الطرف الذي يغمض عليه معنى شروط العقد ولا يتمكن من فهمها أو حتى مناقشتها لعدم تخصصه وقلة كفاءته لن يتمتع بأي حماية قانونية في مواجهة الشروط التعسفية طالما أنه الدائن في العقد أو بموجب الشرط[1].

وفي الأخير إن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية لم يعرف الشرط التعسفي ولم يضع المعيار الذي يتم من خلاله تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا في القانون المدني وترك هذه المهمة للسلطة التقديرية للقاضي

[1] عبد الباسط حسن جميعي، مرجع سابق، ص 127،128.

لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ولا يتقيد في ذلك إلا بما تمليه عليه مبادئ العدالة، الذي يهتدي به القاضي في تحديد مدى تعسف الشرط من عدمه وهو معيار غامض يتغير بتغير الزمان والمكان والظروف.

الفرع الثاني : مكافحة التعسف في استعمال الشرط الجزائي

في هذا الفرع يتم التطرق إلى مفهوم الشرط الجزائي (**أولا**) ثم سلطة القاضي في مواجهة الشرط الجزائي التعسفي (**ثانيا**).

أولا: مفهوم الشرط الجزائي

1/ تعريف الشرط الجزائي

لقد نصت العديد من القوانين على جواز قيام المتعاقدين بتقدير التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق يعد مكملا أو معدلا للعقد الأصلي وهذا التعويض الاتفاقي يطاق عليه الشرط الجزائي.

إن الفكرة التي يقوم عليها التعويض الاتفاقي هي أن الطرفين يتفقان مسبقا في العقد أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الاخلال بتنفيذ الالتزام وهو شرط صحيح طالما أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وقد أطلقت تسمية الشرط الجزائي، لأن المبلغ المذكور في العقد عادة يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي يلحق بالدائن، ولهذا فإن للقاضي سلطة في تعديل التعويض الاتفاقي[1].

وقد أورد الفقه تعاريف عديدة للشرط الجزائي: "**اتفاق يقدر فيه المتعاقد سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه**[2] ..."

[1] منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج 2 ،أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 1998،ص 73.

[2] مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون ،جامعة الجزائر،2014-2015، ص 93.

ويعرف أيضا "**ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان مسبقا وبطريقة جزافية التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدي، فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض، ويكون القصد منه غالبا استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبء إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض**"[1].

ويلجأ المتعاقدان إلى تقدير التعويض المستحق على أحدهم في حالة عدم التنفيذ أو عدم التنفيذ الجزئي للالتزام بهدف تجنب صعوبات التقدير القضائي للتعويض والحد من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي.

وقد عرفته المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي **ذلك الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ** أما المادة 1229 من نفس القانون فقد عرفته **بأنه تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي...**، وقد انتقدت تعريفات المشرع الفرنسي فبالنسبة للتعريف الوارد في نص المادة 1226 نجد أنه يتحدث عن عدم التنفيذ فقط دون التطرق إلى التأخير في التنفيذ، أما التعريف الثاني الوارد في نص المادة 1229 فإنها اعتبرت الشرط الجزائي عبارة عن جزاء لعدم التنفيذ أو التأخير فيه وهو ما يتعارض مع المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأنه يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه أي ضرر[2]، إذن الشرط الجزائي يمكن تعريفه أنه "**اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه**"[3]

وبالنسبة للمشرع الجزائري مثل المشرع المصري ،لم يعرف الشرط الجزائي فقد اكتفى هو الآخر بتأكيد مشروعية الشرط الجزائي وتنظيم أحكامه في المواد 183إلى 187من القانون المدني حيث نصت المادة 183على"

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 64.

[2] سلمى بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، خصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر ، الجزائر،2013-2014 ، ص 117.

[3] عبد الباسط حسن جميعي، مرجع سابق، ص 223.

يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتبقى في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181"

ولبيان هذا الشرط توجد الأمثلة التالية: عقود توريد البضائع، عقود المقاولات كنتيجة عن التأخر في انجاز العمل، في عقود البيع كأن يشترط المشتري على البائع دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع ، في عقود الايجار حين يشترط المالك المؤجر على المستأجر شرط جزائي في حالة تأخره في تسليم العين المؤجرة، وفي عقود المناقصات وغيرها[1] .

وعليه إن الشرط الجزائي يعتبر صنفا من أصناف الشروط التعسفية نظرا لأن الغلو في تقدير قيمة التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه لا يمكن للشخص العادي أن يتقبله إلا إذا كان مضطرا أو غير خبير بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عملية ، إلا أن جانبا من الفقه يرى أن الشرط الجزائي حتى وإن لم يتضمن مبالغة في تقدير التعويض فإنه لابد من اعتباره شرطا تعسفيا لأن عدم التعادل بين طرفي العقد يؤدي لاختلال واضح في اقتصادياته ويضيف من خلال الشرط الجزائي مزايا غير مباشرة تتجمع في يد الطرف الأقوى لا يمكن وصفها إلا بالمغالاة[2].

2/خصائص الشرط الجزائي

– التزام تبعي لأنه لا يقصد بذاته ولا يستقل بوجوده، إنما يقع بمناسبة انشاء عقد، أي وجود محل التزام أصلي فيتبعه، فإذا وجد عقد مقاولة أو التزام بنقل حق عيني أو عقد إيجار، أو عقد توريد فإن الشرط الجزائي يرد في العقد الأصلي أو في عقد لاحق يكمله ، والغاية من ذكره حمل المتعاقد على تنفيذ عين ما التزم به أي أداء الالتزام الأصلي، وكنتيجة بطلان الشرط الجزائي لعدم مشروعيته لا يترتب عنه بطلان الالتزام الأصلي إذا كان صحيحا، أما إذا كان الالتزام الأصلي باطلا لعدم مشروعيته فالشرط الجزائي يبطل لتبعيته للالتزام الأصلي.

[1] منذر الفضل ، مرجع سابق، ص83.

[2] عبد الباسط حسن جميعي، مرجع سابق، ص 225.

– الشرط الجزائي اتفاق على تقدير التعويض ولا يحكم به إلا عند وجود الضرر طبقا للمادة 184 ق م ج فإذا لم يلحق الدائن ضرر فلا يكون التعويض مستحقا.

– الشرط الجزائي محدد جزافيا.

3/ شروط استحقاق الشرط الجزائي

هي نفس شروط استحقاق التعويض وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر إضافة إلى الإعذار حيث أحالت المادة 183 ق م ج إلى المواد 176 وهي تتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض والمادة 181 تتعلق بالإعذار.

ثانيا: سلطة القاضي في مواجهة الشرط الجزائي

الأصل هو أنه متى توافرت الشروط لإعمال الشرط الجزائي يتعين على القاضي الحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان فالقاعدة هي احترام اتفاق المتعاقدان وكاستثناء من القاعدة منح المشرع للقاضي السلطة في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيف أو بالزيادة .

حيث أن المشرع الفرنسي بناء على مبدأ سلطان الارادة والقوة الملزمة للعقد نص في المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي **"عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص"** بمعنى المشرع الفرنسي كان لا يسمح بالتعديل في الشرط الجزائي المتفق عليه حيث ينفذ الشرط كما هو، ولكنه تدارك الأمر حين لاحظ التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة فيه خاصة في مجال القروض فتدخل لحماية المتعاقد الضعيف بموجب قانون 9 جويلية 1975 معترفا للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي استثناء إذا كان مبالغا فيه أو تافها[1].

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 85.

حيث وبموجب قانون رقم 75/597 قام المشرع الفرنسي بتعديل أحكام الشرط الجزائي فأضاف فقرة ثانية للمادة السابقة الذكر 1152 بنصه" **غير أنه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها ويعد باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"**[1] ولكن القاضي بناء على هذا النص لا يتدخل من تلقاء نفسه بل بناء على طلب الأطراف، ولا يمكنه ابطال الشرط الجزائي.

إلا أن التشريع الفرنسي تطور في هذا الشأن وأصبح يسمح بموجب قانون 11 أكتوبر 1985 من خلال التعديل الحديث للمادة 1152 فأجاز للقاضي التدخل من تلقاء نفسه بالمراجعة والتعديل للشرط الجزائي، أما ابطاله إذا كان تعسفيا فلا يمكن للمستهلكين المتضررين التمسك إلا بالمادة 132-1 من قانون الاستهلاك حث تعتبر الشرط تعسفيا وبالتالي كأنه غير مكتوب وهي المادة التي تقدم حماية أفضل للمستهلكين.[2]

أما بالنسبة للشرط الجزائي في التشريع الجزائري فقد عالج المشرع الجزائري من خلال المادتين 184و185 من القانون المدني مسألة تدخل القاضي من أجل حماية الطرف المتضرر من تعسف هذا الشرط وتظهر الحماية من خلال :

1/ سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

وذلك في حالتين هما إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، وإذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة حيث تنص الفقرة 2 من المادة 184" **ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"** وبالتالي إذا وجد القاضي إفراط ومبالغة في تقدير التعويض بمقتضى الشرط الجزائي بما يحقق عدم تناسب كبير بين الضرر

[1] محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، د راسة مقارنة، مذكرة ماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،الجزائر،2007-2008، ص 69.

[2] محمد بودالي، مرجع سابق، ص68.

الحاصل والتعويض وجب عليه تخفيض هذا التعويض بما يناسب الضرر الناجم عن الاخلال بالالتزام الأصلي[1] وفي حالة تنفيذ المتعاقد لجزء من التزامه قد يشترط الطرف القوي أن التعويض المتفق عليه يستحق في جميع الأحوال هنا يعتبر القاضي هذا التعويض مجحفا فيتدخل بتخفيضه للحد المعقول تطبيقا للقانون، ولكن على المتضرر اثبات أنه نفذ جزء من التزامه.

2/سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

نص المشرع في المادة 185 ق م ج" **إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما**" والواضح من هذا النص أن الدائن لا يستطيع مطالبة المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر تخفيفا من المسؤولية وبالتالي القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن ولكن إذا أثبت الدائن ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما فإنه لا يعتد بالاتفاق الخاص بالشرط الجزائي ووجب على القاضي زيادة مقدار التعويض فيجعله مساويا للضرر، لكن يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن غش وخطأ المستخدمين الذين يستخدمهم في تنفيذ الالتزام ، أما في حالة الشرط الجزائي التافه فيقصد منه الاعفاء من المسؤولية فيتم التفريق بين حالتي المسؤولية العقدية التي يجوز فيها الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية م (178 ق.م. ج) ماعدا حالتي الخطأ الجسيم والغش وبين المسؤولية التقصيرية التي يمنع فيها الاعفاء من المسؤولية حيث يكون الاتفاق باطلا (فقرة3 م 178 ق. م. ج) وبالتالي للقاضي زيادة التعويض مراعيا في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض.[2]

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 186.

[2] علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،مجلد4، ع2 ،الجزائر،2019، ص 2264.

3/سلطة القاضي في الاعفاء من الشرط الجزائي

وقد وردت هذه الحالة في الفقرة الأولى من المادة 184 ق. م.ج **"لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"** ونلاحظ مثلا ان المهني أو المحترف قد يلزم المستهلك بأن يدفع له قيمة الشرط الجزائي بالرغم من عدم إصابته بضرر، الأمر الذي ينفي مبرر استحقاق التعويض لانتفاء ركن من أركان المسؤولية العقدية ويستطيع المستهلك اللجوء للقضاء طلبا لإعفائه من هذا التعويض التعسفي ولكن لابد من اثبات انتفاء الضرر.

لابد من الإشارة أن هذه الحماية طبقا للقواعد العامة بالرغم من أهميتها إلا أنه ثبت قصورها لأنها حماية ناقصة فسلطة القاضي فيها أيضا جوازية مثل سلطة القاضي في عقود الاذعان وكان من الأجدر على المشرع لو جعلها من النظام العام وأن لا يتوقف عند حد الاعتراف للقاضي بالمراجعة للشرط في حالة المغالاة فيه بل كان بإمكانه جعل سلطته في المراجعة من تلقاء نفسه لذلك يعتبر هذا القصور أحد المبررات التي أدت إلى ظهور الحماية الخاصة بالمستهلكين بمقتضى تشريعات خاصة .

الفرع الثالث: مكافحة شروط خاصة بموجب نصوص خاصة

لقد اعتبر المشرع من خلال بعض القوانين شروطا ما باطلة وإن لم تأخذ وصف الشرط التعسفي وتبرير الحكم ببطلانها وابقاء العقد صحيحا قائما هو حماية أحد المتعاقدين وهي فكرة مستمدة من النظام العام وسيتم التطرق لبعض النصوص التي تضمنت هذا النوع من الشروط كأمثلة فقط.

أولا: الشرط الرامي إلى إنقاص أو اسقاط الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع

أجاز المشرع الجزائري كمبدأ عام انقاص الضمان أو اسقاطه بموجب نص المادة 384ق. م. ج **"يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو أن ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه "** ولكنه نص

بالمقابل على بطلان شرط انقاص أو اسقاط الضمان إذا كان البائع عالما بعيب في المبيع وتعمد اخفاءه على المشتري غشا منه فهو بمثابة اشتراط منه لعدم مسؤوليته عن الغش وهذا غير مشروع علما أن المشرع الفرنسي في المادة 1643 من القانون المدني نص على اعتبار شرط إنقاص أو إسقاط الضمان للعيب في الشيء المبيع غير مكتوب وبالتالي يعتبر باطلا [1].

ثانيا: بطلان شروط الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها

عند الاخلال بالتزام عقدي تنشأ المسؤولية العقدية وعند حصول اخلال بالتزام يفرضه القانون تنشأ المسؤولية التقصيرية وفي كلتا الحالتين قد يتفق الأطراف أو الأشخاص المعنية على الاعفاء أو التخفيف من هذه المسؤولية فإلى أي مدى يعتبر هذا الاتفاق أو شرط الاعفاء والتخفيف صحيحا؟

إن الأصل هو جواز مثل هذه الاتفاقات في مجال المسؤولية العقدية لأن أحكامها ليست من النظام العام، بينما لا تجوز في مجال المسؤولية التقصيرية إلا بعد تحقق الضرر وتعتبر من قبيل الصلح أو التنازل، ومبرر جواز هذه الاتفاقات في المسؤولية العقدية هو مبدأ سلطان الارادة والرضائية التي تقوم عليها العلاقات التعاقدية ولكن في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة حيث يستطيع الدائن الاتفاق مع المدين على رفع المسؤولية عن المدين أو التخفيف منها كما يستطيع التشديد فيها.

فبمفهوم نص المادة 2/178 ق. م. ج فإن هذا الجواز ينصب على الأخطاء الشخصية اليسيرة فقط ولكن إذا كان الاتفاق يهدف إلى الإعفاء مما قد ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم فإن مثل هذه الشروط تعد باطلة وهناك العديد من التشريعات التي أبطلت هذا الشرط الذي يهدف إلى الاعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ الشخصي الجسيم أو الناتج عن الغش مثل: التشريع المصري في المادة 217 من القانون المدني، التشريع السويسري في المادة

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 69.

100 من قانون الالتزامات أما التشريع الألماني لم يمنع شرط الاعفاء من المسؤولية إلا في حالة الخطأ العمد[1] وبالمقابل أجاز المشرع الشرط الرامي إلى اعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناجمة عن أخطاء تابعيه الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه الناتجة عن الغش أو خطئهم الجسيم.

كما أن الشرط المعفي أو المخفف من المسؤولية يجوز اعتباره شرطا تعسفيا إذا ورد في عقد من عقود الاذعان فتطبق عليه أحكام المادة 110 ق م ج حيث يستفيد الطرف المذعن من سلطة القاضي في التعديل كوجه من أوجه الحماية.

ومن بين التطبيقات القانونية بالنسبة لبطلان الشروط المعفية أو المعدلة للمسؤولية العقدية لمخالفتها للنظام العام نجد نص المشرع على الالتزام الجوهري للناقل والمتمثل في التزامه بضمان سلامة المسافرين فكل اتفاق يعفي الناقل من المسؤولية يعد باطلا تطبيقا لنص المادة 65من القانون التجاري الجزائري التي اعتبرت باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين ، وفي عقد المقاولة نص المشرع في المادة 556 ق م "يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه" فضمان المقاول والمهندس في عقود المقاولة من النظام العام لأنهما من ذوي الخبرة بينما رب العمل لا يكون صحب خبرة في أعمال البناء والقصد منه حماية صاحب العمل غير الخبير بالأمور الفنية في البناء[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي لم يعد يفرق بين الأخطاء اليسيرة أو الجسيمة بالنسبة للشرط المعفي من المسؤولية أو المخفف منها حيث قرر في المادة 132-1 من قانون الاستهلاك على أنه في مجال عقد البيع فإن الشرط الذي يرمي إلى اسقاط أو انقاص حق المشتري في التعويض يعتبر شرطا تعسفيا ويعتبر في ذات الوقت غير مكتوب وبالتالي ايراد مثل هذا الشرط في فرنسا لا يرتب أي أثر ولا يكلف المستهلك بإثبات الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من البائع المحترف.

[1] رحمة بريق، عيسى حداد، الشرط المعفي من المسؤولية العقدية والقيود الواردة عليه، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 06، ع2، الجزائر ،2020،ص 223.
[2] رحمة بريق، عيسى حداد، مرجع سابق، ص 226.

بالنسبة للمشرع الجزائري خاصة في عقود الاستهلاك إذا أمكن ابطال شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم بموجب المادة 178 ق م ج فإنه يستوجب الاثبات وهو أمر صعب حتى وان تم اللجوء إلى نص المادة 110 ق م ج من أجل تعديله لأن هذا النص ثبت عجزه عن تقديم حماية فعالة في ظل التطورات الحاصلة خاصة بالنسبة للمستهلكين لذلك يستحسن النص مباشرة على بطلان هذه الشروط المعفية أو المخففة من المسؤولية صراحة باعتبارها شروطا تعسفية.

ثالثا:بطلان شروط معينة في عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من أبرز عقود الاذعان تضع فيه شركة التأمين الشروط بصورة منفردة دون وجود أية مفاوضات مع الطرف المستفيد من خدمتها في التأمين وهو المؤمن له لذلك يعد مجالا خصبا للشروط التعسفية

ومن المعلوم أن عقود الاذعان تتميز بحماية خاصة في القوانين المدنية حيث يتدخل القاضي بسلطته في التعديل والتفسير.

لكن المشرع الجزائري لم يكتف بالحماية المنصوص عليها في المادتين 110و112 ق م ج بل خصه بنصوص خاصة هدفها حماية المؤمن له حيث أن أحدهم وصفه باليتيم.[1]

حيث نجد أن المشرع نص على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين وذلك في المادة 622 ق. م.ج[2] وهي:

– الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية ومبرر هذا البطلان أساسه أن أغلب حوادث السيارات مثلا تنجم عن مخالفة القوانين

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 75.

[2] تقابلها المادة 750 ق. م .م.

والنظم كما أن المتعارف عيه هو امكانية مسائلة المؤمن عن الخطر إذا وقع من المؤمن له بخطأ غير عمدي أو لحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وعدم جواز مسائلته عما يقع من المؤمن له عمدا أو غشا ولو تم الاتفاق على غير ذلك.

– أيضا بطلان الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات حيث كثيرا ما يتم النص على سقوط حق المؤمن له عند تأخره في اطلاع السلطات بالحادث فقرر المشرع تقييد مثل هذا الشرط بنصه على عدم سريانه في حالة ما تبين أن التأخر لعذر مقبول.

– بطلان كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان يتعلق بحالة تؤدي إلى بطلان أو سقوط حق المؤمن له حيث يفترض أن يكون ظاهرا مكتوبا بحروف كبيرة إذا ورد في الشروط المطبوعة أو وضع تحته خط، أو أن تكون مطبوعة بالأحمر.

– شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل.

– ونصت المادة سالفة الذكر على بطلان كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أي أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

إن الشروط السابق ذكرها تعتبر باطلة فإذا أراد المستهلك استبعاد شرط منها فعليه التمسك بالنص الذي يحضرها حتى يمكن للقضاء الحكم ببطلانها فهي بذلك تشبه القائمة السوداء بالشروط التعسفية حيث افترض القانون فيها الطابع التعسفي افتراضا لا يقبل العكس.

رابعا : بطلان بعض الشروط في بعض العقود

1/ بطلان الشرط الذي يورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي:

حيث حملت المادة 47 من القانون التجاري الجزائري الناقل المسؤولية عن الأشياء المراد نقلها عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها، ونصت المادة 3/52 من نفس القانون على بطلان كل شرط يرمي إلى اعفاء الناقل اعفاء كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها، ونصت المادة 2/77 من نفس القانون على أنه تكون باطلة وعديمة الأثر جميع الاشتراطات المخالفة بصفة مسبقة لأحكام المادة 47 السالفة الذكر.

لذلك إذا وجد في عقد نقل الأشياء شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف فيعتبر شرطا باطلا ودون أثر والعقد يبقى صحيحا، بينما إذا تم النص على الاعفاء من مسؤولية الناقل عن عدم توصيل المسافر إلى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد يكون الشرط صحيحا طبقا للمادة 66 من نفس القانون.

وقد المشرع خرج عن القاعدة الواردة في المادة 2/178 ق. م. ج فيما يتعلق بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن النقل البري للبضائع حيث ساير قانون rabier في ابطاله للشرط في حالة الفقد الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها، وبالنسبة للشرط الرامي إلى الاعفاء من المسؤولية عن التأخير فقد ساير القاعدة العامة الواردة في القانون المدني باعتبار صحة هذا الشرط في حدود الأخطاء اليسيرة[1].

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 70.

2/ بطلان شروط مخالفة لأحكام آمرة

لقد قررت المادة 454 ق م وجوب أن يكون دائما عقد القرض بدون فائدة، ويقع باطلا كل شرط مخالف لذلك ، نجد أيضا بالنسبة لعقد التأمين في المادة 625 ق م تقرر بطلان كل شرط يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

يوجد في عقد الايجار نص المادة 21 من المرسوم رقم 03/93 المؤرخ في 1993/3/01 حيث نص المشرع على الزامية تجسيد العلاقات الإيجارية في عقد إيجار طبقا لنموذج عقد الايجار الذي بينه المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 1994/3/19 مع معاقبة المؤجر في حالة عدم كتابة العقد وان كانت لم تحدد ما هي العقوبة الجزائية المفروضة لهذه المخالفة اضافة إلى منح محتل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائز لوصل إيجار.

إن تدخل المشرع بفرض بعض الالتزامات مبرره في أغلب الأحيان حماية الطرف الضعيف وبالتالي يترتب عن مخالفتها بطلان الشروط ولو كانت باتفاق طرفي العقد ، وهذه النصوص الآمرة تجعل التوازن في العلاقة العقدية قائما فالحكمة من هذه النصوص الآمرة حماية كل طرف ضعيف في العقد.

ولكن المعلوم أن المشرع الجزائري يمنع تدخل القاضي بالتعديل في أحكام القواعد التي تنظم العقود إن لم يكن عقد اذعان وبموجب طلب.

المبحث الثاني : مكافحة الشروط التعسفية طبقا لأحكام القواعد الخاصة

من خلال المبحث الأول يتضح أن المشرع في القانون المدني تعامل مع الشروط التعسفية بأسلوب غير مباشر وذلك من خلال عقود الإذعان حيث ربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان وجودا وعدما [1]وتعامل معها على أنها نتيجة لضعف مركز اقتصادي فمنح القضاء وسيلتين لحماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي للعلاقة العقدية

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 63.

من خلال تعديل أو الغاء الشرط التعسفي أو تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا ولكن قد لا يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية وقد لا يترتب عن تفوق لطرف نتيجة مركزه الاقتصادي بل قد يؤدي الجهل وضعف المركز العلمي والمعرفي للمتعاقد إلى اختلال بين الحقوق والالتزامات وما يترتب عنه من استغلال من الطرف المهني الذي يتصف بعلمه الواسع لمجاله فيما يخص السلعة أو الخدمة التي يقدمها للطرف الآخر الذي تنقصه الخبرة والمعرفة.

ونتيجة لعدم استيعاب نظرية عقود الاذعان لكل التطورات والظروف المحيطة بالعلاقة العقدية اتصفت بأنها تقدم حماية ناقصة ما دفع برجال الفقه وكذا المشرعين للبحث على أساليب أخرى لحماية الطرف الضعيف أيا كان في العلاقة التعاقدية، وهو ما نتج عته ظهور النظرية الحديثة لحماية المستهلك، التي قدمت أساليب جديدة في حماية المتعاقد المستهلك خاصة منها ما تعلق بالشروط التعسفية.

لذلك يتم التطرق في هذا المبحث إلى مكافحة الشروط التعسفية من خلال **مطلبين:** ماهية الشروط التعسفية (**مطلب أول)** ومن خلال الالتزامات التي فرضها المشرع على المهني (**مطلب ثاني)** حماية لحقوق المستهلك.

المطلب الأول : ماهية الشروط التعسفية

في هذا المطلب يتم دراسة مفهوم الشروط التعسفية في **(فرع أول)** و أسلوب القوائم كآلية لمكافحة هذه الشروط في (**فرع ثاني)** .

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية ضمن النظرية الحديثة لحماية المستهلك

ويتم التطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشرط التعسفي ومعياره (**أولا**) ثم إلى عناصره (**ثانيا)**

أولا: تعريف الشرط التعسفي ومعياره

1/ تعريف الشرط التعسفي

تناول الفقه القانوني تعريف الشرط التعسفي من عدة زوايا فمن "حيث المصدر هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف، ومن حيث الطبيعة فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة ، ومن حيث الآثار فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه[1]".

وقد عرف المشرع الفرنسي في إطار قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بصورة غير مباشرة الشروط التعسفية ضمن المادة 35 بأنها " تلك الشروط التي تبدو مفروضة يواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة "[2] فمن خلال هذا النص عرف بعض الفقه الشرط التعسفي أنه **الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير سلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة [3].**

بينما عرفته المادة 3 من التعليمة الأوروبية لسنة 1993 بأنه "ذلك الشرط ورغم تطلب حسن النية، يؤدي إلى إيجاد عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والتزاماتها الناجمة عن العقد"

وبموجب قانون 96/95 بتاريخ 01 فيفري 1995[4] والمعدل لقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك عرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية استجابة للتوجيه الأوروبي ل 5أفريل 1993 القاضي بوجوب تعديل قوانين الدول

[1] عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق، ص 401، 402.

[2] Art 35 : « dans les contrats conclus entre. Professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitée ?Ou réglementées… les clauses relatives au …lorsque de telles clauses apparaissent : imposées au non –professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».Art 35 de loi n 78/23 du 10 janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

[3] شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر ، الجزائر، د. س.ن، ص 144.

[4] Loi n° 95/96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusive dans les conclus avec les consommateur, lbid.

الأوروبية الأعضاء لتنسجم معه عرفها من خلال نص المادة 132-5/1 من قانون 96/95 بأنها" **تلك التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق عدم توازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد وذلك على حساب غير المحترف أو المستهلك"**[1] وما يستشف من هذا النص أن الشرط التعسفي يكون مدرجا في عقد استهلاك مبرم بين مهني ومستهلك أو غير مهني.

بالنسبة للمشرع الألماني الذي كان سباقا في مكافحة الشروط التعسفية، بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 9 ديسمبر1976، والذي بدأ العمل به في 1 أفريل 1977 فقد تبنى النظام التشريعي ووضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة 9 من القانون المذكور، وعرف الشروط المخلة بالتوازن العقدي في مادته الأولى بأنها " **تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء ابرام العقد ، وقد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد ،كما قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"**[2]

لقد وسع المشرع الألماني والكيبيكي من مجال الحماية فهي لم تقتصر على فئة المستهلكين بل امتدت هذه الحماية إلى فئة المهنيين كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الاذعان مع استثناء عقود المساومة واشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر خاصة المستهلك.[3]

بالنسبة للمشرع الجزائري قد انتهج منهج المشرع الألماني وأعطى بدوره تعريف للشرط التعسفي بموجب نص المادة 03 ف 5 من القانون 02/04 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي : "... **شرط تعسفي :كل بند أو شرط بمفرده ، أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو**

[1] عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2014-2015، ص 171.

[2] عرعارة عسالي، مرجع نفسه، ص 172.

[3] نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 17، ع 01، الجزائر، 2020، ص 155.

شروط أخرى، من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك القانون الألماني في عدم حصر نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك بل شمل المفهوم عقود المهنيين.

2/ معيار تحديد الشرط التعسفي

يظهر من خلال تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 5/3 من قانون 02/04 السالف ذكره، أن المشرع حدد معيار الشرط التعسفي بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 132-1 من قانون الاستهلاك لسنة 1995 بقوله" ...تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها ضررا لغير المحترفين أو المستهلك ، من خلال عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[1]ويقدر القاضي الجزائري وجود شرط تعسفي من عدمه من خلال القائمة الواردة بالقانون 02/04 في نص المادة 29 ، وكذا القائمة الواردة في نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06[2] .

ويقدر القاضي الطابع التعسفي للشرط بالاستناد على وقت ابرام العقد ، وإلى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه حيث نصت المادة 132-1 في الفقرة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي" يقدر الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى وقت ابرام العقد وإلى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وكذا جميع شروط العقد الأخرى ، وكذلك يقدر بالنظر إلى الشروط التي تضمنها عقد آخر لما يكون تكوين أو تنفيذ هذين العقدين متوقفا قانونيا أحدهما بالآخر"[3]

---

[1] محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 50.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 306/06 ، مؤرخ في 10 سبتمبر ،يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ج. ج، عدد 56 ،مؤرخة في 11 سبتمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/08،مؤرخ في 3 فيفري 2008، ج. ر. ج .ج، عدد7 ، مؤرخة في 10 فيفري 2008 .

[3] نور الهدى كرميش، مرجع سابق ، ص 156.

وقبل الانتقال إلى آلية القوائم في مكافحة الشروط التعسفية لابد من إعطاء لمحة بسيطة عن عناصر الشرط التعسفي.

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري

اتضح من خلال تعريف الشرط التعسفي الوارد ضمن نص المادة 3 من قانون 02/04 السابق ذكره ، أن عناصر الشرط التعسفي تتمثل في :كون مجاله عقد إذعان ، وأن يكون مكتوبا ، كما يؤدي إلى احداث اختلال ظاهر في توازن العقد.

1- نطاق الشرط عقد إذعان

تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف العقد في المادة 3 فقرة 4 من قانون 02/04 بأنه " **يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :...عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**" ونفس التعريف أدرجه ضمن المرسوم التنفيذي رقم 306/06 ضمن مادته الأولى في الفقرة الثانية ، ويكون بذلك المشرع قد أخذ بالتعريف الحديث لعقود الإذعان تاركا خلفه المفهوم التقليدي القائم على احتكار الموجب للسلعة احتكارا فعليا أو قانونيا، وكذلك لم يقصر الحماية على المستهلكين بل مدها لتشمل جمهور المحترفين طبقا للمادة 1 من قانون 02/04 .

2- أن يكون العقد مكتوبا

اشترط المشرع في نص المادة 3 الفقرة 4 من قانون 02/04 المعدل والمتمم أن يكون الشرط الوارد في عقد إذعان أن يكون شرطا مكتوبا باستعماله عبارة "حرر مسبقا" بالرغم أنه من الممكن أن تتم عقود الإذعان شفاهة [1]،

[1] محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 86.

ولا يقصد بالكتابة أن تكون رسمية، وإنما يكون كافيا مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق الصادرة عن المحترف مثل طلب الشراء ، الفاتورة، سند الضمان ، وغيرها كما هو وارد في نص المادة 3 السابق ذكرها.

3- تسبب الشرط في الاخلال الظاهر في توازن العقد

أكد المشرع الجزائري أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يترتب عن اعماله إخلال ظاهر في التوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد، لذلك يمكن القول أن المشرع تأثر بنظيره الفرنسي فيما أقره بخصوص نفس المعيار المعتمد طبقا للمادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

إلا أنه هناك اختلاف بينهما بخصوص الأخذ بالقوائم التي حددت الشروط التعسفية ، وهذا ما يتم تناوله في الفرع الثاني .

الفرع الثاني: آلية التحديد الصريح للشروط التعسفية ضمن القوائم

يعتبر أسلوب القوائم وسيلة وقائية في مواجهة الشروط التعسفية، وهو من قبيل الرقابة القانونية التي يفرضها المشرع لمراقبة ومكافحة الشروط التعسفية، كما أنه أسلوب مباشر لتحديد الطابع التعسفي للشروط على عكس الحماية التي كانت مقررة في عقود الاذعان بطريقة غير مباشرة.

هناك نوعان من القوائم كرسهما المشرع الجزائري طبقا لقانون 02/04 المعدل والمتمم الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

أولا: الأسلوب التشريعي طبقا للقانون رقم 02/04

يجب الاشارة بداية إلى أن أسلوب القوائم من ابتداع المشرع الألماني إذ تبنى نظام القوائم السوداء والقوائم الرمادية المحددة للشروط التعسفية حيث كرس من خلال قانونه الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط

العامة للعقود الساري المفعول في 1 أفريل 1977 الأسلوب التشريعي كأصل عام، حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة كما اعترف للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها[1].

وقد وضع المشرع الألماني نوعان من القوائم المحددة لجملة من الشروط التعسفية، قائمة سوداء تعتبر الشروط الواردة فيها باطلة بقوة القانون، ولا يملك القاضي بشأنها أي سلطة تقديرية حيث نصت هذه القائمة على 8 أصناف من الشروط المحظورة نصت عليها المادة 10، أما القائمة الرمادية فتشمل 10 أصناف من الشروط التعسفية الباطلة نصت عليها المادة 11 من نفس القانون، وقد هدف المشرع الألماني من خلال هذا التنظيم التشريعي إلى إعادة التوازن العقدي لعقد الاستهلاك حيث تعتبر الشروط التعسفية من أهم مظاهر اختلاله.

أما المشرع الفرنسي فقد ضمن المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 قائمة بالعناصر الأساسية التي يمكن أن ترد بشأنها الشروط التعسفية، ولقد أكد القضاء الفرنسي أن هذه الشروط الواردة في نص المادة السابقة وردت على سبيل الحصر، ثم قام المشرع الفرنسي بتبني قائمة ثانية من الشروط التعسفية وذلك بمناسبة إيراده لملحق لقانون الاستهلاك سنة 1995 وهي قائمة لشروط يمكن اعتبارها تعسفية متى توافر فيها عناصر الشرط التعسفي، وجاءت هذه القائمة بخلاف الأخرى على سبيل المثال مستوحاة بذلك من التعليمة الأوروبية لعام 1993، ولكنها جاءت خالية من كل إلزام حيث أنها تحمل المدعي عبء اثبات الصفة التعسفية للشرط وفقا لما تنص عليه المادة 132-1 من قانون الاستهلاك[2] ، ولكن المشرع الفرنسي بعد تعديل 2008 بصدور قانون 4 أوت 2008 المعدل للمادة 132-1 تم الغاء القائمة التي كانت ملحقة بقانون الاستهلاك ،وصدر مرسوم مطبق للمادة 132-1 والذي دخل حيز التنفيذ في 21 مارس2009 وأصبحت المادة كالتالي: r132-1 تضم قائمة من 12 شرطا وتسمى

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 18.

[2] محمد بودالي، مرجع نفسه، ص 20، 33.

قائمة سوداء والمادة2-r132 قائمة تضم 10شروط وتسمى قائمة رمادية أو الفرق بينهما أن الشروط في الأولى يفترض فيها الطابع التعسفي بصورة قاطعة، وفي الثانية يفترض فيها التعسف بصورة بسيطة[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري قد انتهج الأسلوب التشريعي[2] على غرار التشريعات الأوروبية من خلال القائمة 29 الواردة في قانون رقم 02/04 المعدل والمتمم المتعلق بالممارسات التجارية عندما بادر بتحديد مسبق لجملة من الشروط على سبيل المثال واعتبرها تعسفية يحتكم إليها أولا لتحديد طبيعة الشرط المتنازع فيه إن كان تعسفيا أم لا وبهذا يكون المشرع قد قيد سلطة القاضي في تقدير الشروط الواردة بالقائمة ولا اجتهاد له بشأنها وطالما أن وجودها تقدر وفقا لنص كما هو سائد فقها وقانونا [3].

وبالتالي قد اعتمد المشرع الجزائري على هذه القائمة السوداء ذات الطابع الالزامي كنظيره الألماني حيث يبقى التعسف مفترضا في الشرط المذكور في القائمة بينما الشروط غير الواردة في القائمة فعلى المدعي الذي هو المستهلك يقع عبء اثبات أن الشرط المتنازع فيه ورد بشكل تعسفي[4].

وتجدر الاشارة إلى أن المشرع جعل الشروط الواردة في قائمة المادة 29 من قانون رقم 02/04 على سبيل المثال ويظهر ذلك من خلال عبارة " لاسيما " وبالتالي إمكانية ورود شروط أخرى تعسفية خارج تلك المذكورة في القائمة ولابد من اعمال معيار الشرط التعسفي الوارد في المادة 5/3 من نفس القانون لتحديدها وهناك من يقول بأن ورود القائمة على سبيل المثال يوفر حماية فعالة للمستهلك بالرغم من أنه أسلوب منتقد لأنه يؤدي إلى تضييق نطاق الحماية من حيث الأشخاص إلا أن مشرعنا هدف إلى تجنب تحكم القضاء[5].

---

[1] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراة، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر،2015-2016، ص429.

[2] شوقي بناسي، مرجع نفسه ، ص 422.

[3] محمد خليفة كرفة، أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 14، ع 2،قسم أ ، العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ص 309.

[4] إيمان بوشارب ،مرجع سابق، ص 87.

[5] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 99.

وقد نصت المادة 29 من قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية تحت إطار الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية التعسفية على ثمانية شروطا معتبرة تعسفيا بقوة القانون حيث جاء في المادة :"تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

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

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

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

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

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

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

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

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

إن مشرعنا طبقا لهذه المادة قد قصر الحماية على العقود التي يكون طرفيها مستهلك وبائع بمعنى لابد أن يكون هناك عقد بيع، واعتبر هذا الأسلوب أكثر جمودا بعكس الأسلوب القضائي الذي يمنح سلطة أكبر للقاضي في ابطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية ويؤخذ عليه من جانب آخر أنه يفرض على السلطات العامة تحيين قائمة الشروط التعسفية من حين لآخر لتواكب التطور الاقتصادي والمزية التي يتميز بها هذا الأسلوب رغم عيوبه أنه

يحقق الأمن القانوني للمحترفين[1]، ويجدر بنا التنويه إلى أن القاضي في حالة ورود شروطا أخرى تعسفية غير المذكورة في المادة 29 من القانون السابق ذكره فإنه يلجأ إلى تعريف الشرط التعسفي الذي ضمنه المشرع في نص المادة5/3 من نفس القانون حيث اعتمد في تعريفه على معيار الاخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وهو معيار قانوني موضوعي لا يعتمد فيه على رقم معين لحساب عدم التوازن وبالتالي يسترشد به القاضي لمعرفة وجود التعسف في الشرط من عدمه.

ثانيا: الأسلوب التنظيمي طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 306/06

ويقصد به تدخل السلطة التنظيمية لإعداد قائمة بالشروط التعسفية وهي تعتبر بمثابة رقابة للحكومة بموجب مراسيم على الشروط التعسفية تطبيقا لنص المادة 30 من قانون رقم 02/04 التي نصت على" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية" وتطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود الت تعتبر تعسفية حيث جاء في الفصل الثاني تحت عنوان : البنود التي تعتبر تعسفية مادة وحيدة وهي المادة 5 ونصت على الآتي:" تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2و3 أعلاه ،

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك،

-عدم الساح للمستهلك في حالة القة القاهرة بفسخ العقد ، إلا بمقابل دفع تعويض،

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

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 99.

– النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،

– فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد ،

– الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما اذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون اعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد قام بفسخه،

– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ،

– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك

– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق ،

– يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

– بحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

إن هذه الشروط تعسفية بقوة القانون ، والقائمة المذكورة هي الأخرى وردت على سبيل المثال ذلك أن البنود التعسفية تتنوع بتنوع العقود كما قد تتغير في العقد الواحد حسب ظروف التعاقد وأهداف المهني[1] ، وإذا تم افتراض أن الحكومة لم تصدر في المستقبل أي قائمة أخرى فلا توجد أية شكلة مادام يجوز للقاضي الجزائري الاستناد إلى تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 5/3 من قانون رق 02/04 كما أشرنا إلى ذلك سابقا[2].

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 90.

[2] نبيل ونوغي، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الالكترونية على ضوء التشريع الجزائري، مجلة المستنصرية للدراسات العربة والدولية ،معهد الحقوق والعلوم الاقتصدية ، ع 9 ،المركز الجامعي سي الحواس بريكة، الجزائر، د س، ص 101.

إضافة إلى طريقة منع العمل ببعض الشروط التعسفية الواردة طبقا للمادة 5 من المرسوم السابق ذكره لقد خول المشرع الجزائري السلطة التنظيمية التدخل بطريقة أو وسيلة أخرى تتمثل في تحديد العناصر الأساسية للعقود التي يجب ادراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك حيث نصت المادة 2 من نفس المرسوم على" تعتبر عناصر أساسية يجب ادراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

وأضافت المادة 3 " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه أساسا بما يأتي: خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، اجراءات الفسخ" وقد أشار المشرع في المادة 5 /1 من نفس المرسوم أن التقليص من العناصر الأساسية للعقود طبقا للمادتين 2و3 من نفس المرسوم[1] من شأنه اعتبار الشرط أو الشروط تعسفية.

أما بالنسبة للأسلوب القضائي فلم يتخذ المشرع الجزائري منه موقفا واضحا ولأن الأسلوب من مهام جهاز القضاء فيتم التطرق إليه في الفصل الثاني عند دراسة دور جهاز القضاء في مكافحة الشروط التعسفية، أما بالنسبة لمكافحة الشروط التعسفية من خلال الالتزامات الواردة على عاتق المهني فسيتم التطرق في المطلب الثاني إلى الالتزام بالإعلام ومهلة التفكير.

المطلب الثاني: آلية إملاء التزامات على عاتق المهني والعون الاقتصادي

إضافة إلى الأسلوب التشريعي والتنظيمي في حضر الشروط التعسفية ومنع العمل بها ومنع التقليص من العناصر الأساسية في العقود جاء المشرع بأسلوب آخر تمثل في فرض التزامات على عاتق المهني تمثلت في الالتزام

[1] المرسوم التنفيذي 06/306.

بإعلام المستهلك بكل ما يخص المنتوج أو السلعة (**فرع أول**) وآلية مهلة التفكير التي تمنح للمستهلك (**فرع ثاني**).

الفرع الأول :آلية الالتزام بالإعلام

ترجع نشأة هذا الالتزام إلى اجتهادات قضائية وفقهية، ومن أبرز الفقهاء الذين تناولوا هذا الموضوع هو الفقيه الفرنسي **جوقلار** في كتابه الالتزام بالإعلام في العقود سواء كان قبل أو أثناء التعاقد[1] معتبرا أن هذا الالتزام يهدف إلى تحقيق سلامة رضا المتعاقد.

وقد كرس المشرع الجزائري حق المشتري في الاعلام في القانون المدني في نص المادة 1/325 :" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه..." كما انه يعد تدليسا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال إذا تم السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة كان العلم بها من طرف المدلس عليه يؤدي إلى احجامه عن التعاقد[2].

كما نص المشرع الجزائري في القانون الخاص بحماية المستهلك الملغى لسنة 1989 في المادة 4 منه على ضمان حق المستهلك في الاعلام.

وبعد صدور قانون رقم 02/04 الذي جسد من خلاله المشرع في المادتين 4و5 منه الزامية الاعلام ،صدر قانون رقم 03/09[3] ملغيا قانون 1989 وكرس هذا الالتزام في المادتين 17و18 منه ، وتطبيقا لنص المادة 17 من قانون 03/09 جاء المرسوم التنفيذي رقم 378/13 مؤرخ في 09 نوفمبر 2013 ليحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

---

[1] زاهية حورية سي يوسف ،دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2017،ص 50.

[2] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص114.

[3] قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فبراير 2009 ، المتعلق بقانون حمية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ج. ج، عدد 15 ، الصادرة في 8 مارس 2009.

وللالتزام بالإعلام نصيب في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 حيث نص على وجوبيته في المادة 4 منه :" **يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وابرامه".**

ولتبيان دور هذا النوع من الالتزام في مكافحة الشروط التعسفية يتم التطرق لمضمونه من جهة (**أولا**) ثم إلى دوره (**ثانيا**) من جهة ثانية.

أولا: مضمون الالتزام بالإعلام

1/ تعريف الالتزام بالإعلام وطبيعته

أ/ تعريفه

الاعلام هو حق من حقوق المستهلك الأساسية باعتباره شرطا لحرية الاختيار، وهو من بين الالتزامات الحديثة المفروضة على المهنيين بموجب قوانين حماية المستهلك وهو" التزام قانوني يقع على عاتق المهني يتمثل في الادلاء بكل المعلومات التي من شأنها تنوير إرادة المستهلك عن طريق إحاطته بكل ما يتعلق بالمنتوج وبشروط التعاقد "[1]

والمقصود به " تبيان للمستهلك طريقة استعمال المنتوج بخصائصه للغرض الذي أراده المستهلك، وكذا تحذيره من المخاطر الناجمة عنه في حالة عدم التقيد بتعليمات الاستعمال وذلك من خلال البيانات الموضوعة على الأغلفة أو العبوات أو بطاقة تلصق على المنتوج مباشرة وهذا هو الوسم بالإضافة إلى وسيلة أخرى متمثلة في دليل الاستعمال"[2]، كما عرفه جانب من الفقه " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من

[1] إيمان بوشارب ،مرجع سابق، ص 114.

[2] زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق ،ص 52.

شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد الزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من ابرام العقد[1]".

إذن الالتزام بإعلام المستهلك هو التزام يرمي إلى تنوير المستهلك وتمكينه من الاقدام على اقتناء المنتوج أو الخدمة عن إرادة حرة وسليمة فالمستهلك لا يستطيع تحديد أوصاف المنتوج ومكوناته إلا بناء على البيانات التي تعطى له وبالتالي الاعلام هو بيان أو إشارة أو تعليمات يمكن أن تقدم توضيحا حول واقعة ما، ولهذا الالتزام صورتان فهناك التزام بالإعلام قبل التعاقد والذي يتمثل في الاشهار التجاري الذي يباشره المتدخل في سبيل تسويق منتوجاته وهدفه تكوين رضا مستنير للمستهلك الذي من حقه الحصول على معلومات عن السلع والخدمات المطروحة في السوق ليقارن بينها ويقدم على الاقتناء بكل حرية وقناعة.

أما الصورة الثانية فهي الالتزام بالإعلام التعاقدي والذي يعبر بالوسم، فبمجرد حصول المستهلك على السلع يحق له أن يعلم بمكوناتها وكيفية استعمالها لتجنب مخاطرها.

ب/ طبيعته

أما بالنسبة لطبيعة الالتزام بالإعلام فإن الفقه والقضاء يجمع على اعتبار الالتزام بالإعلام وكذا الالتزام بالنصيحة التزاما ببذل عناية، ويبرر هذا التفسير بحكم أن البائع أو المحترف لا يتحكم في نتيجة النصائح التي يقدمها وهو لا يستطيع أن يلزم المشتري باتباعها[2].

إلا أن المشرع الجزائري اعتبر بموجب القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة وذلك بترتيب جزاء جنائي في حالة مخالفة هذا الالتزام الذي رتبه على عاتق المتدخلين ولو لم يترتب ضرر للمستهلك أما إذا ترتب الضرر فتقرر المسؤولية المدنية إلى جانب المسؤولية الجزائية[3]، ومرد ذلك

[1] عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 189.

[2] محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، ط1،دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة ، مصر ،2005، ص27.

[3] زاهية حورية سي يوسف،مرجع سابق، ص60، 66.

أن المتدخل المنتج بالذات لا يمكنه التمسك بعدم علمه بمخاطر السلعة المبيعة كما أن الأمر يتعلق ببيانات اجبارية منصوص عليها في نصوص تشريعية وتنظيمية وبصفة اجبارية فإذا لم يعلم المستهلك يستنتج القاضي الاخلال بهذا الالتزام ويرتب التعويض.

2/عناصر الالتزام بالإعلام

وتتمثل في التزام المتدخل بإحاطة المستعمل أو المستهلك بكافة المعلومات التي تتعلق بالمنتوج المقتنى ظن وكذا تحذيره من كل المخاطر التي تنجم عن الاستعمال السيئ للمنتوج.

أ/الالتزام بإحاطة المستهلك علما بكيفية الاستعمال

يلتزم المتدخل بالإدلاء للمستهلك بكافة المعلومات المتعلقة باستعمال المنتوج حتى يتسنى له الاستعمال الأحسن وتحقيق الفائدة المرجوة منه.

ب/ الالتزام بالتحذير من مخاطر المنتوج

يرى القضاء الفرنسي أنه لا يكفي التزام المتدخل بإحاطة المستعمل بالمعلومات المتعلقة بكيفية استعمال المنتوج بل يجب عليه أيضا أن يلفت انتباهه إلى جميع مخاطر الشيء ويبن له الاحتياطات الواجب تجنبها تفاديا للمخاطر، وقد عرفت المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المنتوج الخطير "كل منتوج لا يستجيب لمفهوم المنتوج المضمون..."، لكن المشرع لم يتناول مسألة التحذير كشق ثاني أو عنصر ثاني للالتزام بالإعلام بالتفصيل بل اكتفى بذكر الاعلام بصفة عامة إلا أن المتدخل لابد له عند تنفيذه لهذا الالتزام المتمثل في الاعلام أن يوفي بهذا العنصر ألا وهو التحذير وهي مسألة يسيرة الاثبات من قبل مستعمل المنتوج إضافة إلى أن الوفاء بالالتزام بالتحذير لا يعفي من المسؤولية إذا تضرر المستهلك لوجود عيب خفي في المنتوج ولا يحق له نفي ذلك لقيامه بالإعلام.

3/ شروط الالتزام بالإعلام

من خلال نص المادة 18 قانون حماية المستهلك وقمع الغش حدد المشرع الجزائري شروطا في الاعلام ، من هذه الشروط:[1]

– أن يكون إعلاما مفهوما : وهو الاعلام الذي يلفت انتباه المستعمل في عبارات سهلة تخلو من التعقيد، يفهمها المستهلك العادي.

– أن يكون الاعلام ظاهرا: معناه لا يصعب على المستهلك رؤيته أو معرفته بل يتفطن إليه ، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين ما هي البيانات الواجب إظهارها بصورة واضحة على الغلاف، لذلك فالمنتج أو المتدخل قد يظهر معلومات ويخفي أخرى ما يضر بسلامة المستهلك.

– أن يكون الاعلام كاملا: هذا الشرط مستخلص من نص المادة 107/ف 1 ق م ج "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل وبحسن نية..." فالإعلام الكامل يجد مبرره في حسن النية التي يجب أن يتحلى بها مقدم السلعة أو الخدمة العالم بكل خفاياها وكذا أخطارها.

– أن يكون الاعلام مكتوبا باللغة العربية أساسا وبلغة أخرى على سبيل الاضافة تطبيقا لنص المادة 18 من قانون رقم 03/09 ،والمادة 7 من المرسوم التطبيقي رقم 378/13[2].

إن قيام المشرع بإلزامية الكتابة للمعلومات الخاصة بالمنتج وكذا إيراد بيانات الوسم هو أمر إيجابي لأن الكتابة وسيلة إثبات أن المتدخل قد وفى بالتزامه كما أنه بذلك يستبعد تماما الاعلام الشفهي الذي قد يتسم بالتضليل.

ثانيا: دور الالتزام بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك وأهم تطبيقاته

1/دور الالتزام بالإعلام

يلعب هذا الالتزام دورا وقائيا في مجال العقود إذ أن المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد يؤدي إلى تنوير رضا الطرف الآخر الأمر الذي يساعد في المستقبل على حماية العقود من دواعي الابطال خاصة في مجالي الغلط

[1] زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص61، 62.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 378/13 ، مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 ، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، الصادرة في 18نوفمبر 2013.

والتدليس، والهدف من تقرير هذا الالتزام هو مواجهة اختلال التوازن القائم بين المنتج و المستهلك في المرحلة قبل التعاقدية حيث تعجز النظرية التقليدية في مواجهته.

وهذا لا يعني وجود تفاوض بين المهني والمستهلك لأن عقود الاستهلاك ذات طبيعة إذعانيه، ولن يغير هذا الاعلام من هذه الطبيعة لكن الهدف منه حماية رضا المستهلك وذلك بتنويره من أجل تكوين قناعة واتخاذ قرار اما بالتعاقد أو الرفض.

يشكل هذا الالتزام سببا قويا في محاربة الشروط التعسفية خاصة من خلال عمل أعوان قمع الغش التابعين لوزارة التجارة الذين يتحرون صلاحية السلع ووجود الاعلام المسبق ومدى التزام المهنيين به .

2/ تطبيقات الالتزام بالإعلام

يظهر من خلال المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 أن المشرع نص على أهم عنصرين من العناصر الأساسية للعقود حيث يتعلق الأول بخصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها أما الثاني فيرتبط بالأسعار والتعريفات وعليه تتمثل تطبيقات الالتزام بالإعلام في :الالتزام بالإعلام عن خصوصيات السلع والخدمات ، الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات، والالتزام بالإعلام حول شروط العقد.

أ/ الالتزام بالإعلام عن خصوصيات السلع والخدمات

أكد عليه المشرع ضمن المادة 17 ف1 من قانون الاستهلاك وقمع الغش" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، وقد عرف المشرع الوسم في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90[1] المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتوج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بها"

[1] قانون رقم 39/90، مؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم ، ج. ر. ج. ج، عدد 5 الصادرة في 31 يناير 1990.

وقد عرفه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 484/05[1] في المادة 2 بأنه" كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة الذي يرفق بالمنتوج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع" ويتضح من خلال التعاريف أن للوسم شكلان: الوسم على غلاف السلع مباشرة مهما كان نوع هذا الغلاف في أي صورة أو رسوم وأشكال أو صورة بيانات مكتوبة، أو وثيقة أخرى ترافق المنتوج كوثائق التعريف بالخدمات الفندقية، ولكن قوائم غير مهيأة للتطبيق على الخدمات.

ب/ الالتزام بإعلام الأسعار و التعريفات

يعتبر ثمن السلعة أهم شرط في العقد لذلك فرض المشرع الجزائري على المهنيين ضرورة الاعلام بأسعار المنتوجات من خلال المادة 4 من قانون رقم 02/04 " **يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع**" وقد جاء هذا النص عاما ،كما هو واضح من تعابيره، فهو التزام عام بالإعلام يشمل كل أنواع التعاملات في السوق ، فيما يتعلق بأسعار وتعريفات السلع والمنتوجات والخدمات.

ومن أهم ضوابط إعلام الأسعار والتعريفات أن يتم الاعلام عن الأسعار والتعريفات بالدينار الجزائري ، ويجب أن يكون السعر المعلن عنه مرئيا ومقروء لا يدعو للشك في اتسابه للسلعة التي يتعلق بها ما يعني الاستبعاد للإعلام الشفوي ، كما يجب إعلان السلع المعروضة للبيع بشكل يسهل للمستهلك معرفة السعر وحده دون حاجة لسؤال صاحب المحل، كما أن المبلغ المعلن عنه يجب أن يعبر عن قيمة ما سيدفعه المستهلك فعلا عند التعاقد ، وقد أشارت لكل هذه الضوابط المواد 6و5 ف2، قانون رقم 02/04.

[1] مرسوم تنفيذي رقم 484/05، والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج ر عدد 83، مؤرخة في 25 ديسمبر 2005 ، المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 367/90.

ج/ الالتزام بالإعلام عن شروط العقد

عالج المشرع هذا الموضوع من خلال إعادة تنظيمه بموجب قانون رقم 02/04 من خلال الفصل الأول من الباب الثاني المعنون ب"الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع" بينما في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 تدارك المشرع نصه على شروط البيع فقط فنص على أن العقود الملزمة بالإعلام في كل أنواع العقود حيث نص في المادة 4 منه على التزام العون الاقتصادي بإعلام المستهلك حول الشروط التعاقدية في كل أنواع عقود الاستهلاك دون تمييز.

ويتعلق الالتزام بإعلام شروط العقد بمرحلة ابرام العقد وذلك بالكشف عن بنوده المكتوبة سواء كتبت في الوثيقة العقدية ذاتها أو في وثائق أخرى لها صلة بموضوع العقد.

أخيرا يمكن القول ان الالتزام بإعلام المستهلك عن الشروط التعاقدية يصعب القيام به بالشكل المطلوب لتعلقه بشخص الانسان ومدى نزاهته لأنه التزام أخلاقي أكثر منه قانوني ، حيث أن الملاحظ أن التزام المهني بالإعلام عن خصائص السلع أو الخدمات يكشف عنه بالوسم والتزامه بإعلام الأسعار والتعريفات تسهل مراقبته بمجرد الدخول إلى المحل، بعكس الالتزام بإعلام شروط العقد.

وقد نصت المادة 8 من قانون رقم 02/04 " يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة"، وقد كان المشرع موفقا بتحديده للعناصر الأساسية التي يجب ذكرها في كل العقود الاستهلاكية بموجب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 وذلك لمعرفة حسن نية العون الاقتصادي وعدم تعسفه في الشروط التعاقدية لأن ذكر العناصر الأساسية في العقد بصورة سليمة يعبر عن الإعلام عنها.

الفرع الثاني: آلية مهلة التفكير

أحدث المشرع الجزائري التزاما جديدا يقع على عاتق المهني يتمثل في منح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد بموجب نص المادة 4 من المرسوم رقم 306/06 ، ومهلة التفكير هي مدة تمنح للمتعاقد لأخذ قراره بشأن العملية التعاقدية، ولتوضيح أكثر لهذه الآلية لابد من تعريفها(**أولا**) ثم نتطرق لكيفيات تطبيقها(**ثانيا**)

أولا / تعريف مهلة التفكير

مضمون هذه النظرية هو تحديد المشرع لمدة معينة يمنع خلالها من ابرام العقد من أجل ضمان تروي المستهلك قبل اقدامه على التعاقد، ويكون الغرض من هذه المهلة حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية المفترض فيها الاختلال وقد تم اقرار هذه الآلية للتوجه الجديد في قانون العقود للاهتمام بالمرحلة السابقة للتعاقد كآلية وقائية بدلا عن الآليات العلاجية.

وتعرف مهلة التفكير بأنه :" منح المستهلك مهلة زمنية معينة قبل الارتباط بالعقد نهائيا ،يلتزم خلالها المهني بالإبقاء على عرضه مدة من الزمن لا يستطيع الرجوع عن ايجابه خلال هذه الفترة بحيث يتمكن المستهلك من قراءة العقد بهدوء وتدبر لمدى ملائمة العقد له، فإذا وجد أن في التعاقد مصلحته أكمل باقي اجراءاته أما إذا وجد غير ذلك يعدل عن ابرام العقد".[1]

إن ظاهرة الاقدام على التعاقد دون أخذ وقت كافي للتروي عرفت منذ القدم وتنامت مع التطور السريع في كيفيات الانتاج والتوزيع للسلع والخدمات من خلال مختلف الأساليب الدعائية التي تعتمد عليها المؤسسات في جذب جمهور المستهلكين إلى التعاقد دون روية.

[1] عمار زعبي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ع 9، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، د ذ س، ص 119.

لهذا ظهرت فكرة مهلة التفكير كأحد الحلول الوقائية التي توصلت إليها التشريعات الحديثة حماية لرضا الطرف الضعيف في التعاقد في مرحلة تكوين العقد .

أما عن **الطبيعة القانونية لمهلة التفكير** فيعتبر الفقه أن مهلة التفكير ماهي إلا إرجاء لإبرام العقد حتى تنفضي المهلة المحددة ،حيث أن إذا أعطيت هذه المهلة قبل ابرام العقد فلا تثير أي إشكال لكن إذا أعطيت هذه المهلة بعد ابرام العقد فيمكن تصور أن المشرع منحها باعتبارها شرطا يرتبط بتحققه انعقاد العقد وما يؤكد ذلك أن المهلة تحدد رضا المستهلك وبالتالي انقضاء فترة التفكير هو قرينة قانونية على صدور الارادة النهائية التي تؤدي إلى ارتباط من صدرت عنه بالطرف الآخر[1]، وعليه في حالة تراجع المستهلك عن العقد قبل انتهاء مهلة التفكير فلا حجة عليه من طرف المهني، لأن المهلة قررت لحمية رضائه في الأصل.

ثانيا/ كيفية تطبيق آلية التفكير

عمدت التشريعات الحديثة لأى وسيلتين لتفعيل هذه الآلية وهي إلزام المحترف بالبقاء على ايجابه خلال مدة معينة ومنع المستهلك من اصدار قبوله خلال مهلة معينة.

1/الإيجاب الملزم

حيث يلزم المشرع المهني ببقائه على ايجابه مدة معينة فلا يجوز له التراجع فبل انتهاء هذه المدة ،وهو الزام قانوني للمهني بالبقاء على عرضه وهي تشبه الايجاب الملزم في القواعد العامة وتختلف عنها من كونه في مهلة التفكير يفرضه القانون بعكس ما هو معروف في القواعد العامة فإن إرادة الموجب هي التي تحدد الطابع الالزامي للإيجاب.

2/ مهلة التفكير

[1] عمار زعبي، مرجع سابق، ص 119، 120.

تحديد مدة معينة موازية لمدة الايجاب يمتنع فيها المستهلك عن قبول العرض حتى انتهائها ليكون قبوله مقيدا بها فلا يستطيع التراجع عن قبوله بعد ذلك بعكس الأمر إذا رفض التعاقد داخل المدة فلا مشكلة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اكتفى بمجرد النص على منح المستهلك مدة لفحص العقد وإبرامه إلا أنه لم يحددها بفترة زمنية واكتفى بالقول أنها يجب أن تكون كافية حيث تركها مفتوحة مما تسمح بتدخل السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع.

ورغم الانتقادات الموجهة لنص المادة المتعلق بعدم تحديد المدة إلا أن المشرع قرر مهلة للتفكير حماية للمتعاقد الضعيف قبل ابرام العقد فعلى الأقل تساعده على تفحص بنود العقد وبالتالي ضمان إعادة التوازن في العلم بين الطرفين المتعاقدين، لأن المهني أو المحترف يتميز بعلمه بكل ما يتعلق بالسلع وظروف التعاقد عكس المستهلك ما يفترض معه وجود عدم توازن مسبق في العلاقة التعاقدية ولكن المشرع أيضا لم ينص على أي جزاء لعدم تمكين المستهلك من حقه في فحص العقد مما يفقد هذا الالتزام فعاليته المطلوبة[1].

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 131.

خلاصة الفصل الأول

اتضح لنا من خلال الفصل الأول أن معظم التشريعات لاسيما التشريع الجزائري عملت جاهدة على محاربة الشروط التعسفية التي يترتب عنها اختلال التوازن العقدي و التي يضمنها الطرف القوي خدمة لمصالحه من خلال جملة من التقنيات القانونية بدءا بالقواعد العامة ضمن النظرية التقليدية للعقد وبينا كيف أنها لجأت إلى أحكام الغبن والاستغلال من جهة ومن خلال نظرية السبب ومبدأ حسن النية من جهة أخرى، كما أنها لجأت إلى جملة من الوسائل القانونية خاصة ما تعلق منها بمكافحة الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد إذعان ، ونصت على محاربة الشرط الجزائي إذا كان تعسفيا، وذلك كله في الحالتين من خلال منح سلطات للقاضي من خلال التعديل بالتخفيض أو الزيادة أو حتى الإعفاء من الشرط إذا كان مجحفا، ووجدنا أيضا ضمن نصوص خاصة أقرتها قوانين جملة من الشروط منع العمل بها حيث أعتبر عقد التأمين من أهمها وتشابه في ذلك مع آلية القوائم المتضمنة لجملة من الشروط يمنع العمل بها فإذا وجدت ضمن عقد من العقود اعتبرت شروطا مجحفة وبالتالي تكون باطلة بقوة القانون وذلك ضمن أحكام خاصة أقرتها التشريعات الحديثة حماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ووجدنا ضمن نفس الأحكام نصوصا أقرها المشرع حماية أيضا للمستهلك تضمنت جملة من الالتزامات تقع على عاتق المهني أو المحترف فرضت عليه قانونا ومخالفتها يترتب عليه الجزاء خاصة الالتزام بمهلة التفكير وواجب الاعلام.

الفصل الثاني : الآليات المؤسساتية لمكافحة الشروط التعسفية

اتجهت معظم التشريعات القانونية إلى تكريس حماية المستهلكين من خلال أجهزة أوكلتها مهمة مراقبة توافر الشروط التعسفية من عدمه ضمن العقود خاصة ما تعلق منها بالمستهلك، حيث ولدت لجنة البنود التعسفية التي ظهرت كآلية لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية في فرنسا لأول مرة، وقد أحدثها المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وبالموازاة مع الدور الهام لهذه اللجنة كأول جهاز يحارب الشروط التعسفية بعد سلطة القاضي في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاذعان أوكل المشرع بموجب قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لجمعيات حماية المستهلك مهمة ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله ولا ننسى الدور الهام الذي استحدثه المشرع بموجب نفس القانون من خلال الصلاحيات الواسعة التي منحها لأعوان قمع الغش من خلال البحث ومعاينة المخالفات ،كما أن دور جهاز القضاء بدا واضحا جدا من خلال فرض الجزاءات العقابية عن المخالفات الواردة ضمن قوانين حماية المستهلك وقانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين (**المبحث الأول**) دور لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية و(**المبحث الثاني**) دور مصالح التجارة والقضاء في مواجهة الشروط التعسفية.

المبحث الأول: دور لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك

في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية أحدث المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 جهازا جديدا خاصا بمكافحة الشروط التعسفية تمثل في لجنة البنود التعسفية وبموجب قانون رقم 03/09 أوكل لجمعيات حماية المستهلك أيضا مهمة ضمان حمايته من خلال أهم وسيلة تمثلت في تمثيله أمام الجهات الرسمية

والدفاع على حقوقه خاصة أمام القضاء لذلك يتم تناول دور اللجنة في (**مطلب أول**) يليها تبيان دور هذه الجمعيات في محاربة الشروط التعسفية في (**مطلب ثاني**) .

المطلب الأول: دور لجنة البنود التعسفية

تناول المشرع تنظيم أحكام لجنة البنود التعسفية من خلال نصوص المواد من 6 إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية حيث ومن خلال هذه النصوص سنتطرق للتنظيم القانوني للجنة البنود التعسفية في (**فرع أول**) ثم سنعرج لاختصاصاتها في (**فرع ثاني**).

الفرع الأول: التنظيم القانوني للجنة البنود التعسفية

تعد لجنة مقاومة الشروط التعسفية من التنظيمات القانونية التي أوجدها المشرع الفرنسي لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين والذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع الاذعان[1]، وقد كان للمشرع الفرنسي فضل ظهور هذا النوع من الحماية حيث أنشئت هذه اللجنة بموجب قانون 10 يناير 1978لدى الوزير المكلف بالاستهلاك حيث نصت المادة 36 من هذا القانون على انشاء لجنة الشروط التعسفية وتشكل من 15 عضوا[2] ، وقد تم الابقاء عليها بعد إصلاح 1998 ، وقد قام المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08 المؤرخ في 3 فبراير 2008 باستحداث هذا الجهاز مسايرا في ذلك نظيره المشرع الفرنسي، وسنتطرق لموضوع التنظيم القانوني للجنة من خلال العناصر التالية (**أولا**) الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية ، (**ثانيا**) تشكيلة لجنة الشروط التعسفية و (**ثالثا**) التسيير الاداري للجنة البنود التعسفية.

[1] عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 428.

[2] محمود علي رحمة، مرجع سلبق، ص 232.

أولا : الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية

من خلال نص المادة 6 من المرسوم السابق ذكره ،والتي نصت على " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص " اللجنة " "، يتضح أن لجنة الشروط التعسفية هي جهاز إداري استشاري ، على اعتبار أنها تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة ، ما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة لا يتمتع بأي استقلالية، وبالرغم من أنها تنشط في المجال الاقتصادي إلا أن تبعيتها لوزارة التجارة نفت عنها ميزة الاستقلالية التي تميز سلطات الضبط الاقتصادي وبالتالي لا يمكن اعتبارها سلطة من السلطات الادارية المستقلة[1].

ثانيا : تشكيلة لجنة الشروط التعسفية

لقد نصت المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 السابق ذكره على التشكيلة العضوية للجنة البنود التعسفية، ولكن تم تعديلها حصريا بعد سنتين من صدور المرسوم حيث نصت **المادة الثانية** من المرسوم رقم 44/08 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 306/06 على "تعدل أحكام المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006 والمذكور أعلاه، كما يأتي :

" المادة 8 : تتكون اللجنة من خمسة أعضاء (5) دائمين وخمسة أعضاء (5) مستخلفين يتوزعون كما يأتي :

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، ومختصان في مجال الممارسات التجارية،

- ممثلان (2)عن وزير العدل حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،

- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة،

- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 132.

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

يتضح من خلال هذه المادة أن لجنة البنود التعسفية تشمل كافة أصناف المتعاملين، من أصحاب الشأن، من رجال الأعمال وكذا من رجال الادارة ومهنيين ومستهلكين وهذا ما ينم عن أهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه اللجنة للحد من الشروط التعسفية[1]، كما أن هذه التشكيلة المختلطة للجنة البنود التعسفية خاصة مع تواجد تمثيل لنوعين من الطوائف المهنيين من جهة والمستهلكين الذين تمثلهم جمعيات حماية المستهلك من جهة أخرى يوحي إلى رغبة المشرع الجزائري في معالجة الشروط التعسفية في العقود بصورة أكثر واقعية وجدية عن طريق فتح باب التحاور والمواجهة بين الطائفتين[2].

لقد اشترط المشرع من خلال نص المادة 8 المعدل في الأعضاء أن يكون كل واحد منهم مختصا في مجاله وكذا التأهيل من أجل ضمان فعالية أداء مهامهم المنوطة بها اللجنة، ولضمان سيرها وعدم انقطاعها فقد استحدث المشرع في تعديل 2008 نظام الإستخلاف.

كما نصت المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على أنه :" تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية ، يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث 3 سنوات قابلة للتجديد، تنهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها ".

وبالنسبة لتشكيلة لجنة البنود التعسفية الفرنسية فتتكون من رئيس يعين من بين القضاة وقاضيين أحدهما نائبا ، شخصيتين مؤهلتين في مجال القانون أو تقنية العقود ، أربعة ممثلين عن المتعاملين الاقتصاديين وأربعة ممثلين عن المستهلكين[3]، وبمقارنتها مع تشكيلة اللجنة الجزائرية يكمن الاختلاف في ممثلي أطراف العلاقة التعاقدية حيث أنه

[1] محمد الأمين نويري ،لخذاري عبد الحق ، النظام القانوني للجنة البنود التعسفية في ظل المرسوم التنفيذي 306/06 ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، مجلد 12 ، ع خاص 22 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، أفريل 2020 ، ص 611

[2] إيمان بوشارب ، المرجع السابق ، ص 134-135

[3] نصيرة زوطاط ، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك ، مجلة القانون الدولي ، مجلد 7، ع 01 ، جامعة وهران 2 ، الجزائر ، 2019 ، ص 32

في التشكيلة الفرنسية لا يشترط انتماء الممثلين إلى جهة معينة مثل ما هو الحال بالنسبة للتشكيلة الجزائرية والسبب يرجع ربما لنقص الوعي لدى المستهلكين الجزائريين والمتعاملين الاقتصاديين وهو ما يبر تمثيلهم ضمن جهاز معين[1].

ثالثا : التسيير الاداري للجنة البنود التعسفية

خول المرسوم التنفيذي رقم 306/06 من خلال نص المادة 6 فقرة 3 و 4 للجنة الشروط التعسفية إعداد نظامها الداخلي والذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة وفعلا تم تنصيب اللجنة في شهر فيفري 2018 بموجب قرار وزاري[2] مؤرخ في 2017/11/27 الذي حدد القائمة الاسمية لأعضائها وعليه لابد من التطرق إلى كيفية اخطار اللجنة وكيفية انعقادها .

1/ اخطار اللجنة

تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على : " يمكن اللجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك" والملاحظ أن المشرع منح حق اخطار اللجنة إلى أطراف عديدة ومتنوعة بدء باللجنة في حد ذاتها إلى وزارة التجارة باعتبارها مكلفة بحمية حقوق المستهلكين إلى كل إدارة أو مؤسسة أو جمعية مهنية أو جمعيات حماية المستهلك وقصد المشرع بذلك توسيع دائرة المعنيين بالبحث ومراقبة مدى توافر الشروط التعسفية في العقود وبالتالي تحقيق حماية أكبر للمستهلكين ، خاصة وأن المشرع نص في آخر المادة أن كل مؤسسة أخرى غير المذكورة في المادة يمكنها اخطار اللجنة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن اللجنة يتم اخطارها من قبل الوزير المكلف بالاستهلاك ، المهنيين المعنيين وجمعيات حماية المستهلكين وقد يكون الاخطار تلقائيا.

[1] نصيرة زوطاط، نفس المرجع، ص 32.

[2] قرار وزاري مؤرخ في 8 ربيع الأول عام 1439 الموافق 27 نوفمبر سنة 2017 ، يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج ر عدد 75، مؤرخة في 27 ديسمبر سنة 2017 ،ص 29.

2/ انعقاد اللجنة

طبقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المعدل والمتمم السالف ذكره تعقد اللجنة دورة مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل ويمكنها أن تعقد دورات استثنائية بطلب من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، وقد نصت الفقرة 2 من المادة 13 أن الانعقاد يكون صحيحا بحضور نصف أعضائها على الأقل .

وكما أضافت المادة نفسها في فقرتها الرابعة أنه يمكن للجنة أن تجتمع بعد ثمانية أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثان حتى وان لم يكتمل النصاب وتداول مهما كان عدد أعضائها الحاضرين.

وتتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تعادلها طبقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 13 وتتوج المداولات بإعداد محاضر مرقمة ومرتبة وموقعة من طرف رئيسها وأعضائها طبقا لأحكام المادة 15 من نفس المرسوم.

الفرع الثاني: اختصاصات لجنة البنود التعسفية

وتشبه مهام اللجنة في التشريع الجزائري تلك التي أنيطت بها نظيرتها في التشريع الفرنسي ، حيث نصت المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على اختصاصات اللجنة والتي تقابلها في التشريع الفرنسي المادة L.822-4 من قانون الاستهلاك [1]، وهي اختصاصات بطبيعتها وقائية واستشارية تبعا للطابع الاستشاري الذي تتميز به هذه اللجنة كما نصت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 لذلك يتم تناول هذه المهام من خلال دورها المتمثل في تفحص نماذج العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين من جهة (**أولا**) فإن وجدت أنها ضمنت شروطا تعسفية قامت بصياغة التوصيات بشأنها ووضع التقارير السنوية ونشرها وتقديم الاقتراحات (**ثانيا**) وهذا من جهة ثانية.

[1] نصيرة زوطاط، مرجع سابق، ص 36.

أولا: تفحص نماذج العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين

يتلخص دور هذه اللجنة في البحث والتحري والتحليل للشروط المزمع استعمالها أو فرضها من جانب المهنيين على المستهلكين، أو الشروط الشائع استعمالها في عقود الاستهلاك حتى إذا استخلصت الصفة التعسفية في أي منها انعقد اختصاصها بإصدار توصيات بإلغاء هذه الشروط أو بطلانها أو تعديلها[1] ، كما يمكن للجنة القيام بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين وهو ما نصت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 والتي تقابلها المادة 4 - l.822 من الأمر رقم 2016- 884 المتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد كما أنها تباشر كل عمل آخر يدخل ضمن اختصاصاتها[2].

حيث توجد المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 التي نصت على :" تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية : - تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،

- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،

- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصاتها ".

- يتضح من نص المادة أن اختصاصات اللجنة جاءت على سبيل الاستدلال لا الحصر كما هو واضح من استعمال المشرع لعبارة " لاسيما " وبالنسبة لدور اللجنة في البحث عن الشروط التعسفية فهو دور هام ومزدوج ذلك أنه يساهم في اقصاء الشروط التعسفية الموجودة في نماذج العقود قبل عرضها على التعاقد إضافة لتلك التي تم التعاقد مع المستهلكين من خلالها وهو ما يعطي اللجنة دورا وقائيا وآخر علاجيا[3] .

[1] عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص 428.

[2] فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، الجزائر ، 2017- 2018 ، ص 46.

[3] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 135،136.

يظهر من خلال هذا النص أن لجنة البنود التعسفية تقوم بالبحث في كل نماذج العقود المبرمة بين المتدخلين والمستهلكين والتي في غالبيتها مفروضة على المستهلكين ولا يوجد فيها مساومة بين الطرفين، حيث أنها تبحث في العقود التي لها طابع إذعان طبقا لنصي المادتين 1 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدل والمتمم ، وكذا المادة 1 من قانون 02/04 السابق الاشارة إليه.

وتعتمد اللجنة في تحديد الطابع التعسفي على المعيار العام المحدد في قانون 02/04 الوارد في نص المادة 3 منه ونفسه المعتمد من طرف لجنة البنود التعسفية الفرنسية ويتمثل في الاختلال الظاهر أو عدم التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد ، فإذا تأكدت اللجنة من الطابع التعسفي للشروط تقوم بإصدار توصيات بشأنها.

ثانيا : صياغة التوصيات ووضع التقارير السنوية ونشرها وتقديم الاقتراحات

عندما تتأكد اللجنة من وجود شروط تعسفية في عقود الاستهلاك ينعقد اختصاصها بإعداد توصيات بشأنها تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية ، حيث تعتبر لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري طبقا لأحكام المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 لذلك فهي تختص بإعداد توصيات بشأن البنود التي تعتبرها تعسفية ويتعين عليها طبقا للمادة 12 من ذات المرسوم أن تنشر آراءها وتوصياتها والمعلومات الهامة المتعلقة بموضوعها بكل الوسائل الملائمة حيث نصت المادة في فقرتها الأولى والثانية على : " – تنشر اللجنة أراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة ، – وزيادة على ذلك ، يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة . "

وبغض النظر عن هذه المهام، ينبغي على اللجنة إعداد تقرير سنوي عنها يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرج منه بكل وسيلة ملائمة .[1]

[1] أنظر المادة 12 ف3 من المسوم التنفيذي 306/06.

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

نخلص إلى أنه رغم الدور الهام الذي منح للجنة البنود التعسفية إلا أن توصياتها غير ملزمة لا للأطراف ولا للقاضي ولم يلزم السلطة التنفيذية عند اصدارها لمراسيم متعلقة بالشروط التعسفية بطلب استشارة من اللجنة بعكس المشرع الفرنسي .

ولم ينص المشرع على أي دور استشاري للجنة أمام القضاء بيد أن المشرع الفرنسي منح للقضاء حق استشارة اللجنة في نزاع معروض أمامها طبقا للأمر 2016-301 في المادة 822-l8 [2].

لذلك يرى البعض بالنسبة للقيمة القانونية لتوصيات اللجنة فيما يتعلق بحماية المستهلك أنها تمثل وسيلة ضغط معنوي على التجار فوجود هذه اللجان يشكل حائط صد قوي لصالح طائفة المستهلكين وهو الأمر الذي يجعل التجار يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية لهذه الشروط التعسفية فهم يعلمون جيدا أن لجنة البنود التعسفية تقوم بحص نماذج العقود وتبحث عن الشروط المجحفة ثم تصدر توصيات باستبعادها[3] .

وخلاصة القول أن توصيات اللجنة وإن لم تتمتع بطابع الالزام ما جعل البعض يقلل من أهمية دورها في محاربة الشروط التعسفية، إلا أنها تتمتع بقيمة قانونية كبيرة طالما أن المستهلكين يطالبون غالبا بتطبيقها أمام القضاء الذي أصبح يهتم ببحث توصياتها والوقوف على آخر آرائها [4].

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق ، ص 136.

[2] صوالح محمد عمارة ، جبارة نورة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة ، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة ، جامعة بومرداس ، المجلد 05 ، ع 02 ، الجزائر ، أكتوبر 2021 ، ص 178.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 148.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود ، المرجع نفسه ، ص 152.

المطلب الثاني : دور جمعيات حماية المستهلك

مع التطور الصناعي والتكنولوجي الحاصل في عالمنا المعاصر أصبح المستهلك يتميز بكونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بسبب نقص المعرفة الفنية والتقنية بالسلع والخدمات المعروضة في السوق ولم يعد قادرا على مواجهة المهنيين أو المحترفين بمفرده، هذا الضعف نتج عنه ظهور تكتلات في صورة جمعيات مهمتها الدفاع عن حقوق المستهلك وحماية مصالحه، حيث تمثل الجمعية جهازا رقابيا يعمل على المحافظة على التوازن في العلاقة التعاقدية بين المستهلكين والمهنيين من خلال محاربة الفجوة بينهم خاصة فيما يتعلق منه بالنقص المعرفي لدى المستهلك ، واستغلال المهنيين لهذه الفجوة في تحقيق مآربهم ومصالحهم التي قد تكون غير مشروعة لذلك كرست معظم الدساتير في الدول حق انشاء الجمعيات .

وعليه يتم تناول مفهوم الجمعيات وكيفيات تأسيسها في (**فرع أول**) ثم التطرق إلى صلاحيات جمعيات حماية المستهلك في (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : مفهوم جمعية حماية المستهلك

في هذا الفرع يتم التطرق إلى تعريف الجمعية (**أولا**) ثم كيفيات تأسيسها (**ثانيا**).

أولا : تعريف جمعية حماية المستهلك

لقد كفل دستور 1996 المعدل بموجب قانون رقم 16-01[1] حق انشاء الجمعيات بموجب نص المادة 43 منه حيث نصت على :" **حق انشاء الجمعيات مضمون** "و قد ظهر أول نص قانوني ينظم الجمعيات سنة 1987 بموجب قانون رقم 15/87 **المتعلق بالجمعيات الملغى بموجب قانون رقم 31/90**[2] .

[1] قانون رقم 16/ 01، المؤرخ في 06 مارس 2016 ، يتضمن تعديل الدستور لسنة 1996، ج. ر. ج. ج، رقم 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.

[2] قانون رقم 31/90 ، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 ، يتعلق بالجمعيات ، ج ر. ج. ج، عدد 53، مؤرخة في 05 ديسمبر 1990.

وقد تم صدور قانون رقم 06/12[1] المتعلق بالجمعيات الذي ألغى قانون 31/90 السابق ذكره، وعرفت المادة 2 ف 1 من قانون 12/ 06 الجمعيات بشكل عام على أنه :" **تعتبر جمعية في مفهوم هذا القانون ، تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة** ".

أما تعريف الجمعية في إطار حماية المستهلك فقد عرفتها المادة 21 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بكونها :"... **كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله** ".

وقد عرفها المشرع المصري في نص المادة 1 من قانون حماية المستهلك رقم 2006/67 الصادر في 19مايو لسنة 2006 بأنها :" تلك الجمعيات والمؤسسات الأهلية والاتحادات المشهرة وفقا للقانون والمعنية بحماية المستهلك "[2]، أما بالنسبة للتعريف لبذي أورده المشرع الجزائري في قانون الجمعيات رقم 06/12 فهو تعريف عام يصلح لكل الجمعيات ، بينما تعريف قانون 03/09 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش جاء خاصا بضمان حماية المستهلك ، وجاء التعريف محدد لأهداف الجمعية .

وجمعيات حماية المستهلك هي تكتل للمستهلكين يهدف إلى الدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية ، وتؤسس جمعية حماية المستهلك لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية وتهدف إلى توعية المستهلكين وتثقيفهم وإرشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم لدى الجهات الادارية الوصية [3].

وجمعية حماية المستهلك هي جمعية ذات طابع اجتماعي وهي أحد أهم أصناف الجمعيات على اعتبار أنها تعالج قضايا أكبر طائفة وهي طائفة المستهلكين.

---

[1] قانون رقم 06/12، مؤرخ في 1/12 / 2012 ا المتعلق بالجمعيات ، ج، ر،ج، ج عدد 02 ، بتاريخ 2012/01/15.

[2] محمود علي رحمة، مرجع سابق، ص 259.

[3] زوليخة رواحنة، سومية قلات، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات ، ع 4 ، أفريل 2017 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ص258.

وقد تم التعرض لبعض الأحكام المتعلقة بجمعيات حماية المستهلك من خلال المواد : 21- 22 و 23 من قانون 03/09 وهي من حيث مهامها تخضع لمختلف القوانين ذات الصلة بحماية المستهلك ، أما من حيث إنشائها وسيرها فتخضع لأحكام القانون 06/12 السابق الاشارة إليه والمتعلق بالجمعيات وهو ما سيتم توضيحه في العنصر الموالي.

ثانيا : كيفيات تأسيس جمعيات حماية المستهلك

إن جمعيات حماية المستهلك تخضع من حيث الإنشاء والتأسيس لنفس الشروط التي تخضع لها أي جمعية أخرى فهي تخضع للقواعد المذكورة في قانون 06/12 المتعلق بالجمعيات بشكل عام، وعليه لاحظنا أنه في أحكام قانون 03/09 أنه عرف الجمعية بأنها كل جمعية منشأة طبقا للقانون[1]، وعليه فالجمعية الخاصة بحماية المستهلك هي الأخرى تخضع لأحكام قانون الجمعيات بشكل عام، وقد نصت المادة 2 ف 1 من قانون رقم 06/12 الخاص بالجمعيات على :" الجمعية تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة " ما يعني أن الجمعية تنشأ على أساس تعاقدي فهي تخضع في تكوينها للشروط الموضوعية العامة المعروفة من رضا ومحل وسبب .

وقد نصت المادة 4 من قانون رقم 06/12 على جملة من الشروط الواجب توافرها في الأشخاص الطبيعيين الذين بإمكانهم تأسيس جمعية وتسييرها أن يكونوا : - بالغين سن 18 فما فوق ، من جنسية جزائرية ، متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية ، غير محكوم عليهم بجناية و/أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية ، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين .

[1] أنظر المادة 21.

أما بالنسبة للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص فقد أوجبت المادة 5 من نفس القانون رقم 06/12 أن يكونوا :- مؤسسين طبقا للقانون الجزائري ، ناشطين عند تأسيس الجمعية ، غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم ، وأنه من أجل تأسيس جمعية تمثل الشخصية المعنوية من طرف شخص طبيعي .

وقد نصت المادة 06 من نفس القانون أنه يتم تأسيس الجمعية بحرية من قبل أعضائها المؤسسين ، وأن المؤسسين يجتمعون في جمعية عامة تأسيسية تثبت بموجب محضر اجتماع يحرره محضر قضائي .

تتم المصادقة على القانون الأساسي للجمعية من طرف الجمعية العامة التأسيسية، وتعين مسؤولي هيئاتها التنفيذية طبقا للمادة 6 في فقرتها الثانية من قانون رقم 06/12 أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فقد نصت على عدد الأعضاء المؤسسين في كل نوع من أنواع الجمعيات حيث نصت على أن :

- الجمعيات البلدية عدد أعضائها المؤسسين يكون 10 أعضاء

– الجمعيات الولائية عدد أعضائها 15 عضوا منبثقا عن بلديتين على الأقل

- أما الجمعيات ما بين الولايات فعدد الأعضاء يكون 21 عضوا منبثقين عن ثلاثة ولايات على الأقل

- أما الجمعيات الوطنية فعدد أعضائها 25 عضوا منبثقين عن 12 ولاية على الأقل

- وتخضع الجمعية في اجراءات تكوينها إلى شرطين حسب نص المادة 7 من نفس القانون ، وهو التصريح التأسيسي وإلى تسليم وصل تسجيل.

حيث يودع التصريح التأسيسي لدى المجلس الشعبي بالنسبة للجمعيات البلدية ولدى الولاية بالنسبة للجمعيات الولائية وإلى الوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية وما بين الولايات.

وقد منحت الادارة المختصة أجل أقصى لإجراء مطابقة التصريح التأسيسي لأحكام القانون المتعلق بالجمعيات وهي 30 يوما بالنسبة للجمعيات البلدية، 40 يوما بالنسبة للجمعيات الولائية، 45 يوما بالنسبة

للجمعيات ما بين الولايات، و60 يوما بالنسبة للجمعيات الوطنية ، وهذا طبقا لأحكام المادة 8 من نفس القانون والتي أكدت في نهاية المادة على تسليم وصل التسجيل للجمعية بعد انتهاء الأجل المحدد وإما اتخاذ قرار بالرفض.

وقد أكدت المادة 11 من ذات القانون أنه عند انتهاء الأجل المحدد في المادة 8 وعدم اتخاذ الادارة المختصة قرارا بالرفض يعد عدم الرد بمثابة اعتماد للجمعية .

أما إذا اتخذت الادارة قرارا بالرفض فلا بد أن يكون عدم تسليم وصل التسجيل معللا بعدم احترام قانون الجمعيات ، وأن للجمعية أجل 3 أشهر لرفع دعوى الالغاء أمام المحكمة الادارية المختصة إقليميا .

أما المادة 12 فقد نصت على إرفاق التصريح التأسيسي بالوثائق التالية : - طلب تسجيل الجمعية موقع من طرف رئيس الجمعية أو ممثله المؤهل قانونا – قائمة بأسماء الأعضاء المؤسسين والهيئات التنفيذية وحالتهم المدنية ووظائفهم وعناوينهم وإقامتهم وتوقيعاتهم - المستخرج رقم 3 من صحيفة السوابق القضائية لكل عضو من الأعضاء المؤسسين – نسختان مطابقتان للأصل من القانون الأساسي – محضر الجمعية العامة التأسيسية محدد من قبل محضر قضائي – الوثائق الثبوتية لعنوان المقر.

وبعد هذه الدراسة لكيفيات تأسيس الجمعيات يتم التعرف على دورها في محاربة الشروط التعسفية وحماية المستهلك حيث اكتسبت دورا هاما طبقا للأحكام الخاصة .

الفرع الثاني : صلاحيات جمعيات حماية المستهلك

تتعدد مهام جمعيات حماية المستهلك حسب أهدافها التي سطرها لها المشرع طبقا للقانون فمنها ما يدخل ضمن الدور الوقائي للجمعية (**أولا**) ومنها ما يمكن تصنيفه ضمن الدور العلاجي (**ثانيا**).

أولا : الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك

أشار المشرع لأهم الصلاحيات والمهام من خلال التعريف التشريعي الوارد في نص المادة 21 من قانون رقم 03/09 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش التي نصت على : " ... **تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله** "

1 / مهام الاعلام والتحسيس والتوجيه

تبرر هذه المهمة بالذات الهدف الأساسي من إنشاء جمعيات حماية المستهلك فهو الطرف الضعيف في الحلقة الاقتصادية من حيث النقص المعرفي الذي يعتريه فيما يخص السلع والخدمات وتمارس الجمعيات هذه المهمة من خلال إبلاغ الهيئات الرسمية ذات العلاقة بحماية المستهلك بكل الممارسات التي تهدد أمن وصحة وسلامة المستهلكين وكذا من خلال تحسيس وتوجيه المستهلكين إلى السلوك الأمثل للحفاظ على مصالحه المادية والمعنوية، وإذا كان للمستهلك الحق في إعلامه من قبل المنتجين فله الحق أيضا في أن يحصل على إعلام آخر من قبل جمعية حماية المستهلك، فالإعلام الذي تباشره هذه الأخيرة هو اعلام خاص لأنها تراقب مدى توافر الوسم والموصفات القانونية والتنظيمية في المنتوجات المعروضة[1].

حيث ومن خلال التحسيس والاعلام تقوم الجمعيات بتنبيه المستهلكين إلى مخاطر الممارسات التجارية والاقتصادية التي من الممكن أن تهددهم في صحتهم وأمنهم من خلال مختلف وسائل التواصل المتاحة سواء المكتوبة أو المسموعة أو السمعية البصرية التقليدية كالتلفزة والإذاعة، ولعل أهم الوسائل حاليا هي مواقع التواصل الاجتماعي عن طريق الانترنيت.

[1] زاهية حورية سي يوسف، الرقابة عن طريق حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة، ع 2 ، الجزائر، جانفي 2012 ،ص 201.

وقد منحت المادة 24 من قانون 06/12 الحق في الاعلام عن طريق النشريات المتخصصة بنصها :" يمكن للجمعية إصدار ونشر نشريات ومجلات ووثائق إعلامية ومطويات لها علاقة بهدفها ، في ظل احترام الدستور والقيم الثوابت الوطنية والقوانين المعمول بها " حيث تقوم جمعيات حماية المستهلك عادة بطبع دوريات أو مجلات متخصصة بهدف إعطاء المشتركين فيها من عموم المستهلكين كافة المعلومات والبيانات الضرورية عن خصائص المنتجات المطروحة في السوق[1] ويعد هذا الدور التوعوي التحسيسي من أهم أدوارها الوقائية.

2 – مهمة تمثيل المستهلكين

يتأكد الدور الفعال لجمعيات حماية المستهلكين في الدفاع عن المصالح المادية والمعنوية للمستهلك من خلال مهمة تمثيلهم أمام الهيئات العمومية المختلفة التي نص عليها القانون ومنه تعد جمعية حماية المستهلك حلقة وصل بين المستهلك والادارات المختلفة مثل المجلس الوطني للتقييس ، والهيئة الجزائرية للاعتماد ، ومجلس المنافسة ، إضافة إلى المجلس الوطني للمستهلك[2] هذه الهيئات العمومية ذات الصلة بالنشاط الاقتصادي المتعلق بالإنتاج .

لذلك فجمعيات حماية المستهلك لها حضور دائم بنص القانون في هذه الهيئات فهي عضوة في مجلس المنافسة عن طريق ممثلين طبقا للمادة 24 من قانون 12/08 المتعلق بالمنافسة وهي كذلك عضوة بنصاب ممثلين في تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين بموجب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 272/92[3] الذي يحدد تكوينه واختصاصه كما أنها عضوة في لجنة الشروط التعسفية .

[1] زوليخة رواحنة، سومية قلات، مرجع سابق، ص 259، 260.

[2] عزوز سعيدي ، سميرة محمودي ، جمعيات حماية المستهلك بين الدور الوقائي والعلاجي ،كتاب جماعي حول النظام القانوني لحماية المستهلك في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، مخبر القانون والتنمية المحلية، جامعة أدرار، الجزائر، سبتمبر 2020 ، ص 418.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 272/92 ، مؤرخ في 6 جويلية 1992، يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته ، ج. ر. ج. ج، ع 52 ، مؤرخة في 8 جويلية 1992.

ثانيا : الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك

عندما يصبح الدور الوقائي لجمعية حماية المستهلك غير مجدي فإنها قد تلجأ إلى مكنة أخرى منحها إياها المشرع تتمثل في وسائل دفاعية في حالة وقوع الضرر على المستهلك من طرف المتدخل وهو ما يعرف بدورها العلاجي، وهذا الدور قد يكون عن طريق القضاء أو من خلال وسائل غير قضائية

1- الوسائل القضائية لجمعيات حماية المستهلك

تلجأ الجمعية إلى هذه الوسيلة بعد وقوع الضرر من أجل جبره والمطالبة بالتعويض ، حيث أنه إذا كان كأصل عام المستهلك هو الوحيد صاحب الحق في رفع الدعوى باعتباره صاحب المصلحة والصفة فيها ، إلا أن المشرع الجزائري خول لجمعيات حماية المستهلك استثناء حق رفع الدعوى من خلال نص المادة 23 من قانون رقم 03/09 :" عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية ، تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني ".

يستنتج أن المشرع قد منح لجمعيات حماية المستهلك حق التقاضي باسمها وهي تستفيد من المساعدة القضائية بمناسبة تمثيلها ودفاعها عن المصالح المشتركة للمستهلكين أمام الجهات القضائية طبقا لنص المادة 22 من قانون رقم 03/09 .

كما أن المشرع الجزائري وسع من صلاحيات التمثيل القضائي لجمعيات حماية المستهلك حينما أعطاها مكنة التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن مصلحة مستهلك واحد فقط أو مصالح مشتركة لعدة مستهلكين، بعدما كانت محصورة في وجود المصلحة المشتركة لجماعة المستهلكين كشرط لتأسيسها كطرف مدني

وبالتالي فإن مصلحة جمعيات حماية المستهلك هي الدفاع عن حقوق المستهلك فردية كانت أم مشتركة[1]، وهو ما يمثل دعما تشريعيا لدورها العلاجي.

تجدر الاشارة إلى أن التأسيس كطرف مدني ومن خلال هذا اللفظ الذي استعمله المشرع يؤكد لنا أن القضاء المختص الذي تتقدم أمامه الجمعية وترفع دعواها هو القضاء الجزائي ذلك أن أحكام قانون حماية المستهلك تطغى عليه الأحكام الجزائية في حالة مخالفة أحكامه ، حيث تنص المادة 65 من قانون 02/04 :" دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الاجراءات الجزائية، يمكن للجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم ".

إن التأسيس كطرف مدني يمكن أن يتم على مستوى قاضي التحقيق عن طريق ادعاء مدني ، وإما بتقديم الجمعية لتقرير كمدعي مدني أمام كتابة ضبط القسم الجزائي قبل الجلسة ، وإما أثناء الجلسة وهنا لابد من التأسيس قبل ابداء النيابة العامة لطلباتها ، لذلك فإن جمعية حماية المستهلك لها حق تحريك الدعوى العمومية لأول مرة[2] .

2- الوسائل غير القضائية لجمعيات حماية المستهلك

قد تسلك جمعيات حماية المستهلك طرقا أخرى غير تلك التي تمارسها أمام القضاء ومن بينها الدعوة إلى المقاطعة، الدعوة إلى الامتناع والدعاية المضادة.

[1] إيمان بوشارب، مرجع سابق ، ص 151.

[2] إيمان بوشارب، مرجع نفسه ، ص 153.

أ- الدعوة إلى المقاطعة

لم ينص عليه المشرع الجزائري كإجراء يمكن أن تقوم به جمعيات حماية المستهلك ، بالرغم من أهميته في توجيه المستهلكين لعدم اقتناء بعض السلع والمنتجات وكذا الامتناع عن طلب خدمات معينة لاعتبارات مشروعة لانطوائها على خطورة تهدد أمن وصحة المستهلكين ، أو وجود مخاطر تحيط بالمستهلكين ، أو سلع مقلدة[1].

يترتب عن المقاطعة كساد في المنتوج أو الخدمة أو السلعة وبالتالي التأثير على المتدخل أو العون الاقتصادي وإلزامه بتعديل شروط عرض المنتوج أو تعديل مواصفاته .

ب- الدعوة إلى الامتناع عن الدفع

هذه الوسيلة معناها أن يمتنع مجموع جمهور المستهلكين عن دفع ثمن الخدمة أو المنتوج وذلك للضغط على المنتجين حتى تتم تلبية طلباتهم ومثالها مقاطعة دفع الديون المستحقة لشركة توزيع المياه جماعيا إلا إذا قامت هذه الشركة بتخفيض الديون .

ج- الدعاية المضادة

يهدف هذا الأسلوب إلى فضح الممارسات التجارية غير النزيهة حيث تلجأ الجمعية إلى استعمال نفس طرق الاعلان من خلال نشر انتقادات عن المنتجات والخدمات المعروضة في السوق، حيث يتم انتقاده من خلال عدم فعاليته أو لخطورته وهذا بعد اجراء الخبرة عليه ، وذلك كوسيلة ضد الاشهار الكاذب الذي قد يقوم به المنتجين للتعريف بمنتوجاتهم وبالتالي يعتبر اشهار مضاد من طرف جمعية حماية المستهلك بشرك أن تتأكد من كل المعلومات حتى لا تحاسب عن القدح والتشهير بمتابعتها جزائيا بجرائم القذف حيث يفترض عليها أن يتوقف هذا الاشهار

[1] عبد الحق قريمس، جمعيات حماية المستهلك، المهام والمسؤوليات، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، ع 14 ، الجزائر ، أفريل، 2017 ، ص 524.

المضاد على تبيان سلبيات ومخاطر السلعة أو الخدمة وتفضح تخلف الخصائص أو الميزات التي يظهرها مقدمو العرض من مهنيين ومتدخلين اقتصاديين[1].

تبين من خلال كل ما سبق ذكره الدور الهام الذي تلعبه هذه الجمعيات إن قامت فعلا بواجبها خاصة الدور الوقائي المتمثل في التحسيس والتوجيه أو من خلال دورها في الدعاية المضادة والمقاطعة وحتى دورها أمام القضاء دور هام فعلا ولكنها بحاجة إلى الدعم المادي .

المبحث الثاني : دور مصالح التجارة وآلية جهاز القضاء في مواجهة الشروط التعسفية

يتضح من خلال المادة الأولى من قانون 02/04 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أن المشرع هدف من هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه، لذلك ولتحقيق أهداف هذا القانون ومن أجل تطبيق القواعد القانونية التي نصت على جملة من الحقوق والالتزامات التي يجب على الأعوان الاقتصاديين مهما كانت طبيعتهم الالتزام باحترامها في جميع نشاطات الانتاج والتوزيع والخدمات طبقا لأحكام المادة الثانية من نفس القانون فإن المشرع منح لأجهزة متعددة تابعة لوزارة التجارة المؤهلة لحماية المستهلك الصلاحيات الخاصة بفرض تطبيق أحكام هذا القانون، نجد في الخصوص مصالح حماية المستهلك وقمع الغش التابعين للمديريات الولائية للتجارة وبواسطة أعوان قمع الغش التابعين لهذه المصالح و المؤهلين للقيام بالتحقيقات ومعاينة مخالفات أحكامه وتحرير محاضر بشأنها هذا من جهة، ومن جهة أخرى أعطى المشرع لجهاز القضاء سلطة توقيع الجزاءات العقابية لذلك يتم في هذا المبحث التطرق في (**المطلب الأول**) للدور الرقابي لمصالح التجارة في مجال البنود التعسفية وفي (**المطلب الثاني**) للدور الردعي للقضاء في مكافحة الشروط التعسفية.

[1] عبد الحق قريمس، مرجع سابق ،ص 523.

المطلب الأول : الدور الرقابي لمصالح التجارة في مجال البنود التعسفية

منح المشرع بمقتضى المادة 25 من قانون حماية المستهلك وكذا المادة 49 من قانون 02/04 لأعوان قمع الغش التابعين لمصالح ومديريات التجارة دورا هاما في البحث ومعاينة مخالفات أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 و قانون 02/04 ، حيث يقومون بالعمل الرقابي بمفهومه الواسع ، ولكننا سنركز على مراقبة الممارسات التعاقدية التعسفية في إطار ضمان الحقوق الجوهرية[1] المنصوص عليها في المادة 29 من قانون 02/04 وذلك في فرعين (**الفرع الأول**) ضمان الحقوق الجوهرية للمستهلك و (**الفرع الثاني**) العمل التحسيسي .

الفرع الأول : ضمان الحقوق الجوهرية للمستهلك

هناك جملة من الالتزامات تقع على عاتق الأعوان الاقتصاديين وتتم مراقبتها وتظهر من خلال :

أولا : الإعلام المسبق

فرض إلزامية إعلام المستهلك حيث نصت المادة 17 من قانون 03/09 على وجوب إعلام المستهلك من طرف كل متدخل بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى، وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 378/13 تطبيقا لهذه المادة وقد سبق أن أشرنا إليه.

ثانيا : شفافية الممارسات التجارية

نص المشرع في الباب الثاني من قانون 02/04 على شفافية الممارسات التجارية وذلك من خلال فصلين الأول تعلق بالإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع والثاني تعلق بالفوترة .

---

[1] عاشور بوزيدة ، دور مصالح التجارة في مراقبة الممارسات التعاقدية التعسفية ، المديرية الجهوية للتجارة باتنة، وزارة التجارة ن الجزائر، د. س. ن، ص 13.
http://www.dcwcnstantine.gov.dz/donnees/journees-pnscpc/17octobre2017/intervention/role-des-services-ministere-du commerce.ppt.

تاريخ الإطلاع : 9أفريل 2023 على الساعة 17:05.

حيث يتم فرض الشفافية من خلال قمع المخالفات الماسة بها بفرض إلزامية إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات للأسعار والخدمات وكذا الاعلام بشروط البيع قبل اختتام عملية البيع و بأية طريقة كانت حسب طبيعة المنتوج وكذا فرض تسليم الفاتورة [1] .

كما يتم فرض الشفافية من خلال قمع مخالفة عدم الفوترة أو عدم تقديم الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة، وكذا عند تحرير فواتير غير مطابقة لأحكام المادة 12 من قانون 02/04 ، وقد نصت على هذه المخالفات المواد : 31 ، 32، 33 ، 34 من قانون 02/04 .

ثالثا / ضمان أمن ومطابقة المنتوجات

حيث نصت المادة 9 من قانون 03/09 على إلزامية أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وألا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين ، كما صدر المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات[2] وقد نصت المادتين 11 المعدلة والمتممة و12 من قانون 03/09 المعدل والمتمم على إلزامية مطابقة المنتوجات .

[1] أنظر المواد 4 ، 5 ، 6 ، 7 ، 8 ، 9 ، 10 من قانون رقم 02/04.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 203/12 ، مؤرخ في 2012/5/6 ، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات ، ج. ر. ج. ج، عدد 28 ، مؤرخة في 9 مايو 2012 .

رابعا / الضمان وخدمة ما بعد البيع

حيث فرض المشرع إلزامية الضمان للسلع والخدمات وخدمة ما بعد البيع من خلال نصوص المواد 13، 14 ،15 ، 16 من قانون 03/09 والمرسوم التنفيذي رقم 327/13 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ[1].

وقد عرف هذا المرسوم الضمان والضمان الاضافي في المادة 3 منه ، بأنه " كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق ، أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة ، أما الضمان الاضافي فهو " كل التزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك دون زيادة في التكلفة.

وفي إطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع ويكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم خدمة ويسري مفعول الضمان ابتداء من تسليم السلعة أو تقديم الخدمة ، كما يمكن للمستهلك المطالبة بتجريب المنتوج المقتنى ، طبقا للتشريع والأعراف المعمول بها دون إعفاء المتدخل من إلزامية الضمان ، طبقا للمادة 15 من نفس القانون ويجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من نفس القانون حيث يعتبر كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة باطلا .

وتحدد مدة ضمان السلع الجديدة المقتناة بمقابل أو مجانا حسب طبيعة السلعة كما هو مبين في قوائم ملحقة بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 /12/ 2014[2] الذي يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة ، والذي جاء تطبيقا لأحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السابق ذكره ، طبقا للمادة 2 منه ، كما يجب أن

[1] مرسوم تنفيذي رقم 327/13 ، مؤرخ في 2013/09/26 ، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ ، ج، ر، ج، ج عدد 49 ، مؤرخة في 2 أكتوبر 2013 .

[2] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2014/12/14 ، يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة ، ج. ر. ج. ج ، عدد 03 ن مؤرخة في 27 يناير 2015.

تبين شهادة الضمان مدة الضمان و تاريخ سريان الضمان طبقا للمادة 4 من نفس القرار ،كما صدر القرار الوزاري المؤرخ في 2014/11/12 [1] الذي يحدد نموذج شهادة الضمان.

وفي فيما يخص خدمة ما بعد البيع ، وطبقا لأحكام المادة 16 من قانون 03/09 وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق .

كانت هذه جملة الالتزامات التي يقوم الأعوان التابعين لمصالح التجارة بمراقبتها وفرض إلزاميتها على الأعوان الاقتصاديين ومن خلالها تتم مراقبة عدم الاخلال بحقوق المستهلكين خاصة منها ما تعلق بعدم فرض شروط تعسفية.

ولكن السؤال المطروح هل بإمكان الأعوان والموظفين المنوطين بمهام معاينة المخالفات الكشف عن الشروط التعسفية ؟ حيث قد يبدو الأمر سهلا بالنسبة للشروط التعسفية التي جاءت على ذكرها القائمتين المذكورتين في المادتين 29 من قانون 02/04 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 فما مصير الشروط التعسفية غير المدرجة ضمن هاتين القائمتين والتي بإمكانها أن تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي تطبيقا للفقرة5 من المادة 3 من قانون 02/04 ، فإذا كان الأمر متيسرا بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بعدم الاعلام بالأسعار والتعريفات وكذا عدم الاعلام بشروط البع أو عدم الفوترة و الفوترة غير المطابقة لأن الأمر يتعلق بوقائع مادية بحتة فإن الأمر ليس بهذه البساطة بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بالشروط التعسفية لأن الأمر يتعلق بمسائل قانونية أو تقنية بحتة قد يتعذر على ذوي الاختصاص اكتشافها والتحقق منها[2].

[1] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2014/11/12، يحدد نموذج شهادة الضمان ، ج. ر. ج. ج عدد 16، مؤرخة في أول أبريل 2015.

[2] راضية العطياوي ، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية ، مذكرة ماجستير ، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2010-2011 ص 173.

وبعد دراسة دور مصالح التجارة في مراقبة الشروط التعسفية من خلال فرض الالتزامات بواسطة أعوان قمع الغش التابعين لها يوجد طريق آخر تتبعه هذه المصالح وهو العمل التحسيسي يتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : العمل التحسيسي

حيث تتبع المصالح الخارجية التابعة لوزارة التجارة أسلوب الأعمال التحسيسية والتوعوية سواء بمبادرة منها أو وفق برنامج الوصاية وبالتنسيق والتعاون مع جهات أخرى والتي تستهدف المستهلكين والمتعاملين الاقتصاديين على حد سواء وذلك بالتنسيق مع جمعيات حماية المستهلك إذا تعلق الأمر بالمستهلك، وبالتنسيق مع غرف التجارة والصناعة إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الاقتصاديين، وتتم هذه الأعمال التحسيسية والتوعوية من خلال التحسيس والتوعية في إطار العمل الجواري، الأيام الدراسية والإعلامية ، الأبواب المفتوحة ، المعارض ، التدخلات عبر وسائل الاعلام المختلفة[1].

المطلب الثاني : الدور الردعي للقضاء في مكافحة الشروط التعسفية

عند دراسة الشروط التعسفية في عقد الاذعان تبين أن المشرع الجزائري أعطى القاضي المدني سلطة الرقابة على شروط العقد وذلك لحماية الطرف الضعيف، وقد أعطاه الحرية المطلقة في النظر في طبيعة الشرط التعسفي دون تقييده بأي ضابط غير مراعاته لمقتضيات العدالة .

وبمقتضى الأحكام التي تنظم عقد الاذعان الواردة في نصوص المواد 110 و111 و 112 ف 2 من القانون المدني فإنه إضافة إلى دور القاضي البارز في تفسير نصوص وبنود العقد التي شابها غموض أو لبس فإن له دورا هاما يتمثل في تعديل شروط العقد عن طريق التخفيف من الالتزامات العقدية إذا وجد اختلال في التوازن العقدي، وله إعفاء الطرف المذعن منها دائنا كان أم مدينا.

[1] عاشور بوزيدة ، مرجع سابق ، ص 23،24.

ولكن عند تصدي القاضي المدني بالنظر في دعوى فحواها التضرر من شرط أو شروط تعسفية واردة في عقد استهلاك بالمفهوم الحديث للحماية من الشروط التعسفية يجد نفسه أمام فراغ قانوني يتمثل في عدم النص على الجزاء المدني بشكل صريح عكس الجزاء العقابي أو الجزائي الذي جاء به المشرع الجزائري عند مخالفة الأحكام القانونية الواردة بقوانين حماية المستهلك، لذلك سنتطرق في (**فرع أول**) للأسلوب القضائي الذي اعتمده المشرع في مكافحة الشروط التعسفية في النظرية الاستهلاكية الحديثة ، ثم في (**فرع ثاني**) إلى سلطة القاضي في توقيع الجزاءات.

الفرع الأول : الأسلوب القضائي في مكافحة الشروط التعسفية

بالرجوع إلى القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية نجد أن المشرع الجزائري لم يتخذ موقفا صريحا في مسألة سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم يرد بشأنها مراسيم تنفيذية لكن بالإمكان استخلاص ذلك من خلال التدقيق في بعض النصوص الموجودة بهذا القانون[1] ولو بصورة ضمنية .

حيث يرى جانب من الفقه أن المشرع الجزائري لم يحصر دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المحظورة بموجب مراسيم تنفيذية فقط بل إن دوره يتعدى ذلك إلى البحث في كل الشروط الواردة في العقود التي تجمع بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين، على ضوء المعيار التي وضعه المشرع من خلال تعريفه للشرط التعسفي في قانون الممارسات التجارية بموجب المادة 3 ف 5 منه والذي تضمن معيار الاخلال الظاهر بالحقوق والالتزامات الخاص بتقدير الطابع التعسفي للشرط ليكون ذلك مساعدا للقاضي في تحديد طبيعة الشروط المعروضة أمامه[2] .

[1] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه ، تخصص قانون خاص ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2015-2016 ص 431.

[2] محمد خليفة كرفة ، أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ،قسم أ العلوم الاقتصادية والقانونية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، الجزائر ، ص 311.

كما أن القول بغير ذلك يجعل من نص المادة 3 ف 5 التي تضمنت تعريف الشرط التعسفي زائدة وليس لها ما يبررها قانونا لأن المشرع بإمكانه حظر جملة من الشروط التي يراها تعسفية دون اللجوء إلى تعرف الشرط التعسفي بهذا الشكل، كما أن القضاء هو الآخر في غنى عن وجود نص يتضمن معيار لتقدير الطابع التعسفي للشرط مادام يقتصر دوره على النظر في الشروط التعسفية الواردة ضمن المراسيم.

وبناء على ما سبق تتضح سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية حيث بعد النظر في الشروط الواردة في العقد فإن كانت من بين الشروط المحظورة طبقا للمادتين 29- 02/04 و 5- 306/06 فإنها تكون باطلة بقوة القانون فلا سلطة تقديرية للقاضي للتأكد من تعسف هذه الشروط[1] فهي تعسفية بقوة القانون .

أما إذا كان الشرط تعسفيا ولكنه غير وارد ضمن القائمتين اللتين تحظران العمل ببعض الشروط التعسفية فإن له سلطة البحث في تعسف الشرط من عدمه، ويتم ذلك من خلال تطبيق معيار الاخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات بين المهني والمستهلك طبقا لنص المادة 3 ف 5 من قانون 02/04 ، وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا لأنها من مسائل الواقع لا القانون[2].

وللقاضي أن يطالب المستهلك أو جمعيات المستهلكين بإثبات الطابع التعسفي للشرط وللقاضي بعد ذلك الحكم على تعسف هذا الشرط من عدمه.

في الفرع الموالي يتم تناول سلطة توقيع الجزاء ات الممنوحة للقاضي طبقا للقانون كوجه من أوجه محاربة الشروط التعسفية الواردة ضمن العقود الاستهلاكية والتي تخضع لأحكام قوانين حماية المستهلك المختلفة وبخاصة قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[1] إيمان بوشارب ، مرجع سابق ، ص 181.

[2] محمد خليفة كرفة ، مرجع سابق ، ص 311.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في توقيع الجزاءات

يتم التطرق في هذا الفرع إلى الجزاء الذي قرره المشرع للشروط التعسفية حيث جرت العادة على أن ينص المشرع على الجزاء المدني (**أولا**) في حالة مخالفة الأحكام التي تنظم العقود والالتزامات بشكل عام وينص على الجزاءات العقابية في حالة إرتكاب الجرائم والمخالفات الماسة بحقوق الفرد والمجتمع (**ثانيا**)

أولا : الجزاء المدني

لقد وضع المشرع الجزائري ترسانة من القوانين التي تحكم وتنظم علاقة المستهلك بغيره من المهنيين والأعوان الاقتصاديين إلا أنه أغفل مسألة النص على جزاء مدني لإيراد الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية ، ويرى البعض أن هذا النقصان مرده سهو المشرع وهو نقص كبير ينبغي استكماله بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان بقاء العقد واستفادة المستهلك منه، وذلك بعكس المشرع الفرنسي الذي نص صراحة في المادة 1-1132 من قانون الاستهلاك على "تعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة"[1]

ثانيا : الجزاء الجزائي

يمتاز القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بطابعه الجزائي لذلك فالقضاء الجزائي له دور هام في توقيع الجزاءات على المخالفات خاصة جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية [2].

وعليه فقد نص المشرع الجزائري على الجزاءات الجزائية المقررة ضد الشروط التعسفية في المادة 38 من القانون 02/04 المعدل والمتمم بقوله :" تعتبر ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 ، 27 ، 28 و 29 من هذا القانون ، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 د ج) إلى (5.000.000 د ج) " وتتراوح الجزاءات ما بين عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية وهي:

[1] أحمد بورزق ، مرجع سابق ، ص 584.

[2] إيمان بوشارب ، مرجع سابق ، ص 171.

1/ الغرامة المالية : هي العقوبة الأصلية الوحيدة ضمن العقوبات المسلطة على التعسف باستعمال الشرط التعسفي حيث أن جريمة الممارسة التعاقدية التعسفية ذات طابع جنحي ، ووفقا للمادة 38 قد رتب المشرع عقوبة الغرامة كجزاء على مخالفة أحكام الفصل الرابع والخامس المتعلقين بالممارسات التجارية غير النزيهة ، والممارسات التعسفية على التوالي ومبلغ هذه الغرامة يعتبر الأكبر بالمقارنة مع العقوبات الأخرى المسلطة على الممارسات التجارية غير الشرعية ، وممارسة أسعار غير شرعية والتي قد تصل إلى 5.000.000 د ج وذلك باستثناء الغرامة المسلطة على الممارسات التجارية غير النزيهة حيث قد تصل إلى 10.000.00 د ج .

2/ المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري : وهو عقوبة تكميلية حيث تنص المادة 47 ف 3 من قانون 02/04 على أنه :"تضاعف العقوبة في حالة العود ، ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري "، وقد عدلت هذه المادة بموجب قانون رقم 10/06 المعدل والمتمم للقانون 02/04 حيث نصت المادة 11 منه على جواز منع المهني العائد المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط وهي عقوبة مشددة وقد قام المشرع بمقتضى نفس المادة برفع المدة المقررة للمنع المؤقت حتى 10 سنوات.

3/ الحبس : حيث تنص المادة 47 ف 4 من قانون رقم 02/04 على أنه :" فضلا عن ذلك ، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من 3 أشهر إلى سنة 1 واحدة " وهذه العقوبة تكون في حالة العود[1] .

4/ نشر القرارات المتضمنة العقوبات المسلطة على العون الاقتصادي : عقوبة تكميلية وذلك طبقا للمادة 48 من نفس القانون والتي نصت على :" يمكن الوالي المختص إقليميا وكذا **القاضي** أن يأمرا على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا، بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في

[1] أحمد بورزق، مرجع سابق ، ص586.

الأماكن التي يحددانها "، ولهذه العقوبة أثر بالغ في مكافحة الممارسة التعاقدية التعسفية لأنها تمس العون الاقتصادي في سمعته في الوسط الذي يمارس فيه نشاطه[1] .

بالنسبة للغلق الاداري : نص المشرع على هذه العقوبة عند ادراج الشروط التعسفية في حالة العود ، حيث نصت المادة 47 من قانون 02/04 على :"يتخذ إجراء الغلق الاداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالة لأحكام هذا القانون ، يعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون ، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة ".

والغلق الاداري للمحل التجاري يكون بقرار من الوالي المختص إقليميا وليس القاضي وذلك بناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة وذلك لمدة لا تتجاوز 30 يوما وللعون الاقتصادي حق الطعن أمام القضاء وفي حالة إلغاء القرار يحق له المطالبة بالتعويض طبقا لأحكام المادة 46 من نفس القانون.

ولابد من الإشارة إلى الأشخاص المنوطين بمعاينة هذه المخالفات : حيث نصت المادة 49 من نفس القانون على الأشخاص المؤهلين لمعاينة المخالفات والتحقيق فيها وهم : ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الاجراءات الجزائية، المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الادارة الجبائية، أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة ، المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض .

نجد كذلك المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 خولت لنفس الأشخاص مراقبة ومتابعة المخالفات المنصوص عليها في المادة 5 منه.

وقد حدد قانون 02/04 المهام المنوطة بهؤلاء الموظفين في سبيل معاينة المخالفات وهي : القيام بفحص كل المستندات الادارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية وكذا أية وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية ، دون أن يمنعوا من

[1] إيمان بوشارب ، مرجع سابق ، ص 174.

ذلك بحجة السر المهني طبقا للمادة 50 ف 1 ، القيام بحجز البضائع طبقا للمادة 51 ، وللموظفين حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وإلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقا لقانون الاجراءات الجزائية طبقا للمادة 52 ف 01، ويمارس هؤلاء الموظفين أعمالهم حتى خلال نقل البضائع ويمكنهم فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل عند القيام بمهامهم طبقا للمادة 52 ف 2.

ونشير أيضا إلى اجراء المصالحة : حيث وطبقا لنص المادة 55 ف 2 من قانون 02/04 فإنه تثبت المخالفات بمحاضر تبلغ إلى المدير الولائي الذي يرسلها بدوره إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا من أجل مباشرة الدعوى العمومية .

– لكن مع مراعاة المادة 60 من قانون 02/04 التي تنص على المصالحة في بعض الحلات كإجراء يمنع من المتابعة القضائية وتحريك الدعوى العمومية وتشير المادة 60 إلى ثلاث حالات تختلف عن بعضها البعض باختلاف قيمة الغرامة وهذه الحالات هي : **قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 1.000.000 د ج** وبالتالي إذا كانت الغرامة تساوي أو تقل عن مليون دينار يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين إجراء المصالحة .

– وبما أن الغرامة المقررة في حالة إدراج العون الاقتصادي للشروط التعسفية التي تكون بين 50.000 و 5.000.000 د ج متضمنة لهذه القيمة فإنه يمكن اجراء المصالحة .

– **إذا كانت قيمة الغرامة تفوق المليون دينار وتقل عن ثلاثة آلاف دينار** : يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين اجراء المصالحة طبقا للمادة 60 ف 3 استنادا للمحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة والملاحظ أن الوزير المكلف بالتجارة هو المختص بقبول المصالحة والمادة لم تحدد كيفية العمل إذا كانت قيمة الغرامة تساوي 3.000.000 د ج .

- **حالة قيمة الغرامة التي تفوق 3 مليون دينار 3.000.000 د ج** : وحسب المادة 60 ف 4 إذا كانت قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار فإنه لا يمكن اجراء المصالحة ويرسل المحضر المعد مباشرة من المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية، كما لا يمكن اجراء المصالحة في حالة العود ، طبقا للمادة 62 ممن نفس القانون ، وبالتالي لا يمكن اجراء المصالحة في حالتين وهما إذا كانت الغرامة تفوق 3 مليون دينار ، وفي حالة العود و تجدر الاشارة إلى أن وقف المتابعات القضائية مرهون بدفع غرامة المصالحة في خلال أجل قدره 45 من تاريخ الموافقة على المصالحة ويحال الملف على وكيل الجمهورية المختص اقليميا قصد المتابعات القضائية[1].

يترتب على غرامة المصالحة توقيف المتابعات القضائية، ولكن الواقع العملي يثبت عدم فعالية المصالحة في الممارسات التعاقدية التعسفية لأن الأعوان المؤهلين عادة ما لا ينتبهون لتفحص نماذج العقود أو شهادات الضمان للكشف عن البنود التعسفية ...ويعود سبب عدم انتباههم الأساسي أنهم في الكثير من الأحيان لا يتمتعون بمؤهلات كافية في مجال العقود بصفة عامة وفي عقود الاستهلاك بصفة خاصة، وقد ثبت أيضا في الواقع عدم فعالية المصالحة لأن الأعوان الاقتصاديين يفضلون اللجوء للقضاء بدل دفع غرامة المصالحة لأن القضاء يمتاز بطول الاجراءات وامكانية استعمال الحيل وربما الاستفادة من ظروف التخفيف أو من حكم غير نافذ[2].

[1] أحمد بورزق ، مرجع سابق ، ص 589.

[2] إيمان بوشارب ، مرجع سابق ، ص 171.

خلاصة الفصل الثاني

تم التعرض في هذا الفصل إلى الآليات المؤسساتية لمكافحة الشروط التعسفية والتي جاءت بها التشريعات الحديثة خاصة تلك المتعلقة بحماية المستهلك ومعرفة مدى أهميتها ودورها واختلافها أيضا عن تلك التقنيات التي تضمنتها القواعد العامة وبالتالي هي تعبر عن المكافحة بالطرق المستحدثة للشروط التعسفية، ولعل أهمها على الاطلاق لجنة البنود التعسفية التي ظهرت بموجب المرسوم التنفيذي 306/06 والتي تم تنصيب أعضائها في فيفري2018 ولعل أهميتها تظهر من خلال الضغط المعنوي الذي تمارسه على المهنيين من خلال توصياتها حتى ولو لم تكن ملزمة فهي تزعزع أمنهم واستقرارهم الاقتصادي من خلال مراقبتها الدورية لمختلف العقود النموذجية التي يبرمونها مع المستهلكين ، كما أن جمعيات حماية المستهلك لها دور هام طبقا للقانون 03/09 المعدل والمتمم في مكافحة الشروط التعسفية من خلال تمثيلها للمستهلكين أمام القضاء والمطالبة بالتعويضات أو من خلال دورها التحسيسي أو حتى دعوتها للمقاطعة لمنتوجات المهنيين أو من خلال الاشهار المضاد فهي تمثل ركيزة هامة في التنظيم القانوني الخاص بمكافحة الشروط التعسفية إن تم تفعيل دورها ، كما أن مصالح التجارة التابعة لوزارة التجارة بأعوانها تقدم دعما كبيرا للمستهلكين من خلال دورها الرقابي على عمل ومنتوجات المحترفين والأعوان الاقتصاديين وللقضاء دور هام في مراقبة وجود الشرط التعسفي من عدمه ضمن العقود وكذا توقيع العقوبات على المخالفات المرتكبة والمتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية، وتتميز كل هذه الآليات بأنها أكثر فعالية من القواعد التقليدية وهي تلائم ظاهرة الاستهلاك لأن طبيعة عقود الاستهلاك تتميز بوجود تفاوت علمي خبراتي واقتصادي أيضا بين أطرافها ولم تعد الطرق والوسائل التقليدية ملائمة لحل المشكلات الناتجة عنها خاصة ظاهرة ومشكلة الشروط التعسفية.

الخاتمة

تعد الشروط التعسفية أحد أهم أسباب اختلال التوازن العقدي، الذي ينتج عنه تفاوت كبير بين المتعاقدين من حيث المراكز القانونية وذلك نتيجة فرض أحد المتعاقدين لهذه الشروط على المتعاقد الآخر إما مستغلا لمركزه الاقتصادي كما في عقود الاذعان بسبب حاجة المتعاقد ورغبته الشديدة في السلعة أو الخدمة أو مستغلا لنقص معرفة وخبرة هذا المتعاقد في عقود الاستهلاك، والأكيد أن هذه الشروط امتد أثرها لكل العقود مهما كان نوعها سواء كانت عقود إذعان أو مساومة وقد لاحظ المشرعين ورجال الفقه الخطر والأذى الذي ينتج عن إيراد هذه الشروط التعسفية ضمن العقود على الطرف الضعيف .

وبما أن العلاقة التعاقدية أساسها وقوامها التوازن والعدالة العقدية بين حقوق والتزامات طرفيها، و تضمين العقد لشروط تعسفية يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وإحداث الضرر بالطرف الضعيف في هذا العقد فإن معظم التشريعات في الدول حاولت محاربة هذه الشروط بدء من المكافحة من خلال القواعد العامة في القانون المدني إلى المكافحة الخاصة من خلال النظرية الحديثة لحماية المستهلك، ومن ثمة جاءت دراسة موضوع محاربة الشروط التعسفية من خلال الآليات القانونية والمؤسساتية التي كرسها المشرع في منظومته القانونية .

ومن خلال معالجة هذا الموضوع تبين أن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة التي يهتدي بها القاضي في محاولته لإضفاء التوازن على العلاقة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، خاصة من خلال عقود الاذعان ولكن المعلوم أن الحماية التي أقرتها أحكام القانون المدني بصفة عامة هي حماية علاجية ما يعني أنها تأتي متأخرة على حصول آثار عدم التوازن العقدي، وعليه نخلص إلى أن الأحكام العامة في القانون المدني تقدم حماية ناقصة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهي حماية غير كافية وهو ما أدى بالمشرع الجزائري إلى اعتناق الحماية الحديثة من الشروط التعسفية عن طريق قوانين حماية المستهلك التي تميزت بانها وقائية أكثر منها علاجية .

وقد توصلنا في ختام هذا البحث إلى العديد من النتائج أهمها :

1- إنه من الممكن استعمال مبدأ حسن النية كوسيلة قانونية في مواجهة الشروط التعسفية ولكن ثبت أنه لا يشكل تقنية قانونية مستقلة لتحقيق التوازن العقدي وثبت أيضا أن نظرية السبب لا يمكن الاعتماد عليها لتحقيق التوازن العقدي لأنها تستند فقط لفكرة المشروعية.

2- وبالنسبة للغبن فبالرغم من أهميته إلا أنه كان على المشرع بعد اعتناقه للنظرية الشخصية للغبن ونصه على الغبن الاستغلالي ألا يضيق من نطاق الحماية بحصرها فقط في حالتي استغلال الهوى الجامح أو الطيش البين، بل كان من الممكن النص على حالات أخرى مشابهة أو على الأقل جعل الأمر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر حتى يمكن للقاضي اعمال سلطته التقديرية لأنها من مسائل الواقع، فيستفيد حتى الطرف المستهلك الذي تم استغلاله نتيجة لضعفه أو عدم خبرته وجهله.

3- تعريف المشرع للشرط التعسفي من خلال المادة 3 في فقرتها الرابعة من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وتحديد معيار الشرط التعسفي وهو "الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" يؤكد جهود المشرع في محاربة الشروط التعسفية من خلال إعطاء هذه المكنة للقاضي عند استعماله لسلطته في تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا عكس الحماية التي كرستها أحكام القانون المدني التي جاءت خالية من تعريف الشرط التعسفي أو تحديد لمعياره ماعدا تقيد القاضي بمبادئ العدالة. .

4- إن حصر المشرع الجزائري نطاق مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان لا يكفل حماية معتبرة وفعالة للمستهلكين حيث تعرض هذا الاتجاه إلى نقد غالبية الفقه ؛ حيث إن نظرية الاذعان هي ليست أكثر من محاولة غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المتعاقدين من خطر الشروط التعسفية خاصة حماية المستهلك، ذلك أن ربط

الشروط التعسفية بعقود الاذعان يعني أن أصحاب هذه العقود وحدهم من يستفيدون من الحماية، بينما الصور الحديثة لخضوع المتعاقد امتدت تقريبا لجميع العقود .

5 – ابتكار الأسلوب المباشر في التعامل مع الشروط التعسفية حيث توجه معظم التشريعات المعاصرة ومنها المشرع الجزائري **لحظر بعض الشروط التي تعتبر تعسفية بواسطة قوائم** نصت عليها القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، والتي فتحت المجال أمام السلطة التنفيذية هي الأخرى **لمنع العمل ببعض الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود وأيضا تحديد العناصر الأساسية للعقود وذلك عن طريق التنظيم وهذا ما تم فعلا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 306/06.**

6– اتباع أسلوب النص على التزامات تقع على عاتق المهنيين أو المتدخلين الاقتصاديين لمحاربة الشروط التعسفية من خلال إلزامية الإعلام المسبق سواء عن خصوصيات السلع والخدمات أو الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات وكذا الالتزام بالإعلام حول شروط العقد كما أن المشرع نص على الزامية إعطاء المستهلك مهلة للتفكير والتي قد يترتب عنها حقه في التراجع عن التعاقد.

7– أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات قد لجأ إلى الحماية من الشروط التعسفية من خلال أجهزة إدارية مختلفة لعل أهمها لجنة البنود التعسفية التي تم تنصيب أعضائها في السنوات الأخيرة وبدأت أشغالها وفي انتظار ما قد تسفر عليه من أعمال يمكن القول أنه بالرغم من أن اللجنة تتميز بالطابع الاستشاري لتوصياتها إلا أنها تمثل سلاح مهم في مواجهة المهنين من تجار وحرفيين لأنهم يعلمون أن الشروط التعسفية التي قد يضمنونها في العقود ستكون محل مراجعة من طرف اللجنة للتأكد من وجود التعسف في الشرط من عدمه وبالتالي تمثل هذه المراجعة تهديد لمراكزهم الاقتصادية خاصة أن اللجنة تعتمد على نشر توصياتها.

8– أن جمعيات حماية المستهلك تظطلع بدور هام في محاربة الشروط التعسفية إن قامت بالمهام الموكلة لها من خلال قوانين حماية المستهلك خاصة بعد أن منحت حق التقاضي والتأسيس كطرف مدني باسم مستهلك أو مجموعة

مستهلكين للمطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي يمكن أن تسببها هذه الشروط التعسفية، كما أنها تقوم بواجب مهم يتمثل في التوعية التحسيس وهو دور مهم وفعال في تنبيه المستهلكين .

9- الدور الفعال الذي يقدمه أعوان قمع الغش وكذا المصالح التابعة لوزارة التجارة باعتبارها الهيئة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش خاصة في المكافحة للمخالفات التي يمكن أن يرتكبها المهني أو العون الاقتصادي من خلال تحرير محاضر يتم تقديمها لوكيل الجمهورية من اجل القيام بإجراءات المتابعة الجزائية خاصة إذا لم تتحقق شروط المصالحة .

10-إن أهم جهاز ردعي في النظم القانونية هو جهاز القضاء التي توكل له مهمة توقيع العقاب في حالة مخالفة أحكام قوانين حماية المستهلك، وبالرغم من الدور البارز للقضاء في الغاء أو تعديل وتفسير الشروط التعسفية طبقا لأحكام عقود الاذعان فإن المشرع الجزائري وطبقا لقواعد النظرية الحديثة لحماية المستهلك اعتمد على الجزاءات الجزائية ما يعني أن المشرع اختار الجانب الردعي في حماية المستهلك ولكن عدم النص على الجزاء المدني يعد نقصا في المنظومة القانونية الجزائرية خاصة ما تعلق منها بمكافحة الشروط التعسفية .

ومن خلال كل ما تم التطرق إليه في هذه المذكرة يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

1- حذف ربط الشرط التعسفي بعقود الإذعان حتى تكون الحماية ضد الشروط التعسفية كافية وجعل الحماية في كل العقود سواء كانت عقود مساومة أو عقود إذعان إسوة بالتشريعات المقارنة خاصة المشرع الفرنسي لكي يتحقق الهدف من الحماية الحديثة التي أقرتها قوانين حماية المستهلك .

2 - إن المشرع لم يحدد مدة مهلة التفكير وهذا يعد نقصا في المنظومة القانونية لابد من تدارك هذا السهو أو النقص من خلال النص على مدة كافية محددة يستطيع الاحتكام إليها في حالة التنازع بين الأطراف ويستفيد منها الطرف الضعيف لإعمال حقه في التراجع إذا وجد أن الاكمال في التعاقد يسبب له ضررا لا يمكن له تلافيه إلا بالتراجع عن التعاقد.

3- وإسوة بالمشرع الفرنسي نقترح أيضا على المشرع النص بشكل صريح ومحدد على جزاء البطلان المطلق للشرط التعسفي كجزاء مدني في حالة تضمين هذا الشرط في العقود.

وفي الختام يمكن القول أن المشرع الجزائري خطا خطوات لا بأس بها في إطار حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية ومكافحتها بإعمال النظرية الحديثة لحماية المستهلك ولكنها لا تزال في طور الانجاز خاصة مع كثرة القوانين والمراسيم المنظمة لهذا الشأن ونقترح أهم اقتراح وهو ضم جميع النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك في قانون واحد وشامل حتى يسهل العمل بأحكامه عند اللجوء إليه لأن أحكامه مشتتة بين عدة قوانين وأنظمة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا / المراجع العامة

- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، 2005.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، د. م. ج ، الجزائر، 1993.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2012.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، د .س.ن.

- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج 2،أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

ثانيا / المراجع المتخصصة

أ – المؤلفات المتخصصة

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

- ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ،مصر،2014.

- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،1996.

- زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2017.

- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، ط2،الاسكندرية، مصر، 2008.

- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007 .

- محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، ط1،دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة ، مصر ،2005.

- محمود علي رحمة، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1 ، الجيزة، مصر، 2018.

ب – الأطروحات ومذكرات الماجستير

*** الأطروحات**

- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص ، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015-2016.

- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2014-2015.

*** مذكرات الماجستير**

- راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010-2011 .

- سليمة أحمد يحياوي، أليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي ،مذكرة ماجستير قانون أعمال، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر1،الجزائر ،2010-2011 .

- سلمى بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، خصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحج لخضر ، الجزائر،2013 .

- فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017- 2018 .

- محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، د راسة مقارنة، مذكرة ماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2007- 2008 .

- مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر،2014 .

ج – المقالات

- أحمد بورزق، الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،مخبر قانون البيئة العدد1،الجزائر،2021.

– أمين بن قردي وجيلالي بن عيسى، عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، مجلد 1، ع 1، الجزائر، ديسمبر 2019.

- الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 2،المركز الجامعي تامنغست، جوان 2014.

- رحمة بريق، عيسى حداد، الشرط المعفي من المسؤولية العقدية والقيود الواردة عليه، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 06، ع2، الجزائر ،2020 .

- زاهية حورية سي يوسف ، الرقابة عن طريق حماية المستهلك ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق "جامعة سعد دحلب "، البليدة، ع 2، الجزائر، جانفي 2012 .

- زوليخة رواحنة، سومية قلات، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، ع 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، أفريل 2017.

- سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد رقم 4 ، الجزائر، جوان 2016 .

- شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر ، الجزائر، د.س.ن .

- صوالح محمد عمارة، جبارة نورة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة ، جامعة بومرداس ، المجلد 05، ع 02 ، الجزائر، أكتوبر 2021.

- عبد الحق قريمس، جمعيات حماية المستهلك، المهام والمسؤوليات، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، ع 14، الجزائر، أفريل 2017 .

- عبد اللطيف هني، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، دار المنظومة، ع 1، 2014.

- عمار زعبي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع 9، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، د. ذ. س .

- عاشور بوزيدة، دور مصالح التجارة في مراقبة الممارسات التعاقدية التعسفية ، المديرية الجهوية للتجارة باتنة ، وزارة التجارة ، الجزائر د .س .ن.

- عزوز سعيدي، سميرة محمودي، جمعيات حماية المستهلك بين الدور الوقائي والعلاجي، كتاب جماعي حول النظام القانوني لحماية المستهلك في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، مخبر القانون والتنمية المحلية، جامعة أدرار، الجزائر، سبتمبر 2020.

- علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،مجلد4، ع2 ،الجزائر،2019 .

- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون،كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 54 ،أبريل 2013.

- مجدي بسيوني علي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، عدد 99 ،كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، يوليو 2022.

- محمد الأمين نويري، لخذاري عبد الحق، النظام القانوني للجنة البنود التعسفية في ظل المرسوم التنفيذي 306/06 ، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، مجلد 12 ، ع خاص 22 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، أفريل 2020 ، ص 611 .

- نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 17، ع 01،الجزائر، 2020، ص 155 .

- محمد خليفة كرفة، أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم أ العلوم الاقتصادية والقانونية ، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ص 311 .

- نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي، مجلد 7، ع 01، جامعة وهران 2، الجزائر ، 2019 .

- نبيل ونوغي، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الالكترونية على ضوء التشريع الجزائري، مجلة المستنصرية للدراسات العربة والدولية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، ع 9، المركز الجامعي سي الحواس بريكة، الجزائر، د .س.ن .

ثالثا / النصوص القانونية

- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996،ج. ر.ج.ج، ع 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل بقانون رقم 16 /01 مؤرخ في 06 مارس 2016 ، ج. ر.ج. ج، رقم 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.

- الأمر رقم 75/ 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون رقم 05/07المؤرخ في 13 /05/ 2005،ج. ر. ج. ج، عدد 31 .

- قانون رقم 39/90، مؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم، ج. ر. ج. ج، عدد 5 الصادرة في 31 يناير 1990.

- قانون رقم 31/90 ، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، يتعلق بالجمعيات، ج. ر. ج. ج، عدد 53، مؤرخة في 05 ديسمبر 1990.

- قانون رقم 02/04، مؤرخ في 23جوان2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41،مؤرخة في 27جوان 2004 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010،ج . ر. ج. ج،ع 46، مؤرخة في 18غشت 2010.

- قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فبراير 2009 ، المتعلق بقانون حمية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 ، الصادرة في 8 مارس 2009 ، المعدل والمتمم بالقانون 09/18 مؤرخ في 10 يونيو 2018 ، ج. ر. ج. ج، ع 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018.

- قانون رقم 06/12، مؤرخ في 1/12 / 2012 المتعلق بالجمعيات، ج. ر. ج. ج، عدد 02، بتاريخ 2012/01/15

- مرسوم تنفيذي رقم 272/92 ، مؤرخ في 6 جويلية 1992، يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج. ر. ج. ج، ع 52 ، مؤرخة في 8 جويلية 1992.

- مرسوم تنفيذي رقم 484/05، والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها ،مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج. ر.ج.ج، عدد 83، مؤرخة في 25 ديسمبر 2005، المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 367/90.

- المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مؤرخ في 10 سبتمبر، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ج. ج، عدد 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/08، مؤرخ في 3 فيفري 2008،ج. ر. ج. ج، عدد7، مؤرخة في 10 فيفري 2008.

- مرسوم تنفيذي رقم 203/12، مؤرخ في 2012/5/6 ، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات ،ج. ر. ج. ج، عدد 28 ، مؤرخة في 9 مايو 2012.

- مرسوم تنفيذي رقم 327/13، مؤرخ في 2013/09/26، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج. ر. ج. ج، عدد 49، مؤرخة في 2 أكتوبر 2013.

- مرسوم تنفيذي رقم 378/13، مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، ج .ر. ج. ج، عدد 58، الصادرة في 18نوفمبر 2013.

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2014/11/12، يحدد نموذج شهادة الضمان، ج. ر. ج. ج، عدد 16، مؤرخة في أول أبريل 2015.

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2014/12/14، يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة، ج. ر. ج. ج، عدد 03 ، مؤرخة في 27 يناير 2015.

- قرار وزاري مؤرخ في 8 ربيع الأول عام 1439 الموافق 27 نوفمبر سنة 2017، يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج. ر. ج. ج، عدد 75، مؤرخة في 27 ديسمبر سنة 2017.

رابعا/ المراجع الالكترونية

- عاشور بوزيدة، دور مصالح التجارة في مراقبة الممارسات التعاقدية التعسفية، المديرية الجهوية للتجارة باتنة، وزارة التجارة ن الجزائر، د. س. ن، ص 13، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.dcwcnstantine.gov.dz/donnees/journees-pnscpc/17octobre2017/intervention/role-des-services-ministere-du commerce.ppt.
تم الإطلاع بتاريخ 9أفريل 2023 على الساعة 17:05.

خامسا /المراجع باللغة الأجنبية

Les ouvraiges

- Jean calais-auloy,frank steinmetz : « droit de la consommation »,5eme èdition , dalloz, paris, 2006, p 186.

Les lois

- Loi n° 78/23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.
- Loi n° 95/96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusive dans les conclus avec les consommateurs, lbid.

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات	الصفحة
شكر وتقدير	أ
إهداء	ب ج
إهداء	
قائمة بأهم المختصرات	د
مقدمة	1
الفصل الأول: الآليات القانونية لمكافحة الشروط التعسفية	7-67
المبحث الأول : مكافحة الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة	7- 43
المطلب الأول : التقنيات القانونية العامة لإعادة التوازن العقدي في ظل النظرية التقليدية	8
الفرع الأول: نظريتا الغبن و الاستغلال	8
الفرع الثاني :نظرية السبب ومبدأ حسن النية	11
أولا : نظرية السبب	11
ثانيا : دور مبدأ حسن النية في الحماية من الشروط التعسفية واعادة التوازن العقدي	13
المطلب الثاني: الوسائل القانونية الخاصة لمواجهة الشروط التعسفية طبقا للأحكام العامة	18
الفرع الأول :مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاذعان	18
أولا : مفهوم عقد الإذعان	19
ثانيا : أحكام مكافحة الشروط التعسفية في عقد الإذعان	24
الفرع الثاني: مكافحة التعسف في استعمال الشرط الجزائي	31
أولا: مفهوم الشرط الجزائي	31
ثانيا: سلطة القاضي في مواجهة الشرط الجزائي	34
الفرع الثالث: مكافحة شروط خاصة بموجب نصوص خاصة	37
أولا: الشرط الرامي إلى إنقاص أو اسقاط الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع	37
ثانيا: بطلان شروط الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها	38
ثالثا: بطلان شروط معينة في عقد التأمين	40
رابعا: بطلان بعض الشروط في بعض العقود	42

المبحث الثاني: مكافحة الشروط التعسفية طبقا للأحكام الخاصة	43 - 67
المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية	44
الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية ضمن النظرية الحديثة لحماية المستهلك	44
أولا: تعريف الشرط التعسفي ومعياره	45
ثانيا : عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري	48
الفرع الثاني: آلية التحديد الصريح للشروط التعسفية ضمن القوائم	49
أولا :الأسلوب التشريعي طبقا للقانون 02/04	49
ثانيا: الأسلوب التنظيمي طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 306/06	53
المطلب الثاني: آلية إملاء التزامات على عاتق المهني والعون الاقتصادي	55
الفرع الأول: آلية الالتزام بالإعلام	55
أولا: مضمون الالتزام بالإعلام	57
ثانيا: دور الالتزام بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك وأهم تطبيقاته	60
الفرع الثاني: آلية مهلة التفكير	64
أولا: تعريف مهلة التفكير	64
ثانيا: كيفية تطبيق آلية مهلة التفكير	65
خلاصة الفصل الأول	67
الفصل الثاني: الآليات المؤسساتية لمكافحة الشروط التعسفية	69-101
المبحث الأول: دور لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية	69 - 88
المطلب الأول: دور لجنة البنود التعسفية	70
الفرع الأول: التنظيم القانوني للجنة البنود التعسفية	70
أولا: الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية	71

ثانيا: تشكيلة لجنة البنود التعسفية	71
ثالثا: التسيير الإداري للجنة البنود التعسفية	73
الفرع الثاني: اختصاصات لجنة البنود التعسفية	74
أولا: تفحص نماذج العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين	75
ثانيا: صياغة التوصيات ووضع التقارير السنوية ونشرها وتقديم الاقتراحات	76
المطلب الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك	78
الفرع الأول: مفهوم جمعية حماية المستهلك	78
أولا: تعريف جمعية حماية المستهلك	78
ثانيا: كيفيات تأسيس جمعيات حماية المستهلك	80
الفرع الثاني: صلاحيات جمعيات حماية المستهلك	82
أولا: الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك	83
ثانيا: الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك	85
المبحث الثاني: دور مصالح التجارة وآلية جهاز القضاء في مواجهة الشروط التعسفية	88 - 100
المطلب الأول: الدور الرقابي لمصالح التجارة في مجال البنود التعسفية	89
الفرع الأول: ضمان الحقوق الجوهرية للمستهلك	89
أولا: الإعلام المسبق	89
ثانيا: شفافية الممارسات التجارية	89
ثالثا: ضمان أمن ومطابقة المنتوجات	90

رابعا: الضمان وخدمة ما بعد البيع	91
الفرع الثاني: العمل التحسيسي	93
المطلب الثاني: الدور الر دعي للقضاء في مكافحة الشروط التعسفية	93
الفرع الأول: الأسلوب القضائي في مكافحة الشروط التعسفية	94
الفرع الثاني: سلطة القاضي في توقيع الجزاءات	96
أولا: الجزاء المدني	96
ثانيا: الجزاء الجزائي	96
خلاصة الفصل الثاني	101
الخاتمة	102
قائمة المصادر والمراجع	107
قائمة المحتويات	115
الملخص	

الملخص

عملت معظم التشريعات بما فيها المشرع الجزائري على مكافحة الشروط التعسفية في العقود، وقد عالج البحث بالتحليل إشكالية مدى كفاية الآليات القانونية والمؤسساتية التي كرسها المشرع لمكافحة الشروط التعسفية وإعادة التوازن العقدي، وللإجابة عن ذلك تم اتباع المنهج الوصفي والمنهج التحليلي لإبراز وتحديد الآليات القانونية وتحليل النصوص القانونية التي نظمتها، حيث تم تقسيم خطة البحث إلى فصلين، الفصل الأول بعنوان الآليات القانونية والفصل الثاني بعنوان الآليات المؤسساتية، وقد خلص البحث إلى أن المشرع الجزائري تجاوز عدم كفاية أحكام القانون المدني في مكافحة الشروط التعسفية باعتناقه للنظرية الحديثة في حماية المستهلك، ولكنه سهى عن إيراد جزاء مدني للشرط التعسفي ضمن أحكام منظومته القانونية لذلك يقترح قيام المشرع بالنص على البطلان المطلق للشرط التعسفي.

الكلمات المفتاحية (آليات قانونية، آليات مؤسساتية، الشروط التعسفية)

ABESTRECT

Most legislation, Including the Algerian legislator, has worked to combat arbitrary conditions in contracts, and the research was addressed by analysing the problem of the adequacy of legal and institutional mechanisms that the legislator has devoted to combating arbitrary conditions and restoring the nodal balance, and to answer this, the descriptive approach and the analytical approach to highlighting and identifying legal mechanisms and analysing legal texts was followed it was organized, where the research plan was divided into two chapters, the first chapter entitled legal mechanisms and the second chapter entitled institutional mechanisms, and the research concluded that the Algerian legislator exceeded the insufficient civil law in combating arbitrary conditions by converting to modern theory in consumer protection, but it is easy for revenue a civil penalty for the arbitrary condition within the provisions of his legal system, so it suggests that the legislator stipulate the absolute nullity of the arbitrary condition.

Key words :(legal mechanisms, institutional mechanisms, arbitrary conditions).